

Universität zu Köln

INSTITUT FÜR GESELLSCHAFTSRECHT

ABT. 2: KAPITALGESELLSCHAFTEN, BILANZRECHT

LEHRSTUHL FÜR BÜRGERLICHES RECHT, BILANZ- UND STEUERRECHT

Direktor: Prof. Dr. Joachim Hennrichs



Prof. Dr. J. Hennrichs - Universität zu Köln - Albertus-Magnus-Platz - 50923 Köln

An den
Vorsitzenden des Rechtsausschusses des
Deutschen Bundestages
Herrn RA Andreas Schmidt, MdB
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Albertus-Magnus-Platz
50923 Köln
(Hauptgebäude, Bauteil 9, 2. OG)
Tel.: +49 (0) 221/470 – 5694
Fax: +49 (0) 221/470 – 5031
joachim.hennrichs@uni-koeln.de

Köln, den 11.12.08

Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Bilanzrechts (BilMoG)

Sehr geehrter Herr Schmidt,

ich bedanke mich für die Gelegenheit zur Übermittlung einer Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Bilanzrechts (BilMoG). Zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung am 17.12.2008 übersende ich Ihnen nachstehend einige Überlegungen zum Gesetzesentwurf:

Grundsätzliche rechtspolitische Bewertung des BilMoG

- 1 Das BilMoG verdient in seinem Grundkonzept rechtspolitisch Unterstützung. Die abgewogene Reform wird das deutsche Handelsbilanzrecht durchgreifend verbessern. Vor allem für die große Zahl mittelständischer Unternehmen wird das modernisierte HGB-Bilanzrecht im Vergleich zu den IFRS die bessere Alternative sein. Das BilMoG ist damit zugleich für die anstehende Reform der Vierten und Siebenten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie (EG-Jahresabschluss- und Konzernbilanzrichtlinie) ein wichtiges Signal. Für diese Reform des europäischen Bilanzrechts kann das BilMoG Modellcharakter haben. Diese positiven Effekte des BilMoG sind zu betonen, weil sie in der Aufregung der Tage der Finanzmarktkrise in Vergessenheit zu geraten drohen. Dass in einem ambitionierten Gesetzesentwurf, der die größte Bilanzrechtsreform der vergangenen 25 Jahre zum Ziel hat, nicht jede Einzelregelung auf ungeteilte Zustimmung stößt, liegt in der Natur der Sache. Über manche Einzelregelung lässt sich streiten. Detailkritik schmälert den Gesamtwert der Reform aber nicht.

Im Einzelnen lässt sich hierzu ausführen:

Braucht Deutschland überhaupt ein eigenständiges HGB-Bilanzrecht oder empfiehlt sich die Übernahme der IFRS für alle Unternehmen?

- 2 Es ist zu begrüßen, dass der Gesetzgeber am HGB-Bilanzrecht festhält und nicht für alle Unternehmen auch im Jahresabschluss die IFRS vorschreibt. „IFRS für alle“ ist rechtspolitisch einstweilen keine empfehlenswerte Option. Die IFRS sind nach ihrem Inhalt nicht in jeder Hinsicht überzeugend und für mittelständische Unternehmen zu komplex, in der Anwendung zu teuer und teilweise unpassend. Kleine und mittlere Unternehmen wären überfordert. Die allgemeine rechtspolitische Zielsetzung der Deregulierung würde bei verpflichtender Übernahme der IFRS für alle Unternehmen jedenfalls deutlich verfehlt.
- 3 Indem das BilMoG demgegenüber grundsätzlich an den tradierten GoB festhält und die Ansatz-, Bewertungs- sowie Angabepflichten nicht durchgängig, sondern nur in ausgewählten Aspekten den IFRS annähert, bleibt das HGB-Bilanzrecht auch künftig eigenständig, beständig und weniger komplex als die sich fortwährend wandelnden IFRS. Die im Ganzen behutsame, abgewogene Bilanzrechtsmodernisierung ermöglicht es der Praxis, sich grundsätzlich an dem gewachsenen GoB-Verständnis zu orientieren und die geübten Interpretationen beizubehalten. Das ist im Sinne der Rechtssicherheit zu begrüßen, reduziert den Anpassungsbedarf und damit auch die Umstellungskosten.

Besteht im HGB-Bilanzrecht Reformbedarf oder kann alles beim Alten bleiben?

- 4 Ebenso ist es zu begrüßen, dass der Gesetzgeber das HGB-Bilanzrecht nicht unverändert lässt, sondern durchgreifend modernisiert. Das HGB-Bilanzrecht gegenwärtiger Prägung weist einige Mängel auf, die bereits seit langem kritisiert werden und die der internationalen Reputation des deutschen Bilanzrechts geschadet haben.
- 5 Richtig ist es zum einen, die bestehenden Wahlrechte kritisch zu durchforsten. Die Überzahl an Wahlrechten, die das HGB eröffnet, hat dem deutschen Bilanzrecht geschadet. Wahlrechte bei der Rechnungslegung beeinträchtigen alle Funktionen, die die HGB-Bilanz erfüllen soll: die Informationen werden schwerer vergleichbar, die Rechenschaftslegung wird manipulierbar, und schließlich können Dividendeninteressen der Gesellschafter beeinträchtigt sein. In diese Richtung haben vor allem die Wahlrechte zu sog. Ermessensabschreibungen gem. § 253 Abs. 4 HGB und zu Aufwandsrückstellungen (§ 249 Abs. 2 HGB) unrühmlich gewirkt. Durch Abschaffung der nicht mehr zeitgemäßen Wahlrechte wird das HGB-Bilanzrecht deutlich verbessert. Das verdient uneingeschränkt Unterstützung.
- 6 Dasselbe gilt für die Abschaffung der sog. umgekehrten Maßgeblichkeit, also für den „Rückschlag“ von steuersubventionistisch begründeten Wertansätzen in die Handelsbilanz. Sonderabschreibungen und steuerfreie Rücklagen, die aus steuer-, wirtschafts-, umweltpolitischen oder sonstwelchen nachvollziehbaren Gründen steuerlich Anreizwirkung entfalten sollen, haben in der handelsrechtlichen Rechnungslegung nichts verloren. Sie sind nicht auf das Ziel der Handelsbilanz ausgerichtet, einen möglichst getreuen Einblick in die wirtschaftliche Lage des Unternehmens zu geben. Im Gegenteil verfälschen solche Sonderabschreibungen und steuerliche Passivposten die wirtschaftliche Lagedarstellung. Steuerliche Wertansätze in der Handelsbilanz sind international nicht vermittelbar. Es ist deshalb sehr zu begrüßen, dass die umgekehrte Maßgeblichkeit abgeschafft wird.

- 7 Dringender Reformbedarf besteht außerdem im Bereich der Rückstellungsbewertung, vor allem bei den Pensionsrückstellungen. Es ist offenbar eine verbreitete Praxis, Pensionsrückstellungen auch in der Handelsbilanz mit den steuerlichen Werten nach § 6a EStG anzusetzen. Das hat jedenfalls in der Vergangenheit dazu geführt, dass die Wertansätze der Pensionsrückstellungen gemessen an den realistisch zu erwartenden Erfüllungsbeträgen vielfach deutlich zu niedrig sind. Es ist die Rede davon, dass für die gesamte deutsche Wirtschaft ein Betrag von 50 Mrd. EUR bei den Pensionsrückstellungen fehlt. Um diesen Betrag sind die deutschen Bilanzen also eigentlich falsch, und zwar überraschenderweise „unvorsichtig falsch“, denn die Deckungslücke besteht bei den Schulden. Auch dieser Missstand hat das deutsche Bilanzrecht in der internationalen Diskussion diskreditiert. Daher sind die Neuregelungen des BilMoG im Bereich der Bewertung von Pensionsrückstellungen ebenfalls nachdrücklich zu begrüßen.

BilMoG vermeidet Fehlentwicklungen der IFRS

- 8 Das BilMoG vermeidet schließlich Fehlentwicklungen der IFRS, die in jüngerer Zeit (auch im Zuge der aktuellen Finanzmarktkrise) deutlich geworden sind. Indem das BilMoG beispielsweise die Zeitwertbewertung nur für einen eng begrenzten Bereich eröffnet und bei der Bilanzierung von Geschäfts- oder Firmenwerten sowie bei der Ertragsrealisation aus langfristiger Fertigung an den tradierten GoB festhält, begrenzt es Manipulationsspielräume, die die IFRS in diesen Feldern gewähren.

Zu einzelnen Vorschriften des BilMoG-Entwurfs

Zu Art. 1 des BilMoG: Änderungen des HGB

Zu §§ 241a, 242 Abs. 4 HGB-E: Beschränkung der Befreiung von der Buchführungs- und Bilanzierungspflicht auf kleine Einzelkaufleute ist zu begrüßen

- 9 Die im Entwurf vorgesehene Befreiung kleiner Unternehmen von der Buchführungs- und Bilanzierungspflicht ist rechtspolitisch nicht ganz unproblematisch. Eine Einnahmen-Überschuss-Rechnung nach § 4 Abs. 3 EStG erfüllt die der handelsrechtlichen Rechnungslegung zugeordneten Funktionen nur eingeschränkt. Wenn die Kaufleute, was ihnen anzuraten ist, zumindest an der Buchführung festhalten, dürfte der Deregulierungseffekt eher bescheiden bleiben. Im Übrigen wirft die Neuregelung einige Unklarheiten hinsichtlich der Frage auf, wie sich ein Über- oder Unterschreiten der Grenzwerte auf die Buchführungs- und Bilanzierungspflicht des jeweils laufenden Jahres auswirkt, also ab wann die Pflichten jeweils konkret wegfallen oder wieder beginnen.
- 10 Zuzustimmen ist dem Regierungsentwurf jedenfalls in der Beschränkung der Befreiungsvorschriften auf kleine Einzelkaufleute. Die im Referentenentwurf noch vorgesehene und vom Bundesrat wieder angeregte Erstreckung der Befreiung auf kleine Personenhandelsgesellschaften ist nicht empfehlenswert. Bei Gesellschaften knüpfen die gesetzlichen Regeln zur internen Gewinnverteilung und zur Bemessung von Liquidations- und Abfindungsguthaben an die Entwicklung der „Kapitalkonten“ und damit an eine doppelte Buchführung sowie eine Bilanz an (§§ 120 ff. HGB, 167 ff. HGB). Diese Vorschriften müssten grundlegend neu gestaltet werden, wenn für einen Teilbereich kleinerer Personenhandelsgesellschaften keine kaufmännische Rechnungslegung mehr erforderlich wäre. Eine gesellschaftsvertragliche Lösung wäre zwar bei Offenen Handelsgesell-

schaften denkbar, bei Kommanditgesellschaften dagegen unzureichend. Denn im Verhältnis zu den Gläubigern hat der Kommanditist Vermögen, das die geleistete Haftsumme abdeckt, der Gesellschaft ebenso zu belassen wie Gewinne, die benötigt werden, um eine verlustbedingte Unterdeckung der geleisteten Haftsumme auszugleichen (§ 172 Abs. 4 HGB). Ähnlich wie im Recht der Kapitalgesellschaften gilt auch bei der Kommanditistenhaftung ein Prinzip der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, nämlich das Gebot der Wertdeckung der Haftsumme des Kommanditisten. Damit ist eine am objektiven Recht ausgerichtete bilanzielle Wertermittlung vorgegeben.

Zu §§ 246 Abs. 1 Satz 1, 248, 255 Abs. 2 Satz 4, Abs. 2a HGB-E: Empfiehlt sich für selbst geschaffene immaterielle Vermögensgegenstände des Anlagevermögens eine Aktivierungspflicht oder ein Aktivierungswahlrecht?

- 11 Angaben über selbst geschaffene immaterielle Vermögensgegenstände des Anlagevermögens sind einerseits im Sinne der Informationsfunktion des HGB-Abschlusses zu begrüßen. Immaterielle Wertträger sind ein relevanter Faktor für die Beurteilung der Lage eines Unternehmens. Andererseits wird die Rechnungslegung hierdurch komplexer. Vor allem kleinere und mittlere mittelständische Unternehmen verfügen möglicherweise nicht über ein Projektcontrolling, das die entsprechenden Informationen aufbereitet und analysiert. Dies müsste erst geschaffen werden. Hinzu kommen Objektivierungsprobleme, die durch die Neuregelung aufgeworfen werden. So ist die Abgrenzung der nicht aktivierungsfähigen Forschungskosten von den aktivierungspflichtigen Entwicklungskosten nicht in jedem Fall trennscharf. Bei immateriellen Vermögensgegenständen in der Entstehung kann in der Praxis ferner der genaue Aktivierungszeitpunkt fraglich sein. Problematisch kann schließlich die Folgebewertung werden, weil die betriebsindividuelle Nutzungsdauer von immateriellen Anlagegegenständen häufig nur schwer zu bestimmen ist. Das alles ist schwierig operationalisierbar.
- 12 Die Operationalisierungsprobleme in diesem Bereich sind freilich im wesentlichen wohl unvermeidbar. Bei der Aktivierung von selbst geschaffenen immateriellen Vermögensgegenständen sind damit beträchtliche Spielräume eröffnet, die einem faktischen Wahlrecht gleichkommen können. Dies belegen die Erfahrungen mit IAS 38. Wenn aber die vorgesehene Aktivierungspflicht der Sache nach ohnehin beinahe Wahlrechtscharakter hat, dann sollte man besser gleich ein explizites Wahlrecht gewähren. Denn eine explizite Option würde der Sache nach nicht viel ändern, die Bilanzierung aber für die Unternehmen erheblich erleichtern. Ein explizites Wahlrecht kann nämlich „schlicht“ ausgeübt werden. Unternehmen könnten eine individuelle Kosten-Nutzen-Abwägung treffen. Wählt das Unternehmen die Aktivierung, muss es sich den Anforderungen stellen. Wählt das Unternehmen aber die Nichtaktivierung, hat es damit sein Bewenden. Das ist für die externe Bilanzanalyse auch eine relevante Information. Demgegenüber sind die nach der Entwurfsfassung zwingend erforderlichen Einschätzungen in jedem Fall zu dokumentieren und zu begründen und unterliegen der Prüfung und Bilanzkontrolle. Das schlichte „Nein“, das ein explizites Wahlrecht ermöglicht, ist hier sehr viel einfacher. Zwar ist zuzugeben, dass es auf den ersten Blick unstimmig erscheint, auf der einen Seite Wahlrechte durch das BilMoG abzuschaffen, auf der anderen Seite aber neue Wahlrechte zu schaffen. Wenn aber die Aktivierungsvorschriften zu selbst geschaffenen immateriellen Vermögensgegenständen des Anlagevermögens so normiert sind (und wohl auch nur so normiert werden können), dass aufgrund zahlreicher notwendiger Ein-

schätzungen in der Sache letztlich doch ein faktisches Wahlrecht besteht, dann erscheint mir bei Abwägung der Vor- und Nachteile im spezifischen Zusammenhang ein explizites Wahlrecht eher empfehlenswert.

- 13 Die vorgesehene Ausschüttungssperre für Erträge aus der Aktivierung von selbst geschaffenen immateriellen Vermögensgegenständen des Anlagevermögens (§ 268 Abs. 8) ist zur Wahrung des Gläubigerschutzniveaus zu begrüßen.

Zu § 253 Abs. 3 HGB-E: Empfiehlt sich eine gesetzliche Typisierung der Nutzungsdauer von selbst geschaffenen immateriellen Vermögensgegenständen des Anlagevermögens und eines Geschäfts- oder Firmenwerts?

- 14 Für die Abschreibung von selbst geschaffenen immateriellen Vermögensgegenständen des Anlagevermögens sowie eines aktivierten Geschäfts- oder Firmenwerts sieht der Entwurf keine Sondervorschriften vor. Insoweit kommen also die allgemeinen Vorschriften des § 253 Abs. 3 zur Anwendung. Das ist insoweit uneingeschränkt überzeugend, als das BilMoG damit das Lösungsmodell der IFRS, wonach ein aktivierter Goodwill und bestimmte intangible assets nicht planmäßig, sondern nur außerplanmäßig abzuschreiben sind (impairment only approach), bewusst nicht übernimmt. Der impairment only approach der IFRS ist mit den Vorgaben des europäischen Bilanzrechts (vgl. Art. 37 II i.V.m. Art. 34 I lit. a der EG-Jahresabschlussrichtlinie) unvereinbar und auch in der Sache nicht überzeugend, denn er bewirkt eine „schleichende“ Nachaktivierung des originären Goodwill, was einen Systembruch bedeutet. Dass das BilMoG demgegenüber auch für immaterielle Vermögensgegenstände und einen aktivierten Geschäfts- oder Firmenwert am Grundsatz der planmäßigen Abschreibung festhält, ist deshalb (entgegen der Stellungnahme des Bundesrates) zu begrüßen.
- 15 Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte allerdings erwogen werden, die Nutzungsdauer von immateriellen Vermögensgegenständen des Anlagevermögens, deren betriebsindividuelle Nutzungsdauer nicht verlässlich geschätzt werden kann, sowie eines aktivierten Geschäfts- oder Firmenwerts gesetzlich zu typisieren und zu begrenzen. Die Einschätzung der betriebsindividuellen Nutzungsdauer von immateriellen Vermögensgegenständen und eines Geschäfts- oder Firmenwerts kann im Einzelfall schwierig sein. Eben aus diesem Grund und um den Unternehmen eine einfache Handhabung zu ermöglichen, typisieren die EG-Bilanzrichtlinie sowie der geltende § 255 Abs. 4 Satz 2 HGB für einen Geschäfts- oder Firmenwert eine gesetzliche Regelabschreibung, die eingreift, wenn die Unternehmen keine andere betriebsindividuelle Nutzungsdauer ermitteln können oder wollen. Dieser Gedanke klingt im BilMoG nach wie vor an, nämlich in der vorgesehenen Anhangsangabe gem. § 285 Nr. 13. Danach sind im Anhang die Gründe anzugeben, welche die Annahme einer betrieblichen Nutzungsdauer eines entgeltlich erworbenen Geschäfts- oder Firmenwertes von mehr als fünf Jahren rechtfertigen. Besser wäre es, eine vergleichbare Frist als typisierte Regelabschreibungsdauer in den Bewertungsvorschriften zu regeln, um die Rechnungslegung zu vereinfachen und mehr Rechtssicherheit zu gewährleisten.

Zu § 253 Abs. 1 Satz 3 HGB-E: Zweitwertbewertung von bestimmten Finanzinstrumenten (sog. fair value-Bewertung)

- 16 Unter dem Eindruck der aktuellen Finanzmarktkrise wird die sog. fair value-Orientierung der Rechnungslegung zunehmend kritisch hinterfragt. Ehemalige Befürworter der IFRS

wandeln sich zu Kritikern und bilden eine Initiative gegen den fair value. Dabei gerät auch das BilMoG in das Kreuzfeuer.

- 17 Die Gründe, die gegen eine weitgehende fair value-Orientierung der Rechnungslegung ins Feld geführt werden (insbesondere: Entobjektivierung und Verkomplizierung der Rechnungslegung; höhere Anforderungen an und höhere Kosten für Rechnungslegung und Prüfung; Schaffung impliziter Spielräume, die faktischen Wahlrechten gleichkommen; „Bumerang- und Brandbeschleuniger-Effekt“ durch erhöhten Abwertungsbedarf und Zwangsverkäufe in Zeiten der Krise), sind gewichtig und im Prinzip zutreffend. Bei Vermögensgegenständen, die keinen Marktpreis haben (wie beispielsweise Immobilien, Anteilen an nicht börsennotierten Gesellschaften u.ä.), ist eine Zeitwertbewertung aufgrund der „Streubreite“ der Wertansätze, die sich mittels Bewertungsmodellen errechnen lassen, aus Gründen der Rechtssicherheit und Verlässlichkeit der Rechnungslegung nicht empfehlenswert. Die weitreichende Verwendung des fair value als Wertmaßstab auch für solche assets, die keinen Marktpreis haben, ist ein (berechtigter) Kritikpunkt an den IFRS.
- 18 Gegenüber dem BilMoG trifft diese Kritik allerdings nur teilweise zu. Das BilMoG grenzt sich von den IFRS im Bereich des sog. fair value accounting im Gegenteil gerade bewusst ab. Das modernisierte HGB-Bilanzrecht öffnet die Zeitwertbewertung in den für alle Kaufleute geltenden Vorschriften (zu den Sondervorschriften für Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute sogleich) nur für einen eng begrenzten Anwendungsbereich, nämlich nur bezogen auf Finanzinstrumente, die zu Handelszwecken erworben wurden und die (zumindest im Erwerbszeitpunkt) einen Marktpreis auf einem aktiven Markt haben. Für alle anderen Vermögensgegenstände, für die nach IFRS eine fair value Bewertung möglich oder geboten ist, beispielsweise für Immobilien und andere Finanzinstrumente, die von vornherein nur mark-to-model bewertbar sind, ist nach BilMoG weiterhin keine Zeitwertbewertung erlaubt. Insofern bleibt es nach BilMoG bei dem bewährten Anschaffungswert- und Realisationsprinzip, d.h. die Anschaffungs- oder Herstellungskosten bilden auch weiterhin die Wertobergrenze und dürfen Gewinne erst ausgewiesen werden, wenn sie realisiert sind. Das ist eine sehr begrenzt wirkende, behutsame Öffnung für eine Zeitwertbewertung, die mit der fair value-Orientierung der IFRS keineswegs vergleichbar ist.
- 19 Die Zeitwertbewertung von Finanzinstrumenten, die auf einem aktiven Markt einen Marktpreis haben, ist m.E. akzeptabel, wenn und soweit Wertveränderungen jederzeit realisierbar sind. Die jederzeitige Realisierbarkeit auf einem aktiven Markt kann der Realisation bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise gleichgestellt werden. Zur Wahrung des Gläubigerschutzniveaus ist eine Ausschüttungssperre vorgesehen, so dass eine relevante Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen durch Ausschüttung von nicht realisierten Erträgen nicht zu besorgen ist. Andererseits bewirkt die Zeitwertbewertung einer bestimmten Kategorie von Vermögensgegenständen einen systematischen Bruch in der Bewertung. Da die Zeitwertbewertung steuerlich nicht nachvollzogen werden kann, entstehen an dieser Stelle außerdem Abweichungen zwischen Handels- und Steuerbilanz. Schließlich wird nach dem Entwurf die Grenzziehung zwischen einem (noch) aktiven und einem nicht aktiven Markt notwendig, was im Einzelfall schwierig sein kann. Um jegliche Friktion zu vermeiden, könnte die Regelung deshalb auch ganz gestrichen werden. Da der Anwendungsbereich der Vorschrift ohnehin sehr eng gefasst ist, halten sich

die praktischen Auswirkungen in die eine wie die andere Richtung wohl in Grenzen. Um den Informationswert des Abschlusses in Annäherung an die IFRS zu verbessern, könnte erwogen werden, im Anhang zusätzliche Angaben zu den Zeitwerten von marktbepreisten Vermögensgegenständen vorzuschreiben (wobei insoweit auch nicht zwischen „zu Handelszwecken erworben“ und sonstigen unterschieden werden müsste, sondern das Kriterium des Marktpreises ausschlaggebend sein könnte).

- 20 Eine Ausdehnung der Zeitwertbewertung auf alle Finanzinstrumente, mit denen die Unternehmen Gewinne aus Handelsmargen erzielen wollen, auch wenn sie nur mark-to-model bewertbar sind, wie sie das DRSC in seiner Stellungnahme vom 10.11.2008 vorgeschlagen hat, ist m.E. nicht empfehlenswert. Eine solche Ausweitung begegnet den Einwänden, die allgemein gegen eine Zeitwertbewertung von Vermögensgegenständen, die keinen Marktpreis haben, vorgebracht werden. Es ist gerade ein Vorzug des BilMoG, die Fehlentwicklungen der IFRS im Bereich einer zu ausgedehnten fair value-Orientierung nicht nachzuvollziehen, sondern insoweit einen überzeugenden eigenen Weg zu gehen.

Zu § 340e HGB-E: Weitergehende Regelung für Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute problematisch

- 21 Eine weitergehende Regelung der Zeitwertbewertung sieht der Entwurf für Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute vor, bei denen der gesamte Handelsbestand im Sinne des Handelsbuchs gem. § 1a Abs. 1 KWG zum Zeitwert zu bewerten ist. Dazu können auch solche Positionen gehören, die keinen Marktpreis haben und die deshalb nur mark-to-model bewertbar sind. Diese Regelung soll eine bisherige Praxis der Kreditwirtschaft sanktionieren, die sich entgegen dem Anschaffungswert- und Realisationsprinzip offenbar gebildet hat. Die Zeitwertbewertung soll (abzüglich eines Risikoabschlags) erfolgswirksam und sogar für die steuerliche Gewinnermittlung relevant sein.
- 22 Die erfolgswirksame Zeitwertbewertung von nur mark-to-model bewertbaren Finanzinstrumenten stößt auf Bedenken. Die Bewertungsmodelle eröffnen beträchtliche Spielräume, die schwierig operationalisierbar sind. Auch die Abschlussprüfung und Bilanzkontrolle durch die DPR oder Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) stößt hier an immanente Grenzen. Der Gedanke, dass diese Finanzinstrumente von der Kreditwirtschaft professionell gemanagt und beherrscht würden, ist unter dem Eindruck der aktuellen Finanzmarktkrise nicht mehr über jeden Zweifel erhaben. Ob der Risikoabschlag bei der Ausschüttungsbemessung zur Wahrung des Gläubigerschutzes ausreichend ist, mag ebenfalls bezweifelt werden. Das oben für eine Zeitwertbewertung von Finanzinstrumenten mit Marktpreis vorgebrachte Argument, die jederzeitige Realisierbarkeit auf einem aktiven Markt könne der Realisierung wirtschaftlich betrachtet gleichgestellt werden, greift nicht, soweit Finanzinstrumente in Rede stehen, die keinen Marktpreis haben. Eine Lösung könnte darin liegen, für Finanzinstrumente, die nicht auf einem aktiven Markt gehandelt werden, auch bei Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten eine Ausschüttungssperre vorzusehen.

Zu §§ 253 Abs. 1 Satz 3, 340e HGB-E: Sollte eine Umwidmung der zu Handelszwecken erworbenen Finanzinstrumente in das Anlagevermögen gestattet werden?

- 23 Ob den Unternehmen in Zeiten einer Krise, bei der die Zeitwertbewertung die Bilanzen belasten kann, eine Umwidmung der Finanzinstrumente in das Anlagevermögen erlaubt

sein sollte, um Abschreibungen bei voraussichtlich nur vorübergehender Wertminderung zu vermeiden (§ 253 Abs. 3 Satz 4 des Entwurfs), erscheint fraglich. Ein „upwards only accounting“, das in guten Zeiten eine Zeitwertaufwertung ermöglicht, in Krisen aber von notwendigen Abschreibungen verschont, ist systematisch zweifelhaft. Ferner werden Vermögensgegenstände nicht dadurch zu solchen einer anderen Kategorie, dass sich ihr Zeitwert in eine unerwünschte Richtung entwickelt. In besonders gelagerten Ausnahmefällen (beispielsweise extremen Krisensituationen) mögen Abweichungen gem. Art. 2 Abs. 5 der EG-Bilanzrichtlinie, § 264 Abs. 2 diskutabel sein, um im Einzelfall ein den tatsächlichen Verhältnissen besser entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Kapitalgesellschaft zu vermitteln (sog. Abweichungsfunktion des true and fair view-Prinzips). Ob eine zusätzliche ausdrückliche Sonderregelung, wonach in seltenen Ausnahmefällen Umwidmungen möglich sind (so IAS 39.50B i.d.F. durch die Amendments zu IAS 39 vom Oktober 2008: reclassification „only in rare circumstances“), den Unternehmen und Prüfern mehr Rechtssicherheit gewährleisten kann, erscheint zweifelhaft. Allerdings sollten insoweit die bilanz- und die bankaufsichtsrechtlichen Anforderungen aufeinander abgestimmt werden. Eine Umwidmung, die in Übereinstimmung mit bankaufsichtsrechtlichen Regeln erfolgt, sollte auch bilanziell nachvollzogen werden können. In jedem Fall aber sind bei einer Durchbrechung der Zeitwertbewertung zusätzliche Anhangsangaben vorzuschreiben. Anzunehmen bleibt im Übrigen eine Reform der Vergütungssysteme für Geschäftsleiter (beispielsweise im Sinne eines Bonus-Malus-Systems, das auch Abwärtsentwicklungen einbezieht; aber das ist nicht Gegenstand des BilMoG).

Zu § 268 Abs. 8 HGB-E: überperiodische Ausschüttungssperre

24 Die Formulierung der Ausschüttungssperre gem. § 268 Abs. 8 i.d.F. durch den Regierungsentwurf hat zu Missverständnissen geführt. So befürchten manche, die Ausschüttungssperre wirke nur im Jahr der Ertragserfassung, nicht dagegen in Folgejahren, weil der Wortlaut der Vorschrift auf Erträge und nicht auf Bilanzposten bezogen sei. Eine solche Auslegung würde den Schutzzweck der Regelung allerdings verfehlen. Gewollt ist vom Entwurf vielmehr eine überperiodische Ausschüttungssperrewirkung der fraglichen, im Abschluss berücksichtigten, noch nicht realisierten Erträge. Das sollte klargestellt werden.

Zu § 272 Abs. 1a und 1b HGB-E: Erwerb und Veräußerung eigener Anteile

25 Hinsichtlich des Erwerbs und der Veräußerung eigener Anteile geht der Entwurf von einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise aus und behandelt den Erwerb eigener Anteile wie eine Kapitalherabsetzung (§ 272 Abs. 1a) und eine spätere Veräußerung der eigenen Anteile wie eine Ausgabe neuer Anteile (§ 272 Abs. 1b). Das kann man so sehen, ist aber andererseits auch nicht zwingend. Rechtlich liegt weder im Erwerb eigener Anteile eine Kapitalherabsetzung noch in der späteren Veräußerung eine Ausgabe neuer Anteile. Vielmehr wird in einem solchen Fall schlicht mit den eigenen Anteilen gehandelt. Warum dieser Geschäftsvorfall dann bilanziell anders abgebildet wird als der Handel mit anderen, gewöhnlichen Vermögensgegenständen, ist nicht ohne weiteres zu sehen. Betont man die Funktion der Bilanz, die Geschäftsvorfälle so, wie sie vorgefunden werden, abzubilden, und erkennt man, dass die Geschäftsvorfälle „Erwerb / Veräußerung eigener Anteile“ rechtlich strukturiert sind, dann spricht einiges dafür, die Vorgänge

entsprechend der rechtlichen Konstruktion zu bilanzieren. Insoweit überzeugt für die nicht zur Einziehung bestimmten eigenen Anteile eher die bislang geübte Bruttomethode, also Ansatz der erworbenen eigenen Anteile, die nicht eingezogen werden sollen, als Vermögensgegenstände des Umlaufvermögens (mit korrespondierender Bildung eine Rücklage gemäß §§ 265 Abs. 3 Satz 2, 255 Abs. 1, 272 Abs. 4 HGB) und Verbuchung des Ertrages aus einer Veräußerung als sonstiger betrieblicher Ertrag.

- 26 Die vorgesehene Nettomethode bewirkt im Übrigen eine partielle Absenkung des gegenwärtig erreichten Gläubigerschutzniveaus, weil die Bemessung der Ausschüttungsgrenze im geltenden System der Kapitalerhaltung an den Jahresabschluss anknüpft und damit die bei der Bilanzierung eigener Anteile unterstellte Fiktion einer Kapitalherabsetzung zu einer Ausweitung des Ausschüttungspotentials führt. Ein Beispiel: Eine Kapitalgesellschaft kauft eigene Anteile mit dem Nennwert von 10 zu einem Ankaufspreis von 25 zurück. In diesem Fall wird die Verminderung der Aktiva (Kassenabgang 25) auf der Passivseite in Höhe des Nennwerts (10) in der Vorspalte vom gezeichneten Kapital abgesetzt, nur der Unterschiedsbetrag zwischen Nennwert und Anschaffungspreis (15) wird mit den freien Rücklagen verrechnet. Das bedeutet, dass in Höhe des Nennwerts der zurückgekauften eigenen Anteile keine Minderung der freien Rücklagen geschieht. In Höhe dieses Betrages bleiben mithin die freien Rücklagen unangetastet und stehen später zur Ausschüttung zur Verfügung. Die in §§ 71 Abs. 2 Satz 2 AktG-E, 33 Abs. 2 Satz 1 GmbHG-E vorgesehenen Regelungen können eine solche Ausschüttung nur im Jahr des Erwerbs verhindern, weil sie auf diesen Zeitpunkt bezogen sind. Zur Wahrung des erreichten Gläubigerschutzniveaus bei der Nettomethode müsste deshalb eine zusätzliche Rücklagenregelung eingefügt werden (etwa des Inhalts, dass aus den frei verfügbaren Rücklagen in Höhe des Nennbetrages der erworbenen eigenen Anteile eine ausschüttungsgesperrte Rücklage für eigene Anteile zu bilden ist, die im Falle und nach Maßgabe einer späteren Veräußerung oder Einziehung dieser Aktien aufzulösen wäre). Vorzugswürdig erscheint es mir aber, wie ausgeführt, an der bisherigen Konzeption der Bilanzierung eigener Anteile festzuhalten.

Zu § 274 HGB-E: Empfiehlt sich für aktive latente Steuern (insbesondere auf Verlustvorträge) eine Aktivierungspflicht oder ein Aktivierungswahlrecht? Dürfen Unternehmen für die Berechnung von latenten Steuern auf Verlustvorträge auch eine kürzere Frist als fünf Jahre anwenden?

- 27 Nochmals überdacht werden sollte die geplante Aktivierungspflicht für aktive Steuerlatenzen, vor allem für solche auf Verlustvorträge. De facto lebt dieser Aktivposten von der Hoffnung auf künftige Erträge, deren Steuerlast durch die Verrechnung mit einem Verlustvortrag gemindert wird. Das ist mit dem Rechtsgedanken des Realisationsprinzips, an dem der Entwurf zu Recht festhält, grundsätzlich nicht vereinbar. Zudem kann man am Informationswert von aktiven latenten Steuern zweifeln. Aus der Praxis ist zu vernehmen, dass dieser Posten bei der Bilanzanalyse von Banken und Rating-Agenturen mitunter eliminiert wird, weil er als wenig verlässlich gilt. Auf der anderen Seite bereitet die Bilanzierung von latenten Steuern erheblichen Aufwand. Dabei wird die Bedeutung des Themas latente Steuern nach dem BilMoG insgesamt sogar zunehmen, weil es vermehrt zu Abweichungen in den Wertansätzen von Handels- und Steuerbilanz kommen kann. Ob hier Aufwand und Nutzen der Bilanzierung in einem ausgewogenen Verhältnis stehen, wäre nochmals zu überprüfen.

28 Hinsichtlich der Aktivierung von latenten Steuern für Verlustvorträge ist die im Entwurf vorgesehene Befristung (fünf Jahre) aus Gründen der Objektivierung der Rechnungslegung grundsätzlich zu begrüßen. Dass diese Frist im Einzelfall zu lang, mitunter vielleicht auch einmal zu kurz sein kann, liegt in der Natur jeder gesetzlichen Typisierung. Es sollte aber erwogen werden zuzulassen, dass Unternehmen, die bislang nicht über eine Planung der steuerlichen Ergebnisse für einen Zeitraum von fünf Jahren verfügen, auch einen kürzeren Zeitraum anwenden können. Kleinere Kapitalgesellschaften sind zwar gem. § 274a Nr. 5 i.d.F. des Entwurfs von den Vorschriften über latente Steuern befreit. Aber auch mittlere Unternehmen können im Einzelfall belastet sein, wenn sie bislang nicht über eine Fünf-Jahres-Steuerplanung verfügen und diese dann allein für Zwecke der Berechnung von latenten Steuern erstellen müssten.

Zu §§ 246 Abs. 1 Satz 1, 274 HGB-E: Welche Regeln gelten hinsichtlich der latenten Steuern für Nicht-Kapitalgesellschaften?

29 Schließlich sollte klargestellt werden, welche Regeln hinsichtlich der latenten Steuern für Nicht-Kapitalgesellschaften gelten. Nach dem Entwurf ist § 274 systematisch in den Sondervorschriften für Kapitalgesellschaften eingeordnet. Die Vorschrift gilt gem. § 264a HGB auch für die dort gleichgestellten Personenhandelsgesellschaften ohne natürliche Person als Vollhafter (Kapitalgesellschaften & Co). Gem. § 274a Nr. 5 sind schließlich kleine Kapitalgesellschaften (& Co.) von der Anwendung des § 274 befreit, d.h. kleine Kapitalgesellschaften (& Co.) dürfen die Vorschriften des § 274 anwenden, müssen dies aber nicht. Im Entwurf nicht ausdrücklich geregelt ist die Frage, ob auch Nicht-Kapitalgesellschaften die Vorschriften des § 274 freiwillig anwenden können. Dies wird in der Literatur bisweilen befürwortet. Rechtsmethodisch ist für eine analoge Anwendung des § 274 auf Nicht-Kapitalgesellschaften aber kein Raum, weil die hierfür erforderliche Regelungslücke fehlt. Hinsichtlich der passiven Steuerlatenzen gelten nämlich die Vorschriften über Rückstellungen, d.h. auf der Passivseite sind Steuerlatenzen abzubilden, wenn die Rückstellungsvoraussetzungen des § 249 Abs. 1 Satz 1 gegeben sind. Auf der Aktivseite verbietet das Realisationsprinzip (§ 252 Abs. 1 Nr. 4) die Aktivierung von Steuerlatenzen. Denn erwartete Steuerentlastungen sind noch kein realisierter Vermögensgegenstand. Die Aktivierung von latenten Steuern wäre deshalb bei Nicht-Kapitalgesellschaften auch nicht sachgerecht. Das sollte im BilMoG oder der Begründung klargestellt werden. Korrespondierend sollte § 246 Abs. 1 Satz 1 insoweit geändert werden, als die dort enthaltenen Worte „latente Steuern“ zu streichen sind. Da es diesen Sonderposten nur für Kapitalgesellschaften (& Co.) gibt, passt der Hinweis systematisch nicht in die für alle Kaufleute geltenden Vorschriften.

Zu §§ 253 Abs. 2 Satz 1, 274 Abs. 2 Satz 1 HGB-E: Inkonsistenz hinsichtlich der Abzinsung

30 Eine gewisse Inkonsistenz besteht nach dem Entwurf im Übrigen hinsichtlich der Abzinsung von passiven Steuerlatenzen im Sonderposten gem. § 274 einerseits und von Rückstellungen für künftige Steuerbelastungen andererseits. Soweit Nicht-Kapitalgesellschaften für erwartete Steuerbelastungen Rückstellungen zu passivieren haben, wären diese nach der neuen allgemeinen Bewertungsvorschrift für Rückstellungen gem. § 253 Abs. 2 Satz 1 i.d.F. des Entwurfs künftig an sich abzuzinsen. Das erscheint insofern unstimmtig, als bei Kapitalgesellschaften gem. § 274 Abs. 2 Satz 1 passive Steuerlatenzen im Sonderposten nicht abzuzinsen sind. Mit diesem Abzinsungsverbot für Steuerlaten-

zen trägt der Entwurf dem auch international üblichen Gedanken Rechnung, dass eine Abzinsung den Bereich der latenten Steuern noch weiter verkomplizieren würde, was den Unternehmen erspart bleiben soll. Dieser Gedanke trifft für Nicht-Kapitalgesellschaften erst recht zu. Rückstellungen wegen erwarteter Steuerbelastungen sollten deshalb von der Abzinsungspflicht ausgenommen werden.

Zu § 290 Abs. 1 HGB-E: Einbeziehung von Zweckgesellschaften

- 31 Hinsichtlich der Abgrenzung des Kreises der in einen Konzernabschluss einzubeziehenden Tochterunternehmen sieht der Entwurf eine Streichung des bisherigen Beteiligungserfordernisses in § 290 Abs. 1 vor. Das erweitert den Konsolidierungskreis. Tochterunternehmen, die unter der tatsächlich ausgeübten einheitlichen Leitung des Mutterunternehmens stehen, an denen das Mutterunternehmen aber nicht gesellschaftsrechtlich beteiligt ist, sind künftig zu konsolidieren. Eine vollständige Anpassung an die Standards der IFRS wird damit allerdings nicht erreicht. Für die HGB-Konzernbilanz soll es vielmehr auch künftig bei dem Zweiklang von tatsächlich ausgeübter einheitlicher Leitung (§ 290 Abs. 1) und rechtlich abgesicherter Beherrschungsmöglichkeit (§ 290 Abs. 2) bleiben. Das stimmt mit dem substance over form risk and reward-Konzept des IAS 27, SIC-12, wonach auf die in wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu beurteilende Mehrheit der Risiken und des Nutzens abzustellen ist, nicht vollständig überein. Zwischen tatsächlich ausgeübter (nicht nur möglicher) einheitlicher Leitung und rechtlich abgesicherter Beherrschungsmöglichkeit kann eine „Lücke“ verbleiben, wenn nämlich zwar Beherrschungsmöglichkeiten bestehen, die aber nicht i.S.d. § 290 Abs. 2 rechtlich fundiert sind, und einheitliche Leitung auch nicht tatsächlich ausgeübt wird. Dies kann bei manchen Konstellationen, z.B. bei gezielter Konstruktion sog. Zweckgesellschaften, dazu führen, dass diese auch künftig nicht in den HGB-Konzernabschluss einzubeziehen sind. Für solche außerbilanziellen Risiken sieht der Entwurf gem. § 314 Abs. 1 Nr. 2, 2a ergänzende Anhangsangaben vor.
- 32 Eine weitere Einschränkung des Konsolidierungskreises im HGB-Konzernabschluss gegenüber dem nach IFRS ergibt sich nach dem Entwurf implizit aus §§ 285 Nr. 26, 314 Abs. 1 Nr. 18. Hiernach sind für sog. Spezialfonds i.S.d. InvG als „Konsolidierungssurrogat“ zusätzliche Anhangsangaben vorgeschrieben; eine Konsolidierung selbst soll insoweit nicht erforderlich sein. In diesem Zusammenhang wird auch darauf hingewiesen, dass der Begriff „Unternehmen“ i.S.d. § 290 dahin zu verstehen sei, dass er nur Rechtsträger mit eigener Rechtspersönlichkeit umfasse, was Spezialfonds ausschließe (so DRSC in der Stellungnahme vom 21.1.2008). Zwingend erscheinen dieses Begriffsverständnis und die Ausklammerung von Spezialfonds aus dem Konsolidierungskreis nicht. Bei am Schutzzweck der Norm orientierter Auslegung kann der Begriff „Unternehmen“ i.S.d. § 290 Abs. 1 weit verstanden werden als jede Wirtschaftseinheit, aus der Risiken für die Gruppe resultieren können. In IAS 27 wird entsprechend nicht mehr (wie noch in der Fassung 2002) der Begriff *enterprise*, sondern *entity* verwendet. Diese Begriffsbildung macht deutlich, dass die Rechtsform und die Rechtsfähigkeit der Wirtschaftseinheit für die Zwecke der Abgrenzung des Konsolidierungskreises unerheblich sind.
- 33 Es sollte noch einmal überdacht werden, ob hinsichtlich der Voraussetzungen für die Konzernbilanzpflicht und die Abgrenzung des Konsolidierungskreises nach HGB die Konzeption der IFRS übernommen werden sollte. Eine solche Angleichung des HGB an

die IFRS wäre gem. Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Konzernbilanzrichtlinie i.d.F. durch die Modernisierungsrichtlinie (Richtlinie 2003/51/EG) möglich. Die internationalen Standards erscheinen insoweit sachgerecht und ein eigener deutscher Weg an dieser Stelle deshalb nicht unbedingt veranlasst. Zwar ist auch nach IAS 27, SIC-12 nicht gewährleistet, dass alle denkbaren Fälle von Zweckgesellschaften einbezogen sind (weshalb die Vorschriften der § 314 Abs. 1 Nr. 2, 2a des Entwurfs relevant bleiben). Der Konsolidierungskreis ist nach IFRS aber weiter gezogen als nach dem Entwurf. Die Übernahme der internationalen Abgrenzung in das HGB könnte dem Entstehen einer „neuen Erwartungslücke“ entgegenwirken. Übermäßige Belastungen der Unternehmen durch die Ausweitung des Konsolidierungskreises können durch sachgerechte Anwendung des Wesentlichkeitsprinzips gem. § 296 Abs. 2 vermieden werden. Im Gegenzug könnte auf die Anhangsangaben zu Spezialfonds gem. §§ 285 Nr. 26, 314 Nr. 19 verzichtet werden.

Zu Art. 3 des BilMoG: Kritik an den neuen Durchbrechungen der Maßgeblichkeit

- 34 Rechtspolitisch kritikwürdig sind die in Art. 3 des BilMoG vorgesehenen neuen steuerlichen Sondervorschriften, vor allem im Bereich der Rückstellungsbewertung (vgl. §§ 6 I Nr. 3a (lit. f), 6a EstG-E vs. § 253 II HGB-E). Diese Sondervorschriften für die steuerliche Gewinnermittlung sind steuersystematisch nicht überzeugend und vergrößern ohne Not den Abstand zwischen Handels- und Steuerbilanz. Das hat außerdem zur Folge, dass das Thema latente Steuern, das, wie gezeigt, bereits für sich genommen rechtspolitisch nicht unproblematisch ist, zusätzliche Bedeutung erlangt (denn mit jeder Abweichung der Steuer- von der Handelsbilanz sind in der Handelsbilanz latente Steuern zu prüfen). Die begrüßenswerte und schon lange geforderte Abschaffung der sog. umgekehrten Maßgeblichkeit darf nicht als Vorwand für weitere Durchbrechungen der Maßgeblichkeit seitens des Steuergesetzgebers genommen werden. Maßgeblichkeit und umgekehrte Maßgeblichkeit assoziieren nur begrifflich einen Sachzusammenhang. Tatsächlich hat das eine mit dem anderen nicht zwingend etwas zu tun. Der „Rückschlag“ steuersubventionistisch motivierter Wertansätze in die Handelsbilanz war mit den Funktionen der handelsrechtlichen Rechnungslegung nie vereinbar. Demgegenüber ist die Idee, den Unternehmen keine von der handelsrechtlichen Gewinnermittlung grundlegend abweichende eigene steuerliche Gewinnermittlung abzuverlangen, rechtspolitisch nach wie vor überzeugend.
- 35 Die sog. Steuervorbehalte, durch die das Steuerrecht vom (modernisierten) Handelsbilanzrecht abweicht, sollten deshalb auf das steuersystematisch notwendige Minimum begrenzt werden. Im Bereich der Rückstellungsbewertung ist kein Sachgrund erkennbar, der Sondervorschriften für die steuerliche Gewinnermittlung rechtfertigen würde. Namentlich ist es nicht verständlich, warum die systematisch zu niedrige Bewertung von Pensionsrückstellungen, die handelsrechtlich mit Recht als unrichtig erkannt und beseitigt wird, in der Steuerbilanz weiterhin richtig sein soll. Der Hinweis auf befürchtete Steuerausfälle rechtfertigt allein keine Systembrüche. Es ist daher dringend an den Steuergesetzgeber zu appellieren, bei der Normierung der steuerlichen Gewinnermittlung sich möglichst weitgehend am modernisierten Handelsbilanzrecht zu orientieren

und den Rechnungslegungsaufwand, der für die Unternehmen durch steuerliche Sondervorschriften entsteht, zu reduzieren. Der handelsrechtliche Teil des BilMoG kann nicht nur, wie ausgeführt, Modellcharakter für die anstehende Reform der EG-Bilanzrichtlinien haben, sondern sollte auch für die Ausgestaltung der steuerlichen Gewinnermittlung der Maßstab sein.

Zu Art. 5 des BilMoG: Änderungen des AktG

Zu § 100 Abs. 5 AktG-E: unabhängiger Finanzexperte im Aufsichtsrat

- 36 Die Vorschrift normiert eine neue persönliche Anforderung an die Zusammensetzung des Aufsichtsrates im Ganzen. Mindestens ein Mitglied des Aufsichtsrates muss unabhängig und auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung sachverständig sein. Dass sich der Entwurf mit Sachverstand entweder auf dem Gebiet der Rechnungslegung oder dem der Abschlussprüfung begnügt, ist überraschend und bleibt auch hinter der Empfehlung gem. Ziff. 5.3.2 des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) zurück. Im Übrigen ist es etwas unbefriedigend, dass der Begriff der Unabhängigkeit, der in der rechtspolitischen Diskussion um „gute Corporate Governance“ eine zentrale Rolle spielt, im Gesetz nicht näher definiert wird. Für die Praxis entsteht hierdurch die Unsicherheit, ob weiter die Kriterien der Ziff. 5.4.2 des DCGK herangezogen werden dürfen oder die strengeren Empfehlungen der EG-Kommission vom 15.2.2005 (ABl. EG Nr. L 52 v. 25.2.2005, S. 51) gelten sollen. Hier würde eine gesetzliche Regelung mehr Rechtssicherheit schaffen.
- 37 Welche Rechtsfolgen eintreten, wenn die Anforderungen des neuen § 100 Abs. 5 AktG-E nicht beachtet werden, ist differenziert zu beurteilen: Wahlbeschlüsse, die diesen Vorgaben nicht entsprechen, sind nach Maßgabe des jeweiligen Beschlussmängelrechts zu beurteilen. Das bedeutet, dass Wahlbeschlüsse der Hauptversammlung wegen Verletzung des Gesetzes gem. § 251 Abs. 1 Satz 1 AktG anfechtbar sind. Das ist zwar immerhin besser als eine strenge Nichtigkeitssanktion, rechtspolitisch aber gleichwohl insofern nicht ganz unproblematisch, als damit für „räuberische Aktionäre“ ein weiteres „Angriffsfeld“ eröffnet wird. Denn über die Frage, ob die fragliche Person ein unabhängiger Finanzexperte ist, mag man im Einzelfall trefflich streiten können. Wahlbeschlüsse des Aufsichtsrates zur Wahl eines unabhängigen Finanzexperten in einen Prüfungsausschuss wären nach bislang h.M. zu den Folgen fehlerhafter Aufsichtsratsbeschlüsse sogar nichtig. Das kann gravierende Folgen auf die Folgebeschlüsse des Prüfungsausschusses und / oder des Aufsichtsrates haben. Hier wäre zu erwägen, entweder allgemein oder wenigstens speziell für den Fall der Wahl des unabhängigen Finanzexperten eine gesetzliche Regelung vorzusehen, die den Unternehmen mehr Rechtssicherheit gewährt.
- 38 Von der Frage, welche Auswirkungen eine Nichtbeachtung des § 100 Abs. 5 AktG-E auf Wahlbeschlüsse hat, ist die weitere Frage zu unterscheiden, ob die Verletzung der Vorschrift auch Auswirkungen auf die Amtsstellung der zu einem früheren Zeitpunkt bereits gewählten Aufsichtsratsmitglieder hat. Diese Frage kann in der Übergangszeit problematisch werden, wenn die Gesellschaft aktuell keinen unabhängigen Finanzexperten hat, gem. § 100 Abs. 5 AktG-E eigentlich aber einen solchen haben müsste. Für die bislang in § 100 Abs. 1 und 2 AktG geregelten Fälle wird vielfach angenommen, dass bei

Verletzung der gesetzlichen Anforderungen der Status als Aufsichtsratsmitglied ex lege beendet wird, wenn die persönlichen Voraussetzungen nicht mehr erfüllt sind. Diese scharfe Sanktion passt für die neuen Fälle des § 100 Abs. 5 AktG-E schon deshalb nicht, weil die Regelung eine Anforderung an die Zusammensetzung des Aufsichtsrats als Kollegialorgan betrifft, nicht aber eine persönliche Anforderung eines bestimmten einzelnen Aufsichtsratsmitglieds. Das Erlöschen des Amtes wäre auch kaum praktikabel, denn es bliebe unklar, wessen Amt eigentlich erlöschen soll, wenn niemand im Aufsichtsrat über das notwendige Profil verfügt. Die Rechtsstellung der wirksam bestellten Aufsichtsräte sollte deshalb durch eine Verletzung des neuen § 100 Abs. 5 AktG-E nicht ex lege betroffen werden. Das könnte klargestellt werden. Um den Gesellschaften den u.U. nötigen Wechsel im Aufsichtsrat zu ermöglichen, sollte außerdem für die erstmalige Anwendung der neuen Vorschrift eine Übergangsfrist bis zur turnusmäßig nächsten Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds eingeräumt werden. Spätestens bei dieser nächsten Wahl wären dann die Anforderungen des § 100 Abs. 5 AktG-E einzuhalten; bei Nichtbefolgung gelten dann die zuvor dargestellten Rechtsfolgen fehlerhafter Wahlbeschlüsse.

- 39 Schließlich kann der Fall eintreten, dass das von der Gesellschaft als Finanzexperte bestimmte Aufsichtsratsmitglied im Laufe der Zeit das notwendige Profil (beispielsweise die Unabhängigkeit) verliert. Auch für diesen Fall sollte der Status des Aufsichtsratsmitglieds aus Gründen der Rechtssicherheit nicht automatisch enden. In Betracht kommt allerdings eine Abberufung des fraglichen Aufsichtsratsmitglieds gem. § 103 AktG. Bei der Ersatzwahl eines neuen Aufsichtsratsmitglieds sind dann die Anforderungen des § 100 Abs. 5 AktG-E wieder einzuhalten.
- 40 Da der Regelungsgehalt der vorgesehenen Vorschrift an sich nicht an eine individualisierbare Person, sondern an den Aufsichtsrat im Ganzen adressiert ist (nicht eine bestimmte Person, sondern nur „mindestens ein“ Mitglied des Aufsichtsrates muss unabhängig und sachkundig sein), gehört sie systematisch nicht zu § 100 AktG, sondern sollte besser in einer eigene Vorschrift (beispielsweise § 100a AktG) geregelt werden. Damit würde auch deutlicher, dass die sonst für die gesetzlichen Anforderungen gem. § 100 AktG angenommenen Sanktionen auf diesen neuen Fall nicht passen.
- 41 Ferner ist zu erwägen, die Angabepflichten gem. §§ 285 Nr. 10 Satz 2 HGB, 289a Abs. 2 Nr. 3 HGB-E dahingehend zu ergänzen, dass auch der Finanzexperte im Sinne des § 100 Abs. 5 AktG-E als solcher zu bezeichnen ist. Das würde es erleichtern, die zunächst nur an den Aufsichtsrat im Ganzen adressierten Anforderungen einer bestimmten Person zuzuordnen, was beispielsweise für die möglicherweise notwendig werdende Abberufung aus wichtigem Grund (§ 103 Abs. 3 AktG) relevant sein kann.

Zu § 107 Abs. 3 Satz 2 AktG-E: Aufgaben eines Prüfungsausschusses

- 42 Die Vorschrift regelt den sog. Prüfungsausschuss und dessen mögliche Aufgaben. Dieses Aufgabenspektrum wird in Umsetzung der Abschlussprüferrichtlinie sehr weit abgedeckt. Umfasst wird auch die Überwachung der Wirksamkeit eines internen Kontroll- und Risikomanagementsystems. Das dürfte über die gegenwärtig geübte Praxis hinausgehen und vielfach eine intensivere Tätigkeit des Aufsichtsrats / Prüfungsausschusses im Hinblick auf die genannten Systeme erforderlich machen.
- 43 Da einem Aufsichtsratsausschuss nur solche Aufgaben übertragen werden können, die dem Aufsichtsrat selbst obliegen, wird mit dieser Vorschrift zugleich das Aufgabenspek-

trum des Aufsichtsrats in seiner Gesamtheit abgesteckt und erweitert. Insoweit erscheint es rechtssystematisch nicht glücklich, dass diese Aufgaben des Aufsichtsrats in der Sondervorschrift über den Prüfungsausschuss „versteckt“ werden. Um das Bewusstsein der Aufsichtsratsmitglieder für die erweiterten Aufgaben auch im Hinblick auf die bestehende Gesamtverantwortung des Aufsichtsrats zu schärfen, wäre eine Regelung in der allgemeinen Vorschrift über die Aufgabenbeschreibung des Aufsichtsrats gem. § 111 Abs. 1 AktG systematisch vorzugswürdig.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'J. Hennrich'. The signature is written in a cursive, slightly slanted style.

(Prof. Dr. J. Hennrichs)