

08. Dezember 2008

An den
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Per E-Mail: rechtsausschuss@bundestag.de

Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – BilMoG)

Stellungnahme zur Anhörung des Rechtsausschusses am 17. Dezember 2008

Sehr geehrte Damen und Herren,

der Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins hat im Januar 2008 zum Referentenentwurf und im Juli 2008 zum Regierungsentwurf des BilMoG ausführlich Stellung genommen (DAV-Stellungnahmen Nr. 4 und 38/08, abgedruckt in NZG 2008, 183 ff. und 612 ff.). Um Wiederholungen zu vermeiden, nehme ich darauf Bezug. In dieser Äußerung beschränke ich mich auf kritische Anmerkungen zu einigen Punkten, die mir besonders wesentlich erscheinen.

1. Wegfall der Buchführungs- und Bilanzierungspflicht für kleine Einzelkaufleute (§ 241 a HGB-E)

Für die Befreiung von der Buchführungs- und Bilanzierungspflicht soll maßgeblich sein, dass der Einzelkaufmann an den Abschlussstichtagen von zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren nicht mehr als EUR 500.000 Umsatzerlöse und EUR 50.000 Jahresüberschüsse aufweist. Die Anwendung dieser 2-Jahres-Formel ist, wie der Handelsrechtsausschuss in seinen Stellungnahmen näher dargelegt hat, mit derartigen

Schwierigkeiten und Unsicherheiten verbunden, dass sehr zweifelhaft ist, ob die erstrebte Vereinfachung erreicht werden kann. Im Übrigen sollte ausdrücklich bestimmt werden, dass auch diese Kaufleute nicht etwa handelsrechtlich von allen Aufzeichnungspflichten frei sind, sondern zumindest eine Einnahmenüberschussrechnung aufzustellen haben.

Dem Vorschlag des Bundesrats, den Verzicht auf Personengesellschaften zu erstrecken, sollte nicht gefolgt werden. Die Aufstellung einer Bilanz ist jedenfalls unverzichtbar, um die Rückzahlung von Einlagen und die daraus folgende Haftung des Kommanditisten nach § 172 Abs. 4 HGB festzustellen.

2. Rechtliches und wirtschaftliches Eigentum am Vermögensgegenstand (§ 246 Abs. 1 Satz 2 HGB-E)

Nach dem Regierungsentwurf sind Vermögensgegenstände „nur“ dann zu bilanzieren, „wenn sie dem Eigentümer auch wirtschaftlich zuzurechnen sind“. Es müssen also kumulativ beide Voraussetzungen erfüllt sein, nämlich sowohl das rechtliche als auch das wirtschaftliche Eigentum. Wenn der Vermögensgegenstand wirtschaftlich einem anderen zuzurechnen ist, muss dieser den Vermögensgegenstand in seine Bilanz aufnehmen. An dieser bislang geltenden Regel will der Entwurf, wie sich aus der Begründung (S. 103 f.) ergibt, nichts ändern. Nach dem Wortlaut tut er es aber, indem er die Bilanzierung kumulativ an beide Voraussetzungen knüpft. Bei dem bilanzierenden Kaufmann, dem der Gegenstand nur wirtschaftlich zuzurechnen ist, ohne dass er auch das rechtliche Eigentum hat, fehlt eine der beiden Voraussetzungen.

Da es im Ergebnis für die Bilanzierung allein auf das wirtschaftliche Eigentum ankommt, sollte Satz 2 wie folgt lauten: „Vermögensgegenstände sind in die Bilanz aufzunehmen, wenn sie dem Unternehmen wirtschaftlich zuzurechnen sind.“

3. Bewertung von Finanzinstrumenten (§ 253 Abs. 1 Satz 3 HGB-E)

Die im Entwurf vorgeschriebene Bewertung der zu Handelszwecken erworbenen Finanzinstrumente mit dem jeweils aktuellen Zeitwert („mark-to-market Bewertung“) wird neuerdings aufgrund der Erfahrungen in der Finanzkrise wieder grundsätzlich in

Frage gestellt. Wenn man trotz der noch nicht absehbaren Folgerungen, die in der internationalen Rechnungslegung aus den Erfahrungen der Finanzkrise gezogen werden, an der Bewertung der Finanzinstrumente im Handelsbestand zu Zeitwerten festhalten will, sollte zumindest das Umwidmungsverbot aufgegeben werden, indem nicht auf „zu Handelszwecken erworbene“, sondern auf „zu Handelszwecken bestimmte“ Finanzinstrumente abgestellt wird. Besser wäre es aber, § 253 Abs. 1 Satz 3 HGB-E ganz zu streichen.

Für Kreditinstitute will der Entwurf die Bewertung der Finanzinstrumente des Handelsbestandes zu Zeitwerten in § 340 e Abs. 3 HGB-E festschreiben. Daran will das BMJ auch bei Streichung des § 253 Abs. 1 Satz 3 HGB-E festhalten. Angeblich wird durch § 340 e Abs. 3 HGB-E nur die schon bislang übliche Handhabung der Kreditinstitute gesetzlich verankert. Aber auch insoweit ist noch nicht mit Sicherheit abzusehen, welche bilanzrechtlichen Konsequenzen in der internationalen Rechnungslegung aus der Finanzkrise gezogen werden. Zumindest sollte das Umwidmungsverbot aufgegeben werden. Außerdem sollte klargestellt werden, dass bei einem nicht funktionierenden Markt für die betreffenden Finanzinstrumente nicht auf einen synthetischen Wert („mark-to-model“) ausgewichen werden darf.

4. Aktivierung selbst geschaffener immaterieller Vermögensgegenstände (§ 255 Abs. 2 a HGB-E)

Mit der Aufgabe des Verbots der Aktivierung selbst geschaffener immaterieller Vermögensgegenstände will der Entwurf ein wesentliches Element des Vorsichtsprinzips beseitigen. Er begnügt sich auch nicht mit einem Wahlrecht, sondern begründet sogar eine Aktivierungspflicht. Was als Wohltat für die forschende Industrie vorgestellt wird, kann sich für viele Unternehmen als Nachteil auswirken, und zwar nicht nur wegen des hohen Dokumentationsaufwands, sondern vor allem, weil die Volatilität der Ergebnisse durch die Aktivierung und Deaktivierung des Entwicklungsaufwands wesentlich erhöht wird. Eine Entwicklung, deren Markttauglichkeit noch nicht erwiesen ist, sondern lediglich prognostiziert wird, soll das ausgewiesene Ergebnis erhöhen, und entsprechend kann sich ein massiver Ergebniseinbruch ergeben, wenn z.B. bei einem Pharma-Unternehmen eine Entwicklung abgebrochen werden muss.

Es ist deshalb zu erwägen, entweder das Aktivierungsverbot beizubehalten und eine erweiterte F&E-Berichterstattung im Anhang und/oder Lagebericht vorzuschreiben oder die Aktivierung nur als Wahlrecht zu eröffnen.

5. Aktivierung latenter Steuern (§§ 246 Abs. 1 Satz 1, 274 HGB-E)

Die Erträge aus der Aktivierung latenter Steuern (genauer: latenter Steuervorteile) sollen zwar der Ausschüttungssperre nach § 268 Abs. 8 HGB-E unterliegen. Aber es ist schon fraglich, ob man die Aktivierung erwarteter oder häufig auch nur erhoffter Vorteile aus der künftigen Nutzung von Verlustvorträgen überhaupt zulassen soll. Bei Licht besehen handelt es sich um die Aktivierung möglicher künftiger Gewinne vor ihrer Realisierung. Außerdem ist die zusätzliche Unsicherheit zu bedenken, die sich aus dem häufigen und manchmal sogar rückwirkenden Wechsel der steuerrechtlichen Regelungen zur Nutzung der Verlustvorträge ergibt. Eine Pflicht zur Aktivierung der erwarteten Vorteile aus steuerlichen Verlustvorträgen ist keinesfalls akzeptabel.

6. Ausschüttungssperre (§ 268 Abs. 8 HGB-E)

Die Aufgabe wesentlicher Elemente des Vorsichtsprinzips bei Ansatz und Bewertung der Vermögensgegenstände führt tendenziell zu einer wesentlichen Erhöhung des Gewinns. Diesen Effekt will der Entwurf, soweit es um die Ausschüttung von Gewinnen geht, durch die Ausschüttungssperre in § 268 Abs. 8 HGB-E wieder rückgängig machen: Die Erträge aus der Aktivierung selbst geschaffener immaterieller Vermögensgegenstände oder latenter Steuern sowie aus der Bewertung von zu Handelszwecken erworbenen Finanzinstrumenten zum Zeitwert dürfen nur ausgeschüttet werden, wenn nach der Ausschüttung frei verfügbare Rücklagen mindestens in Höhe des Gesamtbetrags dieser Erträge verbleiben.

Von der Ausschüttung gesperrt sind „Erträge“, also die in der Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesenen Posten. Solche „Erträge“ sind jedoch in den auf die Aktivierung folgenden Geschäftsjahren nicht mehr vorhanden, da sie in die entsprechenden Bilanzposten eingegangen sind. Hier zeigt sich, dass die Ausschüttungssperre eine fortdauernde und technisch komplizierte Schattenrechnung erfordert. Es genügt nicht, den Gesamtbetrag der durch die Aktivierung ausgewiesenen

Erträge einmal im Vergleich zur „normalen“ Bilanzierung zu ermitteln, sondern die Beträge müssen alljährlich aufgrund einer neuen „als ob“-Rechnung zu den einzelnen Aktivposten der Bilanz fortgeschrieben werden. Folgerichtig müsste angeordnet werden, dass der sich alljährlich ergebende Gesamtbetrag auf der Passivseite bei den Rücklagen vermerkt wird. Das Hin und Her von Aktivierung und Ausschüttungssperre der aktivierten Erträge ist also technisch kompliziert und macht das Bild für den Aktionär und den Gläubiger nicht gerade anschaulicher.

7. Konsolidierung von Zweckgesellschaften (§ 290 Abs. 1 Satz 1 HGB-E)

Trotz des Verzichts auf eine Beteiligung an der Zweckgesellschaft als Grundlage für die Konsolidierung will der Entwurf an dem Merkmal der „einheitlichen Leitung“ festhalten. Die Feststellung einer einheitlichen Konzernleitung im Sinne von § 18 AktG kann erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Deshalb hilft das Konzernrecht mit der auf der Mehrheitsbeteiligung aufsetzenden Vermutungskette in §§ 17 Abs. 2, 18 Abs. 1 Satz 3 AktG. Wenn keine Beteiligung besteht, wird die Feststellung der einheitlichen Leitung noch schwieriger. Es kommt hinzu, dass das Merkmal der einheitlichen Leitung auch nicht geeignet ist, häufig anzutreffende Gestaltungen von Zweckgesellschaften zu erfassen. Wenn z.B. die Funktionsweise der Zweckgesellschaft durch die vertraglichen Grundlagen auf lange Zeit festgelegt ist („Autopilot“), lässt sich eine fortlaufende Wahrnehmung von Konzernleitungsaufgaben durch das Mutterunternehmen nicht feststellen.

Auch die Erwägung des BMJ, statt auf eine einheitliche Leitung im Sinne von § 18 AktG auf die Möglichkeit der Beherrschung abzustellen, ist nicht überzeugend. Auch dann fehlt es bei den Zweckgesellschaften an der Mehrheitsbeteiligung als Grundlage für die Vermutung der Abhängigkeit nach § 17 Abs. 2 AktG. Außerdem ist zu bedenken, dass diese Änderung in § 290 Abs. 1 HGB nicht nur für Zweckgesellschaften von Belang wäre, sondern generell den Konsolidierungskreis erweitern und insbesondere auf den Fall der faktischen Hauptversammlungsmehrheit ohne Mehrheitsbeteiligung ausdehnen würde.

Zwei Lösungen bieten sich an: Entweder verzichtet man nach wie vor bei fehlender Beteiligung auf die Konsolidierung der Zweckgesellschaft und ersetzt die Kon-

solidierung durch umfangreiche Informationen zu Eventualverbindlichkeiten etc. im Anhang. Oder man stellt, wie dies vom BMJ ebenfalls – allerdings nur kumulativ zur Möglichkeit der Beherrschung – erwogen wird, auf die Verteilung der Chancen und Risiken ab. Dies ist der Ansatz in der internationalen Rechnungslegung, in der (in einer Interpretation zu IAS 27) darauf abgestellt wird, ob dem Mutterunternehmen die Mehrheit der mit der Zweckgesellschaft verbundenen Risiken zugewiesen ist („risk and rewards approach“).

Mit freundlichen Grüßen


(Hoffmann-Becking)