



Stellungnahme zu ausgewählten Aspekten des Entwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates (Bilanzrichtlinie-Umsetzungsgesetz – BilRUG)

Rechtswissenschaftliche
Fakultät

Institut für Gesellschaftsrecht

Abt. 2: Kapitalgesellschaften und
Bilanzrecht

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht
Bilanz- und Steuerrecht

Prof. Dr. Joachim Hennrichs

joachim.hennrichs@uni-koeln.de

Der Gesetzesentwurf ist insgesamt zu begrüßen und verdient Unterstützung. Der Gesetzgeber entwickelt das durch das BilMoG modernisierte nationale Handelsbilanzrecht behutsam und abgewogen weiter. Soweit neuerdings Kritik an Vorschriften geübt wird, bei denen der Gesetzgeber sich näher als bisher an die Formulierungen der Richtlinie (im Folgenden kurz: RL) anlehnt, ist solche Kritik an den Bundesgesetzgeber falsch adressiert. Der nationale Gesetzgeber hat die Vorgaben des Unionsgesetzgebers zu beachten und zutreffend umzusetzen.

Zu § 272 Abs. 5 HGB-E

Die neue Vorschrift des § 272 Abs. 5 HGB-E sieht in Umsetzung des Art. 9 Abs. 7 Buchst. c RL eine ausschüttungsgesperrte Rücklage für den Fall der sog. phasengleichen Dividendenaktivierung im Jahresabschluss der Muttergesellschaft vor. Bei phasengleicher Dividendenaktivierung wird im Abschluss der Muttergesellschaft eine künftige Forderung auf Dividendenauszahlung gegen eine Tochtergesellschaft aktiviert. Diese Dividendenforderung ist zwar rechtlich am Bilanzstichtag noch nicht entstanden; sie entsteht vielmehr als durchsetzbarer Anspruch erst phasenverschoben im Jahr der Beschlussfassung über die Gewinnverwendung bei der Tochtergesellschaft. Gleichwohl soll der Dividendenertrag nach h.M. unter bestimmten Voraussetzungen bereits vor dem rechtlichen Entstehen der Dividendenforderung im Abschluss der Muttergesellschaft angesetzt werden müssen, wenn und weil er im bilanzrechtlichen Sinne realisiert sei.

Die Neuregelung sieht für solche Fälle nun eine ausschüttungsgesperrte Rücklage vor. Danach wäre die künftige Dividendenforderung im Jahresabschluss der Muttergesellschaft zwar unter bestimmten Voraussetzungen als bilanzrechtlich realisiert bereits zu aktivieren, der entsprechende Ertrag dürfte aber noch nicht ausgeschüttet werden.

Diese vorgesehene Neuregelung stößt auf teils heftige Kritik.

Albertus-Magnus-Platz
50923 Köln
Telefon +49 221 470-5694 (Sekr.)
Telefax +49 221 470-5031

Richtigerweise ist eine entsprechende Regelung von der RL aber gefordert und die Umsetzung daher geboten. Art. 9 Abs. 7 Buchst. c RL sieht eine ausschüttungsgesperrte Rücklage für solche Fälle vor. Die abweichende Interpretation der RL, die von den Kritikern nun vorgetragen wird, überzeugt nicht. Die fragliche RL-Vorschrift ist allgemein formuliert und bezieht sich nicht etwa nur auf den Fall der (in Deutschland nicht einschlägigen) Bewertung nach der at-equity-Methode. Die RL schreibt eine Ausschüttungssperre vor, soweit der auf die Beteiligung entfallende Teil des Ergebnisses die Beträge übersteigt, „die als Dividenden bereits eingegangen sind oder auf deren Zahlung ein *Anspruch* besteht“. Mit diesem „Anspruch“ kann nur ein rechtlich durchsetzbarer Anspruch gemeint sein. Das ergibt sich zum einen daraus, dass bei der stichtagsbezogenen Vermögensaufstellung dem Grundfall der bereits eingegangenen Dividende wertungsmäßig allein ein rechtlich durchsetzbarer Anspruch gleichgesetzt werden kann, nicht aber eine am Stichtag rechtlich noch nicht durchsetzbare Position. Zum anderen belegt auch die Analyse der anderen Sprachfassungen der RL, dass der Unionsgesetzgeber mit „Anspruch“ einen rechtlich durchsetzbaren Anspruch meint. Beispielsweise ist im englischen Text von „claim“ die Rede und nicht etwa von „receivable“. Entsprechend verhält es sich, wie mir einschlägig sprachlich bewanderte Kollegen bestätigt haben, bei der französischen und italienischen Sprachfassung.

Eine Ausschüttungssperre für den Fall der phasengleichen Dividendenaktivierung ist entgegen den Kritikern auch nicht sachwidrig. Sie bewirkt, dass die Ausschüttungsmasse in Unternehmen, die phasengleich aktivieren, mit der entsprechenden Ausschüttungsmasse der Unternehmen, die erst phasenverschoben aktivieren, vergleichbar ist. Tatsächlich gewährt die h.M. bei der Bilanzierung von Dividendenforderungen nämlich ein faktisches Wahlrecht, weil es auf die zeitliche Reihenfolge der Vorgehensweise ankommt (s. auch BFH BStBl. II 1999, 551, 554 f. [Tz. 37, 63]; BFH [GrS] BStBl. II 2000, 632 [Tz. 49, 59]): Die phasengleiche Dividendenaktivierung hängt davon ab, ob die Muttergesellschaft die Gewinnverwendung bei der Tochter zeitlich vor der Beschlussfassung über den Jahresabschluss der Mutter beschließen lässt oder danach. Das kann von dem beherrschenden Unternehmen praktisch beliebig gesteuert werden.

Vor diesem Hintergrund bewirkt die Ausschüttungssperre, dass die jeweils für die Ausschüttung verwendbaren Ergebnisse davon unabhängig sind, wie das Mutterunternehmen die Gestaltungsmöglichkeiten bei der Dividendenaktivierung ausübt. Die RL bezweckt aber durchaus auch den Schutz der Gesellschafter der bilanzierenden Gesellschaften und die Vergleichbarkeit der Rechnungslegung.

Letztlich wird diese Fragen zur Auslegung der RL dereinst vielleicht einmal der EuGH entscheiden müssen. Bis dahin ist der Bundesgesetzgeber m.E. gut beraten, die RL so umzusetzen, wie sie formuliert ist. Eben das sieht der RegE in § 272 Abs. 5 HGB vor. Ich halte die Regelung deshalb für sachgerecht.

Zu § 264 Abs. 3 HGB-E

Ebenfalls sehr kontrovers diskutiert wird die Neuformulierung des § 264 Abs. 3 HGB. Die entsprechende RL-Vorschrift ist inhaltlich und in der Formulierung an sich nicht neu, so dass man sich auf den ersten Blick wundert, warum der Gesetzgeber die nationale Vorschrift ändern will. Der Entwurf begründet die Anpassung der Formulierung als „sprachliche Optimierung“ und engere Anpassung an den Text der RL.

Nach der Regierungsbegründung soll die Änderung insoweit zu einer Verschärfung gegenüber dem Status Quo führen, als künftig nicht mehr allein eine Verlustübernahmeverpflichtung nach § 302 AktG ausreichend sein soll. Vielmehr müsse das Mutterunternehmen „darüber hinaus“ (so BT-Drucks. 18/4050, S. 61) auch etwaige Liquiditätseingpässe des Tochterunternehmens auszugleichen versprechen, selbst wenn das Tochterunternehmen einen Jahresüberschuss ausweise. Hierfür sei zwar kein externer Schuldbeitritt, wohl aber beispielsweise eine Patronatserklärung gegenüber dem Tochterunternehmen erforderlich.

Die vorgesehene Neuformulierung des § 264 Abs. 3 HGB lehnt sich in der Tat näher an den RL-Text an als die bisherige Gesetzesformulierung. In der RL (dort in Art. 37 (3)) heißt es: „das Mutterunternehmen hat sich bereit erklärt, für die von dem Tochterunternehmen eingegangenen Verpflichtungen einzustehen“.

Dass der Gesetzgeber die Formulierung des § 264 Abs. 3 HGB näher an den Wortlaut der RL bringt, kann man ihm kaum zum Vorwurf machen. Wenn Kritiker nun bemängeln, die neue Formulierung werfe allerlei Auslegungsfragen auf, so sind diese letztlich durch die RL ausgelöst und nicht dem nationalen Gesetzgeber anzulasten.

Zu erwägen ist allerdings, die durch die veränderte Formulierung ausgelösten Folgefragen in der Gesetzesbegründung nicht weiter anzusprechen, sondern Rechtsprechung und Wissenschaft zu überlassen, also die fraglichen Passagen in der RegBegr. schlicht zu streichen. Manchmal ist Weniger mehr. Es ist nicht die Aufgabe der RegBegr. zum BilRUG, gesellschaftsrechtliche Auslegungsfragen zu klären. Ob es wirklich einer weiteren Verpflichtung des Mutterunternehmens bedarf, die über die bisherige Verlustübernahmeverpflichtung gem. § 302 AktG hinausgeht, wie die RegBegr. meint, ist nämlich keineswegs ausgemacht. Ein praktisches Schutzbedürfnis dafür ist jedenfalls nicht zu erkennen. Dass Tochterunternehmen, deren Mutterunternehmen eine Verlustübernahmeverpflichtung gem. § 302 AktG übernommen haben, in nennenswerter Zahl wegen unterjähriger Liquiditätseingpässe insolvent geworden wären, ohne dass zugleich auch die Mutter insolvent gewesen wäre, habe ich jedenfalls bislang nicht gehört. Die Verlustübernahmeverpflichtung reicht aus Gründen des Gläubigerschutzes aus. Zudem folgt richtigerweise schon aus § 302 AktG und dem

Unternehmensvertrag die Pflicht, die Feststellung des Jahresabschlusses der Tochtergesellschaft und damit den Verlustausgleich nicht ungebührlich zu verzögern und etwaige Liquiditätsengpässe durch Abschlagszahlungen auszugleichen (vgl. *Emmerich* in *Emmerich/Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 7. Aufl. 2013, § 302 AktG Rz. 41 m.w.N.).

Jedenfalls können diese Auslegungsfragen getrost Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen bleiben. Ausführliche Erläuterungen dazu in der RegBegr. sind nicht veranlasst und eher kontraproduktiv. Gegen die eigentliche Anpassung des Gesetzestextes selbst kann man andererseits schwerlich etwas einwenden, weil diese Formulierung eben nur dem RL-Text folgt. Kritik an der Formulierung wäre gegenüber dem Unionsgesetzgeber vorzubringen.

Zu Art. 6 Abs. 1 Buchst. h und j, Abs. 3 und 4 RL

Die Linie, sich bei der Umsetzung der RL grundsätzlich strikt an deren Formulierungen zu halten, verlässt der RegE leider bei dem in Art. 6 Abs. 1 Buchst. j i.V.m. Abs. 4 RL normierten allgemeinen Grundsatz der Wesentlichkeit. Der RegE BilRUG verzichtet insoweit auf explizite Umsetzungsvorschriften im HGB, weil dieser Grundsatz „im deutschen Recht unter Berücksichtigung der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung bereits umgesetzt“ sei; inhaltliche Änderungen würden nicht angestrebt.

Ich halte diese Abstinenz des Gesetzesentwurfs für problematisch. Denn nach der Grundregel des Art. 6 Abs. 1 Buchst. j RL bezieht sich der Wesentlichkeitsgrundsatz uneingeschränkt auch auf Ansatzfragen. Danach könnten beispielsweise unwesentliche Schulden auf der Passivseite einfach weggelassen werden. Das widerspräche der bisherigen Rechtsprechung des BFH und der bislang h.M. im Schrifttum. Der nationale Gesetzgeber kann zwar den Anwendungsbereich des Wesentlichkeitsgrundsatzes differenziert regeln, das erlaubt ihm das Mitgliedstaatenwahlrecht gem. Art. 6 Abs. 4 RL. Aber das muss er dann auch tun. Tut er dies nicht, bleibt es im Wege der richtlinienkonformen Auslegung bei der Grundregel des Art. 6 Abs. 1 Buchst. j RL, also bei der uneingeschränkten Anwendbarkeit auch auf Ansatzfragen einschließlich der Passivseite. Ob man in dem bisherigen differenzierten Verständnis von Rechtsprechung und Lehre zum (teilweise) ungeschriebenen GoB der Wesentlichkeit eine hinreichende Umsetzung und Ausübung des RL-Mitgliedstaatenwahlrechts sehen kann, erscheint mir europarechtlich zumindest fraglich, zumal die genauen Grenzen des Wesentlichkeits-GoB ja auch durchaus umstritten sind. Hier wären zusätzliche explizite Umsetzungsvorschriften aus Gründen der Rechtssicherheit vorzugswürdig.

Allerdings ist diese Aufgabe nicht leicht zu bewerkstelligen. Denn bei der gebotenen differenzierten Umsetzung des Wesentlichkeitsgrundsatzes wird sehr genau zu analysieren und sorgfältig abzuwägen sein, wo der Grundsatz schon bislang gesetzlichen Ausdruck gefunden hat, ob es bei diesen

bisherigen Vorschriften bleiben soll und kann, inwieweit er als ungeschriebener GoB darüber hinaus bislang anerkannt und sachlich gerechtfertigt ist und für welche Fälle neue explizite gesetzliche Vorschriften, die den allgemeinen Grundsatz konkretisieren, erforderlich sind. Das sollte in Ruhe und ohne Zeitdruck analysiert und diskutiert werden.

In der Kürze der noch zur Verfügung stehenden Zeit (die RL ist bis zum 20.7.2015 umzusetzen) könnte, wiederum in enger Anlehnung an den Wortlaut der RL (dort Art. 2 Nr. 16 und Art. 6 Abs. 1 Buchst. j), aber vielleicht doch folgende Allgemeine Vorschrift (systematisch vielleicht als neuer § 243 Abs. 4 HGB) aufgenommen werden:

– „Die Anforderungen dieses Buches in Bezug auf den Ansatz von Aktivposten, auf die Bewertung, Darstellung, Offenlegung und Konsolidierung müssen nicht erfüllt werden, wenn die Wirkung ihrer Einhaltung im Hinblick auf den Zweck des Abschlusses unwesentlich ist. Wesentlich sind solche Informationen, wenn vernünftigerweise zu erwarten ist, dass ihre Auslassung oder fehlerhafte Angabe Entscheidungen beeinflusst, die Nutzer auf der Grundlage des Abschlusses des Unternehmens treffen. Die Wesentlichkeit einzelner Posten wird im Zusammenhang mit anderen ähnlichen Posten bewertet.“

– Dadurch wäre vor allem sichergestellt, dass der Wesentlichkeitsgrundsatz nicht auf die Passivseite der Bilanz durchschlägt. Im Übrigen könnte die Rechtsentwicklung beobachtet werden.

Köln, 21. April 2015
gez. Prof. Dr. J. Hennrichs