

Deutscher Notarverein, Kronenstraße 73/74, 10117 Berlin
Bundesministerium der Justiz
Dr. Christoph Ernst
Mohrenstraße 37

10117 Berlin

Kronenstraße 73/74
10117 Berlin
Tel: 030 / 20 61 57 40
Fax: 030 / 20 61 57 50
E-Mail: kontakt@dnotv.de
<http://www.dnotv.de>

Berlin, den 4. Januar 2008

**Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Bilanzrechts
(Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – BilMoG)**

Sehr geehrter Herr Dr. Ernst,

der deutsche Notarverein dankt für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum o.g. Referententwurf (nachfolgend der „Entwurf“). Wir dürfen uns auf einige wenige Anmerkungen aus gesamtwirtschaftlicher und gesellschaftsrechtlicher Sicht beschränken.

I.

Das von hergebrachten Grundsätzen des Vorsichtsprinzips, des Imparitätsprinzips, der Bilanzwahrheit, -klarheit und -stetigkeit geprägte deutsche Recht der kaufmännischen Rechnungslegung steht einerseits, worauf der Entwurf mit Recht hinweist, unter internationalem Wettbewerbsdruck. Andererseits steht das deutsche Bilanzrecht, was heute allzu oft übersehen wird, in engem Kontext mit unserem von Solidarität und sozialer Verantwortung geprägten Wirtschaftssystem.

Eine Wirtschaftsordnung, die auf Konjunkturschwankungen ohne Zeitverzug mit Massenentlassungen, Betriebsschließungen und Produktionsverlagerungen reagieren kann („*hire and fire*“), tut sich leichter, ihr Recht kaufmännischer Rechnungslegung am Grundsatz einer sogenannten *true and fair view* auszurichten (obschon auch das Bilanzrecht nach US-GAAP oder IFRS/IAS oft weder *true* noch *fair*, sondern mitunter durchaus auch Ergebnis lobbyistischer Glanzleistungen ist¹).

¹ Ein Beispiel hierfür ist etwa das Bilanzierungswahlrecht bei Aktienoptionen nach US-GAAP. Möglicherweise gilt ähnliches für die Nichtkonsolidierung von Zweckgesellschaften.

Eine Rechtsordnung, die im Interesse der *stakeholder* (Mitarbeiter, Gläubiger) am Grundsatz der Kapitalerhaltung festhält und bei Umstrukturierungen Ausgleichsleistungen vorsieht (z.B. Sozialplan), ist auf ein Bilanzrecht angewiesen, das z.B. die Legung stiller Reserven begünstigt. Mit diesen Interdependenzen mag die Skepsis begründet sein, mit der gerade der deutsche Mittelstand, der sich seiner sozialen Verantwortung für unser Land durchaus bewusst ist, der Bilanzierung nach IFRS begegnet.

Das Bilanzrecht sollte kein Vehikel zur weiteren Entsolidarisierung unserer Gesellschaft sein. Wer den Übergang zum angelsächsischen Bilanzrecht fordert, will letztlich eine andere Wirtschaftsordnung – damit eine andere Gesellschaft – und sollte dies dann auch klar sagen.

Es bietet sich weiter an, Entwicklungen in der Wirtschaft auf mögliches Regulierungsversagen zu untersuchen. Anschauungsmaterial bietet derzeit vor allem die Hypothekenkrise im angelsächsischen Raum. Gerade hier zeigt sich, dass im angelsächsischen Bilanzrecht beileibe nicht alles Gold ist, was glänzt.

Zwar haben Weitsichtige das Kippen der Märkte für *asset backed securities* ab Juli 2007 schon lange vorausgesehen. Angesichts der Basisdaten über die Entwicklung der Realeinkommen aus Arbeit in den Staaten der OECD und die sich hieraus ergebenden Konsequenzen für die Nachfrage nach Immobilien war das auch nicht allzu schwer. Dennoch gibt der abrupte Umschwung Anlass zur Ursachenforschung. Denn die Folgen der Krise dürften gesamtwirtschaftlich erheblich sein. Ein Grund – neben anderen – für das Marktversagen dürfte in den Möglichkeiten liegen, Risiken in nicht konsolidierungspflichtige Zweckgesellschaften auszulagern. Informationen über mögliche Haftungsverantwortung des faktischen Inhabers der Zweckgesellschaften werden ins Kleingedruckte des Anhangs verschoben, anstatt über entsprechende Rückstellungen in das Schlaglicht der Passivseite der Bilanz zu rücken. Wenn (wohl) legale Praktiken derartige volkswirtschaftliche Folgen haben, dann besteht Anlass, über die Zweckmäßigkeit der zugrunde liegenden Normen nachzudenken. Dies gilt umso mehr, als die Folgen möglicher Regulierungsdefizite den deutschen Steuerzahler treffen, der so letztlich den US-amerikanischen Konsum mit finanziert.

II.

Aus diesen allgemeinen Vorüberlegungen ergeben sich aus unserer Sicht folgende rechtspolitische Zielvorgaben:

Statt der modischen Forderung nach einer kapitalmarktorientierten kompetitiven Wirtschaftsordnung angelsächsischer Provenienz vorschnell nachzugeben, sollte das bestehende Recht der kaufmännischen Rechnungslegung behutsam weiter entwickelt werden. Die deutschen Grundsätze ordnungsgemäßer Buchhaltung und Bilanzierung haben nach wie vor ihren Wert. Der Abbau von Bilanzierungswahlrechten in der Handelsbilanz dient zudem der Vergleichbarkeit und der Transparenz der Abschlüsse.

Eine erhebliche Entlastung für den Mittelstand wird in erster Linie durch die konsequente Umsetzung des Grundsatzes der Maßgeblichkeit der Handels- für die Steuerbilanz erreicht. Leider wird dieses Ziel in der Praxis oft genug verfehlt, wie z.B. die steuerliche Behandlung geringwertiger Wirtschaftsgüter im Jahressteuergesetz 2008 und deren Konsequenz für die Handels- und Steuerbilanz zeigt (Zwang zur Aktivierung nicht mehr vorhandener Aktiva in der Steuerbilanz).

Ziel einer Bilanzrechtsreform sollte die Senkung von Transaktionskosten für die betroffenen Rechtsträger bei der Bilanzerstellung sein. International wird das Bilanzrecht maßgeblich von Akteuren auf dem Markt der Bilanzerstellung und –prüfung fortentwickelt. Dass deren Ziele

zumindest auch in einer positiven Entwicklung des eigenen Beratungsgeschäfts liegen können, ist nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen.

III.

Im folgenden dürfen wir einzelne Punkte des Entwurfs herausgreifen.

1. Größenklassen

Das gesetzgeberische Grundanliegen, das in einer Senkung des Verwaltungsaufwands für Kleinunternehmen liegt, wird ohne Einschränkungen für §§ 267, 293 E-HGB geteilt. Auf folgendes Bedenken bei § 241a E-HGB ist jedoch hinzuweisen.

Schon nach § 1 Abs. 2 HGB ist ein Kaufmann nicht eintragungsfähig, dessen Gewerbebetrieb *„nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert“*. Damit sind dem Gesetz bereits flexible, branchenabhängige Größenklassen für Umsatz und Gewinn immanent, das Bedürfnis für starre betragsmäßig fixierte Grenzen scheint nicht zwingend.

§ 241a HGB senkt zudem die Schwellen für zahlreiche nicht in das Handelsregister eingetragene Gewerbetreibende, da man je nach Branche ohne kaufmännische Rechnungslegung durchaus auch bei höheren Umsätzen/Jahresüberschüssen auskommen kann, jetzt aber eine gesetzliche Vermutung für das Gegenteil begründet wird. Man denke nur an ein Unternehmen, das seinen Umsatz mit wenigen Großaufträgen erwirtschaftet.

Ein weiteres Bedenken ist rechtssystematischer Art. Neben der Gruppe der Minderkaufleute und der Vollkaufleute wird jetzt die Gruppe der „minderen Vollkaufleute“ eingeführt. Hierzu besteht keine Notwendigkeit. Diesem Personenkreis ist es unbenommen, sich einfach nicht als Kaufmann in das Handelsregister eintragen zu lassen.

Für Personengesellschaften und Personenhandelsgesellschaften gilt entsprechendes.

2. Immaterielle Vermögensgegenstände

Der Entwurf will in zahlreichen Punkten die Aktivierung immaterieller Vermögensgegenstände vorsehen.

Zu begrüßen ist die Aktivierungspflicht für den entgeltlich erworbenen Firmenwert nach § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB, die zugleich Klarheit über die Bewertung desselben schafft. Damit wird auch für das Gesellschaftsrecht dessen Sacheinlagefähigkeit im Rahmen der §§ 171 ff. HGB, 36a Abs. 2 AktG und 7 Abs. 2 GmbHG jedenfalls mit diesem Wert klargestellt. Die gesetzgeberische Entscheidung schafft auch im Recht der Kapitalaufbringung bei GmbH, AG und KG Rechtsicherheit.

Im Interesse der Bilanzklarheit wäre ein Verbot von Bauzeitinsen (derzeit zulässig nach § 255 Abs. 3 Satz 2 HGB und im Umkehrschluss aus § 248 Abs. 1 HGB) trotz IAS 23.11 erwägenswert. Zu Recht wird das Aktivierungswahlrecht für Ingangsetzungsaufwendungen für Kapitalgesellschaften abgeschafft (Aufhebung des § 269 HGB). Gerade angesichts der schwierigen Marktverhältnisse im Immobiliensektor scheint das strenge Durchhalten des Niederstwertprinzips als sinnvoll. Letztlich handelt es sich bei diesen Positionen nur um anders etikettierte aktivische Bilanzverluste.

Die Pflicht zur Aktivierung von Herstellungskosten in der Entwicklungsphase (§§ 255 Abs. 2 Satz 4 E-HGB) bei gleichzeitiger Ausschüttungssperre (§ 268 Abs. 8 E-HGB) und Informationspflicht im Anhang (§§ 285 Nr. 22, 314 Abs. 1 Nr. 14 E-HGB) als Folge der Aufhebung des § 248 Abs. 2 HGB schafft möglicherweise mehr Probleme als sie löst. Die Aktivierungspflicht erhöht den Aufwand für jedes Unternehmen, der in der schwierigen Abgrenzung von Forschungs- und Herstellungskosten liegt. Man denke etwa an den Modell- oder Prototypenbau oder an die Arzneimittelentwicklung. Hier ist die Abgrenzung zwischen Herstellungs-, Forschungs- und Vertriebskosten schwierig. Der Entwurf führt damit zu zusätzlichen Bürokratiekosten.

Der praktische Effekt der Aktivierungspflicht ist zudem meist gering, da die personal- und materialintensiven Forschungskosten den Löwenanteil ausmachen. Man halte sich nur die Kosten der Entwicklung einer neuen Software bis zur Beta-Version zum Einsatz bei Testkunden einerseits und die Kosten für deren Brennen auf eine Demo-CD andererseits vor Augen.

Auch die nunmehr mögliche Bilanzierung latenter Steuern nach §§ 249 Abs. 1 Satz 1, 266 2 D und 274 E-HGB dürfte aufgrund der schwierigen Fragen der Prognose der Definitivsteuerbelastung und ihrer Abzinsung ebenfalls mehr Probleme aufwerfen als lösen. Die alte Regelung (Passivierungspflicht und Aktivierungswahlrecht) nach § 274 HGB scheint weniger anfällig.

Etwaigen Missbräuchen will der Entwurf mit der Ausschüttungssperre des § 268 Abs. 8 E-HGB vorbeugen. Im Ergebnis fällt also mit einer bayerischen Redensart „die Katz' auf die alten Füß'.“ Die Bilanz ist verlängert, die Verlängerung ist aber weder ertragswirksam noch stärkt sie die für das *rating* wichtige Eigenkapitalquote.

Für Einzelunternehmen oder Personenhandelsgesellschaften fehlt zwar ein explizites Entnahmeverbot. Dennoch dürfte § 268 Abs. 8 E-HGB gerade auch auf das Recht der Kommanditgesellschaft ausstrahlen, da die Vorschrift eine Beweislastumkehr für eine in der Entnahme liegende Rückgewähr der Kommanditeinlage suggeriert. Diese „Risiken und Nebenwirkungen“ der gesetzlichen Regelung sollten angesichts des eher geringen Nutzens des Aktivierungsgebots bedacht sein.

In den neuen Vorschriften liegt zudem ein unnötiges Arbeitsbeschaffungsprogramm für die wirtschafts- und steuerberatenden Berufe.

3. Konsolidierung von Zweckgesellschaften

Mit vollem Recht trifft § 290 Abs. 1 Satz 1 E-HGB eine spätestens seit den Bilanzskandalen der Jahrtausendwende (ENRON, Worldcom) überfällige Regelung zur Konsolidierung von Zweckgesellschaften. Schon die japanische Immobilienkrise Ende der 80er Jahre, die dort ein gutes Jahrzehnt der Stagnation zur Folge hatte, beruhte auf diesen Praktiken². Gerade die im Sommer 2007 manifest gewordene Finanzkrise zeigt, dass das System selbst nicht lernfähig ist, es vielmehr des regulierenden Eingriffs bedarf.

Nach § 290 Abs. 1 Satz 1 E-HGB soll künftig anstelle des kumulativen Kriteriums der einheitlichen Leitung und der Beteiligung (siehe den jetzigen § 290 Abs. 1 HGB) die Konsolidierungspflicht nur noch von der Voraussetzung der „einheitlichen Leitung“ abhängen.

² So der Chefvolkswirt des japanischen Mizuho Forschungsinstituts, Tetsuro Sugiura (The Economist, Dec. 15th, 2007, S. 74): „Had we had integrated balance sheets reflecting the whole picture of banks' lending, we would have been able to recognise the problems much sooner.“

Dies reicht nicht aus. Aus der Praxis lassen sich (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) folgende Konstruktionen von Zweckgesellschaften feststellen, die von der Neuregelung zu Unrecht vollkommen unberührt bleiben:

- a) Die Muttergesellschaft M gründet eine GmbH & Co. KG und wird deren einziger Kommanditist. Komplementär ohne Kapitalanteil wird die K-GmbH, die im Alleinbesitz des hierauf spezialisierten Dienstleisters D steht. Laut Gesellschaftsvertrag hat D 51 Stimmen, M 49 Stimmen. Bis auf wenige Ausnahmen gilt für Gesellschafterbeschlüsse das Mehrheitsprinzip.
- b) Abwandlung von a): Hinter D stehen den Hauptgesellschaftern/Leitungsorganen von M nahestehende Personen (ENRON-Modell).
- c) Abwandlung von a): Statt einer Kommanditbeteiligung zeichnet M eine atypische stille Beteiligung an der K-GmbH.

In allen diesen Fallgestaltungen besteht keine Konsolidierungspflicht. Die Rhineland-Fonds der IKB hätten in allen drei Varianten unter Vermeidung ihres Aufscheinens in der Konzernbilanz gestaltet werden können. Eine Unabhängigkeit des D anzunehmen, ist angesichts der von ihm vereinnahmten Aval- und Verwaltungsvergütungen lebensfremd.

Der Deutsche Notarverein schlägt daher vor, in § 290 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 HGB das Wort „und“ durch ein „oder“ zu ersetzen. Eine derartige Maßnahme würde die Transparenz des Konzernabschlusses erhöhen und das Vertrauen in den deutschen Kapitalmarkt erheblich steigern. Die Konzernbilanzrichtlinie lässt auch in der neueren Fassung Raum für weitergehende nationale Regelungen.

Die vom Entwurf vorgesehenen Ergänzungen im Anhang (§§ 285 Satz 1 Nr. 3 und 3a, 314 Abs. 1 Nr. 2 und 2a E-HGB) sind dem gegenüber nicht ausreichend. Schon das geltende Recht erfordert eine Information über Haftungsrisiken „unter“ der Bilanz (§§ 285 Satz 1 Nr. 3, 314 Abs. 1 Nr. 2 HGB). Die Ereignisse der letzten Jahre zeigen, dass die bisherige Regelung nicht effizient war. Die Problematik steckt im Satzteil „*sofern diese Angabe für die Beurteilung der Finanzlage ... von Bedeutung ist*“. Dieser kraft Gesetzes eingeräumte Ermessensspielraum, der seitens der Akteure oft sehr weit ausgenutzt wurde, hat zu den Schieflagen der Vergangenheit geführt. Ihn gilt es einzuengen. Mit der Fassung des Entwurfs allein wird sich in der Praxis das gewünschte Mehr an Transparenz nicht erzielen lassen.

Die Sanktionierung von Verstößen über den strafrechtlichen Untreuebegriff reicht allein nicht aus, da einerseits die betreffenden Handlungen nur schwer unter Straftatbestände subsumierbar sind und andererseits der potenzielle Täterkreis über effiziente Möglichkeiten verfügt, sich der Bestrafung zu entziehen. Gerade die zu beobachtende positive statistische Korrelation zwischen Problemen mit Zweckgesellschaften und Kontrolldefiziten in Unternehmen zeigt dies. Im übrigen sollte ein Rechtssystem nicht allein auf repressive Abwehrmechanismen setzen.

4. § 246 Abs. 2 E-HGB

Das Saldierungsverbot gehört zum Kernbestand der Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung und Bilanzierung. Es stellt die umfassende Information des Rechtsverkehrs sicher und dient daher in besonderem Maße dem Gläubigerschutz. Von daher bedarf ein Aufweichen dieses Grundsatzes aufgrund einer „Forderung der Praxis“ (so die Begr. des Entwurfs; von wem aber wird dies eigentlich gefordert ?) einer besonderen Rechtfertigung.

Gerade die Information über Pensionsrückstellungen lässt wichtige Rückschlüsse zum einen über die Langfristigkeit der Bindung bestimmter Aktiva im Unternehmen zu, zum anderen auf die Personalpolitik. Sie dient daher in besonderem Maße dem Gläubigerschutz.

Zudem bringt das Saldierungsgebot für die betroffenen Unternehmer keine Entlastung. Um die Höhe der möglichen Saldierung festzustellen, müssen nach wie vor die Pensionsrückstellungen nach versicherungsmathematischen Grundsätzen errechnet werden. Zudem wird oft nicht ohne weiteres feststellbar sein, welche Aktiva zur Saldierung heranzuziehen sind. Für Pensionsverpflichtungen haftet das Unternehmen insgesamt – die Haftungsbeschränkung auf ein Sondervermögen ist nicht vorgesehen.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Oliver Vossius