

**Bundesministerium der Justiz**

**Entwurf eines Gesetzes**

**zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz  
und Publizität**

**(Transparenz- und Publizitätsgesetz)**

**Stand: 26.11.01**

**Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:**

**Inhalt**

|   |    |
|---|----|
| Artikel 1 Änderung des Aktiengesetzes .....               | 3  |
| Artikel 2 Änderung des Handelsgesetzbuchs .....           | 8  |
| Artikel 3 Änderung sonstigen Bundesrechts .....           | 14 |
| Artikel 4 Inkrafttreten .....                             | 16 |
| Begründung .....  | 17 |
| I.    Allgemeiner Teil der Begründung .....               | 17 |
| II.   Besonderer Teil der Begründung .....                | 19 |
| B.   Zu Artikel 2 (Änderung des Handelsgesetzbuchs) ..... | 54 |
| Zu Artikel 3 .....  | 68 |
| Zu Artikel 4 (Inkrafttreten) .....                        | 70 |

## **Artikel 1**

### **Änderung des Aktiengesetzes**

Das Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089), zuletzt geändert durch..., wird wie folgt geändert:

1. In § 25 Satz 1 werden nach dem Wort „einzurücken“ die Wörter „oder vom Bundesanzeiger durch ein elektronisches Informationsmedium zugänglich zu machen“ eingefügt.
2. § 33 Abs. 3 wird wie folgt gefasst:

„(3) In den Fällen des Absatz 2 Nr. 1 und 2 kann der beurkundende Notar die Prüfung vornehmen. Nimmt nicht der Notar die Prüfung vor, so bestellt das Gericht die Gründungsprüfer. Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig.“
3. § 58 wird wie folgt geändert:
  - a) In Absatz 2 Satz 2 werden die Wörter: „, bei börsennotierten Gesellschaften, nur eines größeren Teils“ gestrichen.
  - b) Folgender Absatz 5 wird angefügt:

„(5) Sofern die Satzung dies vorsieht, kann die Hauptversammlung auch eine Sachausschüttung beschließen. Werden die Sachwerte nicht an einem Markt gemäß § 3 Abs. 2 gehandelt, so ist das Vertrauen auf eine Barausschüttung zu berücksichtigen.“
4. § 86 wird aufgehoben.
5. § 90 wird wie folgt geändert:
  - a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:
    - aa) In Satz 1 Nr. 1 werden nach dem Wort „Personalplanung“ und der darauf folgenden Klammer folgende Wörter eingefügt: „, wo-

bei auf Abweichungen von früher formulierten Zielen unter Angabe von Gründen einzugehen ist“

bb) Nach Absatz 1 Satz 1 wird folgender Satz eingefügt:

„Bei Gesellschaften, die einen Konzernabschluss oder Teilkonzernabschluss aufstellen oder andere Unternehmen gemäß § 310 des Handelsgesetzbuchs anteilmäßig konsolidieren, hat der Bericht auch auf einbezogene Unternehmen einzugehen.“

b) In Absatz 3 Satz 2 wird das Semikolon und werden die Wörter „lehnt der Vorstand die Berichterstattung ab, so kann der Bericht nur verlangt werden, wenn ein anderes Aufsichtsratsmitglied das Verlangen unterstützt“ gestrichen.

c) Dem Absatz 4 wird folgender Satz 2 angefügt:

„Sie sind möglichst rechtzeitig und, mit Ausnahme des Berichts nach Absatz 1 Satz 2, in der Regel schriftlich zu erstatten.“

6. In § 90 Abs. 5 Satz 2, § 170 Abs. 3 Satz 2 und § 314 Abs. 1 Satz 2 wird jeweils das Wort „auszuhändigen“ durch die Wörter „zu übermitteln“ ersetzt.

7. Dem § 107 Abs. 3 wird folgender Satz 3 angefügt:

„Dem Aufsichtsrat ist regelmäßig über die Arbeit der Ausschüsse zu berichten.“

8. § 110 wird wie folgt geändert.

a) Absatz 2 wird wie folgt neu gefasst:

„(2) Wird dem Verlangen nicht entsprochen, so kann das Aufsichtsratsmitglied oder der Vorstand unter Mitteilung des Sachverhalts selbst den Aufsichtsrat einberufen.“

b) Absatz 3 wird wie folgt neu gefasst:

„(3) Der Aufsichtsrat muss zwei Sitzungen im Kalenderhalbjahr abhalten. In nichtbörsennotierten Gesellschaften kann der Aufsichtsrat beschließen, dass eine Sitzung im Kalenderhalbjahr abzuhalten ist.“

9. In § 111 Abs. 4 Satz 2 werden die Wörter „kann jedoch“ durch die Wörter „hat jedoch zu“ ersetzt.

10. Dem § 116 wird folgender Satz angefügt:

„Die Aufsichtsratsmitglieder sind zu besonderer Verschwiegenheit über erhaltene vertrauliche Berichte und den Inhalt vertraulicher Beratungen verpflichtet.“

11. § 118 wird wie folgt geändert:

a) Dem Absatz 2 wird folgender Satz angefügt:

„Die Satzung kann jedoch bestimmte Fälle vorsehen, in denen die Teilnahme von Mitgliedern des Aufsichtsrats im Wege der Bild- und Tonübertragung erfolgen darf.“

b) Folgender Absatz 3 wird angefügt:

„(3) Die Satzung oder die Geschäftsordnung gemäß § 129 Abs. 1 kann bestimmen, dass die Hauptversammlung in Ton und Bild übertragen werden darf.“

12. § 123 Abs. 2 bis 4 wird wie folgt gefasst:

„(2) Die Satzung kann die Teilnahme an der Hauptversammlung oder die Ausübung des Stimmrechts davon abhängig machen, dass die Aktionäre sich vor der Versammlung anmelden und die Bescheinigung einer in der Satzung bestimmten Stelle über ihre Berechtigung vorlegen oder übermitteln.“

(3) Sieht die Satzung eine Anmeldung vor, so tritt für die Berechnung der Einberufungsfrist an die Stelle des Tages der Versammlung der Tag, bis zu dessen Ablauf sich die Aktionäre vor der Versammlung anzumelden haben. Es genügt, wenn die Aktionäre sich nicht später als am siebten Tag vor der Versammlung anmelden. § 193 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt entsprechend.

(4) Sieht die Satzung einen Nachweis der Berechtigung vor, so genügt es, wenn sich der Nachweis auf den siebten Tag vor der Versammlung bezieht. Es kann verlangt werden, dass der Nachweis bei der Anmeldung erbracht wird.“

13. § 126 Abs. 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Anträge von Aktionären brauchen den anderen nur zugänglich gemacht zu werden, wenn der Aktionär spätestens eine Woche vor dem Tage der Hauptversammlung der Gesellschaft einen Gegenantrag zu einem bestimmten Punkt der Tagesordnung mit Begründung an die in der Einberufung mitgeteilte Adresse übersandt hat.“

14. In § 131 Abs. 4 Satz 3 wird die Angabe „(§ 290 Abs. 1, 2 des Handelsgesetzbuchs)“ jeweils durch die Angabe „(§ 290 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs)“ ersetzt.

15. Vor dem Zweiten Unterabschnitt. Prüfung durch den Aufsichtsrat wird folgender § 161 eingefügt:

#### „§ 161

#### Erklärung zum Corporate Governance Kodex

Vorstand und Aufsichtsrat der börsennotierten Gesellschaft erklären jährlich, dass den im Bundesanzeiger elektronisch bekannt gemachten Verhaltensregeln der Kodex-Kommission zur Unternehmensleitung und -überwachung entsprochen wurde und wird oder welche Verhaltensregeln nicht angewendet werden. Die Erklärung ist den Aktionären zugänglich zu machen.“

16. § 171 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 2 wird folgender Satz angefügt:

„Bei Mutterunternehmen im Sinne des § 290 des Handelsgesetzbuchs finden die Sätze 3 und 4 entsprechende Anwendung auf den Konzernabschluss.“

- b) In Absatz 3 Satz 3 wird der Punkt durch ein Semikolon ersetzt; folgender Halbsatz wird angefügt:

„bei Mutterunternehmen im Sinne des § 290 des Handelsgesetzbuchs gilt das Gleiche hinsichtlich des Konzernabschlusses.“

17. Die Überschrift des Dritten Abschnitts des Fünften Teils wird wie folgt gefasst:

„Dritter Abschnitt. Feststellung des Jahresabschlusses. Gewinnverwendung. Genehmigung des Konzernabschlusses“

18. Nach § 176 wird der folgende Vierte Unterabschnitt des Dritten Abschnitts des Fünften Teils eingefügt:

„Vierter Unterabschnitt. Genehmigung des Konzernabschlusses

#### § 177

(1) Der von einem Mutterunternehmen im Sinne des § 290 des Handelsgesetzbuchs aufzustellende Konzernabschluss bedarf der Genehmigung durch den Aufsichtsrat oder durch die Hauptversammlung.

(2) Die §§ 172 und 173 Abs. 1, 2 Satz 1 und Abs. 3 gelten entsprechend mit der Maßgabe, dass an die Stelle der Feststellung des Jahresabschlusses die Genehmigung des Konzernabschlusses tritt."

19. Die Überschrift zum früheren Vierten Abschnitt des Fünften Teils wird gestrichen.

20. § 186 Abs. 2 wird wie folgt gefasst:

„(2) Der Vorstand hat den Ausgabebetrag oder die Grundlagen seiner Berechnung und zugleich eine Bezugsfrist gemäß Absatz 1 in den Gesellschaftsblättern bekannt zu machen. Sind nur die Grundlagen der Berechnung

angegeben, so hat er spätestens drei Tage vor Ablauf der Bezugsfrist den Ausgabebetrag in den Gesellschaftsblättern und über ein elektronisches Informationsmedium bekannt zu machen.“

21. § 207 Abs. 3 wird aufgehoben.
22. In § 237 Abs. 3 wird nach der Nummer 2 der Punkt durch das Wort „oder“ ersetzt und folgende Nummer 3 angefügt:

„3. Stückaktien sind und der Beschluss der Hauptversammlung bestimmt, dass sich durch die Einziehung der Anteil der übrigen Aktien am Grundkapital gemäß § 8 Abs. 3 erhöht; wird der Vorstand zur Einziehung ermächtigt, so kann er auch zur Anpassung der Angabe der Zahl in der Satzung ermächtigt werden.“
23. In § 404 Abs. 1 werden nach den Wörtern „einem Jahr“ die Wörter „, bei börsennotierten Gesellschaften bis zu zwei Jahren“ und in Absatz 2 Satz 1 werden nach den Wörtern „zwei Jahren“ die Wörter „, bei börsennotierten Gesellschaften bis zu drei Jahren“ eingefügt.

## **Artikel 2**

### **Änderung des Handelsgesetzbuchs**

Das Handelsgesetzbuch in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch ... , wird wie folgt geändert:

1. § 285 wird wie folgt geändert:
  - a) In Nummer 9 Buchstabe a werden in der Klammerangabe nach dem Wort „Bezugsrechte“ die Wörter „und sonstige aktienbasierte Vergütungen einschließlich der daraus erzielten Gewinne“ eingefügt.

- b) Nach der Nummer 15 wird der Punkt durch ein Semikolon ersetzt; folgende Nummer 16 wird angefügt:  
„16. dass die nach § 161 des Aktiengesetzes vorgeschriebene Erklärung abgegeben und den Aktionären zugänglich gemacht worden ist.“
2. § 290 wird wie folgt geändert:
- a) Die Absätze 1 und 2 werden wie folgt gefasst:
- „(1) Die gesetzlichen Vertreter einer Kapitalgesellschaft mit Sitz im Inland (Mutterunternehmen) haben in den ersten fünf Monaten des Konzerngeschäftsjahrs einen Konzernabschluss und einen Konzernlagebericht aufzustellen, wenn dieser Gesellschaft an einem anderen Unternehmen (Tochterunternehmen)
1. die Mehrheit der Stimmrechte der Gesellschafter zusteht,
  2. das Recht zusteht, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans zu bestellen,
  3. das Recht zusteht, einen beherrschenden Einfluss auf Grund eines mit diesem Unternehmen geschlossenen Beherrschungsvertrags oder auf Grund einer Satzungsbestimmung dieses Unternehmens auszuüben oder
  4. das Mutterunternehmen tatsächlich einen beherrschenden Einfluss auf das Tochterunternehmen ausübt.“
- b) Absatz 3 wird wie folgt geändert:
- aa) Absatz 3 wird Absatz 2.
- bb) In Satz 1 wird die Angabe „Absatz 2“ durch die Angabe „Absatz 1“ ersetzt.
- c) Absatz 4 wird wie folgt geändert:
- aa) Absatz 4 wird Absatz 3.
- bb) In Satz 1 wird die Angabe „Absatz 2 Nr. 1“ durch die Angabe „Absatz 1 Nr. 1“ ersetzt.
3. § 291 Abs. 3 wird wie folgt gefasst:

„(3) Die Befreiung nach Absatz 1 kann trotz Vorliegens der Voraussetzungen nach Absatz 2 von einem Mutterunternehmen nicht in Anspruch genommen werden, wenn

1. das Mutterunternehmen oder eines seiner Tochterunternehmen eine Aktiengesellschaft ist, die Aktien mit amtlicher Notierung ausgegeben hat, oder
2. Gesellschafter, denen bei Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien mindestens zehn vom Hundert und bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung mindestens zwanzig vom Hundert der Anteile an dem zu befreienden Mutterunternehmen gehören, spätestens sechs Monate vor dem Ablauf des Konzerngeschäftsjahrs die Aufstellung eines Konzernabschlusses und eines Konzernlageberichts beantragt haben. Gehören dem Mutterunternehmen mindestens neunzig vom Hundert der Anteile an dem zu befreienden Mutterunternehmen, so kann Absatz 1 nur angewendet werden, wenn die anderen Gesellschafter der Befreiung zugestimmt haben.“

4. § 296 Abs. 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Ein Tochterunternehmen darf in den Konzernabschluss nicht einbezogen werden, wenn

1. erhebliche und andauernde Beschränkungen die Ausübung der Rechte des Mutterunternehmens in Bezug auf das Vermögen oder die Geschäftsführung dieses Unternehmens nachhaltig beeinträchtigen oder
2. die Anteile des Tochterunternehmens ausschließlich zum Zwecke ihrer Weiterveräußerung gehalten werden.“

5. § 297 Abs. 1 Satz 2 wird durch folgende Sätze ersetzt.

„Bei einem Unternehmen, das einen organisierten Markt im Sinne des § 2 Abs. 5 des Wertpapierhandelsgesetzes durch von ihm oder einem Tochterunternehmen ausgegebene Wertpapiere in Sinne des § 2 Abs. 1 des Wertpapierhandelsgesetzes in Anspruch nimmt oder die Zulassung zum Handel an einem organisierten Markt beantragt hat, haben die gesetzlichen Vertreter den Kon-

zernabschluss außerdem um eine Kapitalflussrechnung, eine Segmentberichterstattung sowie einen Eigenkapitalspiegel zu erweitern.“

6. In § 298 Abs. 1 wird das Zitat „die §§ 244 bis 256, §§ 265, 266, 268 bis 275, §§ 277 bis 283“ durch das Zitat „die §§ 244 bis 247 Abs. 1 und 2, §§ 248 bis 256, §§ 265, 266, 268 bis 272, §§ 274, 275, 277 bis 283“ ersetzt.

7. § 299 Abs. 1 und 2 wird wie folgt gefasst:

„(1) Der Konzernabschluss ist auf den Stichtag des Jahresabschlusses des Mutterunternehmens aufzustellen.

(2) Liegt der Abschlussstichtag eines in den Konzernabschluss einbezogenen Unternehmens mehr als drei Monate vor dem Stichtag des Konzernabschlusses, so ist dieses Unternehmen auf Grund eines auf den Stichtag und den Zeitraum des Konzernabschlusses aufgestellten Zwischenabschlusses in den Konzernabschluss einzubeziehen.“

8. § 301 Abs. 1 Satz 4 wird aufgehoben.

9. § 304 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 2 wird aufgehoben.

b) In Absatz 3 wird das Wort „außerdem“ gestrichen.

10. § 308 Abs. 3 wird aufgehoben.

11. § 313 Abs. 3 wird aufgehoben.

12. § 314 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 Nr. 6 Buchstabe a werden in der Klammerangabe nach dem Wort „Bezugsrechte“ die Wörter „und sonstige aktienbasierte Vergütungen einschließlich der daraus erzielten Gewinne“ eingefügt.

b) Absatz 2 wird wie folgt gefasst:

„(2) Mutterunternehmen, die den Konzernabschluss um eine Segmentberichterstattung gemäß § 297 Abs. 1 zu erweitern haben oder dies freiwillig tun, sind von der Angabepflicht gemäß § 314 Abs. 1 Nr. 3 befreit.“

13. In § 316 Abs. 2 wird folgender Satz angefügt:

„Hat keine Prüfung stattgefunden, so kann der Konzernabschluss nicht genehmigt werden.“

14. In § 317 Abs. 4 werden die Wörter „Aktiengesellschaft, die Aktien mit amtlicher Notierung ausgegeben hat,“ durch die Wörter „börsennotierten Aktiengesellschaft“ ersetzt.

15. § 321 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 Satz 3 erhält folgende Fassung:

„Außerdem hat der Abschlussprüfer über bei Durchführung der Prüfung festgestellte Unrichtigkeiten oder Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften sowie Tatsachen zu berichten, die den Bestand des geprüften Unternehmens oder des Konzerns gefährden oder seine Entwicklung wesentlich beeinträchtigen können oder die schwerwiegende Verstöße der gesetzlichen Vertreter oder von Arbeitnehmern gegen Gesetz, Gesellschaftsvertrag oder die Satzung erkennen lassen.“

b) Absatz 2 wird wie folgt gefasst:

„(2) Im Hauptteil des Prüfungsberichts ist festzustellen, ob die Buchführung und die weiteren geprüften Unterlagen, der Jahresabschluss, der Lagebericht, der Konzernabschluss und der Konzernlagebericht den gesetzlichen Vorschriften und den ergänzenden Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags oder der Satzung entsprechen. In diesem Rahmen ist auch über Beanstandungen zu berichten, die nicht zur Einschränkung oder Versagung des Bestätigungsvermerks geführt haben, soweit dies für die Überwachung des geprüften Unternehmens von Bedeutung ist. Es ist auch darauf einzugehen, ob der Abschluss insgesamt unter Beachtung

der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Kapitalgesellschaft oder des Konzerns vermittelt. Dazu ist auch auf wesentliche Bewertungsgrundlagen sowie darauf einzugehen, welchen Einfluss Änderungen in den Bewertungsgrundlagen einschließlich der Ausübung von Bilanzierungs- und Bewertungswahlrechten und der Ausnutzung von Ermessensspielräumen sowie sachverhaltsgestaltende Maßnahmen insgesamt auf die Darstellung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage haben. Hierzu sind die Posten des Jahres- und des Konzernabschlusses aufzugliedern und ausreichend zu erläutern, soweit diese Angaben nicht im Anhang enthalten sind. Es ist darzustellen, ob die gesetzlichen Vertreter die verlangten Aufklärungen und Nachweise erbracht haben.“

16. § 325 wird wie folgt geändert:

- a) In Absatz 1 Satz 1 werden nach dem Wort „Jahresfehlbetrags“ die Wörter „sowie die nach § 161 des Aktiengesetzes vorgeschriebene Erklärung“ eingefügt.
- b) In Absatz 3 Satz 1 werden nach dem Wort „Konzernlagebericht“ die Wörter „sowie den Bericht des Aufsichtsrats“ eingefügt.

17. In § 331 Nr. 4, § 333 Abs. 1 und § 335 Satz 1 Nr. 2 werden jeweils die Angabe „(§ 290 Abs. 1, 2)“ durch die Angabe „(§ 290 Abs. 1)“ ersetzt.

18. § 341j Abs. 2 wird wie folgt gefasst:

„(2) § 304 Abs. 1 braucht nicht angewendet zu werden, wenn die Lieferungen oder Leistungen zu üblichen Marktbedingungen vorgenommen worden sind und die Rechtsansprüche der Versicherungsnehmer begründet haben.“

## **Artikel 3**

### **Änderung sonstigen Bundesrechts**

(1) Nach dem Siebzehnten Abschnitt des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuche in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4101-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch ... geändert worden ist, wird folgender Achtzehnter Abschnitt angefügt:

#### **„Achtzehnter Abschnitt Übergangsvorschriften zum Transparenz- und Publizitätsgesetz**

#### **Artikel 54**

(1) Die vom Inkrafttreten des Artikels 2 des Transparenz- und Publizitätsgesetzes an geltende Fassung des § 285 Nr. 9 und 16, § 290 Abs. 1, 2, § 291 Abs. 3, § 296 Abs. 1, § 297 Abs. 1 Satz 2 und 3, § 298 Abs. 1, § 299 Abs. 1, 2, § 301 Abs. 1, § 304, der §§ 308, 313, 314 Abs. 1 Nr. 6, Abs. 2, des § 316 Abs. 2 Satz 5, § 317 Abs. 4, der §§ 321, 325 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1, des § 331 Nr. 4, § 333 Abs. 1, § 335 Satz 1 Nr. 2 sowie des § 341j Abs. 2 ist erstmals auf das nach dem 31. Dezember 2001 beginnende Geschäftsjahr anzuwenden. Die Vorschriften können auf ein früheres Geschäftsjahr angewendet werden, jedoch nur insgesamt.

(2) Ergibt sich bei der erstmaligen Anwendung der in Absatz 1 genannten Bestimmungen eine Erhöhung oder Verminderung des Ergebnisses, so ist der Unterschiedsbetrag in die Gewinnrücklagen einzustellen oder offen mit diesen zu verrechnen; dieser Betrag ist nicht Bestandteil des Jahresergebnisses.“

(2) § 10 Abs. 1 Satz 4 des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl. I S. 2726), das zuletzt durch .... geändert worden ist, wird durch folgende Sätze ersetzt:

„Das Stimmrecht kann für den Einzelfall durch einen Bevollmächtigten ausgeübt werden; dabei sollen ihm Weisungen für die Ausübung erteilt werden. Ein unabhängiger Stimmrechtsvertreter kann auf Dauer bevollmächtigt werden.“

(3) Das Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. § 42a Abs. 4 wird wie folgt gefasst:

„(4) Ist die Gesellschaft zur Aufstellung eines Konzernabschlusses und eines Konzernlageberichts verpflichtet, so sind die Absätze 1 bis 3 insoweit mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle der Feststellung des Jahresabschlusses die Genehmigung des Konzernabschlusses tritt; eine Beschlussfassung über die Ergebnisverwendung (Absatz 2 Satz 1) entfällt insoweit. Hat die Gesellschaft einen Aufsichtsrat, so kann diesem durch den Gesellschaftsvertrag die Befugnis zur Genehmigung des Konzernabschlusses eingeräumt werden; die Zuständigkeit der Gesellschafter bleibt daneben unberührt.“

2. Nach § 86 wird folgender § 87 angefügt:

#### „§ 87

§ 42a Abs. 4 in der vom ... [einsetzen: Tag des In-Kraft-Tretens dieses Gesetzes] an geltenden Fassung ist erstmals auf den Konzernabschluss und den Konzernlagebericht für das nach dem 31. Dezember 2001 beginnende Geschäftsjahr anzuwenden.“

(4) Das Körperschaftsteuergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. April 1999 (BGBl. I S. 817), zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. § 10 Nr. 4 wird aufgehoben.

2. In § 34 wird nach Absatz 7 folgender Absatz 8 eingefügt:

„(8) § 10 Nr. 4 des Körperschaftsteuergesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. April 1999 (BGBl. I S. 817) ist letztmals für den Veranlagungszeitraum 2001 anzuwenden.“

(5) In § 7a Abs. 2 Satz 6 des Versicherungsaufsichtsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Dezember 1992 (BGBl. 1993 I S. 2), das zuletzt durch ...

geändert worden ist, werden das Semikolon und die Wörter „jedes Tochterunternehmen eines Tochterunternehmens wird ebenfalls als Tochterunternehmen des Mutterunternehmens angesehen, das die einheitliche Leitung ausübt“ gestrichen.

(6) Das D-Markbilanzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. Juli 1994 (BGBl. I S. 1842), zuletzt geändert ..., wird wie folgt geändert:

1. In § 21 Abs. 4 Satz 1 wird die Angabe „§ 296 Abs. 1 Nr. 3“ durch die Angabe „§ 296 Abs. 1 Nr. 2“ ersetzt.
2. § 22 Abs. 2 Satz 2 wird aufgehoben.

## **Artikel 4**

### **Inkrafttreten**

Dieses Gesetz tritt am Tage nach der Verkündung in Kraft.

## **Begründung**

### **I. Allgemeiner Teil der Begründung**

Im Mai 2000 hat der Bundeskanzler die Regierungskommission „Corporate Governance – Unternehmensführung – Unternehmenskontrolle – Modernisierung des Aktienrechts“ eingesetzt. Die Kommission hatte den Auftrag, sich mit möglichen Defiziten des deutschen Systems der Unternehmensführung und- Kontrolle zu befassen. Darüber hinaus sollte sie im Hinblick auf den durch Globalisierung und Internationalisierung der Kapitalmärkte sich vollziehenden Wandel unserer Unternehmens- und Marktstrukturen Vorschläge für eine Modernisierung unseres rechtlichen Regelwerkes unterbreiten.

Einzelne Unternehmenskrisen waren nicht Grund, sondern allenfalls äußerlicher Anlass für die weiteren Bemühungen der Bundesregierung um eine Verbesserung des deutschen Corporate Governance-Systems. Der vorliegende Entwurf stellt die erste Stufe der legislatorischen Umsetzung der Vorschläge der Regierungskommission Corporate Governance dar. Der Abschlussbericht vom Juli 2001 lässt sich gliedern in die Empfehlungen an eine Kodex-Kommission für Deutschland und Empfehlungen an den Gesetzgeber. Die Bundesministerin der Justiz hat am 6. 09. 2001 die Kommission Deutscher Kodex Corporate Governance unter Leitung von Dr. Gerhard Cromme eingesetzt. Die von dieser Kommission entwickelten Verhaltensregeln werden bis Frühjahr 2002 erwartet. Mit dem vorliegenden Entwurf eines Transparenz- und Publizitätsgesetzes wird die Arbeit dieser Kodex-Kommission begleitet. Dazu bedarf es einer Verpflichtung zu einer sog. Entsprechenserklärung (§ 161 AktG-E), die nur gesetzlich statuiert werden kann. Darüber hinaus greift der Entwurf eine ganze Reihe von Empfehlungen des Abschlussberichtes der Regierungskommission Corporate Governance auf. Wegen des herannahenden Endes der Wahlperiode war allerdings eine komplette Umsetzung der Empfehlungen nicht mehr möglich. Dies betrifft die Zeit beanspruchenden Vorarbeiten für den Entwurf, gilt aber auch für das weitere Gesetzgebungsverfahren mit seiner breiten Einbeziehung aller interessierten Kreise. Der vorliegende Entwurf enthält deshalb lediglich eine Auswahl der Empfehlungen der Regierungskommission Corporate Governance. Diese Auswahl behandelt

thematisch mit Schwerpunkt den Aufsichtsrat und die Informationsversorgung des Aufsichtsrats. Sie greift aber auch weitere Vorschläge aus dem umfangreichen Empfehlungskatalog der Regierungskommission Corporate Governance heraus. Es geht dabei vor allem um Deregulierungen im Bereich Finanzierung, Hauptversammlung und Information der Aktionäre.

Zu den Bereichen der Rechnungslegung und Abschlussprüfung schlägt der Entwurf Neuregelungen vor, die zum Teil auf Empfehlungen der Regierungskommission beruhen und insbesondere zum Schutz der auf dem Kapitalmarkt investierenden Anleger maßvoll erweiterte Publizitätsanforderungen an kapitalmarktorientierte Unternehmen stellen und die Mitwirkungsaufgaben des Aufsichtsrats bei der Prüfung und Finalisierung des Konzernabschlusses erweitern.

Ferner bezweckt der Entwurf – insoweit einer Diskussionslinie in den Beratungen der Kommission folgend, über ihre Empfehlungen jedoch hinausgehend – eine sachgerechtere Fokussierung einiger Bestimmungen über Gegenstand und Umfang der Abschlussprüfung und des Prüfungsberichts.

Schließlich beinhaltet der Entwurf eine Modernisierung einzelner Vorschriften des Konzernbilanzrechts. Anlässlich der Verabschiedung des § 292a HGB im Jahre 1998 hat der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages die Bundesregierung gebeten, Vorschläge für eine Überarbeitung des Konzernbilanzrechts mit dem Ziel einer Anpassung an international geltende Grundsätze zu entwickeln; diese Vorschläge sollten bis zum Jahre 2004 Gesetzesreife erlangt haben (BT-Drucks. 13/9909, S. 11). Entsprechende Vorschläge werden nach derzeitigem Stand in der nächsten Legislaturperiode vorgelegt werden können. Dabei werden Schritte zu einer Reform des europäischen Bilanzrechts einzubeziehen sein, die derzeit teils schon im Europäischen Parlament und im Rat behandelt, teils von der Europäischen Kommission vorbereitet werden. Gleichwohl erscheint es bereits zum gegenwärtigen Zeitpunkt möglich, einzelne punktuelle Änderungen vorzunehmen, mit denen das deutsche Konzernbilanzrecht in einigen Bereichen näher an internationale Standards herangeführt wird. Das Deutsche Rechnungslegungs Standards Committee (DRSC) hat hierzu im Sommer 2001 eine Reihe von Vorschlägen vorgelegt. Diese sind den beteiligten Kreisen vom Bundesministerium der Justiz zur Stellungnahme übersandt worden. Nach Auswer-

tung dieser Stellungnahmen scheint zum gegenwärtigen Zeitpunkt jedenfalls eine Änderung der §§ 290, 291, 296 bis 299, 301, 304, 308, 313, 314 HGB sinnvoll. Den Unternehmen wird damit der in den nächsten Jahren bevorstehende Übergang zu einem stärker an internationalen Grundsätzen orientierten Konzernbilanzrecht erleichtert, wobei übermäßige Belastungen vermieden werden sollen. Im Zuge dieser behutsamen Annäherung in mehreren Schritten wird es allerdings nicht zu vermeiden sein, dass einige der nunmehr vorgeschlagenen Regelungen im Verlauf der nächsten Jahre nochmals modifiziert werden müssen.

Mit dieser Abschichtung zumeist regulatorisch einfacherer Regelungen für den vorliegenden Entwurf ist keineswegs eine inhaltliche oder politische Aussage über die anderen Vorschläge verbunden. Das Bundeskabinett hat den Abschlussbericht der Regierungskommission Corporate Governance in Gänze gebilligt. Die Bundesregierung beabsichtigt deshalb, in der nächsten Wahlperiode weitere Gesetzgebungsvorschläge zu machen, die die übrig gebliebenen Empfehlungen umsetzen. Beide Umsetzungsstufen sind als Einheit zu sehen. Schwerpunkt dieser zweiten Stufe der Umsetzung wird im Gesellschaftsrecht das besonders wichtige Anfechtungs- und Haftungsrecht in der Hauptversammlung sein, sowie der weitere Einfluss elektronischer Medien, insbesondere des Internet, auf die Hauptversammlung. Parallel hierzu wird die Reform des Spruchverfahrens unternommen. Die Empfehlungen der Regierungskommission zu Bilanzrecht und Abschlussprüfung können im Rahmen der in der nächsten Wahlperiode anstehenden Bilanzrechtsreform umgesetzt werden, mit der die nationalen Vorschriften an international übliche Regeln und kommende EU-Vorschriften angepasst werden sollen.

## **II. Besonderer Teil der Begründung**

### **A. Zu Artikel 1 (Änderung des Aktiengesetzes)**

#### **Zu Nummer 1 (§ 25 Satz 1 AktG) Elektronische Publikation des Bundesanzeigers**

Nach geltendem Recht ist die Einberufung zur Hauptversammlung „in den Bundesanzeiger einzurücken“ (§ 121 Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 25 S. 1 AktG). Diese Formulierung des Gesetzes geht von dem Verständnis aus, dass eine Bekanntmachung in *schriftlicher* Form im Bundesanzeiger zu erfolgen hat. Das ist nicht mehr zeitgemäß. Bekanntmachungen, wie die des Bundesanzeigers im Bereich der Handelsgesellschaften, eignen sich in ganz besonderer Weise für die elektronische Publikation, also das Einstellen der Information auf einer allgemein zugänglichen Website mit einer verbreiteten Internet-Adresse. Das reine Einstellen der Information reicht dabei schon aus. Damit ist die Information in der Terminologie des Gesetzes „zugänglich gemacht“. Zusätzlich kann ein Service eingerichtet werden, über den Abonnenten alle oder bestimmte Bekanntmachungen automatisch elektronisch zugeschickt bekommen. Dies ist aber nicht erforderlich. Bereits das bloße Einstellen der Information auf der Website ermöglicht einen leichteren Zugang für einen größeren Kreis von Interessenten. Dies gilt besonders für Interessenten im Ausland. Die elektronische Bekanntmachung dürfte zudem kostengünstiger sein. Auch können Änderungen der Tagesordnung, die sich erst kurz vor dem vorgesehenen Veröffentlichungstermin ergeben, noch berücksichtigt werden, was bei schriftlicher Veröffentlichung nicht möglich ist. Überdies hat der Kapitalmarkt ein Interesse an schnellerer Verfügbarkeit der Informationen.

Das Gesetz soll nun die elektronische Bekanntmachung eröffnen und damit dem Bundesanzeiger den Aufbau entsprechender Verfahren ermöglichen. Auf längere Sicht mag sogar die schriftliche Publizität durch eine ausschließlich elektronische Publizität abgelöst werden können. Vorerst sollte aber noch an der schriftlichen Publizität als Alternative zur elektronischen Publizität festgehalten werden. Zunächst müsste der Bundesanzeiger das elektronische Verfahren neben der Papierveröffentlichung anbieten. Auf der anderen Seite bedeutet dies, dass jedenfalls solange der Bundesanzeiger beide Verfahren anbietet, bekanntmachungspflichtige Gesellschaften wählen könnten. Eine derartige Zweigleisigkeit wäre nicht dauerhaft wünschenswert, da die Adressaten der Bekanntmachungen sowohl das elektronische Informationsmedium des Bundesanzeigers als auch den Bundesanzeiger in schriftlicher Fassung verfolgen müssten. Praktisch ist indes davon auszugehen, dass der Bundesanzeiger sämtliche Bekanntmachungen elektronisch zugänglich machen wird, also auch solche, hinsichtlich derer von der bekannt machenden Gesellschaft eine Veröffentlichung (lediglich) in schriftlicher Form vorgesehen ist.

Jedenfalls muss es bei einer einheitlichen Veröffentlichungsinstitution bleiben. Es ist nicht ausreichend, die Bekanntmachungen, etwa Einladungen zur Hauptversammlung, lediglich auf der Website der betreffenden Gesellschaft zu veröffentlichen. Vielmehr sollen diese Informationen in einem Medium gebündelt den Interessenten zur Verfügung stehen. Außerdem muss die Ordnungsgemäßheit der Daten gewährleistet sein. Nachträgliche Manipulationen sind auszuschließen. Dazu ist eine Bekanntmachungsinstitution „Bundesanzeiger“ in der Lage. Auch bei der Veröffentlichung in elektronischer Form muss sichergestellt sein, dass der Zeitpunkt einer Bekanntmachung und deren konkreter Inhalt in einer für die gerichtliche Beweiserhebung ausreichenden Form nachgewiesen werden können. Die zusätzliche Bekanntmachung z.B. auf der Website der Gesellschaft bleibt davon unberührt – die Gesellschaft kann dies jederzeit formlos tun oder über § 25 Satz 2 ihre Website als weiteres Gesellschaftsblatt bezeichnen.

### **Zu Nummer 2 (§ 33 Abs. 3 AktG) Gründungsprüfung bei Bargründung**

Es handelt sich bei diesem Vorschlag um eine Erleichterung für junge Unternehmen in der Gründung. Der Notar prüft im Rahmen seiner Beurkundung die als Umfang der Gründungsprüfung in § 34 genannten Umstände ohnehin. In den Fällen des § 33 Abs. 2 Nr. 1 und 2 erscheint es daher eine unnötige Kosten- und Zeitbelastung für gründungswillige Unternehmen, gesonderte Gründungsprüfer bestellen zu lassen. In den verbleibenden und zahlenmäßig weniger häufigen Fällen (Nr. 3 und 4) soll es bei der Bestellung von Gründungsprüfern durch das Gericht bleiben, wobei das Gericht die Industrie- und Handelskammer beteiligen kann. Das gleiche gilt, wenn der Notar in den Fällen der Nr. 1 und 2 ausnahmsweise doch nicht zum Prüfer bestellt werden sollte. Die Einsetzung des Notars als Prüfer bedarf keiner Bestellung durch das Gericht. Sie erfolgt im Wege der Beauftragung durch die Gründer.

Die vorgeschlagene Regelung gehört zu den mit dem Gesetz für kleine Aktiengesellschaften begonnenen und in späteren Gesetzen fortgeschriebenen Erleichterungen für kleine, nichtbörsennotierte Gesellschaften.

### **Zu Nummer 3 (§ 58 AktG) Sachdividende; Rücklagenbildung**

Nach § 58 Abs. 2 AktG können Vorstand und Aufsichtsrat höchstens die Hälfte des Jahresüberschusses in andere Gewinnrücklagen einstellen. Die Satzung kann Vorstand und Aufsichtsrat zur Einstellung eines größeren oder kleineren Teils, bei börsennotierten Gesellschaften jedoch, nach § 58 Abs. 2 S. 2, letzter Halbs. AktG, nur eines größeren Teils des Jahresüberschusses ermächtigen. Die heutige Regelung der sehr weiten Zuständigkeit zur Bildung von Rücklagen ist in den 60er Jahren mit Rücksicht auf die damalige Kapitalarmut der deutschen Gesellschaften getroffen worden. Die Regelung hatte den Charakter eines „Zwangssparens“ und schien ein Misstrauen gegenüber den Aktionären zum Ausdruck zu bringen. Heute besteht hingegen die Erwartung, dass die Verwaltung sich in einem offenen Dialog mit den Aktionären um Verständnis dafür bemüht, dass anstelle von Ausschüttungen ein höherer Anteil des Jahresüberschusses in die anderen Gewinnrücklagen eingestellt werden soll. Dies war mit dem Gesetz für kleine Aktiengesellschaften zunächst nur für nichtbörsennotierte Gesellschaften eingeführt worden. Es sollte aber auch und gerade bei börsennotierten Gesellschaften gelten. Art. 15 der Zweiten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie steht einer entsprechenden Änderung des § 58 AktG nicht entgegen.

Nach § 58 Abs. 4 AktG haben die Aktionäre Anspruch auf den Bilanzgewinn, soweit er nicht ausnahmsweise von der Verteilung ausgeschlossen ist. Über den Inhalt dieses Gewinnanspruchs enthält das Gesetz keine ausdrücklichen Regelungen. Die überwiegende Meinung in der Fachliteratur entnimmt aber verschiedenen Vorschriften des Aktiengesetzes, dass es von einem Anspruch auf Zahlung in Geld ausgeht. Dies weicht von zahlreichen ausländischen Rechtsordnungen ab, die auch Sachdividenden zulassen. Auch die Zweite gesellschaftsrechtliche Richtlinie lässt Sachdividenden zu.

Im neuen Absatz 5 des § 58 wird die ausdrückliche Zulassung der Sachausschüttung vorgesehen. Die Regelung geht davon aus, dass der Normalfall die Barausschüttung ist. Nur der Fall der Sachdividende bedarf deshalb einer Regelung. Als Voraussetzung wird für die Zulässigkeit der Sachdividende eine entsprechende Satzungsbestimmung und ein Hauptversammlungsbeschluss (einfache Mehrheit) vorgesehen. Die Satzungsbestimmung dient dem Überraschungsschutz des Aktionärs. Er soll die

Möglichkeit haben, bereits lange vor der Hauptversammlung, in der eine Sachdividende beschlossen wird, zu wissen, dass dies in der betreffenden Gesellschaft grundsätzlich möglich ist. In der Regel wird es sich bei den Sachwerten um Wertpapiere handeln. Es können zum Beispiel Wertpapiere aus dem Anlagevermögen der Gesellschaft an die Aktionäre verteilt werden. Ebenso können die Anteile einer Tochtergesellschaft an die Aktionäre der Mutter verteilt werden. Freilich kann die Dividendenzahlung für viele Anteilseigner eine wichtige oder die einzige Einkommensquelle darstellen. Insbesondere bei Familienaktiengesellschaften, bei kleinen Aktiengesellschaften kann ein schutzwürdiges Vertrauen des Aktionärs auf Barzahlung bestehen. Auch bei Investmentfonds wird u.U. ein Interesse an grundsätzlicher Bardividende bestehen.

Sofern es sich bei den ausgeschütteten Sachwerten um börsengehandelte Werte handelt, lässt sich dennoch eine mehrheitliche oder gar vollständige Sachdividende rechtfertigen. Der Aktionär kann die fungiblen Werte rasch veräußern. Dies wird durch den Verweis auf § 3 Abs. 2 ausreichend definiert. Nicht fungible Werte aber (Aktien nicht börsennotierter Gesellschaften, Produkte der Gesellschaft etc.) können nicht ohne weiteres die Bardividende vollständig ersetzen. Keine Bedenken bestehen aber, wenn alle Aktionäre zustimmen (kleine AG). Unproblematisch ist es ferner, wenn zusätzlich zu einer auskömmlichen Bardividende eine Sachdividende ausgeschüttet wird.

Die Frage der Bewertung der ausgekehrten Gegenstände (Buch- oder Marktwert) bedarf keiner Regelung; ihre Beantwortung kann der wissenschaftlichen Literatur überlassen bleiben.

#### **Zu Nummer 4 (§ 86 AktG) Erfolgsabhängige Vergütung des Vorstands**

§ 86 Abs. 1 Satz 1 AktG bestimmt in seiner gegenwärtigen Fassung, dass den Vorstandsmitgliedern für ihre Tätigkeit eine Beteiligung am Gewinn gewährt werden kann. Die Sollvorschrift des § 86 Abs. 1 Satz 2 AktG stellt eine Regel zur Bemessungsgrundlage auf, und § 86 Abs. 2 AktG enthält bestimmte Vorgaben für den Fall, dass als Bemessungsgrundlage – der Regel in § 86 Abs. 1 Satz 2 AktG gemäß – der Jahresgewinn der Gesellschaft dient. Die Streichung des § 86 AktG trägt der Tatsa-

che Rechnung, dass diese Regelung aus mehreren Gründen überflüssig und überholt ist. Sie ist überflüssig, weil sich schon aus § 87 Abs. 1 Satz 1 AktG ergibt, dass Gewinnbeteiligungen von Vorstandsmitgliedern zulässig sind. Die Sollvorschrift des § 86 Abs. 1 Satz 2 AktG ist überholt, weil sie von einem nicht definierten, in der Fachliteratur weit ausgelegten Begriff des „Jahresgewinns“ ausgeht. Hierdurch entstanden in der Vergangenheit häufig Unklarheiten. In der Praxis ist heute nicht die Anknüpfung an den Bilanzgewinn, sondern an andere Ergebnisgrößen üblich, wie z. B. das EBITDA („Earnings Before Interests, Taxes, Depreciation and Amortization“). Außerdem ist die „Sollvorschrift“ des § 86 Abs. 1 Satz 2 AktG als Regulierungsansatz fragwürdig.

Auch in § 86 Abs. 2 Satz 1 AktG hat sich die Anknüpfung an den unklaren Begriff des „Jahresgewinns“ als problematisch erwiesen. Besonders fragwürdig ist diese – mit einer Nichtigkeitssanktion bewehrte (§ 86 Abs. 2 Satz 2 AktG) – Vorschrift jedoch insofern, als sie vorsieht, dass die Tantieme am Ergebnis nach Steuern zu orientieren ist. Änderungen der Steuergesetzgebung schlagen damit auf die Höhe der Tantiemen durch. Diese Folge passt nicht zum Charakter der Gewinnbeteiligung als eines leistungsbezogenen Vergütungsbestandteils.

§ 86 Abs. 2 AktG ist auch nicht im Gläubigerinteresse geboten. Die Bestimmung führt dazu, dass dem Sanierer einer Gesellschaft mit Verlustvorträgen aus früheren Jahren keine Tantieme für seine Arbeit gezahlt werden darf. Es sollte jedoch anerkannt werden, dass es sich bei der Forderung des Vorstands, auch wenn sie am Gewinn orientiert ist, um eine echte Vergütung für geleistete Arbeit handelt. Deshalb sollte es einen Vorrang der anderen Gläubiger nicht geben, und Gläubigerschutzerwägungen gegenüber einer „Gewinnausschüttung“ in Verlustphasen sind fehl am Platz. Bei der Höhe nach unangemessenen Leistungen helfen die allgemeinen Vorkehrungen (§ 138 BGB; Insolvenzanfechtung).

Auch der Aktionärsschutz (Vorstände sollen keine Tantieme erhalten, solange kein Gewinn ausgeschüttet werden kann) rechtfertigt die Vorschrift des § 86 Abs. 2 AktG nicht. Sie konnte ohnehin leicht umgangen werden, z. B. dadurch, dass Zahlungen an anderen Zielen (Scorecard) festgemacht wurden. Wichtiger ist, dass die Aktionäre

erfahren, welche Anreize für die Vorstände bestehen, z. B. dass der Vorstand durch eine EBITDA – abhängige Tantieme gesteuert wird.

### **Zu Nummer 5 Buchstabe a) aa) (§ 90 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AktG) „Follow up“-Berichterstattung des Vorstands**

§ 90 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AktG verpflichtet den Vorstand, dem Aufsichtsrat über die beabsichtigte Geschäftspolitik und andere grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung (insbesondere die Finanz-, Investitions- und Personalplanung) Bericht zu erstatten. Eine Pflicht des Vorstands zur Berichterstattung über die Umsetzung der Unternehmensplanung in der Vergangenheit (sog. *follow up*) ist dagegen nicht ausdrücklich vorgesehen. Eine ordnungsgemäße Überwachung des Vorstands durch den Aufsichtsrat setzt freilich auch Informationen über das Erreichen angekündigter Ziele voraus, so dass eine gesetzliche Regelung des *follow up* lediglich eine schon nach geltendem Recht bestehende (selbstverständliche) Berichtspflicht festschreibt. Gleichwohl empfiehlt sich eine gesetzliche Klarstellung, da in der Praxis eine Berichterstattung über die Umsetzung der Unternehmensplanung in der Vergangenheit nicht immer erfolgte. „Früher formulierte Ziele“ sind solche, die der Vorstand in früheren Berichten gemäß Absatz 1 Nr. 1 dem Aufsichtsrat dargelegt hat. Die Berichtspflicht des Absatz 1 Satz 1 ist folglich zukunfts- und vergangenheitsbezogen. Soll-Ist-Abweichungen sind zu begründen.

### **Zu Nummer 5 Buchstabe a) bb) (§ 90 Abs. 1 Satz 2 AktG) Konzerndimensionaler Bezug der Berichtspflicht des Vorstands**

Im Unterschied zu § 90 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 AktG erwähnt § 90 Abs. 1 Satz 1 AktG verbundene Unternehmen nicht. In der Praxis wird unter Berufung darauf gelegentlich eine Einbeziehung von Tochterunternehmen in die Regelberichterstattung verweigert. In Unternehmen, die zur Aufstellung eines Konzernabschlusses und Konzernlageberichts verpflichtet sind, lassen sich die beabsichtigte Geschäftspolitik und andere grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung, die Rentabilität, der Gang der Geschäfte und die Lage des Unternehmens jedoch nicht sinnvoll und zuverlässig beurteilen, wenn die in den Konzernabschluss einzubeziehenden Unternehmen nicht auch in die Regelberichterstattung gemäß § 90 Abs. 1 Satz 1 AktG aufgenommen

werden. Aus diesem Grund sieht die Ergänzung des § 90 Abs. 1 AktG eine Erweiterung der Regelberichterstattung vor. Mit der von § 90 Abs. 1 Satz 2 AktG abweichenden Formulierung soll klargestellt werden, dass der Vorstand seiner Pflicht zur Regelberichterstattung nicht schon dann genügt, wenn er den Aufsichtsrat lediglich über solche Vorgänge bei einem verbundenen Unternehmen in Kenntnis setzt, die ihm ohne eigenes Zutun bekannt geworden sind. Der Vorstand ist vielmehr verpflichtet, sich die für die Berichterstattung notwendigen Informationen von sich aus im Rahmen des nach den gesetzlichen Bestimmungen Zulässigen zu beschaffen.

### **Zu Nummer 5 Buchstabe b (§ 90 Abs. 3 Satz 2 AktG) Berichtsverlangen einzelner Aufsichtsratsmitglieder**

Nach § 90 Abs. 3 Satz 2 1. Halbsatz AktG kann auch ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied einen Vorstandsbericht, jedoch nur an den Aufsichtsrat, verlangen; lehnt der Vorstand die Berichterstattung ab, so kann der Bericht nach § 90 Abs. 3 Satz 2, 2. Halbsatz AktG nur verlangt werden, wenn ein anderes Aufsichtsratsmitglied das Verlangen unterstützt. Die Vorschrift geht auf § 246 Abs. 1 Satz 2 HGB in der Fassung der Aktienrechtsnovelle von 1931 zurück. Im Entwurf eines AktG 1930 war noch vorgesehen, dass jedes Aufsichtsratsmitglied einen Vorstandsbericht sollte verlangen dürfen. Während der Beratungen zum AktG 1937 wurde diese Lösung erneut erwogen, aber verworfen, weil dieses Recht eines einzelnen Aufsichtsratsmitglieds leicht zu gesellschaftsfremden Zwecken (Weitergabe von Informationen an Wettbewerber) missbraucht werden könne. Nach § 95 Abs. 2 AktG 1937 sollte der Aufsichtsratsvorsitzende den Streit zwischen dem Vorstand und dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied entscheiden können. Diese Lösung wurde 1965 aufgegeben. Der Regierungsentwurf eines AktG sah dann vor, dass der Vorstand dem Minderheitsverlangen nachzukommen habe, wenn ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder dieses Begehren geäußert habe. Dieser Vorschlag wurde indes vom Bundestag mit der Begründung abgelehnt, er erwecke den Anschein, als sei er auf die Beteiligung von Arbeitnehmervertretern nach dem Betriebsverfassungsgesetz abgestellt (Kropff, Aktiengesetz, 1965, S. 119).

Die gegenwärtige Regelung läuft darauf hinaus, die Stellung des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds entscheidend zu schwächen. Das wird der gleichen Verantwortung und auch Verantwortlichkeit aller Aufsichtsratsmitglieder nicht gerecht. Richtig ist, dass

sich bei einer Ausgestaltung des Einberufungsrechts als Einzelrecht Missbrauchsgefahren ergeben können. So kann es zum einen zum Ausplaudern von Interna und Geschäftsgeheimnissen, zum anderen zu Schikanefällen kommen. Diese Gefahren lassen sich jedoch auch bei Aufgabe des zur Verhütung von Missbräuchen eingeführten Zwei-Personen-Erfordernisses angemessen eindämmen. So wird dem Vorstand von manchen schon jetzt das Recht eingeräumt, einen Bericht zu verweigern, wenn die Gefahr des Missbrauchs besteht; teilweise wird ein solches Recht statt dessen der Aufsichtsratsmehrheit oder dem Aufsichtsratsvorsitzenden zugestanden. Daran kann auch in Fällen querulatorischen oder schikanösen Verhaltens gedacht werden. Solche Fälle sind einer gesetzlichen Regelung nicht zugänglich. Hier kann im Einzelnen die Ausgestaltung von Reaktionsmöglichkeiten der Rechtslehre und Rechtsprechung überlassen werden. Beschnitten werden sollen sie durch die Aufgabe der bisherigen Regelung nicht, die ihrerseits in ihrer Rigidität mitunter zu weit ging oder ihrerseits missbräuchlich verwendet werden konnte. Außerdem ist auf die einschlägigen Straf- und Haftungsvorschriften zu verweisen. Hinzu kommt, dass die Aufsichtsratsmehrheit die Möglichkeit behält, die Aushändigung eines schriftlichen Berichts an die Aufsichtsratsmitglieder in begründeten Einzelfällen zu verweigern (§ 90 Abs. 5 Satz 2 AktG).

### **Zu Nummer 5 Buchstabe c (§ 90 Abs. 4 AktG) Schriftlichkeit und Rechtzeitigkeit der Berichterstattung**

§ 90 Abs. 4 AktG bestimmt in seiner bisherigen Fassung, dass die Berichte des Vorstands an den Aufsichtsrat einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft zu entsprechen haben. Zu der Frage, in welcher Form und zu welchem Zeitpunkt die Berichte zu erstatten sind, äußert sich die Vorschrift nicht. Das gesellschaftsrechtliche Schrifttum ging allerdings schon bisher ganz überwiegend davon aus, dass die Regelberichte des Vorstands gemäß § 90 Abs. 1 Satz 1 AktG und die Sonderberichte gemäß § 90 Abs. 3 AktG in der Regel schriftlich abzufassen sind. In der Tat ist die Schriftlichkeit nicht nur im Hinblick auf eine effiziente Überwachung durch den Aufsichtsrat, sondern auch mit Rücksicht darauf geboten, dass diese Berichte eine wichtige Informationsquelle für den Abschlussprüfer darstellen. Oft handelt es sich um umfangreiche mit Zahlenmaterial unterlegte Berichte, die geraume Zeit vor der Sitzung vorbereitet und ohne schriftliche Dokumentation in der Aufsichtsratssitzung

nicht sinnvoll verarbeitet werden können. In der Praxis wird allerdings mitunter unter Hinweis auf die Regelung des § 90 Abs. 5 Satz 2 AktG („Soweit die Berichte schriftlich erstattet worden sind, sind sie auch jedem Aufsichtsratsmitglied auf Verlangen auszuhändigen ...“) die schriftliche Abfassung der Berichte verweigert. Dem will die Ergänzung des § 90 Abs. 4 AktG entgegenwirken.

Allerdings ist unbedingt zu vermeiden, dass die Unternehmensführung durch gesetzliche Bürokratisierung der Verfahrensabläufe behindert und in ihre Reaktionsgeschwindigkeit beeinträchtigt wird. Deshalb soll mit der Formulierung „in der Regel“ für ein ausreichendes Maß an Flexibilität gesorgt werden. Eine schriftliche Fixierung und Zuleitung der Berichte vor der Sitzung scheidet zum einen naturgemäß für die Berichterstattung über aktuellste Entwicklungen aus; die Berichterstattung hierüber kann nur in Ergänzung des schriftlichen Vorabberichts durch mündlichen Vortrag des Vorstands in der Aufsichtsratssitzung erfolgen. Zum anderen soll die Formulierung, dass die Berichte gemäß § 90 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 AktG „in der Regel“ schriftlich zu erstatten sind, die Möglichkeit eines Verzichts des Aufsichtsrats auf schriftliche Berichterstattung im Einzelfall und aus besonderem Anlass eröffnen. Dagegen empfiehlt es sich nicht, das Schriftlichkeitsgebot auch auf die Berichte an den Aufsichtsratsvorsitzenden nach § 90 Abs. 1 Satz 2 AktG zu erstrecken. Auch hier wird oft eine schriftliche Arbeitsunterlage möglich und sinnvoll sein, das Gesetz sollte hier aber kein Regel-Ausnahme-Verhältnis aufstellen. Insofern genügt es, wenn der Aufsichtsratsvorsitzende die übrigen Aufsichtsratsmitglieder über diese Berichte spätestens in der nächsten Aufsichtsratssitzung unterrichtet.

Die „Schriftlichkeit“ der Berichterstattung soll, wie klarzustellen bleibt, nicht etwa ausschließen, dass die betreffenden Berichte den Aufsichtsratsmitgliedern unter Nutzung moderner Kommunikationstechnologien übermittelt werden können. „Schriftlichkeit“ der Berichterstattung erfordert nicht in jedem Fall Festlegung der Berichte auf Papier und bedeutet keineswegs Schriftform im Sinne des § 126 BGB, sondern soll nur sicherstellen, dass die Aufsichtsratsmitglieder sich anhand der Berichte auf die Aufsichtsratssitzung vorbereiten können und der Abschlussprüfer auf die Dokumente zugreifen kann. In Betracht kommt also Übermittlung in jeder sichtbar darzustellenden Form, also auch elektronische Übermittlung (Textform).

Neben der Frage der Form der Vorstandsberichterstattung an den Aufsichtsrat behandelt der neue Satz 2 in § 90 Abs. 4 AktG auch die Frage des Zeitpunkts der Berichterstattung. Auch dazu äußert sich § 90 Abs. 4 AktG in seiner gegenwärtigen Fassung nicht. Der Ergänzung liegt die Erwägung zugrunde, dass eine Vorab-Information der Aufsichtsratsmitglieder über den Inhalt von Vorstandsberichten einer effektiven Überwachung des Vorstands förderlich und es deshalb zweckmäßig ist, wenn insbesondere die regulären Vorstandsberichte nach § 90 Abs. 1 S. 1 AktG dem Aufsichtsrat nicht nur schriftlich erstattet, sondern zudem den Aufsichtsratsmitgliedern vor der Aufsichtsratssitzung übermittelt werden. Dies gilt unabhängig davon, ob ein Bericht der Vorbereitung eines Aufsichtsratsbeschlusses oder allgemein der Unterrichtung des Aufsichtsrats über grundsätzliche Fragen der Unternehmensleitung dient. Das dagegen geltend gemachte Bedenken, es bestehe die Gefahr, dass die gebotene Vertraulichkeit nicht gewahrt werden könne, erscheint angesichts der – auch strafrechtlich (§ 404 AktG) und durch Schadensersatzansprüche sanktionierten – Verschwiegenheitspflicht der Aufsichtsratsmitglieder nicht als durchgreifend. Im Übrigen ist beabsichtigt, gemäß den Empfehlungen der Regierungskommission Corporate Governance das Strafmaß in § 404 AktG deutlich zu erhöhen (s. die weiteren Ausführungen zu §§ 116 und 404 AktG).

Auch hier ist allerdings eine Bürokratisierung der Verfahrensabläufe unbedingt zu vermeiden. Deshalb wird von einer konkreten Fristvorgabe, etwa dass die Berichte den Aufsichtsratsmitgliedern mit der Einladung zur Aufsichtsratssitzung oder spätestens zu einem bestimmten Tage vor der Sitzung übermittelt werden sollten, abgesehen. Aus dem gleichen Grund enthält das Gesetz keine Regelung über den Zeitpunkt und die Form der Einladung zur Aufsichtsratssitzung.

Durch die Formulierung, dass die Berichte nicht stets, sondern nur möglichst rechtzeitig zu erstatten sind, erscheint auch hier ein ausreichendes Maß an Flexibilität gewährleistet. Mit dieser Formulierung ist insbesondere auch die Möglichkeit eines Verzichts des Aufsichtsrats auf das Erfordernis der Rechtzeitigkeit der Berichterstattung für konkrete und begründete Sonderfälle erfasst. Rechtzeitigkeit bedeutet, dass die Berichte jedenfalls vor der Sitzung zu übermitteln sind, und zwar so zeitig, dass die Aufsichtsratsmitglieder noch die Möglichkeit haben, sie zu lesen. Je umfangreicher die Unterlagen sind und je länger sie bereits vor der Sitzung feststehen, desto

früher sollten sie auch übermittelt werden. Dass Aufsichtsratsbeschlüsse wegen verspäteter und/oder nicht formgerechter Berichterstattung von der Rechtsprechung als unwirksam bewertet werden könnten, dürfte sich gleichfalls bei einer derartigen Regelung auf ganz krasse Ausnahmefälle beschränken, in denen eine Berichterstattung in Form und Zeitpunkt den Charakter einer gezielten Desinformation hat. Die Formulierung belässt auch genügend Spielraum für Fälle, in denen Vorgänge wegen der besonderen Vertraulichkeit oder ihrer Aktualität wegen erst in der Aufsichtsratsitzung selbst mitgeteilt werden können.

### **Zu Nummer 6 (§ 90 Abs. 5 Satz 2, § 170 Abs. 3 Satz 2 und § 314 Abs. 1 Satz 2 AktG) Aushändigung von Unterlagen**

Das Aktiengesetz sieht in den §§ 90 Abs. 5 Satz 2, 170 Abs. 3 Satz 2 und 314 Abs. 1 Satz 2 AktG vor, dass Berichte oder Unterlagen „auszuhändigen“ sind. Die damit vorausgesetzte Übergabe von Schriftstücken soll künftig nicht mehr zwingend sein. Die Übermittlung der betreffenden Dokumente auf elektronischem Wege (E-Mail) genügt. Das Formvorschriften-Anpassungsgesetz (Gesetz vom 13.7. 2001, BGBl I, S. 1542) ermöglicht dies noch nicht. Zwar ist dort vorgesehen, dass die „schriftliche Form durch die elektronische Form ersetzt werden“ kann (§ 126 a BGB). „Aushändigung“ im Sinne des Aktiengesetzes ist aber nicht gleich Schriftform, sondern setzt begrifflich die Übergabe (Besitz- oder Eigentumsverschaffung) von Dokumenten auf materialisierten Medien voraus. Es ist nicht zweifelsfrei, ob man unter dem Eindruck neuerer technologischer Entwicklungen im Wege der Gesetzesauslegung diese Wortbedeutung neu interpretieren und auf elektronische Medien übertragen kann. Es bedarf daher einer Änderung der einschlägigen Vorschriften dahin, dass nicht mehr die „Aushändigung“ der Dokumente erforderlich ist, sondern die „Übermittlung“ genügt. Der (neutrale) Begriff der Übermittlung schließt, wie bei den einschlägigen Neuerungen des Namensaktiengesetzes (NaStraG), die Zuleitung auf elektronischem Wege ein.

### **Zu Nummer 7 (§ 107 Abs. 3 AktG) Bericht über die Arbeit in den Aufsichtsratsausschüssen**

Nach geltendem Recht (§ 107 Abs. 3 AktG) kann der Aufsichtsrat aus seiner Mitte einen oder mehrere Ausschüsse bestellen, um seine Verhandlungen und Beschlüsse vorzubereiten oder die Ausführung seiner Beschlüsse zu überwachen, und einem Ausschuss zum Beispiel auch die Aufgabe übertragen, über die Erteilung der Zustimmung zu bestimmten wichtigen Geschäften gemäß § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG zu beschließen. Diese Regelung hat sich in der Praxis jedenfalls im Grundsatz bewährt. Angesichts der Größe der Aufsichtsräte besteht ein unabweisbares Bedürfnis, namentlich die Entscheidung über die Zustimmung zu bestimmten Geschäften, die unter Umständen sehr schnell und unbürokratisch getroffen werden muss, an kleine, entscheidungskräftige Ausschüsse delegieren zu können. Andererseits ist nicht zu übersehen, dass die umfangreiche Übertragung von Aufgaben auf Aufsichtsratsausschüsse in der Praxis zu einem Informationsdefizit des Gesamtaufwichtsrats führen kann. Dieser Zustand wird den Aufgaben und Pflichten des Gesamtaufwichtsrats nicht gerecht. Die Ergänzung des § 107 Abs. 3 AktG will sicherstellen, dass das Aufsichtsratsplenum regelmäßig, d. h. grundsätzlich in jeder (ordentlichen) Aufsichtsratssitzung, über die Arbeit der Ausschüsse im vorangegangenen Berichtszeitraum informiert wird.

### **Zu Nummer 8 Buchstabe a (§ 110 Abs. 2 AktG) Einberufungsbegehren einzelner Aufsichtsratsmitglieder**

Nach § 110 Abs. 2 AktG können für den Fall, dass einem Verlangen nach Einberufung des Aufsichtsrats gemäß § 110 Abs. 1 AktG, welches von mindestens zwei Aufsichtsratsmitgliedern geäußert worden ist, nicht entsprochen wird, die Antragsteller unter Mitteilung des Sachverhalts selbst den Aufsichtsrat einberufen. Ein Recht jedes einzelnen Aufsichtsratsmitglieds auf Einberufung des Aufsichtsrats im Wege der Selbsthilfe ist nach geltendem Recht nicht vorgesehen. Ebenso wie die Regelung des § 90 Abs. 3 Satz 2, 2. Halbsatz AktG schwächt auch diese Beschränkung die Stellung des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds und wird der gleichen Verantwortung und auch Verantwortlichkeit aller Aufsichtsratsmitglieder nicht gerecht. Dieses Defizit

will die Neufassung des § 110 Abs. 2 AktG beheben. Der Gefahr des Rechtsmissbrauchs lässt sich auch hier besser im konkreten Einzelfall als durch schematische Quoren-Regelungen begegnen. Handelt ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied missbräuchlich, insbesondere schikanös oder querulatorisch, so braucht der Aufsichtsrat der Einberufung keine Folge zu leisten; außerdem macht sich das betreffende Aufsichtsratsmitglied u. U. schadenersatzpflichtig. Deshalb gewinnt die Pflicht zur Angabe von Gründen und des Zwecks der Einberufung in Absatz 1 besondere Bedeutung. Die Frage der berechtigten Zurückweisung des Einberufungsverlangens ist dann im Einzelfall gerichtlich zu klären. Dies reicht einerseits als Sanktion für fälschliche Zurückweisungen aus und gibt dem Aufsichtsrat andererseits aber auch ausreichende und flexibel handhabbare Reaktionsmöglichkeiten, um missbräuchliche Verlangen abzuwehren, die die Handlungsfähigkeit des Organs beeinträchtigen und die einzelnen Mitglieder sinnlos beanspruchen.

### **Zu Nummer 8 Buchstabe b (§ 110 Abs. 3 AktG) Einberufung/Sitzungsfrequenz**

§ 110 Abs. 3 AktG sieht in seiner gegenwärtigen Fassung vor, dass der Aufsichtsrat einmal im Kalendervierteljahr zusammentreten soll sowie einmal und bei börsennotierten Gesellschaften zweimal im Kalenderhalbjahr zusammentreten muss. Die Regelung, dass Aufsichtsräte börsennotierter Gesellschaften zweimal im Kalenderhalbjahr zusammentreten müssen, war durch das KonTraG in das Gesetz eingefügt worden. Mit der Neufassung des § 110 Abs. 3 Satz 1 AktG wird diese Pflicht nunmehr im Grundsatz auf alle Gesellschaften erstreckt. Im Interesse einer effektiven Überwachung des Vorstands ist ein Turnus von mindestens zwei Sitzungen im Kalenderhalbjahr auch für nichtbörsennotierte Gesellschaften der bisherigen Regelung vorzuziehen. Ferner wird die sanktionslose Soll-Vorschrift vermieden. Den Bedürfnissen namentlich kleinerer Gesellschaften nach flexiblen Gestaltungsmöglichkeiten trägt – nach dem Vorbild des § 108 Abs. 4 AktG – die ergänzende Regelung des § 110 Abs. 3 Satz 2 AktG Rechnung, wonach in nicht börsennotierten Gesellschaften etwas anderes (als das zweimalige Zusammentreten des Aufsichtsrates im Kalenderhalbjahr) beschlossen werden kann. Die Regelung ist zugleich im Zusammenhang mit der Stärkung des Einberufungsrechts des einzelnen Aufsichtsratsmitglied zu sehen (§ 110 Abs. 2 AktG-Entwurf). Sollte gegen das Votum eines einzelnen Aufsichtsratsmitglieds eine Absenkung der Sitzungsfrequenz bei einer nichtbörsennotierten Ge-

sellschaft beschlossen werden, so wird ihm mit der Neufassung des § 110 Abs. 2 AktG in begründeten Fällen eine wirkungsvolle Reaktionsmöglichkeit gegeben.

In Abkehr vom bisherigen Wortlaut („zusammentreten“) stellt die Neufassung des § 110 Abs. 3 AktG zugleich klar, dass für die Sitzungen des Aufsichtsrats künftig nicht in allen Fällen zwingend die körperliche Anwesenheit aller Aufsichtsratsmitglieder erforderlich ist, sondern jedenfalls in begründeten Ausnahmefällen auch eine Sitzung in Form einer Telefon- oder Videokonferenz erlaubt und ausreichend ist. Für die freiwilligen Zusatzsitzungen konnten dies die Satzung oder die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats ohnedies vorsehen. Ziel der Lockerung ist es, den Aufwand, der sich für die Gesellschaften aus der Erhöhung der Sitzungsfrequenz des Aufsichtsrats ergibt, in Grenzen zu halten und eine Internationalisierung der Aufsichtsratsbesetzung nicht zu erschweren.

Auch der Neufassung des § 110 Abs. 3 AktG liegt die Erwägung zugrunde, dass die Aufsichtsratsmitglieder im Hinblick auf die Bedeutung ihres Amtes außer in begründeten Ausnahmefällen jedenfalls zu den Pflichtsitzungen persönlich erscheinen.

### **Zu Nummer 9 (§111 Abs. 4 Satz 2 AktG) Zustimmungspflichtige Geschäfte**

Maßnahmen der Geschäftsführung dürfen dem Aufsichtsrat nach geltendem Recht nicht übertragen werden (§ 111 Abs. 4 Satz 1 AktG). Doch kann die Satzung oder der Aufsichtsrat bestimmen, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG). Die Anordnung von Zustimmungsvorbehalten zugunsten des Aufsichtsrats stellt das Gesetz also dem Satzungsgeber und Aufsichtsrat frei. Eine häufig bemängelte Folge ist, dass in vielen Gesellschaften der Aufsichtsrat selbst bei Maßnahmen und Entscheidungen, die die Ertragsaussichten der Gesellschaft oder ihre Risikoexposition grundlegend verändern, nicht hinreichend und nicht rechtzeitig eingebunden, mitunter sogar erst im Nachhinein – nach Verlautbarungen in der Presse – informiert wird. Dies wird der Aufgabe des Aufsichtsrats und den Pflichten des Vorstands nicht gerecht. Entscheidungen oder Maßnahmen, die nach den Planungen oder Erwartungen die Ertragsaussichten der Gesellschaft oder ihre Risikoexposition grundlegend verändern und damit von existenzieller Bedeutung für das künftige Schicksal der Gesell-

schaft sind, müssen vom Votum beider Organe, des Vorstands und des Aufsichtsrats, getragen sein, von einer etwa zusätzlich erforderlichen Entscheidung der Hauptversammlung – z.B. in Holzmüller-Fällen – abgesehen.

Dies sollte deutlicher als bisher im Aktiengesetz hervorgehoben werden. Allerdings empfiehlt es sich nicht, nach dem Vorbild des niederländischen und österreichischen Aktienrechts im Aktiengesetz selbst einen Katalog zustimmungspflichtiger Maßnahmen festzulegen. Dagegen spricht zum einen, dass ein sachgerechter Katalog nicht für jede Gesellschaft ungeachtet ihrer Größe, Branche und sonstigen Verhältnisse passt, und ein allgemeiner gehaltener Katalog schwierig zu formulieren wäre und auch zu Missverständnissen Anlass geben könnte. Zu bedenken ist zum anderen, dass bei Festlegung eines gesetzlichen Mindestkatalogs zustimmungspflichtiger Geschäfte die Gefahr besteht, dass etwa Satzungsbestimmungen, die hinter dieser gesetzlichen Vorgabe zurückbleiben, von der Rechtsprechung als nichtig angesehen werden müssten; daraus ergäbe sich ein erhebliches Streitpotential.

Vorzugswürdig ist es daher, die Entscheidung darüber, welche Maßnahmen im einzelnen einem Zustimmungsvorbehalt unterliegen, der Gesellschaft zu überlassen, zugleich aber abweichend von der „Kann“-Formulierung des gegenwärtigen § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG vorzuschreiben, dass die Satzung oder der Aufsichtsrat künftig zu bestimmen *hat*, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen. Eine Verpflichtung zur Formulierung eines Katalogs zustimmungspflichtiger Geschäfte erscheint erforderlich, um sicherzustellen, dass Geschäfte, die nach den Planungen oder Erwartungen die Ertragsaussichten oder Risikoexposition des Unternehmens grundlegend verändern, künftig dem Aufsichtsrat zur Zustimmung vorzulegen sind. Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats erfordert nicht nur, dass er rechtzeitig über die vom Vorstand geplanten oder getroffenen Maßnahmen informiert wird, sondern er muss in solche grundlegenden Entscheidungen auch eingebunden werden. Gewiss wird damit in Einzelfällen eine aktivere Rolle des Aufsichtsrats als bisher eingefordert. Dies erscheint insoweit aber auch geboten, auch vor dem Hintergrund der internationalen Entwicklung in diese Richtung.

Das Gesetz gibt keine inhaltliche Vorgabe für den Zustimmungskatalog. Hierzu können etwa grundlegende Entscheidungen zur Unternehmensstrategie oder bedeutsame Investitionsentscheidungen, die nach den Planungen oder Erwartungen die Ertragsaussichten der Gesellschaft grundlegend verändern werden, rechnen. Mehr oder weniger willkürlich zusammengestellte und mehr oder weniger bedeutsame Maßnahmen wie Erteilung einer Prokura oder einzelne Grundstücksgeschäfte minderer Bedeutung sind nicht gemeint.

Ferner ist mit der Regelung nicht beabsichtigt, dass es zur Aufstellung übermäßig bürokratischer Zustimmungskataloge und zu einer zunehmenden Vorlage auch weniger bedeutsamer Geschäftsführungsmaßnahmen durch den Vorstand kommt. Daraus könnte eine unerwünschte breitflächige Einbeziehung des Aufsichtsrats in die Geschäftsführung des Vorstands resultieren. Dies würde nicht nur zu einer Verschiebung der Organverantwortlichkeit, sondern auch zu einer Überlastung und damit Überforderung des Aufsichtsrates führen. Gegenstand eines Zustimmungskatalogs sollten daher – wie oben dargelegt - Entscheidungen oder Maßnahmen sein, welche die Ertragsaussichten oder die Risikoexposition der Gesellschaft grundlegend verändern. Bereits nach geltendem Recht sind solche Maßnahmen und Entscheidungen auch bei Fehlen eines Zustimmungskatalogs dem Aufsichtsrat vom Vorstand vorzulegen, und hat sich der Aufsichtsrat darüber klar zu werden, ob er solche Grundlagenmaßnahmen von vorneherein seiner Zustimmung unterstellt. Dass der Vorstand infolge der Neuregelung dem Aufsichtsrat künftig Geschäftsführungsmaßnahmen vermehrt präventiv zur Zustimmung vorlegen müsste, um namentlich den späteren Vorwurf zu vermeiden, die Vorlage einer Maßnahme unterlassen zu haben, die sich zwar nicht ex ante, wohl aber ex post als Maßnahme von grundlegender Bedeutung für die (Ober-) Gesellschaft dargestellt habe, steht nicht zu befürchten. Eines derartigen Absicherungsverhaltens zur Vermeidung von Haftungsrisiken bedarf es nicht, da es für die Vorlage- und Zustimmungspflicht nicht auf die Entwicklung ex post, sondern auf die Planungen und Erwartungen ex ante ankommt.

Die von der Bundesregierung eingesetzte Kodex-Kommission Corporate Governance wird sich mit der Frage befassen, ob konkretere inhaltliche Vorgaben für einen solchen Katalog möglich sind. Der Kodex ist der richtige Standort für solche Verhaltensregeln, die der einzelnen Gesellschaft praktikable Anhaltspunkte geben können,

ohne ihr die nötige Flexibilität zu Abweichungen aufgrund von Besonderheiten der Gesellschaft, der Branche, Größe oder der Unternehmensstruktur zu nehmen.

### **Zu Nummer 10 (§ 116 AktG) Verschwiegenheit**

Mangelnde Vertraulichkeit fügt dem Aufsichtsrat in seiner konkreten Arbeit aber auch dem deutschen Aufsichtsratssystem insgesamt schwersten Schaden zu. Besteht auch nur ein latenter Verdacht, wichtige und noch nicht öffentliche, dem Aufsichtsrat zur Erfüllung seiner Kontrollaufgaben durch den Vorstand gegebene, vertrauliche Informationen könnten anschließend und zum Schaden der Gesellschaft an Medien, Analysten, Konkurrenten, Belegschaften, politische Parteien oder Organisationen weitergereicht werden, so führt dies dazu, dass die Vorstände Informationen nur zögerlich, nur mündlich oder nur dem Aufsichtsratsvorsitzenden geben. Langfristig führt dies zu einer Aushöhlung und Entwertung des Aufsichtsrats in seiner Funktion als Kontrollorgan. Der Gesetzgeber hat bereits mit dem Kontrolle und Transparenzgesetz (KonTraG) versucht, den Informationsfluss zwischen Vorstand und Aufsichtsrat zu verbessern. Die Bundesregierung wird diese Bemühungen mit dem vorliegenden Gesetzentwurf noch deutlich verstärken. Dies kann aber nicht erfolgreich sein, wenn nicht zugleich das Grundproblem des Verdachts mangelnder Vertraulichkeit angegangen wird. So betont auch der Abschlussbericht der Regierungskommission Corporate Governance: „Einer Weitergabe vertraulicher Informationen durch Aufsichtsratsmitglieder muss künftig wirksamer begegnet werden. Dies gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund der Kommissionsempfehlungen zur besseren Informationsversorgung der Aufsichtsratsmitglieder und Aufsichtsräte (rechtzeitige und schriftliche Regelberichterstattung; Aushändigung von Unterlagen; Auskunftsrechte des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds), der eine entsprechende Verschwiegenheitspflicht gegenüberstehen muss.“ Siehe entsprechend auch die Ausführungen zur Änderung des § 404 AktG. Zwischen Information und Vertraulichkeit besteht ein unlösbarer Zusammenhang.

Bereits bisher verweist § 116 AktG, der die Sorgfaltspflichten und Verantwortlichkeiten der Aufsichtsräte regelt, auf § 93 AktG, und damit auf die dort normierte Verschwiegenheitspflicht für den Vorstand. Das erscheint als nur abgeleitete

Verpflichtung nicht deutlich genug zu sein. Es bedarf daher einer besonderen Hervorhebung der für die Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrats elementaren Verpflichtung zur Verschwiegenheit in § 116 AktG selbst. Die ausdrückliche Hervorhebung wird die bereits bestehende Pflicht deutlicher vor Augen führen. Überdies ist eine eigenständige Vertraulichkeitsvorschrift für die Aufsichtsratsmitglieder auch materiell sinnvoll. Die Herkunft der Informationen und die Stellung des Aufsichtsrats führen zu Unterschieden. Der Aufsichtsrat erhält in erster Linie Informationen in Form von Berichten des Vorstands. Die vorgeschlagene Regelung macht dies deutlicher und stellt klar, dass der Vorstand die Qualifikationshoheit über die Vertraulichkeitseinstufung hat. Ferner führt die Stellung des Aufsichtsrats zu Besonderheiten. Da der Aufsichtsrat typischerweise Mitglieder hat, die auch und häufig hauptberuflich in anderen Unternehmen oder Organisationen arbeiten und da folglich ein Loyalitätskonflikt ganz bewusst im System angelegt ist, bedarf die Wahrung der Vertraulichkeit der besonderen Erinnerung und gesetzlichen Absicherung. Dies wird durch die Betonung der „besonderen Verschwiegenheit“ unterstrichen. Es wird damit auch deutlich gemacht, dass der Aufsichtsrat den Vorstand kontrolliert und ihm mit Rat zur Seite steht. Die Öffentlichkeitsarbeit des Unternehmens und seine Außendarstellung gehören nicht zu den Aufgaben des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds oder des Aufsichtsrats als Gremium. Es ist auch nicht seine Aufgabe, mit dem frühzeitigen Öffentlichmachen von Informationen aus internen Entscheidungsprozessen inhaltlichen Einfluss auf diese Entscheidungen durch Generieren öffentlichen Drucks, durch Beschädigung von Personen oder durch die Schaffung vollendeter Tatsachen zu nehmen. Da der Aufsichtsrat selbst Herr der in seinen Sitzungen und Beratungen erzeugten vertraulichen Angaben ist, kann der Aufsichtsrat insoweit als Gremium, im Einzelfall auch der Aufsichtsratsvorsitzende oder ein Ausschuss über einen Dispens von der Verschwiegenheitspflicht zu bestimmten Gegenständen entscheiden. Beratungsinhalte, die durch Ad-hoc-Mitteilungen, Vorstandsberichte etc. schon öffentlich sind, unterliegen naturgemäß nicht der Vertraulichkeit.

Ergänzend gilt die Verweisung auf § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG weiter, insbesondere was die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse betrifft. Weiter ins Einzelne gehende Empfehlungen zur Verschwiegenheitspflicht können ferner im Corporate Governance Kodex (gem. § 161 AktG) enthalten sein.

## **Zu Nummer 11 Buchstabe a (§ 118 Abs. 2 AktG) Videozuschaltung von Aufsichtsratsmitgliedern**

Nach § 118 Abs. 2 AktG sollen die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats an der Hauptversammlung teilnehmen. Aus dieser Bestimmung ergibt sich nach allgemeiner Auffassung im Schrifttum nicht nur ein Recht der Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats auf Teilnahme an der Hauptversammlung, sondern auch eine echte, grundsätzlich nur durch persönliche Anwesenheit in der Hauptversammlung erfüllbare Teilnahmepflicht, deren Verletzung allerdings ohne beschlussrechtliche Konsequenzen bleibt. Eine Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen wegen Abwesenheit von Organmitgliedern kommt demgemäß nicht in Betracht, wohl aber - im Zusammenhang mit einem Schaden der Gesellschaft - eine Schadensersatzpflicht nach §§ 93, 116 AktG sowie unter Umständen auch eine Abberufung aus wichtigem Grund (§§ 84 Abs. 3, 103 Abs. 3 AktG). Für die Vorstandsmitglieder ist die Pflicht zur Anwesenheit in der Hauptversammlung nach wie vor sachgerecht. Die Aktionäre haben ein Interesse daran, sich in der Hauptversammlung einen unmittelbaren Eindruck von den Vorstandsmitgliedern zu verschaffen. Demgegenüber erscheint es nicht zwingend erforderlich, auch die Mitglieder des Aufsichtsrats in jedem Fall zur körperlichen Anwesenheit zu verpflichten. Zwar mögen die Aktionäre auch insoweit an einer physischen Präsenz interessiert sein, etwa im Hinblick auf die Beschlussfassung über die Entlastung. Auch wird es als wichtig erachtet, dass der Aufsichtsrat sich persönlich ein Bild vom Verlauf der Versammlung macht, dass er die Argumente der Aktionäre hört und erfährt, welche Fragen sie bewegen. Angesichts ihrer überwiegend passiven Rolle in der Hauptversammlung besteht für eine Anwesenheit der Aufsichtsratsmitglieder jedoch ein geringeres praktisches Bedürfnis als für die Anwesenheit der zum Beispiel für die Auskunftserteilung zuständigen Vorstandsmitglieder. Gerade mit Blick auf ausländische Aufsichtsratsmitglieder, deren Mitarbeit in Aufsichtsräten deutscher Gesellschaften gleichwohl wünschenswert ist, erscheint eine in jedem Fall bestehende Pflicht zur persönlichen Teilnahme wenig sachgerecht.

§ 118 Abs. 2 Satz 2 AktG gestattet es daher, in der Satzung bestimmte Fälle vorzusehen, in denen die Aufsichtsratsmitglieder von der Pflicht zur persönlichen Teilnahme an der Hauptversammlung freigestellt sind und im Wege der Bild- und Ton-

übertragung zugeschaltet werden können. Zwar soll die Regelung des § 118 Abs. 2 AktG im Kern unangetastet bleiben; auch künftig bleibt es also bei dem Grundsatz, dass die Aufsichtsratsmitglieder persönlich an der Hauptversammlung teilnehmen müssen. Die Satzung kann die Aufsichtsratsmitglieder jedoch für im Einzelnen zu präzisierende Ausnahmefälle von der Anwesenheitspflicht befreien und ihnen die Teilnahme auf telekommunikativem Wege erlauben. Eine generelle Freistellung von der Teilnahmepflicht darf sie nicht vorsehen. Die Ergänzung des § 108 Abs. 2 AktG steht insofern in engem Zusammenhang mit der vorgesehenen Neufassung des § 110 Abs. 3 AktG, die in Abkehr vom bisherigen Wortlaut („zusammentreten“) mit der Formulierung „abhalten“ klarstellt, dass für die Sitzungen des Aufsichtsrats künftig nicht in allen Fällen zwingend die körperliche Anwesenheit aller Aufsichtsratsmitglieder erforderlich ist, sondern jedenfalls in begründeten Ausnahmefällen auch eine Sitzung in Form einer Telefon- oder Videokonferenz erlaubt und ausreichend ist. „Fälle“ bedeutet nicht einen konkreten „Einzelfall“, sondern Fallgruppen oder generalisierbare Konstellationen. So kann z.B. für ein Aufsichtsratsmitglied, das seinen Wohnsitz weit entfernt vom Ort der Versammlung, insbesondere im Ausland hat, eine generelle Ausnahme vorgesehen werden. Typischerweise werden solche Ausnahmen eher bei nichtbörsennotierten Gesellschaften sinnvoll und praktikabel sein. Während es bei einer börsennotierten Gesellschaft jedenfalls derzeit schwer vorstellbar ist, dass ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied nur über einen Monitor zugeschaltet ist, ist dies bei nichtbörsennotierten Gesellschaften sehr wohl denkbar. Insbesondere in Fällen, in denen eine deutsche Tochter einer ausländischen Gesellschaft ihre Hauptversammlung abhält und der Vertreter des ausländischen Großaktionärs zugleich im Aufsichtsrat vertreten ist, kann es sinnvoll sein, diesen per Bild- und Tonübertragung zuzuschalten. Dies gilt um so mehr bei einer Vollversammlung mit dem Alleinaktionär oder bei Muttergesellschaften mit einer Vielzahl von Töchtern. Der Entwurf spricht von Bild- und Tonübertragung, behandelt beide Medien also kumulativ. Die Übertragung muss beidseitig sein.

### **Zu Nummer 11 Buchstabe b (§ 118 Abs. 3 AktG) Internetübertragung der Hauptversammlung**

Die Übertragung der Hauptversammlung im Firmen-TV, in Spartenkanälen, vor allem aber im Internet (sog. Übertragung in Ton und Bild) entwickelt sich zum Standard.

Dabei kann es unterschiedliche Varianten geben: Die Übertragung lediglich der Rede des Vorstands (bereits heute einhellig völlig unproblematisch), die Vollübertragung auch der weiteren Verhandlungen für alle Internet-Benutzer oder die geschlossene Übertragung, die nur Aktionären mit vorher zugeteiltem Passwort zugänglich ist. All dies noch weitere Spielarten sind möglich und es kann den Gesellschaften überlassen bleiben, welche Form und welchen Grad der Öffentlichkeit sie anstreben. Die Satzung oder die Geschäftsordnung kann nach dem neuen § 118 Abs. 3 die vollständige Übertragung der gesamten Verhandlung eröffnen. Das Gesetz formuliert lediglich eine Regelungskompetenz. Es besteht kein Rechtsanspruch einzelner Aktionäre oder andere auf allgemeine Übertragung. Ferner bleibt es der Gesellschaft überlassen, ein Weniger gegenüber der vollständigen Übertragung in allen Varianten zu regeln. Sie kann es auch der Verwaltung überlassen, von Fall zu Fall zu entscheiden, wie weitgehend die Versammlung für Außenstehende geöffnet wird („übertragen werden darf“). Unbedingt zu empfehlen wäre allerdings eine rechtzeitige Bekanntmachung mit der Einberufung, damit interessierte Aktionäre sich darauf einstellen können.

Die Zulässigkeit der Übertragung soll mit diesem Entwurf auch deshalb ausdrücklich geregelt werden, weil bisher auf der Grundlage des unregulierten Zustandes überwiegend angenommen worden war, ein einzelner Aktionär könne der Aufzeichnung seines Redebeitrags widersprechen. Bei Ausblendung von Redebeiträgen einzelner Teilnehmer einer Präsenzhauptversammlung besteht aber die Gefahr, dass die zugeschalteten Aktionäre bei den anschließenden Abstimmungen nicht über denselben Informationsstand verfügen wie die in der Hauptversammlung physisch anwesenden Aktionäre. Überdies ist zu befürchten, dass zugeschaltete Aktionäre sich bei zu häufiger oder langandauernder Unterbrechung der Übertragung verabschieden. Das ist verständlich, denn es ist kaum zumutbar, jeweils vor leerem Bildschirm abwarten zu müssen, bis die Übertragung wieder aufgenommen wird. Aktionären, die ihre Redebeiträge nicht übertragen sehen möchten, ist es unbenommen und zumutbar, einen Vertreter an ihrer Stelle sprechen zu lassen. Übertragung in Ton und Bild setzt naturgemäß auch die Aufzeichnung in der Hauptversammlung voraus. Es ist ferner nach derzeitigem Stand der Technik schwerlich zu vermeiden, dass Empfänger der Übertragung diese aufzeichnen. Auch deshalb ist es sinnvoll, die Zulässigkeit der Übertragung gesetzlich klarzustellen.

## **Zu Nummer 12 (§ 123 Abs. 2 bis 4 AktG) Anmeldung zur Hauptversammlung**

Nach § 123 Abs. 2 Satz 1 AktG kann die Satzung die Teilnahme an der Hauptversammlung oder die Ausübung des Stimmrechts davon abhängig machen, dass die Aktien bis zu einem bestimmten Zeitpunkt vor der Versammlung hinterlegt werden, ferner davon, dass sich die Aktionäre vor der Versammlung anmelden. Hängt nach der Satzung die Teilnahme an der Hauptversammlung oder die Ausübung des Stimmrechts von der Hinterlegung ab, so genügt es nach § 123 Abs. 3 Satz 1 AktG, wenn die Aktien nicht später als am siebten Tage vor der Hauptversammlung hinterlegt werden. Der Begriff „Hinterlegung“ führt bei ausländischen Investoren zu Missverständnissen, die der Attraktivität einer Anlage in deutschen Aktien abträglich sind. Er führt vor allem auch dazu, dass insbesondere ausländische Fonds nicht bereit sind, ihre Stimmrechte aus deutschen Aktien auszuüben, da sie ihre Reaktionsfähigkeit gefährdet sehen. Mit dem Begriff „Hinterlegung“ verbindet sich bei ausländischen Investoren nämlich nicht selten die – rechtlich unzutreffende, gleichwohl aber verbreitete – Vorstellung, eine Veräußerung der Aktien sei während der Hinterlegungsfrist ausgeschlossen.

Mit Blick auf diese unerwünschten Auswirkungen empfiehlt es sich, die Möglichkeit eines satzungsmäßigen Hinterlegungserfordernisses gemäß § 123 Abs. 2 und 3 AktG zu beseitigen. Auch andere Rechtssysteme mit Hinterlegungserfordernis gehen zunehmend hiervon ab. Eine Beibehaltung dieser Möglichkeit ist weder aus rechtlichen noch aus praktischen Gründen geboten. In der Praxis werden – auch bei entsprechender Satzungsbestimmung – die Aktien ohnedies nicht hinterlegt, sondern es erfolgt lediglich eine Anmeldung, verbunden mit der Vorlage einer Bankbescheinigung. Es wird durch die Änderung insoweit nur die geltende Praxis gesetzlich nachvollzogen.

Künftig kann die Satzung demgemäß die Teilnahme an der Hauptversammlung oder die Ausübung des Stimmrechts nur noch davon abhängig machen, dass sich die Aktionäre vor der Versammlung anmelden und den formellen Nachweis ihrer Aktionärsstellung durch Vorlage oder Übermittlung einer Bescheinigung erbringen, die von einer von der Satzung zu bestimmenden Stelle erteilt wird. Da Absatz 1 die Satzungsautonomie erweitert, sind die Gesellschaften nicht gezwungen, von beiden Optionen Gebrauch zu machen, also sowohl Anmeldung als auch Berechtigungsnachweis zu regeln. Insbesondere bei Namensaktien wird es ausreichen, wenn der

Aktionär sich unter Angabe seiner Aktionärsnummer anmeldet. Der Vorlage oder Übermittlung einer gesonderten Bescheinigung bedarf es hier nicht.

Bei Inhaberaktien wird es sich jedenfalls bei börsennotierten Gesellschaften regelmäßig empfehlen, beides zu regeln. Mit der Formulierung „durch Vorlage oder Übermittlung“ wird klargestellt, dass die Anmeldung zur Hauptversammlung und der Nachweis der Inhaberschaft zum Beispiel auch auf telekommunikativem Wege – z. B. per E-Mail – erfolgen können. Auch dies bleibt aber im Einzelnen der Ausgestaltung der Satzung überlassen. „Berechtigung“ im Sinne des Entwurfs bedeutet die Aktionärsstellung. Es geht an dieser Stelle allein um den Nachweis der Berechtigung als Aktionär, nicht um den Nachweis der Stimmrechtsvollmacht.

Sieht die Satzung ein entsprechendes Anmeldeerfordernis vor, so genügt es, wenn sich die Aktionäre nicht später als am siebten Tag vor der Versammlung anmelden. Die Bestimmung eines Anmeldezeitpunktes, der länger vor der Hauptversammlung liegt, ist demnach zum Schutz der Aktionäre unwirksam. Insofern bleibt es bei der bisherigen Regelung. Desgleichen wird die bisherige Regelung übernommen, dass die Einberufungsfrist sich entsprechend verlängern muss, damit den Aktionären die Vorbereitungs- und Überlegungsfrist von einem Monat bleibt.

Sieht die Satzung auch ein Nachweiserfordernis vor, so kann die Satzung den Nachweis zeitlich mit der Anmeldung verbinden. Das muss nicht sein, kann der Gesellschaft aber die organisatorische Vorbereitung der Hauptversammlung erleichtern. Ferner genügt es, wenn sich der Nachweis auf den siebten Tag vor der Versammlung bezieht. Anders als nach derzeitiger Praxis brauchen die Depotinstitute den Gesellschaften Veräußerungen von Aktien nach dem siebten Tag vor der Hauptversammlung demnach nicht mehr mitzuteilen. Die Rechtslage bei Inhaberaktien entspricht insoweit derjenigen bei Namensaktien: Der Vorstand braucht bei Namensaktien Umschreibungen im Aktienregister nach Ablauf der Anmeldefrist am siebten Tag vor der Hauptversammlung (vgl. § 123 Abs. 4 AktG) nicht mehr vorzunehmen. Dies hatte die amtliche Begründung zum Namensaktiengesetz ausgeführt. Probleme damit sind nicht bekannt geworden. Vielmehr wird dadurch die deutsche Rechtslage behutsam an den im Ausland verbreiteten sog. „record date“ angeglichen, der teilweise deutlich länger ist, als die sieben Tage des Entwurfs. Für während der sieben Tage neu hinzutretende Aktionäre ist die Vorschrift unproblematisch, denn sie könnten sich ohnehin nicht mehr zur Hauptversammlung anmelden. Der denkbare Einwand, Aktionäre, die ihre Aktien nach erfolgter Anmeldung mit Bescheinigung der Inhaberschaft und Ablauf der Anmeldefrist veräußert haben, könnten auf solche Weise formal legitimiert aber materiell nichtberechtigt an der Hauptversammlung teilnehmen

und mitstimmen, was zur Anfechtbarkeit der betreffenden Beschlüsse führe, greift nicht durch. Eine Stimmabgabe von Nichtaktionären begründet nur ganz ausnahmsweise die Anfechtbarkeit des betreffenden Hauptversammlungsbeschlusses. Eine Anfechtbarkeit ist insbesondere mangels potentieller Kausalität des Fehlers für das Beschlussergebnis nicht gegeben, wenn die erforderliche Mehrheit auch nach Abzug fälschlich mitgezählter Stimmen verbleibt. Denkbaren Missbrauchsversuchen kann die Rechtsprechung angemessen begegnen.

### **Zu Nummer 13 (§ 126 AktG) Ankündigung von Gegenanträgen**

Gegenanträge in der bisher im Gesetz vorgesehenen Form sind für die Gesellschaften äußerst kostspielig und zugleich fehleranfällig. Dadurch entstehen Rechtsunsicherheit und Missbrauchsmöglichkeiten. Dennoch sollte auch nach dem Ergebnis der Beratungen in der Regierungskommission Corporate Governance der Gegenantrag nicht einfach abgeschafft werden. Damit würde zum Schaden der Aktionäre überreagiert. Das Gleiche gilt für einen wie auch immer festzulegenden Mindestanteilsbesitz und eine Mindesthaltefrist als Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Gegenanträgen. Vielmehr sollte eine Reform dort ansetzen, wo das Problem liegt, nämlich bei den Kosten und bei der Fehleranfälligkeit.

Die Neufassung stellt nun fest, dass Gegenanträge nicht mehr gemäß § 125 AktG und folglich regelmäßig in gedruckter Form an alle Aktionäre versandt zu werden brauchen; sie sind den Aktionären nur „zugänglich zu machen“. Sie können also insbesondere (ausschließlich) auf der Website der Gesellschaft veröffentlicht werden.

Zwar verfügen gegenwärtig noch nicht alle Aktionäre über einen Internetanschluss, dennoch können schon heute auf diese Weise sehr viel mehr Aktionäre erreicht werden, als auf herkömmlichem Wege. Insbesondere die ausländischen Aktionäre erreichen die Mitteilungen nach § 125 AktG oft gar nicht. Bei Namensaktionären erhalten nur die eine Mitteilung, die im Aktienregister eingetragen sind. Gerade der besonders interessierte Aktionär kann sich aber über die Website aktiv informieren. Desgleichen können Besitzer von Fondsanteilen, die ebenfalls bisher nicht benachrichtigt werden,

sich informieren. Zudem handelt es sich bei den Gegenanträgen um die Ankündigung von Anträgen, die in der Hauptversammlung ohnedies noch gestellt werden müssen, um behandelt werden zu können.

Zugleich kann aber die Frist für die Stellung von Gegenanträgen für die Aktionäre günstiger gefasst werden. Musste der Aktionär bisher binnen einer Woche nach Einberufung den Antrag stellen, so reicht es heute aus, wenn er dies bis spätestens eine Woche vor dem Tage der Hauptversammlung tut. Diese Fristerleichterung ist Konsequenz der Abschaffung der schwerfälligen Versendung gem. § 125 AktG und der Einführung der rasch und unkompliziert zu bewerkstelligen „Zugänglichmachung“ auf elektronischem Wege. Dabei ist davon auszugehen, dass die Gesellschaft den rechtzeitig und formgerecht eingereichten Antrag unverzüglich zugänglich zu machen hat. Da das „Zugänglichmachen“ neuerdings an mehreren Stellen im Aktiengesetz verwandt wird (z.B. § 128 Abs. 2, Satz 2 und Abs. 5, § 129 Abs. 4), ist davon auszugehen, dass dieser Begriff durch Praxis und Rechtsprechung alsbald ausgefüllt und nach der technischen Entwicklung fortgeschrieben wird.

Die Veröffentlichungspflicht der Gesellschaft soll zudem davon abhängen, dass der Gegenantrag an eine den Aktionären in der Einberufung der Hauptversammlung mitgeteilte Adresse versandt worden ist. Damit wird Rechtssicherheit erzeugt, denn es kann nicht sein, dass ein Gegenantrag bei irgendeiner Niederlassung ganz kurz vor Fristablauf eingereicht wird, und die Gesellschaft dadurch Gefahr läuft, verfahrensfehlerhaft zu handeln. Ist keine besondere Adresse mitgeteilt worden, so gilt das allgemeine Vertretungsrecht. Adresse im Sinne der Vorschrift ist nicht notwendig eine postalische Hausanschrift, Postfach oder dergleichen. Adresse ist auch die Fax-Nummer, die E-Mail-Adresse, wobei hier die Legitimation des Aktionärs zu prüfen wäre.

Verzichtet werden kann auf die bisher im Absatz 1 enthaltene formelhafte Erklärung des Aktionärs, er wolle in der Hauptversammlung einem Vorschlag des Vorstands und des Aufsichtsrats widersprechen und die anderen Aktionäre veranlassen, für seinen Gegenantrag zu stimmen. Der Begriff „Gegenantrag“ macht bereits deutlich, dass es sich um einen Oppositionsantrag handeln muss. Ferner ist dieser auf einen konkreten und im Antrag zu nennenden („bestimmten“) Tagesordnungspunkt zu beziehen und zu begründen. Auch tragen Absatz 2 Nr. 6 und 7 dafür Sorge, dass die Aktionäre keine unernst gemeinten Anträge stellen.

Die Neuerung gilt für Anträge nach § 127 AktG entsprechend.

### **Zu Nummer 14 (Änderung des § 131 Abs. 4 AktG)**

Es handelt sich um eine Folgeänderung zu der Neufassung des § 290 HGB in Artikel 2 Nr. 2.

### **Zu Nummer 15 (§ 161 AktG) Entsprechens-Erklärung**

Eine der Kernaussagen des Berichts der Regierungskommission Corporate Governance war die Empfehlung für einen deutschen Corporate Governance-Kodex. Ein solcher Kodex bietet die Möglichkeit, die geltende Unternehmensverfassung für deutsche Aktiengesellschaften und die diesbezüglichen, im Wesentlichen im zwingenden Gesetzesrecht verankerten Verhaltensmaßstäbe für Unternehmensleitung und Unternehmensüberwachung in einer gerade auch für ausländische Investoren geeigneten Form zusammenfassend und übersichtlich darzustellen und die Besonderheiten und Vorzüge der dualistischen Unternehmensverfassung zu verdeutlichen. Gerade im Hinblick auf die Information ausländischer Anleger erschien es unvermeidlich, einen maßgebenden Corporate Governance Kodex für Deutschland zu initiieren. Dies rechtfertigt es, nur einem Kodex, den die von der Bundesregierung eingesetzte Kodex-Kommission formuliert, einen besonderen Nachdruck durch die Pflicht zu einer Entsprechenserklärung zu verschaffen.

Sodann bietet ein solcher Kodex auch die Chance einer Deregulierung und Flexibilisierung. Da der Kodex, soweit er nicht ohnedies zwingendes Recht wiedergibt, unverbindliche Verhaltensempfehlungen enthält, ist er wesentlich flexibler als eine zwingende und damit möglicherweise in vielen Fällen zu rigide gesetzliche Lösung. Den Unternehmen wird in Fällen, in denen sie es für sinnvoll oder geboten halten, die Möglichkeit gelassen, von den Kodex-Regeln abzuweichen.

Zugleich soll aber den Kapitalmarktteilnehmern die Information zur Verfügung gestellt werden, ob sich das Unternehmen, das den Kapitalmarkt in Anspruch nimmt, an die Verhaltensstandards des Kodex zu Unternehmensleitung und -kontrolle hält, bzw., wenn es hiervon abweicht, wie diese Abweichung aussieht.

Die Compliance-Erklärung ist von Vorstand und Aufsichtsrat abzugeben, da die Verhaltensregeln sich an die Verwaltung insgesamt richten. Die Entsprechens-Erklärung bzw. die Darstellung unternehmensindividueller Modifikationen und Abweichungen soll in einem gesonderten Bericht erfolgen. Die Erklärung ist jährlich zu wiederholen. Die Pflicht zur jährlich erneuerten Erklärung über die Beachtung allgemeiner Regeln und Grundsätze guter Corporate Governance gewährleistet, dass Vorstand und Aufsichtsrat sich jährlich wiederkehrend inhaltlich mit diesen Fragen auseinandersetzen.

Der Kodex wird Darstellungen des geltenden Aktienrechts und über das Aktiengesetz hinausgehende Verhaltensempfehlungen enthalten. Diese Empfehlungen unterteilen sich in sogenannte Verhaltensregeln und in Anregungen. § 161 AktG betrifft nur die Verhaltensregeln. Die Entsprechenserklärung braucht sich also nicht auf die gesetzesdarstellenden Teile des Kodex zu beziehen – zwingendes Gesetzesrecht ist von den Organen ohnehin einzuhalten. Die Erklärung braucht auch nicht die Anregungen abzudecken. Es ist Sache des Kodex, zwischen zwingendem Recht, Verhaltensregeln und Anregungen unmissverständlich zu differenzieren, so dass sowohl der Leser als auch die betroffenen Unternehmen Klarheit haben.

Werden die Verhaltensregeln des Kodex im Unternehmen allgemein eingehalten und gab es im Berichtszeitraum keine ins Gewicht fallenden Abweichungen, so kann sich die Erklärung mit der Feststellung begnügen: „Den Verhaltensregeln der von der Bundesregierung eingesetzten Kodex-Kommission zur Unternehmensleitung und -überwachung wurde im Berichtsjahr entsprochen und soll auch künftig entsprochen werden“. Die Darstellungs- und Erläuterungspflicht erstreckt sich auf Abweichungen von den Verhaltensregeln des Corporate Governance-Kodex im Einzelfall, vor allem aber auch auf generelle Abweichungen von den Verhaltensregeln des Kodex, sei es, dass diese Abweichungen in Satzung, Geschäftsordnung oder durch Vertrag festgelegt sind, sei es, dass es sich um eine dauernde Übung in der betreffenden Gesellschaft handelt. Dies soll es den Gesellschaften unter anderem auch ermöglichen,

einen auf die unternehmensindividuellen Verhältnisse zugeschnittenen eigenen „Code of Best Practice“ zu entwickeln und dem Kapitalmarkt gegenüber offen zu legen. Die Gleichwertigkeit solcher Abweichungen zu bewerten, bleibt dem Kapitalmarkt überlassen. Natürlich darf die Gesellschaft nur von der Befolgung der über das Gesetzesrecht hinausgehenden Empfehlungen absehen, nicht vom zwingenden Aktienrecht – auch soweit es im Kodex in darstellender Weise wiedergegeben ist. Anzugeben sind nur negative Abweichungen, also Unterschreitungen des empfohlenen Verhaltensstandards oder gänzliche Nichtanwendungen. Eine Gesellschaft, die den Kodex übererfüllt, ist nicht verpflichtet, dies zu erklären, sie wird dies aber aus eigenem Antrieb tun. Abweichungen vom Verhaltensstandard sind nach § 161 AktG nur darzustellen. Eine gesetzliche Begründungspflicht besteht nicht. Das Gesetz braucht nicht zu etwas zu zwingen, was die Betroffenen schon aus eigenem Interesse tun. Es ist davon auszugehen, dass die Organe einer erklärten Abweichung eine Begründung folgen lassen.

Zugänglich-Machen bedeutet wie an anderen Stellen im Aktiengesetz, dass bereits eine Veröffentlichung auf der Website der Gesellschaft ausreicht. Die Erklärung ist dort nicht nur einmalig zu veröffentlichen, sondern in ihrer jeweiligen Fassung dauerhaft zugänglich zu machen und jährlich zu erneuern.

Darüber hinaus erscheint es als wünschenswert, wenn die Compliance-Erklärung bzw. die Darstellung der unternehmensindividuellen Praxis zu den betreffenden Empfehlungen des Kodex in den Geschäftsbericht aufgenommen würde. Dies ist aber nicht vom Gesetz zu regeln, sondern könnte etwa Gegenstand einer Kodex-Empfehlung sein.

Weitere Publizität der Erklärung erfolgt durch die Jahresabschlusspublizität. In Artikel 2 des Entwurfs finden sich entsprechende Folgeänderungen der §§ 285 Satz 1 Nummer 16 und 325 Abs. 1 Satz 1 HGB. Unter anderem ist auch vorgesehen, dass die Erklärung mit den übrigen Unterlagen gemäß § 325 HGB zum Handelsregister eingereicht wird, so dass sich auch die Bekanntmachung gemäß § 325 Abs. 1 S. 2 HGB hierauf bezieht.

## **Zu Nummer 16 (Änderung des § 171 AktG)**

Die Regierungskommission empfiehlt (Abschlussbericht, Rdn. 274), entsprechend den Vorschriften über den Einzelabschluss eine Billigung des Konzernabschlusses durch den Aufsichtsrat und die Möglichkeit vorzusehen, diese Billigung der Hauptversammlung zu überlassen. Die Berichtspflicht des Aufsichtsrats gemäß § 171 Abs. 2 S. 3, 4 AktG sollte auf den Konzernabschluss erstreckt werden.

Diese Empfehlung wird mit den in Artikel 1 Nr. 16 bis 19 vorgeschlagenen Änderungen des Aktiengesetzes umgesetzt. Damit wird der zunehmenden Bedeutung des Konzernabschlusses und des Konzernlageberichts als Informationsmedien Rechnung getragen. Mit dem Erfordernis einer förmlichen Billigung – oder, in der Terminologie des Entwurfs, „Genehmigung“ – soll zugleich auf eine intensiviertere Prüfung des Konzernabschlusses durch den Aufsichtsrat hingewirkt werden.

Im Einzelnen wird durch die Ergänzung des § 171 Abs. 2 AktG der Aufsichtsrat verpflichtet, auch zu dem Ergebnis der Prüfung des Konzernabschlusses Stellung zu nehmen und sich über die Billigung des vom Vorstand aufgestellten Konzernabschlusses zu erklären.

Die Anfügung in § 171 Abs. 3 Satz 3 AktG erstreckt die dort vorgesehene Fristenregelung bezüglich der Beantwortung der den Jahresabschluss betreffenden Vorlage des Vorstandes auf den Konzernabschluss.

## **Zu Nummer 17 (Änderung der Überschrift zum Dritten Abschnitt des Fünften Teils)**

Die Überschrift des Dritten Abschnitts des Fünften Teils wird an den erweiterten Regelungsgegenstand angepasst. Statt der im Kommissionsbericht benutzten Terminologie einer förmlichen „Billigung“ des Konzernabschlusses wird die Verwendung des Wortes „Genehmigung“ vorgeschlagen, um das in § 172 AktG geregelte zweistufige Verfahren übernehmen zu können, das auf der ersten Stufe die Prüfung und „Billigung“ des Abschlusses durch den Aufsichtsrat vorsieht, die auf der zweiten Stufe entweder unmittelbar in die rechtsverbindliche Feststellung übergeht oder durch den

Feststellungsbeschluss der Hauptversammlung überlagert wird. Der Feststellung des Einzelabschlusses entspricht dabei die „Genehmigung“ des Konzernabschlusses; allerdings entfaltet die Genehmigung des Konzernabschlusses nicht die der Feststellung des Einzelabschlusses zukommende Bindungswirkung für die Gewinnverwendung.

### **Zu Nummer 18 (Einfügung eines Vierten Unterabschnitts im Dritten Abschnitt des Fünften Teils)**

Der neue Vierte Unterabschnitt des Dritten Abschnitts des Fünften Teils (§ 177 AktG) normiert das Genehmigungserfordernis für den Konzernabschluss und erklärt die Vorschriften der §§ 172 und 173 AktG im Wesentlichen für entsprechend anwendbar. Das bedeutet, dass der Aufsichtsrat entweder auf die Vorlage des Vorstands hin selbst die Genehmigung des Konzernabschlusses beschließen oder dass auf gemeinsamen Beschluss des Vorstands und des Aufsichtsrats hin die Genehmigungsentscheidung der Hauptversammlung überlassen werden kann. Die Zuständigkeit der Hauptversammlung greift auch ein, wenn Vorstand und Aufsichtsrat keinen Konsens über den Konzernabschluss erzielen. Nicht entsprechend anwendbar ist § 173 Abs. 2 Satz 2 AktG, da sich die Gewinnverwendung nicht nach dem Konzern-, sondern nach dem Einzelabschluss richtet. Dennoch entsprechend anwendbar bleibt § 173 Abs. 3 AktG, da auch im Fall der Genehmigung des Konzernabschlusses durch die Hauptversammlung diese über dessen Endfassung entscheidet, allerdings unter dem Vorbehalt erneuter Prüfung hinsichtlich der von der Hauptversammlung beschlossenen Änderungen (vgl. § 316 Abs. 3 HGB, der ausdrücklich auch für den Konzernabschluss gilt, sowie die Änderung des § 316 Abs. 2 HGB durch Artikel 2 Nr. 13 des Entwurfs).

### **Zu Nummer 19 (Streichung der Überschrift zum früheren Vierten Abschnitt des Fünften Teils)**

Die Überschrift ist obsolet, da der frühere Vierte Abschnitt des Fünften Teils (§§ 177 und 178 AktG) durch Artikel 2 Nr. 35 des Bilanzrichtlinien-Gesetzes vom 19. Dezember 1985 (BGBl. I S. 2355) aufgehoben wurde.

### **Zu Nummer 20 (§ 186 Abs. 2 AktG) Bezugsfrist und Kursänderungsrisiko**

Nach § 186 Abs. 2 AktG hat der Vorstand bei der Kapitalerhöhung gegen Einlagen die Aktionäre zur Ausübung ihres Bezugsrechts aufzufordern. Dabei hat er gemäß § 186 Abs. 2 AktG unter anderem den Ausgabebetrag der jungen Aktien in den Gesellschaftsblättern bekannt zu machen. Der Ausgabebetrag muss nach bisher herrschender Meinung genau bezeichnet werden; es genügt nicht – anders als bei § 193 Abs. 2 Ziff. 3 AktG – die Angabe einer Referenzgröße bzw. der Grundlagen, nach denen dieser Betrag errechnet wird. Hiergegen wird eingewandt, dies erschwere eine Berücksichtigung der aktuellen Marktsituation am Ende der Bezugsfrist und belaste jede Bezugsrechtskapitalerhöhung mit einem ca. dreiwöchigen Kursänderungsrisiko. Angesichts volatiler Märkte ist dieses mitunter sehr erheblich. Das geltende Recht gebe den Aktionären damit während der Bezugsfrist eine ungerechtfertigte Spekulationsmöglichkeit. Die Gesellschaft fungiere als kostenloser Stillhalter zugunsten derjenigen, die bis zum Ende der Zeichnungsfrist mit ihrer Erklärung abwarteten. Der Verlust aus dieser Stillhalterfunktion werde von der Gesellschaft, d. h. von allen Aktionären, also auch denen, die ihr Bezugsrecht sofort ausgeübt haben oder nicht ausüben wollen oder können, getragen.

Dies soll durch die Neufassung des Absatz 2 geändert werden. Eine marktnähere Festsetzung von Ausübungspreisen liegt auch insofern im Interesse der Aktionäre, als dadurch die Form der Kapitalerhöhung gegen Einlagen unter Bezugsrechtseinräumung wieder attraktiver wird.

Freilich muss der konkrete Ausgabebetrag den Aktionären noch vor Zuteilung bekannt gegeben werden. Die Bezugsfrist von mindestens zwei Wochen, die noch dem alten Aktienrecht mit den damals gegebenen Kommunikationsmöglichkeiten und Zeiten mit möglicherweise weniger volatiler Kursentwicklung entstammt, ist als Überlegungsfrist durchaus angemessen und die Mindestfrist von zwei Wochen des

§ 186 Abs. 1 AktG ist zudem auch Europarechtlich festgeschrieben (Art. 29 Abs. 3 der Zweiten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie). Diese Frist erscheint für die Pflicht zur Angabe des Ausgabebetrages aber als zu lang – und ist hierfür auch nicht Europarechtlich geboten. Den Aktionären kann durchaus zugemutet werden, sich binnen drei Tagen hinsichtlich der Ausübung ihres Bezugsrechts endgültig zu entscheiden, wenn ihnen das betreffende 3-Tages-Fenster rechtzeitig vorher mitgeteilt wurde. Sie können dann durchaus schon vorher zeichnen, sich die Rücknahme der Zeichnungserklärung für den Fall der Bekanntgabe eines unerwartet hohen Ausgabebetrages aber vorbehalten. Sie können aber auch auf der Basis der Berechnungsgrundlagen ohne weitere Beobachtung des späteren konkreten Ausgabebetrags zeichnen, weil sie in jedem Fall beziehen möchten. In ähnlicher Weise gibt es auch viele Anleger, die im Rahmen des Bookbuilding-Verfahrens ohne Limit zeichnen.

Um eine marktnähere Festsetzung von Ausübungspreisen zu ermöglichen, wird deshalb dem Vorstand die Möglichkeit eingeräumt, die Festsetzung des Ausgabebetrages bis zu drei Tage vor Ablauf der Bezugsfrist vorzubehalten, und bei der Bezugsrechtsaufforderung zunächst entsprechend der Regelung des § 193 Abs. 2 Nr. 3 AktG die Angabe einer Referenzgröße genügen zu lassen. Dies ermöglicht es zugleich, die Bezugsfrist großzügig lang zu gestalten.

### **Zu Nummer 21 (§ 207 Abs. 3 AktG) Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln**

Nach § 207 Abs. 3 AktG kann eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln erst beschlossen werden, nachdem der Jahresabschluss für das letzte vor der Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung abgelaufene Geschäftsjahr (letzter Jahresabschluss) festgestellt ist. Die ersten Monate eines Geschäftsjahres kamen damit für einen Erhöhungsbeschluss faktisch nicht in Betracht, weil es bis zur Feststellung des Jahresabschlusses in aller Regel mehrere Monate dauert. Dies wirkte sich insbesondere für junge Unternehmen, die vor dem Erhöhungsbeschluss erst einen entsprechenden Jahresabschluss auf- und feststellen mussten, als Hindernis aus. Dieses Hindernis wird mit der Aufhebung des § 207 Abs. 3 AktG beseitigt.

Das Warten auf den Jahresabschluss lässt sich nicht mit der Erwägung rechtfertigen, es müsse erst eine testierte Jahresbilanz vorliegen, die entsprechend hohe umwandlungsfähige Rücklagen ausweist. Denn die Jahresbilanz kann zwar dem Kapitalerhöhungsbeschluss zugrundegelegt werden (§ 209 Abs. 1 AktG). Dies ist aber nicht zwingend; nach § 209 Abs. 2 bis 4 AktG kann auch eine sog. Erhöhungsbilanz Grundlage des Beschlusses sein. § 207 Abs. 3 AktG hat seinen Ursprung in der Vorläuferregelung des § 1 KapErhG, der allerdings noch zusätzlich vorsah, dass vor dem Kapitalerhöhungsbeschluss die Hauptversammlung den Gewinnverwendungsbeschluss zu fassen hatte. Dieses Erfordernis sollte die Entscheidungsfreiheit der Hauptversammlung sicherstellen. Bereits in der Aktienrechtsreform 1965 wurde darauf aber mit der Begründung verzichtet, es bestehe kein Anlass, der Hauptversammlung künftig vorzuschreiben, dass sie vor dem Beschluss über die Kapitalerhöhung erst über die Gewinnverwendung zu beschließen hat (*Kropff*, Aktiengesetz, 1965, S. 310). Damit hat aber die Vorschrift des § 207 Abs. 3 AktG ihren Sinn im Wesentlichen eingebüßt. Will die Hauptversammlung die Entscheidung über eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln nur in Kenntnis der Jahresgewinnsituation und der zu erwartenden Ausschüttung treffen, steht es ihr frei, der Verwaltung die Umwandlung der Rücklagen in Grundkapital zu verweigern.

### **Zu Nummer 22 (§ 237 AktG) Einziehung von Stückaktien ohne Kapitalherabsetzung**

Die Einziehung von Aktien geht nach geltendem Recht zwangsläufig mit einer Kapitalherabsetzung einher (vgl. § 237 AktG). Diese Regelung stammt aus der Zeit vor Einführung der Stückaktie, ist also auf die Nennbetragsaktie zugeschnitten. Bei Stückaktien ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Einziehung zu einer Kapitalherabsetzung führen muss. Im Gegenteil entspricht es der rechtlichen Konstruktion der Stückaktie eher, dass das Grundkapital bei einer Einziehung unverändert bleibt, und die verbleibenden Aktien einen entsprechend höheren Anteil am Grundkapital haben (§ 8 Abs. 3 AktG). Der jeweils gültige anteilige Betrag errechnet sich nach der Zahl der Aktien im Verhältnis zum Grundkapital. Die aktuell gültige Zahl der Aktien ist in der Satzung anzugeben. Einer Kapitalherabsetzung bedarf es nicht. Um Klarheit zu haben, welcher Weg beschritten werden soll, hat der Hauptversammlungsbeschluss

über die Einziehung zugleich zu bestimmen, ob die Einziehung der Stückaktien eine Form der Kapitalherabsetzung sein, oder ob lediglich der anteilige Betrag am Grundkapital angepasst werden soll. Wird eine solche Angabe versehentlich oder absichtlich im Beschluss der Hauptversammlung unterlassen, so bleibt es wegen der Regelausnahme-Formulierung des § 237 AktG allerdings dabei, dass die Einziehung zur Kapitalherabsetzung führt. Ermächtigt die Hauptversammlung den Vorstand zur Einziehung von Aktien, so kann sie zugleich eine Ermächtigung aussprechen, die Zahlenangabe in der Satzung insoweit anzupassen. Die Satzungsanpassung ist dem Handelsregister anzumelden.

### **Zu Nummer 23 (§ 404 AktG) Verletzung der Geheimhaltungspflicht**

Mangelnde Vertraulichkeit fügt dem Aufsichtsrat in seiner konkreten Arbeit aber auch dem deutschen Aufsichtsratssystem insgesamt schwersten Schaden zu. Besteht auch nur ein latenter Verdacht, wichtige, dem Aufsichtsrat im Rahmen seiner Kontrollaufgaben durch den Vorstand gegebene Informationen könnten anschließend und zum Schaden der Gesellschaft an Medien, Analysten oder Organisationen weitergereicht werden, so führt dies dazu, dass die Vorstände Informationen nur zögerlich, nur mündlich oder nur dem Aufsichtsratsvorsitzenden geben. Langfristig führt dies zu einer Aushöhlung und Entwertung des Aufsichtsrats in seiner Funktion als Kontrollorgan. Der Gesetzgeber hat bereits mit dem Kontrolle und Transparenzgesetz (KonTraG) versucht, den Informationsfluss zwischen Vorstand und Aufsichtsrat zu verbessern. Die Bundesregierung wird diese Bemühungen mit dem vorliegenden Gesetzentwurf noch verstärken. Dies kann aber nicht erfolgreich sein, wenn nicht zugleich das Grundproblem des Verdachts mangelnder Vertraulichkeit angegangen wird. So betont auch der Abschlussbericht der Regierungskommission Corporate Governance: „Einer Weitergabe vertraulicher Informationen durch Aufsichtsratsmitglieder muss künftig wirksamer begegnet werden. Dies gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund der Kommissionsempfehlungen zur besseren Informationsversorgung der Aufsichtsratsmitglieder und Aufsichtsräte (rechtzeitige und schriftliche Regelberichterstattung; Aushändigung von Unterlagen; Auskunftsrechte des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds), der eine entsprechende Verschwiegenheitspflicht gegenüberstehen muss.“

Es soll daher neben der Hervorhebung der allgemeinen Verhaltenspflicht zur Verschwiegenheit in § 116 AktG der Strafrahmen des § 404 AktG angehoben werden. § 404 AktG bedroht bisher die unbefugte Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen durch Organmitglieder mit einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe (Abs. 1) sowie bei Handeln gegen Entgelt oder in Bereicherungs- oder Schädigungsabsicht mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe (Abs. 2). Die Strafandrohung soll beschränkt auf börsennotierte Gesellschaften um jeweils ein Jahr angehoben werden. Der gewünschte Abschreckungseffekt lässt sich nur durch eine deutlichere Strafandrohung erzielen. § 404 AktG steht freilich in einem Gesamtzusammenhang mit Strafvorschriften des Kern- und Nebenstrafrechts, die allesamt vergleichbare Tatbestände betreffen und im Aufbau sowie in der Höhe der angedrohten Sanktionen identisch sind. Zu nennen sind hier insbesondere §§ 203 und 204 StGB, § 333 HGB, § 85 GmbHG, § 151 GenG, § 120 BetrVG sowie § 44 EBRG. Von diesem Gesamtzusammenhang können aus systematischen Überlegungen nur bei gewichtigen Gründen Ausnahmen gemacht werden. Die sachliche Differenzierung für die Heraushebung des Geheimnisverrats im Rahmen des § 404 AktG liegt in der typischerweise besonders großen wirtschaftlichen Tragweite eines solchen Vergehens bei der börsennotierten Gesellschaft und in der Gefährdung des deutschen Corporate Governance-Systems als Ganzes, das durch einen Mangel an Vertraulichkeit in seiner Funktionsfähigkeit bedroht wird. Die Änderung ist deshalb auf die börsennotierte Aktiengesellschaft beschränkt worden (Legaldefinition in § 3 Abs. 2 AktG).

## **B. Zu Artikel 2 (Änderung des Handelsgesetzbuchs)**

### **Zu Nummer 1 Buchstabe a (Änderung des § 285 Nr. 9 HGB)**

Die Regierungskommission (Abschlussbericht, Rdn. 259) empfiehlt eine Klarstellung, dass zu den im Anhang des Jahresabschlusses einer Kapitalgesellschaft anzugebenden Gesamtbezügen der Mitglieder des Geschäftsführungsorgans, eines Aufsichtsrats oder Beirats oder einer ähnlichen Einrichtung auch aktienbasierte Vergütungszusagen sowie die Gewinne aus solchen Zusagen gehören. Diese Klarstellung

lung wird in § 285 Nr. 9 Buchstabe a HGB-E durch Ergänzung des den Begriff der Gesamtbezüge erläuternden Klammerzusatzes vorgenommen.

In der Grundtendenz zielt der Vorschlag auf erhöhte Transparenz der Anreizstrukturen in den Leitungsgremien. Eine Aufschlüsselung der Gesamtbezüge, um speziell die aktienbasierten Vergütungsbestandteile erkennbar zu machen, wird von der Regierungskommission als empfehlenswerte Anforderung im Rahmen des Code of Best Practice genannt, jedoch nicht zur Aufnahme in den Kreis der gesetzlich vorgeschriebenen Pflichtangaben empfohlen.

### **Zu Nummer 1 Buchstabe b (Anfügung eines § 285 Nr. 16 HGB)**

§ 285 Abs. 1 Nr. 16 ergänzt die in Artikel 1 vorgesehene Regelung (§ 161 des Aktiengesetzes). Im Anhang zum Jahresabschluss ist insoweit künftig allerdings nur anzugeben, dass die nach § 161 des Aktiengesetzes vorgeschriebene Erklärung abgegeben und den Aktionären zugänglich gemacht worden ist. Der Inhalt der nach § 161 des Aktiengesetzes vorgeschriebenen Erklärung selbst wird dagegen nicht zum Gegenstand des Anhangs gemacht und ist auch nicht Gegenstand der Prüfung. Der Abschlussprüfer hat vielmehr im Rahmen seiner Prüfung nur festzustellen, ob die in § 285 Abs. 1 Nr. 16 abzugebende Aussage zutrifft, dass die nach § 161 des Aktiengesetzes vorgeschriebene Erklärung abgegeben und den Aktionären zugänglich gemacht ist.

Wurde die nach § 161 des Aktiengesetzes vorgeschriebene Erklärung weder abgegeben noch den Aktionären zugänglich gemacht, bedeutet dies, dass der Prüfer in seinem Bericht einen entsprechenden Hinweis anbringen muss. Den Bestätigungsvermerk hat er gegebenenfalls einzuschränken (§ 322 Abs. 4). Diese Auswirkungen treten ein, ohne dass die Vorschriften über den Prüfungsbericht (§ 321) und den Bestätigungsvermerk (§ 322) noch geändert werden müssten. Fallen dem Abschlussprüfer bei Gelegenheit seiner Prüfungstätigkeit Unregelmäßigkeiten auf, die die Erklärung der Verwaltung als unrichtig erscheinen lassen, so ist dies im Prüferbericht festzuhalten.

## Zu Nummer 2 (Änderung des § 290 HGB)

Zu Buchstabe a

Der Vorschlag zur Änderung des § 290 HGB beruht auf einem Gesetzesvorschlag des DRSC e.V.

Im geltenden § 290 HGB wird die Pflicht zur Aufstellung eines Konzernabschlusses geregelt. Als Kriterien der Pflicht zur Aufstellung eines Konzernabschlusses für die Rechnungslegung werden in Absatz 1 das Vorliegen einheitlicher Leitung der Tochterunternehmen durch das Mutterunternehmen sowie in Absatz 2 das Vorliegen bestimmter Beherrschungsrechte des Mutterunternehmens entsprechend dem Control-Konzept genannt. Das Control-Konzept knüpft an die rechtliche Möglichkeit der Beherrschung, das Konzept der einheitlichen Leitung an die tatsächliche Beherrschung an.

Artikel 1 Abs. 1 der Siebenten Richtlinie 83/349/EWG (Konzernbilanzrichtlinie) schreibt die Aufstellung eines Konzernabschlusses bei Vorliegen bestimmter Beherrschungsrechte vor. Daneben kann als Mitgliedstaatenwahlrecht die Verpflichtung zur Aufstellung eines Konzernabschlusses auch bei einheitlicher Leitung vorgeschrieben werden.

Dieses Mitgliedstaatenwahlrecht ist „bis zu einer späteren Koordinierung“ eingeräumt worden. Außer Deutschland hat kein Mitgliedstaat der EU davon Gebrauch gemacht. Die Streichung des Kriteriums der einheitlichen Leitung dient der Angleichung der deutschen Rechtsvorschriften an international anerkannte Rechnungslegungsgrundsätze, d. h. die Sonderstellung der deutschen Rechnungslegung wird insoweit aufgegeben. Dem Control-Prinzip entspricht es eher, das in Artikel 1 Abs. 2 Buchstabe a der EU-Konzernbilanzrichtlinie vorgesehene Wahlrecht auszuüben, demzufolge eine Konsolidierung zu erfolgen hat, wenn das Mutterunternehmen tatsächlich einen beherrschenden Einfluss auf das Tochterunternehmen ausübt. Für die Konzernrechnungslegungspraxis werden sich daraus allenfalls unbedeutende Änderungen ergeben.

Die konzernrechtlichen Bestimmungen der §§ 17, 18 des Aktiengesetzes bleiben unberührt. Die vorstehende Änderung beschränkt sich auf die Anpassung der bilanzrechtlichen Erfordernisse an internationale Maßstäbe.

Die Regelungen der Nummern 1 bis 3 des neuen Absatzes 1 entsprechen den Bestimmungen des bisherigen § 290 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 HGB. Mit der neuen Nummer 4 wird ein Auffangtatbestand für andere Fälle der Unternehmensbeherrschung geschaffen. Hierunter können z.B. die Mehrheit des Kapitals, die Eingliederung oder die einheitliche Leitung fallen. Anderenfalls – ohne ergänzende Regelung durch die neue Nummer 4 – wäre es einfach z.B. durch den Verzicht auf die Stimmenmehrheit, das Konsolidierungserfordernis zu umgehen.

Mit der neuen Nummer 4 soll zugleich den Regelungen des IASB zur Konsolidierungspflicht Rechnung getragen werden. Nach IAS 27.2, 27.6 und 27.12 ist „control“ die Möglichkeit, die Finanz- und Geschäftspolitik eines Unternehmens so zu lenken, dass man aus dessen Aktivitäten Vorteile ziehen kann. So kann nach IAS 27.12 auch bei weniger als der Hälfte der Stimmrechte „control“ vorliegen, wenn die Kontrolle auf einer Vereinbarung beruht, z.B. einem Beherrschungsvertrag oder der Stimmenmehrheit im Geschäftsführungsorgan, z.B. im Rahmen der faktischen oder vertraglich vereinbarten einheitlichen Leitung, aufgrund derer die Geschäftsführung des Tochterunternehmens den Weisungen des Mutterunternehmens zu folgen hat. Bei entsprechender Auslegung entspricht die neue Nummer 4 damit wesentlichen Kriterien der einheitlichen Leitung, wie sie in Artikel 1 der EU-Konzernbilanzrichtlinie beschrieben sind.

Von einer Änderung des § 11 des Publizitätsgesetzes (PublG) wird vorerst abgesehen. Im Rahmen dieser Vorschrift wird bisher ausschließlich auf das Merkmal der einheitlichen Leitung und nicht auf das Merkmal der Beteiligung abgestellt. Wesentliche praktische Auswirkungen im Vergleich zur Regelung des § 290 Abs. 1 HGB werden sich voraussichtlich nicht ergeben. Zudem unterliegen nur vergleichsweise wenige Konzerne dem PublG. Sollte dennoch eine Anpassung vorgenommen werden, müsste dies zu einem späteren Zeitpunkt nachgeholt werden.

Zu Buchstaben b und c

Es handelt sich um Folgeänderungen zu den Änderungen nach Buchstabe a.

### **Zu Nummer 3 (Änderung des § 291 Abs. 3 HGB)**

Der Vorschlag zur Änderung des § 291 Abs. 3 HGB beruht auf einem Gesetzesvorschlag des DRSC e.V.

In § 291 Abs. 3 HGB wird lediglich die Nummer 1 neu eingefügt. Nummer 2 entspricht dem bisherigen Wortlaut der Bestimmung. Die Ergänzung in der Nummer 1, die die Befreiung von der Konzernaufstellungspflicht nach Absatz 2 künftig auch einem Mutterunternehmen vorenthält, das selbst oder durch ein Tochterunternehmen Aktien mit amtlicher Notierung ausgegeben hat, ist im Interesse transparenter Kapitalmärkte erforderlich. Die Beschränkung auf den amtlichen Handel entspricht dem derzeitigen Wortlaut des Artikel 7 Abs. 3 der EU-Richtlinie 83/349/EWG. Die EU-Kommission erwägt zwar derzeit, demnächst die Änderung des Wortlauts über den Ausschluss von der Befreiung von der Konzernabschlussaufstellungspflicht auf den organisierten Markt vorzuschlagen. Gleichwohl soll durch die jetzt vorgeschlagene Fassung den Unternehmen eine schrittweise Heranführung an international geltende Erfordernisse ermöglicht werden, um ihnen größere Belastungen zu ersparen.

### **Zu Nummer 4 (Änderung des § 296 Abs. 1 HGB)**

Der Vorschlag zur Änderung des § 296 HGB beruht auf einem Gesetzesvorschlag des DRSC e.V.

Das bisher in § 296 Abs. 1 gewährte Wahlrecht, Tochterunternehmen bei bestimmten Fallgestaltungen in den Konzernabschluss einzubeziehen, steht nicht im Einklang mit internationalen Grundsätzen. Bei den bisher in Absatz 1 Nr. 1 und 3 genannten Fällen besteht in internationalen Rechnungslegungsgrundsätzen ein Einbeziehungsverbot, da in diesen Fällen keine Beherrschung vorliegt, d.h. das Mutterunternehmen seine Rechte tatsächlich und auf Dauer nicht ausüben kann oder will. Das

Einbeziehungswahlrecht wegen unverhältnismäßiger Kosten oder Verzögerungen in Absatz 1 Nr. 2 der geltenden Fassung ist international unbekannt, solche Gründe schränken die grundsätzlich bestehende Konsolidierungspflicht vielmehr nicht ein. Die vorgeschlagene Änderung wäre zwar von der Systematik her eher in § 295 HGB anzusiedeln. Die Änderung wird gleichwohl in § 296 vorgeschlagen, weil die Kommission in einem Modernisierungsprojekt zur Änderung der Konzernbilanzrichtlinie erwägt, eine Streichung der § 295 Nr. 1 HGB zugrunde liegenden und eine Änderung der § 295 Nr. 2 HGB zugrunde liegenden Richtlinienfassung vorzuschlagen, so dass alsbald ohnehin mit einer weiteren Änderung der §§ 295, 296 HGB zu rechnen sein wird. Gleichwohl stellt der jetzige Vorschlag einen ersten Schritt zur Angleichung an internationale Erfordernisse dar.

### **Zu Nummer 5 (Änderung des § 297 Abs. 1 HGB)**

Der Vorschlag zur Änderung des § 297 HGB beruht, von geringfügigen Modifikationen abgesehen, auf einem Gesetzesvorschlag des DRSC e.V.

Die Neufassung des Absatzes 1 Satz 2 enthält drei wesentliche neue Elemente.

- Bislang sind lediglich börsennotierte Konzerne verpflichtet, den Konzernanhang um eine Kapitalflussrechnung sowie eine Segmentberichterstattung zu erweitern. Beide Elemente sollen künftig in Anpassung an IAS-Regelungen nicht mehr Teil des Anhangs, sondern eigenständige Bestandteile des Jahresabschlusses werden; ihr Stellenwert wird damit aufgewertet.
- Darüber hinaus soll der Kreis der zur Erstellung dieser beiden aufgewerteten Elemente des Jahresabschlusses verpflichteten Konzerne erweitert werden. Nach geltendem Recht sind bislang lediglich börsennotierte Konzerne verpflichtet, künftig sollen dagegen auch bereits solche Konzerne verpflichtet werden, die einen organisierten Markt im Sinne des § 2 Abs. 5 des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) durch von ihm oder einem Tochterunternehmen ausgegebene Wertpapiere im Sinne des § 2 Abs. 1 WpHG in Anspruch nehmen. Hiermit soll der Kreis der verpflichteten Konzerne an die bereits mit dem Kapitalgesell-

schaften- und Co-Richtlinie-Gesetz erweiterte Fassung des § 292a Abs. 1 HGB angepasst werden. Einen entsprechenden Vorschlag hat auch die Regierungskommission „Corporate Governance“ gemacht.

- Schließlich soll zu den beiden bereits vorhandenen Elementen der Eigenkapitalspiegel hinzukommen, der nach international anerkannten Rechnungslegungsgrundsätzen Bestandteil des Konzernabschlusses ist. Eine solche Erweiterung steht im Einklang mit der Konzernbilanzrichtlinie der EU, die es nicht verbietet, über die in Artikel 16 Abs. 1 genannten Bestandteile hinaus weitere Angaben zu gestatten oder vorzuschreiben. Veränderungen des Eigenkapitals im Konzernabschluss sind für Außenstehende nur dann nachvollziehbar, wenn die Behandlung von Umrechnungsdifferenzen aus der Währungsumrechnung, Differenzen aus der Kapitalkonsolidierung und erfolgsneutrale Veränderungen aus der Bewertung zum beizulegenden Zeitwert umfassend dokumentiert werden. Auch hier ist wie bisher schon bei den neuen Begriffen der Kapitalflussrechnung sowie der Segmentberichterstattung bewusst darauf verzichtet worden, die einzelnen Voraussetzungen gesetzlich näher zu beschreiben. Hierzu gibt es bereits einen Standard des DRSC e.V., nämlich DRS 7.

### **Zu Nummer 6 (Änderung des § 298 HGB)**

Der Vorschlag zur Änderung des § 298 HGB beruht auf einem Gesetzesvorschlag des DRSC e.V.

Die Änderung, die eine entsprechende Anwendung des § 247 Abs. 3 sowie des § 273 HGB auf den Konzernabschluss und damit im Ergebnis den Ansatz steuerrechtlich bedingter Sonderposten in der Konzernbilanz ausschließt, hängt mit der Aufhebung des § 308 Abs. 3 HGB zusammen, durch die die umgekehrte Maßgeblichkeit für den Konzernabschluss hinsichtlich der Wertansätze beseitigt wird.

### **Zu Nummer 7 (Änderung des § 299 Abs. 1 und 2 HGB)**

Der Vorschlag zur Änderung des § 299 HGB beruht auf einem Gesetzesvorschlag des DRSC e.V.

Die vereinfachende Neufassung der Absätze 1 und 2 stellt künftig klar, dass es für den Abschlussstichtag des Konzernabschlusses nur noch auf den Stichtag des Mutterunternehmens ankommt. Dieser mit der Konzernbilanzrichtlinie und den hier vorgesehenen Mitgliedstaatenwahlrechten zu vereinbarende Verzicht auf abweichend festzulegende Stichtage folgt der tatsächlichen Bilanzierungspraxis, die offensichtlich keinen Bedarf für vom Abschlussstichtag des Mutterunternehmens abweichende Stichtage des Konzernabschlusses mehr sieht. Dementsprechend entfällt auch die Notwendigkeit der Begründung und Erläuterung von Abweichungen im Konzernanhang. Die Neufassung des Absatzes 2 sieht künftig – im Einklang mit Artikel 27 der Konzernbilanzrichtlinie der EU - nur noch vor, dass ein eigenständiger Zwischenabschluss auf den Stichtag des Mutterunternehmens dann aufzustellen ist, wenn der Abschlussstichtag des einbezogenen Unternehmens mehr als drei Monate vor dem Stichtag des Konzernabschlusses liegt. Für ein weiteres Festhalten an der Sollbestimmung des geltenden Absatz 2 Satz 1 wird dagegen kein Bedürfnis mehr gesehen.

### **Zu Nummer 8 (Änderung des § 301 Abs. 1 HGB)**

Der Vorschlag zur Änderung des § 301 HGB beruht auf einem Gesetzesvorschlag des DRSC e.V.

§ 301 Abs. 1 Satz 4 HGB in der geltenden Fassung sieht vor, dass bei Anwendung der Neubewertungsmethode der Kaufpreis für die erworbenen Anteile nicht durch die Auflösung stiller Reserven überschritten werden darf. Diese sogenannte Anschaffungskostenrestriktion ist nicht durch die Konzernbilanzrichtlinie der EU vorgegeben. Sie soll ersatzlos aufgehoben werden, um auch den Fall zu berücksichtigen, dass die Anschaffungskosten für ein erworbenes Unternehmen niedriger sind als der Saldo der im Rahmen der Erstkonsolidierung anzusetzenden neubewerteten Vermögenswerte (ohne Goodwill) und Schulden.

### **Zu Nummer 9 (Änderung des § 304 HGB)**

Der Vorschlag zur Änderung des § 304 HGB auf einem Gesetzesvorschlag des DRSC e.V.

§ 304 Abs. 2 HGB lässt einen Verzicht auf die Eliminierung von Zwischenergebnissen zu, wenn Lieferungen und Leistungen zu üblichen Marktbedingungen vorgenommen wurden und ein unverhältnismäßig hoher Ermittlungsaufwand entstehen würde. Mit dieser Vorschrift wurde das Mitgliedstaatenwahlrecht in Artikel 26 Abs. 2 der Konzernbilanzrichtlinie der EU umgesetzt. Der Verzicht auf die Zwischenergebniseliminierung verstößt grundsätzlich gegen die Zielsetzung des Konzernabschlusses und beeinträchtigt den Einblick in die Finanz-, Vermögens- und Ertragslage des Konzerns ggfls. erheblich. § 304 Abs. 2 HGB soll dementsprechend ersatzlos aufgehoben werden. Die Streichung des Wortes „außerdem“ in Absatz 3 ist eine Folgeänderung zur Aufhebung des Absatzes 2.

### **Zu Nummer 10 (Änderung des § 308 Abs. 3 HGB)**

Im Konzernabschluss soll es künftig nicht mehr zulässig sein, dass die im Jahresabschluss eines in den Konzernabschluss einbezogenen Unternehmens mit einem nur nach Steuerrecht zulässigen Bilanzwert übernommen werden dürfen. Die umgekehrte Maßgeblichkeit soll vielmehr für den Konzernabschluss aufgehoben werden. In Ergänzung hierzu wird in § 298 HGB die Bezugnahme auf die betreffenden für den Einzelabschluss nach wie vor geltenden Bestimmungen des § 247 Abs. 3 sowie des § 273 HGB gestrichen.

Der Einfluss steuerlicher Bewertungsregeln auf das Handelsbilanzrecht wird von Kritikern häufig als Ursache für dessen eingeschränkte Aussagekraft angesehen. International ist ein solcher steuerlicher Einfluss nicht üblich. Die Aufhebung dieses Grundsatzes jedenfalls für den Konzernabschluss ist ein deutliches Signal und stellt klar, dass sich die deutschen Konzernabschlussregeln künftig sehr viel stärker an internationalen Regeln orientieren.

**Zu Nummer 11 (Änderung des § 313 Abs. 3 HGB)**

Der Vorschlag zur Änderung des § 313 HGB beruht auf einem Gesetzesvorschlag des DRSC e.V.

§ 313 Abs. 3 HGB gibt das Mitgliedstaatenwahlrecht der Konzernbilanzrichtlinie der EU weiter, von Angaben zum Konsolidierungskreis und Konzernanteilsbesitz abzu-  
sehen, wenn durch diese Angaben erhebliche Nachteile entstehen können. In inter-  
national anerkannten Grundsätzen der Rechnungslegung sind derartige Schutzklauseln unbekannt. Die Informationsfunktion des Konzernabschlusses ist über die Interessen des Mutterunternehmens, der Tochterunternehmen und der Beteiligungsunternehmen zu stellen. Die Schutzklausel soll deshalb aufgehoben werden.

**Zu Nummer 12 (Änderung des § 314 HGB)**

Zu Buchstabe a (§ 314 Abs. 1 Nr. 6 HGB)

Auch mit diesem Vorschlag übernimmt der Entwurf eine Empfehlung der Regierungskommission (Abschlussbericht, Rdn. 259). Entsprechend der in Artikel 2 Nr. 1 Buchstabe a des Entwurfs vorgesehenen Änderung des § 285 Nr. 9 Buchstabe a HGB wird auch für die Pflichtangaben im Anhang zum Konzernabschluss eine Klarstellung vorgeschlagen, dass die für die Mitglieder der Leitungsgremien des Mutterunternehmens offenzulegenden Gesamtbezüge auch aktienbasierte Vergütungsbestandteile sowie daraus erzielte Gewinne umfasst.

**Zu Buchstabe b (§ 314 Abs. 2 HGB)**

Der Vorschlag zur Änderung des § 314 Abs. 2 HGB beruht auf einem Gesetzesvorschlag des DRSC e.V.

§ 314 Abs. 2 HGB sieht vor, dass die Aufgliederung von Umsatzerlösen nach Tätigkeitsbereichen sowie nach geographisch bestimmten Märkten unterbleiben kann, wenn sich aus der Angabe ein erheblicher Nachteil für ein in den Konzernabschluss

einbezogenes Unternehmen ergeben dürfte. Dieser Schutzklausel liegt das Mitgliedstaatenwahlrecht in Artikel 35 der Konzernbilanzrichtlinie der EU zugrunde. In international anerkannten Rechnungslegungsgrundsätzen sind Schutzklauseln für Segmentinformationen unbekannt. Das im Bilanzrichtlinien-Gesetz übernommene Mitgliedstaatenwahlrecht der Schutzklausel wird aufgehoben.

Die Aufgliederung der Umsatzerlöse, die als Ersatzinformation für eine fehlende Segmentberichterstattung gedacht war, ist bei Unternehmen, die nach § 297 Abs. 1 HGB verpflichtet sind, eine Segmentberichterstattung aufzustellen, oder dies freiwillig tun, hinfällig. Diese Unternehmen werden daher von der Verpflichtung zur Aufgliederung der Umsatzerlöse (§ 314 Abs. 1 Nr. 3 HGB) befreit.

#### **Zu Nummer 13 (Änderung des § 316 Abs. 2 HGB)**

Der Vorschlag hat eine Folgeänderung zu Artikel 1 Nr. 16 ff. zum Gegenstand, mit dem eine Empfehlung der Regierungskommission übernommen wird. Die Anfügung in § 316 Abs. 2 HGB überträgt die für den Einzelabschluss geltende Regelung des Absatzes 1 Satz 2 auf den Konzernabschluss, der künftig einer förmlichen Genehmigung als Korrelat zur Feststellung des Einzelabschlusses bedarf.

#### **Zu Nummer 14 (Änderung des § 317 Abs. 4 HGB)**

Mit der Änderung des § 317 Abs. 4 HGB wird die Empfehlung der Regierungskommission (Abschlussbericht, Rdn. 273) umgesetzt, das Prüfungs- und Berichtserfordernis hinsichtlich eines vom Vorstand nach § 91 Abs. 2 AktG einzurichtenden Risikoüberwachungssystems (§ 317 Abs. 4, § 321 Abs. 4 HGB) auf alle (auch nicht amtlich) börsennotierten Aktiengesellschaften auszudehnen.

#### **Zu Nummer 15 (Änderung des § 321 HGB)**

Mit der Änderung des § 321 HGB soll die mit dem Gesetz über Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich vom 27. April 1998 (BGBl. I S. 786 – KonTraG) eingeschlagene Richtung, die im Prüfungsbericht gegebene Darstellung und Bewertung des Prüfungsergebnisses problemorientierter zu gestalten, konsequent fortgesetzt werden. In der Regierungskommission „Corporate Governance“ ist eine entsprechende Änderung des § 321 HGB zwar diskutiert worden, ohne dass es jedoch zu einer konkreten Empfehlung gekommen ist. Fraglich war nach Auffassung der Regierungskommission insbesondere, ob die Verpflichtung des Abschlussprüfers, die Posten des Jahresabschlusses aufzugliedern und zu erläutern, schwerpunktorientierter erfolgen könne. Diesem Anliegen soll nunmehr insbesondere mit der neuen Formulierung des Absatzes 2 Satz 4 Rechnung getragen werden.

Zunächst soll allerdings durch die Neufassung des Absatzes 1 Satz 3 die mit dem KonTraG eingefügte „Negativerklärung“ zu Gunsten einer „Positiverklärung“ ersetzt werden. Demzufolge hat der Prüfer künftig nicht mehr zu berichten, „ob“ er bei Durchführung seiner Prüfung Unrichtigkeiten oder Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften oder aber bestandsgefährdende oder die Entwicklung des Unternehmens wesentlich beeinträchtigende Tatsachen festgestellt hat. Vielmehr hat der Prüfer künftig nur positiv über entsprechende Feststellungen zu berichten. Eine Einschränkung des Prüfungsinhaltes ist damit nicht verbunden. In Erweiterung der bisherigen Regelung hat der Prüfer künftig aber nicht nur über Tatsachen zu berichten, die schwerwiegende Verstöße der gesetzlichen Vertreter oder Arbeitnehmer gegen Gesetz, Gesellschaftsvertrag oder Satzung „darstellen“, sondern bereits über solche Tatsachen, die entsprechende Verstöße „erkennen lassen“. Eine rechtliche Subsumtion ist künftig nicht mehr in dem bisherigen Maß erforderlich. Die Änderung entspricht insoweit einem Vorschlag der Regierungskommission „Corporate Governance“ (Abschlussbericht, Rdn. 90).

In Absatz 2 Satz 1 wird die bisher geforderte „Darstellung“, ob Buchführung und die weiteren geprüften Unterlagen, insbesondere der Jahresabschluss, den gesetzlichen Vorschriften entsprechen, künftig durch eine entsprechende „Feststellung“ ersetzt. Damit wird auf die Darstellung von unwesentlichen und unproblematischen Teilen des Jahresabschlusses verzichtet werden können. Demgegenüber wird jedoch in Satz 2 künftig ausdrücklich auch ein Bericht über diejenigen Beanstandungen gefor-

dert, die im Ergebnis nicht zu einer Einschränkung oder Versagung des Bestätigungsvermerks geführt haben, soweit dies für die Überwachung des geprüften Unternehmens von Bedeutung ist. Auch damit soll mehr Raum zu einer problemorientierten Darstellung gegeben werden. Eine wesentliche Steigerung der Aussagekraft und Problemorientierung des Prüfungsberichtes soll mit dem neuen Satz 4 erreicht werden. Statt der bisher geforderten Aufgliederung und Erläuterung der Posten des Jahresabschlusses soll künftig auf die wesentlichen Bewertungsgrundlagen und die Ausnutzung der vorhandenen Bilanzierungs- und Bewertungsspielräume unterschiedlicher Art eingegangen werden. Damit wird der Abschlussprüfer insbesondere bei schlechter wirtschaftlicher Entwicklung vorgenommene Abschreibungen oder auch das Unterlassen von Abschreibungen zu erläutern haben, soweit dies nicht unwesentlich ist. Dabei kann auch die Angemessenheit der vom Vorstand zugrundegelegten Ertragsaussichten zu berücksichtigen sein, die ihrerseits wiederum für den Verkehrswert von Vermögensgegenständen von Bedeutung sind. Ebenso wird künftig im Prüfungsbericht dazustellen sein, wenn Rückstellungen in größerem Umfang aufgelöst worden sind und dies auf einer geänderten Beurteilung der Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme beruht. Auch sachverhaltsgestaltende Maßnahmen wie z. B. sale-and-lease-back-Geschäfte sind künftig ggf. darzustellen und zu erläutern.

Einer weiteren Forderung der Regierungskommission, die Berichterstattung über die Prüfung des Jahres- und Konzernabschlusses künftig von der Berichterstattung gegenüber Aufsichtsämtern oder Behörden zu trennen, wird ggf. nicht im Rahmen des § 321 HGB, sondern in den jeweiligen aufsichtsrechtlichen Bestimmungen zu entsprechen sein. Dies bedarf aber noch der vertieften Prüfung.

Nicht gefolgt werden soll im Übrigen dem Vorschlag der Regierungskommission, die Berichterstattung über nicht rechnungslegungsbezogene Gesetzes- und Satzungsverstöße künftig in eine vom Prüfungsbericht gesonderte Erklärung aufzunehmen. Die Regierungskommission hat dies damit begründet, dass Prüfungsberichte unter Umständen auch Aufsichtsbehörden, Finanzämtern oder Kreditinstituten vorgelegt werden und - wenn stattdessen künftig eine gesonderte Erklärung erforderlich sei - es dem Abschlussprüfer künftig erleichtert werde, positive Feststellungen zu machen. Jedoch dürfte nicht davon auszugehen sein, dass eine entsprechende gesonderte

Erklärung mit einem höheren Vertraulichkeitsgrad behandelt werden kann. Vielmehr wird davon auszugehen sein, dass diejenigen Institutionen, die bisher die Vorlage des Prüfungsberichtes verlangt haben, dann auch die Vorlage der entsprechenden gesonderten Erklärung des Abschlussprüfers verlangen werden. Zumindest bei privaten Institutionen wie zum Beispiel Banken wird sich die Ausübung einer entsprechenden Nachfragemacht auch nicht ausschließen lassen.

### **Zu Nummer 16 Buchstabe a (Änderung des § 325 Abs. 1 HGB)**

Die Änderung in § 325 Abs. 1 HGB ergänzt die in Artikel 1 Nr. 15 vorgesehene Regelung (§ 161 des Aktiengesetzes). Die durch die letztgenannte Vorschrift geforderte „comply-or-explain“-Erklärung muss, um ihren Schutzzweck erfüllen zu können, in den Kreis der offenzulegenden Unterlagen aufgenommen werden.

### **Zu Nummer 16 Buchstabe b (Änderung des § 325 Abs. 3 HGB)**

Der Vorschlag hat eine Folgeänderung zu Artikel 1 Nr. 16 ff. zum Gegenstand, mit dem eine Empfehlung der Regierungskommission übernommen wird. Da der Entwurf die Berichtspflicht des Aufsichtsrats in Bezug auf den Konzernabschluss ausbaut und darüber hinaus für den Regelfall eine förmliche Genehmigung des Konzernabschlusses durch den Aufsichtsrat vorsieht, erscheint es folgerichtig, auch die Offenlegung des Konzernabschlusses um den Bericht des Aufsichtsrats zu erweitern. Dies wird mit der Einfügung in § 325 Abs. 3 HGB vorgeschlagen.

### **Zu Nummer 17 (Änderung der §§ 331, 333, 335 HGB)**

Es handelt sich um Folgeänderungen zur Neufassung des § 290 HGB.

### **Zu Nummer 18 (Änderung des § 341j Abs. 2 HGB)**

Die Aufhebung des § 304 Abs. 2 HGB hat eine Neuformulierung des § 341j Abs. 2 HGB notwendig gemacht, durch die ein Weiterbestehen der bisherigen Regelung für Versicherungsunternehmen sichergestellt ist.

## **Zu Artikel 3**

### **Zu Artikel 3 Abs. 1 (Ergänzung des EGHGB um einen Achtzehnten<sup>1</sup> Abschnitt)**

Der neu angefügte Artikel 54 EGHGB regelt die erstmalige Anwendung der nach dem Vorschlag des Entwurfs zu ändernden Vorschriften des HGB. Die neuen Bestimmungen sollen danach grundsätzlich vom Geschäftsjahr 2002 an gelten. Zugleich wird geregelt, dass die neuen Vorschriften auch bereits für frühere Geschäftsjahre angewendet werden dürfen, in diesem Fall jedoch nur insgesamt.

Artikel 54 Abs. 2 soll entsprechend Artikel 27 Abs. 4 EGHGB sicherstellen, dass eine ergebnisneutrale Behandlung des Unterschiedsbetrags aus der erstmaligen Konsolidierung nach neuem Recht möglich ist.

### **Zu Artikel 3 Abs. 2 (Änderung von § 10 Abs. 1 des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften (Stimmrechtsausübung in der KAG))**

In § 10 Abs. 1 Satz 2 bis 4 KAGG ist die Ausübung der Stimmrechte der Kapitalanlagegesellschaften aus in ihren Investmentfonds gehaltenen Aktien geregelt. Danach hat die Kapitalanlagegesellschaft das Sondervermögen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns für Rechnung der Anteilsinhaber zu verwalten (Satz 1). Sie handelt bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben unabhängig von der Depotbank und ausschließlich im Interesse der Anteilsinhaber, insbesondere auch bei der Ausübung der mit dem Sondervermögen verbundenen Stimm- und Gläubigerrechte (Satz 2). Sie soll das Stimmrecht aus Aktien von Gesellschaften mit Sitz im Inland im Regelfall

---

<sup>1</sup> In anderen Entwürfen ist bereits vorgesehen, nach dem Vierzehnten (nach geltender Gesetzesfassung letzten) Abschnitt des EGHGB weitere Abschnitte anzufügen: Der Entwurf eines Euro-Bilanzgesetzes (EuroBilG, BT-Drucks. 14/6456) beinhaltet die Anfügung eines Fünfzehnten Abschnitts (Art. 51 EGHGB), der Entwurf eines Gesetzes über elektronische Register und Justizkosten für Telekommunikation (ERJuKoG, BT-Drucks. 14/6855) hat die Anfügung eines Sechzehnten Abschnitts (Art. 52 EGHGB) zum Gegenstand, und der Entwurf eines Altfahrzeug-Gesetzes (AltfahrzG, Referen-

selbst ausüben (Satz 3) und darf einen anderen zur Ausübung des Stimmrechts nur für den Einzelfall bevollmächtigen; dabei soll sie Weisungen für den Einzelfall erteilen (Satz 4). Die Änderung des § 10 Abs. 1 Satz 4 KAGG ermöglicht es den Kapitalanlagegesellschaften nunmehr, einen unabhängigen Stimmrechtsvertreter nicht nur für den Einzelfall, sondern auch dauerhaft zur Ausübung des Stimmrechts zu bevollmächtigen. Ziel dieser Deregulierung ist es, die Ausübung der mit dem Sondervermögen verbundenen Stimmrechte zu fördern und die Entwicklung eines Marktes für professionelle unabhängige Stimmrechtsvertreter zu unterstützen. Die daraus folgende Zunahme einer informierten Stimmrechtsausübung durch spezialisierte Finanzdienstleister dient außerdem der Gewährleistung guter Corporate Governance. Die Möglichkeit, auch dauerhaft einen Stimmrechtsvertreter zur Ausübung des Stimmrechts zu bevollmächtigen, entbindet die Kapitalanlagegesellschaft freilich nicht von der mit der Pflicht zu sorgfältiger Verwaltung verbundenen Verpflichtung, das Abstimmungsverhalten des Vertreters zum Beispiel durch allgemeine Richtlinien oder Abstimmungsvorgaben oder in besonderen Fällen auch durch konkrete Einzelweisungen zu lenken oder jedenfalls generell zu beobachten und zu kontrollieren. Mit der Neufassung des Satzes 4 und der Einfügung des neuen Satz 5 wird die Terminologie zugleich an die des Aktienrechts ( § 134 AktG) angepasst.

### **Zu Artikel 3 Abs. 3 (Änderung des GmbH-Gesetzes)**

Parallel zu der aufgrund der Empfehlung der Regierungskommission in Artikel 1 Nr. 16 ff. vorgesehenen Änderung des Aktiengesetzes wird auch im GmbH-Recht das Institut einer förmlichen Genehmigung des Konzernabschlusses eingeführt. Wegen der grundsätzlichen Zielsetzung darf auf die Begründung zu Artikel 1 Nr. 16 ff. verwiesen werden.

Mit der Ausgestaltung des neuen § 42a Abs. 4 GmbHG-E wird auf die dominante Rolle der Gesellschafterversammlung in der Verfassung der GmbH Rücksicht genommen. Der neue § 87 GmbHG-E regelt die erstmalige Anwendung der Vorschrift über die Genehmigung des Konzernabschlusses.

### **Zu Artikel 3 Abs. 4 (Änderung des Körperschaftsteuergesetzes)**

Nach § 10 Nr. 4 des Körperschaftsteuergesetzes ist bei der Ermittlung des Einkommens der Aktiengesellschaft nicht abziehbar die Hälfte der Vergütungen i.S. des § 113 AktG, die an Mitglieder des Aufsichtsrats gewährt werden. Die Vorschrift ist ursprünglich dazu gedacht gewesen, unangemessen hohe Aufsichtsratsvergütungen von Familien-Aufsichtsräten auszuschließen. Sie behindert heutzutage aber gerade bei jungen Unternehmen die Gewinnung guter Aufsichtsratsmitglieder. Ihr Zweck, zu hohe Aufsichtsratsvergütungen zu vermeiden, wird nicht erreicht, da die Besteuerung, anders als in den USA, wo Aktienoptionen ab einer bestimmten Höhe (1 Mio. US-Dollar pro Kopf und Jahr) nicht mehr abzugsfähig sind („cap“), von unten, bereits ab dem ersten Euro greift. Da die Aufsichtsratsvergütung von den Aktionären gemäß § 113 AktG zu beschließen und außerdem gemäß § 285 Nr. 9 HGB offenzulegen ist, bedarf es eines weiteren Schutzes der Aktionäre und der Gesellschaft nicht.

### **Zu Artikel 3 Abs. 5 (Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes)**

Es handelt sich um eine Folgeänderung zu der Neufassung des § 290 HGB in Artikel 2 Nr. 2, durch die das Kriterium der einheitlichen Leitung im Sinne des § 290 Abs. 1 HGB in der alten Fassung aufgehoben worden ist.

### **Zu Artikel 3 Abs. 6 (Änderung des DMBilG)**

Es handelt sich bei der Nummer 1 um eine Folgeänderung zur Neufassung des § 296 Abs. 1 HGB und bei Nummer 2 um eine Folgeänderung zur Aufhebung der Schutzklausel des § 313 Abs. 3 HGB.

### **Zu Artikel 4 (Inkrafttreten)**

Es ist vorgesehen, dass das Gesetz am Tage nach der Verkündung in Kraft tritt.