

Briefing

Aktienrechtliche Auswirkungen des Gesetzes zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz - BilMoG)

Mai 2009

Seite

- 1 Vorbemerkung / Inkrafttreten
- 2 Entsprechenserklärung zum Corporate Governance Codex
- 2 Die Erklärung zur Unternehmensführung
- 3 Berichtspflichten
- 4 Zusammensetzung des Aufsichtsrats

*Sehr geehrte Damen und Herren,
zu Ihrer Information übersenden wir Ihnen nachfolgend unsere Stellungnahme zu den aktienrechtlichen Auswirkungen des Gesetzes zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz - BilMoG):*

1. Vorbemerkung / Inkrafttreten



Dr. Oliver Maaß, Counsel

Das BilMoG wurde am 28.05.2009 verkündet und tritt damit am 29.05.2009 in Kraft. Für börsennotierte Gesellschaften im Sinne von § 3 Abs. 2 AktG (= regulierter Markt, nicht Freiverkehr) und kapitalmarktorientierte Unternehmen gem. § 264d HGB n.F. (sonstige Wertpapiere der Gesellschaft sind im regulierten Markt notiert) mit Sitz in Deutschland sind damit Änderungen auf verschiedenen Ebenen verbunden. Die nachfolgende tabellarische Übersicht untergliedert die Handlungsempfehlungen auch nach Ihrer zeitlichen Relevanz:



Dr. Thomas Scharpf, Associate

Handlungsempfehlung	Zeitfenster	Siehe nachfolgend unter Ziffer:
Update der Erklärung zum Corporate Governance Kodex in Bezug auf die Begründung von Abweichungen	Unverzüglich	Ziffer 2.
Pflicht zur Integration einer sog. Erklärung zur Unternehmensführung in den Lagebericht	Relevant für Lagebericht des Geschäftsjahres 2009	Ziffer 3.
erweiterte Berichtspflichten zum Risikomanagement und internen Kontrollsystem	Unverzüglich, relevant auch für Hauptversammlung 2009!	Ziffer 4.
Zusammensetzung des Aufsichtsrates	Relevant für die nächste Aufsichtsratswahl	Ziffer 5.

2. Entsprechenserklärung zum Corporate Governance Kodex

§ 161 AktG verpflichtet börsennotierte Aktiengesellschaften zur Abgabe einer jährlichen Erklärung zum Corporate Governance Kodex (DCGK). Anders als bisher sieht § 161 AktG künftig eine gesetzliche Verpflichtung vor, eine Abweichung von jeder Empfehlung des DCGK nicht lediglich zu benennen, sondern auch zu begründen.

Die Änderung des § 161 AktG tritt ohne Übergangsfrist in Kraft. In der Literatur wird diskutiert, ob bereits abgegebene Corporate Governance Erklärungen unterjährig an die neuen gesetzlichen Vorgaben anzupassen sind, d.h. ob eine Anpassungspflicht mit Inkrafttreten des BilMoG besteht, wenn eine Gesellschaft keine Begründung für eine Abweichung vom Kodex gegeben hat. Unserer Auffassung nach sprechen gute Argumente gegen eine solche aufgrund der Gesetzesänderung eintretende Anpassungspflicht, da es für die Beurteilung der Maßstabs der Richtigkeit der Erklärung auf die zum Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung maßgebende Gesetzesfassung ankommt. Hierfür spricht auch, dass beispielsweise nach ganz herrschender Meinung unterjährige Änderungen des Corporate Governance Kodex keine Anpassungspflichten auslösen. Hiernach wäre die gesetzliche Neuregelung erst bei der nächsten turnusgemäßen Entsprechenserklärung zu berücksichtigen. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass eine auch unterjährig bestehende Anpassungspflicht der Corporate Governance Erklärung besteht, wenn diese unrichtig geworden ist. Dies hat der Bundesgerichtshof kürzlich in seinem Urteil „Deutsche Bank/Kirch“ vom 16.02.2009 (Az. II ZR 185/07) bestätigt und als Rechtsfolge für den Fall der Verletzung der Anpassungspflicht ausgeführt, dass hinsichtlich der Entlastungsbeschlüsse der Organe ein Anfechtungsgrund besteht. Vorsorglich ist daher die Anpassung der Corporate Governance Erklärung zu empfehlen, soweit etwaige Abweichungen bislang nicht begründet wurden.

3. Die Erklärung zur Unternehmensführung

3.1. Inhalt der Erklärung

Mit Inkrafttreten des BilMoG wird durch den neu eingeführten § 289a HGB eine Pflicht zur Erstellung einer sog. Erklärung zur Unternehmensführung normiert. Diese hat folgende Bestandteile:

- a) Die Entsprechenserklärung zur Umsetzung der Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) gemäß § 161 AktG - vgl. hierzu bereits Ziffer 2).
- b) Relevante Angaben zu Unternehmensführungspraktiken, die freiwillig über die gesetzlichen Anforderungen hinaus angewendet werden, nebst Hinweis, wo diese öffentlich zugänglich sind.

Unter Angaben in diesem Sinne sind z.B. freiwillig von der Gesellschaft angewendete Ethik-, Arbeits- und Sozialstandards, die über zwingende gesetzliche Bestimmungen hinausgehen. Eine Detailbeschreibung aller organisatorischen Regelungen ist nicht verlangt.

- c) Eine Beschreibung der Arbeitsweise von Vorstand und Aufsichtsrat sowie Zusammensetzung und Arbeitsweise von Ausschüssen gem. § 289a Abs. 2 Nr. 3 HGB:

Hinsichtlich der Angaben zur Zusammensetzung sind jeweils Vor- und Nachname der Mitglieder anzugeben.

Die Arbeitsweise von Vorstand und Aufsichtsrat lässt im Wesentlichen wie folgt beschreiben: Aktiengesellschaften mit Sitz in Deutschland unterliegen den Vorschriften des deutschen Aktienrechts und im Falle einer Börsennotierung gemäß § 3 Absatz 2 AktG bestimmten Regelungen des Kapitalmarktes sowie den Bestimmungen der Satzung sowie den jeweils erlassenen Geschäftsordnungen. Die gesetzlichen Organe der Gesellschaft sind der Vor-

stand, der Aufsichtsrat und die Hauptversammlung. Der Aufsichtsrat kann Ausschüsse bilden. Die Kompetenzen dieser Organe sind im Aktiengesetz, der Satzung sowie in der Geschäftsordnung des Vorstands geregelt.

3.2 Veröffentlichung der Erklärung

Die Erklärung zur Unternehmensführung ist entweder im Lagebericht der Gesellschaft zu veröffentlichen oder auf der Internetseite des Unternehmens zu veröffentlichen, wobei im letzteren Fall ein entsprechender Hinweis auf die Internetseite in den Lagebericht aufzunehmen ist. Von Verweisen auf ähnliche Ausführungen an anderer Stelle (z.B. im Geschäfts- oder Lagebericht) etwa zur Vermeidung von Wiederholungen ist abzuraten.

Keine Abschlussprüfung: Zu beachten ist, dass die Erklärung zur Unternehmensführung trotz ihrer Stellung im Lagebericht gem. § 317 Abs. 2 S. 3 HGB n.F. nicht in die Abschlussprüfung einzubeziehen ist.

3.3 Inkrafttreten der Neuregelung

Die Erklärung zur Unternehmensführung muss erstmals für das nach dem 31. Dezember 2008 beginnende Geschäftsjahr abgegeben werden. Für Unternehmen, deren Geschäftsjahr dem Kalenderjahr entspricht, bedeutet dies, dass die Erklärung erstmals für das Geschäftsjahr 2009 in den Lagebericht aufzunehmen bzw. auf der Internetseite zu veröffentlichen ist.

4. Berichtspflichten

a. Erläuternder Bericht des Vorstands und Lagebericht

Der Vorstand hat gem. § 175 Abs. 2 Satz 1 AktG n.F. der Hauptversammlung einen erläuternden Bericht zu den Angaben nach § 289 Abs. 4 Nr. 1 bis 5 und Abs. 5 HGB n.F. zu erstatten. Während sich der Inhalt des bereits bekannten Berichts zu den „übernahmerelevanten Sachverhalten“ nach § 289 Abs. 4 HGB kaum verändert, wird durch den neu eingeführten § 289 Abs. 5 HGB die Berichtspflicht wesentlich erweitert:

Börsennotierte Gesellschaften wird in § 289 Abs. 5 HGB die Pflicht auferlegt, innerhalb des Lageberichts die wesentlichen Merkmale des internen Kontrollsystems sowie des Risikomanagementsystems im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess zu beschreiben. Das interne Kontrollsystem umfasst im Wesentlichen die Grundsätze, Verfahren und Maßnahmen zur Einhaltung der Rechnungslegungsvorschriften sowie das interne Revisionssystem. Es sollte folglich eine Schilderung der Aufbauorganisation bezüglich der Rechnungslegung und die wesentlichen Kontrollvorgänge innerhalb des entsprechenden Prozesses in den Lagebericht aufgenommen werden.

Anders als die Erklärung zur Unternehmensführung kann die Darstellung des internen Kontrollsystems sowie des Risikomanagementsystems nicht ausschließlich auf der Internetseite des Unternehmens erfolgen, sondern muss in den Lagebericht aufgenommen werden. Um eine doppelte Berichterstattung im Lagebericht zu vermeiden, können ausweislich der Gesetzesbegründung die Angaben zum Risikomanagementsystem allerdings mit den Angaben zum Risikomanagement sowie zu den Risiken gem. § 289 Abs. 2 Nr. 2 HGB in einem einheitlichen „Risikobericht“ verbunden werden, ohne dass dies ausdrücklich geregelt ist.

b. Hauptversammlungssaison 2009

Es wird erst seit Kurzem diskutiert, ob die Berichtspflicht des Vorstands zu den Angaben nach § 289 Abs. 5 HGB n.F. bereits für Hauptversammlungen gilt, die nach dem Inkrafttreten des BilMoG einberufen wurden oder stattfinden. Zieht man eine Parallele zu der Auslegung der Vorschriften betreffend den erläuternden Bericht des Vorstands gem. §§ 289 Abs. 4, 315 Abs. 4 HGB ergibt sich, dass der Vorstand der Hauptversammlung über die Punkte des § 289 Abs. 5

HGB n.F. (Organisations- und Kontrollstruktur sowie Risikomanagement) gem. §§ 120 Abs. 3 Satz 2, 175 Abs. 2 Satz 1 AktG n.F. berichten muss. Insoweit ist allen Gesellschaften, deren ordentliche Hauptversammlung im Jahr 2009 noch nicht stattgefunden hat, zu empfehlen, den erläuternden Bericht des Vorstands gem. §§ 289 Abs. 4 bzw. 315 Abs. 5 HGB um die Angaben nach § 289 Abs. 5 HGB nF vorsorglich zu ergänzen und diese Angaben auch den auslagepflichtigen Hauptversammlungsunterlagen beizufügen. Dieser ergänzende Bericht zu den Angaben nach § 289 Abs. 5 HGB n.F. ist auch auf der Unternehmenshomepage in die Rubrik „Hauptversammlungsunterlagen“ einzustellen.

5. Zusammensetzung des Aufsichtsrats

5.1 Qualifikation des Aufsichtsrats

Gemäß § 100 Abs. 5 AktG n.F. muss künftig mindestens ein unabhängiges Mitglied des Aufsichtsrats über Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügen.

Das Kriterium der Unabhängigkeit ist gesetzlich nicht definiert. Erforderlich ist jedoch zumindest, dass das betreffende Aufsichtsratsmitglied in keiner geschäftlichen oder persönlichen Beziehung zu der Gesellschaft oder deren Vorstand steht, die einen Interessenkonflikt begründet. Weitere Auslegungshinweise finden sich unter Ziffer 13.1 und Anhang II Kommissionsempfehlung vom 15.2.2005 (Amtsblatt der Europäischen Union 2005 Nr. L 52, Seite 51 ff.) Danach sollen u.a. folgende Sachverhalte gegen eine Unabhängigkeit des Mitgliedes sprechen:

- Tätigkeit als Vorstandsmitglied in der Gesellschaft oder einem mit der Gesellschaft verbundenen Unternehmen in den letzten fünf Jahren,
- Erhalt von zusätzlichen Vergütungen (z.B. Aktienoptionen oder erfolgsbezogene Vergütungen) in bedeutendem Umfang,
- Eigentümer einer Kontrollbeteiligung oder Vertretung eines solchen Anteilseigners,
- Bedeutendes Geschäftsverhältnis (direkt oder indirekt) mit der Gesellschaft oder einer verbundenen Gesellschaft im letzten Jahr (eingeschlossen sind auch z.B. Dienstleistungen finanzieller, rechtlicher oder beratender Art),
- Partner oder Angestellter des derzeitigen oder früheren Abschlussprüfers während der letzten drei Jahre.

Laut der Gesetzesbegründung soll „im Einzelfall inhaltlichen Aspekten Vorrang vor formalen Kriterien“ eingeräumt werden. Dem Aufsichtsrat ist daher zu raten, in der Geschäftsordnung selbst Kriterien dafür aufzustellen, wie er das Merkmal der Unabhängigkeit definiert. Ferner ist zu empfehlen, dass der Aufsichtsrat den „Sachverständigen“ eindeutig (z.B. durch Aufsichtsratsbeschluss) benennt.

Der besondere Sachverstand soll aus beruflicher Befassung resultieren. Dies bedeutet, dass jedenfalls Angehörige der steuerberatenden und wirtschaftsprüfenden Berufe geeignet sind. Darüber hinaus kann die erforderliche Sachkenntnis aber auch dann vorliegen, wenn es sich um einen Finanzvorstand oder um fachkundige Angestellte aus den Bereichen Rechnungswesen oder Controlling handelt.

5.2 Bestandsschutz für „gewählte“ Aufsichtsräte

Die Neuregelung der Anforderungen an die Besetzung des Aufsichtsrats mit mindestens einem unabhängigen, sachverständigen Mitglied gem. § 100 Abs. 5 AktG findet jedoch keine Anwendung, solange alle Mitglieder des Aufsichtsrats vor Inkrafttreten des BilMoG bestellt wurden.

5.3 Der Prüfungsausschuss

Durch das BilMoG wird mit § 107 Abs. 3 S. 2 AktG erstmals eine zentrale Normierung zu Errichtung und Aufgaben von Prüfungsausschüssen in das deutsche Gesellschaftsrecht eingeführt. Für börsennotierte Aktiengesellschaften wird darin jedoch keine allgemeine Verpflichtung zur Errichtung eines Prüfungsausschusses vorgeschrieben.

Daher entscheidet der Gesamtaufsichtsrat im Rahmen seiner Pflicht zur effizienten Überwachung der Tätigkeit des Vorstands über die Einrichtung eines Prüfungsausschusses. Sofern ein Prüfungsausschuss gebildet wird, sollen diesem nach der Konzeption des BilMoG folgende Aufgaben („Mindestaufgabenkatalog“) übertragen werden:

- a) Überwachung des Rechnungslegungsprozesses
- b) Überwachung der Wirksamkeit Interner Kontrollsysteme
- c) Überwachung des Risikomanagementsystems
- d) Überwachung der Innenrevision
- e) Überwachung der Abschlussprüfung und der Unabhängigkeit des Abschlussprüfers

Kontakt

Für weitergehende Informationen kontaktieren Sie bitte:

Dr. Oliver Maaß
Counsel
Tel +49 89 545 65 242
o.maaß@heisse-kursawe.com

Dr. Thomas Scharpf
Associate
Tel +49 89 545 65 323
t.scharpf@heisse-kursawe.com

www.heisse-kursawe.com

Eine vollständige Liste aller Büros von Eversheds International Limited finden Sie unter www.eversheds.com

Zusätzlich könnten dem Prüfungsausschuss Aufgaben bei der Vorbereitung der Jahres- und Konzernabschlussprüfung durch den Aufsichtsrat, bei der Zwischenberichterstattung und der Überwachung des Compliance-Systems übertragen werden.

Gemäß § 100 Abs. 5 AktG, § 107 Abs. 4 AktG muss auch der Prüfungsausschuss sofern dieser eingerichtet ist - künftig über mindestens ein unabhängiges Mitglied verfügen, das besonderen Sachverstand auf den Gebieten der Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügt. Es genügt jedoch, wenn das die Voraussetzungen des § 100 Abs. 5 AktG erfüllende Aufsichtsratsmitglied gleichzeitig Mitglied des Prüfungsausschusses ist.

Ist ein Prüfungsausschuss eingerichtet, soll der Aufsichtsrat gemäß § 124 Abs. 3 Satz 2 AktG n.F. seinen Beschlussvorschlag zur Bestellung des Abschlussprüfers auf den Vorschlag des Prüfungsausschusses stützen. Beachtet der Aufsichtsrat dies nicht, sind Hauptversammlungsbeschlüsse zur Bestellung des Abschlussprüfers nach dem Inkrafttreten des BilMoG anfechtbar. Aktiengesellschaften, deren ordentliche Hauptversammlung in 2009 noch nicht stattgefunden hat, sollten - sofern ein Prüfungsausschuss eingerichtet ist- aufgrund der fehlenden Übergangsregelung besonders sorgsam vorgehen, sofern Wahlen zum Aufsichtsrat anstehen.

Diese Veröffentlichung hat den Stand 31. Mai 2009. Die darin enthaltenen Informationen sind allgemeiner Natur und ohne vorherige Beratung im Einzelfall nicht als Entscheidungsgrundlage geeignet. Insbesondere ersetzen sie keine rechtliche Beratung im Einzelfall. Für die Vollständigkeit und Richtigkeit der in dieser Veröffentlichung enthaltenen Informationen wird keine Haftung übernommen.

© Heisse Kursawe Eversheds Rechtsanwälte Partnerschaft

Als redaktioneller Ansprechpartner im Sinne des § 55 RStV steht Ihnen zur Verfügung: Daniela Vogt, Heisse Kursawe Eversheds Rechtsanwälte Partnerschaft, Maximiliansplatz 5, 80333 München, Deutschland, d.vogt@heisse-kursawe.com

Heisse Kursawe Eversheds Rechtsanwälte Partnerschaft mit Sitz in München ist im Partnerschaftsregister des Amtsgerichts München unter PR 1 eingetragen. Partner von Heisse Kursawe Eversheds sind nur die im vorgenannten Partnerschaftsregister eingetragenen Anwälte.

Heisse Kursawe Eversheds ist Mitglied von Eversheds International Limited.