

steueranwaltsmagazin

Arbeitsgemeinschaft Steuerrecht im Deutschen Anwaltverein

1/2012

64. Ausgabe | 14. Jahrgang

Redaktion: Jürgen Wagner, LL.M.
WAGNER & JOOS, RECHTSANWÄLTE
Konstanz (verantwortlich)

Kirsten Bäuml,
Aachen

Dr. Jennifer Dikmen,
Bonn

www.steuerrecht.org

1 Editorial

Wagner

Beiträge

- 2 Peter Die Besteuerung der Veräußerung einer grundstückshaltenden spanischen Kapital- bzw. Personengesellschaft nach dem DBA Spanien
- 9 Jahn BFH und BMF: Neue Systematik zur Prüfung des Vorsteuerabzugs aufgrund Neuordnung und Änderung der Rechtsprechung des BFH
- 14 Niedermüller Haftungsfragen bei fondsgebundenen Lebensversicherungen: Für welche Schäden haftet die Versicherung?
- 19 Beul Trojaner im europäischen Bilanzrecht-Ersatz der 4. und 7. Bilanzrichtlinie
- 26 Joecks Vorsatz und Leichtfertigkeit
- 30 Jahn Aktuelle BFH-Urteile zum Veräußerungsgewinn und zur Abfindung bei Freiberufler-Sozietäten

33 LiteraTour

35 Termine

wöhnlich als Gehilfen der Lebensversicherung anzusehen, welcher sich die Versicherung zum Angebot und zur Erfüllung ihres Vertrages bedient. Wie gezeigt, ist die Konsequenz daraus, daß die Versicherung auch für sämtliche Handlungen ihrer Gehilfen genauso wie für ihr eigenes Verhalten einzustehen hat.

Der Versicherungsnehmer wird daher im Schadensfall sämtliche seiner Ansprüche ausschließlich gegenüber der

Versicherung geltend zu machen haben. Die unmittelbare Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber einem Gehilfen ist jedoch weder richtig noch zielführend, da dieser dem Versicherungsnehmer nicht vertraglich, sondern lediglich deliktisch haften würde. Der Nachweis einer deliktischen Schädigung hingegen wird oft nicht leichthin möglich sein.

Trojaner im europäischen Bilanzrecht – Ersatz der 4. und 7. Bilanzrichtlinie

Dr. Carsten René Beul, RA/StB/WP/FAfStR/Revisore Contabile (I)/Reviseur d'Entreprises (L)/Revisionsexperte (CH)/ Lehrbeauftragter an der Universität Koblenz-Landau; Neuwied/Mailand/Luxemburg¹

I. Einleitung

Mit Pressemitteilung vom 25. 10. 2011² veröffentlichte die Kommission einen Vorschlag³ gemäß Art. 289, 294 AEU für eine Richtlinie, die die bisherigen sogenannten 4. und 7. Gesellschaftsrechtliche Richtlinie⁴ ersetzen soll. Wörtlich wird vollmundig versprochen *„Die EU-Kommission schlägt eine neue Richtlinie vor, die die bisherigen Bilanzierungsrichtlinien ersetzt und modernisiert. Der Vorschlag vereinfacht Bilanzierungsvorschriften für kleine Unternehmen und erhöht die Klarheit und Vergleichbarkeit von Unternehmensabschlüssen in der Europäischen Union.“*

Im Folgenden soll der Inhalt des Richtlinienvorschlags mit seinen Ankündigungen abgeglichen werden.

II. Zur Zielsetzung

1. Harmonisierung des Bilanzrechts?

Unzweifelhaft ist eine europaweite Harmonisierung und Vereinheitlichung des Bilanzrechtes dazu geeignet, Unternehmen über die Grenzen des Ansässigkeitsstaates hinaus in andere Mitgliedsstaaten den Weg zu ebnen und Europa näher zusammenzuführen. Zwar haben die Bilanzrichtlinien eine Verbesserung bewirkt. Frühere Unterschiede⁵ haben sich nach Umsetzung der Bilanzrichtlinien deutlich gebessert, so daß die Bewertungen sich angleichen. Allerdings gibt es immer noch Unterschiede, die weitere Angleichungen erforderlich machen.

Allerdings hält die Vorlage der Kommission nicht das, was die Einleitung verspricht. Sicherlich ergeben sich einige gute Ansätze, wie beispielsweise die Begriffsdefinitionen zu verbessern.

Zwar sieht der Vorschlag in vielen Punkten eine Vereinheitlichung vor. Allerdings führen die zusätzlich vorgeschlagenen Ausnahmeregelungen und Wahlrechte wiederum zu der Gefahr, daß ein noch weiteres Auseinander

triften der Rechnungslegungsvorschriften zu befürchten ist. Prägnanter formuliert: Der Vorschlag birgt die Gefahr eines zurück in den Zustand vor den 80er Jahren (vor Umsetzung der Bilanzrichtlinien). Hierzu sind insbesondere Art. 6 und 7 geeignet, die der Gesamtzielsetzung – wie sie bei den Bilanzrichtlinien eher vorlag – diametral zuwiderlaufen. Auch andere Regelungen tragen nur der zunehmenden Favorisierung kurzfristigen Erfolgsausweises Rechnung.

2. Modernisierung?

In der Begründung des Vorschlags⁶ wird ausgeführt: *„Der Vorzug wurde schließlich der Option einer Überarbeitung und Modernisierung einiger der in den derzeit geltenden Rechnungslegungsrichtlinien enthaltenen Anforderungen gegeben“*. Was ist denn nun tatsächlich moderner? Sicher nicht die Fair-value-Bewertung! Es mag erstaunlich klingen, ist aber historisch zutreffend, daß diese Bilanzierungsmethoden, die in ihren Grundansätzen nunmehr als „modern“ bezeichnet werden, lediglich eine Rückbesinnung auf längst überwunden geglaubte Fehlentwicklungen des 19. Jahrhunderts darstellen.⁷ So enthielt das AGHGB von 1869 kaum Rege-

1 Der Autor gibt hiermit seine persönliche Meinung wieder, nimmt dabei allerdings die Diskussionspunkte auf, die in der Stellungnahme von wp-net e.V. (www.wp-net-verband.de) zum Vorschlag der Kommission aufgeworfen werden.

2 http://ec.europa.eu/internal_market/accounting/sme_accounting/review_directives_de.htm.

3 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0684:FIN:DE:PDF>.

4 Vgl. Beul, [steueranwaltsmagazin](#) 2009, 98, 100 ff.

5 Vgl. Beul, [steueranwaltsmagazin](#) 2009, 98, 101.

6 2.2 Folgenabschätzung, 2.2.1. Abschlüsse.

7 Zu früheren Entwicklungen vgl. Großfeld/Diekmann, WPg 1988, 419.

lungen zur Rechnungslegung. Aus dem Wortlaut des Art. 31 ADHGB⁸ folgernd war die Bilanzierung zum Zeitwert die übliche Methode.⁹ Diese Bilanzierung war Ursache¹⁰ vieler Unternehmenszusammenbrüche im Rahmen des Gründerkraches.¹¹ Die Parallele zur jetzigen Krise ist frappierend. Seit Mitte des 19. Jh. führte eine sich zunehmend verzahnende Globalisierung zu immer neuen Anpassungsstörungen, die sich in Krisen manifestierten. Andererseits barg das neue Potential auch Anreiz für neue Unternehmungen, ein Aspekt der daher sogenannten Gründerzeit. In Europa, insbesondere dem Deutschen Reich und Österreich-Ungarn, kam der Fluch des gewonnenen Krieges 1870/71 hinzu. Frankreich mußte innerhalb von 3 Jahren 5 Mrd. Francs¹² (4 Mrd. Mark¹³) Reparationen zahlen, ein Betrag, der mehr als das Dreifache der Umlaufmenge des Geldes im Deutschen Reich ausmachte.¹⁴ Dies führte zu einer kurzfristigen Rückzahlung der Kriegsanleihen und zur Überflutung des Marktes mit Liquidität.¹⁵ Mit dem Aktiengesetz von 1870 wurde im Zuge der Liberalisierung am 11.06.1870 der Wortlaut des Art. 31 ADHGB durch Art. 239 a AktG¹⁶ nur ergänzt und die bislang notwendige Konzession zur Gründung einer AG aufgegeben, mit der Folge, daß zwischen 1871 und 1873 103 neue Aktienbanken, 23 Eisenbahngesellschaften, 102 Bau- und 93 Montanunternehmen, insgesamt 843 Aktiengesellschaften gegründet wurden.¹⁷ „Breiteste Schichten des Volkes, vom Hochadel bis zum Dienstmann, wurden von der Spekulations- und Gründerlust ergriffen, die Geschäftsmoral litt fast allgemein Schaden; es schien, „als ob die Grenzen der menschlichen Dummheit ins Unermessliche sich erweitert hätten“ (Treitschke¹⁸) und „eine Epidemie entfesselter Geldgier“ die Menschen befallen habe (Sartorius v. Waltershausen¹⁹)“.²⁰ Die „Schrottpapiere“ dieser Zeit waren Eisenbahn-papiere.²¹ Beispiel hierfür war die Vorgehensweise von B. H. Strousberg, der seine Subunternehmer in Aktien bezahlte, das ausgegebene Aktienkapital höher bewertete als die tatsächlichen Baukosten und so die eigene Marge erwirtschaftete, und zwar im wesentlichen durch Einbeziehung der Zukunftsgewinne in die Bewertung der Vermögensgegenstände.²² Außerdem wurden auch von aus Europa in Anleihen zur Finanzierung von Bahnstrecken in den USA investiert, die sich später oft als wertlos herausstellten. Diese wurden auch seitens der Banken gehalten. Zu dieser Zeit analysierte bereits eine Vorläufergesellschaft von Standards and Poor's Eisenbahn-papier.²³ Die Kritik an der Zeitwertbilanzierung wurde bei der Bewertung des Anlagevermögens laut, da insbesondere bei der Bewertung der Bahnhöfe und Gleisanlagen, mit denen nicht gehandelt wurde, kein Marktwert existierte²⁴ und die Frage des objektiven Wertes nicht nur problematisch ist, sondern eher eine Meinungsäußerung darstellt.²⁵

Im Mai 1873 erfolgte der Einbruch der Börse in Wien, ab August/September 1873 in Berlin; der durchschnittliche Aktienkurs halbierte sich.²⁶ Die Überflutung des Marktes mit Liquidität, die anschließende Anlage in Papieren, die eine Blase verursachten und der dann entstehende Knall sollten –

- 8 Artikel 31 ADHGB: „Bei der Aufnahme des Inventars und der Bilanz sind sämtliche Vermögensstücke und Forderungen nach dem Werthe anzusetzen, welcher ihnen zur Zeit der Aufnahme beizulegen ist.“
- 9 Das Reichsoberhandelsgericht (ROHG 12,15, 17) formuliert dies wie folgt: „Alle einzelnen Aktiv- und Passivposten sind danach zu dem gegenwärtigen Wert, den sie in demjenigen Zeitpunkt, für welche die Bilanz aufgenommen wird, besitzen, in der Bilanz einzustellen.“
- 10 Zeitler, DB 2003, 1529, 1534 „des Gründerkrachs ab 1875“ historisch korrekt wäre 1873; Ballwieser/Kütting/Schildbach, BFuP 2004, 530 f.
- 11 Born in Schieder, Handbuch der Europäischen Geschichte, 1973, 207; „Große Depression“, Treue in Gebhardt, Handbuch der deutschen Geschichte, 5. Aufl. 1981, Bd. 17, 234.
- 12 Born, a. a. O., 206.
- 13 Treue, a. a. O., 232.
- 14 Born, a. a. O., 236 m. Fn. 5 a.E.
- 15 Born, a. a. O., 207: „Dieser plötzliche Kapitalzustrom erwies sich aber für die deutsche Wirtschaft als Danaergeschenk. Die rasche Vermehrung des anlagesuchenden Kapitals steigerte die Nachfrage nach Effekten und trieb die Aktienkurse in die Höhe. Nun setzte eine wilde Spekulation ein.“
- 16 239 a AktG 1870: „Für die Aufstellung der Bilanz sind folgende Vorschriften maßgebend:
1) kurshabende Papiere dürfen höchstens zu dem Kurswerthe, welchen dieselben zur Zeit der Bilanz-aufstellung haben, angesetzt werden;
2) die Kosten der Organisation und Verwaltung dürfen nicht unter die Aktiva aufgeführt werden, müssen vielmehr ihrem vollen Betrage nach in der Jahresrechnung als Ausgabe erscheinen; (...)“
- 17 Treue, a. a. O., 233.
- 18 Zit. nach Treue, a. a. O., 234; Treitschke (Preuß. JB 1879, 559, 572 ff. 574: „(...) hat an dem Lug und Trug, an der frechen Gier des Gründer-Unwesens einen großen Antheil, eine schwere Mitschuld an jenem schönen Materialismus unserer Tage...“) war es auch, der die Juden als Verursacher bezichtigte, insoweit den Sündenbock lieferte und damit einer der Wegbereiter des Antisemitismus wurde.
- 19 Deutsche Wirtschaftsgeschichte, 1923, zit. nach Treue, a. a. O., 234.
- 20 Treue, a. a. O., 234 m. w. N.
- 21 Treue, a. a. O. 233; Born, a. a. O., 207.
- 22 Zu den gegensätzlichen Beurteilungen: Einerseits: Treue, a. a. O., 233: „(...) ein unternehmerisch hochbegabter, tätiger, einfallreicher, auch verdienstvoller, schließlich nicht nur durch eigene Schuld fallierter „Eisenbahnkönig“, der als erster in großem Umfang mittlere und kleinere Sparkapitalien für den Eisenbahnbau mobilisierte.“ Andererseits die – nicht wegen ihrer Qualität, sondern Verbreitung zitierte – Darstellung bei Wikipedia „Bethel Henry Strousberg“: „Neuartig war die von Strousberg praktizierte Methode von Ausführung und Finanzierung der Bauvorhaben. Er beauftragte Generalunternehmer und streute damit die Risiken. Die Leistungen des Generalunternehmers wurden jedoch nicht in Geld, sondern ratenweise nach Bau-fortschritt mit Aktien der neu gegründeten Eisenbahngesellschaft bezahlt. Die Gründer und Kapitalgeber mußten damit nur einen Bruchteil der tatsächlichen Kosten aufbringen und erhielten erhebliche Provisionen, teilweise auch Gewinne aus der Lieferung von Eisenbahnmaterial oder aus dem Verkauf von Grundstücken, die für Bahnanlagen benötigt wurden. Unseriös daran war, daß das Aktienkapital höher als die tatsächlichen Baukosten angesetzt wurde. Der Generalunternehmer erhielt damit Aktien, deren Nennwert höher als die Baukosten war. Der Handel mit diesen Aktien blähte den Wert der Gesellschaften künstlich auf“. Dies ist jedoch nichts anderes als die Fair-value-Bewertung unter Berücksichtigung zukünftiger Gewinnaussichten!
- 23 H.V. und W.W. Poor Co; vgl.: <http://www.standardandpoors.com/about-sp/timeline/en/us/>.
- 24 Wieland, Handelsrecht Bd. 1, Die kaufmännischen Unternehmen, 1921, 303.
- 25 Großfeld, Bilanzrecht, 1978, 70.
- 26 Treue, a. a. O., 234.

historisches Bewußtsein vorausgesetzt/geeignet sein, jedem Monetaristen die Problematik vor Augen zu führen. Allerdings beginnen wir heute aufs neue Erfahrungen zu sammeln, die wir historisch hätten analysieren können.

Als Folge des Gründerkrachs wurde der Zeitwertansatz vermehrt in Frage gestellt. Mit der Aktienrechtsnovelle von 1884 wurde die Bewertung durch Art. 185 a AktG²⁷ geändert, der auf das Anschaffungs- und Herstellungskostenprinzip abstellte, für das Anlagevermögen mit Abschreibungen. Auch wenn das HGB vom 01.01.1900 in §40²⁸ die Regelung des Art. 31 AGHGB übernahm, war hierdurch eine Abkehr vom Zeitwertprinzip erreicht²⁹, weil diese Regelungen des AktG als Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung (GoB) auch in die allgemeinen Rechnungslegungsvorschriften einbezogen wurden.

Diese Lehren, die aus der tiefen Rezession nach der Gründerzeit zum Ende des 19. Jahrhunderts gezogen wurden, sind heute – anders als die Inflation der 20er Jahre – nicht mehr im historischen Bewußtsein präsent. Damals kam man zu der Erkenntnis, daß eine objektive Bewertung nicht existiert, weshalb Sicherungsmechanismen einzuziehen sind. Dies ist eine der wesentlichen Erkenntnisse, die dazu führten, statt dem Phantom eines objektiven Wertes hinterherzulaufen, das Vorsichtsprinzip verstärkt zu betonen und hieraus folgend das Realisationsprinzip und das Imparitätsprinzip. Diese Prinzipien wurden als Ausfluß der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung (GoB) verstanden.

3. Grundsatzorientierung?

Der Vorschlag könnte das Einfallstor für die Implementierung internationaler Rechnungslegungsvorschriften bilden, deren heutige Vorläufer in der Praxis versagt haben, mitursächlich für die Finanzkrise sind, keine präzisen Regelungsinhalte formulieren und die eine Grundsatzorientierung vermissen lassen.

Die Kommission widerspricht sich daher selbst, wenn sie einerseits gegenüber dem IASB die Grundsatzorientierung verlangt, andererseits aber nunmehr im Gesetzgebungsverfahren selbst das Gegenteil implementieren will.

Der Vorschlag der Kommission läßt nicht nur eine Grundsatzorientierung vermissen, sondern stellt darüber hinaus bereits bestehende Grundsätze des europäischen Bilanzrechts in Frage. So ist zu fragen, welche Ziele durch die Rechnungslegung verwirklicht werden sollen. Gerade deshalb sollte ein Gesetzgebungsverfahren notwendigerweise auch über die materielle Zielsetzung entscheiden. Dies läßt der Vorschlag der Kommission vermissen. Sollen es die moderneren Ziele einer möglichst auf langfristigen Unternehmenserfolg ausgerichteten Rechnungslegung sein oder soll die Rückbesinnung auf die Bilanzierung des 19. Jahrhunderts mit der kurzfristigen und zyklischen Zeitwertbilanzierung im Vordergrund stehen.

Statt den angeblich „modernen“ Regelungen einer kurzfristigen Erfolgsrechnung das Wort zu reden, sollte disku-

tiert werden, ob dieser Ansatz vom Gesetzgeber gewollt ist. Folge einer kurzfristigen Erfolgsrechnung ist, daß Kapitalzu- und -abflüsse sich nicht mehr an langfristigen Unternehmenszielen und am langfristigen Unternehmenserfolg orientieren, sondern nunmehr kurzfristig. Dies führt dazu, daß den Unternehmen, die kurzfristig gerade gute Zahlen vorlegen, am Kapitalmarkt erfolgreich sind und beim nächsten Abschwung das genaue Gegenteil eintritt, nämlich der Mißerfolg am Kapitalmarkt und damit der Abzug von Kapital.

Das Problem des Kurzfristdenkens ist zwar in aller Munde, allerdings ist niemand bereit, die (Mit-)Ursache, die Rechnungslegung, anzugehen. Allenthalben findet sich das Argument, eine langfristige Orientierung der Rechnungslegung schneide die Betroffenen vom Kapitalmarkt ab. Gerade im Lichte der derzeitigen Finanz- und Wirtschaftskrise, die unser gemeinsames Europa unmittelbar zu bedrohen scheint, stellt sich die zentrale Frage, wer die Grundentscheidung zu treffen hat, der im scheinbar virtuellen Raum agierende Kapitalmarkt oder der demokratisch legitimierte Gesetzgeber? Plakativ formuliert muß der Gesetzgeber jeder Laune der Finanz- und Kapitalmärkte das Wort reden und hinter jedem Zocker herlaufen und dessen Geschäftsmodell nicht nur gutheißen, sondern sogar fördern?

In der internationalen Rechnungslegung ist immer mehr ein Verhalten zu beobachten, durch ausufernde Wahlrechte und Ermessungsspielräume den Sinn und Zweck der Rechnungslegung nicht zu fördern, sondern mehr und mehr zu aleatorischen Ergebnissen beizutragen. Dies ist für den Abschlußprüfer, der sich als Sachwalter öffentlicher Interessen sieht, zutiefst unbefriedigend. Die Prüfung der

27 Wortlaut Art. 185 a AktG 1884: „Für die Aufstellung der Bilanz kommen die allgemeinen Vorschriften des Artikels 31 mit folgenden Maßgaben zur Anwendung:

- 1) Werthpapiere und Waaren, welche einen Börsen- oder Marktpreis haben, dürfen höchstens zu dem Börsen- oder Marktpreise zur Zeit der Bilanzaufstellung, sofern dieser jedoch den Anschaffungs- oder Herstellungspreis übersteigt, höchstens zu letzterem angesetzt werden;
- 2) andere Vermögensgegenstände sind höchstens zu dem Anschaffungs- oder Herstellungspreise anzusetzen;
- 3) Anlagen und sonstige Gegenstände, welche nicht zur Weiterveräußerung, vielmehr dauernd zum Geschäftsbetriebe der Gesellschaft bestimmt sind, dürfen ohne Rücksicht auf einen geringeren Werth zu dem Anschaffungs- oder Herstellungspreise angesetzt werden, sofern ein der Abnutzung gleichkommender Betrag in Abzug gebracht oder ein derselben entsprechender Erneuerungsfonds in Ansatz gebracht wird;
- 4) die Kosten der Organisation und Verwaltung dürfen nicht als Aktiva, müssen vielmehr ihrem vollen Betrage nach in der Jahresrechnung als Ausgabe erscheinen; (...).“

28 §40 Abs. 2 HGB in der bis 1986 geltenden Fassung: „Bei der Aufstellung des Inventars und der Bilanz sind sämtliche Vermögensgegenstände und Schulden nach dem Wert anzusetzen, der ihnen in dem Zeitpunkt beizulegen ist, für welchen die Aufstellung stattfindet.“

29 Entgegen Blaufus, Fair Value Accounting, 2005, 49, galt dies nicht nur bezüglich des Anlagevermögens, sondern auch für das Umlaufvermögen.

Rechnungslegung verlagert sich aufgrund immer beliebiger werdender materieller Normen auf andere Ebenen, etwa auf die Prüfung interner Unternehmensabläufe (internes Kontrollsystem), um von materieller Prüfung absehen zu können.

Wenn der Gesetzgeber keine klaren Zielvorgaben mehr normiert, weicht das System auf und wird in sich unübersichtlich.

Aufgabe des Abschlußprüfers muß es nach wie vor sein, die Einhaltung der Rechnungslegungsvorschriften zu prüfen, nicht jedoch die vorgelegte Rechnungslegung in erster Linie nach ihrer Plausibilität zu prüfen. Dies ist unbefriedigend und führt zu einer sich sichtlich weiter verbreitenden Erwartungslücke an den Abschlußprüfer.

Der Vorschlag der Kommission weicht die Grundsatzorientierung weiter auf und stellt ein falsches Signal dar. Statt den Märkten hinterherzulaufen und anschließend dem Steuerzahler die Last exorbitanter Reparaturverpflichtungen aufzuerlegen, sollte begonnen werden, nunmehr die Zielvorgaben zu strukturieren. Hierzu gehört eine breite Diskussion über den Sinn und Zweck der Rechnungslegung und nicht nur ein Brüten im stillen Kämmerlein, in der Hoffnung, die Angelegenheit werde ungesehen „durchgewunken“.

Es kann nicht sein, daß einige Staaten – unter dem Deckmantel, der Euro müsse gerettet werden – dafür zahlen müssen, was in anderen Mitgliedsstaaten durch Förderung kurzfristiger schädlicher Finanztransaktionen an gemeinschaftlichem Schaden verursacht und an Gewinnen Einzelner eingefahren wird.

4. Informationserteilung oder bilanzieller Ausweis als Verbraucherschutz

Es geht bei dieser Grundsatzfrage darum, wie weit Informationspflichten einem zwingend vorgeschriebenen bilanziellen Ausweis vorzuziehen sind. Hierbei ist der Verbraucherschutz zu berücksichtigen. Feste Regeln geben einen Rahmen, innerhalb dessen sich der Regelunterworfenen bewegen kann. Hier sind klare Abgrenzungen mit Geboten und Verboten enthalten, die allgemein formuliert sind und damit generalisierenden Charakter haben. Dies hat den Vorteil, daß der Adressat der Informationen diese verarbeiten und bewerten kann.

Die entgegenstehende Ansicht führt dazu, daß im Grunde genommen alles erlaubt ist, wenn nur darauf hingewiesen wird. In der Folge wird eine derartige Informationsflut produziert, daß der Adressat der Informationen nicht mehr in der Lage ist, diese in überschaubarem Zeitraum zur Kenntnis zu nehmen, geschweige denn, sie zu verstehen und für sich zu bewerten. Insoweit wird derjenige zum „Insider“, der genau weiß, welche der veröffentlichten Informationen welche Relevanz haben. Der Informationsvorsprung der Gegenwart besteht nicht mehr darin, daß einzelnen Informationen zur Verfügung stehen, die an-

deren vorenthalten werden, sondern darin, daß einzelnen Informationen darüber zur Verfügung stehen, welche der veröffentlichten Informationen überhaupt relevant sind.

Der Vorschlag der Kommission versucht an einzelnen Symptomen zu kurieren. So sollen außerordentliche Aufwendungen und Erträge im Gliederungsschema der Gewinn- und Verlustrechnung eliminiert werden (s.u.), weil eine Tendenz bestehe, Erträge als ordentlich, Aufwendungen jedoch wenn irgend möglich als außerordentlich auszuweisen.

Die Tendenz der internationalen Rechnungslegungsvorschriften geht allerdings in die Richtung, Verluste möglichst außerhalb der Gewinn- und Verlustrechnung auszuweisen, Gewinne möglichst innerhalb, Risiken möglichst nicht zahlenmäßig zu erfassen, sondern verbal in den Anhang oder den Lagebericht – Hauptsache, die Information ist irgendwo enthalten – auszulagern.

Anleger sind jedoch nicht zwingend Profis in Sachen Bilanzrecht, sondern auch als Verbraucher schützenswert. Der Verbraucher betrachtet jedoch in erster Linie das Ergebnis der Gewinn- und Verlustrechnung und kann die Vielzahl der Nebenrechnungen mit den dazugehörigen Anhang- und Lageberichtangaben nicht mehr nachvollziehen.

Hiergegen hilft nur ein in sich konsistentes Regelungsnetzwerk mit festen Wertungen, das nicht bis zur Beliebigkeit verkommene unterschiedliche Auslegungen zuläßt. Auch deshalb bedarf es klarer Vorgaben des Gesetzgebers.

5. Zweifelhafte Ermächtigungsgrundlage

Es ist bereits fraglich, ob Art. 50 Abs. 1 AEUV (ex Art. 44 EGV, ex Art. 54 EWG) geeignet ist, als Einzelermächtigung herangezogen zu werden. Augenfällig ist, daß die Kommission nicht auf Art. 50 Abs. 2 lit. g) rekurriert, dessen Vorgängernorm ex-Art. 54 Abs. 3 lit. g) die Grundlage für die 4. und 7. Bilanzrichtlinie war.

In diesem Fall hätte es sich um eine Schutzbestimmung zugunsten von Gesellschaften handeln müssen.³⁰ Zwar ist die Frage der „Schutzbestimmung“ im Rahmen der Entscheidungsprärogative zu definieren.³¹ Allerdings findet diese Entscheidungsprärogative die Schranke in der Erforderlichkeit der Regelung. Bezieht man das Kriterium der Erforderlichkeit auf die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit, wäre die Angleichung nur insoweit zulässig, wenn sie zur Aufhebung von Niederlassungsbeschränkungen notwendig ist.³² Folgt man dieser Ansicht, wäre die Erforderlichkeit nicht gegeben, die Regelung nach Art. 50 Abs. 2 lit. g) nicht erforderlich und daher auch nicht zulässig.

30 Vgl. *Randelzhofer/Forsthoff* in Grabitz u.a. [Stand Mai 2001], Art. 44 EGV Rn. 13, *Jung/Müller-Huschke* in Schwarz Art. 44 EGV Rn. 12 ff.

31 *Eyles*, Niederlassungsrecht der Kapitalgesellschaften in der Europäischen Gemeinschaft, 1990, 136.

32 *Everling*, Das Niederlassungsrecht im Gemeinsamen Markt, 1963, 41 ff.

Auch die entgegenstehende Argumentation der Kommission, nach der eine Koordinierung unabhängig davon erlaubt ist, ob hierdurch spezifische Schranken für die Niederlassungsfreiheit abgebaut werden,³³ findet die Schranke auf jeden Fall in der Erforderlichkeit, bzw. dann, wenn das Gegenteil einer Harmonisierungsmaßnahme erreicht wird, da eine solche Maßnahme nicht geeignet ist, das Ziel, nämlich die Harmonisierung, zu erreichen.

Der Sinn und Zweck des Art. 50 Abs. 2 lit. g AEUV liegt in der Koordination der Schutzbestimmungen, um diese gleichwertig zu gestalten. Koordinierung setzt daher die Angleichung von Unterschieden zwischen den nationalen Rechtsordnungen voraus. Hier wird unter dem Deckmantel der Koordinierung jedoch ein weiteres Auseinanderdriften der nationalen Rechte Vorschub geleistet. Im vorliegenden Fall sind die Änderungen, die wieder zum Auseinanderdriften der Bilanzrechte in den einzelnen Mitgliedsstaaten führen, weder geeignet noch erforderlich. Damit endet die Entscheidungsprärogative nach dem Wortlaut des Art. 50 Abs. 2 lit. g AEUV.

Auch die Heranziehung des Art. 50 Abs. 1 AEUV kann daran nicht vorbeiführen. Denn gem. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 4 gilt das Prinzip der Verhältnismäßigkeit. Dies umfaßt die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Maßnahme. Die vorstehende Maßnahme ist jedoch in keiner Weise geeignet, geschweige denn erforderlich, um eine Harmonisierung des Bilanzrechts im Interesse der Niederlassungsfreiheit zu erreichen. Es handelt sich vielmehr um einen Rückschritt.

Damit läuft der Vorschlag der Kommission Sinn und Zweck der Regelung des Art. 50 Abs. 1 AEUV i. V. m. Art. 5 EU zuwider.

Außerdem wird die Zielsetzung des Art. 3 Abs. 3 EU, der Schaffung des Binnenmarktes, geradezu unterlaufen, wenn man erlaubt, daß das Recht der Rechnungslegung wieder auseinanderdriftet. Es kann nicht im Sinne des Unionsrechts sein, die Verstöße einzelner Mitgliedstaaten durch Disharmonisierung zu heilen. Hier ist das Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 258 AEUV die einschlägige Vorgehensweise, zumal bereits wegen weitaus geringerer Verstöße derartige Verfahren eingeleitet werden.

6. Saldierungsverbot

Das Saldierungsverbot ist ein nach jahrzehntelanger Diskussion errungener Fortschritt.³⁴ Zu begrüßen ist daher das Festhalten an diesem Grundsatz. Das Problem besteht jedoch darin, daß das Saldierungsverbot auf dem Altar der Ratingagenturen geopfert werden soll. Denn die Verkürzung der Bilanz führt zu einem höheren Eigenkapitalanteil und damit zu einem besseren Rating. Statt mechanischer Anwendung von Ratings sollte die Saldierung beim Rating vorgenommen werden, statt das Bilanzrecht anzupassen.

7. Verordnung als Möglichkeit

Die Zielsetzung der Harmonisierung des Bilanzrechts wäre am besten durch eine Verordnung i. S. d. Art. 288 Abs. 2 AEUV lösbar. Denn zur Verbesserung der für den grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr notwendigen Voraussetzungen ist eine Vereinheitlichung der Rechnungslegungsvorschriften erforderlich. Dies gilt bei grenzüberschreitenden Sachverhalten des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs und ebenso bei solchen der Niederlassungsfreiheit. Wer eine neue Geschäftsverbindung einzugehen beabsichtigt, erkundigt sich über den zukünftigen Geschäftspartner. Hierzu zählt auch die Einsicht in veröffentlichte Jahresabschlüsse. Was aber nützt es, wenn die Veröffentlichung der Jahresabschlüsse vorgeschrieben ist, deren Inhalt jedoch differiert. Zwar haben die Bilanzrichtlinien eine Verbesserung bewirkt.³⁵ Zu begrüßen wäre daher eine Vereinheitlichung der Rechnungslegungsvorschriften nicht durch Richtlinien, sondern im Wege der Verordnung. Hierdurch schüfe man einheitliche Normen; die Vergleichbarkeit für den Mittelstand wäre mit geringerem Beratungsaufwand hergestellt, und die Abschlußprüfer könnten sich gemeinschaftsweit gleichartiger Prüfungsstandards bedienen, die mit einheitlicher Software auch im mittelständischen Bereich einsetzbar wären.

8. Verweisungstechnik

Eine Verweisung auf Verordnungen sollte technisch vermieden werden. So ist die Verweisung in Art. 2 Abs. 3 auf die VO (EG) Nr. 1126/2008 unglücklich, da diese im Komitologieverfahren verabschiedet wurde. Das Verfahren begegnet rechtlichen Bedenken³⁶, so daß eine eigene Definition vorzuziehen wäre. Dann wäre auch die Frage geklärt, ob es sich um eine statische oder dynamische Verweisung handeln soll.

III. Einzelne Regelungen

1. Zu Art. 5 – Allgemeine Grundsätze für die Rechnungslegung

Die grundsätzliche Beibehaltung des Saldierungsverbots gemäß Art. 5 Nr. 1 g wird begrüßt. Insoweit sollte § 246 Abs. 2 Satz 2 HGB überdacht werden. Dies stellt sich insbesondere vor der Frage, daß zivilrechtlich Ansprüche der Gesell-

33 Denkschrift der Kommission über die Schaffung einer europäischen Handelsgesellschaft, EG-Bull. Beil. 9-10/1966, 5 f.

34 Vgl. zur Entwicklung: *Mellerowicz* in Barz u. a., Großkommentar zum Aktiengesetz, 1970, Vorbemerkungen zu § 148; *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft, 1968, § 152, Rn. 166 ff.

35 Vgl. *Beul*, steueranwaltsmagazin 2009, 98, 101.

36 Vgl. *Beul*, steueranwaltsmagazin 2008, 46, 49 f.

schaft aus der Rückdeckung und dieser nicht unmittelbar dem Zusageempfänger der Altersvorsorge zustehen. Auch Hilfskonstruktionen wie die Verpfändung etc. sind nicht risikolos, da der Zugriff dem Insolvenzverwalter im Insolvenzfall diese nicht vollständig verwehrt ist. Art. 5 Nr. 2 sollte im Sinne des Vorsichtsprinzips als Verpflichtung formuliert werden.

2. Zu Art. 6 – Alternative Bewertungsgrundlage für Anlagevermögen zu Neubewertungsbeträgen und Art. 7 alternative Bewertungsgrundlage für den beizulegenden Zeitwert

Hier sollten die Ausnahmenvorschriften enger gezogen werden, und zwar sollte man es im Wesentlichen dabei belassen, die Neubewertung lediglich für Inflationsanpassungen zu gestatten. Ansonsten sollten Art. 6 und 7 als systemfremd gestrichen werden. Der Fair-value-Ansatz ist wegen seiner hinkenden Marktorientierung ungeeignet und gescheitert, weshalb ihm keinesfalls weiterer Anwendungsspielraum gegeben werden darf. Denn er führt dazu, daß der Markt dann als funktionierend definiert wird, wenn er dem Bilanzierenden Gewinne bringt, allerdings dann als nicht funktionierend, wenn das Angebot größer ist als die Nachfrage. Dann, d.h. wenn die Marktentwicklung den Bilanzierenden zum Verlustausweis zwingen müßte, wird der Markt als nicht existent definiert und ein hypothetischer Markt konstruiert, wodurch nicht erzielbare Werte ausgewiesen werden. Dies ist nur über einen beschränkten Zeitraum durchführbar und führt dazu, daß eine Blase in der Bilanz geschaffen wird, die über einen längeren Zeitraum aufgebaut wird und daher die Gefahr birgt, später um so lauter zu platzen.

Eine Implementierung dieser Regelungen führt zu einem weiteren Auseinandertriften der Rechnungslegungsgrundsätze in den einzelnen Mitgliedsstaaten. Es wird nicht ein Mehr an Harmonisierung, sondern ein Weniger erreicht werden, d.h., in der Praxis wird die in den letzten 25 Jahren erreichte Harmonisierung rückgängig gemacht.

3. Zu Art. 11 – „Vorschrift zu einzelnen Posten der Bilanz“

Warum sollte in Art. 11 Nr. 8 das Lifo-Verfahren nicht mehr als anwendbar erklärt werden (Ziff. 4.3. Abs. 3 der Begründung)? Alle Verbrauchsfolgeverfahren haben im Einzelfall ihre Berechtigung. Selbstverständlich kann das Lifo-Verfahren nicht bei der Bewertung leicht verderblicher Wirtschaftsgüter angewendet werden. Allerdings ist nicht ersichtlich, warum es generell verboten werden soll (z.B. im Schrotthandel, da niemand dort die unterste Lage der Schrotthalde zuerst greifen wird).

Die Regelung des Art. 11 Nr. 9 und 10 sollten letztlich ohne die Zulassung von Ausnahmefällen normiert werden. Ob man dabei unbedingt an dem Zeitraum von 5 Jahren festhalten soll, mag dahingestellt bleiben. Allerdings sind

systematisch Art. 11 Nr. 9 und Art. 11 Nr. 10 einheitlich zu sehen. Letztlich handelt es sich bei Art. 11 Nr. 9 um einen Teilaspekt des Firmenwertes. Insoweit sollte auch hier die Regelung in beiden Fällen gleich lauten.

Art. 11 Nr. 11 fügt als neuen Begriff den „besten Schätzwert von Aufwendungen“ für die Rückstellungsbewertung ein. Diese Regelung ist nicht notwendig und öffnet unnötigerweise die Tür für weitere Diskussionen, inwieweit Rückstellungen abgeschmolzen werden können.

Die Aufweichung des Vorsichtsprinzips zugunsten des Prinzips „es wird schon gut gehen“ (Biblich: „Sie säen nicht, sie ernten nicht und unser himmlischer Vater ernähret sie doch“) ist prinzipiell abzulehnen. Das Vorsichtsprinzip reicht aus. Art. 11 Nr. 11 Abs. 2 sollte der grundsätzlichen Diskussion unterworfen werden, ob insoweit nicht eine Verpflichtung eingeführt werden sollte.

4. Zu Art. 14 – Gliederung der Gewinn- und Verlustrechnung- nach Funktion der Aufwendungen

Es ist nicht ersichtlich, warum Art. 14 keinen Posten „Sonstige betriebliche Aufwendungen“ enthalten soll.

5. Zu Art. 15 – Sonderbestimmung zur Gewinn- und Verlustrechnung in Verbindung mit Art. 13 und Art. 14

In Zukunft soll auf einen gesonderten Ausweis der außerordentlichen Ergebnispositionen verzichtet werden. Dies wird damit begründet (Ziff. 4.3. der Begründung), daß ein Auseinanderdriften zwischen außerordentlichen Aufwendungen und außerordentlichen Erträgen dergestalt in der Praxis zu verzeichnen gewesen sei, daß eher die Tendenz bestand, Erträge als nicht außerordentlich, aber Aufwendungen eher als außerordentlich darzustellen. Insoweit handelt es sich jedoch nicht um einen Systemfehler, sondern vielmehr um die Frage des richtigen Ausweises.

Allerdings konterkariert Art. 15 dies wieder und führt letztlich dazu, daß dieselbe Sichtweise beibehalten wird. Die Änderung selbst wird materiell keine Verhaltensänderung bei den Normadressaten hervorrufen. Vielmehr wird die Tendenz bleiben, Ertragsposten weiter dem ordentlichen Ergebnis und Aufwandsposten eher dem außerordentlichen Ergebnis zuzurechnen. Hier müßte eine klare Definition des außerordentlichen Ergebnisses erfolgen. Ansonsten handelt es sich lediglich um Kosmetik.

Die bisherige Regelung des Art. 29 der 4. Richtlinie war insoweit eindeutiger und besser geeignet, die beanstandete Praxis einzudämmen. Die Regelung, die Art. 15 nunmehr vorsieht, bleibt hinter der bisherigen Regelung zurück und läßt befürchten, daß die Tendenz eher verstärkt in die beanstandete Praxis gelenkt wird.

6. Zu Art. 17 – Inhalt des für alle Unternehmen geltenden Anhangs

Die Anhangangaben kleiner Unternehmen gem. Art. 17 führen zum Teil zu deutlicher Erleichterung, allerdings sind auch Verschärfungen zu erwarten. Es sollte insoweit die bisherige Möglichkeit der größenabhängigen Erleichterungen für kleine Unternehmen bestehen bleiben. Insbesondere handelt es sich um § 288 Abs. 1 HGB in Verbindung mit § 285 Nr. 3 HGB bezüglich der nicht in der Bilanz erscheinenden Geschäfte und die Ausnahme in § 285 Nr. 21 bei 100%igem Anteilsbesitz. Es sollte darauf hingewirkt werden, daß beide Ausnahmen auf jeden Fall beibehalten werden können.

Außerdem sind gem. Art. 17 Nr. 1 f im Anhang die „Art wesentlicher Ereignisse am Ende des Jahres, die weder in der Gewinn- und Verlustrechnung noch in der Bilanz wiederspiegelt sind, und ihre finanziellen Auswirkungen“ anzugeben. Eine ebensolche Angabepflicht ergibt sich für den Lagebericht in Art. 20 Nr. 2a. Sollte es sich hierbei um ein redaktionelles Versehen handeln, müßte dies bereinigt werden. Sollte es sich um unterschiedliche Angabekategorien handeln, müßte dies präzisiert werden. Jedenfalls sollte von einer Zweifachnennung abgesehen werden.

7. Zur deutschen Übersetzung des Richtlinienvorschlages

Es ist im höchsten Maße unbefriedigend, daß die dritte Arbeitssprache nach wie vor nicht gleichberechtigt in den Sprachfassungen vertreten ist. Die Bundesrepublik Deutschland sollte vermehrt darauf dringen, daß der deutschen Sprachfassung eine ebensolche Qualität zukommt wie den beiden anderen Arbeitssprachen. Es sollte darauf bestanden werden, daß in Zukunft alle drei Sprachfassungen zum selben Zeitpunkt (d.h. zum Zeitpunkt der Beschlußfassung durch die Kommission) vorliegen und vorher nicht verabschiedet werden können. Damit ließen sich zusätzlich Reibungsverluste vermeiden. Diese liegen darin begründet, daß man drei Sprachfassungen nebeneinander vergleichen muß, um den Inhalt ergründen zu können.

Soweit dies zur normalen Auslegungsmethodik gehört, bestehen hiergegen selbstverständlich keine Einwendungen. Allerdings kann es nicht sein, daß die Rechtsbegriffe in unzutreffender Art und Weise verwendet werden.

Folgende Beispiele sollen angeführt werden:

- Art. 2 Nr. 6 enthält die Definition „Erwerbspreis“, zutreffend wäre jedoch „Anschaffungskosten“.
- Art. 3 führt für Kleinunternehmen als Größenmerkmal eine Bilanzsumme von 500.000 EUR an; gemeint sein sollte jedoch 5.000.000 EUR (englische und französische Fassung):
- In der deutschen Fassung des Art. 24 Nr. 1 ist ein Wahlrecht vorgesehen („können“). Die englische Fassung spricht jedoch von einer grundsätzlichen Befreiung („shall“) entsprechend dem deutschen „sollen“. Die fran-

zösische Fassung spricht ausdrücklich davon, daß diese Unternehmen von der Pflicht freigestellt werden. Insoweit müßte entsprechend der französischen Fassung formuliert werden „kleine Gruppen sind von der Verpflichtung (...) auszunehmen, (...)“.

- Nach Art. 34 sollen die Abschlüsse von Unternehmen öffentlichen Interesses sowie kleinen und mittleren Unternehmen prüfungspflichtig sein, wohingegen die englische und die französische Fassung Unternehmen öffentlichen Interesses, mittlerer und große Unternehmen vorsieht. Hier handelt es sich wohl um eine offensichtliche Unrichtigkeit.
- Art. 35 spricht von den Inhalten des „Abschlußprüfungsberichts“. Dabei wird in der Definition nicht zwischen dem internen Prüfungsbericht und dem für die Öffentlichkeit bestimmten Bestätigungsvermerk unterschieden. Dies müßte in der Definition nachgebessert werden. Entsprechend sollte der Begriff „Bestätigungsvermerk“ verwendet werden.
- In Ziff. 4.3. wird im dritten Absatz ausgeführt die Anwendung des „First-in First-out“-Verfahrens (FiFo) werde als Methode ausgeschlossen. Im englischen und französischen Text wird stattdessen auf die Lifo-Methode abgestellt.

IV. Zusammenfassung

Der Richtlinienvorschlag der EU-Kommission zur Neuregelung der Vorschriften über Jahresabschluß und Konsolidierung ist in dieser Form nicht geeignet, einen Beitrag zur Harmonisierung zu leisten. Es ist nicht mehr erkennbar, welches Ziel den Normen zugrundeliegt. Die zusätzlich eingeräumten Möglichkeiten zur Einführung der IFRS/IAS läßt die Bilanzierung in den Mitgliedstaaten wieder auseinanderdriften, was einen Rückschritt in die Zeit vor Umsetzung der 4. und 7. Gesellschaftsrechtlichen Richtlinien darstellt. Auch erscheint es vom Sinn und Zweck der Verträge her zweifelhaft, ob eine einmal erreichte Harmonisierung nur deshalb rückgängig gemacht wird, weil einige Mitgliedstaaten sich beharrlich weigern, sie umzusetzen. Es werden bereits wegen weitaus geringerer Umsetzungsverstöße Vertragsverletzungsverfahren durchgeführt. Wenn eine Vereinheitlichung erreicht werden soll, wäre eine Streichung der Wahlrechte für die Mitgliedstaaten angebracht, nicht die weitere Einfügung weiterer.

Außerdem ist die Einfügung des Zeitwertansatzes unter Aushebelung bewährter Bilanzierungsprinzipien (Vorsichtsprinzip, Imparitätsprinzip, Realisationsprinzip) abzulehnen. Denn diese Bewertung hat die zyklischen Bewegungen in der derzeitigen Finanzkrise verursacht und ist auch historisch belastet, da sie bereits im 19. Jahrhundert zu Krisen führte, weshalb der Gesetzgeber Ende des 19. Jahrhunderts den zwingenden Ansatz der Anschaffungs- und Herstellungskosten vorschrieb.