KPMG

Audit Committee Quarterly

I/2008

Besetzung des Aufsichtsrats

mit Gastkommentar von Prof. Dr. Axel v. Werder

Subprime-Krise und ihre Risiken für den Jahresabschluss

Der Aufsichtsratsvorsitzende in der Hauptversammlung

KPMG's Audit Committee Institute (ACI)

Inhalt

3 **Editorial**

Schwerpunktthema
4 Besetzung des Aufsichtsrats

Gastkommentar
16 Prof. Dr. Axel v. Werder

Im Fokus
18 Der Aufsichtsratsvorsitzende in der Hauptversammlung
20 Subprime-Krise und ihre Risiken für den Jahresabschluss

Corporate Governance News
22 Deutschland und EU
30 US/SEC

32 **Financial Reporting Update**

40 **Publikationen**

Ansprechpartner/Impressum

Herausgeber:
KPMG's Audit Committee Institute (ACI)

Ansprechpartner:
Daniela Mattheus (ViSdP)

Redaktion:
Dr. Günter Mende
Dr. Harald E. Roggenbuck

KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft
Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft
Marie-Curie-Straße 30, 60439 Frankfurt am Main
Telefon 069 9587-3040, Fax 01802 11991-3040
E-Mail: de-aci@kpmg.com
www.audit-committee-institute.de

Weitere Mitarbeiter sind: Jasmin Bartel,
Olaf Clemens und Andreas Wolsiffer

Gestaltung und Satz: stereobloc, Berlin
Druck: dmp, Berlin

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

mit dem Frühjahr startet die Hauptversammlungssaison, die auch für den Aufsichtsrat von Bedeutung ist. Vielfach stehen Wahlen zur Besetzung des Aufsichtsrats an. Für deren Kandidatenliste ist das Überwachungsorgan selbst verantwortlich. Da die richtige personelle Zusammensetzung ein entscheidendes Kriterium für die Qualität der Überwachungsarbeit ist, muss sich der Aufsichtsrat in der Vorbereitung der – nicht immer einfachen – Suche nach geeigneten Aufsichtsratskandidaten mit besonderer Sorgfalt widmen.

Die Frühjahrsausgabe des Audit Committee Quarterly 2008 hat deshalb einerseits ihren Schwerpunkt auf die Besetzung des Aufsichtsrats gelegt, insbesondere auf die Parameter der Kandidatenauswahl und die Funktion des Nominierungsausschusses in diesem Prozess. Dessen Einrichtung wird dem Aufsichtsrat vom Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) seit seiner letzten Änderung in 2007 empfohlen, ist aber nach dem jüngst veröffentlichten Kodex-Report 2008 des Berlin Center of Corporate Governance (BCCG) noch nicht überall verbreitet.

Im Fokus stehen andererseits aber auch die anderen, für den Aufsichtsrat relevanten, Aspekte aus der Hauptversammlung, namentlich die Versammlungsleitung durch den Aufsichtsratsvorsitzenden. Daneben widmet sich ein weiterer Fokusartikel der Subprime-Krise und ihren Risiken für den Jahresabschluss.

In den Corporate Governance News haben wir – wie gewohnt – aktuelle Entwicklungen in Deutschland, der EU und den USA aufgezeigt. Besonders erwähnenswert ist die steigende Zahl an Urteilen, die den Aufsichtsrat, seine Rechte und Pflichten, betreffen. Hervorzuheben ist die Entscheidung des Landgerichts München zur Justitiabilität der Kodex-Empfehlungen.

Eine neue Gestalt hat die Rubrik „Financial Reporting" erhalten: Angesichts des Wegfalls des Erfordernisses einer Überleitungsrechnung für die bei der SEC registrierte Unternehmen werden wir uns international auf Informationen zu den International Financial Reporting Standards (IFRS) beschränken. Auf ausgewählte Neuerungen bei den US-GAAP – die trotz der Konvergenzbemühungen Relevanz haben sollten – werden wir Sie anlassbezogen gleichwohl weiter hinweisen. Daneben wird unser Augenmerk auf der deutschen Rechnungslegung liegen, für die durch das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) revolutionäre Änderungen zu erwarten sind.

Jenes Reformgesetz wird Sie und uns in diesem Jahr sicher noch weiter beschäftigen. Neben seinen bilanzrechtlichen Inhalten enthält das BilMoG auch entscheidende Implikationen für den Aufsichtsrat und seine Besetzung. Wir freuen uns, Sie hierüber in unserem nächsten Quarterly oder auf unseren Roundtables zu informieren.

Mit freundlichen Grüßen,
Ihre

Daniela Mattheus

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

Besetzung des Aufsichtsrats

Führungspositionen im Unternehmen richtig zu besetzen, ist heute schwieriger denn je. Zunehmend komplexe Unternehmens- und Marktstrukturen verlangen, dass insbesondere die Qualifikation der Akteure mit den Rahmenbedingungen stetig wächst. Beim Management ist dies notwendige Voraussetzung für den nachhaltigen Erhalt der Wettbewerbsposition des Unternehmens. Dass aber auch das Überwachungsorgan Schritt halten muss, ist angesichts der häufig branchenfremden und in dieser Funktion zumeist nebenberuflich tätigen Aufsichtsratsmitglieder hingegen keine Selbstverständlichkeit. Wachsame Aktionäre und eine sensible Öffentlichkeit fordern den Aufsichtsrat indes besonders dazu auf, seine Überwachungsaufgabe umfassend und angemessen auszufüllen. Dabei kommt es entscheidend auf die richtige Zusammensetzung des Aufsichtsrats, namentlich die dort vorhandenen Expertisen und Erfahrungen, an. Wie aber sieht der ideal besetzte Aufsichtsrat aus und wie kann der Aufsichtsrat selbst für eine sachgerechte Besetzung Sorge tragen?

Wahl und Auswahl von Aufsichtsratsmitgliedern

Zusammensetzung und Bestellung des Aufsichtsrats

Die Zusammensetzung des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft ist gesetzlich im Detail geregelt, und zwar sowohl hinsichtlich ihrer (immer durch drei teilbaren und vom Grundkapital der Gesellschaft abhängigen) Zahl als auch der Frage, ob der Aufsichtsrat allein aus Vertretern der Anteilseignerseite besteht oder ihm zusätzlich Arbeitnehmervertreter angehören (§§ 95 ff. AktG). Gleiches gilt für die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder. Die – nach § 102 Abs. 1 AktG längstens auf fünf Jahre zulässige – Bestellung erfolgt primär durch Wahl; alternativ kann ein Aufsichtsrat bzw. Aufsichtsratsmitglied auch gerichtlich bestellt werden, etwa wenn es an der gesetzlichen oder der zur Beschlussfähigkeit nötigen Mitgliederzahl fehlt (§ 104 Abs. 1 AktG). Für die mitbestimmten GmbHs gelten die aktienrechtlichen Vorschriften entsprechend (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, §§ 6 ff. MitbestG) – im Übrigen nur eingeschränkt über den Verweis in § 52 Abs. 1 GmbHG und für den Fall, dass der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorschreibt.

Wahl- und Auswahlkompetenz

Wahlkompetenz der Gesellschafter

Bei der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern muss – zumindest hinsichtlich des Prozesses – zwischen Vertretern der Anteilseigner- und der Arbeitnehmerseite unterschieden werden. Die Wahl von Arbeitnehmervertretern in mitbestimmten Aufsichtsräten richtet sich – ebenso wie deren Abberufung – nach den Besonderheiten des

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

Gesetzes, auf dem die Mitbestimmung der Gesellschaft beruht: §§ 6 ff. MontanMitbestG, §§ 4 ff. DrittelbG, §§ 10 ff. MitbestG; jene sollen hier nicht weiter vertieft werden. Die Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft werden von der Hauptversammlung gewählt (§§ 101 Abs. 1 Satz 1, 119 Abs. 1 Nr. 1 AktG). Dies soll nach einer Empfehlung des Deutschen Corporate Governance Kodex – entgegen der bisher verbreiteten Praxis – in Form einer Einzelwahl geschehen (Tz. 5.4.3 Satz 1 DCGK). In einer GmbH erfolgt die Wahl analog durch die Gesellschafterversammlung; freilich kann der Gesellschaftsvertrag die Zuständigkeit auch einem anderen Organ (etwa einem Gesellschafterausschuss) zuweisen. Daneben kann die Satzung – auch einer Aktiengesellschaft – bestimmten Gesellschaftern das Recht einräumen, Aufsichtsratsmitglieder zu entsenden. Die Vorschriften über die Zusammensetzung des Aufsichtsrats und den Wahlvorgang sind zwingend; andernfalls ist der Wahlbeschluss der Hauptversammlung nichtig bzw. anfechtbar (§§ 250, 251 AktG).

Vorschlagsrecht primär beim Aufsichtsrat

Die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder basiert auf Vorschlägen, die allein der Aufsichtsrat der Hauptversammlung in der Bekanntmachung zur Tagesordnung unterbreitet (§ 124 Abs. 3 Satz 1 AktG). Für die GmbH gibt es zwar keine (gleichartige) gesetzliche Regelung; insbesondere findet die aktienrechtliche Regelung nicht per gesetzlichen Verweis Anwendung. In der Praxis ist es allerdings auch dort üblich und zumeist durch Gesellschaftsvertrag geregelt, dass der Aufsichtsrat die Wahlvorschläge einbringt. Daneben haben auch die Aktionäre das Recht, über Gegenanträge zur Tagesordnung der Hauptversammlung (§ 126 AktG) eigene Kandidaten für die Wahl der Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat vorzuschlagen.

Auswahlverantwortung des Aufsichtsrats

Schon aufgrund seines Vorschlagsrechts hat der Aufsichtsrat die Verantwortung für eine adäquate Besetzung des Überwachungsgremiums. Maßgebender Treiber ist zudem der Umstand, dass der Aufsichtsrat in seiner individuellen Besetzung in der Lage sein muss, als Gesamtgremium die – in ihren einzelnen Facetten höchst unterschiedliche – Überwachungsaufgabe sachgerecht zu erfüllen und dafür vor allem die erforderliche Expertise vorzuhalten. Die richtige Besetzung des Aufsichtsrats ist damit – neben einer sachgerechten Binnenorganisation und Arbeitsweise – eine seiner wesentlichen (Selbst-)Organisationspflichten. Die Wahlvorschläge sollten von allen Aufsichtsratsmitgliedern mitgetragen werden; § 124 Abs. 3 Satz 4 AktG verlangt hierzu einen Aufsichtsratsbeschluss der Anteilseignervertreter.

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

Nominierungsausschuss im Aufsichtsrat

Nominierungsausschuss für den Auswahlprozess

Wie aber ist der Auswahlprozess im Einzelnen zu organisieren? Denn die Suche nach geeigneten Aufsichtsratskandidaten ist eine besonders zeitintensive Aufgabe, die neben einer sehr guten Kenntnis der Unternehmensverhältnisse ein ebenso hohes Maß an Vertraulichkeit erfordert. Eben wegen jener Anforderungen kann dieser Auswahlprozess – zumindest in größeren Aufsichtsräten – nicht von allen Organmitgliedern gemeinsam geleistet werden *(vgl. v. Werder/Wieczorek, in: Der Betrieb, 2007, S. 303)*. In der Vergangenheit lag die Kandidatenauswahl deshalb häufig in der Hand des Aufsichtsratsvorsitzenden, der hierfür zumeist auch das Gespräch mit dem Vorstand gesucht hat – ein mit Blick auf die Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder eher problematisches Vorgehen. Vor diesem Hintergrund und angesichts der Bedeutung einer qualifizierten Aufsichtsratsbesetzung wurde in die Fassung des Deutschen Corporate Governance Kodex vom 14. Juni 2007 die Empfehlung aufgenommen, im Aufsichtsrat einen ausschließlich aus Vertretern der Anteilseigner bestehenden Nominierungsausschusses einzurichten (Tz. 5.3.3).

Vorteile des Nominierungsausschusses

Aufgabe des Nominierungsausschusses ist es, die Beschlussfassung des Aufsichtsrats zu den Wahlvorschlägen für Anteilseignervertreter vorzubereiten. Damit lassen sich die Vorteile der Ausschussarbeit in Gänze ausnutzen: fachkompetentes effektives Arbeiten mit gebündeltem Sachverstand und vertrauliche Behandlung von sensiblen Themen. Eben jener Ansatz hatte seinerzeit auch die EU-Kommission veranlasst, sich in ihrer Empfehlung vom 15. Februar 2005 zu den Aufgaben von nichtgeschäftsführenden Direktoren (so die Terminologie im Verwaltungsrats-/Board-System) und Aufsichtsratsmitgliedern sowie zu den Ausschüssen des Verwaltungs-/Aufsichtsrats *(online abrufbar unter www.audit-committee-institute.de)* für die Einrichtung eines Nominierungsausschusses auszusprechen.

Integration in die Binnenorganisation

Damit der Nominierungsausschuss seine Aufgabe wahrnehmen kann, ist er als echter Aufsichtsratsausschuss in die sonstige Binnenorganisation des Aufsichtsrats zu integrieren *(vgl. dazu ausführlich Quarterly II/2005, S. 6 ff.)*. Insoweit gelten die für Ausschüsse allgemeinen aktienrechtlichen Vorschriften. Allerdings – dies ergab der jüngst veröffentlichte Kodex-Report 2008 des Berlin Center of Corporate Governance *(vgl. dazu ausführlich demnächst das Quarterly II/2008)* – werden die börsennotierten Gesellschaften dieser Empfehlung zumindest im kommenden Jahr (noch) nicht breitflächig folgen.

Zukünftige Akzeptanz der Kodex-Empfehlung zur Einrichtung eines Nominierungsausschusses (Tz. 5.3.3 DCGK)*:

- 96,3 % DAX30
- 66,7 % MDAX
- 30,6 % Prime
- 57,1 % TecDAX
- 50,0 % SDAX
- 19,0 % General
- 47,5 % Gesamt

*v. Werder/Talaulicar, Kodex-Report 2008, DB 2008, 828.

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

Aufgabenprofil des Nominierungsausschusses

Im Rahmen seiner Aufgabe sollte der Nominierungsausschuss zunächst – unter Berücksichtigung der spezifischen Unternehmenssituation – ein klares Anforderungsprofil für die Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat erarbeiten und dieses kontinuierlich, insbesondere aber bei Veränderungen der Unternehmenslage, überprüfen und ggf. anpassen. Anhand eines solchen Anforderungsprofils kann der Nominierungsausschuss sowohl die Eignung von zur Wiederwahl anstehenden Aufsichtsratsmitgliedern nachprüfen als auch systematisch nach neuen Kandidaten suchen. Die Empfehlung des Nominierungsausschusses an den Aufsichtsrat sollte nur einen Wahlvorschlag zur Besetzung einer vakanten Aufsichtsratsposition umfassen *(vgl. v. Werder/Wieczorek, a. a. O.)*, auch wenn der DCGK die Möglichkeit, dem Plenum mehrere Kandidaten vorzustellen und eine echte Auswahl zu lassen, nicht unterbindet.

Einsatz externer Personalberater

Der Nominierungsausschuss sollte vorrangig von sich aus kontinuierlich das nationale und – je nach Ausrichtung des Unternehmens – internationale Umfeld nach geeigneten Kandidaten beobachten *(Kremer, in: Ringleb et al., Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex, 3. Aufl. 2008, Rn. 1005b)*. Bei der Suche nach geeigneten Aufsichtsratsmitgliedern ist in anderen europäischen Ländern, etwa der Schweiz, – anders als in Deutschland – der Einsatz von Personalagenturen schon heute üblich. Sofern sich im Rahmen der Kandidatenfindung die Inanspruchnahme externer Personalberatungsunternehmen als erforderlich erweist, sollte sich der Nominierungsausschuss auch jener Dienstleister bedienen. Hierfür bedarf es freilich einer Ermächtigung durch den Aufsichtsrat, zumindest durch den Aufsichtsratsvorsitzenden.

Rechtliche Beschränkungen für die Mitgliedschaft im Aufsichtsrat

Bei der Kandidatenauswahl ist der Nominierungsausschuss bzw. der Aufsichtsrat an die gesetzlichen Beschränkungen bzw. an die statutarischen oder anderweitige unternehmensinterne Vorgaben für das Anforderungsprofil gebunden, etwa solche, die sich aus der Befolgung von Empfehlungen des DCGK ergeben. Missachtungen in diesem Bereich können erhebliche rechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

Gesetzliche Ausschlussgründe

Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung

Am bedeutungsvollsten sind hierbei zunächst die gesetzlichen Ausschlussgründe, die uneingeschränkt auch auf den obligatorischen Aufsichtsrat einer mitbestimmten GmbH (oder andere Rechtsformen) Anwendung finden. Ein Wahlbeschluss der Hauptversammlung, der gegen die dort verankerten Vorgaben verstößt, ist nichtig (§ 250 Abs. 1 Nr. 4 AktG). Dies gilt auch bei einer Global- oder Listenwahl, da nur über die Liste insgesamt Beschluss gefasst werden darf. Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung ist allerdings der Amtsantritt des Aufsichtsratsmitglieds. Damit kann ein am Tag der Hauptversammlung vorliegendes Bestellhindernis bis zum Amtsbeginn noch beseitigt werden.

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

Bestellvoraussetzungen und -hindernisse

Für eine Mitgliedschaft im Aufsichtsrat kommen zunächst nur natürliche und zugleich unbeschränkt geschäftsfähige Personen in Frage (§ 100 Abs. 1 Satz 1 AktG). Daneben formuliert das Gesetz – für die Vertreter der Anteilseigner und der Arbeitnehmer gleichermaßen – in § 100 Abs. 2 AktG sog. Bestellhindernisse, bei deren Vorliegen eine Mitgliedschaft im Aufsichtsrat ausgeschlossen ist. Für die Arbeitnehmervertreter gelten zudem zusätzliche Anforderungen aus den jeweils gültigen Mitbestimmungsgesetzen (§ 100 Abs. 3 AktG).

Gesetzliche Bestellhindernisse aus § 100 Abs. 2 AktG

Mitglied im Aufsichtsrat kann nicht sein,

- wer bereits in zehn Handelsgesellschaften, die gesetzlich einen Aufsichtsrat zu bilden haben, Aufsichtsratsmitglied ist (Nr. 1).

  Auf diese Höchstzahl sind bis zu fünf Aufsichtsratssitze nicht anzurechnen, die ein gesetzlicher Vertreter (beim Einzelkaufmann der Inhaber) des herrschenden Unternehmens eines Konzerns in zum Konzern gehörenden Handelsgesellschaften, die gesetzlich einen Aufsichtsrat zu bilden haben, innehat. Ein Aufsichtsratsmandat, für das das Mitglied zum Vorsitzenden gewählt worden ist, ist doppelt anzurechnen (§ 100 Abs. 2 Satz 2 AktG).
- wer gesetzlicher Vertreter eines von der Gesellschaft abhängigen Unternehmens ist (Nr. 2);
- wer gesetzlicher Vertreter einer anderen Kapitalgesellschaft ist, deren Aufsichtsrat ein Vorstandsmitglied der Gesellschaft angehört (Nr. 3).

Nominierungsbeschränkungen aus dem DCGK

Gestaltungsspielraum für den Aufsichtsrat

Daneben enthält der Deutsche Corporate Governance Kodex zahlreiche Empfehlungen, die ggf. bei der Erstellung des unternehmensindividuellen Anforderungsprofils und damit bei der Besetzung zu berücksichtigen sind. Diese sind nicht per se verbindlich; entscheidend sind die veröffentlichten Angaben in der Entsprechenserklärung nach § 161 AktG. Aber auch hier hat der Aufsichtsrat Gestaltungsspielraum. Will er bei seinem Anforderungsprofil oder einem Kandidatenvorschlag künftig von einer bisher befolgten Empfehlung für die Zukunft abweichen, muss er dies nur in einer geänderten Entsprechenserklärung offenlegen *(vgl. dazu auch S. 22 in diesem Quarterly)*.

Kodex-Empfehlungen betreffend die Auswahl von Aufsichtsratsmitgliedern

- Verfügbarkeit der für die ordnungsgemäße Wahrnehmung der Aufgaben erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und fachlichen Erfahrungen (Tz. 5.4.1 Satz 1 DCGK)
- Berücksichtigung der internationalen Tätigkeit des Unternehmens (Tz. 5.4.1 Satz 2 DCGK)
- Berücksichtigung potenzieller Interessenkonflikte (Tz. 5.4.1 Satz 2 DCGK)

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

- Berücksichtigung einer festzulegenden Altersgrenze für Aufsichtsratsmitglieder (Tz. 5.4.1 Satz 2 DCGK)
- Ausreichende Anzahl unabhängiger Mitglieder im Aufsichtsrat (Tz. 5.4.2 Satz 1 DCGK)
- Beschränkungsempfehlung, dass dem Aufsichtsrat nicht mehr als zwei ehemalige Mitglieder des Vorstands angehören (Tz. 5.4.2 Satz 3 DCGK)
- Beschränkungsempfehlung, dass potenzielle Aufsichtsratsmitglieder keine Organfunktionen oder Beratungsaufgaben bei wesentlichen Wettbewerbern des Unternehmens ausüben (Tz. 5.4.2 Satz 4 DCGK)
- Verfügbarkeit der für die Wahrnehmung der Mandate erforderlichen Zeit (Tz. 5.4.5 Satz 1 DCGK)

Neue Anforderung nach BilMoG

Das derzeit als Referentenentwurf vorliegende Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG-E) wird für sog. kapitalmarktorientierte Kapitalgesellschaften i.S.d. § 264d HGB-E *(vgl. ausführlich dazu Quarterly IV/2007, S. 13)* eine neue Anforderung einfügen: Der Aufsichtsrat einer solchen Gesellschaft muss zwingend über mindestens ein unabhängiges Mitglied mit Sachverstand auf dem Gebiet Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügen (§ 100 Abs. 5 AktG-E). Hat der Aufsichtsrat einen Prüfungsausschuss gebildet, muss mindestens ein dortiges Mitglied diese Voraussetzungen erfüllen (§ 107 Abs. 4 AktG-E); dies kann ein und dieselbe Person sein. Die neue Regelung, die auf eine europarechtliche Vorgabe zurückgeht, ist sowohl in den Detailvoraussetzungen als auch dahingehend noch unklar, welche genauen Rechtsfolgen eintreten, wenn keines der Mitglieder im Aufsichtsrat die Voraussetzungen aus § 100 Abs. 5 AktG-E aufweist *(vgl. dazu Habersack, AG 2008, 98 ff.)*. Es ist zu befürchten, dass die Wahlbeschlüsse der Hauptversammlung (sowohl bei einer Einzel- als auch bei einer Listenwahl) nach § 251 Abs. 1 AktG zumindest anfechtbar sind.

Allgemeines Anforderungsprofil an Aufsichtsratsmitglieder

Überblick

Neben jenen rechtlichen Kriterien ist das Anforderungsprofil an ein Aufsichtsratsmitglied höchst unternehmensindividuell zugeschnitten. Entscheidend ist, in welcher Besetzung das Überwachungsgremium insgesamt die ihm im Unternehmen gestellte Überwachungsaufgabe sachgerecht und optimal erfüllen kann. Maßgebende Parameter sind dabei vor allem der im Aufsichtsrat versammelte Sachverstand und die hinreichende Unabhängigkeit des Überwachungsgremiums. Für das Anforderungsprofil und die Auswahl des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds sollten deshalb berücksichtigt werden:

- die Expertise (Fachkenntnisse, Fähigkeiten und berufliche Erfahrungen),
- die Unabhängigkeit vom Unternehmen und von der Unternehmensleitung,
- das zeitliche und persönliche Engagement sowie nicht zuletzt
- die Persönlichkeit des Aufsichtsratsmitglieds.

Schon an dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass nicht jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied alle Kriterien, etwa eine allumfassende Überwachungskompetenz, in seiner

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

Person allein erfüllen muss. Entscheidend ist, dass alle Aufsichtsratsmitglieder gemeinsam, also das Gremium, die gesetzliche Überwachungsaufgabe erfüllen kann. Jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied ist dabei mit seinen individuellen persönlichen Voraussetzungen ein wesentlicher Baustein.

Expertise: Fachkenntnisse, Fähigkeiten und berufliche Erfahrungen

Kein gesetzliches Anforderungsprofil

Welche fachlichen Kompetenzen ein Aufsichtsratsmitglied besitzen muss, ist gesetzlich – selbst in stark regulierten Branchen wie dem Bankensektor – nicht geregelt. Allein im Kodex wird ein allgemeines Kandidatenprofil umschrieben, indem Tz. 5.4.1 Satz 1 DCGK per Empfehlung für die Auswahl von Aufsichtsratsmitgliedern die „erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und fachlichen Erfahrungen" einfordert. Was aber sind die „erforderlichen" Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen? Dies lässt sich allein aus dem allgemeinen Aufgabenportfolio des Aufsichtsrats einerseits und den spezifischen Anforderungen im jeweiligen Unternehmen und dessen konkreter Situation ableiten. Konsequent können der Bedarf an konkreten Einzelkompetenzen, das erforderliche Kompetenzspektrum im Gesamtgremium und damit die entsprechende Kandidatenauswahl je nach Art und Situation des Unternehmens und den Märkten, in denen es agiert, sehr unterschiedlich sein.

Mindestkenntnisse bei jedem Aufsichtsratsmitglied

Freilich gibt es allgemeine Anforderungen, sog. Mindestkenntnisse, die an jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied zu stellen sind. Neben allgemeinem Grundwissen im Gesellschaftsrecht gehören hierzu funktionsbezogen auch das Wissen über Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, Vertrautheit mit betriebs- und volkswirtschaftlichen Sachverhalten, strategischen Elementen der Unternehmensführung, aber auch grundlegende Kenntnisse der Rechnungslegung. Dafür muss das Aufsichtsratsmitglied die für das Unternehmen maßgeblichen wirtschaftlichen Zusammenhänge, insbesondere das Geschäftsmodell des Unternehmens und die üblicherweise anfallenden Geschäftsvorfälle, verstehen, analysieren und beurteilen können. Auch gewisse Branchenkenntnisse sollte ein Aufsichtsratsmitglied vorhalten können. Für externe Kandidaten ergibt sich hieraus, dass in der Regel eine schnelle Einarbeitung in die branchenspezifischen Besonderheiten des jeweiligen Unternehmens erforderlich wird. Denn mit der Mandatsübernahme erklärt jedes Aufsichtsratsmitglied indirekt, dass es an der Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats sachgerecht mitwirken kann *(Kremer, in: Ringleb et al., a. a. O., Rn. 1015)*. Entscheidender Zeitpunkt hierfür ist mithin der Amtsantritt.

Experten im Aufsichtsrat

Darüber hinaus kann es erforderlich sein, für bestimmte Themen und Überwachungsbereiche im Aufsichtsrat (zeitweise) Experten mit Spezialkenntnissen vorzuhalten. Jene können sich im Aufsichtsrat über die Zeit verändern, etwa wenn das Unternehmen seine Strategie wechselt oder in eine Krisensituation gerät. Um solchen Veränderungen Rechnung tragen zu können, muss nicht nur das Anforderungsprofil des Gesamtaufsichtsrats kontinuierlich neu hinterfragt werden. Darüber hinaus empfiehlt der DCGK auch, Aufsichtsratsmitglieder zu unterschiedlichen Terminen und für unterschiedliche Amtsperioden zu wählen (Tz. 5.4.6 DCGK), um so auf wechselnde Rahmenbedingungen schnell reagieren zu können.

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

Besonderer Sachverstand im Prüfungsausschuss

Ein auf eine spezifische Aufgabe und Funktion im Aufsichtsgremium ausgerichtetes Anforderungsprofil ist für die Überwachung der Rechnungslegung, der Abschlussprüfung und der unternehmerischen Kontrollsysteme erforderlich. Deshalb wird verschiedentlich hierfür eine besondere Expertise (zumindest eines Aufsichtsratsmitglieds) verlangt. De lege lata empfiehlt der DCGK, dass der Vorsitzende des Prüfungsausschusses über besondere Kenntnisse und Erfahrungen in der Anwendung von Rechnungslegungsgrundsätzen und internen Kontrollverfahren verfügen soll (Tz. 5.3.2 Satz 2). Nach dem BilMoG-E muss im Aufsichtsrat kapitalmarktorientierter Kapitalgesellschaften (und bei Einrichtung eines Prüfungsausschusses in diesem) mindestens ein unabhängiges Mitglied über Sachverstand auf dem Gebiet Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügen (§§ 100 Abs. 5, 107 Abs. 4 AktG-E). Auch international sind bezogen auf diese besonderen Überwachungsaufgaben besondere Anforderungen üblich, etwa für den *Financial Expert* im *Audit Committee* nach Sec. 407 des Sarbanes-Oxley Act *(vgl. hierzu ausführlich schon Quarterly III/2005, S. 16)*.

Internationale Erfahrungen

Immer mehr Unternehmen agieren grenzüberschreitend. Damit gewinnt auch der Internationalitätsaspekt bei der Auswahl potenzieller Aufsichtsratsmitglieder an Bedeutung und wird vom DCGK wohl deshalb besonders hervorgehoben. Gerade auch von weltweit tätigen Unternehmen mit hohem Anteil ausländischer Investoren oder Großabnehmer wird eine entsprechende Spiegelung im Aufsichtsrat erwartet – anders als in traditionellen, nur im Inland geführten Familienunternehmen. Obwohl augenscheinlicher, muss sich die Auswahl nicht auf Leitungspersönlichkeiten in ausländischen Unternehmen beschränken. Viel entscheidender ist häufig internationale Erfahrung in den für das Unternehmen wichtigen ausländischen Märkten, die durchaus auch bei deutschen Kandidaten gegeben sein kann.

Expertenmix entscheidet

Entscheidend ist bei alledem der für das jeweilige Unternehmen geeignete Mix an Expertise. Dieser Gesichtspunkt gewinnt besondere Bedeutung vor allem in kleineren Aufsichtsgremien. Jede Vorbereitung eines Wahlvorschlags bietet einen Anlass, den aktuell im Aufsichtsrat fehlenden Sachverstand zu identifizieren und zu versuchen, diesen durch einen geeigneten Kandidatenvorschlag zu ergänzen. Gepaart mit einer zweckmäßig strukturierten Aufgabenteilung in Ausschüssen wird durch eine so ausgerichtete Besetzungsstrategie die Grundlage für eine effiziente und effektive Überwachung und Arbeitsweise des Aufsichtsrats gelegt.

Unabhängigkeit des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder

Ein bei der Kandidatenauswahl ebenso wichtiger Parameter ist die Unabhängigkeit des Aufsichtsratsmitglieds. Zum einen darf die im Grundsatz am Unternehmensinteresse auszurichtende Aufsichtsratstätigkeit nicht von anderen Interessenprioritäten überlagert sein. Deshalb darf ein Aufsichtsratsmitglied bei seinen Entscheidungen keine persönlichen Interessen verfolgen oder Geschäftschancen, die dem Unternehmen zustehen, für sich selbst nutzen (Tz. 5.5.1 DCGK). Zum anderen bedeutet Unabhängigkeit auch Distanz zum zu überwachenden Vor-

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

stand. Beide Aspekte sind bei der Auswahl von Aufsichtsratskandidaten zu berücksichtigen.

Konkrete Vorgaben aus dem Aktienrecht

Einige Vorgaben bzw. Anhaltspunkte für diese Beurteilung finden sich im Aktiengesetz bzw. im DCGK: So dürfen Mitglieder des Vorstands, deren Stellvertreter, Prokuristen oder zum gesamten Geschäftsbetrieb ermächtigte Handlungsbevollmächtigte nicht zugleich Aufsichtsratmitglied im Unternehmen sein (§ 105 Abs. 1 AktG). Dies ist ebenso ein Ausschlussgrund wie die schon eingangs aufgeführten Bestellhindernisse aus § 100 Abs. 2 Nr. 2 und 3 AktG *(siehe S. 8 in diesem Quarterly)*. Beachtenswert ist insoweit auch die beabsichtigte Neuregelung im Entwurf eines Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes, wonach im Aufsichtsrat zwingend mindestens ein unabhängiges Mitglied vorhanden sein muss, § 100 Abs. 5 AktG-E *(siehe S. 9 in diesem Quarterly)*.

Allgemeine Empfehlungen zur Unabhängigkeit

Derzeit enthält der Kodex nur eine dahingehende *Empfehlung*, dass dem Aufsichtsrat eine ausreichende Anzahl unabhängiger Mitglieder angehören soll (Tz. 5.4.2 Satz 1 DCGK). Ein Aufsichtsratsmitglied wird dabei als unabhängig angesehen, wenn es in keiner geschäftlichen oder persönlichen Beziehung zu der Gesellschaft oder deren Vorstand steht, die einen Interessenkonflikt begründet (Tz. 5.4.2 Satz 2 DCGK). Welche Fallgestaltungen die Kodex-Kommission hierbei konkret im Auge hat, bleibt offen. Anhaltspunkte bietet die Empfehlung der EU-Kommission vom 15. Februar 2005 zu den Aufgaben von nichtgeschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften *(2005/162/EG, veröffentlicht im Amtsblatt der EU v. 25.02.2005, L 52/51; vgl. hierzu auch Quarterly IV/2004, S. 24)*, auf die auch die Begründung zum BilMoG-E verweist.

Im Anhang II der EU-Empfehlung findet sich eine nicht abschließende Aufzählung wesentlicher Aspekte, die ein Risiko für die Unabhängigkeit begründen und aus denen sich sehr detaillierte Regelbeispiele für die Unabhängigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds herleiten lassen:

Regelbeispiele zur Unabhängigkeit aus der EU-Empfehlung

- Die Person darf kein Vorstandsmitglied der Gesellschaft oder einer verbundenen Gesellschaft sein und sie darf in den fünf vorausgegangenen Jahren kein solches Amt ausgeübt haben.
- Die Person darf kein Angestellter der Gesellschaft oder einer verbundenen Gesellschaft sein und darf sich in den drei vorausgegangenen Jahren nicht in einem solchen Angestelltenverhältnis befunden haben (Ausnahme: Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat).
- Die Person darf keine zusätzliche Vergütung von der Gesellschaft oder einer verbundenen Gesellschaft erhalten oder erhalten haben mit Ausnahme einer Vergütung für die Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied.

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

- Die Person darf kein kontrollierender Aktionär sein oder einen solchen vertreten.
- Die Person darf zu der Gesellschaft oder einer verbundenen Gesellschaft kein Geschäftsverhältnis in bedeutendem Umfang unterhalten oder im letzten Jahr unterhalten haben.
- Die Person darf in den letzten drei Jahren kein Partner oder Angestellter des externen Abschlussprüfers der Gesellschaft oder einer verbundenen Gesellschaft gewesen sein.
- Die Person darf kein Vorstandsmitglied in einer anderen Gesellschaft sein, in der ein Vorstandsmitglied der Gesellschaft ein Mitglied des Aufsichtsrats ist; die Person darf zudem keine anderen bedeutsamen Verbindungen zu Vorstandsmitgliedern der Gesellschaft durch die Beteiligung in anderen Gesellschaften oder Organisationen unterhalten.
- Die Person darf nicht mehr als drei Amtsperioden (längstens zwölf Jahre) ein Mandat im Aufsichtsrat ausgeübt haben.
- Die Person darf kein enger Familienangehöriger eines Vorstandsmitglieds oder von Personen sein, die sich in einer oben beschriebenen Position befinden.

Entscheidungshoheit beim Aufsichtsrat

Allerdings soll es in erster Linie Aufgabe des Aufsichtsrats sein, zum einen die Kriterien für seine Unabhängigkeit festzulegen; deshalb haben die Regelbeispiele lediglich Indizwirkung. Zum anderen hat der Aufsichtsrat auch einen breiten Beurteilungsspielraum für die Frage, wann im Sinne des Kodex eine ausreichende Anzahl unabhängiger Mitglieder vorliegt, sodass ggf. ebenso eine hinter der Mehrheit zurückbleibende Zahl an unabhängigen Aufsichtsratsmitgliedern genügen kann. Der Aufsichtsrat sollte indes den Anteilseignern, etwa im Corporate-Governance-Bericht (bzw. im künftigen Bericht zur Unternehmensführung nach § 289a HGB-E) darlegen, warum er ein betreffendes Aufsichtsratsmitglied oder den Aufsichtsrat insgesamt dennoch als unabhängig ansieht.

Kodex-Empfehlung zu ehemaligen Vorstandsmitgliedern

Wesentlich eindeutiger ist der Kodex, soweit es um die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats vom Vorstand geht: Nach Tz. 5.4.2 Satz 3 DCGK sollen dem Aufsichtsrat nicht mehr als zwei ehemalige Mitglieder des Vorstands angehören. Hintergrund ist, dass strategische und personelle Entscheidungen, die noch in die Zeit der Vorstandstätigkeit zurückreichen, erfahrungsgemäß von einem in den Aufsichtsrat gewechselten Vorstandsmitglied seltener kritisch hinterfragt werden und die Gefahr einer Beurteilungsbefangenheit besteht. Gleichwohl kennen ehemalige Vorstandsmitglieder in aller Regel das Unternehmen erheblich besser als externe Kandidaten. Die Kodex-Empfehlung zielt auf einen Ausgleich: zwischen dem aus dem unternehmensinternen Wissen unverzichtbaren Mehrwert für eine effektive Überwachung einerseits und der Distanz zur Unternehmensleitung des Aufsichtsrats andererseits.

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

Keine Organ- und Beratungsfunktion bei Wettbewerbern

Einen ähnlichen Konflikt zwischen Sachverstand und Unabhängigkeit behandelt Tz. 5.4.2 Satz 4 DCGK mit der Empfehlung, dass Aufsichtsratsmitglieder keine Organ- oder Beratungsfunktionen bei Wettbewerbern wahrnehmen sollen: Bestimmte Themen der Aufsichtsratsarbeit, wie strategische Ausrichtung des Unternehmens, Produktpolitik, Marketingaktivitäten, sind so sensibel, dass sie nicht der Gefahr von Interessenkonflikten ausgesetzt werden dürfen. Auch hier ist zu berücksichtigen, dass Branchenexpertise außerhalb des eigenen Unternehmens – und damit eine Benchmark-Kompetenz – mit gleichzeitiger Praxiserfahrung in der Regel nur bei Kandidaten zu finden ist, die im Wettbewerbsumfeld tätig sind. Der Aufsichtsrat ist also bei seiner Kandidatenauswahl auch hier vor die Abwägung zwischen dem erforderlichen Sachverstand einerseits und einem möglichen Interessenkonflikt des Kandidaten andererseits gestellt, was die Suche nach geeigneten Aufsichtsratskandidaten erschwert. Entscheidend ist es auch hier, die richtige Balance in der Zusammensetzung des Überwachungsgremiums zu finden.

Zeitliches und persönliches Engagement

Hinreichendes zeitliches Engagement

Neben jenen harten Kriterien sollte der Nominierungsausschuss im Rahmen der Kandidatenauswahl auch auf sog. weiche Faktoren achten. Dazu gehört in erster Linie, dass der betreffende Kandidat nicht nur persönlich bereit ist, sich im Aufsichtsrat hinreichend zu engagieren, sondern auch über entsprechende zeitliche Kapazitäten verfügt. Denn auch die zeitliche Beanspruchung für Aufsichtsratsmandate ist – mit den qualitativen Anforderungen – über die Jahre kontinuierlich gestiegen, obgleich der Gesetzgeber bislang an der historischen Prämisse des „Nebenamtes" festhält. Maßgebender Treiber ist, dass gerade die verstärkte Einrichtung von Ausschüssen im Aufsichtsrat die Gesamtzahl der Sitzungstermine aus Plenum und Ausschüssen erheblich erhöht hat. Neben steigender Intensität für die Vorbereitung wächst letztlich auch die Gefahr von Terminengpässen und Terminkollisionen mit anderen Mandaten. Zu Recht wird deshalb in Frage gestellt, ob die gesetzliche Beschränkung auf zehn Aufsichtsratsmandate in § 100 Abs. 2 Nr. 1 AktG noch angemessen ist. Für börsennotierte Gesellschaften wird dementsprechend empfohlen, dass ihre Vorstandsmitglieder jeweils nicht mehr als fünf Aufsichtsratsmandate in konzernexternen börsennotierten Gesellschaften wahrnehmen sollen (Tz. 5.4.5 Satz 2 DCGK).

Persönliche Kompatibilitäten

Schließlich sollte gleichfalls berücksichtigt werden, dass die Überwachungsarbeit im Aufsichtsrat als Team geleistet wird. Die Beschlüsse werden nach gemeinsamer Erörterung im Gremium gefasst und in Ausschüssen, also in kleinem Rahmen, vorbereitet. Aufsichtsratsmitglieder müssen – zumindest in Teilen – eng und koordiniert zusammenarbeiten. Ob dies reibungslos funktioniert, hängt auch entscheidend von den individuellen Persönlichkeiten ab. Deshalb sollte bei der Auswahl nicht ganz außer Acht gelassen werden, ob sich der Kandidat auch persönlich gut in das bestehende Aufsichtsgremium einfügt und mit den übrigen Aufsichtsratsmitgliedern auszukommen vermag.

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

Resümee

Tendenzen zum Berufsaufsichtsrat?

In summa ist die Suche nach geeigneten Aufsichtsratsmitgliedern kein leichtes Unterfangen, sollen all jene hier aufgeführten Aspekte hinreichend Berücksichtigung finden. In einer Art magischem Viereck von Kriterien erfordert jedes Kandidatenprofil einen Abwägungsprozess: So wird einerseits nach Branchenexpertise gesucht, ohne aber auf Wettbewerber zurückzugreifen; andererseits nach Führungsexpertise aus erfolgreicher operativer Leitungstätigkeit, obwohl eine derartige Aufgabe heute kaum noch Zeit für nebenberufliche Pflichten lässt. Die gelegentlich erhobene Forderung nach hauptamtlichen Aufsichtsräten, sog. „Berufsaufsichtsräten", ist damit auf lange Sicht keine gänzlich unrealistische. Denn nur solche Persönlichkeiten können sich unbeeinträchtigt von anderen, sonst vorrangigen Aufgaben ihrer Überwachungsaufgabe kontinuierlich mit dem nötigen Einsatz widmen. Freilich würde eine solch grundlegende Veränderung im deutschen Aufsichtsratssystem zahlreiche weitere Auswirkungen haben, etwa auf die Vergütung; Tendenzen in diese Richtung sind schon jetzt zu erkennen. ■

Ausgewählte Kernfragen für den Nominierungsausschuss/Aufsichtsrat

- Hat der Aufsichtsrat bereits einen Nominierungsausschuss eingerichtet?
- Hat der Aufsichtsrat/Nominierungsausschuss für das Überwachungsgremium ein Anforderungsprofil aufgestellt und dabei berücksichtigt, welche Qualifikationen im Einzelnen für die Wahrnehmung der Überwachungsaufgabe im Unternehmen erforderlich sind?
- Wird dieses Anforderungsprofil regelmäßig überprüft und ggf. angepasst?
- Gibt es im derzeitigen Aufsichtsrat noch nicht ausreichend besetzte Kompetenzerfordernisse?
- Erfüllt der Aufsichtsrat die im Kodex oder im Gesetz vorgesehenen Anforderungen an die Unabhängigkeit?
- Hat der Nominierungsausschuss/Aufsichtsrat eine „Stellenbeschreibung" für vakante Aufsichtsratspositionen entwickelt, die auf diesem Anforderungsprofil basieren?
- Berücksichtigt das Anforderungsprofil die rechtlichen Restriktionen?
- Haben die Mitglieder des Nominierungsausschusses oder des Aufsichtsrats die Expertise, geeignete Kandidaten selbst zu finden?
- Wird bei Bedarf auf externe Beratungsunternehmen zurückgegriffen?

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

Gastkommentar von Prof. Dr. Axel v. Werder

Der Nominierungsausschuss des Aufsichtsrats

Prof. Dr. Axel v. Werder
Lehrstuhl für Betriebswirtschaftslehre, insb. Organisation und Unternehmensführung, an der Technischen Universität Berlin.

Leiter des Berlin Center of Corporate Governance (BCCG) und Mitglied der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex.

Als Konsequenz der lebhaften Diskussion um Formen guter Corporate Governance haben sich die Anforderungen an den Aufsichtsrat in den zurückliegenden Jahren signifikant erhöht. Die Sicherstellung einer exzellenten Eignung der Mitglieder eines Aufsichtsrats zur Bewältigung ihrer Überwachungsaufgaben ist daher heute wichtiger als je zuvor. Defizite von Aufsichtsratsmitgliedern im Hinblick auf ihre fachliche Qualifikation und persönliche Unabhängigkeit lassen sich durch andere Governance-Maßnahmen, wie etwa die Installierung von Anreiz- und Kontrollsystemen, letztlich nicht kompensieren.

Angesichts der großen Bedeutung, die der Qualifikation und Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder für die Wirksamkeit der Unternehmensüberwachung zukommt, darf die Auswahl der betreffenden Personen nicht ad hoc erfolgen und durch die Zufälligkeiten eines traditionellen oder spontan entstandenen Kontaktgeflechts bestimmt werden. Notwendig ist vielmehr ein systematischer Nominierungsprozess, um die nach Kompetenz, Erfahrung und Persönlichkeitsstruktur am besten geeigneten Kandidaten identifizieren und für eine Mitarbeit im Aufsichtsrat gewinnen zu können.

Nach der aktienrechtlichen Zuständigkeitsordnung beschließt die Hauptversammlung über die Bestellung der Mitglieder des Aufsichtsrats, soweit sie nicht in den Aufsichtsrat zu entsenden oder als Vertreter der Arbeitnehmer nach den einschlägigen Mitbestimmungsgesetzen zu wählen sind (§ 119 Abs. 1 Nr. 1 AktG). In der Bekanntmachung der Tagesordnung der Hauptversammlung hat der Aufsichtsrat zur Wahl der (von den Aktionären zu bestimmenden) Aufsichtsratsmitglieder Vorschläge zur Beschlussfassung zu machen (§ 124 Abs. 3 Satz 1 und 2 AktG). Die Letztentscheidung über die personelle Zusammensetzung der Anteilseignerseite des Aufsichtsrats liegt damit eindeutig bei den Aktionären. Allerdings kann der Aufsichtsrat durch seine Wahlvorschläge de facto einen nicht unerheblichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung nehmen. Die Nominierung potenzieller Mandatsträger markiert folglich eine große Verantwortung, welcher der Aufsichtsrat nur auf der Grundlage transparenter Kriterien und mit einem geordneten Auswahlverfahren gerecht werden kann.

Sowohl bei einer Wiederbestellung als auch und insbesondere im Fall der erstmaligen Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds stellt die fundierte Erarbeitung der Personalvorschläge eine Aufgabe dar, die aufgrund ihrer zeitlichen und fachlichen Anforderungen sowie der gebotenen Vertraulichkeit zumindest in größeren Aufsichtsräten nicht von sämtlichen Organ-

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

mitgliedern wahrgenommen werden kann und wahrgenommen werden sollte. Die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex hat daher mit guten Gründen auf ihrer Plenarsitzung am 14. Juni 2007 die Empfehlung in den Kodex aufgenommen, die Vorbereitung der Wahlvorschläge des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung einem Nominierungsausschuss zu übertragen (Tz. 5.3.3 DCGK).

Ein solcher Nominierungsausschuss sollte zunächst das nach der jeweiligen strategischen Situation des Unternehmens erforderliche Anforderungsprofil des Überwachungsorgans formulieren, den Anteilseignervertretern im Aufsichtsrat zur Kenntnis geben und eventuelle diesbezügliche Anregungen aufnehmen. Mit Blick auf das angestrebte Qualifikations- und Unabhängigkeitsprofil des Gesamtgremiums sollte er sodann die einzelnen für eine Mandatsübernahme in Frage kommenden Personen evaluieren und eine Liste der am besten geeigneten Kandidaten aufstellen. In Anbetracht der Komplexität und Sensibilität von Personalentscheidungen erscheint es sachgerecht, wenn das Aufsichtsratsplenum lediglich mit diesem endgültigen Wahlvorschlag für die Hauptversammlung befasst wird, nicht aber mit den zwischenzeitlich ebenfalls ventilierten personellen Alternativen. Der Nominierungsausschuss sollte deshalb nur den Prozess der Kandidatenfindung im Aufsichtsrat erläutern und das Personaltableau für den Wahlvorschlag zur Beschlussfassung präsentieren.

Der Nominierungsausschuss darf zur Wahrung der erforderlichen Arbeitsfähigkeit und Vertraulichkeit nicht zu groß sein. Je nach Größe des Gesamtaufsichtsrats sollte er sich aus etwa drei bis vier Mitgliedern zusammensetzen. Dabei bietet es sich an, dass der Vorsitzende des Aufsichtsrats entsprechend seiner Gesamtverantwortung für das Überwachungsorgan dem Nominierungsausschuss – wenn auch nicht zwangsläufig als Ausschussvorsitzender – angehört.

Nach der Empfehlung des Kodex rekrutieren sich die Mitglieder eines Nominierungsausschusses allein aus dem Kreis der Anteilseignerrepräsentanten im Aufsichtsrat. Diese Besetzungsmodalität nimmt zum einen auf die aktienrechtliche Bestimmung Bezug, dass der Aufsichtsratsbeschluss über die Wahlvorschläge an die Hauptversammlung nur der Stimmenmehrheit der Aktionärsvertreter bedarf (§ 124 Abs. 3 Satz 4 AktG). Sie korrespondiert darüber hinaus mit der autonomen Auswahl der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmerseite durch die Belegschaften.

In kleineren Aufsichtsräten ist es durchaus auch denkbar, dass die gesamte Anteilseignerbank den Nominierungsausschuss des Aufsichtsrats bildet. Der Nominierungsausschuss bietet damit auch kleinen Überwachungsgremien eine interessante Option. Mit seiner Hilfe lässt sich die aktienrechtliche Zuständigkeit der Aktionärsvertreter für die Nominierung der (Anteilseigner-)Kandidaten organisatorisch überzeugend verankern. ■

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

Der Aufsichtsratsvorsitzende in der Hauptversammlung

Die Hauptversammlungssaison hat begonnen. In vielen Gesellschaften steht die Hauptversammlung unmittelbar bevor. Neben der Vorbereitung und Einladung zur Hauptversammlung *(siehe dazu Quarterly IV/2007, S. 14 f.)* ist der Aufsichtsrat auch in deren Ablauf eingebunden. Insbesondere der Aufsichtsratsvorsitzende ist gefordert: Er muss den Aktionären nicht nur den Bericht des Aufsichtsgremiums präsentieren, sondern hat häufig auch die Versammlungshoheit.

Bericht des Aufsichtsrats

Aufgabe des Aufsichtsratsvorsitzenden ist es zunächst, den Bericht des Aufsichtsrats zu verlesen und den Aktionären im Bericht des Aufsichtsrats (§ 171 Abs. 2 AktG) über das Ergebnis der Prüfung der Finanzberichterstattung sowie darüber zu berichten, wie der Aufsichtsrat seiner Aufgabe, die Geschäftsführung zu überwachen, nachgekommen ist. Die Rechtsprechung legt hohe Maßstäbe an die Berichtsqualität. Der Aufsichtsrat sollte daher besondere Sorgfalt auf die Inhalte und Formulierungen seines Berichts verwenden. Bei börsennotierten Gesellschaften müssen zudem konkrete Angaben zu den gebildeten Ausschüssen sowie zur Anzahl der Sitzungen des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse erfolgen. Ebenfalls wird regelmäßig über personelle Veränderungen in Vorstand und Aufsichtsrat informiert. Nach dem DCGK soll auch über aufgetretene Interessenkonflikte von Aufsichtsratsmitgliedern berichtet werden und darüber, ob Mitglieder des Aufsichtsrats an weniger als der Hälfte der Sitzungen teilgenommen haben *(vgl. dazu Quarterly IV/2005, S.12)*.

Der Aufsichtsratsvorsitzende als Versammlungsleiter

Eine zentrale Figur auf einer Hauptversammlung bildet der Versammlungsleiter; er ist für die ordnungsgemäße Durchführung der Hauptversammlung nach den gesetzlichen Bestimmungen und der Satzung zuständig. Die meisten Satzungen räumen dem Aufsichtsratsvorsitzenden die Versammlungshoheit ein. Jene Kompetenz kann der Aufsichtsratsvorsitzende nur mit wichtigem Grund (etwa mangelnde Sprachkenntnisse) in andere Hände legen *(vgl. LG München I, AG 2007, 830)*. Dabei kann aus einer unberechtigten Amtsniederlegung allein kein Anfechtungstatbestand abgeleitet werden; die Beschlüsse der Hauptversammlung sind rechtmäßig, sofern der (Ersatz-)Versammlungsleiter ordnungsgemäß bestimmt bzw. gewählt worden ist.

Befugnisse des Versammlungsleiters

Um die Geschäfte der Hauptversammlung sachgerecht zu erledigen, steht dem Versammlungsleiter eine Vielzahl von Befugnissen zur Verfügung. Diese sind häufig zwar nicht gesetzlich geregelt, haben

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

sich aber gewohnheitsrechtlich entwickelt und sind allgemein anerkannt:

Wesentliche Befugnisse auf einen Blick

- Entscheidung über Teilnahmerecht
- Veranlassung von Sicherheitskontrollen
- Kontrolle der ordnungsgemäßen Aufstellung des Teilnehmerverzeichnisses
- Entscheidung über die Protokollführung und Tonbandaufzeichnungen
- Eröffnung der Hauptversammlung
- Abhandlung der Tagesordnung
- Erteilung, Beschränkung und Entzug des Rederechts
- Beschränkung des Auskunfts- und Fragerechts
- Saalverweis
- Leitung der Abstimmung, Festlegung des Verfahrens und Verkündung der Ergebnisse
- Schließung der Hauptversammlung

Die Ausübung der Befugnisse steht im pflichtgemäßen Ermessen des Versammlungsleiters, wobei dieser an das Neutralitätsgebot, das Verhältnismäßigkeitsprinzip und den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden ist. Bei jeder ausgesprochenen Ordnungsmaßnahme sollte sich der Versammlungsleiter bewusst sein, dass damit ein Eingriff in die Rechte der Aktionäre verbunden ist. Bei unverhältnismäßigen Maßnahmen droht die Anfechtbarkeit bzw. Nichtigkeit der Hauptversammlungsbeschlüsse. Daher sollte der Versammlungsleiter nicht nur seine Instrumentarien kennen, sondern auch die Bedingungen ihres Einsatzes.

Was es zu beachten gilt

Um die Verhältnismäßigkeit zu wahren, helfen Rechtsprechungsgrundsätze. Lohnenswert ist es dafür, einen Blick auf die neuen rechtlichen Erkenntnisse aus der letzten Hauptversammlungssaison in 2007 zu werfen:

- **Saalverweis:** Der Versammlungsleiter darf einen Aktionär des Saales verweisen, wenn dieser Anwesende beleidigt, Aufrufe zur Ordnung ignoriert und sich für etwaige Fehlauftritte nicht entschuldigt *(OLG Bremen, AG 2007, 550)*. Im Einzelfall kann ein geäußertes Hausverbot, das sich auf den gesamten Versammlungsort bezieht, in der konkreten Situation in einen Saalverweis als milderes Mittel umgedeutet werden.

- **Sicherheitskontrollen:** Bei großen Hauptversammlungen sind Einlasskontrollen heute üblich. Freilich darf dabei nicht über das Ziel hinausgeschossen werden. Da damit zugleich das Teilnahmerecht beschränkt wird, ist Folge einer unverhältnismäßigen Einlasskontrolle die Anfechtbarkeit aller in der Hautversammlung gefassten Beschlüsse. Als unverhältnismäßiger und damit rechtswidriger Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Aktionäre gelten Taschenkontrollen, nicht aber Durchleuchtgeräte oder Verwahrungsmöglichkeiten in Schließfächern *(OLG Frankfurt, AG 2007, 357)*.

- **Dauer der Hauptversammlung:** Alle Beschlüsse müssen bis Mitternacht gefasst werden, andernfalls sind sie nichtig. Als Anregung sieht Tz. 2.2.4 Satz 2 DCGK vor, dass die ordentliche Hauptversammlung nach vier bis sechs Stunden beendet sein sollte. Hierzu sollte der Versammlungsleiter das Rede- und Fragerecht zeitlich beschränken, wenn dies die Satzung vorsieht.

- **Schranken des Auskunftsrechts:** Gerade Berufskläger nutzen das Fragerecht besonders extensiv aus, indem sie den Vorstand mit einer Vielzahl komplexer Fragen konfrontieren. Verschiedentlich haben Gerichte entschieden, dass ein quantitativ überladenes Fragerecht missbräuchlich ist. Wo genau die Grenze ist, hängt vom Einzelfall ab; bei 308 Fragen dürften sie jedoch deutlich überschritten sein. Der Aktionär muss seine Fragen zudem einem bestimmten Tagesordnungspunkt zuordnen *(OLG Frankfurt, AG 2007, 672)*.

Leitfaden für die Hauptversammlung

Der Versammlungsleiter sollte sich intensiv auf die Hauptversammlung vorbereiten, üblicherweise mittels eines umfangreichen Leitfadens, der im Vorfeld und unter anwaltlicher Beratung zu erstellen ist. Der Leitfaden umfasst neben dem gesamten – erwarteten – Verlauf der Hauptversammlung auch Sondersituationen, etwa abweichende Wahlvorschläge, die Stellung von Gegenanträgen oder spezielle Ordnungsmaßnahmen. Er sollte mit großer Sorgfalt erstellt und mit allen an der Vorbereitung der Hauptversammlung Beteiligten im Detail abgestimmt werden. ■

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

Subprime-Krise und ihre Risiken für den Jahresabschluss

Die anhaltenden Turbulenzen an den Kredit- und Finanzmärkten betreffen nicht nur Banken, sondern wirken sich zunehmend auch auf Unternehmen außerhalb des Finanzsektors aus. Die nachfolgende Darstellung potenzieller Risiken soll den Aufsichtsrat unterstützen, die möglichen Auswirkungen der Subprime-Krise auf die jeweilige Gesellschaft besser zu erkennen und zu beurteilen.

Aufgrund eines Anstiegs des Zinsniveaus bei gleichzeitig stetigem Verfall der Immobilienpreise sind in den USA seit einigen Monaten zunehmend Zahlungsschwierigkeiten bei Hypothekendarlehen an bonitätsschwache Privatpersonen (sog. Subprime-Hypothekendarlehen) festzustellen. Da diese Kredite mittels forderungsbesicherter Wertpapiere – z. B. *Asset Backed Securities (ABSs)*, *Collateralized Debt Obligations (CDOs)* – verbrieft und an den Kapitalmarkt gereicht wurden, sind die Risiken aus diesen Hypothekendarlehen weltweit an Investoren weitergegeben worden. Die auf diese Weise entstandene Krise an den Kreditmärkten hat auch die Finanzmärkte erreicht. Durch die enge Verzahnung von Finanz- und Realwirtschaft droht die Subprime-Krise Auswirkungen auf die weltweite Gesamtwirtschaft zu haben. Diese können in den einzelnen Branchen oder Unternehmen überaus unterschiedlich sein. Die wesentlichen Risiken für den Jahresabschluss von Kreditinstituten wie auch von Unternehmen anderer Branchen werden nachfolgend dargestellt.

Glossar

- **Asset Backed Securities** und **Collateralized Debt Obligations** sind forderungsbesicherte, verzinsliche Wertpapiere, die Zahlungsansprüche gegen eine Zweckgesellschaft zum Gegenstand haben, wobei die Zweckgesellschaft ausschließlich dem Zweck der Transaktion des forderungsbesicherten Wertpapiers dient. Die Zahlungsansprüche werden durch einen Bestand aus Forderungen gedeckt, die auf die Zweckgesellschaft übertragen wurden und im Wesentlichen den Inhabern der forderungsbesicherten Wertpapiere als Haftungsgrundlage zur Verfügung stehen.
- **Conduits** und **Structured Investment Vehicles** sind Zweckgesellschaften, die typischerweise längerfristige Wertpapiere ankaufen und sich durch den Verkauf von kurzlaufenden Wertpapieren refinanzieren.
- **Contractual Trust Arrangements** sind Vertragsgestaltungen über Treuhandgesellschaften, die zur Finanzierung von Pensionsverpflichtungen eines Unternehmens gegründet wurden.

Risiken hinsichtlich der Werthaltigkeit von Finanzinstrumenten

Zunächst unterliegen forderungsbesicherte Wertpapiere (ABSs, CDOs etc.) einer hohen Bewertungsunsicherheit. Dies ist zum einen in ihrer hohen Komplexität begründet; zum anderen fehlt für diese strukturierten Wertpapiere oftmals ein liquider Markt, sodass keine verlässlichen Marktpreise identifiziert werden können. In diesem Fall müssen diese strukturierten Wertpapiere mittels Bewertungsmodellen bewertet werden, die einem gewissen Ermessensspielraum unterliegen („mark-to-model"). Die zu beobachtenden erhöhten Forderungsausfälle, die damit einhergehenden Ver-

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

schlechterungen der Ratings und die Illiquidität bestimmter Produkte führen in der Regel zu Wertverlusten dieser forderungsbesicherten Wertpapiere. Hiervon sind nicht nur forderungsbesicherte Wertpapiere betroffen, die auf Subprime-Krediten an Privatpersonen basieren, sondern mittlerweile die gesamte Bandbreite forderungsbesicherter Wertpapiere, u. a. solche, denen Studentenkredite, Kreditkartenforderungen oder auch gewerbliche Immobilienfinanzierungen als Sicherheit zugrunde liegen.

Liquiditätsrisiken

Es ist nicht auszuschließen, dass die Kreditaufnahme für Unternehmen insgesamt schwerer wird. Insbesondere bei anstehenden Refinanzierungen bonitätsschwächerer Unternehmen kann es zu einer Verteuerung der Refinanzierung oder sogar zu Refinanzierungsschwierigkeiten kommen. Zudem werden Banken künftig wohl ein verändertes Risikoprofil in ihrem Kreditportfolio anstreben; dies bedeutet verschärfte Kreditbedingungen *(Covenants)* sowie schärfere Sanktionen im Falle der Nichteinhaltung kreditvertraglicher Regelungen.

Risiken aus Liquiditätsgarantien für Zweckgesellschaften

Insbesondere Banken haben in der Vergangenheit Zweckgesellschaften *(sog. Conduits* und *Structured Investment Vehicles [SIVs])* gegründet, die langlaufende Wertpapiere (z. B. ABSs, CDOs etc.) erwarben und sich ihrerseits über den Verkauf kurzlaufender Wertpapiere *(Commercial Papers)* refinanzierten. Aufgrund der Zinsdifferenzen zwischen dem Kapital- und Geldmarkt konnten bislang in der Regel Arbitrage-Gewinne erzielt werden. Um den Anforderungen des Kapitalmarktes zu entsprechen, wurden die Zweckgesellschaften häufig mit Liquiditätsgarantien seitens der strukturierenden Bank ausgestattet. Als Folge der Kreditkrise war der Finanzmarkt zunehmend weniger bereit, diese Zweckgesellschaften zu finanzieren, sodass die Liquiditätsgarantien in Anspruch genommen und eingelöst wurden. Bilanziell kann dies wegen der geänderten Chancen- und Risikostruktur dazu führen, dass die Zweckgesellschaft in den Konzernabschluss der garantiegebenden Bank einzubeziehen ist.

Risiken durch indirekte Auswirkungen auf die Pensionsverpflichtungen

Viele Unternehmen haben Teile ihrer Pensionsverpflichtungen sowie diese Verpflichtungen deckenden Vermögenswerte auf Treuhandgesellschaften *(Contractual Trust Arrangements – CTAs)* übertragen. Diese waren oder sind regelmäßig in forderungsbesicherten Wertpapieren investiert, die nun von Bewertungsabschlägen betroffen sind. Abhängig von der Investitionsstrategie der Treuhandgesellschaft können auch hier nunmehr Wertverluste eintreten und[zu einer Unterdeckung der Pensionsverpflichtung führen.

Risiken aus Wertänderungen von nichtfinanziellen Vermögenswerten

Auch nichtfinanzielle Vermögenswerte können einer Wertminderung infolge der Subprime-Krise unterliegen: beispielsweise der Geschäfts- oder Firmenwert, der jährlich einem Werthaltigkeitstest zu unterziehen ist. Dabei wird dem *Fair Value* einer zahlungsmittelgenerierenden Einheit der entsprechende Buchwert gegenübergestellt. Der *Fair Value* wird regelmäßig auf Basis diskontierter, zukünftiger Cashflows ermittelt.

Als Konsequenz der Subprime-Krise können ggf. Geschäftsmodelle aufgegeben oder restrukturiert werden, was wiederum zu einer Verringerung des prognostizierten Cashflows der betroffenen Bereiche führen kann. Zudem wirkt sich der Anstieg des risikoadjustierten Diskontierungszinssatzes negativ auf den Barwert der Cashflows der betrachteten zahlungsmittelgenerierenden Einheit und damit auf den *Fair Value* aus. Unter Umständen haben diese Effekte auch Auswirkungen auf die Werthaltigkeit des Geschäfts- und Firmenwertes. Die gleichen Ursachen können zudem Wertberichtigungen von latenten Steueransprüchen nach sich ziehen, sofern das geplante künftig zu versteuernde Einkommen möglicherweise nicht ausreicht, um diese latenten Steueransprüche steuerlich nutzen zu können. ■

Kernfragen für den Aufsichtsrat

- Hat die Gesellschaft direkt oder indirekt (z. B. über CTAs) in Wertpapiere investiert, die von den Turbulenzen an den Kredit- und Finanzmärkten betroffen sind?
- Sind das Geschäftsmodell und die nachhaltige Performance der Gesellschaft von den Turbulenzen an den Kredit- und Finanzmärkten direkt oder indirekt beeinträchtigt?
- Wie wird die Liquidität der Gesellschaft gewährleistet?
- Sind hinreichende Maßnahmen ergriffen worden, um die Refinanzierung der Gesellschaft sicherzustellen?
- Bestehen Eventualverbindlichkeiten aus Liquiditäts- oder Kreditzusagen, die signifikante Auswirkungen auf die Gesellschaft haben können?
- Ist das Risikomanagementsystem der Gesellschaft adäquat aufgestellt, um die Risiken für das eigene Unternehmen zu identifizieren?
- Ist das Risikomanagementsystem so ausgelegt, dass auf eine veränderte Risikolage zeitnah und angebracht reagiert werden kann?

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

Zur Anfechtbarkeit einer Aufsichtsratswahl wegen Verstoß gegen den DCGK

Mit Urteil vom 22. November 2007 hat das Landgericht München I die Justitiabilität der Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) verneint. Der Hauptversammlungsbeschluss zur Wahl des Aufsichtsrats ist wirksam, auch wenn dieser von der zuvor abgegebenen Entsprechenserklärung abweicht.

Quellenhinweis

LG München I, Urteil vom 22. November 2007, Az.: 5 HK O 10614/07, noch nicht rechtskräftig, in: ZIP 2007, 2360.

Relevante Vorschriften

Tz. 5.4.1 DCGK: Bei Vorschlägen zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern soll darauf geachtet werden, dass dem Aufsichtsrat jederzeit Mitglieder angehören, die über die zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Aufgaben erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und fachlichen Erfahrungen verfügen. Dabei sollen die internationale Tätigkeit des Unternehmens, potenzielle Interessenkonflikte und eine festzulegende Altersgrenze für Aufsichtsratsmitglieder berücksichtigt werden.

Tz. 5.4.2 DCGK: Um eine unabhängige Beratung und Überwachung des Vorstands durch den Aufsichtsrat zu ermöglichen, soll dem Aufsichtsrat eine nach seiner Einschätzung ausreichende Anzahl unabhängiger Mitglieder angehören. [...] Aufsichtsratsmitglieder sollen keine Organfunktion oder Beratungsaufgaben bei wesentlichen Wettbewerbern des Unternehmens ausüben.

Sachverhalt

Auf der Hauptversammlung eines Nutzfahrzeugherstellers wurden durch Mehrheitsbeschluss der Aufsichtsratsvorsitzende eines deutschen Automobilbauers, der Bereichsleiter der Nutzfahrzeugsparte dieses Automobilbauers sowie der Vorstandsvorsitzende einer der Tochtergesellschaften des Automobilbauers zu Mitgliedern des Aufsichtsrats gewählt. Die dagegen erhobene Anfechtungsklage wurde abgewiesen. Die Kläger, eine Schutzgemeinschaft von Kapitalanlegern, sahen Empfehlungen des DCGK verletzt: die Regelung zur Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern (Tz. 5.4.2) sowie die Empfehlung zur Altersgrenze im Aufsichtsrat (Tz. 5.4.1 DCGK). Vorstand und Aufsichtsrat hatten einige Monate zuvor in ihrer Entsprechenserklärung bekannt gegeben, diesen Empfehlungen zu entsprechen. Insbesondere gab es im Unternehmen eine Altersgrenze für Aufsichtsratsmitglieder, die die Kandidaten schon erreicht hatten.

Entscheidungsgründe

Das Landgericht verneint einen zur Beschlussanfechtung berechtigenden Gesetzes- oder Satzungsverstoß (§ 243 Abs. 1 AktG). Dem von der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex veröffentlichte Kodex komme weder Gesetzescharakter noch eine satzungsgleiche Wirkung zu.

Die Empfehlungen des DCGK seien insbesondere auch nicht über die Erklärungspflicht des § 161 AktG im Sinne einer dynamischen Verweisung in den gesetzgeberischen Willen aufgenommen worden. Auch eine satzungsgleiche Wirkung könne der DCGK nicht entfalten. Dies bedürfe einer entsprechenden (hier nicht vorliegenden) Satzungsregelung oder eines mit qualifizierter Mehrheit zustimmenden Hauptversammlungsbeschlusses. Vorstands- und/oder Aufsichtsratsbeschlüsse reichten nicht aus. Für Vorstand und Aufsichtsrat bestehe jederzeit die Möglichkeit, ohne Beteiligung der Hauptversammlung von der Entsprechenserklärung für die Zukunft abzuweichen, da diese nur als unverbindliche Absichtserklärung zu werten sei.

Andere Gesetzesverstöße zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern (§ 101 AktG) oder zu persönlichen Voraussetzungen von Aufsichtsratsmitgliedern (§§ 100 und 105 AktG) konnten nicht festgestellt werden.

Fragestellungen für die Praxis

Das Urteil folgt in seinen Entscheidungsgründen exakt dem in § 161 AktG verankerten regulatorischen Comply-or-Explain-Mechanismus. Im Schrifttum und in der Öffentlichkeit wird nun befürchtet, dass die Empfehlungen des DCGK wegen der mangelnden Bindungswirkung für Vorstand und Aufsichtsrat zum „zahnlosen Tiger" werden. Allerdings sind Vorstand und Aufsichtsrat verpflichtet, die Entsprechenserklärung unterjährig anzupassen, wenn deren Inhalt infolge eines Abweichens unrichtig wird *(Ringleb, in: Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex, 3. Aufl.*

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

2008, Rn. 1509). Allein eine Anpassung des vergangenheitsbezogenen Erklärungsteils in der nächsten periodischen Entsprechenserklärung ist nicht ausreichend und schon aus Transparenz- und Reputationsgründen am Kapitalmarkt nicht zu empfehlen. Unklar ist, wann in einem solchen Falle die Anpassung zeitlich zu erfolgen hat: mit Beschlussfassung des Aufsichtsrats über die Wahlvorschläge, Bekanntgabe der Wahlvorschläge oder Wahl durch die Hauptversammlung. Auch die Frage, inwieweit eine mangelnde Transparenz Haftungsfolgen auslöst, ist noch nicht abschließend beantwortet. ■

Zum Informations- und Klagerecht eines Aufsichtsratsmitglieds

In einem Urteil aus dem Jahr 2007 hatte das OLG Stuttgart die Gelegenheit, erneut die Grenzen von Informations- und Klagerechten eines einzelnen Aufsichtsratsmitglieds aufzuzeigen und die langjährige Rechtsprechung des BGH insoweit fortzuführen.

Grundsätzliches

Zur Wahrnehmung seiner Überwachungsaufgaben hat der Aufsichtsrat verschiedene Informations- und Einsichtsrechte (z. B. §§ 90 Abs. 3, 111 Abs. 2 AktG). Da die Überwachung der Geschäftsführung dem Aufsichtsrat als Gesamtgremium zukommt und nicht das einzelne Aufsichtsratsmitglied allein verpflichtet ist, stehen auch die gesetzlich verankerten Informations- und Einsichtsrechte überwiegend nur dem Organ, nicht aber dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied zu. Über die Abgrenzung zwischen Organ- und individuellem Mitgliedsrecht im Einzelnen hatte das OLG Stuttgart auf Basis einer langjährigen BGH-Rechtsprechung zu entscheiden.

Zur Klagebefugnis gegen Geschäftsführungsmaßnahmen

Ein Aufsichtsratsmitglied klagte auf Unterlassung einer geplanten Umstrukturierungsmaßnahme, die vom Vorstand beschlossen und vom Aufsichtsrat „bewilligt" worden war, die der Kläger aber für unzulässig hielt. Das Gericht wies die Klage als unzulässig ab, da es dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied an der Klagebefugnis fehle. In Übereinstimmung mit der Erstinstanz und der Rechtsprechung des BGH könne der Kläger nicht gerichtlich gegen Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands vorgehen. Insbesondere stehe ihm auch nicht die Rechtsfigur der *actio pro socio*, also die Klageerhebung für den Aufsichtsrat, zu. Andernfalls würde die Klage unzulässigerweise dazu dienen, die zwischen Mehrheit und Minderheit im Aufsichtsrat aufgetretenen Konflikte über den Umweg der gerichtlichen Inanspruchnahme des Vorstands auszutragen.

Zur Klagebefugnis gegen Aufsichtsratsbeschlüsse

Allerdings haben Aufsichtsratsmitglieder im Wege der Feststellungsklage die Möglichkeit, wesentliche Verfahrensmängel und inhaltliche Verstöße von Aufsichtsratsbeschlüssen geltend zu machen. Beklagter ist die durch den Vorstand vertretene Gesellschaft. Im vorliegenden Fall konnte kein für das Abstimmungsergebnis relevanter Verfahrensverstoß bei der Beschlussfassung festgestellt werden. Insbesondere folgte das Gericht nicht der

Quellenhinweis

OLG Stuttgart, Urteil vom 30. Mai 2007, 20 U 14/06, in: AG 2007, 873.

Glossar

Die **actio pro socio** eröffnet dem Kläger die Möglichkeit, Ansprüche eines Dritten für diesen im eigenen Namen geltend zu machen.

Einzelne Mitglieder des Aufsichtsrats einer AG sind nicht befugt, gegen – nach ihrer Darlegung rechtswidrige – Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands im Wege der Klage vorzugehen. Ein solches Recht kann als Eigenrecht weder aus dem Aktiengesetz (§ 90 Abs. 3 S. 2, Abs. 5 und § 245 Nr. 5) noch aus dem Mitbestimmungsgesetz (§ 25) hergeleitet werden. Ob es als Recht des Aufsichtsrats mit Hilfe der *actio pro socio* verfolgt werden kann, bleibt offen. Auf keinen Fall kann eine Klage aus fremdem Recht dann als gerechtfertigt angesehen werden, wenn sie dazu dient, die zwischen Mehrheit und Minderheit im Aufsichtsrat auftretenden Konflikte über den Umweg einer gerichtlichen Inanspruchnahme des Vorstands auszutragen *(BGH, Az.: II ZR 57/88, NJW 1989, 979).*

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

klägerischen Ansicht, der Aufsichtsrat habe seinen Beschluss auf einer nicht hinreichenden Informationsbasis getroffen. Der – die Umstrukturierungsmaßnahmen begleitende – Aufsichtsratsbeschluss ist damit rechtswirksam.

Einsichtsrechte eines einzelnen Aufsichtsratsmitglieds

Auch der vom Kläger gestellte Antrag auf Überlassung der entsprechenden Vertragsunterlagen zur Einsichtnahme durch den Aufsichtsrat als Gesamtgremium wurde als unbegründet abgewiesen. Denn das in § 111 Abs. 2 AktG verankerte Vorlage- und Einsichtsrecht in Unternehmensunterlagen, wie z.B. Urkunden, stehe nur dem Aufsichtsrat als Ganzem, nicht aber dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied zu. Dieses habe lediglich das Individualrecht, Vorstandsberichte zur Vorlage an den Aufsichtsrat zu fordern (§ 90 Abs. 3 AktG). Für die Vorlage und Einsicht von Unternehmensunterlagen bedarf es mithin eines entsprechenden Aufsichtsratsbeschlusses. ■

Zur Minimierung missbräuchlicher Anfechtungsklagen

Missbräuchliche Anfechtungsklagen haben noch immer Hochkonjunktur. Dies hat erneut eine empirische Studie aus dem Jahr 2007 zu Tage gebracht. Damit haben die verschiedenen gesetzgeberischen Maßnahmen aus dem 10-Punkte-Programm der Bundesregierung die erhoffte Wirkung, die Zahl missbräuchlicher Anfechtungsklagen zu verringern, nur teilweise erreichen können. Im Bundesrat wurde deshalb jüngst ein weiterer Reformvorschlag verabschiedet.

Rechtmäßigkeitskontrolle durch die Aktionäre

Aktionäre einer Aktiengesellschaft können allein im Wege der Anfechtungsklage die Rechtmäßigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen gerichtlich überprüfen lassen. Dies ist – neben der Entlastung der Organe – eines der wenigen Korrektive des Aktionärs gegenüber der Verwaltung und historisch auch eine Kompensation für den Verzicht einer allgemeinen Wirtschaftsaufsicht. Freilich birgt das Instrument „Anfechtungsklage" die Gefahr einer missbräuchlichen Verwendung, etwa weil sich der Aktionär – auch zu Lasten der Gesellschaft – außerhalb der Gleichbehandlung der Aktionäre selbst bereichern will. Da Anfechtungsklagen die Beschlussumsetzung blockieren und damit häufig zur Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen, entsteht dieser zumeist ein betriebswirtschaftlicher Schaden, der mit dem zum Teil kleinen Rechtsschutzinteresse eines einzelnen Aktionärs nicht mehr zu rechtfertigen ist.

Bisherige gesetzliche Maßnahmen

Aus diesem Grund hatte der Gesetzgeber in den vergangenen Jahren mit dem gesellschaftsrechtlichen Spruchverfahrensgesetz (SpruchG), dem Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) und dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG) gezielt Maßnahmen ergriffen, dieses Spannungsfeld „Rechtsschutzinteresse des Aktionärs versus Gesellschaftsinteresse" zu entschärfen und insbesondere missbräuchliche Aktionärsklagen einzuschränken.

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

Gesetzliche Maßnahmen

SpruchG (BGBl. I 2003, 838):

- Konzentration der Vorschriften zum gerichtlichen Spruchverfahren an einer Stelle
- Straffung sowie Verkürzung des Gerichtsverfahrens
- Gewährung effektiven Rechtsschutzes der Minderheitsgesellschafter bei unternehmerischen Strukturmaßnahmen, ohne dass durch Anfechtungsklagen Strukturmaßnahmen blockiert werden können

KapMuG (BGBl. I 2005, 2437):

- Einführung von Musterverfahren für Schadenersatzklagen von Kapitalanlegern
- Verbesserung der Prozesslage für kollektive Haftungsklagen geschädigter Anleger wegen falscher Kapitalmarktinformationen

UMAG (BGBl. I 2005, 2802):

- Übernahme des Freigabeverfahrens für Maßnahmen der Kapitalbeschaffung, -herabsetzung und/oder Unternehmensvertrag aus dem Umwandlungsgesetz
- Verhinderung einer Blockadewirkung von Anfechtungsklagen

Ausführliche Informationen dazu finden Sie im *Knowledge Center* unserer Website *www.audit-committee-institute.de* unter der Rubrik *„Corporate Governance/ Deutschland“.*

Etabliertes Klagegewerbe

Im Rahmen einer wissenschaftlichen Studie wurden insbesondere die Auswirkungen des UMAG auf die Anfechtungsklagen untersucht. Danach ist die erhoffte Wirkung nur beschränkt eingetreten: Die Zahl der Anfechtungsklagen ist nicht wie erwartet gesunken, sondern im Jahr nach Inkrafttreten des UMAG sogar noch weiter gestiegen. Ferner konnte unter den Klägern ein Kreis von Aktionären ermittelt werden, die mehrfach Klagen eingereicht hatten, von denen der überwiegende Teil durch Zahlung eines Vergleichswertes abgeschlossen wurde. Konsequente Schlussfolgerung in der Studie: In den letzten Jahren hat sich ein „Klagegewerbe“ herausgebildet.

Quellenhinweis

Theodor Baums / Astrid Keinath / Daniel Gajek: Fortschritte bei Klagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse? Eine empirische Studie, in: ZIP 2007, 1629.

Stimmungswandel

Das systematische Vorgehen der Berufskläger gegen meist kleinere börsennotierte Gesellschaften führt darüber hinaus zu einem Stimmungswandel in der Öffentlichkeit und Rechtsprechung. In seinem Urteil vom 2. Oktober 2007 hat das Landgericht Frankfurt *(Az.: 3–5 O 177/07, ZIP 2007, 2034)* die von einem bekannten Berufskläger eingereichte Anfechtungsklage als sittenwidrig und rechtsmissbräuchlich abgewiesen. Der Widerklage der Gesellschaft auf Schadenersatz wurde dem Grund nach stattgegeben: Der klagende Aktionär habe der beklagten Gesellschaft für alle entstandenen und noch entstehenden Schäden, die durch seine Anfechtungsklage verursacht wurden und werden, einzustehen.

Neue Gesetzesinitiative

Auf politischer Ebene wird befürchtet, dass der Wirtschaftsstandort Deutschland wegen der Blockadewirkungen von Anfechtungsklagen aufgrund der Berufskläger zunehmend an Attraktivität für große Finanzinvestoren verlieren und dadurch der Volkswirtschaft ein Schaden entstehen könnte. Vor diesem Hintergrund legten die Justizminister des Landes Sachsen und des Landes Baden-Württemberg am 12. Dezember 2007 einen Gesetzentwurf „… zur Einführung erstinstanzlicher Zuständigkeiten des Oberlandesgerichts in aktienrechtlichen Streitigkeiten“ vor. Der Entwurf zielt darauf ab, Kosten und Zeitaufwand von Anfechtungsklagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse zu minimieren. Dazu

soll der Instanzenzug für jene Streitigkeiten durch die Verlagerung der Eingangszuständigkeit vom Landes- zum Oberlandesgericht verkürzt werden.

Die Einführung von gesetzlichen Mindestquoren für Anfechtungsklagen wurde verworfen.

Am 14. März 2008 beschloss der Bundesrat mit großer Mehrheit, den Gesetzentwurf in den Bundestag einzubringen. ■

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

Sicherheit im internationalen Rechtsverkehr: Abkehr von der Sitztheorie

Der am 7. Januar 2008 von Bundesjustizministerin Brigitte Zypries vorgelegte Referentenentwurf eines „Gesetz[es] zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen" führt zur Abkehr der von Deutschland lange befolgten Sitztheorie hin zur Gründungstheorie und schafft damit in zahlreichen Fragen Rechtssicherheit für den internationalen Rechtsverkehr.

Ende langer Diskussionen

Mit dem vorgelegten Gesetzentwurf soll die seit Jahren andauernde gesellschaftsrechtliche Diskussion beendet werden, nach welcher Jurisdiktion die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen (z. B. sämtliche Gesellschaften des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts, Genossenschaften, rechtsfähige Vereine und Stiftungen) im internationalen Rechtsverkehr zu beurteilen sind.

Derzeitige Rechtspraxis: Sitztheorie

Bislang knüpfte die deutsche Rechtspraxis für die Frage des anwendbaren Rechts an den tatsächlichen Verwaltungssitz der Gesellschaft und das dort geltende Recht an (sog. Sitztheorie). Entscheidend war nicht, in welchem Staat und unter welcher Rechtsordnung eine Gesellschaft gegründet worden war. Bereits 1999 entschied der Europäische Gerichtshof (EuGH) in seinem „Centros"-Urteil und den darauf folgenden Urteilen „Überseering" (2002) und „Inspire Art" (2003), dass die Sitztheorie im Widerspruch zu der innerhalb der Europäischen Union zu gewährleistenden Niederlassungsfreiheit (Art. 43 und 48 EG-Vertrag) steht. Vielmehr sei eine in einem Mitgliedstaat gegründete Gesellschaft auch im Staat ihres tatsächlichen Sitzes als rechts- und parteifähig anzusehen (sog. Gründungstheorie). Am Ort der Niederlassung dürfen keine weiteren Anforderungen durch den Mitgliedstaat an die Gesellschaft gestellt werden.

Künftig: Gründungstheorie

Der Gesetzentwurf sieht die grundsätzliche Anwendung des Gründungsrechts für Gesellschaften, Vereine und juristische Personen im deutschen Recht vor. Der Regelungskreis des Referentenentwurfs umfasst auch Gesellschaften, Vereine und juristische Personen aus Staaten, die nicht der EU oder dem Europäischen Wirtschaftsraum angehören. Allerdings lässt der Gesetzentwurf die Frage offen, ob sich die Haftung der Mitglieder oder Organmitglieder einer Gesellschaft, eines Vereins oder einer juristischen Person für deren Verbindlichkeiten auch aus anderen Rechtsgrundlagen ergeben kann und gesondert anzuknüpfen wäre. Dies soll die Rechtsprechung entscheiden.

Ebenfalls nach dem Recht des Gründungsstaates sollen künftig die Verfahren zur Umwandlung und bei Unternehmenszusammenschlüssen geregelt werden. Für die Umwandlung sind nur die Eintragung der Gesellschaft in das Register des neuen Rechts und die Löschung aus dem bisherigen Register notwendig.

Praktische Relevanz

Mit dem Gesetz wird auch die in der Praxis häufig relevante Frage des Mindestkapitals geklärt. Im Ausland gegründete Gesellschaften, die ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in Deutschland haben, werden dann nicht mehr den deutschen Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsregeln unterliegen und müssen infolgedes-

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

sen kein entsprechendes Mindestkapital aufbringen.

Ebenfalls werden Fragen der Mitbestimmung im Aufsichtsrat oder ob überhaupt ein Aufsichtsrat zu bilden ist, durch das Recht des Gründungsstaates bestimmt. Die deutschen Mitbestimmungsvorschriften können nicht auf Auslandsgesellschaften angewendet werden, da sie in ihrem Geltungsbereich auf ausgewählte deutsche Gesellschaftsformen beschränkt sind.

Ausblick

Das Gesetz soll noch in diesem Frühjahr Bundesrat und Bundestag passieren. Die nationale Abkehr von Sitztheorie hin zur Gründungstheorie lässt erwarten, dass die Diskussion zur Aufrechterhaltung der starren Regelungen zur Kapitalaufbringung und -erhaltung einerseits und der Ausgestaltung der Mitbestimmung andererseits erneut entfacht wird. Denn dies sind entscheidende Parameter im europaweiten Wettbewerb der Rechtsformen. ■

Transparenzrichtlinie-Durchführungsverordnung veröffentlicht

Am 20. März 2008 ist die Transparenzrichtlinie-Durchführungsverordnung (TranspRLDV) veröffentlicht worden. Durch die Verordnung wird die EU-Durchführungsrichtlinie zur Transparenzrichtlinie in Ergänzung zum Transparenzrichtlinie-Umsetzungsgesetz (TUG) und Investmentgesetz (InvG) in nationales Recht umgesetzt.

Harmonisierung und Transparenz

Ziel der EU-Transparenzrichtlinie ist es, die Anforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum geregelten Markt zugelassen sind, zu harmonisieren. Dies soll ein hohes Maß an Anlegerschutz gewährleisten und zur Stärkung der Leistungsfähigkeit der Märkte beitragen.

EU-Transparenzrichtlinie bereits durch TUG und InvG umgesetzt

Das schon am 20. Januar 2007 in Kraft getretene TUG und das InvG vom 28. Dezember 2007 haben bereits die EU-Transparenzrichtlinie in deutsches Recht transformiert, etwa die Pflicht zur unterjährigen Berichterstattung oder den Bilanzeid *(vgl. dazu auch Quarterly II/2004, S. 22 ff.; Quarterly III/2006, S. 26 ff. sowie Quarterly IV/2006, S. 22)*.

Transformation Durchführungsregelungen

Durch die veröffentlichte TranspRLDV werden die konkretisierenden Regelungen der EU-Durchführungsrichtlinie in deutsches Recht umgesetzt. Insbesondere werden die Offenlegung bedeutender Beteiligungen durch Investoren, die Mindestnormen für die europaweite öffentliche Verbreitung vorgeschriebener Informationen, die Offenlegung von Finanzdaten in Halbjahresberichten der Emittenten und die Mindestanforderungen für die Anerkennung der Gleichwertigkeit von Drittstaatenvorschriften konkretisiert. ■

Quellenhinweis

TranspRLDV

Verordnung zur Umsetzung der Richtlinie 2007/14/EG der Kommission vom 8. März 2007 mit Durchführungsbestimmungen zu bestimmten Vorschriften der Richtlinie 2004/109/EG zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel an einem geregelten Markt zugelassen sind, veröffentlicht in: BGBl. I 2008, 498.

Online abrufbar im *Knowledge Center* unserer Website *www.audit-committee-institute.de* unter der Rubrik *Financial Reporting.*

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

Machbarkeitsstudie über Alternativen zur Kapitalerhaltung

Im Auftrag der Europäischen Kommission hat KPMG eine Machbarkeitsstudie über Alternativen zum System der Kapitalerhaltung durchgeführt. Zugleich wurden die Auswirkungen der seit dem Jahr 2005 in den EU-Mitgliedstaaten wahlweise oder verpflichtend vorgesehenen Bilanzierung nach International Financial Reporting Standards im Einzelabschluss auf die Gewinnausschüttung analysiert.

Quellenhinweis

Die Studie sowie deren Anhänge sind abrufbar unter

http://ec.europa.eu/internal_market/company/capital/index_de.htm

Hintergrund

Die Europäische Kommission hatte im Mai 2003 die Erstellung einer Machbarkeitsstudie im Rahmen ihres Aktionsplans zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance vorgeschlagen. Die Studie sollte das von der zweiten gesellschaftsrechtlichen EU-Richtlinie (77/91/EWG) eingeführte Kapitalerhaltungssystem – welches derzeit auf alle europäischen Kapitalgesellschaften Anwendung findet – untersuchen und analysieren, ob ein alternatives Kapitalaufbringungs- und -erhaltungssystem die Effizienz und Wettbewerbstauglichkeit der europäischen Unternehmen besser unterstützen würde.

Untersuchungsgegenstand

Die im Oktober 2006 an KPMG in Auftrag gegebene Studie hatte im Einzelnen folgende Untersuchungsgegenstände:

- Analyse der durch die derzeitigen Regelungen zum Gründungskapital und zur Kapitalerhaltung verursachten Verwaltungskosten;
- Analyse von Kosten und Nutzen eines Solvenztests sowie alternativer Methoden zur Feststellung von Ausschüttungsbeträgen;
- Analyse alternativer Systeme zum Aktionärs- und Gläubigerschutz einschließlich Quantifizierung der Umsetzungskosten.

Hierfür wurden einerseits die Systeme in fünf Mitgliedstaaten (Frankreich, Schweden, Deutschland, Polen, Vereinigtes Königreich) und vier außereuropäischen Rechtssystemen (Neuseeland, Australien, Kanada, USA – Kalifornien und Delaware) untersucht, andererseits auch vier Vorschläge aus Arbeitsgruppen zu Alternativsystemen (High-Level-Gruppe, Rickford-Gruppe, Lutter-Gruppe, Niederländische Gruppe) begutachtet.

Kostenanalyse

Die Analyse der in allen Staaten adaptierten Kapitalschutzmodelle zeigte, dass die verursachten Compliance-Kosten durchschnittlich 30.000 Euro für eine Kapitalmaßnahme, wie etwa eine Kapitalerhöhung oder einen Aktienrückkauf, nicht überschreiten. Eine signifikante Reduzierung der Compliance-Kosten durch einen Wechsel des Kapitalschutzsystems ist den Studienergebnissen zufolge als unwahrscheinlich anzusehen.

Bedeutung des Mindestkapitals

Die untersuchten europäischen Mitgliedstaaten folgen sehr genau den Richtlinienvorgaben, mehrheitlich ist gesetzlich ein höheres als das nach der Richtlinie erforderliche Mindestkapital von 25.000 Euro aufzubringen. In der Praxis verfügen die meisten Gesellschaften sogar über ein über das national geforderte Mindestkapital hinausgehendes Grundkapital.

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

Allerdings sind der Studie zufolge weniger das Grundkapital als vielmehr Finanzkennzahlen für Banken, Rating-Agenturen und Investoren bei Unternehmensanalysen von Bedeutung. Bemerkenswert ist auch, dass die existierenden Kapitalschutzregeln zudem keinen nennenswerten Einfluss auf die Dividendenpolitik in den Unternehmen haben.

Bilanz- und/oder Solvenztest

Neben verschiedenen Formen von Bilanztests ist im europäischen Ausland der Solvenztest häufig Grundlage für die Dividendenpolitik. Die Literatur befürwortet eine Kombination von Bilanz- und Solvenztest. Untersuchungen und Analysen der theoretischen Modelle zu Solvenztests haben dabei gezeigt, dass das entscheidende Kriterium für eine Reform des Kapitalschutzmodells der EU-Richtlinie das konkrete Design des Solvenztests ist.

Ausschüttungsbemessungsfunktion nach IFRS

Ferner sollte die Studie den Einfluss der IFRS-Bilanzierung auf die Ausschüttungsbemessung der Unternehmen untersuchen. 17 der 27 europäischen Mitgliedstaaten wenden bei der Erstellung von Jahresabschlüssen bereits IFRS an. In 8 dieser 17 Mitgliedstaaten werden die nach IFRS ermittelten Bilanzgewinne für Ausschüttungszwecke modifiziert. Die Modifizierung besteht darin, dass unrealisierte Gewinne, die aus den IFRS-Einzelabschlüssen resultieren, als „nicht-ausschüttbar" deklariert werden. ■

Bisherige Empfehlungen

- **High-Level-Gruppe**:
  Von der EU-Kommission eingesetzte Gruppe („Winter-Gruppe"), um Empfehlungen hinsichtlich moderner gesellschaftsrechtlicher Rahmenbedingungen in der EU auszuarbeiten.

  Der Abschlussbericht vom November 2002 enthält Vorschläge für die langfristige Entwicklung eines alternativen Kapitalschutzsystems in Europa. Für die Bemessung der Ausschüttung schlägt die Gruppe eine Kombination von Bilanz- und Solvenztest vor.
- **Lutter-Gruppe**:
  Der Arbeitskreis „Kapital in Europa" unter der Leitung von Prof. Dr. Dres. h. c. Marcus Lutter wurde 2004 vor dem Hintergrund des „Rickford-Berichts" und der möglichen Auswirkungen auf das europäische Recht ins Leben gerufen.

  Der Kreis schlägt bei der Anwendung der IFRS im Einzelabschluss die Einführung eines zusätzlich zu den bestehenden Ausschüttungsregeln zu beachtenden Solvenztests als Ausschüttungsbegrenzung vor.
- **Niederländische Gruppe**:
  Im Auftrag des wissenschaftlichen Untersuchungs- und Dokumentationszentrums (WODC) des niederländischen Justizministeriums unter Leitung von J. N. Schutte-Veenstra durchgeführtes Projekt.

  Als alternatives Kapitalschutzsystem wird eine zwingende Kombination aus Bilanz- und Liquiditätstest vorgeschlagen.
- **Rickford-Gruppe** *(Interdisciplinary Group on Capital Maintenance):*
  In Folge des Berichts der High-Level-Gruppe und auf Initiative des IASB 2004 gegründete Gruppe.

  Sie schlägt in ihrem „Rickford-Bericht" insbesondere einen Solvenztest bestehend aus einer kurz- und einer langfristigen Liquiditätsprüfung vor.

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

US-Gericht entscheidet über Dritthaftung bei Kapitalmarktbetrug

Richtungsweisend hat der Oberste Gerichtshof der USA am 15. Januar 2008 eine bereits lang erwartete Entscheidung zur Ausweitung der Haftung für Kapitalmarktbetrug gefällt. Die Richter entschieden mit einer Mehrheit von fünf zu drei Stimmen dagegen, die Haftung für Kapitalmarktbetrug auf nur mittelbar beteiligte Unternehmen auszuweiten. Der Entscheidung lag der Fall „Stoneridge Investment Partners v. Scientific Atlanta Inc." zugrunde. Das hat bereits zu unmittelbaren Konsequenzen für ein Verfahren von ehemaligen Enron-Aktionären gegen die wichtigsten Banken des 2001 zusammengebrochenen Energieversorgers geführt.

Quellenhinweis

Den vollständigen Text der Entscheidung des Supreme Court of the United States finden Sie auf unserer Website *www.audit-committee-institute.de* in der Rubrik *Knowledge Center/Corporate Governance/USA & SEC/News*.

Hintergrund des Verfahrens

In dem Verfahren „Stoneridge Investment Partners v. Scientific Atlanta Inc." ging es um Sammelklagen ehemaliger Aktionäre des Kabelnetzbetreibers Charter Communications unter Führung des Hauptklägers Stoneridge Investment Partners LLC, einem US Investment Fund, gegen die beiden Zulieferunternehmen Scientific Atlanta und Motorola. Diese wurden beschuldigt, durch Preis und Werbevereinbarungen mit Charter Communications deren Bilanzfälschungen ermöglicht zu haben. Das Gericht hatte die Frage zu klären, ob bei Geschäften, die zum Zweck des Anlegerbetrugs durchgeführt werden, auch der beteiligte Geschäftspartner gegenüber den Anlegern nach den Vorschriften des Anlegerschutzes haftet.

Entscheidung des Gerichts

Der Oberste Gerichtshof der USA hat sich gegen die Ausweitung der Haftung für Kapitalmarktbetrug ausgesprochen. Mit einer Mehrheit von fünf zu drei stimmten die Richter der Ansicht der beiden beklagten Unternehmen zu, dass keine Schadenersatzklagen gegen Unternehmen möglich sein sollten, die nicht unmittelbar für Bilanzfälschungen verantwortlich sind. Derartige Verstöße sollen weiterhin allein durch die U. S. Securities and Exchange Commission (SEC) im Rahmen der Sec. 10(b) des Securities Exchange Acts of 1934 geahndet werden.

In ihrer Begründung wiesen die Richter darauf hin, dass die Investoren von Charter Communications nicht auf die Informationen der beklagten Unternehmen Scientific Atlanta und Motorola vertraut hätten. Für einen Erfolg von Schadenersatzklagen nach Wertpapierrecht sei jedoch das Vertrauen des Klägers auf betrügerische Handlungen des Beklagten ein „unentbehrliches Element". Eine indirekte Verwicklung der beiden beklagten Unternehmen in die Bilanzfälschungen von Charter Communications genügte den Richtern nicht, sodass die Haftung für die Bilanzfälschungen von Charter Communications nicht auf Scientific Atlanta und Motorola ausgedehnt werden kann.

Reaktionen auf das Urteil

Die Entscheidung des Obersten Gerichts gegen eine Ausweitung der Haftung für Kapitalmarktbetrug ist sowohl in den USA als auch weltweit positiv aufgenommen worden. Sowohl der amerikanische Finanzminister Henry Paulson als auch die US-Handelskammer begrüßten das Urteil, da eine anderweitige Entscheidung des Gerichts erhebliche Risiken für den transatlantischen Handel und insbesondere für den ohnehin in seiner globa-

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

len Stellung angeschlagenen Finanzplatz New York mit sich gebracht hätte. Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs schafft damit auch mehr Rechtssicherheit für viele deutsche und europäische Gesellschaften, die mit börsennotierten US-Unternehmen im Geschäftsverkehr stehen.

Auswirkungen auf laufende Fälle

Die jetzt getroffene Entscheidung hat insbesondere Signalwirkung für das Verfahren ehemaliger Enron-Aktionäre gegen die wichtigsten Banken des zusammengebrochenen Energieversorgers. Diese werden beschuldigt, in Enrons Bilanzbetrug verwickelt zu sein, indem sie dazu beigetragen hätten, Informationen über die tatsächliche finanzielle Lage von Enron zu verschleiern. Darüber hinaus hätten sie das Unternehmen beim Verkauf von Aktien unterstützt, bevor es schließlich im Dezember 2001 zusammenbrach. In den anhängigen Verfahren geht es um mehrere Milliarden US-Dollar. Am 22. Januar 2008 hat der Oberste Gerichtshof unter Verweis auf das Urteil im Fall „Stoneridge Investment Partners v. Scientific Atlanta Inc." einen Antrag auf Revision im Fall „Regents of the University of California v. Merrill Lynch" abgelehnt. In diesem Verfahren handelte es sich um die Sammelklage von Enron-Aktionären gegen Merrill Lynch, Credit Suisse Group, Barclays und weitere Banken mit einem geschätzten Streitwert von etwa 40 Milliarden US-Dollar. Die beteiligten Anwälte hatten in ihrem Antrag vor dem Obersten Gerichtshof argumentiert, dass ihr Fall anders gelagert sei. Dieser sei durch Finanzexperten und deren betrügerische Handlungen auf dem Wertpapiermarkt verursacht worden, während im Fall „Stoneridge Investment Partners v. Scientific Atlanta Inc." lediglich Zulieferer den Betrug begünstigt hätten. Mit seiner Entscheidung und der Ablehnung der Revision hat der Oberste Gerichtshof deutlich gemacht, dass er dieser Argumentation nicht folgt. Das Revisionsverfahren war bereits von einem Bundesberufungsgericht gestoppt worden und wurde jetzt in letzter Instanz durch den Obersten Gerichtshof abgewiesen. ■

SEC Advisory Committee zur Verbesserung der Finanzberichterstattung – Update

Im Quarterly III/2007, S. 27, hatten wir über die Einrichtung des „SEC Advisory Committee on Improvements to Financial Reporting" (CIFR) berichtet, das sich die Reduzierung unnötiger Komplexität der US-GAAP und die Erhöhung von Nützlichkeit und Verständlichkeit der Finanzinformationen für Investoren zum Ziel gesetzt hat. Am 14. Februar 2008 hat das CIFR einen ersten Status-Bericht seiner Arbeit vorgelegt. Der Bericht enthält die durch das Advisory Committee entwickelten Vorschläge, konzeptionelle Ansätze sowie weitere Aspekte, die im Rahmen der Verbesserung des Systems der Finanzberichterstattung berücksichtigt werden sollten. Der SEC Chairman Christopher Cox bezeichnete den vorgelegten Bericht als einen „wichtigen Schritt zur Erhöhung der Nützlichkeit und zur Reduzierung unnötiger Komplexität von Finanzinformationen". Kommentare zu dem veröffentlichten Bericht konnten bis zum 31. März 2008 bei der SEC eingereicht werden. ■

Quellenhinweis

Der vollständige Bericht kann unter *http://www.sec.gov/rules/other/2008/33-8896.pdf* eingesehen werden.

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

DPR-Prüfungsschwerpunkte

Die Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung DPR e. V. hatte in ihrem Tätigkeitsbericht 2007 einen Überblick über die eingeleiteten Verfahren sowie die wichtigsten Kategorien von Fehlern veröffentlicht. In ihrer Pressemitteilung vom 26. November 2007 wurden zudem die Schwerpunkte für die anstehende Prüfung der Jahresfinanzberichte 2007 und Halbjahresfinanzberichte 2008 bekannt gegeben.

Häufigste Fehlerfeststellungen in 2007

Unter den 135 abgeschlossenen Prüfungen wurde bei 26 % der Unternehmen eine fehlerhafte Rechnungslegung festgestellt. Im Durchschnitt lagen bei diesen 35 Unternehmen 5 Einzelfehler vor. Hierbei zeigte sich eine deutliche Konzentration bei kleinen und mittelgroßen Firmen; 80 % aller Fälle mit fehlerhafter Rechnungslegung betrafen Gesellschaften mit einem Jahresumsatz von unter 250 Millionen Euro.

Die häufigsten Fehlerursachen zeigten sich in nachfolgenden Kategorien:

- An der Spitze fehlerhafter Rechnungslegung standen Sachverhalte im Rahmen von Mergers-and-Acquisitions-Aktivitäten, wie Fehler bei der Kaufpreisallokation, Ermittlung des Goodwills oder der Behandlung von *Discontinued Operations*.
- Angaben zur Segmentberichterstattung, zu nahe stehenden Personen sowie zur Lage- und Risikoberichterstattung bildeten die zweithäufigste Fehlerquelle.
- Generell wurden oft unzureichende Angaben im Anhang und hohe Fehlerhäufigkeit bei qualitativen Angaben festgestellt.
- Als „klassische Fehler" in der Bilanz wurden vor allem zu hohe Wertansätze für Beteiligungen und Forderungen identifiziert.
- Markante Fehlerquelle war zudem die Aktivierung latenter Steuern, insbesondere für Verlustvorträge.
- Außerdem wurden mehrfach Fehler bei der Erstellung und Erläuterung von Kapitalflussrechnungen identifiziert.

Die Kernursache der Fehler liegt nach Ansicht der DPR in dem großen Umfang und der hohen Komplexität des Regelwerks der International Financial Reporting Standards.

Weitere Informationen hierzu finden Sie in der Sonderbroschüre *Financial Reporting Update 2007* auf S. 50 f. sowie online auf unserer Website *www.audit-committee-institute.de* unter der Rubrik *Knowledge Center/Financial Reporting*. ■

Prüfungsschwerpunkte für die Jahresfinanzberichte 2007 und Halbjahresfinanzberichte 2008

- Bewertung von im Rahmen von Verbriefungstransaktionen emittierten Wertpapieren
- Konsolidierungskreis, insbesondere von Zweckgesellschaften (IAS 27, SIC 12)
- Überprüfung der Werthaltigkeit von Vermögenswerten (IAS 36) einschließlich nachvollziehbare Dokumentation und Anhangangaben
- Lagebericht: Darstellung der Risikomanagementziele und -methoden sowie Darstellung der voraussichtlichen Entwicklung
- Angaben über Beziehungen zu nahestehenden Unternehmen und Personen (IAS 24)
- Unternehmenszusammenschlüsse (IFRS 3), insbesondere Kaufpreisallokation und Anhangangaben

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

EU stimmt „Gleichwertigkeitsmechanismus“ bezüglich Drittland-GAAP zu

Das Europäische Parlament hat am 8. Januar 2008 der Verordnung (EG) Nr. 1569/2007 der Kommission vom 21. Dezember 2007 über die Einrichtung eines Mechanismus zur Festlegung der Gleichwertigkeit der von Drittstaatemittenten angewandten Rechnungslegungsgrundsätze gemäß den Richtlinien 2003/71/EG und 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zugestimmt.

Die Verordnung ermöglicht es der Kommission, konkrete Vorschläge vorzulegen, welche Rechnungsgrundsätze aus Drittstaaten ab 2009 als den von der EU übernommenen IFRS gleichwertig akzeptiert werden sollen. Die Kommission kann auch Emittenten aus Drittstaaten gestatten, übergangsweise ihre bisherigen Rechnungslegungsgrundsätze in der EU zu verwenden, sofern der jeweilige Drittstaat auf die IFRS hinarbeitet bzw. die Übernahme der IFRS beabsichtigt.

Die Verordnung ist am 22. Dezember 2007 im EU-Amtsblatt veröffentlicht worden, drei Tage später in Kraft getreten und damit unmittelbar in jedem EU-Mitgliedstaat gültig. ■

Entwurf zur IFRS-Erstanwendung und zum Konzernabschluss überarbeitet

Der International Accounting Standards Board (IASB) hat am 13. Dezember 2007 einen überarbeiteten Entwurf zur Änderung von IFRS 1 „Erstmalige Anwendung der International Financial Reporting Standards“ und IAS 27 „Konzern- und separate Einzelabschlüsse nach IFRS“ veröffentlicht.

Der überarbeitete Entwurf ist eine Reaktion auf die Stellungnahmen zum im Januar 2007 veröffentlichten Erstentwurf. Die neuen Vorschläge greifen die geäußerten Bedenken auf, dass die rückwirkende Bestimmung der Anschaffungskosten nach IAS 27 bei einer erstmaligen Anwendung von IFRS in einigen Fällen nur mit unverhältnismäßig hohen Kosten oder Anstrengungen erreicht werden kann.

Nach den derzeitigen Regelungen sind Anteile an Tochterunternehmen in dem erstmals nach IFRS aufgestellten Einzelabschluss des Mutterunternehmens entweder zu Anschaffungskosten oder zum beizulegenden Zeitwert zu bilanzieren. In bestimmten Fällen kann es jedoch schwierig sein, die Anschaffungskosten zu ermitteln, sodass der beizulegende Zeitwert zu bestimmen ist. Dieser muss dann zu jedem Abschlussstichtag neu berechnet werden.

Nach dem überarbeiteten Vorschlag ist es Unternehmen möglich, in ihren IFRS-Einzelabschlüssen die Anschaffungskosten einer Beteiligung entweder in Höhe des beizulegenden Zeitwertes oder des Buchwertes nach den zuvor angewendeten nationalen Rechnungslegungsvorschriften zum Umstellungszeitpunkt zu bestimmen. Diese Regelung gilt sowohl für gemeinschaftlich geführte Unternehmen, assoziierte Unternehmen als auch für Tochterunternehmen. ■

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

Standard zur „aktienbasierten Vergütung“ geändert – IFRS 2

Der International Accounting Standards Board (IASB) hat am 17. Januar 2008 Änderungen von IFRS 2 „Aktienbasierte Vergütung“ veröffentlicht. Die Änderungen betreffen im Wesentlichen die Definition von Ausübungsbedingungen und die Regelungen zur Annullierung eines Plans durch eine andere Partei als das Unternehmen.

Dabei umfassen die Ausübungsbedingungen wie bisher Leistungsbedingungen und Zielerreichungsbedingungen. Zielerreichungsbedingungen setzen sich fortan aus Leistungsbedingungen und Erfolgszielen zusammen. Alle anderen Bedingungen gelten als Nicht-Ausübungsbedingungen. Zukünftig sind Zielerreichungsbedingungen – sofern es sich um Marktbedingungen handelt – und Nicht-Ausübungsbedingungen in die Bewertung des beizulegenden Zeitwertes im Gewährungszeitpunkt einzubeziehen. Alle anderen Ausübungsbedingungen, d. h. Leistungsbedingungen und Zielerreichungsbedingungen ohne Marktbedingungen, sind während des Erdienungszeitraums zu berücksichtigen.

Die Annullierung eines Plans durch das Unternehmen führt dazu, dass der noch anfallende Aufwand des Erdienungszeitraums sofort in voller Höhe zu erfassen ist. Mit der Änderung wird nun geregelt, wie zu verfahren ist, wenn nicht das Unternehmen selbst ein Annullierungsrecht hat, sondern eine andere Partei. Besteht danach für die andere Vertragspartei ein Wahlrecht, ob eine Nicht-Ausübungsbedingung erfüllt wird, so ist zukünftig die Nichterfüllung als Annullierung zu behandeln. Die Änderungen sind rückwirkend auf Geschäftsjahre anzuwenden, die am oder nach dem 1. Januar 2009 beginnen. ■

Standards zu Unternehmenszusammenschlüssen und zum Konzernabschluss geändert

Der International Accounting Standards Board (IASB) hat am 10. Januar 2008 die überarbeiteten Fassungen des IFRS 3 „Unternehmenszusammenschlüsse“ und IAS 27 „Konzern- und separate Einzelabschlüsse nach IFRS“ veröffentlicht.

Kernpunkte der Änderungen

- Für die bilanzielle Behandlung von **Minderheitenanteilen** sieht die neue Fassung des IFRS 3 ein Wahlrecht zur Bewertung zum beizulegenden Zeitwert der Minderheitenanteile selbst oder mit dem proportionalen Anteil am identifizierbaren Nettovermögen vor. Hier stoßen die Konvergenzbemühungen von IASB und FASB an Grenzen, da SFAS 141 verpflichtend eine Bewertung zum beizulegenden Zeitwert der Minderheitenanteile vorsieht.

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

- Für **sukzessive Unternehmenserwerbe** erfolgt im Zeitpunkt der Erlangung der Kontrolle eine erfolgswirksame Neubewertung bereits bestehender Anteile an dem erworbenen Unternehmen. Der Geschäfts- oder Firmenwert ermittelt sich im Anschluss als Differenz zwischen dem neubewerteten Beteiligungsbuchwert zuzüglich Kaufpreiszahlungen für den Erwerb der neuen Anteile zuzüglich Minderheitsanteile abzüglich des erworbenen Nettovermögens.
- **Änderungen in der Beteiligungsquote** ohne Verlust der Beherrschung sind nach der Neufassung des IAS 27 ausschließlich als Eigenkapitaltransaktion zu erfassen.
- Bei **Verlust der Beherrschung** eines Tochterunternehmens sind die konsolidierten Vermögenswerte und Schulden auszubuchen. Der geänderte IAS 27 regelt, dass ein verbleibendes Investment an dem vormaligen Tochterunternehmen (z. B. ein nach der Equity-Methode bilanziertes Investment) beim erstmaligen Ansatz zum beizulegenden Zeitwert zu bewerten ist und dass sich hierbei ergebende Differenzen ergebniswirksam zu erfassen sind.
- **Anschaffungsnebenkosten** sind künftig als Aufwand zu erfassen.
- Für mögliche **Anpassungen der Anschaffungskosten** in Abhängigkeit von künftigen Ereignissen *(Contingent Consideration)*, die zum Erwerbszeitpunkt als Verbindlichkeiten zu erfassen sind, ist in der Folgebewertung keine Anpassung des Geschäfts- oder Firmenwertes mehr möglich.
- Übersteigen die **auf Minderheitenanteile entfallenden Verluste** den Anteil der Minderheiten am Eigenkapital des Tochterunternehmens, sind diese nach IAS 27 trotz entstehender Negativsaldos den Minderheitenanteilen zuzurechnen.
- **Effekte aus der Abwicklung** *(Effective Settlement)* von Geschäftsbeziehungen, die bereits vor dem Unternehmenszusammenschluss bestanden *(Pre-existing Relationships)*, sind nach der neuen Fassung des IFRS 3 nicht in die Ermittlung der Gegenleistung für den Zusammenschluss einzubeziehen.
- Im Gegensatz zu der bisherigen Fassung regelt IFRS 3 in der überarbeiteten Fassung den **Ansatz und die Bewertung von Rechten**, die vor dem Unternehmenszusammenschluss einem anderen Unternehmen gewährt wurden und nun im Rahmen des Zusammenschlusses wirtschaftlich zurückerlangt werden (zurückerworbene Rechte). Liegt ein zurückerworbenes Recht im Sinne des IFRS 3 vor, erfolgt der Ansatz als immaterieller Vermögenswert.
- **Unternehmenszusammenschlüsse** von Unternehmen oder Geschäftsbetrieben unter gemeinsamer Beherrschung *(Common Control)* sind weiterhin in IFRS 3 nicht geregelt.

Prospektive Anwendung

Die neue Fassung des IFRS 3 ist prospektiv auf Unternehmenszusammenschlüsse anzuwenden, deren Erwerbszeitpunkt in Berichtsperioden fällt, die am oder nach dem 1. Juli 2009 beginnen. Eine frühere Anwendung ist erlaubt, jedoch begrenzt auf Berichtsperioden, die am oder nach dem 30. Juni 2007 beginnen. Die Änderungen des IAS 27 sind auf Geschäftsjahre anzuwenden, die am oder nach dem 1. Juli 2009 beginnen. Eine frühere Anwendung ist erlaubt. Die frühere Anwendung eines der beiden Standards setzt jedoch die gleichzeitige frühere Anwendung des jeweils anderen Standards voraus. Das Endorsement der neuen Fassungen durch die EU steht noch aus. ■

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

IFRIC gibt Interpretation zu unbaren Gewinnausschüttungen frei

Das International Financial Reporting Interpretations Committee (IFRIC) hat am 17. Januar 2008 den Entwurf einer Interpretation IFRIC D23 „Distribution of Non-cash Assets to Owners" veröffentlicht. Der Entwurf beschäftigt sich mit dem bisher ungeregelten Umstand, wie ein Unternehmen andere Vermögenswerte als Zahlungsmittel *(Non-cash Assets)* zu bewerten hat, die es als Gewinnausschüttung an die Anteilseigner überträgt.

Wesentliche Aspekte des D23

- Dividendenverpflichtungen für *Non-cash Assets* werden zum Zeitwert bewertet.
- Die Differenz zwischen dem Buchwert des Vermögenswertes und der Dividendenverpflichtung wird erfolgswirksam ausgebucht.
- IFRS 5 „Non-current Assets Held for Distribution to Owners" ist anzuwenden.

Die Regelungen in IFRIC D23 sehen vor, dass alle Arten von Übertragungen von *Non-cash Assets* zum Zeitpunkt der Übertragung zum Zeitwert des übertragenen Vermögenswertes zu bewerten und erfolgswirksam auszubuchen sind. Die neue Regelung soll auf zukünftige Ausschüttungen anzuwenden sein, wobei Ausschüttungen innerhalb eines Konzerns nicht in den Anwendungsbereich des Entwurfs fallen. IFRS 5 „Zur Veräußerung gehaltene langfristige Vermögenswerte und aufgegebene Geschäftsbereiche" ist entsprechend auf *Non-current Assets Held for Distribution to Owners* anzuwenden. ■

Interpretationsentwurf „Customer Contributions"

Das International Financial Reporting Interpretations Committee (IFRIC) hat am 17. Januar 2008 den Entwurf einer Interpretation IFRIC D24 „Customer Contributions" bekannt gegeben.

Wesentliche Aspekte des D24

- *Customer Contributions* führen zum Ansatz eines Vermögenswertes beim *Access Provider*, wenn diese die Definition eines Vermögenswertes erfüllen.
- Der Vermögenswert wird mit dem *Fair Value* angesetzt.
- Die Gegenbuchung stellt eine Verbindlichkeit dar, die planmäßig aufgelöst werden soll.

Sachanlagen- oder Zahlungsmittelstellung

In einigen Industriezweigen ist es erforderlich, dass Kunden den Anbietern von Waren und Dienstleistungen *(Access Provider)* einzelne Sachanlagen *(Customer Contribution)* oder Zahlungsmittel *(Cash Contribution)* zur Anschaffung bzw. Herstellung von einzelnen Sachanlagen zur Verfügung stellen müssen, um wiederum bestimmte Waren und Dienstleistungen des Anbieters in Anspruch nehmen zu können. In der Regel muss der Kunde neben der Übertragung der Sachanlage auch für die Waren und Dienstleistungen bezahlen. In der Praxis wurde die Übertragung von Sachanlagen beim *Access Provider* bisher entweder zum Zeitwert oder zu Anschaffungskosten von Null bewertet.

Ansatz zum Fair Value

Das IFRIC schlägt vor, dass eine Sachanlage *(Customer Contribution)*, die zu einem Zugangsangebot von Waren und Dienstleistungen beim abgebenden oder einem anderen Unternehmen führt, beim empfangenden Unternehmen anzusetzen ist, wenn die erhaltene Sachanlage die Definition eines Vermögenswertes erfüllt. Der Empfänger hat den Vermögenswert mit dem *Fair Value* entsprechend IAS 16.24 zu bewerten. Die Gegenbuchung zum Vermögenswert stellt eine Verpflichtung des *Access Providers* in gleicher Höhe dar, dem Kun-

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

den oder einem Dritten Zugang zu Waren oder Dienstleistungen zu ermöglichen.

Auflösung der Verbindlichkeit

Die Verbindlichkeit wird entweder über den Zeitraum der Zugangsverpflichtung oder über den Zeitraum der wirtschaftlichen Nutzungsdauer des Vermögenswertes aufgelöst. Maßgeblich ist der kürzere der beiden Zeiträume. Im Rahmen der Bilanzierung hat das empfangende Unternehmen *(Access Provider)* zu prüfen, ob es sich bei dem Kundenauftrag um ein Leasingverhältnis im Sinne von IAS 17 „Leasingverhältnisse" und IFRIC 4 „Feststellung, ob eine Vereinbarung ein Leasingverhältnis enthält" handelt. Liegt ein Finanzierungsleasing vor, darf das empfangende Unternehmen keinen Vermögenswert aktivieren.

Bei Zahlungsmittelstellung zu differenzieren

Stellt der Kunde keine Sachanlage, sondern Zahlungsmittel zur Verfügung, hängt die Bilanzierung davon ab, ob der zu erstellende Gegenstand die Ansatzkriterien eines Vermögenswertes erfüllt. Werden die Ansatzkriterien erfüllt, liegt ein Vermögenswert entsprechend IAS 16 „Sachanlagen" vor. Liegen die Ansatzkriterien nicht vor, ist die Zahlung nach IAS 11 „Fertigungsaufträge" wie eine erhaltene Anzahlung oder nach IAS 18 „Erträge" als Erlös zu bilanzieren. ■

Änderung bei Finanzinstrumenten mit Inhaberkündigungsrechten in IAS 32

Der IASB hat am 14. Februar 2008 die Änderung „IAS 32 – Puttable Financial Instruments and Obligations Arising on Liquidation" veröffentlicht. Durch diese Änderung soll u. a. der Kritik an den Auswirkungen einer Anwendung des geltenden IAS 32 und IAS 39 auf Finanzinstrumente mit Inhaberkündigungsrechten Rechnung getragen werden. Viele deutsche Personenhandelsgesellschaften und Genossenschaften haben bislang ihr gesellschaftsrechtliches Eigenkapital in einer IFRS-Bilanz als Fremdkapital bewertet und ausgewiesen, da es sich um sog. kündbare Finanzinstrumente handelt.

Erweiterung der Eigenkapitalklassifikation

IAS 32 (revised 2008) sieht eine Erweiterung der Eigenkapitalklassifikation für bestimmte kündbare Finanzinstrumente und Finanzinstrumente mit Anspruch auf das anteilige Nettovermögen im Liquidationsfall vor. Die in diesen Finanzinstrumenten zu erfüllenden Verträge sind allerdings nicht als Eigenkapital zu klassifizieren; dies gilt z. B. für Derivate auf die zuvor genannten Finanzinstrumente.

Kriterien für Eigenkapitalklassifikation

Ein kündbares Finanzinstrument, das zur Eigenkapitalklassifikation qualifiziert, hat die folgenden Kriterien kumulativ zu erfüllen:

- Der Inhaber erhält im **Liquidationsfall** den anteiligen Wert an dem Nettovermögen des Unternehmens nach Bedienung aller anderen Ansprüche an dem Nettovermögen (Residualanspruch).
- Das Instrument gehört der **nachrangigsten Klasse** von Instrumenten an;

Von der Änderung betroffene Standards und Interpretation

- IAS 32 „Finanzinstrumente: Darstellung" (revised 2008)
- IAS 1 „Darstellung des Abschlusses"
- IAS 39 „Finanzinstrumente: Ansatz und Bewertung"
- IFRS 7 „Finanzinstrumente: Angaben"
- IFRIC 2 „Geschäftsanteile an Genossenschaften und ähnliche Instrumente"

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

dies bedeutet auch, dass im Liquidationsfall keine Vorzugsrechte, wie das Recht auf eine feste Dividende, bestehen dürfen, wenn nicht alle anderen Instrumente der nachrangigsten Klasse auch über dieses Recht verfügen.

- Sämtliche Instrumente der nachrangigsten Klasse weisen **identische Merkmale** auf; daher hat sich etwa das Kündigungsrecht auf alle Instrumente zu beziehen und die Ermittlung des Rückzahlungs- bzw. Rücknahmepreises ist für alle Instrumente identisch vorzunehmen (gleiche Abfindungsformel).
- Das Instrument enthält **keinerlei weitere vertragliche Zahlungsverpflichtungen**.
- Die gesamten **Zahlungen** aus dem Instrument (laufende Zahlung und Rückzahlung) basieren im Wesentlichen auf den Ergebnissen *(Profit or Loss)*, den erfassten Nettovermögensänderungen oder den Änderungen des *Fair Value* des erfassten und nicht erfassten Nettovermögens des Unternehmens; die Ergebnisse sowie die erfassten Nettovermögensänderungen sind im Einklang mit den IFRS zu ermitteln.
- Es dürfen **keine anderen Finanzinstrumente** bestehen, deren Zahlungen im Wesentlichen auf den Ergebnissen, den erfassten Nettovermögensänderungen oder den Änderungen des *Fair Value* des erfassten und nicht erfassten Nettovermögens des Unternehmens basieren und die den Residualerlös *(Residual Return)* der kündbaren Instrumente im Wesentlichen fixieren oder garantieren. Als Instrumente, die eine Eigenkapitalklassifikation üblicherweise nicht verhindern, werden beispielsweise Instrumente genannt, deren gesamte Zahlungen auf bestimmten Vermögenswerten oder auf einem Prozentsatz des Umsatzes basieren.

Liquidationsansprüche analog geregelt

Auf Finanzinstrumente mit Anspruch auf das anteilige Nettovermögen im Liquidationsfall sind – mit Ausnahme des vierten und fünften Kriteriums der vorgenannten Aufzählung – dieselben Kriterien für eine Eigenkapitalklassifikation anzuwenden wie auf kündbare Instrumente. Hierunter fallen Anteile an Unternehmen, die für eine bestimmte Zeit eingegangen wurden oder deren Inhaber die Auflösung des Unternehmens beschließen können. Abweichend von den Kriterien für kündbare Instrumente ist es für die Eigenkapitalklassifikation dieser Instrumente unerheblich, ob während ihrer Laufzeit weitere vertragliche Zahlungsverpflichtungen bestehen. Bei diesen Instrumenten kommt es nur auf die Verpflichtungen zum Liquidationszeitpunkt an, sodass auch die Nachrangigkeit gegenüber allen anderen Instrumenten nur zu diesem Zeitpunkt vorzuliegen hat. Sämtliche Verpflichtungen während des Bestehens des Unternehmens sind daher irrelevant. Allerdings können bestehende Verpflichtungen zum Vorliegen eines zusammengesetzten Finanzinstruments *(Compound Instrument)* im Sinne von IAS 32.28 führen.

Umklassifizierungen

Ferner sind Umklassifizierungen als Eigenkapital oder Fremdkapital während der Laufzeit von Finanzinstrumenten erforderlich, wenn das Instrument die neuen Kriterien für die Eigenkapitalklassifikation erstmals erfüllt oder nicht mehr erfüllt.

Bei einer Umklassifizierung von Eigenkapital in Fremdkapital ist das Fremdkapitalinstrument mit seinem *Fair Value* zu bilanzieren, wobei Differenzen vom *Fair Value* zu dem vorher bilanzierten Buchwert im Eigenkapital zu erfassen sind.

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

Sind Finanzinstrumente hingegen vom Fremdkapital in das Eigenkapital umzuklassifizieren, ist das Eigenkapitalinstrument mit dem Buchwert des vorherigen Fremdkapitalinstruments zu bilanzieren. Diese Vorgehensweise stimmt mit der Bilanzierung synthetischer Verbindlichkeiten überein.

Bei Instrumenten, die die Kriterien für eine Eigenkapitalklassifikation nach gegenwärtigem IAS 32 erfüllen, erfolgt die Klassifizierung beim erstmaligen Ansatz. Umklassifizierungen sind nicht vorzunehmen.

Weitere Aspekte

Abweichend zu ED IAS 32 ist nicht mehr der *Fair Value*, sondern der erwartete Rückzahlungspreis der kündbaren Instrumente anzugeben. Die Instrumente sind darüber hinaus von dem Anwendungsbereich des IAS 39 ausgeschlossen, wodurch die Abfindungshöhe einer möglicherweise zum *Fair Value* vereinbarten Abfindung nicht mehr im Einklang mit IAS 39 zu ermitteln ist.

Minderheitenanteile im Konzernabschluss sind jedoch auch durch die Änderung des IAS 32 nicht von der erweiterten Eigenkapitalklassifikation erfasst.

Insgesamt wird ausdrücklich betont, dass es sich bei den Änderungen durch IAS 32 (revised 2008) um eine eingeschränkte Ausnahme von den Klassifikationsprinzipien von Eigen- und Fremdkapital handelt. Die künftig als Eigenkapital zu klassifizierenden Instrumente dürfen zwar als Eigenkapital ausgewiesen werden, gleichwohl fallen sie weiterhin unter die Definition finanzieller Verbindlichkeiten.

Anwendung und Langfristprojekt

Eine Anwendung des IAS 32 (revised 2008) ist für Geschäftsjahre vorgesehen, die am oder nach dem 1. Januar 2009 beginnen. Eine vorzeitige Anwendung ist jedoch möglich. Die Übernahme der Änderungen in EU-Recht bleibt abzuwarten.

Zur generellen Lösung der Abgrenzungsproblematik arbeitet der IASB in einem Langzeitprojekt zusammen mit dem US-amerikanischen Financial Accounting Standards Board (FASB).

Maßnahmen zur Wahrung deutscher Interessen

Um die deutschen Interessen bei der Fragestellung der Eigenkapitalabgrenzung stärker zu vertreten, ist am 28. Januar 2008 durch das Deutsche Rechnungslegungs Standards Committee (DRSC) das Diskussionspapier „Distinguishing between Liabilities and Equity" veröffentlicht worden mit der Zielsetzung, das langfristige Gemeinschaftsprojekt des IASB und des FASB konstruktiv zu begleiten. Das Papier ist das Ergebnis eines Gemeinschaftsprojekts verschiedener europäischer Standardsetter unter der Leitung des DRSC und stellt einen Alternativvorschlag zur Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdkapital dar.

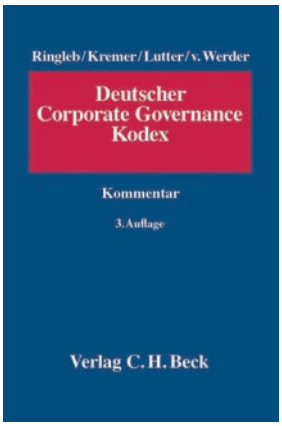
Der im Diskussionspapier vorgestellte Ansatz basiert auf einem sog. *Loss Absorption Approach*, d. h. der Fähigkeit des Kapitals, Verluste zu tragen. Eigenkapital wird in diesem Sinne als Risikokapital verstanden. Jene Kapitalbestandteile, die die Fähigkeit besitzen, Verluste zu absorbieren, wären dann als Eigenkapital auszuweisen. ■

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

Publikationen

Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder: Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex 3. Auflage

München 2008



Der seit mehr als fünf Jahren vorliegende Deutsche Corporate Governance Kodex ist mehrfach aktualisiert worden, zuletzt am 14. Juni 2007. Trotz hoher Akzeptanz – von den börsennotierten deutschen Unternehmen werden inzwischen durchschnittlich knapp 83 % der Empfehlungen befolgt – ergeben sich in der Praxis nach wie vor vielfältige Fragen zu Inhalt und Verständnis sowie zur Auslegung der „Entsprechenserklärung" nach § 161 AktG.

In der jüngst publizierten dritten Auflage sind nunmehr die Kodex-Änderungen von 2006 und 2007 sowie das Vorstandsvergütungs-Offenlegungsgesetz kommentiert worden, wie auch vielfältige neue Literatur eingeflossen ist. In bewährter Form folgt die Kommentierung dem Aufbau des Kodex und enthält zahlreiche Anmerkungen zu den einzelnen Empfehlungen und Anregungen sowie zu deren Umsetzung in der Praxis. Checklisten sowie ein Anhang mit Mustervorlagen für Entsprechenserklärung, Geschäftsordnung und Effizienzprüfung sowie ein Leitfaden für den Versammlungsleiter der Hauptversammlung bieten zudem fundierte Anwendungshilfen. ■

Marcus Lutter/Peter Hommelhoff (Hrsg.): SE-Kommentar – SE-VO, SEAG, SEBG, Steuerrecht

Köln 2008

45 Jahre hat das Verfahren um die Schaffung der Europäischen Gesellschaft (Societas Europaea – SE) gedauert, ehe seit 2004 in der EU und im Europäischen Wirtschaftsraum, heute 30 Ländern, Gesellschaften in der Rechtsform der SE gegründet werden können. Gleichwohl ist die Materie komplex gediehen, sodass eine Kommentierung aus berufener Feder – die Herausgeber haben den langen Prozess von seinen Anfängen an begleitet – von hohem Nutzen sein wird.

Anders als die deutsche AG beruht die SE statt auf einer auf drei Rechtsgrundlagen: der SE-Verordnung (SE-VO), dem SE-Ausführungsgesetz (SEAG) als nationalem Begleitgesetz und dem nationalen Aktiengesetz. Aus Gründen der Übersichtlichkeit haben die Herausgeber das Werk so konzipiert, dass die Kommentierung der SE-VO im Teil A zusammen mit dem Begleitgesetz SEAG erfolgt und im Teil B mit dem die Mitbestimmung behandelnden SE-Beteiligungsgesetz (SEBG). Ein abschließender Teil C widmet sich steuerlichen Fragen bei Gründung einer SE, bei der Sitzverlegung und im laufenden operativen Geschäft. ■

HHL/KPMG: IFRS und HGB in der Praxis – Zur Bedeutung von IFRS-Abschlüssen bei der Kreditvergabe

Leipzig/Frankfurt am Main 2008

Für mittelständische Unternehmen hat die Finanzierung durch Kredite oft eine erhebliche Bedeutung. Nicht zuletzt die Hoffnung auf eine bessere Ratingeinstufung ist infolgedessen ein Beweggrund, dass auch der Mittelstand seine Abschlüsse vermehrt nach IFRS aufstellt. Die Studie der HHL – Leipzig Graduate School of Management und KPMG untersucht, welche Auswirkungen die Wahl zwischen HGB und IFRS auf Kreditvergabeentscheidungen von Banken hat, welches IFRS-Know-how erforderlich ist und wie IFRS-Abschlüsse im Rahmen eines Ratingprozesses verarbeitet werden.

Mit der bei den deutschen Universalbanken durchgeführten Befragung wird zur bisher kontroversen Einschätzung erstmals empirisch belegt, dass eine Umstellung der Abschlüsse auf IFRS zu einer Verbesserung der Kreditkonditionen führen kann. Zugleich zeigt die Studie aber auch, dass das IFRS-Know-how bei der Kreditvergabe noch professioneller eingesetzt werden müsste. Diese Erkenntnis betrifft gleichermaßen Abschlüsse, wenn diese nach dem BilMoG künftig stärker international ausgerichtet sind. ■

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

Ausgewählte Zeitschriftenartikel

Thomas Berndt/Marc Jeker: Fraud Detection im Rahmen der Abschlussprüfung
in: Betriebs-Berater 2007, S. 2615–2621
Die direkten oder indirekten Schäden durch wirtschaftskriminelle Handlungen von Mitarbeitern (Fraud) können für Unternehmen enorm sein. Bei der Aufdeckung solcher Fälle kommt dem Abschlussprüfer und einer risikoorientierten Abschlussprüfung eine wachsende Bedeutung zu. Die Autoren beleuchten die notwendigen Maßnahmen zur Fraud Detection durch den Abschlussprüfer, die er gemäß den gesetzlichen Anforderungen im Rahmen der Abschlussprüfung zu leisten hat. ■

Peter Hommelhoff/Daniela Mattheus: Risikomanagementsystem im Entwurf des BilMoG als Funktionselement der Corporate Governance
in: Betriebs-Berater 2007, S. 2787–2791
Das interne Risikomanagement spielt unter den Corporate-Governance-Bestimmungen im Entwurf des Bilanzrechtsmodernisierungsgesetzes eine zentrale Rolle. Die Autoren stellen die geplanten Neuerungen zum internen Risikomanagement in ihrem Systemzusammenhang aus Rechnungslegung, Abschlussprüfung und Aufsichtsratsüberwachung dar und geben konkrete Empfehlungen für mögliche Nachsteuerungen. ■

Heinz Kußmaul/Christoph Ruiner: Das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG)
in: KoR 2007, S. 672–682
Die wichtigsten Ziele und Neuerungen durch das EHUG, europarechtliche Bedenken sowie Konsequenzen und Spielräume der immer detaillierteren Kontrolle durch den deutschen Gesetzgeber erläutern die Autoren in diesem Beitrag. ■

Karlheinz Küting/Michael Reuter: Unterschiedliche Erfolgs- und Gewinngrößen in der internationalen Rechnungslegung – was sollen diese Kennzahlen aussagen?
in: Der Betrieb 2007, S. 2549–2557
Die Autoren stellen die Ergebnisse einer empirischen Untersuchung von in der GuV gewählten Erfolgs- und Gewinnbegriffen börsennotierter deutscher Unternehmen vor. Auch werden die wesentlichen Unterschiede zwischen der Gewinnermittlung bei HGB und IFRS sowie die relevanten Änderungen des überarbeiteten IAS 1 dargestellt. Vor dem Hintergrund der Ergebnisse geben die Autoren zudem Handlungsempfehlungen für Standardsetter, Bilanzierer und Jahresabschlussanalysten. ■

Marcus Lutter: Der Bericht des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung
in: Die Aktiengesellschaft 2008, S. 1–11
Die Fortentwicklung der Rechtsprechung zur Berichtspflicht des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung geben dem Autor Anlass, die Funktion und das System des Berichts des Aufsichtsrats an die Hauptversammlung nach § 171 Abs. 2 AktG grundlegend zu erläutern. Dabei geht er auf die einzelnen Anforderungen an den Bericht sowie auf die einzelnen Berichtskomponenten ein. ■

Martin Schmidt: Die BilMoG-Vorschläge zur Bilanzierung von Finanzinstrumenten
in: KoR 2008, S. 1–8
Der Autor stellt in diesem Beitrag die Neuerungen zur Bilanzierung von Finanzinstrumenten mit Handelszweck und der Bewertungseinheiten unter Beachtung der europarechtlichen Vorgaben dar und würdigt diese kritisch. Ferner zeigt er die Bilanzierungspraxis wie auch den Unterschied zum Steuerrecht auf. ■

David Schwintowski: Räuberische Aktionäre: Konsequenzen der empirischen Forschung
in: Der Betrieb 2007, S. 2695–2700
Der Autor stellt in seinem Beitrag zwei mögliche Lösungen zur Begrenzung der missbräuchlichen Ausnutzung von Aktionärsrechten durch sog. „Berufsopponenten" vor: zum einen die Kombination aus Quorum und Freigabeverfahren und zum anderen den Vergleichsmehrwert. Der Autor kommt zu dem Schluss, dass nicht das Anfechtungsrecht selbst, sondern eine Kriterienanpassung des Freigabeverfahrens unter Berücksichtigung des Vergleichsmehrwertes vorgenommen werden sollte. ■

Roderich C. Thümmel: Missachtung der Kodex-Regeln kann Haftungsrisiken begründen
in: Betriebs-Berater 2008, S. 11–13
In seinem Kommentar zum Urteil des LG München I vom 22.11.2007 (Az.: 5 HK O 10614/07) beleuchtet der Autor detailliert die Hintergründe des Urteils über die Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen aufgrund von Verstößen gegen den Deutschen Corporate Governance Kodex. Darüber hinaus zeigt er auf, welche Fragestellungen durch das Urteil für die Corporate-Governance-Debatte in Deutschland aufgeworfen wurden. ■

Martin Wittmann: Zum Erfordernis eines Bankführerscheins für Aufsichtsräte
in: Der Betrieb 2007, S. 2579–2581
Kreditinstitute weichen in ihrem Charakter maßgeblich von anderen Unternehmen ab. Daher schreibt das Kreditwesengesetz Qualifikationsvoraussetzungen für Geschäftsleiter von Kreditinstituten vor. Die Anwendbarkeit dieser Qualifikationsvoraussetzungen auf Aufsichtsräte von Kreditinstituten analysiert der Autor in diesem Beitrag. ■

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

Bitte diese Seite kopieren und ausgefüllt per Fax, E-Mail oder per Post senden an:

KPMG's Audit Committee Institute (ACI)
KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft
Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft
Marie-Curie-Straße 30
60439 Frankfurt am Main

Faxnummer: **01802 11991-3040**

E-Mail: **de-aci@kpmg.com**

Ich interessiere mich für regelmäßige Informationen zu Corporate-Governance-Themen sowie zum Financial Reporting. Bitte senden Sie mir das Audit Committee Quarterly kostenlos an folgende Anschrift:*

Name | Vorname | Titel

Unternehmen | Funktion

Straße

PLZ/Ort

Telefon/Fax

E-Mail

Diese Angaben beziehen sich auf die ☐ Privatadresse ☐ Firmenanschrift

☐ Ich habe die Ausgaben des **Audit Committee Quarterly aus 2007** nicht erhalten und möchte sie nachgeliefert bekommen.

☐ Bitte senden Sie mir das Sonderheft **Financial Reporting Update 2007** zu.

*** Der Versand des Audit Committee Quarterly erfolgt an Mitglieder der Geschäftsleitung und des Aufsichtsrats. Ihre persönlichen Angaben werden vertraulich behandelt.**

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

© 2008 KPMG Deutsche Treuhand-Gesellschaft Aktiengesellschaft Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Konzerngesellschaft der KPMG Europe LLP und Mitglied des KPMG-Netzwerks unabhängiger Mitgliedsfirmen, die KPMG International, einer Genossenschaft schweizerischen Rechts, angeschlossen sind. Alle Rechte vorbehalten. KPMG und das KPMG-Logo sind eingetragene Markenzeichen von KPMG International.

Die enthaltenen Informationen sind allgemeiner Natur und nicht auf die spezielle Situation einer Einzelperson oder einer juristischen Person ausgerichtet. Obwohl wir uns bemühen, zuverlässige und aktuelle Informationen zu liefern, können wir nicht garantieren, dass diese Informationen so zutreffend sind wie zum Zeitpunkt ihres Eingangs oder dass sie auch in Zukunft so zutreffend sein werden. Niemand sollte aufgrund dieser Informationen handeln ohne geeigneten fachlichen Rat und ohne gründliche Analyse der betreffenden Situation.

KPMG

I/2008

Aktuelle Informationen zur Corporate Governance und zum Financial Reporting sowie Zugang zu ausgewählten Originaldokumenten der Bundesregierung, der Europäischen Kommission und der SEC finden Sie unter **www.audit-committee-institute.de**