

Satzungsfiktion und Oktroi im neuen japanischen Gesellschaftsrecht

Jörn Westhoff / Andreas Mayser *

„Owari ga daiji“ (japanisches Sprichwort)
„Wichtig ist, was hinten raus kommt.“ (Helmuth Kohl)

- I. Einleitung
- II. Das Problem
 - 1. Alte Rechtslage
 - 2. Neue Rechtslage
 - 3. Zusammenfassung
- III. Kritik
 - 1. Legislative
 - 2. Exekutive

I. EINLEITUNG

Dieser Beitrag macht auf einen wenig bekannten Aspekt der im wesentlichen zum 1. Mai 2006 in Kraft getretenen Reform des japanischen Gesellschaftsrechts¹ aufmerksam. Er betrifft die Satzungen kleiner Aktiengesellschaften² und die Amtszeit und Kompetenzen der Prüfer in solchen Gesellschaften. Zunächst ist aufzuzeigen, daß der Gesetzgeber in dem hier betroffenen Regelungsbereich durch eine sehr unübersichtliche Regelungstechnik den Inhalt des neuen Gesellschaftsrechts und die praktische Bedeutung für die betroffenen Unternehmen bisweilen so sehr verschleiert, daß es fast unmöglich scheint, den Inhalt der Regelungen zu erschließen. Der Gesetzgeber selbst hat

* Die Autoren danken den Kollegen aus der Kanzlei *Sonderhoff & Einsel*, namentlich den Herren *Aota, Ishii, Machida, Mamine* und *Dr. Mishiro* für zahlreiche praktische Hinweise und inhaltliche Hilfen.

1 Die zentrale Kodifikation der Reform, das neue Gesellschaftsgesetz (GesG), *Kaisha-hô*, Gesetz Nr. 86/2005, ist am 1. Mai 2006 in Kraft getreten. Eine Übersetzung in die englische Sprache liegt bereits vor: EIBUN HOREI-SHA (Hrsg.), *EHS Law Bulletin Series*, EHS Vol. II, No. 2200/2202. Zu den Inhalten der Reform vgl. u.a. M. DERNAUER, Die japanische Gesellschaftsrechtsreform 2005/2006, in: *ZJapanR / J.Japan.L.* 20 (2005) 123-162, und E. TAKAHASHI / M. SHIMIZU, The Future of Japanese Corporate Governance: The 2005 Reform, in: *ZJapanR / J.Japan.L.* 19 (2005) 35-68, sowie zu einigen speziellen Aspekten J. WESTHOFF, Zur praktischen Bedeutung des neuen japanischen Gesellschaftsrechts für ausländische Investoren, in: *ZJapanR / J.Japan.L.* 21 (2006) 212-220.

2 Als „klein“ gelten in Japan Aktiengesellschaften, deren Grundkapital unter 100 Millionen Yen liegt und deren Verbindlichkeiten sich auf weniger als 20 Milliarden Yen belaufen.

den Überblick nur mühsam behalten bzw. wiedergewonnen und behilft sich zum Teil mit Regelungstechniken, die nicht anders denn als Notkonstruktionen bezeichnet werden können. Zwei miteinander zusammenhängende Beispiele aus dem beschriebenen Regelungsbereich sollen das verdeutlichen: Eine der angesprochenen Konstruktionen ist eine Vorschrift, in der für bestimmte Gesellschaften eine Satzungsänderung fingiert wird, um eine sonst wegen anderer Vorschriften eintretende Rechtsfolge, die die internen Prüfer dieser Gesellschaften betrifft, zu vermeiden. In der gesetzlichen Fiktion einer Satzungsänderung liegt, so die hier vertretene Meinung, ein erheblicher, letztlich zu weitgehender Eingriff in die Satzungsautonomie japanischer Aktiengesellschaften durch den Gesetzgeber. Auch die Exekutive beteiligt sich an der Aufarbeitung von Mängeln der Reformgesetzgebung. Sie greift mit einem Okroi fragwürdiger Rechtsauffassungen zu einzelnen Regelungen der Gesellschaftsrechtsreform in unseres Erachtens unnötiger Weise in die Privatautonomie der betroffenen Gesellschaften ein: Die unübersichtlichen, sich gegenseitig einschränkenden Regelungen in dem hier angesprochenen Regelungsbereich lassen nämlich eine Gesetzeslücke, die das für die Aufsicht über die Handelsregister zuständige Justizministerium durch eine Analogie gefüllt hat, nach der die Amtszeiten der internen Prüfer kleiner offener Aktiengesellschaften³ mit Inkrafttreten des neuen Gesellschaftsgesetzes, also am 1. Mai 2006, automatisch geendet haben, ohne daß es dazu irgendeiner Beschlußfassung der betroffenen Gesellschaften bedurft hätte.

II. DAS PROBLEM

1. *Alte Rechtslage*

Die Prüfungsbefugnisse der internen Prüfer japanischer Aktiengesellschaften konnten sich sowohl auf die Recht- und Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung in operativer Hinsicht als auch auf die Kontrolle der Bücher erstrecken, Art. 274 des Handelsgesetzes (HG) a.F.⁴ Artt. 22 Abs. 1 und 25 des Gesetzes über Ausnahmeregelungen zum Handelsgesetz betreffend insbesondere die Prüfung von Aktiengesellschaften (HGARG) a.F.⁵ i.V.m. Art. 274 HG a.F. bestimmten, daß in kleinen Gesellschaften die Prüfer auf die Kontrolle der Bücher beschränkt waren. Für große Gesellschaften jedoch galt Art. 274 HG

3 „Offene“ Aktiengesellschaften sind solche, deren Aktien ohne Genehmigung der Gesellschaft übertragen werden dürfen, Art. 2 Ziffer 5 GesG.

4 *Shôhô*, Gesetz Nr. 48 vom 9. März 1899, zuletzt geändert durch Gesetz Nr. 87 vom 9. Juni 2004, englische Übersetzung dieser Fassung in EIBUN HOREI-SHA (Hrsg.), EHS Law Bulletin Series, EHS Vol. II, No. 2200/2201 von 2005 (Vorauslage zur aktuellen Nr. 2200/2202).

5 *Kabushiki kaisha no kansa-tô ni kan suru shôhô no tokurei ni kan suru hôritsu*, Gesetz Nr. 22 vom 2. April 1974, zuletzt geändert durch Gesetz Nr. 87 vom 9. Juni 2004, englische Übersetzung dieser Fassung in EIBUN HOREI-SHA (Hrsg.), EHS Law Bulletin Series, EHS Vol. II, No. 2200/2201 von 2005 (Vorauslage zur aktuellen Nr. 2200/2202).

a.F. unabdingbar, d.h. große Gesellschaften konnten unter keinen Umständen die Befugnisse ihrer Prüfer auf die Kontrolle der Bücher beschränken.

alte Regelung:

große geschlossene Gesellschaft	große offene Gesellschaft
<i>Prüfungsbefugnis durch Art. 274 HG a.F. festgelegt und unabdingbar</i>	
kleine geschlossene Gesellschaft	kleine offene Gesellschaft
<i>ausdrückliche gesetzliche Beschränkung der Prüferbefugnis als Ausnahme zu Art. 274 HG a.F. (Artt. 22, 25 HGARG a.F.)</i>	

2. Neue Rechtslage

a) Abschaffung der gesetzlichen Beschränkung

Mit Inkrafttreten der Gesellschaftsrechtsreform zum 1. Mai 2006 sind die Bestimmungen der Artt. 22 Abs. 1 und 25 HGARG a.F. und des Art. 274 HG a.F. außer Kraft getreten. Eine konkrete gesetzmäßige Beschränkung der Prüfer auf die Kontrolle der Bücher gibt es jetzt nicht mehr. Art. 389 Abs. 1 GesG erlaubt nun allerdings geschlossenen Gesellschaften, die Befugnisse ihrer Prüfer durch Satzungsbestimmung auf die Rechnungsprüfung zu beschränken. Die Vorschrift lautet:

„Unbeschadet der Vorschrift des Art. 381 Abs. 1 können Aktiengesellschaften (mit Ausnahme von Gesellschaften mit Prüferat und Gesellschaften mit Außenprüfern), die keine offenen Gesellschaften sind, in ihrer Satzung vorschreiben, daß der Umfang der von ihrem Prüfer durchgeführten Prüfung auf die Kontrolle der Buchführung beschränkt ist.“

Ausgenommen von der Erlaubnis, die Befugnisse ihrer Prüfer zu limitieren, sind ausdrücklich solche Gesellschaften, die einen Prüferat eingerichtet oder sogenannte Aus-

senprüfer benannt haben. Das betrifft innerhalb der geschlossenen Gesellschaften alle großen Gesellschaften, denn diese sind gemäß Art. 328 Abs. 2 GesG verpflichtet, Außenprüfer zu benennen. Art. 328 Abs. 2 GesG lautet:

„Große Gesellschaften, die keine offenen Gesellschaften sind, müssen Außenprüfer ernennen.“

Großen offenen Gesellschaften wird die Beschränkung der Kompetenzen ihrer Prüfer quasi doppelt verboten, zum einen, weil sie große, zum anderen, weil sie offene Gesellschaften sind. Ausdrücklich erlaubt ist eine Beschränkung der Prüferbefugnis nur in kleinen geschlossenen Gesellschaften.

neue Regelung:

große geschlossene Gesellschaft	<i>Gesetz bietet die Option der Beschränkung, Artt. 389, 328 GesG, nimmt aber große Gesellschaften davon aus</i>	<i>Gesetz verbietet Beschränkung ⇒ Prüfungsbef. gesetzlich vorgegeben, Artt. 389, 328 GesG</i>	große offene Gesellschaft
kleine geschlossene Gesellschaft			kleine offene Gesellschaft

Als wesentlicher Inhalt der Änderungen ist also noch einmal festzuhalten: Kleine Gesellschaften, in denen die Prüfungsbefugnisse früher durch Gesetz auf die Rechnungsprüfung beschränkt waren, dürfen ihre Prüfer nun grundsätzlich nicht mehr in ihren Kompetenzen beschränken. Sie dürfen das nur ausnahmsweise, wenn sie nicht nur kleine, sondern auch geschlossene Gesellschaften sind. Für große Gesellschaften, offen oder geschlossen, hat sich nichts geändert: Die Befugnisse ihrer Prüfer dürfen nicht beschränkt werden.

b) Regelungslücken und ihre Lösungen

Art. 336 Abs. 4 Ziffer 3 GesG bestimmt allgemein, daß in Aktiengesellschaften, die eine Beschränkung der Prüferbefugnisse auf die Kontrolle der Bücher durch Satzungsbeschluß aufheben, das Amt der betroffenen Prüfer mit dem Zeitpunkt der Satzungsänderung endet.

Die Vorschrift lautet:

„Unbeschadet der drei vorhergehenden Absätze endet das Amt des internen Prüfers, wenn folgende Satzungsänderungen in Kraft treten:

...

(3) Änderung der Satzung zur Abschaffung von Vorschriften, die den Umfang der Prüfung durch den internen Prüfer auf die Kontrolle der Buchführung beschränken;

...“

Die Vorschrift ist im Kontext der oben dargestellten Regelungen für kleine geschlossene Gesellschaften gedacht, die von der beschriebenen Option durch entsprechende Satzungsregelung Gebrauch machen, diesen Beschluß aber später wieder durch Satzungsänderung aufheben. Praktischerweise wird in solchen Fällen die Hauptversammlung, die die Satzungsänderung beschließt, auch den Prüfer neu wählen. Die Bestimmung des Art. 336 Abs. 4 Ziffer 3 GesG wirft einige Fragen im Hinblick auf die Amtszeit der Prüfer in kleinen Aktiengesellschaften auf:

aa) Erste Lücke: Amtszeit der Prüfer in kleinen Gesellschaften

In kleinen Gesellschaften galt vor der Gesetzesreform die Beschränkung der Prüferbefugnisse auf die Kontrolle der Bücher schon, wie oben unter II.1. dargestellt, von Gesetzes wegen, und durch die Reform sind die entsprechenden Gesetze unwirksam geworden. Die Beschränkung der Befugnisse von Prüfern in kleinen Gesellschaften wird also automatisch mit Inkrafttreten der Gesellschaftsrechtsreform aufgehoben, ohne daß diese Gesellschaften zu diesem Zweck ihre Satzungen ändern müßten. Fraglich ist nun, wie sich das auf die Amtszeiten der betroffenen Prüfer auswirkt. Art. 336 Abs. 4 Ziffer 3 GesG nimmt ausdrücklich nur auf die Aufhebung der Prüferbeschränkungen per Satzung Bezug und bestimmt nur für diesen Fall, daß die Amtszeiten der betroffenen Prüfer mit der Satzungsänderung enden. Ungeregt bleibt aber zunächst, wie die Prüfer solcher Gesellschaften zu behandeln sind, bei denen die Beschränkung der Prüferbefugnisse nicht durch Satzung, sondern durch Gesetz aufgehoben wird.

bb) Lösung durch gesetzlich fingierte Satzungsänderung

Der Gesetzgeber hat diese Situation durchaus erkannt und deshalb in Art. 53 des Gesetzes zur Koordinierung der einschlägigen Gesetze anläßlich des Inkrafttretens des Gesellschaftsgesetzes (*Seibi-hô*)⁶ geregelt, daß für kleine Gesellschaften gesetzlich fingiert wird, sie hätten die vormals qua Gesetz geltende Beschränkung der Befugnisse ihrer Prüfer nach Wegfall dieser gesetzlichen Bestimmung durch die Gesellschaftsrechtsreform nun mit Inkrafttreten der Reform ausdrücklich in ihre Satzung aufgenommen. Damit ist die gesetzliche Abschaffung der Beschränkung der Prüfungsbefugnisse für kleine Gesellschaften durch deren eigenes – tatsächlich vom Gesetzgeber nur fingiertes – Handeln unmittelbar wieder aufgehoben, und die Frage, wie die Amtszeit der Prüfer kleiner Gesellschaften zu behandeln ist, stellt sich nicht mehr.

⁶ *Kaisha-hô no shikô ni tomonau kankei hôritsu no seibi-tô ni kan suru hôritsu*, Gesetz Nr. 87/2005, in Kraft getreten am 1.5.2006.

Satzungsfiktion

große geschlossene Gesellschaft	große offene Gesellschaft	
kleine geschlossene Gesellschaft	kleine offene Gesellschaft	<i>Art. 53 Seibi-hô fingiert satzungsmäßige Beschränkung der Prüferkompetenzen für alle kleinen Gesellschaften</i>

cc) Zweite Lücke: Amtszeit der Prüfer in kleinen offenen Gesellschaften

Allerdings stellt sich der Gesetzgeber selbst ein Bein: Die Fiktionsregelung des Art. 53 *Seibi-hô* unterscheidet nämlich nicht nach offenen oder geschlossenen Gesellschaften, gilt also im Prinzip für alle kleinen Gesellschaften. Andererseits erlaubt, wie schon dargestellt, Art. 389 Abs. 1 GesG offenen Gesellschaften genau die Satzungsregelung nicht, die der Gesetzgeber in Art. 53 *Seibi-hô* fingiert. Für kleine offene Gesellschaften greift die Fiktion also nicht ein, d.h. die Beschränkungen der Befugnisse ihrer Prüfer werden durch den Wegfall der Bestimmungen der Artt. 22 Abs. 1 und 25 HGARG a.F. i.V.m. Art. 274 HG a.F. tatsächlich aufgehoben, so daß sich – erneut – die Frage stellt, wie im Hinblick auf Art. 336 Abs. 4 Ziffer 3 GesG die Amtszeit der Prüfer in den betroffenen Gesellschaften zu behandeln ist.

dd) Lösung durch Analogie

Das für die Aufsicht über die Handelsregisterämter zuständige Justizministerium hat die Regelungslücke beizeiten – nämlich schon vor Inkrafttreten des neuen Gesellschaftsgesetzes – entdeckt. Es hat daraufhin seine Rechtsansicht in einer Mitteilung des Leiters der Zivilabteilung des Justizministeriums an die Leiter der Justizbehörde und der Bezirksjustizbehörden über die Handhabung der Handelsregistereintragungen zum Inkrafttreten des Gesellschaftsgesetzes⁷ allgemein bekannt gemacht. Diese Rechtsansicht läuft darauf hinaus, daß Art. 336 Abs. 4 Ziffer 3 GesG auf kleine offene Gesellschaften, für die die Beschränkung der Prüferbefugnisse nicht durch Satzungsänderung, sondern per Gesetz abgeschafft wird und nicht durch die Fiktion einer Satzungsänderung wieder eingeführt werden kann, analog anzuwenden sei. Daraus folgert das Ministerium, daß die Amtszeiten der Prüfer in solchen Gesellschaften mit Inkrafttreten der Gesellschafts-

⁷ *Hômu kyokuchô / chihô hômu kyokuchô ate hômu-shô minji kyokuchô tsûtatsu; kaisha-hô no shikô ni tomonau shôgyô tôki jimu no toriatsukai ni tsuite*, Nr. 782 vom 31.3.2006, veröffentlicht in: Shôji Hômu Nr. 1764 vom 15.4.2006.

rechtsreform am 1. Mai 2006 automatisch endeten. Gleichzeitig wird in dieser Mitteilung klargestellt, daß eine Neuwahl der Prüfer innerhalb von sechs Monaten nach Inkrafttreten des GesG erfolgen muß.

3. Zusammenfassung

Insgesamt stellt sich die Lage also folgendermaßen dar: Für große Aktiengesellschaften, gleichgültig ob offen oder geschlossen, hat sich hinsichtlich der Befugnisse ihrer Prüfer nichts geändert. Sie durften sie früher nicht limitieren, und sie dürfen es heute immer noch nicht. Die Amtszeit ihrer Prüfer bleibt von den neuen Regelungen unberührt. In kleinen geschlossene Gesellschaften waren die Befugnisse der Prüfer früher von Gesetzes wegen beschränkt, sie werden nun durch gesetzliche Fiktion so behandelt, als hätten sie diese Beschränkung mit Inkrafttreten des GesG in ihre Satzung aufgenommen. Auch für kleine geschlossene Gesellschaften ändert sich also in der Praxis nichts, allerdings geht der Gesetzgeber von einer Satzungsregelung aus, die tatsächlich niemals vorgenommen wurde. Bei kleinen offenen Gesellschaften, deren Prüfer früher ebenfalls per Gesetz in ihren Befugnissen beschränkt waren und für die diese gesetzlichen Beschränkungen nun ebenfalls nicht mehr gelten, kann der Gesetzgeber von einer solchen Satzungsregelung nicht ausgehen, weil die betroffenen Gesellschaften eine solche Satzungsänderung gar nicht beschließen dürften. Das hat das Justizministerium zum Anlaß genommen, unter analoger Anwendung des Art. 336 Abs. 4 Ziffer 3 GesG die Amtszeiten der Prüfer in diesen Gesellschaften für am 1. Mai 2006 beendet zu erklären.

III. KRITIK

1. Legislative

a) Regelungstechnik

Die Reform des japanischen Gesellschaftsrechts hatte unter anderem das Ziel, eine Vereinheitlichung des Gesellschaftsrechts zu erreichen und so die Rechtslage übersichtlicher zu gestalten. Der hier behandelte Aspekt zeigt, daß eine Vereinfachung der Rechtslage zumindest in diesem Zusammenhang nicht eingetreten ist. Vielmehr hat der Gesetzgeber durch schwer nachzuvollziehende Verweisungen und mehrfache Verschachtelungen der Normen in dieser Detailfrage ein Regellabyrinth geschaffen, das zumindest Laien nur schwer oder gar nicht durchdringen können. Dabei ist das Anliegen der Reform, den gesetzlichen Rahmen der gesellschaftsvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten zu flexibilisieren, durchaus zu begrüßen. Vor allem kleineren Unternehmen werden vielfältige Gestaltungsalternativen angeboten. Dieser Reformschritt wird jedoch in Teilen wieder rückgängig gemacht, wenn die gesetzlichen Vorschriften so unübersichtlich, wie hier dargestellt, ausgestaltet sind. Dabei ist hervorzuheben, daß sich die Rechtslage gerade für kleinere Unternehmen besonders schwierig darstellt. Insbeson-

dere der Anwendungsbereich des Art. 53 *Seibi-hô* ist nur richtig zu verstehen, wenn man Artt. 328, 389, 336 GesG im Rahmen einer Gesamtschau betrachtet. Betriebe, die selbst nicht über rechtskundige Mitarbeiter verfügen, können ohne eine gesonderte rechtliche Beratung ihre gesellschaftsrechtliche Verfassung nicht eigenständig nach den neuen Regelungen gestalten, sie können sie tatsächlich unter Umständen nicht einmal erkennen.

b) *Eingriff in die Satzungsautonomie durch Art. 53 Seibi-hô*

Im Zentrum unserer Kritik steht die Art und Weise, wie Art. 53 *Seibi-hô* den Übergang vom neuen zum alten Recht bezüglich der Befugnisse der internen Prüfer für kleine geschlossene Gesellschaften regelt. Zusammenfassend ist nochmals festzuhalten, daß Art. 389 GesG den kleinen geschlossenen Gesellschaften zunächst die Möglichkeit bietet, die eigentlich nun weiten Befugnisse der internen Prüfer durch eine Regelung in der Satzung zu beschränken. Art. 53 *Seibi-hô* legt dann fest, daß alle kleinen geschlossenen Gesellschaften so behandelt werden, als hätten sie auch tatsächlich unmittelbar mit Inkrafttreten des Gesellschaftsgesetzes von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Per Gesetz wird also eine Satzungsänderung fingiert, die zum einen nie beschlossen wurde und die zum anderen auch in der Satzung der betroffenen Gesellschaften nicht ersichtlich ist. Das Gesetz greift also bewußt in die Satzungsautonomie der kleinen geschlossenen Gesellschaften ein; ein Schritt, der nach der hier vertretenen Ansicht kein erforderliches und deshalb auch kein angemessenes Mittel zur Regelung einer Übergangssituation darstellt.

Für die Vorschrift könnte man zwar vorbringen, daß sich für die internen Prüfer kleiner Gesellschaften im Ergebnis nichts ändert. Das Gesetz bietet jetzt die Möglichkeit einer erweiterten Prüfungsbefugnis, jedoch bleibt zunächst „alles beim Alten“. Der Gesetzgeber hat also in gewisser Weise fürsorglich gehandelt, indem er für die betroffenen Gesellschaften beschlossen hat, daß die alte Rechtslage beibehalten werden soll. Vor allem wird dadurch ein interner Prüfer nicht mit einer Kompetenz ausgestattet, die anfangs für ihn nicht vorgesehen war. Allerdings geht die Fürsorge des Gesetzgebers in diesem Fall zu weit. Auch nach japanischem Rechtsverständnis ist ein Eingriff in die Privatautonomie, deren Teil die Satzungsautonomie ist, nur dann zu rechtfertigen, wenn ein Mißbrauch im Rahmen von Vertragsgestaltungen verhindert wird oder eine Partei aufgrund ihrer unterlegenen Position besonders schutzbedürftig ist. Ein solcher Mißbrauch oder eine Schutzbedürftigkeit sind hier aber nicht zu erkennen. Das läßt nur den – etwas zynischen – Schluß zu, daß der Gesetzgeber die kleinen geschlossenen Aktiengesellschaften vor der eigenen Reform in Schutz nehmen wollte. Schließlich stellt sich die Reform durch diese Übergangsregelung im betroffenen Regelungsbereich auch als halbherzig dar. Einerseits will der Gesetzgeber die Rechtslage flexibilisieren und die Gestaltungsmöglichkeiten erweitern, andererseits wird über die Hauptversammlung der betroffenen Gesellschaften hinweg eine Klausel der Satzung fingiert.

Vor allem aber in praktischer Hinsicht ist § 53 *Seibi-hô* problematisch. Wegen der bereits aufgezeigten Umständlichkeit der Vorschrift besteht die Gefahr, daß der Unternehmensträger letztlich nicht mehr weiß, was eigentlich Inhalt der eigenen Satzung ist. Selbst wenn er das gesamte Regelungswerk durchschaut, so führt die Fiktion der Satzungsklausel zu einer merkwürdigen Situation in dem Fall, daß eine weite Befugnis des internen Prüfers von den Gesellschaftern gewollt ist. Dann nämlich muß eine Klausel in der Satzung geändert werden, die dort eigentlich gar nicht vorhanden ist. Weiterhin muß diejenige Rechtslage eigens beschlossen werden, die vom Gesetz (Art. 389 GesG) eigentlich schon vorgesehen ist.

c) Alternativen

Einehbar ist wohl, daß der Gesetzgeber für alle, auch für die kleinen geschlossenen Gesellschaften vermeiden wollte, einen Prüfer mit einer Kompetenz auszustatten, die ursprünglich für ihn nicht vorgesehen war. Hätte der Gesetzgeber Übergangsrecht geschaffen, nach dem die alte Rechtslage bis zur nächsten Hauptversammlung der Gesellschafter weiter gegolten hätte, so hätte auf dieser Versammlung beschlossen werden können, ob der interne Prüfer die alte (enge) oder die neue (weite) Kompetenz erhalten soll. Im Weiteren hätte die entsprechende Person als interner Prüfer mit eben den gewollten und durch den vorherigen Beschluß der Hauptversammlung allen Beteiligten bekannten und bewußten Befugnissen bestimmt werden können. Da die Gesellschafterversammlung einmal im Jahr stattfinden muß, wäre also spätestens ein Jahr nach Inkrafttreten einer solchen Übergangsregelung die Umstellung auf das neue Recht erreicht gewesen. Alternativ hätte eine Rechtspflicht bestimmt werden können, einen Gesellschafterbeschluß über die Person des Prüfers und seine Prüfungskompetenz zu fassen. Diese Rechtspflicht hätte mit einer Frist verbunden werden können, zu der man den Übergang vom neuen zum alten Recht erreicht haben möchte.

2. *Exekutive*

a) Eingriff in die Satzungsautonomie qua Analogie

Bereits aus den oben genannten Gründen erscheint es nicht angebracht und unter verschiedenen Gesichtspunkten bedenklich, Probleme, die sich aus dem Übergang vom alten zum neuen Gesellschaftsrecht ergeben, zu lösen, indem man durch einen Hoheitsakt Regelungen trifft, die eigentlich der Hauptversammlung vorbehalten sind. Dies geschieht – wie bereits dargestellt – auch durch die vom Justizministerium vorgegebene analoge Anwendung des Art. 336 Abs. 4 Ziffer 3 GesG. Zur Klarstellung sei nochmals festgehalten, daß die Frage, wie sich die Erweiterung der Prüferbefugnisse auf die vor der Reform eingesetzten Prüfer einer kleinen offenen Aktiengesellschaft auswirkt, dadurch gelöst wird, daß man ihre Amtszeit automatisch am 1. Mai 2006 enden läßt. Damit tritt eine Rechtsfolge ein, die eigentlich immer eine autonome Handlung der Gesellschafterversammlung voraussetzt. Erst recht bedenklich ist in diesem Zusammen-

hang aber, daß lediglich eine analoge Anwendung in die Satzungsautonomie der Gesellschaft eingreift. Aus rechtsstaatlicher Sicht sollten so weitreichende Folgen für eine Vielzahl von Aktiengesellschaften durch einen Legislativakt geregelt werden. Man kann natürlich die Vorgabe des Justizministeriums im Zusammenhang mit § 53 *Seibi-hô* als konsequent ansehen. Allerdings stellt ja die Regelung des § 53 *Seibi-hô* hinsichtlich des Eingriffs in die Satzungsautonomie eine u.E. bereits zu weit gehende Ausnahme dar, die nicht durch eine Analogie fortgesetzt werden sollte.

b) *Regelungstechnik*

Auch in diesem Zusammenhang bietet vor allem die Art und Weise, wie die Problematik um die Amtszeit der Prüfer einer kleinen offenen Gesellschaft gelöst wurde, Anlaß zur Kritik. Die Tatsache, daß Art. 336 Abs. 4 Ziff. 3 GesG anzuwenden ist, sowie die Anordnung, daß innerhalb von sechs Monaten nach Inkrafttreten des GesG ein neuer Prüfer zu bestimmen ist, erfolgt durch eine Mitteilung des Justizministeriums an untergeordnete Behörden, also durch einen verwaltungsinternen und formlosen Akt. Diese Mitteilung wird dann in (einer) Fachzeitschrift(en) veröffentlicht. Abgesehen von der Tatsache, daß die Anordnungen unverbindlich und sanktionslos sind, erfolgen sie nicht direkt gegenüber denjenigen Personen, die eigentlich von der Regelung betroffen sind, d.h. Adressaten sein sollten. Es wird lediglich die Rechtsauffassung einer Behörde geäußert und veröffentlicht. Weiterhin ist bemerkenswert, daß die Mitteilung über die Anwendung des Art. 336 Abs. 4 Ziff. 3 GesG bereits im März 2006 erfolgte, also vor Inkrafttreten des neuen Gesellschaftsgesetzes im Mai 2006. Daß aufgrund einer Regelungslücke Handlungsbedarf bestand, war also schon zu diesem Zeitpunkt klar. Trotzdem ist dieses generelle und abstrakte Problem nicht in einem Gesetz, beispielsweise im *Seibi-hô*, sondern in der hier dargestellten Weise geregelt worden. Schließlich ist auch kurz auf die Terminologie der Mitteilung einzugehen. In der Mitteilung wird angeordnet, daß Art. 336 Abs. 4 Ziff. 3 GesG anzuwenden ist. Es ist also nicht von einer analogen Anwendung die Rede. Der Wortlaut der genannten Vorschrift gibt jedoch die direkte Anwendung in diesem Fall auch bei extensiver Auslegung nicht her. Es handelt sich also faktisch um eine Analogie.

c) *Praktische Auswirkungen*

Nicht nur rechtstechnisch, sondern auch praktisch ist die analoge Anwendung von Art. 336 Abs. 4 Ziffer 3 GesG problematisch. Indem die Amtszeit der internen Prüfer von kleinen offenen Gesellschaften zum 1. Mai 2006 automatisch endet, entsteht Handlungsbedarf insoweit, als ein neuer Prüfer bestimmt bzw. der bisherige Prüfer bestätigt werden muß. Daß dieser Handlungsbedarf besteht, wird, weil die Situation eben nicht durch einen Satzungsbeschluß, sondern durch – analoge! – Anwendung eines gerade erst in Kraft getretenen Gesetzes geschaffen worden ist, den betroffenen Personen der kleinen offenen Aktiengesellschaften in vielen Fällen nicht bewußt sein. Es können

zwar keine gesicherten Aussagen darüber getroffen werden, wie die von Gesetzen betroffenen Personen von Änderungen Kenntnis nehmen. Es bestehen jedoch berechtigte Zweifel, ob die verantwortlichen Personen in kleinen, geschlossenen Gesellschaften die Situation, die durch die Änderung des Gesetzes und durch die Mitteilungen des Justizministeriums geschaffen worden ist, erfassen. Es wird eine große Anzahl an Gesellschaften geben, die – entweder in der Annahme, vorerst habe sich nichts geändert, oder mit der Vermutung, mit der Reform seien die Befugnisse ihrer Prüfer automatisch erweitert worden – das Ende der vermeintlich noch laufenden Amtszeiten ihrer internen Prüfer abwarten. Selbst wenn man annimmt, daß die Handelsregisterbeamten bei der nächsten Registrierung von Änderungen in der Satzung oder der Zusammensetzung der Organe einer Aktiengesellschaft auf die Notwendigkeit aufmerksam machen werden, einen neuen Prüfer zu wählen, wird es eine längere Übergangsphase geben, in der sich die Betroffenen ihrer Situation nicht bewußt sind. In der Regel sind nur alle zwei Jahre wegen der dann nach bisherigem Recht notwendig ablaufenden Amtszeiten der Verwaltungsratsmitglieder Neuwahlen notwendig, die einen Kontakt mit dem Handelsregister zwingend erfordern. Es kann also noch bis Mai 2008 kleine offene Aktiengesellschaften geben, deren Prüfer sich in einem Schwebezustand befinden, ohne daß ihnen diese Tatsache bewußt wäre. Teilweise hilft die allgemeine Vorschrift des Art. 346 Abs. 1, 2 des neuen GesG über Unklarheiten hinweg. Dort wird vorgeschrieben, daß bei einem Ausscheiden eines Amtsträgers der ausgeschiedene Amtsträger mit den alten Rechten und Pflichten ausgestattet bleibt, bis der neue Amtsträger das Amt übernommen hat. Es verbleibt also grundsätzlich auch ein Anspruch auf Vergütung. Auch hat der Prüfer, dessen Amtszeit zu Ende gegangen ist, eine Grundlage, aufgrund der er tätig wird, wenn nicht sofort ein neuer Prüfer bestimmt wird. Unklar bleibt aber, ob der Interimsprüfer im Rahmen der neuen oder der alten Kompetenz tätig werden darf. Sollte der Prüfer von einer automatisch erweiterten Befugnis ausgehen und auch tatsächlich im Rahmen der erweiterten Befugnis tätig werden, so stellt sich beispielsweise die Frage, ob sich auch der Anspruch auf Vergütung erweitert.

Fraglich ist auch das Verhältnis des Interimsprüfers zu den anderen Organen der Gesellschaft: Darf ein Interimsprüfer davon ausgehen, daß er seit dem 1. Mai 2006 erweiterte Befugnisse nicht nur bei der Prüfung, sondern daraus folgend auch in seinem Verhältnis zu den anderen Organen seiner Gesellschaft hat? Darf er etwa nach Art. 381 Abs. 2 GesG Berichte anfordern, die sich auf anderes als die Buchprüfung erstrecken? Was gilt, wenn sich z.B. ein Verwaltungsratsmitglied weigert, dem Interimsprüfer einen Geschäftsführungsbericht zu erstatten, weil es ihn nach wie vor als auf die Buchprüfung beschränkt betrachtet? Überschreitet der Interimsprüfer seine Kompetenzen, wenn er daraufhin nach Art. 382 GesG dem Verwaltungsratsgremium von einem Verdacht berichtet, eines der Verwaltungsratsmitglieder habe etwas zu verbergen? Oder versäumt er umgekehrt eine Pflicht, wenn er es nicht tut? Wie muß das Verwaltungsratsgremium reagieren? Und gegen wen können die Gesellschaft und die Aktionäre Ersatzforderungen geltend machen, wenn tatsächlich ein Schaden entsteht?

d) Alternativen

Wenn man davon ausgeht, daß eine analoge Anwendung zur Füllung der Gesetzeslücke notwendig ist, bieten sich andere Möglichkeiten, die zu interessensgerechteren Lösungen führen.

aa) Analoge Anwendung des Art. 26 HGARG a.F.

Sowohl für die betroffenen Prüfer als auch aus systematischen Gründen wäre es sinnvoller, die Analogie, mit der die Anwendung des Art 336 Abs. 4 Ziffer 3 GesG auf kleine geschlossene Aktiengesellschaften begründet wird, nicht in der Gleichsetzung von „Änderung der Satzung“ einerseits und „Änderung des Gesetzes“ andererseits zu suchen. Vielmehr sollte die kleine offene Aktiengesellschaft so behandelt werden, wie alle kleinen Gesellschaften – unabhängig von der Vinkulierung ihrer Aktien – vor der Reform behandelt wurden, wenn sie durch Erhöhung des Grundkapitals auf mehr als 100 Millionen Yen oder Ausdehnung ihrer Verbindlichkeiten auf mehr als 20 Milliarden Yen aufhörten, kleine Gesellschaften zu sein. In diesen Fällen verpflichtete nämlich Art. 26 HGARG a.F. die Prüfer dieser Gesellschaften zum Rücktritt am Ende der Ordentlichen Hauptversammlung, die auf das Geschäftsjahr folgte, in das die Kapitalerhöhung gefallen bzw. für das zuletzt eine Bilanz vorgelegt worden war. Im Übrigen wurden auch die betroffenen Gesellschaften selbst nach dem Art. 26 HGARG a.F. noch bis zum Ende der jeweiligen Hauptversammlung wie kleine Gesellschaften behandelt. Eine solche Analogie hätte nicht dazu führen müssen, daß für kleine Gesellschaften bis zum Ende des Geschäftsjahres noch die Rechtslage vor der Reform gegolten hätte. Man hätte die Analogie durchaus auf die Situation der Prüfer beschränken, ihnen also übergangsweise weiterhin eine eingeschränkte Kompetenz zuweisen und ihnen den Rücktritt am Ende des Geschäftsjahres vorschreiben können, in das der 1. Mai 2006 fiel. Auf diese Weise wäre eine Übergangsphase von bis zu einem Jahr geschaffen worden. Wäre der Prüfer sich seiner Pflicht bewußt gewesen, so wäre er seiner Pflicht nachgekommen, und der Übergang in das neue Recht wäre durch Neuwahl vollzogen worden. Wäre ein Prüfer seiner Pflicht – sei es aus Unkenntnis oder aus anderen Gründen – nicht nachgekommen, so hätte er gegen eine Pflicht verstoßen, was möglicherweise einen Schadensersatzanspruch nach sich gezogen hätte. Es wäre aber sichergestellt gewesen, daß stets ein gewählter Prüfer im Amt wäre.

Gegen diese Analogie kann eingewandt werden, daß sie selbst systemwidrig ist, weil für den zu regelnden Sachverhalt – nämlich die Frage, ob die Prüfer bestimmter Aktiengesellschaften in ihren Befugnissen beschränkt werden müssen oder dies gerade nicht erlaubt sein soll – nach der Reform nicht mehr zwischen großen und kleinen, sondern zwischen offenen und geschlossenen Gesellschaften unterschieden wird. Allerdings hätte die Analogie auch nur eine Übergangsphase von der einen zu der anderen Unterscheidungsweise geregelt, in der ein solcher Systemwiderspruch vielleicht hätte hingenommen werden können. Außerdem kommt es für die analoge Anwendung des Art. 26 HGARG a.F. auch nicht auf die Unterscheidung zwischen großen und kleinen Gesell-

schaften an, sondern auf die Tatsache, daß eine Gesellschaft, für die früher die gesetzliche Beschränkung aus Art. 274 HG a.F. galt, aus diesem Anwendungsbereich herausfällt, gleich aus welchem Grund. Eine Analogie bietet sich an, da Art. 26 HGARG a.F. zwar dem Wortlaut nach nur für solche kleinen Gesellschaften galt, die aufhörten, kleine Gesellschaften zu sein und deshalb den von Artt. 22 Abs. 1 und 25 HGARG a.F. i.V.m. Art. 274 HG a.F. vorausgesetzten Tatbestand nicht mehr erfüllten, während die Rechtsfolge des Art. 26 HGARG a.F. nach dem hier dargestellten Vorschlag nur für kleine offene Gesellschaften gelten soll, für die seit der Reform des Gesellschaftsrechts die Beschränkung der Artt. 22 Abs. 1 und 25 HGARG a.F. ebenfalls nicht mehr anwendbar sind, nun allerdings durch Wegfall der Norm. Beide Fälle sind einander so ähnlich, daß es zweckmäßig ist, im Hinblick auf die Prüfer der betroffenen Gesellschaften dieselbe Rechtsfolge eintreten zu lassen.

Gegen die analoge Anwendung des Art. 26 HGARG kann allerdings weiterhin mit erheblichem Gewicht eingewandt werden, daß es sich dabei um eine Norm handelt, die seit dem 1. Mai 2006 nicht mehr gilt, so daß sie gar nicht mehr – und auch gerade nicht mehr analog – angewandt werden kann. Dieses Argument ist schwer zurückzuweisen. Man könnte allerdings daran denken, daß es sich bei der hinter Art. 26 HGARG stehenden *ratio legis* um ein allgemeines Prinzip handelt, das auch nach der Reform des Gesellschaftsrechts Gültigkeit behalten hat. Offenbar ging es dem Gesetzgeber bei der Formulierung des Art. 26 HGARG a.F. darum, den betroffenen Gesellschaften selbst und damit ihren Prüfern eine Frist einzuräumen, die nach zweierlei Kriterien, nämlich dem von den Gesellschaften selbst festgelegten Geschäftsjahr und der von ihr selbst einberufenen Hauptversammlung, zwei autonomen Festlegungen also, bestimmt wird. Daß mit der Reform diese *ratio legis* nicht obsolet geworden ist, zeigt auch die Vorschrift, die der nachfolgend dargestellten Lösungsvariante zugrunde liegt.

bb) Analoge Anwendung des Art. 480 Abs. 1 Ziffer 2 GesG

Eine analoge Anwendung des Art. 480 Abs. 1 Ziff. 2 GesG (gegen den auch nicht eingewandt werden kann, er gelte nicht mehr) hätte die Sache ebenfalls für alle Beteiligten erleichtern können. Nach Art. 480 Abs. 1 Ziff. 2 GesG wird für den Fall, daß eine in Liquidation befindliche Gesellschaft durch Satzungsänderung die Aufhebung einer vorhandenen Beschränkung der Prüfungsbefugnis beschließt, dem betroffenen Prüfer zur Pflicht gemacht, zurückzutreten, sobald die Satzungsänderung in Kraft tritt. Der Unterschied zu Art. 336 Abs. 4 Ziff. 3 GesG liegt darin, daß die Amtszeit des Prüfers nicht automatisch endet. Daß darin tatsächlich ein qualitativer Unterschied liegt, bestätigt die Bestimmung des Art. 480 Abs. 2 GesG, der Art. 336 GesG bei Aktiengesellschaften in Liquidation ausdrücklich für nicht anwendbar erklärt. Hätte man also Art. 480 Abs. 1 Ziff. 2 GesG auf die Situation kleiner offener Aktiengesellschaften angewandt, für die die Beschränkung der Befugnisse ihrer Prüfer durch Artt. 22 Abs. 1 und 25 HGARG a.F. i.V.m. Art. 274 HG a.F. mit der Gesellschaftsrechtsreform weggefallen ist, so hätte es bei den betroffenen Prüfern gelegen, ihre Amtszeit durch Rücktritt zu beenden.

Damit wäre zwar immer noch nicht sichergestellt, daß alle betroffenen Gesellschaften und ihre Prüfer sich der Situation bewußt würden. Die Prüfer wären aber weiterhin als rechtmäßig gewählt im Amt.

Gegen eine solche Analogie könnte wiederum eingewandt werden, daß Art. 480 Abs. 1 Ziff. 2 GesG von der Situation, in der die Regelungslücke besteht, weiter entfernt ist als Art. 336 Abs. 4 Ziff. 3 GesG, weil es in der zu regelnden Situation gerade nicht um Gesellschaften in Liquidation geht. In der zu füllenden Regelungslücke macht es aber keinen Unterschied, ob die betroffenen Gesellschaften solche in Liquidation sind oder nicht. Abzustellen ist deshalb allein auf das Tatbestandsmerkmal der Aufhebung der Prüfungsbeschränkung, das in beiden Vorschriften gleich ist. Von zwei Vorschriften, die in einer solchen Situation unterschiedliche Rechtsfolgen bestimmen, sollte für eine analoge Anwendung diejenige gewählt werden, die am geringsten in die Satzungsautonomie der betroffenen Gesellschaften eingreift. Das ist Art. 480 Abs. 2 GesG.

SUMMARY

On the basis of two examples, the article describes practical problems that occur with the newly revised corporate legislation. The objective of this revision was to adapt and simplify the legal situation, especially for small companies. However, in some special fields – the authors particularly examine the new rules about terms of office and the audit scope of auditors of small stock companies – the new corporation law provides some rather complicated stipulations. The legislators have chosen a very radical way of dealing with changes from the old to the new system of corporate legislation. Because the audit scope of auditors of small companies was widened by the Corporation Law, the legislators had to deal with the question of how the situation of the actual auditors should be ruled. For small closed companies, the law provides a legal fiction that automatically restricts the audit scope – which is, according to the Corporation Law, wider than before – in the articles of incorporation to the former size under the old provisions. However, this solution is not possible for small open companies because open companies in general are not allowed to restrict the audit scope in their articles of incorporation. Therefore, a statement of the Ministry of Justice provides that – by analogy – the term of office of all auditors of small open stock companies ended on the day of enforcement of the Corporation Law (i.e., May 1, 2006). The authors criticize this legislative path as an unnecessary and exceptionally severe interference in the corporate autonomy of small stock companies, and point out alternative ways of dealing with corporate legislation change in this context.