

Geszentwurf

der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit deutscher Konzerne an internationalen Kapitalmärkten und zur Erleichterung der Aufnahme von Gesellschafterdarlehen (Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz – KapAEG)

A. Zielsetzung

Der Geszentwurf dient der Entlastung deutscher Konzerne, die zum Zwecke der Kapitalbeschaffung an ausländischen Kapitalmärkten einen Konzernabschluß nach internationalen Rechnungslegungsgrundsätzen oder ausländischem Recht aufstellen müssen. Durch die Neuregelung wird diesen Unternehmen künftig gestattet, auf die gesonderte Aufstellung eines den deutschen Konzernrechnungsbestimmungen entsprechenden Konzernabschlusses zu verzichten, was zu einem spürbaren Einspareffekt in bezug auf die durch die Aufstellung eines gesonderten Konzernabschlusses verursachten Kosten bei diesen Unternehmen führt. Darüber hinaus wird der unerwünschte, Verwirrung stiftende Effekt vermieden, daß sich aus unterschiedlichen Konzernabschlüssen desselben Konzerns ggf. unterschiedliche Gewinne und Verluste ergeben.

Die das GmbH-Gesetz betreffende Regelung zum Eigenkapitalersatz soll nicht-unternehmerisch beteiligten GmbH-Gesellschaftern Rechtssicherheit und -klarheit in einem besonders schwierigen Rechtsbereich gewähren. Sie ist Bestandteil des Aktionsprogramms der Bundesregierung für Investitionen und Arbeitsplätze.

B. Lösung

In dem neuen § 292 a des Handelsgesetzbuchs sollen auch solche Konzernabschlüsse als befreiend anerkannt werden, die zu einem im einzelnen näher bestimmten Zweck nach internationalen Rechnungslegungsgrundsätzen aufgestellt werden.

Ferner werden GmbH-Beteiligungen bis einschließlich 10 % grundsätzlich ganz aus dem Eigenkapitalersatzrecht herausgenommen.

C. Alternativen

1. Abwarten, bis im Jahre 1999 die aufgrund einer Vereinbarung zwischen IOSCO (internationale Vereinigung der Börsenaufsichtsbehörden) und IASC (privatrechtlicher internationaler Zusammenschluß von Rechnungslegern) abgestimmten internationalen Rechnungslegungsstandards vorliegen, auf deren Grundlage sodann auf der ganzen Welt von Börsen Konzernabschlüsse anerkannt werden sollen. Ein solches Abwarten scheidet nach Auffassung der Bundesregierung aus, da der Regelungsbedarf bereits heute besteht.
2. Überarbeitung der deutschen Konzernrechnungslegungsvorschriften unter Übernahme internationaler Regelungen. Eine solche Überarbeitung würde wegen der grundsätzlichen Bedeutung zusätzliche Zeit kosten, so daß die Lösung zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht möglich wäre. Darüber hinaus besteht die Schwierigkeit, die Neuregelungen auf international tätige Konzerne zu beschränken.

D. Kosten der öffentlichen Haushalte

1. Haushaltsausgaben ohne Vollzugaufwand
2. Vollzugaufwand

Die vorgesehenen Maßnahmen führen weder bei Haushaltsausgaben ohne Vollzugaufwand noch beim Vollzugaufwand zu Kostenerhöhungen der öffentlichen Haushalte von Bund, Ländern und Gemeinden.

E. Sonstige Kosten

Die vorgesehenen Maßnahmen führen auch nicht zu sonstigen Kosten, insbesondere für die Wirtschaft, sondern vielmehr unter dem Strich zu Kosteneinsparungen bei den betroffenen Konzernen.

Auswirkungen auf die Einzelpreise, das Preisniveau, insbesondere das Verbraucherpreisniveau, sind nicht zu erwarten, da den Unternehmen durch die Neuregelungen keine zusätzlichen Kosten entstehen.

Bundesrepublik Deutschland
Der Bundeskanzler
031 (423) – 600 00 – Ka 3/97

Bonn, den 6. März 1997

An die
Präsidentin des
Deutschen Bundestages

Hiermit übersende ich den von der Bundesregierung beschlossenen

Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit
deutscher Konzerne an internationalen Kapitalmärkten und
zur Erleichterung der Aufnahme von Gesellschafterdarlehen
(Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz – KapAEG)

mit Begründung (Anlage 1) und Vorblatt.

Ich bitte, die Beschlußfassung des Deutschen Bundestages herbeizuführen.

Federführend ist das Bundesministerium der Justiz.

Der Bundesrat hat in seiner 708. Sitzung am 31. Januar 1997 gemäß Artikel 76
Abs. 2 des Grundgesetzes beschlossen, zu dem Gesetzentwurf, wie aus Anlage 2
ersichtlich, Stellung zu nehmen.

Die Auffassung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates ist in
der als Anlage 3 beigefügten Gegenäußerung dargelegt.

Dr. Helmut Kohl

Anlage 1

Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit deutscher Konzerne an internationalen Kapitalmärkten und zur Erleichterung der Aufnahme von Gesellschafterdarlehen (Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz – KapAEG)

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1
Änderung des Handelsgesetzbuchs

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

1. Dem § 264 wird folgender Absatz 3 angefügt:

„(3) Eine Kapitalgesellschaft, die Tochterunternehmen eines nach § 290 zur Aufstellung eines Konzernabschlusses verpflichteten Mutterunternehmens ist, braucht die Vorschriften dieses Unterabschnitts und des Dritten und Vierten Unterabschnitts dieses Abschnitts nicht anzuwenden, wenn

1. alle Gesellschafter des Tochterunternehmens der Befreiung für das jeweilige Geschäftsjahr zugestimmt haben und der Beschluß nach § 325 offengelegt worden ist,
2. das Mutterunternehmen zur Verlustübernahme nach § 302 des Aktiengesetzes verpflichtet ist oder eine solche Verpflichtung freiwillig übernommen hat und diese Erklärung nach § 325 offengelegt worden ist,
3. das Tochterunternehmen in den Konzernabschluß nach den Vorschriften dieses Abschnitts einbezogen worden ist,
4. die Befreiung des Tochterunternehmens im Anhang des von dem Mutterunternehmen aufgestellten Konzernabschlusses angegeben wird und
5. die von dem Mutterunternehmen nach den Vorschriften über die Konzernrechnungslegung gemäß § 325 offenzulegenden Unterlagen auch zum Handelsregister des Sitzes der die Befreiung in Anspruch nehmenden Kapitalgesellschaft eingereicht worden sind.“

2. § 291 wird wie folgt geändert:**a) Die Überschrift wird wie folgt gefaßt:**

„Befreiende Wirkung von EU/EWR-Konzernabschlüssen“.

- b) In Absatz 1 Satz 1 und 2 wird jeweils das Wort „Wirtschaftsgemeinschaft“ durch das Wort „Gemeinschaft“ ersetzt.**

c) Absatz 2 Satz 1 wird wie folgt geändert:

- aa) Das Wort „Wirtschaftsgemeinschaft“ wird durch das Wort „Gemeinschaft“ ersetzt.**

bb) Nummer 2 wird wie folgt gefaßt:

„2. der befreiende Konzernabschluß und der befreiende Konzernlagebericht im Einklang mit der Richtlinie 83/349/EWG des Rates vom 13. Juni 1983 über den konsolidierten Abschluß (ABl. EG Nr. L 193 S. 1) und der Richtlinie 84/253/EWG des Rates vom 10. April 1984 über die Zulassung der mit der Pflichtprüfung der Rechnungslegungsunterlagen beauftragten Personen (ABl. EG Nr. L 126 S. 20) nach dem für das aufstellende Mutterunternehmen maßgeblichen Recht aufgestellt und von einem zugelassenen Abschlußprüfer geprüft worden sind,“.

- cc) In Nummer 3 werden am Ende von Buchstabe a das Wort „und“ gestrichen, am Ende von Buchstabe b der Punkt durch ein Komma und das Wort „und“ ersetzt sowie der folgende Buchstabe c angefügt:**

„c) eine Erläuterung der im befreienden Konzernabschluß vom deutschen Recht abweichend angewandten Bilanzierungs-, Bewertungs- und Konsolidierungsmethoden.“

dd) Nach Satz 1 wird folgender Satz angefügt:

„Satz 1 gilt für Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen entsprechend; unbeschadet der übrigen Voraussetzungen in Satz 1 hat die Aufstellung des befreienden Konzernabschlusses und des befreienden Konzernlageberichts bei Kreditinstituten im Einklang mit der Richtlinie 86/635/EWG des Rates vom 8. Dezember 1986 über den Jahresabschluß und den konsolidierten Abschluß von Banken und anderen Finanzinstituten (ABl. EG Nr. L 372 S. 1) und bei Versicherungsunternehmen im Einklang mit der Richtlinie 91/674/EWG des Rates vom 19. Dezember 1991 über den Jahresabschluß und den konsolidierten Jahresabschluß von Versicherungsunternehmen (ABl. EG Nr. L 374 S. 7) zu erfolgen.“

3. § 292 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 1 werden die Wörter „Der Bundesminister“ durch die Wörter „Das Bundesministerium“, das Wort „Bundesminister“ jeweils durch das Wort „Bundesministerium“ und das Wort „Wirtschaftsgemeinschaft“ jeweils durch das Wort „Gemeinschaft“ ersetzt.

bb) In Satz 2 wird das Wort „Wirtschaftsgemeinschaft“ durch das Wort „Gemeinschaft“ ersetzt.

b) In Absatz 3 wird das Wort „Wirtschaftsgemeinschaft“ jeweils durch das Wort „Gemeinschaft“ ersetzt.

c) Absatz 4 wird wie folgt geändert:

aa) In den Sätzen 3 und 5 wird jeweils das Wort „Bundesminister“ durch das Wort „Bundesministerium“ ersetzt.

bb) In Satz 4 werden die Wörter „Der Bundesminister“ durch die Wörter „Das Bundesministerium“ ersetzt.

4. Nach § 292 wird folgender § 292 a eingefügt:

„§ 292 a

Befreiung von der Aufstellungspflicht

(1) Ein Mutterunternehmen, das einen ausländischen Kapitalmarkt im Sinne des Absatzes 2 in Anspruch nimmt, braucht einen Konzernabschluß und einen Konzernlagebericht nach den Vorschriften dieses Unterabschnitts nicht aufzustellen, wenn es einen den Anforderungen des Absatzes 3 entsprechenden Konzernabschluß und Konzernlagebericht aufstellt und die gemäß Absatz 4 bekanntgemachten Unterlagen einschließlich des Bestätigungsvermerks oder des Vermerks über dessen Versagung in deutscher Sprache nach den §§ 325, 328 fristgemäß offenlegt. Bei der Offenlegung der befreienden Unterlagen ist ausdrücklich darauf hinzuweisen, daß es sich nicht um einen nach deutschem Recht aufgestellten Konzernabschluß und Konzernlagebericht handelt.

(2) Mutterunternehmen nehmen einen ausländischen Kapitalmarkt in Anspruch, wenn von ihnen oder einem ihrer Tochterunternehmen ausgegebene Aktien, Zertifikate, die Aktien vertreten, Schuldverschreibungen, Genußscheine, Optionscheine oder andere Wertpapiere, die mit Aktien oder Schuldverschreibungen vergleichbar sind, oder Derivate im Ausland zum Börsenhandel mit amtlicher oder mit nichtamtlicher Notierung oder zum Freiverkehr zugelassen oder in einen anderen organisierten Markt einbezogen sind, der anerkannt und für das Publikum offen ist und dessen Funktionsweise ordnungsgemäß ist. Für die Anwendung von Satz 1 genügt es, daß in den bezeichneten Fällen die Zulassung zum Handel an einer Börse oder einem organisierten Markt bei der dafür zuständigen Stelle im Ausland beantragt worden ist.

(3) Der Konzernabschluß und der Konzernlagebericht haben befreiende Wirkung, wenn

1. das Mutterunternehmen und seine Tochterunternehmen in den befreienden Konzernabschluß unbeschadet der §§ 295, 296 einbezogen worden sind,

2. der Konzernabschluß und der Konzernlagebericht im Einklang mit der Richtlinie 83/349/EG und gegebenenfalls den für Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen in § 291 Abs. 2 Satz 2 bezeichneten Richtlinien nach den Rechnungslegungsmethoden aufgestellt worden sind, die an dem ausländischen Kapitalmarkt vorgeschrieben oder anerkannt sind,

3. die Aussagekraft der danach aufgestellten Unterlagen der Aussagekraft eines nach den Vorschriften dieses Unterabschnitts aufgestellten Konzernabschlusses und Konzernlageberichts gleichwertig ist,

4. der Anhang oder die Erläuterungen zum Konzernabschluß die folgenden Angaben enthalten:

a) die Bezeichnung des ausländischen Kapitalmarktes, dessen vorgeschriebene oder anerkannte Rechnungslegungsmethoden angewandt worden sind,

b) eine Erläuterung der vom deutschen Recht abweichenden Bilanzierungs-, Bewertungs- und Konsolidierungsmethoden, und

c) die Stelle, bei der der befreiende Konzernabschluß und sonstige Unterlagen für Kapitalmarktzwecke im Ausland hinterlegt worden ist sowie die Fundstellen der Bekanntmachung im Ausland, und

5. die befreienden Unterlagen von dem nach § 318 bestellten Abschlußprüfer unter Beachtung der für den ausländischen Kapitalmarkt maßgeblichen Vorschriften in einer dem deutschen Recht gleichwertigen Form geprüft worden sind und von dem Abschlußprüfer außerdem bestätigt worden ist, daß die Bedingungen für die Befreiung erfüllt sind.

(4) Die nach dem Recht eines anderen Staates oder nach den an einem ausländischen Kapitalmarkt vorgeschriebenen oder anerkannten Methoden aufgestellten und geprüften Rechnungslegungsunterlagen einschließlich des Vermerks über die Prüfung können mit befreiender Wirkung nur verwendet werden, wenn sie in dem anderen Staat in einer den §§ 325, 328 entsprechenden Form offengelegt, veröffentlicht, vervielfältigt oder bei einer für diesen Kapitalmarkt zuständigen Aufsichtsstelle hinterlegt worden sind. Die Bestätigung über die erfolgte Offenlegung, Veröffentlichung, Vervielfältigung oder Hinterlegung in dem anderen Staat ist der Hinterlegung beim Handelsregister nach § 325 beizufügen. Ist die Bestätigung nicht in deutscher Sprache erstellt, so ist eine beglaubigte Übersetzung in deutscher Sprache beizufügen.

(5) Das Bundesministerium der Justiz wird ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Bundesmini-

sterium der Finanzen und dem Bundesministerium für Wirtschaft durch Rechtsverordnung zu bestimmen, welche Voraussetzungen Konzernabschlüsse und Konzernlageberichte von Mutterunternehmen im einzelnen erfüllen müssen, um nach Absatz 3 Nr. 2 gleichwertig zu sein. Dies kann auch in der Weise geschehen, daß diejenigen Rechnungslegungsmethoden bezeichnet werden, deren Anwendung die Annahme der Gleichwertigkeit ausschließt.“

5. In § 340 a Abs. 2 wird nach Satz 3 folgender Satz angefügt:

„§ 264 Abs. 3 ist mit der Maßgabe anzuwenden, daß das Kreditinstitut unter den genannten Voraussetzungen die Vorschriften des Vierten Unterabschnitts des Zweiten Abschnitts nicht anzuwenden braucht.“

6. In § 341 a Abs. 2 wird nach Satz 3 folgender Satz eingefügt:

„§ 264 Abs. 3 ist mit der Maßgabe anzuwenden, daß das Versicherungsunternehmen unter den genannten Voraussetzungen die Vorschriften des Vierten Unterabschnitts des Zweiten Abschnitts nicht anzuwenden braucht.“

Artikel 2

Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung

Das Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4123-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel ... des Gesetzes vom ... geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Dem § 32 a Abs. 3 wird folgender Satz angefügt:

„Die Regeln über den Eigenkapitalersatz gelten nicht für den nicht geschäftsführenden Gesellschafter, der mit zehn vom Hundert oder weniger am Stammkapital beteiligt ist.“

2. In § 57 f Abs. 3 Satz 2 wird nach der Angabe „§ 320 Abs. 1 Satz 2“ die Angabe „ , Abs. 2“ eingefügt.

Artikel 3

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am Tage nach der Verkündung in Kraft.

Begründung**A. Allgemeiner Teil****I. Vorbemerkung**

Der Gesetzentwurf ist Teil des Aktionsprogramms für Arbeitsplätze und Investitionen.

**II. Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen
an ausländischen Kapitalmärkten
(Änderung des Handelsgesetzbuchs)**
1. Anlaß**1.1 Börsenzulassung deutscher Aktien in den USA**

Die Daimler Benz AG ist seit ihrem Listing an der New York Stock Exchange am 5. Oktober 1993 verpflichtet, der Securities and Exchange Commission (SEC) – das ist die Börsenaufsichtsbehörde der USA – jährlich einen Bericht nach Form 20-F und halbjährlich einen Zwischenbericht einzureichen, der von jedermann eingesehen werden kann. Dazu gehört u. a., daß entweder ein geprüfter Konzernabschluß nach den Rechnungslegungsvorschriften der USA für börsennotierte Unternehmen (US GAAP) oder eine Überleitungsrechnung auf US GAAP zum deutschen Konzernabschluß vorgelegt wird. Die seither halbjährlich veröffentlichten Überleitungsrechnungen haben den interessierten Kreisen weltweit die Unterschiede zwischen amerikanischer und deutscher Rechnungslegung verdeutlicht. Als für das Jahr 1993 beim eingangs genannten Unternehmen ein Verlust in Höhe von 1 839 Mio. DM nach US GAAP und ein Jahresüberschuß von 615 Mio. DM nach deutschem Recht offengelegt wurde, ist dies weltweit kritisch aufgenommen worden. Wegen der offenbar gewordenen weitgehenden bilanzpolitischen Spielräume nach deutschem Konzernbilanzrecht wird den deutschen Konzernabschlüssen seither weltweit stärker als bisher mißtraut.

Weitere Konzerne mit Sitz in Deutschland streben die Börsenzulassung in New York an.

Die Aufstellung zweier Konzernabschlüsse nach unterschiedlichen Bilanzansatz- und Bewertungsvorschriften ist für die betroffenen Unternehmen eine schwere Last und für Investoren eher verwirrend. Sie dient jedenfalls nicht der besseren Information. Mindestens zehn weltweit tätige deutsche Unternehmen, die sich bereits vor Jahren um eine Börsenzulassung in den USA bemühten, haben aus diesem Grunde hierauf verzichtet.

**1.2 Konzernabschlüsse nach den International
Accounting Standards (IAS) des International
Accounting Standards Committee (IASC)**

Eine Reihe international tätiger Unternehmen, wie z. B. die Bayer AG, die Schering AG und die Heidel-

berger Zement AG stellen ihre deutschen Konzernabschlüsse seit dem Geschäftsjahr 1994 unter Verwendung von IAS auf, soweit diese mit dem deutschen Recht vereinbar sind. Ihre Abschlußprüfer haben jeweils bestätigt, daß der Konzernabschluß unter Berücksichtigung der ergänzenden Erläuterungen im Konzernanhang auch bestimmten IAS entspricht. Nach den IAS war es bisher möglich, die Wahlrechte des deutschen Rechts so auszuüben, daß das Ergebnis den IAS entsprach. Dieses zu erreichen, wird aber zunehmend schwerer, weil bereits ab 1. Januar 1995 eine Reihe von bisher eingeräumten kontinental-europäischen Wahlrechten nicht mehr zugelassen sind, und sich diese Entwicklung, wie noch darzulegen sein wird, wegen der von IOSCO veranlaßten Anpassung an die US GAAP in jährlichen Schritten bis 1998 noch verschärfen wird. Die Deutsche Bank hat für das Geschäftsjahr 1995 einen Konzernabschluß offengelegt, der nach ihrer Beurteilung den IAS uneingeschränkt entspricht und daher vom deutschen Recht abweicht. Solange dieser in Deutschland keine befreiende Wirkung hat, wird sie ebenso wie andere Konzernleitungen den deutschen Konzernabschluß weiterhin aufstellen und offenlegen müssen; ihren Aktionären will sie diesen, um unnötige Verwirrung zu vermeiden, nur noch auf Anforderung zur Verfügung stellen.

2. Stand der internationalen Harmonisierung**2.1 Zusammenarbeit IOSCO – IASC**

Das auf privater Initiative beruhende IASC ist als weltweiter Zusammenschluß der Rechnungslegerorganisationen aufgrund des Sachverstands seiner Mitglieder und seiner offenen Arbeitsweise geeignet, weltweit verwendbare Rechnungslegungsstandards zu entwickeln. Deutsches Mitglied ist das Institut der Wirtschaftsprüfer (IdW). Nachdem die Spitzenverbände der deutschen Wirtschaft im Einvernehmen mit dem IdW einen Vertreter in den Board des IASC entsandt haben, sind auch die deutschen Unternehmen in diese Empfehlungen eingebunden. Dem IASC fehlt allerdings weiterhin die Legitimation und die Möglichkeit, seine Empfehlungen weltweit durchzusetzen. Dies kann allerdings künftig aufgrund der Zusammenarbeit mit IOSCO anders werden.

Die International Organisation of Securities Commissions (IOSCO) ist der weltweite Zusammenschluß der Börsenaufsichtsstellen, die staatlich oder privatrechtlich organisiert sind. IOSCO hat dem IASC im Jahre 1987 angeboten, den Börsenaufsichtsstellen der Mitgliedstaaten zu empfehlen, für Zwecke der Börsenzulassung von ausländischen Unternehmen nach den IAS aufgestellte Konzernabschlüsse ohne zusätzliche Anforderungen unter der Bedingung zu akzeptieren, daß die IAS zu einem geschlossenen System vervollständigt, die zahlreichen Wahlrechte eingeschränkt

und die Anforderungen so angehoben werden, daß sie den Bedürfnissen der Investoren entsprechen.

Aufgrund der vereinbarten Zusammenarbeit hat das IASC im November 1993 in zehn IAS die bisher im Interesse kontinentaleuropäischer Staaten nach dem Vorbild der EU-Bilanzrichtlinien eingeräumten Wahlrechte weitgehend eingeschränkt. Sechs dieser ab 1. Januar 1995 anzuwendenden IAS sind mit dem deutschen Vorsichtsprinzip jetzt nur noch teilweise vereinbar (nämlich IAS 2, 8, 9, 11, 18, 21).

IASC und IOSCO haben sich im Jahre 1995 auf einen Zeitplan und über den Inhalt der noch zu schaffenden oder zu ändernden 16 IAS geeinigt. Die von IOSCO geforderten Änderungen will das IASC bis Juni 1998 durchführen, so daß IOSCO seine Empfehlung zum 1. Januar 1999 aussprechen kann. Es besteht damit begründete Aussicht, daß es ab 1999 international tätigen Unternehmen gestattet sein wird, ihren nach den IAS aufgestellten Konzernabschluß weltweit für Zwecke der Börsennotierung zu verwenden.

2.2 EU

Die Kommission der EU hat im Binnenmarktrat am 23. November 1995 mitgeteilt, daß sie bei der Harmonisierung der Rechnungslegungsvorschriften künftig eine andere Politik verfolgen wird. Die Kommission will unter Beachtung der im Vertrag von Maastricht verankerten Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit neue Rechtsvorschriften oder Änderungen der bestehenden EU-Vorschriften künftig, soweit wie möglich, vermeiden. Zur Lösung des ihrer Auffassung nach dringenden Problems europäischer Unternehmen, die eine Börsennotierung auf den internationalen Kapitalmärkten anstreben, will sie die Bemühungen des IASC um einen weltweit verwendbaren Konzernabschluß unterstützen. Sollte sich herausstellen, daß die Bilanzrichtlinien und die IAS in bestimmten Punkten nicht miteinander vereinbar sind, so wird die Kommission, falls dies absolut erforderlich sein sollte, Änderungen der Richtlinien vorschlagen und das hierfür notwendige Gesetzgebungsverfahren einleiten. Der bei der Kommission auf Grund der Bilanzrichtlinien bestehende Kontaktausschuß hat festgestellt, daß mit Ausnahme von zwei unwesentlichen Punkten keine Konflikte zwischen den Bilanzrichtlinien und den IAS in ihrer bisherigen Fassung bestehen, die deren Anwendung entgegenstehen könnten. Es ist deshalb auf nationaler Ebene zu entscheiden, ob Vorschriften des nationalen Rechts zu ändern sind, um die Anwendung der IAS zu ermöglichen (Drucksache 96-XV/7003/DE, Rev. 2 vom 1. April 1996). Die Bilanzrichtlinien der EU stehen einer uneingeschränkten Anwendung der IAS somit nicht entgegen.

Die Feststellung der Vereinbarkeit der Bilanzrichtlinien mit den IAS erlaubt gleichzeitig die Annahme, daß diese auch mit den in den USA anerkannten Rechnungslegungsmethoden (US GAAP) grundsätzlich vereinbar sein dürften. Diese stehen dem deutschen Vorsichtsprinzip sehr viel näher als die britische Rechnungslegungspraxis, die den Grundsätzen dynamischer Bilanzierung stärker folgt. Da auch

diese Form der Bilanzierung mit den Bilanzrichtlinien der EU vereinbar ist, und die US GAAP sehr viel konservativer sind, werden auch insoweit keine Probleme mit den Bilanzrichtlinien anzunehmen sein.

3. Konsequenzen für das deutsche Recht

3.1 Bewahrung des Vorsichtsprinzips

Aufgrund der dargestellten Entwicklung ist davon auszugehen, daß im Rahmen der Überarbeitung der IAS das Vorsichtsprinzip deutscher Ausprägung auch in Zukunft international nur eingeschränkt durchgesetzt werden kann. Die betroffenen Unternehmen müßten daher im Falle eines vollen Listings in den USA weiterhin zumindest eine Überleitungsrechnung offenlegen, sofern das deutsche Recht die Anwendung abweichender Grundsätze nicht wenigstens toleriert. Die Situation bei der Anwendung der IAS kann sich sogar verschlechtern, wenn sich wichtige Börsenaufsichtsbehörden diese Standards zu eigen machen.

Das deutsche Vorsichtsprinzip hat sich bewährt. Es ist Grundlage der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die steuerliche Gewinnermittlung. Seine Aufgabe wäre nicht nur für die mittelständische Wirtschaft nachteilig. Seine Aufgabe oder Einschränkung kommt daher nicht in Frage.

Eine Anpassung des nationalen Rechts an die IAS, wie sie teilweise gefordert wird, scheidet auch für die Konzernrechnungslegung aus, weil trotz fehlender Maßgeblichkeit für die steuerliche Gewinnermittlung die Mehrzahl der Konzernabschlüsse aufstellenden Mutterunternehmen nicht bereit sein werden, das Vorsichtsprinzip im Konzernabschluß aufzugeben. Die wenigsten Mutterunternehmen hätten aber auch Verständnis dafür, daß sie wegen einiger sehr großer Unternehmen, die den Kapitalmarkt in anderen Staaten in Anspruch nehmen, verpflichtet werden sollen, auf ihren Konzernabschluß andere Bilanzierungsregelungen als auf ihren Einzelabschluß anzuwenden, weil dies mit zusätzlichem Aufwand verbunden ist. Auch würde die Gefahr des Überspringens dieser Regelungen auf den Einzelabschluß dann nicht mehr glaubwürdig auszuschließen sein.

3.2 Inländerdiskriminierung

Bereits heute stellen in den USA gelistete Unternehmen mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten der EU ihre Konzernabschlüsse nach US GAAP ohne Überleitungsrechnung auf das europäische Konzernrechnungslegungsrecht mit befreiender Wirkung von nationalen Vorschriften auf. Diese Praxis wird sich verstärken, nachdem der Kontaktausschuß der EU die Vereinbarkeit der IAS mit den Bilanzrichtlinien der EU bestätigt hat. Die nach US GAAP aufgestellten Abschlüsse ausländischer Unternehmen müssen nach EU-Recht für Börsenzwecke in Deutschland akzeptiert werden. Sie können aufgrund der Konzernabschlußbefreiungsverordnung außerdem als befreiende Abschlüsse verwendet werden; sie ersetzen dann einen sonst von dem Mutterunternehmen mit Sitz in Deutschland nach deutschem Recht aufzustellenden Teilkonzernabschluß. Deutschen Unterneh-

men ist diese Möglichkeit demgegenüber bisher versperrt. Die Bundesregierung ist daher auch unter dem Gesichtspunkt des Standortes Deutschland der Auffassung, daß diese Form der Inländerdiskriminierung nicht fortgeführt werden sollte.

3.3 Deutsche Gesetzgebungskompetenz

Die Tolerierung ausländischer Rechnungslegungsgrundsätze im Interesse der Wettbewerbsfähigkeit deutscher Konzerne an ausländischen Kapitalmärkten schränkt die deutsche Gesetzgebungshoheit weder ein noch überträgt sie diese auf ausländische Stellen. Der deutsche Gesetzgeber kann eine solche Regelung jederzeit einschränken oder rückgängig machen. Eine verfassungswidrige Verweisung auf ausländisches Recht liegt schon deshalb nicht vor, weil nicht beabsichtigt ist, auf bestimmte Regelungen im Ausland zu verweisen. Die Bundesregierung schlägt lediglich vor, von bestimmten Bilanzierungsvorschriften des deutschen Rechts in bestimmten Fällen unter der Voraussetzung zu befreien, daß die Anwendung solcher Regelungen zu einem hinsichtlich seiner Aussagekraft mit dem deutschen Konzernrecht gleichwertigen Abschluß führt. Ein solcher Abschluß darf nicht als deutscher Konzernabschluß bezeichnet werden. Zur Vermeidung einer Inländerdiskriminierung und unverhältnismäßiger Belastungen soll aber vom deutschen Konzernabschluß befreit werden.

Hoheitsrechte des deutschen Gesetzgebers werden nicht übertragen, weil kein ausländischer Gesetzgeber und auch kein anderes Gremium die Möglichkeit erhält, auf deutsches Konzernrecht Einfluß zu nehmen oder einem deutschen Konzern zwingende Vorschriften über die Aufstellung seiner Konzernbilanz zu machen, soweit er sich diesen Regelungen wegen der von ihm gewünschten Inanspruchnahme des ausländischen Kapitalmarktes nicht unterwirft. Im Einzelfall haben die Registergerichte und die Börsenaufsichtsstellen in Deutschland darauf zu achten, daß die Aussagekraft der mit befreiender Wirkung vorgelegten Konzernabschlüsse den deutschen Konzernabschlüssen gleichwertig ist. Bisher ist die Gleichwertigkeit von nach US GAAP oder IAS aufgestellten Konzernabschlüssen mit deutschen Konzernabschlüssen im Rahmen der Konzernabschlußbefreiungsverordnung von keiner Seite in Frage gestellt worden. Es gibt keine Anhaltspunkte, daß sich diese Beurteilung ändern sollte.

4. Lösungsvorschlag

Unter diesen Umständen bietet sich die in anderen Mitgliedstaaten der EU offenbar bereits praktizierte Lösung an, nach US GAAP oder nach IAS oder nach anderen allgemein anerkannten Regeln für Kapitalmarktzwecke aufgestellte Konzernabschlüsse mit befreiender Wirkung zu tolerieren. Die für Unternehmen mit Sitz in Deutschland von der Bundesregierung vorgeschlagene Lösung sieht daher eine § 292 HGB nachempfundene Befreiungsregelung vor. Deutsche Konzernleitungen, die den Kapitalmarkt zumindest eines anderen Staates in Anspruch nehmen, sollen künftig die folgenden Möglichkeiten haben:

(1) Sie können ihren Konzernabschluß nach US GAAP oder IAS jeweils unter Beachtung der zwingenden Regelungen der Bilanzrichtlinien der EU aufstellen und mit befreiender Wirkung auch in Deutschland verwenden, so daß sie einen deutschen Konzernabschluß nicht mehr aufzustellen hätten.

(2) Sie können, wie bisher, ihren deutschen Konzernabschluß aufstellen und diesen um eine Überleitungsrechnung auf US GAAP, soweit erforderlich, und sonstige Angaben ergänzen.

(3) Sie können aber auch bei ihrem deutschen Konzernabschluß in unveränderter Form bleiben, müßten aber wie bisher hinnehmen, daß sie bestimmte ausländische Kapitalmärkte nicht oder nur eingeschränkt in Anspruch nehmen können. Heute gilt dies vor allem für den Kapitalmarkt in den USA im Falle eines vollen Listings. Nach der erwarteten Unterstützung der IAS durch IOSCO im Jahre 1999 könnten weitere wichtige Kapitalmärkte hinzukommen.

III. Allgemeiner Teil zur Änderung des GmbH-Gesetzes

Der Entwurf enthält in Artikel 3 eine klarstellende Regelung, daß nichtunternehmerische Beteiligungen an Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom Eigenkapitalersatzrecht ganz ausgenommen sind. Dies dient der Deregulierung und Rechtsklarheit in einem Rechtsbereich, der in den letzten Jahren zunehmend kompliziert geworden ist. Die Vorschrift dient zugleich der Verbesserung der Kapitalbeschaffung für Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

IV. Kosten

Die vorgesehenen Änderungen des Artikels 1 werden zu deutlichen Kosteneinsparungen bei den begünstigten Unternehmen führen, insbesondere wenn die Aufstellung eines zusätzlichen Konzernabschlusses nach den Vorschriften des HGB entfällt, wenn der betroffene Konzern zu dem im Gesetz künftig vorgeschriebenen Zweck einen Konzernabschluß nach internationalen Rechnungslegungsgrundsätzen aufstellt. Bund, Länder und Gemeinden werden nicht mit Kosten belastet.

Auswirkungen auf die Einzelpreise, das Preisniveau, insbesondere auf das Verbraucherpreisniveau, sind nicht zu erwarten, da den betroffenen Unternehmen durch die Neuregelungen keine zusätzlichen Kosten entstehen.

B. Besonderer Teil

I. Zu Artikel 1: Änderung des Handelsgesetzbuchs

1. Zu Nummer 1: Änderung des § 264

Mit dem neuen Absatz 3 sollen die nach Artikel 57 der Vierten Richtlinie möglichen Erleichterungen in das deutsche Recht übernommen werden. Danach brauchen bestimmte Tochterunternehmen die Vorschriften dieser Richtlinie über den Inhalt, die Prüfung und die Offenlegung des Jahresabschlusses ge-

mäß den in der Vorschrift aufgeführten Voraussetzungen nicht anzuwenden. Die wichtigsten sind, daß das den Konzernabschluß aufstellende Mutterunternehmen die Haftung für das Tochterunternehmen übernimmt und dieses in den Konzernabschluß einbezieht. In diesen Fällen besteht kein Bedürfnis, die Anwendung der für Kapitalgesellschaften eingeführten Rechnungslegungsvorschriften weiterhin zu verlangen. Die Befreiung bezieht sich jedoch ausschließlich auf die an Kapitalgesellschaften zusätzlich zu stellenden Anforderungen der §§ 264 ff. Diese Unternehmen bleiben daher verpflichtet, nach den §§ 238 bis 263 Bücher zu führen und einen Jahresabschluß aufzustellen.

Die Erleichterung dürfte auch für mittelständische Unternehmensgruppen von Bedeutung sein, weil sie auch bei freiwilliger Aufstellung von Konzernabschlüssen gilt. Im Hinblick auf Belange des Aufsichtsrechts kann die neue Bestimmung auf Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen nicht uneingeschränkt Anwendung finden. Auf die Begründung zu den Nummern 4 und 5 zur Modifizierung des § 340a Abs. 2 und des § 341a Abs. 2 wird insoweit verwiesen.

2. Zu Nummer 2: Änderung des § 291

a) Zu Buchstabe a: Änderung der Überschrift

Die Änderung der Überschrift soll den Inhalt besser als bisher verdeutlichen und auch gegenüber den §§ 292, 292a abgrenzen.

b) Zu Buchstabe b: Änderung des Absatzes 1

Es handelt sich um eine redaktionelle Änderung im Hinblick auf den Vertrag über die Europäische Union vom 7. Februar 1992 (Artikel G).

c) Zu Buchstabe c: Änderung des Absatzes 2

Doppelbuchstabe aa enthält eine dem Buchstaben b entsprechende redaktionelle Änderung.

In Doppelbuchstabe bb wird der Text stärker an den in Artikel 7 Abs. 2 Buchstabe b der Siebenten Richtlinie angepaßt, der geringere Anforderungen stellt. Es genügt, daß die Aufstellung im Einklang mit den Bilanzrichtlinien der EU nach einem bestimmten Recht erfolgt. Es wird hingegen nicht verlangt, daß nach dem mit den Richtlinien übereinstimmenden Recht aufgestellt wird.

Doppelbuchstabe cc fügt der bisherigen Nummer 3 einen Buchstaben c an, mit dem sichergestellt werden soll, daß den Bilanzlesern im Anhang des Jahresabschlusses des zu befreienden Unternehmens die in Abweichung vom deutschen Recht angewandten Bilanzierungs-, Bewertungs- und Konsolidierungsmethoden erläutert werden.

Die Einfügung eines neuen Buchstaben c in Absatz 2 Nr. 3 soll sicherstellen, daß der Bilanzleser angemessen über die Anwendung ausländischer Bilanzierungsmethoden unterrichtet wird.

In Doppelbuchstabe dd wird durch die Anfügung des Satzes 2 vorgeschrieben, daß unter Einbeziehung der Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen in die Befreiungsregelung anstelle der Konzernbilanzrichtlinie bei Kreditinstituten die

Bankbilanzrichtlinie und bei Versicherungsunternehmen die Versicherungsbilanzrichtlinie einschlägig ist; an den übrigen Voraussetzungen ändert sich hierdurch nichts.

3. Zu Nummer 3: Änderung des § 292

a) Zu Buchstabe a: Änderung des Absatzes 1

Die Änderung in Doppelbuchstabe aa vollzieht in Form redaktioneller Änderungen sowohl den Vertrag über die Europäische Union vom 7. Februar 1992 (Artikel G) als auch die neue Sprachregelung, wonach die Zuständigkeit dem Bundesministerium und nicht dem Bundesminister übertragen wird.

Die in Doppelbuchstabe bb vorgesehene redaktionelle Änderung entspricht derjenigen des Doppelbuchstaben aa.

b) Zu Buchstabe b: Änderung des Absatzes 3

Es handelt sich um eine redaktionelle Änderung im Hinblick auf den Vertrag über die Europäische Union (vergleiche Buchstabe a).

c) Zu Buchstabe c: Änderung des Absatzes 4

Die Änderungen erfolgen aus den bereits in Buchstabe a erwähnten sprachlichen Gründen.

4. Zu Nummer 4: Einfügung des § 292a

Wie bereits im Allgemeinen Teil ausgeführt, sollen bestimmte Mutterunternehmen unter bestimmten Voraussetzungen nach dem Vorbild der §§ 291, 292 von der Pflicht befreit werden, einen deutschen Konzernabschluß und Konzernlagebericht nach § 290 aufzustellen. Die ursprüngliche Vorstellung, diese Befreiungsmöglichkeit in die Verordnungsermächtigung nach § 292 aufzunehmen, wurde im Interesse der Rechtssicherheit zugunsten einer eigenständigen und abschließenden Regelung in § 292a aufgegeben, nachdem auch in der Anhörung der beteiligten Kreise eine besondere gesetzliche Regelung angeregt worden ist.

Absatz 1 enthält den Grundsatz, daß Mutterunternehmen von der Verpflichtung nach § 290 zur Aufstellung eines Konzernabschlusses und eines Konzernlageberichts befreit sind, wenn sie zumindest einen ausländischen Kapitalmarkt, wie in Absatz 2 umschrieben, in Anspruch nehmen, und die dafür nach ausländischen oder internationalen Grundsätzen aufgestellten und offengelegten Konzernabschlüsse und sonstige Unterlagen die in Absatz 3 umschriebenen Voraussetzungen erfüllen. Auf Regelungen nach dem Vorbild des § 291 Abs. 3, wonach die Aktionäre unter bestimmten Voraussetzungen auf der Erstellung eines deutschen Konzernabschlusses bestehen können, wurde verzichtet, weil ein Schutzbedürfnis nicht besteht. Unternehmen, die aus Wettbewerbsgründen an ausländischen Kapitalmärkten von dieser Ausnahmeregelung Gebrauch machen, werden dort Konzernabschlüsse und sonstige Unterlagen über ihre finanziellen Verhältnisse offenlegen müssen, die entweder den in USA anerkannten Rechnungslegungsnormen oder den Empfehlungen des IASC entsprechen. Da diese Regelungen unter

dem speziellen Gesichtspunkt des Investorenschutzes entwickelt wurden, sind sie für Aktionäre informativer als deutsche Konzernabschlüsse, die in erster Linie dem Gläubigerschutz dienen. Da die Vorschrift keine Befreiung von zwingenden Vorschriften der Siebenten Richtlinie der EU über den Konzernabschluß enthält, besteht auch aus diesem Grunde keine Veranlassung, eine § 292 Abs. 3 entsprechende Vorschrift aufzunehmen.

Mutterunternehmen ist jedes Unternehmen im Sinne des § 290. Dazu gehören auch Mutterunternehmen, die ihrerseits Tochterunternehmen eines Mutterunternehmens sind.

Absatz 2 enthält die Umschreibung des Tatbestandsmerkmals der Inanspruchnahme eines ausländischen Kapitalmarktes. Danach müssen die aufgeführten Wertpapiere an einer Börse zur amtlichen oder nicht-amtlichen Notierung oder zum Freiverkehr zugelassen sein. Da diese dem deutschen Börsengesetz entnommenen Umschreibungen nicht ohne weiteres auf die Verhältnisse auf Staaten außerhalb der EU übertragen werden können, soll auch die Einbeziehung in einen organisierten Markt, wie er im einzelnen beschrieben wird, ausreichend sein. Die Umschreibung des organisierten Marktes entspricht § 8 Abs. 1 Nr. 1 KAGG. Entgegen dem Vorentwurf soll die Veräußerung durch Kreditinstitute oder gewerbliche Vermittler nicht ausreichen, weil dieser Sachverhalt nur schwer überprüfbar ist. Dafür wurde aber aufgenommen, daß die Vorschrift schon vom Zeitpunkt des Antrags auf Börsenzulassung oder Einbeziehung in einen organisierten Markt angewendet werden darf.

Absatz 3 enthält die Anforderungen, die der nach ausländischen oder internationalen Rechnungslegungsgrundsätzen aufgestellte Konzernabschluß und die dazu gehörenden Unterlagen erfüllen müssen. Die Vorschrift entspricht weitgehend der Regelung in § 291 Abs. 2. Dies gilt insbesondere für die Nummern 1 und 2. Eine wichtige Bedingung ist, daß bei der Aufstellung dieser Unterlagen die Bilanzrichtlinien der EU beachtet werden, weil der deutsche Gesetzgeber von verbindlichen Vorschriften des europäischen Rechts nicht befreien kann. Die Freistellungsregelung bezieht sich daher nur auf solche Regelungen des deutschen Rechts über den Inhalt des Konzernabschlusses und des Konzernlageberichts, die sich nicht zwingend aus den Bilanzrichtlinien ergeben. Da jedoch im Interesse der Personengruppen, die über die Konzernabschlußpublizität geschützt werden sollen, ein Qualitätsgefälle im Vergleich mit der Aussagekraft deutscher Konzernabschlüsse nicht hingenommen werden soll, ist eine wichtige weitere Voraussetzung für die Befreiung vom deutschen Konzernabschluß, daß die Aussagekraft der nach ausländischem oder internationalem Recht aufgestellten Rechnungslegungsunterlagen der Aussagekraft eines deutschen Konzernabschlusses und Konzernlageberichts zumindest gleichwertig sein muß. Nach den bisherigen Erfahrungen ist nicht zu erwarten, daß nach den US-GAAP oder den IAS aufgestellte Konzernabschlüsse diese Voraussetzung nicht erfüllen. Da es hierbei nicht auf einzelne Informationen, sondern auf den Informationsgehalt insgesamt ankommt, können die Unternehmen im Falle

eines Defizits über zusätzliche Informationen, die sie den befreienden Unterlagen beifügen, einen Ausgleich schaffen. Solche Informationen können z. B. erforderlich sein, um den deutschen Bilanzleser die vom deutschen Rechnungslegungsrecht abweichenden Rechnungslegungsmethoden und deren Auswirkungen verständlich zu machen.

Absatz 4 regelt, daß die befreienden Unterlagen nur verwendbar sind, wenn sie im Ausland entsprechend den §§ 325, 328 HGB offengelegt oder hinterlegt worden sind.

Absatz 5 enthält eine Verordnungsermächtigung nach dem Vorbild des § 292 Abs. 3 für das Bundesministerium der Justiz, die im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Finanzen und dem Bundesministerium für Wirtschaft erlassen werden kann. Danach soll die Möglichkeit eingeräumt werden, die Gleichwertigkeit näher zu umschreiben und unter Umständen bestimmte Grundsätze von der Anwendung auszunehmen, sobald dies erforderlich erscheint.

5. Zu den Nummern 5 und 6: Änderung des § 340 a Abs. 2 und des § 341 a Abs. 2

Aufsichtsbelange der Bundesaufsichtsämter für das Kreditwesen und das Versicherungswesen gestatten eine Anwendung des neuen § 264 Abs. 3 auf Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen nur in eingeschränkter Form. So stellen der neu anzufügende Satz 4 in § 340 a Abs. 2 und der neu einzufügende Satz 4 in § 341 a Abs. 2 jeweils klar, daß die Erleichterung des § 264 Abs. 3 sich nur durch das Entfallen der Publizitätspflicht auswirken soll.

III. Zu Artikel 2

Zu Nummer 1: Änderung des § 32 a GmbHG

Als funktionales Eigenkapital gefährden eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen die Belange der außenstehenden Gesellschaftsgläubiger, die nicht Gesellschafter sind und deshalb die Gesellschaftsinterna und ihre Entwicklung nicht überblicken (sog. Insiderstellung des Gesellschafters). Grundgedanke für die Umqualifizierung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen in Eigenkapital ist also die mitunternehmerische Verantwortung des Gesellschafters (Finanzierungsverantwortung). Er soll nicht das Finanzierungsrisiko auf die außenstehenden Gesellschaftsgläubiger abwälzen können. Dieser Gedanke ist dann allerdings fraglich, wenn der Gesellschafter nur eine geringe Beteiligung am Stammkapital hält.

Bei der Aktiengesellschaft ist dies anerkannt. Die Grundsätze über den Eigenkapitalersatz werden von der Rechtsprechung dort nur angewendet, wenn der Anteilseigner unternehmerisch beteiligt ist. Davon ist nach der Rechtsprechung des BGH (BGHZ 90, 381) regelmäßig erst bei einem Aktienbesitz von mehr als 25 % auszugehen (Sperrminorität). Dem folgt die herrschende Meinung im Schrifttum (s. Hüffer AktG, 2. Aufl., § 57 Rdnr. 18 m. w. Nachw.). Die klare

Schwelle von 25 % gewährt Rechtssicherheit. Sie soll beibehalten werden. Durch die neuere Gesetzgebung zu kleinen Aktiengesellschaften (Gesetz vom 2. August 1994, BGBl. I S. 1961) hat sich an der Richtigkeit dieser Grenzziehung nichts geändert. Einer gesetzlichen Regelung im Aktiengesetz bedarf es gegenwärtig nicht.

Ähnliches gilt auch für die GmbH. Eine klärende höchstrichterliche Rechtsprechung gibt es allerdings bislang nicht. Der Entwurf sieht deshalb eine klarstellende Regelung vor. Der nur geringfügig Beteiligte trägt typischerweise keine mitunternehmerische Verantwortung, es fehlt ihm regelmäßig an der Insiderstellung und er hat auch kaum Einflußmöglichkeiten auf die Gesellschaft (Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 32 a/b Rdnr. 56). Er trägt mithin typischerweise nicht die den Eigenkapitalersatz begründende Finanzverantwortung für die Gesellschaft.

Der Entwurf stellt daher klar, daß Kleinanteile an Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom Eigenkapitalersatzrecht ganz ausgenommen sind. Die allgemein gefaßte Formulierung des Entwurfs erfaßt sowohl die positivrechtlichen wie auch die richterrechtlichen Regeln über den Eigenkapitalersatz. Das Überschreiten der Kleinanteilsschwelle nach unten oder nach oben während eines laufenden Kredits kann zur Anwendbarkeit oder Nichtanwendung des Eigenkapitalersatzrechts ab Schwellenüberschreitung führen.

Einer Übergangsregelung für Altfälle bedarf es wegen des klarstellenden Charakters der Regelung nicht.

Allerdings ist die Schwelle wegen der anderen Kompetenzverteilung in der GmbH und der deutlich stärkeren Stellung der Gesellschafter niedriger anzusetzen als bei der Aktiengesellschaft. Aber auch bei der GmbH kann man von einer unternehmerischen Beteiligung typischerweise erst ab einer Beteiligung am Stammkapital von mehr als 10 % sprechen. Der Entwurf setzt die Ausnahme-Schwelle auf volle 10 % an, da so auch Beteiligungen, die dem steuerlichen Schachtelprivileg unterfallen, erfaßt werden (§ 102 BewG, § 2 Abs. 2 Nr. 2 GewStG). Im Ergebnis entsteht damit ein steuerliches und eigenkapitalersatzrechtliches Schachtelprivileg. Die Gründe, die für die Ausnahmeregelung sprechen, tragen allerdings nicht, wenn der geringfügig Beteiligte zugleich Geschäftsführer ist. Dies berücksichtigt der Entwurf mit der Einschränkung auf nicht geschäftsleitende Gesellschafter. Ist die in Frage stehende Gesellschafterin eine juristische Person, so ist entsprechendes anzunehmen, wenn einer ihrer gesetzlichen Vertreter zugleich Geschäftsführer in dem Beteiligungsunternehmen ist.

Die klarstellende Regelung dient der Deregulierung. Das Eigenkapitalersatzrecht ist für die Praxis sehr kompliziert und schwer überschaubar geworden. Das Vorhaben ist deshalb Bestandteil des Sach-

standsberichts des Bundesministeriums der Justiz über verwaltungs- und verfahrensvereinfachende Rechtssetzungsvorhaben, das dem Sachverständigenrat „Schlanker Staat“ übermittelt worden ist. Die Regelung ist systemimmanent; eine verschiedentlich vorgeschlagene Durchgriffshaftung wegen materieller Unterkapitalisierung ist nicht gewollt.

Durch die vorgeschlagene Regelung soll die Gesellschaft mit beschränkter Haftung auch für die Zurverfügungstellung von Risikokapital attraktiver werden. Das Vorhaben ist deshalb auch in das Aktionsprogramm der Bundesregierung für Investitionen und Arbeitsplätze aufgenommen worden. Als Kapitalgeber kommen u. a. Kapitalbeteiligungsgesellschaften in Betracht. Diese sind häufig Tochtergesellschaften von Kreditinstituten. Bei gleichzeitigem Beteiligungsengagement der Tochtergesellschaft und Kreditvergabe durch das Kreditinstitut kann es zu einer Zusammenrechnung nach § 32a Abs. 3 GmbHG kommen. Auch hier würde die vorgeschlagene Reduktion des Kapitalersatzrechts bei Erwerb von nichtunternehmerischen Beteiligungen helfen und mehr Rechtssicherheit geben. Sie setzt allerdings voraus, daß die Beteiligung 10 vom Hundert nicht übersteigt. Der Erwerb von Kleinbeteiligungen kann aber aus Gesichtspunkten der Risikostreuung sinnvoll sein. Lösungen für ein sog. Sanierungsprivileg zu entwickeln, soll hingegen der Rechtsprechung überlassen bleiben, die hier differenzierter reagieren kann.

Kleinbeteiligungen an GmbH sind gegenwärtig nicht die Regel; sie werden im Rahmen des bevorstehenden Generationswechsels im deutschen Mittelstand zunehmen. Die vorgeschlagene Regelung greift auch in den Fällen, in denen Kleingesellschafter (z. B. Erben, Witwen, Kinder) ihre Ausschüttungen stehenlassen oder Arbeitnehmern mit Mitarbeiterbeteiligungen Vergütungsteile stunden.

Eines besonderen Umgehungsverbot bedarf es nicht. Dieses ist bereits generalklauselartig in § 32a Abs. 3 GmbHG enthalten. Bereits jetzt kann die Sorge vor der Umqualifizierung einer Fremdfinanzierung zu Ausweichverhalten führen. Dies kann z. B. darin liegen, daß ein Dritter für Rechnung oder mit Mitteln des Gesellschafters ein Darlehen gibt. Auch dieser Fall wird von der Auffangklausel des § 32a Abs. 3 GmbHG erfaßt. Ein erheblicher Anreiz für zusätzliche Umgehungen dürfte durch die vorgeschlagene Regelung nicht entstehen.

Zu Nummer 2: Änderung des § 57f GmbHG

Mit der Einfügung soll ein Redaktionsversehen berichtigt werden.

III. Zu Artikel 3: Inkrafttreten

Das Gesetz soll am Tage nach seiner Verkündung in Kraft treten.

Stellungnahme des Bundesrates

Zu Artikel 2 Nr. 1 (§ 32a Abs. 3 GmbHG)

In Artikel 2 Nr. 1 sind in § 32a Abs. 3 im anzufügenden Satz die Wörter „zehn vom Hundert“ durch die Wörter „fünfundzwanzig vom Hundert“ zu ersetzen.

Begründung

Die im Entwurf vorgeschlagene Neuregelung trägt insbesondere den Bedürfnissen der Kreditinstitute, soweit sie in Sanierungsfällen Beteiligungen übernehmen, und den besonderen Bedürfnissen der Kapitalbeteiligungsgesellschaften nicht ausreichend Rechnung. Beteiligungsquoten von 10 % oder weniger spielen in der Praxis schon wegen des Verwaltungsaufwands kaum eine Rolle.

Im Bereich des Aktienrechts ist von der Rechtsprechung des BGH und der herrschenden Meinung an-

erkannt, daß die Regeln über den Eigenkapitalersatz erst bei einem Aktienbesitz von mehr als 25 % angewendet werden. Die Grenze sollte bei der GmbH ebenso gezogen werden, weil eine Gleichbehandlung geboten ist. Die Entwurfsbegründung, daß eine unternehmerische Beteiligung an einer GmbH schon jenseits einer 10%igen Beteiligung anzunehmen ist, überzeugt nicht, da die Rechte des Minderheitsgesellschafters in der GmbH nicht wesentlich stärker ausgestaltet sind als in der AG. Die unternehmerischen Einflußmöglichkeiten auf eine AG, bei der sich große Anteile des Grundkapitals im Streubesitz befinden, können de facto vielmehr schon bei viel geringeren Beteiligungen gegeben sein als bei der GmbH. Zudem zeigt gerade die seit 1994 existierende „kleine AG“, daß die Grenzen zwischen den beiden Kapitalgesellschaftsformen zunehmend fließend werden.

Anlage 3

Gegenäußerung der Bundesregierung**Zum Gesetzentwurf allgemein**

Die Bundesregierung begrüßt, daß der Bundesrat gegen die in Artikel 1 (§ 292 a HGB-E) vorgesehene Befreiung deutscher Konzerne, zwei unterschiedliche Konzernabschlüsse aufstellen zu müssen, wenn Kapital an ausländischen Kapitalmärkten aufgenommen werden soll, keine Einwendungen erhoben hat.

Zu Artikel 2 Nr. 1

Die Bundesregierung hält an der vorgeschlagenen 10%-Schwelle fest. Diese Schwelle ist als systemimmanente Korrektur des Eigenkapitalersatzrechts sinnvoll und vertretbar. Eine Ausnahme von Beteiligungen bis zu 25 % würde das Eigenkapitalersatzrecht aushöhlen und entwerten. Dadurch und durch dann möglicherweise von der Rechtsprechung gesuchte alternative Schutzmechanismen (z. B. Durchgriffshaftung) könnte für die betroffenen mittelständischen Unternehmen im Ergebnis mehr Rechtsunsicherheit erzeugt werden und die Situation sogar

noch verschlechtert werden. Ohne alternative Schutzinstrumente würde die Zahl masseloser Konkurse möglicherweise vermehrt. Dies würde der politischen Zielsetzung der Insolvenzrechtsreform zuwiderlaufen.

Die Bundesregierung beabsichtigt aber eine Deregulierung des Unternehmensbeteiligungsgesellschaftsgesetzes mit dem Ziel, einen breiteren Kreis von Kapitalbeteiligungsgesellschaften in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes einzubeziehen. Die im beabsichtigten Gesetzentwurf weiterhin vorgesehenen Einschränkungen des Eigenkapitalersatzrechts gelten dann für diese Kapitalbeteiligungsgesellschaften, sofern sie sich dem institutionellen Rahmen des Gesetzes über Unternehmensbeteiligungsgesellschaften unterstellen. Damit würden Behinderungen der Eigenkapitalbeschaffung für mittelständische Unternehmen insoweit ausgeräumt und das Anliegen des Bundesrates erfüllt, ohne daß das System des Eigenkapitalersatzrechts im GmbH-Gesetz insgesamt über Bord geworfen würde.

