



© DRSC e.V. || Zimmerstr. 30 || 10969 Berlin || Tel.: (030) 20 64 12 - 0 || Fax.: (030) 20 64 12 -15
www.drsc.de - info@drsc.de

Diese Sitzungsunterlage wird der Öffentlichkeit für die DSR-Sitzung zur Verfügung gestellt, so dass dem Verlauf der Sitzung gefolgt werden kann. Die Unterlage gibt keine offiziellen Standpunkte des DSR wieder. Die Standpunkte des DSR werden in den Deutschen Rechnungslegungs Standards sowie in seinen Stellungnahmen (Comment Letters) ausgeführt.
Diese Unterlage wurde von einem Mitarbeiter des DRSC für die DSR-Sitzung erstellt.

DSR – öffentliche SITZUNGSUNTERLAGE

DSR-Sitzung:	127. / 06.01.2009 / 09:00 – 11:00 Uhr
TOP:	07 – Kapitalerhaltung
Thema:	Entscheidung über weiteres Vorgehen auf Basis des Entwurfs eines Thesenpapiers
Papier:	07a_Kapitalerhaltung_Entwurf-Thesenpapier

DSR-Thesenpapier:

Arbeitstitel „Zukunft des europäischen Gläubigerschutzes“

[A. Einleitung – Allgemeine Aussagen zum Gläubigerschutz und zu den diesbezüglichen Diskussionen]

These 1

- 1 Es ist zu erwarten, dass die bereits seit einigen Jahren geführte Debatte zum Thema „Gläubigerschutz“ auch in Zukunft regelmäßig wiederkehrend aus verschiedenen Richtungen/durch verschiedene Faktoren Impulse erhält.

These 2

- 2 Zuletzt wurde u.a. durch die Veröffentlichung der von der EU in Auftrag gegebenen Studie zu Alternativen des gegenwärtigen Kapitalerhaltungssystems der 2. EU-Richtlinie (im Folgenden: EU-Machbarkeitsstudie) sowie durch den kürzlich vorgelegten Verordnungsentwurf zur europäischen Privatgesellschaft (EPG) den Diskussionen neuer Antrieb gegeben.



These 3

- 3 Im Fokus der Debatte stehen das in der 2. EU-Richtlinie („Kapitalrichtlinie“) verankerte europäische System des Gläubigerschutzes, basierend auf einem Mindestkapital und bestimmten Kapitalaufbringungs- und –erhaltungsvorschriften auf der einen Seite, und alternative Formen des Gläubigerschutzes auf der anderen Seite.

These 4

- 4 Für eine Reform des europäischen Systems des Gläubigerschutzes werden im Wesentlichen zwei Gründe angeführt:
- Das bestehende System biete den Gläubigern keinen ausreichenden Schutz, sei unflexibel und verursache hohe Kosten.
 - Ein neues System müsse kapitalmarktorientierte Mutterunternehmen von den umfangreichen Rechnungslegungspflichten entlasten.

These 5

- 5 Darüber hinaus lassen sich im Hinblick auf die Bedeutung und Verwirklichung eines angemessenen Schutzes von Gläubigern Vertreter zweier grundlegend gegensätzlicher Positionen ausmachen:
- Einerseits – diejenigen, die einen gesetzlich regulierten Gläubigerschutz für nicht notwendig erachten und folglich für privatvertragliche Lösungen plädieren.
 - Andererseits – diejenigen, die sich für einen gesetzlich geregelten und darüber hinaus EU-weit harmonisierten Gläubigerschutz aussprechen.

These 6

- 6 **Der DSR ist ein Vertreter der zweiten Auffassung und befürwortet grundsätzlich einen gesetzlich geregelten, EU-weit harmonisierten Gläubigerschutz.**

These 7

- 7 Vor dem Hintergrund der Ergebnisse der EU-Machbarkeitsstudie sind kurzfristig keine Änderungen der 2. EU-Richtlinie zu erwarten. Insbesondere wurden die dem bestehenden europäischen System nachgesagten hohen Kosten, die die Einhaltung der Vorschriften zum Mindestkapital sowie die Vorschriften zur Kapitalaufbringung und –erhaltung mit sich brächten, durch die Ergebnisse der EU-Machbarkeitsstudie nicht bestätigt.

**Anmerkung:**

Als wesentliches Ergebnis der Beratungen des DSR in der 121. Sitzung (Juni 2008) zum Thema „Kapitalerhaltung“ wurde festgehalten, dass sich der DSR gegenwärtig mit dem Thema „Kapitalerhaltung“ nicht tief greifend konzeptionell beschäftigen will, das Thema allerdings genutzt werden könnte, eine gemeinsame Position des DSR zum Thema „IFRS-Einzelabschluss“ zu finden und ggf. zu kommunizieren.

Vor diesem Hintergrund fungieren die Thesen 1 bis 7 lediglich einleitend. Wenn keine grundlegende Positionierung des DSR zum Thema „Gläubigerschutz“ gewünscht wird, könnten insbesondere die Thesen 5 und 6 gestrichen werden.

[B. IFRS im Jahresabschluss]***These 8***

- 8 Die europäische Praxis der Bilanzierung und Ausschüttungsbemessung zeigt weiterhin (vgl. die Ergebnisse der EU-Machbarkeitsstudie), dass für eine Entlastung der kapitalmarktorientierten Unternehmen im Hinblick auf ihre Rechnungslegungspflichten keine Reform des in der 2. EU-Richtlinie verankerten europäischen Systems des Gläubigerschutzes notwendig ist. [Die Ausschüttungsbemessung auf Basis eines IFRS-Jahresabschlusses ist mit den EU-rechtlichen Vorgaben vereinbar.]

These 9

- 9 **Der DSR spricht sich deshalb dafür aus, kurzfristig allen kapitalmarktorientierten, konzernangehörigen Gesellschaften hierzulande wahlweise zu gestatten, den Jahresabschluss nach IFRS aufzustellen.**

These 10

- 10 **Mittel- bis langfristig plädiert der DSR dafür, allen Unternehmen in Deutschland zu erlauben, wahlweise im Jahresabschluss auf die Anwendung der IFRS überzugehen.**

Anmerkung (Zu diskutierende Aspekte):

Die Thesen 9 und 10 wurden im Wesentlichen aus der DSR-Stellungnahme zum RegE des BilMoG vom 08.08.2008 entnommen.

Verschiedene Aspekte sind in diesem Zusammenhang **zu berücksichtigen/zu diskutieren:**



- Das unter These 9 geforderte *kurzfristige* Wahlrecht für kapitalmarktorientierte, konzernangehörige Gesellschaften ist im Zusammenhang mit dem im RefE des BilMoG enthaltenen Vorschlag zu § 264e HGB-RefE zu sehen. Als Basis für die Ausschüttungsbemessung und die Steuerermittlung wäre zunächst weiterhin der HGB-Abschluss heranzuziehen.

Eine Entlastung im Hinblick auf den Umfang der Rechnungslegungspflichten würde die Umsetzung dieses Vorschlags allerdings nicht darstellen.

- Im Hinblick auf These 10 ist zu überlegen, ob diese Forderung tatsächlich so bestehen soll oder eine (nach kapitalmarktorientierten und nicht kapitalmarktorientierten Unternehmen) differenziertere Aussage sinnvoll sein könnte.

Verschiedene Studien¹ belegen, dass die „Nachfrage“ des deutschen Mittelstands nach IFRS gering ist. Die Mehrzahl der Unternehmen bilanziert nach HGB und versucht, eine Einheitsbilanz zu erstellen.

[C. Grundlage für die Ausschüttungsbemessung]

These 11

- 11 **Der Jahresabschluss nach IFRS soll als Grundlage für die Ausschüttungsbemessung fungieren.**

Anmerkung (Zu diskutierende Aspekte):

Die bisher in der Debatte um die Kapitalerhaltung vielfach vorgetragenen Argumente, der IFRS-Abschluss sei für die Ausschüttungsbemessung nicht geeignet, scheint spätestens mit der EU-Machbarkeitsstudie aus dem Februar 2008 widerlegt.

Nichtsdestotrotz könnte bei der DSR-Meinungsbildung zu These 11 die Frage **diskutiert** werden, inwieweit die Anknüpfung der Ausschüttungsbemessung an eine IFRS-Rechnungslegungsbasis vor dem Hintergrund gewollt ist, dass dies die Ausschüttungs-/Dividendenpolitik eines Unternehmens (u.U. negativ) beeinflussen könnte, bspw. durch stärker schwankende Ergebnisse, die einer kontinuierlichen Ausschüttungspolitik entgegenstehen.

These 12

- 12 Um übermäßige Ausschüttungen zu vermeiden, sind zusätzlich zum durch die 2. EU-Richtlinie vorgesehenen Bilanztest weitere Schutzmechanismen sinnvoll, die gesetzlich verankert werden sollten.

¹ Vgl. *Universität Regensburg/DRSC/BDI/DIHK; Universität Münster/MAZARS Hemmelrath (Kajüter/Barth/Dickmann/Zapp, DB 2007, S. 1877 ff.); Ochs/Leibfried (Ochs/Leibfried, PiR 2006, S. 183 ff.).*

**Anmerkung:**

Die EU-Machbarkeitsstudie spricht IFRS-Abschlüssen zwar nicht die grundlegende Eignung zur Ausschüttungsbemessung ab, zeigt aber auch, dass es in Abhängigkeit von der spezifischen Unternehmenssituation zu übermäßigen Ausschüttungen kommen kann. Zusätzliche „Sicherungsmaßnahmen“ sind vor diesem Hintergrund sinnvoll.

These 13

- 13 In diesem Zusammenhang befürwortet der DSR die Einführung eines liquiditätsorientierten Solvenztests.

Anmerkung (Zu diskutierende Aspekte):

Grundsätzlich sind im Sinne der o.g. „Sicherungsmaßnahmen“ zwei Möglichkeiten **zu diskutieren**:

- die Erstellung einer Überleitungsrechnung (die IFRS-Bilanz ist zu bereinigen, so dass ein von unrealisierten Gewinnen bereinigter Ausschüttungsbetrag ermittelt werden kann),
- der Einsatz eines Solvenztests (zusätzlich zum Bilanztest werden zur Ausschüttungsbemessung prognostizierte Ein- und Auszahlungen herangezogen; auf Basis dieser Prognose muss das Unternehmen nach Ausschüttung in der Lage sein, seine Verbindlichkeiten bei Fälligkeit zu begleichen).

Als wesentliche **Nachteile** der Überleitungsrechnung können angeführt werden:

- der stetige Anpassungsaufwand für den Gesetzgeber in Abhängigkeit von der dynamischen Entwicklung der IFRS und
- der ggf. hohe Aufwand für die Unternehmen zur Erstellung dieser Überleitungsrechnung, was letztlich dem Ziel der Entlastung von umfangreichen Rechnungslegungspflichten zuwiderlaufen würde.

Als wesentliche **Vorteile** der Überleitungsrechnung zu nennen sind:

- die hohe Rechtssicherheit bei der Anwendung für die Unternehmen sowie
- der Umstand, dass unrealisierte Gewinne gezielt separiert und damit der Ausschüttung vorenthalten werden können.

Als **Vorteile** des Solvenztests können angeführt werden, dass

- er auf vorhandenen Instrumenten des in- und externen Berichtswesens aufgebaut werden kann und
- der Anpassungsaufwand für die Unternehmen und der Aufwand für den Gesetzgeber im Vergleich zur Alternative der Überleitungsrechnung wesentlich geringer sind.

Als **Nachteil** des Solvenztests ist festzuhalten, dass

- die Kombination eines Bilanztests auf IFRS-Basis und eines Solvenztests unter Umständen auch die Ausschüttung von unrealisierten Gewinnen ermöglicht. Dies liefe dem bisherigen Verständnis von Gläubigerschutz entgegen.



Darüber hinaus ist zu bedenken, dass auch die Möglichkeit, eine Ausschüttung zu Lasten einer höheren Fremdschuldung vorzunehmen, die Stabilität des Unternehmens beeinträchtigen kann. Nach Ansicht des DSRC-Staff schützt weder das bisherige System noch eine Kombination aus auf einem IFRS-Jahresabschluss basierendem Bilanztest und Solvenztest mit einem Zeithorizont von z.B. 12 Monaten davor, dass Ausschüttungen auf Kosten einer langfristigen Fremdverschuldung vorgenommen werden.

Im Hinblick auf das Für und Wider eines adäquaten Schutzsystems, das die Interessen aller Beteiligten (Anteilseigner, Gläubiger, Arbeitnehmer, Staat) berücksichtigt, stellt sich in letzter Konsequenz die ordnungspolitische Frage, wie die unter Umständen divergierenden Interessen an der Stabilität des Unternehmens bzw. die Interessen der Gläubiger im Verhältnis zum Recht der Anteilseigner bzw. dem Interesse der am Gewinn beteiligten Arbeitnehmer auf möglichst umfassende Ausschüttung der erwirtschafteten realisierten und unrealisierten Gewinne zu gewichten sind.

These 14

- 14 **Langfristig präferiert der DSR die Anknüpfung der Ausschüttungsbemessung am Konzernabschluss.**

Anmerkung (Zu diskutierende Aspekte):

Diese Präferenz ist von einigen DSR-Mitgliedern im Zuge der Diskussionen zum Thema „Kapitalerhaltung“ in der 121. DSR-Sitzung geäußert worden und vor diesem Hintergrund als These zu einem möglichen Langfristziel im Hinblick auf die Fortentwicklung der Rechnungslegung ins Thesenpapier aufgenommen worden.

„Auf den ersten Blick“ sprechen **für** eine solche Lösung die folgenden zwei Sachverhalte:

- Langfristig könnten möglicherweise konzerngebundene Unternehmen von weiteren Rechnungslegungspflichten entlastet werden, wenn auf die Anforderung zur Erstellung eines Einzelabschlusses vollständig verzichtet würde.
- Ein wesentlicher Kritikpunkt, der *gegen* die Anknüpfung der Ausschüttungsbemessung am *Einzelabschluss* angeführt wird, ist, dass die bestehenden Regelungen im Konzernverbund nahezu beliebig umgegangen werden können, da durch konzerninterne Erfolgsverlagerungen im Einzelabschluss des Mutterunternehmens noch ausschüttbare Gewinne generiert werden können, obwohl der Konzern bereits Verluste ausweist.

[D. Maßgeblichkeit]

These 15

- 15 **Der DSR spricht sich für die Beibehaltung des Grundsatzes der Maßgeblichkeit aus.**

**Anmerkung (Zu diskutierende Aspekte):**

Der DRSC-Staff hat sich mit der Frage befasst, ob der wahlweise Übergang auf einen befreienden IFRS-Jahresabschluss notwendigerweise mit der Aufhebung des Grundsatzes der Maßgeblichkeit bzw. der Einführung eines eigenständigen Steuerbilanzrechts verknüpft ist.

Der DRSC-Staff ist der Ansicht, dass dies nicht zwingend der Fall ist. Auch wenn Unternehmen ermöglicht wird, ihren Jahresabschluss entsprechend den IFRS aufzustellen, so ist dennoch die Erstellung einer eigenständigen Steuerbilanz notwendig. Der Übergang auf einen IFRS-Jahresabschluss bringt unseres Erachtens für Unternehmen, die ihren Konzernabschluss nach IFRS aufstellen, einen Kostenvorteil. Die Aufgabe der Maßgeblichkeit würde für diese Unternehmen keinen weiteren Kostenvorteil darstellen, denn ob die für die Erstellung der Steuerbilanz zu beachtenden Regelungen dem Handelsrecht unter Berücksichtigung der steuerlichen Sondervorschriften zu entnehmen sind, oder die bisherigen Ansatz- und Bewertungsvorschriften des Handelsrechts ins Steuerrecht integriert werden (eigenständiges Steuerbilanzrecht), ist letztendlich nur eine Frage der Regelungstechnik.

Für Unternehmen, die ihren Jahresabschluss nach HGB aufstellen, würde die Aufhebung der Maßgeblichkeit allerdings mittel- bis langfristig die Gefahr mit sich bringen, dass sich der Jahresabschluss und die Steuerbilanz inhaltlich noch weiter voneinander entfernen, als dies durch die im BilMoG vorgeschlagenen Änderungen bereits der Fall sein wird. Für diese Unternehmen würden abhängig vom Grad der Abweichungen, steigende Kosten verursacht.

Der DRSC-Staff spricht sich daher dafür aus, am Grundsatz der Maßgeblichkeit festzuhalten.

[E. Mindestkapital]***These 16***

- 16 Die gläubigerschützende Wirkung des gesetzlichen Mindestkapitals ist gering.

These 17

- 17 Das gesetzlich geforderte Mindestkapital fungiert allerdings unbestritten als „Seriositätsschwelle“ bei der Gründung von haftungsbeschränkten Gesellschaftsformen.

Anmerkung:

Gegen das Mindestkapital als Instrument des Gläubigerschutzes wird in der Literatur angeführt, dass das durch ein Mindestkapital erzwungene Anfangsnettovermögen eine Aussage über den „Haftungsfonds“ der Gesellschaft lediglich für den kurzen Zeitraum der Gründung erlaube und schon kurz danach durch die Aufwendungen der Ingangsetzung des Geschäftsbetriebs verbraucht sein könne.



Eine andere Auffassung vertritt allerdings der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum EU-Verordnungsentwurf zur EPG. Der Verzicht auf „eine angemessene Mindestkapitalausstattung ohne flankierende andere gläubigerschützende Maßnahmen“ sei „im Rechtsverkehr nicht tragbar“. „Soweit man sich also gegen ein angemessenes Mindestkapital entscheidet, muss der Gläubigerschutz jedoch anderweitig gewährleistet sein.“ Dies könne „durch zwingende Thesaurierung und Rücklagenbildung“ oder „die Einführung eines zwingenden Solvency-Tests“ erfolgen.

Für die Beibehaltung eines gesetzlich vorgeschriebenen Mindestkapitals wird in der Literatur allgemein angeführt, dass der Eintritt in die Haftungsbeschränkung nur um den „Preis“ eines Risikobeitrags der Gesellschaftsgründer gewährt werden sollte. Im Vordergrund steht in diesem Zusammenhang weniger die gläubigerschützende als die ordnungspolitische Funktion des Mindestkapitals.

These 18

- 18 **Vor diesem Hintergrund ist das Institut des Mindestkapitals aus Sicht des DSR grundsätzlich sinnvoll.**

Anmerkung:

Das Institut des *Mindestkapitals* (gesetzliche Vorgabe eines Mindestkapitals) einerseits und das System des *festen Kapitals* (mit seinen Regeln zur Kapitalaufbringung und –erhaltung) andererseits sind voneinander zu trennen. Die Abschaffung des Mindestkapitals ist nicht notwendigerweise mit der Abkehr vom System des festen Kapitals verbunden. Da im Zusammenhang mit der Debatte zum Gläubigerschutz allerdings regelmäßig die Frage der Notwendigkeit eines Mindestkapitals diskutiert wird, wurden die Thesen 16 bis 18 zum Themenkomplex „Mindestkapital“ vor allem der Vollständigkeit halber in das Thesenpapier aufgenommen.

Zu berücksichtigende Aspekte:

Die 2. EU-Richtlinie sieht ein gesetzliches Mindestkapital vor (25.000 €, Art. 6 Abs. 1), das in Deutschland durch § 6 AktG i.V.m. § 278 Abs. 3 AktG für Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien konkretisiert wurde (Mindestgrundkapital von 50.000 €). Eine Abschaffung des Mindestkapitals im Aktienrecht setzt daher eine Änderung der 2. EU-Richtlinie voraus. Da allerdings das individuelle Satzungskapital deutscher Aktiengesellschaften in der Regel weit über dem gesetzlichen Mindestkapital liegt, konzentriert sich die Diskussion um die Abschaffung des Mindestkapitals hierzulande vor allem auf die GmbH.

Im Zusammenhang mit der Reform des GmbH-Rechts (MoMiG) wurde allerdings deutlich, dass bereits eine Reduzierung des gesetzlichen Mindestkapitals (vgl. zu den Vorschlägen des RegE des MoMiG bzgl. des Mindestkapitals sowie zu den letztendlichen Gesetzesänderungen im Einzelnen Tz. 2 ff. der Anlage 07b) hierzulande auf großen Widerstand – vor allem von Seiten des Mittelstands – stößt. Insbesondere wurden Befürchtungen geäußert, dass durch die Absenkung des Mindeststammkapitals das „Ansehen der bereits gegründeten GmbHs“ unterlaufen werden könnte, d.h. „die in über Hundert Jahren erworbene Reputation der normalen GmbH als verlässliche Rechtsform



des etablierten Mittelstandes [...] durch die Absenkung des Mindeststammkapitals mit seiner Funktion der Seriositätsschwelle Schaden nehmen [können]“.

ENTWURF