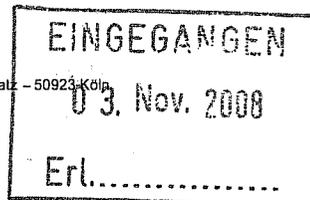


KÖLNER GESPRÄCHSKREIS INTERNATIONALES BILANZRECHT E.V.
(GK IBR E.V.)

c/o.

K&GK IBR e.V. – c/o. Prof. Dr. J. Hennrichs – Albertus-Magnus-Platz – 50923 Köln

An das
Rechnungslegungs Interpretations
Committee
DRSC e.V.
Zimmerstr. 30
10969 Berlin
per E-Mail an info@drsc.de



Prof. Dr. Joachim Hennrichs
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bilanz- und Steuerrecht
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln
Tel.: +49 (0) 221/470 – 5694
Fax: +49 (0) 221/470 – 5031
joachim.hennrichs@uni-koeln.de

100002

Köln, den 20.10.08

Stellungnahme zu E-RIC 4 (betreffend die Amendments zu IAS 32 und IAS 1)

Sehr geehrter Herr Professor Bolin,
sehr geehrte Damen und Herren,

für die Gelegenheit zu einer Stellungnahme zu dem Entwurf einer Rechnungslegungs Interpretation Nr. 4 bedanken wir uns. Wir begrüßen es, dass das RIC mit diesem Entwurf auf wesentliche Zweifelsfragen zu den Amendments zu IAS 32 eingeht.

Den vom RIC entwickelten Lösungsvorschlägen stimmen wir im Wesentlichen zu. Bedenken haben wir allerdings gegen die Auslegung, wonach das Gewinnentnahmerecht und das sog. Steuerentnahmerecht der Gesellschafter von Personengesellschaften die Bedingungen des IAS 32.16A (d) verletzen sollen. Auch die Auslegung des Merkmals „substantially“ ist u.E. nicht zwingend. Darüber hinaus möchten wir auch noch einige weitere Aspekte kommentieren. Bitte erlauben Sie uns deshalb nachstehende Anmerkungen:

Vorbemerkung:

Die Amendments zu IAS 32 und IAS 1 nehmen auf „Instrumente“ und deren Bedingungen Bezug, die durch die jeweiligen nationalen Rechtsordnungen ausgeformt werden. Welche Instrumente es mit welchem Inhalt gibt, regeln nicht die IFRS selbst, sondern die jeweiligen einzelstaatlichen Vorschriften. Die Auslegung und Anwendung der Amendments hat deshalb insoweit vor dem Hintergrund der Besonderheiten der jeweiligen einzelstaatlichen Rechtsordnung zu erfolgen (*Dettmeier/Pöschke*, KoR 2006, 76, 77). Diese einzelstaatlichen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften zu deuten, ist nicht Sache des IASB, sondern Aufgabe und Verantwortung der nationalen Rechtsanwender und Institutionen.

Vorstand: Prof. Dr. Joachim Hennrichs (Vorsitzender); Dr. Michael Dettmeier (stellv. Vorsitzender);

Dr. Moritz Pöschke (Schatzmeister)

Amtsgericht Köln, Nr. VR 15553

http://www.uni-koeln.de/jur-fak/lbrsr/gk_ibr.html

Postbank Stuttgart, Konto-Nr. 160 630 706 BLZ 600 100 70

Wir appellieren deshalb an das RIC, bei der Formulierung der Rechnungslegungs Interpretation Nr. 4 die Auslegungsspielräume, die die Neuregelung vor dem Hintergrund der deutschen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften belässt, im Sinne der deutschen Personengesellschaften zu nutzen. Es wäre u.E. nicht einleuchtend, im Wege einer Rechnungslegungs Interpretation neue Hürden für den Eigenkapitalausweis deutscher Personengesellschaften aufzubauen, die der IASB gerade abbauen wollte. Der IASB will mit den Amendments speziell auch eine Lösung zugunsten der deutschen Personunternehmen erreichen. Dieses grundsätzliche Regelungsanliegen sollte durch die nationalen Institutionen aufgegriffen werden. Wie in den nachfolgenden Tz. aufgezeigt wird, bestehen genügend Auslegungsspielräume, die eine Auslegung im Sinne der deutschen Personengesellschaften erlauben.

I. Zu Fragestellung 8, betreffend E-RIC 4, Tz. 25 ff. (zu IAS 32.16A (d)): Verletzt das Entnahmerecht der Gesellschafter gem. § 122 Abs. 1 HGB die Bedingung des IAS 32.16A (d)? Ist das Entnahmerecht gem. § 122 Abs. 1 HGB eine weitere „contractual obligation“, die „the instrument does (...) include“?

Sollten die Amendments zu IAS 32 von der Europäischen Union übernommen werden (wovon ausgegangen wird), unterliegen sie innerhalb des europäischen Rechtsraums den allgemeinen Regeln über die Auslegung von Gemeinschaftsrecht. Die übernommenen IFRS entsprechen zwar ihrer Struktur und dem Duktus nach nicht kontinental-europäischen Regelungstradition, sie mögen wegen ihres IASB-Ursprungs auch als Gemeinschaftsrecht besonderer Herkunft angesehen werden, sie unterliegen gleichwohl rechtlich keinen Sonderregeln, sondern sie sind mit der Übernahme als EG-Verordnung Teil der Gemeinschaftsrechtsordnung wie andere europäische Rechtsvorschriften auch (*Schön*, BB 2004, 763, 764; *Schulze-Osterloh* in Handbuch des Jahresabschlusses (HdJ), Abschn. I / 1, Rn. 123). Kriterien der Auslegung des Gemeinschaftsrechts sind der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, die Systematik und der Zweck der jeweiligen Vorschriften. Dabei stehen diese Kriterien nicht trennscharf nebeneinander, sondern sie können ineinander übergehen.

Besonderes Gewicht misst die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs dabei der systematischen und objektiv-teleologischen Auslegung bei (Vgl. EuGH v. 10.4.1984, Rs. 14/83 = Slg. 1984, 1891, 1906 f. (Tz. 17 f.), 1908 (Tz. 22)). Demgegenüber spielen der Wortlaut und das „nationale Herkommen“ einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung sowie die subjektiven Vorstellungen der am Normsetzungsprozess beteiligten Personen nach der Judikatur des EuGH nur eine untergeordnete Rolle. Die Vorstellungen der Mitglieder des IASB sind deshalb für die Auslegung der endgültigen IFRS im europäischen Rechtsraum nicht verbindlich. Vielmehr ist eine Auslegung anzustreben, die eine möglichst widerspruchsfreie, gleichheitsgerechte und verhältnismäßige Anwendung der Regelungen gewährleistet (objektive Auslegung, vgl. *Schön*, BB 2004, S. 766; *Hauck/Prinz*, Der Konzern 2005, S. 638 ff.).

Bei der hiernach gebotenen objektiven Auslegung des IAS 32.16A (d) nach den genannten Kriterien verletzt das Gewinnentnahmerecht gem. § 122 Abs. 1, 2. Fall HGB u.E. die Bedingung des IAS 32.16A (d) nicht. Dafür lässt sich anführen:

Wortlautauslegung:

Entnahmerecht keine andere obligation, sondern Teilaspekt der Mitgliedschaft

1. IAS 32.16A (d) setzt zweierlei voraus, nämlich erstens, dass eine *andere obligation* gegeben ist, und zweitens, dass diese obligation in dem zu beurteilenden Instrument enthalten ist (*include*). Als solche andere obligation will E-RIC 4 Tz. 24 ff. das Entnahmerecht der Gesellschafter gem. § 122 Abs. 1 HGB ansehen. Dem ist zu widersprechen. Das Entnahmerecht ist keine *andere obligation*, sondern nur ein Teilaspekt der Mitgliedschaft und damit des Instruments selbst. Vor der Feststellung des jeweiligen Jahresabschlusses und der Geltendmachung des Entnahmerechts besteht nur das sog. *Gewinnstammrecht (Recht auf Gewinnbeteiligung)*, das nach den einschlägigen deutschen gesellschaftsrechtlichen Bedingungen noch unselbständiger, nicht abspaltbarer Teil der Mitgliedschaft ist. Das Entnahmerecht bezeichnet also nur einen Teilaspekt des Instruments selbst, ist aber keine andere Verpflichtung.

Gewinnanspruch ist nicht included in the instrument, sondern selbständiger Anspruch

2. Als obligation kommt deshalb nur der Gewinnauszahlungsanspruch in Betracht, der, mit Feststellung des jeweiligen Jahresabschlusses und Geltendmachung des Entnahmerechts entsteht. Das Entnahmerecht existiert jeweils nur bis zur Beschlussfassung über die Feststellung des Abschlusses für das folgende Geschäftsjahr und erlischt dann (vgl. *Ulmer* in Großkomm. HGB, 4. Aufl., § 120 Rn. 44, § 121 Rn. 6, § 122 Rn. 3, 5). Der Gewinnanspruch ist zwar in der Tat eine obligation, aber er ist *nicht integraler Bestandteil des Anteils*, also „the instrument does not include“ diese obligation, wie IAS 32.16A (d) voraussetzt. Zwar resultiert der Gewinnauszahlungsanspruch aus der Mitgliedschaft, er ist nach den einschlägigen deutschen Rechtsvorschriften aber nicht Bestandteil des Gesellschaftsanteils, sondern von diesem abgespalten / selbständig (*Hennrichs/Dettmeier/Pöschke/Schubert*, KoR 2007, 61, 67 f. m.w.N.).
3. Im Übrigen sind nach deutschem Rechtsverständnis weder das Entnahmerecht noch der Gewinnauszahlungsanspruch *contractual* wie IAS 32.16A (d) verlangt, sondern (dispositiv) gesetzlicher Natur. Zwar liegt dem Anspruch im weitesten Sinne der Gesellschaftsvertrag zugrunde. Das allein macht die aus diesem Gesellschaftsverhältnis resultierenden Rechte nach deutschem Rechtsverständnis aber nicht zu vertraglichen Rechten. Ebenso wie beispielsweise die Gewährleistungsrechte des Käufers letztlich auf dem Kaufvertrag beruhen, gleichwohl aber als gesetzliche eingeordnet werden (vgl. z.B. *Grüneberg* in Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, § 346, Rn. 3 zum gesetzlichen Rücktrittsrecht des Käufers gem. § 323 BGB i.V.m. § 437 Nr. 2 BGB), so sind auch das Entnahmerecht und der Auszahlungsanspruch der Gesellschafter von Personengesellschaften gesetzlicher Natur, weil im Gesetz selbst niedergelegt und auch dann gewährt, wenn der Gesellschaftsvertrag insoweit keine Regelung vorsieht. Gemäß der Legaldefinition des IAS 32.13 setzen die Begriffe "Vertrag" (*contract*) und "vertraglich" (*contractual*) eine Vereinbarung voraus, und IAS 32.AG 12 erläutert hierzu, dass Verbindlichkeiten und Vermögenswerte, die aufgrund gesetzlicher Vorschriften entstehen, gerade nicht als "vertragliche" anzusehen sind.

Systematische Auslegung:

Gewinnzurechnung auch bei Personengesellschaften von Beschlussfassung abhängig

4. Es besteht Einigkeit, dass dann, wenn die Gewinnzurechnung von einer Beschlussfassung abhängt, keine vertragliche Verpflichtung i.S.d. IAS 32 vorliegt, mit der Folge, dass die Einlagen als Eigenkapital zu klassifizieren sind (vgl. ERIC 4 Tz. 27; IAS 10.12; 18.30 (c)). Eine solche Abhängigkeit von einer Beschlussfassung über die Gewinnverwendung ist bei Lichte besehen aber auch bei den Personengesellschaften gegeben, die hierzu keine explizite Regelung im Gesellschaftsvertrag getroffen haben:

Feststellung des Jahresabschlusses enthält materiell Elemente der Ergebnisverwendung und ist nach der Rechtsprechung Grundlagengeschäft aller Gesellschafter

5. In diesem Zusammenhang ist zunächst daran zu erinnern, dass auch bei Personengesellschaften der Gewinnanspruch nicht „automatisch“ entsteht, sondern insofern stets einen Gesellschafterbeschluss erfordert, als Grundvoraussetzung für den Gewinnanspruch die *Feststellung des Jahresabschlusses* ist. Dabei erschöpft sich die Feststellung des Abschlusses nicht etwa in einem deklaratorischen Erkennen eines Faktums, sondern sie beinhaltet konstitutive Entscheidungen, bei denen die Grenze zwischen Ergebnisermittlung und Ergebnisverwendung schwimmt. Bereits die Feststellung des Jahresabschlusses enthält aufgrund zahlreicher expliziter und impliziter Spielräume bei der Bilanzierung gewichtige Elemente, die zwar formell Teil der Ergebnisermittlung, materiell (bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise) aber Entscheidungen der Ergebnisverwendung sind (vgl. *Priester* in MünchKomm HGB, 2. Aufl. 2006, § 120 Rn. 73). Die systematisch einsichtige Trennung von Ergebnisermittlung einerseits und Ergebnisverwendung andererseits entspricht den wirtschaftlichen Gegebenheiten nur zum Teil; auch bei der Bilanzfeststellung kann und wird sog. Bilanzpolitik betrieben, die Auswirkungen auf das zu verteilende Ergebnis hat. Aus diesem Grund hat der Bundesgerichtshof die Feststellung des Jahresabschlusses zu Recht als sog. Grundlagengeschäft eingeordnet, das – vorbehaltlich einer anderweitigen Regelung im Gesellschaftsvertrag – des Einverständnisses aller Gesellschafter, bei der KG auch der Kommanditisten, bedarf (BGHZ 132, 263; in BGHZ 170, 283 = NZG 2007, 259, spricht der Senat statt von „Grundlagengeschäft“ von einer allen Gesellschaftern obliegenden Angelegenheit der laufenden Verwaltung).

Feststellungsbeschluss, der materiell Elemente der Ergebnisverwendung enthält, ist zugleich Gewinnverwendungsentscheidung

6. Werden im Jahresabschluss (materiell) Gewinnverwendungsentscheidungen getroffen, stellt der Feststellungsbeschluss zugleich einen Gewinnverwendungsbeschluss dar (so zutr. *Priester*, a.a.O., § 120 Rn. 81). Da der Gewinnanspruch der Gesellschafter ohne Feststellung des Jahresabschlusses nicht entstehen kann, ist auch bei Personengesellschaften eine Beschlussfassung der Gesellschafter „vorgeschaltet“.

Antizipierte Gewinnverwendungsentscheidung (Vollausschüttung) im Gesellschaftsvertrag durch Verzicht auf besondere Gewinnverwendungsklausel

7. Darüber hinaus kann bei Personengesellschaften, deren Gesellschaftsverträge keine besondere Ergebnisverwendungsbeschlussfassung vorsehen, von einer *vorweggenommenen (antizipierten) Gewinnverwendungsentscheidung* der Gesellschafter ausgegangen werden. Während bei der GmbH nach der gesetzlichen Regel grundsätzlich in jedem Jahr eine besondere Beschlussfassung über die Gewinnverwendung erforderlich ist, ist dies bei den Personengesellschaften nach dem gesetzlichen Modell nicht nötig, sondern erfolgt die Zuweisung der Gewinnanteile an die Gesellschafter, ohne dass darüber in jedem Jahr erneut beschlossen werden müsste. Daraus, dass das HGB keine besondere periodische Beschlussfassung über die Gewinnverwendung kennt, darf aber nicht geschlossen werden, dass es bei Personengesellschaften überhaupt keine kollektive Gewinnverwendungsentscheidung gäbe. Diese erfolgt vielmehr antizipiert im Gesellschaftsvertrag, wenn dieser keine von dem gesetzlichen Modell abweichende Klausel vorsieht. Die gesetzliche Regelung ist den Gesellschaftern bekannt. Indem sie eine Personengesellschaft gründen oder dieser beitreten, die nach dem gesetzlichen Regelmodell strukturiert ist, stimmen sie der damit verbundenen Verfahrensweise (Vollausschüttung) implizit zu, weshalb von einer *impliziten Vorabbeschlussfassung* ausgegangen werden kann. Dass im Gesellschaftsvertrag Entscheidungen über die Ergebnisverwendung antizipiert werden können, ist für den Fall anerkannt, dass der Gesellschaftsvertrag eine Rücklagenklausel enthält (z.B. dergestalt dass ein zu verteiler Gewinn erst vorhanden sein soll, wenn ein bestimmter Betrag einer freien Rücklage zugeführt worden ist, so im Fall BGHZ 170, 283). Gleiches muss aber auch für die gleichsam umgekehrte Konstellation gelten, wenn der Gesellschaftsvertrag keine Klausel über eine besondere Gewinnverwendungsentscheidung vorsieht und es deshalb bei der gesetzlichen Regel der Vollausschüttung bleibt. Auch dies ist eine im Gesellschaftsvertrag antizipierte Ergebnisverwendungsentscheidung.

Vorbehalt der ad hoc Thesaurierung

8. Schließlich steht die antizipierte Gewinnverwendung auch in Personengesellschaften unter dem Vorbehalt einer ad hoc abweichenden Gesellschafterbeschlussfassung. Die Gesellschafter können durch einstimmig zu fassenden Beschluss jederzeit eine Thesaurierung beschließen. Ein solcher Thesaurierungsbeschluss ist auch ohne entsprechende Klausel im Gesellschaftsvertrag zulässig (§ 119 HGB). Die Wahrscheinlichkeit eines Thesaurierungsbeschlusses spielt nach der Konzeption des IAS 32 keine Rolle, ebenso wenig der Umstand, dass ein solcher Beschluss nur einstimmig gefasst werden kann (auch bei der Einmann-GmbH kommt nur ein einstimmiger Verwendungsbeschluss in Betracht). Beschließen die Gesellschafter keine Thesaurierung und belassen sie es bei der gesetzlichen Regel der Vollausschüttung, ist das ebenfalls wieder eine implizite Ergebnisverwendungsentscheidung.
9. Aus den in Tz. 5 – 8 genannten Gründen ist der Gewinnanspruch nach den einschlägigen Vorschriften des deutschen Gesellschaftsrechts mithin auch bei Personengesellschaften „*kollektiviert*“, also von einer Beschlussfassung der Gesellschafter abhängig, was nach dem Gedanken des IAS 32.19 gegen die Annahme einer bilanziellen Verbindlichkeit spricht.

Sinn und Zweck der Regelung:

Laufende Gewinnrechte sind Äquivalent zur einmaligen Abfindung, die nach Amendments für EK-Klassifizierung unschädlich sein soll

10. Die *laufenden Gewinnrechte* können wirtschaftlich betrachtet als *Äquivalent zur einmalig zu zahlenden Abfindung* angesehen werden. Das zeigt sich daran, dass der Betrag der Abfindung durch Anteilsbewertung zu bestimmen ist, bei der auf die künftig aus dem Anteil „herausholbaren“ (= entnahmefähigen) Gewinnanteile abgestellt wird (Ertragswertverfahren). Der Barwert aller zukünftigen Gewinnansprüche (die jeweils durch die Geltendmachung der Entnahmerechte von sogenannten „verhaltenen“ zu rechtlich durchsetzbaren Ansprüchen werden) dürfte deshalb dem fair value des Unternehmens entsprechen. Wenn aber die Abfindungsansprüche aus kündbaren Instrumenten nach den Amendments zu IAS 32 künftig für die EK-Klassifizierung unschädlich sein sollen, dann leuchtet es nicht ein, deren ökonomisches Äquivalent als schädlich zu beurteilen. Würden die Entnahmerechte die Bedingung des IAS 32.16A (d) verletzen, bliebe es bei dem anomalous accounting, das der IASB gerade beseitigen wollte (vgl. IAS 32.BC50 ff.). Das wäre ein Wertungswiderspruch, der dem Standardsetter nicht unterstellt werden darf.

Gewinnanspruch und Instrument sind getrennt zu beurteilen

11. Sieht man eine Leitidee des Amendments zu IAS 32 darin, dass solche kündbaren Instrumente ausnahmsweise als EK klassifiziert werden sollen, die ohne das Inhaberkündigungsrecht ein aktienähnliches Residualinstrument wären, dann spricht dies dafür, dass die Entnahmerechte bei Personengesellschaften die Bedingung des IAS 32.16A (d) nicht verletzen. Wie bei AG und GmbH sollten dann nämlich Dividendenansprüche von dem Instrument getrennt beurteilt werden. Die automatische Zuweisung von Gewinnanteilen an die Gesellschafter von Personengesellschaften ist, wie ausgeführt, der Sache nach eine vorweggenommene (antizipierte) Gewinnverwendungsentscheidung. Eine solche automatische Zuweisung (durch die Feststellung des Jahresabschlusses) kann auch bei der GmbH vorkommen, nämlich dann, wenn die Satzung – was zulässig ist – vom Erfordernis eines Gewinnverwendungsbeschlusses befreit oder ein Vollausschüttungsgebot statuiert (vgl. *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 29 Rn. 22).

Ob antizipierte oder periodische Gewinnverwendungsentscheidung kann für bilanzielle Abbildung bei wirtschaftlicher Betrachtung keinen Unterschied machen

12. *Es kann für die bilanzielle Abbildung vernünftigerweise aber keinen Unterschied machen, ob eine Gewinnverwendungsentscheidung antizipiert oder in jedem Geschäftsjahr einzeln getroffen wird.* Die antizipierte Gewinnverwendungsentscheidung bei Personengesellschaften ändert nichts daran, dass der individuelle Dividendenauszahlungsanspruch erst periodisch, d.h. nach Feststellung des jeweiligen Jahresabschlusses und mit Geltendmachung des Entnahmerechts, entsteht und dass er von einer kollektiven (nur eben antizipiert getroffenen) Gesellschafterentscheidung abhängt. Es widerspräche u.E. dem Grundsatz der wirt-

schaftlichen Betrachtungsweise, wenn der rechtskonstruktive Unterschied, dass bei Personengesellschaften eine automatische Gewinnzuweisung im Sinne einer antizipierten Gewinnverwendungsentscheidung geschieht, während bei Kapitalgesellschaften periodisch über die Gewinnverwendung Beschluss zu fassen ist, dazu führen würde, dass bei Personengesellschaften das gesamte Instrument vollständig als FK zu klassifizieren wäre, während bei Kapitalgesellschaften der fragliche Dividendenanspruch und das Instrument getrennt beurteilt werden.

Deutsche Personengesellschaften nutzen keine structuring opportunities

13. Bei der Fassung der Kriterien der Amendments war es eine Überlegung des IASB, *opportunities to structure instruments* zu begrenzen. Um solche *structuring opportunities* geht es im vorliegenden Kontext aber überhaupt nicht. Vielmehr geht es um die Frage, ob deutsche Personengesellschaften, die nach dem gesetzlichen Regelmodell strukturiert sind und die deshalb von *structuring opportunities* gerade keinen Gebrauch gemacht haben, die Kriterien des IAS 32.16A (d) verletzen. Das Regelungsanliegen des IASB, *structuring opportunities* zu begrenzen, ist hier gar nicht berührt.

II. Zu Fragestellung 9, betreffend E-RIC 4, Tz. 29 f. (Steuerentnahmerecht der Gesellschafter):

14. Die o.g. Gründe treffen auch für das sog. Steuerentnahmerecht der Gesellschafter zu, das deshalb u.E. ebenfalls nicht die Bedingung des IAS 32.16A (d) verletzt.

Steuerentnahmerecht der Gesellschafter von Personengesellschaften entspricht funktionell dem Körperschaftsteuerabzug bei Kapitalgesellschaften

15. Für die Unschädlichkeit des Steuerentnahmerechts kann außerdem noch Folgendes angeführt werden: Das sog. Steuerentnahmerecht der Gesellschafter von Personengesellschaften beruht auf den Besonderheiten des deutschen Unternehmensteuerrechts, wonach Personengesellschaften selbst nicht Subjekt der Einkommen- oder Körperschaftsteuer sind, sondern der Gewinn der Gesellschaft steuerlich unmittelbar und unabhängig von einer Ausschüttung den Gesellschaftern zugerechnet wird (sog. Transparenzprinzip). In einem Körperschaftsteuersystem gibt es eine vergleichbare Problematik nicht, weil die Körperschaftsteuer hier den Gesellschaftsgewinn mindert und an die Gesellschafter mithin von vornherein nur eine Dividende „nach Steuern“ ausgeschüttet werden kann. Da die Gesellschafter von Personengesellschaften in Deutschland den Gewinnanteil „vor Steuern“ zugewiesen erhalten, holt das Steuerentnahmerecht gewissermaßen die bei Personengesellschaften nach deutschem Steuerrecht auf Ebene der Gesellschaft unterbliebene Besteuerung des von der Gesellschaft erzielten Gewinnes nach. *Funktionell entspricht das Steuerentnahmerecht der Gesellschafter von Personengesellschaften deshalb dem Körperschaftsteuerabzug, der bei Kapitalgesellschaften bereits auf der Ebene der Gesellschaft erfolgt.*

Einkommensteuer der Gesellschafter auf ihren Gewinnanteil sind „Aufwendungen in Gesellschaftsangelegenheiten“ i.S. des § 110 HGB

16. Ist das aber so, dann ist das Steuerentnahmerecht rechtlich und wirtschaftlich betrachtet an sich kein Individualentnahmerecht der Gesellschafter, sondern es

bildet Aufwendungen ab, die der Gesellschafter „in den Gesellschaftsangelegenheiten“ (§ 110 HGB) tätigt (so zutr. Schön, FS für Beisse, 1997, S. 471, 477 f.). Zwar ist die Einkommensteuer der Gesellschafter auf ihren Gewinnanteil nach den Besonderheiten der deutschen Steuerrechtsordnung von den persönlichen Merkmalen der Gesellschafter abhängig. Gleichwohl handelt es sich um Aufwendungen in Gesellschaftsangelegenheiten, weil sie durch den anteilig dem Gesellschafter zugewiesenen Gewinn der Gesellschaft ausgelöst werden. Damit steht dem Gesellschafter ein *Aufwendungsersatzanspruch* gem. § 110 HGB zu. Dieser ist eine Drittverpflichtung (Gläubigeranspruch) und nicht integraler Bestandteil des Instruments i.S. des IAS 32.16A (d).

Steuerentnahmerecht als Drittanspruch nicht gesellschaftsvertraglich abdingbar, sondern nur individuell verzichtbar

17. Der von E-RIC 4, Tz. 29, aufgezeigte Ausweg, das Steuerentnahmerecht ebenso wie das sonstige Gewinnauszahlungsrecht von einem einfachen Gesellschafterbeschluss abhängig zu machen, dürfte nicht gangbar sein. Nach h.M. im rechtswissenschaftlichen Schrifttum gehört das Steuerentnahmerecht zum Kernbereich der Mitgliedschaft und steht deshalb nicht zur Disposition der Mehrheit. So formuliert namentlich *Ulmer*: „Eine mehrheitlich beschlossene abweichende Regelung hielte, auch wenn sie an sich von der Mehrheitskompetenz gedeckt wäre, wegen des damit verbundenen Treupflichtverstoßes der gerichtlichen Inhaltskontrolle nicht stand“ (*Ulmer* in Großkomm. HGB, 4. Aufl., § 122 Rn. 30; s. ferner ebda., Rn. 21 m.w.N. in Fußn. 28, dort als „heute ganz hM“ bezeichnet). Wäre das Steuerentnahmerecht für die EK-Klassifizierung schädlich, könnte dies mithin nicht einmal durch eine gesellschaftsvertragliche Gestaltung, die insoweit einen Mehrheitsbeschluss vorsähe, geändert werden. Erforderlich wäre vielmehr in jedem Fall ein Einverständnis aller Gesellschafter mit der Beschneidung des Steuerentnahmerechts, d.h. ein Verzicht auf ihren Gläubigeranspruch gem. § 110 HGB. Ein solcher Verzicht dürfte aber vielfach nicht praktikabel sein. Damit würde das Grundanliegen, das der IASB mit den Amendments verfolgt, verfehlt und es bliebe bei dem anomalous accounting, das der IASB gerade beseitigen wollte (vgl. IAS 32.BC50 ff.). Das entspricht nicht dem Zweck des Amendments.

III. Zu Fragestellung 10, betreffend E-RIC 4, Tz. 31 und 32 (Definition des Begriffs „substantiell“ gem. IAS 32.16A (e)) und betreffend E-RIC 4, Tz 33 (Unwirksamkeit von Abfindungsklauseln)

18. Gemäß dem Entwurf ist unter „substantiell“ („*substantial*“) eine quantitative Bandbreite von deutlich über 50 % bis ca. 90 % anzusehen. U.E. ist dieses Verständnis des Begriffs „substantiell“ nicht zwingend, sondern kann bei systematischer Auslegung auch anders gesehen werden. Dies ergibt sich aus Folgendem:
19. In IAS 32.20 (b) (ii) wird der Terminus „*substantially*“ ebenfalls verwendet, allerdings in einem anderen als dem vorstehend beschriebenen Sinn. IAS 32.20 lautet wie folgt:
- „*A financial instrument that does not explicitly establish a contractual obligation to deliver cash or another financial asset may establish an obligation indirectly through its terms and conditions. For example:*
- a) *a financial instrument ...*

b) a financial instrument is a financial liability if it provides that on settlement the entity will deliver either:

(i) cash or another financial asset; or

(ii) its own shares whose value is determined to exceed substantially the value of the cash or another financial asset.

Although the entity does not have an explicit contractual obligation to deliver cash or another financial asset, the value of the share settlement alternative is such that the entity will settle in cash. ...” (Hervorhebung durch Verfasser).

20. Die genannte Vorschrift bestimmt also, dass das Finanzinstrument dann als finanzielle Schuld einzustufen ist, wenn der Emittent *indirekt durch die Klauseln und Bedingungen* des Instruments verpflichtet wird, flüssige Mittel oder einen anderen finanziellen Vermögensgegenstand abzugeben. Dies soll gemäß IAS 32.20 (b) beispielsweise dann der Fall sein, wenn der Emittent die *Wahl* hat, einerseits flüssige Mittel oder andere finanzielle Vermögensgegenstände oder andererseits seine eigenen Eigenkapitalanteile zu leisten, wobei deren Wert so bestimmt wird, dass dieser den Wert der flüssigen Mittel oder anderen finanziellen Vermögensgegenstände „substantiell“ („*substantially*“) überschreitet. Die Bedeutung des Begriffs „*substantial*“ erschließt sich in diesem Zusammenhang offensichtlich dadurch, dass der Begriff hier abhebt auf den Grad des Unterschiedes zwischen dem Geld einerseits und dem Wert der Anteile andererseits; dabei wird die Leistung von Geld gegenüber der Übertragung von eigenen Anteilen (zu ergänzen ist: vernünftigerweise / aus der Sicht rational handelnder Akteure) vorgezogen, weil der Wert der Anteile den Geldbetrag übersteigt. Dass Letzteres nicht erst dann der Fall ist, wenn der Anteilswert den Geldbetrag um mehr als 50 % übersteigt, sondern sicherlich auch schon dann, wenn der genannte Unterschied bei weniger als 50 % liegt (sage: etwa bei 30 % oder 25 %), dürfte anzunehmen sein. Deshalb spricht die in IAS 32.20 (b) (ii) enthaltene Verwendung des Wortes „*substantial*“ dafür, dass sie nicht nur eine Abweichung von über 50 % meint, sondern auch eine unter diesem Prozentsatz liegende. Das Wort „*substantial*“ würde damit in der Tat mit dem Wort „*considerable*“ („beträchtlich“) entsprechend dem allgemeinen Sprachgebrauch gleichzusetzen sein (vgl. etwa Duden Oxford; Pons Collins, Großwörterbuch Deutsch – Englisch). Dafür, dass der Begriff „*substantial*“ in IAS 32 (IAS 32.16 (a) (ii) anders verstanden werden muss als in IAS 32.20 (b) (ii), besteht kein Anhaltspunkt.

21. Wir möchten empfehlen, die Ausführungen zu den gesellschaftsvertraglichen Abfindungsklauseln wie folgt zu präzisieren:

„Gesellschaftsvertragliche Abfindungsklauseln ersetzen regelmäßig die Abfindung nach dem gesetzlichen Leitbild des § 738 BGB oder konkretisieren die Berechnung i.S.d. § 738 BGB. Das Abbedingen des § 738 BGB ist indes nur in Grenzen möglich. Insbesondere sind die sich aus § 138 BGB (Sittenwidrigkeit), § 723 Abs. 3 BGB (verbotene Kündigungsbeschränkungen), § 157 BGB (ergänzende Vertragsauslegung)/§ 242 BGB (Ausübungskontrolle) und § 313 BGB (Störung der Geschäftsgrundlage) ergebenden Schranken zu beachten (vgl. Mentz, in: Eilers/Rödding/Schmalenbach, Unternehmensfinanzierung, 2008, G Rn 101 ff.; Mentz, DStR 2007, 453 ff.). Dabei steht der Gesichtspunkt im Vordergrund, dass den auscheidenden Gesellschaftern eine nach Treu und Glauben "angemessene" Abfindung geschul-

det wird. Für die Qualifizierung einer Abfindungsklausel als nichtig kommt es auf den Zeitpunkt der Vereinbarung dieser Klausel an. Eine ursprünglich, d.h. bei Vereinbarung, wirksame Klausel wird nicht gemäß § 138 BGB und/oder § 723 Abs. 3 BGB dadurch nachträglich nichtig, dass der Betrag der Abfindung gemäß vertraglicher Abfindungsklausel einerseits und der tatsächliche Anteilswert andererseits sich im Laufe der Zeit immer weiter voneinander entfernen. Vielmehr unterliegt eine solche Klausel bei übermäßiger nachträglich entstandener Diskrepanz zwischen beiden Werten einer Angemessenheitskorrektur kraft ergänzender Vertragsauslegung bzw. Ausübungskontrolle gemäß § 242 BGB und/oder den Regeln über die Störung der Geschäftsgrundlage, während bei einer anfänglich nichtigen Abrede entweder eine salvatorische Klausel (falls eine solche existiert) oder die gesetzliche Regelung (§ 738 BGB) bzw. eine ergänzende Vertragsauslegung eingreifen."

IV. Zu Fragestellung 15, betreffend E-RIC 4, Tz. 43 (Gesellschafterdarlehen):

22. Satz 5 der Tz. 43 hebt im ersten Unterpunkt auf einen Rangrücktritt des darlehensgebenden Gesellschafters mit seiner Darlehensrückzahlungsforderung ab, der so gestaltet ist, dass der Gesellschafter in der Liquidation der Gesellschaft Befriedigung seiner Darlehensforderung erst nach sämtlichen anderen Anspruchsberechtigten verlangen kann. Mit dieser Formulierung dürfte der „einfache“ Rangrücktritt gemeint sein, mit dem der Gläubiger gemäß § 39 Abs. 2 InsO hinter alle in § 31 Abs. 1 Ziffern 1 bis 5 InsO aufgeführten Gesellschaftsgläubiger zurücktritt. Durch einen solchen „einfachen“ Rangrücktritt wird die subordinierte Forderung aber noch nicht Teil der letztrangigen Klasse, sondern sie rangiert nur hinter allen anderen Gesellschaftsgläubigern, d.h. sie wird (erst) nach vollständiger Tilgung von deren Ansprüchen befriedigt. Die letztrangige Klasse ist aber hiervon getrennt zu sehen, da diese ausschließlich durch die bei der Schlussverteilung gemäß § 199 InsO zu Berücksichtigenden, d.h. die Residualberechtigten, gebildet wird. Zur Einordnung in diese Klasse ist aber ein "qualifizierter" Rangrücktritt nötig.

Wir möchten daher empfehlen, dies zum Ausdruck zu bringen und dementsprechend Sätze 5 und 6 der Tz. 43 wie folgt zu fassen:

"Beispielsweise kann der Gesellschafter mit seinen Forderungen im Zusammenhang mit der Darlehensgewährung durch qualifizierten Rangrücktritt im Rang so zurücktreten, dass er im Liquidationsfall erst Befriedigung nach sämtlichen anderen Anspruchsberechtigten und nur zusammen mit den i.S.v. § 199 InsO bei der Schlussverteilung Berechtigten verlangen kann. In diesem Fall wäre das Darlehen ebenfalls der letztrangigen Klasse zuzuordnen; die Bedingungen in IAS 32.16A (c) hinsichtlich einer Eigenkapitalklassifizierung der kündbaren Finanzinstrumente (Einlagen der Gesellschafter) wären dann aber verletzt;"

Dass es gemäß § 19 Abs. 2 InsO in der ab 1. November 2008 geltenden (durch das MoMiG modifizierten) Fassung für die Nichtberücksichtigung der Darlehensrückzahlungsforderung eines Gesellschafters gegen die Gesellschaft im Überschuldungsstatus der Gesellschaft nicht mehr eines „qualifizierten“, sondern nur

noch eines „einfachen“ Rangrücktritts bedarf, ändert nichts an dem vorstehend Ausgeführten.

Schließlich könnte der im zweiten Unterpunkt enthaltene Passus bezüglich der Marktüblichkeit der Konditionen von Darlehensvereinbarungen (z.B. im Hinblick auf Cash-Pooling-Verträge) missverständlich sein. U.E. sollte zur Klarstellung insoweit der in IAS 32.AG 14 i verwendete Wortlaut ("*equivalent transaction*") herangezogen werden, so dass ein Bezug auf die Marktüblichkeit von Cash-Pooling-Verträgen erkennbar wird.

V. Angabepflichten

23. U.E. sollte erwogen werden, auch zu der Frage Stellung zu nehmen, wie die Neuregelung des IAS 1.136A (c) zu verstehen ist. U.E. ist die Formulierung „*the expected cash outflow on redemption or repurchase of that class of financial instruments*“ dahin zu verstehen, dass der Betrag anzugeben ist, der als Auszahlungsbetrag aus Sicht am Bilanzstichtag erwartet wird. Welcher Betrag „erwartet“ wird, unterliegt der pflichtgemäßen Einschätzung der verantwortlichen Bilanzersteller. Dabei ist zu berücksichtigen, ob, wann und in welcher Höhe ein Abfluss erfolgen wird. Sind beispielsweise Auszahlungen zum Buchwert des Kapitalanteils zu erwarten, ist der Betrag der expected cash outflows identisch mit dem in der Bilanz ausgewiesenen Eigenkapital. Sind die Parameter für die Erwartung am Stichtag nicht verlässlich ermittelbar, kann auf eine Zahlenangabe zum „expected cash outflow“ auch ganz zu verzichten sein. Für diese Auffassung spricht unter systematischen Aspekten die Überlegung, dass nach IAS 37.26 auf die Angabe von Zahlen zu Verbindlichkeiten verzichtet werden kann, wenn eine verlässliche Schätzung nicht möglich erscheint. In einem auf systematische Stimmigkeit angelegten Rechnungslegungssystem kann das im vorliegenden Zusammenhang nicht anders sein.
24. Im Übrigen sind wir der Auffassung, dass bei der Beurteilung der Frage, welches der „expected cash outflow on redemption or repurchase“ ist, die allgemein für Abschlüsse geltenden qualitativen Anforderung der Relevanz und Wesentlichkeit (vgl. F 26 ff.) berücksichtigt werden müssen. Angaben, die für verständige Adressaten der Abschlüsse irrelevant sind, sind nicht erforderlich (vgl. auch IAS 1.31). Die Angabe des vollen Unternehmenswertes der Gesellschaft unterstellt ein unrealistisches und rechtlich unmögliches Szenario, nämlich dass alle Gesellschafter gleichzeitig kündigten und alle gleichzeitig den anteiligen Unternehmenswert erhielten. Dass alle Gesellschafter gleichzeitig ihre Einlagen abziehen würden, ist eine völlig unrealistische worst-case-Unterstellung, die für verständige Abschlussadressaten keinerlei Relevanz hat. Dass sodann alle Gesellschafter den vollen anteiligen Unternehmenswert als Abfindung erhielten, ist rechtlich gar nicht möglich. Denn bei Kündigung aller Gesellschafter müsste die Gesellschaft liquidiert werden. Das dann zur Verfügung stehende Abfindungsvermögen entspräche aber nicht dem going concern-Wert des lebenden Unternehmens. Denkbar wäre für diesen Fall allenfalls die Angabe des Nettovermögens, das bei Liquidation zur Verteilung anstünde. Auch einer solchen Angabe ist aber kein relevanter Informationswert beizumessen.

25. Die Formulierung des IAS 1.136A (c) zwingt u.E. jedenfalls nicht dazu, von den Unternehmen stets und unter allen Bedingungen die Angabe des vollen Unternehmenswerts zu fordern. Wollte man dies anders sehen und die Personengesellschaften tatsächlich für verpflichtet halten, den vollen Unternehmenswert im Anhang anzugeben, so unterläge eine so weitgehende Regelung auch gewichtigen europarechtlichen Bedenken (vgl. hierzu *Hennrichs/Schubert*, ZIP 2007, S. 563 ff.). Die Vorgaben des europäischen Rechts, insbesondere die Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 2 der IAS-VO sowie die Anforderungen des Primärrechts, vor allem der europarechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, sind nicht allein beim Endorsement zu beachten, sondern auch bei der Auslegung und Anwendung der Standards. Eine Auslegung, die zu einem unverhältnismäßigen Ergebnis führen würde, ist zu vermeiden. Stehen zwei Auslegungsalternativen zur Wahl, ist diejenige zu wählen, die eher verhältnismäßig ist als die andere. Das spricht ebenfalls dafür, die Angabepflichten gem. IAS 1.136A (c) nicht zu über-spannen.

Für Rückfragen stehen wir jederzeit gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

gez. Prof. Dr. Joachim Hennrichs

gez. Dr. Alexander Mentz
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Handels- und Ge-
sellschaftsrecht
Heumarkt 14
50667 Köln

– GK IBR e.V., Köln –