

Rechtsgutachten

im Auftrag der

**Vereinigung zur Mitwirkung an der Entwicklung des Bilanz-
rechts für Familiengesellschaften ([VMEBF](#)), Weinheim**

erstattet von

Univ.-Prof. Dr. Joachim Hennrichs,

**[Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Bilanz- und Steuerrecht
der Universität zu Köln](#)**

Übersicht

A. Auftrag, Fragestellung und Ergebnisse.....	4
B. Rechtliche Erwägungen.....	5
I. Liegen „instruments puttable at fair value“ i.S.d. ED IAS 32 nur vor, wenn eine Abfindung zum anteiligen vollen Verkehrswert des Unternehmens zu leisten ist (Verkehrswertkriterium), oder können Gesellschaftereinlagen bei deutschen Personengesellschaften auch bei Abfindungsbeschränkungen als „at fair value“ i.S.d. ED IAS 32 AG14A (fair value-Annäherung) angesehen werden?.....	5
1.1. Vorgeschlagene Regelung in ED IAS 32 AG14A.....	5
2.2. Abfindung nach der gesetzlichen Regel.....	6
3.3. Abfindungsklauseln.....	6
a) Klauseln, die Ausdruck des Verkehrswerts sind oder jedenfalls eine Annäherung an den Verkehrswert bewirken.....	7
i) Beispiele aus der Kautelarpraxis.....	7
ii) Klassifizierung nach ED IAS 32 AG14A i.V.m. IAS 39.48A.....	8
b) Abfindungsklauseln, die im Einzelfall dazu führen können, dass bei unveränderter Anwendung keine Annäherung an den Verkehrswert gewährleistet wäre.....	10
i) Beispiele aus der Kautelarpraxis.....	10
ii) Gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen: Grenzen der Abfindungsbeschränkungen.....	11
iii) Folgerungen für die Klassifizierung nach ED IAS 32 AG14A i.V.m. IAS 39.48A.....	12
4.4. Zusammenfassung zu I.....	16
II. Ist die Nebenbedingung der Nachrangigkeit (most subordinated class) bei Kommanditisteneinlagen gewahrt oder sind Komplementäreinlagen im Hinblick darauf, dass Komplementäre für verbleibende Ansprüche der Gläubiger gegen die Gesellschaft persönlich haften, „noch nachrangiger“?.....	16
1.1. Einlagen der Komplementäre als nachrangigere Kapitalform gegenüber den Einlagen der Kommanditisten?.....	16
2.2. Haftung vs. Nachrangigkeit.....	17
3.3. Zusammenfassung zu II.....	19
III. Entspricht es den Übernahme Voraussetzungen gem. Art. 3 Abs. 2 IAS-VO, wenn ED IAS 1.124D und 1.124E vorschreiben, dass der volle potentielle Abfindungsbetrag im Anhang zu beziffern ist?.....	19
1.1. Regelungsaussage von ED IAS 1.124D und 1.124E.....	19
2.2. Art. 3 Abs. 2 IAS-VO als Prüfungsmaßstab für die Übernahme von IFRS / IAS in den europäischen Rechtsraum - Überblick.....	20
3.3. Europäisches öffentliches Interesse und allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts.....	21

a) Verstoß gegen das europäische öffentliche Interesse, wenn Standards „ernsthafte Probleme und Nachteile bei einzelnen Wirtschaftssubjekten“ bewirken.....	21
b) Allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts als Gegenstand des europäischen öffentlichen Interesses – Überblick.....	22
c) Freiheitsgrundrechte.....	24
d) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.....	25
i) Geeignetheit.....	26
ii) Erforderlichkeit.....	27
iii) Angemessenheit.....	28
iv) Zwischenergebnis.....	29
e) Gleichheitssatz.....	29
i) Schutzbereich.....	29
ii) Beeinträchtigung: Benachteiligende Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte.....	30
iii) Rechtfertigung der Ungleichbehandlung?.....	31
f) Zusammenfassung zu III.3.....	32
4.4. Die Kriterien der Erheblichkeit und Vergleichbarkeit.....	32
a) Erheblichkeit (Relevanz).....	32
b) Vergleichbarkeit.....	34
c) Zusammenfassung zu III.4.....	35
IV. Zusammenfassung zu B.....	35

A. Auftrag, Fragestellung und Ergebnisse

Der Verein Vereinigung zur Mitwirkung an der Entwicklung des Bilanzrechts für Familiengesellschaften (VMEBF) e.V., Weinheim, vertreten durch seinen Vorstandsvorsitzenden Frank Reuther, hat um ein Rechtsgutachten zu folgenden Fragen gebeten:

- Liegen „instruments puttable at fair value“ i.S.d. ED IAS 32 nur vor, wenn eine Abfindung zum anteiligen vollen Verkehrswert des Unternehmens zu leisten ist (Verkehrswertkriterium), oder können Gesellschaftereinlagen bei deutschen Personengesellschaften auch bei Abfindungsbeschränkungen als „at fair value“ i.S.d. ED IAS 32 AG14A (fair value-Annäherung) angesehen werden?
- Ist die Nebenbedingung der Nachrangigkeit (most subordinated class) bei Kommanditisteneinlagen gewahrt oder sind Komplementäreinlagen im Hinblick darauf, dass Komplementäre für verbleibende Ansprüche der Gläubiger gegen die Gesellschaft persönlich haften, „noch nachrangiger“?
- Entspricht es den Übernahmevoraussetzungen gem. Art. 3 Abs. 2 IAS-VO, wenn ED IAS 32 vorschreibt, dass der volle potentielle Abfindungsbetrag im Anhang zu beziffern ist?

Auf der Grundlage der nachstehend ausgeführten rechtlichen Erwägungen (unten B.) komme ich zusammenfassend zu folgenden

Ergebnissen:

1. Anteile an deutschen Personengesellschaften sind auch dann „instruments puttable at fair value“ i.S.d. ED IAS 32, wenn im Gesellschaftsvertrag Abfindungsklauseln vereinbart sind.
2. Auch die Kommanditistenanteile gehören der „most subordinated class of financial instruments with a claim to the assets of the entity“ i.S.d. ED IAS 32 an.
3. Die in ED IAS 1.124D(c) vorgesehene Pflicht, Angaben über den fair value aller kündbaren Gesellschaftereinlagen zu machen, widerspricht dem europarechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und stellt darüber hinaus auch eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung der Personengesellschaften im Ver-

gleich mit Kapitalgesellschaften dar. Auch die Übernahmevoraussetzungen der Erheblichkeit und der Vergleichbarkeit i.S.d. Art. 3 Abs. 2 IAS-VO werden nicht erfüllt. Ein Endorsement des ED IAS 1.124D(c) widerspräche damit den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts sowie den für die Übernahme in Art. 3 Abs. 2 IAS-VO normierten Voraussetzungen. Die Regelung dürfte mit dem vorgeschlagenen Inhalt nicht in europäisches Recht übernommen werden.

B. Rechtliche Erwägungen

1. Liegen „instruments puttable at fair value“ i.S.d. ED IAS 32 nur vor, wenn eine Abfindung zum anteiligen vollen Verkehrswert des Unternehmens zu leisten ist (Verkehrswertkriterium), oder können Gesellschaftereinlagen bei deutschen Personengesellschaften auch bei Abfindungsbeschränkungen als „at fair value“ i.S.d. ED IAS 32 AG14A (fair value-Annäherung) angesehen werden?

1. Vorgeschlagene Regelung in ED IAS 32 AG14A

IAS 32 kann in seiner gegenwärtigen Fassung zu „anomalous accounting“ führen, wie zwischenzeitlich auch der IASB selbst zugibt.¹ Gleichsam als „Soforthilfe“ zur kurzfristigen Lösung der dringendsten Probleme hat der Board deshalb zwischenzeitlich einen *Exposure Draft* zur Änderung des IAS 32 vorgelegt.² Der Entwurf schlägt u.a. vor, sog. instruments puttable at fair value künftig als Eigenkapital zu klassifizieren.³

¹ IASB, Information for Observers, 20.9.2005, Page 1.

² IASB, Exposure Draft of proposed Amendments to IAS 32 – Financial Instruments Puttable at Fair Value, June 2006 (im Internet bereitgestellt unter http://www.iasb.org/uploaded_files/documents/8_38_EDAmdmtstolIAS32and1.pdf). – Weitere Änderungen bleiben dem long-term project on distinguishing debt from equity zwischen dem IASB und dem US-FASB vorbehalten.

³ Krit. zur Einschränkung der Neuerung auf Anteile „puttable at fair value“ *Dettmeier/Pöschke*, GmbHR 2006, 297, 300; *Pawelzik*, KoR 2006, 153, 156 f.; *Rammert/Meurer*, PiR 2006, 1, 4.

Für eine Einordnung des Anteils als „*at fair value*“ verlangen ED IAS 32.11 und die Ausführungsleitlinien (Application Guidance) gem. ED IAS 32 AG14A Satz 1 prinzipiell eine Ausgabe und eine Kündigung zum anteiligen Verkehrswert. Nicht kapitalmarktorientierten Unternehmen wird es nach ED IAS 32 AG14A Satz 2 aber erlaubt, zur Ermittlung des fair value Formeln anzuwenden, „*provided that the formula is intended to approximate the fair value of the financial instruments*“.

AG14A Satz 3 erläutert sodann, dass Buchwertklauseln dem nur, aber immerhin entsprechen, wenn zwischen dem Buchwert und dem fair value keine wesentliche Differenz besteht („*only when there is no material difference between the book value of the entity's net assets and the fair value of its net assets (both recognised and unrecognised)*“).

2. Abfindung nach der gesetzlichen Regel

Eine Abfindung zum vollen anteiligen Unternehmenswert ist nach §§ 105 Abs. 3 HGB, 738 BGB die (dispositive) gesetzliche Regel. Enthält der Gesellschaftsvertrag keine abweichende Abfindungsklausel, bestehen keinerlei Bedenken, die Anteile als „puttable at fair value“ einzuordnen.

3. Abfindungsklauseln

Die gesetzliche Regel ist dispositiv (vgl. § 109 HGB), d.h. die Gesellschafter können Abweichendes vereinbaren. In der Praxis finden sich demgemäß vielfach Abfindungsklauseln in den Gesellschaftsverträgen. Dabei wird die Abfindung eines ausscheidenden Gesellschafters meist beschränkt und / oder es werden Berechnungsmethoden festgelegt. Der grundsätzlich legitime Zweck solcher Klauseln ist es, Kapital- und Liquiditätsabflüsse bei der Gesellschaft zu begrenzen und / oder Streit zwischen den Beteiligten über den „wahren“ Unternehmenswert zu verhindern.

Hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung solcher Abfindungsklauseln besteht Vertragsfreiheit (zu den Grenzen der Vertragsfreiheit an den zwingenden Regeln des Gesellschaftsrechts siehe unten b). Dementsprechend finden sich in der Praxis unterschiedlichste Regelungen.

Nach ihrer Wirkungsweise lassen sich Abfindungsklauseln unterscheiden, die bei Anwendung im konkreten Fall eine Annäherung an den Verkehrswert bewirken (unten

a), und solche Klauseln, die bei buchstabengetreuer Anwendung zu unangemessenen Werten führen (dazu unten b).

a) Klauseln, die Ausdruck des Verkehrswerts sind oder jedenfalls eine Annäherung an den Verkehrswert bewirken

i) Beispiele aus der Kautelarpraxis

Zur ersten Gruppe von Klauseln zählen solche, die beispielsweise allein die nach dem Gesetz gegebene sofortige Fälligkeit des Abfindungsanspruchs zeitlich strecken, eine vereinfachte / typisierte Form der Berechnung für die erforderliche Unternehmensbewertung und / oder die einen pauschalen Abschlag für die fehlende Fungibilität des Anteils vorsehen.

Beispiel: Der Gesellschaftsvertrag bestimmt zur Abfindung Folgendes: „(1) Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, erhält er eine Abfindung in Höhe von 75% seines nach den Abs. 2 bis 5 zu berechnenden Anteils am Unternehmenswert im Zeitpunkt des Ausscheidens. – (2) Der Unternehmenswert entspricht dem Barwert der zukünftigen Erträge und ist auf Grund des Durchschnitts der nach Satz 2 berichtigten Ergebnisse der Jahresabschlüsse der letzten fünf beim Ausscheiden des Gesellschafters abgeschlossenen Jahre zu berechnen. Das Ergebnis der Jahresabschlüsse ist wie folgt zu berichtigen: Außerordentliche Aufwendungen und Erträge werden nur insoweit berücksichtigt, als sie per Saldo höchstens 10% der jeweiligen Jahresergebnisse betragen ... Der als gleich bleibend zu unterstellende Zukunftsertrag ist zur Ermittlung des Barwertes des Unternehmens auf den Stichtag des Ausscheidens zu kapitalisieren; als Kapitalisierungszinssatz ist die Durchschnittsrendite auf Inlandswährung lautender öffentlicher Anleihen mit zehnjähriger Laufzeit in den letzten zwölf Monaten vor dem Ausscheiden anzusetzen, vermehrt um einen Risikozuschlag von drei Prozentpunkten. Nicht betriebsnotwendiges Vermögen ist nicht gesondert zu bewerten. ... (4) Der Anteil des ausscheidenden Gesellschafters am Unternehmenswert entspricht seinem Anteil am Festkapital der Gesellschaft. ... (5) Guthaben des ausgeschiedenen Gesellschafters auf Darlehenskonto, die bis zum Zeitpunkt des Ausscheidens nicht ... wirksam entnommen oder gekündigt sind, werden dem Abfindungsguthaben hinzugerechnet und gemäß den nachstehenden Vorschriften ausbezahlt.“⁴

Auch bei Zugrundelegung des sog. Stuttgarter Verfahrens wird sich oft eine Abfindung ergeben, die noch keine wesentliche Abweichung vom vollen Ertragswert des Anteils bedeutet. Ebenso sind Klauseln, die eine Abfindung zum Buchwert vorsehen, nicht per se unangemessen, sondern können je nach Lage des Einzelfalles durchaus eine faire Abfindung gewährleisten, etwa wenn die Gesellschaft (noch) keine nennenswerten stillen Reserven gebildet hat oder für vorhandene Reserven ein angemessener Ausgleich (auch in pauschaler Form) vorgesehen ist oder sonst besondere Umstände vorliegen, die den Gesellschaftern einen anderweitigen angemessenen Ausgleich bieten (z.B. wenn die Anteile ausnahmsweise liquide und fungibel sind, wie dies bei Anlagegesellschaften der Fall sein kann).

⁴ Vgl. Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 8. Aufl. 2003, Form. VIII. D. 2; Ulmer, FS Quack, 1991, S. 477, 501 f.

ii) Klassifizierung nach ED IAS 32 AG14A i.V.m. IAS 39.48A

In diesen Fällen, in denen also die Anwendung der jeweiligen Abfindungsklausel zu Werten führt, die dem vollen Ertragswert des Anteils zumindest nahekommen, bestehen m.E. keine Bedenken, die Anteile als „at fair value“ i.S.d. ED IAS 32 zu klassifizieren. Solche Abfindungsklauseln *intendieren und bewirken* praktisch jedenfalls eine *Annäherung* an den Verkehrswert des Anteils, was nach ED IAS 32 AG14A ausreichend ist.

Im Übrigen ließe sich sogar annehmen, dass in diesen Fällen eine Abfindung nicht bloß i.S. einer Annäherung an den fair value, sondern sogar zum fair value i.S.d. *Grundregel gem. IAS 39.48A* gewährleistet ist. Nach dieser Vorschrift ist Ziel der Anwendung eines Bewertungsverfahrens zur Bestimmung des fair value,

„den Transaktionspreis festzustellen, der sich am Bewertungsstichtag zwischen unabhängigen Vertragspartnern bei Vorliegen normaler Geschäftsbedingungen ergeben hätte.“ Weiter heißt es: „Gibt es ein Bewertungsverfahren, das von den Marktteilnehmern üblicherweise für die Preisfindung dieses Finanzinstruments verwendet wird, und hat dieses Verfahren nachweislich verlässliche Schätzwerte für Preise geliefert, die bei tatsächlichen Marktvorgängen erzielt wurden, setzt das Unternehmen dieses Verfahren ein. Das gewählte Bewertungsverfahren ... berücksichtigt alle Faktoren, die Marktteilnehmer bei einer Preisfindung beachten würden“.

Stellt man für die Anwendung des IAS 39.48A im vorliegenden spezifischen Zusammenhang auf die *Marktüblichkeit für die besondere Transaktion „Abfindung“* ab, also hinsichtlich der „Marktteilnehmer“ auf die Gesellschafter, als einschlägigen „Markt“ auf den „Markt für Abfindungswerte“ und als die maßgebenden „tatsächlichen Marktvorgänge“ auf die tatsächliche Praxis der Gesellschaftsverträge, so spricht dies dafür, in den fraglichen Klauseln den *kautelearen Ausdruck des fair value* zu sehen. Soweit die Gesellschaftsverträge unter unabhängigen Vertragspartnern bei Vorliegen normaler Geschäftsbedingungen, also eben „durch den Markt“ verhandelt worden sind, gewährleistet der natürliche Interessengegensatz zwischen den Gesellschaftern, dass die vereinbarte Klausel Ausdruck der *Verkehrswertenerwartungen der Beteiligten für den Abfindungsfall* ist. Die gebräuchlichen Klauseln gewährleisten „Bewertungsverfahren, die von den Marktteilnehmern üblicherweise ... verwendet“ werden;

sie haben sich in der Praxis durchgesetzt und bewiesen, dass sie grundsätzlich verlässliche Schätzwerte für den Abfindungsfall ergeben.

Aber selbst wenn man für die Anwendung des IAS 39.48A nicht auf die besondere Transaktion „Abfindung“, sondern auf die Transaktion (gedachte) „Veräußerung“ abstellt und damit einen „Markt für Anteile an Personengesellschaften“ in den Blick nimmt, können viele Abfindungsklauseln m.E. bereits unter die Grundregel für die fair value-Bewertung gem. IAS 39.48A subsumiert werden. Werden Anteile an Personengesellschaften in einer arm's length-Transaktion veräußert, würde ein Erwerber übliche Abfindungsklauseln, die im Gesellschaftsvertrag einheitlich für alle Gesellschafter vorgesehen sind und die eine insgesamt angemessene Abfindungsregelung enthalten, akzeptieren und dies ggf. bei seiner Preisbestimmung berücksichtigen. Insofern sind diese Klauseln Ergebnis einer „Marktbestätigung“. Dass sich im Einzelfall bei Anwendung der jeweiligen Klausel Abweichungen / Abschläge zum vollen Ertragswert des Anteils bewertet nach der „reinen“ betriebswirtschaftlichen Ertragswertlehre ergeben können, steht dem nicht entgegen. Solche Abschläge sind vielmehr Ausdruck der Verkehrserwartungen und der Berücksichtigung der besonderen Faktoren des besonderen Bewertungsobjekts „Anteil an Personengesellschaften“, die von den Gesellschaftern als den „Marktteilnehmern“ bei der Wertfindung beachtet werden. Hierdurch werden namentlich die fehlende Fungibilität sowie der Umstand berücksichtigt, dass Personengesellschaften typischerweise einen kleinen, geschlossenen Gesellschafterkreis haben, ferner das Liquiditätsinteresse der Gesellschaft u.a.m.

Dass sich hiernach der Ertragswert des Anteils i.S.d. reinen betriebswirtschaftlichen Bewertungslehre und der fair value bei Rückgabe i.S.d. ED IAS 32 AG14A i.V.m. IAS 39.48A unterscheiden können,⁵ verwundert nur auf den ersten Blick. IAS 39 gibt aus gutem Grund kein besonderes Bewertungsverfahren vor, sondern verlangt die Auswahl und Anwendung eines *im jeweiligen konkreten Zusammenhang*, d.h. für das fragliche *konkrete Instrument* etablierten, passenden Bewertungsverfahrens (vgl. IAS 39.48A und AG74). Die in der Praxis der Gesellschaftsverträge anzutreffenden Klauseln, die Bewertungsverfahren für die Abfindungsbemessung regeln, sind solche von Marktteilnehmern zur Ermittlung des fairen Abfindungsbetrags verwendeten Verfahren. Es kann, rationales Verhalten der Akteure in einer arm's length-Transaktion un-

⁵ A.A. aber wohl *Weidenhammer*, PiR 2006, 155, 158, der den „Verkehrswert“ i.S.d. § 738 BGB und den fair value i.S.d. ED IAS 32 i.V.m. IAS 39.48A gleichsetzt.

terstellt, nicht angenommen werden, dass die Gesellschafter sich gegenseitig etwas „schenken“ wollen, sondern die jeweiligen Abfindungsregeln sind grundsätzlich als Ausdruck der Vertragsfreiheit und damit als frei ausgehandelter „Marktpreis“ zwischen den Gesellschaftern für den Abfindungsfall zu akzeptieren. Das Ziel der Bewertung zum fair value, nämlich den Wert zu „treffen“, der sich für das konkrete Bewertungsobjekt (Anteil an Personengesellschaften) im konkreten Zusammenhang (Abfindungsfall) zwischen sachverständigen, vertragswilligen, voneinander unabhängigen Geschäftspartnern (den Gesellschaftern) als Transaktionspreis ergeben hätte, ist vollständig erreicht, weil Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen, die frei und unter Marktbedingungen ausgehandelt worden sind, eben solche Preise widerspiegeln.

b) Abfindungsklauseln, die im Einzelfall dazu führen können, dass bei unveränderter Anwendung keine Annäherung an den Verkehrswert gewährleistet wäre

i) Beispiele aus der Kautelarpraxis

Besonders problematisch sind Klauseln, die im Einzelfall dazu führen können, dass sich bei ihrer uneingeschränkten Anwendung unangemessene Abfindungswerte ergeben. Eine gewisse Verbreitung haben namentlich sog. Buchwertklauseln gefunden:

Beispiel: Der Gesellschaftsvertrag enthält folgende Abfindungsklausel: „Scheidet ein Gesellschafter aus..., steht ihm ein Abfindungsguthaben in Höhe seines Kapitalanteils zu. Erfolgt das Ausscheiden zum Ende eines Geschäftsjahres, ist der Kapitalanteil der Jahresbilanz für dieses Geschäftsjahr zu entnehmen. Andernfalls wird der Kapitalanteil des Ausscheidenden durch Erstellung einer Bilanz auf den Tag des Ausscheidens ermittelt. Diese Auseinandersetzungsbilanz ist nach den Grundsätzen für die Jahresbilanz zu erstellen; stille Reserven werden nicht aufgelöst und ein Geschäftswert wird nicht angesetzt.“⁶

Hiernach soll der Ausscheidende an den stillen Reserven und dem Geschäfts- oder Firmenwert des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens nicht teilhaben.

⁶ Vgl. Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 8. Aufl. 2003, Form. VIII. C. 2.

Bekannt geworden sind außerdem Klauseln, die auf den Buchwert des Anteils aufsetzen und für etwaige stille Reserven nur (aber immerhin) einen typisierten Ausgleich vorsehen (modifizierte Buchwertklausel).

Beispiel: Der Gesellschaftsvertrag bestimmt zur Abfindung: „Scheidet ein Gesellschafter ... aus der Gesellschaft aus, erhält er eine Abfindung, die sich zusammensetzt aus (a) dem Buchwert seiner Beteiligung gem. der Jahresbilanz für das letzte in oder vor dem Zeitpunkt des Ausscheidens abgeschlossene Geschäftsjahr und (b) dem Dreifachen des auf den ausscheidenden Gesellschafter bzw. seinen Rechtsvorgänger entfallenden jährlichen Durchschnittsgewinnanteils der letzten fünf Geschäftsjahre.“

Sind im konkreten Fall stille Reserven und / oder ein originärer Geschäfts- oder Firmenwert in nennenswertem Umfang vorhanden, kann die uneingeschränkte Anwendung der o.g. Buchwertklauseln dazu führen, dass der Ausscheidende nur einen Bruchteil des „wirklichen Werts“ seiner Beteiligung erhalten soll. Dann kann von einer Abfindung zum fair value (IAS 39.48A) oder auch nur von einer Annäherung an den fair value (ED IAS 32 AG14A) auf den ersten Blick eigentlich nicht mehr gesprochen werden.⁷

ii) Gesellschaftsrechtliche Rahmenbedingungen: Grenzen der Abfindungsbeschränkungen

Allerdings darf für die gesellschafts- und bilanzrechtliche Würdigung von Abfindungsklauseln nach deutschem Gesellschaftsrecht nicht allein auf die Gesellschaftsverträge abgestellt werden, sondern diese sind vielmehr vor dem Hintergrund der zwingenden Grundsätze des Gesellschaftsrechts zu beurteilen, die der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter Grenzen setzen:

Abfindungsbeschränkungen sind nach deutschem Gesellschaftsrecht nicht schrankenlos zulässig, sondern sie unterliegen einer gerichtlichen Angemessenheitskontrolle am Maßstab zwingender Vorschriften des Zivil- und Gesellschaftsrechts. Dadurch ist sicherstellt, dass zwischen dem Abfindungsbetrag und dem fair value keine wesentliche Differenz besteht. Namentlich dürfen Abfindungsbeschränkungen nicht so weit gehen, dass sie wirtschaftlich eine unzulässige Kündigungsbeschränkung (§§ 723 Abs. 3 BGB, 133 Abs. 3 HGB) bewirken. Ferner korrigiert die Rechtsprechung Abfindungsklauseln im Wege der sog. ergänzenden Vertragsauslegung oder nach § 242 BGB, wenn sich im Laufe der Zeit zwischen dem Wert, der sich in An-

⁷ So denn auch das kritische Fazit von *Hoffmann/Lüdenbach*, DB 2005, 404, 405 (anders aber jetzt *dies.*, DB 2006, 1797, 1798 f.); *Pawelzik*, KoR 2006, 153, 156 f.

wendung der Klausel ergibt, und dem wirklichen Anteilswert ein grobes Missverhältnis ergeben hat und es dem ausscheidenden Gesellschafter nach den Maßstäben von Treu und Glauben nicht mehr zuzumuten ist, sich mit der Abfindung entsprechend der vertraglichen Regelung zufrieden zu geben.⁸ Hierbei sind die Interessen der Gesellschaft und des ausscheidenden Gesellschafters unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Falles (insbesondere: die Dauer der Mitgliedschaft des Ausgeschiedenen in der Gesellschaft, sein Anteil am Aufbau und Erfolg des Unternehmens und der Anlass des Ausscheidens) gegeneinander abzuwägen. Damit ist der Grundsatz, dass die *Abfindung* zumindest einen insgesamt *fairen Ausgleich* gewährleisten muss, *im deutschen Gesellschaftsrecht institutionell verankert*.

iii) Folgerungen für die Klassifizierung nach ED IAS 32 AG14A i.V.m. IAS 39.48A

Welche Folgerungen aus den skizzierten gesellschaftsrechtlichen Hintergründen für die Bilanzierung nach IFRS zu ziehen sind, ist gegenwärtig im Standardentwurf (ED IAS 32) nicht ausdrücklich geregelt. M.E. sprechen die überwiegenden Gründe dafür, als „instruments puttable at fair value“ i.S. des ED IAS 32 nach deutschem Gesellschaftsrecht *sämtliche* Anteile einzuordnen, die Abfindungsbeschränkungen unterliegen. Hierzu lässt sich ausführen:

(1) Betrachtet man zuerst den Wortlaut der vorgeschlagenen Regelung des ED IAS 32 AG14A, so werden *Buchwertklauseln* dort ausdrücklich einbezogen. Nach Satz 3 dieses Paragraphen ist der Verweis auf den Buchwert eine geeignete Formel zur Approximation des fair value, „when there is no material difference between the book value of the entity’s net assets and the fair value of its net assets (both recognised and unrecognised)“.

Hiernach sind Buchwertklauseln also nicht per se und ausnahmslos schädlich für eine „at fair value“-Klassifizierung, sondern es kommt auf die *Umstände und die Wirkung im Einzelfall* an („there is no material difference...“): Bestehen im Einzelfall keine wesentlichen Abweichungen zwischen dem Buchwert und dem fair value, so kann das Instrument als „at fair value“ klassifiziert werden, (nur) anderenfalls nicht. In Übereinstimmung mit dem allgemeinen substance over form principle (IAS 32.18) ist

⁸ BGH v. 20.9.1993, II ZR 104/92 = BGHZ 123, 281 = NJW 1993, 3193.

dabei weniger die förmliche Klauselfassung (form) entscheidend, sondern die konkrete Wirkung im Einzelfall (substance).⁹

(2) Problematisch ist daher vor allem, welche Folgerungen für die Klassifizierung zu ziehen sind, wenn aufgrund nennenswerter stiller Reserven und / oder eines originären Geschäfts- oder Firmenwerts zwischen dem Buchwert und dem „fairen Abfindungswert“ im Einzelfall ein unangemessenes Verhältnis besteht oder entstanden ist.

Für *diese* Fälle trägt nun aber, wie gezeigt, das deutsche Gesellschaftsrecht Vorsorge, es stellt nämlich sicher, dass stets mindestens eine *angemessene* Abfindung geschuldet ist. Die Buchwertklausel steht bei dieser Sachlage zwar noch „auf dem Papier“ (des Gesellschaftsvertrages), aber rechtlich wird sie verdrängt durch die von der Judikatur entwickelte und kontrollierbare Regel, dass bei einem Missverhältnis von Klausel und „wahrem“ Anteilswert ein im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu bestimmender angemessener Wert rechtlich maßgebend ist. Nach dem Grundsatz der substance over form kommt es bei dieser Sachlage nicht auf den Buchstaben des Gesellschaftsvertrages (die Form) an, sondern auf die sich aus den allgemeinen Grundsätzen des Gesellschaftsrechts ergebende „Rechtswirklichkeit“ (substance). Für die bilanzielle Abbildung darf nicht auf eine *rechtlich unmaßgebliche Klausel* abgestellt werden, sondern auf die *rechtsverbindliche Abfindungsregel*.¹⁰ Diese ergibt sich in den beschriebenen Fällen nicht aus dem „Papier“ des Gesellschaftsvertrages, sondern aus der „papierlosen Rechtswirklichkeit“ der ergänzenden Vertragsauslegung. Diese wiederum stellt sicher, dass die rechtlich geschuldete Abfindung dem fair value i.S.d. IAS 39.48A entspricht oder ihm doch jedenfalls nahekommt, wie ED IAS 32 AG14A genügen lässt.

Die Annäherung an den Verkehrswert, auf die ED IAS 32 abzielt, ist also im deutschen Rechtsraum durch zwingendes Gesellschaftsrecht außerhalb des Gesellschaftsvertrages gewährleistet, d.h. auch bei undifferenzierten Buchwertklauseln ist in Deutschland im Ergebnis sichergestellt, dass die Gesellschafter einen fairen Wert erhalten.

Selbst wenn man für die bilanzielle Beurteilung entgegen der hier vertretenen Ansicht im Ausgangspunkt allein auf die „terms and conditions“ des Gesellschaftsvertrages abstellen wollte, so ergäbe sich daraus gleichwohl nicht die Unmaßgeblichkeit des „rechtlichen Umfelds“. Denn zu den „terms and

⁹ Vgl. auch IDW Stellungnahme zur Rechnungslegung: Einzelfragen zur Bilanzierung von Finanzinstrumenten nach IFRS (IDW RS HFA 9), WPg 2006, 537, Tz. 4.

¹⁰ Ebenso *Weidenhammer*, PiR 2006, 153, 158 f.

conditions“ des Gesellschaftsvertrages gehört gewöhnlich eine sog. Salvatorische Klausel. In dieser wird üblicherweise bestimmt, dass für den Fall, dass einzelne Bestimmungen des Vertrages ganz oder teilweise nicht rechtswirksam oder nicht durchführbar sein oder ihre Rechtswirksamkeit oder Durchführbarkeit später verlieren sollten oder dass der Vertrag lückenhaft sein sollte, anstelle der unwirksamen oder undurchführbaren Bestimmungen oder zur Ausfüllung der Lücke eine angemessene Regelung gelten soll, die, soweit rechtlich möglich, dem am nächsten kommt, was die Gesellschafter gewollt haben oder nach dem Sinn und Zweck des Vertrages gewollt hätten, sofern sie bei Abschluss dieses Vertrages oder bei der späteren Aufnahme einer Bestimmung den Punkt bedacht hätten. Damit wird das „rechtliche Umfeld“ in Gestalt der ergänzenden Vertragsauslegung zur Erreichung einer angemessenen Abfindung gleichsam in den Vertragstext eingefügt und zu den „terms and conditions“ des Gesellschaftsvertrags selbst.

(3) Dass die durch ergänzende Vertragsauslegung zu bestimmende Abfindung zu mindest eine Annäherung an den fair value des Anteils i.S.d. IAS 39.48A darstellt, ergibt sich aus der Vorgehensweise des methodischen Instrumentes „ergänzende Vertragsauslegung“. Danach ist nämlich zu fragen, welche Abfindungsregelung die Gesellschafter redlicherweise unter angemessener Abwägung der gegenläufigen Interessen vereinbart hätten, wenn sie die tatsächliche Entwicklung bedacht hätten. Dieser Ansatz stellt also methodisch auf das redliche Verhalten der „Marktteilnehmer“ (hier: der Gesellschafter von Personengesellschaften) ab und *simuliert* damit geradezu eine fair value-Bewertung nach Maßgabe des IAS 39.48A. Die Überlegungen, die gem. IAS 39.48A i.V.m. IAS 39 AG74 ff. anzustellen sind, wenn der fair value mithilfe einer Bewertungsmethode bestimmt werden muss (weil kein aktiver Markt für das Instrument besteht), decken sich in der Sache mit den Überlegungen, die im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung anzustellen sind. Der „faire Abfindungsbetrag“ nach *ergänzender Vertragsauslegung* kann gewissermaßen als „*fair value-Simulation*“ bezeichnet werden.

(4) Dafür, das Kriterium „at fair value“ nicht zu eng zu interpretieren, spricht schließlich der Zweck der Neuregelung des ED IAS 32 AG14A. Wenn die vorgeschlagene Neuregelung in europäisches Recht übernommen wird, unterliegt sie den Regeln für die Auslegung von Gemeinschaftsrecht.¹¹ Hierbei stellt der EuGH maßgeblich auf den Zweck der jeweiligen Regelung ab.¹²

Zweck der Neuregelung des ED IAS 32 AG14A ist es, den Eigenkapitalausweis für bestimmte Gesellschaften zu *erleichtern* und sich nach bisherigem Standard ergebende *Anomalien zu vermeiden* (vgl. ED IAS 32 BC5 f., BC10). Ferner geht es dar-

¹¹ Vgl. Schön, BB 2004, 763, 766; Hauck/Prinz, Der Konzern 2005, 635, 638 ff.; Hennrichs, NZG 2005, 783.

¹² EuGH, Ur. v. 10.4.1984, Rs. 14/83 (*Colson/Kamann*) = Slg. 1984, 1891, 1906 f. (Rn. 17 f.), 1908 (Rn. 22); Schön, BB 2004, 763, 766; Hauck/Prinz, Der Konzern 2005, 635, 638 ff.; Hennrichs, WPg 2006, im Erscheinen.

um, die *Kosten für nicht kapitalmarktorientierte Unternehmen zu reduzieren* (vgl. ED IAS 32 BC13).

Diese Ziele würden konterkariert, würde man bei der Beurteilung von Abfindungsklauseln und der Würdigung von Abweichungen des Abfindungswerts vom fair value kleinlich verfahren. Abfindungsklauseln sind in der Praxis weit verbreitet. Soll die Neuregelung den Personengesellschaften helfen, unter den gegebenen gesellschaftsrechtlichen und rechtskulturellen Rahmenbedingungen in einem IFRS-Abschluss wieder Eigenkapital zeigen zu können – und das ist ein Ziel des ED IAS 32 – , so darf nicht jede Abweichung des Abfindungswerts gemäß der Klausel vom Anteilswert gemäß der „reinen betriebswirtschaftlichen Ertragsbewertungslehre“ dazu führen, den Anteil nicht mehr als „at fair value“ zu klassifizieren.

Schließlich spricht für die hier vertretene Rechtsansicht auch der Gesichtspunkt der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung¹³ (hier: Widerspruchsfreiheit des neuen IAS 32 endorsed). Zum einen wäre es nämlich wenig einsichtig, wenn ausgerechnet die Einlagen, die bei Abfindung zu hohen Zahlungen (nämlich nach dem anteiligen vollen Unternehmenswert gemäß betriebswirtschaftlicher Ertragswertlehre) führen können, als Eigenkapital zu qualifizieren wären, während Einlagen, die bei Ausscheiden Abfindungsbeschränkungen unterliegen und daher das Gesellschaftsvermögen weniger stark belasten, nach wie vor Fremdkapital sein sollen. Das wäre eine neue Anomalie,¹⁴ die ED IAS 32 doch gerade vermeiden will.

Zum anderen ist in diesem Zusammenhang daran zu erinnern, dass der deutsche Gesetzgeber die Auseinandersetzung nach der gesetzlichen Regel des § 738 BGB als eine *Teilliquidation* der Gesellschaft behandelt.¹⁵ Das Ausscheiden des Gesellschafters ist gleichsam seine individuelle Liquidation. Liquidationslasten sollen nach dem vorgeschlagenen ED IAS 32.11, 32.16, 32.25A künftig aber stets vom Begriff der finanziellen Verbindlichkeit ausgenommen sein. Dann ist es aber nur konsequent, die sich aus einer (möglichen) *Teilliquidation* ergebenden (Abfindungs-) Lasten ebenfalls vom Begriff der finanziellen Verbindlichkeit auszunehmen. Der Wert der

¹³ Der Gesichtspunkt der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung ist ebenfalls ein Kriterium für die (teleologisch-systematische) Auslegung des Gemeinschaftsrechts. Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts *Zizzano* v. 12.12.2000, Rs. C-187/99, Rn. 23, 25; *Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, 1998, S. 186, m.w.N.

¹⁴ Zutr. *Hoffmann/Lüdenbach*, DB 2005, 404, 405; *Pawelzik*, KoR 2006, 153, 156 f.

¹⁵ Treffend *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 50 IV 1; *MünchKommBGB/Ulmer*, 4. Aufl. 2004, § 738 Rn. 1; je m.w.N.

fraglichen (potentiellen) Last ist dann für die Klassifizierung als Eigenkapital nicht mehr relevant.

4. Zusammenfassung zu I.

Anteile an deutschen Personengesellschaften sind auch dann „instruments puttable at fair value“ i.S.d. ED IAS 32, wenn im Gesellschaftsvertrag Abfindungsklauseln vereinbart sind.¹⁶ Der Grundsatz, dass eine Abfindung zu einem Wert erfolgen muss, der zumindest eine vertretbare und angemessene Annäherung an den fair value (ED IAS 32 AG14A) darstellt, ist im deutschen Gesellschaftsrecht institutionell verankert und gerichtlich kontrollierbar. Abschläge, die in der Vertragspraxis auf den reinen Ertragswert des Anteils vorgesehen werden, spiegeln die Faktoren wider, die von den Marktteilnehmern bei der Preisfindung der Abfindung regelmäßig beachtet werden und stehen einer Klassifizierung des Anteils als „puttable at fair value“ nicht entgegen.

II. Ist die Nebenbedingung der Nachrangigkeit (most subordinated class) bei Kommanditisteneinlagen gewahrt oder sind Komplementäreinlagen im Hinblick darauf, dass Komplementäre für verbleibende Ansprüche der Gläubiger gegen die Gesellschaft persönlich haften, „noch nachrangiger“?

1. Einlagen der Komplementäre als nachrangigere Kapitalform gegenüber den Einlagen der Kommanditisten?

Hinsichtlich des Kriteriums der Nachrangigkeit (ED IAS 32.11 „in the most subordinated class of financial instruments with a claim to the assets of the entity“) wird in der Literatur teilweise ein Problem für Kommanditgesellschaften gesehen: Weil im Liquidationsfall die Komplementäre die verbleibenden Schulden erfüllen (§§ 128, 161 Abs. 2 HGB) und ggf. Nachschüsse in das Gesellschaftsvermögen zahlen müssen (§ 735 BGB i.V.m. §§ 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB, § 167 Abs. 3 HGB), sei „im Liquidationsfall ... die Einlage des Komplementärs die nachrangigste Kapitalform“ und es

¹⁶ Ebenso im Ergebnis jetzt *Hoffmann/Lüdenbach*, DB 2006, 1797, 1798 f.; ferner *Weidenhammer*, PIR 2006, 155, 158 f.

sei daher fraglich, ob auch Kommanditeinlagen zur nachrangigsten Klasse von Anteilen gehörten.¹⁷

2. Haftung vs. Nachrangigkeit

Dieses Problem ist aus gesellschaftsrechtlicher Sicht ein Scheinproblem. Es werden ganz unterschiedliche Kategorien vermengt: Die *Haftung* der Gesellschafter meint deren Einstehenmüssen für die Gesellschaftsverbindlichkeiten gegenüber dritten Gläubigern. Dabei geht es um das *Verpflichtetsein* der Gesellschafter. Demgegenüber betrifft die *Nachrangigkeit* die Frage, wie *Auszahlungsansprüche* der Gesellschafter gegen die Gesellschaft sich zu anderen Ansprüchen gegen die Gesellschaft verhalten, also um die *Rangfolge von Ansprüchen gegen die Gesellschaft*. Die Unterschiede zwischen der Haftung des Komplementärs (die unbeschränkt ist) und der des Kommanditisten (die summenmäßig beschränkt ist), haben mit dem Kriterium der Nachrangigkeit daher nichts zu tun. Oder anders formuliert: Die Nachrangigkeit i.S.d. ED IAS 32.11 betrifft die Verteilung eines evtl. *Überschusses* aus der Liquidation (vgl. ED IAS 32 AG14D ff. und dazu sogleich) und nicht die Haftung für eine bei der Liquidation verbleibende *Deckungslücke*.¹⁸ Die Formulierung, „die Einlage des Komplementärs“ sei wegen seiner unbeschränkten persönlichen Haftung „die nachrangigste Kapitalform“¹⁹, ist mithin gesellschaftsrechtlich betrachtet unrichtig.

Wann ein Gesellschaftsanteil i.S.d. ED IAS 32 als „most subordinated“ angesehen werden kann, ist in der Application Guidance Randnummer 14D ff. näher bestimmt. Danach ist das Merkmal „most subordinated“ ein „feature of a financial instrument that entitles the holder to a pro rata share of the net assets of the entity“ (ED IAS 32 AG14D). Das Merkmal „most subordinated“ ist ein Umstand, der sich auf „financial instruments *with a claim to the assets of the entity*“ bezieht (ED IAS 32.11). Es geht also um den *Rang zwischen Ansprüchen* auf die Vermögenswerte *des Unternehmens*, nicht um die (Mit-) *Haftung* der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten und ebenfalls nicht um Ausgleichsansprüche der *Gesellschafter untereinander*. Entscheidend ist vielmehr die Letztrangigkeit der *Ansprüche* des Gesellschafters *in Ansehung der Verteilung der Vermögenswerte des Unternehmens*. Dabei ist die Per-

¹⁷ So *Martin Schmidt*, BB 2006, 1563, 1565; ebenso *Scheffler*, AG 2006, R384, 385; unentschieden *Weidenhammer*, PiR 2006, 155, 159.

¹⁸ *Zutr. Hoffmann/Lüdenbach*, DB 2006, 1797, 1798.

¹⁹ Oben Fn. 17.

spektive einer *gedachten Liquidation* einzunehmen (ED IAS 32 AG14D und 32 AG14E). Das Merkmal „most subordinated“ ist erfüllt, wenn „on liquidation the amount due to the holders of the financial instruments is calculated after deducting *all other claims* to the assets of the entity and *the instrument holders are paid out last*, after payments are made to all other claimants to the assets of the entity“ (ED IAS 32 AG14D).

Diese Voraussetzungen sind nach deutschem Gesellschaftsrecht auch bei Kommanditeilen erfüllt. Bei der Liquidation der Gesellschaft sind gem. §§ 149, 155 Abs. 1 i.V.m. 161 Abs. 2 HGB zuerst die Gläubiger zu befriedigen. Die Gesellschafter haben nur Anspruch auf Verteilung eines evtl. Liquidationsüberschusses, sie erhalten also nur das *nach* Berichtigung der Schulden verbleibende Vermögen der Gesellschaft. Insoweit bestimmt sich das Verhältnis der Gesellschafter untereinander ebenfalls nicht nach ihrem Status als Komplementär oder Kommanditist, sondern nach dem Verhältnis der Kapitalanteile, wie sie sich aufgrund der Schlussbilanz ergeben (§ 155 Abs. 1 HGB). Hinsichtlich des Ranges müssen sich also *alle* Gesellschafter gleichsam „hinten anstellen“, d.h. sie werden erst am Ende, nach allen Gläubigern, bedient, wie es ED IAS 32 AG14D für die Klassifizierung als „most subordinated“ verlangt.

Im Übrigen verkennt die o.g. Literaturansicht auch, dass nicht einmal hinsichtlich der Haftung ein „Vor-“ oder „Nachrang“ zwischen der Haftung der Komplementäre und der Kommanditisten besteht. Die Kommanditistenhaftung ist ebenso eine *primäre und akzessorische* ist wie die Haftung der Komplementäre.²⁰ Die Unterschiede betreffen die Haftungssumme (unbeschränkt oder beschränkt), aber nicht den „Rang“ der Haftung gegenüber Gläubigern.

Schließlich ist anzumerken, dass sich ein „Kapital-Rangproblem“ zwischen Komplementären und Kommanditisten von vornherein nicht stellt, wenn der Komplementär – wie häufig bei der GmbH & Co KG – am Kapital der KG gar nicht beteiligt ist. In diesem Fall stellen die Kommanditeinlagen die einzige und damit notwendig nachrangigste Kapitalform dar.

²⁰ Vgl. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 54 I.

3. Zusammenfassung zu II.

Auch die Kommanditistenanteile gehören der „most subordinated class of financial instruments with a claim to the assets of the entity“ i.S.d. ED IAS 32 an. Hinsichtlich des Nachrangs bei der Verteilung des verbleibenden Vermögens wirken die Unterschiede in der Haftung zwischen Komplementären und Kommanditisten sich nicht aus.

III. Entspricht es den Übernahmevoraussetzungen gem. Art. 3 Abs. 2 IAS-VO, wenn ED IAS 1.124D und 1.124E vorschreiben, dass der volle potentielle Abfindungsbetrag im Anhang zu beziffern ist?

1. Regelungsaussage von ED IAS 1.124D und 1.124E

Gem. ED IAS 1.124D, der Bestandteil des Exposure Draft of Proposed Amendments to IAS 32 and IAS 1 vom Juni 2006 ist, hat ein Unternehmen für financial instruments puttable at fair value, die als Eigenkapital klassifiziert werden, zusätzliche Angaben zu machen. Die Angaben umfassen u.a.:

- “the fair value of that class of financial instruments in a way that permits it to be compared with its carrying amount; and
- information about how fair value was determined” (ED IAS 1.124D lit. c u d).

Benutzt ein Unternehmen in Anwendung des ED IAS 32 AG14A eine Formel zur Ermittlung des Rückgabepreises, so soll es

- „disclose that fact; and
- use that formula, and
- disclose information about the formula“ (ED IAS 1.124E).

2. Art. 3 Abs. 2 IAS-VO als Prüfungsmaßstab für die Übernahme von IFRS / IAS in den europäischen Rechtsraum - Überblick

Der Prozess der Übernahme der (zunächst rein privaten) IFRS in europäisches Sekundärrecht ist zweistufig angelegt: Die Basis legt die VO (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.7.2002 (IAS-VO). Sie ist in der Terminologie des europäischen Verfassungsrechts die *Grundverordnung*. Sie regelt noch nicht selbst die Implementierung der einzelnen IFRS und IAS, sondern vielmehr die Voraussetzungen für die Rezeption. Die Übernahme der einzelnen IFRS / IAS geschieht sodann durch weitere Übernahmeverordnungen (*Durchführungsverordnungen*) seitens der Europäischen Kommission im sog. Komitologieverfahren.

Art. 3 Abs. 2 der IAS-VO normiert die *materiellen Voraussetzungen für die Übernahme* der IFRS / IAS in europäisches Recht. Danach können die internationalen Rechnungslegungsstandards nur übernommen werden, wenn sie

- (1.) dem true and fair view-Prinzip des Art. 2 Abs. 3 der Jahresabschlussrichtlinie (Richtlinie 78/660/EWG) und des Art. 16 Abs. 3 der Konzernbilanzrichtlinie (Richtlinie 83/349/EWG) nicht zuwiderlaufen,
- (2.) dem europäischen öffentlichen Interesse entsprechen und
- (3.) den Kriterien der Verständlichkeit, Erheblichkeit, Verlässlichkeit und Vergleichbarkeit genügen.

Im sog. *Endorsement*-Verfahren, durch das die einzelnen IFRS / IAS in europäisches Recht übernommen werden, müssen die materiellen Übernahmenvoraussetzungen der Grundverordnung beachtet werden.²¹

Prüfungsmaßstab für die Gültigkeit der Handlungen der Gemeinschaftsorgane ist darüber hinaus das gesamte primäre Gemeinschaftsrecht einschließlich der allgemeinen Rechtsgrundsätze und der Gemeinschaftsgrundrechte (dazu mehr sogleich unter 3.).²²

Die in ED IAS 1.124D vorgeschlagenen Pflichtangaben eines Unternehmens für *financial instruments puttable at fair value*, vor allem der Ausweis des *fair value*, also des Zeitwertes dieser Finanzinstrumente (ED IAS 1.124D(c), könnten mit der zweiten und / oder der dritten Voraussetzung des Art. 3 Abs. 2 IAS-VO sowie mit den Grund-

²¹ Vgl. *Gaitanides* in Bardenhewer-Rating ua., Komm. zum EUV und zum EGV, 6. Aufl. 2004, Art. 234 EG Rn. 36; *Henrichs*, Kündbare Gesellschaftereinlagen nach IAS 32, WPg 2006, im Erscheinen.

²² Vgl. *Gaitanides*, a.a.O. (s. Vornote).

sätzen der Verhältnismäßigkeit und der Gleichbehandlung, die zu den wesentlichen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts gehören, unvereinbar sein.

3. Europäisches öffentliches Interesse und allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts

a) Verstoß gegen das europäische öffentliche Interesse, wenn Standards „ernsthafte Probleme und Nachteile bei einzelnen Wirtschaftssubjekten“ bewirken

ED IAS 1.24D(c) müsste für eine zulässige Übernahme in europäisches Gemeinschaftsrecht dem europäischen öffentlichen Interesse entsprechen. Was diesem „europäischen öffentlichen Interesse“ im Einzelnen unterfällt, ist noch nicht restlos geklärt. In der Fachliteratur wird der Voraussetzung zum einen eine mehr politische Natur (Appellfunktion) zugeschrieben.²³ So könne das europäische öffentliche Interesse eine Konvergenz zwischen den IFRS und anderen, weltweit angewendeten Standards verlangen, um etwa europäische Unternehmen ähnlichen Wettbewerbsvoraussetzungen zu unterwerfen, wie sie beispielsweise in den USA gelten.²⁴ Zum anderen wird aber auch darauf hingewiesen, dass ein Standard im Widerspruch zum europäischen öffentlichen Interesse steht, wenn er zu *ernsthaften Problemen und Nachteilen bei einzelnen Wirtschaftssubjekten führt*, z.B. einer Kosten-Nutzen-Analyse nicht standhält.²⁵

(Bereits) Unter diesem Gesichtspunkt erscheint die in ED IAS1.124D(c) vorgesehene Regelung als problematisch. Die Pflicht, für als Eigenkapital klassifizierte instruments puttable at fair value den fair value anzugeben, belastet einseitig die Unternehmen, die solche Instrumente haben, namentlich Personengesellschaften und damit weite Teile der *kleineren und mittleren Unternehmen (KMU)*. Während die großen, kapitalmarktorientierten Aktiengesellschaften den fair value ihrer ausgegebenen Aktien nicht offen legen müssen, weil diese Anteile i.S.d. IAS 32 „echtes“ Eigenkapital sind, das im Zahlenwerk des Abschlusses nicht zum fair value bewertet wird und zu dem auch im Anhang keine flankierenden fair value-Angaben gefordert werden, würden deutsche Unternehmen in der Rechtsform der Personengesellschaften entsprechen-

²³ van Hulle, WPg 2003, 968, 979.

²⁴ van Hulle, WPg 2003, 968, 979; Schön, BB 2004, 763, 767.

²⁵ Vgl. Fn. 21.

de Angaben machen müssen. Das würde die legitimen Geheimhaltungsinteressen der KMU empfindlich beeinträchtigen und bei den betroffenen Unternehmen zu „*ernsthaften Problemen und Nachteilen*“ führen. Das wäre umso weniger verständlich, weil die EU den Schutz der KMU vor „Überforderung“ durch Rechnungslegungs- und Publizitätspflichten sonst durchaus im Blick hat.

b) Allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts als Gegenstand des europäischen öffentlichen Interesses – Überblick

Bestandteile des europäischen öffentlichen Interesses sind außerdem die *allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts*.²⁶ IFRS / IAS, die den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts widersprechen, können schwerlich als „dem europäischen öffentlichen Interesse entsprechen(d)“ (Art. 3 Abs. 2 IAS-VO) bezeichnet werden. Im Übrigen sind die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts und die Gemeinschaftsgrundrechte jedenfalls sonstige, selbständige Prüfungsmaßstäbe für die Gültigkeit von Sekundärrecht,²⁷ d.h. die einzelnen IAS-Durchführungsverordnungen müssen nicht allein die Vorgaben der Grundverordnung, sondern selbstverständlich auch die Vorgaben des gesamten höherrangigen Gemeinschaftsrechts einhalten.

Aus Art. 6 Abs. 2 EUV ergibt sich, dass die Union die *Grundrechte* achtet, wie sie in der EMRK gewährleistet sind und wie sie sich aus gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten *als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts* ergeben. In die an zweiter Stelle benannte Rechtserkenntnisquelle der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten fließt die auf der Regierungskonferenz in Nizza am 7.12.2000 proklamierte *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*²⁸ mit ein. Die Grundrechtsverpflichtung in Art. 6 Abs. 2 EUV bedeutet u.a. die Kontrolle auch und vor allem des EG-Sekundärrechts am Maßstab der Gemeinschaftsgrundrechte, d.h. für Rechtsakte der EG (einschließlich des Erlasses von Ver-

²⁶ S. *Hennrichs*, WPg 2006, im Erscheinen.

²⁷ Oben Fn. 21.

²⁸ ABl. EG 2000 Nr. C-364/1. – Die Grundrechtscharta ist mangels Einbeziehung in den EUV zwar (noch) nicht selbst unmittelbar rechtsverbindlich geworden, aber sie ist Ausdruck der gemeinsamen Verfassungsüberzeugungen und ist insofern für die Rechtsanwendung mittelbar bedeutsam.

ordnungen) besteht in der europäischen Rechtsgemeinschaft eine Grundrechtsbindung.²⁹

Der *EuGH* hat sich 1969 erstmals in der Entscheidung *Stauder* in einem *obiter dictum* dazu bekannt, dass die Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze dem Gemeinschaftsrecht innewohnen.³⁰ Mittlerweile ist durch den *EuGH* ein bedeutender Grundrechtskatalog entwickelt worden, der zunächst die Ausarbeitungen der Grundrechte-Charta maßgeblich beeinflusst hat, und der nach der Proklamation der Grundrechte-Charta wiederum von ihr geprägt ist.³¹

Sowohl die Grundrechte-Charta als auch der *EuGH*³² erkennen als Grundrechte die *Berufsfreiheit* (Art. 15 GRCh) und als deren Unterfall die *unternehmerische Freiheit* (Art. 16 GRCh) sowie den *allgemeinen Gleichheitssatz* (Art. 20 GRCh) an; Letzteren bezeichnet der *EuGH* sogar als „elementaren Grundsatz des Gemeinschaftsrechts“.³³

Sodann gilt sowohl im Verhältnis zwischen den Gemeinschaftsorganen und den betroffenen Bürgern (vgl. Art. 6 Abs. 1 EUV, Art. 52 Abs. 1 GRCh) als auch im Verhältnis der Gemeinschaften zu den Mitgliedstaaten (vgl. Art. 5 Abs. 3 EGV) der allgemeine *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, wonach „die Maßnahmen der Gemeinschaft ... nicht über das für die Erreichung der Ziele dieses Vertrags erforderliche Maß hinaus“ gehen.³⁴

Im Folgenden ist zu untersuchen, ob die Angabepflichten des ED IAS 1.124D diesen europarechtlichen Vorgaben entsprechen.

²⁹ Streintz/*Pechstein*, EUV/EGV, 2003, Art. 6 EUV Rn. 9; *Kingreen* in Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2. Auflage 2002, Art. 6 EUV Rn. 55; *Kühling* in von Bogdandy, Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 588. Vgl. zur Kontrolle von Verordnungen grdl. *EuGH*, Ur. v. 17.12.1970, Rs. 11/70 (*Internationale Handelsgesellschaft*), Slg. 1970, 1125, Rn. 4.

³⁰ *EuGH*, Ur. v. 12.11.1969, Rs. 29/69 (*Stauder*), Slg. 1969, 419, Rn. 7.

³¹ *Kingreen*, in Calliess/Ruffert, a.a.O. (Fn. 23), Art. 6 EUV, Rn. 23, 36, 93 ff.

³² Vgl. *EuGH*, Ur. v. 10.1.1992, Rs. C-177/90 (*Kühn*), Slg. 1992, I-35, Rn. 16 ; *EuGH*, Ur. v. 5.10.1994, Rs. C-280/93 (*Deutschland / Rat*), Slg. 1994, I-4973, Rn. 78; *EuGH*, Ur. v. 9.9.2004, verb. Rs. C-184/02 und C-223/02, Rn. 51; m.w.N.; ferner *EuGH*, Ur. v. 22.6.1972, Rs. 1/72 (*Frilii*), Slg. 1972, 457, Rn. 19 *EuGH*, Ur. v. 19.10.1977, verb. Rs 117/76 und 16/77 (*Ruckdeschel und Ströh*), Slg. 1977, 1753, Rn. 7 –; *EuGH*, Ur. v. 10.3.1998, Rs. C-122/95 (*Bananen*), Slg. 1998, I-973, Rn. 62 –.

³³ S. Vornote; ferner *Kingreen*, in Calliess/Ruffert, a.a.O. (Fn. 23), Art. 6 EUV Rn. 170 m.w.N.

³⁴ Den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hat der *EuGH* bereits früh anerkannt, vgl. *EuGH*, Ur. v. 13.12.1979, Rs. 44/79 (*Hauer*), Slg. 1979, 3727, Rn. 23; *EuGH*, Ur. v. 24.9.1985, Rs. 181/84 (*Man*), Slg. 1985, 2889, Rn. 20; *EuGH*, Ur. v. 5.5.1998, Rs. C-157/96 (*National Farmers' Union u.a.*), Slg. 1998, I-2211, Rn. 60; *EuGH*, Ur. v. 5.5.1998, Rs. C-180/96 (*BSE*), Slg. 1998, I-2265; *EuGH*, Ur. v. 12.1.2006, Rs. C-504/04 (*Agrarproduktion Staebelow*), Rn. 35.

c) Freiheitsgrundrechte

Rechnungslegungspflichten sind öffentlich-rechtlich auferlegte, grundrechtsrelevante Lasten. Die IFRS konkretisieren die Rechenschafts- und Informationsaufgabe des Konzernbilanzrechts. Das ist sowohl für die unternehmerische Freiheit der Gesellschaften, die mit Rechnungslegungspflichten belegt werden, also auch für die Mitgliedschaftsrechtliche Komponente des sog. Anteilseigentums der Anteilseigner sowie für den Schutz der Gläubiger des Unternehmens relevant.³⁵

Aus Gesellschaftssicht bedeuten Rechnungslegungs- und Offenlegungspflichten einen *Eingriff in* das Gemeinschaftsgrundrecht auf *unternehmerische Handlungsfreiheit* (vgl. Art. 16 GRCh³⁶), das als *Ausprägung der Berufsfreiheit* (Art. 15 GRCh) anerkannt ist.³⁷ Die unternehmerische Handlungsfreiheit (Berufsausübung) wird erschwert, nämlich mit Lasten belegt, wenn das Gesetz weit reichende Bilanzierungs- und Angabepflichten vorschreibt.³⁸

Darüber hinaus kann man in der Auferlegung von Rechnungslegungs- und Offenlegungspflichten auch einen *Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung* sehen. Grundsätzlich ist es das Recht jedes Einzelnen, selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen. Die Schutzwirkung dieses Grundrechts gilt auch für juristische Personen und Personengesellschaften, wenn sie in ihrem Geltungsanspruch als Wirtschaftsunternehmen betroffen werden.³⁹ (Auch) Die Unternehmen haben ein schutzwürdiges Interesse daran, nicht zu viel preisgeben zu müssen, weil ansonsten die Grundlage eines Wettbewerbsvorteils schnell verschwinden kann.⁴⁰ Diese Ausprägung des Grundrechts auf Achtung des Privatlebens und des Schutzes personenbezogener Daten ist in Art. 7, 8 GRCh nie-

³⁵ Zutr. und weiterführend *Berberich*, Ein Framework für das DRSC – Modell einer verfassungskonformen gesellschaftlichen Selbststeuerung im Bilanzrecht, 2002, S. 142 ff.; ferner *Kirchhof*, ZGR 2000, 681; *Hommelhoff*, in: Kleindiek/Oehler (Hrsg.), Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, 2000, S. 141, 154; *Hennrichs*, Unternehmensfinanzierung und IFRS im deutschen Mittelstand, ZHR 170 (2006), im Erscheinen.

³⁶ Nach Art. 16 GRCh wird „die unternehmerische Freiheit ... nach dem Gemeinschaftsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkannt“.

³⁷ Vgl. *Kingreen* in Calliess/Ruffert, a.a.O. (Fn. 23), Art. 6 EUV Rn. 133 m.w.N.

³⁸ Vgl. EuGH, Beschl. v. 23.9.2004, verb. Rs. C-435/02 und C-103/03 (Springer), BB 2004, 2456, Rn. 36 ff., 49 ff.

³⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 8.2.1994 – VI ZR 286/93 = NJW 1994, 1281; die dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen, vgl. BVerfG, Beschl. v. 3.5.1994 – 1 BvR 737/94 = NJW 1994, 1784.

⁴⁰ Vgl. auch *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I – Grundlagen, 1980, S. 374 f.

dergelegt und begründet auch für das Gemeinschaftsrecht ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung.⁴¹ Träger dieses Grundrechts (Grundrechtsberechtigte) sind, ähnlich wie im deutschen Verfassungsrecht (Art. 19 Abs. 3 GG), auch gemeinschaftsrechtlich nicht allein natürliche Personen, sondern auch juristische Personen, wenn die Grundrechte wesensmäßig auf nicht-natürliche Rechtsträger passen. So hat denn auch der EuGH von einem „Recht(s) eines Unternehmens, bestimmte potentiell sensible Daten geheim zu halten“, gesprochen.⁴²

Ob dieser Eingriff gerechtfertigt ist, hängt entscheidend davon ab, ob er den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes stand hält.

Selbst wenn man der hier vertretenen Rechtsansicht, wonach die Rechnungslegungs- und Offenlegungspflichten einen *Eingriff* in die Gemeinschaftsgrundrechte der Berufsfreiheit und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung bewirken, nicht folgt (weil man die nach manchen dafür geforderte Unmittelbarkeit der Einwirkung verneint⁴³), so bleibt die nachstehend erörterte Prüfung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit relevant. Denn der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz greift als *allgemeines Verbot von unverhältnismäßigen Eingriffen in die Rechtssphäre* auch dort, wo ein spezielles Grundrecht nicht anerkannt ist.⁴⁴ Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit ist nicht bloß eine „Schranken-Schranke“ gegenüber Grundrechtseingriffen, sondern auch eine *Kompetenzausübungsschranke* (kompetenzielle Verhältnismäßigkeitsprüfung).⁴⁵

d) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Der bereits in der Rechtsprechung des EuGH etablierte allgemeine Grundsatz der Verhältnismäßigkeit⁴⁶ begrenzt die Maßnahmen der Gemeinschaft auf ein erforderliches Maß. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist ein „übergreifendes Prinzip zur Begrenzung der Wirtschaftsgesetzgebung und -verwaltung in der Gemeinschaft“; er ist

⁴¹ So mit Recht *Kingreen* in Calliess/Ruffert, a.a.O. (Fn. 23), Art. 6 EUV Rn. 97, 103.

⁴² EuGH, Beschl. v. 23.9.2004, verb. Rs. C-435/02 und C-103/03 (*Springer*), BB 2004, 2456, Rn. 49.

⁴³ Ob ein „Eingriff“ in Gemeinschaftsgrundrechte nur bei „unmittelbaren“ Wirkungen angenommen werden kann oder auch mittelbare Eingriffe grundrechtsrelevant sind, wird unterschiedlich beurteilt. S. dazu *Kingreen* in Calliess/Ruffert, a.a.O. (Fn. 23), Art. 6 EUV Rn. 67 f. m.w.N. - Der EuGH ließ die Grundrechtswirkung der Offenlegungspflichten in den verb. Rs. C-435/02 und C-103/03 (*Springer*) offen, weil ein Eingriff, „selbst dann, wenn die ... in Rede stehenden Offenlegungspflichten eine hinreichend direkte und bedeutsame Auswirkung auf die freie Berufsausübung haben sollten, die Beschränkung, zu der sie führen, ... auf jeden Fall eindeutig gerechtfertigt“ sei (so EuGH, a.a.O., Rn. 49).

⁴⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 21.9.1989, Rs. 46/87 (*Hoechst*), Slg. 1989, 2859, Rn. 19; *Herdegen*, Europarecht, 8. Aufl. 2006, § 9 Rn. 19.

⁴⁵ So *Streinz*, EUV/EGV, Art. 5 EGV Rn. 46 f.

⁴⁶ S. Fn. 23.

*fundamentaler Prüfungsmaßstab bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit von legislativen wie exekutiven Maßnahmen der Gemeinschaft.*⁴⁷

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgt dreistufig: Maßnahmen der Gemeinschaft müssen

- *geeignet* sein, das mit der fraglichen Regel verfolgte Ziel zu erreichen.⁴⁸ Dabei beschränkt sich der EuGH freilich zumeist auf die Prüfung, ob die Maßnahme *nicht offensichtlich ungeeignet* ist.⁴⁹
- Die Maßnahme muss sodann *erforderlich* sein, d.h. es ist zu prüfen, ob das Ziel nicht ebenso wirksam durch eine weniger belastende Maßnahme erreicht werden kann.
- Schließlich müssen die verursachten Nachteile in einem *angemessenen* Verhältnis zum erstrebten Nutzen stehen (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, Angemessenheit).⁵⁰

i) Geeignetheit

Die in ED IAS 1.124D geforderte Angabe des fair value sämtlicher kündbarer Gesellschaftsanteile soll es den Adressaten ermöglichen, sämtliche Risiken einzuschätzen, die durch die Möglichkeit der jederzeit erklärbaren Kündigung gegen Abfindung entstehen können.⁵¹ Da es unüblich für Eigenkapitalinstrumente sei, dass diese „zurückgegeben“ werden könnten, wären „*additional disclosures*“ erforderlich. Die Angabe

⁴⁷ Vgl. *Calliess*, in *Calliess/Ruffert*, a.a.O. (Fn. 23), Art. 5 EGV Rn. 46.

⁴⁸ Zu den Voraussetzungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vgl. *Calliess* in *Calliess/Ruffert*, a.a.O. (Fn. 23), Art. 5 EGV, Rn. 46; *Koenig/Haratsch*, *Europarecht*, 4. Auflage 2003, Rn. 76; *Herdegen*, *Europarecht*, 8. Auflage 2006, Rn. 19 (m.w.N. zur Rspr. des EuGH).

⁴⁹ Etwa EuGH, Urt. v. 5.5.1998, Rs. C-157/96 (*National Farmers' Union*), Slg. 1998, I-2211, Rn. 61; EuGH, Urt. v. 13.11.1990, Rs. C-331/88 (*Fedesa*), Slg. 1990, I-4023, Rn. 14; EuGH, Urt. v. 5.10.1994, verb. Rs. C-133/93, C-300/93, C-362/93 (*Crispoltini u.a.*), Slg. 1994, I-4863, Rn. 42.

⁵⁰ EuGH, Urt. v. 12.1.2006, Rs. C-504/04 (*Agrarproduktion Staebelow*), Rn. 35; EuGH, Urt. v. 5.5.1998, Rs. C-157/96 (*National Farmers' Union*), Slg. 1998, I-2211, Rn. 60; EuGH, Urt. v. 12.7.2001, Rs. C-189/01 (*Jippes*), Slg. 2001, I-5689, Rn. 81; EuGH, Urt. v. 13.11.1990, Rs. C-331/88 (*Fedesa*), Slg. 1990, I-4023, Rn. 13; EuGH, Urt. v. 5.10.1994, Rs. verb. Rs. C-133/93, C-300/93, C-362/93 (*Crispoltini u.a.*), Slg. 1994, I-4863, Rn. 41.

⁵¹ ED IAS 32 BC21: „The Board also concluded that entities with financial instruments puttable at fair value classified as equity should be required to disclose additional information to allow users to assess any risks arising from the ability of the holder to put these instruments to the issuer at any time“.

des fair value sei erforderlich, „because that represents the amount at which these instruments could be redeemed“ (ED IAS 32 BC21).

Festzustellen ist zunächst, dass die Mitteilung der Summe der (auch nur ganz unwahrscheinlichen) Abfindungszahlungen zwar eine Information darüber vermittelt, *in welcher (maximalen) Höhe* ein Risiko der Rückzahlung besteht. Für die Einschätzung des *entscheidenden Risikos, ob und wann* der Mittelabfluss dem Unternehmen droht, beinhaltet die vorgeschlagene Angabe des fair value aber keine relevante Information. Die Angabe der fair values aller kündbaren Gesellschafteranteile weist einen rein hypothetischen Mittelabfluss für den *worst case* aus, dass alle Gesellschafter kündigen. Die Unterstellung, sämtliche Gesellschafter würden kündigen und ihre Einlagen abziehen, ist aber nicht nur ganz unrealistisch, sie verträgt sich auch nicht mit der in IAS 1.23 normierten Prämisse der Unternehmensfortführung, würde dieser nämlich den Boden entziehen.⁵² Im Übrigen ist die Angabe des fair value der kündbaren Instrumente selbst für einen solchen *worst case* nicht informativ, weil die Kündigung *aller* Gesellschafter regelmäßig die Auflösung und Liquidation zur Folge hätte, wofür sodann eigene Bewertungsregeln zu entwickeln wären.⁵³

Die in ED IAS 1.124D geforderte Angabe des fair value sämtlicher kündbarer Gesellschaftsanteile ist m.E. daher zur Erreichung der verfolgten Ziele schon nicht geeignet.

ii) Erforderlichkeit

Auch wenn man entgegen der hier vertretenen Ansicht meint, dass die Angabe des fair value der kündbaren Instrumente zur Verbesserung der Risikoeinschätzung geeignet sei, so fehlt es m.E. jedenfalls an der *Erforderlichkeit* dieser Maßnahme. Für eine ausreichende (und m.E. aussagekräftigere) Information der Adressaten über die aus der Kündbarkeit der Anteile resultierenden Risiken stehen mildere Mittel zur Verfügung.

Zur sachgerechten Einschätzung des Risikos eines Mittelabflusses aufgrund einer möglichen Kündigung eines Gesellschafters sind insbesondere *Informationen über*

⁵² Hennrichs, ZHR 170 (2006), im Erscheinen.

⁵³ S. auch unten S. 34.

die *Wahrscheinlichkeit des Mittelabflusses* nützlich, aber auch ausreichend, d.h. Angaben zu

- etwaigen vertraglich vereinbarten Kündigungsfristen,
- bereits erklärten Kündigungen,
- eventuell bekannten Kündigungsabsichten oder auch
- Kündigungsstatistiken.

Wenn zusätzlich bekannt gemacht wird, dass die Gesellschafter im Fall ihrer Kündigung zum jeweiligen fair value ihrer Anteile (oder zumindest zu einem Annäherungswert) abzufinden sind, werden den Adressaten alle Informationen vermittelt, die für eine sachgerechte Risikoeinschätzung erforderlich, aber auch ausreichend sind.

Der Ausweis des fair value *aller* Gesellschaftsanteile ist deshalb nicht erforderlich. So wird die vorgeschlagene Disclosure-Regelung des ED IAS1.124D (c) denn auch in der Literatur zu Recht mit Blick auf die Interessenlage der Gesellschafter als „kaum vorstellbar“ bezeichnet.⁵⁴

iii) Angemessenheit

Die Ausweispflichten nach ED IAS 1.124D(c) sind schließlich auch nicht angemessen, da die verursachten finanziellen Nachteile für die betroffenen Unternehmen zu dem verfolgten Ziel einer besseren Risikoeinschätzung durch die Adressaten in keinem angemessenen Verhältnis stehen.

Die Ermittlung des fair value ist aufwendig und kostenintensiv. Bei Gesellschaften, deren Gesellschaftsverträge keine Abfindungsbeschränkungen enthalten, wird eine vollständige Unternehmensbewertung erforderlich, weil die Summe der fair values der Abfindungsansprüche dem vollen Unternehmenswert entspricht. Diesen Kosten steht kein angemessener Nutzen für die Abschlussadressaten gegenüber, die mit der „nackten Zahl“ der fair values der kündbaren Anteile allein ohnehin nur eine Information von zweifelhaftem Wert erfahren. Der Unangemessenheit der bewirkten Kosten kann auch nicht entgegengehalten werden, es seien „keine zusätzlichen Kosten“, da diese Instrumente bereits heute zum fair value bewertet werden müssten (in diese

⁵⁴ Hoffmann/Lüdenbach, DB 2006, 1797, 1799 („das Kainsmal der Anhangangabe des *fair value*“).

Richtung aber ED IAS 32 BC28). Denn dies trifft von vornherein nur auf solche Unternehmen zu, die bislang schon nach IFRS bilanzieren und die kündbaren Anteile zum fair value ausweisen, nicht aber auf solche Unternehmen, die erst noch auf eine Bilanzierung nach IFRS wechseln wollen und deshalb bis jetzt noch keine fair value Bewertungen vorgenommen haben; jedenfalls für solche Gesellschaften würde mit ED IAS 1.124D durchaus eine erhebliche Zusatzbelastung gegenüber dem Status Quo bewirkt.

iv) Zwischenergebnis

Die in ED IAS 1.124D vorgesehene Pflicht zur Angabe des fair value aller kündbaren Gesellschafteranteile verstößt daher gegen den europarechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und dürfte nicht in europäisches Sekundärrecht übernommen werden.

Allerdings handhabt der EuGH die Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Praxis eher großzügig. Den gesetzgebenden Gemeinschaftsorganen wird ein weiter Ermessensspielraum zugebilligt. Namentlich wenn komplexe Abwägungen zu tätigen sind, könne dies „gerichtlich nur daraufhin überprüft werden, ob ein offensichtlicher Irrtum oder ein Ermessensmissbrauch“ vorliege „oder ob das Organ die Grenzen seines Ermessens offenkundig überschritten“ habe.⁵⁵ Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass der EuGH die hier streitige Regelung des ED IAS 1.124D noch als verhältnismäßig beurteilen würde.

e) Gleichheitssatz

i) Schutzbereich

Die Pflicht zur Angabe des fair value (allein) bei kündbaren Gesellschaftereinlagen (und nicht beispielsweise bei Stammaktien einer AG) könnte zudem gegen den europarechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen.

Der vom EuGH als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts entwickelte Gleichheitssatz (vgl. auch Art. 20 GRCh) verlangt, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden dürfen, sofern eine solche Behandlung nicht objektiv gerechtfertigt ist.⁵⁶

⁵⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 12.11.1996, Rs. C-84/94 (*Vereinigtes Königreich/Rat*), Slg. 1996, I-5755, Rn. 55 ff., 58.

⁵⁶ Vgl. EuGH, Beschl. v. 23.9.2004, verb. Rs. C-435/02 und C-103/03 (*Springer*), Rn. 66 m.w.N.; ferner z.B. EuGH, Urt. v. 25.11.1986, verb. Rs. 201 und 202/85 (*Klensch*), Slg. 1986, 3477, Rn. 9; EuGH, Urt. v. 13.12.1994, Rs. C-306/93 (*SMW Winzersekt*), Slg. 1994, S. I-5555, Rn. 30; EuGH, Urt. v. 11.8.1995, Rs. C-80/94 (*Wielockx*), Slg. 1995, S. I-2493, Rn. 17; EuGH, Urt. v. 13.4.2000, Rs. C-292/97 (*Karlsson*), Slg. 2000, S. I-2737, Rn. 39.

ii) Beeinträchtigung: Benachteiligende Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte

ED IAS 1.124D(c) führt hinsichtlich der geforderten Angaben zum fair value von financial instruments puttable at fair value praktisch zu einer *Ungleichbehandlung* von kapitalmarktorientierten großen Aktiengesellschaften und KMU in der Rechtsform der Personengesellschaften (sowie bestimmter GmbH, wenn im Gesellschaftsvertrag ein ordentliches Austrittsrecht [Kündigungs- und Abfindungsklausel] vereinbart ist). Denn während die Aktien nach IAS 32 „echtes“ Eigenkapital sind, das nicht zum fair value zu bewerten ist und zu dem auch keine ergänzenden Angaben hinsichtlich etwaiger stiller Reserven und des originären Goodwill vorgeschrieben sind, werden solche weit reichenden Angaben für Gesellschaften mit instruments puttable at fair value durch ED IAS 1.124D gefordert. Der Sache nach bildet ED IAS 1.124D damit eine neue Kategorie: zwar sollen instruments puttable at fair value künftig Eigenkapital sein, aber offenbar doch kein „echtes“ Eigenkapital, weil Angaben zum fair value vorgeschrieben werden, wie sie sonst bei finanziellen Verbindlichkeiten gelten.

Die ungleich behandelten Sachverhalte sind auch *vergleichbar*. Zwar mag man sagen, kündbare Anteile seien nun einmal etwas anderes als unkündbare Stammaktien. Aber zum einen geht es beide Male um Gesellschaftsanteile, also um Anteile, die gegen Einlagen der Gesellschafter in Erfüllung ihrer gesellschaftsvertraglichen Einlagepflicht gegen Gewährung von Gesellschafterrechten (im Gegensatz zu Gläubigerrechten) gegeben worden sind. Hier wie dort stehen also Kapitalteile in Rede, die nach dem (europäischen und nationalen) Gesellschaftsrecht dem Gesellschafter-Eigenkapital zuzuordnen sind (gesellschaftsrechtlich-formaler Eigenkapitalbegriff). Zum anderen liegt auch hinsichtlich des von IAS 32 favorisierten ökonomischen Abgrenzungskriteriums der einseitigen Entziehbarkeit des Kapitals (Möglichkeit einer künftigen Rückzahlungsverpflichtung) Vergleichbarkeit zwischen Personengesellschaften mit kündbaren Anteilen und Kapitalgesellschaften vor, wenn eine Kapitalgesellschaft von einem Mehrheitsgesellschafter dominiert wird. Denn das Eigenkapital einer Kapitalgesellschaft oberhalb des gesetzlichen Mindestkapitals und etwaiger gesetzlicher Rücklagen steht letztlich ebenfalls zur Disposition des Mehrheitsgesellschafters, der die Auflösung und Ausschüttung der freien Rücklagen sowie sogar eine Kapitalherabsetzung bis zur Schwelle des gesetzlichen Mindestkapitals durch seine Mehrheitsmacht bewirken kann. Die faktisch freie Verfügungsgewalt des Mehrheitsgesellschafters über das Vermögen der Kapitalgesellschaft oberhalb der gesetzlichen Mindest-

kapitalziffer ist einem Kündigungsrecht der Personengesellschafter m.E. wirtschaftlich betrachtet vergleichbar.⁵⁷

Die Ungleichbehandlung bedeutet für die Gesellschaften, die instruments puttable at fair value ausweisen, schließlich auch eine *Benachteiligung*. Denn (nur) sie müssen zu jedem Stichtag eine aufwendige Unternehmensbewertung durchführen, um den fair value der Gesellschafteranteile offen zu legen; bei Verwendung einer Formel zur Ermittlung des Abfindungsbetrages gem. ED IAS 32 AG14A ist das danach errechnete Ergebnis preiszugeben. Das alles ist mit zusätzlichen Kosten verbunden. Die Offenlegung des eigenen, originären Goodwill kann zudem Wettbewerbsnachteile zur Folge haben, z.B. Konkurrenten / Wettbewerber anlocken.

iii) Rechtfertigung der Ungleichbehandlung?

Der EuGH stellt in seiner Rechtsprechung an die rechtfertigenden, objektiven Gründe der Ungleichbehandlung unterschiedliche Anforderungen: Nimmt er mitunter einen weiten Spielraum der Gemeinschaftsorgane an,⁵⁸ fordert er in anderen Entscheidungen auch detailliert nachgewiesene Differenzierungsgründe.⁵⁹

M.E. ist kein sachlich vertretbarer Grund ersichtlich, der es rechtfertigen könnte, (ausgerechnet) an Personengesellschaften weiter reichende Disclosure-Anforderungen zu stellen als an kapitalmarktorientierte Aktiengesellschaften, nämlich erstere wegen der bei ihnen gegebenen kündbaren Gesellschaftereinlagen in der Sache zu „full fair value-Disclosure“ zu zwingen (jährliche Angabe der Entwicklung des originären Geschäfts- oder Firmenwerts), letztere dagegen nicht.⁶⁰ Diese Ungleichbehandlung erscheint umso mehr sachwidrig, als Personengesellschaften diesem bilanziellen Nachteil nicht ausweichen können, weil die Kündigungsrechte der Gesellschafter in ihrem Kern zwingend und nicht abdingbar sind.⁶¹

⁵⁷ Vgl. auch *Leuschner/Weller*, WPg 2005, 261, 265.

⁵⁸ EuGH, Urt. v. 21.2.1990, verb. Rs. C-267-285/88 (*Wuidart*), Slg. 1990, I-435, Rn. 13.

⁵⁹ Etwa EuGH, Urt. v. 19.10.1977, verb. Rs. 117/76 u. 16/77 (*Ruckdeschel*), Slg. 1977, 1753, Rn. 7; EuGH, Urt. v. 19.10.1977, verb. Rs. 124/76 u. 20/77 (*Moulin Pont-à-Mousson*), Slg. 1977, 1795, Rn. 14/17.

⁶⁰ Vgl. bereits *Hennrichs*, WPg 2006, im Erscheinen.

⁶¹ Zu diesem Gesichtspunkt, dass eine Gleichheitsprüfung strenger vorzunehmen ist, wenn verschiedene Personengruppen (und nicht nur verschiedene Sachverhalte) ungleich behandelt werden, zumal, wenn die Benachteiligten (hier die Personengesellschaften) den begünstigenden Sachverhalt (hier: unkündbare Anteile) nicht oder nur schwer erfüllen können, s. BVerfGE 55, 72, 89; 60, 329, 346; 75, 348, 357; 100, 195, 205; *Jarass* in *Jarass/Pieroth*, GG, 7. Aufl. 2004, Art. 3 Rn. 19.

Ob auch bei Gleichheitssatzprüfungen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit von Bedeutung ist, ist noch nicht abschließend geklärt.⁶² Wendet man den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch in diesem Zusammenhang an,⁶³ so ist die Ungleichbehandlung aus den o.g. Gründen unverhältnismäßig und damit ungerechtfertigt. Denn die Ausweispflichten nach ED IAS 1.124D(c) sind für eine bessere Information der Adressaten zur Beurteilung der Risiken aus den kündbaren Gesellschaftereinlagen weder erforderlich noch stehen sie zu dem verfolgten Ziel in einem angemessenen Verhältnis (vgl. oben).

f) Zusammenfassung zu III.3.

Die in ED IAS 1.124D(c) vorgesehene Pflicht, Angaben über den fair value aller kündbaren Gesellschaftereinlagen zu machen, widerspricht dem europarechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und stellt darüber hinaus auch eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung der Personengesellschaften im Vergleich mit Kapitalgesellschaften dar. Ein Endorsement des ED IAS 1.124D(c) widerspräche damit den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts sowie dem für die Übernahme in Art. 3 Abs. 2 IAS-VO vorausgesetzten europäischen öffentlichen Interesse; die Regelung dürfte mit dem vorgeschlagenen Inhalt nicht in europäisches Recht übernommen werden.

4. Die Kriterien der Erheblichkeit und Vergleichbarkeit

Art. 3 Abs. 2 IAS-VO setzt für die Übernahme eines Standards in europäisches Recht außerdem voraus, dass die Regelung den Kriterien der Verständlichkeit, Erheblichkeit, Verlässlichkeit und Vergleichbarkeit genügt. Die Ausweispflicht nach ED IAS 1.124D(c) könnte mit den Kriterien der Erheblichkeit (Relevanz) und der Vergleichbarkeit kollidieren.

a) Erheblichkeit (Relevanz)

Relevant ist eine Information im Abschluss dann, wenn sie die wirtschaftlichen Entscheidungen eines Adressaten beeinflussen kann, indem sie bei der Beurteilung vergangener, gegenwärtiger oder zukünftiger Ereignisse hilft (vgl. F-26). Die Relevanz wird durch qualitative Komponenten (etwa die Art und das Wesen der fraglichen Information) sowie durch die – vielfach⁶⁴ als quantitatives Kriterium verstandene – We-

⁶² Ansätze für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Gleichheitsprüfung bei EuGH, Rs. 245/81 (*Edeka*), Slg. 1982, 2745, Rn. 13. Vgl. ferner *Kingreen* in Callies/Ruffert, a.a.O. (Fn. 23), Art. 6 EUV Rn. 182.

⁶³ So verfährt jedenfalls das Bundesverfassungsgericht für das nationale Verfassungsrecht, vgl. BVerfGE 99, 367, 388; 103, 172, 193; *Jarass* in *Jarass/Pieroth* (Fn. 31), Art. 3 Rn. 17, 27.

⁶⁴ Die Wesentlichkeit eher als Schwelle oder Grenzwert und weniger als quantitative Anforderung ansehend Beck-IFRS-HB/*Bohl/Mangliers*, 2. Auflage 2006, § 2 Rz. 13. Von „Schwelle“ und

sentlichkeit bestimmt.⁶⁵ Eine Information ist relevant, wenn ihr Weglassen oder die fehlerhafte Darstellung die Entscheidung des Adressaten beeinflussen könnte (IAS 1.11 für die Wesentlichkeit),⁶⁶ wenn also ein Adressat bei Kenntnis der unterlassenen / richtigen Information eine Entscheidung nicht oder anders getroffen hätte.⁶⁷ Abzustellen ist nach IAS 1.11 dabei auf einen Adressaten mit angemessener Kenntnis über geschäftliche und wirtschaftliche Abläufe sowie über Rechnungslegung.

Die Angabe des fair value sämtlicher kündbarer Gesellschafteranteile mag für sich betrachtet zwar eine quantitativ interessante Information sein. Das allein begründet aber noch nicht ihre Relevanz. Hierbei ist zum einen zu berücksichtigen, dass Angaben zur *Höhe* möglicher Abfindungsverpflichtungen erst dann zu einer relevanten Information werden, wenn es auch *wahrscheinlich* ist, dass die Gesellschaft in Anspruch genommen werden wird. Solange das *Ob* der möglichen Zahlungsbelastung ganz unklar ist, ist die Höhe dieser dann nur hypothetischen Last für verständige Abschlussadressaten irrelevant. Eine am Bilanzstichtag rein hypothetische, mögliche, aber nicht wahrscheinliche künftige Entwicklung wird verständige Adressaten nicht in ihren wirtschaftlichen Entscheidungen beeinflussen. Zu einer relevanten Information wird die aus einer möglichen Kündigung der Gesellschafter resultierende Abfindungsverpflichtung erst, wenn eine Kündigung erfolgt ist oder immerhin wahrscheinlich ist. Ab diesem Zeitpunkt ist aber ohnehin eine Rückstellung in Höhe der wahrscheinlichen Abfindungsverpflichtung zu passivieren, so dass die Adressaten ausreichend informiert werden.

Zum anderen ist Folgendes zu berücksichtigen: Wie dargelegt,⁶⁸ kollidiert die Pflicht zur Angabe des fair value *sämtlicher* kündbaren Gesellschafteranteile mit der going-concern-Prämisse des IAS 1.23; würden nämlich alle Gesellschafter kündigen, könnte die Gesellschaft nicht fortgesetzt, sondern müsste liquidiert werden. Dann käme es aber nicht zu einer Abfindung bemessen nach dem anteiligen Wert des *lebenden* Unternehmens, sondern zur Verteilung des verbleibenden Gesellschaftsvermögens

„Grenzwert“ spricht auch F-30, aber in Abgrenzung zu *qualitativen* Anforderungen. M.E. schließen sich Grenzwerte und quantitative Anforderungen nicht aus.

⁶⁵ *Adler/Düring/Schmaltz*, Rechnungslegung nach internationalen Standards, Stand Dezember 2005, Abschnitt 1, Rn. 62.

⁶⁶ Die Definition der Wesentlichkeit in IAS 1.11 ähnelt damit der Definition der Relevanz im Rahmenkonzept.

⁶⁷ Beck-IFRS-HB/*Bohl/Mangliers*, a.a.O. (Fn. 32), § 2 Rz. 15.

⁶⁸ Oben S. 27.

am Ende der Liquidation. Die von ED IAS 1.124D geforderte Anhangsangabe hat mithin auch deshalb keine Relevanz, weil es zum Abfluss von Mitteln in dieser Höhe so gar nicht kommen kann: Wenn wirklich alle Gesellschafter kündigen, ist zu liquidieren und die Liquidationsanteile sind nach Liquidationsgrundsätzen zu bewerten. Wenn dagegen nicht alle, sondern nur einzelne Gesellschafter kündigen, entstehen die Abfindungslasten nicht in der nach ED IAS 1.124D geforderten Höhe. So oder so vermittelt die Angabe der Summe der fair values sämtlicher kündbaren Anteile also keine relevante Information. Mehr noch: Eine solche Angabe wäre sogar eher verwirren. Denn es erschienen angebliche Zahlkosten in besorgniserregender Höhe, die rechtlich und wirtschaftlich noch gar keine gegenwärtigen Verpflichtungen darstellen. Es kann aber vernünftigerweise nicht Aufgabe eines Abschlusses sein, rein hypothetische künftige Ereignisse auszudrücken.

Im Ergebnis erfüllt die vorgeschlagene Regelung des ED IAS 1.124D(c) die Anforderung der Relevanz i.S.d. Art. 3 Abs. 2, 2. Spiegelstrich IAS-VO daher nicht.

b) Vergleichbarkeit

Die Übernahmevoraussetzung der „Vergleichbarkeit“ (Art. 3 Abs. 2, 2. Spiegelstrich IAS-VO) beinhaltet sowohl die Vergleichbarkeit mehrerer Abschlüsse *eines* Unternehmens „über die Zeit hinweg“ (horizontale oder zeitliche Vergleichbarkeit) als auch die Vergleichbarkeit der Abschlüsse *verschiedener* Unternehmen untereinander (vertikale oder intersubjektive Vergleichbarkeit); vgl. auch F-39.

Vor allem die Vergleichbarkeit zwischen verschiedenen Unternehmen wird durch die vorgeschlagene Regelung des ED IAS 1.124D(c) nicht gefördert, sondern eher sogar erschwert.⁶⁹ Das wird besonders deutlich, wenn man beispielsweise eine GmbH & Co. KG und eine GmbH mit einem Mehrheitsgesellschafter gegenüberstellt: Auch bei der GmbH steht das Eigenkapital oberhalb des gesetzlichen Mindestkapitals in der Sache zur Disposition des Mehrheitsgesellschafters, der die Auflösung und Ausschüttung der freien Rücklagen beschließen kann. Das ist dem bei der KG eröffneten Kündigungsrecht wirtschaftlich betrachtet m.E. vergleichbar.⁷⁰ Wenn ED IAS 1.124D gleichwohl nur in dem einen Fall, nämlich nur für die Personengesellschaften mit kündbaren Anteilen, die Angabe des fair value der Gesellschaftereinlagen vor-

⁶⁹ Vgl. *Hennrichs*, WPg 2006, im Erscheinen.

⁷⁰ Vgl. *Leuschner/Weller*, WPg 2005, S. 265.

schreibt, für den Fall der vergleichbaren GmbH dagegen nicht, so ist die Vergleichbarkeit beider Abschlüsse für die Adressaten erschwert.

c) Zusammenfassung zu III.4.

Die vorgeschlagene Regelung des ED IAS 1.124D(c) widerspricht m.E. sowohl dem Kriterium der Erheblichkeit als auch dem der Vergleichbarkeit i.S.d. Art. 3 Abs. 2 IAS-VO.

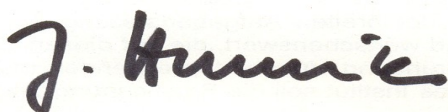
IV. Zusammenfassung zu B.

Anteile an deutschen Personengesellschaften sind auch dann „instruments puttable at fair value“ i.S.d. ED IAS 32, wenn im Gesellschaftsvertrag Abfindungsklauseln vereinbart sind.

Auch die Kommanditistenanteile gehören der „most subordinated class of financial instruments with a claim to the assets of the entity“ i.S.d. ED IAS 32 an.

Die in ED IAS 1.124D(c) vorgesehene Pflicht, Angaben über den fair value aller kündbaren Gesellschaftereinlagen zu machen, widerspricht dem europarechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und stellt darüber hinaus auch eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung der Personengesellschaften im Vergleich mit Kapitalgesellschaften dar. Auch die Übernahmevoraussetzungen der Erheblichkeit und der Vergleichbarkeit i.S.d. Art. 3 Abs. 2 IAS-VO werden nicht erfüllt. Ein Endorsement des ED IAS 1.124D(c) widerspräche damit den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts sowie den für die Übernahme in Art. 3 Abs. 2 IAS-VO normierten Voraussetzungen. Die Regelung dürfte mit dem vorgeschlagenen Inhalt nicht in europäisches Recht übernommen werden.

Köln, im Oktober 2006



(Prof. Dr. J. Hennrichs)