

Eigenkapital in der Bilanz – auch bei zwingender Rückzahlbarkeit?

– Überlegungen zur Auswirkung des IAS 32 auf das Eigenkapital deutscher Unternehmen in der Rechtsform einer Personengesellschaft oder Genossenschaft –

ZHR 170 (2006) 101–112

I. Das Problem

Darf Eigenkapital, das nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen, dann aber zwingend zurückzuzahlen ist, wirklich Eigenkapital sein? Für das deutsche Recht war diese Frage bis vor kurzem mit einem klaren Ja zu beantworten. Denn für deutsche Unternehmen in der Rechtsform einer Personengesellschaft oder Genossenschaft gelten zwar gestaltbare, aber unabdingbare gesetzliche Regelungen, auf Grund deren ihr Eigenkapital unter ganz bestimmten Voraussetzungen teilweise oder ganz zurückzuzahlen ist¹. Dieses Kapital wurde aber dennoch bisher unstreitig und selbstverständlich als Eigenkapital gewertet und dementsprechend auch als solches bilanziert.

Jetzt aber gibt es den Internationalen Rechnungslegungsstandard 32/International Accounting Standard 32 (IAS 32) des International Accounting Standards Board (IASB) nebst seiner Interpretation Nr. 2 durch das International Financial Reporting Interpretations Committee (IFRIC). Zwar definiert auch der IAS 32 in Übereinstimmung mit dem gesellschafts- und genossenschaftsrechtlichen ebenso wie mit dem HGB- und US GAAP rechtlichen Grundverständnis von Eigenkapital das „Residuum“ als Eigenkapital, d.h. das Unternehmensvermögen nach Abzug aller Verbindlichkeiten². IAS 32 impliziert also zunächst auch die Haftungsfunktion von Eigenkapital. Nach IAS 32 i.V.m. seiner Interpretation Nr. 2 soll jedoch alles Kapital, und zwar einschließlich des Residualkapitals eines Unternehmens, für das eine von dem Unternehmen nicht zu verhindernde Rückzahlungsverpflichtung unbedingt oder auch nur bedingt besteht, nicht als Eigenkapital, sondern als Fremdkapital in der Bilanz auszuweisen sein³. Damit ist, soweit die Internationalen

1 §§ 105 Abs. 3 bzw. 161 Abs. 2 HGB i.V.m. §§ 723 Abs. 1 und 3, 738 BGB; §§ 65 Abs. 1 und 4, 73 GenG.

2 IAS 32 Ziff. 11 a. E.

3 Vgl. IAS 32 Ziff. 15 ff., insb. 18 mit Beispiel (b) und 19 mit Beispiel (b) sowie Ziff. 25 und die Interpretation Nr. 2.; Ausnahmen sollen im Wesentlichen nur gel-

Rechnungslegungsstandards⁴ mit dem IAS 32 in seiner derzeitigen Fassung auf deutsche Unternehmen in der Rechtsform einer Personengesellschaft oder Genossenschaft Anwendung finden müssen oder dürfen, angesichts der für Unternehmen in diesen Rechtsformen bestehenden zwingenden Rückzahlungsregelungen die eingangs gestellte Frage für das bilanzielle Eigenkapital dieser Unternehmen mit einem grundsätzlichen Nein zu beantworten. Ihr Eigenkapital ist dementsprechend bei einer Anwendung des IAS 32 nicht mehr als Eigenkapital, sondern als Fremdkapital auszuweisen⁵. Sowohl Personengesellschaften als auch Genossenschaften werden denn auch in diesem Sinne in IAS 32 Ziff. 18 Buchst. (b) und Genossenschaften außerdem in der Interpretation Nr. 2 des IAS 32 ausdrücklich genannt. Problematisch kann IAS 32 aber auch für Kapitalgesellschaften sein, etwa für GmbHs, die ihren Gesellschaftern ein Kündigungs- und Rückzahlungsrecht einräumen, oder – ebenso wie für Personengesellschaften und Genossenschaften – für Kapitalgesellschaften mit bilanziell dem Eigenkapital zugeordneten, aber zeitlich begrenztem bzw. kündbarem Mezzanine-Kapital, an denen also z. B. entsprechende atypische stille Beteiligungen bestehen oder die entsprechende Genussrechte ausgegeben haben⁶. Nachstehend soll jedoch nur auf die spezielle Problematik für deutsche Unternehmen in der Rechtsform einer Personengesellschaft oder Genossenschaft eingegangen werden, kann doch für sie die Anwendung von IAS 32 nicht nur den Ausweis keines Eigenkapitals, sondern auch den eines negativen Eigenkapitals bedeuten.

II. Anwendbarkeit des IAS 32 auf Unternehmen in der Rechtsform einer Personengesellschaft oder Genossenschaft

Nach den einschlägigen Verordnungen der Europäischen Kommission, mit denen im Wege des sog. Endorsement-Verfahrens die Internationalen Rechnungslegungsstandards in europäisches Recht umgesetzt werden⁷, ist der IAS 32 als Teil der Internationalen Rechnungslegungsstandards seit dem 1. 1. 2005 in der EU unmittelbar anzuwendendes Recht, und zwar einschließlich seiner Interpretation Nr. 2⁸. IAS 32 gilt danach zwingend bezüglich der Kon-

ten, wenn die Rückzahlung lediglich beim Vorliegen extrem seltener Ereignisse erfolgen muss – IAS 32, Anhang A, AG 28.

4 Vormaliger englischer Terminus: International Accounting Standards (IAS), daher auch noch „IAS 32“, jetzt: International Financial Reporting Standards (IFRS).

5 A. A., soweit ersichtlich, nur *Lüdenbach/Hoffmann*, BB 2004, 1042 ff.

6 Vgl. IDW, Stellungnahme HFA 1/1994 „Zur Behandlung von Genussrechten im Jahresabschluss von Kapitalgesellschaften“; Presseinformation 2/05 des IDW vom 9. 3. 2005; *Leuschner/Weller*, WPg 2005, 261, 268; *Schaber/Kuhn/Eichhorn*, BB 2004, 315, 318.

7 Verordnung (EG) Nr. 1060/2002 – sog. IAS-Verordnung/IAS-VO sowie Verordnung Nr. 1725/2003 und Nr. 2237/2004 betreffend IAS 32.

8 Verordnung EG Nr. 1073/2005.

zernabschlüsse aller in der EU ansässigen (Mutter-)Unternehmen, die Wertpapiere an einem organisierten Markt⁹ eines EU-Mitgliedslandes emittieren (kapitalmarktorientierte Unternehmen)¹⁰. Von der Möglichkeit¹¹, eine von der Bilanzierung nach HGB befreiende Anwendung der Internationalen Rechnungslegungsstandards auf weitere Abschlüsse auszudehnen, hat der deutsche Gesetzgeber nur beschränkt Gebrauch gemacht. Nach dem die IAS-Verordnung ergänzenden § 315 a HGB dürfen gemäß dessen Abs. 3 auch nicht kapitalmarktorientierte deutsche (Mutter-)Unternehmen ihren Konzernabschluss mit befreiender Wirkung nach den Internationalen Rechnungslegungsstandards aufstellen, haben also ein Wahlrecht. § 315 a HGB steht zwar im zweiten Unterabschnitt des zweiten Abschnitts des dritten Buches des HGB, der im Wesentlichen Spezialvorschriften für Kapitalgesellschaften enthält.

§ 315 a HGB findet jedoch gemäß § 264 a HGB auch auf die Konzernabschlüsse solcher Personengesellschaften Anwendung, bei denen keine natürliche Person direkt oder indirekt persönlich haftender Gesellschafter ist, und gemäß § 11 Abs. 1 und 6 Satz 1 Nr. 2 PublG auch auf die Konzernabschlüsse von Personengesellschaften mit einer natürlichen Person als persönlich haftendem Gesellschafter sowie auf Genossenschaften, soweit Unternehmen in diesen Rechtsformen die Größenvoraussetzungen des § 11 Abs. 1 PublG erfüllen. Darüber hinaus gilt § 315 a HGB gemäß § 340 i Abs. 1 HGB generell auch für Kreditinstitute. Nach diesen Vorschriften dürfen viele mittelständische und große Unternehmen in der Rechtsform einer Personengesellschaft oder Genossenschaft, für die die Rechnungslegung nach den Internationalen Rechnungslegungsstandards nicht zwingend ist, ihren Konzernabschluss dennoch mit befreiender Wirkung nach den Internationalen Rechnungslegungsstandards aufstellen. Darüber hinaus dürfen Personengesellschaften ohne natürliche Person als persönlich haftendem Gesellschafter gemäß §§ 264 a, 325 Abs. 2 a sowie Genossenschaften gemäß §§ 325 Abs. 2 a, 339 Abs. 3 HGB ihre Offenlegungspflicht mit befreiender Wirkung durch Einzelabschlüsse erfüllen, die nach den Internationalen Rechnungslegungsstandards aufgestellt sind. Eine solche Aufstellung befreit allerdings nicht von der Pflicht, weiterhin für andere Zwecke auch Einzelabschlüsse nach den Bilanzierungsvorschriften des dritten Buches des HGB aufzustellen, wie sie z. B. für die Bemessung der Gewinnausschüttung und die steuerlich relevante Gewinnermittlung sowie bei Kreditinstituten im Hinblick auf aufsichtsrechtliche Kapitalanforderungen maßgeblich sind¹².

9 Vgl. § 2 Abs. 5 WpHG.

10 Art. 4 IAS-VO.

11 Art. 5 IAS-VO.

12 Vgl. Baumbach/Hopt/*Merkt*, HGB, 32. Aufl., Einl. v. § 238 Rdn. 149f.

III. Vorteile einer Anwendung des IAS 32 für Unternehmen in der Rechtsform einer Personengesellschaft oder Genossenschaft

Eine zwingende Anwendung der Internationalen Rechnungslegungsstandards und damit auch des IAS 32 auf deutsche Unternehmen in der Rechtsform einer Personengesellschaft oder Genossenschaft kommt allenfalls ausnahmsweise in Betracht. Denn Unternehmen in diesen Rechtsformen nehmen in aller Regel nicht den Kapitalmarkt in Anspruch. Das trifft, soweit ersichtlich, auch auf große Unternehmen in der Rechtsform einer Personengesellschaft zu, wie z.B. Boehringer Ingelheim Pharma GmbH & Co. KG, Freudenberg & Co, Miele & Cie., Dr. August Oetker KG, Otto GmbH & Co. KG, Gebrüder Röchling KG und Adolf Wirth & Co. KG. Dasselbe gilt auch für große Genossenschaften, etwa die Rewe Zentralfinanz eG. Auch für kapitalistisch organisierte Publikumsgesellschaften in der Rechtsform der Kommanditgesellschaft scheidet eine zwingende Anwendung der Internationalen Rechnungslegungsstandards aus, da die Anteile dieser Gesellschaften nicht an Börsen, d.h. organisierten Märkten im Sinne des § 2 Abs. 5 WpHG gehandelt werden. Dagegen kann eine freiwillige Anwendung der Internationalen Rechnungslegungsstandards für mittelständische und große deutsche (Mutter-)Unternehmen in der Rechtsform einer Personengesellschaft oder Genossenschaft durchaus interessant sein. Viele dieser mittelständischen und großen Unternehmen agieren in einem für sie ständig bedeutender werdenden internationalen Markt. Vor allem für diese Unternehmen wird es zunehmend wichtig, mit einer Konzernrechnungslegung nach den Internationalen Rechnungslegungsstandards dem auf eine solche Rechnungslegung abzielenden, wachsenden Druck dieses Marktes einschließlich der ausländischen Geschäftspartner sowie der Kreditgeber begegnen zu können. Denn gerade international werden bei einer Rechnungslegung nach den Internationalen Rechnungslegungsstandards die Vorteile einer deutlich verbesserten Transparenz der Abschlüsse und einer wesentlich erleichterten Vergleichbarkeit mit den Abschlüssen der internationalen Wettbewerber geschätzt¹³. Die erleichterte Vergleichbarkeit kann zugleich für das Unternehmen selbst, das ebenso wie seine Wettbewerber seinen Konzernabschluss nach den Internationalen Rechnungslegungsstandards aufstellt, von hohem Informationswert sein. Unter diesen Umständen bedeutet es immer mehr eine Benachteiligung, wenn deutsche mittelständische oder

13 Vgl. *Merkt* (Fn. 12), Einl. v. § 238 Rdn. 89f.; Presseinformation 2/05 des IDW vom 9. 3. 2005; Aufwendiges Leben nach IFRS in FAZ vom 18. 11. 05; Bald keine Bilanzen mehr nach dem HGB in FAZ vom 23. 1. 2006; Die deutsche Rechnungslegung stirbt in FAZ vom 23. 1. 2006 – die beiden letzteren Artikel unter Verweis auf den Vorstandssprecher des IDW *Klaus-Peter Naumann*; *Leuschner/Weller* (Fn. 6), S. 261, 266 unter Verweis auf den im Framework (F 39) selbst gestellten Anspruch, dass die Anwendung der Internationalen Rechnungslegungsstandards international und rechtsformübergreifend die Vergleichbarkeit von Jahresabschlüssen ermöglichen soll.

große Unternehmen in der Rechtsform einer Personengesellschaft oder Genossenschaft wegen negativer Auswirkungen von IAS 32 auf ihr bilanzielles Eigenkapital ihren Konzernabschluss faktisch nicht oder allenfalls unter Inkaufnahme nicht unerheblicher Nachteile nach den Internationalen Rechnungslegungsstandards aufstellen können.

IV. Nachteile einer Anwendung des IAS 32 für Unternehmen in der Rechtsform einer Personengesellschaft oder Genossenschaft

Die negativen Auswirkungen einer Anwendung der Internationalen Rechnungslegungsstandards einschließlich des IAS 32 liegen für diese Unternehmen nicht allein in dem nunmehrigen Ausweis des nach HGB auch als solches ausgewiesenen gesellschafts- bzw. genossenschaftsrechtlichen Eigenkapitals als bilanzielles Fremdkapital, womit dieses Eigenkapital in der Bilanz eliminiert und dafür der Ausweis von Fremdkapital erhöht wird. Die Darstellung der Vermögenslage in der Bilanz dieser Unternehmen wird vielmehr durch diese Umqualifizierung umso mehr verzerrt, als nach den Internationalen Rechnungslegungsstandards Fremdkapital zu jedem Abschlussstichtag i. S. d. Fair Value neu zu bewerten ist. Umfasst also der evtl. Rückzahlungsanspruch der Gesellschafter¹⁴ den im Wesentlichen aus dem Ertragswert resultierenden Vermögenswert des Unternehmens, so ist nicht nur der Vermögenswert mit allem dafür erforderlichen Aufwand zu jedem Bilanzstichtag neu festzustellen, sondern es geht ein umso höherer Schuldposten Fremdkapital in die Konzernbilanz ein, je besser es dem Unternehmen geht¹⁵. Alle diese Konsequenzen können nicht nur zum Ausweis eines negativen Eigenkapitals führen und damit buchmäßig den falschen Eindruck einer Überschuldung wecken. Vielmehr belasten die Erhöhung des Fremdkapitalpostens nach dem Fair Value Prinzip ebenso wie Gewinnausschüttungen auf das bisherige Eigenkapital als Aufwand auch noch das auszuweisende Jahresergebnis und können damit außerdem zu paradoxen Ergebnisveränderungen führen¹⁶. Schließlich hat die Umqualifizierung des Eigenkapitals in bilanzielles Fremdkapital erheblich negativ beeinflusste Bilanzrelationen und Kapitalkennziffern zur Folge, mit nicht fern liegenden wettbewerbsverzerrenden Auswirkungen¹⁷. Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und der Basler Ausschuss für Ban-

14 Bei Genossenschaftsmitgliedern ist der Rückzahlungsanspruch gemäß § 73 Abs. 2 S. 2 GenG grundsätzlich auf das Geschäftsguthaben beschränkt.

15 Vgl. *Isert/Schaber*, KoR 2005, 357, 364; *Lüdenbach/Hoffmann* (Fn. 5), S. 1042 und 1045.

16 Vgl. IAS 32 Ziff. 36; Presseinformation 2/05 des IDW vom 9. 3. 2005; *Isert/Schaber* (Fn. 15), S. 357, 363.

17 Vgl. Presseinformation 2/05 des IDW vom 9. 3. 2005; sowie generell zu der Problematik einer Anwendung der Internationalen Rechnungslegungsstandards auf den Mittelstand: *Roth*, Internationale Rechnungslegung für den Mittelstand in FAZ vom 23. 1. 2006.

kenaufsicht betonen zwar, dass die aus der Anwendung von IAS 32 resultierenden Bilanzrelationen und Kapitalkennziffern zumindest keine Bedeutung im Rahmen der aufsichtsrechtlichen Kapitalanforderungen haben sollen¹⁸; die Frage ist freilich, ob das auf Dauer so sein wird.

Angesichts des insgesamt ökonomisch nicht nachvollziehbaren, das Transparenzziel der Internationalen Rechnungslegungsstandards in sein Gegenteil verkehrenden Ergebnisses einer Anwendung der Eigenkapitaldefinition des IAS 32 auf deutsche Unternehmen in der Rechtsform einer Personengesellschaft oder Genossenschaft überrascht es nicht, dass viele, wenn nicht die meisten der in Betracht kommenden deutschen Unternehmen in diesen Rechtsformen von der Möglichkeit einer freiwilligen Anwendung der Internationalen Rechnungslegungsstandards und damit des IAS 32 keinen Gebrauch machen. So hat die Boehringer Ingelheim Pharma GmbH & Co. KG ihre schon weit gediehenen Vorbereitungen für eine Umstellung auf die Internationalen Rechnungslegungsstandards wieder eingestellt. Die Otto GmbH & Co. KG, die bereits nach den Internationalen Rechnungslegungsstandards bilanziert, musste aufgrund des nunmehr anzuwendenden IAS 32 für ihren Konzernabschluss 2004/2005 eine Reduktion ihres ausgewiesenen Eigenkapitals von 2 Mrd. Euro auf 1,1 Mrd. Euro hinnehmen, die Differenz – eigenkapitalmäßig ausgestaltete und bisher entsprechend ausgewiesene Gesellschafterdarlehen – ist nunmehr als Fremdkapital ausgewiesen¹⁹. Es erstaunt des Weiteren nicht, dass IAS 32 mit seiner Definition und Abgrenzung von Eigenkapital und Fremdkapital deutliche Kritik erfahren hat, und zwar schon in seinem Entwurfstadium²⁰. Erstaunlicherweise hat diese Kritik weder die Eigenkapitaldefinition bzw. -abgrenzung in IAS 32 noch deren spätere Bekräftigung in der Interpretation Nr. 2 verhindern können. Nunmehr intensiviert sich der Widerstand bis hin zu dem Umstand, dass jetzt 12 große Familienunternehmen, darunter einige der oben genannten großen Unternehmen in der Rechtsform einer Personengesellschaft, eine „Vereinigung zur Mitwirkung an der Entwicklung des Bilanzrechts für Familiengesellschaften“ gegründet haben²¹. Anlass hierfür ist vor allem die Auswirkung des IAS 32, wenn nach den internationalen Rechnungslegungsstandards bilanziert wird. Die neue Vereinigung soll Sprachrohr in Bilanzfragen für den deutschen Mittelstand werden und z. B. in den für die Internationalen Rechnungslegungsstandards zuständigen internationalen Gremien mitwirken. Darüber hinaus gibt es einerseits Lösungsbemühungen des deutschen Gesetzgebers, wenigstens für Genossenschaften. Andererseits sind nicht zuletzt von deutscher Seite veranlasste, sehr

18 Vgl. *Leuschner/Weller* (Fn. 6), S. 261, 262 m. N.

19 Vgl. zu *Boehringer* und *Otto*: Mittelstand lehnt Bilanzregeln ab in Handelsblatt vom 29. 12. 2005.

20 Vgl. Schreiben des IDW vom 12. 12. 2003 an den Chairman des IASB, *Sir David Tweedie*; Presseinformation 2/05 des IDW.

21 Vgl. Mittelstand gegen IFRS in FAZ vom 20. 1. 2006.

ernsthafte Diskussionen mit dem Ziel im Gange, eine ökonomisch sachgerechte Definition und Abgrenzung des Eigenkapitals von Fremdkapital in IAS 32 und damit eine entsprechende Änderung dieses Rechnungslegungsstandards zu erreichen.

V. Gesetzgeberische Lösungswege

Was den Gesetzgeber anbetrifft, so kann er mit einem Federstrich ganze Bibliotheken zu Makulatur machen. So wäre denkbar, dass der deutsche Gesetzgeber die einschlägigen Kündigungs- und Auszahlungsregelungen einfach streicht. Das wäre wohl in Grenzen noch mit dem Charakter der körperchaftlich strukturierten Genossenschaft vereinbar. Denn bei ihr handelt es sich als juristischer Person um eine, abgesehen von einer evtl. Nachschusspflicht der Mitglieder, selbstständige Haftungseinheit. Und so ist in der Tat ein solcher Federstrich des deutschen Gesetzgebers für Genossenschaften in gewissen Grenzen nicht unwahrscheinlich. Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Einführung der Europäischen Genossenschaft und zur Änderung des Genossenschaftsrechts sieht die satzungsmäßige Möglichkeit der Festsetzung eines Mindestkapitals (§ 8 a EGenG)²² sowie eine weitere Satzungsermächtigung vor, wonach die Satzung einer Genossenschaft auch ohne Festsetzung eines Mindestkapitals die Voraussetzungen, die Modalitäten und die Frist für die Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens abweichend von der allgemeinen gesetzlichen Regelung in § 73 Abs. 1 bis 3 GenG festlegen kann (§ 73 Abs. 4 EGenG). Damit soll Genossenschaften, die ihren Konzernabschluss nach den Internationalen Rechnungslegungsstandards aufstellen wollen, ermöglicht werden, Geschäftsguthaben trotz IAS 32 ganz oder teilweise weiterhin als Eigenkapital zu bilanzieren²³. Das erfordert nach der derzeitigen Fassung des IAS 32 einen vollständigen bzw. teilweisen Ausschluss der Rückzahlungsverpflichtung hinsichtlich des Auseinandersetzungsguthabens, also einen erheblichen Eingriff in die Rechtsposition der vorhandenen Genossenschaftsmitglieder. Deshalb sieht der Regierungsentwurf im Falle entsprechender Satzungsbeschlüsse u. a. für jedes Mitglied ein außerordentliches Kündigungsrecht vor (§ 67 a Abs. 1 EGenG) mit der Möglichkeit des Abzugs seines Geschäftsguthabens²⁴.

Eine gesetzgeberische Lösung, die der für Genossenschaften vorgesehenen entsprechen würde, wäre für Personengesellschaften angesichts der persönli-

22 Vgl. zu der Bedeutung eines Mindestkapitals allg. als kollektive Haftungszusage Schön, Der Konzern 2004, 162, 166.

23 So ausdrücklich Begr./Reg. EGenG zu § 73 Abs. 4.

24 Dennoch würden satzungsmäßige Regelungen gemäß §§ 8 a, 73 Abs. 4 EGenG zumindest bei vielen landwirtschaftlichen Genossenschaften problematisch bleiben, da bei ihnen die Geschäftsguthaben ihrer Mitglieder häufig als Altersvorsorge dienen, die Mitglieder also gerade nicht vorzeitig ausscheiden wollen.

chen Haftung (eines Teils) ihrer Gesellschafter und der deswegen im Vergleich zu Kapitalgesellschaften prinzipiell andersartigen rechtlichen Bedeutung des eingebrachten Kapitals²⁵ kaum sachgerecht. Eine solche gesetzgeberische Lösung ist aber auch generell unbefriedigend.

VI. Lösungsansatz bei IAS 32 selbst

Es liegt an der Regelung in IAS 32 selbst, dass IAS 32 insbesondere in der Anwendung auf Unternehmen in der Rechtsform einer Personengesellschaft oder Genossenschaft zu den dargelegten ökonomisch nicht nachvollziehbaren Ergebnissen führt. Dass dies so ist, beruht entscheidend auf dem bereits ausgeführten Umstand, dass IAS 32, unabhängig von seiner grundsätzlichen Definition des Eigenkapitals als Residualvermögen, bei der Abgrenzung von Eigenkapital und Fremdkapital entscheidend auf die Rückzahlbarkeit und deren Voraussetzungen abstellt und damit in einer gänzlich einseitigen, im Wesentlichen nur die Sicht des Unternehmens (als Emittent) berücksichtigenden Weise²⁶ die Definition des Eigenkapitals wesentlich einschränkt. Die Dauerhaftigkeit ist sicherlich ein wichtiges Kriterium für Eigenkapital. Das gilt im Grundsatz für Unternehmen in jeder Rechtsform. Insoweit soll hier ein Hinweis auf die §§ 172 Abs. 4, 172 a HGB und auf die naheliegenderweise besonders intensive Diskussion über die Kapitalerhaltung bei Kapitalgesellschaften, insbesondere bei der GmbH genügen²⁷. IAS 32 vernachlässigt jedoch im Ergebnis völlig das entscheidende Kriterium für Eigenkapital, nämlich die seinem Residualcharakter entsprechende und vor allem für die Gläubiger wichtige, aber auch für die Investoren interessante Haftungsfunktion bzw. Nachrangigkeit im Insolvenzfall²⁸. Die Folge ist ein Auseinanderfallen von gesellschaftsrechtlichem und bilanziellem Eigenkapital bei deutschen Unternehmen in der Rechtsform einer Personengesellschaft und Genossenschaft, falls sie die Internationalen Rechnungslegungsstandards anwenden. Insoweit wird IAS 32 offensichtlich seiner eigenen Maxime „substance over form“²⁹ nicht gerecht. Die Anwendung von IAS 32 bei diesen Unternehmen führt damit auch zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der Dokumentationsfunktion der Bilanzen dieser Unternehmen, und zwar ebenso zu Lasten der Gläubiger wie der

25 Vgl. Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, 32. Aufl., Einl. vor § 105 Rdn. 13.

26 So ausdrücklich IAS 32 selbst in Ziff. 1, *Iserl/Schaber* (Fn. 15), S. 299, 301; *Merkt* (Fn. 12), § 253 Rdn. 56; *Lüdenbach/Hoffmann* (Fn. 5), S. 1042, 1044.

27 Vgl. *Kubner*, ZGR 2005, 753 ff.; *Mülbert*, Der Konzern 2004, 151 ff.; *Schön* (Fn. 22), S. 162 ff.

28 Vgl. zur Funktion von Eigenkapital *Haller* in: Gerke (Hrsg.), Handwörterbuch des Bank- und Finanzwesens, 2. Aufl. 1995, S. 1058 unter „Kapital der Aktiengesellschaft“; *Leuschner/Weller* (Fn. 6), S. 261, 262 f.; IDW, Stellungnahme HFA 1/1994 (Fn. 6), Ziff. 2.1.1.

29 IAS 32 Ziff. 15.

Investoren bzw. Gesellschafter oder Genossenschaftsmitglieder³⁰. Denn für beide Adressatengruppen ist es von wesentlicher Bedeutung zu wissen, wieviel ein Unternehmen Kapital besitzt, das im Verlust- bzw. Insolvenzfall eine Haftungsfunktion wahrnimmt.

Aus diesen Gründen sind die Bemühungen, bei IAS 32 selbst anzusetzen mit dem Ziel, in diesem Rechnungslegungsstandard eine auch der Haftungsfunktion des Eigenkapitals genügende und damit wirtschaftlich sachgerechte Definition des Eigenkapitals und seiner Abgrenzung von Fremdkapital zu erreichen, der richtige Weg. Dies gilt im Übrigen auch deswegen, weil mittelfristig damit zu rechnen ist, dass die Internationalen Rechnungslegungsstandards und damit auch IAS 32 auch von nicht kapitalmarktorientierten Unternehmen zumindest für ihre Konzernabschlüsse zwingend anzuwenden sein werden³¹. Es ist daher sehr zu begrüßen, dass in dieser Hinsicht durchaus erfolgversprechende Aktivitäten im Gang sind, um für die Eigenkapitalregelung in IAS 32 eine sachgerechte Lösung zu entwickeln.

Nicht zuletzt aufgrund erneuter Initiativen des IDW und des Deutschen Rechnungslegungs Standards Committee (DRSC)³², aber auch angesichts von Initiativen aus anderen Mitgliedsländern der EU wie Frankreich, Italien und Spanien setzt sich das IASB wieder grundsätzlich mit der Eigenkapitaldefinition und damit der Abgrenzung von Eigenkapital und Fremdkapital in der Bilanz auseinander³³. Dabei spielt die Auffassung des US-amerikanischen Financial Accounting Standards Board (FASB) eine bedeutsame Rolle. Das FASB beschloss im Oktober 2004, bei der Eigenkapitaldefinition vom ownership/settlement approach auszugehen³⁴. Der ownership/settlement approach stellt für die Qualifizierung von Kapital einschließlich von rückzahlbarem Kapital zutreffenderweise entscheidend darauf ab, ob das Kapital eine direct ownership relationship, also eine unmittelbare Eigentümerstellung gewährt. Für eine solche unmittelbare Eigentümerstellung werden die Nachrangigkeit des eingezahlten Kapitals, also seine Verlustabdeckungs- bzw. Haftungsfunktion, und seine Teilhabe an den Chancen des Unternehmens, vor allem an der Unternehmenssubstanz, als maßgeblich angesehen. Die unmittelbare Eigentümerstellung wird danach durch Kapital vermittelt, dessen Funktion in wesentlichen Aspekten der des gesellschaftsrechtlichen Eigenkapitals

30 Vgl. zu diesen Informationszwecken im europäischen und US-amerikanischen Bilanzrecht und damit eines internationalen Bilanzrechts Schön, ZGR 2000, 706, 709 ff. und Kübler, ZHR 1995, 550, 554.

31 Vgl. „Interessenwahrung“ in FAZ vom 20. 1. 2006, sowie die Verweise auf diesbezügliche Äußerungen von Klaus-Peter Naumann, Vorstandssprecher des IDW, in: Bald keine Bilanzen mehr nach dem HGB in FAZ vom 23. 1. 2006 und Die deutsche Rechnungslegung stirbt in FAZ vom 23. 1. 2006.

32 Vgl. Presseinformation des IDW 2/05 vom 2. 3. 2005.

33 Vgl. Isert/Schaber (Fn. 15), S. 357, 364.

34 Vgl. Isert/Schaber (Fn. 15), S. 357, 364; (auch zum Folgenden) Leuschner/Weller (Fn. 6), S. 261, 268 f.

im deutschen Recht entspricht. Der im Hinblick auf eine Änderung des IAS 32 maßgebliche Fortschritt in diesem Zusammenhang ist, dass inzwischen eine Zusammenarbeit des IASB und des FASB vereinbart und ein gemeinsames Konvergenzprojekt „on liabilities and equity“ aufgesetzt wurde. Danach besteht eine realistische Aussicht, dass sich das IASB der Auffassung des FASB über die Grundfunktionen von Eigenkapital anschließt. Findet dann diese Auffassung Eingang in IAS 32, so wäre es möglich, auch nach IAS 32 solches Kapital als Eigenkapital einzuordnen und zu bilanzieren, das – unter ganz bestimmten Voraussetzungen – zwingend rückzahlbar ist.

Die Voraussetzungen der zwingenden Rückzahlbarkeit müssen sicherstellen, dass einem Ex-Post-Opportunismus³⁵ der Gesellschafter bzw. der Genossenschaftsmitglieder vorgebeugt wird. Das erfordert, dass trotz dieser zwingenden Rückzahlbarkeit die Gläubigerschutzaufgabe der Haftungsfunktion des Eigenkapitals gewahrt und dem auch auf die Haftungsfunktion von Unternehmenskapital abzielenden Informationsbedürfnis der Investoren Rechnung getragen wird. Dafür ist im Sinne des Prinzips der Dauerhaftigkeit von Eigenkapital notwendig, aber auch ausreichend, dem Unternehmen sowie seinen Gläubigern und Investoren bei konkreten Kündigungen mit darauf zwingend folgenden Eigenkapitalrückzahlungsverpflichtungen in einer Höhe, die die Bonität des Unternehmens wesentlich beeinträchtigen können, eine angemessene Reaktionszeit einzuräumen, bevor die Eigenkapitalrückzahlung erfolgt. Diese Reaktionszeit soll einerseits dem Unternehmen ermöglichen, sich rechtzeitig Ersatzkapital zu beschaffen. Andererseits soll eine solche Reaktionszeit zum Beispiel Gläubigern deutscher Unternehmen in der Rechtsform einer Personengesellschaft oder Genossenschaft wirksam ermöglichen, ggf. Rechte aus vertraglichen Kapitalschutzklauseln (covenants) wahrzunehmen sowie durch Pfändung des Auseinandersetzungsanspruchs oder Verlangen von Sicherheiten von den Kündigenden die Nachhaftung nach §§ 160, 161 Abs. 2 HGB abzusichern bzw. durch Pfändung eines eventuellen Ein- oder Rückzahlungsanspruchs nach §§ 172, 172a HGB, 22 Abs. 4 GenG oder von Nachschusspflichten nach § 6 Nr. 3 GenG ihre Rechte zu wahren. Verbliebene Gesellschafter bzw. Genossenschaftsmitglieder und eventuell vorhandene sonstige Investoren sollen zum Beispiel frühzeitig abwägen können, ob sie auch von ihren Kündigungsrechten Gebrauch machen; an einer zukünftigen Beteiligung interessierte Dritte sollen früh (weitere) relevante Informationsmöglichkeiten erhalten. In diese Richtung sollten daher die weiteren gemeinsamen Bemühungen von FASB und IASB um eine sachgerechte Lösung der IAS 32-Problematik gehen³⁶. Für eine entsprechende Ausgestaltung der Ei-

35 Vgl. zu diesem Begriff Schön (Fn. 22), S. 162, 168 m. N.

36 Auf die über die Haftungsfunktion und die Dauerhaftigkeit hinausgehenden Anforderungen des FASB wie Teilnahme an der Unternehmenssubstanz kann hier nicht eingegangen werden, es sei deshalb nur der Hinweis angebracht, dass diese Anforderungen jedenfalls abdingbar sein sollten.

genkapitalanforderungen i.S. der Voraussetzungen einer zwingenden Rückzahlbarkeit kommt eine Kombination von Transparenz- und fristenorientierten Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht. So sollten eine Rückzahlungsverpflichtung auslösende Kündigungen ausschließlich zu einem Bilanzstichtag (wie es für Unternehmen in der Rechtsform einer Personengesellschaft nach §§ 132, 161 Abs. 2 HGB oder einer Genossenschaft nach § 65 GenG schon jetzt die gesetzliche, aber für Personengesellschaften nicht zwingende Regel ist) und nur mit einer mindestens einjährigen Kündigungsfrist zulässig sein. Das auf Grund der Kündigung zurückzuzahlende Eigenkapital sollte dann während des Laufs der Kündigungsfrist noch als Eigenkapital ausgewiesen werden können, und zwar nicht zuletzt, um den Unternehmen erforderlichenfalls die Möglichkeit zu belassen, sich rechtzeitig Ersatzkapital zu beschaffen. Jedoch wären die Kündigung und die zukünftige Rückzahlungsverpflichtung im Anhang zu vermerken. Ab dem Bilanzstichtag, zu dem die Rückzahlung fällig wird, wäre dann das zurückzuzahlende Eigenkapital als Fremdkapital auszuweisen³⁷. Eine mindestens einjährige Kündigungsfrist zu einem Bilanzstichtag würde darüber hinaus bei einem die Bonität wesentlich beeinträchtigenden Umfang von Kündigungen ermöglichen, die auf den Zugang der Kündigungen folgende Gesellschafter- bzw. Generalversammlung einschließlich ihres vorbereitenden Materials als Informationsvehikel zu nutzen. Hinzu sollte eine Pflicht der Unternehmen kommen, ihre ihnen ja bekannten Gesellschafter bzw. Mitglieder bei einem die Bonität wesentlich beeinträchtigenden Umfang von Kündigungen unverzüglich nach Zugang der Kündigungen zu informieren. Jedenfalls bei i.S. der HGB-Bilanzierungsvorschriften großen Unternehmen sollten diese Kündigungen außerdem entsprechend der Regelung in § 22 Abs. 1 GenG bei der Herabsetzung des Haftungsumfanges bzw. der Nachschusspflicht und der Regelung in § 30 Abs. 2 GmbHG bei der Rückzahlung von Nachschüssen unverzüglich in ihren satzungsmäßigen Informationsmedien zu veröffentlichen und/oder dem Handelsregister mitzuteilen sein. Diese Voraussetzungen einer zwingenden Rückzahlbarkeit können weitgehend schon durch entsprechende Satzungsbestimmungen geschaffen werden.

Es erscheint insgesamt nicht als unrealistisch, dass auf der Basis der laufenden gemeinsamen Bemühungen von FASB und IASB in absehbarer Zeit eine sachgerechte und praktikable Lösung für die Problematik der Eigenkapitaldefinition und -abgrenzung in IAS 32 erreicht³⁸ und damit auch das aus der jetzigen Fassung des IAS 32 resultierende Problem des Eigenkapitalausweises für deutsche Unternehmen in der Rechtsform einer Personengesellschaft oder Genossenschaft an der zutreffenden Stelle gelöst wird. Dann wird die eingangs gestellte Frage, ob Eigenkapital, das nur unter ganz bestimmten Vorausset-

37 Vgl. hierzu *Leuschner/Weller* (Fn. 6), S. 261, 267.

38 Vgl. *Isert/Schaber* (Fn. 15), S. 357, 364; *Leuschner/Weller* (Fn. 6), S. 261, 267.

zungen, dann aber zwingend zurückzahlen ist, wirklich Eigenkapital sein darf, sachgerechterweise auch für das nach den Internationalen Rechnungslegungsstandards auszuweisende Eigenkapital wieder mit einem klaren Ja zu beantworten sein.

Klaus Kohler