

Der **G**esellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

GesRZ

Festheft für Heinz Krejci zum 75. Geburtstag

Mit einem Geleitwort von **Elisabeth Böhler**

und Beiträgen von

Nikolaus Arnold
Elisabeth Böhler
Markus Dellinger
Michael Enzinger
Stephan Frotz
Thomas Haberer
Hanns F. Hügel
Susanne Kalss
Peter Konwitschka
Christian Nowotny
Walter H. Rechberger

Johannes Reich-Rohrwig
Gerhard Saria
Georg Schima
Karsten Schmidt
Manfred Straube
Rainer van Husen
Arthur Weilingner
Irene Welser
Rudolf Welser
Jörg Zehetner



Linde

Zwischenausschüttungen bei der GmbH

Ein kleiner Beitrag zur Deregulierung des Kapitalschutzrechts

HANNS F. HÜGEL*

Österreich hat in den letzten Jahren seine gute Position in den internationalen Standort-Rankings eingebüßt.¹ Nachteilig ist zunächst die Belastung der Unternehmen durch hohe Steuern. Hinzu kommt der hohe Grad der Regulierung. Mit diesem Phänomen sind Unternehmen und deren Berater fast täglich, vor allem im Gewerberecht, Betriebsanlagenrecht, Umweltrecht, Arbeitnehmerschutzrecht, Datenschutzrecht, um nur die wichtigsten Gebiete zu nennen, konfrontiert. Doch auch Teile des Gesellschaftsrechts sind überreguliert, namentlich das Kapitalschutzrecht. Dazu zählt die Beschränkung der Gewinnverteilung bei der GmbH auf den im Jahresabschluss ausgewiesenen Bilanzgewinn (§ 82 Abs 1 GmbHG). Dieser Beitrag untersucht zunächst, wie dennoch Zwischenausschüttungen durchgeführt werden können. Ferner soll ein rechtspolitischer Beitrag zur Deregulierung im Wege der Zulassung von Vorabauschüttungen aus dem laufenden Gewinn geleistet werden.

I. Überreguliertes Kapitalschutzrecht

Im Kapitalschutzrecht zeichnen Gesetzgebung sowie Rechtsfortbildung durch Fachschrifttum und Gerichte für ein Regelgeflecht verantwortlich, dessen einengende Dichte die Unternehmenspraxis täglich behindert, international ohne Beispiel ist und deshalb bei ausländischen Unternehmen und Juristen vielfach auf Überraschung und Unverständnis stößt. Zu nennen sind: vorgeschaltete Sicherheitsleistungsansprüche bei ordentlicher Kapitalherabsetzung trotz offenkundig fehlender Gefährdung;² regulär nicht auflösbare gebundene Rücklagen nicht nur im Aktien-, sondern auch im GmbH-Recht³

(§ 229 Abs 4-7 UGB), verschärft durch die jüngst erweiterte Ausschüttungsbeschränkung von umgründungsbedingten Aufwertungsgewinnen in § 235 UGB;⁴ Judikatur und Firmenbuchpraxis zum Verbot der kapitalherabsetzenden Umgründung;⁵ Unsicherheiten bei Umgründungen unter Beteiligung überschuldeter Gesellschaften;⁶ die Erstreckung des Einlagenrückgewährverbots auf die GmbH & Co KG mit Folgeproblemen betreffend die analoge Anwendung auch anderer kapitalgesellschaftsrechtlicher Bestimmungen.⁷ Fast alle der vorgenannten Beschränkungen sind etwa im deutschen Gesellschaftsrecht, das mit dem österreichischen in den Grundprinzipien und vielen Einzelregelungen übereinstimmt, zur Gänze unbekannt.

* Univ.-Prof. Dr. Hanns F. Hügel ist Rechtsanwalt in Mödling.

¹ Im Ranking des World Economic Forum ist Österreich von Platz 19 (2011) auf den Platz 23 (2015) abgesunken, im Ranking des Lausanner Instituts für Management-Entwicklung (IMD) von Platz 14 (2010) auf Platz 26 (2015); vgl auch Höller, Mit Österreich geht es weiter bergab, Die Presse vom 5.3.2015; M. Auer, Das Schiff sinkt langsam, aber es sinkt, Die Presse vom 28.5.2015; Abschied von Felix Austria, Handelsblatt vom 13.5.2014; Standort Österreich verliert im internationalen Vergleich, Der Standard vom 2.3.2016; Gaulhofer, Es geht bergab, aber auch voran, Die Presse vom 3.3.2016.

² Wollte zB ein großes Industrieunternehmen sein Grundkapital von 300 Mio € um 100.000 € reduzieren, kann auch der Gläubiger einer noch nicht fälligen Forderung von 10.000 €, dessen Befriedigung hier leicht erkennbar keinesfalls gefährdet sein kann, gem § 178 AktG Sicherheitsleistung verlangen (ebenso im Ergebnis §§ 55 f GmbHG); vorher kann die Kapitalherabsetzung nicht durch Auszahlung des Herabsetzungsbetrags durchgeführt werden. Erfolgt hingegen durch eine Verschmelzung mit einer geringer kapitalisierten Gesellschaft eine erhebliche Verschlechterung der Eigenkapital- und Schuldendeckungsquote, besteht nur ein nachgelagerter Sicherheitsleistungsanspruch, der die Verschmelzung nicht hindert und der zudem von der Gläubigergefährdung abhängt (§ 226 AktG). Abgesehen von diesem eklatanten Wertungswiderspruch und den überschießenden Rechtsfolgen des § 178 AktG und der §§ 55 f GmbHG verlangt auch Art 32 der Kapitalrichtlinie 77/91/EWG seit der Änderung durch die Richtlinie 2006/68/EG (nunmehr Art 36 der Neufassung der Richtlinie 2012/30/EU) eine Sicherheitsleistung nur bei Gefährdungsbescheinigung. Wenig später schränkte das Vereinigte Königreich die schon davor als „over-protective“ eingestufteten Gläubigerrechte in sec. 645 des britischen Companies Act 2006 entsprechend der Richtlinienänderung ein; vgl Gower & Davies, Principles of Modern Company Law⁹ (2012) Rz 13-35.

³ In Deutschland kennt nur das Aktienrecht gebundene Rücklagen, nicht das GmbH-Recht. Der britische Companies Act 2006 regelt zwar ein der gebundenen Kapitalrücklage vergleichbares *premium account*, enthält aber wesentliche Ausnahmen von der Dotierungsverpflichtung, insb im Falle von Umgründungen, und vor allem die Möglichkeit, das *premium account* in Anwendung der Kapitalherabsetzungsvorschriften aufzulösen; vgl die Hinweise bei Hügel, Zur Verrechnung des Spaltungsverlustes mit gebundenem und ungebundenem Eigenkapital, in FS Ch. Nowotny (2015) 573 (584 f). Warum gebundene Rücklagen in Österreich und Deutschland „härter“ sind als Nennkapital, das durch ordentliche Kapitalherabsetzung reduziert werden kann, ist unerfindlich. Dass der Umweg über Kapitalberichtigung und Herabsetzung des eben erst erhöhten Nennkapitals unbeanstandet bleibt, spricht für sich.

⁴ Sowohl Gesetzgebungsprozess als auch Inhalt dieser (international einmaligen) Ausschüttungsbeschränkung sind zu kritisieren: Fiskalinteressen rechtfertigen keine Beschränkungen der unternehmensrechtlichen Bilanzierung; Kritik nach Erlassung der Regelung bei Hügel, Umgründungsbilanzen (1997) Rz 2.37. Die Erweiterung der Auflösungs- und Ausschüttungssperre durch das AbgÄG 2015, BGBl I 2015/163, auf alle umgründungsbedingten Aufwertungsgewinne erfolgte im (sachwidrigen) „Abtausch“ gegen die Rücknahme von Wahlrechtsbeschränkungen bei der steuerrechtlichen Einlagenrückzahlung.

⁵ Zur Kritik vgl Hügel, Kapital entsperrende und Gewinn realisierende Verschmelzungen, in FS Maier-Reimer (2010) 265. Artverwandt sind die Forderung nach einem Mindestbetrag der Haftsummen (§ 171 Abs 1 UGB) bei errichtender Umwandlung einer KG in Höhe des Stammkapitals der umgewandelten GmbH (Kritik bei Kals, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² [2010] § 5 UmwG Rz 110) sowie die (analoge) Erstreckung des Verbots eines „kapitalherabsetzenden Effekts“ bei Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) 418 und in der teilweise gleichlautenden Praxis der Firmenbuchgerichte auf die Einbringung von Anteilen an einer GmbH & Co KG in die Komplementär-GmbH.

⁶ Die ohnedies unübersichtliche und teilweise widersprüchliche Rspr (Nachweise bei Kals, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 224 AktG Rz 65; Hügel, Grenzüberschreitende und nationale Verschmelzungen im Steuerrecht [2009] § 1 UmgrStG Rz 50) wurde durch die OGH-Entscheidung vom 20.3.2013, 6 Ob 48/12w, in für die Gestaltungspraxis unberechenbarer Weise verschärft; Kritik bei Brugger, Ende des Special Purpose Vehicle (SPV) durch 6 Ob 48/12w? NZ 2013, 208; Karollus, 6 Ob 48/12w: Das Ende der bisherigen LBO-/MBO-Finanzierungspraxis? GES 2013, 283; Richter, Verbotene Einlagenrückgewähr bei einer Up-Stream-Verschmelzung, ZIK 2013, 84; Artmann, Einlagenrückgewähr – uralte und dennoch immer wieder neu, in FS H. Torggler (2013) 49. Einiges spricht für ein schlichtes „Judizierversehen“. Die dadurch verursachte Rechtsunsicherheit belastet die Transaktionspraxis gleichwohl in erheblichem Ausmaß.

⁷ Zu Kritik und Antikritik vgl die Beiträge in Artmann/Rüffler/Torggler, Die GmbH & Co KG iES nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? (2011).

Gerade in der gegenwärtigen Zeit wirtschaftlicher Stagnation ist die Senkung der Kosten der Unternehmen⁸ durch Deregulierung⁹ eine drängende gesetzgebungspolitische Aufgabe. Dazu soll dieser Aufsatz einen kleinen Beitrag leisten.

II. Vermögensbindung (§ 82 GmbHG) und Zwischenausschüttungen

Gem § 82 Abs 1 GmbHG ist der sich aus dem Jahresabschluss ergebende Bilanzgewinn, soweit dieser nicht aus dem Gesellschaftsvertrag oder durch einen Gesellschafterbeschluss von der Verteilung ausgeschlossen ist, an die Gesellschafter auszuschütten. Um die (teilweise) Thesaurierung von Gewinnen zu ermöglichen, wird der Gesellschaftermehrheit in der GmbH-Satzung gewöhnlich die Ermächtigung zur Bildung von Rücklagen (§ 35 Abs 1 Z 1 GmbHG) eingeräumt.¹⁰

Die Bindung der Gewinnausschüttung an den in einem Jahresabschluss ausgewiesenen Bilanzgewinn steckt die Reichweite der Vermögensbindung ab: Diese besteht in einer materiellen Bindung und einer Verfahrensbindung. Sie beschränkt Ausschüttungen zunächst auf nach Gewinnermittlungsrecht (Bilanzrecht; 3. Buch des UGB) bestimmte, insb bilanzrechtlich realisierte Gewinne (materielle Bindung). Zusätzlich dürfen nur im gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilungsverfahren (Aufstellung des Jahresabschlusses, Abschlussprüfung, Feststellung, Gewinnverteilungsbeschluss) freigegebene Gewinne (sog Bilanzgewinn) ausgeschüttet werden (Verfahrensbindung).¹¹

⁸ Das Verbot der kapitalherabsetzenden Verschmelzung hat die Fusion zweier bedeutender Unternehmen (ohne erkennbaren Nutzen) mehrere Jahre verhindert, die „Prognose“ der Entwicklung der gebundenen Rücklagen, gesellschaftsrechtliche Beratung und Abstimmung mit dem Firmenbuchgericht erzeugten erheblichen Beratungsaufwand; vgl die Hinweise bei Hügel, Verschmelzungen, 273 f. Wenige Bestimmungen erfordern so oft Beratung wie § 235 UGB. Die „Auflösung“ gebundener Rücklagen bewältigt die Praxis aufwendig und mühsam (Sicherheitsleistung!) durch Kapitalberichtigung und Kapitalherabsetzung (siehe oben FN 3). Wie nach der OGH-Entscheidung vom 29.5.2008, 2 Ob 225/07p, die Realteilung einer GmbH & Co KG durchgeführt werden soll, weiß niemand (zum Problem Hügel, Vermögensbindung und Kapitalschutz bei Sachdividende und Realteilung der GmbH und GmbH & Co KG, in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Die GmbH & Co KG iES nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? [2011] 111). Die Befürworter der Analogie zu § 82 GmbHG haben sich damit nicht befasset. In seiner neuesten Untersuchung beschränkt sich *Karollus* (Einlagenrückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht, in *Leitner*, Handbuch Verdeckte Gewinnausschüttung² [2014] 1 [15 ff]) auf die Verteidigung der (viel kritisierten) Analogie des OGH, erwähnt die in *Artmann/Rüffler/Torggler* (GmbH & Co KG iES) aufgezeigten und diskutierten, umfangreichen Folgeprobleme aber mit keinem Wort. Auch *Reich-Rohrwig* (Kapitalerhaltung) erörtert nicht die Realteilung einer GmbH & Co KG. Die im Wege zu „kreativer“ Rechtsfortbildung erzeugten, im Text genannten Hindernisse haben – wie leicht einsichtig – ebenfalls gesteigerten Beratungs- und Bewältigungsaufwand zur Folge. Vielleicht übt deswegen das Beraterschifftrum kaum Kritik; vgl aber den „*Hilferuf eines Firmenbuchrichters*“ bei G. Nowotny, Verschmelzungen nach der „Down-Stream-Merger-E“, *ecolx* 2000, 722 und 800.

⁹ Ein dramatisches Beispiel außerhalb des Kapitalschutzrechts ist die Frage der Geltung oder Nichtgeltung der *Holzmilller-* und *Gelatine-*Judikatur des BGH (BGH 25.2.1982, II ZR 174/80, BGHZ 83, 122; 26.4.2004, II II ZR 155/02, AG 2004, 384) in Österreich (Meinungsstand bei *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² [2012] § 103 Rz 28 ff). Da der OGH bereits zweimal offengelassen hat, ob er dieser Judikatur folgen will (OGH 11.3.1996, 1 Ob 566/95; 9.10.2014, 6 Ob 77/14p), bleibt der zur Transaktionssicherheit gezwungenen Praxis nichts anderes übrig, als vorsichtsweise ihre Geltung anzunehmen und bei (möglicherweise) „schwerwiegend“ (!) „in die Rechte“ (welche?) „und Interessen“ (!) der Aktionäre (so BGH 25.2.1982, II ZR 174/80) eingreifenden Maßnahmen vorweg *Holzmilller-*Beschlüsse der Hauptversammlung einzuholen. Da die Geltung der Judikatur aber offen ist, besteht Rechtsunsicherheit auch hinsichtlich der relevanten Transaktionsarten (nur Ausgliederungen und Veräußerungen oder auch Erwerbsvorgänge?) sowie des vom BGH angenommenen *safe harbor* (Hauptversammlungszuständigkeit erst ab etwa 75 % ungeklärter Kennzahlen; dazu *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 103 Rz 33). Obwohl er das Recht der Hauptversammlung im AktRAG 2009, BGBl I 2009/71, durchgreifend neu gestaltete, hat sich der Gesetzgeber dem offenkundigen Regelungsproblem bisher nicht gestellt.

¹⁰ Zur ausreichend präzisen Formulierung der Thesaurierungsermächtigung iSd § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG vgl *Reich-Rohrwig*. Das österreichische GmbH-Recht¹² (1997) Rz 3/199; Hügel, Gewinnverwendung und Thesaurierung in der AG und der GmbH, in FS *Reich-Rohrwig* (2014) 49.

¹¹ Im Einzelnen Hügel, Verdeckte Gewinnausschüttung und Drittvergleich im Gesellschafts- und Steuerrecht, in *Kalss/U. Torggler*, Einlagenrückgewähr (2014) 19 (25 ff).

Diese strikte Vermögensbindung entspricht jener des Aktienrechts (§ 52 AktG). Aus ihr folgt zunächst die Unzulässigkeit verfahrensfreier (formloser) Entnahmen.¹² Zusätzlich kann nur der sich aus dem Jahresabschluss ergebende Bilanzgewinn ausgeschüttet werden. Wie im Aktienrecht darf aufgrund eines Zwischenabschlusses oder anderer Berechnungsgrundlagen keine Gewinnausschüttung erfolgen.¹³ Anderenfalls wären zwei Formen der Zwischenausschüttung zulässig: Zunächst könnten ungebundene (Gewinn- oder Kapital-)Rücklagen des letzten Jahresabschlusses im Zwischenabschluss aufgelöst und (nach Verrechnung mit allfälligen Verlustvorträgen) als Bilanzgewinn ausgewiesen werden; das wirtschaftlich gleiche Ergebnis kann allerdings durch Änderung des letzten Jahresabschlusses erreicht werden (dazu unten Pkt III.2.). Praktisch wichtiger wäre die Möglichkeit, den seit dem Stichtag des letzten Jahresabschlusses realisierten, aufgrund eines Zwischenabschlusses oder einer (formfreien) Berechnung der Geschäftsführer ermittelten laufenden Gewinn ausschütten zu können. Doch aufgrund der Erwähnung des Jahresabschlusses in § 82 Abs 1 GmbHG ist die Vorabauschüttung aus dem laufenden Gewinn¹⁴ nach österreichischem GmbH-Recht nicht möglich.¹⁵ Dass dies unbefriedigend ist, weiß die Gesellschaftsrechtspraxis seit Langem. Die fehlende Berechtigung des geltenden Rechts kann anhand des folgenden Falles aus meiner Praxis besonders deutlich demonstriert werden:

Ein ausländischer Konzern hielt im Wege einer österreichischen Zwischenholding-GmbH eine ausländische operative Gesellschaft, die Rohstoffe förderte. War die Fördertätigkeit erfolgreich, sollten hohe Ausschüttungen durch die Zwischenholding-GmbH – möglichst ohne Zeitverlust – an die ausländische Konzernspitze „durchgeleitet“ werden. Die Gewinnausschüttung der ausländischen Gesellschaft führte jedoch nur mit zeitlicher Verzögerung – unter Umständen von mehr als einem Jahr – zum Ausweis eines Bilanzgewinns. Die sofortige „Weiterleitung“ der Liquidität war gem § 82 GmbHG nur in Form eines *Upstream-*Darlehens möglich, das später mit dem – erst mit der geschilderten zeitlichen Verzögerung entstehenden – Dividendenanspruch verrechnet werden konnte. Abgesehen von Fragen der Besicherung des Darlehensanspruchs erforderte die Darlehensgewährung sowohl nach gesellschaftsrechtlichen (§ 82 GmbHG) als auch steuerrechtlichen (§ 9 Abs 2 KStG) Grundsätzen die Verrechnung von Darlehenszinsen; diese unterlagen der österreichischen Körperschaftsteuer.

Diese Erschwernisse führten bei den ausländischen Konzernjuristen zu großem Erstaunen. Österreich war offenkundig die einzige Jurisdiktion, in welcher die Weiterleitung durch Vorabauschüttung aus dem laufenden Ergebnis nicht möglich war, obwohl – angesichts des Liquiditätszuflusses und des Fehlens jeglicher operativer Tätigkeiten mit Verlustrisiken – an der Realisierung des laufenden

¹² *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ (2007) § 82 Rz 12 („offene Leistungen“); Hügel, Verdeckte Gewinnausschüttung, 27 f.

¹³ Aufgrund des Fehlens einer § 54a AktG (Abschlagszahlung auf den Bilanzgewinn) entsprechenden Regelung ist das GmbH-Recht in wertungswidersprüchlicher Weise sogar strenger als das Aktienrecht.

¹⁴ In Deutschland, wo die Vorabauschüttung zulässig ist, sind auch die Begriffe „Abschlagsdividende“ oder „Zwischendividende“ üblich.

¹⁵ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 82 Rz 12 (mit Darstellung des Meinungsstandes); Hügel, Verdeckte Gewinnausschüttung, 28.

Gewinns und dem Fehlen jeglicher Gläubigerrisiken nicht zu zweifeln war.

Doch § 82 GmbHG ist nicht nur in einem derartigen, die Problematik zugespitzt auf den Punkt bringenden Sachverhalt hinderlich; vielmehr treten in der Praxis häufig Fälle auf, in denen eine Vorabausschüttung aus einem unzweifelhaft vorliegenden laufenden Gewinn an § 82 GmbHG scheitert.

In meinem Beitrag sollen zunächst Praxisgestaltungen dargestellt und auf ihre Zulässigkeit untersucht werden, die *de lege lata* bestimmte Formen der Zwischenausschüttung ermöglichen (dazu unten Pkt III.). Danach wird nach einem kurzen Rechtsvergleich mit Deutschland, dem Vereinigten Königreich und Frankreich ein rechtspolitischer Vorschlag zur Zulassung von Vorabausschüttungen aus dem laufenden Gewinn erstattet (dazu unten Pkt IV.).

Heinz Krejci hat die positivistische Entwicklung des österreichischen Unternehmensrechts wie kaum ein anderer beeinflusst. Zu nennen sind: die eingetragene Erwerbsgesellschaft, das HaRÄG,¹⁶ das neue VerG und zuletzt die seit Langem überfällige Reform der GesBR.¹⁷ Sollte mein – auch rechtspolitischer – Beitrag zur Gewinnverteilung in der GmbH sein Interesse finden, würde mich dies sehr freuen.

III. Nachtragsausschüttungen

1. Änderung des Gewinnverteilungsbeschlusses

Oft ergibt sich nach Feststellung des Jahresabschlusses und Fassung des Gewinnverteilungsbeschlusses der Wunsch, noch vor dem Jahresabschluss über die laufende Rechnungsperiode eine nachträgliche Ausschüttung vorzunehmen. Wie oben dargestellt, kann dies nicht als Vorabausschüttung aus dem laufenden Gewinn gestaltet werden. Vielmehr kann eine nachträgliche Ausschüttung nur aus Gewinnen, die im letzten Jahresabschluss ausgewiesen sind, erfolgen. Dies soll hier als „Nachtragsausschüttung“ bezeichnet werden.

Eine Nachtragsausschüttung ist zunächst im Wege einer Änderung des letzten Gewinnverteilungsbeschlusses möglich. Allgemein können Gesellschafterbeschlüsse durch einen (zweiten) Gesellschafterbeschluss aufgehoben werden.¹⁸ In gleicher Weise ist auch die Abänderung eines Gesellschafterbeschlusses zulässig. Allerdings ist die Aufhebung oder Änderung eines Gesellschafterbeschlusses unzulässig, wenn der Beschluss Rechte von Gesellschaftern begründet hat; insb der Eingriff in Dividendenansprüche ist unzulässig.¹⁹ Doch bei den hier untersuchten Fragen geht es nicht um die Beschränkung entstandener, sondern um die Begründung neuer Dividendenansprüche.

Die Nachtragsausschüttung hängt vom Vorliegen eines ausreichenden Bilanzgewinns ab. Durch bloße Änderung des Gewinnverteilungsbeschlusses kann eine Nachtragsausschüttung somit bewirkt werden, wenn der im letzten Jahresabschluss ausgewiesene Bilanzgewinn nicht bereits aufgrund des (ersten) Gewinnverteilungsbeschlusses ausgeschüttet

wurde. Der restliche Bilanzgewinn kann im Wege des Abänderungsbeschlusses verteilt werden.

Wie ein restlicher Bilanzgewinn kann auch ein im Jahresabschluss ausgewiesener Gewinnvortrag im Wege der Änderung des Gewinnverteilungsbeschlusses (nachträglich) ausgeschüttet werden.²⁰

Allerdings hat die Nachtragsausschüttung – wie auch die „reguläre“ (erste) Gewinnausschüttung – zu unterbleiben, wenn das Vermögen der Gesellschaft durch eingetretene Verluste oder Wertminderungen erheblich und voraussichtlich nicht bloß vorübergehend geschmälert worden ist (§ 82 Abs 5 GmbHG).

Gegenüber der nachstehend behandelten Alternative der Änderung des festgestellten Jahresabschlusses (dazu unten Pkt III.2.) hat die Änderung (bloß) des Gewinnverteilungsbeschlusses den Vorteil, dass keine Nachtragsprüfung des geänderten Jahresabschlusses (§ 268 Abs 3 UGB) stattfinden muss. Ferner soll die Änderung des festgestellten Jahresabschlusses vom Vorliegen eines wirtschaftlichen Grundes abhängig sein; für die Änderung des Gewinnverteilungsbeschlusses ist dies unstrittig nicht der Fall.

Wegen dieser Vorteile wird in der Praxis, insb wenn sich bereits der Bedarf nach einer Nachtragsausschüttung abzeichnet, zunehmend dem Ausweis des gesamten Gewinns im Bilanzgewinn oder dem Gewinnvortrag der Vorzug vor der Dotierung von Gewinnrücklagen gegeben; denn die Auflösung einer zunächst gebildeten Gewinnrücklage würde die Änderung des festgestellten Jahresabschlusses erfordern.

Der Gewinnverteilungsänderungsbeschluss ist samt dem Vorschlag der Geschäftsführung für die (geänderte) Gewinnverteilung (§ 22 Abs 3 GmbHG) beim Firmenbuchgericht einzureichen (§ 277 Abs 1 Satz 1 UGB). Dass in diesem Fall die ab dem Bilanzstichtag laufende, neunmonatige Frist nicht eingehalten werden kann, akzeptiert das Gesetz sogar bei Änderung des festgestellten Jahresabschlusses (§ 277 Abs 1 Satz 3 UGB); dies ist erst recht beim geänderten Gewinnverteilungsbeschluss unbedenklich.

2. Änderung des festgestellten Jahresabschlusses

Sind im Jahresabschluss keine ausreichenden ausschüttungsfähigen Beträge (Bilanzgewinn, Gewinnvortrag) ausgewiesen, kann eine Nachtragsausschüttung unter bestimmten Voraussetzungen durch Änderung des Jahresabschlusses im Wege einer Änderung des Feststellungsbeschlusses der Generalversammlung (§ 35 Abs 1 Z 1 GmbHG) herbeigeführt werden.

Am einfachsten ist die Änderung, wenn im Jahresabschluss verwendbares Eigenkapital – also ungebundene Gewinn- oder Kapitalrücklagen – ausgewiesen ist. Rücklagen können zwar nicht durch eine bloße Änderung des Gewinnverteilungsbeschlusses – gewissermaßen „direkt“ – ausgeschüttet werden, denn ausschüttungsfähig ist gem § 82 Abs 1 GmbHG eben nur der „Bilanzgewinn“; ebenso wie die Dotierung einer ungebundenen Gewinnrücklage zulasten des ausgewiesenen Bilanzgewinns im Rahmen der Feststellung des Jahresabschlusses erfolgt (§ 231 Abs 2 Z 24 bzw Abs 3 Z 23

¹⁶ Handelsrechts-Änderungsgesetz, BGBl I 2005/120.

¹⁷ GesBR-Reformgesetz (GesBR-RG), BGBl I 2014/83.

¹⁸ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 34 Rz 8; *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG*, § 34 Rz 25.

¹⁹ Siehe FN 18.

²⁰ So auch zum Aktienrecht *Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung und Prüfung der Unternehmen*⁶, § 174 AktG Rz 25; allgemein zum Gewinnvortrag *Hügel, Gewinnverwendung*, 52 f.

UGB), kann die Erhöhung des Bilanzgewinns durch Auflösung von ungebundenen Rücklagen nur im Rahmen des Feststellungsbeschlusses (§ 31 Abs 2 Z 22 und 23 bzw Abs 3 Z 21 und 22 UGB) erfolgen. Geschieht dies nicht bei der (ursprünglichen) Feststellung des Jahresabschlusses, muss somit durch einen weiteren Generalversammlungsbeschluss der Feststellungsbeschluss geändert werden; zusätzlich ist der Gewinnverwendungsbeschluss zu ändern.

Während die Unterscheidung zwischen diesen (zu ändernden) Beschlüssen bei der AG angesichts der unterschiedlichen Organzuständigkeiten (§ 96 Abs 4 AktG) von erheblicher praktischer Bedeutung ist, entscheidet bei der GmbH sowohl über Feststellung als auch Gewinnverwendung – und folglich auch über die Änderung der betreffenden Beschlüsse – die Generalversammlung, in aller Regel (je nach Satzungsgestaltung) mit einfacher Mehrheit (vgl § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG).

Obwohl die Auflösung ungebundener Rücklagen nur die Eigenkapitalgliederung, nicht aber die Ansätze der übrigen Bilanzpositionen ändert und folglich keine Bewertungsfragen aufwirft, muss auch bei einer derartigen Änderung (im Falle einer der Abschlussprüfung unterliegenden GmbH) gem § 268 Abs 3 UGB eine Nachtragsprüfung stattfinden.²¹ Dennoch hat die Nachtragsprüfung auch materielle Bedeutung: Denn für den veränderten Jahresabschluss ist ein neuer Wertaufhellungszeitpunkt maßgeblich. Dies ist gem § 201 Abs 2 Z 4 lit b UGB der „Tag der Aufstellung des Jahresabschlusses“, im vorliegenden Zusammenhang somit der Tag der Aufstellung des geänderten Jahresabschlusses.²² Über die Formulierung des § 201 Abs 2 Z 4 lit b UGB hinausgehend sind nicht nur bis zum Wertaufhellungsstichtag gewonnene Erkenntnisse über „erkennbare Risiken und drohende Verluste“, sondern auch positive wertaufhellende Umstände zu berücksichtigen.²³

Zusätzlich ist im Rahmen der Nachtragsprüfung zu untersuchen, ob nach dem Bilanzstichtag erhebliche Verluste oder Wertminderungen eingetreten sind, die nach § 82 Abs 5 GmbHG im ursprünglichen Jahresabschluss ausgewiesene Gewinne von der Verteilung ausschließen. Derartige Vermögensminderungen stehen naturgemäß auch der Verteilung aufgelöster Rücklagen entgegen.

Seltener wird es in Betracht kommen, zusätzliches Ausschüttungspotenzial nicht durch Rücklagenauflösung, sondern durch Änderung von Bilanzansätzen, zu schaffen. Eine derartige (materielle) Änderung eines gesetzlich zulässigen Jahresabschlusses (sog Bilanzänderung)²⁴ ist zulässig.²⁵ Im

Ergebnis wird sie durch eine abweichende Ausübung von Ansatz- und Bewertungswahlrechten erfolgen. Das bilanzrechtliche Schrifttum will derartige Änderungen vom Vorliegen eines wirtschaftlichen Grundes abhängig machen. Was darunter zu verstehen ist, wird in aller Regel unscharf, häufig generalklauselartig, und mit unterschiedlichen Formulierungen umrissen.²⁶ Bemerkenswertes Detail am Rande: Selten unterbleibt im bilanzrechtlichen Schrifttum der Hinweis, steuerliche Gründe könnten eine Änderung rechtfertigen,²⁷ doch gerade darin soll nach Meinung der österreichischen Finanzverwaltung kein „wirtschaftlicher Grund“ liegen, der das Finanzamt zu der nach § 4 Abs 2 Z 1 EStG erforderlichen Zustimmung verpflichtet.²⁸

Indessen erfordert die Änderung eines Jahresabschlusses – jedenfalls bei einer GmbH²⁹ – keine derartige Begründung;³⁰ Zunächst ist zu berücksichtigen, dass das Erfordernis des wirtschaftlichen Grundes in der literarischen Diskussion nach einer (zweifelhaften) Entscheidung des BGH zum Aktienrecht stattgefunden hat.³¹ Maßgeblich für die Ablehnung der Änderung des Jahresabschlusses durch eine „bloße Sinnesänderung“ war ersichtlich die Vorstellung, die Feststellung des Jahresabschlusses durch den Vorstand und den Aufsichtsrat der AG habe zu einer „Gewinnanwartschaft“ geführt und damit zur Berechtigung der Aktionäre, darüber in der Hauptversammlung zu entscheiden. In diese „Gewinnanwartschaft“ könne ab dem Zeitpunkt der Bekanntmachung des Jahresabschlusses vor der Hauptversammlung nicht mehr eingegriffen werden. Abgesehen davon, dass die Durchbrechung der so begründeten Endgültigkeit des Jahresabschlusses bei Vorliegen eines wirtschaftlichen Grundes nicht ohne Weiteres einsichtig wäre,³² geht die Argumentation im GmbH-Recht ins Leere, denn hier liegen beide Entscheidungen – Feststellung und Gewinnverteilung – in denselben Händen.

Gewichtiger war früher³³ die Begründung der „Endgültigkeit“ des festgestellten Jahresabschlusses aus seiner Rechts-

²⁶ Vgl etwa die Darstellung bei Barz, Abänderung festgestellter Jahresabschlüsse einer Aktiengesellschaft, in FS Schilling (1973) 127 (139 ff); weiters Liebscher in MünchKomm GmbHG², § 46 Rz 34 mwN; eingehend Welf Müller, Die Änderung von Jahresabschlüssen, in FS Quack (1991) 359 (361 ff); Weiling, Jahresabschluss, Rz 945 ff.

²⁷ Welf Müller, Änderung von Jahresabschlüssen, 364; Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung⁶, § 172 AktG Rz 56; Ludwig/Wiedermann-Ondrej in Hirschler, Bilanzrecht (2010) § 268 UGB Rz 17.

²⁸ Rz 656 der EStR 2000: „Wirtschaftlich unbegründet ist eine Bilanzänderung vor allem dann, wenn sie bloß der Erlangung zunächst nicht erkannter steuerlicher Vorteile oder dem Ausgleich steuerlicher Nachteile dient oder wenn damit Steuernachforderungen (auf der Basis entsprechender Berichtigung der Besteuerungsgrundlagen durch die Abgabenbehörde) ausgeglichen werden sollen (VwGH 25.10.1995, 94/15/0035).“

²⁹ Wie die Frage bei der AG zu beurteilen ist, wird hier nicht näher untersucht; vgl aber die Hinweise in FN 32 und 33.

³⁰ Ebenso im Ergebnis Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG, § 35 Rz 14; K. Schmidt in Scholz, GmbHG II¹¹ (2013) § 46 Rz 25.

³¹ Barz, Abänderung festgestellter Jahresabschlüsse, 128 ff (in Auseinandersetzung mit BGH 24.1.1957, II ZR 208/55, JZ 1957, 313).

³² Diese Durchbrechung des Erfordernisses und die im Schrifttum genannte Kasuistik ausreichender wirtschaftlicher Gründe, die keinerlei System erkennen lässt, sprechen freilich dafür, dass das Erfordernis auch beim AG-Jahresabschluss kritisch zu sehen ist. Die im Text genannte Begründung mit einer aufgrund der Feststellung des Jahresabschlusses begründeten „Gewinnanwartschaft“ der Aktionäre rechtfertigt die erschwerte Abänderbarkeit jedenfalls nicht, wenn (bei einer geschlossenen Gesellschaft) alle Aktionäre der Änderung zustimmen. Dies wird bei Konzerngesellschaften in aller Regel möglich sein.

³³ Vor der Kodifizierung der Rechnungslegung im deutschen HGB aufgrund des Bilanzrichtlinien-Gesetzes (BiRiLiG), dBGBl I 1985, 2355, war die Bekanntmachung des AG-Jahresabschlusses in § 177 dAktG geregelt. Die Bestimmung enthielt keine § 325 Abs 1 Satz 6 dHGB vergleichbare fristunabhängige Regelung betreffend

²¹ Bormann in Hennrichs/Kleindiek/Watrin, Münchener Kommentar zum Bilanzrecht II (2013) § 316 HGB Rz 39 („Änderung des Abschlusses etwa durch die Entnahme aus den Rücklagen“).

²² Unscharf N. Müller/Wiedermann in Straube/Ratka/Rauter, UGB II³, § 268 Rz 41, die sich nicht zum Wertaufhellungszeitpunkt äußern, sondern lediglich die auch bei der Nachtragsprüfung bestehende Notwendigkeit, wertaufhellende Tatsachen zu überprüfen, betonen; zutreffend Bormann in MünchKomm Bilanzrecht, § 316 HGB Rz 50 („verlängerter Zeitraum zwischen Aufstellung des (ursprünglichen) Abschlusses und Durchführung der (Nachtrags-)Prüfung, der für die Berücksichtigung von wertaufhellenden Tatsachen relevant ist“); allgemein zur Berücksichtigung von Erkenntnissen zwischen Aufstellung und Feststellungsbeschluss AFRAc-Stellungnahme „Wertaufhellung und Wertbegründung vor und nach Aufstellung von Jahres- und Konzernabschlüssen“ vom Juni 2011.

²³ Tiedchen in MünchKomm Bilanzrecht, § 252 HGB Rz 39 mwN.

²⁴ Auf die Bilanzberichtigung zur Änderung unrichtiger Bilanzansätze wird hier nicht eingegangen.

²⁵ Vgl Adler/Düring/Schmaltz, Rechnungslegung⁶, § 172 AktG Rz 49 ff; Weiling, Die Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses im Handels- und Gesellschaftsrecht (1997) Rz 945 ff.

natur als „Erklärung an die Öffentlichkeit“.³⁴ Doch das moderne Rechnungslegungsrecht berücksichtigt gerade auch die Offenlegung geänderter Jahresabschlüsse, selbst ohne Einhaltung der für den (ursprünglichen) Jahresabschluss geltenden neunmonatigen Frist (§ 277 Abs 1 Satz 3 UGB; § 325 Abs 1 Satz 6 dHGB).

Wie auch eine Änderung des Gewinnverteilungsbeschlusses darf auch eine Änderung des festgestellten Jahresabschlusses nicht in entstandene Gewinnansprüche eingreifen; der einstimmige Beschluss einer Vollversammlung (Anwesenheit aller Gesellschafter) vermag freilich auch dies, allerdings nur, wenn die Ausschüttung noch nicht erfolgt ist.

Für die Nachtragsprüfung ist jener Abschlussprüfer zuständig, der die ursprüngliche Prüfung durchgeführt hat.³⁵

Die Änderung des Jahresabschlusses unterliegt – wie bereits erwähnt – schließlich der Zustimmung des Finanzamtes; die Zustimmung ist gem § 4 Abs 2 Z 1 EStG zu erteilen, wenn die Änderung wirtschaftlich begründet ist. Relevant ist dies nur für die Maßgeblichkeit des Jahresabschlusses für die steuerrechtliche Gewinnermittlung (§ 5 EStG; § 7 Abs 2 Satz 2 KStG). Die gesellschaftsrechtliche Verbindlichkeit des geänderten Jahresabschlusses hängt nicht von der Zustimmung des Finanzamtes ab.

IV. Vorabausschüttungen aus dem laufenden Gewinn

1. Vorbemerkung

Wie einleitend referiert, stößt das aus § 82 Abs 1 GmbHG folgende Verbot von Vorabausschüttungen bei ausländischen Juristen auf Überraschung und Befremden. Im Zuge des folgenden Rechtsvergleichs wird dies verständlich. Zunächst liegt wegen zahlreicher Parallelitäten im Gesellschaftsrecht der Vergleich mit dem deutschen GmbH-Recht nahe (dazu unten Pkt IV.2.). Weiters ist auch ein Blick in das moderne Gesellschaftsrecht des britischen Companies Act 2006 (CA 2006) lehrreich, denn selbst das traditionell liberale englische Gesellschaftsrecht lässt Vorabausschüttungen nicht unbegrenzt zu (dazu unten Pkt IV.3.). Nach einem kurzen Blick in das französische Gesellschaftsrecht als einem Vertreter des romanischen Rechtskreises (dazu unten Pkt IV.4.) wird ein Reformvorschlag erstattet (dazu unten Pkt IV.5.).

2. Deutsches GmbH-Recht

Auf den ersten Blick könnte angenommen werden, die Zulässigkeit von Vorabausschüttungen habe ihren Grund in der geringeren Kapitalbindung nach deutschem GmbH-Recht: Während § 82 Abs 1 GmbHG – wie § 52 AktG – die Bindung des gesamten Gesellschaftsvermögens, inklusive ungebundener Rücklagen und stiller Reserven, statuiert,³⁶

ist die Kapitalerhaltung nach § 30 Abs 1 dGmbHG auf die Stammkapitalziffer beschränkt. Dies ist in § 30 Abs 1 Satz 1 dGmbHG als Auszahlungsverbot formuliert: „Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft darf an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden.“ Allein daraus folgt indessen noch kein Gegensatz zum österreichischen Kapitalerhaltungsrecht, denn das in § 82 Abs 1 Halbsatz 1 GmbHG geregelte Verbot der Auszahlung der „Stammeinlage“ entspricht der Bindung der Stammkapitalziffer.

Von diesem auf die Stammkapitalziffer beschränkten Kapitalerhaltungsgrundsatz ist die aus § 82 Abs 1 Halbsatz 2 GmbHG abgeleitete Vermögensbindung zu unterscheiden, die einerseits das gesamte Vermögen unter Einschluss der offenen Rücklagen und stillen Reserven umfasst und andererseits die oben beschriebene Verfahrensbindung, aus der wiederum das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung folgt, beinhaltet. Doch auch hier scheint die Rechtslage in Deutschland vergleichbar zu sein, denn auch nach § 29 Abs 1 dGmbHG sind einerseits der bilanzielle Ausweis eines Bilanzgewinns³⁷ und andererseits ein Beschluss über die Ergebnisverwendung erforderlich (§ 29 Abs 2 und § 42a Abs 2 dGmbHG).

Der wesentliche Unterschied im Gesetzeswortlaut besteht darin, dass § 29 dGmbHG – anders als § 82 Abs 1 GmbHG – nicht auf den „nach dem Jahresabschluss ... sich ergebenden Bilanzgewinn“ abstellt. Durch welches Verfahren der ausschüttungsfähige Gewinn ermittelt wird, ist nach deutschem GmbH-Recht nicht determiniert.³⁸

Einvernehmen besteht in Schrifttum und Rspr zum deutschen GmbH-Recht, dass Vorabausschüttungen aus dem laufenden Gewinn zulässig sind und – wie die reguläre Gewinnausschüttung aufgrund des Jahresabschlusses – gem § 46 Z 1 dGmbHG einen Gewinnverteilungsbeschluss der Gesellschafter voraussetzen. Kein Einvernehmen hingegen besteht über die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen:³⁹ Eine Mindermeinung hält eine Satzungsermächtigung für erforderlich.⁴⁰ Die Beschränkung auf den bis zur Ausschüttung realisierten Überschuss wird offenkundig nicht für erforderlich gehalten; nach überwiegender Meinung genügt es, wenn sich aufgrund einer begründeten Gewinnprognose ein ausreichender Jahresüberschuss im Rahmen der gesamten laufenden Rechnungsperiode abzeichnet, der nicht durch einen Verlustvortrag aufgezehrt wird. Vereinzelt wird dies als überzogen und – wegen der Prognoseproblematik – als unpraktikabel bezeichnet; das Entstehen eines ausreichenden Jahresüberschusses sei nur eine auflösende Bedingung, deren Eintritt die (verschuldensunabhängige) Rückzahlungsverpflichtung des Gesellschafters auslöse.⁴¹ Jedenfalls müsse aber § 30 Abs 1 dGmbHG eingehalten werden.⁴² Die hM empfiehlt die

die Einreichung geänderter Jahresabschlüsse; ebenso die damalige österreichische Parallelvorschrift des § 142 AktG. Somit hätte vor dem BiRiLiG argumentiert werden können, die Veröffentlichung des (ursprünglichen) Jahresabschlusses auf Basis der früheren Rechtslage begründe das Vertrauen der Öffentlichkeit auf die Endgültigkeit des publizierten Jahresabschlusses. Tatsächlich wurde freilich bereits damals die Änderung des Jahresabschlusses beim Vorliegen wirtschaftlicher Gründe für zulässig gehalten.

³⁴ Welf Müller, Änderung von Jahresabschlüssen, 359 („Erklärung gegenüber Kreditgebern und anderen Vertragspartnern des Kaufmanns ... und erst schließlich Erklärung an die interessierte Öffentlichkeit, jedenfalls soweit auf gesetzlicher oder freiwilliger Basis eine Publizierung erfolgt“).

³⁵ N. Müller/Wiedermann in Straube/Ratka/Rauter, UGB IP³, § 268 Rz 34.

³⁶ Zusammenfassend Hügél, Verdeckte Gewinnausschüttung, 25 ff.

³⁷ § 29 Abs 1 dGmbHG: „Die Gesellschafter haben Anspruch auf den Jahresüberschuss zuzüglich eines Gewinnvortrags und abzüglich eines Verlustvortrags“. Unter Außerachtlassung der Dotierung von Gewinnrücklagen entspricht dies dem Bilanzgewinn.

³⁸ Grundlegend Ballerstedt, Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften (1949) 89; G. Hueck, Gewinnvorschuss bei der GmbH, ZGR 1975, 133 (138 ff).

³⁹ Nachweise bei Ekkenga in MünchKomm GmbHG², § 29 Rz 98; weiters Welf Müller in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG II (2006) § 29 Rz 136 ff.

⁴⁰ Nachweise bei Welf Müller in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG II, § 29 Rz 136 ff (samt Kritik).

⁴¹ Welf Müller in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG II, § 29 Rz 140 (gegen die hM).

⁴² Welf Müller in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG II, § 29 Rz 140; Verse in Scholz, GmbHG I¹¹ (2012) § 29 Rz 108; anders etwa G. Hueck, ZGR 1975, 143.

Aufstellung einer Zwischenbilanz, dies – folgerichtig – nicht zur Feststellung eines Rumpfjahresüberschusses, sondern zur Überprüfung der Erhaltung des Stammkapitals,⁴³ ohne dies als zwingende Voraussetzung der Vorabausschüttung anzusehen; erst recht muss die Zwischenbilanz nicht geprüft sein.

Dies verstößt nicht gegen Unionsrecht: Nach Art 34 der Bilanzrichtlinie 2013/34/EU⁴⁴ ist die Abschlussprüfung nur beim Jahresabschluss (und Konzernabschluss) obligatorisch, nicht bei einer Zwischenbilanz. Die Kapitalrichtlinie 2012/30/EU,⁴⁵ die die ausschüttungsbegrenzende Funktion des Jahresabschlusses (Art 17 Abs 1) sowie die Begrenzung von Abschlagsdividenden (Art 17 Abs 5) statuiert, gilt nur für die AG.

Auch das nach deutschem GmbH-Recht bei entsprechender Satzungsregelung für zulässig gehaltene formlose, gewinnunabhängige Entnahmerecht⁴⁶ verstößt somit nicht gegen Unionsrecht.

3. Die Private Limited Company des britischen Companies Act 2006

Die der (österreichischen und deutschen) GmbH nahekommende *private limited company*⁴⁷ kann Gewinnausschüttungen unter den in Part 23 des CA 2006 („*distributions*“) geregelten Voraussetzungen vornehmen. Sec. 830 (2) CA 2006 beschränkt die Gewinnverteilung auf die „*akkumulierten realisierten Gewinne*“ abzüglich realisierter Verluste.⁴⁸ Maßgeblich sind die *individual accounts*, also der Einzelabschluss.⁴⁹ Ein Stammkapital, das als Ausschüttungssperre wirkt, ist bei der *private limited company* nicht vorgesehen.⁵⁰ Die sec. 836 ff CA 2006 regeln die „*justification of distribution by reference to accounts*“. Die *accounts* werden entweder nach UK GAAP (sec. 396 CA 2006) oder nach IAS aufgestellt (sec. 836 (1) (b) CA 2006). Für Zulässigkeit und Bemessung der Ausschüttung sieht sec. 836 (2) CA 2006 primär die Maßgeblichkeit des Jahresabschlusses (*last annual accounts*) und subsidiär einen Zwischenabschluss (*interim accounts*) vor: „*The relevant accounts are the company's last annual accounts, except that (a) where the distribution would be found to contravene this Part by*

reference to the company's last annual accounts, it may be justified by reference to interim accounts ...“

Im Ergebnis bedeutet dies, dass Vorabausschüttungen zulasten des laufenden Gewinns nur subsidiär möglich sein sollen; primär sind Gewinne aus den Vorperioden auf Basis des letzten Jahresabschlusses auszuschütten.⁵¹ Nur wenn dieser keine ausschüttungsfähigen Gewinne ausweist, kann das Ausschüttungsinteresse der Gesellschafter durch Vorabausschüttung aus dem laufenden Gewinn befriedigt werden. Warum beim Vorliegen (unausgeschütteter) Gewinne aus Vorperioden und laufendem Gewinn kein Wahlrecht eingeräumt wird, ist nicht ohne Weiteres klar. Ein Grund könnte darin liegen, dass die Anforderungen an den Jahresabschluss höher sind als jene an einen Zwischenabschluss:

Soll bzw kann die Ausschüttung aufgrund des Jahresabschlusses erfolgen, muss⁵² eine Abschlussprüfung stattgefunden haben (sec. 837 (3) CA 2006).⁵³ Liegt ein eingeschränkter Bestätigungsvermerk (*qualified report*) vor, muss in diesem ausgeführt sein, ob die zur Einschränkung führenden Umstände „*material for determining whether a distribution would contravene this Part*“ sind. Eine Kopie des Bestätigungsvermerks ist den Gesellschaftern zu übermitteln (sec. 837 (4) (b) CA 2006), dies offenkundig zur Warnung vor der Rückzahlungspflicht, die nach sec. 847 (2) CA 2006 eingreift, wenn der Gesellschafter den Verstoß gegen Part 23 CA 2006 kennt oder ihm *reasonable grounds* für einen derartigen Verstoß erkennbar waren.

Erfolgt die Ausschüttung hingegen aufgrund eines Zwischenabschlusses, muss dieser zwar die gleichen inhaltlichen Anforderungen erfüllen wie ein Jahresabschluss, der zur Ausschüttung führt; dies umfasst nach sec. 836 (1) und 838 (1) CA 2006 einerseits den vollständigen Ausweis von *profits, losses, assets* und *liabilities* und andererseits die Einhaltung entweder von UK GAAP (sec. 395 (1) (a) und 396 CA 2006) oder von IAS (sec. 395 (1) (b) CA 2006). Der wesentliche Unterschied zwischen Ausschüttungen aufgrund des Jahresabschlusses einerseits und aufgrund eines Zwischenabschlusses andererseits besteht aber darin, dass der Zwischenabschluss keiner Abschlussprüfung und keines Bestätigungsvermerks bedarf.⁵⁴

4. Die französische Société à responsabilité limitée (s.a.r.l.)

In Übereinstimmung mit Art 34 der Bilanzrichtlinie 2013/34/EU unterliegt der Jahresabschluss der s.a.r.l. – des französischen Pendantes zur GmbH – der Abschlussprüfung. Nach Art L.232-12 des Code de Commerce⁵⁵ kann eine s.a.r.l. eine Vorausdividende ausschütten, wenn dies durch den Gewinn in einer Zwischenbilanz gedeckt ist. Allerdings ist die Bestätigung der Bilanz durch einen Wirtschaftsprüfer erforderlich.

⁴³ G. Hueck, ZGR 1975, 153 f; dagegen etwa Welf Müller in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG II, § 29 Rz 141.

⁴⁴ Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates, ABl L 182 vom 29.6.2013, S 19.

⁴⁵ Richtlinie 2012/30/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2012 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 54 Absatz 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl L 315 vom 14.11.2012, S 74.

⁴⁶ Welf Müller in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG II, § 29 Rz 155; Verse in Scholz, GmbHG I¹, § 29 Rz 112; BGH 12.12.1983, II ZR 14/83, NJW 1984, 1037.

⁴⁷ Zu den unter den CA 2006 fallenden Körperschaften vgl sec. 1 ff CA 2006. *Partnerships* unterliegen anderen gesetzlichen Regelungen; vgl Gower & Davies, Modern Company Law⁹, Rz 1-2 ff.

⁴⁸ Der „Bilanztest“ wurde aufgrund der Kapitalrichtlinie 2012/30/EU in den CA 2006 aufgenommen und – obwohl die Kapitalrichtlinie 2012/30/EU nur für AGs gilt – auch für die *private limited company* statuiert; vgl Gower & Davies, Modern Company Law⁹, Rz 12-5.

⁴⁹ Gower & Davies, Modern Company Law⁹, Rz 12-5.

⁵⁰ Anders sec. 831 CA 2006 aufgrund der Kapitalrichtlinie 2012/30/EU im Falle einer *public company* gem sec. 831 CA 2006.

⁵¹ Dies gilt auch für mehrfache Gewinnausschüttungen; vgl Gower & Davies, Modern Company Law⁹, Rz 12-7.

⁵² Abgesehen von einer *small company* (sec. 477 ff CA 2006).

⁵³ Thole in Schall, Companies Act (2014) sec. 837 Rz 5.

⁵⁴ Thole in Schall, Companies Act, sec. 836 Rz 3.

⁵⁵ „Après approbation des comptes annuels et constatation de l'existence de sommes distribuables, l'assemblée générale détermine la part attribuée aux associés sous forme de dividendes. Toutefois, lorsqu'un bilan établi au cours ou à la fin de l'exercice et certifié

5. Vorabausschüttungen nach österreichischem Recht de lege ferenda

Gründe für die Nichtzulassung von Vorabausschüttungen sind nicht zu erkennen: Das Gesetz enthält keine Wertung, die eine kurzfristige, einjährige Thesaurierung des Gewinns in der laufenden Rechnungsperiode bis zur nächsten Gewinnausschüttung fordert. Zudem kann die Liquidität der Gesellschaft auch durch ein *Upstream*-Darlehen entzogen werden. Der kurze Rechtsvergleich zeigt, dass auch andere Rechtsordnungen kein entgegenstehendes Thesaurierungsinteresse der Gesellschaft anerkennen. Er bestätigt meine praktische Erfahrung, dass das *De-facto*-Verbot der Zwischenausschüttung des § 82 Abs 1 GmbHG international einmalig sein dürfte.

Bestehen keine Gründe für ein derartiges Verbot, muss es schon deswegen aufgehoben werden, weil die Rechtsordnung Privatautonomie und unternehmerische Freiheit nur dort zu beschränken hat, wo dies unerlässlich ist. ISd berühmten Satzes aus dem „Geist der Gesetze“ von *Montesquieu*: „Wenn es nicht notwendig ist, ein Gesetz zu machen, dann ist es notwendig, kein Gesetz zu machen.“ Eine Maxime rechtspolitischen Handelns, die in Österreich allzu häufig missachtet wird.

Schwieriger ist die Frage nach den Voraussetzungen einer Vorabausschüttung.

Hier muss zunächst die materielle Frage entschieden werden, ob nur der in der Rumpfperiode bis zur Zwischenausschüttung nach allgemeinem Bilanzrecht realisierte Rumpfjahresüberschuss zuzüglich ungebundene Rücklagen und Gewinnvortrag abzüglich Verlustvortrag laut letztem Jahresabschluss (sog Rumpfgewinn) verteilt werden darf oder ob ein Vorschuss auf einen möglichen, künftigen Gewinn der laufenden Periode zugelassen wird. Mehrere Gründe sprechen für die erste Alternative:⁵⁶ Zunächst sollte der Wertungsgleichklang mit der „regulären“ Gewinnausschüttung aufgrund des Jahresabschlusses gewahrt werden: Nicht durch den Rumpfgewinn gedeckte Ausschüttungen wären eine Durchbrechung der strengen Vermögensbindung des § 82 GmbHG. Wären Zwischenausschüttungen demgegenüber privilegiert, bestünde Umgehungsgefahr: Die Gesellschafter könnten geneigt sein, der GmbH finan-

zielle Mittel deswegen im Wege einer Zwischenausschüttung zu entziehen, weil die Ausschüttungsfähigkeit aufgrund des sich abzeichnenden Jahresergebnisses ausgeschlossen oder zumindest zweifelhaft ist. Hinzu kommt: Ist die Zwischenausschüttung nicht durch den Rumpfgewinn gedeckt, wird die Abgrenzung zum Darlehen problematisch. Das Steuerrecht würde wohl eine verdeckte Gewinnausschüttung in Höhe der nicht verrechneten Zinsen vom ungedeckten Ausschüttungsbetrag annehmen. Ohne Not sollte aber der Gleichklang von Gesellschafts- und Steuerrecht, der im österreichischen GmbH-Recht durch die strenge Vermögensbindung des § 82 GmbH bewirkt wird, auch bei Zwischenausschüttungen nicht gestört werden.

Davon zu trennen ist die Frage nach den Verfahrensvoraussetzungen der Vorabausschüttung:

Der Rechtsvergleich hat drei Modelle gezeigt: In Frankreich gleichen die Ausschüttungsvoraussetzungen jenen bei der (regulären) Gewinnausschüttung aufgrund des Jahresabschlusses (zwingende Aufstellung einer prüfungspflichtigen Zwischenbilanz). Somit kann nur ein realisierter Rumpfgewinn ausgeschüttet werden. Da die Zwischenausschüttung in Deutschland nicht von einem Rumpfgewinn abhängt, wird konsequenterweise auch keine Zwischenbilanz, geschweige denn eine Prüfung durch einen Wirtschaftsprüfer, verlangt. Bei Ausschüttungen, die durch das Jahresergebnis nicht gedeckt sind, werden die GmbH und ihre Gläubiger durch die Haftung der Gesellschafter, die auch ohne Schlechtgläubigkeit eingreift, geschützt.

Das englische Modell ist ein wenig konsequenter Mittelweg: Verzichtet das Gesetz auf die Objektivierung durch einen Wirtschaftsprüfer und überlässt es folglich die Überprüfung allein den Geschäftsführern und der Sorgfalt der Gesellschafter, sollte diesen freigestellt bleiben, wie sie das Vorliegen eines ausreichenden Rumpfgewinns überprüfen. Wie das Eingangsbeispiel zeigt, kann es Situationen geben, in denen die Überprüfung des Vorliegens eines Überschusses auch ohne Aufstellung einer Bilanz verlässlich möglich ist.

Somit reduziert sich die Frage, ob die Feststellung des ausschüttungsfähigen Rumpfgewinns den Geschäftsführern und der – zwecks Haftungsvermeidung einzuhaltenden – Sorgfalt der Gesellschafter zu überlassen ist oder ob die Prüfung durch einen Wirtschaftsprüfer, die – entsprechend der Abschlussprüfung – einen Zwischenabschluss zum Gegenstand hat, verlangt werden soll. Für Letzteres könnte die Gleichbehandlung mit Gewinnausschüttungen aufgrund eines Jahresabschlusses sprechen. Allerdings wäre dem entgegenzuhalten, dass Aufbringung und Erhaltung des Nennkapitals (zuzüglich gebundener Rücklagen) die Übertragung von Liquidität an die Gesellschafter nicht ausschließen. Anders gewendet: Es existiert kein Prinzip, wonach das gesamte Garantiekapital (Nennkapital zuzüglich gebundener Rücklagen) von der Bonität der Gesellschafter unabhängig sein muss. So ist das über die Mindestinzahlung hinausgehende Stammkapital nicht durch übertragene Liquidität,⁵⁷ sondern nur durch eine Forderung gegen den Gesellschafter aufgebracht und folglich von der Bonität des Gesell-

par un commissaire aux comptes fait apparaître que la société, depuis la clôture de l'exercice précédent, après constitution des amortissements et provisions nécessaires, déduction faite s'il y a lieu des pertes antérieures ainsi que des sommes à porter en réserve en application de la loi ou des statuts et compte tenu du report bénéficiaire, a réalisé un bénéfice, il peut être distribué des acomptes sur dividendes avant l'approbation des comptes de l'exercice. Le montant de ces acomptes ne peut excéder le montant du bénéfice défini au présent alinéa. Ils sont répartis aux conditions et suivant les modalités fixées par décret en Conseil d'Etat. Tout dividende distribué en violation des règles ci-dessus énoncées est un dividende fictif. Übersetzt: „Nach Genehmigung des Jahresabschlusses und Feststellung des verteilbaren Gewinns bestimmt die Generalversammlung den auf die Gesellschafter in Form der Dividende entfallenden Anteil. Wenn aber eine von einem Wirtschaftsprüfer bestätigte Bilanz im Laufe oder am Ende eines Geschäftsjahres zeigt, dass die Gesellschaft seit dem Schluss des vorangegangenen Geschäftsjahres nach Berücksichtigung von Abschreibungen und notwendigen Rückstellungen, Abzug von allfälligen Verlusten aus Vorjahren sowie nach Gesetz oder Satzung in eine Rücklage einzustellenden Reserven und Berücksichtigung des Gewinnvortrags, einen Gewinn realisiert hat, darf eine Vorausdividende vor Genehmigung des Jahresabschlusses des laufenden Geschäftsjahres ausgeschüttet werden. Der Betrag dieser Vorausdividenden darf den Gewinnbetrag wie im vorliegenden Absatz definiert, nicht übersteigen. Sie (i.e. die Vorausdividenden) werden gemäß den Bedingungen und der Modalitäten, die durch Dekret des Conseil d'Etats festgesetzt werden, verteilt. Jegliche Dividende, die diesen Bestimmungen widerspricht, ist eine fiktive Dividende.“

⁵⁶ Dann ist ein zusätzliches Erfordernis iS einer positiven Gewinnerwartung für die gesamte laufende Periode nicht zweckmäßig, denn bereits erkennbare Verluste in der Restperiode (zwischen Ausschüttungsentscheidung und Ende des Geschäftsjahres) müssten das Rumpfergebnis nach allgemeinem Bilanzrecht aufgrund einer Drohverlustrückstellung mindern.

⁵⁷ § 6a Abs 1 GmbHG; Vollaufbringung aber nach § 6a Abs 4 GmbHG iVm § 28a AktG.

schafters abhängig. Auch *Upstream*-Darlehen sind nicht schlichtweg untersagt. Abweichend davon hatte zunächst der BGH die Darlehenshingabe der GmbH an einen Gesellschafter im Falle einer Unterbilanz – ungeachtet der Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs – als Verstoß gegen § 30 dGmbHG gewertet. Der deutsche Gesetzgeber hat diese Judikatur korrigiert und *Upstream*-Darlehen durch Einfügung von Satz 3 in § 30 Abs 1 dGmbHG zugelassen.⁵⁸ Auch nach österreichischem GmbH-Recht ist die Gewährung eines *Upstream*-Darlehens bei Vollwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs zulässig.⁵⁹

Somit sprechen die besseren Gründe gegen eine zwingende Anordnung der Aufstellung eines prüfungspflichtigen Zwischenabschlusses zwecks Ermöglichung einer Vorabauschüttung aus dem laufenden Rumpfjahresüberschuss. Ist die Ausschüttung durch das Ergebnis nicht gedeckt, sollte der Rückgewähranspruch allerdings abweichend von § 83 Abs 1 GmbHG nicht von der Schlechtgläubigkeit des empfangenen Gesellschafters abhängen. Die Entgegennahme einer durch den zur Prüfung des kommenden Jahresabschlusses bestellten Abschlussprüfer⁶⁰ nicht geprüften Vorabauschüttung erfolgt dann auf Risiko des empfangenden Gesellschafters (und unter der Haftung der Geschäftsführer). Die Situation stimmt mit jener bei einer Darlehensgewährung an den Gesellschafter überein.⁶¹ Der Vorteil dieser Lösung liegt darin, der GmbH und dem Gesellschafter bei zweifelsfreiem Vorliegen eines Rumpfgewinns die Kosten der Aufstellung des Zwischenabschlusses und der Prüfung zu ersparen. Zu denken ist ferner an den Fall, dass die Vorabauschüttung erheblich niedriger ist als der, wenn auch nur grob geschätzte Rumpfjahresüberschuss; die euro-genaue Ermittlung und Prüfung des Gewinns ist hier – anders als bei Feststellung des auch Informationszwecken dienenden Jahresabschlusses – nicht erforderlich.

Für Vorabauschüttungen ist ein Gewinnverwendungsbeschluss zu fordern. Dieser muss wie der jährliche Gewinnverwendungsbeschluss (§ 277 Abs 1 Satz 1 UGB) durch Einreichung zum Firmenbuch offengelegt werden.

V. Ergebnisse

1. *Vorschläge zur Begriffsbildung*: Erfolgt nach der „regulären“, jährlichen Gewinnausschüttung des im Jahresabschluss ausgewiesenen Bilanzgewinns eine weitere Ausschüttung, wird diese hier als „Zwischenausschüttung“ bezeichnet. Dabei kann es sich um eine „Nachtragsauschüttung“ oder eine „Vorabauschüttung“ handeln. Von einer „Nachtragsauschüttung“ wird gesprochen, wenn Gewinnbeträge aus bereits abgeschlossenen Gewinnermittlungsperioden verteilt werden; dies kann durch eine Änderung des jährlichen Gewinnverteilungsbeschlusses – unter

Umständen nach Änderung des Jahresabschlusses im Wege einer Änderung des Feststellungsbeschlusses – erfolgen. Wird hingegen der bis zum Zwischenausschüttungsbeschluss erzielte (Rumpf-) Gewinn verteilt, sollte von einer „Vorabauschüttung“ – iS eines Akontos auf die aufgrund des nächsten Jahresabschlusses auszuschüttende Dividende – gesprochen werden.

2. *Zulässigkeit von Zwischenausschüttungen de lege lata*: Eine Nachtragsauschüttung kann durch Änderung des jährlichen Gewinnverwendungsbeschlusses bewirkt werden, wenn der letzte festgestellte Jahresabschluss noch unverteilten Bilanzgewinn oder einen Gewinnvortrag ausweist. Die Auflösung von Gewinn- oder Kapitalrücklagen des Jahresabschlusses erfordert hingegen eine Änderung des Jahresabschlusses und folglich des Feststellungsbeschlusses. Gleiches gilt für Schaffung (weiteren) Ausschüttungspotenzials durch die gewinn-erhöhende, vom (ursprünglichen) Jahresabschluss abweichende Ausübung von Ansatz- und Bewertungswahlrechten; eine derartige Änderung des Jahresabschlusses erfordert jedenfalls im GmbH-Recht keinen besonderen wirtschaftlichen Grund. Da eine Ausschüttung gem § 82 Abs 1 GmbHG nur aus dem „nach dem Jahresabschluss ... sich ergebenden Bilanzgewinn“ erfolgen kann, sind Vorabauschüttungen aus dem Ergebnis der laufenden Periode unzulässig.

3. *Rechtsvergleich*: Das deutsche GmbH-Recht ermöglicht Vorabauschüttungen ohne Aufstellung einer Zwischenbilanz, die durch einen Wirtschaftsprüfer zu prüfen ist. Der britische CA 2006 verlangt lediglich die Aufstellung einer Zwischenbilanz (*interim account*), nicht aber die Prüfung der Zwischenbilanz. Bei der französischen s.a.r.l. ist eine von einem Wirtschaftsprüfer bestätigte Zwischenbilanz (*bilan établi au cours ou à la fin de l'exercice et certifié par un commissaire aux comptes*) erforderlich.

4. *De lege ferenda*: Vorabauschüttungen aus dem Gewinn der laufenden Rumpfperiode sollten auch im österreichischen GmbH-Recht zugelassen werden:

- Die Vorabauschüttung muss durch den Rumpfjahresüberschuss zuzüglich ungebundenen Rücklagen und Gewinnvortrag abzüglich Verlustvortrag laut letztem Jahresabschluss gedeckt sein. Dies haben die Geschäftsführer zu überprüfen. Den Geschäftsführern bleibt es überlassen, zu entscheiden, ob zu diesem Zweck ein Zwischenabschluss aufgestellt und ob dieser einer freiwilligen Prüfung durch den Abschlussprüfer unterzogen wird.
- Die Vorabauschüttung bedarf eines Gewinnverwendungsbeschlusses. Dieser ist zum Firmenbuch einzureichen (Erweiterung von § 277 Abs 1 Satz 3 UGB).
- Erfolgte eine Vorabauschüttung nicht auf Basis eines vom Abschlussprüfer geprüften Zwischenabschlusses und ist die Ausschüttung in der Folge durch den Jahresüberschuss der laufenden Periode unter Berücksichtigung von Verlustvorträgen, ungebundenen Rücklagen und eines allfälligen Gewinnvortrags nicht gedeckt, haften die Gesellschafter der GmbH auf Rückzahlung des Fehlbetrags unabhängig von subjektiven Voraussetzungen (Ausnahme von § 83 Abs 1 Satz 2 GmbHG).

⁵⁸ Vgl etwa *Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²⁰ (2013) § 30 Rz 1 f; *Verse* in *Scholz*, GmbHG I¹¹, § 30 Rz 76 ff.

⁵⁹ Im Einzelnen *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung, 173 ff.

⁶⁰ Die Gutgläubenseinrede des § 83 Abs 1 Satz 2 GmbHG soll lediglich bei Prüfung durch den bestellten Abschlussprüfer zustehen.

⁶¹ In Deutschland wird dasselbe Ergebnis aufgrund einer stillschweigenden Rückzahlungsvereinbarung oder nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen erzielt; vgl *Welf Müller* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG II, § 29 Rz 145; *Verse* in *Scholz*, GmbHG I¹¹, § 29 Rz 109 ff.

GesRZ-JAHRESABO

INKLUSIVE **ONLINEZUGANG**
UND **APP** ZUM HEFT-DOWNLOAD



BESTELLEN SIE JETZT IHR JAHRESABO

Ja, ich bestelle Exemplare

GesRZ-Jahresabo 2016 inkl. Onlinezugang und App

(45. Jahrgang 2016, Heft 1-6)

EUR 160,-

Alle Preise exkl. MwSt. und Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderung und Irrtum vorbehalten.

Name/Firma _____ Kundennummer _____

Straße/Hausnummer _____

PLZ/Ort _____ E-Mail _____

Telefon (Fax) _____ Newsletter: ja nein

Datum/Unterschrift _____

Handelsgericht Wien, FB-Nr.: 102235X, ATU 14910701, DVR: 000 2356

Linde Verlag Ges.m.b.H.
Scheydgasse 24
PF 351, 1210 Wien
Tel: 01 24 630-0
Bestellen Sie online unter
www.lindeverlag.at
oder via E-Mail an
office@lindeverlag.at
oder per Fax
01/24 630-53