

Prospekthaftung/Gewährleistung Anlageberatung

AfA zivilrechtlich

Vorbehalts-Fruchtgenuss

Das Hypothekar- und

Immobilienkredit-Gesetz

Europäischer Handball

Schiedsgerichtsverfahren

Der Fall Zielpunkt

Zusammenschluss nach KartG?

Schwarzarbeiter

Sozialversicherungsbeiträge

Familienunternehmen

Rechtsformwahl/Steuroptimierung

Die Ausschüttungssperre des § 235 Abs 1 UGB nach dem AbgÄG 2015

Im Zuge des AbgÄG 2015 wurde § 235 Abs 1 UGB neugefasst und der Anwendungsbereich der darin enthaltenen Ausschüttungssperre deutlich erweitert. Hinkünftig sind Gewinne insoweit ausschüttungsgesperrt, als diese durch Umgründungen unter Ansatz des beizulegenden Wertes entstanden sind und aus der Auflösung von Kapitalrücklagen stammen, nicht als Kapitalrücklage ausgewiesen werden können oder der beizulegende Wert für eine Gegenleistung angesetzt wurde. Für Anwachsungen gem § 142 UGB gilt dies sinngemäß.

SEBASTIAN BERGMANN

A. Allgemeines, Entwicklung und Zweck

Mit dem EU-GesRÄG 1996¹⁾ wurde in § 235 Z 3 HGB erstmalig eine Ausschüttungssperre für Erträge iZm der Auflösung von Kapitalrücklagen eingeführt, „die durch Umgründungen unter Ansatz des beizulegenden Wertes gemäß § 202 Abs. 2 Z 1 in Höhe des Unter-

schiedsbetrags zwischen dem Buchwert und dem höheren beizulegenden Wert entstanden sind“. Die Einführung

Assoz. Univ.-Prof. Dr. Sebastian Bergmann, LL.M. MBA, lehrt und forscht am Institut für Finanzrecht, Steuerrecht und Steuerpolitik der Johannes Kepler Universität Linz.

1) BGBl 1996/304.

der Ausschüttungssperre stand iZm der Einführung von § 4 Abs 12 EStG durch das StruktAnpG 1996,²⁾ wonach Einlagenrückzahlungen steuerlich nicht als Beteiligungsertrag, sondern als Verminderung der (fortgeschriebenen) Anschaffungskosten bzw des Buchwerts der Beteiligung (Beteiligungsabstockung) zu behandeln sind und nur in jenem Ausmaß als Veräußerungsvorgang steuerpflichtig sein können, in dem der Rückzahlungsbetrag die (fortgeschriebenen) Anschaffungskosten bzw den Buchwert übersteigt. Da Voraussetzung für eine Qualifikation als Einlagenrückzahlung ein entsprechender Einlagenstand bei der auszahlenden Kapitalgesellschaft ist und sich dieser nach zum damaligen Zeitpunkt vertretener Auffassung nach dem Stand des Nennkapitals und der Kapitalrücklagen im unternehmensrechtlichen Jahresabschluss bemessen sollte,³⁾ bestand iZm Umgründungen eine Gestaltungsmöglichkeit dahingehend, das übernommene Vermögen ohne unmittelbare steuerliche Auswirkungen unternehmensrechtlich neu zu bewerten und dadurch die Kapitalrücklagen und damit den potentiellen Umfang von Einlagenrückzahlungen iSd § 4 Abs 12 EStG entsprechend zu erhöhen.⁴⁾ Die Ausschüttungssperre hatte dabei offenbar den Zweck, derartige Gestaltungen unternehmensrechtlich zu verhindern.⁵⁾ Durch den zu § 4 Abs 12 EStG ergangenen BMF-Einlagenrückzahlungserlass⁶⁾ wurde die beschriebene Gestaltungsmöglichkeit wenig später auch steuerlich unterbunden, indem seither davon auszugehen ist, dass sich das steuerliche Evidenzkonto nur um den steuerlich maßgeblichen Sacheinlagewert erhöht.⁷⁾ Wenngleich die ursprüngliche Einführung der Ausschüttungssperre wohl primär fiskalpolitisch motiviert war,⁸⁾ wurde der Sinn und Zweck der Bestimmung schon bisher überwiegend auch im Gläubigerschutz gesehen.⁹⁾

2) BGBl 1996/201.

3) Vgl JAB 133 BlgNR 20. GP 2.

4) Vgl JAB 133 BlgNR 20. GP 2.

5) Vgl näher JAB 133 BlgNR 20. GP 2.

6) BMF 1. 1. 1998, Steuerliche Behandlung von Einlagenrückzahlungen iSd § 4 Abs 12 und § 15 Abs 4 EStG, AÖF 1998/88.

7) Vgl Ludwig/Strimitzer in Hirschler, Bilanzrecht (2010) § 235 Rz 31; Bergmann in Straube/Ratka/Rauter, UGB³ (2011) § 235 Rz 3; Buschmann, Ausschüttungssperre auf umgründungsbedingte Kapitalrücklagen bei Umgründungen zum Buchwert? SWK 2004, W 79 (W 80); VwGH 1. 9. 2015, Ro 2014/15/0002.

8) Vgl Drabek/Reiter, Ausschüttungssperre für Aufwertungen aus Umgründungen – ein Redaktionsversehen, RdW 1997, 31 (31); Bertl/Fraberger, Sonderfragen zu Ausschüttungssperren, RWZ 2000, 274 (274); Hirschler, Ausschüttungssperre und Umgründungen, GeS 2004, 224 (226 f); Ludwig/Strimitzer in Hirschler, Bilanzrecht § 235 Rz 4, 12 und 14; Sulz, Umgründung und Ausschüttungssperre, SWK 2004, W 171 (W 171); Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) 250; Schimpl, Kapitalerhaltung und Gewinnausschüttung bei Einbringungen (2011) 134 f; Habsburg-Lothringen, Gläubigerschutz bei Umwandlungen (2013) 94; Lechner, Ausschüttungssperren, RWZ 1997, 322 (322) FN 3; Strimitzer in Wiesner/Hirschler/Mayr, Handbuch der Umgründungen¹² (2013) Q3 Rz 105; Buschmann, SWK 2004, W 79 (W 79 f); Fellner, Vermögensbindung bei der Verschmelzung, NZ 2000, 225 (228).

9) Vgl OGH 11. 9. 2003, 6 Ob 103/03 w; Hirschler/Ludwig/Rohner, Bilanzierung von Umgründungen: Zweifelsfragen und aktuelle Entwicklungen, in iwp, Wirtschaftsprüfer-Jahrbuch 2005 (2005) 135 (155 f); Hirschler/Ludwig/Posautz, Die Bilanzierung von Umgründungen: Bewertungsfragen, Firmenwerte und Ausschüttungssperren,

Mit dem RÄG 2014¹⁰⁾ wurde § 235 UGB völlig neu gefasst. Die Ausschüttungssperre betreffend die Auflösung umgründungsbedingt dotierter Kapitalrücklagen wurde im Zuge dessen überarbeitet und in Abs 1 leg cit verschoben. Die Bestimmung lautete danach wie folgt: „Gewinne dürfen nicht ausgeschüttet werden, soweit sie aus der Auflösung von Kapitalrücklagen entstanden sind, die durch Umgründungen unter Ansatz des beizulegenden Wertes in Höhe des Unterschiedsbetrags zwischen dem Buchwert und dem höheren beizulegenden Wert entstanden sind. Dieser Betrag vermindert sich insoweit, als der Unterschiedsbetrag in der Folge insbesondere durch planmäßige oder außerplanmäßige Abschreibungen gemäß den §§ 204 und 207 oder durch Buchwertabgänge unabhängig von der Auflösung der zugrunde liegenden Kapitalrücklage vermindert wird“.

Bereits mit dem AbgÄG 2015¹¹⁾ kam es schließlich zu einer abermaligen Neufassung der in § 235 Abs 1 UGB verankerten Ausschüttungssperre. Fortan dürfen Gewinne „nicht ausgeschüttet werden, soweit sie durch Umgründungen unter Ansatz des beizulegenden Wertes entstanden sind und

1. aus der Auflösung von Kapitalrücklagen stammen,
2. nicht als Kapitalrücklage ausgewiesen werden können, oder
3. der beizulegende Wert für eine Gegenleistung angesetzt wurde.

Dies gilt sinngemäß für einen Übergang des Gesellschaftsvermögens gemäß § 142. Die ausschüttungssperren Beträge vermindern sich insoweit, als der Unterschiedsbetrag zwischen Buchwert und dem höheren beizulegenden Wert in der Folge insbesondere durch planmäßige oder außerplanmäßige Abschreibungen gemäß den §§ 204 und 207 oder durch Buchwertabgänge vermindert wird. Dies gilt unabhängig von der Auflösung einer zugrunde liegenden Kapitalrücklage“. Die ErläutRV begründen die jüngst im Zuge des AbgÄG 2015 erfolgte Ausdehnung der Ausschüttungssperre auf alle Umgründungstypen mit Neubewertung damit, dass die gewählte Umgründungsrichtung aus Gläubigersicht keinen wesentlichen Unterschied mache.¹²⁾ Im Hinblick auf diesen Umstand dürfte der bereits zuvor überwiegend bejahte Gläubigerschutz-zweck der Ausschüttungssperre hinkünftig nicht

in iwp, Wirtschaftsprüfer-Jahrbuch 2006 (2006) 275 (289 f); Ludwig/Hirschler, Bilanzierung und Prüfung von Umgründungen² (2012) Rz 1195; Schimpl, Kapitalerhaltung und Gewinnausschüttung bei Einbringungen 146 ff; Habsburg-Lothringen, Gläubigerschutz bei Umwandlungen 96 f; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 47 und 319; Bertl/Fraberger, Ausschüttungssperren, RWZ 1996, 269 (269 f); dieselben, RWZ 2000, 274 (274 f); Buschmann, SWK 2004, W 79 (W 79); Geist in Jabornegg, HGB (1997) § 235 Rz 1; Frick/Sulz, Ausschüttungssperre bei Zuschreibungen und Auflösung der Bewertungsreserve, eclex 1991, 541 (541); Ludwig/Strimitzer in Hirschler, Bilanzrecht § 235 Rz 2 und 4; Weninger/Winkler in Torggler, UGB² (2016) § 235 Rz 1; aA jedoch Hügel, Umgründungsbilanzen (1997) Rz 2.38; Sulz, SWK 2004, W 171 (W 171); Lechner, RWZ 1997, 322 (322) FN 3; Fellner, NZ 2000, 225 (228).

10) BGBl I 2015/22.

11) BGBl I 2015/163.

12) Vgl ErläutRV 896 BlgNR 25. GP 35; ebenso Kreuch/Vlk, Die Ausschüttungssperre idF des RÄG 2014 und AbgÄG 2015 im Hinblick auf Gläubigerschutzüberlegungen, RWZ 2016, 7 (9).

mehr von der Hand zu weisen sein. Darüber hinaus hat die Bestimmung weiterhin einen fiskalpolitischen Hintergrund, zumal die mit dem StRefG 2015/2016¹³⁾ in § 4 Abs 12 EStG noch vorgesehene steuerliche Evidenzierungspflicht umgründungsbedingter Differenzbeträge bereits mit dem AbgÄG 2015 deshalb wieder aufgegeben werden konnte, weil jene unerwünschten Gestaltungen iZm Umgründungen, die der Gesetzgeber des StRefG 2015/2016 vor Augen hatte – durch Umgründungen steuerneutral aufgedeckte stille Reserven sollten nicht mehr steuerneutral an Konzernobergesellschaften ausgeschüttet werden können, um bei einer anschließenden Veräußerung der Anteile an der umgegründeten Konzernuntergesellschaft positive steuerliche Effekte zu erzielen¹⁴⁾ –, fortan über die Neuregelung der unternehmensrechtlichen Ausschüttungssperre des § 235 Abs 1 UGB verhindert werden.¹⁵⁾ Gem § 906 Abs 40 UGB tritt letztere Neufassung des § 235 Abs 1 UGB mit 1. 1. 2016 in Kraft, wobei § 235 Abs 1 Satz 1 Z 2 und 3 UGB erstmalig auf nach dem 31. 5. 2015 beschlossene Umgründungsvorgänge anzuwenden sind und für Ausschüttungsbeschlüsse nach dem 31. 12. 2015 gelten bzw § 235 Abs 1 UGB erstmalig auf nach dem 31. 5. 2015 stattfindende Anwachsungen iSd § 142 UGB sinngemäß anzuwenden ist und für Ausschüttungsbeschlüsse nach dem 31. 12. 2015 gilt.

B. Sperrtatbestände

1. Umgründungen mit Neubewertung mit dem beizulegenden Wert (Satz 1)

Gem § 235 Abs 1 Satz 1 UGB sind von der Ausschüttungssperre zunächst Gewinne betroffen, „so weit sie durch Umgründungen unter Ansatz des beizulegenden Wertes entstanden sind“. Der beizulegende Wert ist nach § 189 a Z 3 UGB „der Betrag, den ein Erwerber des gesamten Unternehmens im Rahmen des Gesamtkaufpreises für den betreffenden Vermögensgegenstand oder die betreffende Schuld ansetzen würde; dabei ist davon auszugehen, dass der Erwerber das Unternehmen fortführt“. Als Konsequenz des Erfordernisses des Ansatzes des beizulegenden Werts dürfte die Ausschüttungssperre iZm Umgründungen, bei denen die Bewertung nach einer gem § 202 Abs 2 UGB alternativ zulässigen Methode erfolgt (Buchwertfortführung mit wahlweisem Ansatz eines Umgründungsmehrwerts bzw Firmenwerts), nicht zur Anwendung kommen können.¹⁶⁾ Der in der Ursprungsfassung des EU-GesRÄG 1996 enthaltene – nach hA als Redaktionsversehen einzustufende¹⁷⁾

– Fehlerverweis auf § 202 Abs 2 Z 1 UGB wurde im Zuge des RÄG 2014 beseitigt,¹⁸⁾ sodass sich die iZm diesem kontrovers diskutierten Fragen¹⁹⁾ fortan nicht mehr stellen sollten.²⁰⁾

Nach § 235 Abs 1 Satz 1 UGB ist weiters erforderlich, dass iZm Umgründungen unter Ansatz des beizulegenden Wertes entstandene Gewinne

- aus der Auflösung von Kapitalrücklagen stammen (Z 1),
- nicht als Kapitalrücklage ausgewiesen werden können (Z 2) oder
- der beizulegende Wert für eine Gegenleistung angesetzt wurde (Z 3).

Damit sollen alle im Bilanzgewinn enthaltenen Gewinnanteile, die bei einer Gesellschaft durch Aufwertung des umgründungsbedingt erworbenen Vermögens entstanden sind, ausschüttungsgesperrt sein.²¹⁾

Die Formulierung des § 235 Abs 1 Satz 1 Z 1 UGB, wonach solche Gewinne iZm Umgründungen unter Ansatz des beizulegenden Wertes ausschüttungsgesperrt sind, die „aus der Auflösung von Kapitalrücklagen stammen“, wirkt unglücklich. Der eigentliche Sinngehalt erschließt sich erst mit Blick auf die insoweit glücklicher formulierten (materiell aber übereinstimmenden) Vorgängerregelungen des EU-GesRÄG 1996 bzw RÄG 2014 in historischer Interpretation: Gemeint ist, dass aus der Auflösung von Kapitalrücklagen resultierende Gewinne dann der Ausschüttungssperre unterliegen sollen, wenn die betreffende Kapitalrücklage ihrerseits durch eine Umgründung unter Ansatz des beizulegenden Wertes entstanden ist. Erfasst ist freilich nur die Auflösung einschlägiger, ungebundener Kapitalrücklagen, weil der Auflösung gebundener Kapitalrücklagen

Kofler in Kofler/Nadvornik/Pernsteiner/Vodrazka, Handbuch Bilanz und Abschlussprüfung³ (1998) § 235 Rz 16; Drabek/Reiter, RdW 1997, 31 (31); Lechner, RWZ 1997, 322 (324); Ludwig/Hirschler, Bilanzierung und Prüfung von Umgründungen² Rz 1/98; Ludwig/Strimitzer in Hirschler, Bilanzrecht § 235 Rz 12; Strimitzer in Wiesner/Hirschler/Mayr, Handbuch der Umgründungen¹² Q3 Rz 106; Hübnier-Schwarzinger, Nochmals: Ausschüttungssperre für umgründungsbedingte Kapitalrücklagen gem § 235 Z 3 HGB, GesRZ 2005, 242 (244); Buschmann, SWK 2004, W 79 (W 81); Hirschler/Ludwig/Rohner in iwp, Wirtschaftsprüfer-Jahrbuch 2005, 135 (156); Hirschler/Ludwig/Posautz in iwp, Wirtschaftsprüfer-Jahrbuch 2006, 275 (291); Bertl/Hirschler, Ausschüttungssperre infolge einer Umgründung, RWZ 2001, 126 (127); Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I² (1996) Rz 3/162; derselbe, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 47 FN 213; aA Beiser, Die Ausschüttungssperre für umgründungsbedingte Kapitalrücklagen – Redaktionsversehen des Gesetzgebers oder fehlerhafte Auslegung? GesRZ 2005, 3 (3 ff).

18) Vgl ErläutRV 367 BlgNR 25. GP 11; Dokalik/Hirschler, RÄG 2014 – Reform des Bilanzrechts, SWK-Spezial (2015) 83.

19) Vgl dazu Habsburg-Lothringen, Gläubigerschutz bei Umwandlungen 103 f mwN; Bergmann, Ausschüttungssperre, in Fraberger/Hirschler/Kanduth-Kristen/Ludwig/Mayr, Handbuch Sonderbilanzen I (2010) 409 (414 ff) mwN; derselbe in Straube/Ratka/Rauter, UGB³ § 235 Rz 21 ff mwN.

20) Ungeachtet dessen ist aber anzunehmen, dass die Frage, ob die Ausschüttungssperre des § 235 Abs 1 UGB nur Neubewertungen iSd § 202 Abs 1 UGB oder auch solche iSd § 202 Abs 2 Z 2 und 3 UGB erfasst, auch hinkünftig kontrovers beurteilt werden wird (in diesem Sinne bereits aA Weninger/Winkler in Torggler, UGB² § 235 Rz 3 f).

21) Vgl Rzepa, RdW 2016, 62 (64); Kreuch/Vlk, RWZ 2016, 7 (8 f); Weninger/Winkler in Torggler, UGB² § 235 Rz 12.

13) BGBl I 2015/118.

14) Vgl dazu Zöchling/Trenkwalder, Einlagenrückzahlung neu: Eigenkapitalgeber in der Steuerfalle, SWK 2015, 873 (874 ff); Rzepa, Einlagenrückzahlung von Körperschaften im AbgÄG 2015, RdW 2016, 62 (64); Schlager, Steuerreform 2015/2016: Steuerliche Änderungen für Unternehmen, RWZ 2015, 224 (224); ErläutRV 684 BlgNR 25. GP 9 f.

15) Vgl ErläutRV 896 BlgNR 25. GP 1.

16) Vgl Rzepa, RdW 2016, 62 (65); aA Weninger/Winkler in Torggler, UGB² § 235 Rz 3 f.

17) Vgl Nowotny, Zu den Ausschüttungssperren des § 235 HGB, SWK 1996, D 35 (D 36); Hügel, Umgründungsbilanzen Rz 2.37 FN 38;

zum Generieren eines ausschüttbaren Bilanzgewinns bereits § 229 Abs 7 UGB entgegensteht.²²⁾ In tatbestandliche, ungebundene Kapitalrücklagen einzustellen sind einerseits rechtsform- und größenklassenunabhängig alle Beträge, die als sonstige Zuzahlungen iSd § 229 Abs 2 Z 5 UGB zu dotieren sind (§ 229 Abs 5 UGB),²³⁾ sowie andererseits bei kleinen und mittelgroßen GmbH iSd § 221 UGB auch jene Beträge, die nach § 229 Abs 2 Z 1 bis 3 UGB zu dotieren sind (§ 229 Abs 4 iVm Abs 5 UGB). Hingegen sind die nach § 229 Abs 2 Z 4 UGB zu dotierenden Beträge aus Kapitalherabsetzungen gem §§ 185, 192 Abs 5 AktG bzw § 59 GmbHG auch bei kleinen und mittelgroßen GmbH stets gebunden (§ 59 Abs 2 GmbHG).²⁴⁾ Auf die im Einzelnen zur Dotierung ungebundener Kapitalrücklagen führenden Umgründungskonstellationen kann hier aus Platzgründen nicht näher eingegangen werden.²⁵⁾ Voraussetzung ist aber jedenfalls, dass die Umgründung bei der übernehmenden Gesellschaft außenfinanzierenden Einlagencharakter hat.²⁶⁾ Keinesfalls zur Dotierung von Kapitalrücklagen kann es daher insb bei sämtlichen Up-Stream-Umgründungen kommen.²⁷⁾ Der Tatbestand des § 235 Abs 1 Satz 1

Z 1 UGB betrifft immer nur die in eine Umgründung involvierte übernehmende Gesellschaft,²⁸⁾ zumal bei der übertragenden Gesellschaft keiner der in § 229 Abs 2 UGB taxativ aufgezählten, zur Dotierung einer Kapitalrücklage führenden Tatbestände vorliegt.²⁹⁾

Gemäß dem mit dem AbgÄG 2015 neu geschaffenen Sperrtatbestand des § 235 Abs 1 Satz 1 Z 2 UGB sind weiters solche Gewinne iZm Umgründungen unter Ansatz des beizulegenden Wertes ausschüttungsgesperrt, die „nicht als Kapitalrücklage ausgewiesen werden können“. Davon betroffen sind Up-Stream-Umgründungen, bei denen eine Kapitalrücklagendotierung mangels außenfinanzierenden Einlagencharakters nicht in Betracht kommt. Zu Letzteren zählen etwa Up-Stream-Verschmelzungen (§ 224 Abs 1 Z 1 AktG), Up-Stream-Spaltungen und verschmelzende Umwandlungen von Kapitalgesellschaften auf deren Hauptgesellschafter (§ 2 UmwG). Im Zuge von Up-Stream-Umgründungen erzielte Gewinne führen zu einem laufenden Ertrag (Innenfinanzierung),³⁰⁾ welcher in der Gewinn- und Verlustrechnung unter den übrigen sonstigen betrieblichen Erträgen (§ 231 Abs 2 Z 4 lit c bzw Abs 3 Z 6 lit c UGB) auszuweisen sein dürfte. Auch der Tatbestand des § 235 Abs 1 Satz 1 Z 2 UGB betrifft immer nur in Umgründungen involvierte übernehmende Gesellschaften.³¹⁾

Nach dem ebenso mit dem AbgÄG 2015 neu geschaffenen Sperrtatbestand des § 235 Abs 1 Satz 1 Z 3 UGB sind schließlich auch solche Gewinne iZm Umgründungen unter Ansatz des beizulegenden Wertes ausschüttungsgesperrt, bei denen „der beizulegende Wert für eine Gegenleistung angesetzt wurde“. Der Tatbestand betrifft Aufwertungsgewinne der übertragenden Gesellschaft, die dadurch entstehen, dass die umgründungsbedingte Gegenleistung statt mit dem Buchwert mit dem beizulegenden Wert des übertragenen Vermögens bewertet wird.³²⁾

2. Anwachsungen mit Neubewertung mit dem beizulegenden Wert (Satz 2)

Gem § 231 Abs 1 Satz 2 UGB gilt das beschriebene Ausschüttungssperrenregime seit dem AbgÄG 2015 auch sinngemäß für Gewinne, die nicht iZm Umgründungen ieS, sondern iZm Übergängen des Gesellschaftsvermögens gem § 142 UGB unter Ansatz des beizulegenden Wertes entstanden sind. § 142 UGB ordnet an, dass wenn bei einer eingetragenen Personengesellschaft nur noch ein Gesellschafter verbleibt, die Personengesellschaft ohne Liquidation er-

22) Vgl *Habsburg-Lothringen*, Gläubigerschutz bei Umwandlungen 100; *Hügel*, Umgründungsbilanzen Rz 2.37; *Kofler* in *Kofler/Nadvoornik/Pernsteiner/Vodrazka*, Handbuch Bilanz und Abschlussprüfung³ § 235 Rz 17; *Bergmann* in *Straubel/Ratka/Rauter*, UGB³ § 235 Rz 12; *Geist* in *Jabornegg*, HGB § 235 Rz 6; *Ludwig/Strimitzer* in *Hirschler*, Bilanzrecht § 235 Rz 16; *Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² (2010) § 220 AktG Rz 62; *Buschmann*, SWK 2004, W 79 (W 81); *Bertl/Fraberger*, RWZ 2000, 274 (275); *dieselben*, RWZ 1996, 269 (270); *Hirschler/Ludwig/Posautz* in *iwp*, Wirtschaftsprüfer-Jahrbuch 2006, 275 (290).

23) AA *Beiser*, GesRZ 2005, 3 (7 f), der entgegen ganz hA davon ausgeht, dass die gem § 229 Abs 2 Z 5 UGB in die ungebundene Kapitalrücklage eingestellten Beträge nicht von der Ausschüttungssperre erfasst seien, sondern vielmehr nur solche, die nach § 229 Abs 2 Z 1 UGB dotiert wurden und bei kleinen und mittelgroßen GmbH ungebunden sind.

24) Vgl ebenso *Kals*, Die Kapitalerhaltung im handelsrechtlichen Umgründungsrecht, in *Bertl/Eberhartinger/Egger/Kals/Lang/Nowotny/Riegler/Schuch/Staringer*, Sonderbilanzen bei Umgründungen (2008) 91 (98); *Habsburg-Lothringen*, Gläubigerschutz bei Umwandlungen 223 FN 1090; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 259; *Eckert*, Kapitalentsperrung bei Verschmelzungen (Teil I), GeS 2006, 383 (386).

25) Vgl dazu näher *Bergmann* in *Straubel/Ratka/Rauter*, UGB³ § 235 Rz 13 ff; *dieselbe* in *Fraberger/Hirschler/Kanduth-Kristen/Ludwig/Mayr*, Handbuch Sonderbilanzen I, 409 (412 ff).

26) Vgl *Bergmann* in *Straubel/Ratka/Rauter*, UGB³ § 235 Rz 18; *Ludwig/Strimitzer* in *Hirschler*, Bilanzrecht § 235 Rz 15; *Weninger/Winkler* in *Torggler*, UGB² § 235 Rz 2; *Strimitzer* in *Wiesner/Hirschler/Mayr*, Handbuch der Umgründungen¹² Q3 Rz 112/1; *Christiner*, OGH 11. 9. 2003, 6 Ob 103/03w: Ausschüttungssperre gem § 235 Z 3 HGB für alle im Zuge von Umgründungen gebildeten Rücklagen? RWZ 2004, 193 (195); *Hirschler*, GeS 2004, 224 (225); *Rzepa*, RdW 2016, 62 (64); *Urtz/Zwick*, Ausschüttungssperre von Verschmelzungsgewinnen nach einer Upstream-Verschmelzung? ZFR 2013, 9 (10 ff).

27) Die vormalig noch kontrovers beurteilte Frage, ob die Ausschüttungssperre iZm Up-Stream-Umgründungen analog anzuwenden ist (dies in Bezug auf die alte Rechtslage bejahend *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 47 und 319 ff; *Umlauf*, Das Verbot der Einlagenrückgewähr im Lichte der jüngsten OGH-Rechtsprechung, NZ 2014, 109 [116] FN 38; kritisch *Urtz/Zwick*, ZFR 2013, 9 [13 ff]; *Hirschler/Ludwig/Rohner* in *iwp*, Wirtschaftsprüfer-Jahrbuch 2005, 135 [156]), erübrigt sich hinkünftig im Hinblick auf den Um-

stand, dass bei solchen fortan der Ausschüttungssperreatbestand des § 231 Abs 1 Satz 1 Z 2 UGB zur Anwendung kommen kann.

28) Vgl *Weninger/Winkler* in *Torggler*, UGB² § 235 Rz 2; *Ludwig/Strimitzer* in *Hirschler*, Bilanzrecht § 235 Rz 17.

29) Vgl *Bergmann* in *Straubel/Ratka/Rauter*, UGB³ § 235 Rz 19; *Ludwig/Strimitzer* in *Hirschler*, Bilanzrecht § 235 Rz 17.

30) Vgl *Christiner*, RWZ 2004, 193 (195); *Hügel*, Umgründungsbilanzen Rz 2.38; *Hirschler*, GeS 2004, 224 (224); *Sulz*, SWK 2004, W 171 (W 172); *Hirschler/Ludwig/Rohner* in *iwp*, Wirtschaftsprüfer-Jahrbuch 2005, 135 (151 f).

31) Vgl ErläutRV 896 BlgNR 25. GP 35.

32) Vgl ErläutRV 896 BlgNR 25. GP 35; *Kreuch/Vlk*, RWZ 2016, 7 (8).

lischt und das Gesellschaftsvermögen im Weg der Gesamtrechtsnachfolge auf den letzten Gesellschafter übergeht. Wie in den von § 231 Abs 1 Satz 1 Z 2 UGB betroffenen Fällen liegen auch bei Anwachsungen iSd § 142 UGB Up-Stream-Vorgänge vor.³³⁾ § 235 Abs 1 Satz 2 UGB betrifft die übernehmende Gesellschaft.³⁴⁾

C. Rechtsfolgen

Der Ausschüttungssperre nach § 235 Abs 1 UGB unterliegt stets nur der anlässlich einer Neubewertung entstandene Gewinn, also der Unterschiedsbetrag (die Saldogröße)³⁵⁾ zwischen dem beizulegenden Wert und dem Buchwert.³⁶⁾ Deutlicher als in § 235 Abs 1 Satz 1 UGB kommt dies in § 235 Abs 1 Satz 3 UGB zum Ausdruck, wo – in Bezug auf umfangliche Verminderungen der Ausschüttungssperre (dazu gleich) – ausdrücklich auf den „*Unterschiedsbetrag zwischen Buchwert und dem höheren beizulegenden Wert*“ abgestellt wird. Aufgrund des Abstellens auf den Gewinn kürzen insb umgründungsveranlasste Rückstellungen für latente Steuern den ausschüttungsgesperren Betrag.³⁷⁾

33) Vgl ErläutRV 896 BlgNR 25. GP 35.

34) Vgl ErläutRV 896 BlgNR 25. GP 35.

35) Vgl *Rzepa*, RdW 2016, 62 (65).

36) Vgl auch *Kreuch/Vlk*, RWZ 2016, 7 (8); *Habsburg-Lothringen*, Gläubigerschutz bei Umwandlungen 104 f; *Hügel*, Umgründungsbilanzen Rz 2.37; *Wagner* in *Aman/Frotz/Mühlechner/Wagner/Zöchling*, Das EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz (1996) 19; *Drabek/Reiter*, RdW 1997, 31 (32); *Eckert*, GeS 2006, 383 (390); *Ludwig/Hirschler*, Bilanzierung und Prüfung von Umgründungen² Rz 1/99; *Bergmann* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB³ § 235 Rz 27; *Weninger/Winkler* in *Torggler*, UGB² § 235 Rz 4; *Ludwig/Strimitzer* in *Hirschler*, Bilanzrecht § 235 Rz 18; *Kals*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 220 AktG Rz 62.

37) Vgl ErläutRV 896 BlgNR 25. GP 35; *Kreuch/Vlk*, RWZ 2016, 7 (8 f); *Weninger/Winkler* in *Torggler*, UGB² § 235 Rz 12.

Gem § 235 Abs 1 Satz 3 UGB vermindert sich der ausschüttungsgesperre Betrag insoweit, als der Unterschiedsbetrag zwischen dem Buchwert und dem höheren beizulegenden Wert in der Folge insb durch planmäßige oder außerplanmäßige Abschreibungen (§§ 204 und 207 UGB) der aufgewerteten Vermögensgegenstände einschließlich eines Firmenwerts³⁸⁾ oder durch Buchwertabgänge vermindert wird, und zwar gem § 235 Abs 1 Satz 4 UGB unabhängig von der Auflösung einer zugrunde liegenden Kapitalrücklage. Die im Zuge des RÄG 2014 erstmalig eingeführte und mit dem AbgÄG 2015 materiell unverändert beibehaltene³⁹⁾ Regelung wurde von der Kammer der Wirtschaftstreuhänder bereits im Rahmen des Begutachtungsverfahrens zum RÄG 2010 angeregt.⁴⁰⁾ Buchwertabgänge im Rahmen von Folgeumgründungen sollen jedoch nicht zu einer Verminderung des ausschüttungsgesperren Betrags führen.⁴¹⁾

Da spätestens seit der jüngsten Neufassung des § 235 Abs 1 UGB durch das AbgÄG 2015 der auch im Gläubigerschutz bestehende Zweck der Bestimmung nicht mehr von der Hand zu weisen ist, müssen Verstöße gegen die Ausschüttungssperre hinünftig zur absoluten Nichtigkeit führen.⁴²⁾

38) Vgl ErläutRV 367 BlgNR 25. GP 12.

39) Vgl ErläutRV 896 BlgNR 25. GP 35; *Kreuch/Vlk*, RWZ 2016, 7 (9).

40) 12/SN-100/ME 24. GP 10 f; zur im Schrifttum schon bisher erhobenen Forderung einer entsprechenden teleologischen Reduktion des Sperrtatbestands vgl *Lechner*, RWZ 1997, 322 (323 f); *Bertl/Hirschler*, RWZ 2001, 126 (127); *Buschmann*, SWK 2004, W 79 (W 82); *Ludwig/Hirschler*, Bilanzierung und Prüfung von Umgründungen² Rz 1/102; *Ludwig/Strimitzer* in *Hirschler*, Bilanzrecht § 235 Rz 26; *Hirschler/Ludwig/Rohner* in *iwp*, Wirtschaftsprüfer-Jahrbuch 2005, 135 (156).

41) Vgl ErläutRV 896 BlgNR 25. GP 35; *Weninger/Winkler* in *Torggler*, UGB² § 235 Rz 12.

42) Vgl *Weninger/Winkler* in *Torggler*, UGB² § 235 Rz 8; bisher aA *Hügel*, Umgründungsbilanzen Rz 2.38.

SCHLUSSTRICH

Mit dem AbgÄG 2015 wurde der Anwendungsbereich der Ausschüttungssperre des § 235 Abs 1 UGB deutlich erweitert. Hinkünftig sind alle im Bilanzgewinn enthaltenen Gewinnanteile, die bei einer Gesellschaft durch Neubewertung des umgründungsbedingt erwor-

benen Vermögens mit dem beizulegenden Wert entstanden sind, ausschüttungsgesperret. Für Anwachsungen iSd § 142 UGB gilt dies sinngemäß. Der Gläubigerschutz dürfte durch die beschriebene Erweiterung spürbar effektiviert werden.