

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 253

Die Ausschüttungssperre des § 268 Abs. 8 HGB

Anwendung und Auswirkungen bei Kapital-
und Personenhandelsgesellschaften

Von

Sebastian Link



Duncker & Humblot · Berlin

SEBASTIAN LINK

Die Ausschüttungssperre des § 268 Abs. 8 HGB

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 253

Die Ausschüttungssperre des § 268 Abs. 8 HGB

Anwendung und Auswirkungen bei Kapital-
und Personenhandelsgesellschaften

Von

Sebastian Link



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn hat diese Arbeit
im Jahre 2013 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2014 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Konrad Tritsch GmbH, Ochsenfurt
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-026X
ISBN 978-3-428-14316-0 (Print)
ISBN 978-3-428-54316-8 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84316-9 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2013 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur konnten bis Oktober 2013 Berücksichtigung finden.

Mein Dank gebührt an erster Stelle meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Rainer Hüttemann, der das Thema dieser Arbeit angeregt und das Promotionsvorhaben stets mit großem Interesse und wertvollen Anregungen begleitet hat. Herrn Prof. Dr. Jens Koch gilt mein Dank für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Zu großem Dank verpflichtet bin ich Herrn Rechtsanwalt Dr. Christoph Poertzen, für den ich während der Entstehungsphase dieser Arbeit als Wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig sein durfte. Seine fortwährende und umfassende Unterstützung meines Promotionsvorhabens haben maßgeblich zum Gelingen der Arbeit beigetragen. Meinem Vater, Herrn Roland Link, gebührt mein ganz besonderer Dank für die ständige Bereitschaft zu fachlicher Diskussion und die mühe- und wertvolle Korrektur des Manuskripts.

Weit mehr als Dank gebührt meiner Frau Britta, die mich während der Erstellung dieser Arbeit stets liebevoll begleitet und etliche zeitliche Entbehrungen in Kauf genommen hat.

Von ganzem Herzen gewidmet ist diese Arbeit meinen Eltern. Ohne ihre vorbehaltlose und uneingeschränkte Unterstützung – sowohl meines beruflichen als auch persönlichen Lebensweges – hätte diese Arbeit nicht entstehen können. Ihnen verdanke ich so viel mehr als meine Ausbildung.

Siegen, im Januar 2014

Sebastian Link

Inhaltsübersicht

Einführung

Hintergrund des § 268 Abs. 8 HGB	21
A. Bilanzrechtsreform 2009	22
B. Die „neue“ Ausschüttungssperre des § 268 Abs. 8 HGB	27
C. Funktionsweise und dogmatische Einordnung	36

Erstes Kapitel

Anwendungsbereich des § 268 Abs. 8 HGB	52
A. Persönlicher Anwendungsbereich	52
B. Sachlicher Anwendungsbereich	83
C. Zeitlicher Anwendungsbereich	91

Zweites Kapitel

Anwendung des § 268 Abs. 8 HGB bei Kapitalgesellschaften	93
A. Ermittlung des zulässigen Ausschüttungsbetrages	94
B. Anhangangaben gem. § 285 Nr. 28 HGB	149
C. Gesellschaftsrechtliche Auswirkungen des § 268 Abs. 8 HGB	163
D. Die Abführungssperre des § 301 S. 1 AktG i.V.m. § 268 Abs. 8 HGB	198

Drittes Kapitel

Anwendung des § 172 Abs. 4 S. 3 HGB bei Personenhandelsgesellschaften	254
A. Ermittlung des persönlichen Haftungsbetrages	255
B. Anhangangaben gem. § 285 Nr. 28 und § 264c Abs. 2 S. 9 HGB	282
C. Gesellschaftsrechtliche Auswirkungen des § 172 Abs. 4 S. 3 HGB	289

Viertes Kapitel

Abschließende Gesamtbetrachtung	293
Literaturverzeichnis	301
Stichwortverzeichnis	315

Inhaltsverzeichnis

Einführung

Hintergrund des § 268 Abs. 8 HGB	21
A. Bilanzrechtsreform 2009	22
I. Internationalisierung der Rechnungslegung	22
II. Das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – BilMoG	24
B. Die „neue“ Ausschüttungssperre des § 268 Abs. 8 HGB	27
I. Gesetzeslage vor BilMoG	27
II. Gesetzgebungshistorie des § 268 Abs. 8 HGB	29
1. Zehn-Punkte-Plan der Bundesregierung vom 25.02.2003	29
2. Referentenentwurf vom 08.11.2007	29
3. Regierungsentwurf vom 23.05.2008	31
4. Endgültige Gesetzesfassung vom 25.05.2009	33
C. Funktionsweise und dogmatische Einordnung	36
I. Die Grundnorm des § 268 Abs. 8 HGB	36
1. Funktionsweise der Regelung	36
2. Dogmatische Einordnung der Regelung	38
II. Die Spezialregelung des § 172 Abs. 4 S. 3 HGB	42
1. Funktionsweise der Regelung	42
2. Dogmatische Einordnung der Regelung	44
III. Die Spezialregelung des § 301 S. 1 AktG i.V.m. § 268 Abs. 8 HGB	46
1. Funktionsweise der Regelung	46
2. Dogmatische Einordnung der Regelung	49

Erstes Kapitel

Anwendungsbereich des § 268 Abs. 8 HGB	52
A. Persönlicher Anwendungsbereich	52
I. Kapitalgesellschaften	53

II. Kapitalgesellschaften & Co.	57
1. Der Begriff „Kapitalgesellschaften“ im Regierungsentwurf	60
2. Der Begriff „Ausschüttungssperre“ im Regierungsentwurf	62
3. Streichung des § 264c Abs. 4 S. 3 HGB a.F.	63
4. Die Sondervorschrift des § 172 Abs. 4 S. 3 HGB	66
5. Zweck des § 268 Abs. 8 HGB	68
6. Systemkonforme Anwendung des § 268 Abs. 8 HGB	71
III. Personenhandelsgesellschaften und Einzelkaufleute	75
1. Anwendung auf Grund der Ausschüttungsbemessungsfunktion	77
2. Anwendung des § 268 Abs. 8 HGB auf Grund des PubiG	78
IV. Sonderstellung der KGaA	80
V. Zusammenfassung	82
B. Sachlicher Anwendungsbereich	83
I. Selbst geschaffene immaterielle Vermögensgegenstände	83
II. Vermögensgegenstände i.S.d. § 246 Abs. 2 S. 2 HGB	86
III. Aktive latente Steuern	88
C. Zeitlicher Anwendungsbereich	91

Zweites Kapitel

Anwendung des § 268 Abs. 8 HGB bei Kapitalgesellschaften 93

A. Ermittlung des zulässigen Ausschüttungsbetrages	94
I. Maximales Ausschüttungspotential	96
1. Jahresüberschuss/Jahresfehlbetrag gem. GuV	96
2. Frei verfügbare Rücklagen	97
a) Kapitalrücklage	99
aa) Agio bei Ausgabe von Anteilen, § 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB	99
bb) Ausgabebetrag bei Wandel- und Optionsanleihen, § 272 Abs. 2 Nr. 2 HGB	100
cc) Zuzahlungen für Vorzugsrechte, § 272 Abs. 2 Nr. 3 HGB	100
dd) Sonstige Zuzahlungen in das EK, § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB	101
ee) Sonstige Zahlungen in die Kapitalrücklage	102
b) Gewinnrücklagen	104
aa) Gesetzliche Rücklagen	104
(1) Gesetzliche Rücklage i.S.d. § 150 AktG	104
(2) Gesetzliche Rücklage i.S.d. § 5a Abs. 3 GmbHG	105

bb) Rücklagen i.S.d. § 272 Abs. 4 HGB	106
cc) Satzungsmäßige Rücklagen	107
dd) Andere Gewinnrücklagen	108
3. Einstellungen in gebundene Rücklagen	108
a) Gesetzliche Rücklagen	109
aa) Gesetzliche Rücklage i.S.d. § 150 AktG	109
bb) Gesetzliche Rücklage i.S.d. § 5a Abs. 3 GmbHG	112
b) Satzungsmäßige Rücklagen und andere Gewinnrücklagen	113
c) Rücklage i.S.d. § 272 Abs. 4 HGB	115
4. Gewinnvortrag/Verlustvortrag	116
5. Berechnungsschema	117
II. Ausschüttungsgesperrter Betrag	117
1. Ansatz gem. § 268 Abs. 8 S. 1 HGB	117
a) Maßgeblicher Ausgangswert	117
b) Abzug passiver latenter Steuern	119
2. Ansatz gem. § 268 Abs. 8 S. 3 HGB	120
a) Maßgeblicher Ausgangswert	120
b) Abzug passiver latenter Steuern	123
c) Vorliegen mehrerer Vermögensgegenstände i.S.d. § 246 Abs. 2 S. 2 HGB	125
3. Ansatz gem. § 268 Abs. 8 S. 2 HGB	128
a) Maßgeblicher Ausgangswert	128
b) Problem der Doppelberücksichtigung passiver latenter Steuern	129
aa) Ausgangsfall: Ausweis eines Aktivüberhangs latenter Steuern	129
bb) Abwandlung 1: Verzicht auf Aktivierung	132
cc) Abwandlung 2: Passivüberhang	134
dd) Stellungnahme	136
(1) Eigener Ansatz bei Ausweis eines Aktivüberhangs	138
(2) Eigener Ansatz bei Verzicht auf Ausweis eines Aktivüberhangs ..	139
(3) Eigener Ansatz bei Vorliegen eines Passivüberhangs	139
(4) Eigener Ansatz in sonstigen Fällen	140
4. Berechnungsschema	140
III. Maximaler und zulässiger Ausschüttungsbetrag	141
1. Maximaler Ausschüttungsbetrag	141
2. Zulässiger Ausschüttungsbetrag	142
IV. Ausweis des ausschüttungsgesperrten Betrages	143
V. Zusammenfassung	147

B. Anhangangaben gem. § 285 Nr. 28 HGB	149
I. Regelungsgehalt des § 285 Nr. 28 HGB	149
II. Hintergrund des § 285 Nr. 28 HGB	151
III. Zweckverfehlung und Lösungsansatz der Literatur	153
1. Zweckverfehlung auf Grund unzureichender Angabepflichten	153
2. Lösungsansatz der Literatur	154
3. Kritische Betrachtung des Lösungsansatzes der Literatur	157
IV. Eigener Lösungsvorschlag	160
V. Formulierungsvorschlag für neuen § 285 Nr. 28 HGB	162
C. Gesellschaftsrechtliche Auswirkungen des § 268 Abs. 8 HGB	163
I. Gewinnverwendungsbeschluss	164
1. Unmittelbare Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 268 Abs. 8 HGB	164
a) Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit des Gewinnverwendungsbeschlusses	165
b) Voll- oder Teilnichtigkeit des Gewinnverwendungsbeschlusses	168
2. Rückzahlungspflicht bei Auszahlung ausschüttungsgesperrter Beträge	170
a) Rückzahlungspflicht bei AG, SE und KGaA	170
b) Rückzahlungspflicht bei GmbH	172
3. Schadensersatzansprüche	174
a) Ansprüche gegen Vorstände, Geschäftsführer und Aufsichtsratsmitglieder	174
b) Anspruch gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 268 Abs. 8 HGB	177
II. Kompetenz der Verwaltung zur Rücklagenbildung	180
III. Verwendung einer ausschüttungsgesperrten Rücklage	182
1. Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln	183
2. Erwerb eigener Anteile	187
3. Einziehung von Anteilen	192
a) Einziehung gegen Entgelt	192
aa) Einziehung von Aktien gem. § 237 Abs. 3 Nr. 2 AktG	192
bb) Einziehung von Geschäftsanteilen gem. § 34 GmbHG	195
b) Einziehung eigener Anteile nach Erwerb	196
D. Die Abführungssperre des § 301 S. 1 AktG i.V.m. § 268 Abs. 8 HGB	198
I. Ermittlung des zulässigen Abführungsbetrages	199
1. Maximales Abführungspotential	199
a) Jahresüberschuss gem. GuV	199
b) Verlustvortrag aus dem Vorjahr	201

- c) Einstellungen in gebundene Rücklagen 202
 - aa) Gesetzliche Rücklagen i.S.d. § 300 AktG 202
 - bb) Sonstige gebundene Rücklagen 204
- d) Andere Gewinnrücklagen und Gewinnvortrag 205
- e) Berechnungsschema 207
- 2. Abführungsgesperrter Betrag gem. § 301 S. 1 AktG i.V.m. § 268 Abs. 8 HGB 207
 - a) Ansatz gem. § 268 Abs. 8 S. 1 HGB 207
 - aa) Maßgeblicher Ausgangswert 207
 - bb) Abzug passiver latenter Steuern 208
 - (1) Betrachtung außerhalb von Organschaftsverhältnissen 208
 - (2) Betrachtung innerhalb von Organschaftsverhältnissen 209
 - (a) Organschaft ohne Umlagevertrag 212
 - (b) Organschaft mit Umlagevertrag 219
 - b) Ansatz gem. § 268 Abs. 8 S. 3 HGB 224
 - c) Ansatz gem. § 268 Abs. 8 S. 2 HGB 226
 - d) Berücksichtigung vorvertraglicher Rücklagen 228
 - e) Berechnungsschema 232
- 3. Zulässiger Abführungsbetrag 233
- 4. Ausweis des abführungsgesperrten Betrages 233
- 5. Zusammenfassung 236
- II. Anhangangaben gem. § 285 Nr. 28 HGB 238
 - 1. Anwendbarkeit des § 285 Nr. 28 HGB 238
 - 2. Konkrete Umsetzung des § 285 Nr. 28 HGB 240
- III. Sonstige Auswirkungen des § 301 S. 1 AktG i.V.m. § 268 Abs. 8 HGB 242
 - 1. Zivilrechtliche Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Abführungssperre .. 244
 - 2. Analoge Anwendung auf eingegliederte Gesellschaften 247
 - 3. Analoge Anwendung auf Verlustübernahmen 250

Drittes Kapitel

- Anwendung des § 172 Abs. 4 S. 3 HGB bei Personenhandelsgesellschaften** 254
- A. Ermittlung des persönlichen Haftungsbetrages 255
 - I. Entnahme von Gewinnanteilen 256
 - II. Geleistete Einlage 258
 - III. Kapitalanteil des Kommanditisten 259
 - 1. Kapitalanteil gem. § 172 Abs. 4 S. 2 HGB 259
 - a) Kapitalanteil entsprechend den gesetzlichen Vorgaben 259
 - b) Kapitalanteil entsprechend gesellschaftsvertraglichen Regelungen 261

2. Modifizierung des Kapitalanteils gem. § 172 Abs. 4 S. 3 HGB	262
a) Der Begriff „Beträge im Sinn des § 268 Abs. 8 HGB“	263
aa) Gesamtwert der Beträge im Sinn des § 268 Abs. 8 HGB	266
(1) Ansatz gem. § 268 Abs. 8 S. 1 HGB	266
(2) Ansatz gem. § 268 Abs. 8 S. 3 HGB	268
(3) Ansatz gem. § 268 Abs. 8 S. 2 HGB	269
(4) Berechnungsschema	271
bb) Anzusetzender Anteil des Kommanditisten	271
b) Der Begriff „nicht zu berücksichtigen“	272
IV. Vergleich der geleisteten Einlage mit dem modifizierten Kapitalanteil	276
V. Verwendung der Beträge im Sinn des § 268 Abs. 8 HGB	277
VI. Zusammenfassung	280
B. Anhangangaben gem. § 285 Nr. 28 und § 264c Abs. 2 S. 9 HGB	282
I. Anhangangaben gem. § 285 Nr. 28 HGB	284
II. Anhangangaben gem. § 264c Abs. 2 S. 9 HGB	286
C. Gesellschaftsrechtliche Auswirkungen des § 172 Abs. 4 S. 3 HGB	289
I. Überblick	289
II. Leistung der Einlage mit Beträgen i.S.d. § 268 Abs. 8 HGB	291
<i>Viertes Kapitel</i>	
Abschließende Gesamtbetrachtung	293
Literaturverzeichnis	301
Stichwortverzeichnis	315

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
Abl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
abzgl.	abzüglich
ADS	Adler/Düring/Schmaltz
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AH	Anwalts Handbuch
AK	Anschaffungskosten
akt.	aktive
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AV	Anlagevermögen
BB	Betriebs-Berater
BBK	Buchführung Bilanzierung Kostenrechnung
BC	Bilanzbuchhalter und Controller
Beih.	Beihefter
Beil.	Beilage
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Ämtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BilKo	Bilanz-Kommentar
BilMoG	Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz
BilReG	Bilanzrechtsreformgesetz
BiM	Bilanzen im Mittelstand
BiRiLiG	Bilanzrichtliniengesetz
BMF	Bundesministerium der Finanzen
bspws.	beispielsweise
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksachen
Buchst.	Buchstabe
DB	Der Betrieb

ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
DM	Deutsche Mark
DRS	Deutscher Rechnungslegungs Standard
DStR	Deutsches Steuerrecht
EBIT	Gewinn vor Zinsen und Steuern
EG	Europäische Gemeinschaft
EGHGB	Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch
EK	Eigenkapital
EStG	Einkommensteuergesetz
EUR	Euro
EuroEG	Euro-Einführungsgesetz
e. V.	eingetragener Verein
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
ggfs.	gegebenenfalls
GJ	Geschäftsjahr
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GoB	Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung
GroßKomm	Großkommentar
GS	Gedächtnisschrift
GuV	Gewinn- und Verlustrechnung
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HdB	Handbuch der Bilanzierung
HdG	Handbuch des Gesellschaftsrechts
HdR	Handbuch der Rechnungslegung
HdR-E	Handbuch der Rechnungslegung – Einzelabschluss
HFA	Hauptfachausschuss
HGB	Handelsgesetzbuch
HK	Herstellungskosten
h. M.	herrschende Meinung
HR	Handbuch Rechnungslegung
Hs.	Halbsatz
IAS	International Accounting Standards
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V.
i. E.	im Ergebnis
IFRS	International Financial Reporting Standards
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
KA	Kapitalanteil
KapAEG	Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz

KapCoRiLiG	Kapitalgesellschaften- und Co-Richtlinie-Gesetz
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
Komm.	Kommentar
KoR	Zeitschrift für kapitalmarktorientierte Rechnungslegung
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KStR	Körperschaftsteuerrichtlinien
lat.	latente(r)
LG	Landgericht
lit.	littera
Mio.	Million(en)
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift
Nr.	Nummer
NWB	Neue Wirtschaftsbriefe
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
pass.	passive
phG	persönlich haftende Gesellschafter
PK	Praxiskommentar
Plen.-Prot.	Plenarprotokoll
PublG	Publizitätsgesetz
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
resp.	respektive
RGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
S.	Satz
SE	Europäische Gesellschaft
SEC	United States Securities and Exchange Commission
SE-VO	Verordnung über das Statut der Europäischen Gesellschaft
sog.	sogenannte(s)
St.	Steuern
Stbg	Die Steuerberatung
StbJb	Steuerberater-Jahrbuch
StuB	NWB Unternehmensteuern und Bilanzen
StuW	Steuer und Wirtschaft
u.	und
u. a.	unter anderem
Ubg	Die Unternehmensbesteuerung
UG	Unternehmergesellschaft
Urt.	Urteil
US-GAAP	United States Generally Accepted Accounting Principles
u. U.	unter Umständen

v.	vom
VG	Vermögensgegenstand/Vermögensgegenstände
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
WM	Wertpapiermitteilungen
WP	Wirtschaftsprüfer
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
z. B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZSteu	Zeitschrift für Steuern und Recht
zzgl.	zuzüglich

Einführung

Hintergrund des § 268 Abs. 8 HGB

Die Auszahlungsbeschränkung auf den Bilanzgewinn bei der AG¹, das Rückgewährverbot des Stammkapitals bei der GmbH², das Wiederaufleben der Haftung des Kommanditisten einer KG³ oder die von der Rechtsprechung entwickelte „Existenzvernichtungshaftung“⁴: alle diese – beispielhaft aufgezählten – Instrumente sind auf die Erhaltung von Kapital in einer Gesellschaft gerichtet und dienen damit einem übergeordneten Zweck, dem Gläubigerschutz.

Im Jahr 2009 hat der deutsche Gesetzgeber mit dem BilMoG⁵ ein weiteres, bisher nur wenig beachtetes⁶, Werkzeug der Kapitalerhaltung neu ausgestaltet und damit in den Fokus von Wissenschaft⁷ und Praxis⁸ gerückt: die Ausschüttungssperre des § 268

¹ § 57 Abs. 3 AktG. Zweck der Norm: Erhaltung des Kapitals im Interesse der Gläubiger, MüKo/Bayer, AktG, § 57 Rn. 1; Schmidt/Lutter/Fleischer, AktG, § 57 Rn. 3.

² § 30 GmbHG. Zweck der Norm: Gläubigerschutz durch Erhaltung des Stammkapitals, Lutter/Hommelhoff/Hommelhoff, GmbHG, § 30 Rn. 1; MüKo/Ekkenga, GmbHG, § 30 Rn. 1.

³ § 172 Abs. 4 HGB. Zweck der Norm: Sicherung des Kapitals im Interesse der Gläubiger, vgl. Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Strohn, HGB, § 172 Rn. 19; MüKo/Schmidt, HGB, §§ 171, 172 Rn. 67.

⁴ BGH Urt. v. 17.09.2001 – II ZR 178/99 – *Bremer Vulkan*, BGHZ 149, 10 ff. = NJW 2001, 3622 ff.; BGH Urt. v. 24.06.2002 – II ZR 300/00 – *KBV*, BGHZ 151, 181 ff. = NJW 2002, 3024 ff.; BGH Urt. v. 16.07.2007 – II ZR 3/04 – *Trihotel*, BGHZ 173, 246 ff. = NJW 2007, 2689 ff.; BGH Urt. v. 28.04.2008 – II ZR 264/06 – *Gamma*, BGHZ 176, 204 ff. = NJW 2008, 2437 ff.; BGH Urt. v. 09.02.2009 – II ZR 292/07 – *Sanitary*, BGHZ 179, 344 = NJW 2009, 2127 ff. Die Existenzvernichtungshaftung knüpft „an die missbräuchliche Schädigung des im Gläubigerinteresse zweckgebundenen Gesellschaftsvermögens“ an, vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 13 Rn. 58 und MüKo/Liebscher, GmbHG, § 13 Anh. Rn. 533, und dient somit, auch wenn sie als Innenhaftung ausgestaltet ist, dem Gläubigerschutz durch Kapitalerhaltung.

⁵ Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – BilMoG) vom 25.05.2009, BGBl. I 2009, 1102 ff.

⁶ Vgl. *Ernsting*, StJb 2010/2011, 219, 236; *Gelhausen/Althoff*, WPg 2009, 584; *Herzig/Fuhrmann/Fuhrmann/Langseher*, Handbuch latente Steuern, A. VI. Rn. 201; *Kropff*, FS Hüffer, 539, 540; *Herzig/Vossel*, BB 2009, 1174; *Zülch/Hoffmann*, DB 2010, 909.

⁷ Siehe u. a. *Althoff*, DStR 2012, 868 ff.; *Herzig/Fuhrmann/Fuhrmann/Langseher*, Handbuch latente Steuern, A. VI. Rn. 201 ff.; *Kaya/Borgwardt*, StuB 2010, 727 ff.; *Kropff*, FS Hüffer, 539 ff.; *Küting/Lorson/Eichenlaub/Toebe*, GmbHR 2011, 1 ff.; *Marx/Dallmann*, Stbg 2010, 453 ff.; *von der Laage*, WM 2012, 1322 ff.; *Wehrheim/Rupp*, DB 2009, 356 ff.; *Zülch/Hoffmann*, DB 2010, 909 ff.

⁸ Siehe u. a. *Arbeitskreis „Steuern und Revision“ im Bund der Wirtschaftsakademiker e.V.*, DStR 2008, 1299 ff.; *Funnemann/Graf Kerksenbrock*, BB 2008, 2674 ff.; *Gelhausen/Althoff*,

Abs. 8 HGB. Dieses Instrument wurde, um die legislatorische Zielsetzung vorweg zu nehmen, aus nur einem ganz bestimmten Grund geschaffen: der Aufrechterhaltung eines hinreichenden Gläubigerschutzniveaus.⁹

Wie bei allen gesetzgeberischen Neuregelungen bestehen auch bei der Ausschüttungssperre des § 268 Abs. 8 HGB zu Beginn zahlreiche Fragen, die einer genaueren Klärung bedürfen. Wer hat die neue Vorschrift überhaupt anzuwenden? Wie lassen sich die neuen Vorgaben praktisch umsetzen? Welche Auswirkungen hat die neue Vorschrift auf bereits bestehende Regelungen? Gibt es ein Bedürfnis nach gesetzgeberischer Ausbesserung oder lässt sich die Norm – nach einer abschließenden Gesamtbetrachtung – als durchaus gelungen bezeichnen? Alle diese Fragen sind Gegenstand der folgenden Ausführungen.

A. Bilanzrechtsreform 2009

I. Internationalisierung der Rechnungslegung

Der entscheidende Impuls für die Internationalisierung des deutschen Bilanzrechts ging von dem Börsengang der Daimler-Benz AG (heute: Daimler AG) im Jahre 1993 an der New Yorker Börse¹⁰ aus. Der auf Grund des Börsengangs von Daimler zusätzlich nach US-GAAP aufzustellende und bei der SEC einzureichende¹¹ Konzernabschluss wies für das erste Jahr einen Verlust in Höhe von 1.839 Mio. DM aus, wohingegen im deutschen Jahresabschluss für den gleichen Zeitraum ein Gewinn in Höhe von 615 Mio. DM zu finden war.¹² Diese gravierenden Unterschiede zwischen den Abschlüssen sowie die für die in den USA gelisteten Unternehmen bestehende Pflicht zur Aufstellung zweier unterschiedlicher Konzernabschlüsse haben die damalige Bundesregierung veranlasst, eine Anpassung des deutschen

WPg 2009, 584 ff. u. 629 ff.; *Gelhausen/Fey/Kämpfer*, Rechnungslegung und Prüfung nach dem Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz, Buchst. N; *Haaker*, DStR 2008, 1750 ff.; *Lanfermann/Röhrich*, DStR 2009, 1216 ff.; *Leuering*, NJW-Spezial 2009, Heft 23, 735 ff.; *Lüdenbach*, StuB 2010, 588 ff.; *Petersen/Zwirner/Froschhammer*, KoR 2011, 437 ff.; *Petersen/Zwirner/Froschhammer*, BiM 2011, 64 ff.; *Petersen/Zwirner/Froschhammer*, KoR 2010, 334 ff.; *Ruberg*, NZG 2011, 1048 ff.; *Salamon*, Status:Recht 2009, 248 ff.; *Simon*, NZG 2009, 1081 ff.; *ders.*, Status:Recht 2009, 205; *Stahl/Burkhardt*, BBK 2010, 106 ff.; *Zwirner/Boecker*, BC 2011, 7 ff.; *Zwirner/Froschhammer*, StuB 2012, 139 ff.

⁹ RegE BilMoG, BT-Drucks. 16/10067, 35, 64.

¹⁰ Siehe zu dem Börsengang <http://www.daimler.com/dccom/0-5-1324890-49-1324909-1-0-0-1345593-0-0-135-7145-0-0-0-0-0-0-0-0.html> (zuletzt eingesehen: 31.10.2013).

¹¹ Die SEC hat mit Wirkung zum 04.03.2008 auch Abschlüsse nach IFRS zugelassen, SEC Release 33-8879, abrufbar unter <http://sec.gov/rules/final/2007/33-8879.pdf> (zuletzt eingesehen: 31.10.2013).

¹² Geschäftsbericht der Daimler-Benz AG für das Geschäftsjahr 1993, 73 ff., abrufbar unter http://www.daimler.com/Projects/c2c/channel/documents/1364419_1993_Daimler_Benz_Geschaeftsbericht.pdf (zuletzt eingesehen: 31.10.2013).

Bilanzrechts an internationale Rechnungslegungsstandards zu initiieren.¹³ Nach Ansicht der damaligen Regierung war „die Aufstellung zweier Konzernabschlüsse nach unterschiedlichen Bilanzansatz- und Bewertungsvorschriften [...] für die betroffenen Unternehmen eine schwere Last und für Investoren eher verwirrend“.¹⁴

Dieser Erkenntnis Folge leistend wurde im Jahr 1998 durch das KapAEG¹⁵ § 292a HGB a.F. eingeführt, wonach bestimmte börsennotierte Mutterunternehmen von der Aufstellungspflicht eines Konzernabschlusses nach HGB befreit wurden, sofern sie bereits einen Konzernabschluss nach international anerkannten Rechnungslegungsgrundsätzen aufstellen mussten. Diese Entwicklung wurde kurze Zeit nach Inkrafttreten des KapAEG weitergeführt und der Anwendungsbereich des § 292a HGB a.F. im Jahr 2000 durch das KapCoRiLiG¹⁶ auf weitere, an bestimmten Märkten organisierte Unternehmen ausgedehnt. Dieser Schritt wurde als notwendig erachtet, da nach Einführung des § 292a HGB a.F. die Beschränkung des Anwendungsbereiches der Vorschrift auf börsennotierte Unternehmen von der Praxis als zu eng angesehen worden war. Es war deutlich geworden, dass auch Investoren von, die internationalen Kapitalmärkte inanspruchnehmenden, nicht börsennotierten Unternehmen bereits in vielen Fällen einen nach internationalen Rechnungslegungsstandards aufgestellten Konzernabschluss forderten.¹⁷

Der nächste Schritt der Internationalisierung erfolgte auf Grund einer EG-Verordnung. Durch Art. 4 der im Jahr 2002 verabschiedeten IAS-Verordnung¹⁸ wurden dem Recht eines Mitgliedstaates unterliegende Gesellschaften unmittelbar dazu verpflichtet, ab dem Jahr 2005 ihre Konzernabschlüsse nach IFRS aufzustellen, sofern ihre Wertpapiere am jeweiligen Bilanzstichtag zum Handel in einem geregelten Markt zugelassen waren. Zudem sah Art. 5 der IAS-Verordnung ein Mitgliedstaatenwahlrecht vor, welches den einzelnen Ländern erlaubte, (konsolidierte) Abschlüsse nach den internationalen Rechnungslegungsstandards auch von weiteren Gesellschaften zu verlangen oder diesen zumindest die freiwillige Aufstellung derartiger Abschlüsse zu ermöglichen. Der deutsche Gesetzgeber hat von diesem

¹³ RegE KapAEG, BT-Drucks. 13/7141, 7.

¹⁴ RegE KapAEG, BT-Drucks. 13/7141, 7.

¹⁵ Gesetz zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit deutscher Konzerne an Kapitalmärkten und zur Erleichterung der Aufnahme von Gesellschafterdarlehen (Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz – KapAEG) vom 20.04.1998, BGBl. I 1998, 707 ff.

¹⁶ Gesetz zur Durchführung der Richtlinie des Rates der Europäischen Union zur Änderung der Bilanz- und der Konzernbilanzrichtlinie hinsichtlich ihres Anwendungsbereiches (90/605/EWG), zur Verbesserung der Offenlegung von Jahresabschlüssen und zur Änderung anderer handelsrechtlicher Bestimmungen (Kapitalgesellschaften- und Co-Richtlinie-Gesetz – KapCoRiLiG) vom 24.02.2000, BGBl. I 2000, 145 ff.

¹⁷ Vgl. RegE KapCoRiLiG, BT-Drucks. 14/1806, 13, 23.

¹⁸ Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Juli 2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards, Abl. L 243 vom 11.09.2002, I ff.