

ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

150. JAHRGANG

12
2018



MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND VERFAHREN AUSSER STREITSACHEN

Aus dem Inhalt:

BEITRAG

Alexander Schopper und Mathias Walch:

Ausgewählte Fragen zur Gewinnverwendung und -verteilung
im Kapitalgesellschaftsrecht

Seite 441

RECHTSPRECHUNG

GesBR: Gründung und Rechnungslegung

Seite 470

Bekämpfung eines Verstoßes gegen die Geschäftsverteilung

Seite 474

Erb- und Pflichtteilsverzicht im Lichte des Gebührengesetzes

Seite 478

REDAKTION: Ludwig Bittner, Hans Hoyer, Elisabeth Lovrek, Peter G. Mayr, Christian Rabl, Alexander Schopper, Rudolf Welser, Alexander Winkler. BEIRAT: Hans Georg Ruppe, Karl Stöger, Wolfgang Zankl.

NZ 2018/147

Ausgewählte Fragen zur Gewinnverwendung und -verteilung im Kapitalgesellschaftsrecht

Der Beitrag behandelt ausgewählte Fragen zur Gewinnverwendung und -verteilung. Eingegangen wird auf die nachträgliche Einführung einer Satzungsbestimmung, wonach die Gesellschafter die Thesaurierung des Bilanzgewinns oder eine alineare Gewinnverteilung beschließen können. Außerdem wird erörtert, ob eine Satzungsbestimmung über die Thesaurierung des Bilanzgewinns zulässig ist, welche auch den Vorstand einer AG bindet. Zuletzt wird die nachträgliche Änderung eines Gewinnverwendungsbeschlusses behandelt.

Von Alexander Schopper und Mathias Walch

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Ermächtigung der Gesellschafterversammlung zur Entscheidung über die Verwendung und Verteilung des Bilanzgewinns
 - 1. Prinzip der Vollausschüttung
 - a) GmbH
 - b) AG
 - 2. Prinzip der gleichmäßigen Gewinnverteilung
 - a) GmbH
 - b) AG
- C. Einschränkende Vorgaben in der Satzung über die Gewinnverwendung
 - 1. GmbH
 - 2. AG
 - a) Entscheidungskompetenz der Verwaltung
 - b) Abweichende Satzungsregelung
- D. Nachträgliche Einführung einer abweichenden Satzungsbestimmung
 - 1. Gewinnverteilung
 - a) GmbH
 - b) AG
 - 2. Gewinnverwendung
 - a) GmbH
 - b) AG
- E. Nachträgliche Änderung des Gewinnverwendungsbeschlusses
 - 1. Meinungsstand
 - 2. Änderung von Beschlüssen der Generalversammlung
 - 3. Ein Gewinnverwendungsbeschluss statt mehrerer Gewinnverwendungsbeschlüsse
 - a) VwGH 22. 6. 1976, 1254/74
 - b) Argumente gegen Zulässigkeit mehrerer Gewinnverwendungsbeschlüsse
 - c) Eigene Ansicht
 - 4. Änderung des Gewinnverwendungsbeschlusses
 - 5. Änderung des Gewinnverwendungsbeschlusses bei zwischenzeitlich erfolgtem Gesellschafterwechsel
 - a) Ansicht von Feltl
 - b) Eigene Ansicht
 - c) Verweigerung der Zustimmung
- F. Zusammenfassung der Ergebnisse

A. Einleitung

Sowohl die Gewinnverwendung als auch die Gewinnverteilung sind für den Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft von enormer praktischer Bedeutung. Bei der Gewinnverwendung (Ergebnisverwendung)¹ geht es darum, ob der Bilanzgewinn (§ 224 Abs 3 A IV, § 231 Abs 2 Z 26 und Abs 3 Z 25 UGB)² an die Gesellschafter ausgeschüttet, Rücklagen gebildet werden oder dieser auf neue Rechnung vorgetragen wird.³ Hingegen entscheidet sich bei der Gewinnverteilung, wie hoch der Anteil des einzelnen Gesellschafters am ausgeschütteten Gewinn ist.

Sowohl bei der Gewinnverwendung als auch bei der Gewinnverteilung bestehen Interessenkonflikte. Die Gesellschaft hat zwar nicht stets, aber häufig ein Interesse an einer möglichst hohen Thesaurierungsquote, um künftig Mittel für ihre Tätigkeit zur Verfügung zu haben. Auch die Verwaltungsorgane haben tendenziell ein Interesse an hohen Thesaurierungen, weil sich für diese mit einer finanziell potenteren Gesellschaft Gestaltungsmöglichkeiten eröffnen. Im Gegensatz dazu haben viele Gesellschafter – insb Minderheitsgesellschaftler⁴ – ein Interesse an hohen Ausschüttungen. Bei der Gewinnverteilung sind primär die Interessen der Gesellschafter betroffen. Erhält ein Gesellschafter einen größeren Anteil am ausgeschütteten Gewinn, reduziert sich der Anteil der anderen Gesellschafter. Die Gesellschaft ist hingegen nicht betroffen, weil es für ihre finanzielle Situation nicht relevant ist, wie der

¹ Ohne Bilanzgewinn gibt es keine Gewinnverwendung i.e.S.; vgl dazu *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 35 Rz 26; Feltl, Wankelmut tut selten gut: Zur nachträglichen Modifikation von Ergebnisverwendungsbeschlüssen im Recht der GmbH, GesRZ 2018, 142.*

² Zur Berechnung des Bilanzgewinns s zB *Vanas in Zib/Dellinger, UGB § 231 Rz 197.*

³ Vgl ErläutRV 2018 BlgNR 24. GP 19; *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 35 Rz 26.*

⁴ *Bork/Oepen, Schutz des GmbH-Minderheitsgesellschafters vor der Mehrheit bei der Gewinnverteilung, ZGR 2002, 241 (241 f);* die Durchsetzung eines angemessenen Gewinnauszahlungsanspruchs ist bei Minderheitsgesellschaftern ganz allgemein problematisch, vgl dazu die Nw in FN 29.

ausgeschüttete Gewinn unter den Gesellschaftern verteilt wird.⁵

Der vorliegende Beitrag hat nicht das Ziel, Gewinnverwendung und -verteilung abschließend zu behandeln, sondern widmet sich ausgewählten aktuellen Fragen und beschränkt sich auf Kapitalgesellschaften.

B. Ermächtigung der Gesellschafterversammlung zur Entscheidung über die Verwendung und Verteilung des Bilanzgewinns

1. Prinzip der Vollausschüttung

a) GmbH

Nach § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG obliegen der Generalversammlung die Feststellung des Jahresabschlusses und die Verteilung des Bilanzgewinns, falls Letzterer im Gesellschaftsvertrag einer besonderen Beschlussfassung von Jahr zu Jahr vorbehalten ist. Enthält die Satzung keine Regelung, gilt das Prinzip der Vollausschüttung; dh, der gesamte Bilanzgewinn ist auszuschütten. Der Gewinnauszahlungsanspruch⁶ für ein konkretes Geschäftsjahr – zu unterscheiden vom Gewinnbezugsrecht als mitgliedschaftliches Stammrecht – entsteht in diesem Fall mit der Feststellung des Jahresabschlusses, ohne dass ein Gewinnverwendungsbeschluss erforderlich ist.⁷

Der Wortlaut von § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG ist insoweit missverständlich, als mit der Verteilung eigentlich die Verwendung des Bilanzgewinns (Gewinnverwendung) gemeint ist, dh die Entscheidung, ob der Bilanzgewinn ausgeschüttet, thesauriert oder auf neue Rechnung vorgetragen wird. Im Unterschied zum AktG, das den Begriff „Gewinnverwendung“ kennt,⁸ meint das GmbHG mit Gewinnverteilung sowohl die Gewinnverwendung (§ 35 Abs 1 Z 1 GmbHG) als auch die Gewinnverteilung iS (§ 82 Abs 2 GmbHG), das ist wie erwähnt die Verteilung des ausgeschütteten Gewinns unter den Gesellschaftern.

⁵ Vgl H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG § 82 Rz 48; sie kann allenfalls mittelbar betroffen sein, wenn zB die Gesellschaftsanteile für Minderheitsgesellschafter aufgrund eines geringen Anteils am Gewinn unattraktiv sind und diese daher bei einer Kapitalerhöhung keine neuen Gesellschafter gewinnen kann (ähnlich H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 82 Rz 51).

⁶ Vgl zur Terminologie etwa OGH 30. 10. 1990, 8 Ob 643/90; im Beitrag wird die Bezeichnung „Gewinnauszahlungsanspruch“ statt „Gewinnrecht“ verwendet, um den Unterschied zwischen konkretem Anspruch auf Auszahlung des Gewinns für ein Geschäftsjahr und dem Stammrecht („Gewinnbezugsrecht“) hervorzuheben.

⁷ Aburumieh/Gruber in FAH, GmbHG § 35 Rz 41; Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 35 Rz 18.

⁸ Siehe insb § 104 AktG, außerdem auch § 61 Abs 5, § 96 Abs 1, § 108 Abs 3 AktG; unpräzise, weil seit dem AktRAG 2009 überholt, daher Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 82 Rz 29: „Der Begriff ‚Gewinnverwendung‘ findet sich weder im GmbHG noch im AktG.“

Während die begriffliche Ungenauigkeit des Gesetzgebers nicht weiter relevant ist und wohl auch deshalb bisher nicht korrigiert wurde, kann eine inkakurate Satzungsbestimmung gravierende Folgen nach sich ziehen. Stellt die Satzung einer GmbH nur auf die Gewinnverteilung ab, enthält sie keine Ermächtigung zur Entscheidung über die Gewinnverwendung, sodass nach dispositivem Recht das Prinzip der Vollausschüttung gilt und die Gesellschafter lediglich über die Verteilung des Bilanzgewinns unter ihnen entscheiden können. Allerdings ist im Einzelfall mittels Auslegung zu ermitteln, ob nicht doch die Gewinnverwendung gemeint ist und die Satzung lediglich wie das GmbHG eine unpräzise Formulierung wählt.⁹ Orientiert sich zB im Einzelfall die Satzungsbestimmung im Wortlaut an § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG, spricht dies für eine Ermächtigung nicht zur Entscheidung über die Gewinnverteilung, sondern über die Gewinnverwendung.

Um Streitigkeiten vorzubeugen, empfiehlt sich jedenfalls eine eindeutige Regelung in der Satzung. Eine übliche Formulierung wäre zB: „Die Verwendung des Bilanzgewinns ist einer besonderen Beschlussfassung der Generalversammlung von Jahr zu Jahr vorbehalten, die mit einfacher Stimmenmehrheit erfolgt.“¹⁰

Sieht die Satzung keine Ermächtigung vor, können die Gesellschafter für einzelne Jahre dennoch eine Thesaurierungsentscheidung treffen. Der Gewinnverwendungsbeschluss ist zwar rechtswidrig, aber bloß anfechtbar (§ 41 GmbHG).¹¹ Wird er nicht erfolgreich an-

⁹ Vgl OGH 30. 8. 2016, 6 Ob 143/16x („Wenn der Gesellschaftsvertrag die Gewinnverteilung [!] oder die Gewinnverwendung einem Gesellschafterbeschluss vorbehält, muss man [mangels sonstiger Anhaltspunkte im konkreten Gesellschaftsvertrag] wohl davon ausgehen, dass die Gesellschafter sich die Entscheidung vorbehalten haben, ob überhaupt bzw in welchem Umfang es zu einer Ausschüttung des Bilanzgewinns kommen soll.“); Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 82 Rz 31 f; hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass der OGH eine deutliche Satzungsregelung fordert (OGH 24. 10. 2016, 6 Ob 169/16w: „Gewinnverwendungsvorschriften wie grundsätzlich alle korporativen Satzungsbestimmungen müssen deutlich formuliert sein“; ebenso bereits OGH 23. 5. 2007, 3 Ob 59/07h). Diese Voraussetzung ist auch dann erfüllt, wenn die Satzung erst nach einer entsprechenden Auslegung – mit Gewinnverteilung ist Gewinnverwendung gemeint – eine deutliche Ermächtigung zur Entscheidung über die Gewinnverwendung enthält.

¹⁰ Vgl Likar/Griehser, Muster zur GmbH-Gründung³ (2015) 48; in diesem Zusammenhang sollte auch die Gewinnverteilung geregelt werden (zu dieser Pkt B.2.), zB: „Ein zur Ausschüttung gelangender Bilanzgewinn ist unter den Gesellschaftern im Verhältnis der übernommenen Stammeinlagen aufzuteilen. Die Generalversammlung kann einstimmig jedoch auch eine von den Beteiligungsverhältnissen abweichende Gewinnausschüttung an die Gesellschafter beschließen (alineare Gewinnausschüttung)“; zu weiteren Beispielen s K. Schmidt, Satzungsmaßige Gewinnverwendungsklauseln bei Kapitalgesellschaften, in FS P. Doralt (2004) 597 (602).

¹¹ Schopper/Walch, Die vereinfachte Gründung nach § 9a GmbHG, ÖBA 2018, 379 (388); Harrer in Gruber/Harrer,

gefochten, insb weil alle Gesellschafter mit dessen Inhalt einverstanden sind, bleibt er wirksam. Der OGH ist noch großzügiger und erblickt in der Entscheidung des Alleingeschafters, den Bilanzgewinn oder Teile davon nicht zu entnehmen, nicht einmal einen rechtswidrigen Verstoß gegen das Vollausschüttungsgebot.¹² „Es muss dem Alleingeschafter nämlich unbenommen bleiben, wie er den auszuschüttenden Bilanzgewinn verwendet.“¹³ Dies gilt dann uE auch für die Gesellschaftergesamtheit, dh bei einem einstimmigen Beschluss aller Gesellschafter.¹⁴

Die Satzung kann die Entscheidung über die Gewinnverwendung in das freie Ermessen der Gesellschafterversammlung stellen. Eine Schranke der Mehrheitsherrschaft bildet dann das Gleichbehandlungsgebot,¹⁵ das jedoch in aller Regel nicht verletzt sein wird, weil die Entscheidung alle Gesellschafter gleichmäßig trifft. Nach dem OGH kann bei langanhaltenden gänzlichen oder überwiegenden Thesaurierungen ein Rechtsmissbrauch nach § 1295 Abs 2 ABGB vorliegen.¹⁶ Eine weitere Schranke der Mehrheitsherrschaft bildet die Treuepflicht der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft.¹⁷ Die Gesellschafter müssen aber nicht immer schon dann gegen die Ausschüttung des Bilanzgewinns stimmen, wenn die Thesaurierung für die Gesellschaft günstiger als die Ausschüttung ist, sondern nur, wenn die Interessen der Gesellschaft an der Thesaurierung die Interessen des Geschafters an der Ausschüttung massiv überwiegen, weil bspw die Überlebensfähigkeit der

Gesellschaft auf dem Spiel steht.¹⁸ Bei übermäßigen Thesaurierungsentscheidungen geht die Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft ins Leere, weil die Thesaurierung in aller Regel nicht gegen das Gesellschaftsinteresse verstoßen wird (vgl Pkt A.).¹⁹ Dogmatischer Ansatzpunkt ist insoweit die Treuepflicht der Gesellschafter gegenüber ihren Mitgeschaftern, die eine Berücksichtigung ihrer Ausschüttungsinteressen fordert.²⁰ Die Gesellschaftermehrheit muss bei der Beschlussfassung über die Gewinnverwendung somit das Thesaurierungsinteresse der Gesellschaft gegen das Ausschüttungsinteresse der Mitgeschafter abwägen. Wie die Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft kann auch die Treuepflicht gegenüber den Mitgeschaftern nur einen Schutz vor krass benachteiligenden Entscheidungen der Mehrheit bieten. Eine ungebührlich hohe, bei vernünftiger unternehmerischer Beurteilung nicht gebotene Thesaurierungsentscheidung muss noch nicht unzulässig sein.²¹ Die Gesellschaftermehrheit hat nämlich einen weiten unternehmerischen²² Ermessensspielraum,²³ weshalb die Interessen der Mitgeschafter massiv überwiegen müssen.²⁴ Hierbei ist

GmbHG² § 35 Rz 22; vgl bereits ROHG 13. 9. 1867, ROHG 11, 118 (125 und 128 f); *Ulmer/Casper* in *Ulmer/Habersack/Löbke*, GmbHG² § 53 Rz 39; s auch FN 34; dogmatisch handelt es sich um eine Satzungsdurchbrechung (bzw mangels Satzungsregelung präziser Durchbrechung der Organisationsverfassung), wobei str ist, ob es sich um eine zustandsbegründende oder punktuelle Durchbrechung handelt; s zB *U. Torggler*, Die Satzungsdurchbrechung und ihre (Dauer-)Wirkungen, in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Die Verbandsverfassung (2013) 75 (80); *Eckert* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Beschlussmängel (2018) 71 (72 ff); *Rauter/Milchrahm* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 49 Rz 64 f; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 3/70; vgl dazu auch Pkt B.2.a.

¹² OGH 12. 1. 2012, 6 Ob 101/11 p (Pkt 4.3); zu berücksichtigen ist auch die Rsp-Linie, wonach die Gesellschafter kraft Treuepflicht gehalten sein können, trotz Voll- oder Teilausschüttungsgebot für die Thesaurierung zu stimmen (s sogleich bei und in FN 18). Dies setzt implizit voraus, dass die Gesellschafter einen abweichenden Beschluss überhaupt fassen dürfen.

¹³ OGH 12. 1. 2012, 6 Ob 101/11 p (Pkt 4.3).

¹⁴ So bereits *Schopper/Walch*, ÖBA 2018, 379 (388); vgl *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 35 Rz 21, allerdings unter zweifelhafter Berufung auf *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG¹¹ § 46 Rz 26.

¹⁵ *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG § 82 Rz 45.

¹⁶ OGH 23. 5. 2007, 3 Ob 59/07 h (Pkt 4), dort allerdings zum Rechtsmissbrauch durch einen Geschäftsführer; zu den Rechtsfolgen s unten im Text; aufgrund der engeren Schranke der Treuepflicht der Gesellschafter ist die praktische Bedeutung dieser Schranke nicht besonders groß.

¹⁷ *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG § 82 Rz 45.

¹⁸ OGH 31. 1. 2013, 6 Ob 100/12 t (Pkt 8); bestätigt in OGH 27. 2. 2013, 6 Ob 17/13 p; vgl aus Deutschland BGH 29. 3. 1996, II ZR 263/94 NJW 1996, 1678.

¹⁹ *Ch. Nowotny*, Der Anspruch auf Gewinn, in *FS W. Doralt* (2007) 319 (329).

²⁰ *G. H. Roth* in *Roth/Altmeyen*, GmbHG⁸ § 20 Rz 20; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 3/203 (er spricht nur von Treuepflicht, aber aus den zitierten Fundstellen [zB *Zöllner*, Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden (1963) 349 ff] folgt, dass er die Treuepflicht gegenüber den Mitgeschaftern meint); *Kastner/Doralt/Nowotny*, GesR⁵ 433 (in FN 79); *W. Müller* in *Ulmer/Habersack/Löbke*, GmbHG² § 29 Rz 82; vgl *Witt* in *Bork/Schäfer*, GmbHG³ § 29 Rz 23.

²¹ Ähnlich *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 35 Rz 22; vgl aber *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 3/203; ähnlich wie dieser *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 35 Rz 27 („kaufmännisch sinnvoll, geboten und zweckmäßig ist“); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 35 Rz 15 („Rücklagen nur im Rahmen des kaufmännisch/unternehmerisch Vertretbaren vorsehen“); *Aburumieh/Gruber* in *FAH*, GmbHG § 35 Rz 50; ebenso *Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 29 Rz 34, der aber einschränkend den weiten unternehmerischen Ermessensspielraum hervorhebt; vgl in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen bei und in FN 56.

²² Vgl dazu OGH 23. 5. 2007, 3 Ob 59/07 h: „Ob Gewinne thesauriert oder ausgeschüttet werden, ist eine unternehmerische Entscheidung.“

²³ *W. Müller* in *Ulmer/Habersack/Löbke*, GmbHG² § 29 Rz 86; *Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 29 Rz 34; vgl idZ auch OLG Nürnberg 9. 7. 2008, 12 U 690/07 NZG 2008, 948 (im Volltext abgedruckt in BeckRS 2008, 16971), das der Gesellschaftermehrheit einen sehr weiten Ermessensspielraum einräumt, weil die Thesaurierung eine unternehmerische Entscheidung sei.

²⁴ Fordert man bei der Entscheidung über die Gewinnthesaurierung ein massives Überwiegen der Interessen der Gesellschaft, damit die Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft eingreift (FN 18), muss auch hier ein massives Überwiegen der Interessen der Mitgeschafter vorliegen. Die Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft ist tendenziell stärker als gegenüber den Mitgeschaftern, weil Erstere aus der Pflicht zur Verfolgung eines ge-

auch auf die konkrete Gesellschaft Bedacht zu nehmen:²⁵ Bei einer Gesellschaft in der Gründungsphase kann auch eine mehrjährige 100%ige Thesaurierung zulässig sein. Im späteren Leben einer wirtschaftlich gesunden GmbH werden die Gesellschafter dagegen vorbehaltlich besonderer Umstände des Einzelfalls zumindest eine geringe Dividende erhalten müssen, sodass ein völliges Aushungern unzulässig ist.²⁶

Ein unzulässiger Gewinnverwendungsbeschluss ist anfechtbar,²⁷ unabhängig davon, ob ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot und die Treuepflicht oder ein Rechtsmissbrauch vorliegt.²⁸ Wird der Gewinnverwendungsbeschluss erfolgreich angefochten, dürfen keine Gewinnausschüttungen auf der Grundlage dieses Beschlusses erfolgen (§§ 82 f GmbHG). Der an einer hohen Ausschüttung interessierte (Minderheits-)Gesellschafter ist damit allerdings noch nicht am Ziel: Er muss einen entsprechenden rechtlich zulässigen Gewinnverwendungsbeschluss durchsetzen, um in den Genuss von Gewinnausschüttungen zu gelangen.²⁹

Angesichts des wenig ausgeprägten Minderheitenschutzes empfiehlt es sich im Einzelfall, in der ursprünglichen Satzung eine an die Bedürfnisse der Gesellschafter angepasste Regelung zu treffen, eine solche nachträglich einzuführen oder eine unzureichende Satzungsbestimmung zu ändern (dazu Pkt D.2).

b) AG

Bei der AG erfolgt die Beschlussfassung über die Verwendung des Bilanzgewinns nach § 104 Abs 2 Z 2 AktG in der ordentlichen Hauptversammlung. Hierbei ist die Hauptversammlung nach § 104 Abs 4 AktG an den vom

meinsamen Zwecks resultiert, zu der sich alle Gesellschafter mit ihrem Beitritt verpflichtet haben, während Letztere dogmatisch nur aus einer Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen der Mitgesellschafter folgt (vgl dazu FN 126). Es wäre daher wertungswidersprüchlich, wenn die Treuepflicht gegenüber den Mitgesellschaftern nicht erst bei einem massiven Überwiegen der Interessen greifen würde.

²⁵ Vgl dazu, wobei dieser den Ermessensspielraum der Gesellschaftermehrheit nicht ausreichend berücksichtigt, *Mock in Michalski, GmbHG*³ § 29 Rz 188 ff.

²⁶ Vgl dazu OGH 18. 4. 1951, 3 Ob 221/51 NZ 1951, 127: „Es kann nicht zweifelhaft sein, daß ein Verhalten von Gesellschaftern, das durch Entziehen des Gewinnanteiles eine Minderheit dem Willen der Mehrheit gefügig machen will, wenn es also eine Schädigung der Minderheit bezweckt, eine unerlaubte Handlung darstellt; die Mehrheit handelt dann in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise.“

²⁷ *Auer in Gruber/Harrer, GmbHG*² § 82 Rz 13.

²⁸ Der durch rechtsmissbräuchliche Stimmabgaben zustande gekommene Beschluss der Generalversammlung ist also anfechtbar (vgl *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG*³ § 41 Rz 31; insoweit zutreffend OGH 3. 11. 1954, 1 Ob 705/54 [sofern man die Entscheidung dahingehend versteht, dass bloß treuwidrig abgegebene Stimmen nicht die Anfechtbarkeit eines Beschlusses begründen sollen, ist sie überholt; s *Koppensteiner/Rüffler, aaO*]).

²⁹ Vgl dazu ausführlich *Bork/Oepen, ZGR* 2002, 241 und jüngst *Koppensteiner*, Durchsetzung von Gewinnansprüchen der Minderheit bei GmbH und OG, RdW 2018, 412; *Eckert in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Beschlussmängel* 71 (85 ff).

Vorstand mit Billigung des Aufsichtsrats festgestellten Jahresabschluss gebunden (vgl dazu noch ausführlich Pkt C.2.a.).³⁰ Sie kann lediglich den Bilanzgewinn ganz oder teilweise von der Ausschüttung ausschließen und auch das nur, falls sie nach der Satzung hierzu ermächtigt ist.³¹

Enthält die Satzung keine Regelung, gilt wie bei der GmbH das Prinzip der Vollausschüttung.³² Zwar ist bei der AG auch in diesem Fall ein Gewinnverwendungsbeschluss der Hauptversammlung erforderlich. Jedoch läuft dieser mangels Ermessensspielraums auf eine bloße Bestätigung der Ausschüttungsentscheidung des Vorstands und des Aufsichtsrats hinaus.³³ Fasst die Hauptversammlung dennoch den Beschluss, entgegen dem Vollausschüttungsgebot den gesamten Jahresgewinn oder einen Teil davon nicht auszuschütten (den Gewinn auf neue Rechnung vorzutragen), ist der Beschluss allerdings nicht unwirksam, sondern lediglich anfechtbar.³⁴

Eine Satzungsbestimmung, welche die Hauptversammlung zur Entscheidung über die Gewinnverwendung ermächtigt, muss eindeutig formuliert sein. Keine derartige Ermächtigung bildet nach dem OGH eine Regelung, wonach die Hauptversammlung alljährlich in den ersten acht Monaten des Geschäftsjahres über die Verwendung des Bilanzgewinns beschließt, die also im Wesentlichen lediglich den Wortlaut von § 104 Abs 2 Z 2 AktG wiederholt.³⁵ Zahlreiche Satzungen von AG enthalten solch eine oder überhaupt keine einschlägige Satzungsbestimmung.³⁶ Bei diesen Gesellschaften stellt sich im Einzelfall die Frage, ob nachträglich eine Ermächtigung durch Satzungsänderung eingefügt werden kann (dazu noch Pkt D.2.b).

Ausreichend und empfehlenswert sind dagegen Formulierungen wie „Die Hauptversammlung kann den Bilanzgewinn ganz oder teilweise von der Verteilung ausschließen sowie hinsichtlich des gesamten Bilanzgewinns oder eines Teiles davon die Einstellung in eine Rücklage beschließen“³⁷ oder „Über die Verwendung des Bilanzgewinns beschließt die Hauptversammlung.“

³⁰ Vgl OGH 23. 5. 2007, 3 Ob 59/07 h.

³¹ Vgl *Toms in Gratzl/Hausmaninger/Justich*, Handbuch zur Aktiengesellschaft I² Rz 5/137.

³² Vgl OGH 23. 5. 2007, 3 Ob 59/07 h.

³³ Vgl OGH 24. 10. 2016, 6 Ob 169/16 w (Pkt 1.4.); *S. Bydlinki/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG*⁵ § 104 Rz 23; *Ch. Nowotny in FS W. Doralt* 328 f; so bereits *Dietrich*, Rücklagenbildung nach § 125 Abs. 3 Aktiengesetz und Gewinnbeteiligung am Gewinnvortrag, JW 1938, 713; aA noch *Bengs*, Reingewinn und Gewinnverteilung nach dem Aktiengesetz, JW 1938, 709.

³⁴ OGH 23. 5. 2007, 3 Ob 59/07 h; vgl OGH 24. 10. 2016, 6 Ob 169/16 w; *Ch. Nowotny in FS W. Doralt* 329.

³⁵ OGH 24. 10. 2016, 6 Ob 169/16 w AnwBl 2017, 255 (krit *Kacic/Nimmerfall*); so bereits zur Rechtslage vor dem AktRÄG 2009 OGH 23. 5. 2007, 3 Ob 59/07 h.

³⁶ *Kalss/Nicolussi*, Aktuelle Satzungsgestaltungen in Aktiengesellschaften, GesRZ 2017, 203 (215).

³⁷ Vgl zB Pkt 13.4 der Satzung der BAWAG P.S.K. AG.

Sie kann den Bilanzgewinn ganz oder teilweise von der Verteilung ausschließen“.³⁸

Räumt die Satzung der Hauptversammlung die Befugnis ein, über die Verwendung des Bilanzgewinns zu entscheiden, hat diese einen weiten Ermessensspielraum. Eine Bestimmung wie § 254 Abs 1 dAktG, wonach die Aktionäre zumindest 4% auf das eingezahlte Grundkapital erhalten sollen, sofern die Thesaurierung nicht für die Sicherung der Lebens- und Widerstandsfähigkeit der Gesellschaft erforderlich ist, kennt das öAktG nicht. Als Schranken der Mehrheitsherrschaft bleiben somit das Verbot des Rechtsmissbrauchs (§ 1295 Abs 2 ABGB),³⁹ die Treuepflicht sowohl gegenüber der Gesellschaft als auch gegenüber den Mitgesellschaftern (§ 195 Abs 1 AktG), deren Konturen in Österreich noch nicht abschließend geklärt sind,⁴⁰ und das Verbot des Verfolgens gesellschaftsfremder Sondervorteile (§ 195 Abs 2 AktG).⁴¹

2. Prinzip der gleichmäßigen Gewinnverteilung

a) GmbH

Die Höhe des Gewinnauszahlungsanspruchs bemisst sich gem § 82 Abs 2 GmbHG nach dem Verhältnis der eingezahlten Stammeinlagen. Der Gesetzgeber knüpft die Höhe somit an eine objektive Bemessungsgrundlage. Die Regelung ist jedoch dispositiv.⁴² Die Gesellschafter können in der Satzung eine abweichende Regelung treffen, soweit sie nicht sittenwidrig (§ 879 ABGB) ist.⁴³

Mitunter besteht das Bedürfnis, für einzelne Geschäftsjahre punktuell vom Verteilungsschlüssel abzugehen, ohne diesen dauerhaft ändern zu wollen. Die Gesellschafter könnten hierzu eine Satzungsbestimmung aufnehmen, wonach zB nur für das Jahr 2018 ein von § 82 Abs 2 GmbHG abweichender Verteilungsschlüssel gelten soll.⁴⁴ Solch eine Satzungsänderung ist jedoch aufwendig sowie kostenintensiv und daher häufig nicht gewünscht. Dies wirft die Frage auf, ob die Gesellschafter durch einen nicht satzungsändernden Gesellschafterbeschluss eine einmalige abweichende Regelung treffen

und den Gewinn bspw alinear verteilen können.⁴⁵ Dogmatisch handelt es sich hierbei um eine punktuelle Satzungs-durchbrechung bzw – mangels einer Satzungsregelung – präziser um eine punktuelle Durchbrechung der Organisationsverfassung,⁴⁶ bei der noch viel ungeklärt ist. Zumindest wenn alle Gesellschafter zustimmen, ist die Durchbrechung zulässig und dieser Weg somit gangbar.⁴⁷ Alineare Gewinnausschüttungen auf der Grundlage solch eines Beschlusses verstoßen auch nicht gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr.⁴⁸

Jedenfalls zulässig ist eine Satzungsregelung, wonach die Gesellschafter künftig einstimmig oder mit Zustimmung der hierdurch benachteiligten Gesellschafter eine alineare Gewinnverteilung beschließen können.⁴⁹ Ein Vorteil solch einer Regelung besteht darin, dass sich die Gesellschafter nicht in die Fahrwasser der punktuellen Satzungs-durchbrechung begeben müssen und es außerdem nicht auf die Stimmen bzw Zustimmung abwesender Gesellschafter ankommt. Sie kann auch für die steuerliche Anerkennung der alinearen Gewinnausschüttung hilfreich sein.⁵⁰

³⁸ Kalss/Nicolussi, GesRZ 2017, 203 (215); vgl Ch. Nowotny, Mustersatzung einer AG, in Nowotny/Winkler, Wiener Vertragshandbuch² 127.

³⁹ Vgl bei und in FN 16.

⁴⁰ Vgl dazu OGH 24. 10. 2016, 6 Ob 169/16w NZ 2017, 26 (Diregger) = wbl 2017, 106 (Nicolussi) = EvBl 2017/52 (Walch); s auch die Ausführungen in FN 126.

⁴¹ Diregger in MünchKommAktG⁴ § 254 Rz 23; vgl dazu Schopper in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 101 Rz 10 (in Druck).

⁴² Das folgt bereits aus dem Gesetzeswortlaut („in Ermangelung besonderer Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages“).

⁴³ OGH 30. 8. 2016, 6 Ob 143/16x; vgl auch K. Schmidt in FS P. Doralt 598 f.

⁴⁴ Mitunter ist das aus steuerlichen Gründen erforderlich (vgl Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG² § 49, 50 Rz 44; s auch FN 50); zu den Voraussetzungen für solch eine nachträgliche Einführung einer – auch nur punktuellen – Satzungsregelung vgl Pkt D.1.

⁴⁵ Bejahend Schwärzler, Die Vorwegzustimmung zur alinearen Gewinnverteilung im Gesellschaftsvertrag einer GmbH, NZ 2016, 442 (443) („ergibt sich bereits aus der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie der Beteiligten und wurde bisher auch nicht in Zweifel gezogen.“); aA Aburumieh/Gruber in FAH, GmbHG § 35 Rz 43 und insb FN 108 unter Berufung auf OGH 30. 8. 2016, 6 Ob 143/16x. Gemeint ist offenbar der Satz „Wenn die Gesellschafter [auch] die Verteilungsquoten abweichend per Beschluss festlegen wollen, müssen sie dies eindeutig im Gesellschaftsvertrag regeln (Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG [2009] § 82 Rz 32.“) Dem OGH geht es hierbei jedoch nicht um einen Gewinnverteilungsbeschluss ohne Grundlage in der Satzung, sondern um die Auslegung einer Satzungsbestimmung, was sich auch ganz klar aus der Fundstelle ergibt. Zur hier interessierenden Frage hat der OGH in dieser Entscheidung nicht Stellung bezogen.

⁴⁶ Siehe zB U. Torggler in Artmann/Rüffler/Torggler, Verbandsverfassung 80; Eckert in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Beschlussmängel (2018) 71 (72 ff); Rauter/Milchrahm in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 49 Rz 64/1; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 3/70.

⁴⁷ Dann stellen sich viele Fragen nicht, wie etwa das Mehrheitsfordernis, die Zustimmungsbedürftigkeit (Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in Torggler, GmbHG § 35 Rz 9) und ein allfälliges Stimmverbot jener Gesellschafter, die begünstigt werden sollen (dieses bejahend Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 35 Rz 41; Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler, aaO). Auch eine Beschlussanfechtung scheidet dann schon deshalb aus, weil alle Gesellschafter zugestimmt haben (vgl dazu zB Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in Torggler, GmbHG § 41 Rz 31 f).

⁴⁸ Vgl dazu, allerdings iZm der GmbH & Co KG, auf die der OGH das Kapitalerhaltungsregime der GmbHG entsprechend anwendet, OGH 21. 11. 2017, 6 Ob 161/17w; vgl aus Deutschland Pentz in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG⁶ § 29 Rz 103 (wobei nicht ganz klar ist, ob eine alineare [disquotale] Gewinnausschüttung ohne Grundlage in der Satzung oder die Einführung einer entsprechenden Satzungsbestimmung gemeint ist).

⁴⁹ OGH 30. 8. 2016, 6 Ob 143/16x.

⁵⁰ Vgl KStR 2013 Pkt 12.3.1 Rz 549: „Gewinnausschüttungen abweichend von den Beteiligungsverhältnissen (alineare Gewinnausschüttungen) müssen gesellschaftsvertraglich gedeckt und wirtschaftlich begründet sein“; idZ ist darauf hinzuweisen, dass

Nicht so klar ist die Zulässigkeit einer Satzungsbestimmung, wonach die einfache oder auch eine qualifizierte Mehrheit über die alineare Gewinnverteilung beschließen kann.⁵¹ Vor dem Hintergrund eines nur schwach ausgeprägten Minderheitenschutzes bei Gewinnverteilungsbeschlüssen (dazu Pkt D.1.a.) könnten solche Regelungen sittenwidrig (§ 879 ABGB) sein, und zwar unabhängig davon, ob die Regelung in der ursprünglichen Satzung oder nachträglich eingefügt wird, wenn die einfache oder qualifizierte Mehrheit willkürlich über die Gewinnverteilung beschließen darf.⁵² Dagegen kann

die Steuerbehörden bei der steuerlichen Anerkennung von alinearen Gewinnausschüttungen tendenziell restriktiv sind (vgl. *H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 82 Rz 48*). Bei einer entsprechenden Satzungsregelung ist klar, dass die alineare Gewinnausschüttung „gesellschaftsvertraglich gedeckt“ ist (vgl. dazu auch *Birnbauer, GmbH-Vertragsänderung, alineare Gewinnausschüttung, GES 2016, 422 [424]*: „Vom Gesetz abweichende Gewinnverwendungsregeln sollten auch aus steuerlichen Gründen in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden“); vgl. ausführlich zu steuerrechtlichen Fragen eines Gewinnverteilungsbeschlusses, der auf einer entsprechenden Satzungsregelung beruht, *Stanek, Die alineare Gewinnverteilung durch Gesellschafterbeschluss in Gesellschafts- und Steuerrecht – OGH 6 Ob 143/16 x, GES 2017, 266 (271 f)*.

⁵¹ Für Zulässigkeit zumindest der Möglichkeit, Beschlüsse mit Dreiviertel-Mehrheit zu fassen, *Schwärzler, NZ 2016, 442*; vgl. auch *Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG² §§ 49, 50 Rz 59 d*; unklar ist idZ die Entscheidungsanmerkung von *Höhnig, GesRZ 2016, 414*, der womöglich davon ausgeht, dass der OGH zu dieser Frage Stellung genommen hat, was aber nicht zutreffen würde; anders *Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 82 Rz 48*, wonach Einstimmigkeit nicht erforderlich sei, weil der konkrete Gewinnverteilungsbeschluss immer noch angefochten werden könne, und es Konstellationen geben könne, bei denen die Mehrheit gerechtfertigterweise eine alineare Ausschüttung beschließe. Das ist deshalb problematisch, weil ein Gewinnverteilungsbeschluss regelmäßig gerade nicht angefochten werden kann, wenn die willkürliche Verteilungsmöglichkeit auf einer wirksamen Satzungsbestimmung beruht; jedenfalls abzulehnen ist die Argumentation von *Stanek, GES 2017, 266 (268)*, wonach der vom OGH gegebene Hinweis auf die Möglichkeit der Anfechtung des Beschlusses darauf hinweise, dass der OGH nicht davon ausgehe, dass jedenfalls ein einstimmiger Beschluss aller Gesellschafter vorliegen muss. Der OGH bezieht seine Ausführung eindeutig auf die einstimmige Beschlussfassung: „Im Übrigen ist für eine alineare Gewinnverteilung eine einstimmige Beschlussfassung vorgesehen, sodass eine solche Gewinnverteilung jeder Gesellschafter ohnehin durch entsprechende Stimmabgabe oder – unter den Voraussetzungen des § 41 GmbHG – durch Klage verhindern kann.“ Das Höchstgericht meint damit wohl, dass der Gesellschafter den Beschluss zu Fall bringen kann, wenn seine Stimme rechtswidrig nicht mitgezählt wird, und er daher jedenfalls ausreichend geschützt ist. Zur Begründung verweist *Stanek* auf den Beitrag *Schwärzler, NZ 2016, 442 (443)* (gemeint wohl 444), der seine Aussage allerdings nicht deckt, weil *Schwärzler* im Gegenteil zutreffend erkennt, dass der OGH hierzu nicht Stellung nehmen wollte (443); weiters verweist *Stanek* auf einen Vortrag von *Karollus*, was hier nicht überprüft werden kann.

⁵² AA *Höhnig, GesRZ 2016, 414*, der ohne nähere Begründung davon ausgeht, dass sachwidrige Beschlüsse anfechtbar sind, und darin offenbar einen ausreichenden Schutz erblickt; vgl. auch *Auer in Gruber/Harrer, GmbHG² § 82 Rz 13* (zum Mehrheitserfordernis s. dort FN 30).

auch nicht eingewendet werden, dass ein Gesellschafter ja zur Gänze auf sein Gewinnrecht „verzichten“ könne und daher kraft Größenschlusses auch solch eine Regelung zulässig sein müsse. Im Unterschied zu einem eindeutigen Verzicht sind die Folgen der Zustimmung und das damit verbundene Risiko nämlich schwer vorzusehen.⁵³ Hingegen sind Satzungsregelungen unproblematisch, welche die Gewinnverteilung an (auch unscharfe) sachliche Kriterien, wie die Tätigkeit der Gesellschafter(-Geschäftsführer) für die Gesellschaft knüpfen und die Gesellschafter hierüber per Mehrheitsbeschluss entscheiden lassen, weil bei einer – in Anbetracht des Ermessensspielraums massiven – Übervorteilung der Gewinnverteilungsbeschluss anfechtbar ist.

b) AG

Bei der AG richtet sich die Höhe des Gewinnauszahlungsanspruchs gem § 53 Abs 1 AktG nach den Anteilen am Grundkapital. Wie bei der GmbH knüpft auch hier der Gesetzgeber die Höhe an eine objektive Bemessungsgrundlage. § 53 Abs 2 AktG trifft eine spezifische Regelung für den Fall, dass die Einlagen nicht im selben Verhältnis geleistet sind (§§ 28a, 9 Abs 2, § 10 Abs 2 AktG). Im Unterschied zu Stammeinlagen werden Aktien aber in aller Regel voll einbezahlt (liberiert), was sich zB im Hinblick auf spätere Kapitalerhöhung auch empfiehlt (vgl. § 149 Abs 4 AktG), sodass die Bestimmung selten anwendbar ist. In der Satzung kann nach § 53 Abs 3 AktG wiederum eine abweichende Regelung getroffen werden, soweit sie nicht sittenwidrig (§ 879 ABGB) ist.⁵⁴ Regelungen, wonach die Hauptversammlung einstimmig eine alineare Gewinnverteilung beschließen kann, sind wie bei der GmbH zulässig und kommen in der Praxis auch bei der AG durchaus vor.⁵⁵ Problematisch sind wiederum Satzungsbestimmungen, die einer einfachen oder auch qualifizierten Mehrheit die Entscheidung über eine alineare Gewinnverteilung einräumen. Einmalige abweichende Regelungen ohne Grundlage in der Satzung werfen schwierige Fragen zur punktuellen Satzungsdurchbrechung auf.

C. Einschränkende Vorgaben in der Satzung über die Gewinnverwendung

1. GmbH

Haben die Gesellschafter nach der Satzung die Kompetenz, frei über die Gewinnverwendung zu bestimmen, sind einzelne Gesellschafter wie aufgezeigt nur schwach vor der Herrschaft der Gesellschaftermehrheit geschützt. Das GmbHG, vom Grundsatz der Vollausschüt-

⁵³ Vgl. dazu *Höhnig, GesRZ 2016, 414*; hält man die Satzungsregelung für zulässig, kann ein krass benachteiligender Gesellschafterbeschluss im Einzelfall treuwidrig sein; s. dazu Pkt D.1.a.

⁵⁴ Vgl. zur GmbH OGH 30. 8. 2016, 6 Ob 143/16 x; insofern zu weit *Armann in Armann/Karollus, AktG⁶ § 53 Rz 27*: „Die ursprüngliche Satzung ist in ihrer Gestaltung völlig frei.“

⁵⁵ Vgl. *Kalss/Nicolussi, GesRZ 2017, 203 (215)*.

tung ausgehend, trifft keine Vorkehrungen für den Fall, dass in der Satzung von diesem abgewichen wird, so dass nur allgemeine minderheitenschützende Regelungen wie die Treuepflicht greifen, die aber lediglich vor krass benachteiligenden Entscheidungen schützen.⁵⁶ Für einzelne Gesellschafter kann es im Einzelfall sehr frustrierend sein, wenn sie einen Geschäftsanteil an einer wirtschaftlich erfolgreichen GmbH halten, aber nur geringe Ausschüttungen erhalten. Mitunter kann dies dazu führen, dass angesichts dieses Risikos von vornherein davon abgesehen wird, Gesellschafter der GmbH zu werden. Angesichts der im Einzelfall unzureichenden Regelung des dispositiven Rechts stellt sich die Frage, ob der Entscheidungsspielraum der Gesellschafter durch die Satzung eingeschränkt werden kann. Es geht also darum, dass zwar vom Vollausschüttungsgebot abgewichen wird, die Gesellschafter (Generalversammlung) aber nicht völlig frei über die Gewinnverwendung entscheiden können. Zu denken ist an Regelungen, wonach eine bestimmte Quote des Bilanzgewinns zu thesaurieren oder auszuschütten ist. Auch eine Kombination kann zweckmäßig sein, wonach zB mindestens ein Drittel zu thesaurieren und ein Drittel jedenfalls auszuschütten ist. Ein Vorteil solcher Satzungsregelungen ist, dass potentielle Interessenkonflikte zwischen den Gesellschaftern von vornherein geregelt werden. Sie sind bei der GmbH grundsätzlich zulässig.⁵⁷

Eine vom Bilanzgewinn unabhängige garantierte Mindestausschüttung verstößt allerdings gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr; der den Bilanzgewinn übersteigende Betrag darf nicht ausgeschüttet werden.⁵⁸ Unbedenklich sind hingegen Satzungsregelungen, welche den Gesellschaftern eine Quote des Bilanzgewinns garantieren. Hier kann nur ganz ausnahmsweise eine Pflicht zur Thesaurierung bestehen, wenn das Überleben der Gesellschaft gefährdet wäre.⁵⁹

2. AG

a) Entscheidungskompetenz der Verwaltung

Bei der AG ist die Rechtslage vergleichsweise komplizierter als bei der GmbH. Zwar kann die Hauptversammlung bei einer entsprechenden Satzungsermächtigung über die Gewinnverwendung entscheiden (Pkt B.1.b.).

Jedoch ist der Vorstand zusammen mit dem Aufsichtsrat nach § 96 Abs 4 AktG primär für die Feststellung des Jahresabschlusses zuständig. Lediglich wenn sich diese nicht einig werden, hat subsidiär die Hauptversammlung eine Feststellungskompetenz. Bildet der Vorstand mit Billigung des Aufsichtsrats hohe Gewinnrücklagen,⁶⁰ zu unterscheiden von den gesetzlichen Rücklagen (§ 229 Abs 6 UGB), bleibt im Extremfall überhaupt kein Bilanzgewinn mehr übrig, über dessen Verwendung die Hauptversammlung beschließen könnte. Die starke Stellung des Vorstands kann im Einzelfall problematisch sein. Dies gilt zum einen dann, wenn er faktisch unter dem Einfluss eines Aktionärs steht und dessen Interessen fördert. Doch auch die Interessen eines unabhängig agierenden Vorstands sind wie erwähnt nicht mit jenen der Aktionäre deckungsgleich, weil er typischerweise zu einer höheren Thesaurierungsquote tendieren wird (Pkt A). Somit ist der Aktionär nicht nur wie der GmbH-Gesellschafter der Gefahr ausgesetzt, dass die Gesellschaftermehrheit eine für ihn ungünstige Gewinnverwendungsentscheidung trifft (Pkt C.1), sondern auch dem Risiko eines Vorstands, der in Absprache mit dem Aufsichtsrat eine den Interessen des Aktionärs widersprechende Gewinnverwendungspolitik verfolgt.

Die starke Stellung des Vorstands hat spezifisch aktienrechtliche Gründe. An sich wäre die Feststellung des Jahresabschlusses keine Geschäftsführungsmaßnahme,⁶¹ für die der Vorstand zuständig wäre, sondern eine den Gesellschaftern obliegende Angelegenheit der laufenden Verwaltung.⁶² Dem würde es grundsätzlich entsprechen, dass die Hauptversammlung den Jahresabschluss feststellt. Bei der AG ist der Gesetzgeber jedoch einen anderen Weg gegangen. Das AktG 1937/38 stärkte die Stellung des Vorstands und befreite diesen vom Gängelband der Hauptversammlung, vor allem indem der Hauptversammlung das Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand genommen wurde (§ 70 Abs 1 AktG).⁶³ Ausfluss dieser neuen Sicht eines starken Vorstands war, dass dieser zusammen mit dem Aufsichtsrat für die Feststellung des Jahresabschlusses zuständig sein sollte. „Hat die Verwaltung den Jahresabschluss festgestellt, so kann die Hauptversammlung nicht mehr die für das Geschäftsjahr gemachten Abschreibungen, Wertberichtigungen, Rücklagen und Rückstellungen be-

⁵⁶ Im Schrifttum wird der Ermessensspielraum der Gesellschafter zum Teil weiter eingeschränkt und es soll eine Pflicht bestehen, angemessene Ausschüttungen zu beschließen (s die Nw in FN 21). Dadurch sollen als ungerecht empfundenen Ausschüttungsentscheidungen vermieden werden. Diese Ansicht berücksichtigt jedoch nicht ausreichend, dass die Satzung von der Vollausschüttung abweicht und die Ausschüttungsentscheidung der Gesellschaftermehrheit anheimstellt. Diese privatautonome Entscheidung sollte grundsätzlich respektiert und nur grobe daraus resultierende Benachteiligungen sollten verhindert werden.

⁵⁷ Siehe zB K. Schmidt in FS P. Doralt 598f; H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 82 Rz 43.

⁵⁸ H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 82 Rz 30.

⁵⁹ Vgl dazu die Nw in FN 18.

⁶⁰ Zur Kompetenz, Rücklagen zu bilden, s OGH 23. 5. 2007, 3 Ob 59/07 h.

⁶¹ Koppensteiner, RdW 2018, 412 (415); zur Geschäftsführung zählen alle Rechtsgeschäfte und tatsächliche Handlungen im Innenverhältnis, die den Gesellschaftszweck verwirklichen sollen und nicht dem Grundlagenbereich zuzuordnen sind. Sie müssen objektiv oder subjektiv zur Förderung des Gesellschaftszwecks geeignet oder bestimmt sein; s Schopper/Walch in Zib/Dellinger, UGB § 114 Rz 21.

⁶² Vgl iZm Personengesellschaften BGH 15. 1. 2007, II ZR 245/05, Otto, NJW 2007, 1685 = DStR 2007, 494; Schopper/Walch in Zib/Dellinger, UGB § 114 Rz 27.

⁶³ Dazu zB Walch, Zum Mehrheitserfordernis bei Organbeschlüssen in der AG und der Genossenschaft, GesRZ 2017, 373 (375).

seitigen. Denn damit würde sie in das Recht des Vorstands und des Aufsichtsrats, über den Jahresabschluss selbst zu befinden, eingreifen und die wichtige Aufgabe der Leitung eines Unternehmens, nämlich durch Schaffung von Rücklagen den Gewinn zu stärken und krisenfest zu gestalten, unmöglich machen.“⁶⁴ Neben der Möglichkeit, stille Reserven zu bilden, konnten Vorstand und Aufsichtsrat beliebig Gewinnrücklagen bilden und auf diese Weise den Bilanzgewinn so festsetzen, dass er gerade ausreichte, um die für richtig gehaltene Dividende auszuschütten.⁶⁵ Die Verwaltung hatte damit die Macht, die Aktionäre auszuhungern, was offenbar im Interesse der vermeintlichen⁶⁶ Stärkung der AG in Kauf genommen wurde. Im Nachkriegsdeutschland wurde die Abwägung zwischen dem typischerweise gegebenen Thesaurierungsinteresse der Verwaltung und dem Ausschüttungsinteresse der Aktionäre neu bewertet. Die Diskussion mündete im inzwischen mehrfach novellierten § 58 dAktG, der einen Kompromisscharakter trägt und im Wesentlichen⁶⁷ in § 58 Abs 2 dAktG vorsieht, dass die Verwaltung bis zur Hälfte des Jahresüberschusses in Gewinnrücklagen einstellen darf.

Die Neuerung war in Deutschland durchaus umstritten, was wohl mit ein Grund war, dass der österreichische Gesetzgeber wie bei anderen substantiellen Neuerungen des dAktG 1965 abwarten wollte, ob sich diese bewährten.⁶⁸ Später wurden in Österreich angesichts knapper legislativer Ressourcen andere Prioritäten gesetzt.⁶⁹ In jüngerer Zeit wird teilweise überhaupt in Frage gestellt, ob eine allgemeine Mindestausschüt-

tungsquote sinnvoll ist und ein Reformbedarf eher bei der Durchsetzbarkeit einer allfälligen von der Satzung vorgeschriebenen Mindestausschüttung verortet.⁷⁰ Gegen eine Reform könnte auch sprechen, dass in den letzten 50 Jahren offenbar kein unabwendbares Bedürfnis nach einer Reform entstanden ist und sich die Praxis mit der geltenden gesetzlichen Regelung arrangiert hat. Im Gegensatz dazu finden sich im deutschen Schrifttum gewichtige Stimmen, die selbst bei der deutschen Regelung ein zu starkes Übergewicht der Verwaltung ausmachen,⁷¹ was erst recht für die österreichische Regelung gelten müsste. Aus ökonomischer Sicht wäre es jedenfalls effizienter, wenn die Aktionäre als Kapitalgeber darüber entscheiden, ob die erwirtschafteten Gewinne in die AG reinvestiert werden sollen oder eine andere Investitionsgelegenheit günstiger ist, weil die Verwaltung naheliegenderweise eine Reinvestition in die AG bevorzugen wird, selbst wenn diese nicht ertragreich ist.⁷²

b) Abweichende Satzungsregelung

Ein Korrektiv der Macht von Vorstand und Aufsichtsrat bildet das Verbot der Erlangung gesellschaftsfremder Vorteile zu Lasten der Gesellschaft und/oder der Mitaktionäre nach § 100 AktG, das eine Haftung der einflussnehmenden Person sowie der verleiteten Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats nach sich ziehen kann.⁷³ Eine Thesaurierung, die nicht im Gesellschaftsinteresse, sondern ausschließlich im Partikularinteresse einzelner Aktionäre liegt und auf eine informelle Einflussnahme auf Vorstand und Aufsichtsrat zurückzuführen ist, kann den Tatbestand von § 100 Abs 1 AktG durchaus erfüllen.⁷⁴ Auch kann eine unverhältnismäßige Rücklagenbildung sorgfaltswidrig sein und eine Vorstandshaftung begründen.⁷⁵ In der Praxis dürften solche Haftungen allerdings mitunter schon aufgrund von Beweisschwierigkeiten bzw bei der Vorstandshaftung aufgrund des weiten Ermessensspielraums schwer geltend zu machen sein.

Es stellt sich die Frage, ob die Satzung Regelungen treffen kann, welche die Hoheit von Vorstand und Aufsichtsrat über die Gewinnverwendung einschränken, zB indem eine Quote des Jahresüberschusses vorgeschrieben wird, die jedenfalls ausgeschüttet werden muss. Eine derartige Satzungsregelung mit Vorgaben über die Gewinnverwendung kann insb dem Schutz von Minderheitsgesellschaftern dienen. Obgleich der

⁶⁴ Amtliche Begründung zum AktG 1937/38, abgedruckt in *Matthes, Aktienrecht*, Ausgabe B mit amtlicher Begründung (1938) 274.

⁶⁵ Bayer in *MünchKommAktG*⁴ § 58 Rz 16; de lege ferenda krit für Österreich im Vorfeld der Diskussion zum öAktG 1965 O. Huemer, Förderung des Kapitalmarktes durch Reform des Aktienrechts, *ÖJZ* 1963, 540 (541).

⁶⁶ Freilich können solche Regelungen dazu führen, dass die Aktie als Investitionsmöglichkeit unattraktiv wird (vgl dazu bereits FN 5); die Stärkung der Aktionärposition im Zuge des dAktG 1965 sollte ua dazu dienen, die Aktie wieder attraktiver zu machen (s *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts [2003] 344 f); vgl auch O. Huemer, *ÖJZ* 1963, 540 (540 f), der mit dem Argument, die Aktie wieder attraktiver zu machen, fordert, dass der Hauptversammlung die Kompetenz zur Feststellung des Jahresabschlusses „zurückgegeben“ wird. Speziell zur Diskussion über die Beibehaltung der Thesaurierungskompetenz der Verwaltung in Österreich *Eckert/Tipold*, Strafbare Dividenden, *GeS* 2013, 59 (63 f).

⁶⁷ Die Regelung ist im Detail komplizierter, was hier aber nicht relevant ist, weshalb nicht weiter darauf eingegangen werden muss.

⁶⁸ Authentisch das „Mastermind“ des öAktG 1965 *Kastner*, Aktiengesetz 1965, *JB* 1965, 392 (398); *ders*, Neuerungen des deutschen Aktiengesetzes, *Wirtschaftspolitische Blätter* 1967, 22; *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts 346 f.

⁶⁹ *Kastner*, Zur Erneuerung des österreichischen Gesellschaftsrechts, in *FS Broda* (1976) 91 (102 ff) = *Gesammelte Aufsätze* 20 f.

⁷⁰ *Kalss*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, in *ÖJT* 2006 (2006) II/1, 172 f.

⁷¹ *J. Koch* in *Hüffer/Koch*, *AktG*¹³ § 58 Rz 2; *Cahn/v. Spannenberg* in *Spindler/Stilz*, *AktG*³ § 58 Rz 4 ff.

⁷² Vgl *Cahn/v. Spannenberg* in *Spindler/Stilz*, *AktG*³ § 58 Rz 7 f.

⁷³ Vgl dazu *Schopper* in *Artmann/Karollus*, *AktG*⁶ § 100 Rz 6 und Rz 29 (in Druck).

⁷⁴ *Schopper* in *Artmann/Karollus*, *AktG*⁶ § 100 Rz 20 (in Druck).

⁷⁵ *OGH* 13. 5. 1959, 3 Ob 129/59 HS I/25 (zur GmbH); vgl auch *OGH* 18. 4. 1951, 3 Ob 221/51 NZ 1951, 127.

Vorstand weisungsfrei gestellt ist (§ 70 Abs 1 AktG) und trotz des Verbots nach § 100 AktG besteht nämlich die Gefahr, dass ein Mehrheitsgesellschafter bzw eine stabile Aktionärsmehrheit Einfluss auf die Entscheidungen des Vorstands nimmt und diesen zB dazu anhält, keine oder geringe Gewinne auszuschütten, um Minderheitsgesellschafter auszuhungern und dadurch mübe zu machen. Dem könnte vorgebeugt werden, wenn der Entscheidungsspielraum vorab – zB anlässlich des Eintritts eines Minderheitsgesellschafters – durch die Satzung von vornherein eingeengt wird. Umgekehrt könnte eine Satzungsregelung auch dazu dienen, Minderheitsaktionäre gegen den Willen der Verwaltung auszuhungern, indem künftig nach der entsprechenden Satzungsbestimmung ein Großteil des Gewinns jedenfalls zu thesaurieren ist.

Im jüngeren Schrifttum wird die Zulässigkeit solcher Satzungsregelungen soweit ersichtlich zwar wenig behandelt, aber wenn doch, dann wird sie bejaht.⁷⁶ § 58 Abs 2 Satz 2 dAktG 1965 lässt ebenfalls abweichende Satzungsbestimmungen zu,⁷⁷ jedoch weicht die Bestimmung so stark von der österreichischen Regelung ab,⁷⁸ dass weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus dem umfangreichen deutschen Schrifttum Rückschlüsse für die österreichische Rechtslage gezogen werden können. Relevanter ist hingegen das Schrifttum zum AktG 1937/38, weil das öAktG 1965 wie aufgezeigt die überkommene Regelung beibehalten hat.⁷⁹ Nach damals hA konnte die Satzung Vorgaben treffen.⁸⁰ Die Gegenansicht wendete ein, dass die Satzung nicht das Gesetz brechen könne.⁸¹ Dagegen wurde wiederum vorgebracht, dass es keine zwingende Gesetzesbestimmung

gebe, die verletzt werden könnte.⁸² Das ist auch heute noch das ausschlaggebende Argument für die Zulässigkeit. Lediglich die Kompetenzverteilung zur Feststellung des Jahresabschlusses ist zwingend geregelt, nicht aber die Freiheit, über Thesaurierung oder Ausschüttung des Gewinns entscheiden zu können. Auch der Grundsatz der Satzungsstrenge steht dem nicht entgegen, und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine börsennotierte oder eine nichtbörsennotierte Gesellschaft handelt.⁸³ Im Unterschied zu § 23 Abs 5 dAktG ist es nach österreichischem Aktienrecht nicht notwendig, dass das (Aktien-)Gesetz abweichende Satzungsbestimmungen ausdrücklich erlaubt: Die Zulässigkeit einer Abweichung vom AktG in der Satzung oder einer ergänzenden Satzungsbestimmung ist jeweils aufgrund der zwingenden Wertungsprinzipien des AktG, insb durch teleologische Auslegung zu ermitteln.⁸⁴ Insoweit spricht nichts gegen eine Satzungsregelung. Dagegen kann auch kein Interesse des (potentiellen) Aktionärs geltend gemacht werden, wonach er sich darauf verlassen können darf, dass keine abweichende Satzungsbestimmung besteht, die im Ergebnis sein Gewinnbezugsrecht einschränken könnte.⁸⁵ Denn der Gesetzgeber lässt sogar abweichende Satzungsgestaltungen für Gewinnverwendung und -verteilung zu, die dieses Recht ebenso stark einschränken können (Pkt B).

Unzulässig sind Satzungsbestimmungen, die mittelbar zu einer Kompetenzverschiebung führen und der Hauptversammlung die Entscheidung über die Gewinnverwendung übertragen.⁸⁶ Dies würde zB auf eine Satzungsbestimmung zutreffen, wonach Vorstand und Aufsichtsrat keine (freiwilligen) Rücklagen bilden dürfen, weil dann die Befugnis zur Entscheidung über die Rücklagenbildung zur Hauptversammlung hin verschoben wird. Satzungsbestimmungen, die den Vorstand und den Aufsichtsrat in seinem Ermessensspielraum einschränken, müssen daher auch für die Hauptversammlung gelten. Vor diesem Hintergrund sind jedenfalls Regelungen zulässig, wonach eine Quote des Jahresüberschusses in eine Gewinnrücklage einzustellen ist, wobei diese als Mindest- oder exakte Quote formuliert sein können (mindestens ein Drittel; die Hälfte); ebenso als

⁷⁶ Weilinger, Die Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses (1997) Rz 769; H. Torggler in Vodrazka, Handbuch Bilanz und Abschlussprüfung² § 125 Rz 11 (die schwer erhältliche 3. Auflage war nicht verfügbar, jedoch sollte diese insoweit nicht von der 2. Auflage abweichen); Kastner/Doralt/Nowotny, GesR² 301; Sauer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 52 Rz 126 und 129; Artmann in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 53 Rz 2; Seicht, Einstellungen in die „Nicht gebundene Kapitalrücklage“ und Zuweisungen an andere (freie) Rücklagen nach RLG, eolex 1991, 255; Ch. Nowotny in FS W. Doralt 328; K. Schmidt in FS P. Doralt insb 604 und 607 (die Fundstellen in FN 26 stützen diese Ansicht allerdings nicht); ganz selbstverständlich für Zulässigkeit, wobei die Fundstellen diese Ansicht uE nicht stützen Kalss in ÖJT 2006 (2006) II/1, 171.

⁷⁷ Das wird dann in § 58 Abs 2 Satz 3 dAktG wieder eingeschränkt, was für die hier interessierende österreichische Rechtslage aber nicht weiter relevant ist, weshalb darauf nicht näher eingegangen werden muss.

⁷⁸ Vgl OGH 23. 5. 2007, 3 Ob 59/07 h.

⁷⁹ Vgl OGH 23. 5. 2007, 3 Ob 59/07 h.

⁸⁰ Schlegelberger/Quassowski, AktG³ § 52 Rz 10; Robert Fischer in Gadow/Heinichen, AktG² § 52 Anm 22; Baumbach/Hueck, AktG¹¹ § 52 Pkt 2.C; vgl Godin, Der Anspruch der Aktionäre auf Gewinnausschüttung, ZHR 104 (1937), 266 (268f); differenzierend Godin/Wilhelmi, AktG² § 52 Rz 7.

⁸¹ Ritter, AktG² Anm 4.a.ee (= S 166); ohne Begründung (aber unter Berufung auf Ritter) Würdinger, Rezension zu Godin/Wilhelmi, AktG, AcP 146 (1941), 86 (87): „Eine Beschränkung der

Entscheidungsbefugnis des Vorstands ist jedenfalls nicht zulässig“.

⁸² Schlegelberger/Quassowski, AktG³ § 52 Rz 10; Robert Fischer in Gadow/Heinichen, AktG² § 52 Anm 22.

⁸³ Zu diesem OGH 8. 5. 2013, 6 Ob 28/13f.

⁸⁴ Schopper, GesRZ 2013, 212 (216) (Entscheidungsanmerkung); vgl Heidinger/Schneider in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 17 Rz 5; K. Schmidt in FS P. Doralt 607; P. Doralt/Diregger in Münch-KommAktG⁴ § 23 Rz 222.

⁸⁵ Letztlich dient die Satzungsstrenge einer Standardisierung der AG-Satzungen, um die Aktionäre vor unerwarteten und unangenehmen Überraschungen durch ungewöhnliche Satzungsbestimmungen zu schützen (Schopper, GesRZ 2013, 212 [217]).

⁸⁶ Vgl insoweit zutr Schlegelberger/Quassowski, AktG³ § 125 Rz 4; H. Torggler in Vodrazka, Handbuch Bilanz und Abschlussprüfung² § 125 Rz 11.

Höchstquote (höchstens ein Drittel) oder als Rahmen (mindestens ein Drittel, höchstens zwei Drittel). Dagegen führt eine Regelung, die nur die Entscheidungsbefugnis der Hauptversammlung einschränkt, zu keiner Kompetenzverschiebung und ist daher – wie bei der GmbH (Pkt C.1) – zulässig.⁸⁷ Beispiel: Die Hauptversammlung darf höchstens die Hälfte des Bilanzgewinns ausschütten. Besonders zweckmäßig ist solch eine Regelung jedoch nicht. Sie schützt die Aktionäre nicht vor Gewinnverwendungsentscheidungen von Vorstand und Aufsichtsrat und führt außerdem dazu, dass der Jahresabschluss stets⁸⁸ nachträglich anzupassen ist (§ 104 Abs 4 letzter Satz AktG), weil die Hauptversammlung eine teilweise Thesaurierung beschließen muss.

D. Nachträgliche Einführung einer abweichenden Satzungsbestimmung

1. Gewinnverteilung

a) GmbH

Wurde anlässlich der Gründung der Gesellschaft versäumt, die Gewinnverteilung zu regeln, kann diese nachträglich – dh nach der Gründung – eingefügt werden. Mitunter entsteht ein Bedürfnis nach einer Regelung erst nach der Gründung der Gesellschaft, zB wenn ein Investor als (Minderheits-)Gesellschafter aufgenommen werden soll. Die nachträgliche Änderung des Gewinnverteilungsschlüssels ist eine Satzungsänderung, weshalb nach § 50 Abs 1 GmbHG für den Beschluss der Generalversammlung drei Viertel der abgegebenen Stimmen erforderlich sind. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob zusätzlich jeder einzelne Gesellschafter zustimmen muss.

Erläuterungsbedürftig ist in diesem Zusammenhang eine aktuelle Entscheidung des OGH.⁸⁹ Im Verfahren war umstritten, ob eine Satzungsbestimmung eingefügt werden konnte, wonach die Gewinnverteilung im Verhältnis der geleisteten Stammeinlagen erfolgt, es sei denn, dass die Generalversammlung einstimmig etwas anderes beschließt, wie zB eine alineare Gewinnverteilung. Solch eine Regelung ist wie ausgeführt nicht sittenwidrig und könnte daher ohne weiteres anlässlich der Gesellschaftsgründung in die ursprüngliche Satzung aufgenommen werden (Pkt B.2.a.). Fraglich kann daher nur sein, unter welchen Voraussetzungen sie nachträglich eingeführt werden darf. Der OGH prüft, ob durch die Satzungsänderung in ein Sonderrecht eingegriffen wird, was verneint wird. Bei näherer Betrachtung handelt es sich dabei aber bloß um ein obiter dictum. Im der Entscheidung zugrunde liegenden Fall ging

es nämlich gar nicht darum, ob die Zustimmung der einzelnen Gesellschafter nach § 50 Abs 4 GmbHG erforderlich war, weil ohnehin alle Gesellschafter dem Beschluss zugestimmt hatten und dies als Zustimmung nach § 50 Abs 4 GmbHG gilt.⁹⁰

Inhaltlich ist den Ausführungen des OGH jedoch zuzustimmen. Enthält die ursprüngliche Satzung bereits eine Regelung über die Gewinnverteilung, kann die Auslegung dieser Regelung ganz allgemein ergeben, dass es sich um ein Sonderrecht einzelner oder aller Gesellschafter handelt, sodass die Änderung der Gewinnverteilungsregelung eine Zustimmung der benachteiligten Gesellschafter nach § 50 Abs 4 GmbHG erfordert.⁹¹ Werden zB einzelne Gesellschafter in der ursprünglichen Satzung privilegiert (etwa durch einen doppelten Gewinnanteil), ist dies ein Indiz für ein Sonderrecht dieser Gesellschafter. Bei einer Regelung, die alle Gesellschafter gleichmäßig begünstigt,⁹² sprechen uE im Zweifel hingegen die besseren Gründe gegen ein Sonderrecht.⁹³ Wiederholt die Satzung nur die gesetzliche Regelung gem § 82 Abs 2 GmbHG, wonach sich die Verteilung des Bilanzgewinns nach dem Verhältnis der eingezahlten Stammeinlagen ergibt, spricht dies nicht

⁹⁰ Zu Letzterem s zB *Thöni*, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse (1998) 121; *Milchrahm/Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 50 Rz 58 mwN; im bisherigen Schrifttum zu dieser Entscheidung wird auf diesen Umstand nicht ausreichend deutlich hingewiesen (s zB *Höhnig*, GesRZ 2016, 414; *Stanek*, GES 2017, 266; *Schwärzler*, NZ 2016, 442; *Birnbaauer*, GES 2016, 422; ähnlich wie hier aber jüngst *Harrer in Gruber/Harrer*, GmbHG² §§ 49, 50 Rz 59 e); die Entscheidung wird besser verständlich, wenn man die unveröffentlichten Entscheidungen der Unterinstanzen studiert. Sowohl das LG Innsbruck als auch das OLG Innsbruck übersehen offenbar, dass § 50 Abs 4 GmbHG auf Änderungen des Gesellschaftsvertrags abstellt (*Milchrahm/Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 50 Rz 54; *Diregger in Torggler*, GmbHG § 50 Rz 14; vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 50 Rz 11 f; das folgt bereits aus einer systematischen Auslegung, weil der gesamte § 50 GmbHG Satzungsänderungen regelt), dagegen nicht auf Beschlüsse, die auf der Grundlage einer wirksamen (uU geänderten) gesellschaftsvertraglichen Bestimmung gefasst werden. Wird die wirksame(!) Satzungsbestimmung eingeführt, kann ein darauf basierender Gewinnverteilungsbeschluss jedenfalls nicht gegen § 50 Abs 4 GmbHG verstoßen. Selbiges gilt auch für die Kernbereichslehre (*Flume*, AT des Bürgerlichen Rechts: Die Personengesellschaft [1977] 219 f; *Altmeppen*, Kernbereichslehre, Bestimmtheitsgrundsatz und Vertragsfreiheit in der Personengesellschaft, NJW 2015, 2065 [2070]), die vom OLG Innsbruck zur Begründung angeführt wird, was der OGH aber nicht aufgreift (vgl dazu FN 97). Der OGH konnte mit den Entscheidungsbegründungen der Unterinstanzen wenig anfangen („Was daran rechtswidrig sein soll, ist nicht ersichtlich“), sah sich aber angesichts der kritikwürdigen Ausführungen der Untergerichte offenbar veranlasst, zum Vorliegen eines Sonderrechtseingriffs Stellung zu nehmen.

⁹¹ Vgl OGH 30. 8. 2016, 6 Ob 143/16x.

⁹² Indem an ein Kriterium wie die Höhe der Stammeinlage angeknüpft wird.

⁹³ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 50 Rz 12; aA *Milchrahm/Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 50 Rz 73; offensichtlich OGH 30. 8. 2016, 6 Ob 143/16x (Pkt 2.1).

⁸⁷ Vgl aber insoweit offenbar aA *Schlegelberger/Quassowski*, AktG³ § 125 Rz 4; *H. Torggler in Vodrazka*, Handbuch Bilanz und Abschlussprüfung² § 125 Rz 11.

⁸⁸ Eine Ausnahme besteht dann, wenn die Hauptversammlung entgegen der Satzung eine Vollausschüttung beschließt. Der Beschluss ist zwar anfechtbar, aber wirksam.

⁸⁹ OGH 30. 8. 2016, 6 Ob 143/16x.

per se gegen einen Sonderrechtscharakter, sondern das Vorliegen eines Sonderrechts ist im Wege der Auslegung zu ermitteln.⁹⁴ § 82 Abs 2 GmbHHG enthält jedoch eine gleichmäßige Begünstigung aller Gesellschafter, was wie ausgeführt im Zweifel gegen ein Sonderrecht spricht. Enthält die Satzung überhaupt keine Regelung, besteht jedenfalls kein Sonderrecht nach § 50 Abs 4 GmbHHG, in das eingegriffen werden könnte.⁹⁵

Liegt kein Sonderrecht nach § 50 Abs 4 GmbHHG vor, kann die Satzungsbestimmung dennoch nicht ohne weiteres mit Drei-Viertel-Mehrheit nach § 50 Abs 1 GmbHHG eingeführt werden. Der Gewinnverteilungsschlüssel zählt nämlich zum Kernbereich der Mitgliedschaft und ist ein Recht, das nur mit Zustimmung derjenigen Gesellschafter geändert werden kann, die Nachteile aus einer Änderung ziehen (relativ unentziehbares Recht)^{96,97} Wie bei der Zustimmung nach § 50

Abs 4 GmbHHG,⁹⁸ liegt in der Zustimmung zum Gesellschafterbeschluss idR auch eine Zustimmung zum Eingriff in den Kernbereich.

Die Verschlechterung der Position eines Gesellschafters ist offensichtlich, wenn dieser künftig eine geringere Quote am ausgeschütteten Gewinn erhalten soll. Beispiele: (1.) Bisher wurde nach § 82 Abs 2 GmbHHG auf die eingezahlte Stammeinlage abgestellt; künftig soll sich die Quote nach der übernommenen Stammeinlage bestimmen, weshalb ein Gesellschafter mit einer vollständig eingezahlten Stammeinlage weniger erhalten wird.⁹⁹ (2.) Ein Gesellschafter erhält künftig einen doppelt so hohen Gewinnanteil wie die anderen Gesellschafter, wodurch deren Gewinnanteil geschmälert wird. (3.) Aber auch eine Regelung, wonach die Gesellschafter künftig per einstimmigen Gesellschafterbeschluss eine alineare Gewinnverteilung beschließen können, verschlechtert die Rechtsposition der einzelnen Gesellschafter. Sie müssen nämlich künftig zusehen, bei den Gesellschafterversammlungen anwesend zu sein, gegebenenfalls gegen die alineare Gewinnausschüttung stimmen und diese damit verhindern, während nach der ursprünglichen Gewinnverteilungsregelung eine alineare Gewinnausschüttung ad hoc uE nur bei einer Zustimmung aller – auch der abwesenden – benachteiligten Gesellschafter zulässig ist.

Die Kernbereichslehre ist allerdings im Fluss begriffen. Der BGH wendet sich offenbar zusehends von ihr ab:¹⁰⁰

K. Schmidt, Statutarische Schiedsklauseln zwischen prozessualer und verbandsrechtlicher Legitimation, JZ 1989, 1077 [1082]; Hoffmann in Michalski, GmbHHG³ § 53 Rz 150; Reichert/Harbarth, Statutarische Schiedsklauseln – Einführung, Aufhebung und umwandlungsrechtliche Behandlung, NZG 2003, 379 [380 f]). Ob der Kernbereichseingriff damit verneint werden kann, dass das Recht auf ein Verfahren vor den ordentlichen Gerichten allgemeiner Natur ist und nicht speziell mit der Mitgliedschaft zusammenhängt (so Trenker/Demetz, Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten in der GmbH, wbl 2013, 1 [3]), erscheint zweifelhaft, weil die Mitgliedschaft jedenfalls betroffen ist, wenn die Mitgliedschaftsrechte nicht mehr gerichtlich geltend gemacht werden können und es daher nur darauf ankommt, ob man dies als unmittelbaren (wie bei der Gewinnverteilung) oder bloß mittelbaren Eingriff sieht (vgl dazu zB Thöni, GesRZ 1996, 137 [144]). § 50 Abs 4 GmbHHG ist nicht einschlägig (Trenker/Demetz, aaO; aA Thöni, Zur Schiedsfähigkeit des GmbH-rechtlichen Anfechtungsstreits, wbl 1994, 298 [300]; auf der Grundlage eines abweichenden Verständnisses auch Milchrahm/Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHHG § 50 Rz 76/1).

⁹⁸ Siehe FN 90.

⁹⁹ Das ist der Fall, wenn es Gesellschafter mit nicht voll einbezahlter Stammeinlage gibt.

¹⁰⁰ BGH 21. 10. 2014, II ZR 84/13 NJW 2015, 859; im deutschen Schrifttum wird zum Teil in Frage gestellt, ob der BGH die Kernbereichslehre wirklich aufgegeben habe (so insb Schäfer, Gibt es noch einen Schutz des Kernbereichs der Mitgliedschaft? ZIP 2015, 1313). Berücksichtigt man allerdings, dass dem II. Zivilsenat die Relevanz seines Urteils bewusst sein musste, sind die eindeutigen Aussagen wohl nicht auf ein Versehen zurückzuführen. Richtig ist allerdings, dass auch unter Zugrundelegung der neuen Rsp der bisherige Kernbereich nicht völlig

⁹⁴ OGH 30. 8. 2016, 6 Ob 143/16x (Pkt 2.1).

⁹⁵ OGH 30. 8. 2016, 6 Ob 143/16x (Pkt 2.1) GesRZ 2016, 414 (zust Höhnig).

⁹⁶ Krit zu dieser Bezeichnung Harrer in Gruber/Harrer, GmbHHG² §§ 49, 50 Rz 58.

⁹⁷ Thöni, Unwirksame GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, GesRZ 1996, 137 [144]; ders, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse 125; Koppensteiner/Rüffler, GmbHHG³ § 49 Rz 12; Winter, Vertragsändernde Mehrheitsbeschlüsse im Personengesellschaftsrecht, GesRZ 1986, 74 (84); vgl Rauter/Milchrahm in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHHG § 49 Rz 121; Aburumieh/Gruber in FAH, GmbHHG § 35 Rz 42; vgl aus Deutschland zB K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴ § 16.III.3; Hoffmann in Michalski, GmbHHG³ § 53 Rz 89 und 145; Ulmer/Casper in Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHHG² § 53 Rz 69; Harbarth in Münch-KommGmbHHG³ § 53 Rz 100; Schnorbus in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHHG⁶ § 53 Rz 72; Witt in Bork/Schäfer, GmbHHG³ § 29 Rz 28; s aber OGH 30. 8. 2016, 6 Ob 143/16x, wo der OGH nur den Eingriff in ein allfälliges Sonderrecht prüft und daran anschließend festhält, dass der Gesellschaftsvertrag jede von § 82 Abs 2 GmbHHG abweichende – nicht sittenwidrige – Regelung treffen kann, ohne auf die Frage des Eingriffs in den Kernbereich einzugehen. Wenn der OGH schon einen Sonderrechtseingriff prüft (wobei es sich wie im Text ausgeführt um ein obiter dictum handelt), hätte er auch auf den Kernbereichseingriff eingehen müssen. Die Entscheidungsgründe sind insoweit wohl lediglich unvollständig, dh, die Entscheidung ist nicht so zu verstehen, dass der OGH die Änderung der Gewinnverteilung nicht als Kernbereichseingriff sieht. Allerdings scheint der OGH den Begriff Kernbereichslehre im GmbH-Recht ganz allgemein vermeiden zu wollen. Bspw wäre die Verschärfung einer Vinkulierungsklausel, die auch nach dem OGH die Zustimmung aller Gesellschafter erfordert (OGH 27. 4. 2015, 6 Ob 4/15 d) ein Eingriff in den Kernbereich (Walch, GesRZ 2015, 259 [Entscheidungsanmerkung]; OLG München 23. 1. 2008, 7 U 3292/07 NZG 2008, 320; G. H. Roth in Roth/Altmeyen, GmbHHG⁸ § 53 Rz 39; vgl Thöni, GesRZ 1996, 137 [144 f]). Ebenso könnte die nachträgliche Einführung einer Schiedsklausel gerade deshalb die Zustimmung aller Gesellschafter erfordern (so im Ergebnis OGH 21. 12. 2017, 6 Ob 104/17 p GesRZ 2018, 117 [Ratka]), weil die Einschränkung des Rechtsschutzes vor ordentlichen Gerichten in den Kernbereich der Mitgliedschaft eingreift (so vorsichtig Koppensteiner/Rüffler, GmbHHG³ § 49 Rz 12; ferner G. H. Roth, Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen, in FS Nagel [1987] 318 [326] [indessen, ohne den Begriff Kernbereichslehre zu erwähnen, vgl dazu G. H. Roth in Roth/Altmeyen, GmbHHG⁸ § 53 Rz 39]; Priester in Scholz, GmbHHG¹¹ § 53 Rz 152a;

Bei Maßnahmen, die in den Kernbereich der Mitgliedschaftsrechte eingreifen, stellt er nunmehr auf die Verletzung der gesellschaftlicher Treuepflicht der Mehrheit gegenüber der Minderheit ab, wobei regelmäßig eine treupflichtwidrige Ausübung der Mehrheitsmacht anzunehmen sei, während in nicht den Kernbereich betreffenden Fällen die Minderheit den Nachweis einer treupflichtwidrigen Mehrheitsentscheidung zu führen habe.¹⁰¹ Bei Eingriffen in die individuelle Rechtsstellung des Gesellschafters, dh in seine rechtliche und vermögensmäßige Position in der Gesellschaft, komme es letztlich maßgeblich immer darauf an, ob der Eingriff im Interesse der Gesellschaft geboten und dem betroffenen Gesellschafter unter Berücksichtigung seiner eigenen schutzwürdigen Belange zumutbar sei.¹⁰² Auch im österreichischen Schrifttum wird neuerdings eine Abschaffung der Kernbereichslehre und deren Ersetzung durch eine flexiblere Ausübungskontrolle gefordert.¹⁰³ Das deutsche Schrifttum lehnt die aktuelle Entscheidung des BGH dagegen überwiegend ab.¹⁰⁴ Der OGH konnte zu dieser neuen Tendenz noch nicht Stellung nehmen, weder bei den Personengesellschaften noch bei der GmbH. Würde sich in Österreich jedoch die Auffassung durchsetzen, dass die Kernbereichslehre im Personengesellschaftsrecht aufgegeben wird, müsste dies auch auf das Recht der GmbH ausstrahlen, weil die Kernbereichslehre dort lediglich aus dem Personengesellschaftsrecht übernommen wurde.¹⁰⁵

Zwingende Gründe für die eine oder die andere Ansicht liegen uE nicht vor. Eine Aufgabe der Kernbereichslehre als starre Schranke der Mehrheitsherrschaft würde die Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter(versammlung) erweitern.¹⁰⁶ Auf der anderen Seite wird der Minderheits-

tenschutz tendenziell verwässert.¹⁰⁷ Die Auswirkungen sind insoweit nicht so gravierend, wenn man mit dem BGH davon ausgeht, dass bei einem Eingriff in den (früheren) Kernbereich regelmäßig eine treupflichtwidrige Ausübung der Mehrheitsmacht anzunehmen sei und die Mehrheit daher die Beweislast hinsichtlich des Einklangs ihres Handelns mit ihrer Treuepflicht trifft. Bei der GmbH könnte der Schutz insoweit geringer sein, als ein treuwidriger Beschluss anfechtbar ist und die Anfechtung Restriktionen wie der Monatsfrist nach § 41 Abs 4 GmbHG unterliegt. Der OGH geht allerdings entgegen der zutreffenden hL davon aus, dass bei einem Eingriff in ein Sonderrecht nach § 50 Abs 4 GmbHG der Beschluss lediglich anfechtbar ist,¹⁰⁸ was wertungsmäßig auch für Eingriffe in den Kernbereich gelten muss. Folgt man dem, verschlechtert sich die Position des Minderheitsgesellschafters nach der neuen Ansicht nur insoweit, als es im Anfechtungsprozess nicht mehr auf das (Nicht-)Vorliegen einer Zustimmung ankommt, sondern auf die schwerer zu beurteilende Treuwidrigkeit. Allerdings spielt die Treuepflicht auch bei der Kernbereichslehre bereits jetzt eine Rolle, weil ein Gesellschafter kraft Treuepflicht gehalten sein kann, dem Eingriff in den Kernbereich zuzustimmen.¹⁰⁹ Geht man hingegen mit der hL davon aus, dass ein den Kernbereich eines Gesellschafters verletzender Beschluss schwebend unwirksam ist, wäre die aus einer Aufgabe der Kernbereichslehre resultierende bloße Anfechtbarkeit des Beschlusses ein gravierender Nachteil für die (Minderheits-)Gesellschafter, weil diese zur rechtzeitigen Klage nach § 41 GmbHG gedrängt würden. Im Lichte eines effizienten Minderheitenschutzes sprechen dann die besseren Gründe weiterhin für die Kernbereichslehre im Recht der GmbH.

Konkret wirken sich die unterschiedlichen Ansichten wie folgt aus: (1.) Bei Geltung der Kernbereichslehre und schwebender Unwirksamkeit des Beschlusses mangels Zustimmung kann ein zustimmungsunwilliger Gesellschafter passiv bleiben und abwarten, ob er allenfalls auf Zustimmung kraft Treuepflicht geklagt wird, was nur ganz ausnahmsweise erfolgreich sein wird. (2.) Bei Geltung der Kernbereichslehre und bloßer Anfechtbarkeit des Beschlusses muss der zustimmungsunwillige Gesellschafter aktiv werden und den Beschluss anfech-

bedeutungslos ist, weil bei Eingriffen in den Kernbereich die Treuwidrigkeit vermutet wird (ähnlich *Schiffer*, Mehrheitsentscheidungen in der Personengesellschaft – Ende der Kernbereichslehre? BB 2015, 584 [586]); die aktuelle BGH-E 11. 9. 2018, II ZR 307/16 WM 2018, 1935, betrifft keinen Kernbereichseingriff und ist daher im hier interessierenden Zusammenhang nicht weiter relevant.

¹⁰¹ BGH 21. 10. 2014, II ZR 84/13, Rz 12, NJW 2015, 859, Rz 12.

¹⁰² BGH 21. 10. 2014, II ZR 84/13, Rz 19, NJW 2015, 859, Rz 19.

¹⁰³ *Thöni*, Mehrheitliche Vertragsänderungen im Spannungsverhältnis zwischen Privatautonomie und Minderheitenschutz, in FS Koppensteiner 80 Jahre (2016) 329.

¹⁰⁴ *Priester*, Eine Lanze für die Kernbereichslehre, NZG 2015, 529; *Ulmer*, Mehrheitsbeschlüsse in Personengesellschaften: definitiver Abschied vom Bestimmtheitsgrundsatz, ZIP 2015, 657; vgl, wobei dieser davon ausgeht, dass der BGH die Kernbereichslehre nicht aufgegeben habe (FN 100), *Schäfer*, ZIP 2015, 1313 (1315f); der BGH-Entscheidung hingegen ausdrücklich zust *Wertenbruch*, Abschied von Bestimmtheitsgrundsatz und Kernbereichslehre im Beschlussanfechtungssystem der Personengesellschaft, Der Betrieb 2014, 2875.

¹⁰⁵ *Thöni* in FS Koppensteiner (80 Jahre) 338.

¹⁰⁶ *Thöni* in FS Koppensteiner (80 Jahre) 336 f.

¹⁰⁷ *Ulmer*, ZIP 2015, 657 (659); *Schäfer*, ZIP 2015, 1313 (1316).

¹⁰⁸ OGH 19. 6. 1986, 7 Ob 538/86; 11. 7. 1991, 6 Ob 501/91; RIS-Justiz RS0060086; für wohl erworbene Rechte – gemeint sind Eingriffe durch rückwirkende Satzungsänderungen – soll dies nicht gelten, s OGH 10. 11. 1994, 6 Ob 31/94; aus der ablehnenden hL ausführlich *Thöni*, GesRZ 1996, 137; *Milchrahm/Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 50 Rz 88 mit ausführlicher Darstellung des Meinungsstands in Rz 86. Die OGH-Entscheidungen sind älteren Datums, sodass es aus Sicht der Praxis nicht ausgeschlossen erscheint, dass sich der 6. Senat in aktueller Besetzung der überzeugenden hL anschließen wird.

¹⁰⁹ *Thöni*, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse 126 f.

ten. Die Gesellschaft wird ihm uU entgegenhalten, dass er seine Zustimmung treuwidrig verweigert. (3.) Bei Aufgabe der Kernbereichslehre muss der zustimmungsunwillige Gesellschafter ebenfalls aktiv werden und den Beschluss anfechten. Hierbei wird dann beurteilt, ob die Gesellschaftermehrheit treuwidrig für den Beschluss gestimmt hat. Aufgrund des Eingriffs in den Kernbereich wird nach dem BGH die Treuwidrigkeit vermutet.

Von der nachträglichen Einführung einer Gewinnverteilungsregelung mittels Satzungsänderung sowie der allfälligen Sittenwidrigkeit einer Satzungsbestimmung zu unterscheiden ist die Frage, ob die Gesellschafter verpflichtet sind, bei einer von der Satzung vorgesehenen Befugnis zur Entscheidung mittels Mehrheitsbeschluss die Interessen der Mitgesellschafter zu berücksichtigen, dh ob insoweit eine Treuepflicht der Gesellschafter gegenüber ihren Mitgesellschaftern besteht. Beispiel: „Die Gewinnverteilung erfolgt im Verhältnis der geleisteten Stammeinlagen, es sei denn, dass die Generalversammlung mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen etwas anderes beschließt wie zB eine alineare Gewinnverteilung.“ Die Treuepflicht der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft (§ 1186 Abs 1 ABGB iVm § 1175 Abs 4 ABGB) spielt insoweit keine Rolle, weil es für die finanzielle Situation der Gesellschaft nur erheblich ist, wie viel ausgeschüttet und thesauriert wird, aber nicht, ob die Ausschüttung an alle Gesellschafter gleichmäßig erfolgt (s bereits Pkt A und Pkt B.1.a.). Der Anteil am ausgeschütteten Gewinn zählt zu den eigenentzogenen Rechten, bei denen die Treuepflicht ganz allgemein schwach ausgeprägt ist.¹¹⁰ Die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen der Mitgesellschafter hindert die Gesellschafter nur, einzelne Gesellschafter krass benachteiligende, an der Grenze zum Rechtsmissbrauch liegende Gewinnverteilungsentscheidungen zu treffen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz greift ebenfalls nicht, weil dieser dispositiv ist, die Satzung somit eine abweichende Gewinnverteilung treffen darf und der Mehrheitsbeschluss in der Satzung Deckung findet. Angesichts dieses schwach ausgeprägten Minderheitenschutzes stellt sich die Frage, ob eine Satzungsregelung, welche die Entscheidung über die Gewinnverteilung der Willkür der Gesellschaftermehrheit überlässt, überhaupt zulässig ist (§ 879 ABGB; dazu bereits Pkt B.2.a.).

b) AG

Nicht nur bei der GmbH, sondern auch bei der AG kann die Satzung Gewinnverteilungsregelungen vorsehen (§ 53 Abs 3 AktG).¹¹¹ Im Unterschied zur GmbH, wo die hA einen Kernbereich von Mitgliedschaftsrechten anerkennt, die nicht gegen den Willen des Gesellschafters entzogen oder beschränkt werden können, wird die Frage im aktienrechtlichen Schrifttum weniger intensiv

erörtert. Dies mag darauf zurückzuführen sein, dass die Kernbereichslehre bei der AG einen geringeren Anwendungsbereich hat, weil der Gestaltungsspielraum der Satzung aufgrund des Grundsatzes der Satzungsstrenge geringer ist als bei der GmbH.¹¹² Allerdings weicht der OGH den Grundsatz der Satzungsstrenge für die nichtbörsennotierte AG auf und angesichts des daraus resultierenden größeren Gestaltungsspielraums spielt der Kernbereich der Mitgliedschaftsrechte auch bei der AG eine größere Rolle.¹¹³ Doch auch bei Geltung des Grundsatzes der Satzungsstrenge kann der Kernbereich – verstanden als Kreis von relativ unentziehbaren Rechten –¹¹⁴ sowohl für die börsennotierte als auch die nichtbörsennotierte AG relevant sein, was gerade die hier interessierende nachträgliche Änderung des Gewinnverteilungsschlüssels belegt. Unabhängig von der dogmatischen Begründung entspricht es im Ergebnis der hA, dass der Gewinnverteilungsschlüssel ein Mitgliedschaftsrecht ist, welches nicht gegen den Willen der benachteiligten Aktionäre beschränkt werden kann.¹¹⁵ Das muss – wie bei der GmbH – auch für den Fall gelten, dass nachträglich eine Klausel eingefügt wird, wonach der Gewinn bei einem einstimmigen Hauptversammlungsbeschluss alinear verteilt werden kann.

2. Gewinnverwendung

a) GmbH

Während die Änderung des Gewinnverteilungsschlüssels einen Eingriff in den Kernbereich der Mitgliedschaft bildet, trifft dies nach hA auf die Änderung der Gewinnverwendungsregelung nicht zu.¹¹⁶ Das ist auf den ersten Blick überraschend, weil der Gesellschafter unabhängig davon weniger Geld erhält, ob der Gewinn an einen anderen Gesellschafter fließt oder dieser nicht ausgeschüttet wird. Eine Satzungsbestimmung mit einer weitgehenden Pflicht zur Thesaurierung von Gewinnen kann den Gesellschafter im Einzelfall sogar stärker belasten als eine geringfügige Änderung der Gewinnverteilung. Die Unterscheidung wird damit begründet, dass die thesaurierten Gewinne in der Gesellschaft verbleiben und damit den Wert der Mitgliedschaft stei-

¹¹² Thöni, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse 123; Martens, Grundlagen und Entwicklung des Minderheitenschutzes in der GmbH, in FS 100 Jahre GmbH-Gesetz (1992) 607 (616).

¹¹³ OGH 8. 5. 2013, 6 Ob 28/13f GesRZ 2013, 212 (Schopper).

¹¹⁴ Vgl zB Schäfer in MünchKommBGB⁷ § 709 Rz 91 und 92a.

¹¹⁵ Artmann in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 53 Rz 27; Bayer in MünchKommAktG⁴ § 60 Rz 19; Fleischer in Schmidt/Lutter, AktG³ § 60 Rz 16; Drygala in KölnKommAktG³ § 60 Rz 28; aA Cahn in Spindler/Stilz, AktG³ § 60 Rz 21 ff.

¹¹⁶ Thöni, GesRZ 1996, 137 (144); ders, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse 126; Winter, GesRZ 1986, 74 (84); referierend Rauter/Milchrahm in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 49 Rz 122; aus Deutschland zB Schnorbus in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG⁶ § 53 Rz 71; womöglich aA Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 35 Rz 22.

¹¹⁰ Vgl OGH 24. 10. 2016, 6 Ob 169/16w; RIS-Justiz RS0107912.

¹¹¹ Artmann in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 53 Rz 25 ff.

gern,¹¹⁷ was freilich ein schwacher Trost für einen Minderheitsgesellschafter ist, der ausgehungert werden soll, über Jahre geringe Ausschüttungen erhält und für seinen Geschäftsanteil keinen Abnehmer finden wird, der das „Hungern“ für ihn übernimmt und ihm dafür auch noch einen angemessenen Preis bezahlt.

Sollen allerdings künftig nach der Satzung sämtliche Gewinne aller Gesellschafter thesauriert werden, reicht die Drei-Viertel-Mehrheit gem § 50 Abs 1 GmbHG nach hA nicht.¹¹⁸ Darin liegt nämlich eine Änderung des Gesellschaftszwecks, weshalb analog § 50 Abs 3 GmbHG zwingend ein einstimmiger Beschluss der anwesenden Gesellschafter erforderlich ist.¹¹⁹ Von der analogen Anwendung des § 50 Abs 3 GmbHG zu unterscheiden ist, dass nach verbreiteter Auffassung die Thesaurierung aller Gewinne ausnahmsweise doch in den Kernbereich der Mitgliedschaftsrechte eingreifen soll und daher eine Zustimmung aller – auch der abwesenden – Gesellschafter erforderlich ist, der Schutz somit weiter reicht als nach § 50 Abs 3 GmbHG.¹²⁰ Der Thesaurierung sämtlicher Gewinne werden Fälle gleichzuhalten sein, in denen nahezu der gesamte Gewinn thesauriert wird, weil der dem Schutz der Gesellschafter dienenden Regelung sonst allzu leicht ausgewichen werden könnte.¹²¹

Sofern kein Eingriff in den Kernbereich vorliegt, bedeutet dies nicht, dass die Gesellschafter der Einführung bzw Änderung einer Gewinnverwendungsklausel schutzlos ausgeliefert sind. Als Korrektiv greift das Gleichbehandlungsgebot (§ 1186 Abs 2 ABGB iVm

§ 1175 Abs 4 ABGB), das allerdings bei auf alle Gesellschafter gleich anwendbaren Gewinnverteilungsklauseln idR¹²² nicht verletzt sein wird. Außerdem gilt – wie auch bei der Beschlussfassung über die Gewinnverwendung einzelner Jahre (Pkt B.1.a.) – die Treuepflicht, die eine Rücksichtnahme auf die Interessen der anderen Gesellschafter gebietet, wobei diese gegen die Interessen der Gesellschaft abzuwägen sind.¹²³ Im Einzelfall erfordert die Treuepflicht eine Satzungsregelung, die den Gesellschaftern zumindest eine kleine „Dividende“ sichert, wobei angesichts des weiten Ermessensspielraums der Gesellschafter, welche die Satzungsänderung beschließen, keine angemessene, sondern bloß eine nicht krass sachwidrige Satzungsregelung kraft Treuepflicht geboten ist.

b) AG

Auch bei der AG bildet die nachträgliche Einführung einer Satzungsregelung, wonach künftig sämtliche Gewinne thesauriert werden sollen, einen derart starken Eingriff in die Rechtsposition des Gesellschafters, dass hierfür seine Zustimmung erforderlich ist.¹²⁴ Weniger intensiv erörtert wird im Schrifttum hingegen der Fall, dass künftig nach der Satzung zwar mehr thesauriert werden kann als bisher, aber immer noch Gewinne ausgeschüttet werden können.¹²⁵ Geht man bei der GmbH davon aus, dass dies keinen Eingriff in den Kernbereich bildet, muss dies wertungsmäßig auch für die AG gelten. Somit greifen nur Korrekturen wie der Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 47 a AktG) und die Treuepflicht, wobei in Österreich der OGH die Treuepflicht gegenüber der AG überhaupt erst kürzlich vorsichtig anerkannt hat und offen ist, ob und gegebenenfalls bei welchen AG inwieweit Treuepflichten zwischen den Aktionären bestehen (s bereits Pkt B.1.b.).¹²⁶ Angesichts des-

¹¹⁷ Vgl *Priester in Scholz, GmbHG*¹¹ § 53 Rz 142 („Gewinn bleibt den Gesellschaftern erhalten, wenngleich gebunden in der Gesellschaft“); *Hoffmann in Michalski, GmbHG*³ § 53 Rz 144; vgl auch *Winter, GesRZ* 1986, 74 (84) (Stärkung der Eigenkapitalbasis der Gesellschaft).

¹¹⁸ Siehe die Nw in FN 119 und 120.

¹¹⁹ Vgl *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG*³ § 50 Rz 8; referierend *Milchrahm/Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG* § 50 Rz 48; zur AG *Grigoleit/Zellner in Grigoleit, AktG* § 58 Rz 30.

¹²⁰ *Priester in Scholz, GmbHG*¹¹ § 53 Rz 142; *Harbarth in MünchKommGmbHG*² § 53 Rz 256; vorsichtig zust *Thöni, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse* 126 in FN 483; vgl *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG*³ § 50 Rz 8; *Schnorbus in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG*⁶ § 53 Rz 71; aA *Hoffmann in Michalski, GmbHG*³ § 53 Rz 144; die Analogie zu § 50 Abs 3 GmbHG wird relevant, wenn man nicht davon ausgeht, dass ein Kernbereichseingriff vorliegt. Sie kann außerdem auch dann schlagend werden, wenn man die Kernbereichslehre durch eine Ausübungskontrolle ersetzt (Pkt D.1.a.): Wird das qualifizierte Mehrheitserfordernis des § 50 Abs 3 GmbHG nicht erfüllt, stellt sich die Frage eines Treuepflichtverstößes nicht.

¹²¹ Zu weit aber *Ekkenga in MünchKommGmbHG*³ § 29 Rz 175, wonach bereits bei Zwangsrücklagen in Höhe von 80% eines jeden Jahresüberschusses das verbliebene Ausschüttungspotential vernachlässigungswert gering sei. Das kann lediglich im Einzelfall zutreffen, wenn die Zwangsrücklage aufgrund der konkreten Gegebenheiten einem Gebot zur vollständigen Thesaurierung gleichkommt. Hingegen wird zB eine 99%ige Thesaurierungsquote praktisch immer wie eine vollständige Thesaurierung zu behandeln sein und bei Quoten über 90% liegt eine Umgehungskonstellation zumindest nahe.

¹²² Im Einzelfall könnte eine materielle unsachliche Ungleichbehandlung vorliegen (vgl dazu *Artmann/Karollus in Artmann/Karollus, AktG*⁶ § 47 a Rz 8).

¹²³ Vgl *Thöni, GesRZ* 1996, 137 (144).

¹²⁴ *Lutter in KölnKommAktG*² § 58 Rz 93; *Sethe, Aktien ohne Vermögensbeteiligung?* ZHR 162 (1998), 474 (479): „Da eine solche Regelung jedoch die Mitgliedschaft in ihrem Kern verändert, reicht die für eine Satzungsänderung erforderliche Mehrheit nicht aus. Vielmehr ist die Zustimmung aller betroffenen Aktionäre erforderlich“; *Henze in GroßKommAktG*⁴ § 58 Rz 89; im Ergebnis auch *Cahn/v. Spannenberg in Spindler/Stilz, AktG*³ § 58 Rz 88.

¹²⁵ *Lutter in KölnKommAktG*² § 58 Rz 93 stellt sowohl auf den Ausschluss als auch auf die Beschränkung ab.

¹²⁶ OGH 24. 10. 2016, 6 Ob 169/16w; s dazu bereits *Walch, EvBl* 2017/52, wo aus Platzgründen eine eigene Stellungnahme entfallen musste. Den Ausführungen dort ist hinzuzufügen, dass die GesBR-Reform die Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft in § 1186 Abs 1 ABGB für die GesBR und in § 112 Abs 1 UGB für die OG und KG positiviert, wobei § 1186 Abs 1 ABGB nach § 1175 Abs 4 ABGB grundsätzlich auf andere Gesellschaftsformen ausstrahlen kann. Gegen eine sinnmäßige Anwendung des § 1186 Abs 1 ABGB auf die AG spricht vorderhand § 165 UGB (idF GesBR-Reform), der die Anwendung des § 112 UGB – und somit auch des § 112 Abs 1 UGB – auf den Kommanditis-

sen rückt bei der AG das Verbot des Verfolgens gesellschaftsfremder Sondervorteile zu Lasten von Mitgesellschaftern (§ 195 Abs 2 AktG) als weitere, allgemein anerkannte Schranke in den Vordergrund.

E. Nachträgliche Änderung des Gewinnverwendungsbeschlusses

1. Meinungsstand

2015 haben die Verfasser bereits einen Beitrag über die nachträgliche Änderung des Gewinnverwendungsbeschlusses bei der GmbH und der AG veröffentlicht.¹²⁷ Zusammenfassend kann demnach ein Gewinnverwendungsbeschluss grundsätzlich nachträglich geändert werden. Die Abänderbarkeit wird allerdings durch die bereits entstandenen Gewinnauszahlungsansprüche der Gesellschafter begrenzt, welche nicht ohne deren Zustimmung geschmälert werden können, sowie durch die eingeschränkte Möglichkeit, Gewinnrücklagen nach Feststellung des Jahresabschlusses aufzulösen.

Dieser Ansicht ist jüngst *Feltl* entgegengetreten. Jedenfalls bei der GmbH seien nachträgliche Gewinnverwendungsbeschlüsse generell unzulässig.¹²⁸ Zunächst ergebe sich aus „*einem Rückgriff auf allgemein-zivilrechtliche Wertungsprinzipien*“, dass Beschlüsse der Generalversammlung ganz allgemein abgeändert wer-

ten ausschließt. Trifft nicht einmal den Kommanditisten eine Treuepflicht, gilt dies wertungsmäßig erst recht für den Aktionär und wohl auch den GmbH-Gesellschafter. Bei der Regelung in § 165 UGB handelt es sich aber uE um ein Versehen des GesBR-Reform-Gesetzgebers. Die Bestimmung soll ausweislich der Überschrift und wie bereits vor der GesBR-Reform nur das Wettbewerbsverbot (§ 112 Abs 2 und 3; § 113 UGB) ausschließen, nicht aber die Treuepflicht des Kommanditisten, die bisher allgemein bejaht wurde (OGH 16. 9. 1986, 4 Ob 374/86). Außerdem ging der historische Gesetzgeber nach den Materialien offenbar davon aus, dass § 1186 ABGB subsidiär auf Kapitalgesellschaften anwendbar ist (ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 3). Bejaht man Treuepflichten in der AG, kann § 1186 Abs 1 ABGB iVm § 1175 Abs 4 ABGB somit eine dogmatische Grundlage für diese bilden, wobei die Treuepflicht des Aktionärs viel schwächer ausgestaltet ist als jene eines GesBR-Gesellschafters (*Eckert/U. Schmidt in Haberer/Krejci*, Konzernrecht [2016] Rz 13.15). Die Treuepflichten zwischen den Gesellschaftern sind uE von § 1186 Abs 1 ABGB nicht erfasst (s aber *Artmann in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang ABGB³ § 1186 Rz 8). Sie bestehen aufgrund einer „*culpa in contrahendo*“-ähnlichen Sonderbeziehung zwischen den Gesellschaftern (*Walch*, Verstoß gegen einen omnilateralen Syndikatsvertrag als Anfechtungsgrund eines Gesellschafterbeschlusses, GES 2015, 159 [163f]), die nach dem BGH auch zwischen den Aktionären vorhanden sein kann (vgl BGH 1. 2. 1988, II ZR 75/87 BGHZ 103, 184 [194f]).

¹²⁷ *Schopper/Walch*, Nachträgliche Änderung eines Gewinnverwendungsbeschlusses, *ecolex* 2015, 392.

¹²⁸ Bei der AG sollen hingegen nachträgliche Ausschüttungen jedenfalls bei Vorhandensein einer dahin gehenden Satzungsregelung grundsätzlich zulässig sein; s *Feltl*, GesRZ 2018, 142 [145]. Der Schwerpunkt seines Beitrags liegt bereits ausweislich des Titels bei der GmbH, weshalb er die AG nur am Rande behandelt.

den können.¹²⁹ Aus Wortlaut und Normzweck des § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG, wonach eine (allfällige) Beschlussfassung über die Verteilung des Bilanzgewinns „*von Jahr zu Jahr*“ und „*in den ersten acht Monaten jedes Geschäftsjahrs für das abgelaufene Geschäftsjahr zu fassen*“ sei, folge, dass nur ein einziger Gewinnverwendungsbeschluss, nicht aber mehrere Gewinnverwendungsbeschlüsse gefasst werden können.¹³⁰ Daraus schließt er, dass auch eine rückwirkende Änderung des einmal gefassten Gewinnverwendungsbeschlusses unzulässig sein müsse.¹³¹

Der Beitrag von *Feltl* beinhaltet einige interessante Aspekte. Er kann jedoch nicht nur im Ergebnis, sondern auch in der Begründung nicht überzeugen und darf daher nicht unwidersprochen bleiben.¹³² Zunächst fällt auf, dass *Feltl* den Meinungsstand nur lückenhaft darstellt. Er zitiert keinen einzigen deutschen GmbHG-Kommentar und ignoriert grundlegende Beiträge des deutschen Schrifttums wie jenen von *Priester*.¹³³ Das kann man noch dem Umstand zuschreiben, dass es Unterschiede zwischen österreichischem und deutschem Recht gibt und das umfangreiche deutsche Schrifttum daher nicht uneingeschränkt auf Österreich übertragbar ist. Allerdings gab es seit dem erwähnten Beitrag aus 2015 einige Stellungnahmen im österreichischen Schrifttum,

¹²⁹ *Feltl*, GesRZ 2018, 142 [144].

¹³⁰ *Feltl*, GesRZ 2018, 142 [145].

¹³¹ *Feltl*, GesRZ 2018, 142 [146]; s dazu noch ausführlicher bei FN 175.

¹³² Zusätzlich zu den im Text erwähnten Kritikpunkten enthält sein Beitrag weitere Aussagen, die einer näheren Überprüfung nicht standhalten. Sie sind aber für das Thema nicht unmittelbar relevant und können daher im Text ausgeklammert bleiben. ZB sollen „*Beschlüsse nach hier vertretener Auffassung nichts anderes als (freilich besondere) Verträge*“ sein (*Feltl*, GesRZ 2018, 142 [143]). Bei den zur Begründung angeführten Fundstellen handelt es sich um Fehlzitate. *Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 1/68 behandelt Gesellschaftsverträge; ebenso *Rummel in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 876 Rz 4 („*Mit Gschnitzer in Klang IV/1² 49f kann man Vereinbarungen [der Satzung, des Gesellschaftsvertrages] u Beschlüsse unterscheiden. Die Ersteren [also die Vereinbarungen, nicht Beschlüsse; Beschlüsse werden dann in Rz 5 behandelt; Anm der Verfasser] sind als Verträge, wenn auch mit vereinsu gesellschaftsrechtl Besonderheiten, einzuordnen*“). Der Fehler ist wohl darauf zurückzuführen, dass *Feltl* einen Satz aus einem früheren Werk in den Beitrag übernommen und „*Satzung*“ durch „*Beschlüsse*“ ersetzt hat (s *Feltl*, Beschlussmängel im Aktienrecht [2014] 129 und *Feltl*, GesRZ 2018, 142 [FN 13], wo auf das frühere Werk verwiesen wird). Was für Satzungen zutreffend sein mag, muss natürlich nicht auch für Beschlüsse gelten. Richtigerweise sind Beschlüsse „*Rechtsgeschäfte sui generis*“ (*Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG [2014] 146 mwN), was *Feltl* in früheren Werken auch selbst vertreten hat (*Feltl*, Beschlussmängel im Aktienrecht 49f) und auch im kritisierten Beitrag an anderer Stelle andeutet (*Feltl*, GesRZ 2018, 142 [143]: „*Der Beschluss ist insofern als besondere korporationsrechtliche Form des Rechtsgeschäfts zu begreifen*“).

¹³³ *Priester*, Änderung von Gewinnverwendungsbeschlüssen, ZIP 2000, 261.

die im Wesentlichen derselben Ansicht sind.¹³⁴ Dem Leser wird dies vorenthalten, wodurch er den Eindruck gewinnen könnte, dass es sich bei der Ansicht von *Feltl* nicht um eine Minderheitsmeinung handelt.

2. Änderung von Beschlüssen der Generalversammlung

Bevor auf die nachträgliche Änderung von Gewinnverwendungsbeschlüssen eingegangen werden kann, ist als Vorfrage die Möglichkeit zur Änderung eines Beschlusses der Generalversammlung zu beantworten. Unserer Ansicht nach können Beschlüsse der Generalversammlung ganz allgemein abgeändert werden. Dies ist Ausfluss der Privatautonomie.¹³⁵ *Feltl* hält das nicht für überzeugend, weil der für zivilrechtliche Rechtsgeschäfte geltende Vertrauensschutz und das Prinzip der Vertragstreue auch für Beschlüsse der Generalversammlung gelten. Das ist in dieser Form jedenfalls unzutreffend.¹³⁶ Der Generalversammlung steht es selbstverständlich grundsätzlich frei, einmal gefasste Beschlüsse zu ändern, aufzuheben und auch das Gegenteil dessen zu beschließen, was kurz zuvor beschlossen wurde.¹³⁷ Lediglich ausnahmsweise können die Gesellschafter an einer Beschlussfassung gehindert sein, etwa wenn der (geänderte) Beschluss in die Rechte Dritter oder einzelner Gesellschafter eingreifen würde. Auf diesem gesellschaftsrechtlichen Konsens aufbauend stellt sich dann die Frage, unter welchen Voraussetzun-

gen eine Änderung des Gewinnverwendungsbeschlusses zulässig ist, der in Gewinnauszahlungsansprüche der Gesellschafter eingreift.

Feltl schränkt seine These, wonach angeblich das Prinzip *pacta sunt servanda* gelte, selbst sogleich wieder ein. Den Gesellschaftern müsse es möglich sein, einen „*contrarius actus*“ zu setzen und den ursprünglichen Beschluss abzuändern oder aufzuheben.¹³⁸ Die Abänderungs- und Beendigungsfreiheit folgt im Schuldrecht aus der Vertragsfreiheit und diese wiederum aus der Privatautonomie.¹³⁹ Somit leitet *Feltl* die Zulässigkeit der Änderung von Beschlüssen letztlich selbst aus der Privatautonomie ab, obwohl er die Gegenansicht kurz zuvor dafür kritisiert, keine gesetzliche Grundlage anzuführen und sich lediglich auf die Privatautonomie zu stützen.

Im Ergebnis bleibt von *Feltl*s Ausführungen lediglich die Einsicht übrig, dass Beschlüsse der Generalversammlung grundsätzlich geändert werden können. Das ist aber ohnehin völlig herrschend.

3. Ein Gewinnverwendungsbeschluss statt mehrerer Gewinnverwendungsbeschlüsse

a) VwGH 22. 6. 1976, 1254/74

Relevanter sind *Feltl*s Ausführungen zu der Frage, ob überhaupt mehrere Gewinnverwendungsbeschlüsse gefasst werden können. *Reich-Rohrwig* hat bereits 1983 vertreten, dass in einem weiteren Gewinnverwendungsbeschluss¹⁴⁰ eine nachträgliche Gewinnausschüttung zulässig sei, falls nicht der gesamte Reingewinn ausgeschüttet wurde.¹⁴¹ Zur Begründung verweist er auf eine damals aktuelle Entscheidung des VwGH.¹⁴² *Feltl* versucht nun, die Aussagen des VwGH zu relativieren und teilweise zu widerlegen. Zunächst kritisiert er, dass der VwGH „ohne weitere Begründung oder Differenzierung auf deutsches Recht verweist; denn die in den deutschen und österreichischen Kodifikationen enthaltenen Kapitalerhaltungsvorschriften sind tatsächlich durch einige ‚signifikante Unterschiede‘ gekennzeichnet, die pauschale Querverweise zumindest bedenklich erscheinen lassen“.¹⁴³ Im Übrigen hätte der

¹³⁴ *Hügel*, *Zwischenausschüttungen bei der GmbH*, *GesRZ* 2016, 100 (102); *Ch. Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, *Österreichisches Gesellschaftsrecht*² Rz 4/394; *H. Foglar-Deinhardstein in FAH*, *GmbHG* § 82 Rz 60; vgl auch *Aburumieh/Gruber in FAH*, *GmbHG* § 35 Rz 47 und 51; nach Erscheinen von *Feltl*s Beitrag *Auer in Gruber/Harrer*, *GmbHG*² § 82 Rz 13; *Haglmüller*, *Gesellschafterpflichten in der Krise der GmbH* (2018) 287; *Mitterecker*, *Nachtragsausschüttungen bei der GmbH*, *ecolex* 2018, 729.

¹³⁵ *Schopper/Walch*, *ecolex* 2015, 392 (393) unter Berufung auf *Krejci*, *Zur nachträglichen Aufhebung eines Feststellungsbeschlusses über den Jahresabschluss bzw eines Gewinnverteilungsvorschlags des Vorstands und Aufsichtsrats einer AG*, *wbl* 1992, 253 (254).

¹³⁶ *Feltl* hat die missverständliche Textpassage seines Beitrags aus einer seiner früheren Arbeiten übernommen (*Feltl*, *Beschlussmängel im Aktienrecht* 128 ff), worauf er auch selbst hinweist (FN 11 und 13). Dort geht es darum, ob sich die Gesellschafter mittels Beschluss über Satzungsbestimmungen hinwegsetzen können. Auch *Wiedemann*, an dem sich *Feltl* orientiert (s *Feltl*, *Beschlussmängel im Aktienrecht* 128 in FN 778 = *Feltl*, *GesRZ* 2018, 142 [143 in FN 8]), behandelt zunächst Fälle, in denen sich Gesellschafter über Form- und Verfahrensvorschriften der Satzung hinwegsetzen (*Wiedemann*, *Erfahrungen mit der Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht*, in *Lutter/Wiedemann*, *Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht* [1998] 5 [27 ff]), und anschließend Struktur- und Satzungsänderungen (*Wiedemann*, aaO 29). Die Ausführungen dort sind sicherlich interessant, aber für die hier interessierenden Gewinnverwendungsbeschlüsse, wo es um keine dieser Fragen geht, nicht weiter relevant.

¹³⁷ Siehe zB *Baltzer*, *Der Beschluß als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht* (1965) 181 ff.

¹³⁸ *Feltl*, *GesRZ* 2018, 142 (143).

¹³⁹ Vgl *Larenz*, *Schuldrecht AT*¹⁴ (1987) 88 f; *Busche* in *Münch-KommBGB*⁷ Vor § 145 Rz 28; *Schroeter in Schlechtriem/Schwenzer*, *UN-Kaufrecht*⁶ Art 29 Rz 1.

¹⁴⁰ *Reich-Rohrwig* stellt auf einen „Gewinnverteilungsbeschluss“ ab, womit er aber einen Beschluss meint, mit dem zusätzliche Ausschüttungen beschlossen werden. Nach der hier verwendeten Terminologie ist das ein Gewinnverwendungsbeschluss.

¹⁴¹ *Reich-Rohrwig*, *GmbH-Recht* 195.

¹⁴² VwGH 22. 6. 1976, 1254/74; genau genommen verweist *Reich-Rohrwig* nicht nur „lediglich“ auf diese Entscheidung, sondern zitiert auch den Beitrag *Becchinie*, *Nachträgliche Ausschüttungen von Kapitalgesellschaften*, *SWK* 1979 A I 160, bei dem es sich aber nur um eine Art Leserbrief handelt, aus dem für die hier interessierenden Fragen nichts zu gewinnen ist.

¹⁴³ *Feltl*, *GesRZ* 2018, 142 (144).

VwGH – wenn überhaupt – auf deutsche Literatur zur GmbH zurückgreifen sollen.¹⁴⁴ In Anlehnung an einen Beitrag von Tanzer führt er weiters aus,¹⁴⁵ dass die zitierte aktienrechtliche Belegstelle die Ansicht des Senats nicht stütze. Außerdem werde die gesellschaftsrechtliche Dimension vom VwGH zu sehr im Dunkeln belassen, um verallgemeinerungsfähige und klare Ableitungen für die Frage der Zulässigkeit mehrerer Gewinnverwendungsbeschlüsse gewinnen zu können.¹⁴⁶

Dazu ist wie folgt Stellung zu nehmen: Die Entscheidung des VwGH hat einen steuerrechtlichen Hintergrund (§ 22 Körperschaftsteuergesetz 1966). Es ging darum, was unter einer nachträglichen Ausschüttung zu verstehen war. Im vorliegenden Zusammenhang interessiert nur die handelsrechtliche (unternehmensrechtliche) Facette der Entscheidung. Die Aussagen des VwGH sind diesbezüglich klar und eindeutig: „Weder die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft noch die Generalversammlung der Gesellschaft m.b.H. ist in jedem Fall verpflichtet, anlässlich der Beschlussfassung über die Gewinnverwendung den gesamten Reingewinn auszuschütten (vgl. Losert-Schiermer-Stadler, Aktiengesetz 1965, FN. 5 zu § 126; Kastner, Gesellschaftsrecht², 194 u. 253; Gellis, Komm. zum GmbHG, FN. 3 zu § 35). Der nicht ausgeschüttete Gewinn ist auf neue Rechnung vorzutragen und vermehrt den künftig zur Verwendung stehenden Reingewinn oder vermindert den Verlust. Die Haupt- bzw. Generalversammlung ist aber befugt, Teile des ausgewiesenen Reingewinnes, die nicht zur Ausschüttung gelangt sind, – auf Grund eines neuen Beschlusses – zur Auszahlung an die Gesellschafter zu bringen (vgl. Godin-Wilhelmi, Aktiengesetz [sic!], FN. 3 zu § 54; Fischer in Großkomm, AktG², FN. 3 zu § 54). Geschieht dies, dann wird in diesem Umfang von einer ‚nachträglichen Ausschüttung für ein bereits abgelaufenes Wirtschaftsjahr‘ zu sprechen sein.“¹⁴⁷

Auch die aktienrechtlichen Belegstellen sind nicht so unklar, wie Tanzer und Feltl dies den Leser glauben machen wollen: „Die Hauptversammlung ist befugt, Teile des im Jahresabschlusses ausgewiesenen Reingewinns, die nicht zur Ausschüttung an die Aktionäre gelangt sind, noch im Laufe des Geschäftsjahres zur Auszahlung

an die Gesellschafter zu bringen (RG 103, 370; 167, 70). Anders verhält es sich dagegen mit freiwilligen Rücklagen, die Aufnahme in den Jahresabschluß gefunden haben; solche Zahlungen würden nicht mehr Ausschüttungen aus dem Reingewinn sein, sie sind deshalb verboten“.¹⁴⁸

Und ebenso eindeutig Godin/Wilhelmi: „Die Gesellschaft ist nicht behindert, Teile des Reingewinns, über den die Hauptversammlung nach § 126 verfügen darf, aber nicht verfügt hat, im Laufe des Geschäftsjahres aufgrund eines neuen Hauptversammlungsbeschlusses auszuschütten, auch nicht durch inzwischen eintretende Verluste (s. hierzu RGZ 167 G. 65). Dagegen können nicht im Laufe des Geschäftsjahres die vom Vorstand mit Billigung des Aufsichtsrats gestellten Rücklagen aufgelöst und ausgeschüttet werden, was eine Änderung des Jahresabschlusses darstellen würde“.¹⁴⁹

Tanzer begeht in seinem Beitrag den Fehler, eine seiner Meinung nach nicht überzeugende Ansicht (dazu sogleich) mit einer unklaren Ansicht gleichzusetzen. Indem sich Feltl eng an Tanzer anlehnt, begeht er denselben Fehler.

Noch weniger überzeugen die originär auf Feltl zurückgehenden Argumente gegen die VwGH-Entscheidung. Er erweckt den Eindruck, der VwGH hätte pauschal und unbedarft auf Literatur zum deutschen Aktienrecht verwiesen. Der VwGH hat diese Belegstellen aber offenbar ganz bewusst und gezielt gewählt. Er greift nicht auf die damalige aktuelle Standardliteratur zum dAktG 1965 zurück,¹⁵⁰ sondern auf Kommentare zum AktG 1937/38, weil das AktG 1937/38 dem öAktG 1965 in dieser und auch in vielen anderen Fragen (s zB Pkt C.2.a) näher steht als das dAktG 1965.

Ferner seien pauschale Querverweise angesichts signifikanter Unterschiede der Kapitalerhaltungsvorschriften im deutschen und österreichischen Recht bedenklich.¹⁵¹ Gemeint ist offenbar, dass bei der öGmbH das gesamte Gesellschaftsvermögen dem Regime der Kapitalerhaltung unterliegt, während bei der dGmbH nur das Stammkapital bzw ein stammkapitalentsprechendes Vermögen erfasst ist.¹⁵² Daran ist richtig, dass bei der

¹⁴⁴ Feltl argumentiert hier nicht konsequent, wenn er einerseits die Unterschiede zwischen österreichischem und deutschem Recht bei der Kapitalerhaltung hervorhebt und auf der anderen Seite den VwGH kritisiert, weil sich dieser nicht mit der Rechtslage zur dGmbH beschäftigt habe (s Feltl, GesRZ 2018, 142 [144]).

¹⁴⁵ Tanzer, „Rückwirkende“ Gewinnausschüttungen im Körperschaftssteuerrecht (I), GesRZ 1985, 70.

¹⁴⁶ Feltl, GesRZ 2018, 142 (145); offensichtlich ganz eng angelehnt an Tanzer, GesRZ 1985, 70 (74).

¹⁴⁷ Tanzer, GesRZ 1985, 70 (74); aus den von ihm in FN 17 zitierten Fundstellen (Kastner, Der Gewinnvortrag, ÖJZ 1959, 318 und BFH 4. 7. 1973, BFH I R 216/71 BStBl II 1973, 742 = Der Betrieb 1973, 1977 = BeckRS 1973, 22002202) ist uE nichts für die hier interessierende Frage zu gewinnen.

¹⁴⁸ Robert Fischer in Gadow/Heinichen, AktG² § 54 Anm 3; zum letzten Satz des Zitats s bei und in FN 181.

¹⁴⁹ Godin/Wilhelmi, AktG² § 54 Anm 3; zwar ist die Auflagenzahl zumindest in der im RIS zugänglichen Fassung der VwGH-Entscheidung nicht angegeben. Die 3. Auflage aus 1967 oder die 4. Auflage aus 1971 können aber nicht gemeint sein, weil es dort in § 54 Anm 3 um ein ganz anderes Thema (Schuldner der Einlagepflicht) geht; zum letzten Satz des Zitats s bei und in FN 181.

¹⁵⁰ Etwa die damals längst erschienene 3. Auflage zum Großkommentar AktG oder die damals aktuelle 4. Auflage von Godin/Wilhelmi.

¹⁵¹ Feltl, GesRZ 2018, 142 (144).

¹⁵² Dies folgt auch aus den Fundstellen, die Feltl in FN 25 angibt: Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 82 Rz 1; Sulz/Thunshirn, Dividenden-Abschlagszahlung gem § 52 a AktG, ecolex 1997, 90 (bei FN 4) (als weiterer Unterschied wird dort angeführt, dass

dGmbH Ausschüttungen an die Gesellschafter weniger problematisch sind, solange das Stammkapital nicht angegriffen wird.¹⁵³ Nun unterliegt aber bei der AG nach dem AktG 1937/38 (ebenso nach dem öAktG 1965 und dem dAktG 1965) wie bei der öGmbH das gesamte Gesellschaftsvermögen dem Kapitalerhaltungsregime, weshalb die öGmbH der AG insoweit näher steht als der dGmbH und der Rückgriff auf das Schrifttum zur AG nach dem AktG 1937/38 naheliegt. Die entscheidende Frage, nämlich ob ein Gewinnvortrag aufgrund eines weiteren Gewinnverwendungsbeschlusses ausgeschüttet werden kann, stellt sich bei der öGmbH, öAG und dAG ganz ähnlich.

b) Argumente gegen Zulässigkeit mehrerer Gewinnverwendungsbeschlüsse

Nach dem Versuch, die Entscheidung des VwGH zu entkräften, führt *Feltl* weitere Argumente ins Feld, die gegen die Zulässigkeit mehrerer Gewinnverwendungsbeschlüsse bei der GmbH sprechen sollen.

Er möchte nachweisen, dass nachträgliche Gewinnverwendungsbeschlüsse zwar bei der AG, nicht aber bei der GmbH zulässig sind, weshalb er auf diesbezügliche Unterschiede hinweist. Am Thema vorbei geht der Hinweis auf § 54 a AktG, der durch das EU-GesRÄG (BGBl 1996/304) eingeführt wurde und der AG die Möglichkeit eröffnet, während des laufenden Geschäftsjahres eine Abschlagszahlung auf die Dividende vorzunehmen.¹⁵⁴ Dort geht es um den voraussichtlichen Bilanzgewinn des aktuellen Jahres, nicht um die Ausschüttung eines Gewinnvortrags aus vergangenen Perioden.¹⁵⁵ Ebenfalls schwer nachvollziehbar ist die Argumentationslinie, wonach gem § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG der Gewinnverwendungsbeschluss in den ersten acht Monaten jedes Geschäftsjahrs für das abgelaufene Geschäftsjahr zu fassen ist, während sich § 104 Abs 1 AktG im Unterschied zur Vorgängerbestimmung § 126 Abs 1 AktG (idF vor dem AktRÄG 2009) mit der allgemeinen Anordnung begnüge, dass die ordentliche Hauptversammlung innerhalb der ersten acht Monate des Geschäftsjahrs stattfinden müsse und somit „keine spezifische Frist für die Fassung des Gewinnverwendungsbeschlusses“ mehr enthalte.¹⁵⁶ Das ist so nicht zutreffend.

nach § 59 dAktG erst nach Ablauf des Geschäftsjahres eine Abschlagszahlung zulässig ist, worauf *Feltl* aber wohl nicht abstellt).

¹⁵³ Witt in *Bork/Schäfer*, GmbHG³ § 29 Rz 31.

¹⁵⁴ Vgl dazu *Sulz/Thunshirn*, *ecolex* 1997, 90; bei der GmbH ist dies unzulässig; s OGH 29. 8. 2017, 6 Ob 84/17 x; 28. 3. 2018, 6 Ob 128/17 t; de lege ferenda krit *Hügel*, *GesRZ* 2016, 100 (101 f); zur früheren Rechtslage im Aktienrecht s *Knur*, *Dividendenaus-schüttung aus freien Rücklagen der Aktiengesellschaft*, *Deutsche Notar-Zeitschrift* 1941, 320 (320 f).

¹⁵⁵ Vgl *Hügel*, *GesRZ* 2016, 100 (101 f); *Mitterecker*, *ecolex* 2018, 729 (730).

¹⁵⁶ *Feltl*, *GesRZ* 2018, 142 (145); vgl auch, insoweit ebenfalls nicht überzeugend, S. *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser*, *AktG*⁵ § 104 Rz 24.

Sieht § 104 Abs 1 AktG vor, dass eine ordentliche Hauptversammlung in den ersten acht Monaten des Geschäftsjahrs stattzufinden hat und in dieser Hauptversammlung ein Gewinnverwendungsbeschluss zu fassen ist, besteht im Ergebnis natürlich weiterhin eine Acht-Monats-Frist für die Fassung des Gewinnverwendungsbeschlusses.¹⁵⁷ Auch die Materialien betonen, dass der Regelungsinhalt des § 126 Abs 1 AktG aF in § 104 Abs 2 Z 2 AktG nF aufgenommen wurde.¹⁵⁸ Der behauptete Unterschied zwischen AG und GmbH erscheint konstruiert und besteht bei näherer Betrachtung überhaupt nicht.

Zuletzt widmet sich *Feltl* dem Wortlaut von § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG. Die Bestimmung stellt auf eine Beschlussfassung „von Jahr zu Jahr“ ab, „was recht unzweifelhaft auf eine bloß einmal jährliche Beschlussfassung hindeutet“.¹⁵⁹ Den Gesetzeszweck des § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG erblickt er mit Verweis auf die erwähnte Acht-Monats-Frist darin, dass der Gewinnverwendungsbeschluss möglichst rasch gefasst werden und bis zum folgenden Gewinnverwendungsbeschluss Rechtsklarheit herrschen soll. Diesem Regelungsanliegen würde die Möglichkeit mehrerer Gewinnverwendungsbeschlüsse entgegenstehen.

Feltl vermennt die Regelung, wonach eine Beschlussfassung von Jahr zu Jahr vorgesehen ist, mit der Acht-Monats-Frist. Dadurch weicht er der Frage aus, welcher Normzweck mit der Regelung einer Beschlussfassung von Jahr zu Jahr verfolgt wird. Aus historischer Sicht ist darauf hinzuweisen, dass § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG in der Stammfassung keine Acht-Monats-Frist vorsah und diese erst durch das GesRÄG 1982 (BGBl 1982/371) eingefügt wurde. Dies zeigt, dass zumindest der historische Normzweck der Beschlussfassung von Jahr zu Jahr nichts mit der Acht-Monats-Frist zu tun hat. Regelungsvorbild des § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG ist § 46 Abs 1 Z 1 dGmbHG, der allerdings den Passus „falls letzterer im Gesellschaftsvertrag einer besonderen Beschlussfassung von Jahr zu Jahr vorbehalten ist“ nicht enthält. Bis 1985 folgte das dGmbHG dem Prinzip der Vollausschüttung ohne Thesaurierungsvorbehalt (vgl § 29 dGmbHG idF vor und nach dem Bilanzrichtlinie-Gesetz).¹⁶⁰ Aus den Materialien zum dGmbHG folgt, dass im Gesellschaftsvertrag die „Verwendung des Gewinns ganz oder theilweise der freien Entschliebung der Gesellschafter überlassen“ werden kann.¹⁶¹ Vor diesem Hintergrund ist es durchaus plausibel, dass

¹⁵⁷ Vgl *Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, *AktG*² § 104 Rz 39.

¹⁵⁸ *ErläutRV* 209 *BlgNR* 24. GP 19.

¹⁵⁹ *Feltl*, *GesRZ* 2018, 142 (145).

¹⁶⁰ Vgl zB *Müller* in *Ulmer/Habersack/Löbbecke*, GmbHG² § 29 Rz 5; *Ekkenga* in *MünchKommGmbHG*³ § 29 Rz 8 f.

¹⁶¹ *Reichstagsprotokolle* 8. Leg-Periode Nr 660, 1890/92, 12 (Be-gründung zum dGmbHG) S 3751 (dort noch § 47); abrufbar unter https://www.reichstagsprotokolle.de/Blatt3_k8_bsb00018676_00496.html

der Gesetzgeber in § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG im Vergleich zum deutschen Pendant – wo dies nur in den Materialien steht¹⁶² – lediglich klarstellen wollte, dass vom Prinzip der Vollausschüttung durch eine Satzungsbestimmung abgewichen werden und die Gewinnverwendung insb der Entscheidung der Gesellschafter mittels eines Gesellschafterbeschlusses vorbehalten werden konnte. Da der Gewinnverwendungsbeschluss jährlich gefasst wird, bot sich die verwendete Terminologie „von Jahr zu Jahr“ an, auch um klarzustellen, dass dauerhafte Regelungen nicht durch einfachen Gesellschafterbeschluss, sondern in der Satzung getroffen werden müssen. Ob angesichts dieses Hintergrunds aus dem Wortlaut des § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG abgeleitet werden kann, dass keine mehrmalige Beschlussfassung zulässig ist, erscheint uE zweifelhaft. Dies ist aber, wie sogleich zu zeigen ist (Pkt E.3.c.), letztlich ohnehin nicht entscheidend.

Beachtlich ist der Hinweis auf die Acht-Monats-Frist des § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG, die wie erwähnt erst durch das GesRÄG 1982 (BGBl 1982/371) eingeführt wurde. Damit sollen Gesellschaften zu einer raschen Veröffentlichung des Jahresabschlusses angehalten werden, was im öffentlichen Interesse liegt.¹⁶³ *Feltl* möchte aus dieser Bestimmung ableiten, dass mehrmalige Beschlussfassungen über die Gewinnverwendung unzulässig sind.¹⁶⁴ Wenn überhaupt, könnte die Bestimmung uE allenfalls dafür sprechen, dass ein neuerlicher Gewinnverwendungsbeschluss und auch eine Änderung des Gewinnverwendungsbeschlusses nach Ablauf der Acht-Monats-Frist unzulässig sind. *Tanzer* hat sich bereits 1985 damit befasst und ist zum Ergebnis gelangt, dass ein Verstoß gegen die Frist weder einen erstmals gefassten Gewinnverwendungsbeschluss noch einen Änderungsbeschluss anfechtbar oder unwirksam macht.¹⁶⁵ In der Tat geht es zu weit, aus einem Verstoß gegen die Frist eine Anfechtbarkeit oder Unwirksamkeit des Beschlusses ableiten zu wollen. Auch ein Verstoß gegen die Neun-Monats-Frist zur Einreichung des Gewinnverwendungsbeschlusses (§ 277 Abs 1 UGB) ist kein Hindernis für den Änderungsbeschluss.¹⁶⁶ Wo die zeitliche Grenze für eine Änderung der Gewinnverwendung konkret liegt, ist umstritten. Eine Änderungsmöglichkeit besteht jedenfalls bis zur Feststellung des Jahresab-

schlusses des Folgegeschäftsjahres,¹⁶⁷ womit die Praxis idR das Auslangen finden sollte. Darüber hinausgehend sprechen keine zwingenden Gründe dagegen, weiter zurückliegende Gewinnverwendungsbeschlüsse zu ändern.¹⁶⁸ Zwar müssen dadurch uU ein oder mehrere Jahresabschlüsse geändert werden, weil sich die geänderte Ausschüttungsentscheidung auf diese auswirkt. Jedoch sind solche Änderungen der Jahresabschlüsse bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zulässig.¹⁶⁹ Freilich wird nur ausnahmsweise ein wichtiger Grund vorliegen, der eine Änderung rechtfertigt, obwohl ein Gewinnverwendungsbeschluss gefasst bzw ein späterer Gewinnverwendungsbeschluss geändert werden könnte, sodass sich die hier vertretene Auffassung in ihren praktischen Auswirkungen nicht allzu sehr von der hA (Änderungsmöglichkeit bis zur Feststellung des Jahresabschlusses des Folgegeschäftsjahres) entfernt.

c) Eigene Ansicht

Trotz aller Kritikpunkte ist die Ansicht, wonach es nur einen Gewinnverwendungsbeschluss gibt, durchaus beachtlich, wobei es sich insoweit um keinen neuen Gedanken *Feltl*s handelt, weil bereits *Tanzer* Jahrzehnte vorher diese Ansicht verfocht.¹⁷⁰ So wie es nur einen Beschluss über die Feststellung des Jahresabschlusses gibt, der allenfalls geändert oder aufgehoben und neu gefasst werden kann, könnte es auch nur einen Gewinnverwendungsbeschluss geben. Dies müsste dann selbstverständlich – entgegen *Feltl* – sowohl für die GmbH als auch für die AG gelten.¹⁷¹

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das umfangreiche neuere Schrifttum in Deutschland nicht (mehr) auf mehrere Gewinnverwendungsbeschlüsse abstellt, sondern auf die Änderung eines bereits gefassten Gewinnverwendungsbeschlusses.¹⁷² Auch das

¹⁶² Und vielleicht auch aus § 29 Abs 1 dGmbHG (Stammfassung) abgeleitet werden konnte.

¹⁶³ Vgl (dort zum aktienrechtlichen Pendant) JAB 1148 15. GP 2; IDW, Stellungnahme zur Rechnungslegung: Änderung von Jahres- und Konzernabschlüssen (IDW RS HFA 6) (2007) Rz 6; *Schlager-Haider* in *Jabornegg/Artmann*, UGB² § 193 Rz 18.

¹⁶⁴ *Feltl*, GesRZ 2018, 142 (145).

¹⁶⁵ *Tanzer*, GesRZ 1985, 70 (76); s auch die Nw in FN 166; aA *Feltl*, GesRZ 2018, 142 (145); vorher bereits *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 126 Rz 21.

¹⁶⁶ *Hügel*, GesRZ 2016, 100 (102); die kleine GmbH trifft insoweit ohnehin keine Veröffentlichungspflicht; s § 278 UGB und vgl dazu *Mitterecker*, *ecolex* 2018, 729 (731).

¹⁶⁷ *Mitterecker*, *ecolex* 2018, 729; *Aburumieh/Gruber* in *FAH*, GmbHG § 35 Rz 47; *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG § 82 Rz 60; *Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 104 Rz 40; vgl aus Deutschland *Drygala* in *Schmidt/Lutter*, AktG³ § 174 Rz 13 mwN; *Grigoleit/Zellner* in *Grigoleit*, AktG § 174 Rz 5; unklar *S. Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 104 Rz 24; anders *Ch. Nowotny*, Bilanzänderung und Bilanzberichtigung nach UGB und IFRS, in *Bertl et al*, Wiener Bilanzrechtstage 2012 (2013), 129 (bei FN 13) (Ende des laufenden Geschäftsjahres).

¹⁶⁸ Vgl BFH 11. 4. 1990, I R 38/89 BFHE 161, 443 = BeckRS 1990, 22009465 (keine grundsätzliche Bedenken gegen Gewinnverteilungsbeschluss [nach hier verwendeter Terminologie Gewinnverwendungsbeschluss], der sich auf sechs Jahre zurückliegendes Geschäftsjahr bezieht).

¹⁶⁹ Vgl IDW, Stellungnahme (FN 163) Rz 12 f; aA *Ch. Nowotny* in *Bertl et al*, Wiener Bilanzrechtstage 2012, 129 (bei FN 24).

¹⁷⁰ *Tanzer*, GesRZ 1985, 70 (74).

¹⁷¹ Vgl dazu *Tanzer*, GesRZ 1985, 70 (74).

¹⁷² *Hennrichs/Pöschke* in *MünchKommAktG*⁴ § 174 Rz 47; *Euler/Klein* in *Spindler/Stilz*, AktG³ § 174 Rz 27; *Drygala* in *Schmidt/Lutter*, AktG³ § 174 Rz 13 f; *Grigoleit/Zellner* in *Grigoleit*, AktG § 174 Rz 5; ähnlich *Römermann* in *Michalski*, GmbHG³ § 46 Rz 84 (Aufhebung des ursprünglichen Beschlusses und neue

überwiegende österreichische Schrifttum behandelt nur noch die Änderung des Gewinnverwendungsbeschlusses.¹⁷³ Die Diskussion, ob mehrere Gewinnverwendungsbeschlüsse gefasst werden dürfen oder stattdessen der ursprüngliche Gewinnverwendungsbeschluss durch neuerlichen Beschluss abgeändert wird, ist angesichts dessen ein bloßes Scheingefecht.

4. Änderung des Gewinnverwendungsbeschlusses

Während *Tanzer* aus der Unzulässigkeit mehrerer Gewinnverwendungsbeschlüsse nicht schließt, dass Änderungsbeschlüsse ebenfalls unzulässig wären,¹⁷⁴ kommt *Feltl* zum gegenteiligen Ergebnis: „Unter diesen Prämissen muss letztlich aber wohl auch eine rückwirkende Abänderung des ursprünglichen Ergebnisverwendungsbeschlusses für unzulässig erachtet werden, steht doch auch ihr der telos des Gesetzes entgegen, der ziemlich eindeutig auf eine einmalige Entscheidung über die Ergebnisverwendung abzielt.“¹⁷⁵

Ganz sicher ist sich *Feltl* seiner Ansicht offenbar nicht, denn er schwächt diese sogleich ab („wohl“). Sie trifft auch nicht zu, denn die Gründe, die nach hier vertretener Auffassung für die Zulässigkeit bloß eines Gewinnverwendungsbeschlusses sprechen,¹⁷⁶ begründen keinesfalls die Unzulässigkeit einer Änderung des ursprünglichen Gewinnverwendungsbeschlusses. Kann selbst ein festgestellter Jahresabschluss bei Vorliegen wichtiger Gründe nachträglich geändert werden, was der fast ganz hA entspricht,¹⁷⁷ müsste dies wertungsmäßig erst Recht für einen Gewinnverwendungsbeschluss gelten.

Der Kern des Problems ist nicht, ob der Gewinnverwendungsbeschluss überhaupt geändert werden kann, sondern ob er – wie die Feststellung des Jahresabschlusses – nur bei Vorliegen wichtiger Gründe nachträglich änderbar ist. Weder die Interessen der Gesellschaftsgläubiger noch der Öffentlichkeit oder der Geschäftsorgane¹⁷⁸

Beschlussfassung, also im Ergebnis ebenfalls nicht mehrere gleichzeitig wirksame Beschlüsse).

¹⁷³ *Schopper/Walch*, *ecolex* 2015, 392; *Hügel*, *GesRZ* 2016, 100 (102); *Mitterecker*, *ecolex* 2018, 729; unklar *Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, *AktG*² § 104 Rz 40 (neuerlicher Beschluss).

¹⁷⁴ Ganz eindeutig *Tanzer*, *GesRZ* 1985, 70 (74); auch hier (vgl bereits FN 165) verabsäumt es *Feltl* wiederum, auf die gegenteilige Ansicht von *Tanzer* hinzuweisen, obwohl er sich zuvor eng an diesen Beitrag angelehnt hat und ihm die gegenteilige Ansicht daher bekannt sein musste.

¹⁷⁵ *Feltl*, *GesRZ* 2018, 142 (146).

¹⁷⁶ Siehe Pkt E.3.c: Parallele zum Beschluss über die Feststellung des Jahresabschlusses.

¹⁷⁷ OGH 16. 5. 2001, 6 Ob 40/01b; *IDW*, Stellungnahme (FN 163) Rz 10; *Ludwig/Wiedermann-Ondrej* in *Hirschler*, *Bilanzrecht* § 268 Rz 17; *Schlager-Haider* in *Jabornegg/Artmann*, *UGB*² § 193 Rz 18; krit *Ekkenga* in *KölnKommAktG*³ § 172 Rz 26 ff.

¹⁷⁸ *Henrichs/Pöschke* in *MünchKommAktG*⁴ § 174 Rz 51; für die AG wird in Deutschland, allerdings auf der Grundlage von § 174 Abs 3 *AktG*, vertreten, dass zumindest bei höheren Ausschüttungen eine Zustimmung von Vorstand und Aufsichtsrat

erfordern eine Beschränkung auf wichtige Gründe, weil bei einem ausgewiesenen Gewinn(vortrag) niemand damit rechnen darf, dass dieser in der Gesellschaft verbleibt. Es entspricht daher der hA sowohl in Österreich als auch in Deutschland, dass der Gewinnverwendungsbeschluss nachträglich ohne weiteres geändert werden kann, solange keine Änderung des Jahresabschlusses erforderlich ist.¹⁷⁹ Es ist auch keine Nachtragsprüfung nach § 268 Abs 3 *UGB* erforderlich.¹⁸⁰ Müsste der Jahresabschluss hingegen geändert werden, zB weil sich die Höhe der Gewinnrücklagen änderte, ist dies nur unter den Voraussetzungen zulässig, unter denen der Jahresabschluss geändert werden kann.¹⁸¹ Ebenso sind die Interessen der Gesellschafter zu wahren, weshalb ein Änderungsbeschluss, der zu einer geringeren Gewinnausschüttung führt, nur zulässig ist, wenn die Gesellschafter der Gesellschaft ihre Gewinnausschüttungsansprüche erlassen (dazu noch Pkt E.5.b.).¹⁸²

Im Ergebnis bringt *Feltl* keine Argumente vor, welche die hA erschüttern würden. An dieser ist daher festzuhalten.

5. Änderung des Gewinnverwendungsbeschlusses bei zwischenzeitlich erfolgtem Gesellschafterwechsel

a) Ansicht von *Feltl*

Im letzten Abschnitt seines Beitrags weist *Feltl* auf eine interessante und durchaus praxisrelevante Frage hin.¹⁸³ Für den Fall, dass entgegen seiner Ansicht ein Gewinnverwendungsbeschluss nachträglich geändert werden könnte, scheidet eine Änderung jedenfalls dann aus, wenn zwischenzeitig ein Gesellschafterwechsel stattgefunden habe. Zwar können bei Beschlüssen einzelne Gesellschafter auch gegen ihren Willen an das Beschlussergebnis gebunden sein. „Grundlegende Voraussetzung für diese Wirkungen ist jedoch ein die Beteiligten zu einer zweckorientierten Organisation zusammenschließender Vertrag (im vorliegenden Fall: der Gesellschaftsvertrag), was aber freilich nicht nur für den Zeitpunkt der ursprünglichen Beschlussfassung, sondern auch für die spätere Änderung durch einen *contrarius actus* zu gelten hat.“ Die Unzulässigkeit folge aus dem Verbot von Verträgen zu Lasten Dritter. „Doch nicht einmal Verträge zugunsten Dritter können, wie

für die Auflösung von Rücklagen erforderlich sei, weil diese in die Liquiditätsplanung eingreifen; s zB *Henrichs/Pöschke* in *MünchKommAktG*⁴ § 174 Rz 50; *Drygala* in *Schmidt/Lutter*, *AktG*³ § 174 Rz 13 f; vgl auch *Ekkenga* in *KölnKommAktG*³ § 174 Rz 17; *Euler/Klein* in *Spindler/Stilz*, *AktG*³ § 174 Rz 29.

¹⁷⁹ Deutlich *Hügel*, *GesRZ* 2016, 100 (102).

¹⁸⁰ *Hügel*, *GesRZ* 2016, 100 (102); vgl dazu auch *Ludwig/Wiedermann-Ondrej* in *Hirschler*, *Bilanzrecht* § 268 Rz 14.

¹⁸¹ *Schopper/Walch*, *ecolex* 2015, 392 (394); vgl *Hügel*, *GesRZ* 2016, 100 (102 f); *Mitterecker*, *ecolex* 2018, 729 (731); das ältere Schrifttum ist insoweit noch skeptisch, s FN 148 und 149.

¹⁸² *Drygala* in *Schmidt/Lutter*, *AktG*³ § 174 Rz 14.

¹⁸³ *Feltl*, *GesRZ* 2018, 142 (146).

sich am Beispiel der Schenkung nach § 938 ABGB zeigt, ohne entsprechende Beteiligung des Zuwendungsempfängers geschlossen werden. Damit ergibt sich, dass letztlich jedwede Form der (rückwirkenden) Beschlussänderung bei zwischenzeitlichem Ausscheiden einzelner Mitglieder des beschlussfassenden Gremiums unzulässig sein muss: Es fehlt schlicht am *contrarius actus*, am gemeinschaftlichen Abgehen vom gemeinsamen Beschluss.“

Schlicht falsch sind die Ausführungen zum Vertrag zugunsten Dritter und der Schenkung. Die Schenkung nach § 938 ABGB kann zwar als Vertrag zugunsten Dritter ausgestaltet werden,¹⁸⁴ ist aber idR ein zweiseitiges Rechtsgeschäft und -verhältnis. Entgegen *Feltl* ist die Zustimmung des Dritten bei einem Vertrag zugunsten Dritter nicht erforderlich und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine Schenkung oder bspw einen Kauf handelt. Nach ganz hA hat der Dritte lediglich nach § 882 Abs 1 ABGB ein Zurückweisungsrecht.¹⁸⁵

Auf den Punkt gebracht läuft *Feltl*s Argumentation darauf hinaus, dass der ausgeschiedene Gesellschafter nicht mehr an die Satzung und die Organisationsverfassung der Gesellschaft gebunden ist und seine Rechte nicht rückwirkend durch die Gesellschafterversammlung beschränkt werden können. Das ist selbstverständlich – und geht wiederum am Kern des Problems vorbei.

b) Eigene Ansicht

Als Vorfrage ist zu klären, ob der Gewinnauszahlungsanspruch dem Alt- oder Neu-Gesellschafter zusteht. Der bereits entstandene Gewinnauszahlungsanspruch hat sich von der Mitgliedschaft gelöst und verselbständigt. Er steht dem Alt-Gesellschafter zu, kann aber nach §§ 1392 ff ABGB an den Neu-Gesellschafter zediert werden. Noch nicht durch Gesellschafterbeschluss konkretisierte Gewinnansprüche vergangener Perioden stehen nach hA im Zweifel zur Gänze dem Erwerber zu.¹⁸⁶ Um Streitigkeiten zu vermeiden, empfiehlt sich

eine klare Regelung im (Kauf-)Vertrag, wenn noch Gewinnansprüche aus vergangenen Perioden offen sind.¹⁸⁷

Der Gewinnauszahlungsanspruch für ein Geschäftsjahr entsteht mit dem Gewinnverwendungsbeschluss.¹⁸⁸ Es handelt sich hierbei um ein sogenanntes Gläubigerrecht, dh, er entspringt zwar dem Gesellschaftsverhältnis, emanzipiert sich aber von der Mitgliedschaft und ist wie andere schuldrechtliche Ansprüche zu behandeln.¹⁸⁹ Schon weil es sich nicht um ein Mitgliedschaftsrecht handelt, hat die Gesellschafterversammlung keine Kompetenz, einen bereits entstandenen Gewinnanspruch zu schmälern.¹⁹⁰ Ein Änderungsbeschluss ist daher nur zulässig, wenn sämtliche Gesellschafter – nicht nur die in der Gesellschafterversammlung anwesenden – der Gesellschaft den Gewinnauszahlungsanspruch bzw die Differenz zwischen altem und neuem Gewinnauszahlungsanspruch erlassen (§ 1444 ABGB). In der Zustimmung aller Gesellschafter zum Änderungsbeschluss liegt zugleich ein konkludenter Erlass.

Kann nicht einmal einem Gesellschafter der Gewinnauszahlungsanspruch genommen werden, gilt dies erst Recht für einen ausgeschiedenen Gesellschafter. Erlässt aber der ausgeschiedene Gesellschafter wie die aktuellen Gesellschafter der Gesellschaft den Gewinnauszahlungsanspruch bzw die Differenz zwischen altem und neuem Gewinnauszahlungsanspruch,¹⁹¹ besteht kein Grund, weshalb der Änderungsbeschluss unzulässig sein sollte. Die Zustimmung des neuen Gesellschafter (Erwerbers) ist nicht erforderlich.¹⁹² Dieser hat die Möglichkeit, auf der Gesellschafterversammlung für oder gegen den Änderungsbeschluss zu stimmen. Bleibt er

¹⁸⁴ A vereinbart mit B, dass dieser C eine Sache schenkt. Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass das Valutaverhältnis ein Schenkungsvertrag ist (A will B ein Zeitungsabo schenken und kauft dieses bei C zugunsten des B; dazu *Riedler*, Schuldrecht AT⁵ Rz 3/18).

¹⁸⁵ *Koziol/Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 638; *P. Bydlinski*, Grundzüge des Privatrechts¹⁰ (2017) Rz 710f; aus der Kommentarliteratur zB *ders* in *KBB*, ABGB⁵ § 882 Rz 1; *Kalss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 882 Rz 21; monographisch *Parapatits*, Vertrag zugunsten Dritter (2011) 61 ff; hinzuweisen ist darauf, dass *Feltl* nur auf eine „entsprechende Beteiligung“ abstellt und damit keine Zustimmung, sondern das Zurückweisungsrecht gemeint sein könnte. Aber auch bei diesem wohlwollenden Verständnis würden seine Ausführungen kritikwürdig bleiben, weil völlig unverständlich wäre, warum er dann gerade auf die Schenkung abstellte.

¹⁸⁶ OGH 30. 10. 1990, 8 Ob 643/90; *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht 630; *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG² § 82 Rz 27; *H. Foglar-Deinhardstein* in *FAH*, GmbHG § 82 Rz 34; so bereits *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 78 Rz 9.

¹⁸⁷ *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 78 Rz 9; zust *Hoffenscher-Summer* in *FAH*, GmbHG § 78 Rz 13; s zB die Regelung in OGH 29. 8. 2017, 6 Ob 84/17 x.

¹⁸⁸ Vgl OGH 30. 10. 1990, 8 Ob 643/90; *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *Torggler*, GmbHG § 35 Rz 8; anderes gilt selbstverständlich dann, wenn überhaupt kein Gewinnverwendungsbeschluss erforderlich ist (s bei und in FN 7). Dann stellt sich aber die hier interessierende Frage einer nachträglichen Änderung des Gewinnverwendungsbeschlusses überhaupt nicht.

¹⁸⁹ *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 75 Rz 23.

¹⁹⁰ Vgl im Ergebnis bereits RG 17. 11. 1915, II 361/15 RGZ 87, 383 (387).

¹⁹¹ Das Rechtsgeschäft über den Erlass wird zwischen ausgeschiedenem Gesellschafter und der Gesellschaft abgeschlossen, wobei die Gesellschaft durch ihre vertretungsbefugten Organe vertreten wird.

¹⁹² Wird nach dem geänderten Beschluss mehr thesauriert als bisher, verbessert sich die Situation des neuen Gesellschafters, weil der Wert des Geschäftsanteils steigt. Schwieriger zu beurteilen ist der Fall, dass nach dem geänderten Beschluss mehr ausgeschüttet wird als bisher. Kommt die höhere Ausschüttung dem alten Gesellschafter zu, wird der neue Gesellschafter benachteiligt, weil der Wert seines Geschäftsanteils sinkt, ohne dass dem eine Ausschüttung gegenüberstünde. Daraus folgt jedoch uE kein Zustimmungsrecht des Erwerbers. Wem der Vorteil der höheren Ausschüttung zukommen soll, ist vielmehr nach dem Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber zu beurteilen.

der Gesellschafterversammlung fern und stimmt nicht ab, kann der Änderungsbeschluss dennoch gefasst werden.

c) Verweigerung der Zustimmung

Schwieriger zu beurteilen ist die Rechtslage, wenn der ausgeschiedene Gesellschafter oder auch ein aktueller Gesellschafter nicht bereit ist, der Gesellschaft den höheren Gewinnauszahlungsanspruch zu erlassen. Nach hA kann kein Beschluss über die Änderung der Gewinnverwendung gefasst werden, wenn er bereits entstandene Gewinnauszahlungsansprüche schmälern würde.¹⁹³ Das gilt sowohl für aktuelle als auch ausgeschiedene Gesellschafter. Im Ergebnis trifft dies zu, allerdings ist die Begründung verkürzt. An sich kann der Änderungsbeschluss die bereits entstandenen Gewinnauszahlungsansprüche überhaupt nicht beeinträchtigen. Die einzelnen Gesellschafter stehen der Gesellschaft insoweit wie Dritte gegenüber, sodass die Gesellschafterversammlung oder auch die Gesellschaft diese Ansprüche nicht eigenmächtig schmälern können.¹⁹⁴ Kann aber der Änderungsbeschluss den Gewinnauszahlungsansprüchen ohnehin nichts anhaben, könnte erwogen werden, den Änderungsbeschluss zuzulassen und dem renitenten Gesellschafter den höheren Gewinnauszahlungsanspruch zu belassen. Im Einzelfall könnte dies durchaus zweckmäßig sein, zB wenn es sich um einen Gesellschafter mit einer geringen Beteiligung handelt und die anderen Gesellschafter ein so großes Interesse am Änderungsbeschluss haben, dass sie der Ungleichbehandlung zustimmen. Problematisch ist das jedoch deshalb, weil es sich um eine verbotene Einlagenrückgewähr handeln würde: Gesellschafter haben nur Anspruch auf einen ordnungsgemäß ausgeschütteten Teil des Bilanzgewinns. Erhält der Gesellschafter mehr als im geänderten Gewinnverwendungsbeschluss vorgesehen, ist dies nach § 52 AktG bzw § 82 GmbHG unzulässig.¹⁹⁵ Das gilt auch für einen ausgeschiedenen Gesellschafter, weil die Leistung *causa societatis* erfolgt.¹⁹⁶ Im Ergebnis greift somit ein Änderungsbeschluss, wonach weniger Gewinn ausgeschüttet wird, in bereits entstandene Gewinnauszahlungsansprüche ein.¹⁹⁷ Der Gesellschafterbeschluss würde

Rechte Dritter schmälern, was ganz allgemein und konkret auch in diesem Fall unzulässig ist.¹⁹⁸

Verweigert ein ausgeschiedener (oder auch aktueller) Gesellschafter seine Zustimmung und wollen die anderen Gesellschafter dennoch einen Änderungsbeschluss erwirken, müssen sie sich um die Zustimmung zu einem Erlass bemühen, was häufig auf eine finanzielle Entschädigung hinauslaufen wird. Da eine Leistung durch die Gesellschaft eine verdeckte Einlagenrückgewähr wäre, müssen die Gesellschafter die Entschädigung aus ihrem Privatvermögen leisten. Als Alternative kommt auch eine alineare Gewinnausschüttung in Betracht (vgl zu dieser Pkt B.2.a.).

F. Zusammenfassung der Ergebnisse

Sowohl für die AG als auch für die GmbH gelten die Prinzipien der Vollausschüttung des Bilanzgewinns und der gleichmäßigen Verteilung des ausgeschütteten Gewinns unter den Gesellschaftern nach Maßgabe des Anteils am (bei der GmbH einbezahlten) Nennkapital, die aber beide dispositiv sind. Die nachträgliche Einführung einer Satzungsregelung über die Gewinnverteilung greift in den Kernbereich der Mitgliedschaft ein und ist daher nur mit Zustimmung der benachteiligten Gesellschafter zulässig. Hingegen bildet die nachträgliche Änderung der Gewinnverwendung keinen Kernbereichseingriff, weshalb die Mehrheitsherrschaft nur durch Schranken wie die Treuepflicht begrenzt wird.

Räumt die Satzung den Gesellschaftern die Befugnis zur Entscheidung über die Gewinnverwendung ein, kann sie außerdem konkrete Vorgaben über die Gewinnverwendung treffen und dadurch die Minderheitsgesellschaft davor schützen, von der Mehrheit „ausgehungert“ zu werden. Bei der AG kann eine entsprechende Satzungsregelung die Macht von Vorstand und Aufsichtsrat hinsichtlich der Entscheidung über die Gewinnverwendung einschränken.

Ein Gewinnverwendungsbeschluss kann nach hA nachträglich geändert werden. Dies gilt auch, wenn zwischen dem ursprünglichen Gewinnverwendungsbeschluss und dem Änderungsbeschluss ein Gesellschafterwechsel stattgefunden hat. Die dagegen jüngst vorgebrachte Kritik im Schrifttum ist nicht überzeugend.

Über die Autoren:

Univ.-Prof. Dr. Alexander Schopper ist Vorstand des Instituts für Unternehmens- und Steuerrecht an der Universität Innsbruck. Univ.-Ass. MMag. Dr. Mathias Walch ist dort als Universitätsassistent (post doc) tätig. Derzeit absolviert er ein postgraduales Studium an der Yale Law School.

¹⁹³ Schopper/Walch, *ecolex* 2015, 392 mwN.

¹⁹⁴ Schopper/Walch, *ecolex* 2015, 392.

¹⁹⁵ Vgl zB OGH 28. 3. 2018, 6 Ob 128/17 t.

¹⁹⁶ Vgl, allerdings vor allem im Zusammenhang mit der verdeckten Einlagenrückgewähr, Karollus, Einlagenrückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht, in Leitner, Handbuch Verdeckte Gewinnausschüttung² 1 (33) mwN.

¹⁹⁷ Freilich wird der (ausgeschiedene) Gesellschafter die Leistung zumeist gutgläubig erhalten haben, sodass er unter den Voraussetzungen des § 83 Abs 1 Satz 2 GmbHG oder § 56 Abs 1 Satz 2 AktG nicht zur Rückzahlung verhalten werden kann. Dies müsste er jedoch in einem Prozess der Gesellschaft gegen ihn auf Rückzahlung der Differenz zwischen altem und neuem Gewinnauszahlungsanspruch beweisen. UE dürfte wohl selbst in diesem Fall ein Änderungsbeschluss unzulässig sein.

¹⁹⁸ Vgl Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 34 Rz 7 f; Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 34 Rz 25; Thöni, Anerkenntnisurteil gegen die GmbH im Beschlussanfechtungsprozess? *ecolex* 1995, 259 (261).