

Festschrift

JOHANNES
REICH-ROHRWIG

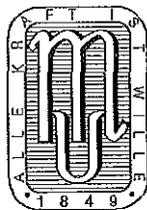
Zum 60. Geburtstag

Herausgegeben von

RA Dr. Bernhard Hainz

&

em. Univ.-Prof. Dr. Heinz Krejci



Wien 2014

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

F3 55,7

Gewinnverwendung und Thesaurierung in der AG und der GmbH Eine Judikaturanalyse

Hanns F. Hügel, Mödling

Übersicht:

- I. Einleitung
- II. Tagesordnungspunkt „Gewinnverwendung“ und satzungsmäßige Thesaurierungsermächtigung
 - A. GmbH-Recht
 - B. Aktienrecht
- III. Gewinnrücklage oder Gewinnvortrag
- IV. Anforderungen an die satzungsmäßige Thesaurierungsermächtigung
 - A. OGHE 3 Ob 59/07h zur AG-Satzung
 - B. Folgerungen für die Thesaurierungsermächtigung gemäß § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG
- V. Thesaurierungspflicht der GmbH-Gesellschafter kraft Treuepflicht
 - A. Die OGHE 6 Ob 100/12t
 - B. Existenzgefährdung der GmbH und Interessenabwägung
- VI. Ergebnisse

I. Einleitung

Das im Jahr 1983 erschienene GmbH-Recht des Jubilars betrat in mehrfacher Hinsicht Neuland: Zunächst handelte es sich um die einzige systematische Aufarbeitung der Materie; dies ist es bis heute geblieben. Zusätzlich erfüllte es aufgrund seines Umfangs von rund 600 Seiten in gleicher Weise wie ein Kommentar detaillierte Informationsbedürfnisse der Praxis. Zudem wurde erstmals der Fundus der deutschen Literatur und Judikatur der österreichischen Praxis in umfassender Weise erschlossen.

Ein Schwerpunkt des Werkes lag in der Darstellung und Analyse der Wechselbeziehungen von Rechnungslegung und Gesellschaftsrecht. Diese wurden im Rahmen der traditionellen Betonung der organisationsrechtlichen Elemente des Gesellschaftsrechts häufig vernachlässigt. Die Verbindungen dieser beiden Rechtsgebiete, die nicht zuletzt aufgrund des Ursprungs und der Entwicklung des Bilanzrechts vom AHGB, zum AktG und – im Rahmen der Umsetzung der Bilanz- und Konzernbilanz-Richtlinien – zurück in das HGB bzw UGB durchaus als einheitliches Rechtsgebiet verstanden werden können, zeigen sich vor allem in den kompetenzrechtlichen Regelungen zur Feststellung des Jahresabschlusses und der Gewinnverwendung. Diesen Fragen hat *Johannes Reich-Rohrwig* in sei-

nem GmbH-Recht bereits im Jahr 1983 Aufmerksamkeit geschenkt. Dies betrifft etwa die Frage einer ausreichenden Satzungsermächtigung iSd § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG zur Beschlussfassung über die Gewinnverteilung. Die Ermächtigung zur Rücklagenbildung müsse deutlich formuliert sein. Nicht ausreichend sei etwa eine Bestimmung, wonach „die Generalversammlung [...] über die Verteilung des Reingewinns“ beschließt, weil dadurch lediglich die gesetzliche Regelung des § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG wiederholt werde¹). In der zweiten Auflage ergänzte der Jubilar diese Ansicht dahingehend, dass die Ermächtigung zur Beschlussfassung über die „Gewinnverwendung“ ausreiche. Dann gelte kein Vollausschüttungsgebot. Die Ermächtigung zur „Gewinnverteilung“ hingegen sei ungenügend²).

Auch die Einschränkung der Mehrheitsmacht zur Rücklagenbildung hat *Johannes Reich-Rohrwig* bereits in der ersten Auflage thematisiert: Die zu Lasten der Minderheit beschlossene Rücklagenbildung müsse im Interesse der GmbH geboten sein. Die ungebührlich hohe, bei vernünftiger kaufmännischer Beurteilung nicht notwendige Bildung von Rücklagen sei unzulässig und anfechtbar³). Diese Aussage wird in der zweiten Auflage wiederholt und auf die Treuepflicht gestützt⁴). Zusätzlich berücksichtigt *Johannes Reich-Rohrwig* auch den entgegengesetzten Fall: Bei Fehlen einer satzungsmäßigen Gewinnverwendungsvorschrift gebiete die Treuepflicht den Gesellschaftern, der Bildung von Rücklagen zuzustimmen, wenn das Interesse der Gesellschaft an der Bildung der Rücklage besonders stark ausgeprägt sei. Vorsichtig formuliert er: „Richtigerweise wird die Unerlässlichkeit der Rücklagenbildung für die Überlebensfähigkeit der Gesellschaft zu verlangen sein.“⁵).

Diese Themen, nämlich die Anforderungen an die Satzungsermächtigung sowie das treuepflichtgebundene Stimmverhalten von Gesellschaftern im Spannungsverhältnis zwischen Thesaurierungsbedarf der Gesellschaft und Ausschüttungsinteressen der Gesellschafter haben den OGH zuletzt befasst. Die Entscheidungen betrafen sowohl das Aktienrecht als auch das GmbH-Recht⁶). Ich darf davon ausgehen, dass die nachstehende Analyse dieser Judikatur anhand seiner Gedanken das Interesse des *Jubilars* findet.

-
- 1) Das österreichische GmbH-Recht (1983) 196.
 - 2) GmbH-Recht² I (1997) Rz 3/199.
 - 3) GmbH-Recht 196f; unter Bezugnahme auf die Treuepflicht: GmbH-Recht² Rz 3/203.
 - 4) GmbH-Recht²Rz 3/203.
 - 5) GmbH-Recht² Rz 3/204.
 - 6) OGH 23. 5. 2007, 3 Ob 59/07h RWZ 2007, 261 (*Wenger*) = GesRZ 2008, 22 (*Linder*) = SZ 2007/81; 31. 1. 2013, 6 Ob 100/12t RWZ 2013, 118 = GES 2013, 128 = GesRZ 2013, 219 (*Moser*) = ecolex 2013, 710 (*Reich-Rohrwig*); vgl auch einen früheren Gewinnverwendungsbeschluss derselben Parteien betreffend OGH 27. 2. 2013, 6 Ob 17/13p GesRZ 2013, 219 (*Moser*).

II. Tagesordnungspunkt „Gewinnverwendung“ und satzungsmäßige Thesaurierungsermächtigung

A. GmbH-Recht

§ 35 Abs 1 Z 1 GmbHG unterwirft die Feststellung des Jahresabschlusses der Beschlussfassung durch die Gesellschafter⁷⁾. Zusätzlich erwähnt die Regelung auch die „Verteilung des Bilanzgewinns“ als Fall der Genehmigungskompetenz, dies jedoch nur, „falls Letzterer im Gesellschaftsvertrag einer besonderen Beschlussfassung von Jahr zu Jahr vorbehalten ist“. Fehlt die Satzungsermächtigung, hat jeder Gesellschafter einen Individualanspruch auf Ausschüttung des auf ihn entfallenden Bilanzgewinns⁸⁾. Dann entsteht der Dividendenanspruch bereits durch die Fassung des Feststellungsbeschlusses⁹⁾, für einen (gesonderten) Gewinnverwendungsbeschluss ist kein Raum.

Die in § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG genannte Satzungsbestimmung ist somit die der einfachen Gesellschaftermehrheit erteilte Ermächtigung, den Individual-Dividendenanspruch der Gesellschafter einzuschränken oder ganz auszuschließen, somit den Bilanzgewinn teilweise oder ganz zu thesaurieren. Die Thesaurierung kann entweder durch Einstellung des Bilanzgewinns in eine Gewinnrücklage oder durch Vortrag des Bilanzgewinns auf neue Rechnung („Gewinnvortrag“) erfolgen¹⁰⁾.

B. Aktienrecht

Ist die GmbH-Generalversammlung nur aufgrund einer Satzungsbestimmung iSd § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG berechtigt – und im Sinne ihrer Ausgestaltung: gegebenenfalls auch verpflichtet – über die Gewinnverteilung zu entscheiden, hat die Tagesordnung der ordentlichen Hauptversammlung der AG auch ohne Satzungsanordnung den Tagesordnungspunkt „Beschlussfassung über die Gewinnverwendung“ zu enthalten. So statuierte § 126 Abs 1 AktG idF vor dem AktRÄG 2009 („aF“), dass die Hauptversammlung „alljährlich [...] über die Verteilung des Bilanzgewinns (Gewinnverteilung)“ beschließt. Gleiches gilt nunmehr gem § 104 Abs 2 Z 2 AktG für die „Beschlussfassung über die Verwendung des Bilanzgewinns“. Nicht die Beschlussfassung über die Gewinnverteilung bzw Gewinnverwendung, sondern nur die Thesaurierung des Bilanzgewinns war und ist von einer Satzungsermächtigung („Thesaurierungsermäch-

7) Zusätzlich erwähnt § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG die „Prüfung“ des Jahresabschlusses. Dabei wird indessen keine (zwingende) Beschlusskompetenz festgelegt, sondern nur die Befugnis der Gesellschafter zur Prüfung – und innerhalb der zwingenden gesetzlichen Regelungen – auch zur Änderung des von den Geschäftsführern aufgestellten Jahresabschlusses festgehalten.

8) Reich-Rohrwig, GmbH-Recht² Rz 3/196; Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz³ (2007) § 35 Rz 13; Enzinger in Straube, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (2013) § 35 Rz 19; Harrer in Gruber/Harrer (Hrsg), GmbHG § 35 Rz 18.

9) Reich-Rohrwig, GmbH-Recht² Rz 3/200; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 35 Rz 13; Enzinger in Straube (Hrsg), Wiener Kommentar GmbHG § 35 Rz 19; Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG § 35 Rz 18.

10) Zum Gewinnvortrag: OGH 23. 5. 2007, 3 Ob 59/07h unter Berufung auf Strasser in Jabornegg/Strasser (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz⁴ (2011) § 126 Rz 19 mwN.

tigung“) abhängig (früher: § 126 Abs 3 Satz 2 AktG aF; nunmehr § 104 Abs 4 Satz 2 AktG).

Der Tagesordnungspunkt „Gewinnverwendung“ hängt seit dem AktRAG 2009 allerdings vom Ausweis eines Bilanzgewinns im Jahresabschluss ab. Billigt der Aufsichtsrat einen Jahresabschluss, in dem infolge Dotierung einer Gewinnrücklage kein Bilanzgewinn ausgewiesen ist, kann die Hauptversammlung keinen Gewinnverwendungsbeschluss fassen; sie ist an die Rucklagendotierung durch die Verwaltung gebunden¹¹⁾. Anders ist dies nur, wenn die Verwaltung die Feststellungsentscheidung an die Hauptversammlung delegiert (§ 96 Abs 4 AktG)¹²⁾. Wie vor dem AktRAG 2009 ist aber gem § 104 Abs 2 Z. 2 AktG ein Gewinnverwendungsbeschluss zu fassen, selbst wenn eine satzungsmäßige Thesaurierungsermächtigung fehlt¹³⁾ und die Aktionäre folglich Anspruch auf die Ausschüttung des Bilanzgewinns haben. Hier ist der Tagesordnungspunkt inhaltsleer. Möglicherweise ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass die Ermächtigung in den meisten Fällen vorliegt. Doch dies könnte eine irrtümliche Annahme sein, wie der folgende, vom OGH entschiedene Fall zeigt.

III. Gewinnrücklage oder Gewinnvortrag

Die Entscheidung zwischen diesen beiden Formen der Gewinnverwendung hat kompetenzrechtliche Bedeutung für die spätere Ausschuttungsverwendung der (zunächst) thesaurierten Mittel:

Nach Dotierung einer Gewinnrücklage kann der (zunächst) thesaurierte Betrag nur dann in den (verteilungsfahigen) Bilanzgewinn des folgenden Geschäftsjahrs eingehen (§ 231 Abs 2 Z. 25 und Abs 3 Z. 24 UGB), wenn die Gewinnrücklage im Rahmen der Feststellung des späteren Jahresabschlusses¹⁴⁾ aufgelöst wird. Die Feststellungskompetenz umfasst somit auch die Auflösung von Rücklagen. Wie ausgeführt, kommt sie bei der GmbH den Gesellschaftern zu (§ 35 Abs 1 Z. 1 GmbHG), bei der AG hingegen dem Aufsichtsrat im Rahmen der Billigung des vom Vorstand aufgestellten Jahresabschlusses, sofern Vorstand und Aufsichtsrat die Feststellung nicht der Hauptversammlung übertragen (§ 96 Abs 4 AktG). Scheitert die Auflösung der Gewinnrücklage, etwa in einer Patt-Situation, bleibt die Gewinnrücklage ausschuttungsgesperrt.

11) *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), *österreichisches Gesellschaftsrecht* (2008) Rz 3/695; *Kalss/Elisabeth Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), *Kommentar zum Aktiengesetz*² (2012) § 96 Rz 72; ebenso OGH 23. 5. 2007, 3 Ob 59/07h (s FN 6).

12) Evident unrichtig die Bemerkung in OGH 23. 5. 2007, 3 Ob 59/07h (s FN 6), ob Gewinne thesauriert oder ausgeschüttet werden, ist eine unternehmerische Entscheidung des Vorstands der Tochter-AG (sic!) oder eben der Alleinaktionärin (durch Weisung [sic!!] oder durch HV-Beschluss).

13) *Elisabeth Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 104 Rz 37.

14) Stattdessen kommt auch die Änderung des bereits festgestellten Jahresabschlusses – im Wege einer beschlussmaigen Änderung des Feststellungsbeschlusses – in Betracht. Allerdings bindet die hA eine derartige Änderung an das Vorliegen eines wichtigen Grundes. Ferner darf nicht in bereits (aufgrund der Feststellung) entstandene Rechte eingegriffen werden: vgl etwa *Kalss/Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 96 Rz 78 mwN. Ebenso OGH 23. 5. 2007, 3 Ob 59/07h (s FN 6).

Der Gewinnvortrag hingegen geht unmittelbar in den Bilanzgewinn oder Bilanzverlust des folgenden Geschäftsjahrs ein (§ 231 Abs 2 Z 28 und Abs 3 Z 27 UGB), ohne dass dies von einer darauf gerichteten Organentscheidung abhängt. Im Falle einer Thesaurierungsermächtigung iSd § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG ist er als Bestandteil des Bilanzgewinns vom Gewinnverwendungsbeschluss betreffend das Folge-Geschäftsjahr mitumfasst, andernfalls vom Individual-Dividendenanspruch der Gesellschafter.

Noch eine Bemerkung zum Gewinnvortrag: Gewinnbeträge sind auch dann auf neue Rechnung vorzutragen, wenn keine Feststellung des Jahresabschlusses erfolgt ist. Der Vortrag auf neue Rechnung beruht dann nicht auf einer Organentscheidung, sondern schlicht auf buchhalterischer Gesetzmäßigkeit. Wurde hingegen der Jahresabschluss festgestellt, ist aber kein Gewinnverwendungsbeschluss erfolgt, haben die Gesellschafter in der Regel Anspruch auf den Bilanzgewinn, sodass ein Gewinnvortrag ausscheidet. Anders ist dies nur, wenn die Satzung nicht zur Thesaurierung ermächtigt, sondern – umgekehrt – die Gewinnverteilung an einen Gesellschafterbeschluss bindet; kommt dieser nicht zustande, scheidet die Verteilung des Bilanzgewinns aus; dieser ist vielmehr auf neue Rechnung vorzutragen.

In solchen Fällen kann das mehrjährige Anwachsen des Bilanzgewinns zu hohen Dividendenansprüchen führen, die infolge Reinvestition der thesaurierten Mittel nicht durch die Liquidität der Gesellschaft gedeckt sind. Kommt es nach vielen Jahren zum Streit zwischen den Gesellschaftern und scheitert die Thesaurierungsentscheidung entweder an einer Patt-Situation oder an dem Fehlen der Thesaurierungsermächtigung iSd § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG, stellt sich in aller Regel besonders dringend die Frage der Thesaurierung aufgrund der Treuepflicht. Derartige Situationen entstehen nicht selten bei kleineren Gesellschaften aufgrund von Versäumnissen im Zusammenhang mit der jährlichen Beschlussfassung über den Jahresabschluss, weiters aber auch aufgrund von Patt-Stellungen zwischen den Gesellschaftern.

IV. Anforderungen an die satzungsmäßige Thesaurierungsermächtigung

A. *OGHE 3 Ob 59/07h zur AG-Satzung*

Noch vor dem AktRÄG 2009 hatte der 3. Senat¹⁵⁾ über die Schadenersatzklage eines Gesellschafters einer Holding-GmbH gegen deren Geschäftsführer zu entscheiden, die in Vertretung der Holding-GmbH als Alleinaktionär einer 100%igen Tochter-AG einen Thesaurierungsbeschluss gefasst hatten. In der Satzung der AG war bestimmt: „Die Hauptversammlung beschließt alljährlich in den ersten acht Monaten des Geschäftsjahrs über die Entlastung des Vorstandes und des Aufsichtsrates, über die Verwendung des im Vorjahr erzielten Reingewinns, über die Wahl des Abschlussprüfers und in den im Gesetz vorgesehenen Fällen über die Feststellung des Jahresabschlusses (ordentliche Hauptversammlung).“

15) OGH 23. 5. 2007, 3 Ob 59/07h (s FN 6).

Nach der – die Entscheidung aber letztlich nicht tragenden – Ansicht der OGH verstieß der Thesaurierungsbeschluss gegen § 126 Abs 3 AktG aF (nunmehr: § 104 Abs 4 AktG). Denn in der genannten Satzungsregelung erblickte der 3. Senat keine ausreichende Grundlage zum Ausschluss des Bilanzgewinns von der Gewinnverteilung: „Gewinnverwendungsvorschriften müssen wie grundsätzlich alle korporativen Satzungsbestimmungen deutlich formuliert sein“. Die gewählte Formulierung gehe nicht über den Text der gesetzlichen Regelung des § 126 Abs 1 AktG aF hinaus, denn sie verweise nur auf die Kompetenz der Hauptversammlung zur Verteilung des im Jahresabschluss ausgewiesenen Bilanzgewinns. Sie könne daher nicht als (Thesaurierungs-)Ermächtigung iSd § 126 Abs 3 AktG aF ausgelegt werden.

Leider übergeht oder übersieht der 3. Senat, dass § 126 Abs 1 AktG aF von „Gewinnverteilung“ sprach, die fragliche Satzungsbestimmung aber – wahrscheinlich in bewusstem Gegensatz zum Gesetzeswortlaut – die Beschlussfassung über die „Gewinnverwendung“ anordnete. Gerade die Ermächtigung zur „Gewinnverwendung“ ist nach den Ausführungen des *Jubilar*s ausreichend, die Kompetenz der Gesellschafter zum Ausschluss des Individual-Dividendenanspruchs zu begründen. „Gewinnverwendung“ umfasst neben der Gewinnverteilung eben auch die Thesaurierung für Zwecke der Rücklagenbildung oder den Gewinnvortrag¹⁶).

Höhere Überzeugungskraft hätte die Ansicht des OGH aufgrund der Neuregelung durch das AktRAG 2009. Nunmehr differenziert das Gesetz nämlich selbst zwischen „Gewinnverwendung“ und „Gewinnverteilung“. Der fragliche Tagesordnungspunkt der ordentlichen Hauptversammlung ist nunmehr in § 104 Abs 2 Z 2 AktG geregelt. Während die Vorlauferbestimmung des § 126 Abs 1 AktG aF die Beschlussfassung „über die Verteilung des Bilanzgewinns (Gewinnverteilung)“ anordnete, hat die Tagesordnung der ordentlichen Hauptversammlung gem § 104 Abs 2 Z 2 AktG nunmehr „die Beschlussfassung über die Verwendung des Bilanzgewinns, wenn im Jahresabschluss ein solcher ausgewiesen ist (Gewinnverwendung, Abs 4)“, zu enthalten. § 104 Abs 4 AktG ist die Nachfolgeregelung zu § 126 Abs 3 AktG aF. Unverändert ist hier eine Satzungsermächtigung zum Ausschluss der „Gewinnverteilung“ zugelassen (Satz 2 leg cit). Die Verwendung des Begriffs „Gewinnverwendung“ in § 104 Abs 2 Z 2 AktG wird in den Materialien wie folgt erlauert: „Der Entwurf spricht von der ‚Verwendung‘ des Bilanzgewinns, während bisher in § 126 von dessen ‚Verteilung‘ die Rede ist, weil zur Verwendung auch die ‚teilweise‘ Einstellung des Bilanzgewinns in eine Rücklage oder der Vortrag auf neue Rechnung zählt, wo kein Gewinn ‚verteilt‘ wird.“¹⁷)

Jedenfalls für die Zukunft wird sich die Praxis der Satzungsgestaltungen keinesfalls auf die Wiederholung der *verba legalia* des § 104 Abs 2 Z 2 AktG be-

16) *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht² Rz 3/202 ff, insbesondere Rz 3/207 zum Inhalt des Ergebnisverwendungsbeschlusses. In diesem Sinne auch die Materialien zum AktRAG 2009 (dazu sogleich).

17) ErlautRV 208 BlgNR 24. GP 18. Auch in den § 96 Abs 1 sowie § 108 Abs 3 Z 2 AktG wird nunmehr von der „Gewinnverwendung“ gesprochen. § 277 Abs 1 UGB verlangte stets die Offenlegung des „Ergebnisverwendungsbeschlusses“. § 8 Abs 2 und 3 KStG verwendet den ähnlichen Begriff „Einkommensverwendung“.

schränken dürfen. Selbst wenn die alljährliche Beschlussfassung über die „Gewinnverwendung“ in der Satzung verankert ist, muss zusätzlich eine Thesaurierungsermächtigung iSd § 104 Abs 4 Satz 2 AktG – falls inhaltlich gewünscht – in die Satzung aufgenommen werden.

An dieser Stelle kann nicht unerwähnt bleiben, dass der Entscheidung des 3. Senats in anderen Punkten nicht gefolgt werden kann:

Zunächst spricht Einiges dafür, dass dem Kläger – unbemerkt von allen drei Instanzen und wohl auch von den Parteien – die Klagebefugnis gefehlt hat. Obwohl der Entscheidungstext dazu keine Angaben enthält¹⁸⁾, kam nur die Klagebefugnis nach § 48 GmbHG in Betracht. Im ersten Satz der rechtlichen Beurteilung adressiert der 3. Senat denn auch die „Klagelegitimation des klagenden Minderheitsgesellschafters der Holding-GmbH“. Obwohl die Gerichte keine Angaben darüber gemacht haben, ob der Kläger entsprechend § 48 GmbHG Leistung des Schadenersatzes nicht an sich, sondern an die Holding-GmbH begehrt hat, ist Letzteres dennoch anzunehmen, weil der Kläger vorgebracht hatte, „der Holding-GmbH sei ein Schaden in Höhe der entgangenen Dividende entstanden“. Entgegen dem zitierten Satz aus der Entscheidungsbegründung war indes nicht der Kläger Gesellschafter der Holding-GmbH, sondern nach den Tatsachenfeststellungen waren dies eine GmbH und eine Privatstiftung. Zusätzlich findet sich die Feststellung: „Aufgrund der Beteiligungsverhältnisse in der gesamten Firmenkonstruktion steht die Hälfte des ‚wirtschaftlichen Eigentums‘ an der Holding-GmbH dem Kläger und seiner Familie zu, die andere Hälfte dem Erstbeklagten.“ Ob aus diesem Satz abzuleiten ist, dass der OGH von einer „mittelbaren Stellung“ des Klägers als „Minderheitsgesellschafters der Holding-GmbH“ ausging, darüber kann man nur rätseln. Jedenfalls dürfte dem Kläger aber jegliche Klagslegitimation zur Geltendmachung des Schadens der Holding-GmbH gefehlt haben. Diese steht nach § 48 GmbHG nur dem unmittelbaren Gesellschafter zu. Ob dies im Bereich der Familie des Klägers die GmbH oder die Privatstiftung war, ist unbekannt; weder die GmbH noch die Privatstiftung haben aber die Klage eingebracht. Schon aus diesem Grund wäre die Klage abzuweisen gewesen.

Äußerst fragwürdig ist ferner die Annahme eines Schadens der Holding-GmbH aufgrund des fehlenden Zuflusses der vollen Ausschüttung des Bilanzgewinns – trotz entsprechender Werterhöhung der 100%igen Beteiligung an der Tochter-AG. Darauf haben bereits andere hingewiesen¹⁹⁾. Ergänzend folgende „Probeüberlegung“ zum hypothetischen Falle der Klagsstattgebung: Nach Leistung des Schadensbetrags in Höhe der thesaurierten Gewinne durch die verurteilten Geschäftsführer an die Holding-GmbH wäre die Zweier-Gruppe aus Holding-GmbH und Tochter-AG um diesen Betrag „bereichert“, was sich – selbst auf

18) Das unbefangene Verhältnis der Parteien zu Fragen der aktiven Klagslegitimation erhellt auch aus der „Drohung“ des Klägers, der an der AG nicht beteiligt und zur Vertretung der Holding-GmbH nicht allein befugt war, gegen den Gewinnverteilungsbeschluss eine Anfechtungsklage einzubringen, sowie aus der Untersagung einer derartigen (gar nicht möglichen) Klagsführung durch die beiden anderen Geschäftsführer.

19) *Wenger*, Urteilsanmerkung, RWZ 2007, 263; *Linder*, Urteilsanmerkung, GesRZ 2008, 26.

Grundlage des vom 3. Senat angenommenen „Liquidittsschadens“ – bei nochmaligem Zufluss des Schadensbetrags bei der Holding-GmbH aufgrund einer (späteren) Ausschtung der zunächst thesaurierten Gewinne manifestieren würde.

Wahrscheinlich haben alle Beteiligten aber auch die Frage des Zustandekommens des Thesaurierungsbeschlusses in der Hauptversammlung der Tochter-AG falsch beurteilt: Hier gehen die Urteilsfeststellungen nämlich bemerkenswerterweise von einer Abstimmung der (einzelnen) Holding-GmbH-Geschäftsführer – und nicht von einer Stimmabgabe im Namen der Holding-GmbH als Alleinaktionrin – aus. Denn staunend liest man: „Bei der [...] Abstimmung über die Ergebnisverwendung [...] stimmten die beiden Beklagten als Geschäftsführer der Holding-GmbH (Alleinaktionrin) für die vorgeschlagene Ausschtung [...] und Vortrag des restlichen Bilanzgewinnes auf neue Rechnung, der Kläger als weiterer Geschäftsführer und Rechtsanwalt Dr. H als Vertreter des Treuhandaktionrs Hermann L²⁰) stimmten dagegen, womit der Antrag mit Stimmenmehrheit (sic!) angenommen war.“ Ungeachtet der (mangels entsprechender Detailangaben hier nicht beurteilbaren) Stellung des genannten „Treuhandaktionrs“ ging der OGH aber letztlich doch von einem einstimmigen Aktionrsbeschluss aus, weil er mehrmals von der Beschlussfassung durch die Alleinaktionrin (Holding-GmbH) spricht und darauf hinweist, dass ein Verstoß gegen § 126 Abs 3 AktG durch einen einstimmigen Aktionrsbeschluss geheilt werden kann²¹).

Hinzu kommt: Geht man – ungeachtet der unrichtigen rechtlichen Einordnung als „Mehrheitsbeschluss“, gegen den der Kläger sogar „Widerspruch zu Protokoll“ erklärt hatte, obwohl er selbst an der AG nicht beteiligt und für die Alleinaktionrin (Holding-GmbH) nicht allein vertretungsbefugt war – sachverhltnismig von zustimmenden Erklärungen der beiden beklagten Geschäftsführer und einer widersprechenden Erklärung des klagenden Geschäftsführers aus, war der Thesaurierungsbeschluss offenkundig unwirksam: Nach den Feststellungen waren die Geschäftsführer „kollektiv vertretungsbefugt“. Im (kaum praxisnahen) Fall, dass aktive Vertretungshandlungen die Mitwirkung aller drei Geschäftsführer erforderten, scheiterte der Hauptversammlungsabschluss bereits an der fehlenden Vertretungsmacht der beiden beklagten Geschäftsführer;

20) Der „Treuhandaktionr Hermann L“ wird erwähnt, seine Stellung wird aber nirgends erläutert. War die Anfechtungsklage gegen den HV-Beschluss – entgegen den Feststellungen – nicht vom Kläger, sondern vom oder durch den Treuhandaktionr angedroht worden (s FN 19)? War die Holding-GmbH doch nicht Alleinaktionär der AG? In der Begründung des OGH ist allerdings nur mehr von der Holding-GmbH als Alleinaktionär die Rede; der „Treuhandaktionr“ wird dort nicht erwähnt.

21) Zunächst weist der 3. Senat zutreffend darauf hin, dass der Verstoß gegen § 126 Abs 3 AktG nicht zur Nichtigkeit, sondern bloß zur Anfechtbarkeit des Gewinnverwendungsbeschlusses führt. Entgegen dem 3. Senat ist dies aber selbst im Falle eines Alleinaktionrs nicht „sanktionslos“, denn nach § 196 Abs 1 AktG kommt auch die Anfechtung durch Organe oder Organmitglieder in Betracht; dazu kann im Einzelfall, etwa wenn die Gewinnverteilung zur Schädigung der AG führt, sogar eine Verpflichtung der Organe bestehen. Bei dem strittigen Beschluss handelte es sich im übrigen um einen satzungsdurchbrechenden Beschluss; zur Problematik vgl Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 145 Rz 42 ff.

indessen hätten dies die Beteiligten wohl kaum übersehen. Im somit wahrscheinlichen Fall der Gesamtvertretungsmacht von jeweils zwei Geschäftsführern konnten die beiden beklagten Geschäftsführer die Stimmabgabe für den teils auf Ausschüttung, teils auf Thesaurierung gerichteten Beschlussantrag grundsätzlich wirksam vornehmen. Mangels abweichender Regelung der Geschäftsführungsbefugnis im GmbH-Gesellschaftsvertrag, über welche die Entscheidung schweigt, bestand aber gem § 21 Abs 1 GmbHG Gesamtgeschäftsführung aller drei Geschäftsführer²²). Der Widerspruch des (später klagenden) Geschäftsführers hätte daher von den beiden anderen Geschäftsführern beachtet werden müssen; die Stimmabgabe war daher wohl wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht unwirksam²³).

Allerdings erkennt der OGH letztlich zutreffend, dass die klagsgegenständlichen Schadenersatzansprüche ausschließlich nach den Geschäftsführerpflichten der Beklagten zu beurteilen seien, nicht aber nach der aktienrechtlichen Satzungskonformität des Thesaurierungsbeschlusses, weshalb den Ausführungen des 3. Senats zur fehlenden Satzungsermächtigung bloß der Charakter eines *obiter dictum* zukommt. Der 3. Senat stellt zutreffend die Frage, ob der Thesaurierungsbeschluss eine Pflichtverletzung der Geschäftsführer begründete. In diesem Zusammenhang schließt er sich der in Österreich von *Koppensteiner/Rüffler*²⁴) im Anschluss an das deutsche Schrifttum vertretenen Meinung an, die Geschäftsführer müssten die Gesellschafter bei außergewöhnlichen Maßnahmen zwar konsultieren; komme es aber zu keinem Gesellschafterbeschluss, hätten sie die Entscheidung über die außergewöhnliche Maßnahme in eigener Verantwortung selbst zu treffen. Anders als in den Fällen des § 35 Abs 1 GmbHG ist die Zustimmung durch Gesellschafterbeschluss somit keine Handlungsvoraussetzung. Diese höchstgerichtliche Aussage ist grundsätzlich zu begrüßen, und die Praxis wird für das dadurch erhöhte Maß an Rechtssicherheit dankbar sein.

Im Rahmen der eigenverantwortlichen Entscheidung über die Thesaurierung haben die beklagten Geschäftsführer nach Ansicht des 3. Senats weder rechtswidrig noch schuldhaft gehandelt: Ohne Bezugnahme auf die Sorgfaltpflicht gem § 25 Abs 1 GmbHG verkündet der 3. Senat apodiktisch, ein Schadenersatzanspruch könne „nur auf eine – wirtschaftlich betrachtet – evident unrichtige Sachentscheidung gestützt werden“. Mag dies im Ergebnis als etwas kurssorische Umschreibung des Ermessens der Geschäftsleiter bei unternehmerischen

22) Deutlich *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht² Rz 2/260. Vgl auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 21 Rz 5; *Enzinger* in *Straube*, Wiener Kommentar GmbHG § 21 Rz 7; *N. Arnold/Babinek* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 21 Rz 9.

23) Zum „Durchschlagen“ von Beschränkungen im Innenverhältnis auf die Wirksamkeit des Vertretungsakts im Außenverhältnis vgl *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht² Rz 2/242 ff (2/247). Zum Missbrauch der Vertretungsmacht infolge Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 20 Rz 26.

24) GmbHG³ § 20 Rz 4 am Ende, vgl nunmehr *Enzinger* in *Straube*, Wiener Kommentar GmbHG § 20 Rz 27; *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 20 Rz 12 f. Die Verpflichtung zur Befassung der Gesellschafter vor der Vornahme außergewöhnlicher Maßnahme wurde (allerdings sehr kurz) in OGH 14. 11. 1996, 2 Ob 2146/96v SZ 69/254 bejaht.

Entscheidungen noch angehen²⁵⁾, überraschen sowohl Kürze als auch Ergebnis des über die beklagten Geschäftsführer ausgesprochenen „Freispruchs“: Nachdem er eingehend zu begründen versucht hat, warum der verhinderte Dividendenzufluss zu einem Schaden der Holding-GmbH geführt habe, stuft der 3. Senat die – soeben noch als schadensbegründend (!) qualifizierte – Thesaurierungsentscheidung aus „Zweckmäßigkeitgründen“ als zulässige Maßnahme der „Geschäftspolitik“ ein.

Der OGH kam somit letztlich zum selben Ergebnis wie das Erstgericht, das die Klage einfach mangels Pflichtverstoßes der beklagten Geschäftsführer abgewiesen hatte. Der Kläger und alle Instanzen haben aber wohl die Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis durch die beklagten Geschäftsführer übersehen. Danach – aber auch auf der Basis der Klagsabweisung durch den OGH – waren die fragwürdigen Ausführungen zum Fehlen einer ausreichenden Thesaurierungsermächtigung und zum Vorliegen eines Schadens der Holding-GmbH in Wahrheit unnötig.

B. Folgerungen für die Thesaurierungsermächtigung gemäß § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG

Da § 104 Abs 2 Z 2 AktG nur die Verpflichtung der Organe regelt, auf die Tagesordnung der ordentlichen Hauptversammlung einer AG den Tagesordnungspunkt „Gewinnverwendung“ zu setzen, begründet die bloße Wiederholung der *verba legalia* in der AG-Satzung keine Thesaurierungsermächtigung. Dazu müsste eine § 104 Abs 4 Satz 2 AktG entsprechende Regelung in die Satzung aufgenommen werden.

Anders als § 104 Abs 2 Z 2 AktG ordnet § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG gerade nicht die Aufnahme des Tagesordnungspunkts „Gewinnverteilung“ in die Tagesordnung der ordentlichen Generalversammlung an; enthält der GmbH-Gesellschaftsvertrag keine Regelung, bleibt für eine Beschlussfassung über die Gewinnverteilung angesichts des Individual-Dividendenanspruchs der Gesellschafter kein Raum. Vielmehr erwähnt § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG eine Satzungsbestimmung, die zur Abweichung vom gesetzlichen Vollausschüttungsgebot durch Gesellschafterbeschluss ermächtigt. § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG handelt somit gerade und nur von der satzungsmäßigen Thesaurierungsermächtigung.

Dann ist aber die Wiederholung der *verba legalia* in der GmbH-Satzung ausreichend, die Thesaurierungsermächtigung zu begründen. § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG meint jedenfalls die Thesaurierungsermächtigung, auch wenn die *verba legalia* nicht (ausdrücklich) die Berechtigung zur Rücklagenbildung oder zum Gewinnvortrag enthalten; ein gegen diese Wortfolge erhobener „Vorwurf der Undeutlichkeit“ würde sich aber gegen das Gesetz richten. Den Gesellschaftsvertragsparteien hingegen kann kein Vorwurf gemacht werden, wenn sie den Gesetzeswortlaut, der gemäß einhelliger Ansicht nach seinem Sinn und Zweck eine satzungsmäßige Thesaurierungsermächtigung eröffnet, bloß wiederholen. An-

25) Dazu vgl etwa Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 84 Rz 8; zum unternehmerischen Ermessen bei Entscheidungen des Aufsichtsrats: OGH 26.2. 2002, 1 Ob 144/01k GesRZ 2002, 86; 11. 6. 2008, 7 Ob 58/08t GesRZ 2008, 378.

demfalls müsste die Satzung zusätzlich ausdrücklich zur Rücklagenbildung und Gewinnvortrag ermächtigen. Dies entspricht nach *meiner* Erfahrung nicht der Gestaltungspraxis und würde den Parteien eine Formulierungssorgfalt zumuten, die selbst der Gesetzgeber nicht aufgewendet hat.

In meinem Beitrag sehe ich nur diesen Punkt anders als der *Jubilar*. Ich würde mich freuen, wenn er seine These in Feststimmung wohlwollend überdächte.

V. Thesaurierungspflicht der GmbH-Gesellschafter kraft Treuepflicht

A. Die OGHE 6 Ob 100/12t²⁶)

Der 6. Senat hatte über eine Anfechtungsklage gegen zwei Gesellschafterbeschlüsse betreffend die Gewinnverwendung der beklagten GmbH zu entscheiden:

Der Gesellschaftsvertrag sah vor, dass vom Reingewinn mindestens die Hälfte an die Gesellschafter auszuschütten sei; solle weniger als die Hälfte ausgeschüttet werden, erfordere dies einen Gesellschafterbeschluss mit der Mehrheit von mehr als drei Vierteln der Stimmen.

Der klagende Gesellschafter war an der GmbH mit 40% beteiligt, die Nebenintervenientin auf Seite der beklagten GmbH mit 60% des Stammkapitals.

In der strittigen Gesellschafterversammlung wurden mit den Stimmen des Mehrheitsgesellschafters zwei Beschlüsse gefasst: Erfolglos war der Antrag des klagenden Minderheitsgesellschafters, die Hälfte des Bilanzgewinns auszuschütten. Der Antrag des Mehrheitsgesellschafters, wegen Existenzgefährdung der GmbH keine Gewinnausschüttung vorzunehmen, wurde angenommen.

Das Erstgericht gab der Anfechtungsklage statt. Das Berufungsgericht hob das Urteil auf und verwies die Sache zur Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurück. Der OGH bestätigte den Aufhebungsbeschluss. Das Erstgericht habe zu überprüfen, ob die Stimmabgabe für die Gewinnausschüttung treuwidrig sei, „wenn die Interessen der Gesellschaft an der Thesaurierung die Interessen des Gesellschafters an der Ausschüttung massiv überwiegen“. Dies sei anzunehmen, „wenn die Rücklagenbildung für die Überlebensfähigkeit der Gesellschaft erforderlich ist [...] (weilers), wenn der Gesellschafter vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 82 Abs 5 GmbHG weiß“.

Der 6. Senat kommt zu diesem Ergebnis aufgrund einer sorgfältigen Analyse der Literatur, insbesondere der eingangs zitierten Beiträge des *Jubilar*s. Gleichwohl regen folgende Punkte zum Nachdenken an:

B. Existenzgefährdung der GmbH und Interessenabwägung

Entsprechend den allgemeinen Grundsätzen der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht hält der 6. Senat eine Interessenabwägung für erforderlich. Die Interessen der Gesellschaft an der Thesaurierung müssen die Interessen des Gesell-

26) OGH 31. 1. 2013, 6 Ob 100/12t (s FN 6).

schafters an der Ausschüttung „massiv überwiegen“. Allerdings dürfte es allgemein sehr schwierig sein, die divergierenden Interessen rational gegeneinander abzuwägen. Dies zeigt auch der vorliegende Fall. Auf das neuerlich befasste Erstgericht wartet keine leichte Entscheidung: Denn das unternehmerische Interesse der Gesellschaft an der Innenfinanzierung durch Rücklagenbildung oder Gewinnvortrag ist etwas ganz anderes als das private Interesse an dem Zufluss finanzieller Mittel. Wie sollte über den Vorrang oder Nachrang des Finanzierungsbedarfs der GmbH vor dem Finanzierungsbedarf des Gesellschafters für private Aktivitäten, Urlaub, medizinische Versorgung, Ausbildung von Kindern entschieden werden? Das Erfordernis der Interessenabwägung wird freilich bereits aufgrund des nächsten Satzes der Entscheidungsbegründung relativiert, denn hier verlangt der OGH – in Übereinstimmung mit *Johannes Reich-Rohrwig* – die Notwendigkeit der Rücklagenbildung gerade für die Überlebensfähigkeit der Gesellschaft.

Daraus folgt zunächst die Irrelevanz des „schlichten“ Finanzbedarfs der GmbH. Ist die Rücklagenbildung nicht gerade für die Aufrechterhaltung der Existenz erforderlich, muss der Gesellschafter keine privaten Interessen an dem Dividendenzufluss dartun. Dies steht im Einklang mit der Einordnung des Gewinnbezugsrechts als eigennütziges Recht, das – anders als etwa der Informationsanspruch des Gesellschafters – nicht auf die Verwirklichung des Verbandszwecks gerichtet ist. Die Ausübung eigennütziger Rechte unterliegt nur in geringerem Maße der Treuebindung²⁷⁾.

Während *Johannes Reich-Rohrwig* die Verpflichtung zur Thesaurierung nur für den Fall behandelt, dass der Gesellschaftsvertrag die Gewinnverwendung nicht regelt²⁸⁾, enthielt die streitgegenständliche Satzung eine – wenn auch schematische – Regelung des fraglichen Interessenkonflikts: Bis zur Höhe des halben Reingewinns konnte die einfache Gesellschaftermehrheit die Thesaurierungsentscheidung treffen, darüber hinaus nur die qualifizierte Gesellschaftermehrheit. Darin liegt eine privatautonome und daher verbindliche Regelung der Befugnis der (jeweiligen) Gesellschaftermehrheit, den Finanzbedarf der GmbH zu Lasten der Minderheit durch Thesaurierung von Gewinnen zu decken. Nach hA ist die Satzung als Rechtsgrundlage der Treuepflicht anzusehen; die Treuepflicht ist die gesellschaftsrechtliche Ausformung der aus der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre bekannten vertraglichen Nebenpflichten²⁹⁾. Folglich ist die Treuepflicht, innerhalb allgemeiner Grenzen (zB § 879 ABGB), vertraglicher Regelung zugänglich³⁰⁾, insbesondere auch einer Konkretisierung. Jedenfalls die Abdeckung des gewöhnlichen Finanzbedarfs der GmbH im Wege der Innenfinanzierung war aus-

27) Vgl etwa *U. Torggler*, Treuepflichten im faktischen GmbH-Konzern – Zum Minderheitenschutz in der abhängigen GmbH (2007) 111 ff; für Deutschland vor allem *Martin Winter*, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht (1988) 121 ff, der sich allerdings bei 282 ff von der herrschenden Ansicht in Deutschland, die die Thesaurierungspflicht überwiegend ebenfalls nur zur Erhaltung der Lebensfähigkeit der Gesellschaft bejaht, distanziert.

28) GmbH-Recht² Rz 3/204f.

29) Vgl etwa *Martin Winter*, Treuebindungen 63 ff; *U. Torggler*, Treuepflichten 62 ff; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 61 Rz 9 und 18.

30) Zur Abbedingung der Treuepflicht vgl etwa *Martin Winter*, Treuebindungen 190 ff.

schließlich nach dem Gesellschaftsvertrag zu beurteilen. Daran scheitert die Annahme einer Treuepflicht zur Thesaurierung von mehr als der Hälfte des Reingewinns, wenn kein Thesaurierungsbeschluss mit qualifizierter Mehrheit zustande kommt.

Fraglich ist aber, ob die Thesaurierungsregelung im Gesellschaftsvertrag abschließend war, somit auch für den Fall der Existenzgefährdung der GmbH galt. Dies wird in vielen Fällen nicht dem tatsächlichen Verständnis der Vertragsparteien entsprechen: Schematische Thesaurierungsregelungen, wie die vorliegende, stellen in aller Regel einen Kompromiss zwischen den individuellen Ausschüttungsinteressen und dem gewöhnlichen Finanzierungsbedarf der Gesellschaft dar. Sie werden gewöhnlich in der Erwartung und Hoffnung auf positive Entwicklung und Wachstum der Aktivitäten der Gesellschaft abgefasst. Auch ohne Ausweitung der Aktivitäten erfordern Reinvestitionen aufgrund der Geldentwertung in aller Regel nominell steigende Finanzierungsmittel. Solchen gewöhnlichen, nämlich an der Fortführung der betrieblichen Aktivitäten und einer kontinuierlichen Geschäftsausweitung orientierten Finanzbedarf sollen schematische, insbesondere auf Bruchteile des Jahresgewinns abstellende Thesaurierungsregelungen decken.

Demgegenüber bedenken typischerweise optimistische, manchmal geradezu euphorische Unternehmensgründer selten negative Entwicklungen und fast nie den Fall der Existenzgefährdung. Die Berücksichtigung der tatsächlichen Absichten der Gesellschaftsvertragsparteien (§ 914 ABGB) im Lichte der dem Vertragsabschluss vorangegangenen Unternehmensplanungen, Vertragsverhandlungen und Ratschläge von Rechtsberatern scheidet *de facto* leider an der – meines Erachtens bedenklichen – OGH-Judikatur zur objektiven Auslegung von Gesellschaftsverträgen³¹).

Die skizzierten, typischen Vorstellungen der Parteien lassen die Annahme, der Fall der Existenzgefährdung sei nicht von der genannten Thesaurierungsregelung umfasst, immerhin plausibel erscheinen. Dann stellt sich die Frage, ob ein Gesellschafter aufgrund der Treuepflicht wenigstens bei Existenzgefährdung der GmbH zur Thesaurierung verpflichtet sein kann und welche Rolle seine privaten

31) So zu materiellen (korporativen, „echten“) Satzungsbestandteilen grundlegend OGH 25. 11. 1997, 1 Ob 61/97w SZ 70/242; zustimmende Folgejudikatur: OGH 3. 11. 2005, 6 Ob 231/05x GesRZ 2006, 35; 16. 11. 2011, 6 Ob 99/11v RWZ 2011, 263 (Wenger); 13. 10. 2011, 6 Ob 202/10 GesRZ 2012, 259 (Thiery); 19. 12. 2012, 6 Ob 233/12a GES 2013, 74; anders noch 30. 5. 1974, 6 Ob 8/74 SZ 47/70, wo – mE zutreffend – in einem Streit zwischen den Gründungsgesellschaftern Auslegung nach dem Parteiwillen (§ 914 ABGB) vorgenommen wird, weil die Rechte Dritter nicht berührt waren. Das – insoweit nicht differenzierende – Dogma von der objektiven Auslegung von Gesellschaftsverträgen entspricht der hA im Schrifttum: vgl nur *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 3 Rz 17 mwN; differenzierend nach dem Realtypus der jeweiligen Gesellschaft: *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht² Rz 1/71 ff. Doch an der herrschenden Ansicht wird neuerdings überzeugende Kritik geübt: vgl *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 1/69 f; *Schockenhoff*, Die Auslegung von GmbH- und AG-Satzungen, ZGR 2013, 76 und – besonders eingehend – *Fleischer*, Zur Auslegung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen – Notizen aus rechtsdogmatischer und rechtsvergleichender Sicht, DB 2013, 1466 (auch unter Würdigung des Meinungsstandes in Österreich).

Interessen in diesem Zusammenhang spielen. *Johannes Reich-Rohrwig* hat hier keine Interessenabwägung gefordert, diese aber auch nicht ausdrücklich verneint. Kann der Minderheitsgesellschafter somit aufgrund intensiven, privaten Finanzbedarfs die Existenzvernichtung der Gesellschaft, die bei Rücklagenbildung verhindert worden wäre, herbeiführen? Um das Problem durch ein Extrembeispiel auf den Punkt zu bringen: Folgt aus der Treuepflicht der „Vorrang“ des Gesellschafterkonkurses vor dem Gesellschaftskonkurs? Die Frage stellen heißt sie zu verneinen. Die GmbH-Beteiligung ist ein Investment im Interesse des Gesellschafters, nicht der Gesellschaft. Der Gesellschafter muss seine Existenz nicht aufopfern, um die GmbH zu retten. Auch anderer dringender Finanzbedarf des Gesellschafters führt zu keiner Einschränkung des eigennützigen Dividendenanspruchs. Den anderen Gesellschafter bleibt notfalls nichts anderes übrig, als die Gesellschaft allein zu retten.

Hat der selbst gefährdete Gesellschafter somit Anspruch auf die Dividende, ist nach den Dividendenansprüchen der anderen Gesellschafter zu fragen. Diese können doch wohl kaum aus dem existenznotwendigen Finanzbedarf des Minderheitsgesellschafters proportionale Dividendenzuflüsse ableiten, wenn sie selbst in keiner Existenzkrise stecken? Es wäre befremdlich, aus dem Grundsatz der linearen Gewinnverteilung des § 82 Abs 2 GmbHG auch den existenzgefährdenden Mittelabfluss bei der GmbH zugunsten der nicht gefährdeten Gesellschafter abzuleiten. Allerdings stünde die alineare Gewinnausschüttung im Widerspruch zum Gleichbehandlungsgrundsatz. Im Falle einer vertraglichen Regelung des Konflikts würden redliche Parteien wohl einen Ausgleich durch Gewinnvorab-Ansprüche der thesaurierenden Gesellschafter vereinbaren. Doch zögert man, diese kautelarjuristisch sinnvolle Regelung aus der Treuepflicht abzuleiten. Richterliche Entscheidungen in der Abgeschiedenheit des Justizpalasts sind aus einem anderen Stoff als nach dem Abschleifen widerstreitender Interessen in Verhandlungen privatautonom getroffene, detaillierte Vertragsregelungen.

VI. Ergebnisse

- A. Sowohl bei der AG als auch bei der GmbH gilt kraft der gesetzlichen Regelung ein Vollausschüttungsgebot. Den Gesellschaftern steht ein Individualanspruch auf den Bilanzgewinn zu. Dieser kann durch eine satzungsmäßige Thesaurierungsermächtigung iSd § 104 Abs 4 Satz 2 AktG bzw § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG ausgeschlossen werden.
- B. Die Wiederholung der *verba legalia* des § 104 Abs 2 Z 2 AktG in der AG-Satzung begründet keine Thesaurierungsermächtigung, weil diese Regelung lediglich für jede ordentliche Hauptversammlung den Tagesordnungspunkt „Gewinnverwendung“ anordnet. Erforderlich ist vielmehr eine § 104 Abs 4 Satz 2 AktG entsprechende Thesaurierungsermächtigung in der Satzung.
- C. Abweichend von § 104 Abs 2 Z 2 AktG ordnet § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG nicht die alljährliche Beschlussfassung über die Gewinnverteilung oder Gewinnverwendung an. Die hier genannte Satzungsregelung ist vielmehr die Thesaurierungsermächtigung. Daher begründet die Wiederholung der *verba*

legalia des § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG in der GmbH-Satzung – in Übereinstimmung mit der weit überwiegenden Gestaltungspraxis – eine ausreichende Thesaurierungsermächtigung. Ungeachtet dessen ist die ausdrückliche Verankerung der Befugnis der Gesellschaftermehrheit zur Einstellung des Bilanzgewinns in Gewinnrücklagen oder zum Gewinnvortrag ratsam.

- D. Mit der OGH-Entscheidung 3 Ob 59/07h müssen die GmbH-Geschäftsführer die Gesellschafter vor Vornahme einer außergewöhnlichen Maßnahme bloß konsultieren; ein positiver Gesellschafterbeschluss ist aber keine Handlungsvoraussetzung. Fassen die Gesellschafter keinen Beschluss, obliegt die Entscheidung über die außergewöhnliche Maßnahme den Geschäftsführern.
- E. Kommt mangels satzungsmäßiger Thesaurierungsermächtigung das gesetzliche Vollausschüttungsgebot zur Anwendung, sind die GmbH-Gesellschafter aufgrund der Treuepflicht nur bei Existenzgefährdung der GmbH zur Fassung eines Thesaurierungsbeschlusses verpflichtet. Dies gilt indes nur vorbehaltlich einer Interessenabwägung. Benötigt der Gesellschafter die Dividende für bedeutende private Zwecke, muss er der Thesaurierung nicht zustimmen.
- F. Enthält die Satzung Regelungen, die schematisch, etwa auf Bruchteile des Jahresgewinns abstellend, sowohl (Mindest-)Ausschüttungen als auch Thesaurierung vorsehen, liegt in diesem privatautonomen Kompromiss zwischen Ausschüttungsinteressen und Finanzierungsbedürfnissen eine zulässige und verbindliche Konkretisierung der Treuepflicht. Solche schematischen Regelungen gelten typischerweise aber nur für den gewöhnlichen Finanzbedarf der Gesellschaft, nämlich für Reinvestitionen und kontinuierliches Wachstum des Unternehmens. Hingegen sind sie nach dem typischen Parteiwillen nicht zur Bewältigung von Existenzkrisen der Gesellschaft bestimmt; hier kann – im Ergebnis übereinstimmend mit der OGH-Entscheidung 6 Ob 100/12t – ergänzend eine Thesaurierungspflicht kraft Treuepflicht eingreifen.