C/M/S/
Law . Tax

Virtuelle General- und Hauptversammlungen, virtuelle Aufsichtsratssitzungen zulässig! Sind Gewinnausschüttungen in unsicheren Zeiten noch zulässig?

von Clemens Grossmayer und Johannes Reich-Rohrwig

Österreich, April 2020

Die COVID-19 Pandemie bringt viele Unternehmen in wirtschaftliche Turbulenzen. Haben GmbH-Gesellschafter und Aktionäre noch Anspruch auf Ausschüttung des Bilanzgewinns, wenn im neuen Geschäftsjahr das Geschäft einbricht, Verluste zu erwarten sind und die Zukunft des Unternehmens ungewiss ist?

A. GmbH

Bei der GmbH können im neuen Geschäftsjahr pandemiebedingt eintretende Verluste zwingend[1] eine (ggf partielle) Ausschüttungssperre begründen: Aus Gläubigerschutzgründen[2] schließt nämlich der Gesetzgeber Gewinnauszahlungen aus, wenn und soweit zwischen Bilanzstichtag und Feststellung[3] des Jahresabschlusses Verluste und Wertminderungen eintreten, die voraussichtlich nicht bloß vorübergehend, sondern auf längere Zeit bestehen bleiben (s § 82 Abs 5 GmbHG).[4] In vielen Branchen sind diese Voraussetzungen derzeit klar erfüllt.

Unter diesen Voraussetzungen haben die Geschäftsführer nach der Rechtsprechung trotz eines gegenteiligen Gesellschafterbeschlusses die Auszahlung zu verweigern[5] und es liegt in ihrer Verantwortung, bei der Beschlussfassung über den Jahresabschluss auf zwischenzeitig eingetretene Verluste aufmerksam zu machen. Ggf haben die Geschäftsführer den eingetretenen Verlust im Wege einer Zwischenbilanz zu ermitteln und vom ausschüttungsfähigen Bilanzgewinn in Abzug zu bringen.[6]

(Drohende) Verluste nach Feststellung des Jahresabschlusses reduzieren nicht den ausschüttbaren Bilanzgewinn. Der Gewinnentnahmeanspruch wird zum Gläubigeranspruch, kann aber aus Treuepflichtgesichtspunkten eingeschränkt sein, wenn die Ausschüttung des Bilanzgewinns für die GmbH existenzgefährdend sein kann.[7] Abhängig von der Liquidität der Gesellschaft sind Fälle denkbar, wonach die Verluste zwar nachhaltig, aber nicht existenzgefährdend sind.

B. Aktiengesellschaften

Bei der AG liegt die Bildung (Dotierung) von Gewinnrücklagen im pflichtgemäßen Ermessen des Vorstandes.[8] Billigt der Aufsichtsrat den vom Vorstand aufgestellten und testierten Jahresabschluss, der solche bilanzgewinnmindernden Rücklagen enthält, so ist die Hauptversammlung (HV) daran gebunden (§ 104 Abs 4 AktG). Ob darüber hinaus die GmbH-rechtlichen Grundsätze des Gewinnausschüttungsverbots im Umfang nachfolgender Verluste für die AG gelten, ist in der Lehre auf Grund des Fehlens einer entsprechenden expliziten Anordnung im AktG strittig[9] und vom OGH noch nicht geklärt. Im Ergebnis ist die analoge Anwendung von § 82 Abs 5 GmbHG in Ermangelung einer planwidrigen Lücke, der „lex posterior"-Regel und des anderen gesetzgeberischen Regelungskonzepts – Vorstand und Aufsichtsrat entscheiden idR gemeinsam und pflichtgebundenen über die Bildung von Gewinnrücklagen und somit primär über den Gewinneinbehalt – zu verneinen.

1 RIS-Justiz RS0128608.
2 RIS-Justiz RS0128608.
3 Nicht erfasst werden nach hL (z. B. Bauer/Zehetner in Straube ea, WK GmbHG [2017] § 82 Rz 42) Entwicklungen vor dem Gewinnverwendungsbeschluss, aber nach der JA-Feststellung.
4 Bauer/Zehetner in Straube ea, WK GmbHG (2017) § 82 Rz 43; Köppl in U. Torggler, GmbHG § 82 Rz 5. S auch zur Frage, ob auch Verluste bei stillen Reserven betroffen sind, vgl Rüffler, RWZ 2009, 101.
5 OGH 6 Ob 100/12t ecolex 2013,710 (J. Reich-Rohrwig)
6 Bauer/Zehetner in Straube ea, WK GmbHG (2017) § 82 Rz 41.
7 OGH 6 Ob 100/12t ecolex 2013, 710 (J. Reich-Rohrwig).
8 Mellerowicz in Großkomm AktG2, § 132 Anm 56; ders in Großkomm AktG3 § 150 Anm 67; Schlegelberger/Quassowski, AktG3 (1939), § 125 Rz 4; Ch. Nowotny in Straube, HGB2, Bd 2, § 222 Rz 3; Bergmann in U. Torggler, UGB3, § 229 Rz 24; Hirschler/Geutebrueck in Gratzl/Hausmaninger/Justich, HdB zur AG I2, 10. Kap Rz 26 („bilanzpolitische Verantwortung"); Kalss/Burger/Eckert, Die Entwicklung des österr. Aktienrechts, 335, 345; Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht5, 301; G. Sopp/Grünberger in Zib/Dellinger, UGB § 224 Rz 194.
9 Vgl für eine Analogie von § 82 Abs 5 GmbHG: Eckert/Tipold, GES 2013, 59 (65); Eckert in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf2 Rz 43; Arlt, GesRZ 2014, 351 (355); Artmann in Artmann/Karollus, AktG6 § 53 Rz 8. Dagegen Karollus in Leitner, Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung2 26.

Der OGH hat im Zusammenhang mit einer AG & Co KG ausgesprochen, dass es „in der Verantwortung eines jeden sorgfältigen organschaftlichen Vertreters einer Gesellschaft liegt, […] nur so weit Veräußerungserlöse [aus der Übertragung des Unternehmens, Anm] als Gewinn zu verteilen, als dadurch die Befriedigung der Gläubigeransprüche nicht vereitelt wird".[10]

Damit postuliert der OGH eindeutig eine (rechtsformübergreifende) Sorgfaltspflicht für Geschäftsführungsorgane, eine Gewinnverteilung nur insoweit zuzulassen, als dadurch die Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft nicht vereitelt wird. Der Vorstand hat somit bei seiner Bilanzierung und seinem Gewinnverwendungsvorschlag die Geschäftsplanung und die Sicherung der Liquidität des Unternehmens zu berücksichtigen und darüber zu berichten.

Die finale Entscheidung über die Verteilung eines ggf überhaupt noch ausgewiesenen Bilanzgewinns, der infolge der Bildung von Rücklagen durch den Vorstand geringer sein kann als der Jahresüberschuss, bzw über den Einbehalt des Bilanzgewinns, soweit die Satzung der AG die HV dazu ermächtigt (§ 104 Abs 4 Satz 2 AktG), liegt allerdings im Aktienrecht zwingend bei der HV. Die HV könnte somit vom Gewinnverwendungsvorschlag im Sinne einer Vollausschüttung abweichen, soweit sie dazu in der Satzung ermächtigt ist. Aus Treuepflichtgesichtspunkten könnten Aktionäre verpflichtet sein, gegen eine (vollständige) Gewinnausschüttung zu stimmen. Dies ist u. E. allerdings nicht bereits bei Vorliegen der Kriterien des § 82 Abs 5 GmbHG der Fall, sondern erst bei drohender Existenzgefährdung.

C. Ausschüttungssperre bei Inanspruchnahme finanzieller Unterstützung

Der Finanzminister hat im Form einer Verordnung „Richtlinien über die Ergreifung von finanziellen Maßnahmen, die zur Erhaltung der Zahlungsfähigkeit und zur Überbrückung von Liquiditätsschwierigkeiten von Unternehmen im Zusammenhang mit der Ausbreitung des Erregers SARS-CoV-2 und den dadurch verursachten wirtschaftlichen Auswirkungen geboten sind", erlassen.[11] Die Richtlinien sehen vor, unter welchen Bedingungen Direktzuschüsse, Garantien oder Direktkredite an begünstigte Unternehmen gewährt werden können.

Gemäß Punkt 12.1.6 der Richtlinien hat sich der Antragsteller zu verpflichten, sich einem **Dividenden- und Gewinnauszahlungsverbot** vom 16.3.2020 bis zum 16.3.2021 zu unterwerfen und während der restlichen Laufzeit eine „maßvolle Dividenden- und Gewinnausschüttungspolitik" zu verfolgen. Eine Verletzung dieser Verpflichtung hätte nicht die Nichtigkeit der Gewinnausschüttung zur Folge, allerdings die Rückzahlungspflicht der finanziellen Maßnahme.

10 OGH 6 Ob198/15h ecolex 2017, 225 unter Berufung auf Dellinger, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation (2001) 68 ff.
11 BGBl II 143/2020.

Ihr Kontakt bei CMS

Johannes Reich-Rohrwig
Partner
E johannes.reich-rohrwig@cms-rrh.com
T +43 1 40443 1200

Clemens Grossmayer
Partner
E clemens.grossmayer@cms-rrh.com
T +43 1 40443 4900

C/M/S/ Law-Now™

Law . Tax

Your free online legal information service.

A subscription service for legal articles
on a variety of topics delivered by email.
cms-lawnow.com

CMS Reich-Rohrwig Hainz, a limited liability company, is a member of CMS Legal Services EEIG (CMS EEIG), a European Economic Interest Grouping that coordinates an organisation of independent law firms. CMS EEIG provides no client services. Such services are solely provided by CMS EEIG's member firms in their respective jurisdictions. CMS EEIG and each of its member firms are separate and legally distinct entities, and no such entity has any authority to bind any other. CMS EEIG and each member firm are liable only for their own acts or omissions and not those of each other. The brand name "CMS" and the term "firm" are used to refer to some or all of the member firms or their offices. Further information can be found at cms.law.

CMS locations:
Aberdeen, Algiers, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Belgrade, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Funchal, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Johannesburg, Kyiv, Leipzig, Lima, Lisbon, Ljubljana, London, Luanda, Luxembourg, Lyon, Madrid, Manchester, Mexico City, Milan, Mombasa, Monaco, Moscow, Munich, Muscat, Nairobi, Paris, Podgorica, Poznan, Prague, Reading, Rio de Janeiro, Riyadh, Rome, Santiago de Chile, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sheffield, Singapore, Skopje, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

---

cms.law

© CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH (April 2020) – RRH