

Andreas Mitterlehner / Max Panholzer

## Was ist bei Gewinnausschüttungen in der Krise zu beachten?

Die COVID-19-Krise wirbelt die Wirtschaft kräftig durcheinander. Nach einem vielfach sehr erfolgreichen Wirtschaftsjahr 2019 hätten eigentlich die Gesellschafter ihre Gewinnausschüttungen erhalten sollen. Nun gilt es jedoch, umzuplanen und die Liquidität im Unternehmen sicherzustellen. Was ist beim Thema Gewinnausschüttung zu beachten, und wann ist eine Gewinnausschüttung noch möglich?



### 1. BESTEHT EIN ALLGEMEINES AUSSCHÜTTUNGSVERBOT?

Bei vielen Unternehmen, insbesondere solchen, die ein dem Kalenderjahr entsprechendes Wirtschaftsjahr haben (Regelbilanzstichtag 31. Dezember), wird in der ersten Jahreshälfte auf Basis des soeben erstellten Jahresabschlusses<sup>(1)</sup> die Gewinnausschüttung beschlossen.<sup>(2)</sup> Die aktuelle COVID-19-Krise stellt jedoch viele Unternehmen vor massive wirtschaftliche Herausforderungen. Die derzeitige Ausnahmesituation zwingt dazu, die „Standardvorgehensweisen“ zu überdenken. So haben die Europäische Zentralbank<sup>(3)</sup> und die österreichische Finanzmarktaufsicht<sup>(4)</sup> bereits Ende März 2020 an die von ihnen beaufsichtigten Unternehmen die dringende Empfehlung abgegeben, von einer Ausschüttung von Dividenden für das abgelaufene Wirtschaftsjahr Abstand zu nehmen. Auch in der österreichischen Politik wurde ein „Dividendenverbot“ für Unternehmen, insbesondere im Konnex mit Staatshilfen, bereits mehrfach gefordert.<sup>(5)</sup>

Aber auch abseits der COVID-19-Krise stellt die Gewinnausschüttung ein typisches Konfliktfeld dar. Dies resultiert aus den unterschiedlichen Interessen an der Verwendung der Gewinne. Den Interessen an einer Vermehrung des Gesellschaftsvermögens und der Liquidität durch Rücklagenbildung einerseits stehen Interessen insbesondere der Gesellschafter an einer (möglichst vollständigen) Ausschüttung der erwirtschafteten Gewinne andererseits gegenüber. Die Krise hat diesen Konflikt nun noch verstärkt und wirft auch die Frage auf, ob die Gesellschaft in Zeiten wie diesen überhaupt noch eine Gewinnausschüttung vornehmen darf bzw. ob die Aufsichtsorgane einer solchen überhaupt zustimmen können.

Auch wenn derzeit noch vieles unklar ist, kann eines hinsichtlich der Krise schon beurteilt werden: Der Ausbruch der Corona-Krise ist ein klassisches Beispiel für einen „wertbegründenden Umstand“<sup>(6)</sup> und demnach im alten Jahresabschluss (so zumindest für Regelbilanzstichtag 31. Dezember) noch nicht zu berücksichtigen.<sup>(7)</sup>

- (1) Sofern nicht die durch die COVID-19-Sondergesetzgebung verlängerten Fristen für die Bilanzerstellung (von fünf auf längstens neun Monate gemäß § 3a Abs 1 COVID-19-GesG) und Offenlegung nach § 277 UGB (von neun auf längstens zwölf Monate gemäß § 3a Abs 2 COVID-19-GesG) in Anspruch genommen wird.
- (2) So enthält zB § 35 GmbHG das Prinzip der Vollausschüttung, wonach grundsätzlich der gesamte Bilanzgewinn auszuschütten ist, sofern die Satzung keine gegenteilige Regelung enthält.
- (3) Empfehlung der Europäischen Zentralbank vom 27. 3. 2020 zu Dividendenausschüttungen während der COVID-19-Pandemie und zur Aufhebung der Empfehlung EZB/2020/1, EZB/2020/19.
- (4) Empfehlung der FMA zu Dividendenausschüttungen und Anteilsrückkäufen während der COVID-19-Pandemie vom 27. 3. 2020, abrufbar unter: <https://www.fma.gv.at/ezb-und-fma-empfehlen-den-banken-dringend-auf-dividendenausschuettingen-sowie-rueckkaeufe-von-aktien-zu-verzichten/> (Zugriff am 19. 5. 2020). Siehe ergänzend auch die Empfehlung der FMA betreffend Gewinnausschüttungen für Versicherungen: EIOPA und FMA empfehlen den Versicherungsunternehmen dringend, auf Dividendenausschüttungen sowie Aktienrückkäufe zu verzichten vom 3. 4. 2020, abrufbar unter: <https://www.fma.gv.at/eiopa-und-fma-empfehlen-den-versicherungsunternehmen-dringend-auf-dividendenausschuettingen-sowie-aktienrueckkaeufe-zu-verzichten/> (Zugriff am 19. 5. 2020).
- (5) Siehe zB Pressemitteilung der SPÖ vom 31. 3. 2020: SPÖ fordert Verbot von Dividenden für Unternehmen, die Staatshilfe beanspruchen; abrufbar unter: <https://www.spoe.at/2020/03/31/spoe-fordert-verbot-von-dividenden-fuer-unternehmen-die-staatshilfe-beanspruchen/> (Zugriff am 19. 5. 2020).
- (6) Im Gegensatz dazu wäre ein „werterhellender Umstand“ noch im „alten“ Jahresabschluss zu berücksichtigen (insbesondere bei der Bewertung von Vermögens- und Schuldposten), da ein Ereignis zwar erst nach dem Abschlussstichtag bekannt wird, jedoch die Ursache bzw. das Ereignis – im Unterschied zum wertbegründenden – noch vor dem Abschlussstichtag eingetreten ist. Siehe näher *Konezny in Torggler, UGB*<sup>3</sup> (2019) § 201 Rz 43.
- (7) Die Ausbreitung des Coronavirus ist ein fortlaufender Prozess und kein zeitpunktbezogenes Ereignis. Erste Infektionen wurden zwar bereits Anfang Dezember 2019 in China bekannt, die globalen wirtschaftlichen Auswirkungen (zB die Schließung von Betrieben, Beeinträchtigung von Liefer- und Absatzprozessen etc), sind jedoch erst durch die exponentielle Zunahme der Corona-Fälle in immer mehr Ländern und die behördlichen

Andreas Mitterlehner, MSc, LL.B. ist Steuerberater und Partner der ICON Wirtschaftstreuhand GmbH in Linz.

Mag. Max Panholzer ist Wirtschaftsprüfer/Steuerberater und Partner der ICON Wirtschaftstreuhand GmbH in Linz.

## Gewinnausschüttungen in der Krise

Auch wenn die Entwicklungen rund um das Coronavirus damit den Bilanzgewinn 2019 in der Regel noch nicht reduzieren, tritt durch die Auswirkungen der COVID-19-Krise wohl häufig eine Vermögensschmälerung erst nach dem Bilanzstichtag ein.<sup>(8)</sup>

Abhängig davon, wie stark Unternehmen von der COVID-19-Krise betroffen sind, muss auch bei der Gewinnausschüttung Folgendes beachtet werden:

### 2. AUSSCHÜTTUNGSSPERRE GEMÄSS § 82 ABS 5 GMBHG

§ 82 Abs 1 GmbHG<sup>(9)</sup> sieht vor, dass die Gesellschafter „nur Anspruch auf den nach dem Jahresabschluss als Überschuss der Aktiven über die Passiven sich ergebenden Bilanzgewinn“ haben, soweit dieser nicht aus dem Gesellschaftsvertrag oder durch einen Beschluss der Gesellschafter von der Verteilung ausgeschlossen ist.<sup>(10)</sup> Dieser „ausschüttungsfähige“<sup>(11)</sup> Bilanzgewinn, über den derzeit diskutiert wird, stellt also eigentlich die Gewinnausschüttung für abgelaufene Wirtschaftsjahre dar. Für diesen Bilanzgewinn gibt es (derzeit noch) kein allgemeines Ausschüttungsverbot.<sup>(12)</sup>

Jedoch kennt das GmbHG mit § 82 Abs 5 eine einschlägige Bestimmung, die unter Umständen zu einem teilweisen oder gänzlichen Ausschüttungsverbot für den letztjährigen Bilanzgewinn führen kann. Ziel dieser Bestimmung

ist, dass unvorhergesehene Verschlechterungen der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft nach Ende eines Wirtschaftsjahres im Folgejahr berücksichtigt werden müssen. Wird nämlich zwischen dem Bilanzstichtag und der Beschlussfassung über den Jahresabschluss bekannt, dass das Vermögen der Gesellschaft durch eingetretene Verluste „erheblich und voraussichtlich nicht nur vorübergehend“ geschmälert worden ist, so ist der Bilanzgewinn in Höhe der erlittenen Schmälerung nach § 82 Abs 5 GmbHG von der Ausschüttung ausgeschlossen.<sup>(13)</sup>

Im Unterschied zur Rechtsform der GmbH ist für Aktiengesellschaften im AktG<sup>(14)</sup> keine entsprechende Ausschüttungssperre explizit verankert. Eine analoge Anwendung des § 82 Abs 5 GmbHG für Aktiengesellschaften wird jedoch überwiegend in der Literatur vertreten.<sup>(15)</sup> Da bei Aktiengesellschaften der Gläubigerschutz in der Regel eher noch strenger als bei der GmbH ausgeprägt ist, wird wohl bei krisengeschüttelten Aktiengesellschaften kein Weg daran vorbeiführen, die Bestimmung des GmbHG ebenfalls zu beachten.

Für die Praxis bedeutet dies Folgendes: Kommt es bereits vor Feststellung des Jahresabschlusses<sup>(16)</sup> zu einer (erheblichen und längerfristigen<sup>(17)</sup>) Schmälerung des Gesellschaftsvermögens, da zB aufgrund der COVID-19-Beschränkungen derzeit kein oder ein wesentlich geringerer Umsatz erzielt wird, darf der vorhandene Bilanzgewinn nicht bzw

---

Maßnahmen ab Jänner 2020 bzw danach aufgetreten. So wurden auch in Österreich erste vereinzelte Krankheitsfälle Ende Jänner bekannt. Das Ausmaß der COVID-19-Pandemie und entsprechende Reaktionen durch Einreisebeschränkungen bzw umfassende Beschränkungen des öffentlichen und wirtschaftlichen Lebens traten erst mit Mitte März 2020 in Kraft.

- (8) Insbesondere bei abweichenden Wirtschaftsjahren oder bei Unternehmen mit starkem Bezug zum chinesischen Markt (zB wesentliche Produktionsstätten in China) ist hier natürlich eine differenziertere Betrachtung notwendig.
- (9) Analog dazu § 52 AktG als zentrale Einlagenrückgewährverbotsbestimmung für Aktiengesellschaften.
- (10) Jedoch ist bei Jahresabschlüssen zum 31. 12. 2019, die erst während der COVID-19-Krise aufgestellt werden, sehr wohl die der Bilanzierung zugrunde liegende Annahme der Unternehmensfortführung (sogenanntes „Going-Concern-Prinzip“) zu überprüfen und im Abschnitt „Ausblick“ im Anhang und Lagebericht auf die Krise einzugehen.
- (11) Der unter Umständen auch noch um Ausschüttungssperren gemäß § 235 UGB geschmälert werden könnte (insbesondere iZm Buchgewinnen aus Umgründungen oder Aktivierung latenter Steuern).
- (12) Losgelöst von der Frage, ob eine (gesellschaftsrechtliche) Ausschüttungsbeschränkung besteht, ist momentan selbst für Unternehmen, die bisher weniger stark von der Krise betroffen sind, vielfach noch unklar, wie sich die Wirtschaft bzw die weitere Auftragslage weiterentwickeln wird. Derzeit kann auch noch nicht abgeschätzt werden, ob sich Unternehmen bei den Cash-Reserven nicht auch noch auf mögliche Beschränkungen im Zuge einer etwaigen zweiten Corona-Welle vorbereiten sollten.
- (13) Siehe ausführlich zur Ausschüttungssperre nach § 82 Abs 5 GmbHG Moser, Ausschüttungsverbot bei erheblicher nicht nur vorübergehender Verschlechterung der Vermögenslage, SWK 2020, 626.
- (14) Nach ständiger Rechtsprechung des OGH sind die §§ 82 ff GmbHG auch analog auf die GmbH & Co KG als „kapitalistische Personengesellschaft“ anwendbar (siehe zB OGH 29. 5. 2008, 2 Ob 225/07p).
- (15) Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I<sup>2</sup> (2012) § 145 Rz 34; Eckert in Althuber/Schopper, Unternehmenskauf & Due Diligence I<sup>2</sup> (2015) Rz 41; jedoch differenzierend Artmann in Artmann/Karollus, AktG I<sup>6</sup> (2018) § 52 Rz 8; Saurer in Doralt/Novotny/Kalss, AktG I<sup>2</sup> (2012) § 52 Rz 133; ablehnend zur analogen Anwendung Karollus, Einlagenrückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht, in Leitner (Hrsg), Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung<sup>2</sup> (2014) I (26); bejahend auch AFRAC-Stellungnahme 16, Rz 21.
- (16) Die Frist zur Feststellung des Jahresabschlusses wurde durch die COVID-19-Sondergesetzgebung auf bis zu zwölf Monate ausgeweitet.
- (17) Die Kriterien der „erheblichen“ und „voraussichtlich nicht nur vorübergehenden“ Verschlechterung müssen jedenfalls kumulativ erfüllt sein.

nicht vollständig ausgeschüttet werden. Liegt eine solche Schmälerung vor, hat die Geschäftsführung bzw ein allenfalls bestehender Aufsichtsrat die Gesellschafter darauf rechtzeitig vor Beschlussfassung über die Feststellung des Jahresabschlusses hinzuweisen. Sollte trotz des Vorliegens der Voraussetzungen des § 82 Abs 5 GmbHG ein entsprechender Ausschüttungsbeschluss über den vollen Bilanzgewinn gefasst werden, so haben die Geschäftsführer die Auszahlung zu verweigern.<sup>(18)</sup>

Die Organe der Gesellschaft<sup>(19)</sup> sollten sich daher vor einer Gesellschafterversammlung ein genaues Bild davon machen, ob die COVID-19-Krise zu einer entsprechenden Schiefelage des Unternehmens führen könnte. Im Zweifel ist derzeit wohl von einer (vollen) Ausschüttung Abstand zu nehmen, auch um (persönliche) Haftungsfolgen zu vermeiden. Kommt es nämlich zu einem Verstoß gegen § 82 Abs 5 GmbHG, so kann es zur persönlichen Haftung der Geschäftsführer bzw der Aufsichtsräte kommen.<sup>(20)</sup> Ein Verstoß gegen diese Ausschüttungsbeschränkung führt aber nicht zur Nichtigkeit des Ausschüttungsbeschlusses bzw Jahresabschlusses an sich.

### 3. TREUEPFLICHT DER GESELLSCHAFTER

Auch außerhalb der Ausschüttungsbeschränkung des § 82 Abs 5 GmbHG ist zu beachten, dass es die allgemeine „Treuepflicht“ der Gesellschafter gebieten kann, keine existenzgefährdenden Ausschüttungen vorzunehmen. Wurde der Jahresabschluss schon frühzeitig fertiggestellt und dementsprechend auch bereits die Ausschüttung (zB noch vor Bekanntwerden der Corona-Maßnahmen) beschlossen, so kann dennoch aufgrund der nach dem Bilanzstichtag eintretenden Verluste eine Ausschüttung zu unterlassen sein. Dies insbesondere dann, wenn die Ausschüttung die Existenz der Gesellschaft gefährdet.

In solchen Fällen dürfte nach Ansicht der Literatur die Ausschüttungsbeschränkung des § 82

Abs 5 GmbHG nicht anwendbar sein.<sup>(21)</sup> Vielmehr bleibt der mit Beschlussfassung entstandene Forderungsanspruch der Gesellschafter bestehen, jedoch könnte im Interesse der Gesellschaft eine entsprechende Stundung der Ausschüttung aufgrund der „Treuepflicht“ geboten sein.<sup>(22)</sup> Ein Ausschüttungsbeschluss, der zur Insolvenz der Gesellschaft führt, kann unter Umständen sogar zu einer direkten Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gläubigern führen.

### 4. AUSSCHÜTTUNGEN IVM COVID-19-UNTERSTÜTZUNGEN

Losgelöst von den obigen gesellschaftsrechtlichen Regelungen stellt sich die Frage, wie sich etwaige Staatshilfen aus den COVID-19-Maßnahmenpaketen auf mögliche Gewinnausschüttungen auswirken bzw wo konkrete Ausschüttungsverbote bestehen.

#### 4.1. Allgemeines

Ein allgemeines bzw ausdrückliches Gewinnausschüttungsverbot ist mit den staatlichen Hilfen aus den diversen COVID-19-Maßnahmen, bis auf einige Ausnahmen<sup>(23)</sup>, nicht verknüpft.<sup>(24)</sup> Zu beachten ist aber, dass die Inanspruchnahme dieser Maßnahmen, wie zB Abgabenstundungen<sup>(25)</sup> bzw Herabsetzungen von Vorauszahlungen, Corona-Kurzarbeit, Härtefallfonds etc, in der Regel einen Liquiditätsengpass des Unternehmens voraussetzt.<sup>(26)</sup> Die Inanspruchnahme der Hilfsmaßnahmen wird daher im Regelfall ein Indiz für wirtschaftliche Schwierigkeiten des Unternehmens sein. Es ist daher im Einzelfall immer genau zu prüfen, ob die oben dargestellten gesellschaftsrechtlichen Beschränkungen greifen.

Sofern ansonsten keine wirtschaftlichen Schwierigkeiten bestehen, steht einer Gewinnausschüttung jedoch eine beantragte Herabsetzung der Einkommensteuer- bzw Körperschaftsteuer-Vorauszahlungen für 2020 unseres

(18) OGH 31. 1. 2013 6 Ob 100/12t.

(19) Wobei hier auch rechtsformspezifische Unterschiede zu beachten sind, zumal die Geschäftsführer einer GmbH einem grundsätzlichen Weisungsrecht der Gesellschafter unterliegen (vgl § 20 GmbHG), während dem Vorstand einer Aktiengesellschaft weitgehende Eigenverantwortung zukommt (vgl § 70 Abs 1 AktG).

(20) § 25 Abs 3 Z 1 GmbHG bzw § 33 GmbHG.

(21) Siehe zB *Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG, § 82 Rz 45.

(22) Vgl im Sinne einer solchen „Zwangsstundung“ etwa *Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG, § 82 Rz 54.

(23) Im Zusammenhang mit den Unterstützungsmaßnahmen des Corona-Hilfsfonds ist ein ausdrückliches Dividenden- und Gewinnauszahlungsverbot vorgesehen. Siehe dazu gleich.

(24) Ein diesbezüglicher Entschließungsantrag von SPÖ-Abgeordneten am 2. 4. 2020, wonach § 235 UGB um eine gesetzliche Ausschüttungssperre für Zeiträume, in denen staatliche Unterstützung beansprucht wird, ergänzt werden sollte, wurde bis dato nicht weiterverfolgt.

(25) Zu Fragen der Vertreterhaftung im Zusammenhang mit Zahlungserleichterungen bei Gefährdung der Einbringlichkeit gestundeter Steuern siehe *Steffl*, Vertreterhaftung im Kontext der Coronavirus-Maßnahmen, AVR 2020, 46; *Rzeszut/Holzer/Roth*, Haftens Geschäftsführer und Vorstände für Steuerstundungen mit ihrem Privatvermögen? SWK 2020, 770.

(26) Siehe zB BMF-Information vom 24.03.2020, 2020-0.190.277, Erweiterte Sonderregelungen betreffend Coronavirus.

## Gewinnausschüttungen in der Krise

Erachtens nicht entgegen. Diese Vorauszahlungen betreffen ja die (noch nicht entstandene) Steuerschuld für das laufende Wirtschaftsjahr. Ist mit einem Rückgang des steuerpflichtigen Einkommens im laufenden Wirtschaftsjahr zu rechnen und demnach auch die Steuervorauszahlung entsprechend zu reduzieren, muss dies noch kein Zeichen für (nachhaltige) wirtschaftliche Schwierigkeiten des Unternehmens sein. Die Herabsetzung von Steuervorauszahlungen sollte daher – zumindest solange kein substanzieller Verlust erwartet wird – einer Gewinnausschüttung nicht im Wege stehen.

### 4.2. Corona-Hilfsfonds

Von den sonstigen COVID-19-Hilfsmaßnahmen sind jedoch die Maßnahmen des Corona-Hilfsfonds zu unterscheiden. Der Corona-Hilfsfonds basiert auf dem ABBAG-Gesetz (idF 3. COVID-19-Gesetz) und wurde für die Bereitstellung von finanziellen Mitteln für österreichische Unternehmen, die aufgrund der COVID-19-Krise schwerwiegende Liquiditätsgpässe zu verkraften haben, geschaffen. Dazu umfasst der Corona-Hilfsfonds einerseits Überbrückungsgarantien (abgewickelt durch die OeKB, aws oder ÖHT) und andererseits den Fixkostenzuschuss.

#### 4.2.1. Überbrückungsgarantien

Auch wenn bei den Überbrückungsgarantien in der Praxis noch immer einige Fragen unklar sind, wurden dafür bereits am 8. 4. 2020 umfangreiche Richtlinien veröffentlicht.<sup>(27)</sup> Neben weitreichenden Auskunftspflichten und Einsichtsrechten ist auch eine explizite Einschränkung für Gewinnausschüttungen (Dividendenzahlungen) bzw. variable Managerbezüge (Boni) während der Laufzeit der Überbrückungsgarantien vorgesehen.<sup>(28)</sup>

Demnach sind Entnahmen des Inhabers des Unternehmens bzw. die Gewinnausschüttung an Eigentümer für den Zeitraum der finanziellen Maßnahme iSd ABBAG-Gesetzes auf die wirtschaftlichen Verhältnisse angepasst zu gestalten sowie keine Rücklagen zur Erhöhung des Bi-

lanzgewinns aufzulösen. Die mittels Überbrückungsgarantien erhaltene Liquidität darf weiters nicht

- zur Zahlung von Gewinnausschüttungen,
- zum Rückkauf eigener Aktien und
- zur Zahlung von Boni an Vorstände oder Geschäftsführer verwendet werden.

Für Dividenden- bzw. Gewinnausschüttungen besteht zudem sogar ein absolutes Verbot für den Zeitraum vom 16. 3. 2020 bis zum 16. 3. 2021 und die Verpflichtung zu einer „maßvollen“ Dividenden- und Gewinnausschüttungspolitik für die verbleibende Laufzeit der Überbrückungsgarantien. Hat ein Unternehmen entsprechende Unterstützung beantragt, darf jedenfalls im Zeitraum vom 16. 3. 2020 bis zum 16. 3. 2021 keine Gewinnausschüttung des (letztjährigen) Bilanzgewinns vorgenommen werden.<sup>(29)</sup> Da die Richtlinie bzw. das konkrete Dividendenverbot erst Anfang April 2020 „rückwirkend“ bekannt wurde, ist fraglich, wie mit Unternehmen umzugehen ist, die bereits davor, nämlich vor dem 8. 4. 2020, den Vorjahresgewinn noch ausgeschüttet haben.<sup>(30)</sup> Dabei ist insbesondere an Unternehmen zu denken, die aufgrund der Corona-Beschränkungen nicht sofort von Umsatzeinbrüchen betroffen waren und vielleicht erst durch den noch bevorstehenden Rückgang der Wirtschaft erst jetzt oder später um Überbrückungsgarantien ansuchen müssen. Derzeit ist weiters noch nicht abschließend geklärt, ob bzw. wie sich das Dividenden- bzw. Gewinnausschüttungsverbot auf die Gesellschafter-Gesellschaften des Unternehmens, das Überbrückungsgarantien in Anspruch nimmt, auswirken könnte. Da jedoch grundsätzlich eine gesellschaftsbezogene Einzelbetrachtung der Fördersubjekte in der Richtlinie geboten ist (bzw. eine Konzernbetrachtung nur in Teilaspekten anzustellen ist), kann uE durch die Richtlinie kein konzernweites Ausschüttungsverbot verlangt werden.<sup>(31)</sup>

Da die Richtlinie von einem „Auszahlungsverbot“ spricht, sollte die reine Beschlussfassung einer Gewinnausschüttung jedenfalls noch nicht schädlich sein, wenn die tatsächliche Auszahlung unterbleibt. In der Praxis empfiehlt es sich daher, dass die Gesellschafterversammlung

(27) Richtlinien über die Ergreifung von finanziellen Maßnahmen 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 (Anlage zur diesbezüglichen Verordnung vom 8. 4. 2020, BGBl II 2020/143).

(28) Siehe Abschnitt 12.1.5 der Richtlinie vom 8. 4. 2020.

(29) Eine Gewinnausschüttung des Bilanzgewinns des Wirtschaftsjahres 2019 wäre jedoch, unter Einhaltung der konkreten Kreditvereinbarungen, wohl ab dem 17. 3. 2021 im Rahmen einer „maßvollen Dividendenpolitik“ wieder möglich.

(30) Dabei ist auch zu beachten, dass die umfangreichen Corona-Beschränkungen der Bundesregierung erst am Freitag, 13. 3. 2020, und damit erst relativ kurz vor Inkrafttreten des Dividendenverbots, bekanntgegeben wurden. Für betroffene Unternehmen waren demnach die tatsächlichen Auswirkungen der Beschränkungen zu diesem Zeitpunkt noch nicht abschätzbar, wenn die bereits avisierte Dividendenauszahlung für das Vorjahr planmäßig durchgeführt wurde.

(31) Siehe dazu überdies die Ausführungen zu Pkt 5.2.

den Abschluss genehmigt und zunächst den Vortrag des Bilanzgewinns auf neue Rechnung beschließt bzw eine etwaige Gewinnausschüttung erst in einem späteren separaten Beschluss, wenn die Auswirkungen der Corona-Krise besser bzw abschließend beurteilt werden können, beschlossen wird. Im Gegensatz zur GmbH<sup>(32)</sup> ist dies bei der AG insofern problematisch, als in der Regel nur einmal jährlich eine ordentliche Hauptversammlung stattfindet, die auch über die Gewinnverwendung beschließt.<sup>(33)</sup>

In diesem Kontext sind auch die Beschränkungen für variable Managerbezüge zu beachten. Beantragt ein Unternehmen Überbrückungsgarantien, sind nach der Richtlinie „im Rahmen der rechtlichen Möglichkeiten“ die Vergütungen des Inhabers des Unternehmens bzw der Organe, Angestellten und wesentlichen Erfüllungsgehilfen des Unternehmens danach auszurichten, dass diesen keine unangemessenen Entgelte, Entgeltbestandteile sowie sonstigen unangemessenen Zuwendungen geleistet werden. Insbesondere verpflichtet sich das Unternehmen, für das laufende Geschäftsjahr keine „Bonuszahlungen“ an Vorstände oder Geschäftsführer zu bezahlen, die über 50 % der Boni des Vorjahres hinausgehen.

### 4.2.2. Fixkostenzuschuss

Als zweite wesentliche Maßnahme sieht der Corona-Hilfsfonds einen Fixkostenzuschuss für Unternehmen vor. Auch in diesem Zusammenhang ist – in den vom BMF veröffentlichten gesonderten Richtlinien<sup>(34)</sup>– eine Verpflichtung für das antragstellende Unternehmen vorgesehen, dass die Entnahmen des Inhabers des Unternehmens bzw die Gewinnausschüttungen an Eigentümer im Zeitraum vom 16. 3. 2020 bis zum 31. 12. 2021 den wirtschaftlichen Verhältnissen anzupassen sind.<sup>(35)</sup> Ein noch strengerer Maßstab gilt für den Zeitraum vom 16. 3. 2020

bis zum 16. 3. 2021, da laut der Richtlinie in diesem Zeitraum „insbesondere

- die Auflösung von Rücklagen zur Erhöhung des Bilanzgewinns,
- die Ausschüttung von Dividenden oder sonstige „rechtlich nicht zwingende“ Gewinnausschüttungen und
- der Rückkauf eigener Aktien

der Gewährung eines Fixkostenzuschusses entgegenstehen. Danach hat bis 31. 12. 2021 eine „maßvolle Dividenden- und Gewinnauszahlungs politik“ zu erfolgen. Wird im Zusammenhang mit den Überbrückungsgarantien noch von einem „Dividenden- und Gewinnauszahlungsverbot vom 16. 3. 2020 bis zum 16. 3. 2021“<sup>(36)</sup> gesprochen, wurde diese Einschränkung beim Fixkostenzuschuss etwas milder formuliert. Demnach sind in Verbindung mit dem Fixkostenzuschuss nur solche Gewinnausschüttungen ausgeschlossen bzw schädlich, die „rechtlich nicht zwingend“ sind. Wurde folglich bereits eine Ausschüttung beschlossen und ist den Gesellschaftern dadurch bereits ein Forderungsanspruch auf die Ausschüttung entstanden, kann von einer solchen rechtlichen Verpflichtung des Unternehmens ausgegangen werden.<sup>(37)</sup> Aber auch andere rechtliche Verpflichtungen des Förderwerbers können eine solche unschädliche Gewinnausschüttung trotz des Fixkostenzuschusses rechtfertigen (zB Dividendenvorbehalt, Dividendengarantie iZm Ergebnisabführungsverträge, Vorzugsdividende ...).

Für die Frage einer etwaigen Konzernbeschränkung von Dividenden- bzw Gewinnausschüttungen gelten beim Fixkostenzuschuss die analogen Überlegungen wie bei den Überbrückungsgarantien, wonach uE keine konzernweite Dividenden- bzw Gewinnauszahlungsbeschränkung greift.<sup>(38)</sup>

Daneben gelten, wie auch bei den Überbrückungsgarantien, Beschränkungen für die Zahlung von „Boni“ an Vorstände oder Geschäftsführer.<sup>(39)</sup>

(32) Vgl § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG bzw die Fristverlängerung gemäß § 1 Abs 3 COVID-19-GesG.

(33) Vgl § 104 AktG bzw die Fristverlängerung gemäß § 2 Abs 1 COVID-19-GesG; eine Lösung könnte hier freilich die Abhaltung einer Hauptversammlung ohne physische Präsenz der Aktionäre sein (vgl § 1 COVID-19-GesG iVm COVID-19-GesV, BGBl II 2020/140 vom 8. 4. 2020).

(34) Verordnung des BMF gemäß § 3b Abs 3 des ABBAG-Gesetzes betreffend Richtlinien über die Gewährung von Zuschüssen zur Deckung von Fixkosten durch die COVID-19-Finanzierungsagentur des Bundes GmbH (COFAG) vom 25. 5. 2020, BGBl II 2020/225. Zu beachten ist, dass Entwürfe der Richtlinie vorab auf der Homepage des BMF veröffentlicht wurden, wobei die zwei Vorfassungen in Details noch abweichende Regelungen enthalten hatten.

(35) Siehe Abschnitt 6.2.2. der Richtlinie zum Fixkostenzuschuss.

(36) Siehe Abschnitt 12.1.5. der Richtlinie zu den Überbrückungsgarantien.

(37) Siehe auch unsere Ausführungen zur Treuepflicht der Gesellschafter in Pkt 3.

(38) So stellt auch die Richtlinie zum Fixkostenzuschuss grundsätzlich auf eine Einzelbetrachtung des Fördersubjektes ab. Nur in ausgewählten Teilaspekten (zB Abschnitt 4.1.1. lit c und lit e, Abschnitt 4.4.4.) wird auf eine „konzernale“ Verbundenheit abgestellt.

(39) Hier wurde die analoge Regelung wie bei den Überbrückungsgarantien verankert, wonach die entsprechenden Vergütungen „im Rahmen der rechtlichen Möglichkeiten“ zu reduzieren bzw zu unterlassen sind. Die Beschränkungen richten sich an die Inhaber des Unternehmens, Organe, Mitarbeiter und wesentliche Erfüllungsgehilfen, wobei insbesondere die (nachträgliche) Anpassung von aufgrund des Dienstvertrages zustehenden „Bonuszahlungen“ bei angestellten Organen schwierig ist. Siehe Abschnitt 6.1.3. der Fixkostenzuschuss-Richtlinie.

### 5. UND WAS SPRICHT FÜR AUSSCHÜTTUNGEN?

Nicht alle Unternehmen sind gleichermaßen von der Krise betroffen, und nicht auf alle Branchen schlägt sich die Krise in gleichem Ausmaß nieder. So gilt zwar auch größtenteils in diesen Unternehmen die Devise, dass Liquidität vorgehalten werden muss; doch wenn auf ein erfolgreiches letztes Wirtschaftsjahr zurückgeblickt und auch die Krise einigermaßen gut weggesteckt werden kann, dann sollte auch einer etwaigen Ausschüttung nichts im Wege stehen. Wir haben drei unseres Erachtens wesentliche Aspekte herausgegriffen, die eine Ausschüttung des Bilanzgewinns (= kumulierte Gewinne aus Vorjahren) auch in der aktuellen Situation vertretbar erscheinen lassen:

#### 5.1. Unternehmerlohn

Auch wenn dies medial oft anders dargestellt wird, zahlen sich gerade in Familienunternehmen die Gesellschafter-Geschäftsführer unterjährig oft gar keine oder keine üppigen Gehälter aus. Viele schütten sich vielmehr erst nach Ende des Wirtschaftsjahres den Bilanzgewinn, als Abgeltung für die geleistete Arbeit und das Unternehmerwagnis, aus. Dies erst, nachdem der wirtschaftliche Erfolg für ein Geschäftsjahr durch fundierte Zahlen, eben durch den Jahresabschluss, dokumentiert ist. So wie Lieferanten, Mitarbeiter und andere „Stakeholder“ ihr Geld für 2019 bereits bekommen haben, will nun auch der Eigentümer seine Abgeltung erhalten. Denn auch er muss seine (privaten) finanziellen Verpflichtungen erfüllen bzw seinen Lebensunterhalt bestreiten. In Zeiten wie diesen gilt es jedoch sicherlich, hier entsprechendes Augenmaß zu bewahren. Es macht zudem wohl einen Unterschied, ob ein Gesellschafter-Geschäftsführer mit der Ausschüttung privaten Verpflichtungen nachkommt oder ob damit zB ein neuer „Sportwagen“ erstanden wird.

#### 5.2. Liquiditätsmanagement im Konzern

Die Devise lautet für alle: Liquidität, Liquidität, Liquidität. Das gilt in besonderem Maße auch für die Konzernobergesellschaft. Gerade in größeren Unternehmensgruppen bzw Konzernstrukturen hat in der Regel die Obergesellschaft den besten Überblick, wann und wo im Konzern

Geld benötigt wird. So ist es auch in Zeiten wie diesen sinnvoll, den Gesellschaften oder Sparten des Konzerns, die weniger unter der Krise leiden, Liquidität zu entziehen und bei der Obergesellschaft zu sammeln, um notleidenden Tochtergesellschaften rasch helfen zu können.<sup>(40)</sup>

Eine solche betriebswirtschaftlich in der Regel sinnvolle Entscheidung gesellschaftsübergreifender Liquiditätssteuerung kann entweder durch ein Cash-Pooling-System (Kreditgewährung im Konzern)<sup>(41)</sup> oder eben durch Ausschüttung verfügbarer Bilanzgewinne<sup>(42)</sup> erfolgen.

#### 5.3. Kurspflege

Insbesondere bei börsennotierten Unternehmen gilt es auch zu beachten, dass eine (gänzliche) Streichung der Dividende in der Regel auch einen Vertrauensverlust am Markt auslöst. So wird etwa auch der Chef der *Österreichischen Beteiligungs AG (ÖBAG)* in den Medien mit den Worten zitiert, dass *„der Kapitalmarkt von Vertrauen und Berechenbarkeit lebt. Wenn der Börseplatz Österreich das Vertrauen am Kapitalmarkt verliert, kann das für uns alle viel teurer werden als eine einmal ersparte Dividende.“*<sup>(43)</sup> Im Sinne einer solchen „Kurspflege“ ist hier wohl mit Fingerspitzengefühl vorzugehen; ob in der Krise für eine Zurückhaltung bei der Verteilung des Vorjahresgewinns seitens der Aktionäre mehr Verständnis erwartet werden kann, bleibt abzuwarten. Siehe dazu jedoch die eingangs (unter FN 4) erwähnten Empfehlungen seitens der EZB, EIOPA und FMA!

### 6. CONCLUSIO

Im Zuge der Corona-Krise heißt es für viele Unternehmen, umzuplanen und die Liquidität bestmöglich abzusichern. Gerade als Geschäftsführer bzw Vorstand oder Aufsichtsorgan ist man hier besonders gefordert. So gilt es einerseits, die Interessen der Eigentümer zu wahren, aber andererseits auch auf die nachhaltige Sicherung des Unternehmens Bedacht zu nehmen. Bei krisengeschüttelten Unternehmen ist von einer Ausschüttung des Bilanzgewinns derzeit im Regelfall Abstand zu nehmen. Bei Unternehmen, die von der Krise nicht so stark getroffen sind, ist diese Frage schon wesentlich vielschichtiger zu betrachten. Beschlussfassungen über Ausschüttungen bzw deren Exekutierung sind derzeit jedenfalls besonders sorgsam zu prüfen.

<sup>(40)</sup> In der Praxis zeigt sich überdies, dass bei Anträgen auf Überbrückungsgarantien in der Regel von den Bundesagenturen vorab „angeregt“ wird, vor der Antragstellung zunächst noch sämtliche (finanziellen) Möglichkeiten im Konzern auszuschöpfen.

<sup>(41)</sup> Wobei hier insbesondere das Verbot der Einlagenrückgewähr im Sinne des § 52 AktG bzw § 82 GmbHG zu beachten ist.

<sup>(42)</sup> Durchleitung (nur) bis zur Konzernobergesellschaft, die damit liquiditätsbedürftigen Gesellschaften Eigenkapital (Einlagen, Zuschüsse) oder Fremdkapital (Gesellschafterdarlehen) zuführen kann.

<sup>(43)</sup> Die Presse vom 24. 4. 2020, Die Staatskonzerne sind großzügig.