

Andreas Mitterlehner / Katharina Huber

Gewinnausschüttung und Energiekostenzuschuss II – Was ist zu beachten?

Traditionell stellt sich bei vielen Unternehmen im ersten Halbjahr stets auch die Frage nach einer Ausschüttung an die Gesellschafter. Dabei sind einerseits gesellschaftsrechtliche Aspekte, aber auch Verpflichtungen und Beschränkungen von etwaigen Förderungen zu beachten. Mit dem Energiekostenzuschuss II enthält hier eine aktuelle Förderung mit großer Breitenwirkung erneut eine solche Gewinnausschüttungsbeschränkung, die dazu führen kann, dass im ersten Halbjahr Ausschüttungen noch nicht zulässig sind.

1. GEWINNAUSSCHÜTTUNG IN TURBULENTEN ZEITEN

Bei vielen Unternehmen, insbesondere solchen mit dem Kalenderjahr entsprechendem Wirtschaftsjahr (Regelbilanzstichtag 31. 12.), wird in der ersten Jahreshälfte auf Basis des erstellten Jahresabschlusses die Gewinnausschüttung beschlossen. Die aktuell herausfordernden Zeiten stellen jedoch viele Unternehmen vor massive wirtschaftliche Herausforderungen. Die derzeitige wirtschaftlich vielfach schwierige Ausnahmesituation zwingt dazu, die „Standardvorgehensweisen“ häufig zu überdenken.

Im gesellschaftsrechtlichen Kontext stellen Gewinnausschüttungen Zuwendungen von Gewinnen an die Gesellschafter und damit eine Form der Einkommensverwendung dar. § 82 Abs 1 GmbH 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.⁽¹⁾ Dieser „ausschüttungsfähige“⁽²⁾ Bilanzgewinn stellt grundsätzlich die mögliche Gewinnausschüttung für das jeweils abgelaufene Wirtschaftsjahr dar.

Liegt ein ausschüttungsfähiger Bilanzgewinn vor, ist für die Durchführung einer Gewinnausschüttung das Vorhandensein eines Gewinnverteilungsbeschlusses oder das Vorliegen von gesetzlichen Gewinnverteilungsregelungen

(§ 35 GmbHG oder § 104 AktG)⁽³⁾ zwingend vorgesehen.⁽⁴⁾

Generell stellen Gewinnausschüttungen ein typisches Konfliktfeld dar, das aus den unterschiedlichen Interessen an der Verwendung der Gewinne hervorgerufen wird.⁽⁵⁾ Den Interessen an einer Vermehrung des Gesellschaftsvermögens und der Liquidität durch Rücklagenbildung einerseits stehen Interessen insbesondere der Gesellschafter an einer (möglichst vollständigen) Auszahlung oder Ausschüttung der erwirtschafteten Gewinne andererseits gegenüber. Dieser Konflikt wurde vor allem in den letzten Jahren zB durch die COVID-19-Krise noch verstärkt und warf vermehrt die Frage auf, ob die Gesellschaft überhaupt noch eine Gewinnausschüttung vornehmen darf bzw die Aufsichtsorgane einer solchen überhaupt zustimmen können.⁽⁶⁾

Abgesehen vom Vorliegen eines ausschüttungsfähigen Bilanzgewinns und eines entsprechenden Beschlusses sind im Zusammenhang mit Gewinnausschüttungen folgende Punkte jedenfalls zu beachten:

2. AUSSCHÜTTUNGSSPERRE GEMÄSS § 82 ABS 5 GMBHG

§ 82 Abs 5 GmbH kennt eine einschlägige Bestimmung, die zu einem teilweisen oder gänzlichen Ausschüttungsverbot des Bilanzgewinns führen kann. Ziel dieser Bestimmung ist es, dass unvorhergesehene Verschlechterungen der wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft nach Ende eines Wirtschaftsjahres im Folgejahr



(1) Analog dazu: § 52 AktG als zentrale Einlagenrückgewährverbotsbestimmung für Aktiengesellschaften.

(2) Der unter Umständen auch noch um Ausschüttungssperren gemäß § 235 UGB geschmälert werden könnte (insbesondere im Zusammenhang mit Buchgewinnen aus Umgründungen).

(3) Nachdem die neue Rechtsform der FlexCo erstmalig mit 1. 1. 2024 gegründet werden konnte, wird auf diese nicht näher eingegangen. Grundsätzlich gelten für die FlexCo jedoch die Regelungen des GmbHG, solange im einschlägigen FlexKapGG (Flexibles Kapitalgesellschafts-Gesetz) keine abweichenden Bestimmungen vorgesehen sind.

(4) So enthält zB § 35 GmbHG das Prinzip der Vollausschüttung, wonach der gesamte Bilanzgewinn auszuschütten ist, sofern die Satzung keine gegenteilige Regelung enthält.

(5) Siehe dazu auch *Fritz*, Gewinnverwendung und Gewinnverteilung in der GmbH, SWK 30/2020, 1443.

(6) Siehe zur Ausschüttung in Verbindung mit der COVID-19-Krise *Mitterlehner/Panholzer*, Was ist bei der Gewinnausschüttung in der Krise zu beachten? Aufsichtsrat aktuell 3/2020, 36.

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

Katharina Huber, MA ist Mitarbeiterin der ICON Wirtschaftstreuhand GmbH im Bereich Audit und Tax in Linz.

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 wurde, ist der Bilanzgewinn in Höhe der erlittenen Schmälerung nach § 82 Abs 5 GmbHG von der Ausschüttung ausgeschlossen.⁽⁷⁾

Im Unterschied zur Rechtsform der GmbH ist für Aktiengesellschaften im einschlägigen AktG keine entsprechende Ausschüttungssperre explizit verankert. Eine analoge Anwendung des § 82 Abs 5 GmbHG wird jedoch in der Literatur für Aktiengesellschaften vertreten.⁽⁸⁾ Da bei diesen 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.⁽⁹⁾

Für die Praxis bedeutet dies Folgendes: Kommt es bereits vor Feststellung des Jahresabschlusses zu einer (erheblichen und längerfristigen⁽¹⁰⁾) Schmälerung des Gesellschaftsvermögens, darf der vorhandene Bilanzgewinn nicht bzw 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, haben die Geschäftsführer die Auszahlung zu verweigern.⁽¹¹⁾

Die Organe der Gesellschaft⁽¹²⁾ sollten sich daher vor einer Gesellschafterversammlung ein genaues Bild davon machen, ob kritische Umstände eventuell zu einer entsprechenden Schiefelage des Unternehmens führen könnten. Im Zweifel ist dann von einer (eventuell vollen) Ausschüttung Abstand zu nehmen, auch um

(persönliche) Haftungsfolgen zu vermeiden. Kommt es nämlich zu einem Verstoß gegen die Bestimmung des § 82 Abs 5 GmbHG, kann es zur persönlichen Haftung der Geschäftsführer bzw Aufsichtsräte kommen.⁽¹³⁾ Ein Verstoß gegen die Ausschüttungssperre führt aber nicht zur Nichtigkeit des Ausschüttungsbeschlusses bzw Jahresabschlusses an sich.

3. TREUEPFLICHT DER GESELLSCHAFTER

Auch außerhalb der Ausschüttungssperre des § 82 Abs 5 GmbHG ist zu beachten, dass es die allgemeine Treuepflicht der Gesellschafter gebietet, keine existenzgefährdenden Ausschüttungen vorzunehmen. Wurde der Jahresabschluss schon frühzeitig fertiggestellt und dementsprechend auch bereits die Ausschüttung beschlossen, kann aufgrund der nach dem Bilanzstichtag eintretenden Verluste dennoch eine Ausschüttung zu unterlassen sein. Dies insbesondere dann, wenn die Ausschüttung die Existenz der Gesellschaft gefährdet.

So ist zwar mangels fehlender Rechtsprechung nicht klar, ob in solchen Fällen ebenfalls die Ausschüttungssperre des § 82 Abs 5 GmbHG anwendbar ist, in der Literatur wird dies jedoch vertreten. Ein Ausschüttungsbeschluss, der zur Insolvenz der Gesellschaft führt, kann unter Umständen sogar zu einer direkten Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gläubigern führen.

4. AUSSCHÜTTUNGSBESCHRÄNKUNG DURCH ENERGIEFÖRDERUNGEN

Mit den COVID-19-Förderungen haben teilweise auch über die gesellschaftsrechtlichen Vorgaben hinaus Beschränkungen bei den Gewinnausschüttungen Einzug gehalten. So sahen ua der Fixkostenzuschuss und der Verlustersatz entsprechende Einschränkungen bei „*Entnahmen des Inhabers*“ vor.⁽¹⁴⁾ Die letzten Beschrän-

(7) Siehe ausführlich zur Ausschüttungssperre nach § 82 Abs 5 GmbHG Moser, Ausschüttungsverbot bei erheblicher nicht nur vorübergehender Verschlechterung der Vermögenslage, SWK 12/2020, 626.

(8) Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG II³ (2021) § 145 Rz 34; Eckert in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence I² (2015) Rz 41; differenzierend Artmann in Artmann/Karollus, AktG I⁶, § 52 Rz 8; Saurer in Doralt/Novotny/Kalss, AktG II², § 52 Rz 133; ablehnend zur analogen Anwendung Karollus in Leitner, Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung² (2014) 26; bejahend auch AFRAC, Stellungnahme 16 – Wertaufhellung und Wertbegründung (UGB) (Dezember 2015) Rz 21.

(9) Nach ständiger Rechtsprechung des OGH sind die §§ 82 ff GmbHG auch analog auf die GmbH & Co KG als „*kapitalistische Personengesellschaften*“ anwendbar. Siehe zB OGH 29. 5. 2008, 2 Ob 225/07p.

(10) Die Kriterien der „*erheblichen*“ und „*voraussichtlich nicht nur vorübergehenden*“ Verschlechterung müssen jedenfalls kumulativ erfüllt sein.

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

(12) 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).

(13) § 25 Abs 3 Z 1 GmbHG bzw § 33 GmbHG.

(14) Siehe zu den Ausschüttungsbeschränkungen in Verbindung mit COVID-19-Förderungen ua Knechtl/Mitterlehner/Panholzer, Die Körperschaftsteuererklärung 2022, SWK-Spezial (2023) 231.

kungen in Verbindung mit COVID-19-Förderungen sind mit spätestens 31. 12. 2022⁽¹⁵⁾ ausgelaufen und spielen daher für anstehende Ausschüttungen keine Rolle mehr.

Mit dem Energiekostenzuschuss II (EKZ II) wurde nun erneut eine Gewinnausschüttungsbeschränkung verankert. Hat das betroffene Unternehmen im Spätherbst 2023 einen Antrag auf EKZ II gestellt, muss der Förderwerber die laut Förderungsrichtlinie⁽¹⁶⁾ vorgesehene Beschränkung beachten bzw. einhalten. Kommt es durch den Förderwerber zu einer Verletzung der Verpflichtungen bzw. Beschränkungen aus der Förderungsrichtlinie, kann dies zur Rückforderung der Förderung durch die *aws* führen.

4.1. Was ist von der Beschränkung umfasst?

Die förderungwerbenden Unternehmen sind nach Pkt 8.4. der Richtlinie dazu verpflichtet, Entnahmen des Unternehmensinhabers bzw. Gewinnausschüttungen an Eigentümer für den Zeitraum 20. 11. 2023 bis 20. 6. 2024 „an die wirtschaftlichen Verhältnisse anzupassen“. Eine Klarstellung, was unter einer Anpassung „an die wirtschaftlichen Verhältnisse“ zu verstehen ist, ergibt sich derzeit weder aus der Richtlinie noch aus den letztgültigen FAQ⁽¹⁷⁾. Auch bei der als Vorlage dienenden Regelung des COVID-19-Ausfallsbonus gab es dazu keine entsprechende Klarstellung.⁽¹⁸⁾

Im Zeitraum von 20. 11. 2023 bis 20. 4. 2024 besteht darüber hinaus laut Richtlinie eine strenge Gewinnausschüttungsbeschränkung, weil in diesem Zeitraum rechtlich nicht zwingende Gewinnausschüttungen bzw. Dividenden sowie ein Rückkauf eigener Aktien in der Regel als schädlich im Sinn der Richtlinie zu verstehen sind.⁽¹⁹⁾ Unschädlich sind damit aber dennoch Gewinnausschüttungsansprüche

eines Gesellschafters, die nicht erst mit einem Beschluss über die Ergebnisverwendung entstehen (zB Vollausschüttungsgebot iSd § 82 Abs 1 GmbHG).

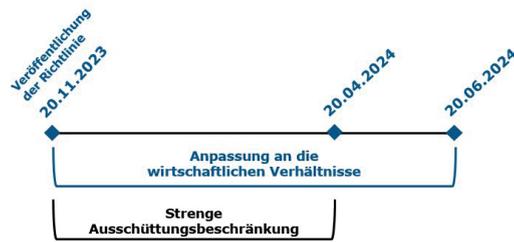


Abbildung 1: Strenge Ausschüttungsbeschränkung bis 20. 4. 2024;

Quelle: eigene Darstellung

Da nach der Richtlinie „Ausschüttungen von Dividenden“ im Zeitraum 20. 11. 2023 bis 20. 4. 2024 in der Regel pönalisiert werden, sind wohl auch Ausschüttungen, die zwar bereits vor der Veröffentlichung der Richtlinie beschlossen wurden, aber (planmäßig) erst innerhalb dieses Zeitraums fällig bzw. ausgezahlt werden, als schädlich zu betrachten. Jedenfalls unschädlich sind jedoch Ausschüttungen, die im Jahr 2023 bereits vor Veröffentlichung der Richtlinie beschlossen und ausgezahlt wurden.

Unklar ist uE, ob der reine Beschluss einer Ausschüttung bis inklusive 20. 6. 2024 (mit erst späterer Fälligkeit/Auszahlung) ebenfalls schädlich ist. Da in den ersten Informationen der *aws*⁽²⁰⁾ zum Thema Ausschüttungsverbot auf den COVID-19-Ausfallsbonus verwiesen wurde und bei diesem im Unterschied zu anderen COVID-19-Förderungen⁽²¹⁾ der reine Beschluss einer Ausschüttung (ohne Zahlungsfluss) nicht explizit als Verletzung der Ausschüttungsbeschränkung angesehen wurde, sollte eine derartige Vorgehensweise wohl unschädlich sein. Dies auch vor dem Hintergrund,

(15) Großteils sind die Ausschüttungsbeschränkungen bereits im Jahr 2021 ausgelaufen. Nur der Verlustersatz II und III sowie der Ausfallsbonus III haben noch Beschränkungen enthalten, die teilweise auch im Jahr 2022 anwendbar waren.

(16) Richtlinie des Bundesministers für Arbeit und Wirtschaft im Einvernehmen mit der Bundesministerin für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie und dem Bundesminister für Finanzen zum „Energiekostenzuschuss für Unternehmen 2“ (Fassung vom 10. 11. 2023; veröffentlicht am 20. 11. 2023).

(17) In der aktualisierten Fassung der FAQ vom 12. 12. 2023 finden sich zur Beschränkung des Pkt 8.4. keine neuen Aussagen gegenüber der Erstversion der FAQ.

(18) Die Vorgabe der „maßvollen Dividenden- und Gewinnausschüttungspolitik“ fand sich nur in Pkt 6.2.2. der Verordnungen zum Verlustersatz, FKZ 800.000 und FKZ I.

(19) In den FAQ zum EKZ II, Pkt 3.57., wurde bei den Erläuterungen zur strengen Ausschüttungsbeschränkung offensichtlich auf die Angabe des Zeitraums (20. 11. 2023 bis 20. 4. 2024) vergessen. Da in den Ausführungen die Anpassung an die wirtschaftlichen Verhältnisse der strengen Ausschüttungsbeschränkung von Ausschüttungen von Dividenden oder sonstigen rechtlich nicht zwingenden Gewinnausschüttungen sowie dem Rückkauf eigener Aktien gleichgestellt wird, was jedoch dem eindeutigen Wortlaut der Förderungsrichtlinie widerspricht.

(20) BMAW, Energiekostenzuschuss II – Basisinformation (17. 10. 2023), abrufbar unter https://www.aws.at/fileadmin/user_upload/Downloads/EKZ_II/2023_10_17_Basisinformation_EKZ2.pdf (Zugriff am 5. 2. 2024).

(21) So der Verlustersatz (Pkt 3.21. der FAQ) bzw. FKZ 800.000 (Pkt C.II.5. der FAQ) und FKZ I (Pkt C.II.4. der FAQ), wonach ein bereits gefasster Ausschüttungsbeschluss wieder aufgehoben werden musste, damit die Antragsberechtigung nicht verletzt wird.

dass weder die Richtlinie zum EKZ II noch die einschlägigen (und bereits aktualisierten) FAQ dazu eine Beschränkung vorsehen.

4.2. Wer ist von der Beschränkung umfasst?

Betroffen von der Ausschüttungsbeschränkung ist nur das jeweils förderwerbende Unternehmen, und das auch nur dann, wenn der EKZ II tatsächlich von der *aws* gewährt wurde. Schwester-, Mutter- oder Tochtergesellschaften des Förderwerbers sind von der Beschränkung nach Pkt 8.4. der Richtlinie jedoch nicht umfasst. Dies auch dann nicht, wenn eine steuerliche Unternehmensgruppe iSd § 9 KStG besteht.

4.3. Ausnahme: Ausschüttung im Konzern

In Konzernstrukturen wird häufig auch die Ausnahmebestimmung, wonach Ausschüttungen an verbundene Unternehmen⁽²²⁾ in bestimmten Konstellationen erlaubt sind, zur Anwendung gelangen. Demnach sind Ausschüttungen bei förderwerbenden Unternehmen dennoch zulässig, wenn der Gewinn zur Finanzierung der verbundenen Unternehmen verwendet wird und keine weitere Auszahlung an die Inhaber bzw Eigentümer erfolgt. Nach den FAQ ist eine solche Weiterschüttung im Konzern dann zulässig, wenn der Gewinn nur bis in die Holding, nicht aber an die Aktionäre/Gesellschafter ausgeschüttet wird.⁽²³⁾ Nachdem eine Holding „Gesellschafter“ ihrer Tochtergesellschaften ist, ist diese Aussage jedoch etwas irreführend. Mit der Bezeichnung „Aktionäre/Gesellschafter“ ist letztlich wohl die Ebene der „Investoren“, welche die Gesellschafter des „Konzerns“ (bzw der Holding) sind, gemeint. Bei mehrstufigen (Konzern-)Strukturen ist die Abgrenzung in der Praxis jedoch dennoch häufig schwierig vorzunehmen, womit für die betroffenen Unternehmen eine gewisse Rechtsunsicherheit bestehen bleibt.

4.4. Sehen auch andere Energieförderungen eine solche Beschränkung vor?

Eine Ausschüttungsbeschränkung in Verbindung mit Energieförderungen wurde erstmalig mit dem EKZ II verankert. Bei den rest-

lichen Energieförderungen, die im Zuge der Ukraine-Krise geschaffen wurden (EKZ I, EKZ I Q4, SAG 2022, Energiekostenpauschale),⁽²⁴⁾ war keine entsprechende Beschränkung vorgesehen.

Förderinstrument	Ausschüttungsbeschränkung
Energiekostenzuschuss I (EKZ I)	n/a
Energiekostenzuschuss I Q4 2022 (EKZ I Q4)	n/a
Energiekostenzuschuss II (EKZ II)	20. 11. 2023 – 20. 4. / 20. 6. 2024
Stromkostenausgleich 2022 (SAG 2022)	n/a
Energiekostenpauschale	n/a

Wichtig ist, dass der EKZ II für das förderwerbende Unternehmen nicht nur eine Gewinnausschüttungsbeschränkung vorsieht, sondern auch weitere Beschränkungen und Verpflichtungen (zB Bonibeschränkung, Beschäftigungsgarantie etc) vorgesehen sind.⁽²⁵⁾

5. FAZIT

Bei der Durchführung von Ausschüttungen gilt es, einige Faktoren zu beachten. Gerade im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme von Förderungen hat die Beschränkung von Gewinnausschüttungen in den vergangenen Jahren immer mehr an Bedeutung gewonnen. So ist beim EKZ II auch darauf zu achten, Ausschüttungen im Zeitraum von 20. 11. 2023 bis 20. 6. 2024 an die „wirtschaftlichen Verhältnisse anzupassen“ bzw gelten teilweise noch strengere Vorgaben für Förderwerber. Um sämtliche Förderungsvoraussetzungen zu erfüllen und keine Versagung zu erwirken, ist man hier gerade als Geschäftsführer bzw Vorstand oder Aufsichtsorgan besonders gefordert, sämtlichen Verpflichtungen nachzukommen. Will oder muss man als EKZ-II-Förderwerber im Jahr 2024 dennoch eine Ausschüttung vornehmen, ist aus Sicht des EKZ II eine Ausschüttung nach dem 20. 6. 2024 zumindest unschädlich, davor sind die Vorgaben der Förderungsrichtlinie zu beachten.

(22) Für die Frage, wann ein verbundenes Unternehmen vorliegt, orientiert sich die *aws* im Wesentlichen an § 244 Abs 2 UGB; siehe Pkt 2.20. der FAQ zum EKZ II.

(23) Pkt 3.58. der FAQ zum EKZ II.

(24) Siehe Mitterlehner/Panholzer, Energiekostenzuschuss – Überblick und Zweifelsfragen, SWK 35/2022, 1330; Mitterlehner/Panholzer, Energiekostenzuschuss I Q4/2022 – Überblick der Neuerungen, SWK 13/14/2023, 617.

(25) Siehe dazu Mitterlehner/Panholzer, Energiekostenzuschuss II – Überblick und Zweifelsfragen, SWK 32-33/2023, 1234.