

**JUNI 2020**

68. Jahrgang

Aus dem Inhalt

**GEWINNAUSSCHÜTTUNGEN  
COVID-19**

**FAUSTPFANDPUBLIZITÄT**

**NACHHALTIGKEITSBERICHT-  
ERSTATTUNG**

HERAUSGEGEBEN VON DER  
ÖSTERREICHISCHEN BANKWISSENSCHAFTLICHEN GESELLSCHAFT

# Gewinnausschüttungen während der COVID-19-Krise

Markus Fellner / Friedrich Rüffler / Roswitha Seekirchner

Die Europäische Zentralbank hat in ihrer Empfehlung vom 27.3.2020<sup>1)</sup> dazu aufgerufen, dass Kreditinstitute zumindest bis 1.10.2020 keine Dividendenausschüttungen für das Geschäftsjahr 2019 vornehmen, keine Anteilsrückkäufe tätigen und keine Ausschüttungsverpflichtungen für das Geschäftsjahr 2020 eingehen sollen. Die Finanzmarktaufsicht hat sich dieser Empfehlung in ihrer Empfehlung vom 27.3.2020<sup>2)</sup> angeschlossen.

Es soll zunächst untersucht werden, ob und in welchem Umfang Kreditinstitute den Empfehlungen zu folgen haben und welche Maßnahmen sie zur Befolgung der Empfehlungen ergreifen können. Sodann soll untersucht werden, ob aufgrund der COVID-19-Krise allgemeine gesellschaftsrechtliche Beschränkungen für Gewinnausschüttungen zu beachten sind und ob daher eine Empfehlung, von Ausschüttungen von Dividenden im Jahr 2020 gänzlich abzusehen, nicht nur auf Kreditinstitute, sondern auf alle Kapitalgesellschaften übertragen werden kann. Besonders relevant ist diese Fragestellung für Unternehmen, die in Konzernen mit zentraler Finanzierung eingebettet sind. Ausschüttungen an Konzerngesellschaften können für den gesamten Konzern überlebenswichtig sein, insbesondere wenn die Liquiditätsbeschaffung zentralisiert über eine Konzern-Clearing-Gesellschaft erfolgt. Hier geht es unter Umständen nicht nur um die Frage der Rückzahlung von Konzernfinanzierungen, sondern auch die Stützung von ertragsschwachen Gesellschaften durch ertragsstarke Konzerngesellschaften. Im Folgenden sollen diese Fragen an den Beispielen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und der Aktiengesellschaft erörtert werden.



Photo: Felicitas Matern

MMag. Dr. Markus Fellner ist Partner der Rechtsanwaltskanzlei Fellner Wratzfeld und Partner in Wien; e-mail: markus.fellner@fwp.at



Photo: Barbara Mair

Univ.-Prof. Dr. Friedrich Rüffler, LL.M. ist Professor am Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht der Universität Wien; e-mail: friedrich.rueffler@univie.ac.at

Stichwörter: Gewinnausschüttung, Gewinnverwendung, Ausschüttungssperre, Konzernfinanzierung, Konzerninteresse, Business-Judgement-Rule, Treuepflicht, Kreditinstitute.

JEL-Classification: G 01, G 21, G 23, G 35, K 20.

In its recommendation of March 27<sup>th</sup> 2020 the European Central Bank recommends that credit institutions shall not pay out dividends, make no irrevocable commitments to pay out dividends and refrain from share buy-backs for the financial year of 2019 and 2020 at least until 1 October 2020. The Financial Market Authority of Austria followed the recommendation of the ECB in its opinion of 27 March 2020.

This contribution examines the question, whether or to what extent the credit institutions are bound by the recommendation of the ECB and the opinion of the FMA and what measures they can take to follow those recommendations. It shall then be reviewed, whether there are general restrictions for dividend payouts



Photo: Georg Hofer

Mag. Roswitha Seekirchner ist Rechtsanwaltsanwältin in der Rechtsanwaltskanzlei Fellner Wratzfeld und Partner in Wien; e-mail: roswitha.seekirchner@fwp.at

under corporate law as a result of the COVID-19 crisis and whether the recommendations of the ECB and the FMA therefore may be applied to all corporations. This question is

1) 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), ABl C 102 I, 1, abrufbar unter: <https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/>

2) [oj\\_c\\_2020\\_102i\\_full\\_de\\_txt.pdf](https://www.fma.gv.at/download.php?d=4409). Empfehlung der FMA zu Dividendenausschüttungen und Anteilsrückkäufen während der COVID-19 Pandemie, abrufbar unter: <https://www.fma.gv.at/download.php?d=4409>.

particularly relevant for companies that are part of a corporate group with central financing. Distributions to group members can be vital for the survival of the entire group, especially if liquidity is obtained centrally via a Clearing-Company. Under certain circumstances, this may not only be a question of paying back group financing, but rather of the support of low-earning companies by the profitable group companies. In the following, the issue will be discussed based on the examples of the limited liability company and the stock corporation.

### 1. Wirkung der Empfehlung der EZB sowie der Stellungnahme der FMA gegenüber Kreditinstituten

Die EZB legt in ihrer Empfehlung vom 27.3.2020 Kreditinstituten nahe, dass zumindest bis 1. Oktober 2020 keine Dividenden ausgeschüttet werden und von Kreditinstituten keine unwiderruflichen Verpflichtungen zur Dividendenaus-schüttung für das Geschäftsjahr 2019 und 2020 eingegangen werden. Dieser Empfehlung ist die FMA für den ihr zukommenden Wirkungsbereich gefolgt.

Die EZB verfolgt gem den Erwägungsgründen der Empfehlung vom 27.3.2020 den Zweck, dass Kreditinstitute weiterhin ihrer Rolle zur Finanzierung von privaten Haushalten, kleinen und mittleren Unternehmen sowie Konzernen nachkommen und die Realwirtschaft größtmöglich unterstützen können.

Die Empfehlung der EZB richtet sich an die der Aufsicht der EZB unterliegenden bedeutenden beaufsichtigten Unternehmen und bedeutende beaufsichtigte Gruppen im Sinne des Art 2 Nr. 16 und 22 der Verordnung (EU) Nr. 468/2014 der Europäischen Zentralbank.<sup>3)</sup> Die Empfeh-

lung der FMA richtet sich an weniger bedeutende Unternehmen im Sinne des Art 2 Nr. 20 der Verordnung (EU) Nr. 468/2014 der Europäischen Zentralbank, die der Aufsicht der FMA unterliegen.<sup>4)</sup>

Bei der Empfehlung der EZB handelt es sich um einen unverbindlichen Rechtsakt gem Art 288 Abs 5 AEUV.<sup>5)</sup> Die Empfehlung der FMA ist ebenfalls unverbindlich. Sowohl die Empfehlung der EZB, als auch jene der FMA sehen jedoch vor, dass Kreditinstitute, die der jeweiligen Empfehlung aufgrund der Annahme einer rechtlichen Verpflichtung nicht folgen, dies der jeweiligen Aufsichtsbehörde mitzuteilen haben.<sup>6)</sup> Daraus ergibt sich, dass die EZB und die FMA davon ausgehen, dass Kreditinstitute der Empfehlung zu folgen haben, und allenfalls nur die Annahme einer rechtlichen Verpflichtung, die die Befolgung ausschließt, als Rechtfertigung einer Nichtbefolgung akzeptiert werden würde. Da die Kreditinstitute eine Nichtbefolgung der Empfehlungen gegenüber der Aufsichtsbehörde melden müssen, müssen sie sich mit den Empfehlungen der EZB oder der FMA auseinandersetzen und sich allenfalls rechtfertigen, warum sie den Empfehlungen nicht nachkommen. Dadurch wird ein gewisser Druck auf die Kreditinstitute ausgeübt und erlangen auch jene unverbindlichen Akte der Aufsichtsbehörden faktische Wirkung.<sup>7)</sup>

Aufgrund der Unverbindlichkeit jener Akte der EZB und der FMA können bei einem Verstoß keine Sanktionen verhängt werden. Die EZB kann jedoch jederzeit Maßnahmen gem Art 16 der Verordnung (EU) 1024/2013<sup>8)</sup> anordnen. Die FMA kann gegenüber der von ihnen beaufsichtigten Kreditinstitute nach ihrem Ermessen Maßnahmen gem § 70 BWG anordnen.<sup>9)</sup>

Es ist zunächst zu ermitteln, welche Gewinnausschüttungen von den Empfehlungen der EZB und der FMA umfasst sind. In Fußnote 3 der EZB-Empfehlung

wird der Begriff „Dividende“ als „jede Form der Auszahlung, die der Genehmigung der Generalversammlung bedarf“, definiert. In Erwägungsgrund 1 der Empfehlung wird noch ausgeführt, dass „der Einsatz von Kapitalressourcen zur Unterstützung der Realwirtschaft und zur Verlustabsorption Vorrang vor der Ausschüttung diskretionärer Dividenden und vor Aktienrückkäufen haben“ sollte. Was mit „diskretionär“ genau gemeint ist, wird nicht erläutert. Der allgemeinen Bedeutung von diskretionär folgend, wird sich die Empfehlung auf Dividenden beziehen, bei denen dem Kreditinstitut – bzw genauer gesagt der Hauptversammlung des Kreditinstitutes – ein Ermessensspielraum zukommt. Zu Gewinnansprüchen, die nicht der Entscheidungskompetenz der Hauptversammlung unterliegen, zählen etwa Ansprüche aus Gewinnschuldverschreibungen oder aus Gewinnabführungsverträgen.<sup>10)</sup>

Nach der Empfehlung der FMA umfasst der Begriff „Dividendenaus-schüttung“ alle Gewinnbeteiligungen von Eigenkapitalinstrumenten, wie insbesondere Gewinnausschüttungen gem § 187 AktG, Gewinnverteilungen gem § 35 (1) Z 1, § 82 GmbHG, Gewinnverteilungen gem § 27 GenG „bzw alle Auszahlungen, die von dem zuständigen Gesellschaftsorgan beschlossen werden“.

Demnach sind Dividenden, die von einer Beschlussfassung der Hauptversammlung generell ausgenommen sind, oder bei denen der Hauptversammlung kein Ermessen bei der Entscheidung zukommt, ob und in welcher Höhe Dividenden ausgeschüttet werden, von der EZB-Empfehlung nicht umfasst. Nach dem Wortlaut der Empfehlung der FMA könnten sie aber von dieser umfasst sein, da diese auf „alle Gewinnbeteiligungen bzw alle Auszahlungen, die von dem zuständigen Gesellschaftsorgan beschlossen werden“ abstellt. Die Dividende von Vorzugsaktionären ist daher auch von den Empfehlungen umfasst, da diese von

3) Verordnung (EU) Nr. 468/2014 der Europäischen Zentralbank vom 16.4.2014 zur Einrichtung eines Rahmenwerks für die Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Zentralbank und den nationalen zuständigen Behörden und den nationalen benannten Behörden innerhalb des einheitlichen Aufsichtsmechanismus (SSM-Rahmenverordnung), Abl. L 141/1.  
4) Eine Liste der von der EZB beaufsichtigten bedeutenden Unternehmen und der beaufsichtigten bedeutenden Gruppen sowie eine Liste der beaufsichtigten Unternehmen ist von der EZB gem Art 49 der SSM-Rahmenverordnung von der EZB zu veröffentlichen und laufend zu aktualisieren. Derzeit unterliegen 115 bedeutende Unternehmen der Aufsicht der EZB (Stand April 2020), gem der Liste der EZB abrufbar unter: <https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.listofsupervisedentities202005.en.pdf>.

bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.listofsupervisedentities202005.en.pdf.

5) Ruffert in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV<sup>5</sup>, Art 288 Rn 95; W. Schroeder in Streinz, EUV/AEUV<sup>3</sup>, Art 288 Rn 129.

6) Art I Abs 2 EZB-Empfehlung vom 27.3.2020; Die Empfehlung der FMA sieht ebenfalls vor, dass die Kreditinstitute für den Fall, dass sich eine rechtliche Verpflichtung zur Ausschüttung ergibt, die FMA bereits vorab über die Gründe in Kenntnis zu setzen haben.

7) Zu diesem sogenannten „Comply-or-explain“-Prinzip und der Wirkung von unverbindlichen Akten – sog „Soft Law“ – im System der Europäischen Finanzmarktaufsicht siehe Dickschen, 115f; B. Raschauer in FS Schäffer, 685; Russ/Bollenberger, ÖBA 2015, 806 (807f);

Ladler, ZFR 2020, 165; siehe auch allgemein zum Soft Law der europäischen Union; B. Raschauer, ÖZW 2013, 34; von Graevenitz, EuZW 2013, 169; Schwarze, EuR 2011, 3.

8) Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 des Rates vom 15.10.2013 zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank, Abl. L 287/63.

9) Fletzberger in Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka, BWG<sup>4</sup> § 70, Rn 52ff; Jöhler in Dellinger, Bankwesengesetz – Kommentar, § 70, Rn 92a.

10) Artmann in Artmann/Karollus, AktG I<sup>6</sup> § 53 Rn 5; Saurer in P. Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 53 Rn 41.

der Entscheidung, ob ein Bilanzgewinn ausgeschüttet wird, abhängig sind und auch für diese eine Beschlussfassung der Hauptversammlung erforderlich ist.<sup>11)</sup> Dies gilt auch für das Nachzahlungsrecht der Vorzugsaktionäre, da dieses ebenfalls erst mit Fassung eines Gewinnverwendungsbeschlusses entsteht.<sup>12)</sup>

Fraglich ist, inwieweit die Kreditinstitute eine „rechtliche Verpflichtung“ zu einer Auszahlung von Gewinnausschüttungen treffen kann, die allenfalls ein (meldepflichtiges) Abgehen von den Empfehlungen der EZB und der FMA rechtfertigen kann.

Eine rechtliche Verpflichtung könnte sich im Falle von schuldrechtlichen Gewinnansprüchen ergeben, die aufgrund von Vertragsverhältnissen mit Dritten, wie zum Beispiel aufgrund von Gewinnabführungsverträgen, bestehen. Über diese Ansprüche kann die Hauptversammlung nicht disponieren und – ohne vertragsbrüchig zu werden – ohne Zustimmung der jeweiligen gesellschaftsfremden Gläubiger nicht einseitig abgehen.

Es stellt sich jedoch die Frage, wie eine rechtliche Verpflichtung zur Ausschüttung von Gewinnen im Verhältnis der Empfehlungen der EZB und der FMA zu beurteilen ist, die sich (nur) aufgrund der Satzung ergeben. Enthält die Satzung eines Kreditinstitutes beispielsweise keine Ermächtigung zu einer Gewinnthesaurierung, wäre zwingend der gesamte Bilanzgewinn an die Gesellschafter zu verteilen.<sup>13)</sup> Die Satzung kann auch eine Ermächtigung enthalten, wonach der Bilanzgewinn ganz oder teilweise vorgetragen werden kann, jedoch ein gewisser Mindestanteil – zum Beispiel die Dividenden der Vorzugsaktien – des Bilanzgewinnes jedenfalls auszuschütten ist. In diesem Fall wären die Kreditinstitute aufgrund der Satzung zur Ausschüttung eines Mindestanteiles des Bilanzgewinnes verpflichtet. Jedenfalls müsste der Vor-

stand und der Aufsichtsrat danach trachten, dass aus dem Kreditinstitut keine Zahlungen an Aktionäre außerhalb der Kreditinstitutsgruppe fließen; dies ist mit der Bildung von Rücklagen oder einem Gewinnverwendungsvorschlag des Vortrags auf neue Rechnung durchaus möglich.

Um die Empfehlungen der EZB und der FMA umzusetzen, ist es den Kreditinstituten jedoch möglich, die Satzung zumindest vorläufig entsprechend zu ändern. Ansonsten könnten sich jene Kreditinstitute, deren Satzungen keine Ermächtigung zur Bildung von Gewinnvorträgen enthalten, aufgrund der generellen Unverbindlichkeit der Empfehlungen, ohne eine Satzungswidrigkeit herbeizuführen, nicht auf die Empfehlungen berufen. Die Satzung und die darin enthaltenen Bestimmungen und Verpflichtungen zur Gewinnverwendung unterliegen der Disposition der Aktionäre. In diesem Sinne sind die sich aus der Satzung ergebenden Gewinnansprüche alle als diskretionär anzusehen. Sofern durch die beabsichtigte Satzungsänderung eine Beschränkung von Aktionären auf Dividenden erfolgt, wird die Zustimmung aller betroffener Aktionäre für die Beschlussfassung notwendig sein.<sup>14)</sup>

In Erwägungsgrund 1 der Empfehlung hält die EZB ausdrücklich fest, dass die mit der Empfehlung verfolgten Ziele Vorrang vor der Ausschüttung von Dividenden haben sollen. Die Interessen der Aktionäre an der Ausschüttung von Dividenden und jene, welche die EZB-Empfehlung verfolgt, sind daher gegeneinander abzuwägen, wobei die Interessen der Aktionäre nach den klaren Vorgaben der EZB zurücktreten sollten. In diesem Sinne ist es den Aktionären möglich und auch zumutbar, eine allfällige rechtliche Verpflichtung zu einer Gewinnausschüttung durch entsprechende Änderung der Satzung zumindest vorläufig zu er-

lassen, um die Empfehlungen der EZB und der FMA einhalten zu können.

## 2. Allgemeine Voraussetzungen für Gewinnausschüttungen

### 2.1. GmbH

Bei der GmbH bemisst sich der ausschüttungsfähige Gewinn am Bilanzgewinn, welcher auf Basis des von den Geschäftsführern zu erstellenden Jahresabschlusses zu ermitteln ist.<sup>15)</sup>

Die Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses hat gem § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG durch die Gesellschafter mit Beschluss zu erfolgen.<sup>16)</sup> Der Jahresabschluss ist gem § 277 Abs 1 UGB spätestens binnen neun Monaten nach dem Bilanzstichtag beim Firmenbuch einzureichen.<sup>17)</sup>

Gem § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG haben die Gesellschafter auch über die Verteilung des Bilanzgewinnes zu entscheiden, allerdings nur, wenn ihnen im Gesellschaftsvertrag diese Kompetenz zugewiesen ist. Mit „Verteilung“ ist die Gewinnverwendungsentscheidung gemeint, also ob der Gewinn ausgeschüttet oder auf neue Rechnung vorgetragen wird. Enthält die Satzung keine solche Kompetenz, ist der gesamte Bilanzgewinn auszuschütten (sog „Vollausschüttungsgebot“).<sup>18)</sup> Die weitaus meisten Satzungen enthalten freilich eine solche Bestimmung, die der Generalversammlung die Gewinnverwendungsentscheidung zuweist. Mitunter finden sich freilich zum Schutz von Minderheitsgesellschaftern auch Regelungen über eine bestimmte Mindestausschüttung (mitunter geknüpft an die Erreichung bestimmter Kennzahlen) oder aber auch erhöhte Mehrheitserfordernisse.

Der Gewinnanspruch der Gesellschafter entsteht, sobald der Jahresabschluss festgestellt wurde oder – sofern es aufgrund des Gesellschaftsvertrages einer weiteren Beschlussfassung bedarf – nach

11) Schopper in Artmann/Karollus, AktG I 6 § 12a Rn 9; P. Doralt in P. Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 12a, Rn 17.

12) Schopper in Artmann/Karollus, AktG I 6 § 12a Rn 13; P. Doralt in P. Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 12a, Rn 36.

13) Zum ausschüttungsfähigen Gewinn siehe sogleich unten 3 und 4

14) Artmann in Artmann/Karollus, AktG I 6 § 53, Rn 4; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 53 Rn 13; Bayer in MünchKomm AktG<sup>5</sup>, § 58, Rn 114; ders MünchKomm AktG<sup>5</sup>, § 60, Rn 19; differenzierend Drygala in KölnKomm AktG<sup>3</sup>, § 58, Rn 117ff; ders In KölnKomm AktG<sup>3</sup>, § 60, Rn 27f; Schopper/Walch, NZ 2018, 454.

15) Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 82 Rn 6; Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 82 Rn 24f; Auer in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 82

Rn 8f; Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG § 82 Rn 36f.

16) Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 82 Rn 24; Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG § 82 Rn 36; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 35 Rn 9; Auer in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 82 Rn 8.

17) Fellinger in Straube/Ratka/Rauter, UGB II/RLG<sup>3</sup> § 277 Rn 12; Koppensteiner, RdW 2018, 412f; Zu berücksichtigen ist, dass die Frist gem § 222 Abs 1 UGB für die Aufstellung des Jahresabschlusses, des Lageberichts und eines allfälligen Corporate-Governance-Berichtes mit dem Bundesgesetz betreffend besondere Maßnahmen im Gesellschaftsrecht aufgrund von COVID-19 (Gesellschaftsrechtliches COVID-19-Gesetz – COVID-

19-GesG), zuletzt geändert durch das 4. COVID-19-Gesetz, BGBl I 24/2020, verlängert wurde, sodass diese spätestens nach neun Monaten nach Bilanzstichtag aufzustellen sind. Dies gilt, sofern die Frist für die Aufstellung am 16.3.2020 noch nicht abgelaufen ist. Die Frist des § 277 Abs 1 UGB für die Einreichung des Jahresabschlusses wurde bis 12 Monate nach dem Bilanzstichtag verlängert.

18) OGH 21.10.2004, 6 Ob 101/04b GesRZ 2005, 42 = ÖJZ 2005/79; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 82 Rn 10; Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG § 82 Rn 35; Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 82 Rn 26; Auer in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 82 Rn 12; Gellis/Feil, Kommentar zum GmbH-Gesetz<sup>7</sup> § 82 Rn 1.

der Beschlussfassung über die Gewinnverteilung durch die Gesellschafter.<sup>19)</sup>

## 2.2. AG

Bei der Aktiengesellschaft ist der ausschüttungsfähige Gewinn ebenfalls auf Basis des Jahresüberschusses anhand des Jahresabschlusses zu ermitteln.<sup>20)</sup> Der vom Vorstand aufgestellte Jahresabschluss ist mit Billigung durch den Aufsichtsrat festgestellt. Nur wenn der Aufsichtsrat den Jahresabschluss nicht billigt oder sich Vorstand und Aufsichtsrat für eine Feststellung durch die Hauptversammlung entscheiden, ist es die Hauptversammlung, die den Jahresabschluss feststellt (§ 96 Abs 4, § 104 Abs 3 AktG).<sup>21)</sup>

Die Hauptversammlung hat einen Beschluss über die Gewinnausschüttung zu fassen, bei dem sie aber an den vom Vorstand und dem Aufsichtsrat festgestellten Jahresabschluss gebunden ist.<sup>22)</sup> Sie kann nur den Bilanzgewinn ganz oder teilweise von der Ausschüttung ausschließen, aber auch das nur, wenn sie aufgrund einer hinreichend deutlichen<sup>23)</sup> Bestimmung der Satzung dazu ermächtigt ist (§ 104 Abs 4 AktG).<sup>24)</sup>

Zu beachten sind auch gesetzliche Pflichten zur Rücklagenbildung, welche bereits im Jahresabschluss gewinnmindernd zu berücksichtigen sind.<sup>25)</sup>

## 3. Verschlechterung der Vermögenssituation zwischen dem Bilanzstichtag und der Gewinnausschüttung

### 3.1. GmbH

Treten zwischen dem Bilanzstichtag und der Feststellung des Jahres-

abschlusses Wertminderungen ein, ist zunächst danach zu fragen, ob diese Wertminderungen im Jahresabschluss zu berücksichtigen sind. Dabei ist von den Bewertungsmaßstäben der Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung der §§ 189ff UGB auszugehen. Nach dem Stichtag eingetretene Umstände sind im Jahresabschluss zu berücksichtigen, sofern es sich um „werterhellende“ Umstände handelt. Dies sind zum Bilanzstichtag bereits bestehende und objektiv erkennbare Verhältnisse, die jedoch erst nach dem Bilanzstichtag bekannt werden. Nicht im Jahresabschluss berücksichtigt werden dürfen „wertbeeinflussende“ Umstände. Dies sind Ereignisse, die erst nach dem Stichtag eintreten und sich auf die Verhältnisse nach dem Bilanzstichtag auswirken.<sup>26)</sup>

Nach diesen Grundsätzen ist bei der Beurteilung, ob Auswirkungen der COVID-19-Pandemie im Jahresabschluss zu berücksichtigen sind, in erster Linie auf den Bilanzstichtag abzustellen. Für Abschlussstichtage bis zum 31.12.2019 stellen die Auswirkungen von COVID-19 nach den einschlägigen Fachempfehlungen für Buchhaltung und Bilanzierung der EU-Mitgliedstaaten<sup>27)</sup> grundsätzlich wertbeeinflussende Umstände dar, die im Jahresabschluss nicht zu berücksichtigen sind.<sup>28)</sup> Für Unternehmen, deren Tätigkeit auch oder überwiegend auf China ausgerichtet ist oder die an in China niedergelassenen Tochtergesellschaften beteiligt sind, können die Auswirkungen des COVID-19 im Einzelfall bereits vor dem 31.12.2019 zu berücksichtigen sein.<sup>29)</sup> Für Abschlussstichtage nach dem 31.12.2019 stellen die Fachempfehlungen auf Veröffentlichungen von Behörden und die konkrete Auswirkung von be-

hördlichen Maßnahmen und Auflagen auf das Unternehmen ab. Insbesondere die Ausrufung des internationalen Notstandes am 30.1.2020 sowie die Erklärung der Pandemie am 11.3.2020 durch die WHO sind zu beachten.<sup>30)</sup>

Die Auswirkungen von COVID-19 auf das Unternehmen sind jedoch auch von Unternehmen für den Bilanzstichtag 31.12.2019 maßgeblich, sofern eine Unternehmensfortführung nicht gewiss und eine Fortbestehensprognose erforderlich ist,<sup>31)</sup> da die Bewertungsgrundsätze gem § 201 Abs 2 Z 2 UGB nach dem „Going-Concern“-Prinzip<sup>32)</sup> von der Unternehmensfortführung ausgehen. Sind der Ausbruch und die Auswirkungen des COVID-19 für Bilanzstichtage nach dem 31.12.2019 zu beachten, sind gem §§ 201ff UGB entsprechende Bewertungen vorzunehmen, wie etwa außerplanmäßige Abschreibungen, die Berücksichtigung eines erhöhten Risikos von Forderungsausfällen, die Bildung von Rückstellungen und die Aktivierung von Eventualverbindlichkeiten, die schlagend werden.<sup>33)</sup>

Ein wesentlicher Verstoß gegen die Bewertungsgrundsätze des UGB hat die Nichtigkeit des Jahresabschlusses zur Folge.<sup>34)</sup>

Sofern diese im Jahresabschluss noch nicht zu berücksichtigen waren, können Vermögensminderungen nach dem Bilanzstichtag Auswirkungen auf den verteilungsfähigen Bilanzgewinn haben. Wird nämlich das Vermögen der GmbH nach Abschluss des Geschäftsjahres, jedoch vor Beschlussfassung über die Feststellung des Jahresabschlusses, durch eingetretene Wertminderungen oder Verluste „erheblich und voraussichtlich nicht nur vorübergehend“ geschmälert, ist der

19) *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 82 Rn 10; *Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG § 82 Rn 42; *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 82 Rn 20; *K. Schmidt* in FS P. Doralt, 597 (598); *Eckert* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2016, 17 f.  
20) *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 52 Rn 125; *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG I<sup>6</sup> § 53 Rn 1; zu den im Zuge der COVID-Maßnahmen verlängerten Fristen siehe FN 17.  
21) *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 52 Rn 126f; *Bydlinski/Potyka* in *Artmann/Karollus*, AktG II<sup>6</sup> § 104 Rn 9.  
22) *Bydlinski/Potyka* in *Artmann/Karollus*, AktG II<sup>6</sup> § 104 Rn 16; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 52 Rn 132.  
23) OGH 23.5.2007, 3 Ob 59/07h, RWZ 2007/76, 261 (*Wenger*) = GesRZ 2008, 22 (*Linder*); OGH 24.10.2016, 6 Ob 169/16w, NZ 2017/12, 26 (*Diregger*) = wbl 2017, 106/37 (*Nicolussi*) = GesRZ 2017, 57 (*Weigand*) = AnWB 2017/8484, 255 (*Kacic/Nimmerfall*) = EvB 2017/52, 368 (*Rohrer/Walch*); *Kalss/Nicolussi*,

GesRZ 2017, 203; *Schopper/Walch*, NZ 2018, 444.  
24) *Bydlinski/Potyka* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 53 Rn 6, § 104 Rn 23; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 104 Rn 43.  
25) *Bydlinski/Potyka* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 53 Rn 3, § 104 Rn 20; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 52 Rn 128.  
26) *Urnik/Urtz/Rohn* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB II/RLG<sup>3</sup> § 201, Rn 43; *Stockinger* in *Jabornegg/Artmann*, UGB II<sup>2</sup> § 201, Rn 23, 29; *Konecny* in U. Torggler UGB<sup>3</sup> § 201, Rn 43f.  
27) Für Österreich: AFRAC-Fachinformation: Auswirkungen der Ausbreitung des Coronavirus (COVID-19) auf die Unternehmensberichterstattung (April 2020) mit Hinweis auf die Publication der Accountancy Europe vom 20.3.2020, abrufbar unter: <https://www.accountancy-europe.eu/publications/coronavirus-crisis-implications-on-reporting-and-auditing/>; weitere nationale und internationale Stellungnahmen zur Beurteilung der Auswirkungen der Corona-Krise

finden sich auf der Homepage der Accountancy Europe unter: <https://www.accountancyeurope.eu/finance-investment/banks-corona-hub/>.  
28) AFRAC-Fachinformation: COVID-19 Rn 10.  
29) AFRAC-Fachinformation: COVID-19 Erl zu Rn 10.  
30) AFRAC-Fachinformation: COVID-19 Rn 27f.  
31) AFRAC-Fachinformation: COVID-19 Rn 11ff.  
32) *Urnik/Urtz/Rohn* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB II/RLG<sup>3</sup> § 201 Rn 29f; *Stockinger* in *Jabornegg/Artmann*, UGB II<sup>2</sup> § 201 Rn 16; *Konecny* in U. Torggler UGB<sup>3</sup> § 201 Rn 11.  
33) AFRAC-Fachinformation: COVID-19 Rn 30f.  
34) *Eckert/Tipold*, GES 2013, 61; Zum Kriterium der Wesentlichkeit siehe § 189a Z 10 UGB; *Dokalik* in U. Torggler, UGB<sup>3</sup> § 189a Rn 31ff; *Rohatschek* in *Jabornegg/Artmann*, UGB II<sup>2</sup> § 189a Rn 41ff; *Dollenz/Lindbauer/Milla*, RWZ 2018, 250.



sich aus dem Jahresabschluss allenfalls ergebende Gewinn im Ausmaß der eingetretenen Vermögensschmälerung gem § 82 Abs 5 GmbHG von der Gewinnverteilung auszuschließen und auf neue Rechnung vorzutragen.<sup>35)</sup> Die Feststellung des erforderlichen Gewinnvortrages hat – falls notwendig – aufgrund einer Zwischenbilanz zu erfolgen.<sup>36)</sup> § 82 Abs 5 GmbHG ist zwingendes Recht und stellt für die Anwendbarkeit nicht auf das Vorliegen einer Unterbilanz ab.<sup>37)</sup> Verpflichtet sind in erster Linie die Geschäftsführer, die derartige Veränderungen gegenüber der Generalversammlung aufzuzeigen haben und allenfalls Auszahlungen aufgrund eines gegen § 82 Abs 5 GmbHG verstößenden Gewinnausschüttungsbeschlusses der Gesellschafter verweigern müssen.<sup>38)</sup>

Der OGH geht davon aus, dass § 82 Abs 5 GmbHG auch die Gesellschafter verpflichtet, sofern die Gewinnausschüttung gem Gesellschaftsvertrag eines Beschlusses durch die Gesellschafter bedarf. Eine im Wissen um das Vorliegen der Voraussetzungen gegen § 82 Abs 5 GmbHG verstößende Stimmabgabe bei Fassung eines Gewinnausschüttungsbeschlusses verstößt gegen die die Gesellschafter treffende Treuepflicht.<sup>39)</sup> Die Geschäftsführer hätten eine Auszahlung trotz eines anderslautenden Gesellschafterbeschlusses bei sonstiger Haftung zu unterlassen.<sup>40)</sup> Eine gem § 82 Abs 5 GmbHG unzulässige Auszahlung würde gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen und dem Rückforderungsanspruch des § 83 GmbHG unterliegen.<sup>41)</sup>

Ob die Voraussetzungen des § 82 Abs 5 GmbHG vorliegen, wird derzeit nicht einfach zu beurteilen sein. Zunächst ist fest-

zustellen, ob eine Vermögensschmälerung eingetreten ist oder konkret droht und ob diese im Verhältnis zum gesamten Gesellschaftsvermögen als erheblich zu beurteilen ist. Diese Beurteilung wird allenfalls noch ohne größere Schwierigkeiten möglich sein. Schwieriger ist die Beurteilung, ob die eingetretene Vermögensschmälerung bloß von vorübergehender Dauer ist oder nicht.<sup>42)</sup> Hinsichtlich der Dauer ist eine Zukunftsprognose vorzunehmen, die derzeit beinahe unmöglich erscheint.

Bei der Beurteilung der Zukunftsprognose ist in erster Linie auszusprechen, dass eine Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit droht, weil dies eindeutige Krisenkriterien sind. Beträgt die Eigenmittelquote weniger als 8% und die fiktive Schuldentilgungsdauer mehr als 15 Jahre und sind somit die Kennzahlen gem § 23 URG und § 24 URG verletzt, ist sicherlich eine widerlegliche Vermutung einer Krise gegeben, die gegen eine Gewinnverteilung sprechen würde.

Bei der Beurteilung, ob eine Krise, die eine Gewinnverteilung ausschließt, vorliegt, sind insbesondere Kriterien wie die Verminderung des Nennkapitals, steigende Verluste, sinkende Umsätze, wachsende Lagerbestände, Überkapazitäten, vermindertem Cashflow, zunehmende Verschuldung und Zinsbelastung, Abnahme oder Verlust des Nettoaktivvermögens zu beachten. Neben diesen Kriterien sind gegebenenfalls auch noch Softfacts wie Wechsel der Geschäftsführung, Fluktuation bei Mitarbeitern, anhängige Gerichtsverfahren und dergleichen in Erwägung zu ziehen.<sup>43)</sup> Da nicht abgeschätzt werden kann, inwieweit die COVID-19-Krise auf die Unternehmen nachhaltig Auswirkungen hat, ist ein besonderes Augenmerk

auch auf die Liquiditätsplanung und die Belastbarkeit der Liquiditätsplanung zu legen. Derzeit sind realistische Annahmen sehr schwierig, sodass im Rahmen einer SWOT-Analyse<sup>44)</sup> in Verbindung mit Cash-Flow-Planungen gearbeitet werden muss, um hier Szenarien zu rechnen, die mit der allfälligen Eintrittswahrscheinlichkeit gewichtet in die Analyse einfließen müssen.

Wurde der Jahresabschluss bereits festgestellt und es tritt anschließend eine Vermögensverschlechterung ein, ist § 82 Abs 5 GmbHG nicht anwendbar. Dies wird auf den Umstand zurückgeführt, dass mit der Feststellung des Jahresabschlusses bereits der Gewinnausschüttungsanspruch als Gläubigerrecht der Gesellschafter entstehen kann.<sup>45)</sup>

Zumeist erfolgen die Feststellung des Jahresabschlusses und die Gewinnverteilungsentscheidung (sofern nach der Satzung vorgesehen) ohnedies in derselben Generalversammlung. Ist dies ausnahmsweise nicht der Fall und eine Vermögensbeeinträchtigung tritt erst nach der bereits erfolgten Feststellung des Jahresabschlusses, aber vor der Gewinnverwendungsentscheidung ein, werden die Gesellschafter aufgrund der sie treffenden Treuepflicht jedoch dennoch verpflichtet sein, gegen eine Gewinnausschüttung zu stimmen, wenn die eingetretene Vermögensverschlechterung derart massiv ist, dass im Falle der Gewinnausschüttung die Existenz der Gesellschaft gefährdet wäre. Nach der Rechtsprechung des OGH gehen nämlich die Interessen der Gesellschaft auf Vortrag eines Gewinnes den Interessen der Gesellschafter auf Gewinnausschüttung vor, wenn dies für die Überlebensfähigkeit der Gesellschaft

35) *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 82 Rn 10; *Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG § 82 Rn 53; *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 82 Rn 41; *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 82 Rn 14; *Moser*, SWK 2020, 626; *Grossmayr/Reich-Rohrwig*, CuRe 2020/55.  
36) *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 82 Rn 14; *Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG § 82 Rn 53; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 82 Rn 10.  
37) *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 82 Rn 10; *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 82 Rn 14; *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 82 Rn 41.  
38) OGH 31.1.2013, 6 Ob 100/12t, EvBl 2013/96, 682 (*Told*) = RWZ 2013/34, 118 (*Wenger*) = *ecolex* 2013/291, 710 (*Reich-Rohrwig*); *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 82 Rn 44; *Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG § 82 Rn 53; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 82 Rn 10.

*Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 82 Rn 14; *Grossmayr/Reich-Rohrwig*, CuRe 2020/55.  
39) OGH 31.1.2013, 6 Ob 100/12t; *Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG § 82 Rn 53; *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 82 Rn 45.  
40) OGH 31.1.2013, 6 Ob 100/12t; *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 82 Rn 44; *Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG § 82 Rn 53; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 82, Rn 10.  
41) OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/02f, SZ 2003/133; OGH 31.1.2013, 6 Ob 100/12t; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 41 Rn 7; *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 35 Rn 29; *Karollus* in *Leitner*, Handbuch Verdeckte Gewinnausschüttung<sup>2</sup>, 25.  
42) *Moser*, GesRZ 2008, 280f.  
43) Siehe die Beispiele für Krisenindikatoren in Art 2 Nr 18 der Verordnung (EU) Nr 651/2014 der Kommission zur Fest-

stellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen im Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. L 187/1; Leitfaden zum Erkennen von Unternehmenskrisen, Stellungnahme KFS/BW 5 vom 24.3.2010 oder im Leitfaden Fortbestehensprognose, gemeinsame Stellungnahme der Kammer der Wirtschaftstreuhänder, Wirtschaftskammer Österreich und KMU Forschung Austria, 2016, S 17f; *Spiegelfeld/Foglar-Deinhardstein* in *FS Torgler*, 1139 (1140).  
44) Strengths-Weakness-Opportunities and Threats-Analyse; Es handelt sich dabei um eine Positionierungsanalyse, bei der die Ergebnisse der internen Unternehmensanalyse mit einem Stärkeschwächen-Profil mit jenen einer externen Unternehmens-Umfeld-Analyse, die Chancen und Risiken aufzeigt, gegenübergestellt werden.  
45) *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 82 Rn 10; *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 82 Rn 14; *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 82 Rn 42.

erforderlich ist.<sup>46)</sup> Von einer Existenzgefährdung ist allerdings nicht bereits dann auszugehen, wenn die Gesellschaft nicht über ausreichend liquide Mittel für die Erfüllung der Gewinnansprüche verfügt und allenfalls eine Fremdfinanzierung notwendig ist.<sup>47)</sup>

Die Interessenabwägung des OGH wird jedoch in allen Fällen der Gewinnausschüttung vorzunehmen sein, sodass allgemein davon auszugehen ist, dass Gewinnausschüttungen, die mangels ausreichender Liquidität die Existenz der Gesellschaft gefährden und zu deren Insolvenz führen würden, jedenfalls unzulässig sind.<sup>48)</sup> Die Gesellschafter müssen diesfalls für eine Thesaurierung des Gewinnes stimmen.<sup>49)</sup> Dies gilt unabhängig davon, ob die Existenzgefährdung vor oder nach der Feststellung des Jahresabschlusses und der Beschlussfassung über die Gewinnverwendung eintritt und umfasst auch jenen Anteil des Bilanzgewinnes, der im Anwendungsbereich des § 82 Abs 5 GmbHG nach Abzug des zwingend auf neue Rechnung vorzutragenden Anteiles noch ausgeschüttet werden dürfte.

In der momentanen Situation sind bei der Entscheidung, ob und in welcher Höhe allenfalls Gewinnausschüttungen vorgenommen werden können, mit Sicherheit auch die Liquidität und die Möglichkeiten der Liquiditätsbeschaffung der Gesellschaft zu berücksichtigen. Derzeit ist nämlich nicht abschätzbar, wie lange die Maßnahmen der Regierung im Zusammenhang mit COVID-19 und die damit zusammenhängenden Einschränkungen noch anhalten. Es ist auch nicht auszuschließen, dass nach einer Lockerung der Maßnahmen neuerlich Einschränkungen infolge der Ausbreitung des

COVID-19 erforderlich sein werden. Jene Gesellschaften, deren Liquidität aufgrund von Umsatzeinbußen und Absatzausfällen stark geschwächt sind, werden daher im Zweifel größere Liquiditätspuffer einplanen müssen, um die laufenden Verbindlichkeiten, für die auch keine Stundungen möglich sind, auch in der nahen Zukunft jedenfalls erfüllen zu können.

### 3.2. AG

Bei Vermögensverlusten nach dem Bilanzstichtag ist auch bei der AG zunächst danach zu fragen, ob diese im Jahresabschluss zu berücksichtigen sind. Es gelten dieselben Bewertungsgrundsätze wie bei der GmbH.<sup>50)</sup> Im AktG ordnet § 202 Abs 1 AktG ausdrücklich die Nichtigkeit des Jahresabschlusses aufgrund der Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen an, wenn ein wesentlicher Mangel von Ansatz- und Bewertungsvorschriften vorliegt, wodurch ein überhöhter Bilanzgewinn ausgewiesen wird.<sup>51)</sup>

Im AktG gibt es keine dem § 82 Abs 5 GmbHG vergleichbare Bestimmung zu Vermögensverlusten, die nach dem Bilanzstichtag auftreten. Da die Regelungen über die Kapitalerhaltung bei der AG jedoch tendenziell strenger sind als jene der GmbH, ist davon auszugehen, dass § 82 Abs 5 GmbHG auf die AG analog anzuwenden ist.<sup>52)</sup>

Aufgrund der Kompetenzverteilung bei der AG obliegen eine Berücksichtigung von Vermögensverlusten und die Bildung des Gewinnvortrages bis zur Feststellung des Jahresabschlusses dem Vorstand und dem Aufsichtsrat. Nach der Feststellung des Jahresabschlusses hat die Hauptversammlung bei der Fassung

des Gewinnverwendungsbeschlusses die Maßgaben des § 82 Abs 5 GmbHG zu beachten.<sup>53)</sup>

Obwohl die Aktionäre nach der Rechtsprechung des OGH einer geringeren Treuepflicht unterliegen als die Gesellschafter der GmbH,<sup>54)</sup> muss auch für die AG der Grundsatz gelten, dass bei jeder Gewinnausschüttung, die die Existenz der Gesellschaft gefährden würde, eine sorgfältige Interessenabwägung vorzunehmen und gegebenenfalls von einer Gewinnausschüttung abzusehen ist.<sup>55)</sup>

### 4. Auswirkungen von unterbliebenen Gewinnausschüttungen auf zentrale Konzernfinanzierungen

Die Frage, ob und in welcher Höhe aufgrund der COVID-19-Krise Gewinnausschüttungen erfolgen, stellt auch die Führungskräfte von Konzernunternehmen vor Herausforderungen.

In Österreich gibt es für Sachverhalte im Konzern keine gesetzlichen Regelungen, die diese von den Kapitalerhaltungsvorschriften ausnehmen würden, wie dies für die Aktiengesellschaft in Deutschland der Fall ist.<sup>56)</sup> Sowohl die Bestimmungen über die Kapitalaufbringung als auch jene über die Kapitalerhaltung gelten daher grundsätzlich uneingeschränkt auch für verbundene Unternehmen.<sup>57)</sup>

Innerhalb von Konzernen wird häufig ein zentrales Cash-Management installiert. Dieses soll in erster Linie die rasch verfügbare Liquidität der Konzerngesellschaften sicherstellen, damit diese ihren Zahlungsverpflichtungen

46) OGH 31.1.2013, 6 Ob 100/12t, 8.1f; *Hügel* in FS Reich-Rohrwig, 49 (59f), kommt zu dem Ergebnis, dass auch im Falle der Existenzgefährdung der Gesellschaft eine Interessensabwägung vorzunehmen ist und der Gesellschafter bei eigener Existenzgefährdung oder anderem dringenden Finanzbedarf nicht für eine Thesaurierung stimmen muss.

47) OGH 27.2.1013, 6 Ob 17/13p, *Moser*, GesRZ 2013, 222.

48) Dies entspricht auch der deutschen Rechtslage, wonach die Geschäftsführer gem § 64 dGmbHG der Gesellschaft gegenüber zum Ersatz von Zahlungen an die Gesellschafter, die erkennbar zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, verpflichtet sind; *H.-F. Müller* in MünchKomm GmbHG<sup>3</sup> § 64 Rn 177ff; Im Falle der Erkennbarkeit zum Zeitpunkt der Erstellung des Jahresabschlusses wäre die drohende Insolvenz bereits im Rahmen der Bewertung zu berücksichtigen, da allenfalls nicht mehr von einer Unternehmensfortführung ausgegangen werden kann. Es wäre daher eine Bewertung zu Zerschlagungswer-

ten vorzunehmen; *Eckert* in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I<sup>2</sup>, 296 (315); *Eckert/Tipold*, GES 2013, 59.

49) OGH 31. 1. 2013, 6 Ob 100/12t; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 39 Rn 14.

50) Siehe oben zu 3.1.

51) *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, AktG III<sup>6</sup> § 202 Rn 13; *Diregger* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 202 Rn 31; *Dollenz/Lindbauer/Milla*, RWZ 2018, 250 (252).

52) *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 96 Rn 19; *Artmann* in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> § 53 Rn 8; *Eckert* in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I<sup>2</sup>, 296 (315); *Eckert/Tipold*, GES 2013, 61; *Arlt*, GesRZ 2014, 355; *Moser*, GesRZ 2008, 282f; gegen eine analoge Anwendung des § 82 Abs 5 GmbHG auf die AG *Karollus* in Leitner, Handbuch Verdeckte Gewinnausschüttung<sup>2</sup>, 26; und *Grossmayr/Reich-Rohrwig*, CuRe 2020/55.

53) *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 96 Rn 19.

54) OGH 24.10.2016, 6 Ob 169/16w; Ein

Aktionär ist nicht dazu verpflichtet, sein Stimmrecht allein zum Wohl der Gesellschaft auszuüben, sondern darf vielmehr im Rahmen der Grundsätze von Treu und Glauben und der guten Sitten eigene Interessen verfolgen; *Arlt*, GesRZ 2014, 356.

55) *Moser*, GesRZ 2008, 283; zur hM in Deutschland *Bayer* in MünchKomm AktG<sup>5</sup> § 58 Rn 110ff; demgemäß sind Ausschüttungen, die das Grundkapital oder gesetzliche Rücklagen angreifen, unzulässig; dem folgend *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 52 Rn 133.

56) Siehe §§ 291f, 308, 311 dAktG; *Artmann* in Artmann/Karollus, AktG I<sup>6</sup> § 52 Rn 26; *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 52 Rn 7f; *P. Doralt/Winner* in MünchKomm AktG<sup>5</sup>, § 57 Rn 355.

57) *Haberer* in Haberer/Krejci, Konzernrecht, Rn 11.106f; *Artmann* in Artmann/Karollus, AktG I<sup>6</sup> § 52 Rn 26; *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 52 Rn 7f; *P. Doralt/Winner* in MünchKomm AktG<sup>5</sup> § 57 Rn 355; *P. Doralt/Diregger* in MünchKomm AktG<sup>5</sup>, Österreichisches Konzernrecht Rn 156.

nachkommen können.<sup>58)</sup> Eine Variante der zentralen Konzernfinanzierung bildet die Konzentrierung der Aufnahme von Fremdfinanzierungen bei einer Konzerngesellschaft, der Clearing-Gesellschaft. Diese nimmt Kredite bei Banken auf und verteilt die finanziellen Mittel im Konzern. Sofern es sich bei der Clearing-Gesellschaft um eine reine Finanzierungsgesellschaft handelt, ist diese häufig mit geringem Eigenkapital ausgestattet.<sup>59)</sup> Die Bonität der Finanzierungsgesellschaft hängt diesfalls von einer Besicherung durch die Muttergesellschaft und der Bonität der einzelnen Konzerngesellschaften ab, die in den meisten Fällen dazu verpflichtet werden, ihre überschüssige Liquidität bei der Finanzierungsgesellschaft zu bündeln.<sup>60)</sup>

Die Zulässigkeit von Finanzierungsmaßnahmen, bei denen unter den einzelnen Konzernmitgliedern ein Leistungsaustausch erfolgt, richtet sich danach, ob sie mit dem Verbot der unzulässigen Einlagenrückgewähr vereinbar sind. Bei der Beurteilung eines Sachverhaltes im Zusammenhang mit einem (fiktiven) Cash-Pooling hat der OGH entschieden, dass ein Fremdvergleich für den Abschluss der Vereinbarungen nicht maßgeblich sein kann und vorwiegend auf die betriebliche Rechtfertigung abzustellen ist, da derartige Vereinbarungen mit Dritten nicht abgeschlossen werden. Es kommt darauf an, ob die Finanzierungsmaßnahmen und Vereinbarungen von einem sorgfältig handelnden Leitungsorgan im Interesse der Gesellschaft abgeschlossen worden wären.<sup>61)</sup> Im Zusammenhang mit einer Kreditvergabe innerhalb des Konzerns sind dabei insbesondere die Werthaltigkeit des Rückforderungsanspruches sowie die Sicherheit der Rückführbarkeit der Kreditmittel maßgeblich.<sup>62)</sup>

Werden nun von einer Konzernmutter Kredite aufgenommen, die an die einzelnen Konzerngesellschaften weitergereicht werden, muss die Konzernmutter die Raten des zentralen Kredites gegenüber der Bank bedienen können. Es kann auch sein, dass eine Muttergesellschaft, die in einen Konzern mit zentraler Finanzierung eingebunden ist, zur Weiterleitung ihrer finanziellen Mittel an eine Clearing-Gesellschaft verpflichtet ist, damit diese die

Kreditraten der Banken bedienen kann. In beiden Fällen ist die Muttergesellschaft wesentlich von den Gewinnausschüttungen ihrer Tochtergesellschaften abhängig, da diese der Muttergesellschaft die notwendige Liquidität vermitteln.

Werden nun von den Tochtergesellschaften aufgrund der vorliegenden COVID-19-Krise keine Gewinne ausgeschüttet, kann die Muttergesellschaft mangels Liquidität die Kreditraten nicht mehr bedienen oder – sofern eine Weiterleitung an die Clearing-Gesellschaft zu erfolgen hat – ihren Beitrag zur Rückführung der Kredite nicht mehr leisten. Die Folge könnte die Zahlungsunfähigkeit der Muttergesellschaft oder der Clearing-Gesellschaft sein. Es könnten auch allfällige von den Tochtergesellschaften abgegebene Sicherheiten gegenüber der Bank schlagend werden, die bei diesen zu einer Zahlungsunfähigkeit führen könnten. In diesem Zusammenhang sollte bedacht werden, dass Maßnahmen zu Stundungen von Kreditrückzahlungen im Zusammenhang mit COVID-19 grundsätzlich nur für Verbraucherverträge gelten<sup>63)</sup> und allenfalls mit den finanzierenden Banken eigene Vereinbarungen getroffen werden müssen.

Die Entscheidung, ob und in welcher Höhe von einer Gesellschaft Gewinnausschüttungen vorgenommen werden, erfährt daher in einem Konzern mit zentraler Konzernfinanzierung eine für alle Konzerngesellschaften weitreichende Bedeutung und ist bei Ermessensentscheidungen mit zu berücksichtigen.<sup>64)</sup>

## 5. Business Judgement

Das wohl „größte Kopfzerbrechen“ im Zusammenhang mit den Fragen der Gewinnausschüttung trifft derzeit sowohl bei der GmbH als auch bei der AG in erster Linie die Leitungsorgane der Gesellschaften.

In jenen Fällen, in denen bei einer GmbH die Voraussetzungen des § 82 Abs 5 GmbHG vorliegen, kommt den Geschäftsführern bei der Wahl, ob und allenfalls in welcher Höhe der Bilanzgewinn von der Ausschüttung ausgenommen werden soll, wenig bis gar

kein Spielraum zu, da jedenfalls ein der Vermögensschmälerung entsprechender Gewinnvortrag zu bilden ist. Auch wenn die Generalversammlung unzulässigerweise einen anderslautenden Gewinnausschüttungsbeschluss fassen sollte, dürfte eine Auszahlung nicht erfolgen.<sup>65)</sup> Dasselbe gilt aufgrund der oben dargelegten analogen Anwendung des § 82 Abs 5 GmbHG auf die AG auch für den Vorstand und den Aufsichtsrat der AG.

In jenen Fällen, in denen die Voraussetzungen des § 82 Abs 5 GmbHG nicht oder noch nicht vorliegen bzw nach Abzug des zwingend zu bildenden Gewinnvortrages noch ausschüttungsfähiger Gewinn vorhanden ist, ist eine Entscheidung darüber zu treffen, ob eine Gewinnausschüttung an die Gesellschafter vorgenommen werden kann. Würde die Gewinnausschüttung die Existenz gefährden, scheidet ein Ermessensspielraum nach den oben dargelegten Grundsätzen aus und der Gewinn darf nicht ausgeschüttet werden.

In den Fällen, in denen den Leitungsorganen bei der Entscheidung, ob und in welcher Höhe Gewinnrücklagen zu bilden und Gewinne von der Ausschüttung ausgenommen werden sollen, ein Ermessen zukommt, können jedoch Gewinnausschüttungen trotz der derzeit ungewissen wirtschaftlichen Entwicklungen in der Zukunft und allfälliger Vermögensschmälerungen betrieblich gerechtfertigt und unter Umständen für das längerfristige Überleben der Gesellschaft notwendig sein.

Die Sorgfaltspflicht der Geschäftsführung ergibt sich dabei aus der Business Judgement Rule, die in § 25 Abs 1a GmbHG und § 84 Abs 1a AktG gesetzlich verankert ist.<sup>66)</sup> Demgemäß handelt ein Geschäftsführer oder ein Vorstandsmitglied jedenfalls im Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, wenn er sich bei einer unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten lässt und auf der Grundlage angemessener Information annehmen darf, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Dies gilt für Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder von abhängigen und unabhängigen Gesellschaften gleichermaßen. Für Konzern-

58) *Wehlen* in Lutter/Scheffler/Schneider, Handbuch der Konzernfinanzierung, Rn 23.6f; *Obradovic/Wietrzyk* in Haberer/Krejci, Konzernrecht, Rn 12.1; *J. Vetter* in Lutter/Bayer, Holding-Handbuch<sup>5</sup> Rn 11.1ff; *Foglar-Deinhardstein* in Foglar-Deinhardstein, Verdeckte Gewinnausschüttung, 1/148f;

59) *Theisen* in Lutter/Scheffler/Schneider, Handbuch der Konzernfinanzierung, Rn 22.3.

60) *Fellner/Rüffler*, GES 2019, 59ff.

61) OGH 2.5.2019, 17 Ob 5/19p, NZ 2019/74, 222 (*Foglar-Deinhardstein*) = RWZ 2019/61, 288 (*Wenger*) = ÖBA 2019, 2605, 741 (*Scheuwimmer*) = JAP 2019/2020/4, 45 (*Rauter*) = ecolex 2019/321, 754 (*Welten*) = GesRZ 2019, 344 (*Edel*); *Fellner/Rüffler*, GES 2019, 59ff.

62) OGH 2.5.2019, 17 Ob 5/19p; *Fellner/Rüffler*, GES 2019, 64ff.

63) Siehe dazu § 2 Abs 1 des 2. Bundesgesetzes betreffend Begleitmaßnahmen zu

COVID-19 in der Justiz (2. COVID-19-JuBG), BGBl I Nr 24/2020.

64) Siehe dazu Kapitel 5.

65) Siehe dazu Kapitel 3.1.

66) *J. Reich-Rohrwig*; *Cl. Grossmayer*; *K. Grossmayer*; *Zimmermann* in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 84 Rn 100ff; *Fehl/Told* in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 25 Rn 30ff; *Reich-Rohrwig* in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rn 33ff; *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 84 Rn 8.



gesellschaften gilt, dass ein Konzerninteresse nur ausgerichtet nach dem Wohle der Gesellschaft mit zu berücksichtigen ist.<sup>67)</sup>

Es ist zu bedenken, dass eine unterbliebene Gewinnausschüttung die Liquidität der Muttergesellschaft beeinträchtigt und diese allenfalls die Raten eines Konzernkredites nicht mehr zurückzahlen kann. Die Zahlungsunfähigkeit der Konzernmutter kann im Sinne eines Dominoeffektes die Insolvenzen von übrigen Konzernmitgliedern nach sich ziehen, zum Beispiel wenn bei der Tochtergesellschaft ein allfälliger Rückforderungsanspruch aus gewährten Darlehen abgeschrieben werden muss oder Sicherheiten schlagend werden.<sup>68)</sup>

Im Falle einer zentralen Konzernfinanzierung hängt daher das Ausmaß, in dem sich das Konzerninteresse auf ein Konzernmitglied auswirkt und das somit bei der Entscheidung über die Gewinnausschüttung zu berücksichtigen ist, von der Abhängigkeit der Gesellschaft von den zentralen Liquiditätsmitteln, der Größenordnung eines allfälligen Rückforderungsanspruches aus gewährten Darlehen und der Wahrscheinlichkeit, ob für einen zentralen Konzernkredit abgegebene Sicherheiten schlagend werden könnten, ab.

Es liegt weder im Interesse der Gesellschaft selbst noch in jenem ihrer Gläubiger, wenn die Bildung einer Gewinnrücklage kurzfristig die Liquidität erhöht, aber die zentralen Drittmittel von der Konzernspitze oder der Clearing-Gesellschaft nicht mehr zurückgezahlt werden können, diese insolvent wird und dies zum Zusammenbruch des Konzerns führt. Derartige Szenarien sind von den Leitungsorganen bei der Auf- bzw Feststellung des Jahresabschlusses und im Rahmen ihres Gewinnverwendungsvorschlages ausreichend einzukalkulieren. Sofern eine Gesellschaft nicht in einen Konzern eingebunden ist und unterbliebene Gewinnausschüttungen auf die Gesellschaft selbst keine Auswirkungen haben können, wird ein allfälliger Liqui-

ditätsengpass der Gesellschafter außer Acht zu lassen sein. In diesem Sinne wird der Umstand, dass ein Gesellschafter aufgrund einer unterbliebenen Gewinnausschüttung den Kredit für seine Yacht nicht mehr tilgen kann, bei der Entscheidung der Leitungsorgane über eine Gewinnausschüttung nicht zu berücksichtigen sein.

Eine erhebliche Einschränkung auf eine allfällige Ermessensentscheidung im Zusammenhang mit der Gewinnausschüttung kann sich jedoch ergeben, wenn eine Gesellschaft eine finanzielle Maßnahme seitens der COVID-19-Finanzierungsagentur des Bundes GmbH („COFAG“)<sup>69)</sup> in Anspruch nehmen möchte. Zur Erhaltung der Zahlungsfähigkeit und Überbrückung von Liquiditätsschwierigkeiten von Unternehmen stellt der Bund gem § 2 Abs 2 Z 7 ABBAG-Gesetz nach Maßgabe der Vorgaben der Europäischen Kommission<sup>70)</sup> finanzielle Mittel in Form von Direktzuschüssen, Garantien und Direktkrediten zur Verfügung. Der Bundesminister für Finanzen hat im Anhang einer Verordnung<sup>71)</sup> Richtlinien erlassen, unter welchen Voraussetzungen die Unternehmen die Inanspruchnahme derartiger finanzieller Mittel beantragen können. Im Rahmen der Antragstellung hat sich der Antragsteller unter anderem dazu zu verpflichten, „die Entnahmen des Inhabers des Unternehmens bzw. die Gewinnausschüttung an Eigentümer für den Zeitraum der finanziellen Maßnahme auf die wirtschaftlichen Verhältnisse angepasst zu gestalten (Dividenden- und Gewinnausschüttungsverbot vom 16.3.2020 bis zum 16.3.2021 und maßvolle Dividenden- und Gewinnausschüttungspolitik für die verbleibende Laufzeit), keine Rücklagen zur Erhöhung des Bilanzgewinns aufzulösen und die aus der finanziellen Maßnahme erhaltene Liquidität nicht (i) zur Zahlung von Gewinnausschüttungen, (ii) zum Rückkauf eigener Aktien und (iii) zur Zahlung von Boni an Vorstände oder Geschäftsführer zu verwenden“.<sup>72)</sup>

Das bedeutet, sofern ein Unternehmen finanzielle Mittel seitens der COFAG

in Anspruch nehmen möchte, muss es sich bei der Antragstellung verpflichten, keine Gewinnausschüttungen an die Gesellschafter vorzunehmen. Diese Pflicht haben die Leitungsorgane bei der Entscheidung, ob sie finanzielle Mittel der COFAG beantragen wollen sowie anschließend bei der Entscheidung über allfällige Gewinnausschüttungen, zu berücksichtigen, was sich aber durchaus aus der geltenden Rechtslage ergibt. Welche Sanktionen eine Gesellschaft treffen, die gegen diese auferlegte Pflicht verstößt, ist in den Richtlinien jedoch nicht dargelegt.

## 6. Zusammenfassung

Die Empfehlung der EZB und die daran anschließende Stellungnahme der FMA sind für Kreditinstitute grundsätzlich nicht bindend. Um die in der Stellungnahme der EZB verfolgten Ziele zu erreichen und der Empfehlung der EZB oder der Stellungnahme der FMA folgen zu können, haben die Kreditinstitute unter Umständen eine vorübergehende Satzungsänderung vorzunehmen.

Sowohl bei der GmbH als auch der AG sind bei einer Verschlechterung der Vermögenssituation zwischen Bilanzstichtag und der Gewinnausschüttung werterhellende Umstände im Jahresabschluss zu berücksichtigen. Nach den einschlägigen Fachempfehlungen handelt es sich bei den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie für Gesellschaften in Europa grundsätzlich um wertbeeinflussende Umstände, die in Jahresabschlüssen mit Bilanzstichtag 31.12.2019 nicht zu berücksichtigen sind. Für Gesellschaften, die von einer Unternehmenstätigkeit in China abhängig sind, können sich im Einzelfall auch mit einem Abschlussstichtag vor dem 31.12.2019 berücksichtigungswürdige Umstände ergeben. Für Abschlussstichtage nach dem 31.12.2019 stellen die Fachempfehlungen auf Veröffentlichungen von Behörden und die konkrete Auswirkung von behördlichen Maßnahmen ab.

67) *Altmeppen* in MünchKomm AktG<sup>5</sup> § 308 Rn 157ff; *Obradovic/Wietrzyk* in Haberer/Krejci, Konzernrecht, Rn 12.51; *Emmerich* in Emmerich/Habersack Aktien- und GmbH-Konzernrecht<sup>9</sup> § 308 AktG Rn 54; *Told* in Artmann/Rüffler/Torggler, Konzern – Einheit oder Vielheit?, 136f.

68) *Schmidberger/Duursma* in Mitterdorfer/Mittermair, Handbuch Unternehmensfinanzierung BT 2/471; *Billek*, Cash Pooling im Konzern (2009), 147; *J. Vetter* in Lutter/Bayer, Holding-Handbuch<sup>5</sup> Rn 11.7ff; *Obradovic/Wietrzyk* in Haberer/Krejci, Konzernrecht Rn 12.4; zu den Synergien bei der Insolvenz des AEG-Konzerns in *Kübler*, ZGR 1984,

560.

69) Dabei handelt es sich um eine Tochtergesellschaft der Abbaubeteiligungsaktiengesellschaft des Bundes (ABBAG) gem § 6a Abs 2 ABBAG-Gesetz (Bundesgesetz über die Einrichtung einer Abbaubeteiligungsaktiengesellschaft des Bundes, zuletzt geändert durch BGBl 23/2020).

70) Diese ergeben sich insb aus der Mitteilung der Kommission Befristeter Rahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19, AB1 C 91 I/1, in der Fassung der Mitteilung der Kommission vom 3.4.2020, C(2020) 2215 final, AB1 C 112 I/1.

71) Anhang zur Verordnung des Bundes-

ministers für Finanzen gem § 3b Abs 3 des ABBAG-Gesetzes betreffend 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, BGBl II Nr 143/2020.

72) Punkt 12.1.6 Anhang zur Verordnung zur Verordnung des Bundesministers für Finanzen BGBl II Nr 143/2020; *Grossmayr/Reich-Rohrwig*, CuRe 2020/55.

Für eine Going-Concern Betrachtung ist gegebenenfalls eine Fortbestehensprognose erforderlich. Selbst bei einem im Jahresabschluss noch nicht berücksichtigten COVID-19-Wertverlust ergibt sich aus den Regelungen zur Kapitalerhaltung, insbesondere aus § 82 Abs 5 GmbHG, welcher für Aktiengesellschaften analog gilt, dass bei nicht nur vorübergehender Vermögensschmälerung Gewinnvorträge in entsprechender Höhe zu bilden sind.

Sofern eine Gewinnausschüttung die Existenz der Gesellschaft bedrohen würde, hat eine Gewinnausschüttung zu unterbleiben. Die Gesellschafter haben allenfalls aufgrund der sie treffenden Treuepflicht entsprechende Beschlüsse, die den Vortrag eines Bilanzgewinnes oder die Bildung von Gewinnrücklagen vorsehen, zu fassen.

Bei der Beurteilung der Krise und deren Qualifikation als vorübergehend sind Kriterien wie Verminderung des Nennkapitals, steigende Verluste, sinkende Umsätze, wachsende Lagerbestände, Überkapazitäten, negativer Cash-Flow sowie zunehmende Verschuldung zu beachten.

Bei der Zulässigkeit von Ausschüttungen von Gewinnen innerhalb eines Konzerns ist die Business Judgement Rule anzuwenden und es hat eine Abwägung zwischen den Interessen der Gesellschafter bzw Aktionäre auf Gewinnausschüttung und dem Interesse der Gesellschaft am Erhalt von Liquidität stattzufinden. Die Auswirkungen des Entzugs von Liquidität innerhalb der Konzerngruppe mit zentraler Finanzierung sind dabei ausreichend mit zu berücksichtigen. ♦

## Literaturverzeichnis

AFRAC-Fachinformation: Auswirkungen der Ausbreitung des Coronavirus (COVID-19) auf die Unternehmensberichterstattung (April 2020) mit Hinweis auf die Publication der Accountancy Europe vom 20.3.2020, abrufbar unter: <https://www.accountancyeurope.eu/publications/coronavirus-crisis-implications-on-reporting-and-auditing/>.

Arlt, Pflicht zur Anfechtung von Gewinnausschüttungsbeschlüssen? GesRZ 2014, 351.

Artmann / Karollus, AktG I<sup>6</sup>(2018).

Artmann / Karollus, AktG II<sup>6</sup> (2018).

Artmann / Karollus, AktG III<sup>6</sup> (2018).

B. Raschauer, „Leitlinien“ europäischer Agenturen, ÖZW 2013, 34.

B. Raschauer, Subnormative Verhaltenssteuerungen, in FS Heinz Schäffer (2006), 685.

Billek, Cash Pooling im Konzern (2009).

Calliess / Ruffert, EUV/AEUV<sup>5</sup> (2016).

Dellinger, Bankwesengesetz – Kommentar<sup>9</sup> (2017).

Dickschen, Empfehlungen und Leitlinien als Handlungsformen der Europäischen Finanzaufsichtsbehörden (2017).

Dollenz / Lindbauer / Milla, Nichtigkeit des Jahresabschlusses: Zur Relevanz von Wesentlichkeit bei verbotener Einlagenrückgewähr, RWZ 2018, 250.

Doralt / Nowotny / Kalss, AktG<sup>2</sup> (2012).

Eckert in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf und Due Dilligence I<sup>2</sup> (2015).

Eckert, Entnahmen und Gesellschafterverrechnungskonten in der Insolvenz der GmbH, in Konecny, Insolvenz-Forum 2016 (2017), 17.

Eckert / Tipold, Strafbare Dividenden, GES 2013, 59.

Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht<sup>9</sup> (2019).

Empfehlung der Europäischen Zentralbank vom 27. März 2020 zu Dividendenausschüttungen während der COVID-19-Pandemie und zur Aufhebung der Empfehlung EZB/2020/1 (EZB/2020/19), ABI C 102 I, 1, abrufbar unter: [https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/oj\\_c\\_2020\\_102i\\_full\\_de\\_txt.pdf](https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/oj_c_2020_102i_full_de_txt.pdf).

Empfehlung der FMA zu Dividendenausschüttungen und Anteilsrückkäufen während der COVID-19-Pandemie, abrufbar unter: <https://www.fma.gv.at/download.php?d=4409>.

Fellner / Rüdfler, Zentrale Konzernfinanzierung und Verbot der Einlagenrückgewähr, GES 2019, 59.

Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein, Verdeckte Gewinnausschüttung (2019).

Foglar-Deinhardstein / Aburumieh / Hoffenscher-Summer, GmbHG (2017).

Gellis / Feil, Kommentar zum GmbH-Gesetz<sup>7</sup> (2009).

Goette / Habersack / Kalss, Münch-Komm AktG<sup>5</sup> (2019).

Grossmayr / Reich-Rohrwig, Nachträgliche Schmälerung von Dividendenausschüttungen? CuRe 2020/55.

Gruber / Harrer, GmbHG<sup>2</sup> (2018).

Haberer / Krejci, Konzernrecht (2016).

Hügel, Gewinnverwendung und Theaurierung in der AG und der GmbH, in FS Reich-Rohrwig (2014), 49.

J. Vetter in Lutter/Bayer, Holding-Handbuch<sup>5</sup> (2015).

Jabornegg / Artmann, UGB II<sup>2</sup> (2017).

K. Schmidt, Satzungsmaßige Gewinnverwendungsklauseln bei Kapitalgesellschaften, in FS P. Doralt (2004), 597.

Kalss / Nicolussi, Aktuelle Satzungs-gestaltungen in Aktiengesellschaften, GesRZ 2017, 203.

Karollus in Leitner, Handbuch Verdeckte Gewinnausschüttung<sup>2</sup> (2014).

Koppensteiner, Durchsetzung von Gewinnansprüchen der Minderheit bei GmbH und OG, RdW 2018, 412.

Koppensteiner / Rüdfler, GmbHG<sup>3</sup> (2007).

Kübler, Konzern und Insolvenz, ZGR 1984, 560.

Ladler, Das Europäische System der Finanzaufsicht nach der Reform, ZFR 2020, 165.

Laurer / M. Schütz / Kammel / Ratka, BWG<sup>4</sup> (2019).

Leitfaden Fortbestehensprognose, gemeinsame Stellungnahme der Kammer der Wirtschaftstreuhänder, Wirtschaftskammer Österreich und KMU Forschung Austria, 2016.

Leitfaden zum Erkennen von Unternehmenskrisen, Stellungnahme KFS/BW 5 vom 24.3.2010.

Moser, Ausschüttungsverbot bei erheblicher nicht nur vorübergehender Verschlechterung der Vermögenslage, SWK 2020, 626.

Moser, Gewinnausschüttung aus einer GmbH und einer AG in einer Verlustsituation – ein gesellschaftsrechtlicher Vergleich, GesRZ 2008, 280.

Moser, Voraussetzungen treuwidriger Stimmrechtsausübung iZm Beschlussfassung über Gewinnausschüttung, GesRZ 2013, 222.

Russ / Bollenberger, Leitlinien der europäischen Aufsichtsbehörden im Rahmen des ESFS, ÖBA 2015, 806.

Schmidberger / Duursma in Mitterdorfer/Mittermair, Handbuch Unternehmensfinanzierung (2017).

Schopper / Walch, Ausgewählte Fragen zur Kapitalverwendung und -verteilung im Kapitalgesellschaftsrecht, NZ 2018, 147.

Schwarze, Soft Law im Recht der Europäischen Union, EuR 2011, 3.

Spiegelfeld / Foglar-Deinhardstein, Sanierungsinstrumente in der Krise der Kapitalgesellschaft und Treuepflichten der Anteilseigner, in FS Torggler (2013), 1139.

Straube / Ratka / Rauter, UGB II/RLG<sup>3</sup>.

Straube / Ratka / Rauter, WK GmbHG.

Streinz, EUV/AEUV<sup>3</sup> (2018).

Told in Artmann/Rüdfler/Torggler, Konzern – Einheit oder Vielheit? (2019).

U. Torggler, UGB<sup>3</sup> (2019).

Verordnung (EU) Nr 1024/2013 des Rates vom 15. Oktober 2013 zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zu-

sammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank, ABl L 287/63.

Verordnung (EU) Nr 468/2014 der Europäischen Zentralbank vom 16. April 2014 zur Einrichtung eines Rahmengerüsts für die Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Zentralbank und den nationalen zuständigen Behörden und den nationalen benannten Behörden innerhalb

des einheitlichen Aufsichtsmechanismus (SSM-Rahmenverordnung), ABl L 141/1.

Verordnung (EU) Nr 651/2014 der Kommission zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen im Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl L 187/1;

von Graevenitz, Mitteilungen, Leitlinien, Stellungnahmen – Soft Law der EU mit Lenkwirkung, EuZW 2013, 169

Wehlen in Lutter/Scheffler/Schneider, Handbuch der Konzernfinanzierung (1998).

Zöllner / Noack, Kölner Kommentar zum AktG<sup>3</sup>(2009).