

MASTERARBEIT | MASTER'S THESIS

Titel | Title

Analyse von eigenkapitalersetzenden Gesellschafternutzungsüberlassungen und
deren rechtliche Einordnung

verfasst von | submitted by

Mag.iur. Jonas von Wallpach

angestrebter akademischer Grad | in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Master of Science (MSc)

Wien | Vienna, 2025

Studienkennzahl lt. Studienblatt |
Degree programme code as it appears on the
student record sheet:

UA 066 915

Studienrichtung lt. Studienblatt | Degree
programme as it appears on the student
record sheet:

Masterstudium Betriebswirtschaft

Betreut von | Supervisor:

o. Univ.-Prof. Dr. Dr. Arthur Weilingner

Abstract

Die Arbeit untersucht die bisher in Rsp und Lehre meist als „eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung“ bezeichnete Figur, bei der ein Gesellschafter seiner Gesellschaft eine Sache zum Gebrauch (etwa im Wege der Miete) überlässt. Durch das GIRÄG 2003 wurden diese Sachverhalte in Abkehr von den bisherigen Rechtsprechungsregeln aus dem Eigenkapitalersatzrecht ausgenommen (§ 3 Abs 3 EKEG). Sowohl der Tatbestand als auch die Rechtsfolgen des neu geschaffenen Systems werden grundlegend aufgearbeitet und analysiert.

Auf Tatbestandsebene bildet zunächst der weite Kreditbegriff des EKEG den Ausgangspunkt der nachfolgenden dogmatischen Erwägungen. Es werden drei Fallgruppen dieses Kreditbegriffs entwickelt, von denen insbesondere die spätere Erfüllung eines Rückgabeanspruches (Fallgruppe 1) und die Leistung des Entgelts in Abweichung vom Zug-um-Zug-Prinzip (Fallgruppe 2) für die vorliegende Arbeit relevant sind. Daraus folgt, dass die Überlassung der Sache im Eigenkapitalersatzrecht streng von der Kreditierung des Entgelts zu trennen ist (vgl auch § 3 Abs 3 EKEG).

Es wird die Kritik der älteren Lehre, die zur Schaffung des § 3 Abs 3 EKEG geführt hat, dargestellt und anknüpfend daran untersucht, welche Vertragsverhältnisse im Einzelnen von dieser Ausnahme erfasst sind. Besonderes Augenmerk wird auf die gebotene Abgrenzung von Kreditsicherungsmitteln gelegt.

Andererseits wird dargelegt, dass die Kreditierung des Nutzungsentgelts „ursprünglich“ durch Vereinbarung langer Leistungsperioden und später Zahlungsziele erfolgen kann. Daneben liegt auch in der „nachträglichen“ Kreditierung durch Stundung, Verlängerung des Zahlungsziels oder schlicht unterlassener Einforderung eine eigenkapitalersetzende Kreditierung. Dabei wird auch die Relevanz der Ausnahmetatbestände der § 3 Abs 1 Z 2 und Z 3 EKEG dargelegt.

Auf Rechtsfolgenebene gilt es zunächst zwischen Rechtsfolgen in der Krise und Rechtsfolgen im Insolvenzverfahren zu differenzieren. Letztere sind dabei als *lex specialis* anzusehen. In der Krise (außerhalb des Insolvenzverfahrens) kann der Nutzungsüberlassungsvertrag im Wesentlichen nach allgemeinem Zivilrecht aufgelöst werden und ist die Sache nach allgemeinen Regeln zurückzustellen. Kündigungen und Rückstellungen können in einem allenfalls anschließenden Insolvenzverfahren anfechtungsrechtlich rückgängig gemacht werden. Das kreditierte Nutzungsentgelt unterliegt hingegen der Rückzahlungssperre gem § 14 Abs 1 EKEG und darf bis zur nachhaltigen Sanierung nicht ausbezahlt werden, widrigenfalls der Gesellschaft die Mittel durch den Rückerstattungsanspruch wieder zugeführt werden kann. Eine analoge Anwendung des § 14 Abs 2 scheidet dabei aus.

Im Insolvenzverfahren greift demgegenüber eine Reihe an Sonderbestimmungen. Wenngleich es sich größtenteils um allgemein insolvenzrechtliche Normen handelt, unterliegen eine Vielzahl der Gesellschafternutzungsüberlassungsverhältnisse den jeweiligen Anwendungsbereichen und sind diese damit für den Untersuchungsgegenstand von großer Relevanz. Die Vertragstreuepflicht wird für die Gesellschaft insbesondere durch § 23 IO gelockert. Auf der anderen Seite sieht die IO Verschärfungen für den Gesellschafter vor. Die Vertragsauflösung wird ihm durch die Vertragsauflösungssperre des § 25a IO und das Verbot von Lösungsklauseln in § 25b Abs 2 IO erschwert. Wenn der Vertrag aufgelöst wurde, greift insbesondere die in § 26a IO normierte Zwangsstundung des Aussonderungsanspruches, der ausschließlich für die untersuchungsgegenständlichen Gesellschafternutzungsüberlassungen gilt. Daneben ist mitunter auch § 12c IO einschlägig.

Wie bereits erwähnt können Vertragsauflösungen und Rückstellungen der Sache in der Zeit vor dem Insolvenzverfahren durch das Anfechtungsrecht rückgängig gemacht werden. Eine Untersuchung ergibt, dass der Anwendungsbereich mehrerer Anfechtungstatbestände grundsätzlich eröffnet ist, als bisher in der Lehre angenommen.

Für das Nutzungsentgelt greift in der Insolvenz eine differenzierte Betrachtung. So können einzelne Forderungen/Forderungsteile entweder nachrangige Forderungen iSd § 57a IO, Insolvenzforderungen oder auch Masseforderungen darstellen. Die Klassifikation hängt einerseits davon ab, ob eine eigenkapitalersatzrechtlich relevante Kreditierung stattgefunden hat, andererseits davon, ob das Entgelt für einen Zeitpunkt vor oder nach Insolvenzeröffnung zusteht. Sicherheiten für nachrangige Forderungen erlöschen gem § 12b IO.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	1
1 Einleitung	4
1.1 Problemstellung und Forschungsfrage	4
1.2 Aufbau der Arbeit	6
1.3 Methoden der Untersuchung	6
2 Grundlagen des Eigenkapitalersatzrechts	7
2.1 Das Grundproblem	7
2.2 Geschichtlicher Aufriss	8
2.2.1 Das deutsche Recht als Ausgangspunkt	8
2.2.2 Die Entwicklung in Österreich bis zu den frühen 2000ern	9
2.2.3 Das GIRÄG 2003	11
2.3 Der Grundtatbestand des § 1 EKEG und seine Merkmale	13
2.3.1 Der Begriff der Krise (§ 2 EKEG)	14
2.3.2 Die erfassten Gesellschaften (§ 4 EKEG)	16
2.3.3 Die erfassten Gesellschafter (§ 5ff EKEG)	18
3 Die Tatbestandsebene: Kredit und Nutzungsüberlassung	23
3.1 Der weite Kreditbegriff des EKEG	23
3.1.1 Allgemeines	23
3.1.2 Einteilung in Fallgruppen	25
3.1.3 Kreditzinsen: Eine systemwidrige Vermischung der Fallgruppen	29
3.2 Die Gesellschafternutzungsüberlassung als Ausnahme vom Kreditbegriff (§ 3 Abs 3 EKEG)	34
3.2.1 Entwicklung und Hintergründe des § 3 Abs 3 EKEG	34
3.2.2 Taugliche Titel für die Gesellschafternutzungsüberlassung	38
3.2.3 Taugliche Gegenstände der Gesellschafternutzungsüberlassung	52
3.3 Die Kreditierung des Nutzungsentgelts	54
3.3.1 Keine Kreditierung durch Beginn oder Fortführen des Gebrauchsüberlassungsverhältnisses in der Krise	55
3.3.2 Ursprüngliche Kreditierung	57
3.3.3 Nachträgliche Kreditierung	80

3.4	Ergebnis	86
4	Rechtsfolgen in der Krise	88
4.1	Beendigung des Nutzungsüberlassungsvertrages und Rückforderbarkeit der überlassenen Sache	88
4.2	Die Rechtsfolgen des § 14 EKEG	91
4.2.1	Die Rückzahlungssperre (§ 14 Abs 1 erster Satz EKEG)	91
4.2.2	Der Rückerstattungsanspruch (§ 14 Abs 1 zweiter und dritter Satz, Abs 3 EKEG) 94	
4.2.3	Besicherung des Entgeltanspruchs	96
4.2.4	Keine analoge Anwendung des § 14 Abs 2 EKEG auf ursprüngliche Kreditierungen.....	97
5	Rechtsfolgen im Insolvenzverfahren.....	101
5.1	Beendigung des Nutzungsüberlassungsvertrages	101
5.1.1	Kündigungsmöglichkeiten des Insolvenzverwalters	102
5.1.2	Kündigungsmöglichkeiten des Gesellschafters.....	105
5.2	Rückforderbarkeit der überlassenen Sache.....	108
5.2.1	Die Zwangsstundung des Aussonderungsrechts gem § 26a IO	108
5.2.2	Aufschub der Räumungsexekution gem § 12c IO	114
5.3	Anfechtung des Abzugs der Sache vor Insolvenzeröffnung	118
5.3.1	Allgemeine Anfechtungsvoraussetzungen	118
5.3.2	Keine Anfechtbarkeit	120
5.3.3	Anfechtung wegen Benachteiligungsabsicht nach § 28 Z 1 und Z 3 IO.....	122
5.3.4	Anfechtung wegen objektiver Begünstigung (inkongruenter Deckung) nach § 30 Abs 1 Z 1 IO.....	122
5.3.5	Anfechtung wegen subjektiver Begünstigung (Begünstigungsabsicht) nach § 30 Abs 1 Z 2 IO.....	123
5.3.6	Anfechtung wegen Gläubigerdeckung nach § 31 Abs 1 Z 1 erster Fall IO	124
5.3.7	Anfechtung eines nachteiligen Rechtsgeschäfts nach § 31 Abs 1 Z 1 zweiter Fall IO	124
5.3.8	Ergebnis.....	125
5.4	Behandlung des Entgeltanspruchs	125

5.4.1	Eigenkapitalersetzender Kredit: Der Entgeltanspruch als nachrangige Forderung iSd § 57a IO.....	126
5.4.2	Nicht eigenkapitalersetzender Kredit: Der Entgeltanspruch als Insolvenzforderung iSd § 51 IO	132
5.4.3	Nutzungsüberlassung ab Insolvenzeröffnung: Der Entgeltanspruch als Masseforderung iSd § 46 IO	132
5.4.4	Ein Beispiel	134
5.4.5	Besicherung des Entgeltanspruchs	135
6	Conclusio.....	142
7	Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse.....	145
	Literaturverzeichnis.....	A
	Judikaturverzeichnis.....	I

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
abl	ablehnend
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
Anh	Anhang
arg	argumento
AO	Ausgleichsordnung
Art	Artikel
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
ca	circa
Co	Compagnon
d	deutsch/e/er/es
ders	derselbe
dh	das heißt
dies	dieselbe
E	Entscheidung
EKEG	Eigenkapitalersatzgesetz
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
Erläut	Erläuterungen
etc	et cetera
EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessensvereinigung
f	folgend/e/er/es
ff	die folgenden
FN	Fußnote
FS	Festschrift
gem	gemäß
GesbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts

ggf	gegebenenfalls
ggü	gegenüber
GIRÄG	Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GP	Gesetzgebungsperiode
grds	grundsätzlich
hA	herrschende Ansicht
HG	Handelsgericht
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Folge
idgF	in der geltenden Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
idZ	in diesem Zusammenhang
ieS	im engeren Sinne
insb	insbesondere
IO	Insolvenzordnung
iSe	im Sinne eine/r/s
iSd	im Sinne der/des
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinne
iZm	in Zusammenhang mit
iZw	im Zweifel
KG	Kommanditgesellschaft
KO	Konkursordnung
krit	kritisch
LG	Landesgericht
lit	litera
Lit	Literatur
maW	mit anderen Worten
ME	Ministerialentwurf
mE	meines Erachtens
MRG	Mietrechtsgesetz

mwN	mit weiteren Nachweisen
nF	neue Fassung
ö	österreichisch/e/er/es
OG	Offene Gesellschaft
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
pa	per analogiam
RG	Reichsgericht
RGBI	Reichsgesetzblatt
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer
SCE	Societas Cooperativa Europaea
SE	Societas Europaea
sog	sogenannte/r/s/n
str	strittig
stRsp	ständige Rechtsprechung
ua	unter anderem
unstr	unstrittig
uU	unter Umständen
va	vor allem
vgl	vergleiche
VKrG	Verbraucherkreditgesetz
VO	Verordnung
Vor	Vorbemerkungen
vs	versus
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
zT	zum Teil
zust	zustimmend
zutr	zutreffend

1 Einleitung

1.1 Problemstellung und Forschungsfrage

Unter dem Schlagwort der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung (mitunter auch eigenkapitalersetzende Gebrauchsüberlassung genannt)¹ werden seit den 90er-Jahren jene Rechtsverhältnisse behandelt, bei denen ein Gesellschafter „seiner“ Gesellschaft eine Sache in Krisenzeiten – etwa im Wege der Miete – zur Nutzung überlässt. Verpönt daran sei, dass der Gesellschafter durch seine Unterstützung in Zeiten, in denen der Bedarf der Gesellschaft auf dem freien Markt wegen ihrer wirtschaftlichen Schieflage nicht mehr gedeckt werden könnte, den „Todeskampf“ der Gesellschaft verlängert und die Einleitung eines Insolvenzverfahrens schlussendlich zulasten der Gläubiger hinauszögert.² Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung waren insb die dogmatische Einordnung und die anzuknüpfenden Rechtsfolgen lange Zeit str.³ Durch das GIRÄG 2003⁴ wurde das Eigenkapitalersatzrecht und zugleich auch die eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung auf eine gesetzliche Grundlage gestellt. Unmittelbar anschließend folgte zunächst eine Flut an Kommentarliteratur und Beiträgen in Sammelwerken.⁵ Diese ebte aber ebenso schnell wieder ab. Seither herrscht in der österreichischen Diskussion ungewöhnliche Ruhe rund um dieses Institut. Einen anderen Eindruck erweckt ein Blick über die Grenze nach Deutschland: Die dortige Regelung – eingeführt durch das MoMiG⁶ – ist auch Jahre nach ihrer Implementierung Gegenstand literarischer Diskussion⁷ und höchstgerichtlicher Rsp⁸. Es stellt sich die Frage, ob die österreichische Rechtslage tatsächlich klarer, eindeutiger oder gar gelungener als das deutsche Pendant ausgefallen ist, wie man aufgrund der unterschiedlichen Diskursintensität vermuten könnte. Hinsichtlich der Praxisrelevanz dürfte wohl kein Unterschied zwischen den Jurisdiktionen bestehen.

¹ Zur Terminologie siehe auch Kapitel 3.2.1.2.

² Siehe auch Kapitel 2.1.

³ Siehe Kapitel 3.2.1; insb in Deutschland ist dies auch heute trotz gesetzlicher Regelungen noch der Fall, siehe nur den Überblick bei *Bitter*, ZIP 2010, 1 (5).

⁴ Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2003 - GIRÄG 2003 BGBl I 2003/92.

⁵ Siehe insb *Karollus/Isola/Huemer* in *Institut der Wirtschaftsprüfer* 305; *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz; *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht; *Kalss/Rüffler*; *Fellner/Mutz*, EKEG; *Dellinger/Keppert*; *Schopper/Vogt*, EKEG; *Mohr* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO.

⁶ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), dBGBI I 2008/2026.

⁷ Siehe nur die jüngste, umfassende Kommentierung von *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III¹³ zu § 135 InsO und die dortigen umfangreichen Literaturnachweise vor Rz 406; Außerdem hat die eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung bereits zu zwei Dissertationen geführt, siehe *Eggert*, Gesellschafter-Nutzungsüberlassung; *Spahl*, Nutzungsüberlassungen.

⁸ Siehe BGH 29.1.2015, IX ZR 279/13 = WuB 2015, 349 (*Bitter*); BGH 27.6.2019, IX ZR 167/18.

Die vorliegende Arbeit ist nicht primär rechtsvergleichender Natur. Das österreichische und das deutsche Eigenkapitalersatzrecht sind aber eng miteinander verwoben. So hat das österreichische Eigenkapitalersatzrecht seinen Ursprung in der Übernahme der BGH-Rsp.⁹ Der deutsche Gesetzgeber hat wiederum bei der Regelung der eigenkapitalersetzenden Gebrauchsüberlassung zT das österreichische Recht als Inspirationsquelle herangezogen.¹⁰ Es erscheint daher zielführend, immer wieder auf den deutschen Meinungsstand zu blicken und auf das deutsche Recht zu verweisen. Vorab darf bereits betont werden, dass nicht unbeachtliche Unterschiede zwischen der österreichischen und der deutschen Rechtslage bestehen. Dass das österreichische Recht nicht durchgehend mit denselben Problemkreisen behaftet ist, wie das deutsche Recht darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch hierzulande eine Reihe ungeklärter Fragen existieren. Insofern lohnt sich eine eingehende Untersuchung der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung trotz oder gar insb aufgrund ihrer jahrelangen stiefmütterlichen Behandlung.

Mit der gegenständlichen Arbeit wird der Versuch gewagt, die eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung in all ihren Facetten darzustellen. Es sollen in der Lit bereits angerissene Probleme einer ausführlicheren Behandlung zugeführt werden und bisher unbeachtete Fragestellungen sachgerecht gelöst werden. Betont werden muss, dass zur Analyse der Nutzungsüberlassung in ihrer Gesamtheit die Miteinbeziehung einer ganzen Reihe von Normen erforderlich ist. ZT existieren zu manchen dieser Normen bereits umfassende literarische Darstellungen – dies betrifft häufig Aspekte des Insolvenzrechts.¹¹ Die Zielsetzung, man könnte in einer Arbeit über eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassungen grundlegende Fragen zu einer Vielzahl von Normen mit weit über den Untersuchungsgegenstand hinausgehenden Anwendungsbereichen abschließend und eingehender als vorhandene Lit behandeln, wäre wohl illusorisch. Manche Abschnitte dieser Arbeit haben daher teilweise einen gewissen referierenden Charakter, sollen aber nicht ausgespart werden, um dem Leser umfänglich auf die einschlägigen Bestimmungen aufmerksam zu machen. Dessen ungeachtet werden stets

⁹ Siehe Kapitel 2.2.2.

¹⁰ Siehe Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/9737, 59.

¹¹ So etwa die Dissertation *Anzenbergers* (Insolvenzfestigkeit), der sich jenen (bestandrechtlichen) Normen der IO gewidmet hat, die die Vertragstreuepflicht in der Insolvenz verschärfen oder lockern (§§ 12c, 21, 23, 25a, 25b IO). Zu diesen Bestimmungen existiert zudem eine reichhaltige Kommentarliteratur. Hinzuweisen ist auch auf die Dissertation *Frizbergs* (Nachrangige Forderungen), die insb die verfahrensrechtliche Komponente der Normen über nachrangige Forderungen eingehend untersucht hat.

Besonderheiten iZm dem Untersuchungsgegenstand hervorgehoben und erörtert. Und so viel sei vorweggenommen: Besonderheiten und ungeklärte Fragen gibt es zur Genüge!

1.2 Aufbau der Arbeit

Bevor auf spezifische Fragen der Nutzungsüberlassung eingegangen wird, soll ein allgemeiner Überblick über den Regelungsgegenstand des Eigenkapitalersatzrechts, dessen geschichtliche Entwicklung und den maßgeblichen Normenbestand gegeben werden (Kapitel 2). Die anschließende Behandlung der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung erfolgt in Differenzierung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge: Auf Tatbestandsebene (Kapitel 3) wird als Ausgangspunkt zunächst der Kreditbegriff des EKEG dargestellt (Kapitel 3.1). Es folgt eine Analyse des § 3 Abs 3 EKEG, bei der die Nutzungsüberlassung in Bezug zum allgemeinen Kreditbegriff des EKEG gesetzt wird (Kapitel 3.2). Davon zu trennen ist die Frage, inwiefern das Nutzungsentgelt kreditiert werden kann. Dies wird in Kapitel 3.3 untersucht. Auf Rechtsfolgenebene wird zwischen Rechtsfolgen in der Krise (Kapitel 4) und spezifischen Rechtsfolgen im Insolvenzverfahren (Kapitel 5) differenziert. Die Kapitel 4.1 und 5.1 bis 5.3 betreffen jeweils Rechtsfolgen in Bezug auf den zugrundeliegenden Vertrag und die Nutzungsüberlassung selbst. Die die Entgeltkreditierung betreffenden Rechtsfolgen werden hingegen in den Kapiteln 4.2 und 5.4 dargestellt. Abschließend folgt eine Conclusio (Kapitel 6) und eine Zusammenfassung der wesentlichen Untersuchungsergebnisse (Kapitel 7).

1.3 Methoden der Untersuchung

Der Inhalt der für eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassungen maßgeblichen rechtlichen Bestimmungen soll anhand der in den Rechtswissenschaften anerkannten wissenschaftlichen Methoden ermittelt werden (wörtliche, systematische, historische und teleologische Interpretation).¹² So soll versucht werden, den Gedanken des historischen Gesetzgebers nachzuvollziehen und das Recht darzustellen, wie es auch vom Gesetzgeber konzipiert war. Sollte sich zeigen, dass die gesetzlichen Bestimmungen planwidrig lückenhaft sind, ist zu untersuchen, ob und inwieweit sich darauf eine andere ähnliche Gesetzesbestimmung anwenden lässt (Gesetzesanalogie) und/oder sich aus der Summe mehrerer Gesetzesbestimmungen eine für die entsprechende Lücke maßgebliche Regel ableiten lässt (Rechtsanalogie).

¹² Larenz, Methodenlehre⁶ 320 ff. F. Bydlinski, Methodenlehre² 428 ff.

2 Grundlagen des Eigenkapitalersatzrechts

2.1 Das Grundproblem

Grundsätzlich steht es Gesellschaftern frei, wie sie ihre Gesellschaft finanzieren („Finanzierungsfreiheit“). Sie können Eigenkapital zB durch Kapitalerhöhungen oder Nachschüsse zuführen. Sie können aber auch Darlehen als Fremdkapital gewähren. Grundsätzlich ist auch an letztgenanntem Vorgehen nichts verwerflich.¹³ Problematisch wird die Situation erst, wenn die Gesellschaft in eine Krise gerät: *„Das "Anstößige" an diesem Verhalten liegt in der Doppelrolle, die die Darlehensgeber insoweit für sich in Anspruch nehmen. Zur Darlehensfinanzierung sind sie in derartigen Fällen regelmäßig nur deshalb bereit, weil sie sich davon Vorteile für das im eigenen Interesse betriebene Unternehmen versprechen; gleichwohl möchten sie aber das Risiko aus der Zuführung neuer Mittel soweit wie möglich zu Lasten der Fremdgäubiger reduzieren und wählen daher die Darlehensform.“*¹⁴ Sofern die Einlagen geleistet wurden, besteht grds keine Pflicht weiteres Kapital in der Krise zuzuführen. Eine Entscheidung zugunsten einer Finanzierung bedeutet aber auch eine Entscheidung für die Fortführung und gegen die Liquidation. Wer soll nun die Folgen dieser Entscheidung tragen („Finanzierungsfolgenverantwortung“¹⁵)? Es stellt sich die Frage nach der Abgrenzung von im Insolvenzfall um möglichst weitgehende Befriedigung konkurrierendem Fremdkapital und im Insolvenzfall haftendem und meist verlorenem Risikokapital. Ist es tatsächlich gerechtfertigt, allein auf die Rechtsform der Kapitalzufuhr abzustellen, somit ein Gesellschafterdarlehen, Drittgläubigerforderungen gleichzustellen und dadurch die Quote für die übrigen Gläubiger zu verringern?¹⁶ Das geltende Recht löst diesen Konflikt zwischen Gläubigern und Gesellschafter¹⁷ grds zugunsten der Gläubiger. Das Eigenkapitalersatzrecht kann somit den gesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsregeln zugeordnet werden und ergänzt die Kapitalaufbringungsregeln, die ein Verbrauchen des Nennkapitals nicht

¹³ Vgl. Schmidt, GesRZ 1993, 8 (10).

¹⁴ OGH 08.05.1991, 8 Ob 9/91 im Anschluss an Ostheim, GesRZ 1989, 122 (122ff).

¹⁵ Als Erklärungsansatz ist die Finanzierungsfolgenverantwortung in der Lehre zunehmend in Kritik geraten, siehe auch FN 54. Für eine Erklärung der ratio legis des EKEG anhand einer rechtsökonomischen Analyse anstatt bloß der Finanzierungsfolgenverantwortung siehe Fidler, Insolvenznahe Kapitalgesellschaften 395ff, 430: Das EKEG sei als Reaktion auf die durch die Haftungsbeschränkung bei Kapitalgesellschaften begünstigten Risikoanreize des Gesellschafters zu sehen. Für Deutschland auch Bitter in Scholz, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 30ff; Ausführlich zu den betriebswirtschaftlichen Hintergründen des Eigenkapitalersatzrechts auch Kalss in Kalss/Rüffler 9 (16ff).

¹⁶ Siehe Schmidt, GesRZ 1993, 8 (10ff); M. Heidinger in FS G. Heidinger 235 (237); Fidler, Insolvenznahe Kapitalgesellschaften 396; siehe idZ auch Weisz, GesRZ 1998, 14 (19).

¹⁷ Zu den einzelnen Facetten dieses Konflikts im Detail Kalss in Kalss/Rüffler 9 (16ff).

sicherstellen können.¹⁸ Das Eigenkapitalersatzrecht adressiert dabei Probleme der nominellen Unterkapitalisierung. Anders als materielle Unterkapitalisierung, bei der notwendige Mittel überhaupt nicht zur Verfügung gestellt werden, bedeutet nominelle Unterkapitalisierung, dass der Eigenkapitalbedarf der Gesellschaft nicht durch Zuführung von Eigenkapital, sondern von Fremdkapital gedeckt wird.¹⁹ Das Problem, dem das Eigenkapitalersatzrecht begegnet, besteht nicht darin, dass keine Mittel zugeführt wurden, sondern die falschen.²⁰ Kalss misst dem Eigenkapitalersatzrecht insofern eine „*Auffangfunktion für den...fehlenden Tatbestand der materiellen Unterkapitalisierung*“ bei, dessen Kapitalschutzfunktion im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen, die etwa Wiederauffüllungspflichten für das Nennkapital bei sonstiger Liquidation vorsehen, jedoch durch das Anknüpfen an eine Krise sehr spät greift.²¹

2.2 Geschichtlicher Aufriss

2.2.1 Das deutsche Recht als Ausgangspunkt

Das Eigenkapitalersatzrecht war in Deutschland lange Zeit nicht ausdrücklich gesetzlich verankert, sondern wurde wesentlich durch die Rsp geprägt und aus den Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30, 31 dGmbHG abgeleitet. Wegweisend war dabei die sog „Lufttaxi“-Entscheidung des BGH.²² IdF entwickelte sich die Qualifikation von in der Krise durch einen Gesellschafter an die Gesellschaft gewährten oder stehen gelassenen Krediten als Eigenkapitalersatz zur stRsp. Ferner erfolgten Erweiterungen in Hinblick auf die erfassten Gesellschaften (zuerst GmbH, dann auch AG sowie GmbH & Co KG) und Gesellschafter (zB verbundene Unternehmen) als auch auf wirtschaftlich gleiche Handlungen (stehen gelassene Darlehen, Sicherheiten, Nutzungsüberlassungen²³, Dienstleistungen), sodass sich das Eigenkapitalersatzrecht zu einer Art case-law-system entwickelte. 1980 versuchte der dGesetzgeber eine Kodifikation des Eigenkapitalersatzrechtes (vgl insbesondere §§ 32a, 32b dGmbHG aF), doch wurde die Exklusivität dieser Regelungen vom BGH²⁴ nicht anerkannt.

¹⁸ Vgl Kalss in Kalss/Rüffler 9 (20f, insb 28ff); siehe Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband Vor § 1 EKEG Rz 11.

¹⁹ Harrer, GesRZ 1993, 121 (121); M. Heidinger in FS G. Heidinger 235 (237); vgl Schmidt, GesRZ 1993, 86 (88); siehe auch Knobbe-Keuk, BB 1984, 1 (1ff); Weisz, GesRZ 1998, 14 (19); Kalss in Kalss/Rüffler 9 (29).

²⁰ Weisz, GesRZ 1998, 14 (19); siehe Kalss in Kalss/Rüffler 9 (29); für Deutschland Bitter in Scholz, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 14.

²¹ Kalss in Kalss/Rüffler 9 (29f).

²² BGH 14.12.1959, II ZR 187/57; erwähnt seien jedoch einige Vorläuferentscheidungen des Reichsgerichts RG 16.11.1937, II 70/37; RG 22.10.1938, II 58/38; RG 3.12.1938, II 84/38; dazu näher Bitter in Scholz, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 2.

²³ Siehe dazu insb BGH 16.10.1989, II ZR 307/88 (Lagergrundstück I); BGH 14.12.1992, II ZR 298/91 (Lagergrundstück II); BGH 11.7.1994, II ZR 146/92 (Lagergrundstück III); BGH 11.7.1994, II ZR 162/92 (Lagergrundstück IV); BGH 16.6.1997, II ZR 154/96.

²⁴ Vgl insb BGH 26.3.1984, II ZR 14/84.

Dadurch entstand ein doppelgleisiges Regelungssystem, bestehend aus gesetzlichen Regelungen und den Grundsätzen der Rsp.²⁵ Diese unbefriedigende Situation wurde 2008 (somit nach Inkrafttreten des österreichischen EKEG) durch das MoMiG behoben, welches die §§ 32a, 32b dGmbHG aufhob, in § 30 Abs 1 dritter Satz dGmbHG einen „Nichtanwendungserlass“ statuierte und Gesellschafterdarlehen²⁶ fortan rein insolvenzrechtsbezogen und unabhängig vom Tatbestandsmerkmal der Krise regelt. Die zentralen Rechtsfolgen sind nunmehr die Nachrangigkeit **aller** Gesellschafterdarlehen (§ 30 Abs 1 Z 5 dInsO) und die Anfechtbarkeit von Rückzahlungen im letzten Jahr vor dem Antrag auf Insolvenzeröffnung (§ 135 Abs 1 Z 2 dInsO).²⁷ Für die Nutzungsüberlassung besteht mit § 135 Abs 3 dInsO eine – § 26a IO nachempfundene – von den Regelungen für Darlehen zu unterscheidende Anordnung.²⁸

2.2.2 Die Entwicklung in Österreich bis zu den frühen 2000ern

Bereits in den 1950ern und später auch in 1980 wurden Regelungen über Gesellschafterdarlehen auf Gesetzgebungsebene erwogen, jedoch nicht konkretisiert.²⁹ Während das Eigenkapitalersatzrecht in Deutschland zwischenzeitig rege Fortentwicklung durch Rsp und Gesetzgebung erfuhr, blieb es in Österreich ansonsten lange Zeit Gegenstand ausschließlicher Behandlung durch die Lehre.³⁰ Dies änderte sich 1991 unerwartet durch die generelle Übernahme der von der dRsp entwickelten Grundsätze durch den OGH.³¹ Dieser E liegt ein Sachverhalt zugrunde, bei dem der eine Stammeinlage von 75.000 Schilling haltende Gesellschaftergeschäftsführer einer mit 100.000 Schilling Stammkapital ausgestatteten GmbH „zur Überbrückung eines finanziellen Engpasses“ einen Kredit ohne Verzinsung auf unbestimmte Zeit gewährt hat. Über zehn Jahre nach Kreditgewährung meldete der Gesellschafter seine Kreditforderung im Konkurs der Gesellschaft an und begehrt gegenüber dem Masseverwalter die Feststellung des Bestands der Forderung. Der OGH löste die Frage

²⁵ Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband Vor § 1 EKEG Rz 1ff, 11; Bitter in Scholz, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 6ff; siehe auch den Überblick über die dRsp bei Engin-Deniz, *ecolex* 1993, 317.

²⁶ Gleichgestellt sind „Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen“, siehe nur § 39 Abs 1 Z 5 dInsO.

²⁷ Spahl, Nutzungsüberlassungen 58, 63f; Bitter in Scholz, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 10ff; vgl Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband Vor § 1 EKEG Rz 4, 11.

²⁸ Könen in KPB, InsO⁹⁴ Lfg § 135 Rz 15; Bitter in Scholz, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 410f; vgl BGH 29.1.2015, IX ZR 279/13 (Rz 69) = WuB 2015, 349 (Bitter); siehe Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/9737, 59.

²⁹ Siehe nur Kalss in Kalss/Rüffler 9 (14).

³⁰ Die Lehre sprach sich weitestgehend für die Anwendung der zum deutschen Recht entwickelten Grundsätze in Österreich aus, siehe Ulmer, GesRZ 1981, 193 (200); Jabornegg, WBl 1989, 43 (51); Ostheim, GesRZ 1989, 122 (131f); Harrer, Haftungsprobleme 184f.

³¹ Siehe OGH 08.05.1991, 8 Ob 9/91.

nach der Behandlung der Forderung unter Berufung auf *Ostheim*³² mit einem Analogieschluss aus § 74 GmbHG über die Rückzahlungsvoraussetzungen bei Nachschüssen³³: Ist die Gesellschaft bei Darlehensvergabe kreditunwürdig³⁴, greift eine Rückzahlungssperre bis zur nachhaltigen Sanierung der Gesellschaft und findet die Forderung in der Insolvenz bloß nachrangig Befriedigung.³⁵

Es folgte eine reichhaltige Judikaturlinie, die diese E bestätigte und das Eigenkapitalersatzrecht weitgehend nach deutschem Vorbild ausbaute.³⁶ So wurden bald nicht mehr nur Kredite, sondern insbesondere auch Nutzungsüberlassungen als eigenkapitalersetzend eingeordnet.³⁷ Es entwickelte sich zudem eine reichhaltige Lehre, die die Rsp weitgehend billigte, sich mitunter aber auch krit gegen die Rsp stellte.³⁸ Aus dem Fehlen einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage resultierte Rechtsunsicherheit hinsichtlich einer Vielzahl an Aspekten.³⁹ So wurden bereits in den 90er-Jahren zwei Kodifikationsversuche unternommen, welche jedoch erfolglos

³² *Ostheim*, GesRZ 1989, 122, 173.

³³ Zur Vergleichbarkeit von Nachschüssen und Gesellschafterkrediten siehe EB 236 BlgHH 17. Sess 82f; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss⁵ 431

³⁴ Kreditunwürdigkeit liegt insbesondere dann vor, wenn zu marktüblichen Bedingungen kein Kredit mehr erlangt werden kann, vgl *Ostheim*, GesRZ 1989, 173 (178); OGH 08.05.1991, 8 Ob 9/91; RIS-Justiz RS0060065.

³⁵ OGH 08.05.1991, 8 Ob 9/91; vgl auch ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 17; ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 9; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 9; *Ostheim*, GesRZ 1989, 173 (186).

³⁶ Siehe nur *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband Vor § 1 EKEG Rz 5; RIS-Justiz RS0060076; RIS-Justiz RS0054372; RIS-Justiz RS0060065; RIS-Justiz RS0108750; RIS-Justiz RS0113528; RIS-Justiz RS0107332; siehe ferner die detaillierte Übersicht bis Oktober 1997 bei *Karollus/Schulyok*, Eigenkapitalersetzende Leistungen 13f.

³⁷ Vgl OGH 28.01.1997, 1 Ob 2044/96m; OGH 24.02.2000, 8 Ob 136/99d; OGH 20.02.2003, 6 Ob 18/03w; RIS-Justiz RS0107331; RIS-Justiz RS0107330; siehe ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 17f; ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 9; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 9; *Karollus/Schulyok*, Eigenkapitalersetzende Leistungen 109ff; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband Vor § 1 EKEG Rz 5; Weite Teile der Lehre äußerten sich krit, siehe *Harrer*, GesRZ 1993, 121; *M. Heidinger* in FS G. Heidinger 235; *Schmidsberger*, Eigenkapitalersatz 45ff; *Weisz*, GesRZ 1998, 14; *Harrer*, GesRZ 1998, 183 (188f); *Schmidsberger*, ZIK 1998, 16; *Dellinger*, ecolex 2002, 316 (319).

³⁸ Alternative Ansätze finden sich etwa bei *Jabornegg* in *M. Achatz/Jabornegg/Karollus* 16 (20ff); *Kalss/Eckert*, GmbH-Recht 232ff; krit auch *Dellinger*, ÖBA 1998, 601; *Oberhammer*, ZIK 1999, 19; *Dellinger*, ecolex 2002, 316 (316f); Dem Eigenkapitalersatzrecht überhaupt die Legitimationsbasis absprechend *Koppensteiner*, wbl 1997, 489; *Schummer*, Eigenkapitalersatzrecht 81ff; *Viehböck*, ZIK 1998, 91; siehe auch den Überblick bei *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 40f; Weitere Werke aus dieser Zeit sind etwa *Ostheim* in FS Kastner 347; *Schmidt*, GesRZ 1993, 8, 86; *Schummer*, ecolex 1993, 312; *Honsell* in FS Frotz 307; *Ostheim*, wbl 1994, 185; *Grünwald*, GesRZ 1994, 113; *Nowotny*, ÖBA 1994, 669; *Ostheim*, wbl 1995, 217; *Berger*, Grundlagen; *Schmidsberger*, Eigenkapitalersatz; *Berger*, ÖBA 1996, 837; *Dellinger*, ZIK 1996, 149; *Feil*, Eigenkapital; *Karollus*, RdW 1996, 4; *Karollus*, ZIK 1996, 37; *Müller*, Eigenkapitalersatz; *Karollus*, ÖBA 1997, 105; *Karollus* in FS Claussen 199; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht Rz 2/329ff; *Karollus/Schulyok*, Eigenkapitalersetzende Leistungen; *Karollus* in *M. Achatz/Jabornegg/Karollus* 1; *Leitner*, ecolex 1999, 399; *Karollus-Brunner/Zehetner*, ecolex 2001, 178; *Nowotny* in FS Koppensteiner 131; *Fellner/Klauninger*, ZIK 2003, 116.

³⁹ Siehe die Beispiele in ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 18; ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 9; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 9; *Dellinger*, ecolex 2002, 316 (316f).

blieben.⁴⁰ Es blieb vorerst bei einer EntschlieÙung des Nationalrats, eine Lösung bis zum Ende der laufenden Legislaturperiode herbeiführen zu wollen.⁴¹

2.2.3 Das GIRÄG 2003

Zur Durchführung der genannten EntschlieÙung des Nationalrats richtete das BMJ eine Arbeitsgruppe ein, die von *Mohr* geleitet wurde und der ua *Dellinger*, *Karollus* und *Schummer* angehörten.⁴² Im Jahr 2002 entstand ein Ministerialentwurf.⁴³ Wenig später wurde eine vom Ministerialentwurf in mehreren Punkten abweichende Regierungsvorlage für ein GIRÄG 2002 eingebracht.⁴⁴ Zu einer weiteren Behandlung kam es aufgrund des verfrühten Endes der 21. GP nicht, doch wurde 2003 eine nur geringfügig adaptierte Regierungsvorlage für ein GIRÄG 2003 eingebracht und wurde dieses Gesetz auch angenommen.⁴⁵ Das GIRÄG 2003 beinhaltet neben einem eigenen Eigenkapitalersatz-Gesetz (EKEG) auch Änderungen von KO, AO, URG und ÜbG, die zT Begleitregelungen zum EKEG darstellen, zT aber auch andere Themenkomplexe betreffen.⁴⁶ Gem § 18 Abs 1 EKEG und Art VI GIRÄG treten die Bestimmungen am 1.1.2004 in Kraft.

Erklärtes Ziel des Gesetzes ist die Schaffung von Rechtssicherheit durch die Formulierung von klaren Tatbeständen, die die Rsp nicht bieten kann.⁴⁷ Das EKEG samt seinen Begleitregelungen in anderen Gesetzen soll – anders als der einstige Versuch der deutschen Gesetzgebung⁴⁸ – eine exklusive Regelung des Eigenkapitalersatzrechtes darstellen, ohne dass man auf die

⁴⁰ So wurde versucht, eine Kodifikation in das IRÄG 1994 BGBl 1994/153 und später in das IRÄG 1997 BGBl I 1997/114 einzuführen, vgl *Karollus/Schulyok*, Eigenkapitalersetzende Leistungen 129ff; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband Vor § 1 EKEG Rz 6; siehe *Ostheim*, wbl 1993, 386; *Frotz/Dellinger*, ecolex 1994, 164; Zur Einführung des § 21 URG mit dem IRÄG 1997 und der damit verbundenen Bestätigung der Rsp durch den Gesetzgeber siehe *Dellinger*, ÖBA 1998, 601 (603); *Jabornegg* in *M. Achatz/Jabornegg/Karollus* 16 (20); *Dellinger*, ecolex 2002, 316 (317); abgeschwächt *Karollus* in *M. Achatz/Jabornegg/Karollus* 1 (3); *Nowotny* in FS Koppensteiner 131 (133); *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband Vor § 1 EKEG Rz 6; aA *Oberhammer*, ZIK 1999, 19 (19ff).

⁴¹ AB 813 BlgNR 20. GP 35; StenProtNR 20. GP 82. Sitzung 199; siehe *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband Vor § 1 EKEG Rz 6.

⁴² *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband Vor § 1 EKEG Rz 8.

⁴³ ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP; siehe zum Ministerialentwurf im Besonderen *Mohr*, ZIK 2002, 50; *Chalupsky/Schmidsberger*, ZIK 2002, 77; *Dellinger*, ecolex 2002, 316; *Reisch*, ecolex 2002, 320; *Schulyok*, ecolex 2002, 322; *Niederberger*, ecolex 2002, 326; *Dellinger*, ecolex 2002, 329; *Reisch*, ecolex 2002, 333; *Mohr*, ecolex 2002, 338; *Mohr* in *Kalss* 54; *Niederberger*, GeS 2002, 5.

⁴⁴ RV GIRÄG 2002, 1282 BlgNR 21. GP; siehe *Wenger*, RWZ 2002, 321; *Karollus/Isola/Huemer* in *Institut der Wirtschaftsprüfer* 305.

⁴⁵ RV GIRÄG 2003, 124 BlgNR 22. GP; siehe ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 9; *Niederberger*, GeS 2003, 291; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband Vor § 1 EKEG Rz 8.

⁴⁶ *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband Vor § 1 EKEG Rz 9.

⁴⁷ ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 18f; ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 9; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 9f.

⁴⁸ Siehe Kapitel 2.2.1.

Rechtsprechungsregeln zurückgreifen muss.⁴⁹ Freilich ist nicht zu übersehen, dass das EKEG in vielen Punkten bisherige Rsp in Gesetzesform packt,⁵⁰ doch ist eben genau dieses Gesetz nunmehr Grundlage für Tatbestände und Rechtsfolgen sowie Anknüpfungspunkt für allfällige Analogieschlüsse.⁵¹ Dass heute das EKEG als exklusive Regelung angesehen wird, liegt nicht zuletzt daran, dass das Gesetz nicht bloß einem insolvenzrechtlichen, sondern auch einem gesellschaftsrechtlichen Ansatz folgt, wonach – insb in Gestalt der Rückzahlungssperre (§ 14 EKEG) – auch von der Insolvenzeröffnung unabhängige Rechtsfolgen normiert werden.⁵² Das Eigenkapitalersatzrecht kann somit den gesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsregeln zugeordnet werden und ergänzt die Kapitalaufbringungsregeln, die ein Verbrauchen des Nennkapitals nicht sicherstellen können.⁵³

Das EKEG versteht sich als Kompromiss zwischen Gläubigerschutz und Finanzierungsfreiheit der Gesellschafter: Während die Wahl des Finanzierungsinstruments den Gesellschaftern grundsätzlich freisteht, bedarf es in der Krise einer Einschränkung. Mit der Wahlfreiheit der Finanzierungsmöglichkeiten korrespondiert die Finanzierungsfolgenverantwortung⁵⁴ – die Folgen soll jene treffen, die über das Mittel entschieden haben. Dieser Zusammenhang wäre zerrissen, würde man den Gesellschaftern die Möglichkeit bieten, ihre Forderungen gleich

⁴⁹ „Dadurch wird aber auch einer Ableitung eigenkapitalersatzrechtlicher Grundsätze mittels Analogie zu § 74 GmbHG für die Zukunft die Grundlage entzogen.“ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 9; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 10; vgl ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 18; Angesichts dieser klaren Bekräftigung in den Erläuterungen erschien die Beibehaltung und weitere Anwendung der Rechtsprechungsregeln schwer argumentierbar, siehe *Karollus/Isola/Huemer* in *Institut der Wirtschaftsprüfer* 305 (308); *Schopper/Vogt*, EKEG Allgemeine Erläuterungen Rz 23ff; *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 18 Rz 3; *Höller*, RWZ 2004, 74 (75); *Karollus* in FS U. Huber 801 (803 FN 12); *Rüffler* in *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 74 Rz 6; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband Vor § 1 EKEG Rz 10; zweifelnd hingegen *Chalupsky/Schmidsberger*, ZIK 2002, 77 (77f), wobei sich deren Zweifel noch auf den Ministerialentwurf bezogen haben, der im Vergleich zum EKEG mehrere Punkte (ua Nutzungsüberlassungen) unregelt ließ; *Nowotny*, RdW 2004, 7 (7); *Kalss* in *Kalss/Rüffler* 9 (26f); zu den sog Altfällen siehe nur *Nowotny*, RdW 2004, 7; *Höller*, ecolex 2004, 452.

⁵⁰ Siehe ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 19f; ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 10; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 10; *Karollus/Isola/Huemer* in *Institut der Wirtschaftsprüfer* 305 (308); Erwogen wurde jedoch auch die gänzliche Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts, man entschied sich jedoch für die „Beibehaltung mit Einschränkungen“ *Dellinger*, ecolex 2002, 316 (317).

⁵¹ Siehe idZ *Kalss* in *Kalss/Rüffler* 9 (26f).

⁵² Insofern bestehen große Unterschiede zur durch das MoMiG geschaffenen, rein insolvenzbezogenen Rechtslage in Deutschland, siehe *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 10ff.

⁵³ Vgl *Kalss* in *Kalss/Rüffler* 9 (20f, insb 28ff); siehe *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband Vor § 1 EKEG Rz 11.

⁵⁴ Inwiefern dies vor dem EKEG aus dem Gesetz abgeleitet werden konnte, ist str, siehe *Ostheim*, wbl 1995, 217 (218f); *Koppensteiner*, wbl 1997, 489 (494f); *Schummer*, Eigenkapitalersatzrecht 109ff; *Dellinger*, ÖBA 1998, 601 (602f); *Dellinger*, ecolex 2002, 316 (316f); der Finanzierungsfolgenverantwortung als Begründungsansatz nach wie vor krit gegenüberstehend *Rüffler* in *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 74 Rz 4 sowie jüngst auch *Fidler*, Insolvenznahe Kapitalgesellschaften 395ff; für Deutschland *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 16ff mit umfangreichen Nachweisen über die dort reichhaltige Diskussion; siehe auch bereits FN 15.

einem externen Kapitalgeber geltend zu machen und dadurch den Haftungsfonds der übrigen Gläubiger zu schmälern.⁵⁵ Dadurch erhellt sich auch, dass das EKEG als Wertungsgesichtspunkt nicht nur auf die Vermögensbeteiligung iSd Zuordnung von wirtschaftlichen Chancen und Risiken, sondern auch auf die Einflussmöglichkeiten gewisser Personen abstellt.⁵⁶ Das EKEG geht davon aus, dass wenn auf dem Markt kein Kredit zu üblichen Bedingungen mehr erlangt werden kann,⁵⁷ die Gewährung durch den Gesellschafter auf einer *causa societatis* beruht, die eine Verschiedenbehandlung von anderen Fremdkapitalgebern rechtfertigt.⁵⁸ Dem Eigenkapitalersatzrecht und den Regelungen über die verdeckte Gewinnausschüttung sind somit dieselben Wertungen immanent.⁵⁹ Als weiteres Ziel wird ferner die Vermeidung von Konkursverschleppungen genannt.⁶⁰

Von der Lehre wurde das EKEG weitgehend positiv aufgenommen, doch finden sich mitunter auch kritische Stimmen.⁶¹ Manche sehen den Gläubigerschutz als in zu geringem Ausmaß verwirklicht. Viele von der Rsp als eigenkapitalersetzend angesehene Sachverhalte werden vom EKEG ausgenommen (zB Stehenlassen von Krediten gem § 3 Abs 1 Z 3 EKEG, Gebrauchsüberlassungen gem § 3 Abs 3 EKEG), die erfassten Gesellschafter (§ 5 EKEG) eng definiert. Dies hat zur starken Verminderung an Judikaten und zur „Zurückdrängung des Eigenkapitalersatzrechts“ beigetragen.⁶² Viele sprechen sich daher für eine gläubigerfreundliche Auslegung aus.⁶³

2.3 Der Grundtatbestand des § 1 EKEG und seine Merkmale

§ 1 EKEG lautet: „Ein Kredit, den eine Gesellschafterin oder ein Gesellschafter der Gesellschaft in der Krise gewährt, ist Eigenkapital ersetzend.“ Genannt werden somit vier

⁵⁵ ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 18; ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 9; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 9; siehe *Dellinger*, *ecolex* 2002, 316 (318); *Loewit*, *ÖBA* 2025, 173 (174f).

⁵⁶ Vgl ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 20, 26; ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 10, 14; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 10, 15; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband Vor § 1 EKEG Rz 13; siehe *Dellinger*, *ecolex* 2002, 316 (318); siehe zu den Hintergründen und mitunter krit *Kalss* in *Kalss/Rüffler* 9 (20f, 23); Dies spiegelt sich insb in der Determinierung der erfassten Gesellschafter wieder, siehe näher Kapitel 2.3.3.

⁵⁷ Das Kriterium der Kreditunwürdigkeit geht nunmehr freilich im Krisentatbestand auf, siehe Kapitel 2.3.1.

⁵⁸ *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband Vor § 1 EKEG Rz 13; vgl *Dellinger*, *ecolex* 2002, 316 (318); siehe *Kalss* in *Kalss/Rüffler* 9 (21).

⁵⁹ Vgl *Karollus* in FS Claussen 199 (200ff); *Karollus/Schulyok*, Eigenkapitalersetzende Leistungen 30; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband Vor § 1 EKEG Rz 13.

⁶⁰ ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 20; ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 10; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 10.

⁶¹ Siehe insb *Kalss* in *Kalss/Rüffler* 9 (22ff) und *Rüffler* in *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG*³ Anh § 74 Rz 4.

⁶² Siehe *Dellinger*, *GeS* 2004, 125 (130); *Karollus* in *Dellinger/Keppert* 71 (114ff); *Karollus* in FS U. Huber 801 (801ff, 819); *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband Vor § 1 EKEG Rz 14.

⁶³ *Dellinger*, *GeS* 2004, 125 (130); *Kalss/Eckert*, *GmbH-Recht* 239f; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband Vor § 1 EKEG Rz 14

Tatbestandsmerkmale: (1) Kredit, (2) Gesellschafter als Kreditgeber, (3) Gesellschaft als Kreditnehmerin sowie (4) Krise.⁶⁴ Liegen diese kumulativ vor, greift die Rechtsfolge des Eigenkapitalersatzes. Erforderlich für den Eintritt der Rechtsfolgen ist, dass diese Tatbestandsmerkmale gleichzeitig bei Gewährung⁶⁵ des Kredits gegeben sind. Liegt etwa zu diesem Zeitpunkt noch keine Krise vor oder ist der Kreditgeber noch nicht Gesellschafter, wird der gewährte Kredit auch durch nachträglichen Kriseneintritt oder Erwerb der Gesellschafterstellung nicht eigenkapitalersetzend.⁶⁶ Nach der Rsp sei jedoch ein künftiger Gesellschafter erfasst, wenn zum Zeitpunkt der Kreditgewährung der Beteiligungserwerb schon konkret geplant war.⁶⁷ Vice versa führt jedoch auch der nachträgliche Wegfall eines Tatbestandsmerkmals (zB Unterschreiten der Schwelle des § 5 Abs 1 Z 2 EKEG oder Zession an einen Nicht-Gesellschafter) nicht zum Wegfall der Rechtsfolge des Eigenkapitalersatzes.⁶⁸ Anderes gilt freilich für den Wegfall der Krise, was gem § 14 Abs 1 EKEG zur Aufhebung der Rückzahlungssperre führt.⁶⁹

2.3.1 Der Begriff der Krise (§ 2 EKEG)

Das von der Rsp verwendete Kriterium der Kreditunwürdigkeit⁷⁰ führte vermehrt zu Abgrenzungs- und Feststellungsproblemen und dadurch zu Rechtsunsicherheit, weshalb der Gesetzgeber drei taxative, aus anderen Gesetzen bereits bekannte Alternativtatbestände zur Definition der Krise heranzog. Dies sind einerseits die beiden Insolvenzeröffnungsgründe der

⁶⁴ Die Tatbestände Krise, Gesellschaften und Gesellschafter werden sogleich in ihren Grundzügen kurz dargestellt. Der Tatbestand des Kredites wird hingegen erst in Kapitel 3, dafür ausführlicher erörtert.

⁶⁵ Zum Zeitpunkt der Kreditgewährung siehe Kapitel 3.3.2.3.2.

⁶⁶ *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 1 EKEG Rz 3, § 5 EKEG Rz 6; vgl OGH 28.05.2020, 17 Ob 1/20a (Erwerb der Gesellschafterstellung nach Rückzahlung des Kredits); siehe *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 4; *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 5 Rz 2; *Fidler*, wbl 2020, 601; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 5 EKEG Rz 4; Nach Ansicht *Loewits* (ÖBA 2025, 173 (174ff)) ist jedoch insofern eine teleologische Reduktion des § 1 geboten, als zwischen Gesellschafter und Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren abgeschlossene Sanierungsfinanzierungsmaßnahmen im Interesse der Gläubiger liegen und eine Anwendung des EKEG nicht geboten ist. Bei Fälligkeit der Gesellschafterforderung ist diese als Masseforderung zu befriedigen; siehe diesbezüglich zur alten Rechtslage *Fellner/Klauninger*, ZIK 2003, 116 (116ff).

⁶⁷ OGH 07.11.2019, 12 Os 42/19x (fehlender Notariatsakt gem § 76 Abs 2 GmbHG aber bereits „schriftlich festgehalten“); OGH 28.05.2020, 17 Ob 1/20a (bloß möglicherweise erfolgreicher Anteilsverkauf unzureichend); RIS-Justiz RS0132906; RIS-Justiz RS0133188; auch in der Lehre wird mitunter auf einen engen zeitlichen, sachlichen und/oder wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen Kredit und Beteiligungserwerb rekurriert, der zur Erfassung künftiger Gesellschafter führen soll, siehe *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 5 Rz 2; *Karollus* in *Dellinger/Keppert* 71 (89); *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 5 EKEG Rz 6; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 5 EKEG Rz 4.

⁶⁸ *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 4 („versteinende Wirkung“); *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 1 EKEG Rz 4, § 14 Rz 6; vgl *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 5 Rz 2; *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 14 Rz 2; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 5 EKEG Rz 4.

⁶⁹ *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 1 EKEG Rz 4.

⁷⁰ Siehe Kapitel 2.2.

§§ 66f IO und die Kennzahlen für die Vermutung von Reorganisationsbedarf nach § 22ff URG andererseits.⁷¹

- Zahlungsunfähigkeit iSd § 66 IO liegt vor, „wenn ein auch nicht überschuldeter Schuldner seine fälligen Schulden mangels bereiter Zahlungsmittel nicht zu zahlen vermag und sich die erforderlichen Zahlungsmittel voraussichtlich auch nicht alsbald beschaffen kann.“⁷² § 66 Abs 2 IO vermutet Zahlungsunfähigkeit bei Einstellung der Zahlungen, während Abs 3 das Andrängen von Gläubigern nicht als Erfordernis der Zahlungsunfähigkeit und die Befriedigung(smöglichkeit) einzelner Gläubiger nicht als hinreichende Bedingung für Zahlungsfähigkeit statuiert.⁷³ Die eigenkapitalersetzende Forderung ist bei der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit zu berücksichtigen, sofern nicht ein qualifizierter Rangrücktritt iSd § 67 Abs 3 IO abgegeben wurde.⁷⁴ Bei § 2 Abs 1 Z 1 EKEG handelt es sich um einen rein objektiven Tatbestand, sodass es auf die subjektive Kenntnis des Kreditgebers nicht ankommt.⁷⁵
- Für die Überschuldung iSd § 67 IO ist nach heute gänzlich hA der modifizierte zweistufige Überschuldungsbegriff maßgeblich: Einerseits muss der Vermögensstatus zu Liquidationswerten negativ sein (rechnerische Überschuldung; keine Deckung der Verbindlichkeiten im Vermögen⁷⁶), andererseits muss eine negative Fortbestehensprognose vorliegen.⁷⁷ Die eigenkapitalersetzende Forderung ist (außer bei

⁷¹ Vgl ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 12; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 13; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 2 EKEG Rz 1f, 5; *Haglmüller*, Gesellschafterpflichten 6; anders hingegen noch § 1 Abs 3 des Ministerialentwurfs, siehe ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 25; *Schulyok*, ecolex 2002, 322; Rechtspolitisch und legistisch krit *Karollus* in FS U. Huber 801 (809f); *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 2 EKEG Rz 2; weitere Ausführungen in der Literatur zu § 2 finden sich bei *Karollus/Isola/Huemer* in *Institut der Wirtschaftsprüfer* 305 (321ff); *Dellinger*, GeS 2004, 125 (125ff); *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 2; *Kalss* in *Kalss/Rüffler* 9 (40ff); *Zollner* in *Kalss/Rüffler* 87 (90f); *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 2; *Keppert* in *Dellinger/Keppert* 11; *Schulyok* in *Dellinger/Keppert* 39; *Rohatschek/Stieglbauer*, RdW 2004, 457; *Karollus*, GesRZ 2016, 5; *Pieringer*, ecolex 2021, 227; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 2 EKEG.

⁷² *Schumacher* in KLS, IO² § 66 IO Rz 3; vgl *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 66 KO Rz 4f; *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 2 Rz 5; *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 2 Rz 8; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 2 EKEG Rz 6; RIS-Justiz RS0064528; *Haglmüller*, Gesellschafterpflichten 7; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 2 EKEG Rz 5.

⁷³ Siehe nur *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 66 KO Rz 36ff, 68ff.

⁷⁴ Mit überzeugenden Argumenten *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 13ff; aA *Reisch* in *Konecny* 171 (179); OLG Wien 20.07.2012, 28 R 118/12x; RIS-Justiz RW0000733.

⁷⁵ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 12; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 13; *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 2 Rz 6; *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 2 Rz 5, 32; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 2 EKEG Rz 7; *Haglmüller*, Gesellschafterpflichten 7; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 2 EKEG Rz 8.

⁷⁶ Verbindlichkeiten aus eigenkapitalersetzenden Leistungen sind gem § 67 Abs 3 IO einzukalkulieren, sofern keine Rangrücktrittserklärung abgegeben wurde, siehe nur *Haglmüller*, Gesellschafterpflichten 21f.

⁷⁷ Vgl *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz 34ff; *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 47; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 2 EKEG Rz 9; *Haglmüller*,

qualifiziertem Rangrücktritt iSd § 67 Abs 3 IO) im Überschuldungsstatus als auch in der Fortbestehensprognose zu berücksichtigen.⁷⁸ Wie bei der Zahlungsunfähigkeit handelt es sich auch bei § 2 Abs 1 Z 2 EKEG um einen rein objektiven Tatbestand.⁷⁹

- Eine Krise liegt gem § 2 Abs 1 Z 3 EKEG ferner vor, wenn „*die Eigenmittelquote (§ 23 URG) der Gesellschaft weniger als 8% und die fiktive Schuldentilgungsdauer (§ 24 URG) mehr als 15 Jahre betragen*“⁸⁰. Da §§ 22 Abs 1 Z 1 URG bei Vorliegen der beiden Kennzahlen nur eine Vermutung zugunsten des Reorganisationsbedarfs statuiert, sieht auch das EKEG korrespondierend die Zulässigkeit des Gegenbeweises vor. Umgekehrt liegt aber aus Rechtssicherheitserwägungen keine Krise vor, wenn Reorganisationsbedarf besteht, obwohl die Kennzahlen nicht vorliegen. § 2 Abs 2 EKEG sieht ergänzend subjektive Elemente vor: Dem Kreditgeber muss das Vorliegen der Kennzahlen erkennbar sein, wobei Erkennbarkeit bei Vorliegen einer der in Abs 2 taxativ genannten Voraussetzungen gegeben ist. Für gewisse Gesellschaften bestehen sondergesetzliche Eigenmittelerfordernisse, die gem Abs 3 statt der Kennzahlen relevant sind.⁸¹

2.3.2 Die erfassten Gesellschaften (§ 4 EKEG)

§ 4 EKEG zählt jene Gesellschaften auf, die als Kreditnehmerinnen in Betracht kommen. Dies sind Kapitalgesellschaften (AG und GmbH), die Genossenschaft mit beschränkter Haftung und verdeckte Kapitalgesellschaften⁸² (GmbH & Co KG/OG). Erfasst sind also jene Gesellschaften,

Gesellschafterpflichten 18f; *Schumacher* in KLS, IO² § 67 IO Rz 4ff; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 2 EKEG Rz 9; OGH 03.12.1986, 1 Ob 655/86; OGH 19.02.2015, 6 Ob 19/15k; RIS-Justiz RS0064962

⁷⁸ *Reisch* in *Konecny* 171 (179); *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 13, 16.

⁷⁹ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 12; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 13; *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 2 Rz 8; *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 2 Rz 5, 32; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 2 EKEG Rz 10; *Haglmüller*, Gesellschafterpflichten 19, *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 2 EKEG Rz 10.

⁸⁰ Siehe zu diesen Kennzahlen im Detail nur *Jenatschek* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 22-24 URG.

⁸¹ Siehe ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 12f; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 13f; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 2 EKEG Rz 12ff; *Haglmüller*, Gesellschafterpflichten 28ff; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 2 EKEG Rz 11ff.

⁸² Erfasste Kreditnehmerin ist diesfalls die Personengesellschaft, bei der keine unbeschränkt haftende natürliche Person (ein natürlicher Kommanditist ist irrelevant) Gesellschafter ist. Diese Personengesellschaft kann eine OG, KG oder EWIV sein, vgl *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 4 Rz 2; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 4 EKEG Rz 9ff; Haftet bei mehrstöckigen Gesellschaftskonstruktionen über die Haftungskette schlussendlich sehr wohl eine natürliche Person (zB die einzige Komplementärin einer KG ist ebenso eine KG, deren Komplementärin wiederum eine natürliche Person ist), so kann die Tochter-KG nach der ratio legis nicht vom EKEG erfasst sein und ist § 4 Z 3 EKEG insofern teleologisch zu reduzieren, *Karollus/Isola/Huemer* in *Institut der Wirtschaftsprüfer* 305 (312); *Fellner/Mutz*, EKEG 68; *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 62; *Torggler*, JAP 2003/2004, 178 (179 FN 12); *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 4 Rz 4; *Karollus* in *Dellinger/Keppert* 71 (81); *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 4 EKEG Rz 13; siehe aber *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2004, 106 (107); Die GesBR und die stille Gesellschaft sind zwar Personengesellschaften, können mangels Rechtsfähigkeit aber nicht Kreditnehmerinnen sein. Allerdings könnte ein „an diese“ gewährter

bei denen keine natürliche Person haftet und bei denen daher Kapitalerhaltungspflichten iWS notwendig sind.⁸³ Die Regelung ist taxativ zu verstehen,⁸⁴ doch steht dies einer analogen Anwendung nicht prinzipiell entgegen, auch wenn dies hinsichtlich zum Zeitpunkt des Inkrafttretens bereits bestehender Gesellschaftsformen schwer zu begründen sein wird.⁸⁵ Eine Analogie wird mE bei der neu geschaffenen FlexKapG zu bejahen sein. Das Eigenkapitalersatzrecht ist im IPR nach dem Gesellschaftsstatut der kreditnehmenden Gesellschaft anzuknüpfen, weshalb grds nur eine Anwendung auf österreichische Gesellschaften als Kreditnehmerinnen in Betracht kommt.⁸⁶ IVm Art 5, 63 SE-VO⁸⁷ sind das EKEG und grds auch die insolvenzrechtlichen Begleitregelungen auf SE mit Sitz in Österreich anzuwenden.⁸⁸ Unklar ist die Anwendbarkeit auf die SCE.⁸⁹ Das EKEG verfolgt einen rechtsformübergreifenden Ansatz, wonach alle von § 4 EKEG erfassten Gesellschaften den

Kredit als solcher gegenüber den übrigen Gesellschaftern/dem Geschäftsherrn (vgl § 10 EKEG) qualifiziert werden und insofern dem EKEG unterliegen, siehe *Dellinger in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 4 Rz 2; *Karollus in Dellinger/Keppert* 71 (81); *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 4 EKEG Rz 11; siehe aber *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2004, 106 (107); siehe näher zur GmbH & Co KG *Schopper in GS Arnold*² 111.

⁸³ ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 24; ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 14; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 15; Ausführlich zu den dahinterstehenden Erwägungen siehe *Kalss in Kalss/Rüffler* 9 (21); Allerdings werden gerade nicht alle Rechtsformen mit beschränkter Haftung bzw mit Kapitalerhaltungsgrundsätzen erfasst. Entgegen HG Wien 15.5.1998, 5 S 844/97w; OGH 26.11.1998, 8 Ob 286/98m soll der Verein nun nicht mehr dem Eigenkapitalersatzrecht unterliegen, krit dazu *Schmidt*, *GesRZ* 2004, 75 (78); *Kalss in Kalss/Rüffler* 9 (30); *Karollus in Dellinger/Keppert* 71 (76); *Karollus in FS U. Huber* 801 (805); *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 4 EKEG Rz 2; krit zur Nichteinbeziehung von Genossenschaften mit Geschäftsanteilhaftung *Dellinger in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 4 Rz 5; *Karollus in Dellinger/Keppert* 71 (75f); *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 4 EKEG Rz 2, 7; krit zur Privatstiftung, wobei hier anstatt auf Gesellschafter auf Stifter und/oder Begünstigte abzustellen gewesen wäre *Dellinger in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 4 Rz 12; *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 63f; *Karollus in Dellinger/Keppert* 71 (76f); *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 4 EKEG Rz 2; siehe hingegen *Hochedlinger*, *GesRZ* 2004, 372 (373); krit zum Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit *Torggler*, *JAP* 2003/2004, 178 (179 FN 13); *Dellinger in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 4 Rz 11; *Karollus in Dellinger/Keppert* 71 (77); *Zollner*, *ÖBA* 2004, 831 (831f); *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 4 EKEG Rz 2; krit zu Sparkassen *Karollus in Dellinger/Keppert* 71 (77); *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 4 EKEG Rz 2.

⁸⁴ *Schopper in Schopper/Vogt*, EKEG § 4 Rz 1; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 4 EKEG Rz 1.

⁸⁵ *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 4 EKEG Rz 1f; siehe aber *E. Achatz in Konecny* 15 (19); für eine (analoge) Anwendung auf Vereine mit wirtschaftlichen Zwecken *Kalss in Kalss/Rüffler* 9 (30); verneinend *Dellinger in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 4 Rz 10; für eine (analoge) Anwendung auf Vereine mit genossenschaftlichen Zwecken *Dellinger in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 4 Rz 11 für eine (analoge) Anwendung auf Genossenschaft mit Geschäftsanteilhaftung *Dellinger in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 4 Rz 5; offenlassend *Karollus in Dellinger/Keppert* 71 (75f).

⁸⁶ Siehe im Detail ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 11; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 11; *Dellinger in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 4 Rz 13; *Karollus in Dellinger/Keppert* 71 (82); *Kalss in Kalss/Rüffler* 9 (30); *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband Vor § 1 EKEG Rz 24ff, § 4 Rz 5.

⁸⁷ Verordnung (EG) 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), *ABl L* 2001/294, 1.

⁸⁸ *Karollus in Dellinger/Keppert* 71 (77f); *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 4 EKEG Rz 6.

⁸⁹ Siehe im Detail *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 4 EKEG Rz 8.

gleichen Regelungen unterliegen. Den verschiedenen Rechtsformen Rechnung tragende Unterschiede können sich lediglich auf Auslegungsebene ergeben.⁹⁰

2.3.3 Die erfassten Gesellschafter (§ 5ff EKEG)

Welche Personen als Kreditgeber iSd EKEG zu verstehen sind, wird durch die §§ 5-13 EKEG geregelt. Die Determinierung des Gesellschafterbegriffs basiert maßgeblich auf den beiden Wertungsgesichtspunkten der Vermögensbeteiligung und der Einflussposition einer Person, die den einzelnen Tatbeständen jeweils gesondert oder auch in Kombination zugrunde liegen können.⁹¹ Als Sonderrecht für Gesellschafter erfasst das EKEG grds nur solche. Ausnahmen werden jedoch gemacht, wenn sonst Umgehungen zu befürchten wären, was etwa bei Treuhandschaft (§ 7 EKEG), im Konzern (§ 9 EKEG) oder bei faktischer Beherrschung (§ 5 Abs 1 Z 3 EKEG) der Fall ist.⁹² Auf Kreditgeberseite bestehen die in Kapitel 2.3.2 dargestellten Einschränkungen nicht und ist der Kreditgeberbegriff unabhängig von Rechtsform (sofern mit ihr Rechtsfähigkeit verbunden ist) oder Gesellschaftsstatut/Nationalität.⁹³

§ 5 EKEG normiert einen Grundtatbestand mit drei Alternativtatbeständen:⁹⁴

- § 5 Abs 1 Z 1 EKEG spricht von einer (unmittelbaren) kontrollierenden⁹⁵ Beteiligung, wobei in Abs 2 eine Legaldefinition bestehend aus fünf taxativen⁹⁶ Alternativtatbeständen erfolgt, die mit gewissen Adaptionen den Control-Tatbeständen des § 344 Abs 2 UGB entnommen sind.⁹⁷ Das Beteiligungsausmaß am Vermögen ist (anders als bei § 5 Abs 1 Z 2 EKEG) irrelevant.⁹⁸ Eine kontrollierende Beteiligung liegt vor, wenn der Gesellschafter

⁹⁰ Karollus/Isola/Huemer in *Institut der Wirtschaftsprüfer* 305 (308); Karollus in *Buchegger*, Erster Zusatzband Vor § 1 EKEG Rz 12.

⁹¹ Siehe etwa ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 20, 26ff; ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 10, 14ff; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 10, 15ff; Karollus in *Buchegger*, Erster Zusatzband Vor § 1 EKEG Rz 13, § 5 EKEG Rz 3, § 6 EKEG Rz 2, § 8 EKEG Rz 2; siehe auch bereits Kapitel 2.2.3.

⁹² ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 21; ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 11; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 11.

⁹³ Karollus in *Buchegger*, Erster Zusatzband Vor § 1 EKEG Rz 26, § 1 EKEG Rz 6, § 4 EKEG Rz 4; siehe ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 11; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 11

⁹⁴ Dellinger in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 5 Rz 1; Kalss in *Kalss/Rüffler* 9 (33); Karollus in *Dellinger/Keppert* 71 (87); Rüffler in *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 74 Rz 10; Karollus in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 5 EKEG Rz 1f.

⁹⁵ Zum Konnex mit der Finanzfolgenverantwortung siehe nur ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 26; ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 14; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 15.

⁹⁶ Zur Funktion des § 5 Abs 2 Z 5 als Auffangtatbestand/kleine Generalklausel siehe nur Dellinger in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 5 Rz 6; Karollus in *Dellinger/Keppert* 71 (90); Karollus in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 5 EKEG Rz 7.

⁹⁷ Karollus in *Dellinger/Keppert* 71 (90f); vgl Karollus in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 5 EKEG Rz 2, 7; siehe Dellinger in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 5 Rz 6; Rüffler in *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 74 Rz 12.

⁹⁸ Fellner/Mutz, EKEG 71f; Karollus in *Dellinger/Keppert* 71 (91f); Karollus in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 5 EKEG Rz 7.

entweder selbst über die Mehrheit der Stimmrechte verfügt (Z 1), gesellschaftsrechtliche Sonderrechte zur Bestellung oder Abberufung der Mehrheit der Mitglieder des Leitungs- oder Aufsichtsorgans hat (Z 2), das Sonderrecht, selbst Mitglied des Leitungsorgans zu sein, hat (Z 3), aufgrund von Syndikatsverträgen über die Stimmmehrheit bei Bestellung oder Abberufung von Mitgliedern des Leitungs- oder Aufsichtsorgans entscheiden kann (Z 4) oder wenn aus seiner Beteiligung⁹⁹ ein beherrschender Einfluss resultiert, der bei 25% der Stimmrechte und keiner anderen gleichwertigen Stimmrechtsmacht widerleglich¹⁰⁰ vermutet wird (Z 5). Bei Z 1-4 kommt es bloß auf das formale Vorliegen der Tatbestände, bei Z 5 hingegen auf die tatsächliche Beherrschungsmöglichkeit an, wobei stets irrelevant ist, ob davon auch tatsächlich Gebrauch gemacht wurde.¹⁰¹

- Gem § 5 Abs 1 Z 2 EKEG ist Gesellschafter iSd EKEG, wer „mit einem Anteil von zumindest 25%¹⁰² beteiligt ist, und zwar bei einer Kapitalgesellschaft am Nennkapital, bei einer Genossenschaft mit beschränkter Haftung am Geschäftsanteilskapital und bei einer Personengesellschaft am Gesellschaftsvermögen“. Anders als bei Z 1 kommt es hier ausschließlich auf die unmittelbare Beteiligung am Vermögen an.¹⁰³ Es handelt sich um eine fixe, vom tatsächlichen Einfluss unabhängige Grenze.¹⁰⁴
- Gem § 5 Abs 1 Z 3 EKEG ist Gesellschafter iSd EKEG, wer „wie ein Gesellschafter, dem die Mehrheit der Stimmrechte zusteht, einen beherrschenden Einfluss auf eine Gesellschaft ausübt“. Anders als nach den Z 1 und 2 ist hier eine Beteiligung des Kreditgebers an der Gesellschaft nicht zwingend erforderlich. Es kommt ausschließlich auf seinen tatsächlich

⁹⁹ Rein faktischer, außergesellschaftsrechtlicher Einfluss bleibt außer Betracht. Dies wäre allenfalls im Rahmen des § 5 Abs 1 Z 3 EKEG zu berücksichtigen, siehe nur Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 5 EKEG Rz 24.

¹⁰⁰ Vgl Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 5 EKEG Rz 29.

¹⁰¹ Vgl Dellinger in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 5 Rz 6, 24; Fellner/Mutz, EKEG 72; Schopper in Schopper/Vogt, EKEG § 5 Rz 45; Karollus in Dellinger/Keppert 71 (96); Zollner, ÖBA 2004, 831 (833); Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 5 EKEG Rz 7, 16, 23; Artmann in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 52 Rz 56.

¹⁰² Nicht etwa 25% + x, Karollus in Dellinger/Keppert 71 (87 FN 53); Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 5 EKEG Rz 30; aA Bauer, GeS 2003, 109 (112); Zehetner/Bauer, Eigenkapitalersatzrecht 67.

¹⁰³ So sind etwa Stimmrechtsanteile irrelevant, vgl Karollus/Isola/Huemer in Institut der Wirtschaftsprüfer 305 (313); Dellinger in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 5 Rz 17; Karollus in Dellinger/Keppert 71 (89); Rüffler in Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ Anh § 74 Rz 11; Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 5 EKEG Rz 30f; Artmann in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 52 Rz 56/1.

¹⁰⁴ Bauer, GeS 2003, 109 (112 FN 16); Schopper in Schopper/Vogt, EKEG § 5 Rz 59; Dellinger in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 5 Rz 21; Dellinger, GeS 2004, 125 (128); Karollus in Dellinger/Keppert 71 (89f); Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 5 EKEG Rz 30, 33f; siehe zudem ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 26; ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 14; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 15 („Das Kriterium der quotenmäßigen Beteiligung nach Abs. 1 Z 2 berücksichtigt, dass derjenige, dem ein erheblicher Anteil des Unternehmens zusteht, an dessen Entwicklung entsprechend wirtschaftlich teilnimmt und die Chance hat, vom Geschäftserfolg in hohem Ausmaß zu profitieren. Den unternehmerischen Chancen stehen wiederum Risiken und unternehmerische Verantwortung gegenüber. Kleingesellschafter werden, wenn sie nicht kontrollierend beteiligt sind, nicht erfasst.“); krit Kalss in Kalss/Rüffler 9 (23).

ausgeübten Einfluss an – nicht wie bei Abs 2 Z 5 auf die bloße Einflussmöglichkeit.¹⁰⁵ Ein Einfluss, der der Intensität eines Mehrheitsgesellschafters entspricht, liegt vor, wenn „jemand tatsächlich einen wesentlichen Einfluss auf alle wichtigen Geschäftsführungsangelegenheiten“¹⁰⁶ oder bei der AG maßgeblichen Einfluss auf die Aufsichtsratsbestellung¹⁰⁷ hat, nicht aber bloße Vetorechte¹⁰⁸. Kreditvertragstypische Rechte sind nicht miteinzubeziehen.

Der Grundtatbestand wird durch die §§ 6-13 EKEG konkretisiert und ergänzt.¹⁰⁹

- § 6 EKEG normiert zwei alternative Tatbestände, bei denen eine Zusammenrechnung der Beteiligungen mehrerer Gesellschafter erfolgt, die idF dem Kreditgeber zugerechnet werden, sodass dieser von § 5 EKEG erfasst wird. Diese Rechtsfolge greift, wenn mehrere Gesellschafter Kredite aufgrund abgestimmten Verhaltens vergeben oder wenn die Kreditvergabe durch einen Gesellschafter, jedoch in Absprache mit anderen Gesellschaftern, erfolgt. Bei Familienangehörigen (§ 32 IO) und im Konzern (§ 9 Abs 1 EKEG) greift diesbezüglich eine widerlegliche Vermutung.¹¹⁰ Pa kann auch eine Zusammenrechnung im Rahmen der §§ 5 Abs 1 Z 3, 7-10 EKEG erfolgen.¹¹¹
- § 7 EKEG regelt Treuhandkonstellationen. Abs 1 betrifft treuhändig gehaltene Gesellschaftsanteile und erweitert den Gesellschafterkreis des § 5 EKEG durch den formell

¹⁰⁵ ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 27; ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 15; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 16 („Mit der Beherrschung ist ein faktisches Machtverhältnis gemeint, losgelöst von der rechtlichen Stellung des Beherrschers.“); Schopper in Schopper/Vogt, EKEG § 5 Rz 66f; Fellner/Mutz, EKEG 73; Karollus in Dellinger/Keppert 71 (100); Kalss in Kalss/Rüffler 9 (35); Zollner in Kalss/Rüffler 87 (95); Rüffler in Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ Anh § 74 Rz 13; Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 5 EKEG Rz 41, 43; Denkbare Grundlagen für die faktische Beherrschung können etwa Beherrschungs- oder Syndikatsverträge, Zustimmungsrechte zu Maßnahmen der Geschäftsführung oder Personalunion zwischen Organen der Kreditnehmer- und -gebergesellschaft sein, vgl Dellinger in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 5 Rz 26; Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 5 EKEG Rz 43; Zum Konnex mit der Finanzfolgenverantwortung siehe ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 26; ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 14; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 15.

¹⁰⁶ ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 27; ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 15; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 16; vgl Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 5 EKEG Rz 43.

¹⁰⁷ Vgl Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 5 EKEG Rz 43.

¹⁰⁸ Karollus in Dellinger/Keppert 71 (100); Rüffler in Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ Anh § 74 Rz 13; Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 5 EKEG Rz 43.

¹⁰⁹ Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 5 EKEG Rz 1.

¹¹⁰ Siehe zu § 6 EKEG im Detail Karollus/Isola/Huemer in Institut der Wirtschaftsprüfer 305 (315f); Dellinger in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 6; Schopper in Schopper/Vogt, EKEG § 6 Rz 1ff; Fellner/Mutz, EKEG 75ff; Karollus in Dellinger/Keppert 71 (101ff); Kalss in Kalss/Rüffler 9 (35); Zollner in Kalss/Rüffler 87 (99ff); Harrer, wbl 2004, 201 (207); Fischer, Konzernfinanzierung 40ff, 96ff; Gelter, ZIK 2005, 121; Karollus in FS U. Huber 801 (807); Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 6 EKEG Rz 1ff; Karollus, GesRZ 2022, 217; Schopper/Vogt in KLS, IO² § 6 EKEG.

¹¹¹ Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 6 EKEG Rz 16f; vgl Dellinger in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 6 Rz 1, 7.

nicht beteiligten Treugeber, schränkt selbigen andererseits aber ein, indem der Treuhänder im Falle der schriftlichen Offenlegung seiner Stellung im Kreditvertrag vom Gesellschafterbegriff ausgenommen wird.¹¹² Abs 2 und 3 betreffen hingegen die treuhändige Kreditvergabe und deren Zuordnung.¹¹³

- Während § 5 Abs 1 Z 1 und 2 EKEG nur unmittelbare Beteiligungen erfassen, ist für mittelbare Beteiligungsverhältnisse § 8 EKEG einschlägig.¹¹⁴ Diese Norm behandelt vertikale „*down stream*“ Kreditverhältnisse, § 9 EKEG hingegen horizontale „*side stream*“ Kredite.¹¹⁵ Normiert werden drei Alternativtatbestände. Z 1 betrifft Einflussmöglichkeiten aufgrund mittelbar kontrollierender Beteiligung und erweitert damit im Wesentlichen den Anwendungsbereich des § 5 Abs 1 Z 1 iVm Abs 2 EKEG über unmittelbare Beteiligungen hinaus. Z 2 ist ein Pendant zu § 5 Abs 1 Z 2 EKEG und stellt bloß auf eine durchgerechnete, mittelbare Vermögensbeteiligung von 33% ab. Bei Z 3 muss der Kreditgeber nicht (un)mittelbar kontrollierend an der Kreditnehmerin beteiligt sein (dies wäre ein Fall des § 5 Abs 1 Z 1 iVm Abs 2 ggf iVm § 8 Z 1 EKEG), sondern nur an einer Gesellschaft, die iSd § 5 Abs 1 Z 2 EKEG mit 25% am Vermögen der Kreditnehmerin unmittelbar beteiligt ist.¹¹⁶
- Wie erwähnt, erfasst § 9 EKEG „*side stream*“ Kreditverhältnisse – und zwar unabhängig von der Ebene der Schwestergesellschaften. Zwischen Kreditnehmerin und -geberin besteht weder eine mittelbare noch unmittelbare Beteiligung – diese Fälle werden bereits von §§ 5, 8 EKEG erfasst. Die Zurechnung zur Kreditgeberin erfolgt anhand eines gemeinsamen Gesellschafters: Bei Abs 1 ist dies die Konzernspitze/eine Konzernzwischenholding, bei Abs 2 eine Person/Personengruppe außerhalb des Konzerns. Dieser Gesellschafter muss an der Kreditgeberin (un)mittelbar kontrollierend beteiligt (§ 5 Abs 1 Z 1 iVm Abs 2 ggf iVm § 8 Z 1 EKEG) sowie hinsichtlich der Kreditnehmerin Gesellschafterin iSd §§ 5, 7, 8 oder

¹¹² Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 7 EKEG Rz 1.

¹¹³ Für Details muss aus Platzgründen auf die einschlägige Literatur verwiesen werden: Karollus/Isola/Huemer in *Institut der Wirtschaftsprüfer* 305 (316f); Dellinger in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 7; Schopper in *Schopper/Vogt*, EKEG § 7 Rz 1ff; Fellner/Mutz, EKEG 78ff; Karollus in *Dellinger/Keppert* 71 (103ff); Zollner in *Kalss/Rüffler* 87 (101ff); Harrer, wbl 2004, 201 (207f); Gelter, ZIK 2005, 121; Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 6 EKEG Rz 1ff; Schopper/Vogt in KLS, IO² § 7 EKEG.

¹¹⁴ Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 5 EKEG Rz 7, 31, § 8 EKEG Rz 1.

¹¹⁵ ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 29f; ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 16; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 17; Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 8 EKEG Rz 1, § 9 EKEG Rz 1.

¹¹⁶ Siehe im Detail Chalupsky/Schmidsberger, ZIK 2002, 77 (78f); Dellinger, ecolex 2002, 329; Karollus/Isola/Huemer in *Institut der Wirtschaftsprüfer* 305 (317f); Dellinger, GeS 2004, 125 (128); Dellinger in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 8; Schopper in *Schopper/Vogt*, EKEG § 8; Rüffler in *Kalss/Rüffler* 111 (115f); Fellner/Mutz, EKEG 83ff; Schmidsberger in *Dellinger/Keppert* 119 (122ff); Harrer, wbl 2004, 201 (208f); Zehetner/Bauer, ÖJZ 2004, 747; Fischer, Konzernfinanzierung 66ff; Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 8 EKEG Rz 2ff; Schopper/Vogt in KLS, IO² § 8 EKEG.

10 Abs 2 EKEG sein und muss die Kreditvergabe auf Weisung dieses gemeinsamen Gesellschafters erfolgen. Als Rechtsfolge wird ein Erstattungsanspruch der Kreditgeberin ggü dem gemeinsamen Gesellschafter unter Übergang der Rechtsposition normiert.¹¹⁷ § 9 EKEG erfasst nach hA auch „*up stream*“ Kredite.¹¹⁸

- § 10 Abs 1 EKEG normiert, dass die stille Einlage eines Gesellschafters iSd EKEG wie ein Kredit behandelt wird und damit eigenkapitalersetzend ist, während Abs 2 determiniert, inwiefern aus einer stillen Beteiligung eine Gesellschafterstellung iSd EKEG resultiert.¹¹⁹
- § 11 EKEG betrifft verdeckte Kapitalgesellschaften iSd § 4 Z 3 EKEG. Vergibt eine Person, die iSd §§ 5-10 EKEG an einer Personengesellschaft¹²⁰ beteiligt ist, einen Kredit an eine unbeschränkt haftende Gesellschafterin¹²¹ dieser Personengesellschaft, wird der Kredit so behandelt, als wäre dieser an die Personengesellschaft gewährt worden.¹²²
- § 12 EKEG nimmt fünf taxative Beteiligungsformen aus dem Anwendungsbereich aus.¹²³
- Gem § 13 EKEG sind aus volkswirtschaftlichen Gründen und zur Erleichterung von Sanierungen Kredite im Rahmen eines Sanierungskonzepts nicht eigenkapitalersetzend.¹²⁴

¹¹⁷ Für Details muss auf die einschlägige Lit und Rsp verwiesen werden: *Schmidsberger*, GeS 2002, 9; *Dellinger*, *ecolex* 2002, 329; *Karollus/Isola/Huemer* in *Institut der Wirtschaftsprüfer* 305 (318ff); *Dellinger*, GeS 2004, 125 (129); *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 9; *Rüffler* in *Kalss/Rüffler* 111 (117ff); *Fellner/Mutz*, EKEG 87ff; *Schmidsberger* in *Dellinger/Keppert* 119 (133ff); *Schopper* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 9; *Harrer*, wbl 2004, 201 (209); *Zehetner/Bauer*, ÖJZ 2004, 747; *Fischer*, Konzernfinanzierung 47ff, 102ff; *Koppensteiner*, wbl 2008, 53; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 9 EKEG; *E. Achatz* in *Konecny* 15 (20ff); *Artmann* in FS Roth 23; *Kalss*, GesRZ 2015, 302; *Karollus* in *Artmann/Rüffler/Torggler* 97; *Koppensteiner* in FS Nowotny 369; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 9 EKEG; OGH 23.04.2020, 6 Ob 154/19v; RIS-Justiz RS0133096; RIS-Justiz RS0133098; RIS-Justiz RS0133095; RIS-Justiz RS0133097.

¹¹⁸ Dafür *Schmidsberger*, GeS 2002, 9 (14); *Karollus/Isola/Huemer* in *Institut der Wirtschaftsprüfer* 305 (318); *Schmidsberger* in *Dellinger/Keppert* 119 (140f); *Schopper* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 9 Rz 26f; *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 82f; *Zehetner/Bauer*, ÖJZ 2004, 747 (751); *Fischer*, Konzernfinanzierung 133ff; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 9 EKEG Rz 23; *Artmann* in FS Roth 23 (35); *Lampmayr*, Einlagenrückgewähr 113; *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 60; aA *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 9 Rz 17f; *Fellner/Mutz*, EKEG 90.

¹¹⁹ Siehe näher *Bauer*, GeS 2003, 109; *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 10; *Saurer* in *Kalss/Rüffler* 135 (137ff); *Fellner/Mutz*, EKEG 91ff; *Karollus* in *Dellinger/Keppert* 71 (108ff); *Schopper* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 10; *Harrer*, wbl 2004, 201 (209f); *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 10 EKEG; *Loewit*, *ecolex* 2020, 987; *Loewit*, ÖBA 2021, 592; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 10 EKEG; OGH 26.09.2017, 6 Ob 204/16t; RIS-Justiz RS0131722.

¹²⁰ Diese muss nicht zwingend eine KG sein (siehe Kapitel 2.3.2), weshalb entgegen dem Wortlaut nicht bloß Kommanditisten erfasst sind; siehe nur *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 11 EKEG Rz 7.

¹²¹ Diese darf aufgrund der Definition der verdeckten Kapitalgesellschaft nur keine natürliche Person sein. Ansonsten ist die Rechtsform irrelevant, siehe nur *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 11 EKEG Rz 6.

¹²² Siehe näher *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 11; *Saurer* in *Kalss/Rüffler* 135 (144ff); *Fellner/Mutz*, EKEG 95; *Karollus* in *Dellinger/Keppert* 71 (112f); *Schopper* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 11; *Harrer*, wbl 2004, 201 (210); *Artmann*, RdW 2005, 337; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 11 EKEG; *Schopper* in GS Arnold² 111; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 11 EKEG.

¹²³ Siehe nur ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 17f; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 18f; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 12 EKEG Rz 1.

¹²⁴ Siehe im Detail zu diesem sog „*Sanierungsprivileg*“ ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 36f; ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 18f; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 19; *Dellinger*, GeS 2004, 125 (129f);

3 Die Tatbestandsebene: Kredit und Nutzungsüberlassung

Die zentralen Begriffe auf Tatbestandsebene sind jene des Kredits und der Nutzungsüberlassung. Beiden liegt dabei ein eigenständiges, vom allgemeinen Zivilrecht unabhängiges Verständnis zugrunde. Der Kreditbegriff ist dabei grds weiter als jener der Nutzungsüberlassung, der eine bloße Teilmenge des Kreditbegriffs bildet. Systematisch muss daher zuerst der Kreditbegriff beleuchtet werden (Kapitel 3.1). Wie idF zu zeigen sein wird, stehen Kredit und Nutzungsüberlassung außerdem in einem Regel-Ausnahme-Verhältnis zueinander: Das EKEG unterwirft die Nutzungsüberlassung gerade nicht den sonst für Kredite geltenden Rechtsfolgen (vgl § 3 Abs 3 EKEG). Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, diese Begriffe voneinander abzugrenzen und das Verständnis der Nutzungsüberlassung näher zu beleuchten (Kapitel 3.2). Besonders zu beachten ist dabei, dass das Entgelt für die Nutzungsüberlassung durchaus iSd EKEG kreditiert werden kann (vgl § 3 Abs 3 EKEG). Insofern ist streng zwischen Überlassung der Sache und dem dafür zustehenden Entgelt zu unterscheiden! Weitgehend ungeklärt ist, welche Rechtshandlungen als Kredit in Bezug auf das Entgelt zu werten sind. Dem wird in Kapitel 3.3 nachgegangen.

3.1 Der weite Kreditbegriff des EKEG

3.1.1 Allgemeines

Bereits dem Ministerialentwurf aus 2002 lag der Kreditbegriff zugrunde, wenngleich ihm der Entwurf weder eine Legaldefinition noch einen Paragraphen widmete. Aus den Materialien geht hervor, dass dem Ministerialentwurf ein sehr weites Kreditverständnis zugrunde lag.¹²⁵ In § 9 enthielt der Entwurf jedoch eine Sonderbestimmung, welche das Stehenlassen von Forderungen in der Krise einem Kredit gleichstellte, wenn sie nicht binnen 60 Tagen nach Bilanzstichtag, spätestens jedoch binnen einem Jahr geltend gemacht wird.¹²⁶ In der Regierungsvorlage für das

Karollus/Isola/Huemer in *Institut der Wirtschaftsprüfer* 305 (325f); Dellinger in *Dellinger/Keppert* 55 (66ff); Schummer in *Dellinger/Keppert* 143 (159f); Schopper in *Schopper/Vogt*, EKEG § 13; Schmidt, *GesRZ* 2004, 75 (80f); Harrer, *wbl* 2004, 201 (210f); Karollus in *Buchegger*, *Erster Zusatzband* § 13 EKEG; Schopper/Vogt in *KLS*, IO² § 13 EKEG; OGH 07.11.2019, 12 Os 42/19x; OGH 28.05.2020, 17 Ob 1/20a; RIS- Justiz RS0132905.

¹²⁵ So führten die Erläuterungen in ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 24 aus: „Mit dem Begriff des Kredits wird, abweichend vom insoweit irreführenden Terminus des "Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehens", vermittelt, dass nicht nur Darlehensverträge im engeren Sinn (§ 983 ABGB) gemeint sind. Ein Kredit im Sinne dieser Bestimmung ist auch jede Vorleistung des Gesellschafters, wenn die Gegenleistung von der Gesellschaft erst später zu erbringen ist, zum Beispiel auch der Verkauf einer Sache, wenn der Kaufpreis nicht Zug um Zug zu leisten ist, und die Stundung einer Forderung.“

¹²⁶ Vgl ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 35f; krit Stellungnahme des KSV 13/SN-306/ME 21 GP 5; Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich 17/SN-306/ME 21. GP 6; Stellungnahme der Kammer der Wirtschaftstreuhänder 20/SN-306/ME 21. GP 6f; Chalupsky/Schmidsberger, *ZIK* 2002, 77 (79); Gegenüber der Rsp wurden die Fälle des eigenkapitalersetzenden Stehenlassens durch diese Bestimmung aber eingeschränkt, siehe *Dellinger*, *ecolex* 2002, 316 (319); Unter diesen § 9 wäre auch das stehengelassene Entgelt für eine

GIRÄG 2002 wurde sodann eine nähere Determinierung des Kreditbegriffes in § 3 aufgenommen, die mit dem GIRÄG 2003 unverändert beschlossen wurde. Allerdings wurde der Kreditbegriff auch dadurch nicht positiv definiert.¹²⁷ Dass dem Gesetz ein weiter Kreditbegriff zugrunde liegt, geht aus den Erläuterungen hervor, die die Ausführungen in den Erläuterungen zum Ministerialentwurf etwas modifiziert übernommen haben.¹²⁸ Gegenüber dem Ministerialentwurf ist der Anwendungsbereich des EKEG (nicht aber der Kreditbegriff!) nunmehr enger gefasst, da § 3 EKEG einige Sachverhalte explizit vom Kreditbegriff ausnimmt (negativer Kreditbegriff). Dies betrifft etwa das zuvor noch unter den Voraussetzungen des § 9 erfasste Stehenlassen¹²⁹ von Krediten (§ 3 Abs 1 Z 3 EKEG). Nach weiten Teilen der Lehre spricht ua gerade diese Negativdefinition für ein weites Kreditverständnis.¹³⁰ Bevor auf die Ausnahmen des § 3 EKEG in den folgenden Kapiteln eingegangen werden kann, muss analysiert werden, was der Gesetzgeber grundsätzlich unter einem Kredit versteht.

Die Erläuterungen führen aus: *„Mit dem Begriff des Kredits wird, abweichend vom gebräuchlichen, aber potentiell irreführenden Terminus des „Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehens“, vermittelt, dass nicht nur Darlehensverträge im engeren Sinn (§ 983 ABGB) gemeint sind. Ein Kredit im Sinne dieses Bundesgesetzes ist auch jede Vereinbarung, dass die Gegenleistung für eine Vorleistung des Gesellschafters von der Gesellschaft erst später zu erbringen ist, zum Beispiel ein Kauf unter Kreditierung des Kaufpreises.“*¹³¹ Aus rein wörtlicher und systematischer Sicht hätte es die Änderung der Terminologie von „Darlehen“ auf „Kredit“ nicht gebraucht. Schließlich ist auch der Kreditbegriff durch das ABGB „vorbelastet“ und als die entgeltliche Form eines Darlehensvertrags über Geld (vgl § 988 ABGB) grds ein noch engerer Begriff als jener des Darlehens. Dies kann jedoch dahingestellt bleiben, da historische und teleologische Erwägungen zweifelsfrei ergeben, dass der Gesetzgeber des EKEG das entsprechende Begriffsverständnis des ABGB nicht (unverändert)

Nutzungsüberlassung zu subsumieren gewesen, *Mohr*, *ecolex* 2002, 338 (FN 6); vgl ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 35, 43.

¹²⁷ *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 1; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 1, 3; *E. Achatz* in *Konecny* 15 (18); *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 3 EKEG Rz 1.

¹²⁸ Siehe ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 13; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 14.

¹²⁹ Siehe näher zum Stehenlassen in Kapitel 3.3.2.3.

¹³⁰ *Karollus/Isola/Huemer* in *Institut der Wirtschaftsprüfer* 305 (323); *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 1, 3; *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 1; *Dellinger* in *Dellinger/Keppert* 55 (58); *Rüffler* in *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 74 Rz 20; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 3; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 3 EKEG Rz 1; *Kalss* in *Kalss/Rüffler* 9 (43); *Fischer*, Konzernfinanzierung 20; siehe *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 56.

¹³¹ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 13; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 14.

übernehmen wollte.¹³² Nach hA ist „Kredit“ vielmehr in einem betriebswirtschaftlichen Sinne zu verstehen.¹³³ Maßgeblich ist eine bewusste Überlassung von Liquidität, wobei es auf Form, Zweck und Modalitäten nicht ankommt.¹³⁴ Der bereits von der alten Rsp geprägte Satz, dass ein Darlehen vorliegt, „wenn durch Zuführung eigener finanzieller Mittel des Gesellschafters in welcher Form auch immer der Liquiditätsbedarf der Gesellschaft verringert, dadurch deren Liquidation in der Krise hintangehalten und bei Außenstehenden der Eindruck einer genügenden Liquidität erweckt wird“, ¹³⁵ gilt im Grundsatz auch heute noch.¹³⁶ Jede finanzielle Zuwendung eines Gesellschafters an die Gesellschaft kommt somit grds als Kredit in Betracht.¹³⁷ Selbiges gilt, wenn der Gesellschaft Liquidität nicht entzogen wird.¹³⁸ Eine Wiederholung der in der Lit ausgeführten, zT kasuistischen Beispiele kann hier unterbleiben.¹³⁹ Es soll stattdessen der Versuch einer grundlegenden Aufarbeitung gewagt werden.

3.1.2 Einteilung in Fallgruppen

Wenn auf jegliche Zufuhr von Liquidität abgestellt wird, ist dies als Kreditdefinition zu unpräzise. Aus Wesen und Zweck des EKEG folgt im vertraglichen Kontext eine Einschränkung: Nicht jegliche Zufuhr von Liquidität kann einen Kredit iSd EKEG begründen, sondern grds nur eine solche im Rahmen mehrseitiger und – innerhalb dieser – zweiseitig verpflichtender Rechtsverhältnisse.¹⁴⁰ Steht dem Gesellschafter keinerlei Forderung gegen die Gesellschaft zu, so gehen die Rechtsfolgen des Eigenkapitalersatzes ins Leere.¹⁴¹ Der

¹³² Siehe *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 5; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 3 EKEG Rz 2; zum allgemeinen zivilrechtlichen Verständnis eines Gesellschafterkredits siehe *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 4; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 3 EKEG Rz 3.

¹³³ *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 5; siehe nur zur alten Rechtslage *Nowotny/Berger*, ZIK 1995, 2 (2); OGH 22.12.1993, 8 Ob 28/93 (zum „Stehenlassen“).

¹³⁴ *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 5; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 3 EKEG Rz 2; vgl *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 56; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 3; *Reisch in Konecny* 171 (173); *Artmann in Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 62; siehe nur zur alten Rechtslage *Nowotny/Berger*, ZIK 1995, 2 (2); OGH 22.12.1993, 8 Ob 28/93 (zum „Stehenlassen“); dafür, dass es auf das Erfordernis des Bewusstseins nicht ankommt, *Ostheim*, wbl 1994, 185 (186); zust *Nowotny/Berger*, ZIK 1995, 2 (2).

¹³⁵ OGH 24.02.2000, 8 Ob 136/99d.

¹³⁶ Vgl *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 3; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 3 EKEG Rz 2.

¹³⁷ *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 5; *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 56.

¹³⁸ *Saurer in Kalss/Rüffler* 135 (147).

¹³⁹ Siehe dazu *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 3f.

¹⁴⁰ Siehe zur Kategorisierung der Rechtsgeschäfte *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁷ 51f; Beachte aber die Sonderfälle des Stehenlassens, bei denen mitunter nicht einmal eine rechtsgeschäftliche Abrede vorliegen muss, siehe näher in Kapitel 3.3.2.3.1.

¹⁴¹ Siehe *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 11; *Fidler*, Insolvenznahe Kapitalgesellschaften 414 („Zugleich muss die Mittelzuführung einen (klagbaren) vertraglichen Rückzahlungsanspruch des Gesellschafters begründen...“); Banale Beispiele wären etwa Schenkung, Testament, oder Verzicht (siehe aber die Diskussion in Deutschland über den Verzicht auf verkehrssübliche Kautions, *Bitter in Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 216). Anspruchsvollere Beispiele finden sich bei *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 4, der mangels (Rückzahlungs-)Forderung die Kreditfähigkeit von Einlagen, nicht rückzahlbaren Subventionen (zum alten Recht OGH 28.2.2008, 8 Ob 125/07a) und idR auch Zuschüssen verneint und andererseits Besonderheiten bei den

erforderliche Anspruch des Gesellschafters kann sich auf Rückgabe der überlassenen Sache/von Sachen derselben Gattung¹⁴² und/oder auf Entrichtung einer Gegenleistung¹⁴³ beziehen.¹⁴⁴

Entgeltlichkeit des Rechtsgeschäfts ist somit nicht notwendige Bedingung für einen Kredit, weshalb auch unentgeltliche Darlehen¹⁴⁵ und die Leihe¹⁴⁶ den weiten Kreditbegriff grundsätzlich erfüllen. Wird eine Sache überlassen und ist diese oder eine solche derselben Gattung später zurückzustellen, so wird dem Empfänger Liquidität verschafft.¹⁴⁷ Dabei erfüllen die ursprüngliche (erstmalige) Überlassung der Sache und das spätere Stehenlassen des Rückgabeanspruches iWS gleichermaßen den weiten Kreditbegriff.¹⁴⁸ Rückgabeansprüche finden sich vor allem bei den unter die Gebrauchsüberlassungsverträge subsumierbaren Vertragstypen (§ 972 ABGB bei Leihe; § 983 ABGB bei Darlehen; § 1109 ABGB beim Bestandsvertrag).¹⁴⁹ Ein Rückgabeanspruch steht jedoch auch beim Verwahrungsvertrag als Dienstleistungsvertrag¹⁵⁰ zu (§ 961 ABGB)¹⁵¹, doch fehlt aufgrund der Nichtberechtigung zum

Gesellschaftersicherheiten aufzeigt; siehe idZ auch *Dellinger in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 2; *Artmann in Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 62; zu bedingt rückzahlbaren Finanzierungsmitteln siehe *Bitter in Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 215a; ME ist mangels durchsetzbarem Anspruch auch die unentgeltliche Dienstleistungserbringung kein Kredit iSd weiten Kreditbegriffs. Der OGH hat in seiner E OGH 24.02.2000, 8 Ob 136/99d nur über das Entgelt betreffende Rechtsfolgen abgesprochen. Von einer aus dem Eigenkapitalersatzrecht ableitbaren Verpflichtung zur Weitererbringung der Dienstleistung spricht er nicht (so aber *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 28). Die Annahme einer solchen Verpflichtung wäre vor dem Hintergrund des Art 4 EMRK höchst bedenklich (siehe FN 204). Die Rechtsfolgen des Eigenkapitalersatzrechtes gingen bei der unentgeltlichen Dienstleistungserbringung ins Leere.

¹⁴² Derartige Rückerstattungsansprüche machen ein Rechtsgeschäft bereits zu einem zweiseitig verpflichtenden Rechtsgeschäft *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁷ 52.

¹⁴³ Die von der Gesellschaft zu erbringende Gegenleistung muss nicht zwingend in Geld bestehen, *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 11; vgl *Dellinger in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 9; zur alten Rechtslage siehe OGH 23.11.2000, 8 Ob 165/99v (Geld als Vorleistung des Gesellschafters für eine von der Gesellschaft zu errichtende Eigentumswohnung); aA *E. Achatz in Konecny* 15 (18).

¹⁴⁴ IdS auch *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 4; *Artmann in Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 62.

¹⁴⁵ Siehe *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 4; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 3.

¹⁴⁶ Siehe *Mohr in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 8; siehe zur alten Rechtslage RIS-Justiz RS0107330; für Deutschland *Bitter in Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 420.

¹⁴⁷ Ob auch die entgeltliche Nutzungsüberlassung tatsächlich Liquidität verschafft, ist str. Die für den weiten Kreditbegriff maßgebliche alte Rsp bejaht eine Liquiditätsfunktion, vgl OGH 28.01.1997, 1 Ob 2044/96m; OGH 24.02.2000, 8 Ob 136/99d; OGH 20.02.2003, 6 Ob 18/03w; RIS-Justiz RS0107330. Zur Kritik in der Lehre und deren Umsetzung durch den Gesetzgeber siehe Kapitel 3.2.1.

¹⁴⁸ Siehe idZ auch Kapitel 3.3.1.

¹⁴⁹ Siehe *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁷ 240.

¹⁵⁰ Als Dienstleistungsvertrag einordnend *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁷ 240; aA *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 736, die von einer Mittelstellung zwischen Gebrauchsüberlassungsvertrag und Dienstleistungsvertrag sprechen. Aufgrund der gem § 958 ABGB grundsätzlich fehlenden Gebrauchsberechtigung ist der Einordnung der Reinform des Vertragstypus der §§ 957ff ABGB als – wenn auch nur teilweisen – Gebrauchsüberlassungsvertrag mE nicht zu folgen.

¹⁵¹ § 961 ABGB ist auch anzuwenden, wenn die Verwahrung Nebenpflicht zu einem Hauptvertrag ist, sofern eine Rückgabepflicht nicht bereits aus den Vorschriften über den Hauptvertrag abzuleiten ist, siehe nur *Parapatits in Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 957 Rz 16.

Gebrauch (§ 958 ABGB) das Erfordernis einer Liquiditätszufuhr. Insofern stellen Leistungen des Gesellschafters im Rahmen von Gebrauchsüberlassungsverträgen¹⁵² die **erste Fallgruppe** von Krediten iSd EKEG dar.

Ist mit dem Titel keine Rückgabeverpflichtung verbunden, so muss sich der Anspruch des Gesellschafters auf eine Gegenleistung richten. Dieser Anspruch per se ist jedoch noch nicht eigenkapitalersetzend. Wird die Gegenleistung von der Gesellschaft Zug-um-Zug erbracht, liegt in der Leistung des Gesellschafters grds keine Zufuhr von Liquidität.¹⁵³ Ein Kredit liegt daher erst bei einer Abweichung vom Zug-um-Zug-Prinzip zugunsten der Gesellschaft vor (dh Vorleistung des Gesellschafters und spätere Leistung der Gesellschaft).¹⁵⁴ Eine spätere Leistung der Gesellschaft kann sich sowohl durch ursprüngliche Vereinbarung als auch durch späteres Hinausschieben des Zahlungsanspruches ergeben.¹⁵⁵ Derartige „Aufschübe“ von Zahlungen können in verschiedenen Formen erfolgen.¹⁵⁶ So wird zB zur Stundung ausgeführt, dass diese zwar keinen eigenen Vertragstypus, sondern eine bloße Nebenabrede zum Hauptvertrag darstellt,¹⁵⁷ ihr Wesen jedoch einem Kreditgeschäft iSd ABGB ähnelt und daher tauglicher Anknüpfungspunkt der für Kreditgeschäfte geltenden Regeln sein kann.¹⁵⁸ Eine rechtsgeschäftliche Stundungsabrede ist im EKEG aber nicht zwingend erforderlich. Es reicht das bloß faktisch unterlassene Einfordern/Rückfordern.¹⁵⁹ Auch dieser Fall ist wirkungsmäßig

¹⁵² Auch gemischte und atypische Verträge können von dieser Fallgruppe erfasst sein, siehe näher in Kapitel 3.2.2.

¹⁵³ Eine unangemessene Höhe des Entgelts kann nicht nach dem Eigenkapitalersatzrecht sondern allenfalls nach dem Verbot der Einlagenrückgewähr korrigiert werden, siehe *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 35.

¹⁵⁴ Vgl ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 13; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 14; *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 5f; *Dellinger in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 1; *Artmann in Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 62; *Schopper/Vogt in KLS*, IO² § 3 EKEG Rz 2; siehe *Dellinger in Dellinger/Keppert* 55 (58); *Fellner/Mutz*, EKEG 61; Die ältere Rsp (OGH 28.01.1997, 1 Ob 2044/96m; OGH 24.02.2000, 8 Ob 136/99d) nahm hingegen bei eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassungen hinsichtlich des Entgelts eine Rückzahlungssperre und einen Rückerstattungsanspruch unabhängig von einer Abweichung vom Zug-um-Zug-Prinzip an. Dass darin eine systemwidrige Vermischung der Fallgruppen liegt, wird in Kapitel 3.1.3 aufgezeigt. Diese Ansicht erfuhr jedoch durch OGH 20.02.2003, 6 Ob 18/03w eine Einschränkung dahingehend, dass das Entgelt für vor der Krise eingegangene Nutzungsüberlassungsverhältnisse, das auch später nicht gestundet/stehengelassen wurde, mangels weiterer Liquiditätszuführung weiterhin regulär zu bezahlen ist. Auch laufendes Entgelt darf und muss in der Krise/im Insolvenzverfahren grds gezahlt werden, vgl *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 35; siehe im Detail Kapitel 3.3.

¹⁵⁵ Siehe im Detail Kapitel 3.3; Hier ist auch der Sonderfall des Forderungserwerbs von einem Drittgläubiger durch den Gesellschafter einzuordnen, der nach jüngerer zutr Ansicht einen Fall des Stehenlassens darstellt, siehe nur *Artmann in Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 62 mwN in FN 925.

¹⁵⁶ Siehe Kapitel 3.3.3.

¹⁵⁷ Vgl ErläutRV 650 BlgNR 24. GP 7; *Kellner in Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ Vor §§ 983, 984 Rz 9.

¹⁵⁸ Siehe idZ sowie zur Diskussion um die Anwendbarkeit des § 25 VKrG *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁷ 274; *Liebel/Perner in Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 983 Rz 7, § 988 Rz 22; *Heinrich/Pendl in Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 25 VKrG Rz 4, 6f; *Kellner in Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ Vor §§ 983, 984 Rz 9.

¹⁵⁹ *Harrer*, GesRZ 1993, 121 (124); BGH 18.11.1991, II ZR 258/90 („Des weiteren ist es zur Anwendung dieser Regeln, wie der Senat schon wiederholt ausgesprochen hat, nicht erforderlich daß das Stehenlassen einer noch

einer Stundung ähnlich. Den „*Aufschüben*“ ist gemein, dass die Gesellschaft die geschuldeten Mittel noch länger nutzen kann. Insofern sind hier die kreditgeschäftsähnlichen und damit gebrauchsausberlassungsvertragsähnlichen Elemente von Stundungen und ähnlichen Phänomenen Anknüpfungspunkt für den Kreditbegriff. Der Typus des Hauptvertrags ist dabei irrelevant.¹⁶⁰ Die **zweite Fallgruppe** des Kreditbegriffes ist daher ein vom Typus des Hauptvertrages unabhängiger Aufschub des Entgelts.

Die beiden genannten Fallgruppen werden die in der Praxis häufigsten Kreditfälle abbilden. Dessen ungeachtet darf nicht übersehen werden, dass andere Ansprüche des Gesellschafters ebenso aufgeschoben werden können, wodurch der Gesellschaft Liquidität zugeführt wird. Auch Ansprüche außerhalb eines vertraglichen Kontexts können denkbar aufgeschoben werden (zB deliktische Schadenersatzansprüche, Bereicherungsansprüche). Auch im vertraglichen Kontext können sich Ansprüche auf andere Leistungen als auf Rückgabe einer überlassenen Sache oder auf Entgelt richten (zB Kautio beim Mietvertrag). Wird die Erfüllung derartiger Ansprüche aufgeschoben, liegt darin ebenso ein Kredit iSd EKEG. Die **dritte Fallgruppe** bezeichnet daher einen von der Anspruchsgrundlage unabhängigen Aufschub der Leistungserbringung. Auch hier sind die kreditgeschäftsähnlichen und damit gebrauchsausberlassungsvertragsähnlichen Elemente von Stundungen und ähnlichen Phänomenen Anknüpfungspunkt für den Kreditbegriff.

Im Ergebnis geht der weite Kreditbegriff des EKEG über Darlehensverträge iSd §§ 983ff ABGB hinaus, doch bedarf es zumindest eines gebrauchsausberlassungsvertragsähnlichen Moments zur Erfüllung des Kreditbegriffs. Diese weite Definition erfährt durch die Ausnahmen in § 3 EKEG klare Einschränkungen, die Gegenstand der Kapitel 3.2 und 3.3 sind. Lediglich der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass gem § 10 Abs 1 EKEG stille Einlagen einem Kredit gleichgestellt werden und gem § 15 EKEG gewisse Gesellschaftersicherheiten eigenkapitalersetzend sind, wobei mitunter Besonderheiten gelten.¹⁶¹

zur Zeit der Gesundheit der Gesellschaft gewährten Gesellschaftshilfe bei Eintritt der Krise auf einer Stundungsabrede mit der Gesellschaft beruht. Es reicht vielmehr aus, daß der Gesellschafter in dieser Situation nicht von einer ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeit Gebrauch macht, seine Hilfe zurückzuziehen oder unmittelbar die Liquidation der Gesellschaft einzuleiten.“); siehe auch Schmidt, GesRZ 1993, 8 (14); OGH 30.10.1997, 8 Ob 254/97d; siehe auch Kapitel 3.3.2.3.1.

¹⁶⁰ Vgl BGH 29.1.2015, IX ZR 279/13 (Rz 70) = WuB 2015, 349 (Bitter).

¹⁶¹ Vgl Dellinger in Dellinger/Keppert 55 (57); Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 2, 5.

3.1.3 Kreditzinsen: Eine systemwidrige Vermischung der Fallgruppen¹⁶²

Zu Fallgruppe 2 wurde festgestellt, dass eine Entgeltforderung des Gesellschafters unabhängig vom zugrundeliegenden Vertragstypus nur dann einen Kredit iSd weiten Kreditbegriffs darstellt, wenn zugunsten der Gesellschaft vom Zug-um-Zug-Prinzip abgewichen wird. Erfolgt eine Abwicklung Zug-um-Zug, tritt keine Liquiditätszufuhr und damit kein Finanzierungseffekt zutage. Ganz in diesem Sinne stellt § 3 Abs 3 EKEG für die Nutzungsüberlassung klar, dass eine Kreditgewährung das Entgelt betreffen kann. Die hL führt dazu grds zutr aus, dass das laufende Entgelt (mangels Kreditierung) auch in der Krise und der Insolvenz weiterhin zu zahlen ist.¹⁶³

Bedauerlicherweise scheint das GIRÄG 2003 – zumindest wenn man dem Verständnis der hA folgt – in einem zentralen Punkt von dem sonst verwirklichten Erfordernis der Entgeltkreditierung in Form eines gebrauchsunterlassungsvertragsähnlichen Moments abzuweichen. Gem § 14 Abs 1 EKEG gilt die Rückzahlungssperre für den „*Eigenkapital ersetzenden Kredit samt den darauf entfallenden Zinsen*.“ Unter „*Zinsen*“ versteht man allgemein die Vergütung für die Überlassung der Nutzung vertretbarer Sachen in gleichen vertretbaren Sachen,¹⁶⁴ wovon der „*Zins*“ als Entgelt für die Überlassung unvertretbarer Sachen zu unterscheiden ist.¹⁶⁵ Insofern vertritt die gänzlich hA, dass die auf einen eigenkapitalersetzenden Kredit entfallenden Zinsen gemeinsam mit dem Kapitalbetrag zur Rückzahlung gesperrt seien. Der Lauf der Zinsen werde zwar fortgesetzt, doch dürfe die Auszahlung erst dann erfolgen, wenn auch das Kapital zurückbezahlt werden darf – somit bei nachhaltiger Sanierung.¹⁶⁶ Im Ergebnis wird damit das Entgelt für eine eigenkapitalersetzende Leistung iSd Fallgruppe 1 – unabhängig von einer sonst nach Fallgruppe 2 erforderlichen Abweichung vom Zug-um-Zug-Prinzip – dem Eigenkapitalersatzrecht unterworfen. Der eigenkapitalersetzende Charakter eines Fallgruppe 1 zuzuordnenden Anspruches würde auf den sonst anhand Fallgruppe 2 zu beurteilenden Entgeltanspruch durchwirken.

¹⁶² An dieser Stelle sei *ao. Univ.-Prof. Dr. Elisabeth Borth-Böhler* für die im Zuge eines Konversatoriums an der Universität Wien erstattete Anregung, die Vergleichbarkeit von Zinsen für Geldkredite und Nutzungsentgelten iSd § 3 Abs 3 EKEG näher zu ergründen.

¹⁶³ *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 35; *Saurer in Kalss/Rüffler* 135 (150); *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 26; *Pesek in Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1100 Rz 24; Dass die hL die Abweichung vom Zug-um-Zug-Prinzip bei Fällen der ursprünglichen Kreditierung übersieht, kann hier dahingestellt bleiben und wird in Kapitel 3.3.2 näher erörtert.

¹⁶⁴ *Ertl in Klang*³ § 1000 ABGB Rz 2; *Kellner in Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1000 Rz 2.

¹⁶⁵ *Ertl in Klang*³ § 1000 ABGB Rz 3; *Kellner in Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1000 Rz 8.

¹⁶⁶ *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 14 Rz 2f, 7, 14; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 7; vgl *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 92f; *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 14 Rz 3; *Fellner/Mutz*, EKEG 105; *Kalss in Kalss/Rüffler* 9 (47f).

Nicht minder problembehaftet ist die Rechtslage in Deutschland. Im Unterschied zu Österreich existiert dort jedoch bereits reichhaltige Lehre und auch Judikatur. Insb hat der BGH die grds Vergleichbarkeit von Kreditzinsen und Mietzins anerkannt und festgehalten, dass die Zahlung vertraglich vereinbarter, nicht gestundeter Darlehenszinsen nicht der Anfechtung nach § 135 Abs 1 Z 2 dInsO unterliegt. In seiner Begründung führt er mE zutr aus: *„Ausschlaggebend für § 135 Abs. 1 InsO ist eine Finanzierungshandlung des Gesellschafters, welche in einer solchen Art oder unter solchen Umständen erfolgt, die es rechtfertigen, die Forderung des Gesellschafters als eine Rückforderung einer Finanzierungshilfe mit einem dem Darlehen vergleichbaren Charakter einzuordnen. Reicht der Gesellschafter ein Darlehen aus, liegt die Finanzierungshandlung im Darlehenskapital. Dass er für die Überlassung des Darlehenskapitals ein Entgelt verlangt, stellt hingegen weder eine Finanzierungshandlung zugunsten der Gesellschaft noch eine Forderung auf Rückführung des geleisteten Finanzierungsbeitrags dar. Der vertragliche Anspruch des Gesellschafters auf marktübliche Zinsen hat keine Finanzierungsfunktion für die Gesellschaft, weil der Gesellschaft damit keine zusätzlichen finanziellen Mittel verschafft werden. Marktübliche Zinsen stellen das Entgelt dar, das der Schuldner einem Gläubiger als Gegenleistung für die vorübergehend eingeräumte Nutzungsmöglichkeit des Kapitals zahlt.“*¹⁶⁷ Dabei stellt der BGH auch explizit den Bezug zu einer vorangegangenen E¹⁶⁸ her, wonach dann keine Grundlage besteht, die Zahlung einer Miete der Befriedigung einer Forderung des Gesellschafters auf Rückgewähr eines Darlehens gleichzuhalten (vgl § 135 Abs 1 Z 2 dInsO), wenn kein Aufschub der Mietzahlung erfolgt ist. Für Kreditzinsen kann nichts anders gelten.¹⁶⁹ Die Lehre ist zur Frage der Anfechtbarkeit nach § 135 Abs 1 Z 2 dInsO jedoch gespalten.¹⁷⁰ Für noch nicht bezahlte Zinsen und nach Insolvenzeröffnung anfallende Zinsen bietet die Regelung des § 39 Abs 3 dInsO weiteres Spannungspotential. Die Norm lautet: *„Die Zinsen der Forderungen nachrangiger Insolvenzgläubiger und die Kosten, die diesen Gläubigern durch ihre Teilnahme am Verfahren entstehen, haben den gleichen Rang wie die Forderungen dieser Gläubiger.“* Während ein Teil der Lehre und auch die Rsp¹⁷¹ auch die eine Hauptleistungspflicht darstellenden Darlehenszinsen als erfasst sehen, will der andere Teil der Lehre aufgrund des Wortlauts (arg

¹⁶⁷ BGH 27.6.2019, IX ZR 167/18 (Rz 45); insofern zust BGH 26.1.2023, IX ZR 85/21 (Rz 42).

¹⁶⁸ BGH 29.1.2015, IX ZR 279/13 (Rz 69) = WuB 2015, 349 (zust Bitter); so auch die hL in Deutschland, siehe Bitter in Scholz, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 135, 457 (mwN in FN 1870).

¹⁶⁹ BGH 27.6.2019, IX ZR 167/18 (Rz 44, 47).

¹⁷⁰ Siehe den Meinungsstand bei Bitter in Scholz, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 164 (FN 754).

¹⁷¹ BGH 27.6.2019, IX ZR 167/18 (Rz 45); vgl BGH 26.1.2023, IX ZR 85/21 (Rz 40ff).

„Zinsen *der Forderungen*“) bloß die Nebenforderungen darstellenden Verzugszinsen subsumieren.¹⁷² Zusammenfassend bejaht die dRsp zwar die Vergleichbarkeit von Kreditzinsen und Entgelt für Nutzungsüberlassungen und lässt daher die laufende Zahlung bis Insolvenzeröffnung zu, behandelt sie aber insofern unterschiedlich, als bis Insolvenzeröffnung nicht bezahlte Zinsen gem § 39 Abs 3 dInsO dem Kapital gleichgestellt werden. Systemgerecht erscheint dieses Ergebnis nicht!

Zu prüfen ist nun, ob das EKEG genügend argumentativen Spielraum lässt, um das systemwidrige Ergebnis der öhL im Anschluss an Teile der dL zu korrigieren, indem „Zinsen“ eingeschränkt auf Nebenforderungen darstellende Verzugszinsen¹⁷³ verstanden werden. Was allgemein unter dem Wort „Zinsen“ verstanden wird, wurde bereits erwähnt. Auch aus dem Zusatz „*samt den darauf* (gemeint: der eigenkapitalersetzende Kredit) *entfallenden*“ in § 14 Abs 1 EKEG ergibt sich mE kein einschränkendes Verständnis.

In die systematische Interpretation sind insb die Normen der IO miteinzubeziehen. Dort finden sich aber keine ausdrücklichen Anhaltspunkte für die Nachrangigkeit von Kreditzinsen. § 57a IO ordnet nur die Nachrangigkeit für „*Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen*“ und verweist insofern wieder zurück auf das EKEG. § 54 Abs 1 IO ordnet allgemein an, dass bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstandenen Nebengebühren mit der Forderung im gleichen Rang stehen. Nach zutr Ansicht handelt es sich bei Vergütungszinsen¹⁷⁴ wie den Darlehenszinsen gerade um keine Nebengebühren sondern um eine Hauptforderung, welche daher gem § 912 ABGB auch iZw nicht das rechtliche Schicksal des Kapitals teilen.¹⁷⁵ § 58 Z 1 IO schließt noch – ganz allgemein und unabhängig von eigenkapitalersatzrechtlichen Erwägungen – nach Insolvenzeröffnung anfallende Zinsen von der Geltendmachung aus. Aus insolvenzrechtlichen Grundsätzen ergibt sich die Nachrangigkeit von Kreditzinsen insgesamt nicht.¹⁷⁶ Es muss das EKEG näher untersucht werden.

¹⁷² Siehe den Meinungsstand bei *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 135 (FN 603f).

¹⁷³ Verzugszinsen haben keinen Entgeltcharakter, vgl *Kellner* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1000 Rz 3.

¹⁷⁴ Zu diesem Begriff und zur Abgrenzung von anderen Zinsformen siehe *Ertl* in *Klang*³ § 1000 ABGB Rz 7.

¹⁷⁵ *Gschnitzer* in *Klang* IV/1² 395; *Aichberger-Beig* in *Klang*³ §§ 912, 913 ABGB Rz 4; *Kolmasch* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ §§ 912, 913 ABGB Rz 1; *Katzmayr* in *KLS*, IO² § 54 FN 1; für Deutschland *Könen* in *KPB*, InsO⁹³ Lfg § 39 Rz 120; siehe allgemein aber *Ertl* in *Klang*³ § 1000 ABGB Rz 4; *Kellner* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1000 Rz 6; RIS-Justiz RS0009938.

¹⁷⁶ Wenn man Kreditzinsen als von der Rückzahlungssperre des § 14 Abs 1 EKEG erfasst ansieht, muss man freilich konsequenterweise auch eine Nachrangigkeit befürworten. Ansonsten wären Kreditzinsen insofern ggü dem Kapital schlechter gestellt, als eine Befriedigung auch nach den Insolvenzgläubigern nicht erfolgen könnte, da die Rückzahlungssperre als *lex generalis* (siehe Kapitel 4) während des gesamten Insolvenzverfahrens und darüber hinaus weiterhin greifen würde. Die Nachrangigkeit folgt aber aus § 57a Abs 1 IO pa, nicht etwa aus § 54 Abs 1 IO. Insofern zumindest unpräzise *Engelhart* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 54 IO Rz 7.

Aufschlussreich ist idZ § 14 Abs 2 EKEG über den Kontokorrentkredit. Dort wird festgelegt, dass sich der Rückerstattungsanspruch auch auf die geleisteten Zinsen bezieht, sofern diese im Differenzbetrag zwischen dem aushaftenden Kreditsaldo und dem höchsten Tagessaldo während der Dauer der Rückzahlungssperre nicht aufscheinen. Die Materialien führen dazu aus: *„Zinszahlungen sind verbotene Rückzahlungen, sie führen aber nicht zu einer Verringerung des Kapitalsbetrags. So gehen regelmäßige Zinsenleistungen aus der Differenz zwischen dem aushaftenden Kreditsaldo und dem höchsten Tagessaldo während der Dauer der Rückzahlungssperre nicht oder zumindest nicht zur Gänze hervor. Abs. 2 schlägt deshalb zur Saldendifferenz die geleisteten Zinsen hinzu, soweit sie in dieser nicht aufscheinen.“*¹⁷⁷ Damit dürfte die Haltung des Gesetzgebers zu Kreditzinsen wohl unmissverständlich zum Ausdruck kommen. Auf ein bloß auf Verzugszinsen beschränktes Verständnis deuten diese Ausführungen keinesfalls hin. Die Bestimmung geht auf eine Anregung von *Chalupsky/Schmidsberger* zurück und finden sich auch dort keine Anhaltspunkte für ein eingeschränktes Verständnis.¹⁷⁸ Auch an anderer Stelle betonen die Materialien die fehlende Rückforderbarkeit des Kredits *„samt Zinsen“* und halten fest, dass dadurch keine Hemmung des Zinsenlaufs bewirkt wird.¹⁷⁹ Wenngleich sich kein expliziter Hinweis findet, dass auch Kreditzinsen und nicht nur Verzugszinsen erfasst sein sollen, deuten die Materialien insgesamt darauf hin, dass der Gesetzgeber in erster Linie Kreditzinsen vor Augen hatte. Insofern kann mE durchaus von einer klaren gesetzgeberischen Absicht ausgegangen werden.

Aus teleologischen Gesichtspunkten ist das Ergebnis der historischen Interpretation unbefriedigend. Das Eigenkapitalersatzrecht ist ein Instrument der Verhaltenssteuerung und zielen dessen Rechtsfolgen auf eine Sanktionierung der nominellen Unterkapitalisierung und die Wiederherstellung eines gestörten Risikogleichgewichts ab.¹⁸⁰ Der Gesellschafter und Kreditgeber profitiert in dieser Doppelrolle einerseits aus dem festen Zinsertrag, andererseits aber auch variabel am Erfolg aufgrund seiner Gesellschafterstellung. Er zieht Vorteile wie ein Eigenkapitalersatzgeber, übernimmt aber das Risiko wie ein bloßer Fremdkapitalgeber.¹⁸¹ Das Eigenkapitalersatzrecht ordnet demgemäß eine entsprechende eigenkapitalersatzgeberähnliche

¹⁷⁷ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 19; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 20; siehe auch *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 99 („§ 14 Abs 2 will deshalb die Einbeziehung auch der Zinszahlungen in die Rückzahlungssperre sicherstellen.“).

¹⁷⁸ Vgl *Chalupsky/Schmidsberger*, ZIK 2002, 77 (79).

¹⁷⁹ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 19; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 20.

¹⁸⁰ *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 30 mwN; vgl *Könen* in *KPB*, InsO⁹³ Lfg § 39 Rz 53f.

¹⁸¹ *Könen* in *KPB*, InsO⁹³ Lfg § 39 Rz 54.

Haftung¹⁸² an. Konsistent ist daher die grds Entscheidung des Gesetzgebers, tatbestandsmäßig jene zugeführten Mittel zu erfassen, die kausal für die nominelle Unterkapitalisierung und die Erwartung eigenkapitaltypischer, variabler Renditen sind. Dieser Kausalitätszusammenhang wird durch Einbeziehung der Kreditzinsen in die Haftung zerrissen: Weshalb sollte die fremdkapitaltypische Profitmöglichkeit in Form fester Zinsen durch eigenkapitalersatzähnliche Haftung ausgeglichen werden? Die Ausdehnung der Rechtsfolgen auf Kreditzinsen beruht wohl verstärkt auf Sanktionserwägungen und erhoffter Verhaltenssteuerung. Man muss dem Gesetzgeber unterstellen, dass er sich durch Anordnung der Sperre und Nachrangigkeit der Kreditzinsen eine Reduktion der durch das Gesellschafterdarlehen erhöhten Risikoanreize erhofft.¹⁸³ In der von *Fidler* vorgenommenen rechtsökonomischen Analyse scheinen Kreditzinsen aber gerade keine Rolle zu spielen. Er stellt vielmehr auf die Eigen- und Fremdkapitalanteile ab.¹⁸⁴ Auch sonst wird das kritische Element von Gesellschafterdarlehen in dem Umstand gesehen, dass der Gesellschafter aufgrund seiner Beteiligung variabel vom Erfolg der Risikoerhöhungsstrategie profitiert. Führt die Investition nicht zum erhofften Erfolg, wird das Risiko zT auf die übrigen Gläubiger übergewälzt.¹⁸⁵ Gerade in der Aussicht auf die volle Beteiligung am Gewinn unter der Möglichkeit der teilweisen Externalisierung der Kosten liegen die tragenden Beweggründe für die Vergabe eines Gesellschafterkredits – nicht etwa im Erhalt fixer Verzinsung. Ob die Einbeziehung der Kreditzinsen bedeutend zur Verhaltenssteuerung beiträgt, darf bezweifelt werden.

Im Ergebnis ist jedoch aufgrund der klaren Absicht des Gesetzgebers eine Korrektur durch den Rechtsanwender qua einschränkender teleologischer Interpretation de lege lata nicht angezeigt. De lege ferenda wäre eine Adaption zu befürworten. Für die vorliegende Arbeit ist dieses Ergebnis besonders unbefriedigend. Sowohl die Zinsen als auch der Zins stellen ein anhand der Nutzungsdauer berechnetes und periodisch zu entrichtendes Entgelt für die Nutzung einer Sache dar.¹⁸⁶ Als solches unterlägen grds beide der zweiten Fallgruppe des weiten Kreditbegriffs. Dennoch kann zur Analyse des Entgelts für eine Nutzungsüberlassung iSd § 3 Abs 3 EKEG nicht auf zum Geldkredit entwickelte Grundsätze zurückgegriffen werden, da gesetzlich eine fundamentale Andersbehandlung verwirklicht wurde.

¹⁸² Zum Verständnis als Haftung siehe *Fidler*, Insolvenznahe Kapitalgesellschaften 404.

¹⁸³ Siehe *Kalss* in *Kalss/Rüffler* 9 (17); *Fidler*, Insolvenznahe Kapitalgesellschaften 399ff, 430.

¹⁸⁴ Siehe *Fidler*, Insolvenznahe Kapitalgesellschaften 405f.

¹⁸⁵ Siehe *Könen* in *KPB, InsO*⁹³ Lfg § 39 Rz 34, 51ff; *Bitter* in *Scholz, GmbHG* III¹³ § 135 InsO Rz 34 mwN.

¹⁸⁶ Vgl *Ertl* in *Klang*³ § 1000 ABGB Rz 2f; *Kellner* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 1000 Rz 8.

3.2 Die Gesellschafternutzungsüberlassung als Ausnahme vom Kreditbegriff (§ 3 Abs 3 EKEG)

Bisher wurde festgestellt, dass die Überlassung einer Sache einen Kredit iSd weiten Kreditbegriffes darstellt, wenn diese Sache zu einem späteren Zeitpunkt zurückgefordert werden kann (Fallgruppe 1). § 3 Abs 3 EKEG normiert nun: *„Wird der Gesellschaft eine Sache zum Gebrauch überlassen oder ihr eine Dienstleistung erbracht, so kann eine Kreditgewährung nur das Entgelt betreffen, nicht aber in der Nutzungsüberlassung oder der Erbringung der Dienstleistung selbst liegen.“* Nutzungsüberlassungen und Dienstleistungen gelten somit nicht als Kredit iSd EKEG. Die Hintergründe und Reichweite dieser Anordnung sollen in Bezug auf die Nutzungsüberlassung im Folgenden genauer behandelt werden. Die eigenkapitalersetzende Dienstleistung ist hingegen nicht untersuchungsgegenständlich.

3.2.1 Entwicklung und Hintergründe des § 3 Abs 3 EKEG

3.2.1.1 Teleologische Hintergründe

Um den Telos des heutigen § 3 Abs 3 EKEG ergründen zu können, bleibt ein Rückblick auf die alte Rechtslage nicht erspart. Gerade vor 2004 wurden eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassungen am intensivsten diskutiert. § 3 Abs 3 EKEG stellt die gesetzgeberische Reaktion auf diesen Diskurs dar.

Auch hier ist die Rsp des BGH Ausgangspunkt: Nutzungsüberlassungen erwecken wie „klassische“ Darlehen bei Außenstehenden den Eindruck ausreichender Kapitalausstattung und einer wirtschaftlich lebensfähigen Gesellschaft in Zeiten, in denen weder Kredit noch Nutzungsüberlassung zu marktüblichen Bedingungen hätte erlangt werden können,¹⁸⁷ jedenfalls aber bei Überschuldung. In Wahrheit werde jedoch bloß die Liquidation der Gesellschaft hinausgezögert und das Finanzierungsrisiko auf die Gläubiger abgewälzt. Wirtschaftlich mache es keinen Unterschied, ob der Gesellschafter Geld im Wege eines Darlehens zur Verschaffung des Gebrauchsrechts von einem Dritten oder die zu nutzende Sache direkt überlässt. Die unterschiedliche dingliche Zuordnung bei der Gebrauchsüberlassung sei

¹⁸⁷ Nach *Harrer* (GesRZ 1993, 121 (125)) können aufgrund dieses Kriteriums entgeltliche Gebrauchsüberlassungen nicht eigenkapitalersetzend sein, da – sofern das Entgelt angemessen ist und tatsächlich geleistet wird – auch ein Dritter die Sache überlassen würde. Im Detail zum Kriterium der „Überlassungsunwürdigkeit“ und damit verbundenen Problemen siehe *Harrer*, GesRZ 1993, 121 (126ff); *Schmidsberger*, ZIK 1998, 16 (17f); siehe ferner *Karollus/Schulyok*, Eigenkapitalersetzende Leistungen 111f.

erst auf Rechtsfolgenebene entsprechend zu berücksichtigen.¹⁸⁸ Der OGH schloss sich dem im Wesentlichen an.¹⁸⁹

In der österreichischen Lehre wurde diese Vergleichbarkeit von Darlehen und Nutzungsüberlassung von weiten Teilen bezweifelt – zT bereits vor der Übernahme der deutschen Rsp durch den OGH.¹⁹⁰ Wenngleich manche dieser Kritiker einräumen, dass unterkapitalisierte Gesellschaften nicht nur durch Kredite, sondern auch durch die Bereitstellung notwendiger Anlagegüter unterstützt werden können,¹⁹¹ kritisieren andere bereits das Heranziehen der identen wirtschaftlichen Wirkungen als Begründung, da die wirtschaftliche Betrachtungsweise keine eigenständige (zivil)rechtswissenschaftliche Methode ist und das österreichische Recht – anders als § 32a Abs 3 dGmbHG – keine gesetzliche Ausdehnung auf wirtschaftlich vergleichbare Fälle kennt.¹⁹² Dessen ungeachtet besteht weitgehende Einigkeit zwischen den kritischen Stimmen, dass vielzählige Diskrepanzen zwischen Darlehen und Gebrauchsüberlassungen bestehen, die eine Unterstellung unter das Eigenkapitalersatzrecht nicht gerechtfertigt erscheinen lassen. Zum einen wird klargestellt, dass die Stundung des Nutzungsentgelts mit eigenkapitalersetzender Gebrauchsüberlassung nichts zu tun hat. Die Stundung von Entgeltansprüchen wurde von der Rsp bereits als eigenkapitalersetzendes Darlehen qualifiziert und ergeben sich diesbezüglich keine neuen Fragen. Der Titel der Entgeltforderung ist dabei ohne Belang.¹⁹³ Zur Gebrauchsüberlassung selbst wurde vorgebracht, dass damit in Wahrheit kein Kapital zugeführt wird: Es wird kein Sacheigentum in das Gesellschaftsvermögen übertragen. Der Gesellschafter hat – anders als

¹⁸⁸ Vgl BGH 16.10.1989, II ZR 307/88 (Lagergrundstück I); BGH 14.12.1992, II ZR 298/91 (Lagergrundstück II); BGH 11.7.1994, II ZR 146/92 (Lagergrundstück III); BGH 11.7.1994, II ZR 162/92 (Lagergrundstück IV); BGH 16.6.1997, II ZR 154/96; In der österreichischen Lehre dem weitgehend folgend, *Müller*, Eigenkapitalersatz 83ff; Auch in der deutschen Lehre vor dieser Rechtsprechungslinie wurde diese Auffassung bereits von einigen vertreten. Einen Überblick über diese Stimmen bietet *Ostheim*, GesRZ 1989, 173 (183, FN 116); Die Rsp selbst fand idF ebenso weitgehend Zustimmung in der deutschen Lehre, siehe nur die Überblicke bei *M. Heidinger* in FS G. Heidinger 235 (FN 17) und *Spahl*, Nutzungsüberlassungen 24.

¹⁸⁹ OGH 28.01.1997, 1 Ob 2044/96m; OGH 24.02.2000, 8 Ob 136/99d; OGH 20.02.2003, 6 Ob 18/03w; RIS-Justiz RS0107330.

¹⁹⁰ *Schmidt*, GesRZ 1993, 86 (87f); *Harrer*, GesRZ 1993, 121 (124ff); *M. Heidinger* in FS G. Heidinger 235 (243ff); *Schmidberger*, Eigenkapitalersatz 45ff; *Weisz*, GesRZ 1998, 14 (18f); *Harrer*, GesRZ 1998, 183 (188f); offenlassend *Ostheim*, GesRZ 1989, 173 (183f); die wirtschaftliche Vergleichbarkeit hingegen bejahend *Saurer* in *Kalss/Rüffler* 135 (148); Auch in der damaligen deutschen Lehre wurde die Vergleichbarkeit (außer bei verdeckten Formen der Kreditsicherung/Finanzierungsleasing) mangels Eigentumsübergang und ergo mangels Kapitalzufuhr teilweise bestritten, siehe nur den Überblick bei *Ostheim*, GesRZ 1989, 173 (183, FN 115).

¹⁹¹ Vgl etwa *Schmidt*, GesRZ 1993, 86 (87f).

¹⁹² *Weisz*, GesRZ 1998, 14 (16); In diese Richtung wohl auch *Karollus/Schulyok*, Eigenkapitalersetzende Leistungen 110 („genügt wirklich die ziemlich weit hergeholte „wirtschaftliche Vergleichbarkeit“?“).

¹⁹³ Vgl *Harrer*, GesRZ 1993, 121 (124ff); *M. Heidinger* in FS G. Heidinger 235 (244f); *Weisz*, GesRZ 1998, 14 (18); siehe *Schmidt*, GesRZ 1993, 86 (88).

beim Darlehen – kein Substanzwertrisiko übernommen, weshalb auf Rechtsfolgenebene eine Einbeziehung in die Konkursmasse oder eine Verpflichtung des Gesellschafters zur Vergütung des Substanzwerts ausscheiden muss. Die überlassene Sache wandelt sich insofern nicht in haftendes Eigenkapital um.¹⁹⁴ Anders als ein eigenkapitalersetzender Kredit, welcher in der Bilanz als Fremdkapital ausgewiesen wird, findet die Gebrauchsüberlassung keinen bilanziellen Niederschlag.¹⁹⁵ Eigenkapital hat die Funktion einen Haftungsfonds als Ausgleich für die fehlende unbeschränkte Haftung natürlicher Personen zu bieten. Eine solche Funktion hat auch ein eigenkapitalersetzendes Darlehen – es ist als Passivum zu bilanzieren (Mittelherkunft). Was die Gesellschaft mit diesen Mitteln macht, ist ihre Sache und kann sie sie grds auch verwirtschaften. Anlagegüter können gekauft aber auch gemietet werden (Mittelverwendung). Die Gläubigerschutzfunktion von Eigenkapital bezieht sich aber nicht auf die Ebene der Mittelverwendung: Das Kapital kann in Form von erworbenem (Anlage)vermögen noch vorhanden sein oder aufgrund der Verwendung für Miete den Gläubigern nicht mehr zur Verfügung stehen. Der Gebrauchsüberlassung kommt daher die Funktion von Eigenkapital nicht zu und ist mit einem Darlehen nicht wirtschaftlich vergleichbar.¹⁹⁶ Aus dem äußeren Umstand des Vorhandenseins von bestimmten Anlagegütern kann somit nicht automatisch auf einen ausreichenden Haftungsfonds geschlossen werden.¹⁹⁷ Gebrauchsüberlassungen sind insofern kein Mittel zur Bewältigung von Krisensituationen.¹⁹⁸ Daher stellen sich eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassungen – anders als eigenkapitalersetzende Kredite¹⁹⁹ – nicht als Problem nomineller, sondern materieller Unterkapitalisierung dar.²⁰⁰ Der Umstand, dass § 74 GmbHG der Erhaltung des nominellen Stammkapitals dient und Nachschüsse iSd Bestimmung nur in Geld bestehen können, schließt dessen Eignung als Analogiebasis aus.²⁰¹ Zudem erschienen die anzuknüpfenden Rechtsfolgen

¹⁹⁴ Schmidt, GesRZ 1993, 86 (88); M. Heidinger in FS G. Heidinger 235 (244); Weisz, GesRZ 1998, 14 (19); idS wohl auch Karollus/Schulyok, Eigenkapitalersetzende Leistungen 110 („keine Vermehrung von finanziellen Mitteln“); für Deutschland siehe Schmidt, ZIP 1990, 69 (75); so nunmehr auch ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 43; ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 13f; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 15; Dellinger in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 30; Zehetner/Bauer, Eigenkapitalersatzrecht 59.

¹⁹⁵ Schmidt, GesRZ 1993, 86 (88); M. Heidinger in FS G. Heidinger 235 (244); Weisz, GesRZ 1998, 14 (19); siehe Zehetner/Bauer, Eigenkapitalersatzrecht 56ff.

¹⁹⁶ Weisz, GesRZ 1998, 14 (16ff).

¹⁹⁷ Weisz, GesRZ 1998, 14 (18).

¹⁹⁸ Harrer, GesRZ 1993, 121 (124).

¹⁹⁹ Siehe Kapitel 2.1.

²⁰⁰ Schmidt, GesRZ 1993, 86 (87f); zust M. Heidinger in FS G. Heidinger 235 (238, 244); Schmidtsberger, Eigenkapitalersatz 48; für Deutschland Bitter in Scholz, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 409.

²⁰¹ M. Heidinger in FS G. Heidinger 235 (243f); siehe Weisz, GesRZ 1998, 14 (19).

vielen als unpassend und systemwidrig.²⁰² Dass die überlassene Sache aufgrund der fehlenden dinglichen Rechtsänderung und Substanzwertrisikoübernahme nicht in den Gläubigern haftendes Eigenkapital umqualifiziert werden kann, wurde bereits erwähnt. Doch auch für eine Zwangsüberlassung fehlt eine Grundlage²⁰³ und zeigt ein Vergleich mit eigenkapitalersetzenden Dienstleistungen die fehlende Systemgerechtigkeit: Gleich wie man den Eigentümer der Sache zur weiteren Zurverfügungstellung verpflichtet, müsste man den dienstleistungserbringenden Gesellschafter – Art 4 EMRK zuwiderlaufend – zur Verrichtung von Zwangsarbeit verpflichten.²⁰⁴

3.2.1.2 Dogmatische Einordnung und Verhältnis zum Kreditbegriff

Der Gesetzgeber griff diese Kritik der Lehre im Zuge der Ausgestaltung der Regelung zur eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung auf. Bereits bei Schöpfung des Ministerialentwurfs war vorgesehen, dass Nutzungsüberlassungen selbst nicht dem Gesetz unterliegen sollen.²⁰⁵ Eine explizite Ausnahme sollte dabei aber nicht in das Gesetz aufgenommen werden. Die Redaktoren des Ministerialentwurfs schienen dasselbe Ergebnis durch Modifizierung und engere Auslegung des weiten Kreditbegriffs anzustreben: Die Erläuterungen deuten mE darauf hin, dass Nutzungsüberlassungen von vorne herein nicht dem weiten Kreditbegriff unterstellt werden sollen, was auch das Fehlen einer expliziten Ausnahme verständlich machen würde (arg „*In diesem Fall kann jedoch von einer Kreditierung nicht gesprochen werden...*“).²⁰⁶ Das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung im EKEG wurde im Begutachtungsverfahren dahingehend kritisiert, dass die Rsp die Exklusivität des EKEG idZ nicht anerkennen und ihre Grundsätze entgegen den Grundgedanken in den Erläuterungen weiterhin zur Anwendung bringen könnte.²⁰⁷ Der Tatbestand des § 3 Abs 3 EKEG wurde

²⁰² Schmidt, GesRZ 1993, 86 (88); M. Heidinger in FS G. Heidinger 235 (245ff); siehe idZ auch Dellinger in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 30.

²⁰³ Insb scheitert ein Vergleich mit der Sacheinlage quoad usum, vgl Harrer, GesRZ 1993, 121 (130f).

²⁰⁴ Schmidt, GesRZ 1993, 86 (88); M. Heidinger in FS G. Heidinger 235 (245).

²⁰⁵ Siehe ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 21 („Das Überlassen von Gegenständen zur Nutzung wird derzeit selbst dann erfasst, wenn ein angemessenes Entgelt geleistet wird. In diesem Fall kann jedoch von einer Kreditierung nicht gesprochen werden, sodass die derzeit angenommene zwangsweise Überlassung auf das notwendige Ausmaß zu reduzieren ist, und zwar auf den Fall, dass im Rahmen eines Insolvenzverfahrens der überlassene Gegenstand zur Fortführung des Unternehmens benötigt wird.“), 36 („Durch diese Bestimmung wird nicht die Nutzungsüberlassung selbst als Eigenkapital ersetzend gewertet“), 43f („Wie zu § 9 EKEG ausgeführt, behandelt das EKEG Gebrauchs- und Nutzungsüberlassungen als solche nicht als Eigenkapital ersetzend. Lediglich in der Kreditierung des Nutzungsentgelts kann eine Eigenkapital ersetzende Leistung liegen...“); siehe Dellinger, ecolex 2002, 316 (319); Mohr, ecolex 2002, 338 (339); krit Stellungnahme der Rechtsanwaltskammer Niederösterreich 12/SN-306/ME 21. GP 5f.

²⁰⁶ Siehe ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 21.

²⁰⁷ Vgl Stellungnahme der Rechtsanwaltskammer Oberösterreich 12/SN-306/ME 21. GP 8f, 15f.

sodann in die Regierungsvorlage für das GIRÄG 2002 aufgenommen und blieb seither unverändert. Die Nutzungsüberlassung wird dadurch vom Kreditbegriff ausgenommen. Der Anwendungsbereich der ersten Fallgruppe des weiten Kreditbegriffes wird dadurch beträchtlich eingeschränkt. Man entschied sich somit in § 1 EKEG für die grundsätzliche Beibehaltung des weiten Kreditbegriffes der bisherigen Rsp (auch wenn dieser Sachverhalte erfasst, die mit Liquiditätszufuhr richtigerweise nichts zu tun haben), schränkte diesen jedoch durch explizite Ausnahme gewisser Sachverhalte in § 3 EKEG ein (arg „*Die Bestimmung schließt bestimmte Leistungen des Gesellschafters vom Begriff der Kreditgewährung im Sinne des § 1 aus.*“).²⁰⁸ Die dadurch bewirkte Abkehr von der bisherigen Rsp zur eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung wurde großteils begrüßt.²⁰⁹

Während in Deutschland aufgrund der in § 39 Abs 1 Z 5 dInsO (iVm § 135 Abs 1 dInsO) angeordneten Rechtsfolgenerstreckung auf wirtschaftlich darlehensgleiche Rechtshandlungen nach wie vor Bestrebungen bestehen, eine Gleichbehandlung zwischen Nutzungsüberlassungen und Darlehen herzustellen,²¹⁰ besteht nach österreichischem Recht angesichts der klaren Ausnahme des § 3 Abs 3 EKEG kein Raum für derartige Erwägungen.²¹¹ Insofern ist auch die Bezeichnung des untersuchungsgegenständlichen Rechtsinstituts als „*eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung*“ überholt. Der geschaffene § 26a IO hat mit Eigenkapitalersatz nichts mehr zu tun.²¹² Der Begriff wird den rechtlichen Gegebenheiten nicht mehr gerecht. Terminologisch ist es treffender, fortan von „*Gesellschafternutzungsüberlassung*“ oder „*Gesellschaftergebrauchsüberlassung*“ zu sprechen.

3.2.2 Taugliche Titel für die Gesellschafternutzungsüberlassung

Zur Ergründung der Reichweite des § 3 Abs 3 EKEG gilt es zu klären, welche Rechtsverhältnisse Nutzungsüberlassungen iSd Bestimmung darstellen. Die Lehre als auch die Rsp vor Inkrafttreten des EKEG liefern bloß kasuistische Antworten. Typischerweise werden

²⁰⁸ Siehe ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 13; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 14; idS auch *Fellner/Mutz*, EKEG 64f; *Saurer in Kalss/Rüffler* 135 (147).

²⁰⁹ Siehe *Torggler*, JAP 2003/2004, 178 (FN 6); *Dellinger in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 30; *Dellinger in Dellinger/Keppert* 55 (65); *Schmidt*, GesRZ 2004, 75 (80); *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 59; *Karollus in FS U. Huber* 801 (813); *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 22; aA *Kalss in Kalss/Rüffler* 9 (24, 45f).

²¹⁰ So etwa *Spahl*, Nutzungsüberlassungen 127ff, 163f (de lege lata schlussendlich aber verneinend); siehe auch FN 487; Kapitel 5.3.2.

²¹¹ Ähnlich einschätzend *Bitter*, ZIP 2010, 1 (7).

²¹² Siehe Kapitel 5.2.1.

Mietvertrag²¹³ oder Pachtvertrag²¹⁴ als Grundlagen genannt. Erwähnung finden mitunter auch Betriebsüberlassungsverträge (siehe § 238 Abs 2 AktG)²¹⁵, Nießbrauch²¹⁶, Leihe und Prekarium²¹⁷. Nach allgemeinen Regeln sind konkludente Vereinbarungen ausreichend.²¹⁸ Immer wieder findet sich auch der Satz, dass „*rein tatsächliche*“ Überlassungen „*ohne konkrete vertragliche Regelung*“ erfasst sind.²¹⁹ *Vogt* spricht sich zudem für ein weites Verständnis der Nutzungsüberlassung aus.²²⁰

3.2.2.1 Ein kurzes Prüfschema

Setzt man gedanklich wieder bei der in Kapitel 3.1.2 entwickelten Dogmatik des weiten Kreditbegriffes an, so stellt sich die Nutzungsüberlassung als jene Leistung dar, auf die sich der Rückgabeanspruch des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft bezieht. Wir bewegen uns hier im Rahmen der Fallgruppe 1 des weiten Kreditbegriffes.²²¹ Bereits aus dem in Kapitel 3.1.2 Gesagten haben sich zwei Grundvoraussetzungen für einen Kredit ergeben, die zuerst im Rahmen des Prüfschemas zu berücksichtigen sind:

(1) Der Gesellschaft muss durch den Vertrag tatsächlich ein Gebrauchsrecht an der Sache zukommen – sei es auch bloß ein immanenter Bestandteil des Eigentums als Vollrecht. Der Verwahrungsvertrag scheidet somit grds aus.

(2) Der Gesellschafter darf sich seines Rechts an der übergebenen Sache nicht gänzlich entledigen, wie es etwa bei der Schenkung der Fall wäre. Er muss sich ein Rückforderungsrecht auf die Sache bzw eine Sache derselben Gattung vorbehalten. Veräußerungsverträge scheiden somit grds aus. Denkt man dieses Kriterium fort, ergibt sich daraus ein wichtiges Merkmal für

²¹³ So zB in BGH 16.10.1989, II ZR 307/88 (Lagergrundstück I); BGH 14.12.1992, II ZR 298/91 (Lagergrundstück II); OGH 28.01.1997, 1 Ob 2044/96m; OGH 20.02.2003, 6 Ob 18/03w; vgl *Karollus/Schulyok*, Eigenkapitalersetzende Leistungen 110; *Saurer in Kalss/Rüffler* 135 (148); *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 29; *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 24; *Mohr in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 8; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 3 EKEG Rz 21.

²¹⁴ So zB in BGH 11.7.1994, II ZR 146/92 (Lagergrundstück III) (befristet auf 5 Jahre mit stillschweigender Verlängerung um 3 Jahre); vgl *Karollus/Schulyok*, Eigenkapitalersetzende Leistungen 110; *Saurer in Kalss/Rüffler* 135 (148); *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 29; *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 24; *Mohr in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 8; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 3 EKEG Rz 21.

²¹⁵ *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 29; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 3 EKEG Rz 21.

²¹⁶ *Saurer in Kalss/Rüffler* 135 (148).

²¹⁷ *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 26a KO Rz 4; *Mohr in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 8.

²¹⁸ *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 26a KO Rz 4; *Mohr in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 8.

²¹⁹ So etwa bei *Spahl*, Nutzungsüberlassungen 102.

²²⁰ *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 30.

²²¹ Es kann nur wiederholt klargestellt werden, dass die Entgeltkreditierung strikt davon zu trennen ist und der Fallgruppe 2 zuzuordnen ist. Dies ist Gegenstand des Kapitels 3.3.

die Abgrenzung von gewissen Formen der Kreditsicherung. Richtigerweise sollten nur solche Rückgabeansprüche als Kredite iSd Fallgruppe 1 angesehen werden, deren Aufschub auch tatsächlich Liquidität verschaffen könnte.²²² Eine Liquiditätszufuhr iSd Fallgruppe 1 ist bei jenen Vertragsverhältnissen ausgeschlossen, die auf eine Rückgabe der Sache an den Gesellschafter ab initio nicht abzielen, weil am Ende die Veräußerung erfolgt. Eine eigenkapitalersatzrechtlich relevante Liquiditätszufuhr kann hier allenfalls im Aufschub der Entgeltzahlung iSd Fallgruppe 2 liegen. Soll der Rückgabeanspruch ausschließlich für den Fall einer unterbliebenen Entgeltzahlung zustehen, dient dies als bloßes Kreditsicherungsmittel. In der Überlassung der Sache bis zum Eigentumsübergang (Veräußerung) kann ein Kredit iSd Fallgruppe 1 nicht erblickt werden und gelangt man erst nicht zur Prüfung einer nach § 3 Abs 3 EKEG ausgenommenen Nutzungsüberlassung. Darauf wird zurückzukommen sein.²²³

Zur genaueren Definition der von § 3 Abs 3 EKEG erfassten Nutzungsüberlassungen ist jedoch ein drittes Kriterium notwendig:

(3) Nach Anwendung der ersten beiden Kriterien verbleiben insb jene Vertragstypen des ABGB, die in die Kategorie der Gebrauchsüberlassungsverträge eingeordnet werden können, dh Leihe (§§ 971ff ABGB), Darlehen/Kredit (§§ 983ff ABGB) und Bestandsvertrag (§§ 1090ff ABGB). Dies verwundert aufgrund der Terminologie des § 3 Abs 3 EKEG („eine Sache zum Gebrauch überlassen“; „Nutzungsüberlassung“) zunächst nicht. Es wäre jedoch verfehlt, Nutzungsüberlassungen iSd § 3 Abs 3 EKEG gänzlich mit den Gebrauchsüberlassungsverträgen des ABGB gleichzusetzen, sind doch auch Darlehen- und Kreditverträge iSd §§ 983ff ABGB Gebrauchsüberlassungsverträge.²²⁴ Dass ein derart weites Verständnis des § 3 Abs 3 EKEG nicht gewollt ist, ist offensichtlich. Außerdem knüpft das EKEG bewusst nicht an die Terminologie des ABGB an.²²⁵ Es bedarf einer Abgrenzung. Maßgeblich sind jene vom Gesetzgeber berücksichtigten Kritikpunkte der Lehre, die zur Schaffung des § 3 Abs 3 EKEG geführt haben.²²⁶ Beim Darlehensvertrag wird Eigentum übertragen, bei Leihe und Bestandsvertrag verbleibt es beim Nutzungsgeber.²²⁷ Beim

²²² Siehe idZ Kapitel 3.1.1 und 3.1.2.

²²³ Siehe näher Kapitel 3.2.2.2.

²²⁴ Siehe *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 734; *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁷ 240; *Kellner in Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 984 Rz 5.

²²⁵ Siehe ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 13; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 14.

²²⁶ Siehe dazu Kapitel 3.2.1.1 und insb ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 13f; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 14.

²²⁷ Dies wohl auch als entscheidendes Charakteristikum sehend *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 29 (Das dingliche Herrschaftsrecht verbleibt beim Nutzungsgeber); *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 3 EKEG Rz 21; siehe auch *Bitter*, ZIP 2010, 1 (7).

Darlehensvertrag übernimmt der Darlehensgeber insofern das Substanzwertrisiko, als er in der Insolvenz kein Aussonderungsrecht hat und sein Rückforderungsanspruch auf die Quote beschränkt wird. Der Leih- und Bestandgeber hat sehr wohl ein Aussonderungsrecht²²⁸ und übernimmt kein Substanzwertrisiko.²²⁹ Bei Darlehen wird dem Darlehensnehmer Kapital übertragen, auf das die Gläubiger zugreifen können, bei Bestandsvertrag und Leihe nicht. Die Leistung aus dem Darlehensvertrag schlägt sich in der Bilanz als Fremdkapital nieder, die Leistung aus Leihe und Bestandsvertrag nicht. Diese Differenzierungen taugen mE auch zur Abgrenzung von Begriffskern und Begriffshof²³⁰ der Wendungen „*eine Sache zum Gebrauch überlassen*“ und „*Nutzungsüberlassung*“ in § 3 Abs 3 EKEG. Im Begriffskern liegen jene Rechtsverhältnisse bei denen ausschließlich das Gebrauchsrecht übertragen wird, im Begriffshof hingegen auch jene, bei denen das Gebrauchsrecht als immanente Teilmenge des Eigentumsrechts als Vollrecht (siehe § 354 ABGB) übertragen wird. Es ist geboten, § 3 Abs 3 EKEG entsprechend teleologisch auf den Begriffskern eingeschränkt²³¹ zu interpretieren.²³²

Mit diesem Prüfschema soll dem Leser insb eine Hilfestellung zur Einordnung gemischter und atypischer Verträge an die Hand gegeben werden. Die Nützlichkeit ist unten iZm Kreditsicherheiten noch zu demonstrieren. In Anwendung dieses Prüfschemas ergibt sich ferner, dass Lieferungen aus Dauerschuldverhältnissen bzw Sukzessivlieferungsverträge (zB Bierbezugs- oder Energielieferungsverträge) keine Nutzungsüberlassungen sind, da auf die Veräußerung abgezielt wird und kein Rückerstattungsanspruch iSd Fallgruppe 1 gegeben ist.²³³ Wenngleich bei Dienstbarkeiten eine baldige Rückstellung der Sache ab initio regelmäßig nicht zu erwarten ist, kann daraus nicht gefolgert werden, dass man beim zweiten Prüfschritt „aussteigt“. Schließlich steht bei Dienstbarkeiten zweifellos keine Veräußerung am Ende des zugrundeliegenden Dauerschuldverhältnisses und besteht der wesentliche Unterschied zur obligatorischen Gebrauchsüberlassung in ihrer absoluten Wirkung, was jedoch für die

²²⁸ Dass dieses gem § 26a IO gestundet wird, ist hier nicht weiter beachtlich.

²²⁹ Letzteres wird vom Gesetzgeber auch als explizit als maßgeblich angesehen, siehe ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 13f; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 15.

²³⁰ In den Begriffskern fällt alljenes, was „*jeder Sprach- und Sachkundige als Anwendungsfälle des Begriffs behandelt*“, in den Begriffshof jene Objekte, „*auf die in der Sprachgemeinschaft der betreffende Begriff manchmal erstreckt wird, manchmal aber auch nicht*“, vgl F. Bydlinski/P. Bydlinski, Grundzüge³ 31.

²³¹ Siehe F. Bydlinski/P. Bydlinski, Grundzüge³ 95.

²³² Siehe auch ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 14; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 15, wonach eine Eigentumsübertragung bei Nutzungsüberlassungen iSd Gesetzes nicht stattfindet.

²³³ Vgl auch Mohr in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 26a KO Rz 4; Mohr in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 9.

Einordnung als Nutzungsüberlassung iSd § 3 Abs 3 EKEG ohne Belang ist.²³⁴ Bei Lizenzverträgen wäre es zwar unsauber, von einem „*Rückerstattungsanspruch*“ des Lizenzgebers zu sprechen, wenn der Lizenznehmer nach Vertragsende das Nutzungsrecht verliert, doch greift die dahinterstehende Erwägung, ob der Vertrag eine Veräußerung bewirkt oder nicht, in gleichem Maße. Im Anschluss an die Rsp zur Überlassung von Software wird es auch für Gesellschafternutzungsüberlassungen darauf ankommen, ob die Lizenz gegen einmaliges Entgelt dauerhaft überlassen wurde oder ob eine monatliche Entgeltzahlung erfolgt.²³⁵

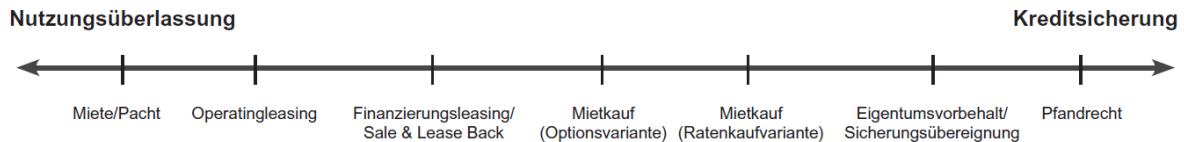
3.2.2.2 Abgrenzungsfragen iZm Kreditsicherheiten

Um wirtschaften zu können benötigen Unternehmen notwendigerweise Sachen. Diese Sachen werden sie regelmäßig extern beschaffen müssen. Je nach Einsatzgebiet und vorhandenen Finanzmitteln werden Verträge unterschiedlicher Art zur Beschaffung geschlossen. Der Umfang der vermittelten Rechtsposition hängt dabei von der konkreten Vereinbarung ab und kann das bloße Nutzungsrecht bis hin zum Eigentum als Vollrecht erfassen. Verfügt die Gesellschaft aktuell nicht über die erforderlichen finanziellen Mittel um das Eigentum als Vollrecht zu erwerben, muss sie sich entweder mit einem bloßen Nutzungsrecht begnügen oder eine Finanzierungsmöglichkeit in Anspruch nehmen. Um den jeweiligen Bedürfnissen und finanziellen Situationen gerecht zu werden, hat sich in der Praxis eine Vielzahl an Gestaltungsmöglichkeiten herausgebildet. In dem breiten Spektrum steht mal der Erwerb des bloßen Nutzungsrechts (Miete/Pacht), mal die Finanzierung des Eigentumserwerbs (sofortiger Erwerb des Eigentums und Kreditsicherung durch Pfandrecht) im Vordergrund. Die Übergänge sind dabei fließend. Für das Eigenkapitalersatzrecht stellt sich dabei die Frage, wann noch von einer Nutzungsüberlassung iSd § 3 Abs 3 EKEG gesprochen werden kann und wann ein besicherter Kredit vorliegt. Im Folgenden arbeiten wir uns von den Rändern dieses Spektrums zunehmend nach innen.²³⁶

²³⁴ Freilich wird den aus dieser Qualifikation resultierenden Rechtsfolgen bei Dienstbarkeiten geringere Bedeutung zukommen, da die Auflösungsmöglichkeiten (siehe Kapitel 4.1) hier ohnedies begrenzt sind, siehe *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 1375ff.

²³⁵ Siehe *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1090 Rz 13; OGH 22.01.2015, 1 Ob 229/14d; RIS-Justiz RS0108702.

²³⁶ Die folgende Grafik wurde vom Verfasser erstellt.



3.2.2.2.1 Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung

Nutzt die Gesellschaft eine Sache, die ausschließlich zu Kreditsicherungszwecken im Eigentum des Gesellschafters steht, so ist der Sachverhalt nicht nach den Regeln über Gesellschafternutzungsüberlassungen zu beurteilen. Angesprochen sind hier Fälle, bei denen eine eigenkapitalersetzende Forderung durch Eigentumsvorbehalt oder Sicherungsübereignung besichert ist, die Gesellschaft aber berechtigt ist, die im Eigentum des Gesellschafters stehende Sache zu benutzen. Bei diesen Formen der Kreditsicherung geht es nicht um Nutzungsüberlassungen, sondern um besicherte eigenkapitalersetzende Gesellschafterkredite iSd EKEG.²³⁷ Es liegt kein Kredit iSd Fallgruppe 1 des weiten Kreditbegriffes vor, da die gegenständlichen Verträge nicht auf die Rückgabe der Sache an den Gesellschafter abstellen, sondern das Eigentum früher oder später auf die Gesellschaft übergehen soll. Dem Gesellschafter kommt der Rückgabeanspruch ausschließlich unter der Bedingung der Nichtzahlung eines Entgelts zu und dient nur zur Sicherung eines Kredites iSd Fallgruppe 2.²³⁸ Der Kredit iWs liegt hier im aufgeschobenen Entgelt (Fallgruppe 2) nicht in der Überlassung der Sache (Fallgruppe 1)! Forderungen verlieren ihren Charakter als eigenkapitalersetzenden Kredit nicht deshalb, weil sie besichert sind.²³⁹ § 3 Abs 3 EKEG und § 26a IO sind hier nicht anzuwenden. Es ist vielmehr zu prüfen, ob der besicherte Kredit alle Voraussetzungen des EKEG erfüllt und welche Rechtsfolgen an den Kredit und die Sicherheit anzuknüpfen sind.

Wird eine Sache veräußert und soll die Kaufpreiszahlung nach Ablauf der gem § 3 Abs 1 Z 2 EKEG (ggf iVm Abs 2) einschlägigen Frist erfolgen, liegt darin (bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen) ungeachtet eines Eigentumsvorbehalts eine Kreditierung iSd EKEG. Wenn in der Lehre zum Eigentumsvorbehalt allgemein ausgeführt wird, dass dadurch der Kreditkauf weitestgehend wieder zurück zum Zug-um-Zug-Prinzip (Eigentumsübergang erst bei Kaufpreiszahlung) geführt wird,²⁴⁰ so mag dies aus rein kreditsicherungsrechtlichen Aspekten

²³⁷ Siehe *Ostheim*, GesRZ 1989, 173 (183); *Schmidsberger*, Eigenkapitalersatz 46; *Schmidt*, ZIP 1990, 69 (70); *Bitter in Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 428.

²³⁸ Siehe Kapitel 3.2.2.1.

²³⁹ Siehe *Bitter in Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 218.

²⁴⁰ Vgl *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 1317.

zutreffen. Im Eigenkapitalersatzrecht kann dies aber nicht zum Negieren eines Kredits führen,²⁴¹ da es hier auf die Zufuhr von Liquidität ankommt. Ab Übergabe kann die Gesellschaft die Sache nutzen, mit ihr wirtschaften, sie häufig sogar veräußern oder das Anwartschaftsrecht an ihr übertragen,²⁴² ohne dass eine Gegenleistung bereits zu entrichten wäre. Die Kaufpreisforderung ist in der Krise gem § 14 Abs 1 EKEG gesperrt und in der Insolvenz gem § 57a IO nachrangig. Das Eigentum des Gesellschafters ist als Kreditsicherheit zu behandeln. In der Insolvenz ist mangels Gebrauchsüberlassung iSd EKEG nicht § 26a IO zu beachten, sondern vielmehr § 12b erster Fall IO:²⁴³ Ab-/Aussonderungsrechte aus dem Vermögen der Gesellschaft für eine eigenkapitalersetzende Leistung erlöschen mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Das Tatbestandsmerkmal des Erwerbs des Aussonderungsrechts aus dem Vermögen des Schuldners wird von der hL weit verstanden, um der Bestimmung einen Anwendungsbereich zu verschaffen. Es ist ausreichend, wenn das Eigentum nicht aus dem Vermögen des Schuldners erworben wurde, aber nach Kreditrückzahlung an diesen fallen soll. Der Eigentumsvorbehalt ist somit von § 12b IO erfasst.²⁴⁴ In der Insolvenz kommt es somit zum Erlöschen des Eigentumsvorbehalts gem § 12b IO, sodass die Sache den Gläubigern als Haftungsfonds zur Verfügung steht.

Für das Sicherungseigentum gilt das Gesagte im Wesentlichen entsprechend, doch kommt hier ein Absonderungsrecht (vgl § 10 Abs 3 IO) – kein Aussonderungsrecht – gem § 12b IO zum Erlöschen.²⁴⁵ Die Praxisrelevanz der Nutzung einer zur Sicherung an den Gesellschafter übereigneten Sache durch die Gesellschaft wird sich allerdings gering halten, zumal sich Nutzungsüberlassung und Sicherungseigentum bei beweglichen Sachen aufgrund des anzuwendenden Faustpfandprinzips ausschließen.²⁴⁶ Bei Liegenschaften wäre dies zwar denkbar, doch ist das Sicherungseigentum an unbeweglichen Sachen wegen der ausgelösten Grunderwerbssteuer in der Praxis unbedeutend.²⁴⁷

²⁴¹ So aber eine Mindermeinung in Deutschland, siehe *Altmeyden*, ZIP 2013, 1745 (1750); *Altmeyden*, ZIP 2019, 1985 (1991f).

²⁴² Siehe *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 1327ff.

²⁴³ Vgl *Dellinger* in *Dellinger/Keppert* 55 (66); Näheres zu § 12b IO siehe in Kapitel 5.4.5.

²⁴⁴ *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 12b KO Rz 18; *Mohr* in *Konecny*, Insolvenzgesetz § 12b IO Rz 18; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 12b Rz 7; vgl *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 12b KO Rz 4; *Schummer* in *Dellinger/Keppert* 143 (155); zur alten Rechtslage siehe *Karollus/Schulyok*, Eigenkapitalersetzende Leistungen 101; zur str Anfechtbarkeit in Deutschland siehe *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 217ff.

²⁴⁵ Vgl *Mohr* in *Konecny*, Insolvenzgesetz § 12b IO Rz 9; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 12b Rz 6; RIS-Justiz RS0064150.

²⁴⁶ Siehe *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 1298; *Winner* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 358 Rz 9; RIS-Justiz RS0010394; RIS-Justiz RS0012762; RIS-Justiz RS0012761.

²⁴⁷ Siehe *Leitenbauer*, *ecolex* 2025, 186 (186).

3.2.2.2.2 Operatingleasing

In der Lit finden iZm § 3 Abs 3 EKEG auch häufig Leasinggeschäfte Erwähnung und stößt die rechtliche Einordnung mitunter auf erhebliche Probleme. Da es verschiedene Konstruktionen des Leasings gibt, gilt es zu differenzieren. Unstr dürfte die Einordnung des Operatingleasing sein, welches Miete oder Pacht im herkömmlichen Sinne darstellt.²⁴⁸ Es handelt sich zweifelsohne um Nutzungsüberlassungen iSd EKEG.²⁴⁹

3.2.2.2.3 Finanzierungsleasing inklusive Sale-and-lease-back-Geschäft

Jene Varianten, die technisch als Gebrauchsüberlassung ausgestaltet werden, wirtschaftlich aber überwiegend Finanzierungsfunktion haben, werden von weiten Teilen der öL nicht als Fall der Nutzungsüberlassung iSd EKEG behandelt und daher als vom EKEG erfasst angesehen. Dies betreffe das Finanzierungsleasing²⁵⁰ und insb auch dessen Sonderform²⁵¹ des Sale-and-lease-back-Geschäfts²⁵². Bei Letzterem bestehe kein Unterschied zu einem Kredit (iSd ABGB) unter Einräumung von Sicherungseigentum.²⁵³ Bestimmungen des EKEG seien entsprechend teleologisch zu reduzieren oder analog anzuwenden.²⁵⁴ Die Zahlung der Leasingrate sei bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen gem § 14 Abs 1 EKEG pa gesperrt und erlösche das Eigentum am Leasingobjekt in der Insolvenz gem § 12b IO pa.²⁵⁵

Andere Autoren legen jedoch Gegenteiliges nahe, wenn sie ausführen, dass dem Gesellschafter die Möglichkeit offenstehe, sich durch Abschluss eines Sale-and-lease-back-Geschäfts die Sache und für den Fall des Insolvenzverfahrens die Leasingraten als Massforderungen zu sichern. Die Nachteiligkeit für die Gläubiger wird zwar erkannt, die Anwendbarkeit des EKEG

²⁴⁸ Siehe nur *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1073; *Riss in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1090 Rz 12; RIS-Justiz RS0020892 (insb T4).

²⁴⁹ Vgl *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 29; für Deutschland *Bitter in Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 224, 229.

²⁵⁰ *Dellinger in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 34; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 24; *Artmann in Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 64; *Schopper/Vogt in KLS*, IO² § 3 EKEG Rz 21, 27; siehe *Ostheim*, GesRZ 1989, 173 (183); *Harrer*, GesRZ 1993, 121 (FN26).

²⁵¹ Siehe *Riss in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1090 Rz 12; RIS-Justiz RS0011217.

²⁵² *Dellinger in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 34; *Mohr in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 1; *Dellinger in Dellinger/Keppert* 55 (66); *Rüffler in Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 74 Rz 23; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 24; *Artmann in Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 64; *Schopper/Vogt in KLS*, IO² § 3 EKEG Rz 21, 27; siehe BGH 22.10.1990, II ZR 238/89.

²⁵³ *Dellinger in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 34; *Mohr in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 1; *Dellinger in Dellinger/Keppert* 55 (66) („Der Kaufpreis entspricht dem Kreditbetrag, die Leasingrate der Tilgungs- und Zinsrate und die sachenrechtliche Übereignung der Liegenschaft eben der Einräumung von Sicherungseigentum.“); *Rüffler in Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 74 Rz 23; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 24; *Schopper/Vogt in KLS*, IO² § 3 EKEG Rz 21, 27; siehe allgemein OGH 26.06.2003, 8 Ob 220/02i.

²⁵⁴ *Dellinger in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 34.

²⁵⁵ *Dellinger in Dellinger/Keppert* 55 (66).

gem § 3 Abs 3 EKEG aber verneint.²⁵⁶ Das Geschäft könne allenfalls nach dem Anfechtungsrecht und dem Verbot der Einlagenrückgewähr überprüft werden.²⁵⁷ *Vogt* bezeichnet das Finanzierungsleasing ausdrücklich als Nutzungsüberlassung iSd § 3 Abs 3 EKEG.²⁵⁸ In Deutschland ist die Einordnung ebenso str.²⁵⁹

Die Schwierigkeit der Einordnung des (Finanzierungs)Leasings liegt darin, dass es je nach konkreter, vertraglicher Vereinbarung eher der Miete oder dem Kauf entspricht.²⁶⁰ Die Formen des Finanzierungsleasings befinden sich zudem an der Schnittstelle von Gebrauchsüberlassung und Finanzierungsleistung.²⁶¹ Es sprechen durchaus einige Argumente für das Vorliegen einer Nutzungsüberlassung. So liegen bei diesen Leasingformen etwa die in Kapitel 3.2.1.1 dargestellten Merkmale einer Nutzungsüberlassung vor: Der Gesellschafter behält/erwirbt (zumindest für die Dauer des Vertrages) Eigentum an der Sache, wodurch er in der Insolvenz grds ein Aussonderungsrecht erhält und damit kein Substanzwertrisiko übernimmt. Während der Vertragslaufzeit kommt der Gesellschaft das bloße Nutzungsrecht an der Sache zu. Es wird grundsätzlich kein Kapital zugeführt, auf das die Gläubiger greifen könnten.²⁶² In Lehre und Rsp wird auch immer wieder davon gesprochen, dass die Sache während der Vertragslaufzeit zum Gebrauch überlassen wird.²⁶³ Außerdem hat der OGH im Anschluss an *Fink*²⁶⁴ seine bisherige Rechtsansicht revidiert, dass die Leasingrate kein Gebrauchsentgelt für eine bestimmte Periode darstellt. Die Kalkulation des Leasingentgelts unterscheidet sich nicht wesentlich davon, wie ein langfristig denkender Vermieter den Mietzins berechnen würde. Die Leasingrate und die Gebrauchsüberlassung stehen in einem Austauschverhältnis Zug-um-Zug. Anfechtungsrechtlich werden Miete und Leasing nunmehr gleich behandelt.²⁶⁵

²⁵⁶ *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 26a IO Rz 7; vgl *Chalupsky/Schmidsberger*, ZIK 2002, 77 (80); *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 107.

²⁵⁷ *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 26a IO Rz 7.

²⁵⁸ *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 29.

²⁵⁹ Siehe *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 224ff, 229, 428ff, jeweils mwN.

²⁶⁰ Siehe nur die vielfältigen und divergierenden Beisätze bei RIS-Justiz RS0020007; siehe RIS-Justiz RS0118815; Mitunter wird auch von einem „*Sachüberlassungsvertrag eigener Art*“ gesprochen, *Apathy/Perner* in KBB⁷ § 1063 ABGB Rz 26; OGH 27.02.1995, 1 Ob 579/94; vgl *Fink*, ÖBA 1992, 809 (813).

²⁶¹ *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 224.

²⁶² Dies gilt grds auch für das Sale-and-lease-back-Geschäft. Der Haftungsfonds für die Gläubiger erhöht sich zwar um den Kaufpreis, verringert sich aber gleichzeitig durch das Ausscheiden der Sache.

²⁶³ Siehe beispielsweise *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 29; *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 34; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 24; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1071; OGH 25.03.2009, 3 Ob 232/08a; RIS-Justiz RS0124722.

²⁶⁴ *Fink*, ÖBA 1992, 809 (812ff).

²⁶⁵ OGH 25.03.2009, 3 Ob 232/08a; vgl RIS-Justiz RS0020889; RIS-Justiz RS0124722; RIS-Justiz RS0064628; RIS-Justiz RS0120830 (insb T2 und T3).

Auf der anderen Seite beinhalten Finanzierungsleasingverträge typischerweise Klauseln, die den Vertrag in die Nähe eines Veräußerungsvertrages rücken. Dies betrifft etwa die vereinbarte Gefahrtragung des Leasingnehmers für zufällige/n Beschädigung/Untergang, den Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts, das Entstehenmüssen für den Verkauf zu einem bestimmten Restwert oder eine Kaufoption zum Restwert. Regelmäßig wird die Vertragsposition des Leasingnehmers mit jener eines Käufers beim drittfinanzierten Kauf verglichen.²⁶⁶ Der Leasingnehmer hat außerdem für die Erhaltung zu sorgen und muss bei zufälligem/r Untergang/Beschädigung der Sache die Leasingrate voll weiter bezahlen.²⁶⁷ Besonders betont wird, dass beim Finanzierungsleasing – anders als bei der Miete – typischerweise nicht die vorübergehende Gebrauchsmöglichkeit, sondern der dauerhafte Einsatz des Wirtschaftsgutes im Vordergrund steht. Die Rechtsform des Leasingvertrages wird bloß aus Finanzierungsgründen gewählt und kommt dem Leasinggeber die Funktion eines Kreditgebers zu.²⁶⁸ Ähnlich führen *Welser/Zöchling-Jud* aus: „Das Leasing ist eine Form der Investitionsfinanzierung, bei dem an die Stelle des Eigentumserwerbes an den Anlagegütern die bloße Gebrauchsüberlassung tritt.“²⁶⁹ Aus diesen Gründen rückt der typische Finanzierungsleasingvertrag durchaus weg von den „klassischen“ Nutzungsüberlassungsverhältnissen. Das Finanzierungsleasing nähert sich zumeist vielmehr eigenkapitalersatzrechtlich relevanten Phänomenen an, wie etwa dem Kauf unter Kreditierung des Kaufpreises²⁷⁰ oder eben dem erwähnten Darlehen unter Einräumung von Sicherungseigentum. Betont wird dabei regelmäßig die Sicherungsfunktion des Eigentums in Hinblick auf die Leasingraten, welche der Funktion des Eigentumsvorbehalts/des Sicherungseigentums in Hinblick auf Kaufpreisforderungen entspricht,²⁷¹ wenngleich der Leasingnehmer nicht Vorbehaltskäufer ist.²⁷²

²⁶⁶ RIS-Justiz RS0020007 (T3, T6, T13); vgl. *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1090 Rz 12; *Apathy/Perner* in KBB⁷ § 1063 ABGB Rz 26; RIS-Justiz RS0020750 (T1); siehe RIS-Justiz RS0020735; RIS-Justiz RS0020739; zum Operatingleasing siehe hingegen RS0020892.

²⁶⁷ Vgl. *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1075; *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1090 Rz 12; *Apathy/Perner* in KBB⁷ § 1063 ABGB Rz 27; RIS-Justiz RS0019481.

²⁶⁸ RIS-Justiz RS0020750; RIS-Justiz RS0020007 (T12) (zum Teilamortisationsleasing); vgl. *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1090 Rz 12; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1073ff; RIS-Justiz RS0118815; RIS-Justiz RS0019456; zur Qualifikation des Leasingentgelts als Kreditverbindlichkeit siehe RIS-Justiz RS0105628.

²⁶⁹ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1071.

²⁷⁰ Siehe RIS-Justiz RS0016625.

²⁷¹ Siehe *Fink*, ÖBA 1992, 809 (813f); *Apathy/Perner* in KBB⁷ § 1063 ABGB Rz 27; OGH 25.03.2009, 3 Ob 232/08a; RIS-Justiz RS0019456.

²⁷² OGH 19.05.2009, 3 Ob 12/09z; OGH 8.9.2009, 4 Ob 59/09v.

Aus den Eigenheiten des Finanzierungsleasings lassen sich jeweils eine ganze Reihe an Argumenten pro als auch contra Gesellschafternutzungsüberlassung ableiten. Wendet man nun das in Kapitel 3.2.2.1 entwickelte Prüfschema an, muss man einen genauen Blick auf den zweiten Prüfschritt²⁷³ werfen: Entscheidend ist schlussendlich, ob in der Überlassung der Sache zum Gebrauch deshalb eine Liquiditätszufuhr erblickt werden kann, weil ihre Rückgabe zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen soll (Fallgruppe 1 des weiten Kreditbegriffs).²⁷⁴ Ist eine Rückgabe der Sache zu Beginn grds nicht beabsichtigt und steht der Rückgabeanspruch ausschließlich für den Fall der unterbliebenen Entgeltzahlung zu, kann darin keine Liquiditätszufuhr und damit kein Kredit iSd Fallgruppe 1 erblickt werden. Diesfalls ist von der Besicherung eines Fallgruppe 2 zuzuordnenden kreditierten Entgeltanspruches auszugehen.²⁷⁵

Im Ergebnis kann hier nur eine Beurteilung anhand der typischen Konzeption des Finanzierungsleasingvertrages abgegeben werden und bedarf es in der Praxis stets einer Analyse des konkret vertraglich Vereinbarten. Im Allgemeinen kann davon ausgegangen werden, dass zu Beginn des Leasingverhältnisses nicht feststeht, dass der Leasingnehmer das Leasinggut behalten und Eigentum daran erwerben soll. Das Eigentum des Leasinggebers hat zweifelsohne einen Kreditsicherungszweck, doch besteht sein Rückgabeanspruch keinesfalls ausschließlich dazu, das Leasingentgelt zu sichern. Ob der Leasinggeber bei Vertragsende das Leasinggut zurückerhalten soll oder ob es beim Leasingnehmer bleiben soll, ist zu Beginn regelmäßig noch offen. Im Ergebnis ist daher grds von einem Kredit iSd Fallgruppe 1 auszugehen. Anderes gälte nur dann, wenn in concreto eine Pflicht zum Kauf vereinbart wurde oder wenn eine Kaufoption derart ausgestaltet wurde, dass die Nichtausübung wirtschaftlich unvernünftig²⁷⁶ wäre, sodass eine Behandlung ähnlich einem Kaufvertrag unter Eigentumsvorbehalt angebracht erscheint.²⁷⁷ Eine Kaufoption zum tatsächlichen Restwert vermag eine wirtschaftliche Unvernünftigkeit der Nichtausübung nicht zu begründen.²⁷⁸ Im

²⁷³ Der erste Prüfschritt ist zweifelsfrei zu bejahen. Die Gesellschaft kann die geleaste Sache benützen.

²⁷⁴ Siehe Kapitel 3.1.2.

²⁷⁵ Siehe Kapitel 3.2.2.1.

²⁷⁶ Etwa weil die Kaufoption zu einem Bruchteil des tatsächlichen Restwerts besteht, vgl. *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit FN 1179.

²⁷⁷ Dadurch ergibt sich ein gewisses Spannungsverhältnis zur Definition des Mietkaufs der Rsp, siehe RIS-Justiz RS0128738; siehe Kapitel 3.2.2.2.4. Ob die Formel der Rsp zur korrekten Abgrenzung überhaupt taugt, ist angesichts der bei der „Optionsvariante“ bestehenden Ungewissheit des künftigen Kaufes fraglich. Das Abstellen auf eine Kaufpflicht und die wirtschaftliche Unvernünftigkeit des Nichtausübens erscheint für die Qualifikation des Leasingvertrages aber sachgerecht und ergibt sich eine Parallele zur Abgrenzung zwischen § 21 IO und § 23 IO, siehe dazu Kapitel 5.1.1.

²⁷⁸ *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 185.

dritten Schritt des entwickelten Prüfschemas²⁷⁹ ergibt sich die Einordnung als Gesellschafternutzungsüberlassung iSd § 3 Abs 3 EKEG zwanglos, da die von der Lehre herausgearbeiteten typischen Merkmale, die der Schaffung des § 3 Abs 3 EKEG zugrunde liegen, beim Finanzierungsleasing klar vorliegen. Im Regelfall sind das Finanzierungsleasing und auch der Sonderfall des Sale-and-lease-back-Geschäfts daher dem Regime der Gesellschafternutzungsüberlassungen zu unterwerfen.

Dieses Ergebnis steht mE auch nicht in Widerspruch zu der häufig betonten wirtschaftlichen Vergleichbarkeit mit dem Kreditkauf unter Eigentumsvorbehalt oder dem Darlehen unter Einräumung von Sicherungseigentum. Die Materialien begründeten den Reformbedarf nämlich ua damit, dass der OGH das Eigenkapitalersatzrecht auf wirtschaftlich kreditgleiche Zwecke verfolgende Geschäfte und auf Vorgänge, bei denen der Gesellschafter durch Zufuhr eigener Mittel den Liquiditätsbedarf der Gesellschaft senkt, erweitert hat. Dabei werden gerade jene Sachverhalte erwähnt, die nunmehr durch § 3 Abs 1 Z 3 und Abs 3 EKEG ausgenommen sind.²⁸⁰ Bei der Argumentation mit der wirtschaftlichen Vergleichbarkeit ist somit Vorsicht geboten²⁸¹ und kann das erzielte Auslegungsergebnis nicht schlichtweg mit dem Hinweis auf eine wirtschaftliche Ähnlichkeit zu Kreditverhältnissen verworfen werden. Das gesamte Kapitel 3.2.2.2. dient gerade der Auslotung, wo das EKEG die Grenze der wirtschaftlichen Ähnlichkeit zu einem Kredit zieht.

3.2.2.2.4 Mietkauf

„Unter dem - zumeist im Zusammenhang mit Leasingverträgen verwendeten - Begriff des „Mietkaufs“ werden im Allgemeinen Vereinbarungen verstanden, in denen Elemente eines Mietvertrags und eines Kaufvertrags miteinander verbunden sind. Der Unterschied zum Leasing wird darin gesehen, dass die Gebrauchsüberlassung beim Mietkauf nicht das eigentliche Vertragsziel ist, sondern der Vertrag von vornherein auf einen späteren Eigentumserwerb des Mietkäufers gerichtet ist.“²⁸²

Im Wesentlichen existieren zwei Gestaltungsvarianten. Zum einen kann vereinbart werden, dass der Mietkäufer am Ende der Vertragslaufzeit automatisch Eigentum an der Sache erwirbt. Es liegt kein zusammengesetzter Vertrag, sondern ein schlichter Kaufvertrag vor, wobei die

²⁷⁹ Siehe Kapitel 3.2.2.1.

²⁸⁰ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 9; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 9.

²⁸¹ In diese Richtung wohl auch *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 34.

²⁸² RIS-Justiz RS0128738; vgl *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1090 Rz 12/1.

Leistung der Mietzinse aufschiebende Bedingung für den Eigentumserwerb ist. Die geleisteten Zahlungen werden auf den Kaufpreis angerechnet. Der Mietverkäufer schuldet die mängelfreie Übergabe der Sache, danach trägt der Mietkäufer die Gefahr der zufälligen Verschlechterung. Während der Vertragslaufzeit kommt dem Mietkäufer ein schuldrechtliches Gebrauchsrecht und ein Anwartschaftsrecht zu. Diese Konstellation entspricht insofern einem Ratenkauf unter Eigentumsvorbehalt.²⁸³ Diese Fälle sind als besicherte Kreditierung des Kaufpreises iSd Fallgruppe 2 des weiten Kreditbegriffs zu verstehen. Hinsichtlich der Rechtsfolgen kann auf die Ausführungen zum Eigentumsvorbehalt verwiesen werden.²⁸⁴

Bei der zweiten Gestaltungsvariante wird dem Mietkäufer eine Option eingeräumt, das Objekt bei Ablauf des Vertrags unter Anrechnung der geleisteten Mietzahlungen zu erwerben. Es werden somit zwei zeitlich aufeinanderfolgende Verträge gekoppelt:²⁸⁵ Der Mietkaufvertrag ist einerseits Gebrauchsüberlassungsvertrag und andererseits Optionsvertrag, der bloß die Grundlage für den späteren Kaufvertrag ist.²⁸⁶ Die Einräumung einer Option, das Bestandsobjekt zu einem späteren Zeitpunkt zu erwerben, ändert nichts am Vorliegen eines Mietvertrages.²⁸⁷ Ein Optionsrecht ist nämlich bloß ein Vertrag, der einer Partei das Gestaltungsrecht gewährt, ein inhaltlich vorbestimmtes Vertragsverhältnis in Gang zu setzen. Ein Kaufvertrag, der den Optionsgeber zur Eigentumsübertragung verpflichten würde, wird durch die Option aber noch nicht geschlossen.²⁸⁸ Die Erklärung, die Option auszuüben, bildet den Titel des Eigentumserwerbs und bedarf es zum Eigentumserwerb noch des Modus.²⁸⁹ Auch wenn die Parteien bei Vertragsschluss davon ausgehen mögen, dass zu späterem Zeitpunkt von der Option Gebrauch gemacht wird, und die Rückgabe der Sache an den Mietverkäufer nicht primär angestrebt wird, so unterscheiden sich die Rechtspositionen de facto nicht von jenen bei einem Finanzierungsleasingvertrag mit Kaufoption. Ob der Mietkäufer von seinem Gestaltungsrecht Gebrauch machen wird, liegt allein in seinem Ermessen. Das Eigentum und der Rückgabeanspruch des Mietverkäufers existieren nicht allein aus Kreditsicherungsgründen und stehen nicht unter der bloßen Bedingung einer Kaufpreiszahlung. Diese Variante des

²⁸³ Vgl. *Riss in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1090 Rz 12/1; OGH 11.10.2012, 2 Ob 188/11b; OGH 11.08.2015, 4 Ob 235/14h; RIS-Justiz RS0128741; RIS-Justiz RS0128742.

²⁸⁴ Siehe Kapitel 3.2.2.2.1.

²⁸⁵ Vgl. *Riss in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1090 Rz 12/1; OGH 11.10.2012, 2 Ob 188/11b; OGH 11.08.2015, 4 Ob 235/14h; RIS-Justiz RS0128740.

²⁸⁶ OGH 24.11.2022, 17 Ob 14/22s.

²⁸⁷ OGH 24.09.2019, 4 Ob 160/19m; vgl. OGH 4.11.2013, 10 Ob 26/13s (Anwendbarkeit des MRG).

²⁸⁸ OGH 4.11.2013, 10 Ob 26/13s; RIS-Justiz RS0115633.

²⁸⁹ OGH 17.1.2023, 10 Ob 29/22w.

Mietkaufes ist mE wie das Finanzierungsleasing zu behandeln. Im Allgemeinen ist daher von einem Kredit iSd Fallgruppe 1 und einer Nutzungsüberlassung iSd § 3 Abs 3 EKEG auszugehen. Anderes gälte nur, wenn im konkreten Vertrag eine Kaufpflicht vereinbart wurde oder wenn die Kaufoption derart ausgestaltet wurde, dass die Nichtausübung wirtschaftlich unvernünftig wäre, sodass eine Behandlung als Kaufvertrag unter Eigentumsvorbehalt angebracht erscheint.²⁹⁰

3.2.2.3 Sonderproblem: Betriebsaufspaltungen

Ein besonderer Anwendungsfall von Nutzungsüberlassungen sind die sogenannten Betriebsaufspaltungen.²⁹¹ Die Betriebsaufspaltung wird definiert als die Aufteilung verschiedener Funktionen, die normalerweise von einem einzelnen Unternehmen übernommen werden, auf zwei oder mehrere rechtlich selbstständige Unternehmen, an denen üblicherweise dieselben Gesellschafter (zumindest indirekt) beteiligt sind.²⁹² Der hier interessierende Grundfall ist die Teilung in eine Betriebsgesellschaft, die die operativen Tätigkeiten wahrnimmt, und eine Besitzgesellschaft mit Gesellschafterstellung iSd §§ 5ff EKEG, die an erstere das Anlagevermögen verpachtet/vermietet.²⁹³ Die beiden Gesellschaften können im Verhältnis Mutter-Tochter (vertikale Betriebsaufspaltung) oder Schwester-Schwester (horizontale Betriebsaufspaltung) zueinander stehen.²⁹⁴ Hintergrund ist neben steuerlichen Gründen meist der Gedanke der Risikominimierung im Insolvenzfall, da man so das Anlagevermögen dem Gläubigerzugriff entziehen kann.²⁹⁵ Die Wahrnehmung dieser Gestaltungsmöglichkeit ist aber nicht per se missbräuchlich.²⁹⁶ Die Nutzungsüberlassung erfolgt bei der Betriebsaufspaltung in aller Regel im Wege der Miete oder Pacht, sodass sich de lege lata keine spezifischen Probleme iZm der Figur der Gesellschafternutzungsüberlassung ergeben. Diese Gestaltungsweise wird nicht zuletzt durch den Gesetzgeber – wie aus den Materialien hervorgeht – geduldet. Er anerkennt zwar die Problematik, dass den Gläubigern der

²⁹⁰ Siehe FN 277; Kapitel 5.1.1.

²⁹¹ So zB auch in BGH 14.12.1992, II ZR 298/91 (Lagergrundstück II); BGH 11.7.1994, II ZR 146/92 (Lagergrundstück III).

²⁹² M. Heidinger in FS G. Heidinger 235 (236).

²⁹³ Siehe Harrer, GesRZ 1993, 121 (122); Schmidberger, Eigenkapitalersatz 45 FN 165; Vogt in Schopper/Vogt, EKEG § 3 Rz 29; Zehetner/Bauer, Eigenkapitalersatzrecht 25.

²⁹⁴ Schmidberger, ZIK 1998, 16 (19); Vogt in Schopper/Vogt, EKEG § 3 Rz 29; Zehetner/Bauer, Eigenkapitalersatzrecht 25.

²⁹⁵ M. Heidinger in FS G. Heidinger 235 (236); vgl Schmidberger, ZIK 1998, 16 (19); Vogt in Schopper/Vogt, EKEG § 3 Rz 29.

²⁹⁶ M. Heidinger in FS G. Heidinger 235 (FN 5); VwGH 23.3.1970, 1616/68.

Betriebsgesellschaft der Haftungsfonds konkursfest entzogen werden kann,²⁹⁷ sieht darin aber keinen spezifisch eigenkapitalersatzrechtlichen Regelungsgegenstand. Vielmehr liege das Problem im Fehlen eines Konzerninsolvenzrechts.²⁹⁸ Zutr weist *Dellinger* auf die Bedeutung einer möglichen materiellen Unterkapitalisierung und einer Konkursverursachungshaftung iZm Betriebsaufspaltungen hin.²⁹⁹ Im Ergebnis erscheint die gesetzgeberische Entscheidung, die Betriebsaufspaltung nicht im EKEG (wo es um die nominelle Unterkapitalisierung geht)³⁰⁰ besonders zu regeln, durchaus systemgerecht.³⁰¹

3.2.3 Taugliche Gegenstände der Gesellschafternutzungsüberlassung

3.2.3.1 Allgemeines

Taugliche Gegenstände sind alle beweglichen oder unbeweglichen Sachen, die Gegenstand des Rechtsverkehrs sein können.³⁰² Auch Rechte sind erfasst.³⁰³ Typische Beispiele sind etwa Geschäftsräumlichkeiten³⁰⁴, Betriebsgrundstücke³⁰⁵, Maschinen³⁰⁶, aber auch Immaterialgüterrechte (Lizenzen, Marken, Patente)³⁰⁷. Auch Know-How kann Gegenstand einer Nutzungsüberlassung sein,³⁰⁸ wobei in Abgrenzung zur Dienstleistungserbringung der Träger des Know-Hows etwas vom Menschen Verschiedenes sein muss, sodass es ein

²⁹⁷ Siehe dazu etwa *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 60, die das Problem jedoch durch § 26a IO als entschärft anzusehen scheinen.

²⁹⁸ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 14; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 15; krit *Kalss* in *Kalss/Rüffler* 9 (45f).

²⁹⁹ *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 33.

³⁰⁰ Siehe Kapitel 2.1 und insb auch die Erwägungen in Kapitel 3.2.1.1, die zur Ausnahme der Nutzungsüberlassung geführt haben.

³⁰¹ AA *Kalss* in *Kalss/Rüffler* 9 (45f).

³⁰² *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 29; *Saurer* in *Kalss/Rüffler* 135 (148); *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 3 EKEG Rz 21; für Deutschland *Spahl*, Nutzungsüberlassungen 102; *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 420.

³⁰³ *Harrer*, GesRZ 1993, 121 (122); *Schmidsberger*, Eigenkapitalersatz 45; *Mohr* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 9; für Deutschland *Könen* in KPB, InsO⁹⁴ Lfg § 135 Rz 65; *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 420.

³⁰⁴ So zB auch in BGH 16.10.1989, II ZR 307/88 (Lagergrundstück I); OGH 28.01.1997, 1 Ob 2044/96m.

³⁰⁵ So zB in BGH 16.10.1989, II ZR 307/88 (Lagergrundstück I); BGH 14.12.1992, II ZR 298/91 (Lagergrundstück II); BGH 11.7.1994, II ZR 146/92 (Lagergrundstück III).

³⁰⁶ So zB in BGH 14.12.1992, II ZR 298/91 (Lagergrundstück II); BGH 11.7.1994, II ZR 146/92 (Lagergrundstück III); vgl *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 24.

³⁰⁷ Vgl *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 29; *Saurer* in *Kalss/Rüffler* 135 (148); *Mohr* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 9; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 26; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 3 EKEG Rz 21; für Deutschland *Könen* in KPB, InsO⁹⁴ Lfg § 135 Rz 65.

³⁰⁸ *Karollus/Schulyok*, Eigenkapitalersetzende Leistungen 111; *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 29; *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 24; *Mohr* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 9; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 26; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 3 EKEG Rz 21.

sachliches Substrat aufweist.³⁰⁹ In der Praxis stehen idR Gegenstände des Anlagevermögens im Vordergrund.³¹⁰

3.2.3.2 Exkurs: Sachen im Miteigentum

Mitunter kann es vorkommen, dass die überlassene Sache nicht im Alleineigentum des Gesellschafters steht. Unproblematisch sind jene Fälle, bei denen alle Miteigentümer für sich gesehen Gesellschafter iSd § 5 EKEG sind. Selbiges gilt, wenn alle Miteigentümer Gesellschafter sind und die Schwellen des § 5 EKEG durch abgestimmtes Verhalten iSd § 6 EKEG erreichen oder wenn sich eine eigenkapitalersatzrechtlich relevante Gesellschafterstellung aller Miteigentümer aus Treuhandkonstruktionen iSd § 7 EKEG ergibt.³¹¹ Die Rechtsfolgen treten ohne weiteres ein.

Problematisch ist jedoch, wenn die überlassene Sache im Miteigentum sowohl von Gesellschaftern iSd § 5ff EKEG als auch von Nichtgesellschaftern steht. Hinsichtlich Rückzahlungssperre und Rückerstattungsanspruch gem § 14 EKEG lassen *Schopper/Vogt* eine entsprechende Teilung des kreditierten Entgelts in einen erfassten und einen nicht erfassten Teil zu.³¹² Dem ist zuzustimmen. Rückzahlungssperre und Rückerstattungsanspruch sind die Rechtsfolgen eines eigenkapitalersetzenden Kredits. Für einen eigenkapitalersetzenden Kredit müssen die vier Tatbestandsmerkmale des § 1 EKEG kumulativ vorliegen.³¹³ Je nachdem, wem im Innenverhältnis zwischen den Miteigentümern welcher Entgeltteil zusteht, gewähren die berechtigten Miteigentümer in Höhe der auf sie entfallenden Quote Kredit. Ist ein Miteigentümer nicht Gesellschafter iSd §§ 5ff EKEG fehlt schlichtweg ein notwendiges Tatbestandsmerkmal für die Anwendung des § 14 EKEG. Für eine Einbeziehung in den Gesellschafterbegriff des EKEG bloß aufgrund der Miteigentumsgemeinschaft mit einem Gesellschafter fehlt die gesetzliche Grundlage.

Nach hL sei § 26a IO in Hinblick auf §§ 11 Abs 2, 120a IO auch anzuwenden, wenn Nichtgesellschafter Miteigentümer sind.³¹⁴ Da es iZm § 26a IO nur auf die Überlassung durch

³⁰⁹ Vgl *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 26a KO Rz 4; *Mohr in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 9.

³¹⁰ *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 29; *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 24; *Mohr in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 9; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 3 EKEG Rz 21

³¹¹ Vgl *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 36; siehe *Mohr in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 12; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 27; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 3 EKEG Rz 26.

³¹² *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 36; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 3 EKEG Rz 26.

³¹³ Siehe Kapitel 2.3.

³¹⁴ *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 36, § 26a KO Rz 8; vgl *Mohr in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 12; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 27; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 26a Rz 7.

einen Gesellschafter – nicht auf die Eigentumsverhältnisse an der Sache³¹⁵ – ankommt, gelange die Norm jedoch dann nicht zur Anwendung, wenn das Gebrauchsrecht an der Sache aufgrund Vereinbarung zwischen den Miteigentümern nur dem Nichtgesellschafter zukommt und dieser sein Gebrauchsrecht idF an die Gesellschaft weitergibt.³¹⁶

Während dieser Ausnahme zuzustimmen ist, muss die hL in ihrem Grundsatz bezweifelt werden. § 26a IO normiert eine Zwangsstundung von Aussonderungsrechten³¹⁷ und stellt damit eine Ausnahme zu § 11 Abs 1 IO dar, wonach die Eröffnung des Insolvenzverfahrens Aussonderungsrechte nicht berührt.³¹⁸ Nach hA hat der Miteigentümer ein Aussonderungsrecht, dass er alleine mit Herausgabeklage oder Unterlassungsklage geltend machen kann.³¹⁹ Die lex specialis des § 26a IO schneidet nach ihrem klaren Wortlaut nur das Aussonderungsrecht „von einem nach dem EKEG erfassten Gesellschafter“ ab. Die Einbeziehung eines Nichtgeschafters als Miteigentümers würde einen Analogieschluss voraussetzen. Die teleologische Rechtfertigung des ggü § 11 Abs 2 IO³²⁰ noch verstärkt von § 11 Abs 1 IO abweichenden § 26a IO begründet der Gesetzgeber mit der Insiderstellung des Geschafters und seiner erhöhten Verantwortung für die wirtschaftliche Situation.³²¹ Diese Gründe treffen auf den Nichtgeschafter als Miteigentümer aber gerade nicht zu, sodass eine analoge Anwendung des § 26a IO zu unterbleiben hat. Für den Nichtgeschafter ist daher nur die Zwangsstundung nach Maßgabe des § 11 Abs 2 IO einschlägig.

3.3 Die Kreditierung des Nutzungsentgelts

Dieses Kapitel stellt eine Untersuchung der vom EKEG erfassten Entgeltkreditierungsformen dar. Während in Kapitel 3.2 geprüft wurde, inwiefern die Überlassung einer Sache einen Kredit iSd Fallgruppe 1 des weiten Kreditbegriffs darstellen kann, gilt es nun zu prüfen, wann eine Kreditierung des Nutzungsentgelts iSd Fallgruppe 2 vorliegt. Dass die Kreditierung des Entgelts für Geschafternutzungsüberlassungen grds eigenkapitalersetzend sein kann, stellt § 3 Abs 3 EKEG klar. Es stellt sich vielmehr die Frage, worin der maßgebliche

³¹⁵ Siehe dazu auch Kapitel 5.2.1.1; siehe für Deutschland auch *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 422, der die Diskussion um die Fälle des Miteigentums aufgrund der Irrelevanz der Eigentumslage für entbehrlich hält.

³¹⁶ *Mohr* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 12; zust *Schopper/Vogt* in *KLS*, IO² § 26a Rz 7.

³¹⁷ Siehe dazu auch Kapitel 5.2.1.

³¹⁸ *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 26a KO Rz 1; *Mohr* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 2; *Frizberg*, Nachrangige Forderungen FN 559; *Schopper/Vogt* in *KLS*, IO² § 26a Rz 1; siehe aber ErläutRV 3 BlgNR 15. GP 33f.

³¹⁹ *Spitzer* in *KLS*, IO² § 44 Rz 27f; siehe *Deixler-Hübner* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 11 IO Rz 10; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 199; OGH 30.10.1979, 1 Ob 714/79; RIS-Justiz RS0064222.

³²⁰ Dazu, dass § 26a IO dieser Bestimmung nachempfunden ist, siehe Kapitel 5.2.1.

³²¹ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 21; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 22.

Kreditierungsakt zu sehen ist. Zu prüfen sind in diesem Zusammenhang drei denkbare Varianten: (1) Ist bereits im bloßen Beginnen oder Fortführen eines Nutzungsüberlassungsverhältnisses in der Krise eine Entgeltkreditierung zu sehen? (2) Ist die Vereinbarung der Entgeltfälligkeit am Ende (oder auch während) einer Leistungsperiode eine eigenkapitalersatzrechtlich relevante Kreditierung (Ursprüngliche Kreditierung)? (3) Ist das weitere Aufschieben einer konkreten, bereits entstandenen Entgeltforderung eine Kreditierung (Nachträgliche Kreditierung)?

Unabhängig davon ist zunächst allgemein festzuhalten, dass die Höhe des Nutzungsentgelts aus rein eigenkapitalersatzrechtlicher Sicht irrelevant ist. Die Angemessenheit des Entgelts wäre allenfalls nach den Regeln des Verbots der Einlagenrückgewähr zu überprüfen.³²² Nach zutr. überwiegender Ansicht muss die Gegenleistung für das Nutzungsentgelt nicht zwingend in Geld bestehen. Vielmehr kann die von der Gesellschaft zu erbringende Leistung auch eine Sachleistung sein. Schließlich wird auch diesfalls durch die Vorleistung des Gesellschafters Liquidität zugeführt und kann sich der Anspruch auf Sachleistung mitunter – zB bei Nichterfüllung – in einen Anspruch auf Geld umwandeln.³²³

3.3.1 Keine Kreditierung durch Beginn oder Fortführen des Gebrauchsüberlassungsverhältnisses in der Krise

Der Beginn der Gebrauchsüberlassung liegt regelmäßig vor dem Kriseneintritt. Die ältere Ansicht, Nutzungsentgelte an den Gesellschafter dürften in der Krise nie bezahlt werden, basiert auf einer Parallele zur Rechtsfigur des Stehenlassens.³²⁴ Erfolgt die Gebrauchsüberlassung zu einem angemessenen Entgelt, verhält sich der Gesellschafter einem Dritten vergleichbar solange dieses Entgelt auch tatsächlich bezahlt wird. Erst wenn die Gesellschaft nicht mehr in der Lage ist, das Entgelt zu leisten (sprich bei Vorliegen einer Krise), wird ein Dritter seine Sache durch Ausübung von Kündigungsrechten abziehen.³²⁵ Tut ein Gesellschafter dies nicht, handelt er nicht mehr wie ein Dritter. Er verzichtet zumindest vorübergehend auf die Realisierung seines Entgeltanspruchs. Darin liegt die angesprochene Parallele.³²⁶ Der BGH

³²² *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 35.

³²³ *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 11; vgl. *Dellinger in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 9; *Schopper/Vogt in KLS*, IO² § 3 EKEG Rz 13; zur alten Rechtslage siehe OGH 23.11.2000, 8 Ob 165/99v (Geld als Vorleistung des Gesellschafters für eine von der Gesellschaft zu errichtende Eigentumswohnung); aA *E. Achatz in Konecny* 15 (18).

³²⁴ Siehe dazu *Harrer*, GesRZ 1993, 121 (124f); zur Rechtsfigur des Stehenlassens im Detail siehe Kapitel 3.3.2.3.

³²⁵ Siehe idZ auch die Ausführungen in Kapitel 3.3.2 zur „phasenverschobene Zug-um-Zug-Verknüpfung“.

³²⁶ *Harrer*, GesRZ 1993, 121 (124f).

hielt es bei bestehender, aber nicht wahrgenommener Rückforderungsmöglichkeit³²⁷ für unerheblich, ob die Gebrauchsüberlassung bereits vor der Krise oder in der Krise begonnen wurde. Der Mietzins konnte für die Zeit der Krise nicht eingefordert werden. Geleistete Zahlungen waren rückforderbar.³²⁸ Im Ergebnis wurden sowohl das Überlassen der Sache in der Krise als auch das Nichtabziehen der Sache bei Kriseneintritt dem Nichtgeltendmachen des Entgeltanspruches gleichgesetzt. Der OGH hat die vom BGH vertretenen Rechtsfolgen für in der Krise begonnene Nutzungsüberlassungen übernommen.³²⁹

Einen anderen Ansatz verfolgt eine kurz vor Inkrafttreten des EKEG ergangene E des OGH.³³⁰ Die entscheidungsgegenständliche Gebrauchsüberlassung begann bereits vor Kriseneintritt. Dadurch, dass der Mietzins nie gestundet und auch nach Kriseneintritt eingefordert wurde, verneinte der OGH eine eigenkapitalersetzende Gebrauchsüberlassung. Im Ergebnis wurde dadurch das unterlassene Abziehen (Stehenlassen) der überlassenen Sache bei Kriseneintritt nicht als Kreditierung des Entgelts gewertet.³³¹ Dafür wurde vom OGH ein gesonderter Anknüpfungspunkt gefordert.

Das EKEG führt letztgenannten Ansatz fort: Bereits der Grundgedanke der alten Rechtslage, der Gesellschafter verhalte sich ab Kriseneintritt nicht mehr wie ein Dritter, da er fortan keine Zahlungseingänge mehr verbucht und die Sache dennoch nicht abzieht, lässt sich nicht auf die aktuelle Rechtslage übertragen, liegt doch bereits bei Erfüllen der URG-Kennzahlen gem § 2 Abs 1 Z 3 EKEG eine Krise vor und kann die Gesellschaft in diesem Stadium sehr wohl in der Lage sein, die Entgeltansprüche zu befriedigen. Auch ein Dritter würde die Sache regelmäßig weiterüberlassen. Die Annahme eines untauglichen Kreditierungsakts lässt sich einerseits auf § 3 Abs 3 EKEG stützen, wonach die Nutzungsüberlassung selbst keine Kreditierung darstellt.³³² In der bloßen Fortführung des Nutzungsverhältnisses eine Kreditierung des Entgelts zu erblicken, erscheint mit dieser Bestimmung unvereinbar. Eine solche Anknüpfung wäre

³²⁷ Bei der Beurteilung des Bestehens dieser Möglichkeiten ist nicht nur auf die allgemeinen, schuldrechtlichen Kündigungsmöglichkeiten des Gesellschafters, sondern auch auf seine gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten, Einfluss auf die Gesellschaft zu nehmen und unter Entzug der Mittel die Liquidation herbeizuführen, abzustellen, vgl BGH 14.12.1992, II ZR 298/91 (Lagergrundstück II).

³²⁸ BGH 16.10.1989, II ZR 307/88 (Lagergrundstück I) (Beginn der Gebrauchsüberlassungen am 1.1.1968 und 1.1.1983, Überschuldung am 31.12.1983, Konkurseröffnung am 4.12.1984); BGH 14.12.1992, II ZR 298/91 (Lagergrundstück II).

³²⁹ OGH 28.01.1997, 1 Ob 2044/96m; vgl auch *Schmidsberger*, Eigenkapitalersatz 47; *Schmidsberger*, ZIK 1998, 16 (17f); *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 30; *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 27; *Saurer* in *Kalss/Rüffler* 135 (149); siehe *Karollus/Schulyok*, Eigenkapitalersetzende Leistungen 113f.

³³⁰ OGH 20.02.2003, 6 Ob 18/03w.

³³¹ Siehe auch *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 45/1.

³³² Siehe ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 14; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 15.

außerdem gänzlich systemwidrig, da man aus dem gem § 3 Abs 3 EKEG ausgeschlossenen eigenkapitalersetzenden Charakter einer Fallgruppe 1 des weiten Kreditbegriffs zuzuordnenden Anspruchs den eigenkapitalersetzenden Charakter von Fallgruppe 2 zu unterstellenden Ansprüchen ableiten würde. Die inkonsistente Ausdehnung der Rechtsfolgen auf Tatbestände, die mit Liquiditätszufuhr nichts zu tun haben, würde unzulässigerweise verschärft werden.³³³ Andererseits nimmt § 3 Abs 1 Z 3 EKEG das Stehenlassen aus dem Anwendungsbereich des EKEG aus. Das in dieser Bestimmung verwendete Wort „Kredit“ ist iSd weiten Kreditbegriffs zu verstehen³³⁴ und nimmt daher auch das Stehenlassen des Rückgabeanspruchs hinsichtlich der überlassenen Sache (Fallgruppe 1) vom Kreditbegriff aus.³³⁵

Im unterlassenen Abziehen der überlassenen Sache kann somit ebenso wenig eine eigenkapitalersetzende Kreditierung des Entgelts erblickt werden, wie im Beginnen eines Nutzungsüberlassungsverhältnisses in der Krise. Es bedarf gesonderter Anknüpfungspunkte. Deren Ausforschung ist Gegenstand der weiteren Kapitel. Im Grundsatz gilt somit, dass das laufende Entgelt in Krise und Insolvenz weiterhin bezahlt werden muss. Die Rückzahlungssperre (§ 14 EKEG) greift nicht.³³⁶ Insofern macht es in dieser Hinsicht weiterhin keinen Unterschied, ob die Nutzungsüberlassung vor oder in der Krise begonnen wurde.³³⁷

3.3.2 Ursprüngliche Kreditierung

Einen denkbaren Anknüpfungspunkt für Entgeltkreditierungen bieten gesetzliche/vertragliche Fälligkeitszeitpunkte am Ende oder während einer Leistungsperiode (im Folgenden: „*Ursprüngliche Kreditierung*“). Von den in Kapitel 3.3.1 behandelten Fällen unterscheidet sich die gegenständliche Problematik insofern, als nicht das reine Beginnen eines Nutzungsüberlassungsverhältnisses in der Krise oder das gleichzuhaltende Nichtabziehen der Sache bei Krisenbeginn als Anknüpfungspunkt für die Entgeltkreditierung herangezogen wird, sondern der Umstand, dass die Gesellschaft den überlassenen Gegenstand in einer Leistungsperiode nutzen kann, bevor sie ein Entgelt zu entrichten hat. Für den Nutzungsnehmer kann es einen erheblichen wirtschaftlichen Unterschied machen, ob der Fälligkeitszeitpunkt am

³³³ Siehe dazu Kapitel 3.1.3.

³³⁴ Siehe Kapitel 3.3.2.3.1.

³³⁵ Dies deckt sich auch mit den erklärten teleologischen Hintergründen der Bestimmung, die Liquidität der Gesellschaft nicht durch Drängen der Gesellschafter zum Abzug ihrer Mittel zu verschlechtern, siehe ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 13; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 14.

³³⁶ Vogt in Schopper/Vogt, EKEG § 3 Rz 35; Saurer in Kalss/Rüffler 135 (150); Zehetner/Bauer, Eigenkapitalersatzrecht 26; Pesek in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 1100 Rz 24.

³³⁷ Siehe Saurer in Kalss/Rüffler 135 (150); Anderes gilt hingegen beim Sonderproblem der periodenübergreifenden Kreditierung, siehe Kapitel 3.3.2.5.

Beginn oder am Ende der Leistungsperiode angesetzt wird. Man nehme nur folgendes Beispiel: Der Gesellschafter schließt mit der Gesellschaft im Jahr 2020 ein unbefristetes Mietverhältnis über ein Betriebsgrundstück, wobei die Miete für ein Jahr vereinbarungsgemäß jeweils am 31.12. im Nachhinein zu entrichten ist. Im Jänner 2024 gerät die Gesellschaft in die Krise. Stellt die Fälligkeitsvereinbarung ein eigenkapitalersatzrechtlich relevantes Abgehen vom Zug-um-Zug-Prinzip dar, sodass am 31.12.2024 die Entgeltzahlung für das Jahr 2024 aufgrund der Rückzahlungssperre unterbleiben muss? Diese Thematik scheinen Lehre³³⁸ und Rsp³³⁹ in Österreich – soweit ersichtlich – bislang noch nicht isoliert vom Stehenlassen der Gebrauchsüberlassung betrachtet zu haben. Die dL geht mitunter schon bei einen Monat überschreitenden Zahlungsperioden von einer Kreditierung des Nutzungsentgelts aus.³⁴⁰ Der BGH steht der Annahme einer Kreditierung zumindest offen gegenüber.³⁴¹

3.3.2.1 Das Zusammenspiel des weiten Kreditbegriffs und § 3 Abs 1 Z 2 EKEG

Nutzungsüberlassungen sind Dauerschuldverhältnisse.³⁴² Auch Dauerschuldverhältnissen liegt regelmäßig eine synallagmatische Austauschbeziehung zugrunde. Den Leistungsaustausch im Lichte der Fallgruppe 2 des weiten Kreditbegriffs zu sehen, bereitet jedoch Schwierigkeiten. Es liegt in der Natur des Dauerschuldverhältnisses, dass es nicht streng Zug um Zug abgewickelt werden kann. Dafür wäre eine aliquote Entgeltleistung in jeder juristischen Sekunde notwendig.³⁴³ Dies ist praktisch freilich nicht durchführbar, weshalb das Entgelt für eine Leistungsperiode auf einmal gezahlt wird.³⁴⁴ So sieht der dispositive § 1100 ABGB beispielsweise vor, dass bei zumindest einjähriger Vertragsdauer der Zins halbjährlich im Nachhinein³⁴⁵, bei kürzerer Vertragslaufzeit an deren Ende zu entrichten ist. Bei der Raummiete muss die Zahlung mangels anderer Vereinbarung monatlich jeweils am fünften Tag erfolgen. Ähnlich bestimmt § 15 Abs 3 MRG, dass der Zins am Fünften des Monats zu entrichten ist,

³³⁸ Zumeist ohne nähere Begründung wird pauschal davon gesprochen, dass das laufende Entgelt in Krise und Insolvenz weiterhin bezahlt werden muss und dass § 14 EKEG nicht greift, vgl *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 35; *Saurer in Kalss/Rüffler* 135 (150); *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 26; *Pesek in Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1100 Rz 24.

³³⁹ Sowohl OGH 28.01.1997, 1 Ob 2044/96m als auch OGH 20.02.2003, 6 Ob 18/03w gehen darauf nicht ein.

³⁴⁰ Vgl *Eggert*, Gesellschafter-Nutzungsüberlassung 125; *Bitter in Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 458.

³⁴¹ In BGH 29.1.2015, IX ZR 279/13 (Rz 72ff) = WuB 2015, 349 (zust *Bitter*) wurde geprüft, ob in der Fälligkeit am 15. Werktag eines Monats eine Stundung gesehen werden kann. Dies wurde jedoch verneint. Die Möglichkeit bei Kreditzinsen grundsätzlich anerkennend BGH 27.6.2019, IX ZR 167/18 (Rz 47).

³⁴² Siehe Kapitel 3.2.2.

³⁴³ *Helmich*, *ecolex* 2003, 395 (396); siehe *Astner*, *Anfechtung* 85.

³⁴⁴ Zu den seltenen, hier nicht weiter zu interessierenden Fällen der Teilzahlungen siehe nur *Pesek in Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1100 Rz 13.

³⁴⁵ Siehe nur OGH 27.02.1995, 1 Ob 1509/95.

sofern kein späterer Zahlungstermin vereinbart ist.³⁴⁶ Auch die Länge der Leistungsperiode kann im ABGB-Regime von den Parteien in den Grenzen des § 879 ABGB frei gestaltet werden.³⁴⁷ Vor dem jeweiligen Fälligkeitszeitpunkt ist die Forderung als nicht entstanden anzusehen und ist eine Geltendmachung nicht möglich.³⁴⁸

Die Lehre spricht regelmäßig – je nachdem ob der Zins bei Beginn oder Ende der Periode zu zahlen ist – von einer Vorleistungspflicht des Nutzungsnehmers oder des Nutzungsüberlassers.³⁴⁹ Der Gedanke, stets eine Partei als Vorleistenden aufzufassen, ist durchaus richtig. Die Intention des Zug-um-Zug-Prinzips liegt der Vermeidung der Übernahme des Insolvenzrisikos.³⁵⁰ Je nach vereinbartem Fälligkeitstermin trägt immer eine Partei das Risiko, keine äquivalente Gegenleistung für die entsprechende Leistungsperiode zu erhalten: Ist der Zins am Beginn fällig, trägt der Mieter etwa das Risiko der Uneinbringlichkeit seines Kondiktionsanspruches aufgrund der während der Periode eingetretenen Unbrauchbarkeit iSd § 1096 ABGB.³⁵¹ Ist der Zins am Ende fällig, trägt der Vermieter das Risiko der Uneinbringlichkeit seines Mietzinsanspruches für diese Periode.³⁵² Liegt der Fälligkeitstermin zwischen den beiden Extremen, wechselt die Vorleistungspflicht in diesem Zeitpunkt vom Vermieter auf den Mieter. Innerhalb einer Leistungsperiode greift das Zug-um-Zug-Prinzip in Wahrheit nicht, geht doch immer einer das Risiko ein, sich im Insolvenzfall als ungesicherter Insolvenzgläubiger behandeln lassen zu müssen.³⁵³

Betrachtet man hingegen das Dauerschuldverhältnis als Ganzes, so ist der Grundgedanke des Zug-um-Zug-Prinzips umso stärker verwirklicht, je kürzer die einzelnen Leistungsperioden sind. Außerdem ist in Lehre und Rsp anerkannt, dass sich das Synallagma im Dauerschuldverhältnis nicht nur auf die sich in einer Periode gegenüberstehenden Leistungen

³⁴⁶ Vgl Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1100 Rz 1ff; Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1100 Rz 1ff.

³⁴⁷ Pesek in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 1100 Rz 3.

³⁴⁸ Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1100 Rz 1; Pesek in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 1100 Rz 17; RIS-Justiz RS0110552.

³⁴⁹ Vgl Dellinger in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 9; Astner, Anfechtung 84; Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1100 Rz 4; Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1100 Rz 1; Pesek in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 1100 Rz 1; Siehe iZm Arbeitsverhältnissen Fink, ÖBA 1992, 809 (810f); Eine echte Vorleistungspflicht des Mieters aufgrund Gewahrsame über das überlassene Objekt bezweifelnd Helmich, eolex 2003, 395 (396).

³⁵⁰ Siehe nur Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 182; Dazu, dass die Gegenforderung des Vertragspartners des Verpflichteten, der aufgrund des Eintritts des Insolvenzverwalters in den Vertrag an die Masse leisten muss, eine Masseforderung gem § 46 Z 4 IO darstellt, siehe nur Dellinger/Oberhammer/Koller, Insolvenzrecht⁵ Rz 295.

³⁵¹ Siehe nur Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1096 Rz 28f.

³⁵² Siehe Astner, Anfechtung 84, 87; IdS zu Arbeitsleistungen auch König, ÖBA 1989, 18 (19); Fink, ÖBA 1992, 809 (810f).

³⁵³ IdS siehe Fink, ÖBA 1992, 809 (810f).

bezieht, ist doch die Entgeltzahlung idR zugleich Voraussetzung für den Empfang der Leistung in der nächsten Periode.³⁵⁴ IdS entwickelte die Rsp im Anfechtungsrecht zu §§ 30f IO ein erweitertes Verständnis des Zug-um-Zug-Geschäfts („*phasenverschobene Zug-um-Zug-Verknüpfung*“). Ein Zug-um-Zug-Geschäft wird dort nicht nur bei gleichzeitigem Leistungsaustausch, sondern auch dann angenommen, wenn die wechselseitigen Leistungen vertraglich verknüpft sind, in einem engen zeitlichen Zusammenhang tatsächlich ausgetauscht werden und es sich nach der Verkehrsauffassung um einen einheitlichen wirtschaftlichen Vorgang handelt.³⁵⁵ Der zeitliche Konnex sei jedenfalls dann nicht mehr gegeben, wenn das Entgelt nicht spätestens in der darauffolgenden Leistungsperiode entrichtet wird. Erfolgt die Zahlung in der nachfolgenden Periode liege noch ein Zug-um-Zug-Geschäft vor und erlange der Zahlungsempfänger keine Gläubigerstellung³⁵⁶ im anfechtungsrechtlichen Sinne.³⁵⁷ Ein Zug-um-Zug-Geschäft liege jedoch dann nicht vor, wenn die zugrundeliegende Vereinbarung Kreditierungsfunktion hat, was eine Auslegung im Einzelfall erfordert.³⁵⁸ Begründet wird dieses weite Zug-um-Zug-Verständnis ua damit, dass „*gewöhnliche*“ ungesicherte Gläubiger, die sich aufgrund Vorleistung ihrer gesicherten Position begeben haben, nicht mit den bloß für eine Leistungsperiode vorleistenden Gläubigern vergleichbar seien, da diesen keine „*ins Gewicht fallende Unvorsichtigkeit*“ angelastet werden könne. Eine Anfechtung der Entgelte für

³⁵⁴ Vgl F. Bydlinski in FS Steinwenter 140 (147ff); F. Bydlinski in *Klang* IV/2² 201; Fink, ÖBA 1992, 809 (811); Bollenberger, ÖBA 2000, 15 (22); OGH 25.05.1994, 9 Ob A6/94; OGH 28.04.2010, 3 Ob 8/10p; siehe Rebernig, ZIK 2000, 74 (75); Bollenberger/Spitzer in KLS, IO² § 30 IO Rz 16; siehe aber Astner, Anfechtung 85ff.

³⁵⁵ OGH 26.04.1988, 4 Ob 514/88 (Arbeitsverhältnis); OGH 25.08.1994, 2 Ob 594/93 (Miete); OGH 18.12.1996, 7 Ob 2278/96t (Miete); OGH 14.12.2000, 6 Ob 300/00m (Versicherungsvertrag); OGH 28.04.2010, 3 Ob 8/10p (Strombezug); RIS-Justiz RS0064633; siehe Fink, ÖBA 1992, 809 (812); Bollenberger, ÖBA 2000, 15 (22); Schumacher, ÖBA 2000, 238 (241) [Entscheidungsanmerkung]; Astner, Anfechtung 77ff; Widhalm-Budak, Anfechtungsrecht⁴ 16f; Rebernig in Konecny, Insolvenzgesetze § 30 IO Rz 70ff; Bollenberger/Spitzer in KLS, IO² § 30 IO Rz 14ff; RIS-Justiz RS0064426; RIS-Justiz RS0064804; RIS-Justiz RS0111466; RIS-Justiz RS0064726; siehe aber Rebernig, ZIK 2000, 74 (74ff); Astner, Anfechtung 81ff, 85ff (unverzügliche Erbringung der Gegenleistung); Zug-um-Zug-Abwicklung bei Dauerschuldverhältnissen aufgrund Vorleistung einer Partei hingegen verneinend König, ÖBA 1989, 18 (18ff); Widhalm, ZIK 1999, 39 (40); Die ältere Rsp lehnte die Anwendung dieser Grundsätze beim mittelbaren Finanzierungsleasing noch ab, vgl OGH 06.06.1991, 8 Ob 545/91 (kein Entgelt für Nutzungsüberlassung für bestimmte Periode); RIS-Justiz RS0064628; dagegen Fink, ÖBA 1992, 809 (812ff); diesem nunmehr weitgehend folgend OGH 25.03.2009, 3 Ob 232/08a.

³⁵⁶ Zur Unterscheidung vom schuldrechtlichen Gläubigerbegriff siehe Rebernig in Konecny, Insolvenzgesetze § 30 IO Rz 65ff; mE zutr hält Astner (Anfechtung 74, 87) fest, dass derjenige Gläubiger im anfechtungsrechtlichen Sinne ist, der – wenn er nicht Deckung erlangt hätte – keine oder bloß quotenmäßige Befriedigung erlangt hätte.

³⁵⁷ Die entscheidungsgegenständlichen Rechtsverhältnisse sahen monatliche Leistungsperioden vor, vgl OGH 26.04.1988, 4 Ob 514/88 (Zahlung über 4-6 Wochen nach Ende der Leistungsperiode begründet kein Zug-um-Zug-Geschäft); OGH 25.08.1994, 2 Ob 594/93; OGH 18.12.1996, 7 Ob 2278/96t (Zahlung 3-4 Monate nach Ende der Leistungsperiode begründet kein Zug-um-Zug-Geschäft); OGH 28.04.2010, 3 Ob 8/10p (neun Tage verspätete Zahlung hindert Zug-um-Zug-Geschäft nicht); RIS-Justiz RS0106619; siehe Fink, ÖBA 1992, 809 (809); Widhalm-Budak, Anfechtungsrecht⁴ 17; Bollenberger/Spitzer in KLS, IO² § 30 IO Rz 16; krit König, ÖBA 1989, 18 (18ff); In Deutschland wird regelmäßig auf eine Abrechnung nach maximal 30 Tagen abgestellt, siehe nur Rebernig in Konecny, Insolvenzgesetze § 30 IO Rz 75 mwN.

³⁵⁸ OGH 28.04.2010, 3 Ob 8/10p; siehe OGH 20.01.2004, 5 Ob 183/03b.

die letzten sechs bzw zwölf Monate (vgl §§ 30 Abs 2, 31 Abs 2 IO) sei vor dem Hintergrund, dass stets nur für eine Periode vorgeleistet wurde, kaum zu rechtfertigen. Aufgrund des engen zeitlichen Konnexes zwischen Leistung und Entgeltzahlung ziehen die Gläubiger keinen dem par-condicio-creditorum-Grundsatz zuwiderlaufenden Vorteil und sei die Befriedigung anfechtungsrechtlich irrelevant.³⁵⁹ Außerdem soll dem Schuldner durch das Anfechtungsrecht nicht das Eingehen zweiseitig verbindlicher, vermögensrechtlicher Schuldverhältnisse verboten werden oder die Einhaltung der zur Fortführung des Unternehmens erforderlichen Vertragsverhältnisse vereitelt werden.³⁶⁰ Im Ergebnis soll nicht jede Nachleistungspflicht im zuvor beschriebenen Sinne automatisch ein kreditähnliches Verhältnis begründen. Dieser „Wunsch“³⁶¹ wird durch das erweiterte Zug-um-Zug-Verständnis bei dem geschilderten engen zeitlichen Zusammenhang der Leistungen erfüllt, wodurch die Anfechtung an einer anfechtungsrechtlich relevanten Gläubigerstellung im Deckungszeitpunkt scheitert.

Kehren wir nun gedanklich zurück zum EKEG: Die Erläuterungen sehen „jede Vereinbarung, dass die Gegenleistung für eine Vorleistung des Gesellschafters von der Gesellschaft erst später zu erbringen ist“³⁶² als Fall des weiten Kreditbegriffs an. Streng genommen fiel darunter jede Vereinbarung, bei der der Fälligkeitszeitpunkt auch nur eine juristische Sekunde nach Beginn der Leistungsperiode eintritt. Auch der praktisch relevante Fall der Zahlung am Monatsfünften (vgl § 15 Abs 3 MRG) wäre erfasst. Diese Sichtweise ist jedoch zu eng, geht es doch bereits im Rahmen des weiten Kreditbegriffes um die Zuführung von eigenkapitalersatzrechtlich relevanter Liquidität.³⁶³ Ob mit der Vorleistung des Gesellschafters zB bis zum Monatsfünften tatsächlich eigenkapitalersatzrechtlich relevante Liquidität zugeführt wird, darf bezweifelt werden. Nicht zuletzt aufgrund des dem Eigenkapital immanenten Elements einer gewissen Dauerhaftigkeit³⁶⁴ waren bereits vor dem EKEG kurzfristige Überbrückungskredite nicht eigenkapitalersetzend.³⁶⁵ Der im Anfechtungsrecht aufgegriffene Gedanke, dass nicht jede noch so geringe Abweichung von der zeitgleichen Leistungserbringung eine Kreditierung

³⁵⁹ Fink, ÖBA 1992, 809 (809ff), siehe Bollenberger, ÖBA 2000, 15 (22); siehe aber Astner, Anfechtung 79, 82.

³⁶⁰ Vgl Rebernig, ZIK 2000, 74 (74); Astner, Anfechtung 76; Rebernig in Konecny, Insolvenzgesetze § 30 IO Rz 71; OGH 26.04.1988, 4 Ob 514/88; OGH 06.06.1991, 8 Ob 545/91; OGH 25.08.1994, 2 Ob 594/93.

³⁶¹ Vgl Astner, Anfechtung 87.

³⁶² ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 13; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 14.

³⁶³ Siehe Kapitel 3.1.1.

³⁶⁴ Vgl Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 5.

³⁶⁵ Karollus/Schulyok, Eigenkapitalersetzende Leistungen 53; Vogt in Schopper/Vogt, EKEG § 3 Rz 13; Zehetner/Bauer, Eigenkapitalersatzrecht 18; Kalss in Kalss/Rüffler 9 (43); Schopper/Vogt in KLS, IO² § 3 EKEG Rz 9.

darstellt,³⁶⁶ an die für den Gläubiger erheblich nachteilige Rechtsfolgen anknüpfen, war somit auch dem alten Eigenkapitalersatzrecht nicht fremd. Es geht nicht an, dass dem Gläubiger aufgrund der – mitunter lange vor Kriseneintritt getroffenen – Vereinbarung einer im Geschäftsverkehr allgemein üblichen Zahlungsmodalität bei Kriseneintritt Ansprüche in höherem Ausmaß versagt werden, als er jemals in Vorleistung gegangen ist: Gleich wie der Anfechtungsgegner keine Entgeltanfechtung für die letzten sechs bzw zwölf Monate hinzunehmen hat, erscheint auch die Umqualifizierung aller ab Kriseneintritt fällig werdender Entgeltforderungen des Gesellschafters unbillig.

Anders als im Anfechtungsrecht besteht im geltenden Eigenkapitalersatzrecht nunmehr der Vorteil, dass der Gesetzgeber die zeitlichen Grenzen für eigenkapitalersatzrechtlich relevante Liquiditätszufuhr und damit für ein maßgebliches Abweichen vom Zug-um-Zug-Prinzip positiviert hat. Das EKEG normiert in § 3 Abs 1 Z 1 und Z 2 EKEG (ggf iVm Abs 2) klarstellend konkrete zeitliche Grenzen, deren Unterschreiten jedenfalls zur Ausnahme aus dem EKEG führt, wodurch sich der Rechtsanwender die Prüfung, ob Liquidität in eigenkapitalersatzrechtlich relevantem Ausmaß zugeführt wurde, erspart. Der Wortlaut der Z 2 spricht von einem „sonstige(n) Kredit“, der „zur Verfügung gestellt wird“. Das kreditierte Entgelt für eine Nutzungsüberlassung ist ein Beispiel für einen sonstigen Kredit iSd Z 2.³⁶⁷ Eine Einschränkung auf das Hinausschieben bereits entstandener, fälliger Forderungen³⁶⁸ ist aus dem Wortlaut mE nicht abzuleiten. Vielmehr gilt es die in den Erläuterungen ausgedrückten Erwägungen, dass eine „Kreditierung im üblichen Ausmaß“ nicht erfasst sein soll, und dass ein „Hinausschieben der Fälligkeit des Entgelts bis zu sechs Monaten“ „(g)enerell unbedenklich“ ist,³⁶⁹ zu beachten. Leistungsperioden kürzer als sechs Monate anzusetzen ist ebenso üblich, wie maßgebliche Fälligkeitszeitpunkte am Ende oder während der Leistungsperiode. Dafür spricht nicht zuletzt die entsprechende Ausgestaltung des (dispositiven) Rechts (siehe nur § 1100 ABGB; § 15 Abs 3 MRG). Auch vor dem Hintergrund der angestrebten Hintanhaltung

³⁶⁶ Siehe Astner, Anfechtung 79 („Plausibel ist vorderhand, dass nicht jede auch noch so kurze Gläubigerstellung die Anfechtbarkeit nach sich ziehen kann.“).

³⁶⁷ Niederberger, GeS 2002, 5 (6); Karollus/Isola/Huemer in Institut der Wirtschaftsprüfer 305 (324); Vogt in Schopper/Vogt, EKEG § 3 Rz 16; Torggler, JAP 2003/2004, 178 (FN 34); Dellinger in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 9, 30; Dellinger in Dellinger/Keppert 55 (64f); Saurer in Kalss/Rüffler 135 (148); Zehetner/Bauer, Eigenkapitalersatzrecht 57; Rüffler in Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ Anh § 74 Rz 21, 23; Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 11; Artmann in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 52 Rz 62, 64; Schopper/Vogt in KLS, IO² § 3 EKEG Rz 13; vgl Reisch in Konecny 171 (174).

³⁶⁸ Siehe dazu Kapitel 3.3.3; Dazu, dass vor Eintritt der Fälligkeit Entgeltforderungen aus Dauerschuldverhältnissen als noch nicht entstanden betrachtet werden, siehe bereits FN 348.

³⁶⁹ Vgl ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 13; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 14.

von Konkursverschleppungen³⁷⁰ erscheinen die gegenständlichen Sachverhalte unbedenklich, weshalb eine Subsumtion unter § 3 Abs 1 Z 2 EKEG vertretbar vorgenommen werden kann. **Kreditierungen aufgrund vorgeleisteter Nutzungsüberlassung sind somit aus dem EKEG ausgenommen, wenn der Fälligkeitszeitpunkt für das Entgelt nicht später als sechs Monate³⁷¹ nach Beginn der Leistungsperiode³⁷² angesetzt wird.**³⁷³

Nun gilt es jene Fälle zu analysieren, bei denen der Fälligkeitszeitpunkt und das Entstehen des Entgeltanspruchs nach Ablauf der gem § 3 Abs 1 Z 2 EKEG (ggf iVm Abs 2) maßgeblichen Frist eintritt. Erinnt sei an das einleitend in diesem Kapitel angeführte Beispiel. Würde man dem Anfechtungsrecht die dort maßgebliche Figur der „*phasenverschobenen Zug-um-Zug-Verknüpfung*“ entlehnen, müsste man auch im Eigenkapitalersatzrecht zum Ergebnis gelangen, dass die nachträgliche Entgeltzahlung im Lauf der Folgeperiode stets eine Zug-um-Zug-Leistung und damit keinen Kredit begründet. Eine derartig pauschale Übertragung der im Anfechtungsrecht maßgeblichen Grundsätze verbietet sich jedoch in mehrfacher Hinsicht.³⁷⁴

Zum einen wurde die „*phasenverschobene Zug-um-Zug-Verknüpfung*“ im Anfechtungsrecht – soweit ersichtlich – fast ausschließlich vor dem Hintergrund kurzer, einen Monat nicht überschreitender Leistungsperioden behandelt. Ausführungen zu sechs Monate überschreitenden Vorleistungen konnten nicht aufgefunden werden. Von einem engen zeitlichen Zusammenhang³⁷⁵ kann in diesen Fällen wohl kaum noch gesprochen werden. Zum anderen ist auch im Anfechtungsrecht anerkannt, dass Vereinbarungen im Einzelfall auf ihre Kreditierungsfunktion zu prüfen sind.³⁷⁶ Bereits aus diesen Gründen verbietet sich die pauschale Annahme, Vereinbarungen mit Fälligkeitszeitpunkten während/am Ende der Leistungsperiode stellen bei Begleichung in der Folgeperiode Zug-um-Zug-Geschäfte dar.

Außerdem unterscheidet sich die Regelung im EKEG vom Anfechtungsrecht in ihrer Dogmatik insofern, als nicht – was im Anfechtungsrecht mit guten Gründen heftig kritisiert wurde³⁷⁷ –

³⁷⁰ Siehe ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 20; ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 10; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 10.

³⁷¹ Oder der nachgewiesenen längeren branchenüblichen Frist gem § 3 Abs 2 EKEG.

³⁷² Fälligkeitszeitpunkte innerhalb der Leistungsperiode sind Fälligkeitszeitpunkten an deren Ende gleichzuhalten, solange der Gesellschafter nicht eine sechs Monate (oder iSd § 3 Abs 2 EKEG längere) überschreitende Vorleistung erbringt. Die Fälligkeit des Nutzungsentgelts für den Leistungszeitraum 1.1.2025 bis 31.12.2025 am 30.6.2025 ist gleich zu beurteilen wie die Fälligkeit am 30.6.2025 für den Zeitraum 1.1.2025 bis 30.6.2025.

³⁷³ Im Ergebnis auch *Dellinger in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 9.

³⁷⁴ Gegenteiliges wohl zumindest andeutend *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 35.

³⁷⁵ Siehe bereits FN 355.

³⁷⁶ OGH 28.04.2010, 3 Ob 8/10p; siehe OGH 20.01.2004, 5 Ob 183/03b.

³⁷⁷ *Astner* (Anfechtung 87ff mwN in FN 455) spricht sogar davon, dass bei Schaffung der Figur der phasenverschobenen Zug-um-Zug-Verknüpfung der Wunsch der Urheber des Gedankens war. Die allenfalls

das Zug-um-Zug-Prinzip ausgedehnt wird, um gewisse Nachleistungen nicht den strengen Rechtsfolgen zu unterwerfen. Es bleibt vielmehr unberührt und wird dem weiten Kreditbegriff zugrunde gelegt. In § 3 EKEG wird sodann festgelegt, wann trotz Abweichung vom Zug-um-Zug-Prinzip und Vorleistung des Gesellschafters keine Kreditierung iSd Gesetzes vorliegt, an die die normierten Rechtswirkungen anknüpfen sollen.³⁷⁸ Es erfolgt also eine Einschränkung des Kreditbegriffs qua Legaldefinition anstatt einer Ausdehnung des Zug-um-Zug-Prinzips. Das Zug-um-Zug-Prinzip bleibt unberührt! Eines Rückgriffs auf die Figur der „*phasenverschobenen Zug-um-Zug-Verknüpfung*“ bedarf es aufgrund § 3 Abs 1 Z 2 EKEG (ggf iVm Abs 2) bei kurzen Leistungsperioden gerade nicht.

Im Lichte dieser Systematik erscheint gerade bei über § 3 Abs 1 Z 2 EKEG (ggf iVm Abs 2) hinausgehenden Zahlungszielen die Annahme eines („*phasenverschobenen*“) Zug-um-Zug-Geschäfts mit dem gesetzgeberischen Willen nicht vereinbar. Kredit iW S ist „*jede Vereinbarung, dass die Gegenleistung für eine Vorleistung des Gesellschafters von der Gesellschaft erst später zu erbringen ist*“.³⁷⁹ Dass vereinbarte Vorleistungspflichten bei Dauerschuldverhältnissen uU davon ausgenommen sein sollen, wird mit keinem Wort erwähnt. Das weiter oben zT in Frage gestellte Erfüllen des Liquiditätszuführungserfordernis des weiten Kreditbegriffs wird man bei derart langwährenden Vorleistungen durchaus bejahen können: Sie werden vom Gesetzgeber gem den Erläuterungen zu § 3 Abs 1 Z 2 EKEG e contrario gerade nicht als üblich angesehen.³⁸⁰ Derart großzügige Zahlungsziele werden auf dem Markt nicht immer ohne weiteres zu erlangen sein, sodass in der Gewährung durch den Gesellschafter eine Besserstellung gegenüber dem auf dem Markt Erzielbaren und ein Akt der Liquiditätszufuhr erblickt werden kann. Der Gesetzgeber hatte eine klare Vorstellung davon, welche Vorleistungsformen „*generell unbedenklich*“ sind und daher nicht tatbestandsmäßig sein sollen, was in der Schaffung des taxativen³⁸¹ § 3 EKEG mündete. Es erscheint mit den § 3 Abs 1 Z 2 EKEG zugrundeliegenden teleologischen Wertungen als auch mit der dargestellten Systematik des EKEG unvereinbar, würde man diese Fristen überschreitenden Zahlungszielen bloß

fehlende Bereitschaft, künftig weiterhin zu kreditieren, sagt nichts über die Besicherung der konkret befriedigten Forderung und damit über die anfechtungsrechtliche Gläubigerposition aus. Ähnlich fällt auch die Kritik bei *Widhalm* (ZIK 1999, 39 (41f)) aus: Der nicht zu leugnende Zusammenhang zwischen Wiederausnutzung und Zahlungseingang führt nicht zwingend zur Annahme eines Zug-um-Zug-Geschäfts. Nach dem Parteiwillen ist die Zahlung regelmäßig der vergangenen Periode, nicht der Folgeperiode zuzurechnen. Hinsichtlich der vergangenen Periode ist eine Gläubigerstellung aber bereits entstanden. Siehe ferner *Rebernig*, ZIK 2000, 74 (76ff).

³⁷⁸ Siehe bereits Kapitel 3.2.1.2.

³⁷⁹ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 13; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 14.

³⁸⁰ Siehe ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 13; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 14.

³⁸¹ Siehe *Kalss* in *Kalss/Rüffler* 9 (43).

aufgrund des Charakters der Entgeltzahlung als Bedingung für den Leistungsempfang in der Folgeperiode ein Zug-um-Zug-Geschäft und damit die Nichterfüllung weiten Kreditbegriff annehmen. Die Annahme einer Kreditierung iSd weiten Kreditbegriffs erscheint mE bei über § 3 Abs 1 Z 2 EKEG (ggf iVm Abs 2) hinausgehenden Fälligkeitszeitpunkten vertretbar.³⁸² Es muss daher geprüft werden, ob diese Sachverhalte unter die übrigen Tatbestände des § 3 EKEG subsumierbar sind.

3.3.2.2 Keine Ausnahme aufgrund § 3 Abs 3 EKEG

Die hL spricht pauschal und oftmals ohne nähere Begründung davon, dass das laufende Entgelt in Krise und Insolvenz weiterhin bezahlt werden muss.³⁸³ Nach der Dauer der Vorleistung wird dabei nicht differenziert. Um der hL folgen zu können, muss eine Subsumtion unter einen Tatbestand des § 3 EKEG bejaht werden. *Vogt* stützt die genannte These auf § 3 Abs 3 EKEG sowie die ErläutRV zu § 26a KO.³⁸⁴

Der Wortlaut des § 3 Abs 3 EKEG lässt mE eine Auslegung in zwei Richtungen zu: (1) Es ließe sich argumentieren, die untersuchungsgegenständlichen Fälle seien das Entgelt betreffende Kreditgewährungen iSd Fallgruppe 2 des weiten Kreditbegriffs. Die ausgenommene, in der Nutzungsüberlassung selbst gelegene Kreditierung betreffe nur den Rückerstattungsanspruch iSd Fallgruppe 1, was bedeutet, dass die überlassene Sache nicht Gegenstand der Umqualifizierung ist. (2) Zumindest denkbar ist auch das Verständnis, wonach die „*das Entgelt betreffenden Kreditgewährung*“ eingeschränkt auf in vom zugrundeliegenden schuldrechtlichen Nutzungsüberlassungsverhältnis verschiedene/dieses ändernde Akte³⁸⁵ interpretiert wird und gleichzeitig die „*in der Nutzungsüberlassung selbst liegende Kreditierung*“ insofern weit interpretiert wird, als die Vorleistung des Gesellschafters nicht in der Nutzungsüberlassung selbst bestehen darf.

Aufgrund der Entstehungsgeschichte³⁸⁶ des Ausnahmetatbestands ist mE der ersten, vom Wortlaut auch klarer gedeckten Auslegungsvariante der Vorzug zu geben. Im Zentrum stand dabei das Argument der Lehre, dass Gebrauchsüberlassungen als solche kein Kapital zuführen und dass mangels Substanzwertrisikoübernahme auf Rechtsfolgenebene eine Umqualifizierung

³⁸² IdS wohl auch *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 45.

³⁸³ *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 35; *Saurer* in *Kalss/Rüffler* 135 (150); *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 26; *Pesek* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1100 Rz 24.

³⁸⁴ *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 35.

³⁸⁵ Zu diesen Fällen siehe Kapitel 3.3.3.

³⁸⁶ Siehe dazu bereits Kapitel 3.2.1.

der Sache ausscheidet.³⁸⁷ Problematisch war somit der Umgang mit dem Rückforderungsanspruch des Gesellschafters – einer Kreditforderung iSd Fallgruppe 1. Davon stets strikt getrennt wurden – freilich ohne auf die hier gegenständliche Thematik Bezug zu nehmen – Fälle des hinausgeschobenen Entgelts: Diese wurden als eigenkapitalersetzendes Darlehen behandelt und hat dies mit der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung per se nichts zu tun.³⁸⁸ Es sind dies die vom Zug-um-Zug-Prinzip abweichenden Fälle iSd Fallgruppe 2. Auf dieser Kritik der Lehre basiert nunmehr § 3 Abs 3 EKEG.³⁸⁹ Eine „in der Nutzungsüberlassung selbst liegende Kreditierung“ bezieht sich nur auf den späteren Rückgabeanspruch des Gesellschafters hinsichtlich der überlassenen Sache. Für eine einschränkende Interpretation der „das Entgelt betreffenden Kreditgewährung“ auf Fälle der nachträglichen Kreditierung findet sich keine historische Grundlage. Eine Ausnahme der ursprünglichen Kreditierung kann mE nicht auf § 3 Abs 3 EKEG gestützt werden.

3.3.2.3 Kaum Ausnahmen aufgrund § 3 Abs 1 Z 3 EKEG

Bevor eine Ausnahme ursprünglicher Kreditierungen durch § 3 Abs 1 Z 3 EKEG geprüft werden kann, müssten zunächst einige Unklarheiten iZm dieser Bestimmung erörtert werden. Das gegenständliche Kapitel stellt daher auch einen kurzen Beitrag zu allgemeinen Fragen betreffend das Stehenlassen von Krediten dar.

3.3.2.3.1 Allgemeines und Reichweite des § 3 Abs 1 Z 3 EKEG

§ 3 Abs 1 Z 3 EKEG behandelt das Stehenlassen von Krediten. Eine Gleichstellung mit in der Krise gewährten Darlehen war aus Sicht der alten Rsp des OGH unter Berufung auf *Schmidt*³⁹⁰ deshalb angezeigt, weil iSe betriebswirtschaftlichen Betrachtungsweise mit dem Belassen von Kapital im Gesellschaftsvermögen ein ähnlicher Effekt wie mit der bewussten Liquiditätsüberlassung erzielt werden könne, weshalb das Stehenlassen eine eigenkapitalersetzende Finanzierungsentscheidung darstelle.³⁹¹ Um einer Umqualifizierung zu

³⁸⁷ *Schmidt*, GesRZ 1993, 86 (88); *M. Heidinger* in FS G. Heidinger 235 (244); *Weisz*, GesRZ 1998, 14 (19); idS wohl auch *Karollus/Schulyok*, Eigenkapitalersetzende Leistungen 110 („keine Vermehrung von finanziellen Mitteln“); für Deutschland siehe *Schmidt*, ZIP 1990, 69 (75); so nunmehr auch ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 43; ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 13f; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 15; *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 30; *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 59.

³⁸⁸ Vgl *Harrer*, GesRZ 1993, 121 (124ff); *M. Heidinger* in FS G. Heidinger 235 (244f); *Weisz*, GesRZ 1998, 14 (18); siehe *Schmidt*, GesRZ 1993, 86 (88).

³⁸⁹ Siehe ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 43; ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 13f; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 15.

³⁹⁰ *Schmidt*, GesRZ 1993, 8 (14).

³⁹¹ OGH 22.12.1993, 8 Ob 28/93; siehe auch OGH 30.10.1997, 8 Ob 254/97d; für Deutschland siehe BGH 26.11.1979, II ZR 104/77; BGH 7.11.1994, II ZR 270/93; BGH 28.11.1994, II ZR 77/93.

entgehen verlangte die Rsp vom Gesellschafter den Abzug der Mittel (etwa durch außerordentliche Kündigung des Kredits) binnen angemessener, 60 Tage nicht überschreitender Frist ab Erkennbarkeit der Krise.³⁹² Dort wo kein Kündigungsrecht bestand, musste der Gesellschafter die Liquidation vorantreiben, um der Umqualifizierung zu entgehen. Im Ergebnis musste der Gesellschafter der Gesellschaft so oder so den „Todesstoß“ versetzen, um sich zumindest die Quote zu sichern.³⁹³ Der Ministerialentwurf aus 2002 enthielt in § 9 für das Stehenlassen noch eine Sonderbestimmung, welche das Stehenlassen einer Forderung in der Krise einem Kredit gleichstellt, wenn sie nicht binnen 60 Tagen nach Bilanzstichtag, spätestens jedoch binnen einem Jahr geltend gemacht wird.³⁹⁴ Unter diesen § 9 wäre auch das stehengelassene Entgelt für eine Nutzungsüberlassung zu subsumieren gewesen.³⁹⁵ Einen gänzlich anderen Weg geht nunmehr § 3 Abs 1 Z 3 EKEG: Die Bestimmung nimmt das Stehenlassen gänzlich (dazu sogleich näher) vom Anwendungsbereich des EKEG aus. Vor der Krise gewährte Kredite gelten durch Stundung/Prolongation nicht als in der Krise neu gewährte Kredite. Begründet wird diese Auffassung mit der Sanierungsfeindlichkeit der bisherigen Rsp, da die Gesellschafter dazu verhalten wurden, ihre Ansprüche tatsächlich geltend zu machen. Zudem werde in Wahrheit keine neue Liquidität zugeführt.³⁹⁶ Dies wird zT als „Denkfehler“ kritisiert, da es gerade der Sinn des Eigenkapitalersatzrechts sei, marode Gesellschaften in ein Insolvenzverfahren zu bewegen.³⁹⁷ Durch diese gesetzgeberische Entscheidung hat das Eigenkapitalersatzrecht einen seiner Hauptanwendungsbereiche verloren.³⁹⁸

Vor diesem Hintergrund wurde die gänzliche Beseitigung des Instruments des Stehenlassens als intendierte Reichweite der Ausnahmebestimmung mitunter in Frage gezogen. So weisen

³⁹² OGH 30.10.1997, 8 Ob 254/97d; vgl *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 16; *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 19f; krit *Schummer*, Eigenkapitalersatzrecht 448f (vor dem Hintergrund möglicher Anfechtbarkeit); nur bei Kenntnis von der Kündigungsmöglichkeit bejahend *Ostheim*, wbl 1994, 185 (187f); *Dellinger*, ÖBA 1998, 601 (604 FN 23).

³⁹³ *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 16.

³⁹⁴ Vgl ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 35f; krit Stellungnahme des KSV 13/SN-306/ME 21 GP 5; Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich 17/SN-306/ME 21. GP 6; Stellungnahme der Kammer der Wirtschaftstreuhänder 20/SN-306/ME 21. GP 6f; *Chalupsky/Schmidsberger*, ZIK 2002, 77 (79); Gegenüber der Rsp wurden die Fälle des eigenkapitalersetzenden Stehenlassens durch dies Bestimmung eingeschränkt, siehe *Dellinger*, ecolex 2002, 316 (319).

³⁹⁵ *Mohr*, ecolex 2002, 338 (FN 6); vgl ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 35f.

³⁹⁶ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 13; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 14; begrüßend insb *Harrer*, wbl 2004, 201 (205); wohl auch *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 57.

³⁹⁷ *Schmidt*, GesRZ 2004, 75 (79f); *Kalss* in *Kalss/Rüffler* 9 (23f); rechtspolitisch krit auch *Karollus/Isola/Huemer* in *Institut der Wirtschaftsprüfer* 305 (324); *Karollus* in FS U. Huber 801 (812).

³⁹⁸ *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 15; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband Vor § 1 Rr 17, § 3 EKEG Rz 15.

*Karollus/Isola/Huemer*³⁹⁹ auf eine Widersprüchlichkeit in den Erläuterungen hin: „Das Stehenlassen von Forderungen in der Krise wird zwar grundsätzlich wie bisher wie die Neugewährung behandelt, davon gibt es jedoch eine wichtige Ausnahme für die Stundung der Rückzahlung und die Verlängerung eines nicht Eigenkapital ersetzenden Kredits. Geldgeber sollen so nicht gezwungen werden, die Liquiditätssituation der Gesellschaft in der Krise noch weiter zu verschlechtern.“⁴⁰⁰ Zwischen der erwähnten grds Beibehaltung der Gleichbehandlung mit einer Neugewährung und der Ausnahme des Stehenlassens von vor der Krise gewährten Krediten besteht ein Widerspruch. *Karollus* vermutet, dass die Textierung aus einer früheren Entwurfsfassung resultiert.⁴⁰¹ Zumindest in den Erläuterungen zum Ministerialentwurf war diese Passage noch nicht enthalten.⁴⁰² *Vogt* versucht den Widerspruch zu beseitigen, indem er ein enges Kreditverständnis des § 3 Abs 1 Z 3 EKEG prüft: Denkbar sei eine Einschränkung auf Geldkredite iSd § 3 Abs 1 Z 1 EKEG, da die zitierten Erläuterungen vom „Geldgeber“ sprechen und läge bei den Krediten iSd Fallgruppe 2 „kein „echter“ vor der Krise gewährter Kredit“ vor. Zudem werden Geldkredite und Waren-/sonstige Kredite auch in § 3 Abs 1 Z 1 und 2 EKEG unterschiedlich geregelt. Im Ergebnis lehnt er jedoch aufgrund des sonst weiten Kreditverständnisses eine Einschränkung bloß im Rahmen des § 3 Abs 1 Z 3 EKEG ab und rechtfertigt die bloße Verschaffung eines Anwendungsbereichs für den Hinweis auf die Beibehaltung der Gleichstellung nicht das Abgehen vom sonst durchgezogenen Begriffsverständnis.⁴⁰³

Vogt ist grundsätzlich zuzustimmen. Die Annahme eines engen Kreditbegriffs wäre eine wenig überzeugende Vermischung von Tatbestand und Rechtsfolge. Schließlich zielt § 3 Abs 1 Z 3 EKEG gerade auf die Einschränkung des weiten Kreditbegriffs ab. Warum sollte der Gesetzgeber eine taxative⁴⁰⁴ Bestimmung zur negativen Abgrenzung eines Begriffs vorsehen, wenn er innerhalb dieser Bestimmung denselben Begriff als Tatbestandsmerkmal enger als sonst verstehen wollen würde? Anders als *Vogt* nahelegt, existiert jedoch noch eine andere denkbare Möglichkeit zur Beseitigung des Widerspruchs: Sie betrifft nicht die Weite des Kreditbegriffs, sondern die Weite des Begriffs des Stehenlassens. Terminologisch wird dieser Begriff zT unscharf verwendet. Mal wird er weit und alle Formen von aufgeschobenen

³⁹⁹ *Karollus/Isola/Huemer* in *Institut der Wirtschaftsprüfer* 305 (324 FN 96).

⁴⁰⁰ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 10; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 10.

⁴⁰¹ *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 15.

⁴⁰² Siehe ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 20.

⁴⁰³ *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 24.

⁴⁰⁴ Siehe *Kalss* in *Kalss/Rüffler* 9 (43).

Zahlungen (Kreditverlängerung, Stundung, „*faktisches Stehenlassen*“ iSv unterlassenen Kündigungsmöglichkeiten oder Eintreibungsmaßnahmen) umfassend verstanden.⁴⁰⁵ Mal wird er eng und deckungsgleich mit bloß jenen Fällen verwendet, die sonst als „*faktisches Stehenlassen*“ bezeichnet werden.⁴⁰⁶ Der OGH versteht unter dem Stehenlassen das bewusste Nichtgeltendmachen einer Forderung, doch nimmt er dabei keine Einschränkung auf das faktische Stehenlassen vor und versteht auch die Stundung als Fall des Stehenlassens.⁴⁰⁷ Das EKEG verwendet den Begriff nicht, wohl aber die Materialien, welche ihn sogar erklären: „*Darunter fällt das sogenannte Stehenlassen, also das Nichtgeltendmachen einer Forderung in der Krise.*“⁴⁰⁸ Diese Formulierung erinnert an das weite Verständnis des OGH. Die Materialien führen weiter aus: „*Das **Stehenlassen** ... wird zwar grundsätzlich ... wie die Neugewährung behandelt, davon gibt es jedoch eine wichtige Ausnahme für die **Stundung** der Rückzahlung und die **Verlängerung** eines nicht Eigenkapital ersetzenden Kredits.*“⁴⁰⁹ IdS spricht auch der Wortlaut des § 3 Abs 1 Z 3 EKEG nicht vom Stehenlassen, sondern von zwei Teilphänomenen: (1) Die Verlängerung eines Kredits und (2) die Stundung der Rückzahlung. Ersteres meint die Prolongation des Vertrages durch (einvernehmliche) Vertragsänderung, zweiteres den Aufschub der Fälligkeit (volle Stundung) oder das Hinausschieben der Geltendmachung (schlichte/reine Stundung). Angesprochen sind hier jeweils bloß rechtsgeschäftliche Abreden.⁴¹⁰ Nicht erwähnt sind die Fälle des faktischen Stehenlassens iSv unterlassenen Kündigungsmöglichkeiten oder Eintreibungsmaßnahmen. Man könnte nun vertreten, der Gesetzgeber wollte das faktische Stehenlassen nicht vom weiten Kreditbegriff ausnehmen und diese Fälle wie eine Neugewährung behandeln. Aus den teleologischen Hintergründen der Vermeidung der sanierungsfeindlichen Geltendmachung der Gesellschafterforderungen erscheint eine entsprechende Differenzierung unabhängig davon, ob man die rechtspolitische Wertung des Gesetzgebers teilt oder nicht, wenig einleuchtend. Ob das Stehenlassen auf rechtsgeschäftlicher oder faktischer Basis beruht, hat auf die Liquidität der Gesellschaft keinerlei Auswirkung. Dementsprechend bejaht die hA eine Ausdehnung qua Größenschluss auf jegliche Formen faktischen Stehenlassens.⁴¹¹ Der hA könnte die Entscheidungsprärogative

⁴⁰⁵ Siehe etwa Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 15ff.

⁴⁰⁶ Siehe etwa Mohr in Dellinger/Keppert 19 (27); Rüffler in Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ Anh § 74 Rz 22.

⁴⁰⁷ Siehe OGH 22.12.1993, 8 Ob 28/93.

⁴⁰⁸ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 9; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 9; vgl ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 17.

⁴⁰⁹ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 10; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 10.

⁴¹⁰ Vgl Vogt in Schopper/Vogt, EKEG § 3 Rz 20; Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 16.

⁴¹¹ Vogt in Schopper/Vogt, EKEG § 3 Rz 21; Mohr in Dellinger/Keppert 19 (27); Rüffler in Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ Anh § 74 Rz 22; Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 16; Mohr in Konecny,

des Gesetzgebers entgegengehalten werden. Erforderlich wäre ein Übereinstimmen des insofern klaren Wortlauts des § 3 Abs 1 Z 3 EKEG mit einer deutlich nachweisbaren historischen Absicht.⁴¹² Das erforderliche Maß an Deutlichkeit, um eine bewusst sinnwidrige Ungleichbehandlung annehmen zu können, erreichen die Erläuterungen mE jedoch nicht. Zwar liegt das dargestellte Verständnis aufgrund der Textierung nicht fern, doch ließen sich die Erläuterungen („Das Stehenlassen ... wird zwar grundsätzlich ... wie die Neugewährung behandelt, ...“) alternativ auch als bloße Bestätigung der grds Subsumtion des Stehenlassens unter den weiten Kreditbegriff verstehen.⁴¹³ Damit wäre entschärft, dass an anderer Stelle in den Erläuterungen iZm dem weiten Kreditbegriff nur von „Vereinbarung“ einer späteren Gegenleistung gesprochen wird.⁴¹⁴ Denkbar wäre auch die irrtümliche und unscharfe Gleichsetzung des Begriffs des Stehenlassens mit jeglicher Abweichung vom Zug-um-Zug-Prinzip iSd Fallgruppe 2. Ein eindeutiger gesetzgeberischer Wille zur Andersbehandlung des faktischen Stehenlassens kann den Erläuterungen mE nicht entnommen werden.

IZm § 3 Abs 1 Z 3 EKEG geht somit um alljene Fälle, bei denen ein Kredit – egal welcher Fallgruppe er zuordenbar ist – vor der Krise gewährt wurde und der Gesellschafter sich nach Kriseneintritt – unabhängig von der konkreten Ausgestaltung – mit einer späteren Rückzahlung zufrieden gibt. Auch das Entgelt einer Nutzungsüberlassung kann daher stehengelassen werden. Der hA ist zuzustimmen, dass dieses Rechtsinstitut gänzlich beseitigt wurde.⁴¹⁵ Aufgrund der identen Wirkungen wird im Folgenden ein weiter Begriff des Stehenlassens verwendet, der Verlängerung, Stundung und faktisches Stehenlassen umfasst.

3.3.2.3.2 Kreditgewährung vs Stehenlassen des Nutzungsentgelts

Durch die Ausnahme des Instituts des Stehenlassens haben zwei Abgrenzungsfragen an erheblicher Bedeutung gewonnen. Zum einen ist dies die Feststellung des Kriseneintritts und damit die Abgrenzung von vor der Krise und in der Krise gewährten Krediten. Die Wendung „vor der Krise gewährter Kredit“ in § 3 Abs 1 Z 3 EKEG begründe nach *Karollus* aber kein

Insolvenzgesetze § 57a IO Rz 3; vgl *Dellinger* in *Dellinger/Keppert* 55 (58f); siehe *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 63; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 3 EKEG Rz 17.

⁴¹² *F. Bydlinski/P. Bydlinski*, Grundzüge³ 88.

⁴¹³ So auch *Dellinger* in *Dellinger/Keppert* 55 (FN 8).

⁴¹⁴ Siehe ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 13; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 14; idS wohl auch *Torggler*, JAP 2003/2004, 178 (180 FN 32), der eine intendierte Einschränkung des weiten Kreditbegriffs auf rechtsgeschäftliche Abreden ablehnt.

⁴¹⁵ Vgl *Karollus/Isola/Huemer* in *Institut der Wirtschaftsprüfer* 305 (324); *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 24; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 15; *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 63.

selbstständiges Tatbestandsmerkmal, sondern sei als bloßer Hinweis zu verstehen, dass das Stehenlassen und damit § 3 Abs 1 Z 3 EKEG nicht von Relevanz ist, wenn die Kreditgewährung erst in der Krise erfolgt ist und damit ohnehin aus diesem Grund die Wirkungen des Eigenkapitalersatzrechts eintreten.⁴¹⁶ Die genaue Feststellung des Kriseneintritts ist jedoch eine Frage des § 2 EKEG und somit nicht Gegenstand dieser Arbeit.⁴¹⁷ Andererseits gewinnt auch die Abgrenzung zwischen Gewährung und Stehenlassen von Krediten an Bedeutung, da es sich nunmehr um unterschiedlich zu behandelnde Phänomene handelt.⁴¹⁸ Bislang war es nämlich für die Praxis idR irrelevant, ob die bereits Gewährung oder erst das Stehenlassen in der Krise erfolgte. Beide Fälle waren eigenkapitalersetzend. Nunmehr sind lediglich in der Krise gewährte Kredite erfasst, nicht aber vor der Krise gewährte, auch wenn sie in der Krise stehengelassen wurden.⁴¹⁹ Diese Abgrenzung zwischen Stehenlassen und Gewährung ist nicht zuletzt zur Eruierung des Kreditierungszeitpunkt des Nutzungsentgelts erforderlich, weshalb im Folgenden näher darauf einzugehen ist. Zu dieser Abgrenzungsfrage existiert eine reichhaltige Lehre:

Schopper/Vogt setzen den Zeitpunkt der Kreditgewährung bei Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts an, denn dieser stelle bereits die Entscheidungsbasis zugunsten der Fortführung des Unternehmens dar.⁴²⁰

Dellinger vertritt, dass der entscheidende Zeitpunkt für die Kreditgewährung bei Geldkrediten grds der Abschluss des Titelvertrages sei. Ansonsten könnte die Umqualifizierung für den Gesellschafter überraschend sein und wäre er gezwungen, vor Auszahlung seine Finanzierungsentscheidung erneut zu überprüfen und müsste ggf – entgegen der Intention des Gesetzgebers – die zugesagte Liquidität wieder entziehen. Anderes gälte, wenn die tatsächliche Auszahlung erst zu einem späteren⁴²¹ Zeitpunkt erfolgen soll und eine Änderung der Finanzierungsentscheidung noch möglich ist. Diesfalls zähle die tatsächliche Auszahlung als Kreditgewährung. Für Waren- und sonstige Kredite gälte Gesagtes entsprechend: Liegt

⁴¹⁶ *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 17; siehe idZ auch FN 460, 478.

⁴¹⁷ Zur entsprechenden an § 2 EKEG orientierten Auslegung des § 3 Abs 1 Z 3 EKEG in Hinblick auf die subjektive Kenntnis vom Kriseneintritt, siehe nur *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 18; *Dellinger* in *Dellinger/Keppert* 55 (59f).

⁴¹⁸ *Dellinger* in *Dellinger/Keppert* 55 (60); *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 15, 18; *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 63.

⁴¹⁹ *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 17; vgl *Dellinger* in *Dellinger/Keppert* 55 (58f); *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 15; siehe *Mohr* in *Dellinger/Keppert* 19 (27).

⁴²⁰ *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 4; vgl *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 3 EKEG Rz 4.

⁴²¹ *Dellinger* spricht von 60 Tagen nach Vertragsschluss, bei erheblicher Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage ggf auch früher.

zwischen Vereinbarung und Erbringung der Vorleistung des Gesellschafters ein geringer Zeitraum, wäre der Kredit als im Vereinbarungszeitpunkt gewährt anzusehen, ansonsten spätestens im Zeitpunkt der Vorleistungserbringung. Lag zum jeweils maßgeblichen Zeitpunkt noch keine Krise vor, vermöge auch ein weiteres Stehenlassen – etwa in Form einer weiteren Stundung – keine Umqualifizierung herbeizuführen. *Dellinger* erwähnt zudem noch den Fall länger andauernder Erbringung von Vorleistungen, bei denen er eine entsprechende Aufteilung des kreditierten Entgelts auf vor und in der Krise erbrachte Vorleistungen vornehmen will.⁴²² Das Stehenlassen von in der Krise begründeten Forderungen stehe der ursprünglichen Begründung eines Zahlungsziels in der Krise gleich.⁴²³

Mohr stimmt *Dellinger* weitestgehend zu und will außer im Falle erst nach über 60 Tagen erfolgter Zuzählung und diesfalls zu erwartender neuerlicher Kreditentscheidung auf den Vereinbarungszeitpunkt abstellen. Das Abstellen auf die Auszahlung bei Zuzählung nach 60 Tagen sei auch aus Beweiserleichterungserwägungen zugunsten des Masseverwalters gerechtfertigt, der auf Einwände, die Vereinbarung sei vor der Krise getroffen worden, nicht eingehen müsse.⁴²⁴ Bei der Anwendbarkeit des § 26a IO lässt er aber die bloße Vereinbarung nicht genügen und fordert die tatsächliche Überlassung.⁴²⁵

Auch *Rüffler* folgt der Ansicht *Dellingers*.⁴²⁶

Harrer gesteht zwar zu, dass Kreditgewährung im Allgemeinen grds den Entstehungszeitpunkt einer rechtsverbindlichen und einklagbaren Verpflichtung meine. Aus teleologischen Erwägungen gerät er jedoch zum Ergebnis, dass Kreditgewährung im Rahmen des § 3 Abs 1 Z 3 EKEG mit Mittelzufuhr gleichzusetzen sei. Schließlich begründen die Materialien die Ausnahme des Stehenlassens damit, dass in Wahrheit keine neue Liquidität zugeführt wird. Der Gesetzgeber wollte vor Kriseneintritt vorgenommene Finanzierungsmaßnahmen privilegieren. Schließt man nun einen Darlehensvertrag vor der Krise, zahlt die Valuta aber erst in der Krise aus, handle es sich sehr wohl um Liquiditätszufuhr und Finanzierung in der Krise.

⁴²² *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 20, 23ff; *Dellinger* in *Dellinger/Keppert* 55 (60ff).

⁴²³ *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 1.

⁴²⁴ *Mohr* in *Dellinger/Keppert* 19 (27).

⁴²⁵ *Mohr* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 10.

⁴²⁶ *Rüffler* in *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 74 Rz 22.

Würde man bloß auf den Vertragsabschlusszeitpunkt abstellen, liefe dies auf eine Wahlmöglichkeit der Anwendbarkeit des EKEG durch Parteienvereinbarung hinaus.⁴²⁷

Zehetner/Bauer gehen bei Rahmenkreditvereinbarungen davon aus, dass für die Annahme einer Kreditgewährung vor der Krise sowohl der Vertragsabschluss als auch der tatsächliche Mittelzufluss vor Kriseneintritt erfolgt sein müssen. Durch das bloße Abstellen auf die Vereinbarung wäre Umgehungen durch Einräumung großer Kreditrahmen zu erwarten. Außerdem wären Rückerstattungsansprüche bei Kontokorrentverhältnissen nur hinsichtlich den Kreditrahmen überschreitender Beträge denkbar, was den Anwendungsbereich des § 14 Abs 2 EKEG auf nach der Krise vereinbarte Kontokorrentrahmen und damit beträchtlich reduzieren würde. Dies sei nur schwer in Einklang zu bringen.⁴²⁸

Karollus stellt stets auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Leistungserbringung durch den Gesellschafter ab und begründet dies mit der Tauglichkeit für über längere Zeit andauernde Leistungserbringung aufgrund von Rahmenverträgen, die vor der Krise geschlossen wurden. Würde man auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Titels abstellen, müsste man auch das gestundete Entgelt für in der Krise erbrachte Leistungen ausnehmen. Erst durch Abstellen auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Leistungserbringung ließen aufgeschobene Enrgeltforderungen für in der Krise erbrachte Leistungen als Kreditgewährung auffassen.⁴²⁹

Artmann stimmt *Harrer* und *Karollus* zu. Durch Abstellen auf die tatsächliche Auszahlung der Valuta können die von *Harrer* erwähnten Kreditzusagen mit sukzessiver Ausnutzung in den Griff gebracht werden, ohne Ausnahmen vom Grundsatz anstrengen zu müssen.⁴³⁰

Der OGH hat – soweit ersichtlich – lediglich zur alten Rechtslage und obiter dictum festgehalten, dass der Normzweck, die Gläubiger vor quotenkürzenden Forderungsanmeldungen des Gesellschafters zu schützen, „*tatsächlich erst mit der Ausschüttung der Darlehensvaluta akut wird*“.⁴³¹

⁴²⁷ *Harrer*, wbl 2004, 201 (205); Er nennt das Beispiel eines am 1.1.2004 vor der Krise geschlossenen Kreditvertrags über 200.000€, von denen die Hälfte sofort und die andere Hälfte am 1.1.2005 zu zahlen ist. Im Laufe des Jahres gerät die Gesellschaft in die Krise. Die am 1.1.2025 fällige Zahlung könne nicht unter § 3 Abs 1 Z 3 EKEG subsumiert werden und ist eigenkapitalersetzend. Er gesteht dem Gesellschafter jedoch ein außerordentliches Kündigungsrecht aufgrund der Krise zu.

⁴²⁸ *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 58; dagegen *Dellinger* in *Dellinger/Keppert* 55 (62f).

⁴²⁹ *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 20; siehe auch *Karollus* in FS U. Huber 801 (811f).

⁴³⁰ *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 63.

⁴³¹ OGH 20.12.1995, 7 Ob 633/95; Bei anderen Entscheidungen wird in den zugrundeliegenden Schriftsätzen auf den Zeitpunkt der „Zuzahlung“ abgestellt und wird zT von den Vorinstanzen vom „maßgeblichen Zeitpunkt der an die beklagte Partei erbrachten Zahlung“ gesprochen, was der OGH jedoch jeweils nicht weiter aufgegriffen hat, siehe OGH 08.08.2012, 3 Ob 79/12g; OGH 13.09.2016, 11 Os 64/16w.

ME ist jenen Stimmen zuzustimmen, die auf die tatsächliche Mittelzufuhr abstellen. Gegen *Dellingers*⁴³² Argument, das Abstellen auf den Vertragsabschlusszeitpunkt sei zur Vermeidung von Überraschungen erforderlich, lässt sich vorbringen, dass der kreditgebende Gesellschafter in aller Regel – insb, wenn er sogar eine Bonitätsprüfung vorgenommen hat – durchaus über die finanzielle Situation der Gesellschaft Bescheid weiß. Bei Vertragsabschluss wird es für ihn erkennbar sein, ob bis zur Zuzählung ein Kriseneintritt wahrscheinlich ist. Dass sich – insb bei positivem Ergebnis einer Bonitätsprüfung – die finanzielle Situation binnen 60 Tagen schlagartig ändert, ist unwahrscheinlich. Krisen kommen selten „aus heiterem Himmel“. Zeichnet sich die Krise bereits im Rahmen des Vertragsschlusses ab, wird es dem Gesellschafter zugemutet werden können, sich vor tatsächlicher Auszahlung des Kriseneintritts zu vergewissern.

Grds zuzustimmen ist *Dellingers* Hinweis, dass der Gesetzgeber den Entzug gewährter Liquidität hintanhalten will.⁴³³ Die Anreize zur Änderung der Finanzierungsentscheidung sollen durch § 3 Abs 1 Z 3 EKEG reduziert werden. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, dass der Gesellschafter bei Kriseneintritt zwischen Vertragsschluss und Zuzählung zwingend seine Leistung erbringen muss. Auch in Krisenzeiten stehen ihm die allgemeinen zivilrechtlichen Instrumentarien zur Verfügung.⁴³⁴ Ein Ausschluss außerordentlicher Kündigungsrechte oder der Unsicherheitseinrede gem § 1052 zweiter Satz ABGB oder § 991 ABGB kann dem gesetzgeberischen Willen nicht entnommen werden.⁴³⁵ Lediglich im Insolvenzverfahren werden Verschärfungen der Vertragstreue normiert.⁴³⁶ Selbst dort sieht aber § 25 Abs 2 Z 2 IO vor, dass Ansprüche auf Auszahlung von Krediten von der

⁴³² *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 20, 23ff; *Dellinger* in *Dellinger/Keppert* 55 (60ff).

⁴³³ Siehe ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 13; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 14.

⁴³⁴ Siehe Kapitel 4.1.

⁴³⁵ Siehe *Karollus*, ÖBA 1997, 105 (117); *Karollus/Schulyok*, Eigenkapitalersatzende Leistungen 69f; *Harrer*, wbl 2004, 201 (205); *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 4 („...eine Auszahlung lediglich zugesagter, aber noch nicht ausbezahlter Kredite kann hingegen mit dem Eigenkapitalersatzrecht nicht erzwungen werden.“); Dafür spricht nicht zuletzt auch die zugrundeliegende Wertung des insolvenzrechtlichen § 25a Abs 2 Z 2 IO, siehe dazu *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzzrecht⁵ Rz 332; siehe aber *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 25; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 155; Bei Dauerschuldverhältnissen ist überdies anerkannt, dass der Gläubiger bei Verzug mit der Entgeltzahlung für vergangene Perioden seine eigene Leistung aufgrund der Einrede des nichterfüllten Vertrages für die folgenden Perioden zurückbehalten darf, vgl *F. Bydlinski* in FS Steinwenter 140 (147ff); *Wahle* in *Klang* IV/2² 85f; *Fink*, ÖBA 1992, 809 (811); *Rebernig*, ZIK 2000, 74 (75f); OGH 25.05.1994, 9 Ob A6/94. Auch in Deutschland ist ein Darlehen nach hA nur erfasst, wenn es tatsächlich gewährt worden ist. Die bloße schuldrechtliche Verpflichtung ist unzureichend, da „sich aus dem Gesellschafterdarlehensrecht allgemein kein Zuführungsgebot ergibt“, *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 63 mwN.

⁴³⁶ Siehe Kapitel 4.1 und 5.

Vertragsbeendigungssperre ausgenommen sein sollen. Wenn aber sogar in der Insolvenz die gesetzlichen und vertraglichen Kündigungsmöglichkeiten zustehen und die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage als wichtiger Kündigungsgrund gelten kann,⁴³⁷ muss das a maiore ad minus auch für die Krise gelten. Insofern hat der Gesetzgeber das Bestehen gesetzlicher Möglichkeiten, mit denen der Gesellschafter die zugesagte Liquidität wieder entziehen könnte, in Kauf genommen.⁴³⁸ Der Grundgedanke, Entzug von Liquidität zu verhindern, ist daher nicht von derart apodiktischer Bedeutung, dass ein Abstellen auf den Vertragsschlusszeitpunkt zwingend geboten wäre.

Schlussendlich überzeugt *Harrers* historisch-teleologisches Argument. Der Gesetzgeber will offenbar die Kreditgewährung vom Stehenlassen anhand der Zufuhr „neuer“ Liquidität abgrenzen.⁴³⁹ Neue Liquidität wird mE dann zugeführt, wenn positiv Mittel an die Gesellschaft fließen, die sie später rückzuerstatten hat oder für die sie erst später Entgelt leisten muss. Es ist zu fragen, wann der Gesellschafter etwas an die Gesellschaft leistet. Keine neue Liquidität wird zugeführt, wenn bloß die Erfüllung dieser Rückerstattungs- oder Entgeltansprüche abermals weiter hinausgeschoben wird – der Gesellschafter hat ja seine Leistung an die Gesellschaft bereits erbracht. Auf den positiven Mittelfluss als Anknüpfungspunkt für die Kreditgewährung und damit als Abgrenzung zum Stehenlassen abzustellen, scheint mir dem gesetzgeberischen Willen zu entsprechen.

Zu analysieren gilt es nun, wann diese positive Mittelzufluss erfolgt. Dabei ist nach den Fallgruppen des weiten Kreditbegriffs zu differenzieren. Für Rückgabeansprüche nach Fallgruppe 1 ist auf den Zeitpunkt der Übergabe der Sache abzustellen. Der positive Mittelfluss liegt im Wechsel des Besitzes (bei Darlehen/Kredit iSd ABGB sogar des Eigentums). Der Gesellschafter hat damit seine regelmäßig bestehende Hauptleistungspflicht (Verschaffung des Gebrauchs/des Eigentums an der Sache) erfüllt. Ab diesem Zeitpunkt kann die Gesellschaft mit der Sache wirtschaften und entsteht in diesem Zeitpunkt der Rückgabeanspruch, dessen Fälligkeit aufgeschoben wird. In ähnlicher Weise ist idR bei Entgeltansprüchen (Fallgruppe 2) im Zielschuldverhältnis anzuknüpfen. Beim klassischen Beispiel des Kaufvertrags über eine bewegliche Sache erlangt die Gesellschaft im Zeitpunkt der Übergabe Eigentum und kann sie

⁴³⁷ Siehe *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 332; *Perner* in KLS, IO² § 25a Rz 7.

⁴³⁸ Dies wird gerade auch von jenen zuvor genannten Stimmen anerkannt, die auf eine mögliche Änderung der Finanzierungsentscheidung vor Ausschüttung hinweisen. Dazu, dass auch durch die Rückzahlungssperre eine Auszahlung des Kredits nicht erzwungen werden kann, siehe Kapitel 4.2.1. Selbiges gilt für § 26a IO, siehe FN 642.

⁴³⁹ Siehe ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 13; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 14.

nun mit der Sache wirtschaften. Hier liegt der positive Mittelfluss, für den sie das Entgelt aber erst später bezahlen muss.

Wann erfolgt nun der maßgebliche positive Mittelzufluss bei Entgeltansprüchen (Fallgruppe 2) im Dauerschuldverhältnis? Nach hA ergibt sich bei einem Dauerschuldverhältnis „*der Umfang der geschuldeten Leistungen aus der Dauer des Schuldverhältnisses*“.⁴⁴⁰ Der Schuldinhalt eines Dauerschuldverhältnisses ist somit abhängig von der tatsächlichen Dauer des Vertragsverhältnisses. Der Gesellschafter erbringt eine Dauerleistung. MaW: Er erbringt in jeder juristischen Sekunde eine Leistung.⁴⁴¹ Besonders plakativ zeigt sich dies bei den Nutzungsüberlassungen: Das für das Vorliegen einer Kreditgewährung erforderliche Zuführen neuer, positiver Liquidität wird man bei Nutzungsüberlassungsverhältnissen mE nicht auf den Zeitpunkt der erstmaligen Übergabe der Sache beschränken können. Schließlich wird durch die bloße Übergabe einer Sache zur Nutzung kein Kapital zugeführt – insbesondere wird der Haftungsfonds für die Gläubiger nicht vergrößert.⁴⁴² Die Werthaltigkeit eines bloßen Gebrauchsrechts erschöpft sich in jeder juristischen Sekunde, in dem der Berechtigte die Sache tatsächlich nutzen kann. Außerdem hat der Nutzungsüberlasser idR nicht nur die Sache im geschuldeten Zustand zu übergeben, sondern auch zu erhalten (vgl § 1096 Abs 1 ABGB und § 3ff MRG), was nach einer vordringenden Ansicht sogar eine Hauptleistungspflicht des Überlassers darstellt.⁴⁴³ Ganz iSd grundlegenden dauerschuldrechtlichen Verständnisses, dass sich der Schuldinhalt aus der Dauer der Leistungspflicht ergibt, lässt sich mE vertreten, dass durch die Gebrauchsüberlassung in jeder juristischen Sekunde positiv neue Mittel vom Gesellschafter an die Gesellschaft fließen. Somit liegt in jenen Zeiträumen, in denen der Gesellschafter in Vorleistung geht, eine kontinuierliche Kreditgewährung vor! Geboten ist eine zeitraumbezogene, keine zeitpunktbezogene Betrachtung. Der Beginn einer Leistungsperiode ist als ausschließlicher Zeitpunkt der Kreditgewährung ebenso unbeachtlich wie die erstmalige Übergabe der Sache. Kreditgewährung in einer Leistungsperiode liegt von deren Beginn bis zum Fälligkeitszeitpunkt vor. Es ist daher für jede juristische Sekunde in einer Leistungsperiode

⁴⁴⁰ Gschnitzer in Klang IV/1² 25f; F. Bydlinski in Klang IV/2² 194; Rummel in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 859 Rz 51; Riedler in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 859 Rz 21; RIS-Justiz RS0018819.

⁴⁴¹ Siehe Helmich, eolex 2003, 395 (396).

⁴⁴² Vgl Weisz, GesRZ 1998, 14 (16ff); siehe Schmidt, GesRZ 1993, 86 (88); M. Heidinger in FS G. Heidinger 235 (244); idS wohl auch Karollus/Schulyok, Eigenkapitalersetzende Leistungen 110 („keine Vermehrung von finanziellen Mitteln“); für Deutschland siehe Schmidt, ZIP 1990, 69 (75); so nunmehr auch ME Eigenkapitalersatz-Gesetz, 306/ME 21. GP 43; ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 13f; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 15; Dellinger in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 30; Zehetner/Bauer, Eigenkapitalersatzrecht 59; siehe im Detail dazu bereits Kapitel 3.2.1.1.

⁴⁴³ Siehe Riss, Erhaltungspflicht 90ff; Pesek in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 1096 Rz 42 mwN.

gesondert zu eruieren, ob schon eine Krise vorliegt oder nicht. Fragen des Stehenlassens stellen sich im Ergebnis nur dann, wenn die Krise während einer Leistungsperiode eintritt.⁴⁴⁴

3.3.2.4 Zwischenergebnis

Ist der maßgebliche Fälligkeitszeitpunkt des Entgelts für eine Leistungsperiode während ihrer Laufzeit oder an deren Ende angesetzt, geht der Gesellschafter mit der Überlassung der Sache in Vorleistung und trägt das Risiko der Uneinbringlichkeit des Entgelts. Der weite Kreditbegriff wird dadurch erfüllt.

In der Praxis wird häufig der Ausnahmetatbestand des § 3 Abs 1 Z 2 EKEG (ggf iVm Abs 2) greifen. Einerseits werden sechs Monate nicht überschreitende Leistungsperioden dadurch ausgenommen. Relevant ist dies insb für den praktisch häufigen Fall der monatlichen Entgeltzahlung. Andererseits ist dieser Tatbestand auch bei sechs Monate überschreitenden Leistungsperioden einschlägig, wenn der Fälligkeitszeitpunkt nicht später als sechs Monate nach Beginn der Leistungsperiode angesetzt ist.⁴⁴⁵ Das Entgelt ist in diesen Fällen nicht umzuqualifizieren.

Bei über sechs Monate hinausgehenden Leistungsperioden muss – sofern der Fälligkeitszeitpunkt später als sechs Monate nach Beginn der Leistungsperiode angesetzt ist – aufgrund der hier vertretenen Auffassung, dass eine Kreditgewährung im Rahmen eines Nutzungsüberlassungsverhältnisses in jeder vor dem Entgeltfälligkeitszeitpunkt liegenden juristischen Sekunde vorliegt, eine differenzierende Betrachtungsweise innerhalb der Leistungsperiode herangezogen werden. Das kann zu einer aliquoten Teilung des Entgelts führen.⁴⁴⁶ Dabei können sich bis zu vier verschiedene Phasen ergeben. Dies soll anhand eines Beispiels erläutert werden: Der Gesellschafter A (Vermieter) schließt im Jahr 2022 mit seiner Gesellschaft B (Mieter) einen Mietvertrag über ein Geschäftslokal. Es wird ein Entgelt iHv 12000€ pro Kalenderjahr vereinbart (Leistungsperiode ist somit von 1.1. bis 31.12), welches

⁴⁴⁴ Siehe dazu das folgende Beispiel in Kapitel 3.3.2.4.

⁴⁴⁵ Ein Beispiel: Die Krise tritt mit 1.1.2025 ein. Die Dauer der Leistungsperiode läuft von 1.1.2025 bis 31.12.2025. Das Entgelt ist am 30.6.2025 fällig. Für den Zeitraum nach Fälligkeit (hier 1.7.2025 – 31.12.2025) fehlt schon das Erfordernis der Vorleistung durch den Gesellschafter, weshalb schon der weite Kreditbegriff nicht erfüllt ist. Für den Zeitraum 1.1.2025 – 30.6.2025 liegt kein länger als sechs Monate gewährter Kredit vor, sodass § 3 Abs 1 Z 2 EKEG greift. Es findet keine Umqualifizierung statt.

⁴⁴⁶ Eine aliquote eigenkapitalersatzrechtliche Beurteilung von Entgeltansprüchen ist der Lehre durchaus nicht unbekannt. So führt etwa *Dellinger in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 20 aus: „Bei Kriseneintritt während einer länger andauernden Erbringung von Vorleistungen durch den Gesellschafter wird man das von ihm kreditierte Entgelt entsprechend auf die Vorleistungen vor und nach Kriseneintritt aufzuteilen haben.“ Zur möglichen aliquoten Teilung einer Bestandzinsforderung in Insolvenz- und Masseforderung siehe nur OGH 29.06.1983, 1 Ob 604/83 mwN; RIS-Justiz RS0064127.

stets am 30.11. zu zahlen ist. B gerät mit 31.1.2025 in die Krise. Ein Insolvenzverfahren wurde noch nicht eröffnet.⁴⁴⁷ Darf B am 30.11.2025 das vereinbarte Entgelt an A zahlen?

Es gilt zu differenzieren:

- Für den Zeitraum nach Fälligkeit fehlt schon das Erfordernis der Vorleistung durch den Gesellschafter. Es fehlt ein Kredit iSd weiten Kreditbegriffes. Das aliquote Entgelt für den Monat Dezember ist daher zu bezahlen.
- Für den bis zu sechs Monate vor dem Fälligkeitszeitpunkt liegenden Zeitraum liegt keine über sechs Monate hinausgehende Kreditierung vor. Das aliquote Entgelt für die Monate Juni bis November ist gem § 3 Abs 1 Z 2 EKEG ausgenommen und muss bezahlt werden.
- Beginnt die Krise erst während laufender Leistungsperiode, so fehlt für das aliquote Entgelt für den Zeitraum vor der Krise das Tatbestandsmerkmal der Kreditgewährung in der Krise. Vor der Krise gewährte Kredite, die in der Krise bloß stengelassen wurden, sind gem § 3 Abs 1 Z 3 EKEG ausgenommen. Dies betrifft in unserem Fall das aliquote Entgelt für den Monat Jänner, das somit zu bezahlen ist.
- Liegt der Fälligkeitszeitpunkt später als sechs Monate nach Beginn der Leistungsperiode, so liegt ein eigenkapitalersetzender Kredit in Höhe des aliquoten Entgelts für den Zeitraum vor, der mehr als sechs Monate vor dem Fälligkeitszeitpunkt liegt. Das aliquote Entgelt für die Monate Februar bis Mai stellt daher einen eigenkapitalersetzenden Kredit dar und darf am 30.11.2025 nicht bezahlt werden.

Fazit: Am 30.11.2025 darf und muss die Gesellschaft 8000€ an den Gesellschafter zahlen. 4000€ sind eigenkapitalersetzend und unterliegen der Rückzahlungssperre. Ob das Gebrauchsüberlassungsverhältnis vor oder in der Krise begonnen wurde, ist aufgrund der kontinuierlichen Kreditgewährung grundsätzlich irrelevant.

3.3.2.5 Exkurs: Periodenübergreifende Kreditierung

Bislang wurde eine stark leistungsperiodenbezogene Betrachtung vorgenommen, was aufgrund der Charakteristik synallagmatischer Dauerschuldverhältnisse auch konsequent erscheint. Allerdings können auch bei periodenübergreifender Betrachtung Kreditierungselemente festgestellt werden. Unter Verweis auf deutsche Quellen zum Lieferantenkredit betont *Dellinger*⁴⁴⁸ die langfristige Finanzierungsfunktion kontinuierlich eingeräumter Zahlungsziele,

⁴⁴⁷ Zur entsprechenden Modifikation dieses Beispiels siehe Kapitel 5.4.4.

⁴⁴⁸ *Dellinger in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 12.*

aus denen sich ein dauerhafter Saldo zugunsten des Gesellschafters ergibt. Bedeutsam ist dies, wenn die einzelnen Zahlungsziele für sich gesehen der Begünstigung des § 3 Abs 1 Z 2 EKEG unterliegen, der Saldo insgesamt jedoch über sechs Monate hinaus zugunsten des Gesellschafters besteht. Ein verwandtes Phänomen tritt bei Kettenkrediten auf, zu denen der OGH⁴⁴⁹ unter Verweis auf die Lehre⁴⁵⁰ mittlerweile ausgesprochen hat, dass die Rückzahlung von Darlehenssummen binnen 60 Tagen unter gleichzeitiger Neuaufnahme eines Darlehens nicht unter § 3 Abs 1 Z 1 EKEG subsumiert werden kann.⁴⁵¹

Auch bei der Gesellschafternutzungsüberlassung können sich verwandte Probleme stellen. Man nehme das Beispiel einer monatlichen Entgeltzahlung am Monatsletzten. Die Entgelte für die einzelnen Leistungsperioden sind gem § 3 Abs 1 Z 2 EKEG vom Kreditbegriff ausgenommen, was aber nichts daran ändert, dass der Gesellschafter bei entsprechender Dauer des Nutzungsüberlassungsverhältnisses über sechs Monate hinaus konstant mit der Nutzungsüberlassung für einen Monat in Vorleistung geht. Bei Entgeltfälligkeit während der Leistungsperiode gilt dies für die Tage vor Fälligkeitseintritt entsprechend.

ME zutr hält *Dellinger*⁴⁵² fest, dass die Annahme eines eigenkapitalersetzenden Saldos (im obigen Beispiel die – ggf aliquot auf die Tage vor dem Fälligkeitszeitpunkt beschränkte – Miete für **einen** Monat) § 3 Abs 1 Z 2 EKEG nicht zuwiderläuft, da diesem dennoch ein weiterer Anwendungsbereich verbleibt. Die einzelnen am Monatsende fälligen Mieten werden ja weiterhin vom Kreditbegriff ausgenommen und dürfen bezahlt werden ohne einer kumulierten Rückforderung gem § 14 Abs 1 zweiter Satz EKEG zu unterliegen.

Ebenso zutr erscheint *Dellingers*⁴⁵³ Argumentation, dass § 3 Abs 1 Z 3 EKEG die Umqualifizierung eines vor der Krise bestehenden und in der Krise weitergeführten Saldos verhindert. Wurde bereits vor der Krise die Monatsmiete stets am Ende des Monats geleistet, ist der Gesellschafter bereits vor Kriseneintritt konstant mit der Nutzungsüberlassung für einen Monat in Vorleistung gegangen und hat periodenübergreifend Kredit gewährt. Die Weiterführung in der Krise stellt einen Fall des Stehenlassens dar und ist gem § 3 Abs 1 Z 3 EKEG vom Kreditbegriff ausgenommen. Insofern kann der Saldo nur dann umqualifiziert

⁴⁴⁹ OGH 13.09.2016, 11 Os 64/16w; RIS-Justiz RS0130944.

⁴⁵⁰ Siehe nur *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 15; *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 5, 7; *Dellinger* in *Dellinger/Keppert* 55 (63f); *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 62; nunmehr auch *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 3 EKEG Rz 11f.

⁴⁵¹ Siehe idZ auch Kapitel 3.3.3.2 und 4.2.4.

⁴⁵² *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 12.

⁴⁵³ *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 12.

werden, wenn das Nutzungsverhältnis in der Krise begonnen wurde.⁴⁵⁴ Wurde der Saldo in der Krise erhöht – etwa weil eine Mietzinserhöhung aufgrund einer Wertsicherungsklausel geltend gemacht wurde – so bezieht sich die Umqualifizierung auf den Erhöhungsbetrag.⁴⁵⁵

3.3.3 Nachträgliche Kreditierung

Gegenstand dieses Kapitels sind jene Fälle in denen der Gesellschaft abweichend vom schuldrechtlichen Grundgeschäft für in der Krise entstandene, fällige Forderungen längere Zahlungsziele eingeräumt werden. Dies wird hier als „*Nachträgliche Kreditierung*“ bezeichnet. Die nachträgliche Kreditierung kann im Wesentlichen durch die drei iZm dem Stehenlassen iwS kennengelernten Methoden⁴⁵⁶ erfolgen: Verlängerung, Stundung, faktisches Stehenlassen. Dazu folgendes Beispiel: Die Gesellschaft mietet vom Gesellschafter ein Geschäftslokal. Der Mietvertrag wurde am 1.1.2020 abgeschlossen. Die Miete ist monatlich am fünften Tag zu bezahlen. Am 1.1.2024 gerät die Gesellschaft in die Krise. Obwohl die Gesellschaft seit Jänner 2024 die Miete nicht zahlt, hat der Gesellschafter bis heute nichts unternommen.

Fällt in der Krise ein Nutzungsentgelt an und wird dieses nicht eingefordert, unterliegt es grds der Rückzahlungssperre des § 14 Abs 1 EKEG.⁴⁵⁷ Es gilt jedoch zu überprüfen, inwiefern die Ausnahmetatbestände des § 3 EKEG die Kreditierung von Nutzungsentgelten aus dem Anwendungsbereich des EKEG ausnehmen und damit eigenkapitalersetzende Leistungen im Rahmen von Gesellschafternutzungsüberlassungen weiter einschränken.

3.3.3.1 Kaum Ausnahmen aufgrund § 3 Abs 1 Z 3 EKEG

Die hier unter dem Schlagwort „*Nachträgliche Kreditierung*“ behandelten Fälle weisen eine gewisse Nähe zum Stehenlassen von Krediten auf, was bereits aus dem zuvor erfolgten Hinweis auf die drei Methoden des Stehenlassens iwS hervorgekommen sein dürfte. Das Stehenlassen wurde von der Kreditgewährung anhand der Zuführung neuer Liquidität iSe positiven Mittelzuflusses abgegrenzt. Neue Liquidität wird dann zugeführt, wenn positiv Mittel an die Gesellschaft fließen, die sie später rückzuerstatten hat oder für die sie erst später Entgelt leisten

⁴⁵⁴ Vgl. Dellinger in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 12; § 3 Abs 1 Z 3 EKEG nimmt nicht das Stehenlassen von in der Krise gewährten Krediten aus, siehe Vogt in Schopper/Vogt, EKEG § 3 Rz 14, 23; Dellinger in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 7, 11; Dellinger in Dellinger/Keppert 55 (FN 8); siehe Zehetner/Bauer, Eigenkapitalersatzrecht 56ff; Schopper/Vogt in KLS, IO² § 3 EKEG Rz 16.

⁴⁵⁵ Siehe Dellinger in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 12.

⁴⁵⁶ Siehe Kapitel 3.3.2.3.1.

⁴⁵⁷ Saurer in Kalss/Rüffler 135 (149); Schopper/Vogt in KLS, IO² § 3 EKEG Rz 24; vgl. Vogt in Schopper/Vogt, EKEG § 3 Rz 35; Die hier unter dem Begriff „*nachträgliche Kreditierung*“ zusammengefassten Fallkonstellationen werden jene sein, die auch der Vorstellung der hA zugrunde liegen, wenn von Kreditierung des Nutzungsentgelts gesprochen wird, siehe Zehetner/Bauer, Eigenkapitalersatzrecht 59; Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 23.

muss. Keine neue Liquidität wird zugeführt, wenn bloß die Erfüllung von nach Leistungserbringung fällig werdenden Entgeltansprüchen abermals weiter hinausgeschoben wird – der Gesellschafter hat diesfalls zum Zeitpunkt des Aufschubs seine Gegenleistung an die Gesellschaft bereits erbracht.⁴⁵⁸ Daraus folgt, dass nicht jede nachträgliche Kreditierung Stehenlassen per definitionem ist. Ist der Gesellschafter nicht in Vorleistung gegangen – etwa weil die Entgeltfälligkeit am Beginn der Leistungsperiode liegt oder bei Fälligkeit während der Periode hinsichtlich des danach liegenden Zeitraums – werden zwar positive Mittel zugeführt, das Entgelt ist aber nicht erst später zu leisten. Wird das Entgelt sodann bei Fälligkeit zB gestundet oder schlicht nicht eingefordert, erfolgt die anschließende Mittelzufuhr in Vorleistung und liegt daher aufgrund Zufuhr neuer Liquidität erstmalig Kreditgewährung vor.

Anderes gilt für jene Zeiträume einer Leistungsperiode, die vor dem maßgeblichen Fälligkeitspunkt liegen. Aufgrund der positiven Mittelzufuhr, für die das Entgelt erst später zu leisten ist, lag bereits zum Zeitpunkt der Zurverfügungstellung der Sache Kreditgewährung vor. Wird nunmehr das Entgelt abermals zB gestundet oder schlicht nicht eingefordert, wird dadurch keine neue Liquidität zugeführt, da die Gesellschaft ihre Leistung bereits bezogen hat. Es handelt sich um Fälle des Stehenlassens.

Im vorliegenden Kontext unterscheiden sich diese beiden Konstellationen jedoch nicht allzu stark. Sowohl die Kreditgewährung als auch das Stehenlassen iSd ausgeführten Definitionen unterliegen dem weiten Kreditbegriff.⁴⁵⁹ Im EKEG sind nur Kreditierungen in der Krise tatbestandsmäßig. § 3 Abs 1 Z 3 EKEG nimmt das Stehenlassen in der Krise vom Kreditbegriff aus, wenn der Kredit vor der Krise gewährt wurde, nicht aber wenn der Kredit in der Krise gewährt wurde.⁴⁶⁰ Wie in Kapitel 3.3.2.3.2 dargelegt wurde, erbringt der Gesellschafter bei der Gebrauchsüberlassung in jeder juristischen Sekunde eine Leistung und – sofern er diese in Vorleistung erbringt – führt er gleichzeitig konstant positive Liquidität zu, woraus eine differenzierte Betrachtung der in einer Leistungsperiode gelegenen Phasen und allenfalls eine aliquote Behandlung des Entgelts resultiert. Je nach Zeitpunkt des Fälligkeits- und Kriseneintritts ergeben sich unterschiedliche Konstellationen, von denen nur eine geringe Teilmenge unter § 3 Abs 1 Z 3 EKEG subsumiert werden kann. Bei jenen Fällen, in denen die

⁴⁵⁸ Siehe Kapitel 3.3.2.3.2.

⁴⁵⁹ Siehe Kapitel 3.1.1 und 3.1.2; *Dellinger* in *Dellinger/Keppert* 55 (FN 8).

⁴⁶⁰ Vgl *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 14, 23; *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 1, 7, 11; *Dellinger* in *Dellinger/Keppert* 55 (FN 8); siehe *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 56ff; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 3 EKEG Rz 16; siehe idZ auch bereits FN 416.

Kreditgewährung vor der Krise erfolgt und in der Krise kein Stehenlassen stattfindet, fehlt schon eine Kreditierung iSd weiten Kreditbegriffs in der Krise. Dies ist kein Anwendungsfall des § 3 Abs 1 Z 3 EKEG und bedarf es des Rückgriffs auf einen Ausnahmetatbestand vom weiten Kreditbegriff ab initio nicht. Die verschiedenen denkbaren Konstellationen sollen in der Darstellung auf der folgenden Seite⁴⁶¹ veranschaulicht werden.

3.3.3.2 Ausnahme aufgrund § 3 Abs 1 Z 2 EKEG

§ 3 Abs 1 Z 1 und Z 2 EKEG nehmen gewisse kurzfristige Kredite vom Anwendungsbereich des EKEG aus. Die beiden Tatbestände funktionieren im Wesentlichen gleich,⁴⁶² haben jedoch einen unterschiedlichen sachlichen Anwendungsbereich und unterschiedliche zeitliche Obergrenzen. Z 1 nimmt nicht länger als 60 Tage zur Verfügung gestellte Geldkredite aus dem Anwendungsbereich des EKEG aus. Geldkredit meint vor allem auf Geld gerichtete Darlehen und Krediteröffnungsverträge.⁴⁶³ Kurzfristige Überbrückungshilfen sollen nicht eigenkapitalersetzend sein, da ihnen keine dauerhafte Finanzierungsfunktion innewohnt.⁴⁶⁴ Gem Z 2 sollen Waren- und sonstige Kredite im üblichen zeitlichen Ausmaß nicht erfasst sein, wobei ein Zeitraum von sechs Monaten jedenfalls⁴⁶⁵ als unschädlich gilt. Dem Gesellschafter steht gem § 3 Abs 2 EKEG der Beweis offen, dass eine längere Frist als branchenüblich gilt.⁴⁶⁶ Diese Kredite werden zwar vom EKEG freigestellt, das Anfechtungsrecht und das Kridastrafrecht bleiben aber unberührt.⁴⁶⁷

Nach hA sind kreditierte Entgeltforderungen des Gesellschafters für die erbrachte Vorleistung unter § 3 Abs 1 Z 2 EKEG zu subsumieren.⁴⁶⁸ Während unter Warenkredit die Lieferung von

⁴⁶¹ Die folgende Darstellung wurde vom Verfasser selbst erstellt.

⁴⁶² Siehe *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 11, FN 41.

⁴⁶³ *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 3.

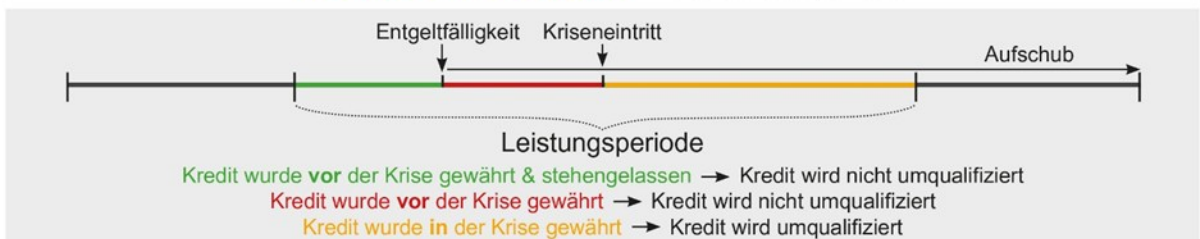
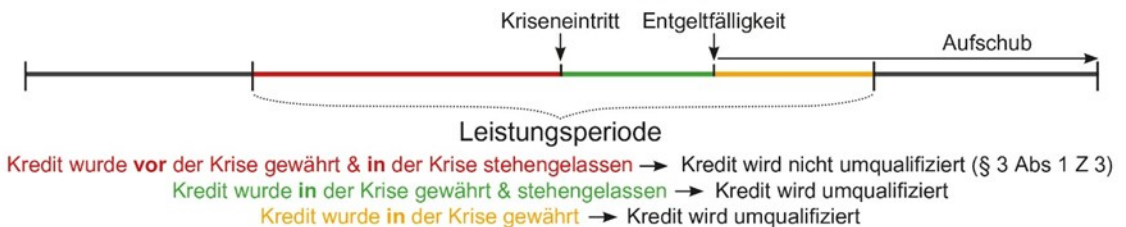
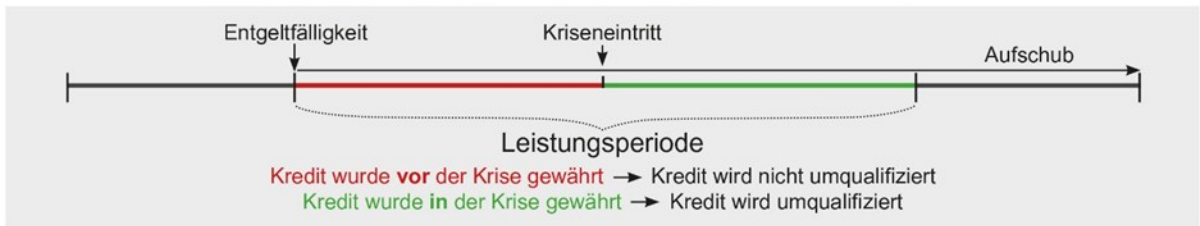
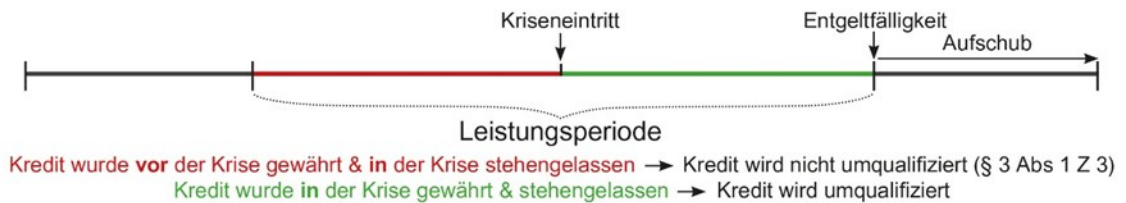
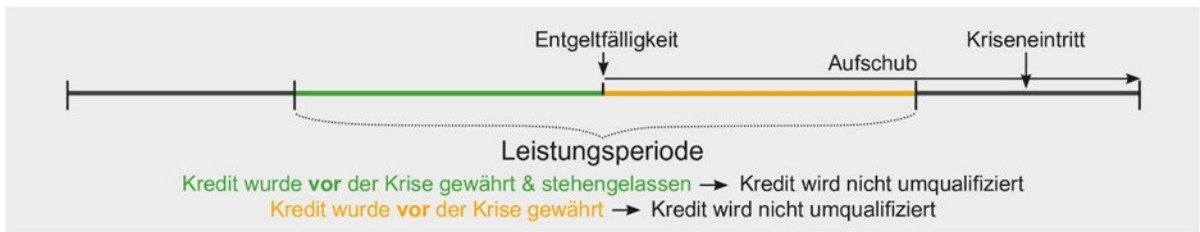
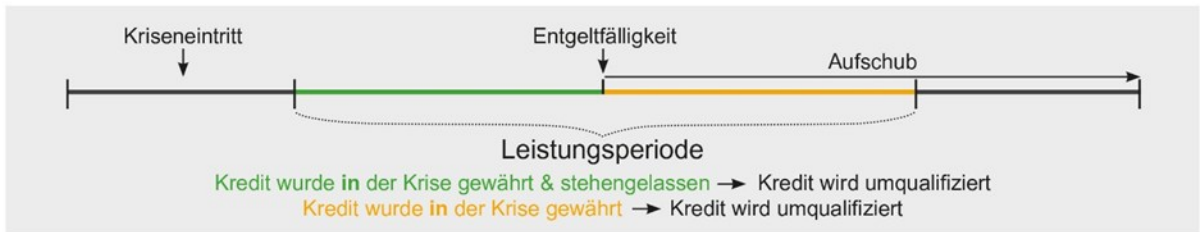
⁴⁶⁴ Vgl ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 13; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 14; Zumeist wird ein kurzer Zeitraum bis zur Erlangung anderweitiger Kapitalzufuhr überbrückt. Es findet idF regelmäßig eine Umschuldung statt. Zur Inanspruchnahme der Freistellung muss es sich tatsächlich um eine Überbrückungsmaßnahme handeln. Siehe im Detail *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 13; *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 3, 5f; *Dellinger* in *Dellinger/Keppert* 55 (63); zur str Rechtslage in Deutschland, wo es keine expliziten § 3 Abs 1 Z 1 und 2 EKEG entsprechenden Obergrenzen gibt, siehe *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 59ff, 209ff.

⁴⁶⁵ Auch bei Branchenüblichkeit ist keine Verkürzung dieser Frist möglich, vgl *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 13.

⁴⁶⁶ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 13; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 14; als zu großzügig erachtend *Karollus/Isola/Huemer* in *Institut der Wirtschaftsprüfer* 305 (324 FN 93).

⁴⁶⁷ *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 13; *Dellinger* in *Dellinger/Keppert* 55 (64).

⁴⁶⁸ *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 3, 9; *Saurer* in *Kalss/Rüffler* 135 (148); *Rüffler* in *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 74 Rz 21; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 11; vgl ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 13; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 14 (zB Entgelt für Dienstleistungserbringung).



Waren unter Setzung eines Zahlungsziels verstanden wird,⁴⁶⁹ stellt das kreditierte Entgelt für eine Nutzungsüberlassung ein Beispiel für einen sonstigen Kredit iSd Bestimmung dar.⁴⁷⁰ Dies wird insb durch § 3 Abs 3 EKEG bestätigt.⁴⁷¹ Der Zweck der Bestimmung liegt darin, dass die Gesellschaft ihre Leistungsbeziehung bereits ab Vorliegen der URG-Zahlen nicht mehr wie gewohnt fortführen könnte. Der Gesellschafter müsste zur Vermeidung von Rückerstattungsansprüchen in sanierungsfeindlicher Weise seine Vorleistung in der Krise entziehen. Dem soll § 3 Abs 1 Z 2 iVm Abs 2 EKEG entgegenwirken.⁴⁷²

Zur Einschlägigkeit des Tatbestandes ist nach hA erforderlich, dass ein innerhalb der jeweiligen Frist liegendes Zahlungsziel vereinbart⁴⁷³ wurde und die rechtzeitige Bezahlung ernstlich gewollt und ex ante realistisch ist. Schlussendlich muss die Zahlung binnen der Frist entweder tatsächlich erfolgt oder ernstlich betrieben worden⁴⁷⁴ sein.⁴⁷⁵ Ein/e Verlängerung/Stundung/Stehenlassen über die maßgebliche Frist hinaus kommt ohne Wegfall der Privilegierung des § 3 Abs 1 Z 2 EKEG nicht in Betracht.⁴⁷⁶ Auch § 3 Abs 1 Z 3 EKEG

⁴⁶⁹ *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 16; *Torggler*, JAP 2003/2004, 178 (FN 34); *Dellinger in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 9; *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 56; *Schopper/Vogt in KLS*, IO² § 3 EKEG Rz 13.

⁴⁷⁰ *Niederberger*, GeS 2002, 5 (6); *Karollus/Isola/Huemer in Institut der Wirtschaftsprüfer* 305 (324f; FN 97); *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 16; *Torggler*, JAP 2003/2004, 178 (FN 34); *Dellinger in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 9, 30; *Dellinger in Dellinger/Keppert* 55 (64f); *Saurer in Kalss/Rüffler* 135 (148); *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 57; *Rüffler in Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ Anh § 74 Rz 21, 23*; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 11; *Artmann in Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 62, 64; *Schopper/Vogt in KLS*, IO² § 3 EKEG Rz 13; siehe aber *Kalss in Kalss/Rüffler* 9 (45), die von einer Frist von 60 Tagen spricht.

⁴⁷¹ *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 11.

⁴⁷² *Dellinger in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 10; vgl *Schopper/Vogt in KLS*, IO² § 3 EKEG Rz 10.

⁴⁷³ Bei den dem faktischen Stehenlassen iSv unterlassenen Kündigungsmöglichkeiten oder Eintreibungsmaßnahmen entsprechenden Methoden der nachträglichen Kreditgewährung wird man mangels Parteienvereinbarung auf dieses Merkmal verzichten müssen.

⁴⁷⁴ Dazu gehören grds die unverzügliche Mahnung und Klags- und Exekutionsführung bei Nichtentsprechen, siehe im Detail *Dellinger in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 8; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 7.

⁴⁷⁵ *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 14; *Schopper/Vogt in KLS*, IO² § 3 EKEG Rz 11, 13; *Reiner*, SWK 2023, 1029 (1031); vgl *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 13; *Dellinger in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 11; *Rüffler in Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ Anh § 74 Rz 21*; *Artmann in Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 62; siehe nur zum Geldkredit *Dellinger in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 5; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 7ff.

⁴⁷⁶ *Dellinger in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 11; *Saurer in Kalss/Rüffler* 135 (148); *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 56; siehe jeweils nur zu Geldkrediten ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 13; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 14; *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 14; *Dellinger in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 7; *Dellinger in Dellinger/Keppert* 55 (63f); *Rüffler in Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ Anh § 74 Rz 21*; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 7; *Artmann in Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 62; *Schopper/Vogt in KLS*, IO² § 3 EKEG Rz 11; Zur Umgehung durch anschließende Neuaufnahme des Geldkredits beim selben Gesellschafter oder im Konzern („Kettenkredit“) siehe nur *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 15; *Dellinger in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 7; *Dellinger in Dellinger/Keppert* 55 (63f); *Artmann in Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 62; *Schopper/Vogt in KLS*, IO² § 3 EKEG Rz 11f; OGH 13.09.2016, 11 Os 64/16w; RIS-Justiz RS0130944.

hilft dem Gesellschafter hier nicht weiter, da dieser nicht für das Stehenlassen von in der Krise⁴⁷⁷ gewährten Krediten einschlägig ist.⁴⁷⁸

Im Ergebnis darf somit eine nachträgliche Kreditierung bis zu sechs Monate (im Rahmen des Abs 2 ggf noch länger) erfolgen. Zu beachten ist auch hier die oben entwickelte Ansicht, dass bei vorgeleisteter Nutzungsüberlassung kontinuierlich Kredit gewährt wird. Für jene Fälle, bei denen durch die nachträgliche Kreditierung erstmals Kredit gewährt wird, kann sich daraus die Notwendigkeit einer aliquoten Entgeltteilung ergeben. Ein Beispiel: Der Mietgegenstand wird für eine in der Krise liegende Leistungsperiode vom 1.1.2025 bis zum 31.1.2025 überlassen, wobei der Mietzins am 1.1.2025 fällig ist. Der Mietzins wird bei Fälligkeit am 1.1.2025 nachträglich bis zum 16.7.2025 gestundet. Der auf den Zeitraum vom 1.1.2025 bis 15.1.2025 entfallende aliquote Mietzins wurde über sechs Monate hinaus kreditiert und ist damit umzuqualifizieren, während die Ausnahme des § 3 Abs 1 Z 2 EKEG für den Zeitraum von 16.1.2025 bis 31.1.2025 greift. Ein ähnliches Bild ergibt sich in jenen Fällen, in denen die nachträgliche Kreditierung als Stehenlassen eines in der Krise gewährten Kredits zu werten ist.⁴⁷⁹ Da – wie soeben erwähnt – eine Verlängerung/Stundung/Stehenlassen über die maßgebliche Frist hinaus ohne Wegfall der Privilegierung des § 3 Abs 1 Z 2 EKEG nicht in Betracht kommt,⁴⁸⁰ kann der ursprünglich iSd Kapitel 3.3.2 in der Krise gewährte Kredit nicht durch nachträgliche Kreditierung iSd dieses Kapitels über sechs Monate hinaus aufgeschoben werden. Die Zeiten sind zusammenzurechnen und können sich aliquote Entgeltteilungen ergeben. Ein Beispiel: Der Mietgegenstand wird für eine in der Krise liegende Leistungsperiode vom 1.1.2025 bis zum 31.1.2025 überlassen, wobei der Mietzins am 31.1.2025 fällig ist. Der Mietzins wird bei Fälligkeit am 31.1.2025 nachträglich bis zum 16.7.2025 gestundet. Der auf den Zeitraum vom 1.1.2025 bis 15.1.2025 entfallende aliquote Mietzins wurde über sechs Monate hinaus kreditiert und ist damit umzuqualifizieren, während die Ausnahme des § 3 Abs 1 Z 2 EKEG für den Zeitraum von 16.1.2025 bis 31.1.2025 greift.⁴⁸¹

⁴⁷⁷ Dazu, dass § 3 Abs 1 Z 1 und 2 EKEG nur für in der Krise (und damit auch für in der Insolvenz) gewährte Kredite gelten, siehe *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 13; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 3 EKEG Rz 9.

⁴⁷⁸ *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 14, 23; *Dellinger in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 1, 7, 11; *Dellinger in Dellinger/Keppert* 55 (FN 8); siehe *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 56ff; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 3 EKEG Rz 16; siehe idZ auch bereits FN 416.

⁴⁷⁹ Siehe das fünfte Beispiel in der Darstellung auf Seite 83.

⁴⁸⁰ Siehe FN 476.

⁴⁸¹ Wertungsmäßig entspricht dies auch der in Deutschland von *Bitter* vertretenen Ansicht, wonach Zahlungsverzögerungen über einen bereits spät in der Leistungsperiode angesetzten Fälligkeitszeitpunkt hinaus nicht auch noch die volle Frist für ausgenommene kurzfristige Zahlungsziele auskosten können sollen. Es ist „eine Gesamtbetrachtung aus Fälligkeitsvereinbarung und nachträglicher (faktischer) Stundung vorzunehmen“, *Bitter*

3.4 Ergebnis

Bei der Gesellschafternutzungsüberlassung ist streng zwischen der Kreditierung des Rückerstattungsanspruchs in Bezug auf die überlassene Sache und des Entgeltsanspruches zu unterscheiden. Ersterer ist der Fallgruppe 1 des weiten Kreditbegriffes zuzuordnen, letzterer hingegen Fallgruppe 2.

Die Nutzungsüberlassung (präziser gesagt: die Kreditierung des Rückerstattungsanspruches iSd Fallgruppe 1) wird durch § 3 Abs 3 EKEG vom Kreditatbestand ausgenommen. Damit folgt der Gesetzgeber der Kritik der Lehre, wonach der Gesellschafter insb kein Substanzwertrisiko übernommen hat und die Sache den Gläubigern nicht als Haftungsfonds zur Verfügung steht. Die genaue Abgrenzung der Gesellschafternutzungsüberlassung war aber notwendig, da zwar nicht die eigenkapitalersatzrechtlichen, aber dafür andere Rechtsfolgen anknüpfen (insb § 26a IO). Das Vorliegen einer Gesellschafternutzungsüberlassung ist anhand eines dreistufigen Schemas zu prüfen. Unter Anwendung dieses Schemas ergibt sich etwa für Kreditsicherungsmittel, bei denen ein Eigentumserwerb der Gesellschaft ab initio beabsichtigt ist und der Rückforderungsanspruch nur für den Fall der Nichtzahlung des Entgelts zusteht, dass nicht von einer Gesellschafternutzungsüberlassung, sondern von einem Veräußerungsvertrag auszugehen ist.

Die Kreditierung des Entgeltsanspruches iSd Fallgruppe 2 kann hingegen eigenkapitalersetzend sein. Das bloße Beginnen oder Fortführen des Nutzungsüberlassungsverhältnisses in der Krise ist kein Kreditierungsakt in Bezug auf das Entgelt. Ein tauglicher Kreditierungsakt kann einerseits in der ursprünglichen Kreditierung liegen. Darunter wird das Ansetzen des Fälligkeitszeitpunktes am Ende oder während einer Leistungsperiode verstanden. Der weite Kreditbegriff wird aufgrund der Vorleistung des Gesellschafters grds erfüllt, doch wird in der Praxis idR der Ausnahmetatbestand des § 3 Abs 1 Z 2 EKEG (ggf iVm Abs 2) vorliegen. Bei sechs Monate überschreitenden Leistungsperioden ist ein eigenkapitalersetzender Kredit denkbar. Da die Kreditgewährung vom Stehenlassen anhand der Zufuhr neuer Liquidität als positivem Mittelzufluss abzugrenzen ist, wird bei der Gesellschafternutzungsüberlassung entsprechend dem grundlegenden Charakter eines Dauerschuldverhältnisses und der bloßen Überlassung eines Gebrauchsrechts kontinuierlich Kredit gewährt. Aus der erforderlichen zeitraumbezogenen Betrachtungsweise folgt eine aliquote Entgeltteilung, die zu sachgerechten

in *Scholz, GmbHG III*¹³ § 135 InsO Rz 209, 458; vgl auch die Anmerkung *Bitters* (WuB 2015, 349 (355)) anlässlich der insofern nicht differenzierenden E BGH 29.1.2015, IX ZR 279/13.

Ergebnissen führt. Zu beachten ist schließlich der Sonderfall der periodenübergreifenden Kreditierung.

Unter der nachträglichen Kreditierung werden jene Fälle verstanden, bei denen abweichend vom schuldrechtlichen Grundgeschäft für in der Krise entstandene, fällige Forderungen längere Zahlungsziele (zB durch Stundung, etc) eingeräumt werden. Der weite Kreditbegriff ist erfüllt, doch können die Ausnahmetatbestände des § 3 Abs 1 Z 2 (ggf iVm Abs 2) und seltener auch Z 3 EKEG greifen. Auch hier ist aufgrund der kontinuierlichen Kreditgewährung eine zeitraumbezogene Betrachtung anzustellen, aus der notwendige aliquote Entgeltteilungen resultieren.

Im Ergebnis ist sowohl bei der ursprünglichen als auch bei der nachträglichen Kreditierung nach dem Vorliegen aller notwendigen Tatbestandselemente in den jeweiligen Zeiträumen zu fragen. Bei der ursprünglichen Kreditierung kann es vorkommen, dass der Gesellschaft für einen Zeitraum der Leistungsperiode nicht einmal in Vorleistung gegangen ist. Diesfalls ist schon der weite Kreditbegriff nicht erfüllt. Manche Zeiträume, für die das aliquote Entgelt kreditiert wurde, können noch vor Kriseneintritt iSd § 2 EKEG gelegen sein. Das Stehenlassen in der Krise ist gem § 3 Abs 1 Z 3 EKEG unbeachtlich. Es ist stets zu prüfen, ob ein Zeitraum noch innerhalb der gem § 3 Abs 1 Z 2 EKEG (ggf iVm Abs 2) maßgeblichen (meist sechsmonatigen) Frist liegt. Besonders zu beachten ist dabei, dass Zeiten der ursprünglichen und nachträglichen Kreditierung zusammenzuzählen sind. Nur das aliquote Entgelt für einen insgesamt länger als (meist) sechs Monate vergangenen Zeitraum ist eigenkapitalersetzend.

4 Rechtsfolgen in der Krise

ISd vom EKEG verfolgten gesellschaftsbezogenen Ansatzes greifen die Rechtsfolgen des Eigenkapitalersatzes nicht erst im Insolvenzverfahren, sondern in der meist bereits zuvor eintretenden Krise.⁴⁸² Insofern bestehen erhebliche Unterschiede zum deutschen Recht.⁴⁸³ Zentrale Norm für die Rechtsfolgen in der Krise ist § 14 EKEG, wobei idZ zumeist von den Rechtsfolgen „außerhalb des Insolvenzverfahrens“ gesprochen wird.⁴⁸⁴ Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, dass Zeiten der Insolvenz auch Krisenzeiten iSd § 2 EKEG sind, weshalb insb § 14 EKEG grds auch im Insolvenzverfahren anwendbar ist.⁴⁸⁵ Freilich werden diese Rechtsfolgen aufgrund *lex specialis derogat legi generali* im Insolvenzverfahren weitgehend verdrängt.⁴⁸⁶ Dennoch erscheint es terminologisch präziser und das Spezialitätsverhältnis besser zum Ausdruck bringend, wenn zwischen Rechtsfolgen in der Krise als *leges generales* und Rechtsfolgen im Insolvenzverfahren als *leges speciales* differenziert wird.

4.1 Beendigung des Nutzungsüberlassungsvertrages und Rückforderbarkeit der überlassenen Sache

Fraglich ist, ob die österreichische Rechtsordnung Mechanismen vorsieht, die die Vertragstreuepflicht des Gesellschafters in Krisenzeiten außerhalb des Insolvenzverfahrens verschärft. Es gilt die Existenz von Normen zu prüfen, die insofern dem allgemeinen Zivilrecht vorgehen. Zunächst ist festzuhalten, dass die Gesellschaft die Herausgabe nicht unter Berufung auf § 14 Abs 1 EKEG verweigern kann, da dessen Anwendungsbereich nur eigenkapitalersetzende Kredite erfasst und ein solcher nach der klaren Regel des § 3 Abs 3 EKEG nicht in der Nutzungsüberlassung liegen kann.⁴⁸⁷ Die Regelungen in der IO stellen in

⁴⁸² Vgl *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 14 Rz 1; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 1f; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 14 EKEG Rz 2.

⁴⁸³ Siehe Kapitel 2.2.1; Das deutsche Recht kennt insb keine Rückzahlungssperre. Es kann nur eine Befriedigung im letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag oder danach gem § 135 Abs 1 Z 2 dInsO angefochten werden, siehe *Bitter in Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 134, 145ff.

⁴⁸⁴ Siehe ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 19; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 19; *Karollus/Isola/Huemer* in *Institut der Wirtschaftsprüfer* 305 (326); *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 14 Rz 1; *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 93; *Rüffler in Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 74 Rz 27; *Artmann in Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 70.

⁴⁸⁵ Siehe ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 19; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 19f; *Reiner*, SWK 2023, 1117 (1117); zum Sanierungsverfahren *Frizberg*, ZIK 2018, 166 (168) mwN; Die Rückzahlungssperre gilt etwa für das insolvenzfreie Vermögen, vgl *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 80. Der Rückerstattungsanspruch muss ebenso greifen, wenn eine unzulässige Rückzahlung im Insolvenzverfahren erfolgt.

⁴⁸⁶ Vgl *Reisch in Konecny* 171 (181); *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 8; siehe aber *Schmidt*, GesRZ 2004, 75 (81).

⁴⁸⁷ Ähnliche Bestrebungen wie in der dL, die Bestandsfestigkeit von Nutzungsüberlassungen in der Zeit vor Insolvenzeröffnung durch Anwendung der für Kredite einschlägigen Regelungen zu erhöhen (siehe *Marotzke*, ZInsO 2008, 1281 (1285)), sind in der österreichischen Rechtsordnung aufgrund der diesbezüglich klaren Regelung des § 3 Abs 3 EKEG nicht denkbar, siehe *Schummer in Dellinger/Keppert* 143 (158); *Bitter*, ZIP 2010,

zeitlicher Hinsicht weitestgehend auf den Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung ab.⁴⁸⁸ So beeinflusst etwa § 25a IO nicht vor Insolvenzeröffnung zugegangene, rechtsgeschäftliche Erklärungen des Gesellschafters, durch die Fristen oder Termine ausgelöst werden. Eine vor Insolvenzeröffnung zugegangene Kündigung ist daher wirksam, auch wenn die Kündigungsfrist in die Zeit danach reicht.⁴⁸⁹

Heillos umstritten ist hingegen die Anwendbarkeit des § 25b Abs 2 IO auf Vertragsklauseln, die ein Rücktrittsrecht oder die Vertragsauflösung bei Eintritt anderer Umstände als der Insolvenzeröffnung vorsehen. Während manche unter Berufung auf systematische und historische Erwägungen den Anwendungsbereich auf sog Formalklauseln, die auf die Insolvenzeröffnung abstellen, beschränken,⁴⁹⁰ wollen andere aus teleologischen Erwägungen und zur Verhinderung von Umgehungen das Verbot von Lösungsklauseln auf andere Umstände ausweiten.⁴⁹¹ ME sprechen die besseren Gründe gegen eine Beschränkung auf reine Formalklauseln. Die Krisentatbestände des § 2 Abs 1 Z 1 und Z 2 EKEG sind mit *Anzenberger*⁴⁹² als Unterkategorien der notwendigen Voraussetzungen für die Insolvenzeröffnung anzusehen und damit von § 25b Abs 2 IO erfasst. In Bezug auf den Kriseneintritt bei Vorliegen der URG-Kennzahlen ist auf § 19 URG hinzuweisen, wonach die „*Vereinbarung eines Rücktrittsrechts, der Vertragsauflösung oder der Fälligkeit eines zugezählten Kredits für den Fall der Einleitung eines Reorganisationsverfahrens*“ unzulässig ist. Fraglich ist, ob für die Auslegung dieser Norm dieselben Maßstäbe wie iZm § 25b Abs 2 IO angesetzt werden können.⁴⁹³ Neben den von *Anzenberger* angestellten Erwägungen, wonach eine an § 25b Abs 2 IO orientierte Auslegung des § 19 URG faktisch zu einer zeitlich zu weiten Ausdehnung der Wirkungen des § 25b Abs 2 IO führen würde und der Zweck des Reorganisationsverfahrens eine weite Auslegung (anders als beim Insolvenzverfahren) nicht

1 (7); siehe für Deutschland schlussendlich auch eine Anwendung der §§ 39 Abs 1 Z 5, 135 Abs 1 dInsO de lege lata verneinend *Gruschinske*, GmbHR 2010, 179 (181); *Spahl*, Nutzungsüberlassungen 126ff, 163f; siehe idZ auch Kapitel 3.2.1.2 und 5.3.2.

⁴⁸⁸ Siehe Kapitel 5.

⁴⁸⁹ JAB 651 BlgNR 24. GP 2; *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 67f, 78f; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 330; *Perner* in KLS, IO² § 25a Rz 2, 15; LGZ Graz 24.5.2011, 7 R 62/11f; vgl *Konecny*, ZIK 2010, 82 (86); Der tatsächlichen Rückgabe kann im Insolvenzverfahren § 12c IO oder § 26a IO entgegenstehen.

⁴⁹⁰ Vgl *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 336; restriktiv auch *Hoenig*, RdW 2013, 515 (518f).

⁴⁹¹ Vgl *Konecny*, ZIK 2010, 82 (86f) (bei wirtschaftlicher Verschlechterung); *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 152ff, 165ff (Einbeziehung von Umständen die in kausalem Zusammenhang mit der Insolvenzeröffnung stehen, wie etwa die Insolvenzeröffnungsgründe und Krisentatbestände der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung); *Perner* in KLS, IO² § 25b Rz 9ff (zB bei anderen Akten im Verlaufe des Insolvenzverfahrens).

⁴⁹² *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 154ff.

⁴⁹³ Im Wesentlichen dieselben Auslegungsprobleme erblickend *Hoenig*, RdW 2013, 515 (518); eine parallele Auslegung bezweifelnd *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit FN 1047.

erforderlich erscheinen lässt,⁴⁹⁴ spricht mE auch der ausdrückliche Hinweis in den Materialien, dass durch § 20e Abs 2 AO⁴⁹⁵ „vertragliche Rechte, die etwa an eine wirtschaftliche Verschlechterung anknüpfen, durch Abs. 2 nicht berührt“ werden,⁴⁹⁶ gegen die Annahme, § 19 URG verbiete auf die URG-Kennzahlen abstellende Lösungsklauseln. Der seinerzeitige Wille des Gesetzgebers muss durchaus ernst genommen werden. § 25b Abs 2 IO sollte nur so weit ausgeweitet werden, als dies zur Verhinderung von Umgehungen erforderlich ist,⁴⁹⁷ und kann ein vom Gesetzgeber offensichtlich nicht gewolltes Ergebnis nicht „durch die Hintertür“ durch extensive Interpretation des § 19 URG herbeigeführt werden. Im Ergebnis sind somit Lösungsklauseln für in Krisenzeiten eintretende Umstände in beachtlichem Ausmaß möglich.

In Deutschland wird mitunter vertreten, dass der Gesellschafter den Nutzungsanspruch der Gesellschaft vor Insolvenzeröffnung aufgrund seiner Treuepflicht nicht entziehen darf.⁴⁹⁸ Die Diskussion wird man als Resultat der Materialien zum MoMiG sehen können, die § 135 Abs 3 dInsO als Ausprägung dieser Treuepflicht sehen.⁴⁹⁹ Auch in Österreich ist eine gesellschaftliche Treuepflicht anerkannt und war dies auch schon vor der Novellierung des § 1186 ABGB zum Zeitpunkt der Schaffung des GIRÄG 2003.⁵⁰⁰ Aus den Materialien, die die Treuepflicht anders als in Deutschland nicht erwähnen, geht hervor, dass eine verstärkte Vertragsbindung in Krisenzeiten nicht iSd Gesetzgebers ist: Durch § 26a IO soll die Zwangsüberlassung „auf das notwendige Ausmaß“ reduziert werden und ein Abziehen kurz vor Konkurseröffnung „lediglich nach anfechtungsrechtlichen Bestimmungen rückgängig gemacht werden“ können.⁵⁰¹ Eine verstärkte Verpflichtung zum Festhalten am Vertrag aus der Treuepflicht abzuleiten, erscheint mir mit dem gesetzgeberischen Willen nicht vereinbar.

Mangels einschlägiger Sonderbestimmungen greift in Krisenzeiten außerhalb des Insolvenzverfahrens grds allgemeines Zivilrecht, sodass der Vertrag gem den jeweils einschlägigen gesetzlichen und vertraglichen Kündigungsmöglichkeiten (ausgenommen von § 25b Abs 2 IO erfasste Lösungsklauseln) beendet werden kann. Die Gesellschaft hat die Sache zurückzugeben, widrigenfalls die Rückgabe im Prozess- und Exekutionswege erzwungen

⁴⁹⁴ Anzenberger, Insolvenzfestigkeit FN 1047.

⁴⁹⁵ Verordnung des Bundesministers für Justiz vom 10. September 1934, betreffend die Wiederverlautbarung der Ausgleichsordnung, BGBl II 1934/221.

⁴⁹⁶ ErläutRV 734 BlgNR 20. GP 55.

⁴⁹⁷ Anzenbergers (Insolvenzfestigkeit 152ff, 165ff) Kausalitätsprüfung erscheint dabei durchaus sachgerecht.

⁴⁹⁸ Vgl etwa Gehrlein, NZI 2016, 561 (566).

⁴⁹⁹ Vgl Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/9737, 59; krit Bitter, ZIP 2010, 1 (5); Bitter in Scholz, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 413.

⁵⁰⁰ Siehe ausführlich Haglmüller, Gesellschafterpflichten 111ff.

⁵⁰¹ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 10f, 21; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 11, 22.

werden kann.⁵⁰² Das Abziehen der überlassenen Sache in der Krise kann allenfalls durch das Anfechtungsrecht rückgängig gemacht werden.⁵⁰³

4.2 Die Rechtsfolgen des § 14 EKEG

4.2.1 Die Rückzahlungssperre (§ 14 Abs 1 erster Satz EKEG)

Nach der alten Rechtslage durfte das Entgelt für eine in der Krise erfolgte Nutzungsüberlassung bis zum Ende der Krise nicht ausbezahlt werden.⁵⁰⁴ Das laufende Entgelt für ein vor der Krise begonnenes Nutzungsüberlassungsverhältnis durfte hingegen sehr wohl bezahlt werden, wenn keine Entgeltkreditierung erfolgt ist.⁵⁰⁵ Wenn man wie die alte Rsp die Nutzungsüberlassung selbst als Kredit ansieht, müsste man die Zwangsüberlassung der Sache während der Krise dogmatisch als Fall der Rückzahlungssperre behandeln, da diesfalls der Anspruch auf Rückgabe der überlassenen Sache als gesperrt anzusehen wäre.⁵⁰⁶ Da die aktuelle Rechtslage mit § 3 Abs 3 EKEG und § 26a IO nunmehr einen insolvenzrechtlichen Ansatz verfolgt, wird die Zwangsüberlassung erst iZm den Rechtsfolgen im Insolvenzverfahren behandelt. Im gegebenen Kontext geht es somit nur um das kreditierte Nutzungsentgelt.

Mit der Rückzahlungssperre gem § 14 Abs 1 EKEG wurde weitgehend bisherige Rsp übernommen.⁵⁰⁷ Bis zur nachhaltigen Sanierung („*Entsperrung*“) der Gesellschaft kann ein eigenkapitalersetzender Kredit samt Zinsen⁵⁰⁸ und Nebenforderungen⁵⁰⁹ nicht zurückbezahlt werden. Hintergedanke ist, dass der Gesellschafter seine getroffene Finanzierungsentscheidung nicht revidieren und der Gesellschaft gewährte Liquidität nicht wieder entziehen können soll. Es soll nicht zu Situationen kommen, in denen der Gesellschafter unter Ausnützung seines Insiderwissens Kredite kurz vor Kollabieren der Gesellschaft noch rechtzeitig abzieht.⁵¹⁰

⁵⁰² Siehe Karollus/Isola/Huemer in *Institut der Wirtschaftsprüfer* 305 (FN 127); Zehetner/Bauer, Eigenkapitalersatzrecht 59; Mohr in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 32.

⁵⁰³ Siehe dazu Kapitel 5.3.

⁵⁰⁴ OGH 28.01.1997, 1 Ob 2044/96m; vgl Schmidberger, Eigenkapitalersatz 47; Schmidberger, ZIK 1998, 16 (18); Dellinger in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 30; Vogt in Schopper/Vogt, EKEG § 3 Rz 27; Saurer in Kalss/Rüffler 135 (149); siehe Karollus/Schulyok, Eigenkapitalersetzende Leistungen 113f.

⁵⁰⁵ OGH 20.02.2003, 6 Ob 18/03w; siehe bereits Kapitel 3.3.1.

⁵⁰⁶ Siehe auch Schummer in Dellinger/Keppert 143 (158).

⁵⁰⁷ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 19; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 19; Vogt in Schopper/Vogt, EKEG § 14 Rz 2; Artmann in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 52 Rz 70; Schopper/Vogt in KLS, IO² § 14 EKEG Rz 1.

⁵⁰⁸ Der Zinsenlauf wird jedoch fortgesetzt. Lediglich die Auszahlung der angefallenen Zinsen darf erst nach Beseitigung der Krise erfolgen, ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 19; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 20; Schulyok in Dellinger/Keppert 39 (51); Vogt in Schopper/Vogt, EKEG § 14 Rz 14; Kalss in Kalss/Rüffler 9 (47); Zehetner/Bauer, Eigenkapitalersatzrecht 92; Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 7; Schopper/Vogt in KLS, IO² § 14 EKEG Rz 5; zur alten Rechtslage siehe Karollus/Schulyok, Eigenkapitalersetzende Leistungen 67; zur systemwidrigen Vermischung der Fallgruppen, siehe Kapitel 3.1.3.

⁵⁰⁹ Vogt in Schopper/Vogt, EKEG § 14 Rz 14; Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 7.

⁵¹⁰ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 19; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 20; Zehetner/Bauer, Eigenkapitalersatzrecht 93.

Ähnlich wie beim Verbot der Einlagenrückgewähr steht der Grundsatz der Kapitalbindung im Vordergrund, der Leistungen aus dem Gesellschaftsvermögen verhindern soll.⁵¹¹ Da insofern der Gläubigerschutz im Zentrum steht, stellt die Rückzahlungssperre zwingendes Recht dar.⁵¹²

Sanierung iSd § 14 Abs 1 EKEG liegt dann vor, wenn Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung und Reorganisationsbedarf beseitigt sind und auch die Rückzahlung des Kredites keinen dieser Zustände wieder herbeiführen wird.⁵¹³ Dadurch wird großteils auf die gleichen Anhaltspunkte wie für den Kriseneintritt abgestellt.⁵¹⁴ Lediglich kurzfristige Erholungen stellen noch keine nachhaltige Sanierung dar, doch wird in diesen Fällen eine an Gläubigerschutzgesichtspunkten orientierte Auslegung des Reorganisationsbedarfs ohnedies nicht zum Wegfall der Rückzahlungssperre führen.⁵¹⁵ Auf die subjektive Erkennbarkeit des Fortbestehens der Rückzahlungssperre kommt es nach hA nicht an.⁵¹⁶ Ist nachhaltige Sanierung einmal erreicht, erlischt die Rückzahlungssperre endgültig und führt auch ein neuerlicher Kriseneintritt nicht zu einem Wiederaufleben.⁵¹⁷

Die Rückzahlungssperre greift naturgemäß nur dann, wenn der Kredit tatsächlich gewährt⁵¹⁸ wurde, da das Eigenkapitalersatzrecht nicht die Auszahlung bloß zugesagter Kredite erzwingen kann.⁵¹⁹ Str ist, ob die Rückzahlungssperre den Wirkungen einer reinen Zwangsstundung entspricht, die jegliche Rechte zur sofortigen Geltendmachung der Forderung (zB aus dem Titel

⁵¹¹ Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 4, 17; vgl Karollus/Isola/Huemer in *Institut der Wirtschaftsprüfer* 305 (326f).

⁵¹² Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 4.

⁵¹³ Vgl ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 19; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 20; im Detail siehe Vogt in Schopper/Vogt, EKEG § 14 Rz 11ff; Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 9ff; Reisch in Konecny 171 (177).

⁵¹⁴ Insb betreffend die URG-Kennzahlen bestehen jedoch Abweichungen, dazu Karollus/Isola/Huemer in *Institut der Wirtschaftsprüfer* 305 (326); Mohr in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 14 Rz 10; Mohr in Dellinger/Keppert 19 (28); Schulyok in Dellinger/Keppert 39 (48ff); Zehetner/Bauer, Eigenkapitalersatzrecht 94ff; Rüffler in Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ Anh § 74 Rz 27; Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 9ff; Rüffler, ÖBA 2013, 722 (726f).

⁵¹⁵ Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 13; vgl Mohr in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 14 Rz 12; siehe auch Zehetner/Bauer, Eigenkapitalersatzrecht 94; Reiner, SWK 2023, 1117 (1119).

⁵¹⁶ Mohr in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 14 Rz 10; Mohr in Dellinger/Keppert 19 (28); Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 12; Artmann in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 52 Rz 70.

⁵¹⁷ Mohr in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 14 Rz 12; Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 13; Artmann in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 52 Rz 70; Reiner, SWK 2023, 1117 (1118f).

⁵¹⁸ Siehe Kapitel 3.3.2.3.2.

⁵¹⁹ Karollus/Schulyok, Eigenkapitalersetzende Leistungen 69f; Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 4; Artmann in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 52 Rz 70; für Deutschland Bitter in Scholz, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 63; siehe idZ bereits Kapitel 3.3.2.3.2.

des objektiven Schuldnerverzugs) verdrängt,⁵²⁰ oder ob dadurch die Fälligkeit der Forderung verhindert wird, sodass die Gesellschaft nicht erst in Verzug gerät.⁵²¹

In der Lehre findet sich häufig der Satz, dass der Kredit als Ganzes und einheitlich der Rückzahlungssperre unterliege. Eine Aufteilung in bedenkliche und unbedenkliche bzw kapitalersetzende und nicht kapitalersetzende Teile finde nicht statt.⁵²² Diese Ausführungen sind vor dem Hintergrund eines Meinungsstreits zur alten Rechtslage zu verstehen, wonach die Rückzahlungsmöglichkeit eines das Ausmaß einer Unterbilanz übersteigenden Kreditbetrages diskutiert wurde.⁵²³ Angesprochen ist daher die Unzulässigkeit einer Differenzierung auf Rechtsfolgenebene, nicht aber auf Tatbestandsebene!⁵²⁴ Die Lehre steht der in Kapitel 3.3.2 und 3.3.3 vertretenen aliquoten Entgeltteilung mE nicht entgegen. Das Fehlen eines Tatbestandsmerkmals ist Prämisse für die Vornahme einer aliquoten Teilung, sodass hinsichtlich dieses Teils gerade kein eigenkapitalersetzender Kredit vorliegt, wodurch eine Anwendung des § 14 EKEG von vorneherein nicht in Betracht kommt. Ähnliches gilt für die iZm mit der Überlassung einer im Miteigentum stehenden Sache dargestellte Problematik, bei der das Tatbestandsmerkmal der Gesellschafterstellung fehlt.⁵²⁵ Nach § 14 EKEG ist somit nicht die Aufsplittung in einen vom EKEG erfassten und nicht erfassten Kreditteil ist unzulässig, sondern die Aufsplittung des vom EKEG erfassten Kredit(teils) in einen rückzahlbaren und nicht rückzahlbaren Teil.⁵²⁶

Aus dem Blickwinkel der Gesellschaftsorgane ist § 14 EKEG als Rückzahlungsverbot zu verstehen, bei dessen Zuwiderhandeln unbeschadet des Rückerstattungsanspruches

⁵²⁰ Vgl. *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 14 Rz 3; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 8; *Reisch in Konecny* 171 (177); *Haglmüller*, Gesellschafterpflichten 12ff; Konsequenterweise müsste man diesfalls für die Dauer der Sperre eine Verjährungshemmung für Kredit samt Zinsen annehmen *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 14 Rz 4; *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 14 Rz 3; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 8; *Schopper/Vogt in KLS*, IO² § 14 EKEG Rz 3; zur alten Rechtslage siehe *Berger*, ÖBA 1996 837 (842).

⁵²¹ Vgl. *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 14 Rz 3; *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 12 (mit ausführlichem Überblick über den Meinungsstand); *Schopper/Vogt in KLS*, IO² § 14 EKEG Rz 3.

⁵²² *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 14 Rz 6f; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 7; *Schopper/Vogt in KLS*, IO² § 14 EKEG Rz 5; *Reiner*, SWK 2023, 1117 (1117f).

⁵²³ Siehe *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 14 Rz 6; zur alten Rechtslage siehe *Berger*, ÖBA 1996 837 (844); *Koppensteiner*, GmbHG² § 74 Rz 14; *Karollus/Schulyok*, Eigenkapitalersetzende Leistungen 50, 56;

⁵²⁴ Siehe den Satz bei *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 14 Rz 7; *Schopper/Vogt in KLS*, IO² § 14 EKEG Rz 5 „§ 14 sperrt daher zunächst den Eigenkapital ersetzenden Kredit in vollem Umfang.“ Die Betonung wird man auf „Eigenkapital ersetzenden Kredit“ legen müssen. Zu unpräzise daher *Reiner*, SWK 2023, 1117 (1117f).

⁵²⁵ Siehe Kapitel 3.2.3.2.

⁵²⁶ Zur Ausnahme, dass die gänzliche Rückzahlung zum Wiedereintritt eines Krisenumstandes führen würde, die bloße Teilrückzahlung aber einer nachhaltigen Sanierung nicht entgegensteht, siehe *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 14 Rz 8ff; *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 14 Rz 11; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 9; *Reisch in Konecny* 171 (178); *Artmann in Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 70; *Schopper/Vogt in KLS*, IO² § 14 EKEG Rz 9; *Reiner*, SWK 2023, 1117 (1117f).

Haftungsfolgen eintreten können.⁵²⁷ Zivilrechtlich haften die Organwalter nach hA – Verschulden vorausgesetzt – solidarisch mit dem Gegner des Rückerstattungsanspruchs (vgl. § 25 GmbHG, § 84 AktG), können sich aber im Innenverhältnis bei diesem voll regressieren.⁵²⁸ Im Strafrecht kommt eine Strafbarkeit nach § 156 StGB (betrügerische Krida) oder § 158 StGB (Gläubigerbegünstigung) in Betracht, wobei eine Bestimmungs- oder Beitragstäterschaft des Leistungsempfängers denkbar ist.⁵²⁹

4.2.2 Der Rückerstattungsanspruch (§ 14 Abs 1 zweiter und dritter Satz, Abs 3 EKEG)

Wird der Kredit entgegen der Rückzahlungssperre an den Gesellschafter zurückbezahlt oder wird der Gesellschafter in anderer Weise (§ 14 Abs 1 dritter Satz EKEG) befriedigt, steht der Gesellschaft gem § 14 Abs 1 zweiter Satz EKEG ein Rückerstattungsanspruch zu, der in seiner Funktion jenen der §§ 83 GmbHG, 56 Abs 3 AktG (Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr) entspricht.⁵³⁰ Nach hA handelt es sich um einen eigenständigen, gesellschaftsrechtlichen Anspruch, nicht bloß um einen Bereicherungsanspruch.⁵³¹ Das Verhältnis des Anspruches zu allgemeinen, zivilrechtlichen Rechtsbehelfen ist – wie beim Verbot der Einlagenrückgewähr⁵³² – umstritten.⁵³³

Der Rückerstattungsanspruch ist als reine Innenhaftung ausgestaltet. Anspruchsberechtigt ist stets die Gesellschaft. Gesellschaftsgläubiger können aber nach allgemeinen Regeln Pfändung und Überweisung des Anspruches durchsetzen. Regelmäßig wird dieser Anspruch erst in der

⁵²⁷ *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 14 Rz 23; *Mohr in Dellinger/Keppert* 19 (28f); *Schmidt*, GesRZ 2004, 75 (81); *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 4, 14; *E. Achatz in Konecny* 15 (24); *Artmann in Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 70.

⁵²⁸ *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 14 Rz 23; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 21; *Schopper/Vogt in KLS*, IO² § 14 EKEG Rz 16; vgl. *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 14 Rz 25; *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 96; *Rüffler in Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 74 Rz 27.

⁵²⁹ Vgl. OGH 1.10.2002, 11 Os 41/02; OGH 9.9.2003, 11 Os 76/03; OGH 12.1.2016, 11 Os 63/15x; OGH 07.11.2019, 12 Os 42/19x; RIS-Justiz RS0116824; *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 14 Rz 26; *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 14 Rz 23; *Mohr in Dellinger/Keppert* 19 (29); *Brandstetter in Dellinger/Keppert* 167 (172ff); *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 42; vgl. *Artmann in Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 70; *Schopper/Vogt in KLS*, IO² § 14 EKEG Rz 17; aA *Lewisch*, RdW 2000, 584 (584ff).

⁵³⁰ *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 4, 17; zum Verhältnis des Rückerstattungsanspruches zu Ansprüchen aus dem Verbot der Einlagenrückgewähr siehe *Kalss in Kalss/Rüffler* 9 (48ff); *Rüffler in Kalss/Rüffler* 111 (125ff); *Schmidtsberger in Dellinger/Keppert* 119 (138ff); *Rüffler in Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 74 Rz 29; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 4, 17, 30; *E. Achatz in Konecny* 15 (32ff); *Reisch in Konecny* 171 (183f); *Artmann in Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 50ff; *Schopper/Vogt in KLS*, IO² § 14 EKEG Rz 19.

⁵³¹ *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 14 Rz 18; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 46; *Kalss*, GesRZ 2015, 302 (302ff); *Artmann in Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 70/1.

⁵³² Siehe dazu nur *Artmann in Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 73, § 56 Rz 4; *Artmann/Rüffler*, Gesellschaftsrecht³ Rz 767, 1148, 1152 (Verdrängung des Bereicherungsrecht aufgrund *lex specialis*); OGH 13.09.2012, 6Ob110/12p (echte Konkurrenz zum Bereicherungsrecht); RIS-Justiz RS0128167.

⁵³³ Siehe *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 26; *E. Achatz in Konecny* 15 (25).

Insolvenz durch den Insolvenzverwalter geltend gemacht.⁵³⁴ Entsprechend der Funktion des Gläubigerschutzes ist ein Verzicht auf den Anspruch durch die Gesellschaft vorab nicht möglich.⁵³⁵ Anspruchsgegner ist der Leistungsempfänger – dh bei Leistung an einen Dritten dieser Dritte.⁵³⁶ Dies ist insofern konsequent, als der Anspruchsinhalt – unabhängig von einer nachträglichen Entreicherung oder gutgläubigem Empfang/Verbrauch⁵³⁷ – auf Rückgabe des zu Unrecht Erlangten (mitsamt Zinsen) gerichtet ist.⁵³⁸ Eine Ausfallhaftung der Mitgesellschafter oder Regressansprüche des Anspruchsgegners gegenüber den Mitgesellschaftern sind nach hA gesetzlich nicht vorgesehen.⁵³⁹

In § 14 Abs 1 dritter Satz EKEG werden Erfüllungssurrogate angesprochen. Für den Rückerstattungsanspruch macht es keinen Unterschied, ob der Kreditbetrag zurückgezahlt wurde oder ob die Erfüllung durch Leistung an benannte Dritte, Aufrechnung, Leistung an Zahlungs Statt, Inanspruchnahme von Sicherheiten aus dem Gesellschaftsvermögen⁵⁴⁰, etc bewirkt wurde.⁵⁴¹ Auch eine auf allgemeine, zivilrechtliche Ansprüche (zB Irrtum, List, Schadenersatz) gestützte Rückzahlung des Kredits unterliegt der Rückzahlungssperre und kann daher zurückgefordert werden.⁵⁴² Ob der Gesellschafter die Rückzahlung gutgläubig

⁵³⁴ *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 14 Rz 19; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 18; *Artmann in Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 70/1; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 14 EKEG Rz 11; vgl *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 14 Rz 19; *E. Achatz in Konecny* 15 (25).

⁵³⁵ *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 14 Rz 21; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 27; *Artmann in Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 70/1; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 14 EKEG Rz 13.

⁵³⁶ Vgl *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 14 Rz 20; *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 14 Rz 20; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 19; *Artmann in Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 70/1; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 14 EKEG Rz 12; Erfolgt die Zahlung an den Dritten jedoch auf Veranlassung des Gesellschafters oder auf dessen Rechnung, so ist der Gesellschafter ebenso Anspruchsgegner und haften beide solidarisch, *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 14 Rz 20; *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 14 Rz 20; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 14 EKEG Rz 12.

⁵³⁷ Dazu im Detail *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 23; siehe auch *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 14 Rz 19.

⁵³⁸ *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 14 Rz 19; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 20; *Artmann in Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 70/1; vgl *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 14 EKEG Rz 10.

⁵³⁹ *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 14 Rz 21f; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 19; vgl *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 14 Rz 24; *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 97; *Schopper*, wbl 2004, 410 (410ff); *Karollus in FS U. Huber* 801 (814f); *Rüffler in Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 74 Rz 27; *Artmann in Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 70/1; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 14 EKEG Rz 15; aA *Kalss in Kalss/Rüffler* 9 (48ff).

⁵⁴⁰ Zu Drittsicherheiten siehe hingegen *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 14 Rz 5f; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 43.

⁵⁴¹ *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 14 Rz 4, 19; *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 14 Rz 3; *Kalss in Kalss/Rüffler* 9 (47); *Fellner/Mutz*, EKEG 105; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 14f; *Reiner*, SWK 2023, 1117 (1118); vgl *Schummer in Dellinger/Keppert* 143 (154ff); *Artmann in Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 70; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 14 EKEG Rz 2.

⁵⁴² Vgl *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 24ff.

empfangen oder verbraucht hat, ist grds irrelevant.⁵⁴³ Der Anspruch verjährt grds binnen fünf Jahren ab Zahlung/sonstiger Befriedigung. Der Gesellschaft steht aber der Beweis offen, dass der Gesellschafter von der Widerrechtlichkeit der Zahlung/sonstigen Befriedigung wusste, woraus sich idF – ähnlich wie bei § 83 Abs 5 GmbHG – die Maßgeblichkeit der allgemeinen Verjährungsfrist von 40 Jahren gem §§ 1472, 1478 ABGB ergibt.⁵⁴⁴ Durch späteren Wegfall der Krise erlischt der Rückgewährungsanspruch nicht automatisch, doch ist diesfalls grds eine Aufrechnung mit dem nunmehr durchsetzbaren Kreditrückzahlungsanspruch des Gesellschafters denkbar.⁵⁴⁵

4.2.3 Besicherung des Entgeltanspruchs

IZm Erfüllungssurrogaten (§ 14 Abs 1 dritter Satz EKEG) wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Befriedigung aus Sicherheiten aus dem Vermögen der Gesellschaft ebenfalls dem Rückerstattungsanspruch unterliegt.⁵⁴⁶ Es wird somit der Zugriff sowohl auf akzessorische (Pfandrecht, Sicherungszession, Sicherungseigentum, Eigentumsvorbehalt) als auch nicht-akzessorische Sicherungsmittel (Garantie, Wechselakzept) gesperrt.⁵⁴⁷ Zu einem Erlöschen, wie im Insolvenzverfahren (§ 12b IO), kommt es aber nicht.⁵⁴⁸

Voraussetzung für den Eintritt dieser Wirkungen ist aber die Besicherung eines eigenkapitalersetzenden Kredits. Da die Sperre und der Rückerstattungsanspruch iZm Kreditsicherheiten auf ein Surrogat für die eigentlich erfasste eigenkapitalersetzende Forderung abstellen, bereiten auch jene Fälle keine Probleme, bei denen nicht einzelne Entgeltforderungen, sondern sämtliche aus dem Nutzungsüberlassungsverhältnis entspringende Forderungen besichert werden. Abzustellen ist auf den (eigenkapitalersetzenden) Charakter der Forderung, für die der Gesellschafter die Befriedigung in Anspruch nimmt. Erfasst die Rückzahlungssperre eine Entgeltforderung nicht, etwa weil die Kreditgewährung für eine Leistungsperiode vor der Krise erfolgt ist, so muss selbiges für die Inanspruchnahme der Sicherheit als Surrogat gelten. Insb bei einer vorzunehmenden aliquoten Entgeltteilung⁵⁴⁹ kann

⁵⁴³ Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 12; E. Achatz in Konecny 15 (25); Schopper/Vogt in KLS, IO² § 14 EKEG Rz 12; vgl Reiner, SWK 2023, 1117 (1118).

⁵⁴⁴ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 19; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 20; Mohr in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 14 Rz 26; Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 24f.

⁵⁴⁵ Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 28.

⁵⁴⁶ Siehe Kapitel 4.2.2.

⁵⁴⁷ Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 15; vgl Mohr in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 14 Rz 4; Vogt in Schopper/Vogt, EKEG § 14 Rz 3.

⁵⁴⁸ Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 15.

⁵⁴⁹ Siehe insb die Kapitel 3.3.2.3.2ff.

ein und dieselbe Sicherheit für einen eigenkapitalersetzenden Forderungsteil und einen nicht erfassten Forderungsteil bestehen. Hinsichtlich des nicht erfassten Teils kann sich der Gesellschafter freilich aus der Sicherheit befriedigen.⁵⁵⁰ Auch die Nachbesicherung eines vor Kriseneintritt gewährten Kredits in der Krise ist – anders als bei § 12b zweiter Fall IO – nicht erfasst, weshalb sich der Gesellschafter diesfalls grds (mit dem Risiko einer Anfechtung in einem späteren Insolvenzverfahren ausgesetzt zu sein) aus der Sicherheit befriedigen kann.⁵⁵¹

Wie mit Sicherheiten aus dem Vermögen Dritter umzugehen ist, ist gesetzlich – auch im Insolvenzverfahren⁵⁵² – nicht geregelt. Die Zugriffsmöglichkeit des Gesellschafters muss von der Übernahme des Eigenkapitalersatzrisikos durch den Dritten abhängen,⁵⁵³ der die Forderung aufgrund der eingreifenden Legalzession (§ 1358 ABGB⁵⁵⁴) mit denselben rechtlichen Eigenschaften und damit auch mit ihrer eigenkapitalersetzenden Qualifikation erwirbt.⁵⁵⁵

4.2.4 Keine analoge Anwendung des § 14 Abs 2 EKEG auf ursprüngliche Kreditierungen

§ 14 Abs 2 EKEG enthält eine besondere Rechtsfolgenanordnung für den Kontokorrentkredit: *„Im Rahmen eines Kontokorrentverhältnisses besteht der Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft nur in Höhe des Differenzbetrags zwischen dem aushaftenden Kreditsaldo und dem höchsten Tagessaldo während der Dauer der Rückzahlungssperre, zuzüglich der geleisteten Zinsen, soweit sie in diesem Saldo nicht aufscheinen.“* Das bei einem Kontokorrentkreditverhältnis typische Abwechseln von Ausnutzung des Kreditrahmens und Rückzahlung von (Teil)Beträgen führte zur Frage, ob die einzelnen Rückzahlungen kumulativ dem Rückforderungsanspruch unterliegen sollen oder ob dieser nur auf den Differenzbetrag

⁵⁵⁰ Zu ähnlichen Problemen iZm § 12b IO siehe Kapitel 5.4.5.

⁵⁵¹ Vgl. *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 14 Rz 4; *Schummer in Dellinger/Keppert* 143 (154f); *Fellner/Mutz*, EKEG 118; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 15.

⁵⁵² Siehe nur den insofern klaren Wortlaut des § 12b IO.

⁵⁵³ Primär ist dabei eine allenfalls bestehende klare Abrede im Sicherheitenbestellungsvertrag maßgeblich. Handelt es sich bei dem Dritten ebenfalls um einen Gesellschafter, wird die Risikoübernahme regelmäßig zumutbar sein. Bei sonstigen Dritten ist iZw nicht von einer Risikoübernahme auszugehen. Es bedarf einer hinreichend deutlichen, wenn auch konkludenten Übernahme. Bloße Kenntnis vom Eigenkapitalersatzcharakter reicht nach zutr. hA nicht aus, vgl. *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 14 Rz 5; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 15; siehe *Karollus/Isola/Huemer in Institut der Wirtschaftsprüfer* 305 (329); siehe aber *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 14 Rz 27 (Kenntnis des Eigenkapitalersatzcharakters ausreichend); offenlassend OGH 29.8.1996, 8 Ob 2148/96g; OGH 28.2.2008, 8 Ob 125/07a; zur alten Rechtslage siehe *Karollus/Schulyok*, Eigenkapitalersetzende Leistungen 102ff; für Deutschland siehe *Bitter in Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 192, der zutr. darauf hinweist, dass eine gänzliche Undurchsetzbarkeit der Drittsicherheit nicht in Betracht kommt, da der Sicherheitengeber jedenfalls das Risiko übernommen hat, eine Kürzung seines Regressanspruchs auf die Quote hinnehmen zu müssen. Fraglich ist nur, inwieweit er das Risiko der Nachrangigkeit übernommen hat.

⁵⁵⁴ Zum weiten Anwendungsbereich über Bürgschaften hinaus (ua auch auf Pfandrechte) siehe nur *Huemer in Klang*³ § 1358 ABGB Rz 3ff.

⁵⁵⁵ *Huemer in Klang*³ § 1358 ABGB Rz 57, 119.

zwischen dem aushaftenden Kreditbetrag und dem höchsten Tagessaldo während der Krise/Rückzahlungssperre gerichtet sein soll.⁵⁵⁶ Wirtschaftlich betrachtet stellt nur die effektive Saldoreduktion eine Rückzahlung dar.⁵⁵⁷ Aus diesem Grund entschied man sich für die zweitgenannte Option. Abweichend von § 14 Abs 1 EKEG liegt eine Rückzahlung nur in Höhe des Betrages vor, um den der im jeweiligen Beurteilungszeitpunkt aushaftende Saldo niedriger ist, als der höchste Saldo während der Rückzahlungssperre.⁵⁵⁸ Doch auch § 14 Abs 2 EKEG gilt nur für eigenkapitalersetzende Kredite, wobei insb das ausgenommene Stehenlassen von Krediten zu beachten ist, sodass ein bei Kriseneintritt bestehender Saldo zu berücksichtigen ist. *Zehetner/Bauer* nennen als Beispiel einen aushaftenden Kreditsaldo iHv 100.000€, einen Tageshöchstsaldo iHv 120.000€ und einen Saldo bei Krisenbeginn iHv 105.000€. Während die Differenz zwischen Tageshöchstsaldo und aushaftendem Saldo 20.000€ wäre, muss der Gesellschafter aufgrund § 3 Abs 1 Z 3 EKEG nur 15.000€ rückerstatten.⁵⁵⁹

Die Problematik der wiederholten Mittelzufuhr und Rückzahlung existiert aber nicht nur bei Kontokorrentkrediten. Ein verwandtes Phänomen tritt bei Kettenkrediten auf, zu denen der OGH⁵⁶⁰ unter Verweis auf die Lehre⁵⁶¹ mittlerweile ausgesprochen hat, dass die Rückzahlung von Darlehenssummen binnen 60 Tagen unter gleichzeitiger Neuaufnahme eines Darlehens nicht unter § 3 Abs 1 Z 1 EKEG subsumiert werden kann. Reiht man mehrere derartige Kreditverträge zeitlich hintereinander, finden zwar technisch gesehen mehrere Rückzahlungen statt. Rein wirtschaftlich betrachtet steht der Gesellschaft aber stets nur die Valuta aus einem Kreditverhältnis zur Verfügung. Es wäre es unbillig für jeden technischen Rückzahlungsvorgang einen Rückerstattungsanspruch zu gewähren. *Dellinger* will daher § 14 Abs 2 EKEG analog anwenden und den Rückerstattungsanspruch nur einmal zugestehen.⁵⁶²

Nun könnte man auch in Gesellschafternutzungsüberlassungsverhältnissen als Dauerschuldverhältnissen ein ähnliches Wechselspiel zwischen kreditierter

⁵⁵⁶ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 19; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 20; *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 98.

⁵⁵⁷ *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 22; für Deutschland BGH 7.3.2013, IX ZR 7/12.

⁵⁵⁸ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 19; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 20; vgl *Chalupsky/Schmidsberger*, ZIK 2002, 77 (79); für Deutschland siehe *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 159ff.

⁵⁵⁹ *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 98f; siehe auch *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 14 Rz 25; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 22

⁵⁶⁰ OGH 13.09.2016, 11 Os 64/16w; RIS-Justiz RS0130944.

⁵⁶¹ Siehe *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 15; *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 5, 7; *Dellinger* in *Dellinger/Keppert* 55 (63f); *Reisch* in *Konecny* 171 (173); *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 62; nunmehr auch *Schopper/Vogt* in *KLS*, IO² § 3 EKEG Rz 11f.

⁵⁶² Vgl *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 3 Rz 7; zust *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 9.

Gebrauchseinräumung und Zinszahlung am Ende⁵⁶³ der Leistungsperiode erkennen: Der Gesellschafter leistet vor und während der Leistungsperioden sammelt sich das Entgelt für das Gebrauchsrecht in jeder juristischen Sekunde an. Diese Entgeltkreditierung wird sodann getilgt. Der Saldo fällt auf null. Dieses Spiel wiederholt sich fortlaufend. Es stellt sich die Frage, ob auch hier ein Rückerstattungsanspruch nur in Höhe der Differenz des höchsten Tagessaldos und des aushaftenden Saldos im Beurteilungszeitpunkt in Betracht kommt. Zur Veranschaulichung folgendes Beispiel: Es existiert ein unbefristeter Bestandsvertrag über eine Geschäftsräumlichkeit mit dem Gesellschafter als Vermieter. Leistungsperiode ist das Kalenderjahr und ist der Mietzins am 31.12. fällig. Die Gesellschaft gerät mit 1.1.2023 in eine Krise, die bis heute anhält. Der Mietzins wurde dennoch wie vereinbart geleistet. Am 30.9.2025 wird ein Insolvenzverfahren eröffnet und macht der Insolvenzverwalter den Rückerstattungsanspruch hinsichtlich der am 31.12.2023 und 31.12.2024 erfolgten Entgeltzahlungen⁵⁶⁴ geltend. Kann der Gesellschafter einwenden, dass § 14 Abs 2 EKEG analog anzuwenden ist und der Rückerstattungsanspruch daher nur auf den Differenzbetrag zwischen dem höchsten Tagessaldo während der kritischen Zeit (hier der Saldo unmittelbar vor dem jeweiligen Fälligkeitszeitpunkt) und dem aushaftenden Saldo zum Beurteilungstichtag (hier das aliquote Entgelt für Jänner bis September) gerichtet ist?⁵⁶⁵

Die Materialien begründen die Entscheidung inhaltlich nicht unmittelbar, sondern verweisen auf die Diskussion im Anfechtungsrecht.⁵⁶⁶ Dort existierten ursprünglich aber eine fast unüberschaubare Fülle an verschiedenen Begründungsansätzen.⁵⁶⁷ So trifft etwa das Argument, der Gesellschafter wollte zu keinem Zeitpunkt über ein Höchstmaß hinaus kreditieren, weshalb er nur bei Abdeckung des alten Kredits zur erneuten Kreditgewährung bereit ist,⁵⁶⁸ durchaus auch für die Nutzungsüberlassung zu. Zuletzt wurde aber insb das allgemein im Anfechtungsrecht geltende Erfordernis der Gläubigerbenachteiligung betont: Der Anfechtungsgläubiger soll mit den übrigen Insolvenzgläubigern gleichgestellt und nicht bevorzugt werden. Wenn der Schuldner im Kontokorrent einen Betrag zurückzahlt, idF aber in

⁵⁶³ Der Einfachheit halber werden Fälligkeitszeitpunkte während der Leistungsperiode idF außer Acht gelassen. Im Grundsatz gelten die folgenden Ausführungen auch für diese Fälle entsprechend, jedoch mit der Besonderheit, dass auch ein Saldo zugunsten der Gesellschaft entstehen könnte.

⁵⁶⁴ Nach der in Kapitel 3.3.2.4 vertretenen Ansicht besteht der Rückerstattungsanspruch jedenfalls nur so weit, als das Entgelt auf die Monate Jänner bis Juni entfällt, da für die Monate Juli bis Dezember aufgrund § 3 Abs 1 Z 2 EKEG kein eigenkapitalersetzender Kredit gewährt wurde und insofern auch die Rückzahlungssperre nicht greift.

⁵⁶⁵ Auch hier müsste § 3 Abs 1 Z 2 EKEG wieder entsprechend Berücksichtigung finden.

⁵⁶⁶ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 19; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 20.

⁵⁶⁷ Siehe die FN 354ff.

⁵⁶⁸ Siehe *Astner*, Anfechtung 90; für Deutschland *Bitter in Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 153 mwN.

derselben Höhe den Kreditrahmen erneut in Anspruch nimmt, fließt dem Befriedigungsfonds der Gläubiger wieder ein entsprechender Betrag zu. Da durch die spätere Auszahlung der Haftungsfonds so gestellt wird, als ob die Einzahlung gar nicht erst erfolgt wäre, besteht kein Grund die Einzahlung zurückzufordern. Durch den Erhalt einer späteren, gleichwertigen Leistung wird die zuvor erfolgte Schmälerung des Haftungsfonds saniert. Soweit die Quote nicht geschmälert wird, findet auch keine Gläubigerbenachteiligung statt.⁵⁶⁹

Damit ist man wieder bei den grundlegenden Erwägungen angelangt, die zur Einführung des § 3 Abs 3 EKEG geführt haben. Mit der bloßen Gebrauchsüberlassung wird in Wahrheit kein Kapital zugeführt: Es wird kein Sacheigentum in das Gesellschaftsvermögen übertragen. Der Gesellschafter hat anders als beim Darlehen auch kein Substanzwertrisiko übernommen, weshalb auf Rechtsfolgenebene eine Einbeziehung in die Konkursmasse/Verpflichtung des Gesellschafters zur Vergütung des Substanzwerts ausscheiden muss. Die überlassene Sache wandelt sich insofern nicht in haftendes Eigenkapital um. Ein Gebrauchsrecht bietet keinen Haftungsfonds als Ausgleich für die fehlende unbeschränkte Haftung natürlicher Personen, auf den die Gläubiger in der Insolvenz zugreifen könnten.⁵⁷⁰ Die Überlassung einer Sache zum Gebrauch ist somit keine spätere, gleichwertige Leistung, die die Rückzahlung des Entgelts „sanieren“ könnte. Der Haftungsfonds wird nicht wieder aufgefüllt, sodass auch eine Reduktion des Rückzahlungsanspruchs nicht gerechtfertigt wäre. Ein Analogieschluss ist mangels Vergleichbarkeit mit dem Kontokorrentkredit, bei dem die Leistung an die Gesellschaft in Geld erfolgt, abzulehnen. Die Rückzahlungssperre ist unverändert aufrecht und steht der Rückerstattungsanspruch hinsichtlich allem entgegen die Sperre Geleisteten zu, ohne dass eine Reduktion nach § 14 Abs 2 EKEG zu erfolgen hätte.

⁵⁶⁹ *Widhalm-Budak, Anfechtungsrecht*⁴ 67f; OGH 24.06.2003, 3 Ob 68/02z („Damit kommt es auf ... die allfällige Zug-um-Zug Beurteilung, ... nicht mehr an, im Besonderen, wie groß der time-lag und die "Phasenverschiebung" sein darf, der zwischen der Vorleistung des Gläubigers und Anfechtungsgegners und der Gegenleistung des späteren Gemeinschuldners liegt.“); OGH 22.11.2017, 3 Ob 204/17x; vgl *Astner, Anfechtung* 90f; *Rebernik in Konecny, Insolvenzgesetze* § 39 IO Rz 32, 34.

⁵⁷⁰ Siehe Kapitel 3.2.1.1.

5 Rechtsfolgen im Insolvenzverfahren

Neben den auf dem gesellschaftsbezogenen Ansatz fußenden Rechtsfolgen des EKEG, die allgemein in Krisenzeiten iSd § 2 EKEG anwendbar sind, kennt die IO spezielle Rechtsfolgen, die nur im Insolvenzverfahren einschlägig sind.⁵⁷¹ In zeitlicher Hinsicht stellen diese Regelungen oft auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ab (vgl nur §§ 12b, 26a IO). Gem § 2 Abs 1 IO treten die Rechtswirkungen mit Beginn des Tages ein, der der öffentlichen Bekanntmachung des Inhalts des Insolvenzedikts folgt. Ähnliches gilt indirekt grds auch für jene Bestimmungen, die Rechte des Insolvenzverwalters normieren (vgl nur §§ 12c, 23 IO), welcher mit dem Eröffnungsbeschluss bestellt wird (§ 80 Abs 1 IO).

Zur Zeit des Inkrafttretens des GIRÄG 2003 bestand noch eine „Zweiteilung“ der Insolvenzverfahren in das in der KO geregelte Konkursverfahren und das in der AO geregelte Ausgleichsverfahren. Dementsprechend führe das GIRÄG 2003 weitgehend inhaltsgleiche Bestimmungen in beide Gesetze ein. Nachdem durch das IRÄG 2010⁵⁷² ein einheitliches Insolvenzverfahren⁵⁷³ geschaffen wurde, wurden die durch das GIRÄG 2003 eingeführten Bestimmungen unter weitestgehender Beibehaltung der Paragrafennummern der KO in die IO übernommen.⁵⁷⁴ Diese Bestimmungen sind nunmehr grds im Konkurs- als auch im Sanierungsverfahren einschlägig. Dort wo dies nicht der Fall ist oder sich durch das IRÄG 2010 inhaltliche Änderungen ergeben haben, wird im Folgenden explizit hingewiesen.⁵⁷⁵

5.1 Beendigung des Nutzungsüberlassungsvertrages

Während für die Vertragsauflösung in der Krise aber außerhalb der Insolvenz allgemeines Zivilrecht einschlägig ist, gelten im Insolvenzverfahren eine ganze Reihe von Sonderregelungen. Grds bleiben bestehende Verträge (mitsamt den vereinbarten Kündigungsbestimmungen) und Kündigungsrechte nach allgemeinem Zivilrecht von der Insolvenzeröffnung zwar unberührt.⁵⁷⁶ Insolvenzzrechtliche Modifikationen des allgemeinen

⁵⁷¹ Vgl Karollus in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 2f; *Reisch* in *Konecny* 171 (181); *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 8.

⁵⁷² Bundesgesetz, mit dem die Konkursordnung in Insolvenzordnung umbenannt und gemeinsam mit dem Insolvenzrechtseinführungsgesetz, dem Gerichtsgebührengesetz, dem Gerichtlichen Einbringungsgesetz, dem Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz, dem IEF-Service-GmbH-Gesetz, dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, dem Landarbeitsgesetz 1984 und der Gewerbeordnung 1994 geändert wird sowie die Ausgleichsordnung aufgehoben wird (Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010 – IRÄG 2010), BGBl I 2010/29.

⁵⁷³ Siehe *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzzrecht⁵ Rz 19ff.

⁵⁷⁴ Siehe *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 5.

⁵⁷⁵ Siehe insb Kapitel 5.4.1.2.

⁵⁷⁶ *Riss* in *KLS*, IO² § 23 Rz 1, 9; vgl *Denkschrift* 27; *Oberhammer* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 23 KO Rz 56; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 1; *Dellinger/Oberhammer/Koller*,

Vertragsrechts sind angesichts des Umstands, dass nunmehr nicht nur Interessen der Vertragspartner, sondern auch solche der Gläubiger, der übrigen Vertragspartner des Schuldners und des Staates berührt sind, nicht nur zulässig, sondern auch notwendig. Zugunsten des Schuldners/Insolvenzverwalters wird die Vertragstreuepflicht vielfach aufgelockert (vgl § 23 IO und subsidiär § 21 IO), um die Masse nicht weiter zu belasten und um den Weg zur Sanierung durch „Loswerden“ unwirtschaftlicher Verträge zu erleichtern. Andererseits wird die Vertragstreuepflicht des Vertragspartners des Schuldners verschärft (vgl §§ 11 Abs 2 und 3, 12c, 25a, 25b, 26a IO), damit eine Sanierung nicht durch den Wegfall essenzieller Betriebsmittel erschwert wird.⁵⁷⁷

5.1.1 Kündigungsmöglichkeiten des Insolvenzverwalters

§ 23 IO gewährt dem Insolvenzverwalter in der Bestandnehmerinsolvenz⁵⁷⁸ ein Kündigungsrecht aus besonderem Anlass (kein außerordentliches Kündigungsrecht!) unter Einhaltung der gesetzlichen oder vereinbarten kürzeren Kündigungsfrist.⁵⁷⁹ Der Telos der Bestimmung liegt darin, dass dem Insolvenzverwalter ermöglicht werden soll, ungünstige oder nicht mehr benötigte Verträge schneller „loszuwerden“, um die Masse von Entgeltansprüchen zu entlasten.⁵⁸⁰ § 23 IO geht § 21 IO, der dem Insolvenzverwalter allgemein für nicht vollständig erfüllte Verträge (darunter fallen auch Dauerschuldverhältnisse⁵⁸¹) ein Wahlrecht zwischen Erfüllung und Rücktritt einräumt, als *lex specialis* vor.⁵⁸² § 21 IO ist aber dann anzuwenden, wenn die Sache dem Schuldner noch nicht übergeben wurde.⁵⁸³

Da der Wortlaut des § 23 IO nur auf Bestandverträge abzustellen scheint, stellt sich die Frage inwiefern andere Gebrauchsüberlassungsverträge von § 23 IO erfasst sind und damit nicht

Insolvenzrecht⁵ Rz 292; *Perner* in KLS, IO² § 21 Rz 1; siehe aber zum „Schwebezustand“ bei Verträgen nach § 21 IO *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 48f.

⁵⁷⁷ Vgl *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 33ff; siehe *Riss* in KLS, IO² § 23 Rz 2.

⁵⁷⁸ Zur Anwendbarkeit des § 21 IO auf Gesellschafternutzungsüberlassungen in der Bestandgeberinsolvenz, siehe *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 158f.

⁵⁷⁹ Vgl *Oberhammer* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 23 KO Rz 15; *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 59; *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1116 Rz 11; *Riss* in KLS, IO² § 23 Rz 9.

⁵⁸⁰ Vgl *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 42, 44; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 308; *Riss* in KLS, IO² § 23 Rz 3; RIS-Justiz RS0064133; im Detail auch *Oberhammer* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 23 KO Rz 1ff; siehe aber zu § 21 IO *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 4ff; *Perner* in KLS, IO² § 21 Rz 3f.

⁵⁸¹ *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 46; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 35; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 294; *Perner* in KLS, IO² § 21 Rz 9.

⁵⁸² *Oberhammer* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 23 KO Rz 1; *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 42; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 52; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 291, 305; *Perner* in KLS, IO² § 21 Rz 13; *Riss* in KLS, IO² § 23 Rz 2, 5; vgl RIS-Justiz RS0122692.

⁵⁸³ *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 47; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 53; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 305; *Riss* in KLS, IO² § 23 Rz 2, 5.

anhand der allgemeineren Regel des § 21 IO zu beurteilen sind. Besonders intensiv diskutiert wurde dies bei Leasingverträgen. Nach hA ist maßgeblich, welche der beiden Normen auf den konkreten Vertrag besser passt.⁵⁸⁴ Für das Operatingleasing kann eine Anwendbarkeit des § 23 IO ohne weiteres bejaht werden.⁵⁸⁵ Für das Finanzierungsleasing ist der von *Iro* im Anschluss an die dhM entwickelten, nunmehr die hL⁵⁸⁶ und hRsp⁵⁸⁷ darstellenden Ansicht zu folgen, wonach die starke mietrechtliche Komponente für die Anwendung des § 23 IO spricht. Das Bestehen einer Kaufoption ist dabei grds irrelevant, da diese für die Vertragslaufzeit nichts an der Bestandvertragsähnlichkeit ändert. Eine Anwendung des § 21 IO ist nur denkbar, wenn eine Pflicht zum Kauf des Leasingobjekts vereinbart wurde oder eine solche Ausgestaltung der Kaufoption vorgenommen wurde, dass deren Nichtausübung wirtschaftlich unvernünftig wäre, sodass eine Behandlung als Kaufvertrag unter Eigentumsvorbehalt angebracht erscheint.⁵⁸⁸ Die wirtschaftliche Unvernünftigkeit der Nichtausübung ist anzunehmen, wenn eine Kaufoption zu einem Bruchteil des tatsächlichen Werts eingeräumt wurde, nicht aber wenn der vereinbarte Kaufpreis dem tatsächlichen Wert entspricht.⁵⁸⁹ Die Grenze zwischen der Anwendbarkeit der §§ 21, 23 IO verläuft somit parallel mit der Abgrenzung zwischen Nutzungsüberlassung und Kreditsicherungsmittel.⁵⁹⁰

Dies trifft auch auf den Mietkauf zu. Es ist zwischen den beiden Varianten zu differenzieren: Bei der „*Ratenkaufvariante*“ ist aufgrund der Parallele zum Kreditkauf unter Eigentumsvorbehalt § 21 IO anzuwenden. Bei der „*Optionsvariante*“ ist – aus denselben Gründen wie beim Finanzierungsleasing – grds § 23 IO einschlägig.⁵⁹¹

Leihe und Prekarium unterliegen weder § 23 IO noch § 21 IO, da deren Anwendbarkeit Entgeltlichkeit des Vertrages voraussetzt.⁵⁹² Dienstbarkeiten als dingliche Rechte unterliegen

⁵⁸⁴ *Iro*, RdW 1993, 177 (177); *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 55; RIS-Justiz RS0064133.

⁵⁸⁵ So auch *Oberhammer* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 23 KO Rz 42; *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 55; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 311; *Riss* in KLS, IO² § 23 Rz 6; siehe Kapitel 3.2.2.2.2.

⁵⁸⁶ *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* ⁴ I § 21 KO Rz 39; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 56ff; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 311; *Riss* in KLS, IO² § 23 Rz 6; siehe *Perner* in KLS, IO² § 21 Rz 13; aA *Oberhammer* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 23 KO Rz 41ff.

⁵⁸⁷ OGH 26.04.1995, 3 Ob 532/95; RIS-Justiz RS0064133; RIS-Justiz RS0054798; RIS-Justiz RS0064138.

⁵⁸⁸ *Iro*, RdW 1993, 177 (177f).

⁵⁸⁹ *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 185, FN 1179.

⁵⁹⁰ Siehe Kapitel 3.2.2.2.3.

⁵⁹¹ *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 59; siehe Kapitel 3.2.2.2.4.

⁵⁹² *Oberhammer* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 23 KO Rz 36; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 33, 72; *Riss* in KLS, IO² § 23 Rz 4; vgl *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 46; *Perner* in KLS, IO² § 21 Rz 9.

nicht den §§ 21, 23 IO, sondern exekutionsrechtlichen Bestimmungen.⁵⁹³ Bei gemischten und atypischen Verträgen entscheiden das Überwiegen der Gebrauchsüberlassungsmerkmale.⁵⁹⁴ Zu Lizenz- und sonstigen Verträgen über Immaterialgüterrechten muss auf die einschlägige Lit verwiesen werden.⁵⁹⁵

Im Ergebnis ist bei dem überwiegenden Teil der Gesellschafternutzungsüberlassungen iSd § 3 Abs 3 EKEG die Kündigungsbestimmung des § 23 IO anwendbar. Der Insolvenzverwalter ist daher zur Kündigung innerhalb der gesetzlichen oder vereinbarten kürzeren Kündigungsfrist berechtigt. Besondere Bedeutung hat dies für befristete Verträge, bei denen eine ordentliche Kündigung nach allgemeinem Zivilrecht idR ausgeschlossen ist, sowie bei vereinbartem Kündigungsverzicht.⁵⁹⁶ Nach heute hA ist der Insolvenzverwalter an gesetzliche (vgl insb § 560 ZPO) oder vertragliche Kündigungsstermine nicht gebunden.⁵⁹⁷ Bei beweglichen Sachen ist insb die 24-Stunden-Frist des § 1116 ABGB einschlägig.⁵⁹⁸ Bei unbeweglichen Sachen ist – mangels günstigerer Vereinbarung – insb § 560 ZPO zu beachten.⁵⁹⁹ Eine vertragliche Einschränkung des Kündigungsrechts nach § 23 IO scheidet gem § 25b Abs 1 IO aus.⁶⁰⁰

IZm den Vertragsbeendigungsmöglichkeiten des Insolvenzverwalters erscheint noch die Möglichkeit erwähnenswert, nachteilige Rechtsgeschäfte, die in den letzten sechs Monaten vor Insolvenzeröffnung abgeschlossen wurden, anfechtungsrechtlich gem § 31 Abs 1 Z 1 zweiter Fall IO zu beseitigen.⁶⁰¹

⁵⁹³ *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 73, 162; siehe *Oberhammer* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 23 KO Rz 36; *Riss* in KLS, IO² § 23 Rz 4.

⁵⁹⁴ *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 68; *Riss* in KLS, IO² § 23 Rz 6; siehe *Oberhammer* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 23 KO Rz 37 (Beurteilung anhand des wirtschaftlichen Schwergewichts der Vertragspflichten); *Perner* in KLS, IO² § 21 Rz 13.

⁵⁹⁵ Siehe *Oberhammer* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 23 KO Rz 34; *Widhalm-Budak* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 21 IO Rz 60ff; *Riss* in KLS, IO² § 23 Rz 4.

⁵⁹⁶ *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 60; *Riss* in KLS, IO² § 23 Rz 9; siehe *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1116 Rz 11; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 307.

⁵⁹⁷ *Oberhammer* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 23 KO Rz 47; *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 60; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 307; RIS-Justiz RS0116579; vgl *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1116 Rz 11; siehe *Riss* in KLS, IO² § 23 Rz 13; aA noch die ältere Rsp, siehe RIS-Justiz RS0064151.

⁵⁹⁸ *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 310; RIS-Justiz RS0109378; auch beim Finanzierungsleasing bejahend *Iro*, RdW 1993, 177 (177).

⁵⁹⁹ *Oberhammer* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 23 KO Rz 47; *Riss* in KLS, IO² § 23 Rz 10; Diese Bestimmung hat § 1116 ABGB abgeändert, *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1046.

⁶⁰⁰ *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 59; *Riss* in KLS, IO² § 23 Rz 14; RIS-Justiz RS0032080.

⁶⁰¹ Siehe dazu nur *Rebernik* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 31 IO Rz 21ff.

5.1.2 Kündigungsmöglichkeiten des Gesellschafters

Kernelement der verschärften Vertragstreuepflicht des Vertragspartners des Schuldners sind die in §§ 25a, 25b IO normierten Beschränkungen von Kündigungsmöglichkeiten. Die beiden Normen sind grds vertragstypunabhängig und erfassen daher auch die einer Gesellschafternutzungsüberlassung zugrundeliegenden Vertragstypen.⁶⁰² Nach hA sind diese Normen auch auf unentgeltliche Verträge anwendbar. Dies folge für § 25a IO aus dessen Wortlaut, der alle Verträge, von denen die Unternehmensfortführung abhängt, miteinbeziehe.⁶⁰³ Für § 25b IO folge die Anwendbarkeit aus dem Verweis auf § 20 Abs 4 IO.⁶⁰⁴ ME ist dem schon aus der historisch-teleologischen Erwägung zu folgen, dass auch unentgeltliche Verträge essentiell für die Unternehmensfortführung sein können. Die Fortführung ist dem Vertragspartner in der Insolvenz insofern zumutbar ist, da ihm auch außerhalb der Insolvenz keine Gegenleistung zugestanden wäre und ihm durch die Fortführung in der Insolvenz insofern keine Verschlechterung droht. Das Kriterium der fehlenden Verschlechterung scheint der Gesetzgeber auch bei entgeltlichen Geschäften (Stichwort: Masseforderung) als maßgeblich für die Zumutbarkeit der (zwangsweisen) Fortführung zu erachten.⁶⁰⁵ Aufgrund der Vergleichbarkeit der Situationen und Rechtspositionen erscheint eine Gleichbehandlung geboten. Das Bejahen der Anwendbarkeit hat hier insb für Leihe und Prekarium Bedeutung.

§ 25a IO normiert eine Vertragsauflösungssperre: Nach Abs 1 leg cit kann der Vertragspartner des Schuldners in den ersten sechs Monaten nach Insolvenzeröffnung nur außerordentlich aus wichtigem Grund kündigen, wobei die Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation und der Verzug mit Erfüllung der vor Insolvenzeröffnung fällig gewordenen Forderungen ausdrücklich nicht als wichtiger Grund iSd Bestimmung festgelegt werden. Gesperrt werden somit vertragliche und gesetzliche, ordentliche Kündigungsrechte und Rücktrittsrechte.⁶⁰⁶ Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Bestimmung ist jedoch stets, dass die Vertragsauflösung die Unternehmensfortführung gefährden könnte.⁶⁰⁷ Aus diesem Grund kann

⁶⁰² So ist § 25a IO zB auf das Finanzierungsleasing anzuwenden, *Konecny*, ZIK 2010, 82 (86).

⁶⁰³ Vgl *Widhalm-Budak* in *Konecny*, ZIK Spezial – IRÄG 2010, 23 (26); *Konecny*, ZIK 2010, 82 (86); siehe *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 73 (bloß referierend); *Perner* in KLS, IO² § 25a Rz 5 (ohne Begründung); im Ergebnis wohl auch *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 333; aA *Leupold*, ZIK 2010, 167 (FN 29); *Taufner*, GesRZ 2011, 157 (158f).

⁶⁰⁴ *Widhalm-Budak* in *Konecny*, ZIK Spezial – IRÄG 2010, 23 (26); zust *Leupold*, ZIK 2010, 167 (FN 29); siehe *Perner* in KLS, IO² § 25b Rz 4 (diese Begründung wohl bezweifelnd); im Ergebnis wohl auch *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 333; aA *Taufner*, GesRZ 2011, 157 (158f).

⁶⁰⁵ Siehe ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 12ff.

⁶⁰⁶ Im Detail *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 73ff, 100; vgl *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 330; *Perner* in KLS, IO² § 25a Rz 3, 15.

⁶⁰⁷ Zum Gleichlauf mit dem Tatbestandsmerkmal des § 11 Abs 2 IO siehe *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 177ff.

die Sperre auch vor der Sechsmonatsfrist enden, wenn das Unternehmen geschlossen oder veräußert wird.⁶⁰⁸ Während der aufrechten Auflösungssperre sind abgegebene Beendigungserklärungen unwirksam.⁶⁰⁹ Außerordentliche Kündigungen aus anderen (auch vertraglichen – beachte aber § 25b Abs 2 IO) als den in § 25a Abs 1 Z 1 und 2 IO genannten, wichtigen Gründen sind aber möglich.⁶¹⁰ § 25a IO führt außerdem nicht zur Verlängerung befristeter Verträge.⁶¹¹

§ 25a Abs 2 IO nimmt wiederum einige Sachverhalte aus den Beschränkungen des Abs 1 aus, sodass wieder allgemeines Zivilrecht einschlägig ist.⁶¹² Dies betrifft neben Arbeitsverträgen und Ansprüchen auf Kreditauszahlungen⁶¹³ auch Fälle, bei denen die Auflösung des Vertrags zur Abwendung schwerer persönlicher oder wirtschaftlicher Nachteile des Vertragspartners unerlässlich ist. Wie *Anzenberger* nachgewiesen hat, besteht diesbezüglich ein Gleichlauf zu § 11 Abs 2 IO: Beide Normen wollen durch Implementierung einer Interessensabwägung ein Korrektiv für Fälle der Unzumutbarkeit der Nichtausübung des Kündigungsrechts bzw der Zwangsstundung von Aus- und Absonderungsrechten ermöglichen. Dabei sind stets auch die Verhältnisse des Vertragspartners besonders zu berücksichtigen.⁶¹⁴ IdZ ist zu bedenken, dass der speziell für Gesellschafternutzungsüberlassungen geltende § 26a IO – der mit gewissen Verschärfungen § 11 Abs 2 IO nachgebildet ist⁶¹⁵ – eine solche Interessensabwägung gerade nicht vorsieht. Die Interessen der Gesellschaft und ihrer Gläubiger werden vom Gesetzgeber stets höher gewichtet als jene des Gesellschafters, der sich nicht auf eine Unzumutbarkeit der Zwangsstundung berufen kann. § 26a IO findet seine Rechtfertigung in der Insiderstellung des Gesellschafters und seiner erhöhten Verantwortung für die wirtschaftliche Situation.⁶¹⁶ Die

⁶⁰⁸ ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 13; *Konecny*, ZIK 2010, 82 (86); *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 83, 94ff; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 331; *Perner* in KLS, IO² § 25a Rz 11.

⁶⁰⁹ *Konecny*, ZIK 2010, 82 (86); *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 330; Str ist aber, ob während der Sperre abgegebene Erklärungen nach deren Ablauf automatisch wirksam werden oder ob die neuerliche Abgabe einer Erklärung erforderlich ist. Zum Meinungsstand wird auf *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 88ff sowie *Perner* in KLS, IO² § 25a Rz 16ff verwiesen.

⁶¹⁰ Im Detail *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 100ff; vgl *Perner* in KLS, IO² § 25a Rz 19ff.

⁶¹¹ *Konecny*, ZIK 2010, 82 (86); *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 76; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 330; *Perner* in KLS, IO² § 25a Rz 13.

⁶¹² *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 99.

⁶¹³ Nach Ansicht *Anzenbergers* (Insolvenzfestigkeit 121) ist § 25a Abs 2 Z 2 IO auch auf den Finanzierungsleasingvertrag anwendbar, wenn die Übergabe des Leasinggutes noch nicht stattgefunden hat.

⁶¹⁴ *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 118ff.

⁶¹⁵ Siehe Kapitel 5.2.1.

⁶¹⁶ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 21; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 22; vgl *Schummer* in *Dellinger/Keppert* 143 (158); *Saurer* in *Kalss/Rüffler* 135 (151); *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 25; *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 64.

Materialien zu § 25a IO bedenken die Gesellschafternutzungsüberlassung hingegen nicht.⁶¹⁷ Die bei der Stundung des Aussonderungsrechts getroffene Wertung des Gesetzgebers, aufgrund der Insiderstellung und besonderen Verantwortung den Gesellschafts- und Gläubigerinteressen unwiderlegbar den Vorzug zu gewähren, lässt sich mE auf die vorgelagerte Vertragsauflösungssperre übertragen. Es wäre widersinnig, dem Gesellschafter einerseits die Kündigung zu gestatten, andererseits aber die Rückforderung der Sache zu verweigern. Hätte der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 25a Abs 2 Z 1 IO an die Gesellschafternutzungsüberlassung gedacht, hätte er wohl eine Einschränkung vorgenommen. § 25a Abs 2 Z 1 IO ist teleologisch zu reduzieren und auf Gesellschafternutzungsüberlassungen nicht anzuwenden.

§ 25b Abs 1 IO normiert, dass sich die Vertragsteile nicht auf Vereinbarungen berufen können, durch die die §§ 21-25a IO im Voraus ausgeschlossen oder beschränkt werden. Im Ergebnis werden dadurch die §§ 21-25a IO zwingend gestellt, wodurch die Masse einen Schutz vor nachteiligen Vereinbarungen des späteren Schuldners erfahren soll.⁶¹⁸

Die Vertragsauflösungssperre des § 25a IO wird durch das in § 25b Abs 2 IO normierte Verbot von Lösungsklauseln ergänzt. Damit werden gewisse vertragliche Kündigungsrechte nicht bloß in ihrer Ausübung zeitlich begrenzt, sondern vielmehr mit absoluter Nichtigkeit⁶¹⁹ behaftet, sodass es zu einer Anwendung des § 25a IO garnicht erst kommt.⁶²⁰ Anders als § 25a IO gilt § 25 Abs 2 IO unabhängig von einer Unternehmensfortführung.⁶²¹ Bestimmt wird, dass vertragliche Vereinbarungen, die für den Fall der Insolvenzeröffnung ein Rücktrittsrecht (gemeint sind auch Kündigungsrechte bei Dauerschuldverhältnissen⁶²²) oder eine automatische Vertragsauflösung vorsehen, unzulässig sind. Darüber hinaus ist die Norm auch auf sonstige Vertragsklauseln anzuwenden, die auf dasselbe Ergebnis hinauslaufen und zu einer wirtschaftlich erschwerten Aufrechterhaltung des Vertrages führen (zB Vertragsstrafen, Modifikationen der Zahlungs- und Leistungskonditionen).⁶²³ Ansonsten hat § 25b Abs 2 IO auf

⁶¹⁷ Siehe ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 13.

⁶¹⁸ Perner in KLS, IO² § 25a Rz 1, § 25b Rz 1; vgl Dellinger/Oberhammer/Koller, Insolvenzrecht⁵ Rz 292, 334.

⁶¹⁹ Anzenberger, Insolvenzfestigkeit 160ff.

⁶²⁰ Anzenberger, Insolvenzfestigkeit 139

⁶²¹ Konecny, ZIK 2010, 82 (86); Anzenberger, Insolvenzfestigkeit 140f; Dellinger/Oberhammer/Koller, Insolvenzrecht⁵ Rz 335; Perner in KLS, IO² § 25b Rz 3.

⁶²² Anzenberger, Insolvenzfestigkeit 143f; Perner in KLS, IO² § 25b Rz 2.

⁶²³ Im Detail Anzenberger, Insolvenzfestigkeit 169ff; vgl Dellinger/Oberhammer/Koller, Insolvenzrecht⁵ Rz 337; siehe Perner in KLS, IO² § 25b Rz 10, 15.

bloße Vertragsänderungen grds keinen Einfluss.⁶²⁴ Zur Anwendbarkeit der Bestimmung auf von der Insolvenzeröffnung verschiedene Anknüpfungspunkte siehe bereits Kapitel 4.1.

5.2 Rückforderbarkeit der überlassenen Sache

Ist der Nutzungsüberlassungsvertrag vor Insolvenzeröffnung bereits beendet worden oder wurde er in der Insolvenz beendet, hat dies nicht notwendigerweise zur Folge, dass der Gesellschafter seine Sache umgehend zurückerlangen kann. Die IO sieht Mechanismen vor, die auf die Erhaltung unternehmensnotwendiger Mittel abzielen, obwohl die vertragliche Grundlage für ihre Verwendung weggefallen ist.

5.2.1 Die Zwangsstundung des Aussonderungsrechts gem § 26a IO

Bereits die alte Rechtslage kannte eine zwangsweise Zurverfügungstellung einer zur Nutzung überlassenen Sache. Die Nutzungsüberlassung wirkte zwar eigenkapitalersetzend, doch führte dies nicht zum Übergang des Eigentums an der Sache auf die Gesellschaft, da durch die bloße Nutzungsüberlassung die Eigentumsordnung nicht beeinflusst wird.⁶²⁵ Lediglich das vertraglich eingeräumte Nutzungsrecht unterlag der Umqualifizierung.⁶²⁶ Der Gesellschafter hatte daher der Gesellschaft die Sache weiterhin zur Verfügung zu stellen. Hinsichtlich der Dauer wurde eine Vielzahl an Kriterien aufgestellt, die im Ergebnis wohl auf eine Beurteilung anhand des konkreten Einzelfalls hinausliefen.⁶²⁷

⁶²⁴ Im Detail *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 147ff.

⁶²⁵ OGH 28.01.1997, 1 Ob 2044/96m; vgl *Harrer*, GesRZ 1993, 121 (128); In der deutschen Lehre waren die Rechtsfolgen hingegen lange Zeit str., was vor allem der unterschiedlichen dinglichen Zuordnung geschuldet war. Vorschläge reichten von Eigentumsverlust und Einbeziehung in die Konkursmasse über Verpflichtung des Gesellschafters zur Vergütung des Substanzwerts an die Konkursmasse bis hin zur Verwertung des Nutzungsrechts oder auch nur einer bloßen Sperre der Mietzinse, siehe nur die Überblicke bei *Ostheim*, GesRZ 1989, 173 (183); *Schmidt*, GesRZ 1993, 86 (87f); *Weisz*, GesRZ 1998, 14 (15f); *Schmidsberger*, ZIK 1998, 16 (18). In BGH 16.10.1989, II ZR 307/88 (Lagergrundstück I) fand die Frage nach den Rechtsfolgen noch keine Klärung. BGH 11.7.1994, II ZR 146/92 (Lagergrundstück III) und BGH 11.7.1994, II ZR 162/92 (Lagergrundstück IV) entschieden dann zugunsten einer Verwertung des Nutzungsrechts durch eigene Nutzung oder Übertragung desselben an Dritte. Mangels Eigentums der Gesellschaft kann die Sache nicht in die Konkursmasse fallen. Sie ist nicht dem Zugriff der Gläubiger ausgesetzt. Den Vorschlägen betreffend Einbeziehung in die Konkursmasse oder Verpflichtung des Gesellschafters zur Vergütung des Substanzwerts kann bereits aufgrund des von *Schmidt*, GesRZ 1993, 86 (88) zutr. hervorgehobenen Fehlen der Übernahme des Substanzwertrisikos durch den Gesellschafter nicht gefolgt werden.

⁶²⁶ OGH 28.01.1997, 1 Ob 2044/96m; Würde man die zum Gebrauch überlassene Sache zur Konkursmasse zählen, wäre die Trennung von Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen aufgehoben, *Knobbe-Keuk*, BB 1984, 1 (1); siehe ferner *Harrer*, GesRZ 1993, 121 (122, 124, 128); *Berger*, RdW 1995, 2 (3); BGH 11.7.1994, II ZR 146/92 (Lagergrundstück III); BGH 11.7.1994, II ZR 162/92 (Lagergrundstück IV); aA für Deutschland *Wiedemann*, ZIP 1986, 1293 (1300f); *Keßler*, GmbH 1993, 541 (545).

⁶²⁷ Vgl OGH 28.01.1997, 1 Ob 2044/96m; siehe auch *Harrer*, GesRZ 1993, 121 (124, 128); *Berger*, RdW 1995, 2 (3); *Schmidsberger*, ZIK 1998, 16 (18); *Karollus/Schulyok*, Eigenkapitalersetzende Leistungen 114; BGH 14.12.1992, II ZR 298/91 (Lagergrundstück II); BGH 11.7.1994, II ZR 146/92 (Lagergrundstück III).

Da die nunmehrige Rechtslage die Nutzungsüberlassung selbst nicht mehr als eigenkapitalersetzende Kreditgewährung versteht (§ 3 Abs 3 EKEG), die jederzeitige Abzugsmöglichkeit des Gesellschafters aber in einen Zielkonflikt mit dem EKEG geraten würde, entschied man sich mit Einführung der §§ 26a KO, 20f AO (nunmehr § 26a IO) für einen insolvenzrechtlichen Ansatz.⁶²⁸ Die Bestimmung wurde idF zum Vorbild des deutschen § 135 Abs 3 dInsO.⁶²⁹ § 26a IO stellt eine Ausnahme zu § 11 Abs 1 IO dar, wonach die Eröffnung des Insolvenzverfahrens Aussonderungsrechte nicht berührt.⁶³⁰ Die Bestimmung wurde §§ 11 Abs 2 KO, 11 Abs 2 AO (nunmehr § 11 Abs 2 IO) nachgebildet,⁶³¹ ist demgegenüber aber strenger (keine Interessensabwägung; Sperre für ein Jahr statt sechs Monate). Begründet wird die Verschärfung mit der Insiderstellung des Gesellschafters und seiner erhöhten Verantwortung für die wirtschaftliche Situation.⁶³²

Dogmatisch wird das Aussonderungsrecht des Gesellschafters – wie bei § 11 Abs 2 IO – zwangsgestundet.⁶³³ Es handelt sich um eine reine Stundung, die die Fälligkeit des Anspruches unberührt lässt und nur die Geltendmachung aufschiebt.⁶³⁴ Der Aussonderungsanspruch ist aber dann noch nicht fällig, wenn die Gesellschaft noch ein Recht zum Besitz – etwa aufgrund des aufrechten Nutzungsüberlassungsvertrags – hat. Dieser Vertrag müsste erst nach den in Kapitel 5.1 dargestellten Regeln gekündigt werden, damit der Aussonderungsanspruch fällig wird.⁶³⁵ Erst ab diesem Zeitpunkt befindet sich die Gesellschaft objektiv in Verzug und können

⁶²⁸ Vgl ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 21; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 22; *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 106.

⁶²⁹ Vgl Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/9737, 59; *Bitter in Scholz, GmbHG III*¹³ § 135 InsO Rz 411. Die Determinierung des Entgelts während der Zwangsstundung hat in Deutschland anders als in Österreich eine explizite Regelung erfahren, siehe Kapitel 5.4.3.

⁶³⁰ *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 26a KO Rz 1; *Mohr in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 2; *Frizberg*, Nachrangige Forderungen FN 559; *Schopper/Vogt in KLS, IO*² § 26a Rz 1; siehe aber ErläutRV 3 BlgNR 15. GP 33f.

⁶³¹ *Mohr*, *ecolex* 2002, 338 (339); *Karollus/Isola/Huemer in Institut der Wirtschaftsprüfer* 305 (329); *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 26a KO Rz 3; *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 26a KO Rz 1; *Schummer in Dellinger/Keppert* 143 (157); *Mohr in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 2; *Rüffler in Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 74 Rz 32; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 25.

⁶³² ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 21; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 22; vgl *Schummer in Dellinger/Keppert* 143 (158); *Saurer in Kalss/Rüffler* 135 (151); *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 25; *Artmann in Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 64.

⁶³³ Vgl *Mohr in Dellinger/Keppert* 19 (33); vgl zu § 11 Abs 2 IO, *Deixler-Hübner in Konecny*, Insolvenzgesetze § 11 IO Rz 14; *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 178; *Czoklich in KLS, IO*² § 11 Rz 21; OGH 26.11.2015, 9 Ob 17/15p; siehe aber *Bitter in Scholz, GmbHG III*¹³ § 135 InsO Rz 443.

⁶³⁴ *Schopper/Vogt in KLS, IO*² § 26a Rz 3; vgl zu § 11 Abs 2 IO, ErläutRV 3 BlgNR 15. GP 33f; *Deixler-Hübner in Konecny*, Insolvenzgesetze § 11 IO Rz 15; *Czoklich in KLS, IO*² § 11 Rz 27; siehe allgemein RIS-Justiz RS0017597.

⁶³⁵ Siehe nur *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 206; idS auch ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 21; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 22; *Fellner/Mutz*, EKEG 123.

Verzugszinsen anfallen.⁶³⁶ § 26a IO ist insofern keine Bestimmung, die vertragliche oder gesetzliche Kündigungsrechte einschränkt oder eine vertragliche Befristung verlängert. Sie setzt eine Vertragsbeendigung vielmehr voraus! Ist der Nutzungsüberlassungsvertrag noch aufrecht, gründet sich das Recht zum Besitz ohnedies auf diesen.⁶³⁷

5.2.1.1 Tatbestand

Dass es sich bei § 26a IO um keine Bestimmung des Eigenkapitalersatzrechts im eigentlichen Sinne handelt, erschließt sich bereits daraus, dass der Tatbestand von der Entgeltlichkeit der Nutzungsüberlassung und von einer eigenkapitalersetzenden Entgeltkreditierung unabhängig ist.⁶³⁸ Der Tatbestand des § 26a IO sieht nur das Merkmal des Gesellschafters iSd §§ 5ff EKEG (und damit implizit auch der Gesellschaft iSd § 4 EKEG⁶³⁹) vor. Ein Kredit iSd § 3 EKEG ist nicht erforderlich und treten die Wirkungen des § 26a IO mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens und nicht mit einem Krisentatbestand iSd § 2 EKEG ein. Insofern kommt es auch nicht darauf an, ob die Nutzungsüberlassung in oder vor der Krise begonnen wurde. Vor dem Hintergrund, eine Gefährdung der Unternehmensfortführung zu vermeiden, ist dies nicht entscheidend. Es kommt nur darauf an, dass die Überlassung durch einen Gesellschafter iSd §§ 5ff EKEG an eine Gesellschaft iSd § 4 EKEG im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung erfolgt.⁶⁴⁰ Erfolgt die Überlassung zwischen anderen Parteien, so ist nicht § 26a IO sondern § 11 Abs 2 IO zu prüfen.

Erforderlich ist nach zutr hA, dass die zu überlassende Sache bereits übergeben wurde. Der bloße Abschluss eines schuldrechtlichen Grundgeschäfts reicht nicht aus.⁶⁴¹ Wenn sich die

⁶³⁶ Vgl ErläutRV 3 BlgNR 15. GP 33f; *Deixler-Hübner* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 11 IO Rz 15 (mit dem Hinweis, dass der Insolvenzverwalter trotz Zwangsstundung aufgrund der anfallenden Zinsen den fälligen Anspruch erfüllen darf); *Czoklich* in KLS, IO² § 11 Rz 28.

⁶³⁷ Siehe *Fellner/Mutz*, EKEG 123; *Spahl*, Nutzungsüberlassungen 103ff (mit Darstellung des deutschen Meinungsstandes); *Könen* in KPB, InsO⁹⁴ Lfg § 135 Rz 66.

⁶³⁸ Vgl ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 21; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 22; *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 106; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 25; siehe *Karollus/Isola/Huemer* in *Institut der Wirtschaftsprüfer* 305 (329); *Schummer* in *Dellinger/Keppert* 143 (157); *Saurer* in *Kalss/Rüffler* 135 (151).

⁶³⁹ Vgl *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 26a KO Rz 3; *Saurer* in *Kalss/Rüffler* 135 (150); *Mohr* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 7; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 29.

⁶⁴⁰ Vgl *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 26a KO Rz 2; *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 26a KO Rz 2, 5; *Schummer* in *Dellinger/Keppert* 143 (158); *Mohr* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 3ff, 11; *Rüffler* in *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 74 Rz 32; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 26ff; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 26a Rz 3.

⁶⁴¹ *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 26a KO Rz 6; *Mohr* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 10; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 26; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 26a Rz 3; für Deutschland *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 420.

Sache nicht in der Masse befindet, kommt auch ein Aussonderungsanspruch nicht in Betracht, der gem § 26a IO gestundet werden könnte. Ein Herausgabeanspruch des Insolvenzverwalters kann nicht auf § 26a IO gestützt werden.⁶⁴²

Die Rechtsfolge des § 26a IO steht jedoch unter der objektiven Bedingung, dass die Sache zur Fortführung eines Unternehmens erforderlich ist. Dabei ist im Wesentlichen ein Gleichlauf mit den entsprechenden Tatbeständen in den §§ 11 Abs 2, 25a IO anzunehmen.⁶⁴³ Die Gesellschaft muss daher ein Unternehmen betreiben, deren Schließung noch nicht angeordnet wurde.⁶⁴⁴ Wird das Unternehmen auf einen Rechtsnachfolger übertragen, ist § 26a IO nicht weiter anzuwenden.⁶⁴⁵ IdZ ist auch die Wahl der Dauer der Zwangsüberlassung zu sehen: Gem § 115 Abs 4 IO hat das Insolvenzgericht die Schließung des Unternehmens zu verfügen, wenn nicht binnen einem Jahr ein Sanierungsplan angenommen wurde.⁶⁴⁶ Die Gefährdung der Unternehmensfortführung wird oft bei Überlassung unvertretbarer Sachen vorliegen.⁶⁴⁷ Anders als nach § 11 Abs 2 IO kann der Gesellschafter nach gänzlich hA eine sofortige Herausgabe nicht auf ein Erfordernis zur Abwendung schwerer persönlicher oder wirtschaftlicher Nachteile und die damit verbundene Interessensabwägung stützen.⁶⁴⁸ In den Materialien zum GIRÄG 2002 wurde aufgrund des Eigentumseingriffs (ohne vorherige Interessensabwägung) noch

⁶⁴² Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 26; siehe idZ auch bereits FN 438.

⁶⁴³ Den Gleichlauf zwischen §§ 11 Abs 2, 25a IO hat insb Anzenberger (Insolvenzfestigkeit 177ff) nachgewiesen. Für den § 11 Abs 2 IO nachgebildeten § 26a IO greifen Anzenbergers Erwägungen mE ebenso.

⁶⁴⁴ Mohr in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 26a KO Rz 7; Schummer in Dellinger/Keppert 143 (158); Mohr in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 15; Schopper/Vogt in KLS, IO² § 26a Rz 4; Bei Schließung des Unternehmens nach Insolvenzeröffnung ist die Sache sofort herauszugeben, Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 30.

⁶⁴⁵ Mohr in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 26a KO Rz 7; Mohr in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 15; Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 30.

⁶⁴⁶ Vgl Mohr, ecolex 2002, 338 (339); Vogt in Schopper/Vogt, EKEG § 26a KO Rz 4; Mohr in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 26a KO Rz 10; Mohr in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 18; Auf die Fristerstreckungsmöglichkeit des § 115 Abs 4 IO wurde iZm § 26a IO aber nicht Bezug genommen. Die Einjahresfrist ist daher unverlängerbar, Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 30; Schopper/Vogt in KLS, IO² § 26a Rz 2.

⁶⁴⁷ Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 30; vgl Vogt in Schopper/Vogt, EKEG § 26a KO Rz 3 (Sachen, „für die nicht von dritter Seite leicht Ersatz zu beschaffen ist“); großzügiger Mohr in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 26a KO Rz 7; Mohr in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 15; sowie auch Saurer in Kalss/Rüffler 135 (150) der auf die Schwierigkeiten einer insolventen Gesellschaft, Ressourcen zu erlangen und auf ungünstigere Konditionen hinweist.

⁶⁴⁸ Mohr, ecolex 2002, 338 (339); Vogt in Schopper/Vogt, EKEG § 26a KO Rz 3; Mohr in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 26a KO Rz 8; Mohr in Dellinger/Keppert 19 (34); Saurer in Kalss/Rüffler 135 (150); Fellner/Mutz, EKEG 122f; Mohr in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 16; Rüffler in Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ Anh § 74 Rz 32; Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 25, 30; Schopper/Vogt in KLS, IO² § 26a Rz 4.

explizit eine enge Auslegung nahegelegt.⁶⁴⁹ Dieser Passus findet sich in den Materialien zum GIRÄG 2003 bewusst nicht mehr.⁶⁵⁰

Aus dem Erfordernis zur Unternehmensfortführung folgt auch die gesetzgeberische Antwort auf den Meinungsstreit zur alten Rechtslage hinsichtlich der Verwertbarkeit des Nutzungsrechts durch Übertragung an Dritte:⁶⁵¹ Die Gesellschaft muss das Nutzungsrecht selbst benötigen. Für eine Verwertung bleibt kein Raum.⁶⁵²

Dadurch, dass § 26a IO nur auf die Nutzungsüberlassung durch einen Gesellschafter abstellt, sei es nach hA auch nicht zwingend erforderlich, dass der Gesellschafter Eigentümer der überlassenen Sache ist. Es reiche auch aus, wenn der Gesellschafter selbst nur Nutzungsnehmer ist.⁶⁵³ Dies trifft zu, da auch dem Verleiher einer fremden Sache oder dem Untervermieter ein Aussonderungsrecht aufgrund obligatorischer Herausgabeansprüche zukommen kann.⁶⁵⁴ Zu beachten ist, dass § 26a IO aber nur für den Aussonderungsanspruch des Gesellschafters, nicht aber für Ansprüche sonstiger Aussonderungsberechtigter wirkt.⁶⁵⁵ Für diese wäre allenfalls § 11 Abs 2 IO zu beachten.

Dass auch über den Gesellschafter ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde, ändert an der Anwendbarkeit des § 26a IO nichts.⁶⁵⁶ Verwertungsrechte Dritter an der überlassenen Sache werden durch § 26a IO nicht beschränkt, doch wird der zu erzielende Erlös von der Länge der fortdauernden Bindung des Erstehers an die Nutzungsüberlassung abhängen.⁶⁵⁷

5.2.1.2 Rechtsfolgen

Auf die Wirkungen iZm der reinen Zwangsstundung wurde bereits eingangs hingewiesen. Für den Gesellschafter ist von besonderer Bedeutung, dass ihm ein Nutzungsentgelt als

⁶⁴⁹ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 21; dazu auch *Karollus/Isola/Huemer* in *Institut der Wirtschaftsprüfer* 305 (FN 128).

⁶⁵⁰ Siehe ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 22; *Mohr* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 15; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 25; weiterhin eine enge Auslegung befürwortend *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 107; *Saurer* in *Kalss/Rüffler* 135 (151).

⁶⁵¹ Siehe FN 625.

⁶⁵² *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 26a KO Rz 7; *Mohr* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 15; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 26a Rz 4.

⁶⁵³ *Mohr* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 13; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 26a Rz 3; vgl für Deutschland *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 422.

⁶⁵⁴ Vgl nur *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 203.

⁶⁵⁵ Siehe bereits Kapitel 3.2.3.2 iZm dem Miteigentum sowie *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 422.

⁶⁵⁶ *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 26a KO Rz 10; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 27; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 26a Rz 6.

⁶⁵⁷ *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 26a KO Rz 9; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 26a Rz 8; vgl *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 27.

Masseforderung zusteht.⁶⁵⁸ Der BGH hat vor Inkrafttreten des EKEG ausgesprochen, dass der eigenmächtige Verkauf der überlassenen Sache in der Insolvenz durch den Gesellschafter/Eigentümer einen Entzug des der Gesellschaft zustehenden Nutzungsrechts darstellt und daher eine entsprechende Geldzahlung – die aber nicht wie von der klagenden Partei gefordert der ganze Verkaufserlös sein muss – zu leisten hat. Selbiges galt, wenn der Masseverwalter der Veräußerung zustimmt und eine Vergütung des Restwerts des Nutzungsrechts an die Masse vereinbart wurde.⁶⁵⁹ Nach nunmehriger hA wird der Gesellschafter durch § 26a IO nicht in seiner sachenrechtlichen Dispositionsbefugnis beschränkt und kann daher wirksam veräußern ohne Zahlungen an die Gesellschaft leisten zu müssen. Der Erwerber tritt vielmehr in das Nutzungsüberlassungsverhältnis mitsamt der noch andauernden Zwangsüberlassung ein.⁶⁶⁰

Darüber hinaus gilt in verfahrensrechtlicher Hinsicht weitestgehend dasselbe wie bei § 11 Abs 2 IO. Die Zwangsstundung begründet hinsichtlich des Erkenntnisverfahrens keine Prozesssperrre. Der Gesellschafter kann daher sein Aussonderungsrecht grds durchsetzen und obliegt es dem Insolvenzverwalter die Gefährdung der Unternehmensfortführung einredeweise geltend zu machen. Die Beweislast trägt dabei nach allgemeinen Regeln der Insolvenzverwalter. Dringt er mit der Einrede durch, ist die Klage abzuweisen.⁶⁶¹ Sieht der Nutzungsüberlasser ein Tatbestandsmerkmal nicht als erfüllt an, steht ihm somit der Rechtsweg offen und kann er sich an das Insolvenzgericht wenden oder auf Herausgabe klagen.⁶⁶² Selbiges gilt, wenn die Gefährdung der Fortführung nachträglich wegfällt und der Insolvenzverwalter die Herausgabe verweigert. Die Jahresfrist ist insofern als Maximalfrist zu verstehen.⁶⁶³

⁶⁵⁸ Siehe Kapitel 5.4.3; siehe zu § 11 Abs 2 IO nur *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 178f.

⁶⁵⁹ BGH 11.7.1994, II ZR 146/92 (Lagergrundstück III); siehe *Berger*, RdW 1995, 2 (4); *Schmidsberger*, Eigenkapitalersatz 47; *Schmidsberger*, ZIK 1998, 16 (19); *Karollus/Schulyok*, Eigenkapitalersatzende Leistungen 113.

⁶⁶⁰ Vgl *Mohr in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 6 (mit dem Hinweis, dass es für den Eintritt der Zwangsstundung lediglich auf die Gesellschafterstellung im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung ankommt); *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 27; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 26a Rz 8; siehe auch *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 26a KO Rz 10 (anders als *Mohr* annimmt, verneint *Vogt* eine Bindung des Erwerbers an § 26a IO mE nicht. Die erwähnte fehlende Einschränkung der Verfügungsbefugnis bezieht sich auf die sachenrechtliche Befugnis – arg „insofern“. In den Überlassungsvertrag tritt der Erwerber auch nach *Vogt* ein. Eine Bindung an § 26a IO lässt er offen); für Deutschland siehe hingegen *Bitter in Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 425.

⁶⁶¹ Vgl *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 26a KO Rz 11; *Mohr in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 19; vgl zu § 11 Abs 2 IO nur *Czoklich* in KLS, IO² § 11 Rz 29 mwN.

⁶⁶² *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 26a KO Rz 11; *Mohr in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 19; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 26a Rz 4.

⁶⁶³ Vgl *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 26a KO Rz 9; *Mohr in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 17; Siehe zu § 11 Abs 2 IO *Deixler-Hübner in Konecny*, Insolvenzgesetze § 11 IO Rz 14f; *Czoklich* in KLS, IO² § 11 Rz 39.

Verzögert der Insolvenzverwalter die Herausgabe schuldhaft, wird er schadenersatzpflichtig.⁶⁶⁴ Auch Exekutionsverfahren laufen grds weiter bzw können nach Insolvenzeröffnung eingeleitet werden. Gem § 26a letzter Satz IO iVm § 11 Abs 3 IO ist das Exekutionsverfahren jedoch auf Antrag des Insolvenzverwalters oder auf Ersuchen des Insolvenzgerichts das Verfahren solange aufzuschieben, bis der Gesellschafter Erfüllung verlangen kann.⁶⁶⁵

5.2.2 Aufschub der Räumungsexekution gem § 12c IO

§ 12c IO unterstützt die Unternehmenssanierung durch Verhinderung der Räumungsexekution und orientiert sich dabei weitgehend am bisherigen § 12a AO.⁶⁶⁶ Anders als bei §§ 11 Abs 2, 26a IO, bei denen die mit dem Aussonderungsanspruch auf Sachen iSd § 349 EO verbundene Räumung⁶⁶⁷ gem § 11 Abs 3 IO im Exekutionsverfahren ebenso aufgeschoben werden kann,⁶⁶⁸ verschafft § 12c IO eine zeitlich großzügigere⁶⁶⁹ und nicht fix begrenzte Möglichkeit zur Aufschiebung der Exekutionsführung und damit zur Weiterbenützung der Sache. Diese Aufschubsmöglichkeit besteht unabhängig davon, ob das Exekutionsverfahren vor oder nach Insolvenzeröffnung eingeleitet wurde und greift nach zutr hA aus teleologischen Erwägungen auch nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens aufgrund rechtskräftiger Bestätigung des Sanierungsplans (vgl § 152b Abs 2 IO).⁶⁷⁰ Nach Ansicht *Anzenbergers* liege ein Spezialitätsverhältnis zwischen § 11 Abs 3 IO und § 12c IO zwar nahe, doch bestehe in Wahrheit kein Widerspruch zwischen den Normen, da ein Aufschub gem § 11 Abs 3 IO auch auf Ersuchen des Insolvenzgerichts möglich ist, § 12c IO aber nur dem Insolvenzverwalter ein Antragsrecht zugestehe. Die Bestimmungen seien daher und aufgrund der Vorteilhaftigkeit für das Schuldnerunternehmen nebeneinander anzuwenden.⁶⁷¹

⁶⁶⁴ *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 26a KO Rz 12; *Schummer in Dellinger/Keppert* 143 (158); *Mohr in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 20.

⁶⁶⁵ Zu den Rechtswirkungen im Einzelnen siehe *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 26a KO Rz 13ff; *Mohr in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 21ff; *Czoklich in KLS*, IO² § 11 Rz 32ff.

⁶⁶⁶ ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 11; *Konecny in Konecny*, Insolvenzgesetze § 12c IO Rz 6ff; *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 180f; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 283; *Riss in KLS*, IO² § 12c Rz 1; OGH 17.10.2012, 7 Ob 129/12i.

⁶⁶⁷ Siehe *Konecny in Konecny*, Insolvenzgesetze § 12c IO Rz 44; *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 175; *Riss in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} §§ 1109, 1110 Rz 7/1; RIS-Justiz RS0051773.

⁶⁶⁸ Siehe Kapitel 5.2.1.2.

⁶⁶⁹ Der Exekutionsaufschub kann sich uU auf mehrere Jahre erstrecken, vgl *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 213.

⁶⁷⁰ *Konecny in Konecny*, Insolvenzgesetze § 12c IO Rz 26, 44, 76ff; *Konecny*, ZIK 2013, 2 (2f); *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 194f; vgl OGH 17.10.2012, 7 Ob 129/12i; Ist die Räumungsexekution jedoch beendet, ist § 12c IO nicht mehr anzuwenden, vgl *Konecny in Konecny*, Insolvenzgesetze § 12c IO Rz 132; *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 188; OGH 17.10.2012, 7 Ob 129/12i.

⁶⁷¹ *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 204f.

Andererseits ist der Anwendungsbereich der Bestimmung in mehrerer Hinsicht enger als die bisher dargestellten insolvenzrechtlichen Sonderbestimmungen gefasst. Aus der Wortfolge „*Räumung eines Bestandobjekts, in dem das Unternehmen betrieben wird*“⁶⁷² folgt zum einen, dass nur Unternehmerinsolvenzen⁶⁷³ erfasst sind, und zum anderen, dass nur auf unbewegliche Sachen, Schiffe oder Superädifikate gerichtete Exekutionen nach § 349 EO gegenständlich sind.⁶⁷⁴ Str ist, ob die Pacht eines Unternehmens, das auch eine Sache iSd § 349 EO umfasst, in den Anwendungsbereich fällt.⁶⁷⁵ Der Schutz des § 12c IO greift nur in Insolvenzverfahren, in denen ein erfolgreicher Sanierungsplan noch möglich ist.⁶⁷⁶ Erforderlich ist, dass vor dem Antrag auf Aufschub der Räumungsexekution ein Sanierungsplanantrag eingebracht wurde.⁶⁷⁷ Andererseits bleibt der Schutz des § 12c IO verwehrt, sobald der Sanierungsplan misslingt, wofür Z 1-5 demonstrative Tatbestände vorsehen.⁶⁷⁸ Außerdem darf der Räumungstitel ausschließlich auf dem besonderen Auflösungsgrund der „*Nichtzahlung des Bestandzinses in der Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens*“ (§§ 1118 ABGB, 30 Abs 2 Z 1 MRG) beruhen.⁶⁷⁹ Unentgeltliche Verträge (insb Leihe und Prekarium) scheiden somit aus dem Anwendungsbereich aus.⁶⁸⁰ Auf die Anwendung des § 12c IO kann im Vorhinein nicht wirksam verzichtet werden.⁶⁸¹

Die hL will die Rechtsfolgen des § 12c IO überdies dann nicht greifen lassen, wenn dies – analog zu § 11 Abs 2 IO und § 25a Abs 2 Z 1 IO – zur Abwendung schwerer persönlicher oder

⁶⁷² Siehe zum Betreiben im Bestandsobjekt im Detail *Konecny* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 12c IO Rz 32ff; Nach hA sei eine tatsächliche Gefährdung der Unternehmensfortführung durch die Räumung aber nicht erforderlich, doch führt die Schließung oder der Verkauf des Unternehmens zur Unanwendbarkeit des § 12c IO, da diesfalls die Sanierung endgültig gescheitert ist, vgl *Riss* in KLS, IO² § 12c Rz 5 mwN.

⁶⁷³ Siehe im Detail *Konecny* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 12c IO Rz 24ff; *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 187ff.

⁶⁷⁴ Vgl *Konecny* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 12c IO Rz 27f; *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 183f; *Riss* in KLS, IO² § 12c Rz 3f; diesbezüglich verfassungsrechtliche Bedenken äußernd *Konecny* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 12c IO Rz 17.

⁶⁷⁵ Bejahend *Oberhammer*, ZIK 1998, 1 (3); *Konecny* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 12c IO Rz 30; *Konecny*, ZIK 2010, 82 (85); *Riss* in KLS, IO² § 12c Rz 4; verneinend *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 185ff.

⁶⁷⁶ Vgl ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 11; *Riss* in KLS, IO² § 12c Rz 3.

⁶⁷⁷ *Konecny* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 12c IO Rz 48ff; *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 197f; *Riss* in KLS, IO² § 12c Rz 7.

⁶⁷⁸ *Konecny* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 12c IO Rz 94ff; *Riss* in KLS, IO² § 12c Rz 8; vgl ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 11; krit ggü eines demonstrativen Verständnisses *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 199ff.

⁶⁷⁹ Vgl *Konecny* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 12c IO Rz 46; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 283; *Riss* in KLS, IO² § 12c Rz 6; Insbesondere ist § 12c IO nicht weiter anzuwenden, wenn der Vertrag zwischenzeitig durch Ablauf einer Befristung erloschen wäre, vgl *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 219; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 284.

⁶⁸⁰ *Riss* in KLS, IO² § 12c Rz 6; vgl *Konecny* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 12c IO Rz 29.

⁶⁸¹ *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 219f.

wirtschaftlicher Nachteile des Berechtigten unerlässlich ist.⁶⁸² Das grds zutr Argument *Konecnys*⁶⁸³, dass es widersinnig sei, den Bestandgeber bei Unzumutbarkeit gem § 25a Abs 2 Z 1 IO nicht der Vertragsauflösungssperre zu unterwerfen, ihm gem § 12c IO aber die tatsächliche Rückstellung zu verwehren, greift bei der Gesellschafternutzungsüberlassung nicht, da – wie in Kapitel 5.1.2 ausgeführt – § 25 Abs 2 Z 1 IO teleologisch zu reduzieren ist. Selbst wenn eine Verfassungskonformität des § 12c IO nur bei implementierter Interessensabwägung angenommen wird,⁶⁸⁴ fehlt für einen Analogieschluss bei Gesellschafternutzungsüberlassungen schlichtweg eine geeignete Analogiebasis: An anderen Stellen des Gesetzes wird die Interessensabwägung nur zugunsten von Nichtgesellschaftern angeordnet und beruht diese Differenzierung auf dem klaren Willen des Gesetzgebers,⁶⁸⁵ sodass diese Normen als Analogiebasis hier ausscheiden müssen.

Der bloß auf Bestandverträge abstellende Wortlaut des § 12c IO führt zu der bereits bei § 23 IO erörterten Frage, inwiefern andere Verträge in den Anwendungsbereich der Norm fallen können. *Anzenberger* vertritt zwar aus verfassungsrechtlichen Erwägungen eine enge Auslegung und lehnt eine Ausdehnung auf andere Verträge grds ab,⁶⁸⁶ doch sei beim Finanzierungsleasing nach der konkreten Vertragsausgestaltung zu differenzieren. Von einem Überwiegen der Bestandsvertragseigenschaft und einer daraus resultierenden Anwendbarkeit des § 12c IO sei auszugehen, wenn keine Kaufpflicht vereinbart wurde und die Nichtausübung eines eingeräumten Optionsrechts nicht wirtschaftlich unvernünftig wäre. Außerdem entspreche dies auch dem Telos der Norm, Unternehmenssanierungen zu erleichtern.⁶⁸⁷ Dem ist angesichts der in den Kapiteln 3.2.2.2 und 5.1.1 vorgenommenen Abgrenzung zuzustimmen.

Auf Rechtsfolgenebene normiert § 12c IO einerseits verfahrensrechtliche Mechanismen. § 12c IO stellt einen in § 42 EO nicht enthaltenen Exekutionsaufschiebungsgrund eigener Art dar, für den die allgemeinen Anforderungen des § 44 Abs 1 und 2 EO nicht gelten.⁶⁸⁸ Die Räumungsexekution ist zwar zu bewilligen, darf aber nicht vollzogen werden, wenn der

⁶⁸² *Konecny* in *Konecny*, Insolvenzzesetze § 12c IO Rz 16, 61ff; *Anzenberger*, Insolvenzzfestigkeit 196; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzzrecht⁵ Rz 284.

⁶⁸³ *Konecny* in *Konecny*, Insolvenzzesetze § 12c IO Rz 62.

⁶⁸⁴ Siehe *Konecny* in *Konecny*, Insolvenzzesetze § 12c IO Rz 16.

⁶⁸⁵ Siehe die Differenzierung anhand der Insiderstellung und der erhöhten Verantwortung in ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 21; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 22.

⁶⁸⁶ So auch *Konecny* in *Konecny*, Insolvenzzesetze § 12c IO Rz 29.

⁶⁸⁷ *Anzenberger*, Insolvenzzfestigkeit 184f.

⁶⁸⁸ *Konecny* in *Konecny*, Insolvenzzesetze § 12c IO Rz 87; *Riss* in *KLS*, IO² § 12c Rz 9; siehe OGH 17.10.2012, 7 Ob 129/12i.

Schuldner/Insolvenzverwalter dies beantragt und alle Voraussetzungen vorliegen.⁶⁸⁹ Über das Vorliegen der Voraussetzungen entscheidet das Exekutionsgericht.⁶⁹⁰ Während dieses Schwebezustandes schuldet der Schuldner ein bereicherungsrechtliches Benützungsentgelt gem § 1041 ABGB, welches ab Insolvenzeröffnung eine Masseforderung darstellt (§ 46 Z 5 und 6 IO).⁶⁹¹ Sobald die Insolvenzforderung des Bestandgebers mit dem im Sanierungsplan festgelegten Betrag voll befriedigt, ist die Räumungsexekution auf Antrag endgültig einzustellen.⁶⁹²

Die verfahrensrechtlichen Rechtsfolgen dienen vorwiegend dazu, der in § 12c IO angeordneten materiellen Rechtsfolge zur Anwendung zu verhelfen.⁶⁹³ Diese materielle Rechtsfolge besteht in der ex lege Fortsetzung⁶⁹⁴ des Bestandverhältnisses, die die Vertragsbeendigung wegfallen lässt.⁶⁹⁵ Die Rsp knüpft die Anwendbarkeit direkt an die Voraussetzung der erfolgreichen Beantragung der Exekutionsaufschiebung und -einstellung aufgrund Leistung der sanierungsplanmäßigen Zahlungen an den Bestandgeber.⁶⁹⁶ Die hL lässt mit guten Gründen die Fortführung unabhängig von Vorgängen in einem Exekutionsverfahren eintreten, wenn die Sanierungsplanquote des Bestandgebers rechtzeitig und voll erfüllt wurde und dem Bestandgeber der Fortführungswille des Bestandnehmers – der sich aus der Aufschubantragstellung ergeben kann, aber nicht muss – erkennbar ist.⁶⁹⁷ Zudem ist erforderlich, dass das Benützungsentgelt während des Schwebezustandes bezahlt wurde und

⁶⁸⁹ OGH 17.10.2012, 7 Ob 129/12i; vgl *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 214; siehe *Konecny* in *Konecny*, Insolvenzesetze § 12c IO Rz 45.

⁶⁹⁰ OGH 17.10.2012, 7 Ob 129/12i.

⁶⁹¹ *Konecny* in *Konecny*, Insolvenzesetze § 12c IO Rz 68ff; *Riss* in KLS, IO² § 12c Rz 10; vgl *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 284.

⁶⁹² Vgl *Konecny* in *Konecny*, Insolvenzesetze § 12c IO Rz 146ff; *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 214; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 284; *Riss* in KLS, IO² § 12c Rz 15; OGH 17.10.2012, 7 Ob 129/12i.

⁶⁹³ *Konecny* in *Konecny*, Insolvenzesetze § 12c IO Rz 19, 130; *Riss* in KLS, IO² § 12c Rz 1; OGH 17.10.2012, 7 Ob 129/12i; vgl *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 284; siehe *Konecny*, ZIK 2013, 2 (2f).

⁶⁹⁴ Der Zeitpunkt, zu dem die Fortsetzung des Vertrages eintritt, ist überaus umstritten. Es muss auf die Darstellung des Meinungsstandes bei *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 206ff verwiesen werden.

⁶⁹⁵ Vgl *Konecny* in *Konecny*, Insolvenzesetze § 12c IO Rz 144 (Wegfall ex tunc); *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 212f (Wegfall ex nunc); *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 284; *Riss* in KLS, IO² § 12c Rz 13 (Wegfall ex tunc); OGH 17.10.2012, 7 Ob 129/12i; RIS-Justiz RS0118552.

⁶⁹⁶ OGH 17.10.2012, 7 Ob 129/12i.

⁶⁹⁷ *Konecny*, ZIK 2013, 2 (2ff); zust *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 193, 198f; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 284; *Riss* in KLS, IO² § 12c Rz 16; vgl *Konecny* in *Konecny*, Insolvenzesetze § 12c IO Rz 42, 130.

der Bestandnehmer rechtswidrige Handlungen unterlassen hat.⁶⁹⁸ Wurde das Bestandsobjekt hingegen zurückgestellt, greift diese Rechtsfolge nicht.⁶⁹⁹

5.3 Anfechtung des Abzugs der Sache vor Insolvenzeröffnung

Die großzügigen Vertragsbeendigungs- und Abzugsmöglichkeiten in der Krise außerhalb des Insolvenzverfahrens wurden bereits erörtert.⁷⁰⁰ Wurde der Nutzungsüberlassungsvertrag bereits beendet und auch die überlassene Sache bereits zurückgestellt, greifen die bisher dargestellten insolvenzrechtlichen Mechanismen nicht. Dies lässt befürchten, dass Gesellschafter Umgehungsversuche wagen und einen Abzug vor Insolvenzeröffnung anstreben, was die vom Gesetzgeber intendierten Sanierungserleichterungen konterkarieren würde.⁷⁰¹ Dennoch scheint der Gesetzgeber dies in Kauf zu nehmen: Die Materialien erwähnen, dass ein Abziehen der Sache vor Insolvenzeröffnung lediglich anfechtungsrechtlich rückgängig gemacht werden kann.⁷⁰² Welche Anfechtungstatbestände der §§ 28ff IO dafür in Betracht kommen sollen, lassen die Materialien offen. Die (spärlichen) Lehrmeinungen gehen durchwegs von einer geringen Relevanz aus.⁷⁰³ Um zu verhindern, dass das gesetzgeberische Ziel, notwendige Betriebsmittel möglichst zu erhalten, nicht durch die weitgehenden Abzugsmöglichkeiten vor Insolvenzeröffnung unterlaufen wird, erscheint eine weite Auslegung der anfechtungsrechtlichen Tatbestände geboten. Denn nur wenn die Sache aufgrund einer erfolgreichen Anfechtung der Gesellschaft wieder zugeführt wird, ist auch der Anwendungsbereich des § 26a IO (und je nach Anfechtungsgegenstand auch jener der übrigen in den Kapiteln 5.1 und 5.2 dargestellten, insolvenzrechtlichen Normen) wieder eröffnet.⁷⁰⁴

5.3.1 Allgemeine Anfechtungsvoraussetzungen

Die allgemeinen Anfechtungsvoraussetzungen werden regelmäßig vorliegen: Angefochten wird eine Rechtshandlung oder ggf ein Unterlassen (vgl § 36 IO). Der Begriff ist weit gewählt und umfasst – sofern nicht Spezielleres angeordnet ist – jede Handlung, die rechtliche

⁶⁹⁸ Konecny in Konecny, Insolvenzgesetze § 12c IO Rz 132.

⁶⁹⁹ Mit divergierenden Begründungen Konecny in Konecny, Insolvenzgesetze § 12c IO Rz 43, 132; Riss in KLS, IO² § 12c Rz 14; OGH 17.10.2012, 7 Ob 129/12i.

⁷⁰⁰ Siehe Kapitel 4.1.

⁷⁰¹ Siehe Spahl, Nutzungsüberlassungen 116f; dazu, dass diese Befürchtung zumindest teilweise durch die Qualifizierung des auf die Zeit nach Nutzungsüberlassung entfallenden Entgelts als Massenforderung aufgewogen wird, siehe Kapitel 6.

⁷⁰² ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 21; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 22; siehe auch Vogt in Schopper/Vogt, EKEG § 26a KO Rz 6; Mohr in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 26a Rz 24; Zehetner/Bauer, Eigenkapitalersatzrecht 59, 106; Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 26; Schopper/Vogt in KLS, IO² § 26a Rz 6; krit Fellner/Mutz, EKEG 123.

⁷⁰³ Siehe Fellner/Mutz, EKEG 123; Mohr in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 32.

⁷⁰⁴ Siehe Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 26.

Wirkungen hervorrufen kann.⁷⁰⁵ Erfasst sind insb Kündigungen⁷⁰⁶, Befriedigungshandlungen sowie Prozess- und Exekutionshandlungen⁷⁰⁷. Insofern ist stets genau zu prüfen, welche Rechtshandlung im Verlauf der Abwicklung angefochten werden soll. Für die Praxis erscheint insb die Anfechtung der tatsächlichen Rückstellung, die eine Befriedigungshandlung in Bezug auf den Rückstellungsanspruch darstellt,⁷⁰⁸ vorteilhaft, da diese einerseits am wahrscheinlichsten noch innerhalb der relevanten Fristen erfolgt ist und andererseits grds auch die Anwendbarkeit jener Tatbestände denkbar ist, die auf eine Schuldnerhandlung abstellen. *Schummers* Bemerkung, dass eine Anfechtung idR nicht in Betracht kommt, wenn das Vertragsverhältnis durch Ablauf einer Befristung vor Insolvenzeröffnung endet,⁷⁰⁹ beruht wohl auf der fehlenden Rechtshandlung bei Vertragsauflösung.⁷¹⁰ Für die Qualifikation der tatsächlichen Rückstellung als Rechtshandlung ist die Vertragsdauer jedoch ohne Einfluss. Ob die Anfechtungsvoraussetzungen der jeweiligen Tatbestände vorliegen, steht dabei auf einem anderen Blatt.

Auch wenn die Zufuhr der Sache nicht unmittelbar den Haftungsfonds der Gläubiger vergrößert, werden die Befriedigungsaussichten aufgrund der erhöhten Sanierungschancen, die aus der Gebrauchsmöglichkeit resultieren, verbessert, sodass die Befriedigungstauglichkeit idR zu bejahen ist. Vice versa wird der erfolgte Abzug der Sache aus diesem Grund zu einer mittelbaren Gläubigerbenachteiligung führen.⁷¹¹ Damit eng verbunden ist die Frage, inwiefern die Befriedigung von Aussonderungsansprüchen überhaupt Gegenstand einer Anfechtung sein kann – insb auch in Hinblick auf § 31 IO, wo ausdrücklich nur die Befriedigung von Insolvenzforderungen erwähnt wird.⁷¹² Der Telos des grds Ausschlusses von Aussonderungsansprüchen liegt darin, dass eine Anfechtung nicht zielführend ist, wenn der Anspruch im Insolvenzverfahren ohnedies voll durchsetzbar gewesen wäre.⁷¹³ Das Aussonderungsrecht des Gesellschafters ist in der Insolvenz hingegen (vorerst) gerade nicht

⁷⁰⁵ *Rebernik* in *Konecny*, Insolvenzzesetze § 27 IO Rz 57; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 149; RIS-Justiz RS0050539.

⁷⁰⁶ *Bollenberger/Spitzer* in KLS, IO² § 27 Rz 9.

⁷⁰⁷ *Rebernik* in *Konecny*, Insolvenzzesetze § 27 IO Rz 64; OGH 10.12.1981, 7 Ob 795/81 (Zwangsvollstreckung).

⁷⁰⁸ Dazu näher in Kapitel 5.3.4; siehe insb FN 732.

⁷⁰⁹ *Schummer* in *Dellinger/Keppert* 143 (158).

⁷¹⁰ Zu erwägen wäre allenfalls, ob im Einzelfall eine Fortführungsoption vereinbart wurde, deren Ausübung unterlassen wurde, siehe *Widhalm-Budak*, Anfechtungsrecht⁴ 5.

⁷¹¹ Siehe *Gruschinske*, GmbHR 2010, 179 (184); *Gehrlein*, NZI 2016, 561 (565); *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 434; siehe allgemein zur mittelbaren Gläubigerbenachteiligung *Widhalm-Budak*, Anfechtungsrecht⁴ 9.

⁷¹² Siehe allgemein zur Problematik *Rebernik* in *Konecny*, Insolvenzzesetze § 27 IO Rz 125, 127.

⁷¹³ Vgl *Rebernik* in *Konecny*, Insolvenzzesetze § 31 IO Rz 16.

durchsetzbar! *Bitter* argumentiert zutr, dass der bloße Besitz aufgrund § 135 Abs 3 dInsO (vgl § 26a IO) einen eigenständigen, schützenswerten Vermögenswert darstellt und eine Gläubigerbenachteiligung nicht bloß aufgrund des bestehenden Aussonderungsrechts verneint werden kann.⁷¹⁴ Es erscheint daher geboten, eine Anfechtbarkeit nicht bereits aus dem Grund zu verneinen, dass ein Aussonderungsanspruch befriedigt wird.⁷¹⁵ Anders wäre auch der Hinweis auf das Anfechtungsrecht in den Materialien nicht nachvollziehbar.⁷¹⁶ Bei § 31 IO ist ein Analogieschluss angezeigt.

Nach teilweise vertretener Ansicht gilt es zu beachten, dass die anzufechtende Rechtshandlung regelmäßig nur dann zu einer Gläubigerbenachteiligung geführt hat, wenn die Beschaffung eines Ersatzgegenstandes mit höheren Kosten und ungünstigeren Konditionen verbunden wäre als die Fortführung des Nutzungsüberlassungsverhältnisses.⁷¹⁷ Dem ist grds zuzustimmen, doch darf kein allzu strenger Maßstab angesetzt werden. Wäre es stets möglich, notwendige Betriebsmittel nach Belieben auszutauschen und auf Angebote Dritter umzusteigen, hätte es § 26a IO nicht gebraucht. Such- und Wechselkosten sind bei der Prüfung der Gläubigerbenachteiligung unbedingt zu berücksichtigen.

Es soll nun dargestellt werden, welche Tatbestände zumindest denkbarerweise einschlägig sein könnten und welche nicht. Ob alle Anfechtungsvoraussetzungen der jeweiligen Tatbestände im Einzelfall tatsächlich vorliegen, kann hier nicht beurteilt werden. Es geht vielmehr darum, aufzuzeigen, dass die Anfechtung von Vertragsbeendigungen/Rückstellungen nach vielen Tatbestände nicht per se ausgeschlossen erscheint.

5.3.2 Keine Anfechtbarkeit

Da der Gesellschafter iSd EKEG als Nutzungsüberlasser und Anfechtungsgegner gem § 32 Abs 2 Z 3 IO als naher Angehöriger gilt, scheidet eine Berufung auf jene Tatbestände aus, die nur für Nichtangehörige gelten. Dies betrifft §28 Z 2 IO, § 30 Abs 1 Z 3 IO sowie § 31 Abs 1 Z 2 und Z 3 IO.

⁷¹⁴ *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 434f.

⁷¹⁵ AA zu §§ 130f dInsO *Gehrlein*, NZI 2016, 561 (565); siehe auch *Gruschinske*, GmbHR 2010, 179 (182), die die Anfechtbarkeit der Herausgabe (nicht aber der Kündigung!) aufgrund der fehlenden Zugehörigkeit zur haftenden Masse verneint.

⁷¹⁶ Siehe ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 21; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 22.

⁷¹⁷ Siehe *Mohr* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 32 (Anfechtbarkeit idR nur bei zu geringem Entgelt); *Gruschinske*, GmbHR 2010, 179 (183).

Die Anfechtung wegen Vermögensverschleuderung nach § 28 Z 4 IO scheidet aus, da nur der Abschluss von Kauf-, Tausch- und Lieferverträgen anfechtbar ist.⁷¹⁸

Fraglich ist, ob die Vertragsbeendigung/Rückstellung als unentgeltliche Leistung iSd § 29 Z 1 IO anfechtbar ist. Da der Anwendungsbereich nur Rechtshandlungen des Schuldners erfasst,⁷¹⁹ käme jedenfalls nur eine Kündigung der Gesellschaft (nicht aber des Gesellschafters) oder eine einvernehmliche Auflösungsvereinbarung als anfechtbare Rechtshandlung in Betracht.⁷²⁰ Nach hA kann der Verzicht auf ein Recht nach dieser Bestimmung anfechtbar sein.⁷²¹ *Gehrlein*⁷²² ist insofern zuzustimmen, als von einem unentgeltlichen Rechtsverzicht nicht gesprochen werden kann, da „*der Verlust der Nutzungsmöglichkeit durch die Beendigung der Entgeltleistung aufgewogen wird*“. Nicht einzusehen ist aber, weshalb *ders* idF deshalb von einer teilweisen Unentgeltlichkeit ausgeht, weil das Nutzungsrecht gem § 135 Abs 3 dInsO entfällt und dafür kein Ausgleich geleistet wird. Für dieses Nutzungsrecht hat die Gesellschaft gem § 135 Abs 3 zweiter Satz dInsO ebenso ein Entgelt zu entrichten. In Österreich steht nach Vertragsbeendigung ein bereicherungsrechtliches, angemessenes Benützungsentgelt zu – sogar dann, wenn bisher eine unentgeltliche Nutzungsüberlassung erfolgt ist!⁷²³ Von einer unentgeltlichen Leistung als „*kompensationsloser Minderung des schuldnerischen Vermögens*“⁷²⁴ zu sprechen, erscheint mir nicht angezeigt.

In Deutschland wird mitunter erwogen, durch teleologische Extension des § 135 Abs 3 dInsO eine Anfechtbarkeit der Beendigung von Nutzungsüberlassungen vor Insolvenzeröffnung herbeizuführen.⁷²⁵ Wie *Spahl* überzeugend darlegt, besteht zwar zwischen der Aussonderungssperre und einer allfälligen Anfechtung ein ähnlicher Regelungszweck, doch scheitert ein Analogieschluss an der fehlenden Vergleichbarkeit der Tatbestände.⁷²⁶ Dass in der österreichischen Parallelbestimmung des § 26a IO ein Anfechtungstatbestand zu erblicken wäre, findet keine Grundlage in den Materialien. Im Gegenteil: Hätte man eine allgemeine Anfechtbarkeit der Beendigung eigenkapitalersetzender Nutzungsüberlassungen vorsehen

⁷¹⁸ Siehe *Widhalm-Budak*, Anfechtungsrecht⁴ 41.

⁷¹⁹ Siehe *Widhalm-Budak*, Anfechtungsrecht⁴ 4, 6, 43.

⁷²⁰ Siehe für § 133 dInsO *Gehrlein*, NZI 2016, 561 (566).

⁷²¹ *Widhalm-Budak*, Anfechtungsrecht⁴ 45; *Rebernig* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 29 IO Rz 18.

⁷²² *Gehrlein*, NZI 2016, 561 (566).

⁷²³ Siehe Kapitel 5.4.3.

⁷²⁴ BGH 19.07.2018, IX ZR 307/16.

⁷²⁵ Siehe *Gruschinske*, GmbHR 2010, 179 (181f); *Spahl*, Nutzungsüberlassungen 118f; *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 436; siehe idZ auch Kapitel 3.2.1.2 und FN 487.

⁷²⁶ *Spahl*, Nutzungsüberlassungen 119.

wollen, hätte man wohl kaum „*lediglich*“ auf bestehendes Anfechtungsrecht verwiesen.⁷²⁷ Außerdem spricht – anders als in Deutschland⁷²⁸ – die systematische Stellung des § 26a IO außerhalb des Anfechtungsrechts gegen eine derartige Interpretation.

5.3.3 Anfechtung wegen Benachteiligungsabsicht nach § 28 Z 1 und Z 3 IO

Der Anwendungsbereich des § 28 IO erfasst nur Rechtshandlungen des Schuldners.⁷²⁹ Vom sachlichen Anwendungsbereich erfasst wäre allenfalls eine Kündigung durch die Gesellschaft, eine einvernehmliche Auflösungsvereinbarung oder die tatsächliche Rückstellung. Geht die Gesellschaft dabei in Benachteiligungsabsicht vor und ist dies dem Gesellschafter bekannt oder musste ihm dies bekannt sein, erscheint eine Anfechtung möglich.⁷³⁰

5.3.4 Anfechtung wegen objektiver Begünstigung (inkongruenter Deckung) nach § 30 Abs 1 Z 1 IO

Nach dieser Bestimmung sind nicht alle Rechtshandlungen, sondern nur Sicherstellungen und Befriedigungen anfechtbar. Unter Befriedigung versteht man die Tilgung einer Forderung durch Erfüllung oder Erfüllungssurrogate.⁷³¹ Anfechtbar ist zunächst die Erfüllung des Rückerstattungsanspruches des Gesellschafters.⁷³² *Mohr* erwähnt den Anfechtungsfall, dass die Gesellschaft die Sache vor Beendigung des Vertrages zurückgestellt hat.⁷³³ Angesprochen ist der Fall der inkongruenten Deckung einer nicht in der Zeit zu beanspruchenden Leistung, da der Gesellschafter aufgrund des aufrechten Vertrags noch nicht zur Rückforderung berechtigt war.⁷³⁴ Fraglich ist, ob auch Kündigungen oder einvernehmliche Vertragsauflösungen wegen

⁷²⁷ Siehe ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 21; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 22.

⁷²⁸ Siehe *Gruschinske*, GmbHR 2010, 179 (181).

⁷²⁹ Siehe *Widhalm-Budak*, Anfechtungsrecht⁴ 4, 6, 33.

⁷³⁰ Auch in Deutschland wird eine Anfechtbarkeit von Aufhebungsverträgen und Kündigungen durch die Gesellschaft aufgrund vorsätzlicher Benachteiligung gem § 133 dInsO von der hM bejaht. Für Kündigungen des Gesellschafters ist die Anwendbarkeit str, siehe *Gehrlein*, NZI 2016, 561 (565f); *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 434 mwN.

⁷³¹ *Widhalm-Budak*, Anfechtungsrecht⁴ 49.

⁷³² AA *Gruschinske*, GmbHR 2010, 179 (182); die die Anfechtbarkeit der Herausgabe (nicht aber der Kündigung!) aufgrund der fehlenden Zugehörigkeit der vom Aussonderungsrecht betroffenen Sache zur haftenden Masse verneint. Dass das Verneinen einer Anfechtung bloß aufgrund der Befriedigung eines Aussonderungsrechts nicht überzeugt, wurde bereits in Kapitel 5.3.1 dargelegt. Für die Anfechtbarkeit der Herausgabe sprechen im österreichischen Recht zudem die Materialien, die davon sprechen, dass das „*Abziehen*“ der Sache dem Anfechtungsrecht zu unterstellen ist, siehe ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 21; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 22. Die Differenzierung *Gruschinskes* überzeugt ferner nicht, weil jedenfalls eine Befriedigungshandlung Anfechtungsgegenstand sein muss. Es stellt sich lediglich die Frage, ob neben der tatsächlichen Herausgabe als Verfügungshandlung auch die Vertragsbeendigung als Rechtsgrund („*Verpflichtungsgeschäft*“) des Herausgabeanspruchs eine tatbestandsmäßig Befriedigungshandlung darstellt, siehe dazu *Astner*, Anfechtung 43f.

⁷³³ *Mohr* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 32.

⁷³⁴ Dass der Anspruch vor Insolvenzeröffnung fällig geworden wäre, ist grds irrelevant, doch geht die Rsp von der Unschädlichkeit geringfügiger Abweichungen (fünf Tage verfrühte Deckung) aus, siehe *Widhalm-Budak*, Anfechtungsrecht⁴ 53; OGH 25.04.2018, 3 Ob 55/18m. Grds kann eine Anfechtung nach § 30 Abs 1 Z 1 IO daher auch dann erfolgen, wenn die Rückstellung während offener Kündigungsfrist erfolgt ist. Die Einrede der fehlenden

inkongruenter Deckung angefochten werden können. *Gruschinske* bejaht eine Anfechtbarkeit nach § 131 dInsO, wenn das Kündigungsrecht erst innerhalb des Anfechtungszeitraumes bzw sonst anfechtbar vereinbart wurde. Selbiges gelte, wenn der Schuldner den Vertrag kündigt oder sonst an der Auflösung mitwirkt, da diesfalls dem Gläubiger mehr Rechte verschafft werden, als ihm eigentlich zustünden.⁷³⁵ Dem ist grds auch für das österreichische Recht zuzustimmen, denn hierzulande ist es anerkannt, dass eine Deckung auch dann wegen Inkongruenz angefochten werden kann, wenn die Leistung zwar zum Deckungszeitpunkt geschuldet war, dies aber nur auf dem Umstand basiert, dass die Leistungspflicht nachträglich innerhalb der kritischen Frist geändert wurde.⁷³⁶ Die von *Gruschinske* erörterten Fälle sind als solche nachträglichen Änderungen der Leistungspflicht zu sehen. Zu hinterfragen ist somit lediglich noch, ob Anfechtungsgegenstand die Vertragsbeendigung oder die tatsächliche Rückstellung der Sache ist. Folgt man der Ansicht *Astners*, wonach nicht nur Verfügungsgeschäfte, sondern auch Verpflichtungsgeschäfte Befriedigungshandlungen darstellen können,⁷³⁷ so kann auch die Kündigung/einvernehmliche Auflösung die anfechtungsgegenständliche Rechtshandlung darstellen. Andernfalls verbleibt nur die tatsächliche Rückgabe als Anknüpfungspunkt.

5.3.5 Anfechtung wegen subjektiver Begünstigung (Begünstigungsabsicht) nach § 30 Abs 1 Z 2 IO

Denkbar ist auch eine Anfechtung wegen Begünstigungsabsicht der Gesellschaft, die der Gesellschafter kannte oder kennen musste.⁷³⁸ Ob bloß die tatsächliche Rückgabe oder auch die Kündigung/einvernehmliche Auflösung tauglicher Anfechtungsgegenstand sein kann, hängt wie bei § 30 Abs 1 Z 1 IO davon ab, ob man auch Verpflichtungsgeschäfte als Befriedigungshandlung ansieht. Jedenfalls ist die Kündigung des Gesellschafters nicht

Begünstigung, wenn der Gläubiger exakt das bekommen hat, was er auch im Insolvenzverfahren bekommen hätte (siehe *Widhalm-Budak*, Anfechtungsrecht⁴ 57), wird aufgrund der dort greifenden Mechanismen zum Erhalt der Sache regelmäßig fehlgehen.

⁷³⁵ *Gruschinske*, GmbHR 2010, 179 (183); siehe auch *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 435; aA *Gehrlein*, NZI 2016, 561 (565). Übt der Gläubiger hingegen ein vor der kritischen Zeit vereinbartes vertragliches oder ein gesetzliches Kündigungsrecht aus, hat der Gläubiger einen Befriedigungsanspruch im anfechtungsrechtlichen Sinne, sodass keine Inkongruenz vorliegt, *Gruschinske*, GmbHR 2010, 179 (183). Nicht zwingend erscheint aber der Schluss, dass eine Anfechtung der Rückstellung automatisch ausscheidet, nur weil der Vertrag durch Kündigung des Gläubigers beendet wurde. Die Anfechtungsvoraussetzungen sind vielmehr für die Rechtshandlung der Rückstellung gesondert zu beurteilen.

⁷³⁶ Vgl *Astner*, Anfechtung 43f; *Widhalm-Budak*, Anfechtungsrecht⁴ 51; *Rebernig* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 30 IO Rz 140; siehe RIS-Justiz RS0064494; RIS-Justiz RS0064377; RIS-Justiz RS0064353; RIS-Justiz RS0064560.

⁷³⁷ Siehe *Astner*, Anfechtung 43f.

⁷³⁸ Siehe allgemein *Widhalm-Budak*, Anfechtungsrecht⁴ 58ff.

anfechtbar, da der vorausgesetzten Begünstigungsabsicht ein gewisses Mitwirkungserfordernis der Gesellschaft immanent ist.⁷³⁹

5.3.6 Anfechtung wegen Gläubigerdeckung nach § 31 Abs 1 Z 1 erster Fall IO

Hinsichtlich der Befriedigungshandlung und der Gläubigerbenachteiligung kann auf die Ausführungen zu den allgemeinen Voraussetzungen und zu den Tatbeständen des § 30 IO verwiesen werden. Hier erscheint nicht nur eine Anfechtung von Gesellschaftskündigungen oder einvernehmlichen Auflösungen, sondern auch von Kündigungen des Gesellschafters aussichtsreich.⁷⁴⁰ Anfechtbar sind Befriedigungshandlungen, bei deren Vornahme der Gläubiger Kenntnis oder (zumindest leicht) fahrlässige Unkenntnis von der materiellen Insolvenz oder einem Insolvenzantrag hatte.⁷⁴¹ Kündigt der Gesellschafter im kritischen Zeitraum, liegt Kenntnis dieser Umstände wohl nahe und greift ohnedies auch die Beweislastumkehr.⁷⁴² Binnen des sechsmonatigen Zeitraums vor Insolvenzeröffnung (Abs 2 leg cit) ergeben sich daher nicht unbeachtliche Anfechtungsmöglichkeiten.

5.3.7 Anfechtung eines nachteiligen Rechtsgeschäfts nach § 31 Abs 1 Z 1 zweiter Fall IO

Anfechtbar sind nachteilige Rechtsgeschäfte, bei deren Vornahme der Gläubiger Kenntnis oder (zumindest leicht) fahrlässige Unkenntnis von der materiellen Insolvenz oder einem Insolvenzantrag hatte.⁷⁴³ Die hA in Österreich versteht unter Rechtsgeschäften iSd Bestimmung nur zweiseitige Rechtsgeschäfte.⁷⁴⁴ Die einvernehmliche Auflösung eines Arbeitsvertrages wurde von der Rsp jedoch als anfechtbares Rechtsgeschäft gewertet.⁷⁴⁵ Man wird annehmen dürfen, dass der OGH bei der einvernehmlichen Auflösung eines

⁷³⁹ Siehe allgemein *Widhalm-Budak*, Anfechtungsrecht⁴ 58; *Rebernig* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 30 IO Rz 176; RIS-Justiz RS0118971.

⁷⁴⁰ Allgemein zum fehlenden Erfordernis einer Handlung des Schuldners siehe *Widhalm-Budak*, Anfechtungsrecht⁴ 66.

⁷⁴¹ Anfechtbarkeit nach § 130 dInsO bejahend *Gruschinske*, GmbHR 2010, 179 (183); *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 435; aA *Gehrlein*, NZI 2016, 561 (565); allgemein zu den Anfechtungsvoraussetzungen siehe *Widhalm-Budak*, Anfechtungsrecht⁴ 62ff.

⁷⁴² Siehe *Gruschinske*, GmbHR 2010, 179 (183).

⁷⁴³ Siehe allgemein *Widhalm-Budak*, Anfechtungsrecht⁴ 62f, 69ff.

⁷⁴⁴ *Widhalm-Budak*, Anfechtungsrecht⁴ 69; *Rebernig* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 31 IO Rz 21; *Bollenberger/Spitzer* in *KLS*, IO² § 31 Rz 13 (keine einseitige Aufgabe eines Rechts); aA zu § 132 dInsO und die Anfechtbarkeit von Kündigungen bejahend *Gehrlein*, NZI 2016, 561 (566) (bzgl Gesellschaftskündigung); *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 434 (bzgl Gesellschaftskündigung).

⁷⁴⁵ OGH 22.12.2004, 8 Ob A 43/04p; vgl *Rebernig* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 31 IO Rz 22.

Nutzungsüberlassungsverhältnisses ähnlich entscheiden würde.⁷⁴⁶ Stellt sich heraus, dass die einvernehmliche Auflösung nachteilig war, erscheint eine Anfechtung möglich.⁷⁴⁷

5.3.8 Ergebnis

Zusammenfassend ergeben sich weitergehende Anfechtungsmöglichkeiten als von der bisherigen Lehre angenommen. Relativiert wird dies freilich durch das anfechtungsrechtliche, je nach Tatbestand unterschiedliche Fristenregime, das häufig nicht den gesamten Krisenzeitraum überspannen wird. Ernüchternd ist ferner, dass die meisten Tatbestände den wohl praxisrelevantesten Fall der Gesellschafterkündigung nicht erfassen. Dies wird jedoch zumindest teilweise durch die niedrigen Hürden im Rahmen der Deckungsanfechtung nach § 31 Abs 1 Z 1 erster Fall IO aufgewogen, die eine Anfechtung von in den letzten sechs Monaten vor Insolvenzeröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen häufig aussichtsreich erscheinen lassen. Zudem ist stets auch eine Anfechtbarkeit der tatsächlichen Rückgabe als Handlung der Gesellschaft zu prüfen. Durch das Anfechtungsrecht werden die großzügigen Auflösungsmöglichkeiten in Krisenzeiten außerhalb der Insolvenz zumindest teilweise aufgewogen.

5.4 Behandlung des Entgeltanspruchs

Während bisher die Nutzungsüberlassung selbst und der Rückgabeanspruch (Fallgruppe 1 des weiten Kreditbegriffs) im Fokus stand, gilt es nun die streng davon zu trennenden Rechtsfolgen in Bezug auf das Nutzungsentgelt zu untersuchen. Bemerkenswert ist dabei, dass das Gesetz die verschiedenen Entgeltansprüche aus ein und demselben Nutzungsüberlassungsverhältnis je nach ihrer Qualität als eigenkapitalersetzender Kredit (Fallgruppe 2) und je nach Phase, für die es entrichtet wird, unterschiedlich behandelt. Ein Entgeltanspruch kann als nachrangige Forderung, Insolvenzforderung oder Masseforderung zu qualifizieren sein. Dadurch wird einmal mehr deutlich, dass der Gesetzgeber dem Konzept der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung, die in ihrer „*Reinform*“ eine Rückzahlungssperre für alle Entgeltforderungen zur Folge hatte,⁷⁴⁸ eine Absage erteilt hat.

⁷⁴⁶ Für eine Anfechtbarkeit einvernehmlicher Aufhebungen nach § 132 dInsO auch *Bitter* in *Scholz, GmbHG* III¹³ § 135 InsO Rz 434.

⁷⁴⁷ *Gehrlein* (NZI 2016, 561 (566)) erachtet schon den Entgang des Nutzungsrechts nach § 135 Abs 3 dInsO als unmittelbaren Nachteil.

⁷⁴⁸ Siehe die Ausführungen zur Rsp des BGH in Kapitel 3.3.1.

5.4.1 Eigenkapitalersetzender Kredit: Der Entgeltanspruch als nachrangige Forderung iSd § 57a IO

5.4.1.1 Allgemeines

Gem § 57a Abs 1 IO sind Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Leistungen nach den Insolvenzforderungen zu befriedigen. Die damit angesprochene Nachrangigkeit bedeutet, dass eine (teilweise) Befriedigung nur stattfinden kann, wenn die nicht nachrangigen Insolvenzforderungen mit einer 100%-igen Quote befriedigt wurden.⁷⁴⁹ In der Praxis kommt dies höchst selten vor.⁷⁵⁰ Tritt aber ein solcher Fall ein, so soll die Befriedigung – wie der Gesetzgeber nunmehr klarstellt – im Konkursverfahren, nicht etwa in einer anschließenden gesellschaftsrechtlichen Liquidation erfolgen.⁷⁵¹ Mit § 57a Abs 1 IO wird materiellrechtlich eine *lex specialis* ggü der Rückzahlungssperre des § 14 Abs 1 EKEG normiert.⁷⁵² Reicht der im Verwertungsverfahren erzielte Erlös zur vollen Befriedigung der Insolvenzgläubiger aus, darf trotz bestehender Krise eine Befriedigung der nachrangigen Forderung erfolgen. Dies kann nur im Rahmen der Schlussverteilung geschehen.⁷⁵³ Eigenkapitalersetzende Forderungen sind dabei untereinander gleichrangig zu befriedigen.⁷⁵⁴

Aus formell-rechtlicher Sicht sind gem § 70 Abs 1 IO auch Gläubiger eigenkapitalersetzender Forderungen zur Stellung eines Insolvenzeröffnungsantrags berechtigt.⁷⁵⁵ Ihnen soll die Gelegenheit gegeben werden, möglichst früh auf die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens

⁷⁴⁹ Schummer in Dellinger/Keppert 143 (145); Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 35; Frizberg, Nachrangige Forderungen 3f; Konecny in Konecny 143 (149); Katzmayer in KLS, IO² § 57a Rz 4; siehe ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 9, 22; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 9, 23 (arg „...nach den Forderungen der Konkursgläubiger befriedigt“); nach der alten Rechtslage erfolgte eine Befriedigung nicht im Insolvenzverfahren sondern erst in der anschließenden Liquidation durch die Gesellschafter, sofern noch Vermögen vorhanden war, siehe Berger, ÖBA 1996 837 (843f); OGH 08.05.1991, 8 Ob 9/91; Frizberg, Nachrangige Forderungen 4; Die Zweckmäßigkeit der Abwicklung im Insolvenzverfahren hingegen betonend Karollus, ZIK 1996, 37 (37ff); Dieser Ansicht trägt nunmehr § 57a IO Rechnung, siehe Vogt in Schopper/Vogt, EKEG § 57a KO Rz 1ff.

⁷⁵⁰ Vogt in Schopper/Vogt, EKEG § 57a KO Rz 4; Schummer in Dellinger/Keppert 143 (145); Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 36; Konecny in Konecny 143 (143, 149); Trenker in Konecny 161 (161); vgl ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 20f; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 21.

⁷⁵¹ Frizberg, Nachrangige Forderungen 4f, 178; vgl Trenker in Konecny 161 (162); siehe Vogt in Schopper/Vogt, EKEG § 57a KO Rz 1ff; Fellner/Mutz, EKEG 127.

⁷⁵² Frizberg, Nachrangige Forderungen 8; vgl Reisch in Konecny 171 (181); siehe aber Schmidt, GesRZ 2004, 75 (81).

⁷⁵³ Frizberg, Nachrangige Forderungen 161f.

⁷⁵⁴ Bei sonstigen nachrangigen Forderungen, deren Nachrangigkeit auf einer Vereinbarung beruht, ist auf eine vertraglich vereinbarte Vor-, Gleich- oder Nachrangigkeit ggü gesetzlich nachrangigen Forderungen abzustellen, Mohr in Konecny, Insolvenzgesetze § 57a IO Rz 6; vgl Mohr in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 57a KO Rz 5; siehe aber Schummer in Dellinger/Keppert 143 (145f); Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 35.

⁷⁵⁵ Mohr in Dellinger/Keppert 19 (30); Vogt in Schopper/Vogt, EKEG § 70 KO Rz 1f; Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 39; Frizberg, Nachrangige Forderungen 60f.

hinzuwirken, damit sie Aussicht auf zumindest teilweise Befriedigung erlangen.⁷⁵⁶ § 57a Abs 2 IO regelt das weitere für (auch andere als eigenkapitalersetzende) nachrangige Forderungen maßgebliche Verfahrensrecht.⁷⁵⁷ Das gegenständliche Kapitel muss sich diesbezüglich auf eine grobe Skizzierung beschränken. Eine umfassende Untersuchung hat jüngst *Frizberg*⁷⁵⁸ vorgenommen, auf die im Übrigen verwiesen wird.

Nachrangige Forderungen sind nach § 57a Abs 2 erster Satz IO grds wie Insolvenzforderungen durchzusetzen. Es gelten jedenfalls das Anmeldungs- und Prüfungsverfahren (§§ 102ff IO), die Prozess- und Exekutionssperre (§§ 6ff IO) und die Verteilungsregeln (§§ 128ff IO).⁷⁵⁹ Nach Ansicht *Frizbergs* sei die grundsätzliche Maßgeblichkeit sämtlicher für Insolvenzforderungen und -gläubiger geltenden Regelungen für nachrangige Forderungen bereits aufgrund ihrer Qualifikation als Unterart der Insolvenzforderungen angezeigt. Eine Andersbehandlung ist – wo geboten – durch teleologische Reduktion zu erreichen.⁷⁶⁰ Eine explizite Einschränkung ergibt sich durch § 57a Abs 2 zweiter Satz IO, wonach nachrangige Forderungen nur nach Aufforderung durch das Insolvenzgericht anzumelden sind.⁷⁶¹ Nach dem dritten Satz der Bestimmung hat eine Aufforderung nur zu ergehen, wenn zumindest eine teilweise Befriedigung zu erwarten ist. Dahinter stehen verfahrensökonomische Erwägungen.⁷⁶² § 57a Abs 2 letzter Satz ordnet schließlich an, dass Befugnisse nachrangiger Gläubiger die Rechte der Insolvenzgläubiger nicht berühren. Nach den Erläuterungen kommt ihnen etwa kein Recht zur Forderungsbestreitung zu.⁷⁶³ Es gilt im Einzelfall zu fragen, ob durch ein Verfahrensrecht des

⁷⁵⁶ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 23; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 24; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 39; *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 60f; OLG Wien 20.07.2012, 28 R 118/12x.

⁷⁵⁷ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 22; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 23; *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 7f; *Konecny* in *Konecny* 143 (146); *Trenker* in *Konecny* 161 (163).

⁷⁵⁸ *Frizberg*, Nachrangige Forderungen.

⁷⁵⁹ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 22; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 23; vgl *Konecny* in *Konecny* 143 (145); Zu den Wirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Detail siehe *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 62, 77ff.

⁷⁶⁰ *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 66ff; siehe auch *Trenker* in *Konecny* 161 (168f); anders jedoch die hA, die eine eigene Forderungskategorie befürwortet, auf die die für Insolvenzforderungen geltenden Regeln ggf analog anzuwenden sind, vgl *Mohr*, *ecolex* 2002, 338 (FN 3); *Karollus/Isola/Huemer* in *Institut der Wirtschaftsprüfer* 305 (327, 330); *Mohr*, *GeS* 2003, 428 (428f); *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, *Eigenkapitalersatzgesetz* § 57a KO Rz 6; *Vogt* in *Schopper/Vogt*, *EKEG* § 57a KO Rz 4; *Fellner/Mutz*, *EKEG* 127; *Zehetner/Bauer*, *Eigenkapitalersatzrecht* 109; *Kalss* in *Kalss/Rüffler* 9 (50); *Mohr* in *Konecny*, *Insolvenzgesetz* § 57a IO Rz 7; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 35; *Katzmayr* in *KLS*, *IO*² § 57a Rz 2; eine vermittelnde Ansicht vertritt *Konecny* in *Konecny* 143 (147f).

⁷⁶¹ *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 73; vgl *Schummer* in *Dellinger/Keppert* 143 (146); vgl zum deutschen Pendant in § 174 Abs 3 dInsO, *Bitter* in *Scholz*, *GmbHG* III¹³ § 135 InsO Rz 135b.

⁷⁶² Im Detail zur Forderungsanmeldung und -prüfung *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 73, 91ff; vgl *Vogt* in *Schopper/Vogt*, *EKEG* § 57a KO Rz 8; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, *Insolvenzrecht*⁵ Rz 344.

⁷⁶³ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 22; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 23; siehe dazu auch *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 106ff.

nachrangigen Gläubigers ein direkter Eingriff in ein materielles oder prozessuales Recht des Insolvenzgläubigers erfolgt.⁷⁶⁴

5.4.1.2 Besonderheiten bei Insolvenzverfahren mit Sanierungsplan

Mit dem GIRÄG 2003 wurde keine § 57a KO entsprechende Nachrangigkeitsanordnung in die AO aufgenommen. Dort fand sich vielmehr die Bestimmung des § 23a Abs 2 AO: „Zu den Ausgleichsforderungen gehören nicht die Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen.“ Nach den Materialien soll dies eine Verkürzung der vorrangigen Insolvenzgläubiger, die idR ohnedies eine Beschränkung auf die Quote hinnehmen müssen, verhindern.⁷⁶⁵ Mit § 23a Abs 2 AO wollte der Gesetzgeber sicherstellen, dass die Rückzahlung erst nach Sanierung erfolgt.⁷⁶⁶ Damit war eine Durchsetzung im Ausgleichsverfahren überhaupt ausgeschlossen.⁷⁶⁷ Mit dem IRÄG 2010 ist die AO und damit auch § 23a Abs 2 AO aufgehoben worden. Die Bestimmungen der KO wurden mit weitgehend den gleichen Paragraphennummern in die IO übertragen.⁷⁶⁸ Für Sanierungsplanverfahren sind idZ seither die gleichen wie zuvor für den Zwangsausgleich im Konkursverfahren maßgeblichen Normen einschlägig.⁷⁶⁹

Es stellt sich die Frage, ob die in § 57a Abs 1 IO angeordnete, die Rückzahlungssperre verdrängende Befriedigung nach den Insolvenzgläubigern auch erfolgen kann, wenn ein Sanierungsplan vorliegt. *Frizberg* erwähnt zutr, dass Wortlaut und Systematik für eine Anwendbarkeit in allen Insolvenzverfahrensarten sprechen. Die Norm befindet sich im zweiten Hauptstück, welches den Titel „Ansprüche im Insolvenzverfahren“ trägt (Stichwort: einheitliches Insolvenzverfahren⁷⁷⁰).⁷⁷¹ Aus historisch-teleologischer Perspektive folgert *dies* ein gegenteiliges Ergebnis: § 57a Abs 1 IO wurde eingeführt, da die gesammelte, quotenmäßige Vermögensverteilung die Kernfunktion des Konkursverfahrens sei und sich daher auch für die Befriedigung nachrangiger Gläubiger eigne. Ein Rückgriff auf ein gesellschaftsrechtliches Liquidationsverfahren erscheine überflüssig. Daher wurden diese Gläubiger in die

⁷⁶⁴ *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 76f; siehe idZ auch *Konecny* in *Konecny* 143 (148ff).

⁷⁶⁵ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 24; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 26.

⁷⁶⁶ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 24; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 26 (arg „Wird der Ausgleich aufgehoben und ist die Gesellschaft saniert, so können nach den §§ 14 f EKEG Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen wieder geltend gemacht werden.“); *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 23a AO Rz 1f; *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 178, 180.

⁷⁶⁷ *Frizberg*, ZIK 2018, 166 (168); *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 177; vgl *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 23a AO Rz 2; *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 99, 122; siehe zur alten Rechtslage *Schmidsberger*, RdW 1995, 374 (375); *Berger*, ÖBA 1996, 837 (844f); aA *Karollus*, ZIK 1996, 37 (41f).

⁷⁶⁸ Siehe dazu nur *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 19ff.

⁷⁶⁹ *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 177f.

⁷⁷⁰ Siehe allgemein dazu *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 19ff.

⁷⁷¹ *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 177f.

gemeinschaftliche Haftungsverwirklichung miteinbezogen. Bei der Sanierung finde hingegen keine Verteilung statt. Es bestehe daher kein Grund abweichend von der allgemeinen Regelung des § 14 Abs 1 EKEG Rückzahlungen zu gestatten.⁷⁷² Auch durch die §§ 141 Z 5, 154 Z 1 KO (nunmehr §§ 141 Abs 2 Z 6, 154 Z 2 IO), wonach bei Prüfung der Erfüllbarkeit und Angemessenheit des Sanierungsplans eigenkapitalersetzende Forderungen außer Acht zu bleiben haben,⁷⁷³ komme zum Ausdruck, dass eine Befriedigung im Zwangsausgleich nicht erfolgen solle.⁷⁷⁴ An diesen Erwägungen habe das IRÄG 2010 nichts geändert. Somit greife die lex specialis des § 57a Abs 1 IO nur im Verteilungskonkurs.⁷⁷⁵ Dem ist mE zuzustimmen.

Es ist somit die Rückzahlungssperre bis zur nachhaltigen Sanierung als lex generalis anwendbar. § 14 Abs 1 EKEG selbst normiert iZm Sanierungsplänen noch eine Besonderheit: Die Rücksperrung gilt „...wenn das Insolvenzverfahren nach einem bestätigten Sanierungsplan aufgehoben ist, soweit der Rückzahlungsanspruch die Sanierungsplanquote übersteigt“.⁷⁷⁶ Durch die Bestätigung eines Sanierungsplans wird die eigenkapitalersetzende Forderung auf die Quote gekürzt.⁷⁷⁷ Es handelt sich um eine ex lege eintretende Folge des bestätigten Sanierungsplans und bezieht sich nicht auf dessen Inhalt.⁷⁷⁸ Zweck der Bestimmung ist, dass aufgrund der mit dem Sanierungsplan verbundenen Restschuldbefreiung auch die Krisensituation beseitigt sein kann, wodurch die Rückzahlungssperre wegfällt. Würde das Gesetz jedoch die Geltendmachung der eigenkapitalersetzenden Forderung in voller Höhe zulassen, wäre dies eine Bevorzugung ggü den Insolvenzgläubigern, die eine Kürzung auf die Sanierungsplanquote erlitten haben.⁷⁷⁹ Die Zahlung darf aber erst erfolgen, wenn die

⁷⁷² Frizberg, Nachrangige Forderungen 178ff; vgl auch Mohr, ecolex 2002, 338 (340); siehe Frizberg, ZIK 2018, 166 (169f).

⁷⁷³ Siehe ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 23; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 25; Frizberg, ZIK 2018, 166 (167).

⁷⁷⁴ Vgl Frizberg, Nachrangige Forderungen 177f; siehe Frizberg, ZIK 2018, 166 (167).

⁷⁷⁵ Frizberg, Nachrangige Forderungen 182; siehe Mohr, ecolex 2002, 338 (340); Frizberg, ZIK 2018, 166 (167); Fidler, Insolvenznahe Kapitalgesellschaften 402 („Zerschlagungskonkurs“); Die verfahrensrechtlichen Bestimmungen des Abs 2 sind aber anwendbar, Frizberg, Nachrangige Forderungen 183.

⁷⁷⁶ Die Bestimmung wurde durch BGBl I 2010/58 an die durch das IRÄG 2010 geschaffene Rechtslage angepasst.

⁷⁷⁷ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 19; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 20; Vogt in Schopper/Vogt, EKEG § 14 Rz 2, 15; Mohr in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 14 Rz 13; Zehetner/Bauer, Eigenkapitalersatzrecht 92, 97f; Mohr in Dellinger/Keppert 19 (29); Schummer in Dellinger/Keppert 143 (147); Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 7, 41; Artmann in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 52 Rz 71; Frizberg, ZIK 2018, 166 (167); Frizberg, Nachrangige Forderungen 177; Schopper/Vogt in KLS, IO² § 14 EKEG Rz 5; Fidler, Insolvenznahe Kapitalgesellschaften 402; zur alten Rechtslage siehe Karollus, ZIK 1996, 37 (41f).

⁷⁷⁸ Mohr in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 141 KO Rz 2; Frizberg, Nachrangige Forderungen 180.

⁷⁷⁹ Vgl ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 19; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 20; Vogt in Schopper/Vogt, EKEG § 14 Rz 17; Mohr in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 14 Rz 13; Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 41; mit guten Gründen krit Frizberg, ZIK 2018, 166 (169f); Frizberg, Nachrangige Forderungen 190ff; dieser zust Fidler, Insolvenznahe Kapitalgesellschaften 402f; Vor dem GIRÄG 2003 bereits für eine Kürzung eintretend Frotz/Dellinger, ecolex 1994, 164 (168); Schmidtsberger, RdW 1995, 374 (375); siehe Karollus, ZIK 1996, 37 (41); aA Berger, ÖBA 1996, 837 (845).

Rückzahlungssperre weggefallen ist (nachhaltige Sanierung), was regelmäßig nicht bei Aufhebung des Sanierungsverfahrens (§§ 59, 152b Abs 2 IO) sondern frühestens erst nach Erfüllung des Sanierungsplans der Fall sein wird.⁷⁸⁰ Die nicht nachrangigen Gläubiger müssen zudem tatsächlich entsprechend dem Sanierungsplan befriedigt worden sein.⁷⁸¹

Im Ergebnis kommt die Bestimmung einer Art Restschuldbefreiung hinsichtlich des die Quote übersteigenden Forderungsteils gleich.⁷⁸² Die hA vertritt, dass die Restschuldbefreiung nach § 156 Abs 1 IO nicht zu einem vollkommenen Wegfall, sondern zu einer Naturalobligation führt.⁷⁸³ Allerdings ist § 14 Abs 1 EKEG insofern als *lex specialis* ggü § 156 Abs 1 IO zu sehen, als dieser die Rechtswirkungen eines bestätigten Sanierungsplans für eigenkapitalersetzende Forderungen als spezielle Kategorie von nicht am Insolvenzverfahren teilnehmenden Forderungen (vgl § 156 Abs 1 IO) normiert. Das Schicksal des quotenübersteigenden Teils ist somit anhand von § 14 Abs 1 EKEG zu lösen.⁷⁸⁴ Die hL geht von einem gänzlichen Wegfall aus, da eine Naturalobligation dem Rückerstattungsanspruch widerspreche.⁷⁸⁵

ME folgt dieses Ergebnis aber weniger aus einem Konflikt mit dem Rückerstattungsanspruch. Es ist zweifelsfrei richtig, dass das Wesen einer Naturalobligation darin besteht, dass trotz fehlender Durchsetzbarkeit einer Forderung die dennoch erfolgte Leistung nicht zurückgefordert werden kann. Zwar stünde der Rückforderungsanspruch gem § 14 Abs 1

⁷⁸⁰ *Mohr in Dellinger/Keppert* 19 (29); *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 97f; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 41; *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 181; siehe *Schmidsberger*, RdW 1995, 374 (375); *Karollus/Isola/Huemer in Institut der Wirtschaftsprüfer* 305 (327); *Schummer in Dellinger/Keppert* 143 (147); *Frizberg*, ZIK 2018, 166 (168f); *Artmann in Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 71; *Fidler*, Insolvenznahe Kapitalgesellschaften 402; anderes nahelegend ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 19, 24; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 20, 26; *Niederberger*, GeS 2002, 5 (8); *Vogt in Schopper/Vogt* EKEG § 14 Rz 2; *Harrer*, wbl 2004, 201 (212).

⁷⁸¹ OLG Wien 9.4.2018, 1 R 31/18p; zust *Frizberg*, ZIK 2018, 166 (170f); *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 196; siehe *Karollus*, ZIK 1996, 37 (40f); *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 41.

⁷⁸² *Frizberg*, ZIK 2018, 166 (169); *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 188; siehe *Chalupsky/Schmidsberger*, ZIK 2002, 77 (81).

⁷⁸³ *Lovrek in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 156 KO Rz 49ff mit umfangreicher Darstellung des Meinungsstands; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 409; *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 194; *Nunner-Krautgasser/Anzenberger* in KLS, IO² § 156 Rz 14; RIS-Justiz RS0052128.

⁷⁸⁴ Vgl *Frizberg*, ZIK 2018, 166 (170); *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 190, 194.

⁷⁸⁵ *Mohr*, GeS 2003, 428 (429f); *Mohr in Dellinger/Keppert* 19 (29f); *Schummer in Dellinger/Keppert* 143 (147); *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 14 Rz 16; *Fellner/Mutz*, EKEG 106; *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 194f; vgl *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 98; *Rüffler in Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 74 Rz 31; *Lovrek in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 156 KO Rz 40; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 41; *Nunner-Krautgasser/Anzenberger* in KLS, IO² § 156 Rz 9; zur divergierenden Regelung im Ministerialentwurf siehe hingegen *Mohr*, *ecolex* 2002, 338 (338); zur alten Rechtslage siehe *Karollus*, ZIK 1996, 37 (41); zur fehlenden Möglichkeit des Wiederauflebens siehe *Mohr in Dellinger/Keppert* 19 (30); *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 14 Rz 16; *Lovrek in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 156 KO Rz 40; *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 195; siehe *Karollus*, ZIK 1996, 37 (41f); zur Nichtigkeit und Unwirksamkeit des Sanierungsplans siehe *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 14 Rz 14f; *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 228ff.

EKEG bei während der Krise „erfüllten“ Naturalobligationen damit in Konflikt, doch zieht sich dieses Spannungsverhältnis nicht bei nach Sanierung erfolgten Rückzahlungen fort. Erstgenannte Fälle ließen sich mE außerdem lösen, indem man den Rückerstattungsanspruch nach § 14 Abs 1 EKEG als *lex specialis* ggü den sonst für Naturalobligationen geltenden Grundsätzen für Krisenzeiten auffasst.⁷⁸⁶ Nur weil eine Forderung ex lege zur Naturalobligation wurde, heißt dies nicht automatisch, dass die Rückzahlungssperre bis zur Sanierung nicht weiterhin greift. Der eigenkapitalersetzende Charakter geht durch die bloße Änderung der Durchsetzbarkeit nicht verloren.⁷⁸⁷ Alles was entgegen der Rückzahlungssperre geleistet wurde, kann zurückgefordert werden.⁷⁸⁸ Erst bei Wegfall der Krise und damit der Rückzahlungssperre würden sodann die allgemeinen Regeln für Naturalobligationen zur Geltung gelangen. Der Schluss, Rückzahlungssperre und Rückerstattungsanspruch greifen bei Naturalobligationen nicht, erscheint mir keinesfalls zwingend.

Allerdings kommt man durch Wort- und historische Interpretation grds zum selben Ergebnis wie die hM. § 14 Abs 1 EKEG führt aus: „Der Gesellschafter kann einen Eigenkapital ersetzenden Kredit samt den darauf entfallenden Zinsen nicht zurückfordern, ... soweit der Rückzahlungsanspruch die Sanierungsplanquote übersteigt.“ Dies lässt sich als zeitlich unabhängige (auch nach nachhaltiger Sanierung geltende) Sperre des quotenüberschreitenden Forderungsteils verstehen.⁷⁸⁹ Dass der Gesetzgeber eine Rückzahlung gerade nach Sanierung verbieten wollte, wird durch die Materialien belegt, die – wenn auch fälschlicherweise⁷⁹⁰ – von einer nachhaltigen Sanierung bereits mit Verfahrensaufhebung aufgrund des bestätigten Sanierungsplans und damit kurze Zeit (vgl § 152b Abs 2 IO) nach Eintritt der ex-lege Forderungskürzung ausgehen.⁷⁹¹ Die resultierende zeitlich unbefristete Sperre ist einem vollkommenem Forderungswegfall gleichzuhalten.

Es gilt jedoch eine Ausnahme zu erwägen: Den grundlegenden teleologischen Erwägungen bei *Frizberg*⁷⁹² Rechnung tragend, wird man die quotenüberschreitende Forderungen treffende, zeitlich unbegrenzte Rückzahlungssperre des § 14 Abs 1 EKEG teleologisch reduzieren

⁷⁸⁶ So auch *Mohr*, *ecolex* 2002, 338 (338).

⁷⁸⁷ Siehe idZ auch *Frizberg*, *Nachrangige Forderungen* 195.

⁷⁸⁸ Siehe Kapitel 4.2.2.

⁷⁸⁹ Siehe *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, *Eigenkapitalersatzgesetz* § 14 Rz 13.

⁷⁹⁰ Siehe FN 780.

⁷⁹¹ Vgl ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 19, 24; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 20, 26.

⁷⁹² Siehe *Frizberg*, *Nachrangige Forderungen* 195: Eigenkapitalersetzende Forderungen dürfen immer erst nach voller Befriedigung der Insolvenzgläubiger erfüllt werden. Selbst wenn man entgegen der hA hinsichtlich der quotenüberschreitenden EKEG-Forderung eine Naturalobligation vertreten würde, dürfte diese erst nach den Naturalobligationen der Insolvenzgläubiger erfüllt werden.

müssen, wenn alle Naturalobligationen der Insolvenzgläubiger erfüllt wurden. Diesfalls besteht kein Grund mehr, Leistungen an Gesellschafter zu verbieten. Durch die teleologische Reduktion gelangt die allgemeine Regel des § 156 Abs 1 IO zur Anwendung, sodass auch der quotenüberschreitende Teil einer EKEG-Forderung ausnahmsweise als Naturalobligation zu qualifizieren ist.

5.4.2 Nicht eigenkapitalersetzender Kredit: Der Entgeltanspruch als Insolvenzforderung iSd § 51 IO

Ist der Entgeltanspruch nicht eigenkapitalersetzend, etwa weil er vor Kriseneintritt kreditiert wurde oder weil der Ausnahmetatbestand des § 3 Abs 1 Z 2 oder Z 3 EKEG einschlägig ist, so stellt der Anspruch in der Insolvenz eine Insolvenzforderung dar. Der Gesellschafter hat insofern die Stellung eines regulären Insolvenzgläubigers. Er muss seine Forderung anmelden (§§ 102ff IO) und er erlangt quotenmäßige Befriedigung. Im Übrigen kann auf die einschlägige insolvenzrechtliche Literatur verwiesen werden.⁷⁹³

5.4.3 Nutzungsüberlassung ab Insolvenzeröffnung: Der Entgeltanspruch als Masseforderung iSd § 46 IO

Anders als nach der Rsp des BGH, die vom OGH zumindest für in der Krise begonnene Nutzungsüberlassungsverhältnisse übernommen wurde,⁷⁹⁴ erfolgt nunmehr die Überlassung während des Insolvenzverfahrens nicht zwingend unentgeltlich.⁷⁹⁵ Eine explizite Regelung sah der Gesetzgeber des GIRÄG 2003 aber nicht als notwendig an, da die Entgeltfrage anhand des bestehenden Rechts gelöst werden kann.⁷⁹⁶ Nach hA sind die auf die Zeit nach Insolvenzeröffnung entfallenden Entgeltansprüche des Gesellschafters Masseforderungen iSd § 46 IO, unabhängig davon, ob sie auf Vertrag (Z 4 leg cit) oder Bereicherungsrecht (Z 6 leg cit) basieren.⁷⁹⁷ Der Gesellschafter geht mit seinen Masseforderungen den Insolvenzgläubigern und nachrangigen Gläubigern vor. Masseforderungen sind sofort bei Fälligkeit ohne Rücksicht

⁷⁹³ Siehe nur *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzschrift⁵ Rz 173ff, 340ff.

⁷⁹⁴ Siehe dazu bereits Kapitel 3.3.1.

⁷⁹⁵ Vgl *Karollus/Isola/Huemer* in *Institut der Wirtschaftsprüfer* 305 (330); *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 26a KO Rz 5; *Saurer* in *Kalss/Rüffler* 135 (150); *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 31; für Deutschland *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 444.

⁷⁹⁶ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 21; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 22; anders hingegen der deutsche Gesetzgeber (§ 135 Abs 3 letzter Satz dInsO), vgl dazu *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 411, 444ff.

⁷⁹⁷ Vgl *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 26a KO Rz 23; *Saurer* in *Kalss/Rüffler* 135 (151); *Mohr* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 29; *Rüffler* in *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 74 Rz 32; *Karollus* in *Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 31; *Engelhart* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 46 IO Rz 320 (vertragliche Entgeltansprüche jedoch unter Z 2 subsumierend, Rz 46f, 223); *Widhalm-Budak* in *KLS*, IO² § 46 Rz 93; siehe *Anzenberger*, Insolvenzfestigkeit 60; *Riss* in *KLS*, IO² § 23 Rz 16 (§ 46 Z 4 IO analog); vgl auch die dhM, *Spahl*, Nutzungsüberlassungen 111ff; *Könen* in *KPB*, InsO⁹⁴ Lfg § 135 Rz 71; *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 444 mwN.

auf den Stand des Verfahrens voll zu befriedigen (§§ 46f, 124 IO).⁷⁹⁸ Dies mag aufgrund der sonst so strengen Rechtsfolgen des Eigenkapitalersatzrechts seltsam anmuten, doch entspricht die hA dem klaren Willen des Gesetzgebers, der auf die Lösung nach den Grundsätzen der bestehenden Rechtslage verweist und (zumindest iZm dem Bereicherungsanspruch) explizit von Massforderungen spricht.⁷⁹⁹

Entgeltansprüche aus nach Insolvenzeröffnung eingegangenen Nutzungsüberlassungsverhältnissen begründen stets Massforderungen iSd § 46 Z 5 IO.⁸⁰⁰ Vor Insolvenzeröffnung geschlossene Verträge bleiben durch die Insolvenzeröffnung grds unberührt. Sie bleiben mitsamt der Entgeltvereinbarung aufrecht.⁸⁰¹ Auch die Vereinbarung, dass erst ab Insolvenzeröffnung ein Entgelt zu zahlen ist, ist gültig.⁸⁰² Der Insolvenzverwalter ist somit grds an das vereinbarte Entgelt gebunden. Die Erläuterungen führen weiter aus, dass sich aus einer bisherigen Entgeltkreditierung bei entsprechender Vereinbarung auch eine Verpflichtung zur Kreditierung in der Insolvenz ergeben kann.⁸⁰³ Eine derartige Verpflichtung wird mE bei den Fällen anfänglicher Kreditierung vorliegen. Aus dem Stehenlassen einzelner Forderungen iwS wird sich hingegen nur schwer ein (konkludentes) auch pro futuro wirkendes Abgehen von dem eigentlich maßgeblichen Fälligkeitszeitpunkt ableiten lassen.⁸⁰⁴

Fällt der Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung gem § 2 Abs 1 IO in eine Leistungsperiode, so ist die Qualifikation des Entgelts als Insolvenz- oder Massforderung nicht anhand des Entstehens- oder Fälligkeitszeitpunkts vorzunehmen. Vielmehr wird eine aliquote Teilung anhand des jeweils vor und nach Insolvenzeröffnung liegenden Nutzungszeitraums vorgenommen.⁸⁰⁵ Mit diesem Abstellen auf den Zeitraum, für den das (aliquote) Entgelt entrichtet wird, ist auch die Ansicht in Einklang, dass Rückstände aus der Zeit vor Insolvenzeröffnung durch Eintritt des

⁷⁹⁸ Statt aller *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ Rz 187.

⁷⁹⁹ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 21; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 22.

⁸⁰⁰ Vgl *Engelhart in Konecny*, Insolvenzgesetze § 46 IO Rz 50f.

⁸⁰¹ Vgl ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 21; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 22; *Widhalm-Budak* in KLS, IO² § 46 Rz 87, 91; siehe *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 26a KO Rz 21; *Saurer in Kalss/Rüffler* 135 (151); *Mohr in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 30; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 31; *Engelhart in Konecny*, Insolvenzgesetze § 46 IO Rz 49, 223.

⁸⁰² *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 26a KO Rz 21; *Saurer in Kalss/Rüffler* 135 (151); *Mohr in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 30.

⁸⁰³ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 21; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 22.

⁸⁰⁴ Siehe *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 26a KO Rz 21; *Mohr in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 30.

⁸⁰⁵ *Engelhart in Konecny*, Insolvenzgesetze § 46 IO Rz 224f; *Widhalm-Budak* in KLS, IO² § 46 Rz 91f; RIS-Justiz RS0064127.

Insolvenzverwalters nicht zu Masseforderungen werden.⁸⁰⁶ Für die Qualifikation als eigenkapitalersetzende Forderung oder Masseforderung muss dasselbe gelten.

Wurde der Vertrag gekündigt oder läuft die Befristung ab, ist bis zur Rückstellung der Sache – die sich insb aufgrund § 26a IO beachtlich verzögern kann – ein angemessenes Benützungsentgelt als Masseforderung gem § 46 Z 6 IO zu zahlen.⁸⁰⁷ Anders als nach § 135 Abs 3 zweiter Satz dInsO ist dabei nicht auf das durchschnittlich im letzten Jahr (oder einem kürzeren Zeitraum) geleistete Entgelt abzustellen.⁸⁰⁸ Bei vereinbarter Unentgeltlichkeit oder niedrigem Entgelt besteht für den Gesellschafter insofern ein Anreiz zur Vertragsauflösung.⁸⁰⁹

5.4.4 Ein Beispiel

Das in Kapitel 3.3.2.4 erörterte Beispiel soll hier um die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ergänzt werden. Es soll insb die soeben in Kapitel 5.4.3 erwähnte aliquote Teilung anhand des jeweils vor und nach Insolvenzeröffnung liegenden Nutzungszeitraums veranschaulicht werden: Für die Leistungsperiode von 1.1.2025 bis 31.12.2025 ist ein Entgelt iHv 12000€ zu entrichten, das am 30.11.2025 fällig ist. Am 31.1.2025 tritt die Krise ein. Am 31.10.2025 wird das Insolvenzverfahren eröffnet. Wie kann der Gesellschafter seine Forderung geltend machen? Das aliquote Entgelt für Jänner ist gem § 3 Abs 1 Z 3 EKEG kein eigenkapitalersetzender Kredit und damit als Insolvenzforderung anzumelden. Das aliquote Entgelt für Februar bis Mai ist ein eigenkapitalersetzender Kredit und damit eine nachrangige Forderung, die nur nach Aufforderung anzumelden ist. Das aliquote Entgelt für Juni bis Oktober ist gem § 3 Abs 1 Z 2 EKEG kein eigenkapitalersetzender Kredit und damit als Insolvenzforderung anzumelden. Das aliquote Entgelt für November und Dezember als Masseforderung geltend zu machen. Fazit: 4000€ sind nachrangig und erst nach Aufforderung anzumelden. 6000€ sind als Insolvenzforderung anzumelden. 2000€ können als Masseforderung geltend gemacht werden.

⁸⁰⁶ Engelhart in Konecny, Insolvenzgesetze § 46 IO Rz 225; Widhalm-Budak in KLS, IO² § 46 Rz 94; OGH 02.07.2002, 8 Ob 294/01w.

⁸⁰⁷ Vgl ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 21; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 22; Mohr in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 26a KO Rz 22; Mohr in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 31; Engelhart in Konecny, Insolvenzgesetze § 46 IO Rz 226, 311; Widhalm-Budak in KLS, IO² § 46 Rz 92, 104.

⁸⁰⁸ Siehe zu § 135 Abs 3 zweiter Satz dInsO nur Spahl, Nutzungsüberlassungen 107ff.

⁸⁰⁹ Karollus in Buchegger, Erster Zusatzband § 3 EKEG Rz 31; vgl Mohr in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatzgesetz § 26a KO Rz 21; Fellner/Mutz, EKEG 123f; Mohr in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 26a KO Rz 30.

5.4.5 Besicherung des Entgeltanspruchs

§ 12b IO normiert zwei Fälle, in denen als Ausnahme zu § 11 Abs 1 IO Aus- und Absonderungsrechte⁸¹⁰ aus dem Vermögen der Gesellschaft erlöschen:⁸¹¹ (1) Die Besicherung besteht für eine eigenkapitalersetzende Forderung. Der Bestellungszeitpunkt ist diesfalls irrelevant.⁸¹² Dadurch soll die nachrangige Befriedigung der Forderung sichergestellt werden und eine Schmälerung des Haftungsfonds der Gläubiger hintangehalten werden.⁸¹³ (2) Der Kredit wurde zwar nicht in der Krise, sondern zuvor gewährt⁸¹⁴, doch erfolgte die Besicherung erst in der Krise.⁸¹⁵ Es handelt sich um die Besicherung stehengelassener Kredite. Besichert wird somit idR eine Insolvenzforderung, keine nachrangige Forderung. Es soll verhindert werden, dass sich der Gesellschafter durch Besicherung in der Krise zulasten der übrigen Gläubiger eine über die Quote hinausgehende Befriedigung verschafft.⁸¹⁶ Dies deckt sich mit den Wertungen des § 30 IO, doch erspart man sich aufgrund des Erlöschens die Anfechtung wegen inkongruenter Deckung.⁸¹⁷

⁸¹⁰ Auch exekutive Absonderungsrechte sind erfasst, *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 12b KO Rz 3; *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 12b KO Rz 9; *Schummer in Dellinger/Keppert* 143 (156); *Mohr in Konecny*, Insolvenzgesetze § 12b IO Rz 8, 14; *Schopper/Vogt in KLS*, IO² § 12b Rz 4, 6.

⁸¹¹ Vgl *Mohr in Konecny*, Insolvenzgesetze § 12b IO Rz 1; *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 84; *Schopper/Vogt in KLS*, IO² § 12b Rz 1.

⁸¹² *Schummer in Dellinger/Keppert* 143 (156); *Mohr in Konecny*, Insolvenzgesetze § 12b IO Rz 5, 11; *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 84; aA *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 12b KO Rz 1, der den noch näher zu behandelnden Fall übersieht, dass die Sicherheit für eine eigenkapitalersetzende Leistung schon vor der Krise bestellt werden kann.

⁸¹³ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 21; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 21; *Schummer in Dellinger/Keppert* 143 (155); *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 104; *Mohr in Konecny*, Insolvenzgesetze § 12b IO Rz 1; *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 84.

⁸¹⁴ Ansonsten müssen alle Tatbestandsmerkmale eines eigenkapitalersetzenden Kredits vorliegen, *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 12b KO Rz 13; *Schummer in Dellinger/Keppert* 143 (156); *Mohr in Konecny*, Insolvenzgesetze § 12b IO Rz 13; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 16; *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 85.

⁸¹⁵ *Karollus/Isola/Huemer in Institut der Wirtschaftsprüfer* 305 (328); *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 12b KO Rz 1; *Mohr in Dellinger/Keppert* 19 (33); *Schummer in Dellinger/Keppert* 143 (155f); *Mohr in Konecny*, Insolvenzgesetze § 12b IO Rz 1; *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 85; *Schopper/Vogt in KLS*, IO² § 12b Rz 4.

⁸¹⁶ *Schummer in Dellinger/Keppert* 143 (156f); *Mohr in Konecny*, Insolvenzgesetze § 12b IO Rz 12; *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 85; vgl ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 21; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 21; *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 104; *Rüffler in Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 74 Rz 30; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 16; *Schopper/Vogt in KLS*, IO² § 12b Rz 3.

⁸¹⁷ *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 12b KO Rz 3; *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 85; *Schopper/Vogt in KLS*, IO² § 12b Rz 4.

Die Sicherheit erlischt ipso iure und ex nunc.⁸¹⁸ Dies erfolgt zunächst auflösend bedingt, da die Aufhebung des Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens (§ 123a IO)⁸¹⁹ zum Wiederaufleben der Besicherung führt. Ein endgültiges Erlöschen wird ab Beginn der Verteilung der Masse an die Insolvenzgläubiger angenommen, da ab diesem Zeitpunkt der Aufhebungsgrund des § 123a IO nicht mehr in Betracht kommen wird.⁸²⁰ Selbst wenn es zum Wiederaufleben des Aus-/Absonderungsrechts kommt, greift aufgrund Vorliegens der Krise die Rückzahlungssperre gem § 14 Abs 1 EKEG sodass eine Befriedigung weiterhin bis zur nachhaltigen Sanierung nicht stattfinden kann.⁸²¹

Drittsicherheiten sind von beiden Fällen des § 12b IO nicht erfasst (arg „aus dem Vermögen des Schuldners“).⁸²² Ob der Gesellschafter Drittsicherheiten in Anspruch nehmen kann, richtet sich nach den oben dargestellten, allgemein für die Krise geltenden Regeln.⁸²³

In Zusammenhang mit Gesellschafternutzungsüberlassungen ergeben sich insofern besondere Fragestellungen, als Sicherheiten regelmäßig nicht bloß für einzelne, sondern alle aus dem Nutzungsüberlassungsverhältnis entspringenden Forderungen bestellt werden. Wurde das Nutzungsüberlassungsverhältnis vor der Krise begonnen, wird auch die Sicherstellung regelmäßig vor Kriseneintritt bestellt worden sein. Als Beispiel können gewisse Formen der Kauttionen⁸²⁴ oder *invecta et illata*⁸²⁵ (vgl § 1101 ABGB; siehe idZ auch § 48 Abs 4 IO) genannt

⁸¹⁸ *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 12b KO Rz 19; *Mohr in Konecny*, Insolvenzgesetze § 12b IO Rz 19; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 12b Rz 8; Hier besteht auch der signifikanteste Unterschied zur deutschen Rechtslage, wo Besicherungen, die in den letzten 10 Jahren vor Antrag auf Insolvenzeröffnung oder nach diesem vorgenommen wurden, gem § 135 Abs 1 Z 1 dInsO bloß anfechtbar sind. Dazu im Detail *Bitter in Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 168ff (insb Rz 177ff).

⁸¹⁹ Nach hA gilt dies auch für die Ausscheidung nach § 119 Abs 5 IO, vgl *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 12b Rz 9; Bei Zustandekommen eines Sanierungsplans und Aufhebung des Insolvenzverfahrens erfolgt kein Wiederaufleben, *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 16; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 12b Rz 11.

⁸²⁰ Die Verwertung der Sache, an denen das Ab-/Aussonderungsrecht bestand, ist daher möglich, doch bildet der Erlös eine für die Befriedigung der Insolvenzgläubiger zur Verfügung stehende Sondermasse, aus der vor endgültigem Erlöschen auch Masseforderungen nicht befriedigt werden dürfen, vgl *Mohr in Konecny*, Insolvenzgesetze § 12b IO Rz 20, 24; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 12b Rz 3, 9, 11; siehe *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 12b KO Rz 1f; *Fellner/Mutz*, EKEG 118; siehe idZ auch die Rsp zu § 12 IO: RIS-Justiz RS0064261; RIS-Justiz RS0052020; RIS-Justiz RS0064252; RIS-Justiz RS0064286; RIS-Justiz RS0064284.

⁸²¹ *Schummer in Dellinger/Keppert* 143 (155); *Rüffler in Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 74 Rz 30; *Karollus in Buchegger*, Erster Zusatzband § 14 EKEG Rz 16; *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 12b Rz 9.

⁸²² Im Detail *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 12b KO Rz 11; *Mohr in Konecny*, Insolvenzgesetze § 12b IO Rz 10; vgl *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 12b KO Rz 1; *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 85

⁸²³ Vgl *Mohr in Konecny*, Insolvenzgesetze § 12b IO Rz 6, 37; siehe *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 12b KO Rz 36.

⁸²⁴ Zur Kautio in der Insolvenz siehe *Riss in Hausmann/Vonkilch*, MRG⁴ § 16b Rz 61ff.

⁸²⁵ Diese sind von § 12b IO erfasst, *Reisch in Konecny* 171 (182); *Schopper/Vogt* in KLS, IO² § 12b Rz 6; In Deutschland ist die Anwendung des § 135 Abs 1 Z 1 dInsO auf gesetzliche Pfandrechte aufgrund des spezifischen Wortlauts der Bestimmung str, siehe *Bitter in Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 168a, 221b; Zur Anwendbarkeit

werden: Das Pfandrecht entsteht durch den Realakt der Einbringung und nicht erst durch die pfandweise Beschreibung⁸²⁶ und gilt auch für nach Insolvenzeröffnung entstandene (Masse)Forderungen.⁸²⁷ Da somit durch ein und dieselbe Sache Insolvenz-, Masse- und nachrangige Forderungen besichert sein können, stellt sich die Frage, welche Wirkungen das in § 12b erster Fall IO für eigenkapitalersetzende Forderungen angeordnete Erlöschen auf die anderen Forderungstypen entfaltet.

Wie *Mohr* zutr feststellt, kommt es für das Erlöschen auf die dem Aus-/Absonderungsrecht zugrundeliegende Forderung an, nicht auf den Gegenstand, an dem diese Rechte bestehen.⁸²⁸ Insofern kann nicht schlichtweg ein Erlöschen auch für Insolvenz- oder Masseforderungen angenommen werden, mögen sie auch aus demselben Rechtsgrund herrühren. Dem steht auch bereits der klare Wortlaut des § 12b erster Fall IO entgegen (arg „für eine diesem gewährte Eigenkapital ersetzende Leistung“).⁸²⁹ Einschlägig ist daher die allgemeine Regelung des § 11 Abs 1 IO wonach Aus- und Absonderungsrechte unabhängig von der Forderungsqualität von der Insolvenzeröffnung unberührt bleiben.⁸³⁰

Damit ist aber noch nicht geklärt, in welchem Verhältnis der Gesellschafter am Erlös der Sache partizipiert. Die Erläuterungen sprechen davon, dass die Sicherheiten durch das Erlöschen frei werden, was die Befriedigungschancen der Insolvenzgläubiger aufbessern soll.⁸³¹ Daraus wird iVm § 12 Abs 3 IO gefolgert, dass nachrangige⁸³² (Pfand)Gläubiger nicht nachrücken. Vielmehr kommt der entsprechende (Pfand)Rang der Gesellschaft zugute. Der auf das erloschene Absonderungsrecht entfallende Teil des Erlöses wird in die Insolvenzmasse einbezogen, wodurch das Erlöschen direkt zugunsten der Insolvenzgläubiger wirkt.⁸³³ Im

des gesetzlichen Bestandgeberpfandrechts auf gemischte Verträge siehe OGH 25.04.2007, 3 Ob 36/07a (Immobilienleasingvertrag); allgemein zu *invecta et illata* in der Insolvenz siehe *Dobner*, *immolex* 2015, 202.

⁸²⁶ *Reckenzaun*, Bestandgeberpfandrecht 18f; *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1101 Rz 5; *Maschke/Schneider* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 48 IO Rz 312; *Pesek* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1101 Rz 24 Rz 1, 3f; *Widhalm-Budak* in *KLS*, IO² § 48 Rz 68; LGZ Wien 11.2.1997, 41 R 694/96d.

⁸²⁷ *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1101 Rz 3, 5; *Maschke/Schneider* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 48 IO Rz 319; *Pesek* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 1100 Rz 37; vgl OGH 25.04.2007, 3 Ob 36/07a; Allgemein können Masseforderungen durch Absonderungsrechte gesichert sein, *Schulyok* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 48 KO Rz 9; *Engelhart* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 46 IO Rz 4.

⁸²⁸ *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 12b KO Rz 1; *Mohr* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 12b IO Rz 1.

⁸²⁹ Auch in Deutschland sichert die Anfechtbarkeit nach § 135 Abs 1 Z 1 dInsO nur die Nachrangigkeit ab. Insb für Masseforderungen ist das Vermieterpfandrecht daher durchsetzbar, vgl *Pfündl*, ZRI 2023, 247 (253f); *Bitter* in *Scholz*, GmbHG III¹³ § 135 InsO Rz 221b, 444.

⁸³⁰ Siehe *Engelhart* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 51 IO Rz 5; *Frizberg*, Nachrangige Forderungen 84, 86.

⁸³¹ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 21; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 21f.

⁸³² Nachrangigkeit ist hier nicht iSd § 57a IO zu verstehen, sondern iSd Rangprinzips als Rang der Besicherung.

⁸³³ Siehe *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 12b KO Rz 22; *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 12b KO Rz 5; *Mohr* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 12b IO Rz 22.

gegebenen Kontext geht es nicht primär um den Fall, dass ein nachrangiger (Pfand)Gläubiger nachrücken möchte. Ein Konflikt tritt vielmehr zwischen den nicht eigenkapitalersetzenden Entgeltforderungen (Insolvenz- oder Masseforderungen) des Gesellschafters und dem Anspruch auf Einbeziehung des auf die eigenkapitalersetzenden Entgeltforderungen entfallenden Erlösteils in die Masse auf. In welchem Verhältnis diese Ansprüche befriedigt werden, muss näher untersucht werden:

Die Rangordnung der Ansprüche, die aus der aus dem Verwertungserlös der mit Absonderungsrechten behafteten Sache gebildeten Sondermasse befriedigt werden, richtet sich gem § 49 Abs 2 IO nach den Verteilungsvorschriften der Exekutionsordnung (siehe insb §§ 212ff, 286 EO).⁸³⁴ Erklärter Gesetzeszweck ist, dass die Befriedigung der Absonderungsgläubiger nach denselben Regeln (Prioritäts- statt Paritätsprinzip) wie außerhalb eines Insolvenzverfahrens vorgenommen werden soll. Absonderungsgläubiger sollen so behandelt werden, als läge keine Insolvenz vor.⁸³⁵ Maßgeblich für die Befriedigung ist daher grds das Rangprinzip. Außerhalb des Insolvenzverfahrens kann sich eine vorrangige Befriedigung jedoch aus §§ 216, 286 EO ergeben. Für die hier interessierenden Fälle ergibt sich daraus jedoch keine vorrangige Befriedigung gewisser besicherter Forderungen. Eine Ausnahme von § 11 Abs 1 IO und dem grundsätzlichen Vorgehen wie außerhalb der Insolvenz bilden jedoch die Sondermasseforderungen, die vor den Absonderungsgläubigern zu befriedigen sind (§§ 47 Abs 1, 49 Abs 1 IO).⁸³⁶ Nach der auf *Riel* zurückgehenden, nunmehr hA sind Sondermasseforderungen die Kosten der besonderen Verwaltung, Verwertung und Verteilung und sonstige Masseforderungen iSd § 46 IO, „die nicht entstanden wären, wenn die Sondermasse nicht zur Konkursmasse gehörte“.⁸³⁷ Erfasst sind somit Maßnahmen, die durch die Sondermasse verursacht worden sind und ex ante nicht unzweckmäßig waren („Kausalitätsprüfung“).⁸³⁸ Der Telos ist darin zu sehen, dass diese Kosten aufgewendet werden,

⁸³⁴ *Riel* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 120 KO Rz 45; *Maschke/Schneider* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 49 IO Rz 52ff; *Riel* in KLS, IO² § 49 Rz 22ff; RIS-Justiz RS0003046, RIS-Justiz RS0003381.

⁸³⁵ Vgl Denkschrift 49f; *Riel*, ZIK 2004, 182 (183); *Riel* in KLS, IO² § 49 Rz 1; *Riel* in FS *Konecny* 497 (509); siehe *Schulyok* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 48 KO Rz 7; *Maschke/Schneider* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 49 IO Rz 1.

⁸³⁶ *Riel*, ZIK 2004, 182 (183); *Riel* in KLS, IO² § 49 Rz 1, 23; *Riel* in FS *Konecny* 497 (502); vgl OGH 18.12.2006, 8 Ob 113/06k; siehe *Maschke/Schneider* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 49 IO Rz 3, 47.

⁸³⁷ *Riel*, ZIK 2004, 182 (184f); *Engelhart* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 47 IO Rz 65; *Maschke/Schneider* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 49 IO Rz 4; *Riel* in KLS, IO² § 49 Rz 9; vgl *Widhalm-Budak* in KLS, IO² § 47 Rz 37; OGH 18.12.2006, 8 Ob 113/06k; siehe RIS-Justiz RS0114696.

⁸³⁸ *Maschke/Schneider* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 49 IO Rz 8f; *Riel* in KLS, IO² § 49 Rz 9f; OGH 18.12.2006, 8 Ob 113/06k; RIS-Justiz RS0121668.

um dem Absonderungsgläubiger vorzugsweise Befriedigung zu verschaffen. Sie sollen daher zu seinen Lasten gehen und nicht die allgemeine Masse schmälern.⁸³⁹

Aus Gesagtem folgt, dass es für den Rang der Befriedigung nicht auf die Qualifikation der besicherten Forderung als Insolvenz- oder Masseforderung ankommt. Die Annahme, dass besicherte Masseforderungen Sondermasseforderungen darstellen, scheitert schon daran, dass der geforderte Kausalzusammenhang aus Gründen der Logik nicht hergestellt werden kann: Kosten zur Ermöglichung der Befriedigung einer Forderung und durch die Sondermasse verursachte Maßnahmen können nicht in der besicherten Forderung selbst bestehen. Eine Ausnahme von § 11 Abs 1 IO liegt nicht vor, sodass es bei der allgemeinen Regel bleiben muss, wonach eine Befriedigung wie außerhalb des Insolvenzverfahrens erfolgen muss. Außerhalb der Insolvenz gibt es gerade keine Differenzierung zwischen Insolvenz- und Masseforderungen und sind – wie erwähnt – auch die §§ 216, 286 EO für die gegebenen Fragestellungen nicht von Relevanz. Besicherte Masseforderungen werden daher bei Verteilung der Sondermasse nicht ggü besicherten Insolvenzforderungen bevorzugt.⁸⁴⁰ Einschlägig ist das Rangprinzip.

Das Entstehen des Absonderungsrechts richtet sich nach den bürgerlich rechtlichen bzw zwangsvollstreckungsrechtlichen Vorschriften.⁸⁴¹ Beim Pfandrecht ist daher etwa der Zeitpunkt des Einlangens des Grundbuchsgesuchs bei unbeweglichen Sachen, der Zeitpunkt der Übergabe bei beweglichen Sachen oder – wie bereits erwähnt – der Zeitpunkt der Einbringung bei *invecta et illata* für den Rang maßgeblich.⁸⁴² Auf den Zeitpunkt des Entstehens der besicherten Forderungen kommt es hingegen nicht an.⁸⁴³ Die verschiedenen Entgeltforderungen sind somit im selben Rang besichert. Die EO enthält in § 218 Abs 1 (ggf iVm § 286 Abs 4 EO⁸⁴⁴) eine Regelung für den Fall, dass die Sondermasse nicht zur Befriedigung von Forderungen im selben Rang ausreicht. Vorbehaltlich anderer Einigung (vgl § 214 Abs 2 EO) erfolgt die Befriedigung der Forderung (samt Nebengebühren iSd § 216 Abs 2 EO) im Verhältnis der Gesamtbeträge

⁸³⁹ Vgl *Riel*, ZIK 2004, 182 (184); *Maschke/Schneider* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 49 IO Rz 8; *Riel* in KLS, IO² § 49 Rz 2, 10; *Riel* in FS Konecny 497 (502f); siehe *Engelhart* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 47 IO Rz 60; OGH 18.12.2006, 8 Ob 113/06k.

⁸⁴⁰ Im Ergebnis wohl auch *Engelhart* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 46 IO Rz 4; *Engelhart* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 47 IO Rz 10.

⁸⁴¹ *Maschke/Schneider* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 48 IO Rz 32.

⁸⁴² Vgl nur *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 1259ff und FN 826.

⁸⁴³ *Ehrenzweig*, System I/2² 463 (explizit zu § 1101 ABGB); *Hofmann* in *Rummel*, ABGB³ § 464 Rz 6; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 1261.

⁸⁴⁴ *Mini* in *Deixler-Hübner*, Exekutionsordnung³⁵ § 286 Rz 24; OGH 6.12.1967, 3 Ob 129/67.

zueinander.⁸⁴⁵ Diese Verteilungsregel gilt auch, wenn die gleichrangigen Forderungen ein und demselben Gläubiger zustehen.⁸⁴⁶ Grds sind daher die besicherten Insolvenz- und Massenforderungen des Gesellschafters sowie der an die Stelle der eigenkapitalersetzenden Forderung tretende Anspruch zugunsten der Masse verhältnismäßig zu befriedigen. Reicht die Sondermasse nicht zur Deckung nimmt der Gesellschafter hinsichtlich dem auf seine Insolvenzforderungen entfallenden Ausfall an der quotenmäßigen Verteilung der allgemeinen Konkursmasse teil.⁸⁴⁷ Der auf seine Massenforderungen entfallende Ausfall ist gem den Vorschriften über Massenforderungen aus der allgemeinen Masse sofort zu befriedigen.⁸⁴⁸

Nach einer jüngeren E geht jedoch die Erklärung des Gläubigers mehrerer gleichrangiger Forderungen, eine andere Aufteilung (etwa die Zuweisung auf eine von mehreren Forderungen) vorzunehmen der Aufteilungsregelung des § 218 Abs 1 EO vor.⁸⁴⁹ Im gegebenen Kontext erscheint dies insofern problematisch, als der Gesellschafter eine Zuweisung des auf die Massenforderungen entfallenden Teils auf die Insolvenzforderungen vornehmen könnte, wodurch einerseits der Ausfall bei den Insolvenzforderungen minimiert wird und andererseits hinsichtlich der Massenforderungen vorrangige Befriedigung aus der allgemeinen Masse erlangt werden könnte. An der zitierten E ist zu kritisieren, dass sie sich in ihrer Formulierung zu weit von der Grundlage der Dispositivität des § 218 Abs 1 EO – nämlich dem gem § 214 Abs 2 EO als vorrangig erklärten Einverständnis der betroffenen berechtigten Personen – entfernt hat (obgleich sie diese eingangs erwähnt). Grundlegender Gedanke der E sei, dass mangels anderer gleichrangiger Gläubiger § 214 Abs 2 EO sinngemäß angewendet wird, indem der einzige Gläubiger einfach eine alternative Zuweisung festlegt.⁸⁵⁰ Dabei wird aber übersehen, dass nach

⁸⁴⁵ *Angst* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 218 Rz 1; *Markowetz* in *Deixler-Hübner*, Exekutionsordnung³⁴ § 218 Rz 1; *Mini* in *Deixler-Hübner*, Exekutionsordnung³⁵ § 286 Rz 24; vgl auch *Ehrenzweig*, System I/2² 463f; *Hofmann* in *Rummel*, ABGB³ § 464 Rz 6; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 1261.

⁸⁴⁶ *Markowetz* in *Deixler-Hübner*, Exekutionsordnung³⁴ § 218 Rz 2; OGH 06.03.1973, 3 Ob 30/73; RIS-Justiz RS0003270; RIS-Justiz RS0003380; vgl *Angst* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 218 Rz 2.

⁸⁴⁷ Siehe *Schulyok* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 48 KO Rz 4; *Maschke/Schneider* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 48 IO Rz 311; *Riel* in FS Konecny 497 (511); RIS-Justiz RS0064204.

⁸⁴⁸ Siehe *Schulyok* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 48 KO Rz 9.

⁸⁴⁹ OGH 11.09.2019, 3 Ob 49/19f = ÖBA 2020, 344 (*Harnoncourt*); Entscheidungsgegenständlich war eine Liegenschaft als Absonderungsgut, auf der im gleichen Rang drei Kredite zugunsten derselben Bank besichert waren. Hinsichtlich eines dieser drei Kredites bestand zudem eine Bürgschaft. Die Bank hat den Erlös aus der Verwertung der Liegenschaft den nicht zusätzlich besicherten Forderungen zugewiesen, wogegen der Bürge (erfolglos) Klage erhob. Siehe auch *Markowetz* in *Deixler-Hübner*, Exekutionsordnung³⁴ § 218 Rz 2; RIS-Justiz RS0132812; Bereits vor diesem Judikat wurde diese Ansicht anlässlich eines Rechtsatzes (RIS-Justiz RS0003336) zu OGH 09.06.1937, 3 Ob 466/37 vertreten, obwohl dies in dieser E nicht ausgesprochen wurde. In der Lehre hat man sich dessen ungeachtet auf diese E berufen, siehe *Angst* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 218 Rz 2.

⁸⁵⁰ Siehe *Harnoncourt*, ÖBA 2020, 344 (Entscheidungsbesprechung).

hA zu § 214 Abs 2 EO auch der Verpflichtete zustimmen muss.⁸⁵¹ In concreto stimmten sowohl der Bürge als auch der Schuldner zu, dass die Zuweisung nach Ermessen der Gläubigerin vorgenommen werden kann, wenngleich dies in der rechtlichen Begründung nur iZm der Verneinung eines Eingriffs in Rechte der Sicherungsgeberin aufgegriffen wurde. Interessanterweise wird dabei ein Rechtssatz zitiert, der gerade die Notwendigkeit einer Vereinbarung zum Ausdruck bringt: „Bei einer exekutiven Zuweisung steht es nicht im Belieben des Gläubigers, eine Schuld abweichend von den Regeln des § 216 EO auf eine im Übrigen weniger gesicherte Forderung zu verrechnen.“⁸⁵² Dies gilt auch für § 218 Abs 1 EO.⁸⁵³ Auch im Rahmen der §§ 1415f ABGB bedarf es zur Abweichung von der gesetzlich vorgesehenen Tilgungsordnung einer Vereinbarung mit dem Schuldner.⁸⁵⁴ Eine einseitige Erklärung des Gläubigers über die Zuweisung ändert daher mE die gesetzliche Verteilungsregelung auch bei bloß einem Gläubiger im betreffenden Rang nicht. Der E ist im Ergebnis nur deshalb zu folgen, da die Beteiligten einer Verteilung nach Ermessen der Gläubigerin gerade zugestimmt haben.

Der Gesellschafter kann somit nicht einseitig die Zuweisung des Erlöses zu seinen Insolvenzforderungen vornehmen. Zum einen bedarf dies bereits deshalb der Zustimmung der Gesellschaft (vertreten durch den Insolvenzverwalter), da diese im selben Rang in Höhe der eigenkapitalersetzenden Forderungen als Gläubigerin neben den Gesellschafter tritt.⁸⁵⁵ Zum anderen wird sie ihre Zustimmung auch in ihrer Rolle als Schuldnerin zu erteilen haben. Ein gegenteiliges Ergebnis würde den in der Gleichbehandlung der gleichrangigen Gläubiger liegenden und nicht anders erklärbaren Zweck des § 218 Abs 1 EO⁸⁵⁶ vollkommen unterlaufen.

⁸⁵¹ Siehe *Angst* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 218 Rz 10; *Markowetz* in *Deixler-Hübner*, Exekutionsordnung³⁴ §§ 212-214 Rz 6; RIS-Justiz RS0003264.

⁸⁵² RIS-Justiz RS0107393.

⁸⁵³ OGH 12.10.1976, 3 Ob 140/76.

⁸⁵⁴ Siehe nur *Harnoncourt*, ÖBA 2020, 344 (Entscheidungsbesprechung).

⁸⁵⁵ Siehe *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 12b KO Rz 22; *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 12b KO Rz 5; *Mohr* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 12b IO Rz 22.

⁸⁵⁶ *Harnoncourt*, ÖBA 2020, 344 (Entscheidungsbesprechung).

6 Conclusio

Immer wieder scheint die Conclusio in wissenschaftlichen Werken primär als Lokalität für jegliche (freilich oft berechtigte) Kritik am Gesetzgeber und Unmutsäußerungen zu dienen. Es darf daher durchaus mal mit einem Lob begonnen werden: Insgesamt ist es dem Gesetzgeber gelungen, durch Einführung weniger, prägnanter und leicht lesbarer Normen das zuvor höchst umstrittene Rechtsinstitut der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung im Wesentlichen sachgerecht zu regeln. Der zentrale § 3 Abs 3 EKEG bringt zunächst unmissverständlich die gebotene Differenzierung zwischen Entgeltkreditierung und Überlassung der Sache zum Ausdruck. Für eine systemwidrige Vermischung, wie es derzeit noch bei Kreditzinsen *de lege lata* vorgesehen ist⁸⁵⁷ und auf welche auch die alte Rsp des BGH und zT auch des OGH hinauslief,⁸⁵⁸ besteht kein Raum mehr. Die in Deutschland geführte Diskussion darüber, ob die eigenkapitalersatzrechtlichen Rechtsfolgen das Nutzungsentgelt auch dann treffen, wenn dieses nicht kreditiert wurde,⁸⁵⁹ dürfte sich hierzulande erübrigen. Die Werthaftigkeit des § 3 Abs 3 EKEG verdeutlicht außerdem ein weiterer Blick nach Deutschland, wo ein solch expliziter Ausschluss fehlt. Die Debatte um die wirtschaftliche Vergleichbarkeit ist daher dort bis heute nicht zur Gänze abgeklungen ist und bestehen immer wieder Bestrebungen, die Regelungen für Darlehen auf die Nutzungsüberlassung auszudehnen.⁸⁶⁰ Die einleitend in dieser Arbeit aufgeworfene Frage, ob man die österreichische Regelung als klarer und eindeutiger als ihr deutsches Pendant ansehen kann,⁸⁶¹ wird man angesichts der Existenz des § 3 Abs 3 EKEG bejahen können.

Die geschaffenen Regelungen fügen sich zudem weitgehend zwanglos in das insolvenzrechtliche System ein. Die Rechtsposition der Gesellschaft und die Unternehmensfortführung wird durch bestehende Mechanismen gesichert, unter die die Gesellschafternutzungsüberlassung idR subsumiert werden kann.⁸⁶² Selbst dort wo angesichts der Besonderheiten der Gesellschafternutzungsüberlassung Sonderregelungen erforderlich erschienen, hat man sich an bekannten und bewährten Vorbildern orientiert.⁸⁶³ In Bezug auf das Nutzungsentgelt erscheint die Möglichkeit zur Geltendmachung als Insolvenz- oder gar

⁸⁵⁷ Siehe Kapitel 3.1.3.

⁸⁵⁸ Siehe Kapitel 3.3.1.

⁸⁵⁹ Siehe *Bitter*, ZIP 2010, 1 (3) mwN.

⁸⁶⁰ Siehe Kapitel 3.2.1.2; FN 487; Kapitel 5.3.2.

⁸⁶¹ Siehe Kapitel 1.1.

⁸⁶² Siehe Kapitel 5.1 und 5.2.2.

⁸⁶³ Zum nach Vorbild des § 11 Abs 2 IO ausgestalteten § 26a IO, siehe Kapitel 5.2.1.

Masseforderung angesichts der früheren, strengen Rechtslage prima facie ungewohnt. Im Ergebnis ist es jedoch systemgerecht, wenn nur tatsächlich kreditierte Forderungen/Forderungsteile nachrangig Befriedigung finden sollen, da nur aufgrund der Kreditierung „verpönte“ Liquidität zugeführt wird.⁸⁶⁴ Im Übrigen besteht kein Grund zur Unterschiedlichbehandlung ggü dritten Gläubigern, sodass es verfassungsrechtlich bedenklich anmuten würde, Gesellschafterforderungen im Insolvenzverfahren nicht dieselbe Qualität beizumessen. Außerdem dürfen die mit Zuerkennung des Masseforderungsstatus für das auf die Zeit nach Insolvenzeröffnung entfallende Entgelt verbundenen positiven Effekte nicht unterschätzt werden. Nicht zuletzt dadurch wird dem Gesellschafter ein Anreiz geboten, von seinen in der Krise außerhalb des Insolvenzverfahrens bestehenden, großzügigen Kündigungs- und Abzugsmöglichkeiten⁸⁶⁵ keinen Gebrauch zu machen. Er kann die Sache getrost weiterhin überlassen, da er durch das Insolvenzverfahren insofern nichts zu befürchten hat.⁸⁶⁶ Nicht nur durch diesen Aspekt werden die Befürchtungen der Lehre, der Gesellschafter werde regelmäßig in Umgehung der insolvenzrechtlichen Vertragstreuepflichtverschärfungen die Sache zuvor in der Krise abziehen,⁸⁶⁷ relativiert. Allgemein zeigt die Praxis des Wirtschaftslebens, dass Gesellschafter bei erfolgsversprechenden Sanierungsbemühungen durchaus rational agieren und mitunter auch in weniger aussichtsreichen Situationen „ihre“ Gesellschaft nach Kräften retten wollen, anstatt Mittel abzuziehen (Stichwort: sunk-cost-fallacy). Dort wo dies nicht der Fall ist, dürfte das Anfechtungsrecht – häufiger als von der Lehre bislang angenommen – eingreifen, wodurch Sanierungsbemühungen konterkarierende Akte rückgängig gemacht werden können.⁸⁶⁸ Auch insofern ist dem Gesetzgeber ein Konnex zum allgemeinen Insolvenzrecht gelungen. Die Implementierung eines nicht bloß gesellschaftsrechtlichen, sondern auch eines insolvenzrechtlichen Ansatzes kann man als geglückt erachten.

Natürlich beinhaltet die Regelung der Gesellschafternutzungsüberlassung mitunter gewisse Schwächen. Dazu drei Beispiele: (1) Manchen mögen uU die entwickelten Grundsätze hinsichtlich der zeitraumbezogenen Betrachtungsweise bei der Entgeltkreditierung und der aliquoten Aufteilung⁸⁶⁹ zunächst kasuistisch und umständlich erscheinen. Bei näherer Betrachtung erscheint dies mE aber systemgerecht und sollte auch de lege ferenda nicht davon

⁸⁶⁴ Siehe idZ Kapitel 2.1 und 3.1.

⁸⁶⁵ Siehe Kapitel 4.1.

⁸⁶⁶ IdS auch ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 12ff.

⁸⁶⁷ Siehe Kapitel 5.3.

⁸⁶⁸ Siehe Kapitel 5.3.

⁸⁶⁹ Siehe Kapitel 3.3.2 und 3.3.3.

abgegangen werden. Der Insolvenzverwalter wird sich aber der mühsamen Aufgabe stellen müssen, die einzelnen Entgeltteile auszurechnen und rechtlich zu beurteilen. (2) Nicht einzusehen ist, dass dem Gesellschafter bei Auflösung eines unentgeltlichen oder „zu billigen“ Nutzungsüberlassungsverhältnisses während der Überlassung nach § 26a IO ein bereicherungsrechtliches, angemessenes Entgelt als Masseforderung zukommen soll.⁸⁷⁰ Dass ihm ein Anreiz zur Vertragsauflösung geboten wird, erscheint aus Sanierungserwägungen nicht konsistent und schmälern die Masseforderungen den Haftungsfonds der Gläubiger. Hier sollte nachgeschärft werden. (3) Auch wenn die Gesellschafternutzungsüberlassung nicht unmittelbar betroffen ist, muss abermals die Systemwidrigkeit der Regelung über Kreditzinsen betont werden.⁸⁷¹ Im Sinne eines kohärenten Gesamtsystems, in dem Nutzungsentgelt und Kreditzinsen als Ansprüche iSd Fallgruppe 2 des weiten Kreditbegriffs gleichbehandelt werden sollten, sodass einheitliche Lösungsansätze konzipiert werden können, erscheint die aktuelle Rechtslage höchst unbefriedigend.

Insgesamt ist die Regelung der Gesellschafternutzungsüberlassung aber durchaus als gelungen einzuschätzen. Den Rückgang der Lit und der höchstgerichtlichen Rsp wird man wohl ebenso idS deuten können. Dennoch wurde eine Vielzahl an hier erörterten Rechtsfragen zuvor noch keiner Behandlung zugeführt, sodass gehofft werden kann, mit dieser Untersuchung einen Beitrag geleistet zu haben!

⁸⁷⁰ Siehe Kapitel 5.4.3.

⁸⁷¹ Siehe Kapitel 3.1.3.

7 Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

- Dem EKEG liegt ein weiter Kreditbegriff zugrunde, der die Überlassung von Liquidität voraussetzt, wobei es auf Form, Zweck und Modalitäten nicht ankommt. Erforderlich ist stets ein gebrauchsunterlassungsvertragsähnliches Moment.
- Der weite Kreditbegriff lässt sich in drei Fallgruppen unterteilen: (1) Leistungen des Gesellschafters im Rahmen von Gebrauchsunterlassungsverträgen, auf die er einen Rückgabeanspruch hat; (2) Aufschübe der Entgeltzahlung, unabhängig vom Typus des Hauptvertrages; (3) Aufschübe anderer Ansprüche des Gesellschafters.
- Hinsichtlich Kreditzinsen weicht der Gesetzgeber systemwidrig vom Erfordernis der Entgeltkreditierung ab. Die Analyse des Nutzungsentgelts hat unabhängig von den Grundsätzen über Kreditzinsen zu erfolgen.
- Der Gesetzgeber hat der Kritik der Lehre zur eigenkapitalersetzenden Nutzungsunterlassung Rechnung getragen und diese durch § 3 Abs 3 EKEG vom Eigenkapitalersatzrecht ausgenommen. Terminologisch sollte fortan besser von „Gesellschafternunterlassung“ gesprochen werden.
- Kreditsicherheiten sind dann nicht als Gesellschafternunterlassung zu qualifizieren, wenn der Vertrag ab initio auf den Eigentumserwerb der Gesellschaft hinauslaufen soll und der Rückerstattungsanspruch des Gesellschafters nur bei unterbliebener Entgeltzahlung ausgeübt werden soll.
- Ist ein Nichtgesellschafter Miteigentümer der unterlassenen Sache, unterliegt er nicht bloß aufgrund des Miteigentums eines Gesellschafters denselben Restriktionen.
- Das Entgelt für die Nutzungsunterlassung wird nicht durch das bloße Beginnen oder Fortführen eines Nutzungsunterlassungsverhältnisses in der Krise kreditiert.
- Die Kreditgewährung ist vom Stehenlassen anhand der Zufuhr neuer Liquidität als positivem Mittelzufluss abzugrenzen. Bei der Gesellschafternunterlassung wird entsprechend dem grundlegenden Charakter eines Dauerschuldverhältnisses und der bloßen Überlassung eines Gebrauchsrechts kontinuierlich Kredit gewährt.
- Im Ansetzen von Fälligkeitszeitpunkten am Ende oder während einer Leistungsperiode („Ursprüngliche Kreditierung“) kann eine eigenkapitalersetzende Kreditierung liegen. Oft wird § 3 Abs 1 Z 2 EKEG greifen, wonach kürzere als sechsmonatige Leistungsperioden und kürzere Zahlungsziele unbeachtlich sind. Bei längeren Perioden ergibt sich aufgrund der kontinuierlichen Kreditgewährung die Notwendigkeit, die Tatbestandsvoraussetzungen zeitraumbezogen zu prüfen. Dies führt zu aliquoten Entgeltteilungen.

- Werden der Gesellschaft abweichend vom schuldrechtlichen Grundgeschäft für in der Krise entstandene, fällige Forderungen längere Zahlungsziele (zB durch Stundung, etc) eingeräumt („*Nachträgliche Kreditierung*“), kann darin ein eigenkapitalersetzender Kredit liegen. Auch hier gilt die zeitraumbezogene Betrachtungsweise, woraus aliquote Entgeltteilungen resultieren.
- In der Krise außerhalb von Insolvenzverfahren kann der Nutzungsüberlassungsvertrag grds nach allgemeinem Zivilrecht aufgelöst werden und ist die Sache zurückzustellen. Allenfalls kann dies im Insolvenzverfahren anfechtungsrechtlich rückgängig gemacht werden.
- Hinsichtlich des kreditierten Entgelts greifen Rückzahlungssperre und Rückerstattungsanspruch gem § 14 Abs 1 EKEG. Eine analoge Anwendung des § 14 Abs 2 EKEG scheidet aber aus.
- Im Insolvenzverfahren können viele Gesellschafternutzungsüberlassungsverträge nach § 23 IO gekündigt werden. Die Abgrenzung zwischen den §§ 21 und 23 IO erfolgt parallel zur Abgrenzung zwischen Nutzungsüberlassung und Kreditsicherung.
- Der Gesellschafter unterliegt im Insolvenzverfahren den Beschränkungen der §§ 25a, 25b IO. § 25a Abs 2 Z 1 IO ist nicht anzuwenden.
- Selbst wenn kein aufrechter Nutzungsüberlassungsvertrag mehr vorliegt, kann die Durchsetzung des Rückerstattungsanspruches durch §§ 12c, 26a IO verhindert werden.
- Die Vertragsbeendigung/Rückstellung der Sache vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann anfechtungsrechtlich rückgängig gemacht werden. Anders als die Lehre bisher angenommen hat, erscheint eine Anfechtung nach mehreren Tatbeständen prinzipiell denkbar. Insb die Voraussetzungen einer Deckungsanfechtung nach § 31 Abs 1 Z 1 erster Fall IO könnten häufig gegeben sein.
- Entgeltansprüche aus ein und demselben Nutzungsüberlassungsverhältnis können als nachrangige Forderung, Insolvenzforderung oder Masseforderung zu qualifizieren sein. Es kommt dabei auf die Qualität als eigenkapitalersetzender Kredit und auf die Phase an, für die dieses Entgelt entrichtet wird.
- Sicherheiten für eigenkapitalersetzende Kredite erlöschen gem § 12b erster Fall IO. Sind durch ein und dieselbe Sicherheit mehrere Entgeltforderungen besichert, erlischt die Sicherheit nur für den eigenkapitalersetzenden Teil. Der Erlösteil fließt in die allgemeine Masse. Die besicherten Insolvenz- und Masseforderungen des Gesellschafters und der Anspruch der Gesellschaft auf den Erlösteil sind gleichrangig aus der Sondermasse zu befriedigen. Der Gesellschafter kann eine Zuweisung des auf seine Masseforderungen entfallenden Erlöses auf seine Insolvenzforderungen nicht ohne Zustimmung vornehmen.

Literaturverzeichnis

Österreich:

- E. Achatz*, Der Erstattungsanspruch gegenüber Gesellschaftern als Masseaktivum – Haftungsgrundlagen nach EKEG, in *Konecny* (Hrsg), Insolvenzf-Forum 2009 (2010) 15
- Angst/Oberhammer*, Kommentar zur EO³ (2015)
- Anzenberger*, Die Insolvenzfestigkeit von Bestandverträgen (2014)
- Artmann/Rüffler*, Gesellschaftsrecht³ (2024)
- Artmann/Karollus*, Kommentar zum Aktiengesetz⁶ I (2018), II (2018), III (2019)
- Artmann*, Kreditgewährung im Konzern – Zum Konkurrenzverhältnis zwischen Ausschüttungsverbot und Eigenkapitalersatzrecht, in FS Roth (2011) 23
- Artmann*, Eigenkapitalersatzrecht bei der GmbH & Co KG, RdW 2005, 337
- Astner*, Die Anfechtung der inkongruenten Deckung (2006)
- Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht⁴ I (2000), II/2 (2004), III (2002), IV (2006)
- Bauer*, Unternehmensfinanzierung durch Stille Gesellschaft – heute und nach künftigem EKEG, GeS 2003, 109
- Berger*, Rechtsfolgen kapitalersetzender Finanzierungsleistungen, ÖBA 1996, 837
- Berger*, Grundlagen des Eigenkapitalersatzrechts (1996)
- Berger*, Kein Eigentumsverlust bei eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung, RdW 1995, 2
- Bollenberger*, Konkursanfechtung beim Kreditgeschäft - Umfang des Anfechtungsanspruchs, ÖBA 2000, 15
- Brandstetter*, Strafrechtliche Implikationen des EKEG, in *Dellinger/Keppert* (Hrsg), Eigenkapitalersatzrecht (2004) 167
- Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, Erster Zusatzband (2009)
- Burtscher/Spitzer*, Vertrauensschutz im Eigenkapitalersatzrecht, wbl 2022, 601
- F. Bydlinski/P. Bydlinski*, Grundzüge der juristische Methodenlehre³ (2018)
- F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (2011)
- F. Bydlinski*, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages in Dauerschuldverhältnissen, in FS Steinwenter (1958) 140
- P. Bydlinski/Perner/Spitzer*, KBB – Kurzkomentar zum ABGB⁷ (2023)
- Chalupsky/Schmidsberger*, Kritische Anmerkungen zum Ministerialentwurf des Eigenkapitalersatz-Gesetzes, ZIK 2002, 77
- Deixler-Hübner*, Exekutionsordnung (ab 2022)
- Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁵ (2023)
- Dellinger*, Der sachliche Anwendungsbereich des EKEG, in *Dellinger/Keppert* (Hrsg), Eigenkapitalersatzrecht (2004) 55
- Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz (2004)

Dellinger, EKEG – leicht zu umgehen? GeS 2004, 125

Dellinger, Eigenkapitalersatzrecht im Konzern, ecolex 2002, 329

Dellinger, Ministerialentwurf zum EKEG – Grundlagen und Überblick, ecolex 2002, 316

Dellinger, Kritik am Eigenkapitalersatzrecht, Drittkredit und Gesellschaftersicherheit, ÖBA 1998, 601

Dellinger, Konkursanfechtung als Korrektiv des Eigenkapitalersatzrechts in der Konzerninsolvenz, ZIK 1996, 149

Denkschrift zur Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung (1914)

Dobner, Das Bestandgeberpfandrecht in der Insolvenz des Bestandnehmers, immolex 2015, 202

Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I/2: Sachenrecht² (1957)

Engin-Deniz, Eigenkapitalersatz in der deutschen Judikatur, ecolex 1993, 317

Feil, Eigenkapital ersetzende Gesellschafterdarlehen in Lehre und Rechtsprechung (1996)

Fellner/Thaler, Kreditinstitute als Kreditnehmer im Eigenkapitalersatzrecht, GeS 2014, 8

Fellner/Mutz, Eigenkapitalersatz-Gesetz: Praxiskommentar (2004)

Fellner/Klauninger, (Un-)Anwendbarkeit des Eigenkapitalersatzrechts auf im Konkurs erbrachte Leistungen? ZIK 2003, 116

Fenyves, Erbenhaftung und Dauerschuldverhältnis (1982)

Fidler, Insolvenznahe Kapitalgesellschaften. Typologie und Bewältigung von Konflikten der Kapitalgeber (2024)

Fidler, Der zukünftige Gesellschafter im EKEG – zugleich ein Beitrag zur Ratio Legis des Kapitalersatzrechts, wbl 2020, 601

Fink, Zahlung von Leasingraten als Zug-um-Zug-Geschäft? ÖBA 1992, 809

Fischer, Eigenkapitalersetzende Konzernfinanzierung nach dem EKEG (2005)

Foglar-Deinhardstein/Vinazzer, Kann das EKEG die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital verhindern? ÖBA 2016, 468

Frizberg, Nachrangige Forderungen im Insolvenzverfahren (2021)

Frizberg, Anspruch vertraglich nachrangiger Gläubiger auf die Sanierungsplanquote, ZIK 2018, 166

Frotz/Dellinger, Eigenkapitalersatz de lege ferenda, ecolex 1994, 164

Gelter, Konsortialkredit und abgestimmte Kreditgewährung im EKEG, ZIK 2005, 121

Gruber, Eigenkapital ersetzende Gesellschafterleistungen. Die neuen Regelungen im Überblick, SWK 2004, 43

Grünwald, Eigenkapitalersatz durch Stehenlassen von Gesellschafterleistungen, GesRZ 1994, 113

Haglmüller, Gesellschafterpflichten in der Krise der GmbH (2018)

Harrer, Das neue Eigenkapitalersatzrecht, wbl 2004, 201

Harrer, Die Krise des Eigenkapitalersatzrechts, GesRZ 1998, 183

- Harrer*, Kapitalersetzende Gebrauchsüberlassung, GesRZ 1993, 121
- Harrer*, Haftungsprobleme bei der GmbH (1990)
- Hausmann/Vonkilch*, Kommentar Österreichisches Wohnrecht - MRG⁴ (2021)
- M. Heidinger*, Betriebsaufspaltung und Eigenkapitalersatz durch Gebrauchs- oder Nutzungsüberlassung, in FS G. Heidinger (1995) 235
- Helmich*, Volle Zurückbehaltung des Mietzinses bei Mangelhaftigkeit der Wohnung? ecolex 2003, 395
- Hochedlinger*, Privatstiftungen im Lichte des EKEG, GesRZ 2004, 372
- Hoenig*, Reichweite der Vertragsauflösungssperre der IO, RdW 2013, 515
- Höller*, Zum zeitlichen Anwendungsbereich des Eigenkapitalersatz-Gesetzes, ecolex 2004, 452
- Höller*, Ausgewählte Fragen des Eigenkapitalersatzgesetzes, RWZ 2004, 74
- Honsell*, Umwandlung von Kredit in Haftkapital – „verschleierte“ Sacheinlage? in FS Frotz (1993) 307
- Iro*, Der Leasingvertrag im Konkurs des Leasingnehmers, RdW 1993, 177
- Jabornegg*, Gesellschafterähnlichkeit und Eigenkapitalersatzrecht, in *M. Achatz/Jabornegg/Karollus* (Hrsg), Eigenkapitalersatz im Gesellschafts-, Steuer- und Arbeitsrecht (1999) 16
- Jabornegg*, Die Lehre vom Durchgriff im Recht der Kapitalgesellschaften, WBl 1989, 1, 43
- Kalss*, Die mangelnde Anwendbarkeit von § 9 Abs 1 EKEG auf den Kredit einer Muttergesellschaft an ihre Tochtergesellschaft, GesRZ 2015, 302
- Kalss*, Allgemeine Fragen des Eigenkapitalersatzrechts, in *Kalss/Rüffler* (Hrsg), Eigenkapitalersatz im österreichischen, italienischen und slowenischen Recht (2004) 9
- Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2004)
- Karollus*, Zusammenrechnung von Beteiligungen gemäß § 6 EKEG, GesRZ 2022, 217
- Karollus*, Inhaltlich unrichtige Jahresabschlüsse und § 2 Abs 2 EKEG, GesRZ 2016, 5
- Karollus*, Aktuelle Fragen der „Weisung“ im Sinne des § 9 EKEG, in *Artmann/Rüffler/Torggler* (Hrsg), Gesellschafterpflichten in der Krise (2015) 97
- Karollus*, Das neue österreichische Eigenkapitalersatzrecht – ein Vorbild für Deutschland? In FS U. Huber (2006) 801
- Karollus*, Persönlicher Anwendungsbereich des EKEG (erfasste Gesellschaften, erfasste Gesellschafter – ohne verbundene Unternehmen und Konzern), in *Dellinger/Keppert* (Hrsg), Eigenkapitalersatzrecht (2004) 71
- Karollus/Isola/Huemer*, Das neue Eigenkapitalersatzrecht – RV für ein GIRÄG 2002 und ein EKEG, in *Institut der Wirtschaftsprüfer* (Hrsg), Wirtschaftsprüfer-Jahrbuch 2003 (2003) 305
- Karollus*, Aktuelle Entwicklungen im Eigenkapitalersatzrecht, in *M. Achatz/Jabornegg/Karollus* (Hrsg), Eigenkapitalersatz im Gesellschafts-, Steuer- und Arbeitsrecht (1999) 1
- Karollus/Schulyok*, Eigenkapitalersetzende Leistungen (1998)

- Karollus*, Probleme der Finanzierung im Konzern: Kapitalersatz und Treuepflicht, in FS Claussen (1997) 199
- Karollus*, Eigenkapitalersetzende Leistungen. Jüngste Entwicklungen und Zukunftsperspektiven, ÖBA 1997, 105
- Karollus*, Zur Behandlung kapitalersetzender Forderungen im Konkursverfahren, ZIK 1996, 37
- Karollus*, Drittkredit, Gesellschaftersicherheit und Kapitalersatzrecht, RdW 1996, 4
- Karollus-Brunner/Zehetner*, Eigenkapitalersatzrecht im Lichte der Rechtsprechung, ecolex 2001, 178
- Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990)
- Keppert*, Der Begriff der Krise nach dem EKEG im Zusammenhang mit Bilanzmanipulationen, in *Dellinger/Keppert* (Hrsg), Eigenkapitalersatzrecht (2004) 11
- Klang/Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ (ab 2006)
- Klang*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch² Band I/1 (1964), Band I/2 (1962), Band II (1950), Band III (1952), Band IV/1 (1968), Band IV/2 (1978), Band V (1954), Band VI (1961)
- Kletečka/Schauer*, ABGB-ON (ab 2010)
- Koller/Lovrek/Spitzer*, IO - Insolvenzordnung² (2022)
- Konecny*, Nachrangigkeit und Insolvenzverfahren: allgemeine Beteiligungsrechte - Prüfungsverfahren, in *Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2019 (2021) 143
- Konecny*, Die Fortsetzung des Bestandverhältnisses gem § 12c IO erfordert keine Räumungsexekution, ZIK 2013, 2
- Konecny*, Das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010, ZIK 2010, 82
- Konecny/Schubert/Trenker*, Insolvenzgesetze (ab 1999)
- König*, Ist die Zahlung der Kreditzinsen eine Zug-um-Zug-Leistung? ÖBA 1989, 18
- Koppensteiner*, Aktuelle Probleme des EKEG, in FS Nowotny (2015) 369
- Koppensteiner*, Zum konzernrechtlichen Gehalt von § 9 EKEG, wbl 2008, 53
- Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz Kommentar³ (2007)
- Koppensteiner*, Kritik des „Eigenkapitalersatzrechts“, wbl 1997, 489
- Lamplmayr*, Verbotene Einlagenrückgewähr durch Vermögensauskehr an Nichtgesellschafter (2016)
- Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ (1991)
- Leitenbauer*, Pfandrecht und besicherte Hauptforderung - ein unzertrennbares Paar? ecolex 2025, 186
- Leitner*, Stille Gesellschaft und Eigenkapitalersatz, ecolex 1999, 399
- Leupold*, Das IRÄ-BG - Überblick und ausgewählte Fragen, ZIK 2010, 167
- Lewisch*, Strafrechtliche Beurteilung der Rückzahlung Eigenkapital ersetzender Gesellschafterdarlehen in der Krise, RdW 2000, 584

Loewit, Finanzierungen im Insolvenzverfahren aus eigenkapitalersatz- und anfechtungsrechtlicher Sicht, ÖBA 2025, 173

Loewit, Die Sanierungsprivilegierung stiller Beteiligungen nach § 13 EKEG, ÖBA 2021, 592

Loewit, Krisenfinanzierung durch stille Gesellschaften und Genussrechte, ecolex 2020, 987

Mohr, Das Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2003 im Überblick, in *Dellinger/Keppert* (Hrsg), Eigenkapitalersatzrecht (2004) 19

Mohr, Eigenkapitalersatz im Insolvenzverfahren nach dem EKEG-Entwurf, ecolex 2002, 338

Mohr, Der aktuelle Gesetzesentwurf (März 2002) zum Eigenkapitalersatz-Gesetz (EKEG), in *Kalss* (Hrsg), Aktuelle Fragen des Gläubigerschutzes (2002) 54

Mohr, Eigenkapitalersatz – Der Ministerialentwurf, ZIK 2002, 50

Müller, Eigenkapitalersatz und Insolvenzdiagnose (1996)

Niederberger, Das Eigenkapitalersatzgesetz, Ges 2003, 424

Niederberger, Kurzinfo zum Letztstand des Eigenkapitalersatz-Gesetzes, GeS 2003, 291

Niederberger, Eigenkapitalersatz: der aktuelle Gesetzesentwurf, GeS 2002, 5

Niederberger, Eigenkapital ersetzende Leistungen alt und neu, ecolex 2002, 326

Nowotny, Wann tritt das Eigenkapitalersatzgesetz in Kraft? RdW 2004, 7

Nowotny, Aktuelle Fragen zur Regelung des Kapitalersatzrechts, in FS Koppensteiner (2001) 131

Nowotny/Berger, Eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen durch "Stehenlassen" von Ansprüchen, ZIK 1995, 2

Nowotny, Probleme des eigenkapitalersetzenden Darlehens. Von der Gesellschafterstellung zum atypischen Kreditgeber, ÖBA 1994, 669

Oberhammer, Irrweg Eigenkapitalersatzrecht? Eine Besprechung von Schummer, Das Eigenkapitalersatzrecht. Notwendiges Rechtsinstitut oder Irrweg? ZIK 1999, 19

Oberhammer, Aufschiebung der Räumungsexekution und Fortsetzung beendigter Bestandverhältnisse im gerichtlichen Ausgleich - zum neuen § 12a AO, ZIK 1998, 1

Ostheim, Zu Rechtsgrund und Reichweite der Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen, wbl 1995, 217

Ostheim, Zur Behandlung „stehen gelassener“ Gesellschafterdarlehen, wbl 1994, 185

Ostheim, Zur geplanten Neuregelung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen im Entwurf zum Insolvenzrechtsänderungsgesetz 1993, wbl 1993, 386

Ostheim, Probleme eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen, in FS Kastner (1992) 347

Ostheim, Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen in der Unternehmenskrise, GesRZ 1989, 122, 173

Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁷ (2022)

Pieringer, Bilanzieller und tatsächlicher Reorganisationsbedarf im EKEG, ecolex 2021, 227

Rebernick, Das Phantom des "Zug-um-Zug-Geschäftes" im System der Konkursanfechtung, ZIK 2000, 74

Reckenzaun, Das Bestandgeberpfandrecht (1989)

Reich-Rohrwig, Änderungen der KO, AO, URG und ÜbG durch das GIRÄG 2003. Ein Überblick, *ecolex* 2004, 178

Reich-Rohrwig, Das neue Eigenkapitalersatzgesetz, *ecolex* 2004, 106

Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht (1997)

Reiner, Die Rückzahlungssperre des § 14 EKEG, *SWK* 2023, 1117

Reiner, Die Anwendbarkeit des Eigenkapitalersatzgesetzes, *SWK* 2023, 1029

Reisch, Spannungsverhältnis Eigenkapitalersatz – Insolvenz im Konzern, in *Konecny* (Hrsg), *ZIK Spezial – Insolvenzrecht und Kreditschutz* 2015 (2015) 171

Reisch, Gesellschaftersicherheiten im Entwurf des Eigenkapitalersatz-Gesetzes, *ecolex* 2002, 333

Reisch, Welche Gesellschaften erfasst das Eigenkapitalersatz-Gesetz, *ecolex* 2002, 320

Riel, Die Sondermasse. Zur besonderen Verwaltung, Verwertung und Verteilung von Sachen, an denen Absonderungsrechte bestehen, in *FS Konecny* (2022) 497

Riel, Was sind Sondermassenforderungen? Zur Verteilung einer Sondermasse im Konkurs, *ZIK* 2004, 182

Riss, Die Erhaltungspflicht des Vermieters (2005)

Rohatschek/Stieglbauer, Eigenkapitalersatz-Gesetz – Anpassungsbedarf im Unternehmensreorganisationsgesetz (URG), *RdW* 2004, 457

Rüffler, Kreditinstitute in der Krise, *ÖBA* 2013, 722

Rüffler, Konzernfinanzierung im Lichte des EKEG, in *Kalss/Rüffler* (Hrsg), *Eigenkapitalersatz* (2004) 111

Rummel/Lukas, ABGB⁴ (ab 2014)

Rummel, ABGB³ (ab 2000)

Saurer, Atypische Finanzierungsleistungen im EKEG, in *Kalss/Rüffler* (Hrsg), *Eigenkapitalersatz* (2004) 135

Schmidsberger, Eigenkapitalersatz im Konzern, in *Dellinger/Keppert* (Hrsg), *Eigenkapitalersatzrecht* (2004) 119

Schmidsberger, Eigenkapitalersatz im Konzern – derzeitige Rechtslage und künftiges EKEG, *GeS* 2002, 9

Schmidsberger, Eigenkapital ersetzende Dienstleistungen, *RdW* 2000/432

Schmidsberger, Eigenkapitalersetzende Gebrauchsüberlassung, *ZIK* 1998, 16

Schmidsberger, Eigenkapitalersatz versus Einlagenrückgewähr, *GesRZ* 1997, 14

Schmidsberger, Eigenkapitalersatz im Konzern (1996)

Schmidsberger, Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen im Ausgleich, *RdW* 1995, 374

Schmidt, Zur Zukunft des Eigenkapitalersatzrechts in Österreich, *GesRZ* 2004, 75

Schmidt, Eigenkapitalersatz und seine Behandlung in Österreich, *GesRZ* 1993, 8, 86

Schopper, Die GmbH & Co KG im Eigenkapitalersatzgesetz, in *GS Arnold*² (2016) 111

Schopper, Genussrechte und EKEG, *ZUS* 2011, 107

- Schopper*, Ausfallshaftung der Mitgesellschafter für verbotswidrige Rückzahlung Eigenkapitalersetzender Leistungen? wbl 2004, 410
- Schopper/Vogt*, Praxiskommentar zum EKEG samt Nebenbestimmungen in KO und AO (2003)
- Schulyok*, „Krise statt Kreditunwürdigkeit und Entsperrung“, in *Dellinger/Keppert* (Hrsg), Eigenkapitalersatzrecht (2004) 39
- Schulyok*, Von der Kreditunwürdigkeit zur Anknüpfung an die URG-Kriterien, ecolex 2002, 322
- Schummer*, EKEG und Insolvenzrecht, in *Dellinger/Keppert* (Hrsg), Eigenkapitalersatzrecht (2004) 143
- Schummer*, Das Eigenkapitalersatzrecht. Notwendiges Rechtsinstitut oder Irrweg? (1998)
- Schummer*, Zur Rückzahlung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen, ecolex 1993, 312
- Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁵ (2018)
- Taufner*, Gesellschaftsvertragliche Ausschluss- und Aufgriffsrechte nach dem IRÄG 2010, GesRZ 2011, 157
- Torggler*, Eigenkapitalersatz-Gesetz (EKEG), JAP 2003/2004, 178
- Trenker*, Rechtsgrundlagen und Begriff nachrangiger Forderungen, in *Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2019 (2021) 161
- Ulmer*, Zur GmbH-Reform in Österreich und Deutschland, GesRZ 1981, 193
- Viehböck*, Drittkredit und Eigenkapitalersatz, ZIK 1998, 91
- Wagner*, Eigenkapitalersatz: Typisierende Kodifikation vs Minimalkodifikation nach US-Vorbild, ecolex 2002, 748
- Weisz*, Kapitalersetzende Gebrauchsüberlassung, GesRZ 1998, 14
- Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018)
- Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015)
- Wenger*, Eigenkapitalersatz-Gesetz: Neuerungen in der Regierungsvorlage, RWZ 2002, 321
- Widhalm-Budak*, Anfechtungsrecht⁴ (2024)
- Widhalm-Budak*, Verhinderung der Vertragsauflösung und unwirksame Vereinbarungen, in *Konecny* (Hrsg), ZIK Spezial – IRÄG 2010 (2010) 23
- Widhalm*, Kontokorrentkredit und Anfechtung nach den Gläubigertatbeständen, ZIK 1999, 39
- Zehetner/Bauer*, Mittelbare Beteiligungen und Konzern im neuen EKEG, ÖJZ 2004, 747
- Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht (2004)
- Zollner*, Privatstiftungen und EKEG, ÖBA 2004, 831
- Zollner*, Die Bank als Adressatin des Eigenkapitalersatz-Gesetzes, in *Kalss/Rüffler* (Hrsg), Eigenkapitalersatz (2004) 87

Deutschland:

Altmeyden, Ratio legis des Rechts der Gesellschafterdarlehen am Beispiel der Sicherheiten, ZIP 2019, 1985

Altmeyden, Ist das besicherte Gesellschafterdarlehen im Insolvenzverfahren der Gesellschaft subordiniert oder privilegiert? ZIP 2013, 1745

Bitter, Die Nutzungsüberlassung in der Insolvenz nach dem MoMiG (§ 135 Abs. 3 InsO), ZIP 2010, 1

Eggert, Gesellschafter-Nutzungsüberlassung in der Insolvenz der Gesellschaft (2014)

Gehrlein, Ansprüche gegen Gesellschafter bei überteuerter Nutzungsüberlassung an insolvente Gesellschaft, NZI 2016, 561

Gruschinske, Beendigung „kapitalersetzender“ Nutzungsverhältnisse vor Insolvenzeröffnung, GmbHR 2010, 179

Keßler, Zivilrechtliche Haftungsrisiken der Betriebsaufspaltung, GmbHR 1993, 541

Knobbe-Keuk, Die Verpachtung von Anlagevermögen des Gesellschafters an die GmbH und § 31 a GmbH-Gesetz, BB 1984, 1

Marotzke, Gesellschaftsinterne Nutzungsverhältnisse nach Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts, ZInsO 2008, 1281

Pfündl, Anfechtung des Vermieterpfandrechts an nachrangigen Mietforderungen, ZRI 2023, 247

Prütting/Bork/Jacoby, KPB - Kommentar zur Insolvenzordnung^{104 Lfg} (Stand 06.2025)

Schmidt, Nutzungsüberlassung, Eigenkapitalersatz und materielle Unterkapitalisierung, ZIP 1993, 161

Schmidt, § 32a GmbHG: Ein Allheilmittel gegen unerwünschten Eigenkapitalersatz? ZIP 1990, 69

Scholz, GmbHG¹³ Band I (2022), Band II (2024), Band III (2025)

Spahl, Die insolvenzrechtliche Behandlung von Nutzungsüberlassungen (2016)

Wiedemann, Gesellschaftsrechtliche Probleme der Betriebsaufspaltung, ZIP 1986, 1293

Judikaturverzeichnis

Österreich:

HG Wien 15.5.1998, 5 S 844/97w

LG Klagenfurt 27.04.2012, 27 Cg 113/11p

LGZ Graz 24.5.2011, 7 R 62/11f

LGZ Wien 11.2.1997, 41 R 694/96d

OGH 09.06.1937, 3 Ob 466/37

OGH 21.12.1965, 8 Ob 283/65

OGH 6.12.1967, 3 Ob 129/67

OGH 06.03.1973, 3 Ob 30/73

OGH 12.10.1976, 3 Ob 140/76

OGH 30.10.1979, 1 Ob 714/79

OGH 10.12.1981, 7 Ob 795/81

OGH 29.06.1983, 1 Ob 604/83

OGH 03.12.1986, 1 Ob 655/86

OGH 26.04.1988, 4 Ob 514/88

OGH 08.05.1991, 8 Ob 9/91

OGH 06.06.1991, 8 Ob 545/91

OGH 29.10.1992, 6 Ob 610/92

OGH 22.12.1993, 8 Ob 28/93

OGH 25.05.1994, 9ObA6/94

OGH 25.08.1994, 2 Ob 594/93

OGH 27.02.1995, 1 Ob 1509/95

OGH 27.02.1995, 1 Ob 579/94

OGH 20.12.1995, 7 Ob 633/95

OGH 26.04.1995, 3 Ob 532/95

OGH 29.8.1996, 8 Ob 2148/96g

OGH 18.12.1996, 7 Ob 2278/96t

OGH 28.01.1997, 1 Ob 2044/96m

OGH 30.10.1997, 8 Ob 254/97d

OGH 26.11.1998, 8 Ob 286/98m

OGH 24.02.2000, 8 Ob 136/99d

OGH 23.11.2000, 8 Ob 165/99v

OGH 14.12.2000, 6 Ob 300/00m

OGH 02.07.2002, 8 Ob 294/01w

OGH 1.10.2002, 11 Os 41/02
OGH 20.02.2003, 6 Ob 18/03w
OGH 24.06.2003, 3 Ob 68/02z
OGH 26.06.2003, 8 Ob 220/02i
OGH 9.9.2003, 11 Os 76/03
OGH 20.01.2004, 5 Ob 183/03b
OGH 22.12.2004, 8 Ob A 43/04p
OGH 18.12.2006, 8 Ob 113/06k
OGH 25.04.2007, 3 Ob 36/07a
OGH 28.2.2008, 8 Ob 125/07a
OGH 25.03.2009, 3 Ob 232/08a
OGH 19.05.2009, 3 Ob 12/09z
OGH 8.9.2009, 4 Ob 59/09v
OGH 28.04.2010, 3 Ob 8/10p
OGH 08.08.2012, 3 Ob 79/12g
OGH 13.09.2012, 6Ob110/12p
OGH 11.10.2012, 2 Ob 188/11b
OGH 17.10.2012, 7 Ob 129/12i
OGH 31.07.2013, 9 Ob 41/12p
OGH 4.11.2013, 10 Ob 26/13s
OGH 22.01.2015, 1 Ob 229/14d
OGH 19.02.2015, 6 Ob 19/15k
OGH 11.08.2015, 4 Ob 235/14h
OGH 26.11.2015, 9 Ob 17/15p
OGH 12.1.2016, 11 Os 63/15x
OGH 13.09.2016, 11 Os 64/16w
OGH 26.09.2017, 6 Ob 204/16t
OGH 22.11.2017, 3 Ob 204/17x
OGH 25.04.2018, 3 Ob 55/18m
OGH 24.09.2019, 4 Ob 160/19m
OGH 11.09.2019, 3 Ob 49/19f = ÖBA 2020, 344 (*Harnoncourt*)
OGH 07.11.2019, 12 Os 42/19x
OGH 23.04.2020, 6 Ob 154/19v
OGH 28.05.2020, 17 Ob 1/20a
OGH 24.11.2022, 17 Ob 14/22s
OGH 17.1.2023, 10 Ob 29/22w

OLG Wien 20.07.2012, 28 R 118/12x

OLG Wien 9.4.2018, 1 R 31/18p

RIS-Justiz RS0060065

RIS-Justiz RS0060076

RIS-Justiz RS0054372

RIS-Justiz RS0060065

RIS-Justiz RS0108750

RIS-Justiz RS0113528

RIS-Justiz RS0107332

RIS-Justiz RS0107331

RIS-Justiz RS0107330

RIS-Justiz RS0064528

RIS-Justiz RS0064962

RIS-Justiz RS0132906

RIS-Justiz RS0133188

RIS-Justiz RS0133096

RIS-Justiz RS0133098

RIS-Justiz RS0133095

RIS-Justiz RS0133097

RIS- Justiz RS0132905

RIS-Justiz RS0131722

RIS-Justiz RW0000733

RIS-Justiz RS0130944

RIS-Justiz RS0107330

RIS-Justiz RS0110552

RIS-Justiz RS0111466

RIS-Justiz RS0064726

RIS-Justiz RS0064426

RIS-Justiz RS0064633

RIS-Justiz RS0064804

RIS-Justiz RS0064628

RIS-Justiz RS0106619

RIS-Justiz RS0018819

RIS-Justiz RS0131783

RIS-Justiz RS0128167

RIS-Justiz RS0116824

RIS-Justiz RS0064261
RIS-Justiz RS0052020
RIS-Justiz RS0064252
RIS-Justiz RS0064286
RIS-Justiz RS0064284
RIS-Justiz RS0064127
RIS-Justiz RS0003046
RIS-Justiz RS0003381
RIS-Justiz RS0064204
RIS-Justiz RS0121668
RIS-Justiz RS0114696
RIS-Justiz RS0003270
RIS-Justiz RS0003380
RIS-Justiz RS0003336
RIS-Justiz RS0132812
RIS-Justiz RS0107393
RIS-Justiz RS0003264
RIS-Justiz RS0052128
RIS-Justiz RS0064222
RIS-Justiz RS0017597
RIS-Justiz RS0064127
RIS-Justiz RS0020892
RIS-Justiz RS0020007
RIS-Justiz RS0020750
RIS-Justiz RS0105628
RIS-Justiz RS0118815
RIS-Justiz RS0011217
RIS-Justiz RS0016625
RIS-Justiz RS0019456
RIS-Justiz RS0128738
RIS-Justiz RS0020735
RIS-Justiz RS0020739
RIS-Justiz RS0120830
RIS-Justiz RS0019481
RIS-Justiz RS0009938
RIS-Justiz RS0010394

RIS-Justiz RS0012762
RIS-Justiz RS0012761
RIS-Justiz RS0064150
RIS-Justiz RS0128738
RIS-Justiz RS0128741
RIS-Justiz RS0128742
RIS-Justiz RS0128740
RIS-Justiz RS0115633
RIS-Justiz RS0020889
RIS-Justiz RS0124722
RIS-Justiz RS0122692
RIS-Justiz RS0064133
RIS-Justiz RS0054798
RIS-Justiz RS0064138
RIS-Justiz RS0116579
RIS-Justiz RS0064151
RIS-Justiz RS0109378
RIS-Justiz RS0032080
RIS-Justiz RS0118552
RIS-Justiz RS0051773
RIS-Justiz RS0108702
RIS-Justiz RS0050539
RIS-Justiz RS0064494
RIS-Justiz RS0064377
RIS-Justiz RS0064353
RIS-Justiz RS0064560
RIS-Justiz RS0118971
VwGH 23.3.1970, 1616/68

Deutschland:

BGH 14.12.1959, II ZR 187/57

BGH 26.11.1979, II ZR 104/77

BGH 26.3.1984, II ZR 14/84

BGH 16.10.1989, II ZR 307/88 (Lagergrundstück I)

BGH 22.10.1990, II ZR 238/89

BGH 18.11.1991, II ZR 258/90

BGH 14.12.1992, II ZR 298/91 (Lagergrundstück II)

BGH 11.7.1994, II ZR 146/92 (Lagergrundstück III)

BGH 11.7.1994, II ZR 162/92 (Lagergrundstück IV)

BGH 7.11.1994, II ZR 270/93

BGH 28.11.1994, II ZR 77/93

BGH 16.6.1997, II ZR 154/96

BGH 7.3.2013, IX ZR 7/12

BGH 29.1.2015, IX ZR 279/13 = WuB 2015, 349 (*Bitter*)

BGH 19.07.2018, IX ZR 307/16

BGH 27.6.2019, IX ZR 167/18

BGH 26.1.2023, IX ZR 85/21

RG 16.11.1937, II 70/37

RG 22.10.1938, II 58/38

RG 3.12.1938, II 84/38