

Vorblatt

Problem:

Der Oberste Gerichtshof leitet aus dem Gesellschaftsrecht ab, dass ein Gesellschafter einer kreditunwürdigen Gesellschaft, der dieser ein Darlehen gewährt, während der Krise keinen Rückersatzanspruch hat. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung für dieses so genannte Eigenkapitalersatzrecht fehlt. Dies bringt Rechtsunsicherheit mit sich.

Ziele und Inhalt des Entwurfs:

Durch den vorliegenden Entwurf soll das Eigenkapitalersatzrecht auf eine gesetzliche Grundlage gestellt und damit dem Bedürfnis der Praxis nach Rechtssicherheit nachgekommen werden. Hierbei soll ein angemessener Ausgleich zwischen der Finanzierungsfreiheit der Gesellschafter und den Interessen der Gläubiger erreicht werden.

Alternativen:

Keine, die zum selben Ergebnis führen.

Kosten:

Der Entwurf bringt keinen Personalmehrbedarf bei den Gerichten. Mit der Gesetzwerdung ist daher keine Kostenbelastung für den Bund verbunden.

Auswirkungen auf die Beschäftigung und den Wirtschaftsstandort Österreich:

Die vorgesehenen Regelungen werden nicht zu einer Beeinträchtigung des Wirtschaftsstandorts und der Beschäftigung führen.

Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens:

Es bestehen keine Besonderheiten.

Verhältnis zu Rechtsvorschriften der Europäischen Union:

Die vorgesehenen Regelungen fallen nicht in den Anwendungsbereich des Rechts der Europäischen Union.

Erläuterungen

Allgemeiner Teil

I. Reformbedarf im geltenden Recht

Seit der Entscheidung 8 Ob 9/91 vom 9. 7. 1991 (SZ 64/53) wendet der Oberste Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung die im deutschen Recht entwickelten Grundsätze über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterdarlehen in modifizierter Form auch im österreichischen Recht an. Er stützt sich dabei in erster Linie auf eine Analogie zu § 74 GmbHG.

Von einem Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen spricht man dann, wenn ein Gesellschafter der Gesellschaft in einer Krisensituation, konkret in einem Zeitpunkt, in dem die Gesellschaft von dritter Seite keinen Kredit mehr zu marktüblichen Bedingungen erhalten hätte, ein Darlehen gewährt, anstatt Eigenkapital zuzuführen. Dies führt zwar nicht zu einer strengen Kapitalbindung wie beim Nennkapital, das Darlehen darf jedoch weder mittelbar noch unmittelbar zurückgezahlt werden, solange die Gesellschaft nicht nachhaltig saniert wurde. Im Konkurs der Gesellschaft werden Forderungen auf Rückzahlung Eigenkapital ersetzender Gesellschafterdarlehen nach den Forderungen der Konkursgläubiger befriedigt.

Neben Darlehen, die im Stadium der Kreditunwürdigkeit gewährt werden, werden auch Sanierungsdarlehen und Finanzplankredite von Gesellschaftern als Eigenkapital ersetzend behandelt. Finanzplankredite sind Gesellschafterdarlehen, die von vornherein planvoll an Stelle von Eigenkapital gewährt werden, unabhängig von einer Krise. Sanierungskredite hingegen werden gewährt, um die drohende Insolvenz abzuwenden, ohne dass es auf eine Kreditunwürdigkeit ankommt.

Der Oberste Gerichtshof hat darüber hinaus die Grundsätze des Eigenkapitalersatzrechts herangezogen, wenn Leistungen des Gesellschafters an die Gesellschaft wirtschaftlich den gleichen Zweck verfolgen wie ein Kredit. Darunter fällt das sogenannte Stehenlassen, also das Nichtgeltendmachen einer Forderung in der Krise. Außerdem hat er Eigenkapitalersatz für andere Fälle bejaht, in denen 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 (OGH 8 Ob 136/99d, RdW 2000/318). Auf diese Weise wurde der Eigenkapitalersatzcharakter von Nutzungsüberlassungen und Dienstleistungen begründet.

Die Auffassungen der Lehre zum Institut der Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterkredite sind unterschiedlich. Überwiegend wurde die Rechtsentwicklung gebilligt (Nachweise bei *Koppensteiner*, GmbHG² § 74 Rz 11), Kritik äußerten vor allem *Schummer* (Das Eigenkapitalersatzrecht – Notwendiges Rechtsinstitut oder Irrweg [1998]) und *Koppensteiner* (Kritik des „Eigenkapitalersatzrechts“, wbl 1997, 489).

Die Praxis klagt über die Rechtsunsicherheit, die das Fehlen gesetzlicher Regelungen mit sich bringt. So ist noch immer eine Reihe von wichtigen Fragen ungelöst. Der Oberste Gerichtshof hat bisher nicht entschieden, ob die Anwendung der Regeln des Eigenkapitalersatzrechts von einer Untergrenze der Beteiligung oder des Einflusses des Kredit gewährenden Gesellschafters abhängt. Was die betroffenen Gesellschaftsformen anbelangt, so hat er bis jetzt nur die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ausdrücklich ausgenommen und festgehalten, dass die Grundsätze des Eigenkapitalersatzrechtes nicht auf Gesellschaften anzuwenden sind, bei denen eine natürliche Person die unbeschränkte persönliche Haftung trifft.

Um diese Mängel zu beseitigen, wurde zur Vorbereitung des Entwurfs eine Arbeitsgruppe beim Bundesministerium für Justiz unter dem Vorsitz von Dr. Franz Mohr eingerichtet, die sich aus Vertretern des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, der Wirtschaftskammer Österreich, der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte, des Österreichischen Rechtsanwaltskammertags und der Vereinigung der österreichischen Richter sowie der Lehre zusammensetzte.

II. Zielsetzungen und Inhalt des Entwurfs

1. Allgemeines

Mit dem Entwurf soll das Eigenkapitalersatzrecht in Österreich geregelt werden. Inhaltlich knüpft dieser an die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze an, überprüft sie jedoch dahingehend, ob sie einen angemessenen Interessenausgleich zwischen dem Kredit gebenden Gesellschafter und den Gläubigern darstellen. Durch eine klare Umschreibung der Tatbestände soll die Rechtssicherheit geschaffen werden, die die Judikatur allein nicht bieten kann. Dadurch wird aber auch einer Ableitung eigenkapitalersatzrechtlicher Grundsätze mittels Analogie zu § 74 GmbHG für die Zukunft die Grundlage entzogen.

2. Gesetzessystematik

Als Sonderrecht der Gesellschafter gehört das Eigenkapitalersatzrecht zum allgemeinen Teil des Gesellschaftsrechts. Da dieses in der österreichischen Rechtsordnung nicht zusammenfassend kodifiziert ist, ist

gesetzes technisch die Schaffung eines eigenen Eigenkapitalersatz-Gesetzes geboten. Dieses wird durch Änderungen der Konkursordnung, der Ausgleichsordnung und des Unternehmensreorganisationsgesetzes ergänzt. Daneben sind geringfügige Änderungen in den gesellschaftsrechtlichen Gesetzen GmbH-Gesetz, Aktiengesetz und Genossenschaftsgesetz sowie im Übernahmegesetz angezeigt.

3. Ziele des Entwurfs

3.1. Finanzierungsfreiheit und Gläubigerschutz

Ziel des Entwurfs ist es, einen Ausgleich zwischen dem Gläubigerschutz und dem Interesse der Gesellschafter herbeizuführen, frei entscheiden zu können, wie sie die Gesellschaft finanzieren. Es bleibt hiebei grundsätzlich den Organen der Gesellschaft überlassen zu beurteilen, welche Finanzierungsform die betriebswirtschaftlich sinnvollste ist. So bilden Gesellschafterkredite ein wesentlich flexibleres Finanzierungsinstrument als eine Kapitalerhöhung, weil sie bei Bedarf auch kurzfristig eingesetzt werden können, um die Liquiditätssituation zu verbessern. Eine Einschränkung dieses Grundsatzes ist jedoch in der Unternehmenskrise geboten. In dieser Situation kommt die Finanzierungsverantwortung (auch Finanzierungsfolgenverantwortung genannt) der Gesellschafter zum Tragen. Eine Zuführung von Gesellschafterkrediten in der Krise darf nämlich nicht dazu führen, dass das Risiko teilweise auf die Gesellschaftsgläubiger verlagert wird, indem bei einem Misserfolg die Gesellschafter ihre Rückforderungsansprüche geltend machen und so den Haftungsfonds der Gläubiger schmälern. In der Krise gewährte Gesellschafterkredite werden daher, soweit sie über eine kurzfristige Überbrückungshilfe hinaus gehen, teilweise wie Eigenkapital behandelt. Ihre Rückforderung ist versagt, so lange die Krise andauert. In einem Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft werden Gesellschafter wegen solcher Kreditforderungen nachrangig behandelt, für diese aus dem Gesellschaftsvermögen bestellte Sicherheiten erlöschen.

3.2. Bekämpfung der Konkursverschleppung

Die Regelungen bezwecken mittelbar auch, die rechtzeitige Eröffnung von Insolvenzverfahren zu erreichen. Ein Gesellschafter wird vor der Gewährung eines Kredits genauer prüfen, wie hoch die Sanierungschance ist, wenn ihm bei Konkurseröffnung nicht einmal ein Anspruch auf die Konkursquote zusteht oder er eine für den Kredit von der Gesellschaft eingeräumte Sicherheit verliert. Die Konkursverschleppungshaftung bildet hierzu nur teilweise ein Korrektiv, weil sie sich grundsätzlich nicht gegen die Gesellschafter, sondern gegen die Geschäftsführer richtet. Gesellschafter werden nur erfasst, wenn sie die Geschäftsführer veranlassen, den gebotenen Konkursantrag nicht zu stellen (vgl. OGH 1 Ob 571/86, RdW 1986, 336; 6 Ob 508, 509/86, wbl 1988, 129; 6 Ob 656/90, SZ 65/155; *Koppensteiner*, Zur Haftung des GmbH-Gesellschafters, wbl 1988, 8; *Karollus*, Banken-, Gesellschafter und Konzernleitungshaftung nach den „Eumig“-Erkenntnissen, ÖBA 1990, 337 ff mwN).

4. Inhalt des Entwurfs

Ausgehend von der oben dargestellten Zielrichtung des Entwurfs wird das Schwergewicht auf den die Gesellschaft beherrschenden Gesellschafter gelegt. Dies bedeutet etwa, dass Kleingesellschafter, die keinen kontrollierenden Einfluss auf die Gesellschaft haben, dem Eigenkapitalersatzrecht nicht unterliegen. Allerdings wird zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen auch ein Nichtgesellschafter erfasst, der die Gesellschaft faktisch beherrscht, somit deren Schicksal bestimmt.

Was die Leistungen betrifft, so wird – wie derzeit – jede Form des Kredits erfasst, soweit er über eine kurzfristige Überbrückungshilfe hinausgeht. Dieses Kriterium wurde jedoch konkretisiert. Entscheidend ist, ob die Dauer der Kreditierung bei Geldkrediten sechzig Tage und bei Waren- und sonstigen Krediten sechs Monate übersteigt. Aber auch die Gewährung über sechs Monate hinaus gehender branchenüblicher Zahlungsziele für die Lieferung von Sachen und die Erbringung von sonstigen Leistungen ist unschädlich. 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.

Beim Anknüpfungspunkt der Krise geht der Entwurf gänzlich neue Wege. Statt des schwer feststellbaren Begriffs der Kreditunwürdigkeit wird auf eine objektiv nachvollziehbare Definition der Gesellschaftskrise abgestellt. Bei Vorliegen der Bilanzkennzahlen nach § 22 URG, die sich aus dem Jahresabschluss der Gesellschaft auf relativ einfache Art feststellen lassen, wird vermutet, dass die Krise besteht. Der Gegenbeweis kann dahin geführt werden, dass kein Reorganisationsbedarf nach dem URG gegeben ist. Um Wertungswidersprüche zu vermeiden, wird die Krise jedenfalls spätestens dann angenommen, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet ist.

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, so-

dass 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.

Das Eigenkapitalersatzrecht ist ein Sonderrecht für Gesellschafter, so dass Nichtgesellschafter nur ausnahmsweise erfasst werden; dies ist dann der Fall, wenn es zur Verhinderung von Umgehungen geboten ist, was in den Fällen von Treuhanderschaft, Konzernbeteiligung und faktischer Beherrschung gegeben ist.

5. Ermöglichung von Sanierungen

Kritiker bemängeln, dass das Eigenkapitalersatzrecht die Sanierung von Unternehmen erschwere. Der Entwurf begegnet diesen Bedenken durch die Einführung eines Sanierungsprivilegs für die Fälle, in denen im Rahmen eines tauglichen Sanierungskonzepts von einer Person Geschäftsanteile erworben und zugleich Kredite gewährt werden, also in einem Fall, in dem es nicht um die Kreditvergabe eines erfassten Gesellschafters geht.

Einen Schutz vor der Gefahr einer nicht erwarteten Umqualifizierung eines Kredits als Eigenkapital ersetzend bietet auch das mit dem IRÄG 1997 geschaffene Reorganisationsverfahren. Nach § 21 URG unterliegen nämlich Reorganisationsmaßnahmen, die in einem von einem Reorganisationsprüfer im Rahmen eines Reorganisationsverfahrens geprüften Reorganisationsplan vorgesehen sind, nicht den Bestimmungen des Eigenkapitalersatzrechts.

6. Regelungen mit ähnlicher Zielrichtung

Die Bestimmungen des Eigenkapitalersatz-Gesetzes dürfen nicht isoliert gesehen werden. Sie werden durch die in der Rechtsordnung verankerten Grundsätze der Haftung wegen Konkursverschleppung und kridaträchtigen Verhaltens ergänzt (OGH 1 Ob 228/99g; 7 Ob 726/88, EvBl 1989/122; 7 Ob 2339/96p, SZ 70/215; ua.). Diese Tatbestände knüpfen nicht an die Gesellschafterstellung, sondern an die Eigenschaft als Geschäftsführer an. Dazu kommen noch die Anfechtungsbestimmungen nach der Konkursordnung sowie die Haftung wegen mangelnder Eigenkapitalausstattung (OGH 8 Ob 629/92, ecolex 1996, 605; vgl. auch 8 ObA 98/00w).

7. Internationales Privatrecht

Das IPR-Gesetz enthält lediglich eine Bestimmung zum Gesellschaftsrecht, nämlich § 10 über das Personalstatut einer juristischen Person oder einer sonstigen Personen- oder Vermögensverbindung, die Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Das Personalstatut ist nach § 10 IPR-Gesetz das Recht des Staates, in dem der Rechtsträger den tatsächlichen Sitz seiner Hauptverwaltung hat. Schon jetzt entspricht es der herrschenden Meinung, dass sämtliche Fragen des Bestandes und des Umfangs der Rechtsfähigkeit, der Firma, sowie alle Fragen der inneren und äußeren Organisation der Gesellschaft, insbesondere auch der Vermögensordnung und der Behandlung Eigenkapital ersetzender Darlehen, an den tatsächlichen Sitz der Hauptverwaltung angeknüpft werden (*Schwimann*, Internationales Privatrecht³ 56 f mwN). Diese Anknüpfung ist auch nach der neuen Rechtslage sachgerecht. Sie gewährleistet, dass alle in- und ausländischen Gesellschaften, die in Österreich das Zentrum ihrer Geschäftstätigkeit haben, unter eigenkapitalersatzrechtlichen Gesichtspunkten gleich behandelt werden. Nicht entscheidend ist es hiebei, ob der Gesellschafter, der einen Eigenkapital ersetzenden Kredit gewährt, In- oder Ausländer ist, wo er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat und wo der Kreditvertrag geschlossen wurde. Eine Änderung des IPR-Gesetzes erscheint daher nicht notwendig.

III. Kosten

Da der Entwurf auf der bisherigen Rechtsprechung aufbaut und die Erhöhung der Rechtssicherheit eine Einschränkung der Rechtsstreitigkeiten erwarten lässt, ist nicht mit zusätzlichen, durch eine Mehrbelastung der Gerichte bedingten Kosten für den Bund zu rechnen.

IV. Zuständigkeit

Die Zuständigkeit des Bundes zur Erlassung der Regelungen stützt sich auf Art. 10 Abs. 1 Z 6 B-VG („Zivilrechtswesen“).

V. Auswirkungen auf die Beschäftigung und den Wirtschaftsstandort Österreich

Das Eigenkapitalersatzrecht ist Teil des österreichischen Wirtschaftsrechts. Es ist nicht nur geeignet, Finanzierungsentscheidungen von Gesellschaftern zu beeinflussen, sondern spielt auch eine Rolle für die Frage, ob ausländische Unternehmer bereit sind, in österreichische Gesellschaften zu investieren. Damit ist das Eigenkapitalersatzrecht ein Faktor für den Wirtschaftsstandort Österreich.

Eigenkapitalersatzrechtliche Regelungen zielen darauf ab, eine Risikoüberwälzung von den Gesellschaftern als Trägern des Unternehmensrisikos auf dritte Gläubiger zu vermeiden, die dadurch entsteht, dass Gesellschafter in der Krise Kredite gewähren anstatt Risikokapital zuzuführen. Die Bestimmungen sollen

vor allem im Konkurs zu einer gerechteren Verteilung der Masse führen. Für Kredit gebende Gesellschafter bedeutet dies einen Nachteil, für Drittgläubiger einen Vorteil. Viele Wirtschaftstreibende werden sich jedoch einmal in der einen, einmal in der anderen Rolle wiederfinden. Es ist davon auszugehen, dass sachgerechte Lösungen, wie sie der Entwurf verwirklicht, der Volkswirtschaft nur nützen können.

Derzeit leitet die Rechtsprechung eigenkapitalersatzrechtliche Grundsätze aus den Bestimmungen des GmbH-Gesetzes über die Nachschüsse und aus dem Prinzip der Kapitalerhaltung ab. Viele wesentliche Details blieben aber ungeklärt. Die daraus folgende Rechtsunsicherheit erschwert vernünftige unternehmerische Entscheidungen und ist geeignet, die Investitionsfreude zu bremsen. Bezeichnenderweise entstand der Entwurf als Folge der Forderung der österreichischen Wirtschaftstreibenden nach Rechtssicherheit.

Hervorzuheben ist auch, dass die Regelungen den Nebeneffekt haben, einer Konkursverschleppung entgegen zu wirken. Gesellschafter, die die Folgen des Eigenkapitalersatzrechts zu gewärtigen haben, werden vor Gewährung eines Kredits genauer prüfen, wie hoch die Sanierungschancen sind und gegebenenfalls zeitgerecht auf die Eröffnung des Konkurses hinwirken.

VI. Verhältnis zu Rechtsvorschriften der Europäischen Union

Die vorgesehenen Regelungen fallen nicht in den Anwendungsbereich des Rechts der Europäischen Union.

Besonderer Teil

Zum Eigenkapitalersatz-Gesetz:

Zu § 1:

§ 1 bildet den Grundtatbestand des Eigenkapitalersatzrechts. Sämtliche Tatbestandsmerkmale, nämlich die Kreditgewährung durch einen Gesellschafter an die Gesellschaft in der Krise werden in den nachfolgenden §§ 2 bis 5 definiert. § 14 regelt die Rechtsfolgen außerhalb eines Insolvenzverfahrens.

Zu § 2:

Nach der Rechtsprechung ist eine der Voraussetzungen, um einen Kredit als Eigenkapital ersetzend zu qualifizieren, dass er – ausgenommen Finanzplankredite und Sanierungsdarlehen – zu einem Zeitpunkt gewährt wurde, in dem die Gesellschaft kreditunwürdig war. Hätte auch ein Dritter der krisengeschüttelten Gesellschaft noch einen Kredit zu marktüblichen Bedingungen eingeräumt, so die Begründung, soll das Gesellschafterdarlehen gegenüber einer Finanzierung durch Dritte nicht diskriminiert werden. Zwar leuchtet das Abstellen auf die Kreditunwürdigkeit theoretisch ein, es führt jedoch zu großen Schwierigkeiten in der Praxis. Im Streitfall muss nämlich ein sogenannter Drittvergleich angestellt werden, bei dem zu prüfen ist, ob ein Außenstehender der Gesellschaft in der Situation, in der sie sich im Zeitpunkt der Kreditvergabe befand, ebenfalls einen Kredit zu marktüblichen Bedingungen gewährt hätte. Die Erfahrung hat gezeigt, dass dieser Drittvergleich kaum durchführbar ist, weil sich Dritte ganz unterschiedlich verhalten. Ist die Kreditunwürdigkeit nicht aus bestimmten objektiven Kriterien ersichtlich, zB wenn sich die Geschäftsführer intensiv und erfolglos um Kredite von Dritten bemüht haben, bevor schließlich ein Gesellschafter helfend eingesprungen ist, so kann diese im Nachhinein nur äußerst schwer beurteilt werden.

Um diese Rechtsunsicherheit zu vermeiden, geht § 2 bei der Definition der Gesellschaftskrise neue Wege. Abs. 1 wählt in Z 1 und 2 als Anknüpfungspunkt wahlweise die insolvenzrechtlichen Begriffe der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung. Diese beiden Begriffe sind in der Rechtsprechung fest verankert, sodass durch die Bezugnahme Rechtsunsicherheit vermieden wird. Da bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung die Konkursantragspflicht ausgelöst wird, handelt es sich hierbei um einen sehr späten Zeitpunkt für die Annahme einer Krise. Auf zusätzliche subjektive Merkmale wird daher nicht abgestellt.

Die Krise tritt jedoch wesentlich früher ein, und zwar dann, wenn Reorganisationsbedarf besteht. Dieser Zeitpunkt ist jedoch schon deshalb schwer feststellbar, weil es sich hier um einen relativ unklaren Rechtsbegriff handelt. Deshalb stellt Abs. 1 Z 3 auf die auf den Reorganisationsbedarf hinweisenden Kennzahlen nach § 22 URG ab, also darauf, ob die Eigenmittelquote weniger als 8% und die fiktive Schuldentilgungsdauer mehr als 15 Jahre betragen (vgl. *Mohr*, UnternehmensreorganisationsG, Anm zu §§ 22 bis 24). Auch dies muss jedoch erkennbar sein, damit ein Kredit Eigenkapital ersetzend ist. Abs. 2 verlangt deshalb zusätzlich ein subjektives Element. Wenn im Zeitpunkt der Gewährung des Kredits aus dem zuletzt aufgestellten Jahresabschluss ersichtlich ist, dass die Kennzahlen vorliegen, ist ein Kredit Eigenkapital ersetzend. Um eine Besserstellung des Gesellschafters zu verhindern, wenn ein Jahresab-

schluss nicht rechtzeitig aufgestellt wurde, gilt das selbe, wenn ein solcher dies ergeben hätte. Gleiches gilt, wenn es dem Gesellschafter bekannt oder für ihn offensichtlich ist, dass sich seit dem letzten Jahresabschluss die Situation der Gesellschaft so verschlechtert hat, dass aktuell die Kennzahlen gegeben wären, würde man einen Zwischenabschluss aufstellen.

Vom Gesellschafter wird somit erwartet, dass er sich vor Gewährung eines Kredits durch Einsicht in den zuletzt aufgestellten Jahresabschluss informiert und vor einer seither eingetretenen wirtschaftlichen Verschlechterung nicht bewusst die Augen verschließt. Unkenntnis hindert die Qualifizierung eines Kredits als Eigenkapital ersetzend nicht.

Bei einer Eigenmittelquote von weniger als 8% und einer fiktiven Schuldentilgungsdauer von mehr als 15 Jahren wird jedoch selbst nach dem URG ein Reorganisationsbedarf nur vermutet, er muss aber nicht vorliegen. Da es nur dann gerechtfertigt ist, eine Gesellschaftskrise anzunehmen, wenn auch Reorganisationsbedarf gegeben ist, lässt Abs. 1 Z 3 den Gegenbeweis zu, dass im Zeitpunkt der Darlehensgewährung kein solcher bestanden hat.

Besteht umgekehrt Reorganisationsbedarf, ohne dass auch die Kennzahlen vorliegen, so ist dies keine Krise nach § 2. Dies ist gewollt und darin begründet, dass der Zeitpunkt des Eintretens des Reorganisationsbedarfs sehr schwer präzisiert werden kann. Ein Anknüpfen allein an den Reorganisationsbedarf, der sich nicht auch in den Kennzahlen niederschlägt, würde daher – nicht weniger als das Abstellen auf die Kreditunwürdigkeit – Rechtsunsicherheit auslösen.

Zu § 3:

Die Bestimmung schließt bestimmte Leistungen des Gesellschafters vom Begriff der Kreditgewährung im Sinne des § 1 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.

Von Eigenkapitalersatz kann dann nicht gesprochen werden, wenn ein Kredit lediglich als kurzfristige Überbrückungshilfe gewährt wurde. Abs. 1 Z 1 schränkt aus diesem Grund den Begriff bei Geldkrediten auf solche ein, die für mehr als sechzig Tage zur Verfügung gestellt werden. Kredite, die zunächst nur für kürzere Zeit gewährt werden, werden jedoch erfasst, wenn sie in der Folge über die Sechzigtagengrenze hinaus verlängert werden.

Für Waren- und sonstige Kredite, also etwa die Kreditierung der Entgeltsforderung für die Erbringung einer Dienstleistung, enthält § 3 eine großzügigere Regelung. Hier soll das Eigenkapitalersatzrecht dann nicht eingreifen, wenn die Kreditierung im üblichen Ausmaß geschieht. Generell unbedenklich ist gemäß Abs. 1 Z 2 ein Hinausschieben der Fälligkeit des Entgelts bis zu sechs Monaten. In Geschäftszweigen, in denen die Gewährung von mehr als sechsmonatigen Zahlungszielen üblich ist, lässt Abs. 2 auch längere Zahlungsfristen zu; die Branchenüblichkeit ist dabei nach allgemeinen Regeln vom Kredit gewährenden Gesellschafter zu beweisen.

Durch das Eigenkapitalersatzrecht soll nicht die Sanierung von Unternehmen verhindert werden. Abs. 1 Z 3 betrachtet daher anders als die Rechtsprechung die Stundung der Rückzahlung oder Verlängerung eines vor Eintritt der Krise gewährten Kredits nicht als Neugewährung und nimmt derartige Vereinbarungen so aus dem Anwendungsbereich aus. Kreditgeber sollen auf diese Weise nicht gezwungen werden, die Liquiditätssituation der Gesellschaft in der Krise weiter zu verschlechtern. Damit wird auch dem Umstand Rechnung getragen, dass bei der Stundung und Prolongation der Gesellschaft – anders als bei der Neugewährung eines Kredits – keine neue Liquidität zugeführt wird.

Der Oberste Gerichtshof hat die Überlassung einer Sache zur Nutzung in der Krise bei Kreditierung des Entgelts als Eigenkapital ersetzend angesehen und daraus gefolgert, dass der Gesellschaft für die Dauer der Krise entsprechend der vertraglichen Vereinbarung das Nutzungsrecht verbleiben müsse. Die Folge war also eine unentgeltliche Zwangsüberlassung für die Zukunft. Dahinter steht der Gedanke, dass im Hinblick auf die Liquiditätssituation der Gesellschaft durch die Überlassung wirtschaftlich das gleiche Ergebnis erzielt werde, wie wenn der Gesellschafter der Gesellschaft einen Kredit gewährt, damit diese den Nutzungsgegenstand selbst erwerben kann. Seine Rechtsprechung hat der OGH auch auf Dienstleistungen ausgedehnt.

Die Lösung des OGH berücksichtigt jedoch nicht ausreichend, dass bei der Nutzungsüberlassung der Gesellschafter der Gesellschaft den Gegenstand nicht ins Eigentum überträgt, sondern ihr diesen bloß zur

Verfügung stellt, ihm somit ein Rückforderungsanspruch zusteht. Der Gesellschafter übernimmt also das Finanzierungsrisiko nicht, was wegen der grundsätzlichen Finanzierungsfreiheit zu akzeptieren ist. Kreditiert der Gesellschafter das Nutzungsentgelt, so entspricht dies wirtschaftlich dem Fall, in dem die Gesellschaft den Gegenstand von einem Dritten anmietet und der Gesellschafter der Gesellschaft periodisch das Mietentgelt als Darlehen zukommen lässt. Abs. 3 bestimmt in Verfolgung dieses Gedankens ausdrücklich, dass Gebrauchs- und Nutzungsüberlassungen als solche nicht als Kreditgewährung anzusehen sind. Lediglich betreffend das Nutzungsentgelt kann von einem Kredit die Rede sein. Allerdings wird ein Abziehen der überlassenen Gegenstände in der Insolvenz verhindert, soweit die Weiterführung des Unternehmens gefährdet wäre (siehe § 26a KO und § 20f AO in der Fassung der Art. II und III sowie die Erläuterungen hiezu).

Gegen die Ausnahme für Nutzungsüberlassungen wurde argumentiert, dass durch Betriebsaufspaltungen, bei denen das Unternehmensvermögen auf eine Besitzgesellschaft übertragen wird, die dieses der Betriebsgesellschaft zur Nutzung überlässt, den Gläubigern der letzteren der Haftungsfonds konkursfest entzogen werden kann. Eine Lösung dieses Problems kann jedoch im Eigenkapitalersatzrecht nicht angeboten werden. Dazu wäre die Schaffung eines Konzerninsolvenzrechts erforderlich, bei dem das Vermögen sämtlicher das Unternehmen tragender Konzerngesellschaften in das Insolvenzverfahren einbezogen wird. Dies würde jedoch über den Inhalt des Entwurfs weit hinausgehen.

Zu § 4:

Die Bestimmung zählt die Gesellschaftsformen auf, auf die das Gesetz anwendbar ist. Es handelt sich um diejenigen Gesellschaften, bei denen keine natürliche Person für die Schulden der Gesellschaft unbeschränkt haftet und bei denen Kapitalerhaltungspflichten im weiteren Sinne bestehen. Erfasst werden die Kapitalgesellschaften, also Aktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung, sowie die Genossenschaft mit beschränkter Haftung. Diesen werden Personengesellschaften gleichgestellt, bei denen kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, also GmbH & Co KG (E)G und dergleichen.

Der Oberste Gerichtshof hat in der Entscheidung 8 Ob 286/98m (SZ 71/202) die Grundsätze des Eigenkapitalersatzrechts auch auf einen ideellen Verein, der tatsächlich wirtschaftlich tätig war, angewendet. In den Entwurf wurde der Verein jedoch nicht aufgenommen, weil Vereine nicht auf Gewinn gerichtet sind und die Mitglieder keinen wirtschaftlichen Ertrag aus ihrer Mitgliedschaft erhalten dürfen.

Zu § 5:

Die Rechtsprechung hatte bisher noch nicht zu entscheiden, ab welcher Höhe der Beteiligung Regeln über den Eigenkapitalersatz anzuwenden sind. Der Oberste Gerichtshof sah 20% jedenfalls als ausreichend an (8 Ob 254/97d, SZ 70/232) und nahm jüngst auch schon bei einem Geschäftsanteil von 9,6% Eigenkapitalersatz an (8 Ob S 112/01f, EvBl 2001/193). In der Lehre ist umstritten, ob auch Kleingesellschafter erfasst werden.

Der Entwurf ordnet Finanzierungsverantwortung einem Gesellschafter dann zu, wenn er mit einem erheblichen, nämlich 25%-igen, Anteil an der Gesellschaft beteiligt ist oder wenn er – unabhängig vom seinem Geschäftsanteil – kontrollierend beteiligt ist, also eine Rechtsstellung inne hat, die ihm eine beträchtliche Einwirkung auf die Gesellschaft ermöglicht. Dies basiert darauf, dass jemand, der eine besondere Machtposition inne hat und die Geschicke der Gesellschaft beeinflussen kann, auch erhöhte Verantwortung übernehmen muss.

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. Im Regelfall ist nämlich bei Kleingesellschaftern anzunehmen, dass sie bei einer Kreditvergabe nicht aus der Gesellschafterrolle heraus handeln, dass also ihre Mitunternehmerschaft nicht wesentlich zum Tragen kommt.

Der Entwurf regelt auch, was unter einem Anteil zu verstehen ist, um zu beurteilen, ob eine 25%-ige Beteiligung vorliegt. Bei den Kapitalgesellschaften, also der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, setzt die Quote an deren festem Nennkapital an. Es kommt darauf an, ob der Gesellschafter zumindest ein Viertel des Grund- beziehungsweise Stammkapitals hält. Genossenschaften haben kein festes Stammkapital. Bei ihnen wird gefragt, welches Kapital durch die Geschäftsanteile insgesamt aufgebracht wird und ob die Beteiligung des Gesellschafters 25% davon erreicht. Hinsichtlich der Personengesellschaften verweist der Entwurf auf die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen.

Der Entwurf stellt erfassten Gesellschaftern aber in Abs. 1 Z 3 auch – unabhängig von ihrer Beteiligung – Personen gleich, die einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft ausüben. Dies wird nach der Rechtsprechung derzeit nicht erfasst. Die Änderung wurde jedoch vom Obersten Gerichtshof in seiner Stellungnahme zum Begutachtungsverfahren ausdrücklich begrüßt. Mit der Beherrschung ist ein faktisches Machtverhältnis gemeint, losgelöst von der rechtlichen Stellung des Beherrschers. Dies ist gegeben, wenn jemand tatsächlich einen wesentlichen Einfluss auf alle wichtigen Geschäftsführungsangelegenheiten oder – bei Gesellschaften mit weisungsfreiem Vorstand – auf die Bestellung der Vorstandsmitglieder nimmt. In einem derartigen Fall kann es nicht darauf ankommen, in welchem Ausmaß der Kreditgeber beteiligt ist. Sogar wenn er formell gar nicht Gesellschafter ist, wird er daher einbezogen, wenn er wie ein solcher agiert, dem die Mehrheit der Stimmrechte zukommt.

Der Begriff der kontrollierenden Beteiligung in Abs. 1 Z 1 umschreibt eine Rechtsstellung, die dem Gesellschafter einen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft einräumt. Um möglichst große Rechtssicherheit herzustellen, definiert Abs. 2 die kontrollierende Beteiligung näher.

Wenn einem Gesellschafter die Mehrheit der Stimmrechte zusteht, ist seine Rechtsposition so stark, dass er nach Abs. 2 Z 1 jedenfalls erfasst wird. Nichts anderes gilt, wenn er die Mehrheit der Mitglieder des Leitungs- oder Aufsichtsorgans bestimmen oder diese abberufen kann (Abs. 2 Z 2) oder wenn ihm selbst auf Grund des Gesellschaftsvertrags das Sonderrecht zusteht, Mitglied des Leitungsorgans zu sein (Abs. 2 Z 3). Ebenso erfasst wird ein Gesellschafter, der auf Grund eines Syndikatsvertrags in der Lage ist, die Mehrheit der Mitglieder des Aufsichts- oder Leitungsorgans zu bestimmen oder abzuberufen (Abs. 2 Z 4).

Abs. 2 Z 5 erfasst den Fall, dass der Gesellschafter auf Grund des Gesellschaftsvertrags eine Rechtsposition inne hat, die ihm ermöglicht, einen beherrschenden Einfluss auszuüben. Hierunter ist eine Machtposition zu verstehen, die, zum Beispiel durch ein umfassendes Widerspruchsrecht, eine wesentliche Einwirkung auf alle wichtigen Geschäftsführungsangelegenheiten oder – bei Gesellschaften mit weisungsfreiem Vorstand – auf die Bestellung und Abberufung des Vorstands ermöglicht. Wenn dem Gesellschafter als einzigem eine mindestens 25%-ige Stimmrechtsmacht zukommt, wird die beherrschende Rechtsposition vermutet. Die Vermutung gilt jedoch dann nicht, wenn ein anderer eine zumindest gleichwertige Stimmrechtsmacht hat. Eigenständige Bedeutung kommt dieser Vermutung jedoch nur dann zu, wenn mit der Stimmrechtsmacht nicht gleichzeitig auch eine Anteilsbeteiligung von zumindest 25% verbunden ist, weil sonst der Gesellschafter bereits nach Abs. 1 Z 2 erfasst wird.

Zu § 6:

§ 5 erfasst Gesellschafter nicht, die nur zusammen die Kriterien erfüllen, selbst wenn sie gemeinsam einen Kredit gewähren. § 5 Abs. 1 stellt nämlich nur auf die Rechtsstellung des Kreditgebers ab. Bei abgestimmter Kreditvergabe mehrerer Gesellschafter ist es aber geboten, deren Anteilsrechte und Einflussmöglichkeiten zu addieren. Dies gilt auch, wenn zwar nur ein Gesellschafter als Kreditgeber auftritt, er aber auf Grund einer Vereinbarung mit anderen handelt. Nur so können Umgehungen durch die Aufsplitterung von Geschäftsanteilen verhindert werden. Bei Familiengesellschaften und innerhalb von Konzernen sind Absprachen besonders häufig. Abs. 3 letzter Satz stellt daher eine Vermutung eines abgestimmten Verhaltens oder einer Absprache auf, wenn die Gesellschafter nahe Angehörige im Sinne des § 32 KO sind oder wenn sie zueinander im Konzernverhältnis stehen.

Zu § 7:

Treuhändisch gehaltene Anteile an Gesellschaften bergen die Gefahr der Umgehung von eigenkapitalersatzrechtlichen Vorschriften. Es entspricht allgemeinen Grundsätzen, dass der Treugeber als Gesellschafter angesehen wird. Die Treuhand ist für Dritte jedoch schwer beweisbar und führt zu Unsicherheiten im Rechtsverkehr. Führt der Treugeber in der Krise einen Kredit zu, so ist für Außenstehende der Eigenkapital ersetzende Charakter nicht ersichtlich. Umgekehrt besteht die Gefahr, dass im Konkurs der Gesellschaft von einem Kredit gebenden Gesellschafter im Nachhinein eine Treuhandschaft konstruiert wird, damit die Gesellschafterstellung dem dritten Treugeber zugerechnet wird und der Kredit nicht dem Eigenkapitalersatzrecht unterfällt. Um dies zu verhindern, sieht Abs. 1 Satz 2 vor, dass nur dann neben dem Treugeber nicht auch der Treuhänder als Gesellschafter behandelt wird, wenn er spätestens bei Gewährung eines Kredits an die Gesellschaft im Kreditvertrag schriftlich offen legt, dass er den Geschäftsanteil nur zu treuen Händen hält.

Anders ist die Sachlage bei der Kreditgewährung durch einen Treuhänder, der selbst nicht Gesellschafter ist, für einen Gesellschafter. Hier besteht im besonderen Maß die Gefahr, dass der Eigenkapitalersatzcharakter des Kredits verschleiert wird. Abs. 2 sieht vor, dass der Kredit so eingestuft wird, als hätte ihn der Treugeber selbst vergeben.

Abs. 3 regelt den Fall, in dem ein erfasster Gesellschafter als Treuhänder für einen Dritten in der Krise der Gesellschaft einen Kredit gewährt. Hier ist es gerechtfertigt, diesen nicht als Eigenkapital ersetzend zu behandeln. Jedoch muss auch hier verhindert werden, dass im Nachhinein Treuhandschaften vorgegeben werden, um den Rechtsfolgen des Eigenkapitalersatzrechts zu entgehen. Wie nach Abs. 1 wird deshalb auch hier die Offenlegung der Treuhandschaft schon im Zeitpunkt der Kreditgewährung gefordert.

Die Abs. 2 und 3 haben insbesondere Bedeutung für Konsortialkredite. Gewährt jemand einen Kredit zum Teil selbst, zum Teil für andere als Treuhänder, so bezieht sich die Zurechnung der Gesellschafterstellung eines Treugebers und dessen Kenntnis der Krise nur auf jenen Teil des Kredits, der wirtschaftlich auf seine Rechnung vergeben wurde.

Zu § 8:

Diese Bestimmung und § 9 regeln die Kreditgewährung zwischen verbundenen Unternehmen und im Konzern.

§ 8 erfasst vor allem den Fall einer Kreditgewährung von der Großmuttergesellschaft an eine Enkelgesellschaft. Die Kreditgeberin wird als erfasste Gesellschafterin der Kreditnehmerin angesehen, wenn sie diese – vermittelt durch eine oder mehrere Tochtergesellschaften – kontrolliert, wobei der Maßstab des § 5 Abs. 2 anzuwenden ist (Z 1). Dem Kreditgeber sind somit die Gesellschaften zuzurechnen, die sich in seiner Einflussphäre befinden. Um alle möglichen dazwischengeschalteten in- und ausländischen Rechtsträger und vor allem auch Privatstiftungen zu erfassen, spricht der Entwurf nach dem Vorbild von § 22 Abs. 3 ÜbG nicht nur von Anteilsrechten, sondern auch von sonstigen Rechten an einem Rechtsträger.

Z 2 ordnet die Berücksichtigung der Anteilsrechte der Kredit gebenden Gesellschaft an der Kreditnehmerin an, die durch zwischengeschaltete Gesellschaften vermittelt werden.

Über die Fälle der Z 1 und 2 hinaus wird eine Kreditgeberin auch dann erfasst, wenn sie zwar nicht die Kreditnehmerin, aber eine Tochtergesellschaft – wiederum unmittelbar oder mittelbar – kontrolliert, die ihrerseits an der Kreditnehmerin mit zumindest 25% im Sinne des § 5 Abs. 1 Z 2 beteiligt ist (Z 3).

Zu § 9:

In Abs. 1 geht es um die Kreditgewährung zwischen zwei Gesellschaften eines Konzerns, die selbst aneinander nicht beteiligt sind (Schwestergesellschaften im weiteren Sinn). Da die Kreditgeberin keine Gesellschafterin der Kreditnehmerin ist, wird sie von § 5 nicht erfasst. Die Erfassung ist jedoch gerechtfertigt, wenn einer Schwestergesellschaft, die sich in der Krise befindet, ein Kredit gegeben wird und dies auf Weisung oder sonstige Veranlassung einer gemeinsamen Muttergesellschaft geschieht, die an der Kreditgeberin kontrollierend beteiligt und hinsichtlich der Kreditnehmerin erfasste Gesellschafterin ist.

Abs. 1 behandelt in diesem Fall die Kreditvergabe so, als handelte es sich um eine Leistung der Kredit gebenden Gesellschaft an die Muttergesellschaft und eine Leistung dieser an die Kredit nehmende Gesellschaft, die lediglich im kurzen Weg abgewickelt wurden. Daher wird die Gesellschafterposition der Muttergesellschaft der Kreditgeberin zugerechnet, was Abs. 1 Satz 1 ausdrückt, indem er die Kreditgeberin wie eine erfasste Gesellschafterin der Kreditnehmerin behandelt. Der in der Krise gewährte Kredit ist folglich unter Umständen als Eigenkapital ersetzend zu behandeln.

Die Kreditgeberin hat nach Abs. 1 Satz 2 einen Erstattungsanspruch gegen die Muttergesellschaft. Erstattet diese, so tritt sie in die Rechtsposition der Kreditgeberin ein. Der Erstattungsanspruch verjährt in fünf Jahren.

Abs. 2 erfasst jenen Fall, in dem außerhalb eines Konzernverhältnisses die selbe Person oder Personengruppe in der gleichen Weise wie nach Abs. 1 an Kredit gebender und Kredit nehmender Gesellschaft beteiligt ist. Diese Konstellation kann insbesondere bei einer Betriebsaufspaltung gegeben sein. Sie ist dem in Abs. 1 geregelten Konzernverhältnis in Struktur und Interessenlage gleichzuhalten und ebenso zu behandeln.

Zu § 10:

Die stille Gesellschaft nimmt in gewisser Weise eine Mittelstellung zwischen den Personengesellschaften und dem partiarischen Darlehen ein. Der stille Gesellschafter beteiligt sich am Handelsgewerbe eines anderen derart, dass er eine Vermögenseinlage leistet, die in das Vermögen des Geschäftsinhabers übergeht. Mit dieser Einlage nimmt der Stille am Gewinn und Verlust des Inhabers des Handelsgewerbes teil, wobei die Verlustbeteiligung auch ausgeschlossen werden kann. Ist letzteres der Fall, so ist die stille Gesellschaft von einem partiarischen Darlehen nur schwer abgrenzbar.

Die stille Gesellschaft ist keine Handelsgesellschaft, sie ist reine Innengesellschaft und nicht rechtsfähig. Nach außen hin tritt allein der Geschäftsinhaber auf, im Innenverhältnis gehen alle Geschäfte auf Rech-

nung der Gesellschaft. Soweit der stille Gesellschafter am Verlust beteiligt ist, kann er gemäß § 187 Abs. 1 HGB wegen seiner Einlage keine Konkursforderung geltend machen. Wurde die Verlustbeteiligung jedoch vertraglich ausgeschlossen, so kann er als Konkursgläubiger die Rückzahlung der Einlage begehren.

§ 10 unterstellt zwei Konstellationen dem Eigenkapitalersatzrecht:

Abs. 1: Ein erfasster Gesellschafter beteiligt sich an der Gesellschaft zusätzlich mit einer stillen Einlage. Diese Zufuhr von Kapital wird der Gewährung eines Kredits gleichgestellt.

Abs. 2 hat zwei Varianten einer atypisch stillen Gesellschaft vor Augen: In Z 1 geht es um eine Ausgestaltung, die den stillen Gesellschafter sowohl hinsichtlich seiner Vermögensinteressen als auch seiner Mitbestimmungsrechte einem nach § 5 erfassten Kommanditisten im Wesentlichen gleichstellt, in Z 2 um eine stille Gesellschaft, bei der der stille Gesellschafter einen beherrschenden Einfluss ausübt. Die Folge ist in beiden Fällen, dass der stille Gesellschafter wie ein erfasster Gesellschafter behandelt wird. Dies bedeutet, dass seine Einlage als Eigenkapital ersetzend gewertet werden kann. Das führt über die Rechtsfolge des § 187 Abs. 1 HGB hinaus dazu, dass unabhängig von einer Verlustbeteiligung jedenfalls kein Konkurssteilnahmeanspruch wegen der Einlage besteht und die Rückzahlung in der Krise unzulässig ist (vgl. OGH 8 Ob 107/97m, wbl 1998/27, wo diese Rechtsfolgen im konkreten Fall einer stillen Beteiligung durch eine Beteiligungsfondsgesellschaft lediglich unter Berufung auf die Zwecke des BetFG abgelehnt wurden). Außerdem wird der stille Gesellschafter als erfasster Gesellschafter behandelt, wenn er einen Kredit gewährt.

Bei der Umschreibung der Beteiligung des atypisch stillen Gesellschafters knüpft der Entwurf im Anschluss an die Rechtsprechung an die schuldrechtliche Beteiligung am Unternehmenswert, also auch an den stillen Reserven und am Firmenwert, an (8 Ob 107/97m, RdW 1997, 720; 8 Ob 112/97x, ecolex 1998, 36 [Fellner]).

Zu § 11:

Die kritische finanzielle Situation einer Personengesellschaft, bei der kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, kann nicht nur verbessert werden, indem der Kommanditgesellschaft Mittel zugesprochen werden, sondern auch mittelbar durch Zuführung von Liquidität an die Komplementärgesellschaft, weil diese für die Schulden der Kommanditgesellschaft eintreten muss. Der Oberste Gerichtshof hat vor diesem Hintergrund unter Berufung auf die Lehre (*Ostheim*, Eigenkapital ersetzende Gesellschafterdarlehen in der Unternehmenskrise, GesRZ 1989, 173, K. Schmidt, Eigenkapitalersatz und seine Behandlung in Österreich, GesRZ 1993, 90) die Anwendung der Regeln des Eigenkapitalersatzrechts auch dann bejaht, wenn ein Kommanditist, der nicht auch zugleich Gesellschafter der Komplementärgesellschaft ist („Nur-Kommanditist“), dieser ein Darlehen gewährt (OGH 8 Ob 2124/96b, SZ 69/166). Diese Rechtsprechung ist interessengerecht. Sie findet nun in § 11 eine ausdrückliche Grundlage.

Zu § 12:

Der Oberste Gerichtshof hat im Zusammenhang mit stillen Beteiligungen von Beteiligungsfondsgesellschaften eigenkapitalersatzrechtliche Fragen erwogen (8 Ob 107/97m, RdW 1997, 720; 8 Ob 112/97x, ecolex 1998, 36 [Fellner]). Es ging darum, ob die Beteiligungsfondsgesellschaft in der Krise der Gesellschaft, an der eine stille Beteiligung besteht, die stille Beteiligung gemäß § 14 Abs. 7 BetFG vor Ablauf der Bindungsfrist aus wichtigem Grund, nämlich nachhaltiger Ertragslosigkeit, aufgeben kann oder ob dies aus eigenkapitalersatzrechtlichen Gründen nicht möglich ist. Der OGH hielt die Aufgabe der Beteiligung und die Geltendmachung der Abschichtungsforderung für zulässig und führte aus, die Anwendung der Regeln des Eigenkapitalersatzrechts würde den Zwecken des BetFG widersprechen.

Ein Beteiligungsfonds ist ein Vermögen im Eigentum einer Beteiligungsfondsgesellschaft, das durch die Ausgabe von Genussscheinen finanziert wird und dem Erwerb von Beteiligungen an Unternehmen dient. Genussscheine sind Inhaberpapiere, die einen Anspruch auf einen aliquoten Teil an den Fondsüberschüssen verbriefen. Beteiligungsfondsgesellschaften haben die Aufgabe, private Mittel aufzubringen und in Kommanditbeteiligungen, stillen Beteiligungen und Beteiligungen an Kapitalgesellschaften zu veranlagen. Ziel ist die Zuführung neuen Eigenkapitals an österreichische Wirtschaftsunternehmen. Die Beteiligungen müssen für eine Dauer von mindestens zehn Jahren eingegangen werden. Bei der Verfügung über die Vermögenswerte und bei der Ausübung der Rechte aus diesen Vermögenswerten hat die Beteiligungsfondsgesellschaft die Interessen der Genussscheininhaber zu wahren. Diesen ist das Fondsvermögen wirtschaftlich zuzurechnen; die Beteiligungsfondsgesellschaft handelt im eigenen Namen, aber auf deren Rechnung, also als Treuhänderin.

Da den Anlegern – auch mittelbar (§ 8) – keine Rechtsstellung vermittelt wird, wie sie in § 5 umschrieben ist, und die Beteiligungsfondsgesellschaft nur Treuhänderin ist, besteht keine Veranlassung für die Anwendung eigenkapitalersatzrechtlicher Regeln. Dies wird durch Z 1 klar gestellt.

Die Interessenlage bei Beteiligungen nach dem InvFG (Z 2) ist eine ähnliche wie nach dem BetFG. Ein Investmentfonds ist ein überwiegend aus Wertpapieren bestehendes Sondervermögen, das im Miteigentum der Anteilsinhaber steht. Er wird von der Kapitalanlagegesellschaft verwaltet. Nur diese ist über die in dem Investmentfonds enthaltenen Vermögenswerte Verfügungsberechtigt und kann die Rechte aus den Fondswerten geltend machen. Das Miteigentum der Anteilsinhaber gibt diesen keine wie immer geartete Einflussmöglichkeit auf die Verwaltung der Vermögenswerte. Die Kapitalanlagegesellschaft übt die Rechte aus den Fondswerten als Treuhänderin für die Anteilsinhaber aus; bei der Verwaltung der Fonds hat sie ausschließlich die Interessen der Anteilsinhaber zu vertreten.

Die Wertpapiere eines Kapitalanlagefonds sind nach dem Grundsatz der Risikostreuung auszuwählen. Jeder Anteilsinhaber erhält mittels der Beteiligung Miteigentum an einer Vielzahl von Beteiligungen. Wie nach dem BetFG wird dem Anleger aber niemals eine Rechtsstellung vermittelt, die den Anforderungen der §§ 5 und 8 entspricht.

Beteiligungen im Rahmen des Pensionskassengesetzes sind aus ähnlichen Gründen ausgenommen (Z 3): Die Pensionskassengesellschaft hat das Vermögen, das der Veranlagungs- und Risikogemeinschaft gewidmet ist, im Interesse der Anwartschafts- und Leistungsberechtigten unter Berücksichtigung der Veranlagungsvorschriften des PKG zu veranlagen. Sie ist also in ihrer Verwaltungstätigkeit nicht frei und handelt im fremden Interesse. Die Anwartschafts- und Leistungsberechtigten wiederum haben auf die Veranlagungstätigkeit keinen Einfluss.

Analoges gilt für Beteiligungen einer Mitarbeitervorsorgekasse nach dem Betrieblichen Mitarbeitervorsorgegesetz (Z 4), die Abfertigungsbeiträge treuhändig für die Anwartschaftsberechtigten hält und verwaltet.

Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes werden meist auch beim Kapitalfinanzierungsgeschäft nach § 1 Abs. 1 Z 15 BWG und dem Mittelstandsfinanzierungsgeschäft nach § 6b Körperschaftssteuergesetz nicht anzuwenden sein. Beteiligungen im Rahmen des Kapitalfinanzierungsgeschäftes werden ausschließlich zu Finanzierungszwecken eingegangen, wobei von vornherein die Absicht besteht, sie nur auf Zeit zu halten. Bilanziell werden sie daher in der Regel auch im Umlaufvermögen ausgewiesen.

Die Regelung des Körperschaftssteuergesetzes zur Mittelstandsfinanzierung bezweckt die Förderung der Klein- und mittelständischen Wirtschaft. Mittelstandsfinanzierungsgesellschaften, deren Gesellschafter zu mindestens 75% Kreditinstitute sein müssen, veranlagen ihr Eigenkapital vorwiegend durch Beteiligung an Klein- und Mittelbetrieben. Der Finanzierungscharakter der Beteiligung steht im Vordergrund. Das Gesetz verlangt weiters eine Reduktion der Beteiligung der Gründer, auch diese Beteiligungen sollen demnach schon nach der gesetzlichen Konzeption nicht auf Dauer gehalten werden.

Eine generelle Ausnahme vom Eigenkapitalersatzrecht ist jedoch wegen des Anwendungsbereichs dieses Bundesgesetzes weder geboten, noch wäre es sachlich rechtfertigbar.

Zu § 13:

Die Bestimmung widmet sich Kreditvergaben vor und zugleich mit einer Beteiligung zum Zweck der Sanierung der Gesellschaft. Sie soll der Situation eines Kreditgebers Rechnung tragen, der bisher nicht erfasster Gesellschafter nach den §§ 5 ff war und der sich nun ausschließlich zum Zweck der Sanierung der Gesellschaft an dieser beteiligt, so erfasster Gesellschafter wird, und im Zuge dessen zur Erreichung des Sanierungszwecks auch Kredite gewährt.

Derzeit werden diese Sanierungskredite dem Eigenkapitalersatzrecht unterstellt. Die Sachlage ist hier jedoch eine besondere. Es vergibt nicht ein dem Eigenkapitalersatzrecht unterliegender Gesellschafter einen Kredit, beurteilt also, ob er Eigenkapital zuführen oder ein Darlehen gewähren und so womöglich sein Risiko minimieren will, sondern es entscheidet eine Person, der bisher keine Finanzierungsverantwortung zukam, ob sie einen Kredit gewähren und sie sich beteiligen soll, sodass ihr zugleich die Position eines von den Eigenkapitalersatzregeln erfassten Gesellschafters verschafft wird. Durch die Vorschrift sollen Sanierungen ermöglicht werden, bei denen im Rahmen eines Gesamtsanierungskonzepts von einer Person in einem zeitlichen Zusammenhang Beteiligungen erworben und Kredite zugeschossen werden.

Die Ausnahme ist jedoch einschränkend auszulegen. Es muss sowohl die Beteiligung zum Zweck der Krise erworben werden, als auch ein – aus einer ex ante-Sicht – taugliches Finanzierungskonzept vorliegen. Daher bleibt die zum Sanierungszweck eingegangene Beteiligung auch nur für solche Kredite außer Betracht, die im Zusammenhang mit dem Anteilerwerb im Rahmen eines Sanierungskonzepts zum ausschließlichen Zweck der Sanierung gewährt wurden. Will der Kreditgeber darüber hinaus die Gefahr der Umqualifizierung eines Kredits als Eigenkapital ersetzend vermeiden, so steht hierfür das Reorganisationsverfahren nach dem URG zur Verfügung.

Die Bestimmung trifft aber auch hinsichtlich von „Altkrediten“ eine Klarstellung: Gewährt ein Nichtgesellschafter oder ein Gesellschafter, der bisher nicht nach den §§ 5 ff erfasst war, der Gesellschaft einen Kredit und geht er später eine (weitere) Beteiligung ein, sodass er erfasster Gesellschafter wird, so sind die Eigenkapitalersatzregeln auf den alten Kredit nicht anwendbar.

Zu § 14:

Diese Bestimmung regelt die Folgen des Eigenkapitalersatzes außerhalb eines Insolvenzverfahrens. Abs. 1 sieht zunächst ein Rückzahlungsverbot vor, wie es derzeit von der Rechtsprechung angenommen wird. Solange die Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet ist oder Reorganisationsbedarf besteht, also bis zur Sanierung, sind Eigenkapital ersetzende Kredite „gesperrt“. Sie werden insofern wie Eigenkapital behandelt, als sie der Kredit gebende Gesellschafter samt Zinsen nicht zurückfordern kann. Diesem ist es verwehrt, seine Finanzierungsentscheidung rückgängig zu machen und dem Gesellschaftsvermögen die von ihm in der Krise gewährten Hilfen wieder zu entziehen. Keinesfalls soll es ihm möglich sein, Kredite vor dem endgültigen Zusammenbruch der Gesellschaft noch zurück zu fordern und so seine Insiderstellung gegenüber dritten Gläubigern auszunützen. Der Lauf der Zinsen wird dadurch nicht gehemmt.

Kommt es zu einem Insolvenzverfahren, das mit Aufhebung des Konkurses nach einem bestätigten Zwangsausgleich oder des Ausgleichsverfahrens nach einem bestätigten Ausgleich endet, so ist dadurch in der Regel auch die Krise behoben. Dies soll jedoch nicht dazu führen, dass die Gläubiger aus Eigenkapital ersetzenden Krediten gegenüber Konkursgläubigern bevorzugt werden, deren Forderungen gekürzt wurden. Deshalb beschränkt Satz 1 in diesen Fällen die Forderung aus einem Eigenkapital ersetzenden Kredit auf die Zwangsausgleichs- beziehungsweise Ausgleichsquote.

Ist entgegen § 14 Zahlung geleistet worden oder wurde der Gesellschafter auf andere Weise befriedigt, so ist er verpflichtet, die empfangene Leistung rückzuerstatten.

Wie die Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen im Konkurs über das Vermögen der Gesellschaft zu behandeln sind, wird in § 57a KO idF des Art. II des Entwurfs geregelt. Sie können nur als nachrangige Forderungen geltend gemacht werden.

Bei Kontokorrentkrediten kommt es zu einem wiederkehrenden Ausnutzen des Kreditrahmens und (teilweiser) Rückzahlung. Dies wirft die Frage auf, ob die einzelnen Rückzahlungen kumulativ oder ob nur der Differenzbetrag zwischen dem aushaftenden Kreditsaldo und einem höheren Saldo zu Beginn oder während der Dauer der Rückzahlungssperre von der Rückzahlungsverpflichtung erfasst wird (vgl. hierzu auch die Entscheidungen des OGH zur ähnlichen Problematik im Anfechtungsrecht 3 Ob 567/90, JBl. 1991, 803; 4 Ob 559/83, SZ 57/87; 4 Ob 306/98y, ZIK 1999, 24; 2 Ob 140/99y, ZIK 1999, 136 und *Widhalm*, Kontokorrentkredit und Konkursanfechtung [2001]). Abs. 2 schließt sich der zuletzt genannten Auffassung an. Es wird festgelegt, dass im jeweiligen Beurteilungszeitpunkt nur insoweit eine Kreditrückzahlung entgegen Abs. 1 Satz 1 vorliegt, als der zu Lasten der Gesellschaft aushaftende Kreditsaldo niedriger ist als der höchste Saldo während der Dauer der Krise.

Besonderes gilt für die Zinsen: 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.

Abs. 3 sieht grundsätzlich eine Verjährungsfrist von fünf Jahren für den Rückerstattungsanspruch nach Abs. 1 zweiter Satz vor. Kann die Gesellschaft beweisen, dass der Gesellschafter wusste, dass die Zahlung oder sonstige Befriedigung widerrechtlich war, so gilt in Anlehnung an § 83 Abs. 5 GmbHG die allgemeine Verjährungsfrist von 40 Jahren (§§ 1478, 1472 ABGB).

Zu § 15:

Eigenkapitalersatz kann auch darin bestehen, dass ein Gesellschafter für die Gewährung des Kredits eines Dritten an die Gesellschaft in der Krise eine Sicherheit bestellt und so die Kreditgewährung erst ermöglicht (OGH 8 Ob 15/93, HS XXV/1; 8 Ob 336/97p, ZIK 1998, 107; 6 Ob 235/99y, ZIK 2000/275). Da der Kreditgeber selbst keine Gesellschafterstellung einnimmt, ist der Kredit als solcher nicht Eigenkapital ersetzend. Die Sicherheit wird jedoch als Eigenkapital ersetzend behandelt, weil der Fall wirtschaftlich im Wesentlichen nicht anders zu sehen ist als jener, in dem der Gesellschafter selbst einen Kredit aufnimmt und das Kapital zur Finanzierung der Gesellschaft zur Verfügung stellt.

Diese Auffassung wird in § 15 übernommen. Es wird davon ausgegangen, dass bei einer Sicherheitenbestellung in der Krise – wobei bei Abstellen auf die URG-Kennzahlen auch hier die Erkennbarkeit nach

§ 2 Abs. 2 gegeben sein muss – bis zur Sanierung im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter sowie zwischen Gesellschafter und Kreditgeber dem sicherungsgebenden Gesellschafter gleichsam die Position des Hauptschuldners zukommt. Er muss während der Gesellschaftskrise die gesamte wirtschaftliche Last tragen. Der Drittkreditgeber soll deshalb, solange die Krise anhält, auch dann primär auf die Sicherheit greifen können, ohne zunächst gegen die Gesellschaft vorgehen zu müssen, wenn anderes, zB eine Ausfallsbürgschaft, vereinbart war.

Die Bestimmung erfasst alle denkbaren Sicherungsformen, also neben Pfandrecht und Bürgschaft etwa auch Garantie, Schuldbeitritt und Sicherungszession.

Wird der Gesellschafter aus der Sicherheit in Anspruch genommen, so kann er keinen nach § 1358 ABGB oder aus dem Grundverhältnis zustehenden Rückgriffsanspruch geltend machen, solange die Krise andauert. In Anlehnung an § 14 Abs. 1 Satz 3 sieht § 15 Abs. 1 dritter Satz eine Pflicht zur Rückerstattung von Regressleistungen vor, die entgegen dieser Bestimmung empfangen wurden.

Abs. 1 ermöglicht dem Drittkreditgeber, gegen den Gesellschafter vorzugehen, macht ihm dies jedoch nicht zur Pflicht. Abs. 2 regelt daher den Fall, dass der Dritte von der Gesellschaft in der Krise die Rückzahlung des Kredits fordert. Geht der Drittkreditgeber primär gegen die Kredit nehmende Gesellschaft vor, so hat die Gesellschaft gegen den interzedierenden Gesellschafter einen Freistellungsanspruch. Sie kann verlangen, dass der Gesellschafter ihre Verpflichtung gegenüber dem Drittkreditgeber begleicht, soweit die Sicherheit reicht. Dadurch wird vermieden, dass die Gesellschaft zuerst an den Drittkreditgeber zahlen muss und erst danach ihren Erstattungsanspruch gegen den Gesellschafter geltend machen kann.

Ungeachtet ihres Freistellungsanspruchs bleibt die Gesellschaft jedoch gegenüber dem Kreditgeber verpflichtet und muss diesen befriedigen, wenn der Gesellschafter seiner Verpflichtung nicht nachkommt oder auch wenn sie ihren Freistellungsanspruch gar nicht geltend macht. Es bedarf daher einer Regelung, was rechtens ist, wenn die Gesellschaft den Kredit zurückzahlt. In Abs. 3 wird vorgesehen, dass sie dann, wenn sie in der Krise die Schuld aus Eigenem beglichen hat, vom sicherungsgebenden Gesellschafter die Erstattung des von ihr Geleisteten verlangen kann, soweit die Sicherheit frei geworden ist. Dem Gesellschafter ist es möglich, sich von seiner Verpflichtung zu befreien, indem er die Sicherheit aufgibt und sie der Gesellschaft zu ihrer Befriedigung überlässt. Diese Möglichkeit besteht naturgemäß nicht bei persönlichen Sicherheiten, weshalb nur von „Gegenständen“ die Rede ist, die dem Dritten als Sicherheiten gedient haben. Darunter sind zB verpfändete oder zur Sicherung übereignete Sachen oder auch Rechte zu verstehen, die durch die Erfüllung frei geworden sind.

Zu § 16:

Die Bestimmung enthält eine Ausnahme von der Regel des § 15, wonach der Dritte von der Gesellschaft ohne Einschränkung die Rückzahlung des Kredits verlangen kann.

§ 16 wandelt die Verpflichtung der Gesellschaft für die Dauer der Krise in eine Art Ausfallhaftung, wenn der dritte Kreditgeber vom Eigenkapitalersatzcharakter der Sicherheit wusste oder Kenntnis haben konnte. Die Regelung weicht von der Judikatur des Obersten Gerichtshofs ab, nach der der gesellschaftsfremde Kreditgeber, dem ein Gesellschafter eine Eigenkapital ersetzende Sicherheit bestellt hat, in der Verfolgung seines Anspruchs gegen die Gesellschaft jedenfalls nicht beschränkt ist (8 Ob 336/97p, ZIK 1998, 107). Sie ist jedoch dadurch gerechtfertigt, dass die Sicherheit wegen ihres Eigenkapital ersetzenden Charakters dem Gesellschaftsvermögen zuzurechnen ist, solange die Krise anhält. Das gilt zwar primär im Innenverhältnis zwischen Gesellschaft und sicherheitsgebenden Gesellschafter, es betrifft aber auch den Drittkreditgeber, wenn dieser im Zeitpunkt der Kreditvergabe von der Gesellschaftskrise wusste oder wissen konnte (vgl. *Dellinger*, Kritik am Eigenkapitalersatzrecht, Drittkredit und Gesellschaftersicherheit, ÖBA 1998, 605 ff).

Die Formulierung „der Dritte kann [...] die Rückzahlung des Kredits von der Gesellschaft nur insoweit verlangen, als er bei der Inanspruchnahme der Sicherheit einen Ausfall erlitten hat oder hätte“ bringt zum Ausdruck, dass der Drittkreditgeber nicht gezwungen ist, die Sicherheit gerichtlich zu verwerten oder gegen den persönlich interzedierenden Gesellschafter Exekution zu führen, um erst dann gegen die Gesellschaft vorgehen zu können. Vielmehr kann er von der Gesellschaft sofort insoweit Zahlung verlangen, als er beweisen kann, dass er bei Inanspruchnahme der Sicherheit ausgefallen wäre.

Die Bestimmung hat zur Folge, dass der Drittkreditgeber in einem Insolvenzverfahren im Ergebnis wie ein durch ein Absonderungsrecht gesicherter Gläubiger behandelt wird.

Zur Konkursordnung:

Zu § 12b:

Rückforderungsansprüche aus Eigenkapital ersetzenden Krediten sind nach § 57a gegenüber den Konkursforderungen nachrangig zu befriedigen. Sie werden daher im Konkurs nur ganz ausnahmsweise be-

glichen werden. An der nachrangigen Befriedigung soll sich nichts ändern, wenn für einen Rückforderungsanspruch eine Sicherheit aus dem Gesellschaftsvermögen bestellt wurde. In § 12b wird daher festgelegt, dass Ab- und Aussonderungsrechte, die aus dem Vermögen des Schuldners, also der Gesellschaft, für dieser gewährte Eigenkapital ersetzende Leistungen erworben wurden, mit der Konkursöffnung erlöschen. Derartige Sicherheiten werden somit durch die Konkursöffnung frei, wodurch die Befriedigungschancen der Konkursgläubiger verbessert werden.

Das gleiche gilt, wenn für Gesellschafterkredite in einem Zeitpunkt, in dem die Neugewährung des Kredits Eigenkapital ersetzend wäre, im Nachhinein eine Sicherheit bestellt wird (erster Satz 2. Fall). Das soll verhindern, dass erfasste Gesellschafter ihre offenen Forderungen in der Krise noch konkursfest absichern und so die Weiterführung des Unternehmens – ohne Reorganisation, Zuführung von Eigenkapital oder Hinwirken auf ein Insolvenzverfahren – zu Lasten der Gläubiger für sich risikoarm gestalten können. Wird in der Krise aus dem Gesellschaftsvermögen eine Sicherheit für einen Kredit bestellt, den ein erfasseter Gesellschafter in unbedenklicher Zeit vergeben hat, so wird diese Sicherheit in einem Insolvenzverfahren frei, genau so als wäre sie für einen Eigenkapital ersetzenden Kredit bestellt worden.

Wird der Konkurs gemäß § 166 KO aufgehoben, so leben die Sicherheiten wie nach § 12 Abs. 1 KO wieder auf. Auch § 12 Abs. 1 letzter Satz und Abs. 2 und 3 KO gelten entsprechend.

Zu § 26a:

Wie zu § 3 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. Es findet sich daher im EKEG keine Regelung, wonach der Gesellschafter verpflichtet ist, den überlassenen Gegenstand der Gesellschaft weiterhin zu Verfügung zu stellen. Allerdings würde es den Zielen des Eigenkapitalersatzrechts widersprechen, wenn ein nach dem EKEG erfasseter Gesellschafter der Gesellschaft zum Gebrauch oder zur Nutzung überlassene Gegenstände im Konkurs jederzeit zurückverlangen könnte, wenn diese zur Fortführung des Unternehmens geboten sind. Es wird daher für diesen Fall vorgesehen, dass die Sache vor Ablauf von einem Jahr ab Konkursöffnung nicht zurückgefordert werden kann. Ein Abziehen der überlassenen Gegenstände kurz vor Konkursöffnung kann lediglich nach anfechtungsrechtlichen Bestimmungen rückgängig gemacht werden.

Die Regelung stellt bewusst nicht darauf ab, ob die Nutzungsüberlassung bisher entgeltlich oder unentgeltlich erfolgte oder ob das Entgelt in Eigenkapital ersetzender Weise kreditiert wurde. Es handelt sich daher hier nicht im eigentlichen Sinn um eine Bestimmung des Eigenkapitalersatzrechts. Sie ist jedoch dadurch gerechtfertigt, dass der nach dem Eigenkapitalersatzrecht erfasste Gesellschafter durch seine qualifizierte Beteiligung Insiderstellung genießt und eine erhöhte Verantwortung für die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft trägt, die auch im Konkurs fortwirkt.

§ 26a enthält keine Aussage darüber, ob der Gesellschafter für die unfreiwillige Überlassung nach der Konkursöffnung ein Entgelt erhält. Dies ist auch nicht geboten, weil sich die Frage mit der derzeitigen Regelung interessengerecht lösen lässt. Besteht eine Entgeltvereinbarung, so bleibt diese aufrecht, weil sich grundsätzlich durch die Konkursöffnung nichts an dieser Vereinbarung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter ändert. Hat der Gesellschafter der Gesellschaft bisher das Entgelt kreditiert, so hängt es von der Vereinbarung ab, ob er dazu auch für die Zukunft verpflichtet ist. Im Übrigen steht es dem Gesellschafter oder dem Masseverwalter frei, im vertraglichen oder gesetzlichen Rahmen die Vereinbarung mit der Gesellschaft zu kündigen. Nach Aufkündigung des Vertrags und in allen anderen Fällen, in denen zwischen den Parteien keine Vereinbarung über das Entgelt vorhanden ist, hat der Gesellschafter Anspruch auf ein angemessenes Benützungsentgelt, einen Bereicherungsanspruch, den er als Masseforderung geltend machen kann.

Zur zwangsweisen Überlassung nach § 26a kommt es nur, wenn sonst die Fortführung des Unternehmens gefährdet wäre. Da die Bestimmung in das Eigentumsrecht des Gesellschafters eingreift, ist sie eng auszulegen.

Zu § 32:

Abs. 2 in der derzeitigen Fassung bezieht lediglich die Gesellschafter einer GmbH und deren nahe Angehörige in den Angehörigenbegriff mit ein. Das ist nicht sachgerecht. Zum einen stehen auch maßgeblich beteiligte Gesellschafter einer Aktiengesellschaft dieser besonders nahe; zum anderen auch die unbeschränkt haftenden Gesellschafter einer Personengesellschaft, die nach dem Gesetz die Geschäfte führen und jedenfalls maßgeblichen Einfluss nehmen können. Auch den Mitgliedern des Leitungs- oder Aufsichtsgans einer dieser Gesellschaften kommt selbstverständlich eine Insiderstellung zu.

Abs. 2 in der vorgeschlagenen Fassung dehnt daher einerseits den Kreis der Gesellschaften aus, auf die sich die Angehörigeneigenschaft beziehen kann, und bezieht andererseits die Mitglieder des Leitungs- oder Aufsichtsorgans und die unbeschränkt haftenden Gesellschafter ein. Alle übrigen Gesellschafter gelten nur dann als nahe Angehörige, wenn sie qualifiziert, nämlich mit einem Anteil von zumindest 25%, wie dies auch in § 5 Abs. 1 Z 2 EKEG vorgesehen ist, an ihrem Vermögen beteiligt sind. Außerdem gelten die Angehörigen dieser Personen nach § 32 Abs. 1 als nahe Angehörige der Gesellschaft.

Zu § 57a:

Nach Rechtsprechung (OGH 8 Ob 9/91 uva) und Lehre haben Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz der Gesellschaft hinter die Forderungen der übrigen Gläubiger zurückzutreten. Dies erscheint sachgerecht und wird in Abs. 1 nun gesetzlich festgeschrieben.

Der verfahrensrechtlichen Behandlung dieser Forderungen widmet sich Abs. 2. Sie sind wie Konkursforderungen durchzusetzen. Das bedeutet, dass das für Konkursforderungen vorgesehene vorgeschaltete außerstreitige Prüfungsverfahren anzuwenden ist und dass sich die Verteilung nach den Regelungen für Konkursforderungen richtet. Folglich bewirkt die Konkursöffnung auch hinsichtlich der nachrangigen Forderungen eine Prozess- und Exekutionssperre. Die Anmeldung dieser Forderungen im Konkurs ist jedoch nur nach besonderer Aufforderung durch das Konkursgericht statthaft, das diese aber nur ausnahmsweise zu erlassen hat, wenn zu erwarten ist, dass es zu einer (teilweisen) Befriedigung der nachrangigen Forderungen kommen wird. Ausdrücklich wird weiters normiert, dass in der Anmeldung auf den Nachrang hinzuweisen ist.

Abs. 2 letzter Satz bestimmt, dass die Rechte der Konkursgläubiger durch die Befugnisse der Gläubiger aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen nicht berührt werden. Dies bringt mit sich, dass Gläubiger nachrangiger Forderungen Konkursforderungen niemals bestreiten können.

Zu § 67:

Die Überschuldung bildet einen alternativen Konkursgrund für die in Abs. 1 umschriebenen Schuldner. Der Begriff ist gesetzlich nicht definiert. Er wurde ursprünglich so verstanden, dass Überschuldung dann gegeben ist, wenn das Vermögen die Schulden nicht mehr deckt, wobei die Bewertung des Vermögens nach Liquidationswerten zu erfolgen hat. Diese Begriffsbildung litt allerdings unter der mangelnden Berücksichtigung der Erwerbschancen des Unternehmens. Sie konnte dazu führen, dass ein gesundes, jedoch fremdfinanziertes Unternehmen Konkurs anmelden müsste. Der Oberste Gerichtshof ist deswegen seit der Leitentscheidung 1 Ob 655/86 (SZ 59/216) zu einer dynamischen Betrachtungsweise übergegangen. Demnach ist der Konkursgrund der Überschuldung erst verwirklicht, wenn sowohl die rechnerische Überschuldung vorliegt als auch keine positive Fortbestehensprognose gegeben ist.

Abs. 3 klärt die Frage, ob bei der Prüfung der rechnerischen Überschuldung Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterkrediten auf der Passivseite zu berücksichtigen sind. Das wird im Entwurf festgelegt. Der Eigenkapitalersatzcharakter ändert nämlich nichts an der Rechtsnatur als Forderung; er hat nur zur Folge, dass der betreffende Anspruch für die Dauer der Krise nicht geltend gemacht werden kann und im Konkurs über das Vermögen der Gesellschaft hinter die Konkursforderungen zurücktritt. Nur wenn auch Forderungen auf Grund Eigenkapital ersetzender Kredite in der Überschuldungsbilanz auf der Passivseite berücksichtigt werden, kann und muss der Konkurs auf Grund Überschuldung auch so rechtzeitig eröffnet werden, dass auch diese in der Masse Deckung finden.

Liegt dem Gesellschafter, der einen Eigenkapital ersetzenden Kredit gewährt hat, daran, dass über die Gesellschaft kein Insolvenzverfahren eröffnet wird, so muss er nach Abs. 3 ausdrücklich oder stillschweigend erklären, dass er die Befriedigung erst nach Beseitigung eines negativen Eigenkapitals oder im Fall der Liquidation nach Befriedigung aller Gläubiger begehrt und dass wegen seiner Chance auf nachrangige Befriedigung kein Insolvenzverfahren eröffnet zu werden braucht. In diesem Fall ist es weder notwendig noch geboten, die Forderung in der Überschuldungsbilanz zu passivieren, weil klargestellt ist, dass der Gesellschafter erst bei der internen Verteilung des verbliebenen Gesellschaftsvermögens unter den Gesellschaftern nach Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger zum Zug kommen kann. Da solche Rangrücktrittserklärungen von Schuldnern auch außerhalb des Eigenkapitalersatzrechts vorkommen und ihnen dort die gleiche Wirkung zukommt, wurde Abs. 3 allgemein gefasst und die Verbindlichkeiten aus Eigenkapital ersetzenden Krediten lediglich als Beispiel genannt.

Durch Abs. 3 wird den zur Konkursöffnung verpflichteten Personen das Risiko der Fehlbeurteilung abgenommen, ob eine Leistung als Eigenkapital ersetzend zu bewerten ist. Sie sorgt somit für Rechtssicherheit.

Zu § 69:

§ 69 ist nach hA ein Schutzgesetz zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger. Wird der Konkursantrag durch die dazu verpflichteten Personen nicht rechtzeitig gestellt, so haften diese den Gläubigern für den dadurch verursachten Schaden.

Den Gläubigern, die vor dem Zeitpunkt, zu dem eine Verpflichtung zum Konkursantrag bestand, eine Forderung gegen eine Gesellschaft erworben haben (den sogenannten Altgläubigern), ist der Quotenschaden zu erstatten. Das ist jener Schaden, den sie dadurch erlitten haben, dass der Konkurs verspätet beantragt wurde und dadurch das Vermögen der Gesellschaft in der Zwischenzeit weiter geschrumpft ist. Den Neugläubigern hingegen steht ein Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses zu, der sich nach überwiegender Meinung auf die Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten (über die Konkursreife des Unternehmens) gründet. Das heißt, sie sind so zu stellen, als hätten sie mit der konkursreifen Gesellschaft gar nicht kontrahiert.

Neben den durch die Konkursverschleppung nur mittelbar geschädigten Gläubigern hat aber auch die Gesellschaft (insbesondere nach § 25 GmbHG, § 84 AktG) einen eigenen Anspruch wegen der durch die verspätete Konkursantragstellung verursachten Massenschmälerung. Macht der Masseverwalter diesen erfolgreich geltend, so kann es sein, dass die Masse wieder aufgefüllt werden kann und es so zu gar keinen Quotenschäden kommt.

Die Rechtsprechung vertritt die Auffassung, dass die Gläubiger sofort, das heißt auch während des laufenden Konkursverfahrens, bereits ihre Schadenersatzansprüche auf Ersatz des Quotenschadens geltend machen können. Das ist eine Doppelgleisigkeit, die einen nicht notwendigen Verfahrensaufwand mit sich bringt, weil während des Konkursverfahrens oder davor noch gar nicht feststeht, inwieweit die Masse durch die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen Gesellschaftsorgane oder Anfechtungsansprüchen gegen begünstigte Gläubiger wieder in den vorigen Stand versetzt werden kann. Der Masseverwalter ist zur Führung dieser Prozesse verpflichtet, soweit diese erfolgversprechend ist. Die Rechtsdurchsetzung durch ihn ist auch wesentlich effektiver als die Geltendmachung der einzelnen Quotenschadenersatzansprüche durch die geschädigten Gläubiger, die oft schon allein deswegen, weil ihre Quotenschäden schwer bezifferbar und im Verhältnis zur Gesamtforderung gering sind, das Prozessrisiko gar nicht eingehen werden.

Durch den neuen Abs. 5 wird ein Nebeneinander von Schadenersatzansprüchen gegen die zur Konkursanmeldung verpflichteten Organe im Bezug auf die gleichen Schäden vermieden. Während des Konkursverfahrens ist allein der Masseverwalter berechtigt und verpflichtet, Schadenersatzansprüche der Gesellschaft wegen einer Schmälerung der Masse in Folge verspäteter Konkursanmeldung geltend zu machen. Soweit ihm das gelingt, wird die Masse wieder aufgefüllt und die Werthaltigkeit der Forderungen der Gläubiger erhöht. Aber selbst wenn der Schaden nicht hereingebracht wird, erleichtert ein gegen das zur Konkursanmeldung verpflichtete Organ ergangenes rechtskräftiges Urteil den Gläubigern die Geltendmachung, weil dort – wenn auch nicht mit bindender Wirkung gegenüber den Gläubigern – ausgesprochen wird, dass das Organ rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat. Soweit der Masseverwalter Schadenersatzansprüche nicht geltend gemacht hat oder nicht (erfolgreich) geltend machen konnte, können die Gläubiger nach Aufhebung des Konkurses wegen ihrer Quotenschäden gegen die Geschäftsführer vorgehen. Die Gefahr, dass ihre Ansprüche bei Rechtskraft der Konkursaufhebung bereits verjährt sein könnten, besteht nicht. Vielmehr beginnt nach allgemeinen Regeln die Verjährung erst in dem Zeitpunkt zu laufen, in dem die Geltendmachung der Ansprüche erstmals möglich war (§ 1478 ABGB).

Ansprüche wegen Schäden, die über die Quotenschäden hinausgehen, werden durch diese Bestimmung nicht berührt. Sie können auch schon während des Konkursverfahrens geltend gemacht werden.

Zu § 70:

§ 70 regelt die Konkurseröffnung auf Antrag eines Gläubigers. Durch die neue Fassung des Abs. 1 wird bestimmt, dass nicht nur Gläubiger einen Konkursantrag stellen können, denen eine Konkursforderung zusteht, sondern auch solche, die gegen den Schuldner eine Forderung aus einer Eigenkapital ersetzenden Leistung haben. Dadurch wird ihnen die Chance eingeräumt, während der Insolvenz einen Teil ihrer Forderung zurückzuerhalten.

Zu §§ 141 und 154:

Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen sollen wegen ihrer Nachrangigkeit für die Prüfung der Angemessenheit und der Erfüllbarkeit des Zwangsausgleichs ohne Bedeutung sein.

Zur Ausgleichsordnung:**Zu § 8 Abs. 5:**

Eine Ausnahme von der Nachrangigkeit und der daraus resultierenden Nichtberücksichtigung von Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen im Ausgleichsverfahren wird – nach dem Vorbild des § 31 Abs. 3 KO im Anfechtungsrecht (vgl. auch § 21 URG) – dann vorgesehen, wenn der Kredit im Rahmen des Ausgleichsverfahrens gewährt wurde.

Zu § 12b:

Es handelt sich um die Parallelbestimmung zu § 12b KO idF des Art. II im Ausgleichsverfahren. Sie gewährleistet, dass es auch im Ausgleich nicht zu einer ungerechtfertigten Bevorzugung des Gläubigers aus einer Eigenkapital ersetzenden Leistung durch eine Stellung als Ab- oder Aussonderungsgläubiger kommt. Ebenso erlöschen auch die Sicherheiten aus dem Vermögen des Schuldners, die für einen Kredit in einem Zeitpunkt begründet wurden, in dem dessen Neugewährung Eigenkapital ersetzend gewesen wäre.

Zu § 20f:

Parallel zu § 26a KO idF des Art. II wird auch für das Ausgleichsverfahren vorgesehen, dass dann, wenn dem Schuldner von einem nach dem EKEG erfassten Gesellschafter eine Sache zum Gebrauch überlassen wurde, diese vor Ablauf von einem Jahr ab Eröffnung des Ausgleichsverfahrens nicht zurückgefordert werden kann, wenn dadurch die Fortführung des Unternehmens gefährdet wäre.

Zu § 23a:

Der Nachrangigkeit von Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen im Konkursverfahren entspricht deren Nichtberücksichtigung im Ausgleichsverfahren. Es erschiene nicht gerechtfertigt, derwegen die vorrangigen Ansprüche zu kürzen. 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; jedoch wirkt sich die Kürzung im Ausgleich auch auf sie aus.

Zu § 51:

Wie nach § 154 Z 1 idF des Art. II sollen die Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen bei der Prüfung der Angemessenheit des Ausgleichs nicht berücksichtigt werden.

Zum Unternehmensreorganisationsgesetz:**Zu § 21:**

Diese Bestimmung stellte, weil es gesetzliche Regelungen über das Eigenkapitalersatzrecht nicht gab, auf die Regeln des Eigenkapitalersatzes ab. Im Hinblick auf die Schaffung dieses Entwurfs ist es richtig, nun nicht mehr auf die Regeln, sondern auf die Bestimmungen des Eigenkapitalersatzrechts Bezug zu nehmen.

Zu § 25:

Durch Art. 86 des 1. Euro-Umstellungsgesetzes – Bund (BGBl. I Nr. 98/2001) wurde in § 22 Abs. 1 der Betrag von 1 Millionen Schilling auf 100 000 Euro angehoben; eine Anpassung in § 25 unterblieb. Diese wird nun nachgeholt.

Zum GmbH-Gesetz:**Zu § 36:**

An das Vorliegen der Kennzahlen nach dem URG knüpfen sich für die Gesellschafter und die Geschäftsführer wichtige Rechtsfolgen. Wenn Reorganisationsbedarf vermutet wird und die Geschäftsführer ein Reorganisationsverfahren nach dem URG nicht einleiten, haften sie nach § 22 URG, wenn in der Folge über das Vermögen der Gesellschaft ein Insolvenzverfahren eröffnet wird, bis zu 100 000 Euro je Person für die durch die Konkursmasse nicht gedeckten Verbindlichkeiten.

Daneben knüpft auch das EKEG seine Krisendefinition an die Kennzahlen nach dem URG an. Liegen diese vor und kann nicht bewiesen werden, dass kein Reorganisationsbedarf besteht, so befindet sich die Gesellschaft in der Krise. Gewisse in dieser Zeit gewährte Gesellschafterleistungen werden als Eigenkapital ersetzend gewertet, mit der Folge, dass Ansprüche auf Rückforderung bei Fortbestehen der Krise nicht und im Konkurs über das Vermögen der Gesellschaft nur als nachrangige Forderungen geltend gemacht werden können.

Die unbedingte Verpflichtung zur Einberufung der außerordentlichen Generalversammlung nach Abs. 2 besteht derzeit bei Verlust des halben Stammkapitals. Es ist sinnvoll, auch bei Vorliegen der Kennzahlen

nach dem URG eine solche Verpflichtung zu normieren. Die Generalversammlung kann eine Warnfunktion erfüllen; sie ist auch vernünftig, um gegebenenfalls Reorganisationsmaßnahmen zu beschließen.

Wenn es das Interesse der Gesellschaft erfordert, bleiben die Geschäftsführer daneben jederzeit verpflichtet, die Generalversammlung einzuberufen.

Satz 2 des § 36 Abs. 2, der vorsieht, dass bei einer nach dieser Bestimmung einberufenen Generalversammlung gefasste Beschlüsse vom Vorstand dem Handelsgericht mitzuteilen sind, wird gestrichen. Die Bestimmung hat in der Praxis so gut wie keine Bedeutung erlangt. Auch ist ihr Schutzzweck nicht klar: Geht es darum, dass die interessierte Öffentlichkeit von der schwierigen wirtschaftlichen Situation der Gesellschaft informiert wird, so ist es inkonsequent, dass das Handelsgericht dann nicht zu verständigen ist, wenn in der Generalversammlung keine Beschlüsse gefasst werden. Die Mitteilungspflicht ist auch im Hinblick auf gerechtfertigte Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft problematisch. Die Parallelbestimmung zu § 36 Abs. 2 im Aktiengesetz, § 83 AktG, kennt überdies keine derartige Verständigung.

Zum Aktiengesetz:

Zu § 83:

Diese Änderung ist geboten, um den Gleichklang mit der Bestimmung des § 36 GmbHG beizubehalten.

Zum Genossenschaftsgesetz:

Zu § 36:

Nicht zuletzt die Anwendung des im Genossenschaftsgesetz dispositiv vorgesehenen Grundsatzes der Nominalbeteiligung hat dazu geführt, dass das Nennkapital bei Genossenschaften oft sehr gering, die Rücklagen aber vergleichsweise hoch sind. Würde man mit der Verständigung der Generalversammlung warten, bis die Rücklagen zur Gänze verbraucht und auch die Einlagen schon zur Hälfte aufgezehrt sind, käme eine Einberufung der Generalversammlung regelmäßig zu spät. Die Bestimmung verpflichtet daher zur Einberufung der Generalversammlung schon dann, wenn ein Verlust in der Höhe der Hälfte der Summe aller Rücklagen der Genossenschaft und der auf die Geschäftsanteile geleisteten Einlagen eingetreten ist. Im übrigen soll die Einberufung wie bei den Kapitalgesellschaften auch dann stattfinden, wenn sich die Anhaltspunkte für den Verlust anders als „aus der Bilanz“ ergeben.

Daneben sollen wie bei den Kapitalgesellschaften die Geschäftsführer zur Einberufung der Generalversammlung verpflichtet sein, wenn die Kennzahlen nach § 22 URG gegeben sind.

Zum Übernahmegesetz:

Zu § 24:

§ 24 ÜbG regelt gesetzliche Ausnahmen von der Angebotspflicht. Die in Art. II dieses Entwurfs vorgeschlagene Erweiterung des § 32 Abs. 2 KO, wonach zB bei Kapitalgesellschaften auch Mitglieder des Leitungs- oder Aufsichtsorgans als nahe Angehörige gelten, entspricht nicht dem im Übernahmerecht beabsichtigten Angehörigenbegriff. Durch die Präzisierung des Verweises auf § 32 Abs. 1 KO kann die Einschränkung auf die Angehörigeneigenschaft unter natürlichen Personen erreicht werden.

Zu Art. IX:

Dieser Artikel enthält In-Kraft-Tretens- und Übergangsregelungen für die Art. II bis VIII dieses Bundesgesetzes.

Geltende Fassung:

Vorgeschlagene Fassung:

Artikel II

Änderung der Konkursordnung

Sicherheiten für Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen

§ 12b. Ab- oder Aussonderungsrechte, die aus dem Vermögen des Schuldners für eine diesem gewährte Eigenkapital ersetzende Leistung erworben wurden, und Ab- oder Aussonderungsrechte, die aus dem Vermögen des Schuldners für eine diesem früher erbrachte Leistung in einem Zeitpunkt erworben wurden, in dem diese Eigenkapital ersetzend gewesen wäre, erlöschen mit Konkurseröffnung. Sie leben jedoch wieder auf, wenn der Konkurs gemäß § 166 aufgehoben wird. § 12 Abs. 1 letzter Satz und Abs. 2 und 3 gelten sinngemäß.

e) Gebrauchsüberlassung durch Gesellschafter

§ 26a. Wurde dem Schuldner von einem nach dem EKEG erfassten Gesellschafter eine Sache zum Gebrauch überlassen, so kann die Sache vor Ablauf von einem Jahr ab der Konkurseröffnung nicht zurückgefordert werden, wenn dadurch die Fortführung des Unternehmens gefährdet wäre.

§ 32. (1) ...

(2) Ist der Gemeinschuldner eine Kapitalgesellschaft oder eine Personengesellschaft, so gelten

1. die Mitglieder des Leitungs- oder Aufsichtsorgans,
2. die unbeschränkt haftenden Gesellschafter sowie
3. Personen, die mit einem Anteil von zumindest 25% im Sinne des § 5 Abs. 1 Z 2 EKEG an seinem Vermögen beteiligt sind,

als nahe Angehörige des Schuldners. Das gleiche gilt für solche Personen, auf die dies im letzten Jahr vor der Konkurseröffnung zugetroffen hat, sowie für die in Abs. 1 aufgezählten nahen Angehörigen aller dieser Personen.

Nachrangige Forderungen

§ 57a. (1) Nach den Konkursforderungen sind die Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen zu befriedigen.

§ 32. (1) ...

(2) Ist der Gemeinschuldner eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, so gelten die Gesellschafter und frühere Gesellschafter, die im letzten Jahre vor der Konkurseröffnung aus der Gesellschaft ausgeschieden sind, als nahe Angehörige der Gesellschaft. Das gleiche gilt für die nahen Angehörigen der im ersten Satz bezeichneten Gesellschafter.

Geltende Fassung:**Vorgeschlagene Fassung:**

(2) Die Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen sind wie Konkursforderungen durchzusetzen. Sie sind jedoch nur anzumelden, wenn das Konkursgericht besonders zur Anmeldung dieser Forderungen auffordert. Das Konkursgericht hat eine solche Aufforderung zu erlassen, sobald zu erwarten ist, dass es zu einer – wenn auch nur teilweisen – Befriedigung nachrangiger Forderungen kommen wird. Die besondere Aufforderung ist öffentlich bekannt zu machen und den Gläubigern, die Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen haben und deren Anschrift bekannt ist, zuzustellen. Bei der Anmeldung solcher Forderungen ist auf den Nachrang hinzuweisen. Die Rechte der Konkursgläubiger werden durch die Befugnisse der Gläubiger mit Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen nicht berührt.

Überschuldung**Überschuldung**

§ 67. (1) und (2) ...

§ 67. (1) und (2) ...

(3) Bei der Prüfung, ob rechnerische Überschuldung vorliegt, sind Verbindlichkeiten – auch solche aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen – dann nicht zu berücksichtigen, wenn der Gläubiger erklärt, dass er Befriedigung erst nach Beseitigung eines negativen Eigenkapitals (§ 225 Abs. 1 HGB) oder im Fall der Liquidation nach Befriedigung aller Gläubiger begehrt und dass wegen seiner Chance auf nachrangige Befriedigung kein Insolvenzverfahren eröffnet zu werden braucht.

Antrag des Schuldners**Antrag des Schuldners**

§ 69. (1) bis (4) ...

§ 69. (1) bis (4) ...

(5) Die Konkursgläubiger können Schadenersatzansprüche wegen einer Verschlechterung der Konkursquote infolge einer Verletzung der Verpflichtung nach Abs. 2 erst nach Rechtskraft der Aufhebung des Konkurses geltend machen.

Antrag eines Gläubigers**Antrag eines Gläubigers**

§ 70. (1) Auf Antrag eines Gläubigers ist der Konkurs unverzüglich zu eröffnen, wenn er glaubhaft macht, daß er eine – wenngleich nicht fällige – Konkursforderung hat, und daß der Schuldner zahlungsunfähig ist. Der Gläubiger braucht jedoch die Zahlungsunfähigkeit nicht glaubhaft zu machen, wenn er die Konkurseröffnung während der Anhängigkeit oder innerhalb vierzehn Tagen

§ 70. (1) Auf Antrag eines Gläubiger ist der Konkurs unverzüglich zu eröffnen, wenn er glaubhaft macht, dass er eine – wenngleich nicht fällige – Konkursforderung oder Forderung aus einer Eigenkapital ersetzenden Leistung hat und dass der Schuldner zahlungsunfähig ist. Der Gläubiger braucht jedoch die Zahlungsunfähigkeit nicht glaubhaft zu machen, wenn er die Konkurseröffnung

Geltende Fassung:

nach der Einstellung eines nicht nach § 65 AO fortgesetzten Ausgleichsverfahrens beantragt.

(2) bis (4) ...

Unzulässigkeit des Ausgleichsverfahrens

§ 141. Der Antrag ist unzulässig:

1. bis 4. ...
5. wenn die Erfüllung des Ausgleichs voraussichtlich nicht möglich sein wird;
6. ...

§ 154. Die Bestätigung kann versagt werden:

1. wenn die dem Gemeinschuldner im Ausgleich gewährten Begünstigungen in Widerspruch mit dessen Verhältnissen stehen oder wenn der Ausgleich dem gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger widerspricht;
2. ...

Artikel III**Änderung der Ausgleichsordnung****Wirkung auf Rechtshandlungen des Schuldners.**

§ 8. (1) bis (4) ...

Vorgeschlagene Fassung:

während der Anhängigkeit oder innerhalb vierzehn Tagen nach der Einstellung eines nicht nach § 65 AO fortgesetzten Ausgleichsverfahrens beantragt.

(2) bis (4) ...

Unzulässigkeit des Ausgleichsverfahrens

§ 141. Der Antrag ist unzulässig:

1. bis 4. ...
5. wenn die Erfüllung des Ausgleichs voraussichtlich nicht möglich sein wird, wobei Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen nicht zu berücksichtigen sind;
6. ...

§ 154. Die Bestätigung kann versagt werden:

1. wenn die dem Gemeinschuldner im Ausgleich gewährten Begünstigungen in Widerspruch mit dessen Verhältnissen stehen oder wenn der Ausgleich dem gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger widerspricht, wobei Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen nicht zu berücksichtigen sind;
2. ...

Wirkung auf Rechtshandlungen des Schuldners

§ 8. (1) bis (4) ...

(5) Rechtshandlungen des Schuldners oder des für ihn handelnden Ausgleichsverwalters, die ihnen zur Fortführung des Unternehmens gestattet sind, unterliegen nicht den Bestimmungen des Eigenkapitalersatzrechts.

Sicherheiten für Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen

§ 12b. Ab- oder Aussonderungsrechte, die aus dem Vermögen des Schuldners für eine diesem gewährte Eigenkapital ersetzende Leistung erworben wurden, und Ab- oder Aussonderungsrechte, die aus dem Vermögen des Schuldners für eine diesem früher erbrachte Leistung in einem Zeitpunkt erworben wurden, in dem diese Eigenkapital ersetzend gewesen wäre, erlöschen

Geltende Fassung:

Ausgleichsforderungen

§ 23a. Beendigungsansprüche sind Ausgleichsforderungen, wenn

1. das Beschäftigungsverhältnis nach § 20c aufgelöst oder
2. die Auflösungserklärung vor Ausgleichseröffnung rechtswirksam abgegeben oder
3. das Beschäftigungsverhältnis vom Arbeitnehmer (arbeitnehmerähnliche Person) aufgelöst wurde und dies nicht auf eine Rechtshandlung oder ein sonstiges Verhalten des Schuldners nach Ausgleichseröffnung oder des für ihn handelnden Ausgleichsverwalters zurückzuführen ist.

§ 51. Die Bestätigung kann versagt werden:

1. wenn die dem Schuldner im Ausgleich gewährten Begünstigungen in Widerspruch mit dessen Verhältnissen stehen oder wenn der Ausgleich dem gemeinsamen Interesse der Gläubiger widerspricht;
2. ...

Vorgeschlagene Fassung:

durch die Eröffnung des Ausgleichsverfahrens. Sie leben jedoch wieder auf, wenn das Verfahren eingestellt wird. § 12 Abs. 1 letzter Satz und Abs. 2, 3 und 4 gelten sinngemäß.

Gebrauchsüberlassung durch Gesellschafter

§ 20f. Wurde dem Schuldner von einem nach dem EKEG erfassten Gesellschafter eine Sache zum Gebrauch überlassen, so kann die Sache vor Ablauf von einem Jahr ab Eröffnung des Ausgleichsverfahrens nicht zurückgefordert werden, wenn dadurch die Fortführung des Unternehmens gefährdet wäre.

Ausgleichsforderungen

§ 23a. (1) Beendigungsansprüche sind Ausgleichsforderungen, wenn

1. das Beschäftigungsverhältnis nach § 20c aufgelöst oder
2. die Auflösungserklärung vor Ausgleichseröffnung rechtswirksam abgegeben oder
3. das Beschäftigungsverhältnis vom Arbeitnehmer (arbeitnehmerähnliche Person) aufgelöst wurde und dies nicht auf eine Rechtshandlung oder ein sonstiges Verhalten des Schuldners nach Ausgleichseröffnung oder des für ihn handelnden Ausgleichsverwalters zurückzuführen ist.

(2) Zu den Ausgleichsforderungen gehören nicht die Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen.

§ 51. Die Bestätigung kann versagt werden:

1. wenn die dem Schuldner im Ausgleich gewährten Begünstigungen in Widerspruch mit dessen Verhältnissen stehen oder wenn der Ausgleich dem gemeinsamen Interesse der Gläubiger widerspricht, wobei Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen nicht zu berücksichtigen sind;
2. ...

Artikel IV

Änderung des Unternehmensreorganisationsgesetzes

Eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen

§ 21. Reorganisationsmaßnahmen unterliegen nicht den Regeln des Eigenkapitalersatzrechts.

Eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen

§ 21. Reorganisationsmaßnahmen unterliegen nicht den Bestimmungen des Eigenkapitalersatzrechts.

Geltende Fassung:**Haftung des Aufsichtsrats und der Gesellschafterversammlung**

§ 25. Hat ein Mitglied des vertretungsbefugten Organs die Einleitung des Reorganisationsverfahrens vorgeschlagen, aber nicht die dafür notwendige Zustimmung des Aufsichtsrats bzw. der Gesellschafterversammlung erhalten oder wurde ihm wirksam die Weisung erteilt, das Verfahren nicht einzuleiten, so haftet es nicht. In diesem Fall haften die Mitglieder des Organs, die gegen die Einleitung gestimmt oder die die Weisung erteilt haben, zur ungeteilten Hand nach § 22 Abs. 1 in dem sich aus dieser Bestimmung ergebenden Gesamtumfang, jedoch je Person nur bis zu einer Million Schilling.

Vorgeschlagene Fassung:**Haftung des Aufsichtsrats und der Gesellschafterversammlung**

§ 25. Hat ein Mitglied des vertretungsbefugten Organs die Einleitung des Reorganisationsverfahrens vorgeschlagen, aber nicht die dafür notwendige Zustimmung des Aufsichtsrats bzw. der Gesellschafterversammlung erhalten oder wurde ihm wirksam die Weisung erteilt, das Verfahren nicht einzuleiten, so haftet es nicht. In diesem Fall haften die Mitglieder des Organs, die gegen die Einleitung gestimmt oder die die Weisung erteilt haben, zur ungeteilten Hand nach § 22 Abs. 1 in dem sich aus dieser Bestimmung ergebenden Gesamtumfang, jedoch je Person nur bis zu 100 000 Euro.

Artikel V**Änderung des GmbH-Gesetzes****§ 36. (1) ...**

(2) Die Versammlung ist, soweit nicht eine Beschlußfassung außerhalb derselben zulässig ist, mindestens jährlich einmal und außer den im Gesetze oder im Gesellschaftsvertrage ausdrücklich bestimmten Fällen immer dann zu berufen, wenn es das Interesse der Gesellschaft erfordert, insbesondere ohne Verzug dann, wenn sich ergibt, daß die Hälfte des Stammkapitals verloren gegangen ist. Im letzteren Falle gefaßte Beschlüsse der Versammlung hat der Vorstand dem Handelsgerichte mitzuteilen.

§ 36. (1) ...

(2) Die Versammlung ist, soweit nicht eine Beschlußfassung außerhalb derselben zulässig ist, mindestens jährlich einmal und außer den im Gesetze oder im Gesellschaftsvertrage ausdrücklich bestimmten Fällen immer dann zu berufen, wenn es das Interesse der Gesellschaft erfordert, insbesondere ohne Verzug dann, wenn sich ergibt, dass die Hälfte des Stammkapitals verloren gegangen ist oder dass die Eigenmittelquote weniger als 8% und die fiktive Schuldentilgungsdauer mehr als 15 Jahre betragen (§ 22 URG).

Artikel VI**Änderung des Aktiengesetzes****Vorstandspflichten bei Verlust**

§ 83. Ergibt sich bei Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz oder ist anzunehmen, daß ein Verlust in der Höhe des halben Grundkapitals besteht, so hat der Vorstand unverzüglich die Hauptversammlung einzuberufen und dieser davon Anzeige zu machen.

Vorstandspflichten in der Krise

§ 83. Ergibt sich bei Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz oder ist anzunehmen, dass ein Verlust in der Höhe des halben Grundkapitals besteht oder dass die Eigenmittelquote weniger als 8% und die fiktive Schuldentilgungsdauer mehr als 15 Jahre betragen (§ 22 URG), so hat der Vorstand unverzüglich die Hauptversammlung einzuberufen und dieser davon Anzeige zu machen.

Geltende Fassung:

Vorgeschlagene Fassung:

Artikel VII

Änderung des Gesetzes über die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften

§ 84. Ergibt sich aus der Bilanz, daß die Hälfte des auf die Geschäftsantheile eingezahlten Betrages verloren ist, so hat der Vorstand unverzüglich eine Generalversammlung zu berufen und ihr von der Lage der Genossenschaft die Anzeige zu machen.

§ 84. Ergibt sich bei Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz oder ist sonst anzunehmen, dass ein Verlust in der Höhe der Hälfte der Summe aller Rücklagen der Genossenschaft und der auf die Geschäftsanteile geleisteten Einlagen entsteht oder dass die Eigenmittelquote weniger als 8% und die fiktive Schuldentilgungsdauer mehr als 15 Jahre betragen (§ 22 URG), so hat der Vorstand unverzüglich eine Generalversammlung zu berufen und ihr dies anzuzeigen.

Artikel VIII

Änderung des Übernahmegesetzes

Ausnahmen von der Angebotspflicht kraft Gesetzes

§ 24. (1) Die Pflicht zur Stellung eines Angebots gemäß § 22 besteht nicht, wenn

1. Aktien durch Schenkung zwischen Angehörigen (§ 32 KO), Erbgang oder Teilung von Vermögen aus Anlaß einer Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung einer Ehe erworben werden;
2. Aktien auf einen anderen Rechtsträger übertragen werden, an dem mittelbar oder unmittelbar ausschließlich dieselben Gesellschafter oder deren Angehörige (§ 32 KO) im selben Beteiligungsverhältnis beteiligt sind; dies gilt sinngemäß, wenn Aktien auf den Alleingesellschafter des bisherigen Aktionärs übertragen werden;
3. Aktien auf eine Privatstiftung übertragen werden, deren Begünstigte ausschließlich bisherige Gesellschafter oder Angehörige (§ 32 KO) der Gesellschafter sind.

(2) ...

Ausnahmen von der Angebotspflicht kraft Gesetzes

§ 24. (1) Die Pflicht zur Stellung eines Angebots gemäß § 22 besteht nicht, wenn

1. Aktien durch Schenkung zwischen Angehörigen (§ 32 Abs. 1 KO), Erbgang oder Teilung von Vermögen aus Anlaß einer Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung einer Ehe erworben werden;
2. Aktien auf einen anderen Rechtsträger übertragen werden, an dem mittelbar oder unmittelbar ausschließlich dieselben Gesellschafter oder deren Angehörige (§ 32 Abs. 1 KO) im selben Beteiligungsverhältnis beteiligt sind; dies gilt sinngemäß, wenn Aktien auf den Alleingesellschafter des bisherigen Aktionärs übertragen werden;
3. Aktien auf eine Privatstiftung übertragen werden, deren Begünstigte ausschließlich bisherige Gesellschafter oder Angehörige (§ 32 Abs. 1 KO) der Gesellschafter sind.

(2) ...