

306/ME



**REPUBLIK ÖSTERREICH**  
BUNDESMINISTERIUM FÜR JUSTIZ

GZ 10.024A/143-I.5/2002

An das  
Präsidium des Nationalrats  
Parlament  
1010 Wien

Museumstraße 7  
A-1070 Wien

Briefanschrift  
A-1016 Wien, Postfach 63

Telefon  
0222/52 1 52-0\*

Telefax  
0222/52 1 52/2727

Fernschreiber  
131264 jusmja

Teletex  
3222548 = bmjust

.....  
Sachbearbeiter

Dr. Sonja Niederberger

Klappe 2130 (DW)

Betreff: Entwurf eines Eigenkapitalersatz-Gesetzes;  
Begutachtungsverfahren.

Das Bundesministerium für Justiz beeckt sich, gemäß einer Entschließung des Nationalrates den Entwurf eines Eigenkapitalersatz-Gesetzes samt Erläuterungen in 25-facher Ausfertigung mit dem Ersuchen um Kenntnisnahme zu übersenden.

Die im Begutachtungsverfahren befassten Stellen wurden um Stellungnahme bis  
30. April 2002  
ersucht.

Es darf darauf hingewiesen werden, dass der Gesetzesentwurf auch auf der Website des Bundesministeriums für Justiz ([www.bmj.gv.at](http://www.bmj.gv.at)) zur Einsicht und zum Download bereitsteht.

5. März 2002  
Für den Bundesminister:

Dr. Gerhard Hopf

Beilagen: 25 Ausf.

F.d.R.d.A.:  
*H. Klause*



# BUNDESMINISTERIUM FÜR JUSTIZ

## Eigenkapitalersatz-Gesetz

Entwurf

**Beilage A**

Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterleistungen (Eigenkapitalersatz-Gesetz - EKEG) geschaffen wird sowie mit dem die Konkursordnung, die Ausgleichsordnung, das Unternehmensreorganisationsgesetz, das GmbH-Gesetz, das Aktiengesetz und das Gesetz über die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften geändert werden

Der Nationalrat hat beschlossen:

**Artikel I****Bundesgesetz über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterleistungen  
(Eigenkapitalersatz-Gesetz - EKEG)****Grundtatbestand**

**§ 1.** (1) Ein Kredit an eine Gesellschaft ist Eigenkapital ersetzend, wenn ihn ein Gesellschafter in der Krise der Gesellschaft gewährt.

(2) Gesellschaften im Sinne des Abs. 1 sind Kapitalgesellschaften und Genossenschaften mit beschränkter Haftung sowie Personengesellschaften, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter mit Vertretungsbefugnis eine natürliche Person ist.

(3) Eine Gesellschaft befindet sich in der Krise, wenn Reorganisationsbedarf besteht. Dies wird vermutet, wenn die Eigenmittelquote (§ 23 URG) der Gesellschaft weniger als 8% und die fiktive Schuldentilgungsdauer (§ 24 URG) mehr als 15 Jahre betragen.

(4) Wird Reorganisationsbedarf nicht vermutet, so ist weitere Voraussetzung, dass der Gesellschafter im Zeitpunkt der Gewährung des Kredits die Krise kannte.

**Erfasste Gesellschafter**

**§ 2.** (1) Gesellschafter im Sinne des § 1 ist, wer

1. an einer Gesellschaft kontrollierend oder
2. mit einem Anteil von zumindest 25% beteiligt ist, und zwar bei einer Kapitalgesellschaft am Nennkapital, bei einer Genossenschaft mit beschränkter Haftung am Geschäftsanteilskapital und bei einer Personengesellschaft am Gesellschaftsvermögen, oder

3. wie ein Gesellschafter, dem die Mehrheit der Stimmrechte zusteht, einen beherrschenden Einfluss auf eine Gesellschaft ausübt, selbst wenn er an dieser nicht beteiligt ist.

(2) Eine Beteiligung ist kontrollierend, wenn

1. dem Gesellschafter die Mehrheit der Stimmrechte zusteht oder
2. dem Gesellschafter das Recht zusteht, die Mehrheit der Mitglieder des Leitungs- oder Aufsichtsorgans zu bestellen oder abzuberufen, oder er das Sonderrecht hat, selbst Mitglied des Leitungsorgans zu sein, oder
3. dem Gesellschafter auf Grund eines Vertrages mit einem oder mehreren Gesellschaftern das Recht zur Entscheidung zusteht, wie Stimmrechte der Gesellschafter, soweit sie mit seinen eigenen Stimmrechten zur Erreichung der Mehrheit aller Stimmen erforderlich sind, bei Bestellung oder Abberufung der Mehrheit der Mitglieder des Leitungs- oder Aufsichtsorgans auszuüben sind oder
4. sie dem Gesellschafter ermöglicht, einen beherrschenden Einfluss auszuüben; dies wird vermutet, wenn ein Gesellschafter zumindest 25% der Stimmrechte innehat und kein anderer eine zumindest gleichwertige Stimmrechtsmacht hat.

(3) Werden Kredite auf Grund abgestimmten Verhaltens durch mehrere Gesellschafter oder durch einen Gesellschafter auf Grund Absprache mit anderen gewährt, so werden Kredit gebende Gesellschafter erfasst, wenn sie und die an der Absprache beteiligten Gesellschafter zusammen im Ausmaß des Abs. 1 beteiligt sind. Eine Absprache oder abgestimmtes Verhalten wird vermutet, wenn die Gesellschafter zueinander nahe Angehörige im Sinne des § 32 KO sind.

### **Treuhandschaft**

§ 3. (1) Hält ein Gesellschafter einen Gesellschaftsanteil als Treuhänder für einen Dritten (Treugeber), so gilt der Treugeber als Gesellschafter. Daneben gilt auch der Treuhänder als Gesellschafter, wenn die Treuhandschaft im Zeitpunkt der Kreditgewährung nicht offengelegt wurde.

(2) Gewährt ein Dritter als Treuhänder für einen Gesellschafter der Gesellschaft einen Kredit, so werden die Gesellschafterstellung des Treugebers und dessen Kenntnis der Krise dem Treuhänder zugerechnet.

### **Verbundene Unternehmen und Konzern**

**§ 4. (1)** Als Gesellschafter gilt weiters der Kreditgeber, wenn er

1. mittelbar an der kreditnehmenden Gesellschaft kontrollierend beteiligt ist  
oder
2. unmittelbar oder mittelbar an einer Gesellschaft kontrollierend beteiligt ist,  
die mit zumindest 25% im Sinne des § 2 Abs. 1 an der kreditnehmenden  
Gesellschaft beteiligt ist (mittelbare Beteiligung).

(2) Ist der Kreditgeber mit anderen rechtlich selbständigen Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung oder kontrollierender Beteiligung zusammengefasst (Konzern), so gilt er auch als Gesellschafter im Sinne des § 1, wenn seine eigene unmittelbare oder mittelbare Beteiligung an der Kreditnehmenden Gesellschaft bei Hinzurechnung der Beteiligungen anderer Mitglieder des Konzerns die Kriterien des § 2 Abs 1 erfüllt.

**§ 5. (1)** In einem Konzern gilt der Kreditgeber auch dann als erfasster Gesellschafter, wenn der Kreditgeber nicht an der kreditnehmenden Gesellschaft beteiligt ist, jedoch ein anderes Konzernmitglied

1. sowohl am Kreditgeber unmittelbar oder mittelbar kontrollierend beteiligt ist,
2. als auch am Kreditnehmer, wenn auch nur mittelbar, beteiligt ist.

Der Kreditgeber hat, wenn der Kredit in der Krise gewährt wird, einen Anspruch auf Erstattung der Kreditsumme gegen das nächststehende Konzernmitglied, das die genannten Voraussetzungen erfüllt. Die Erstattung bewirkt den Eintritt in die Rechtsposition des Kreditgebers. Der Anspruch auf Erstattung verjährt in fünf Jahren ab Kreditgewährung.

(2) Abs. 1 gilt entsprechend, wenn außerhalb eines Konzerns die Kreditgebende Gesellschaft nicht an der Kreditnehmenden Gesellschaft beteiligt ist, jedoch an ihnen jeweils die selbe Person oder die selbe Personengruppe insgesamt im Sinne des Abs. 1 beteiligt ist.

(3) Die Vorschriften über die verdeckte Gewinnausschüttung bleiben unberührt. Sie gehen den Bestimmungen des Eigenkapitalersatzrechts vor.

### **Stille Gesellschaft**

**§ 6.** (1) Beteiligt sich ein erfasster Gesellschafter in der Krise zusätzlich als stiller Gesellschafter, so wird seine stille Einlage einem Kredit gleichgehalten.

(2) Ein stiller Gesellschafter ist einem erfassten Gesellschafter gleichgestellt, wenn der Inhaber des Handelsgewerbes eine Gesellschaft im Sinne des § 1 Abs. 2 ist und der stiller Gesellschafter

1. mit zumindest 25% schuldrechtlich am Unternehmenswert beteiligt ist und ihm zumindest einem Kommanditisten vergleichbare Mitbestimmungsrechte zustehen oder
2. einen beherrschenden Einfluss ausübt.

Für die Einlage gilt Abs. 1 entsprechend.

### **Kommanditgesellschaft**

**§ 7.** Ein Kredit, den ein nicht persönlich haftender Gesellschafter einer Personengesellschaft, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter mit Vertretungsbefugnis eine natürliche Person ist, der Komplementärgesellschaft gewährt, steht einem der Personengesellschaft gewährten Kredit gleich.

### **Nicht zu berücksichtigende Beteiligungen**

#### **§ 8. Beteiligungen, die im Rahmen**

1. des Beteiligungsfondsgesetzes,
2. des Investmentfondsgesetzes oder
3. des Pensionskassengesetzes

gehalten werden, bleiben bei Anwendung der §§ 2, 4, 5 und 6 außer Betracht.

### **Nichtgeltendmachen von Forderungen**

**§ 9.** Einer Forderung aus einem Eigenkapital ersetzenden Kredit steht eine in der Krise entstandene oder fällig gewordene Forderung gleich, wenn sie nicht innerhalb von

60 Tagen ab dem Bilanzstichtag der Gesellschaft, jedoch längstens innerhalb eines Jahres geltend gemacht wird.

### **Anteilserwerb zur Sanierung**

**§ 10.** Erwirbt ein Kreditgeber an einer in der Krise befindlichen Gesellschaft eine Beteiligung zum Zweck der Überwindung der Krise, so führt dies für die von ihm bereits gewährten oder im Rahmen eines Sanierungskonzepts zu diesem Zweck neu gewährten Kredite nicht dazu, dass sie als Eigenkapital ersetzend zu qualifizieren sind.

### **Rückzahlungssperre**

**§ 11.** (1) Der Gesellschafter kann eine Eigenkapital ersetzende Leistung samt den darauf entfallenden Zinsen in der Krise nicht zurückfordern. Entgegen dieser Vorschrift geleistete Zahlungen hat der Gesellschafter der Gesellschaft rückzuerstatteten. Das selbe gilt, wenn sich der Gesellschafter durch Aufrechnung, Pfandverwertung oder in anderer Weise Befriedigung verschafft.

(2) Im Rahmen eines Kontokorrentverhältnisses besteht der Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft nur in Höhe des Differenzbetrags zwischen dem aushaftenden Kreditsaldo und einem höheren Saldo zu Beginn der Rückzahlungssperre.

(3) Der Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft verjährt in fünf Jahren ab Zahlung oder sonstiger Befriedigung, wenn sie nicht beweist, dass der Ersatzpflichtige die Widerrechtlichkeit der Zahlung kannte.

### **Sicherheiten der Gesellschaft**

**§ 12.** Sicherheiten aus dem Gesellschaftsvermögen, die in der Krise für frühere Kredite erfasster Gesellschafter bestellt werden, werden wie Sicherheiten für Eigenkapital ersetzende Kredite behandelt. § 1 Abs. 4 gilt sinngemäß.

### **Eigenkapital ersetzende Gesellschatersicherheiten**

**§ 13.** (1) Bürgt ein Gesellschafter in der Krise für die Rückzahlung des Kredits eines Dritten, bestellt er ein Pfand oder leistet er eine vergleichbare Sicherheit, so kann sich der Dritte ungeachtet entgegenstehender Vereinbarungen wegen der Rückzahlung des Kredits aus der Sicherheit befriedigen, ohne zuerst gegen die Gesellschaft vorgehen zu

Entwurf eines Eigenkapitalersatz-Gesetzes

5

müssen. Wird der Gesellschafter aus dieser Sicherheit in Anspruch genommen, so hat er gegen die Gesellschaft so lange keinen Regressanspruch, als die Krise andauert. Dennoch geleistete Zahlungen oder eine anderweitig erlangte Befriedigung hat der Gesellschafter an die Gesellschaft rückzuerstatten. Die § 1 Abs. 4 und § 11 Abs. 3 gelten sinngemäß.

(2) Fordert der Dritte von der Gesellschaft die Rückzahlung des Kredits, so kann die Gesellschaft vom Gesellschafter Zahlung an den Dritten verlangen, soweit die von ihm geleistete Sicherheit reicht.

(3) Ist der Kredit zurückgezahlt und dadurch die Sicherheit frei geworden, so kann die Gesellschaft vom sicherungsgebenden Gesellschafter Erstattung verlangen. Der Gesellschafter wird jedoch von seiner Verpflichtung frei, wenn er die Gegenstände, die dem Dritten als Sicherheit gedient haben, der Gesellschaft zu ihrer Befriedigung zur Verfügung stellt. Der Anspruch auf Erstattung verjährt in fünf Jahren ab Kreditrückzahlung.

**§ 14.** Der Dritte, der die Krise im Zeitpunkt der Gewährung des Kredits kannte oder dem das Vorliegen der Kennzahlen nach § 1 Abs. 3 erkennbar war, kann in der Krise die Rückzahlung des vom Gesellschafter besicherten Kredits von der Gesellschaft nur insoweit verlangen, als er bei der Inanspruchnahme der Sicherheit einen Ausfall erlitten hat oder hätte. Die Erkennbarkeit der Krise wird vermutet, wenn nach dem veröffentlichten oder dem dem Kredit gewährenden Dritten sonst bekannten Jahresabschluss die Eigenmittelquote weniger als 8 % und die fiktive Schuldentlastungsdauer mehr als fünfzehn Jahre betragen.

### **Verweisungen**

**§ 15.** Soweit in diesem Bundesgesetz auf Bestimmungen anderer Bundesgesetze verwiesen wird, sind diese in ihrer jeweils geltenden Fassung anzuwenden.

### **Inkrafttreten**

**§ 16.** Dieses Bundesgesetz tritt mit 1. Oktober 2002 in Kraft. Es ist auf Leistungen anzuwenden, die nach dem Inkrafttreten erbracht werden.

## Vollziehung

**§ 17.** Mit der Vollziehung dieses Bundesgesetzes ist der Bundesminister für Justiz betraut.

## Artikel II Änderungen der Konkursordnung

Die Konkursordnung, RGBI. Nr. 337/1914, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBI. I Nr. 98/2001, wird wie folgt geändert:

**1. § 10 Abs. 3 lautet:**

“(3) Soweit in diesem Bundesgesetz nichts anderes bestimmt ist, gelten die für Absonderungsgläubiger getroffenen Bestimmungen auch für

1. persönliche Gläubiger, die zur Sicherung ihrer Ansprüche bestimmte Vermögensstücke des Gemeinschuldners, insbesondere Buchforderungen, erworben haben, und
2. Gläubiger, die zur Sicherung ihrer Ansprüche Eigenkapital ersetzende Sicherheiten von Gesellschaftern des Gemeinschuldners erworben haben, wenn ihnen die Krise des Schuldners bekannt oder das Vorliegen der Kennzahlen nach § 1 Abs. 3 EKEG erkennbar war (§ 14 EKEG).“

**2. § 11 wird folgender Abs. 4 angefügt:**

„(4) Auf Grund einer Eintragung in das Anmeldungsverzeichnis kann während des Konkurses Exekution auf Gegenstände der Konkursmasse geführt werden, an denen Absonderungsrechte bestehen.“

**3. Nach § 12a wird folgende Bestimmung samt Überschrift eingefügt:**

**“Sicherheiten für Eigenkapital ersetzende Leistungen**

**§ 12b.** Sicherheiten, die vom Schuldner für Eigenkapital ersetzende Leistungen eingeräumt wurden, erlöschen mit Konkurseröffnung.“

**4. Nach § 26 wird folgende Bestimmung samt Überschrift eingefügt:**

**“e) Gebrauchsüberlassung durch Gesellschafter**

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

5. § 32 Abs. 2 lautet:

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

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

als nahe Angehörige des Schuldners. Das gleiche gilt für die in Abs. 1 aufgezählten nahen Angehörigen dieser Personen."

6. Nach § 51 wird folgender § 52 samt Überschrift eingefügt:

**"Nachrangige Forderungen**

**§ 52.** (1) Nach den Konkursforderungen sind

1. die seit der Konkursöffnung laufenden Zinsen von Konkursforderungen und danach
2. die Ansprüche auf Rückzahlung Eigenkapital ersetzender Leistungen zu befriedigen.

(2) Abs. 1 Z 2 gilt nicht für Ansprüche auf Rückzahlung Eigenkapital ersetzender Leistungen, die dem Schuldner während eines Ausgleichsverfahrens von einem Gesellschafter erbracht wurden und die nach den Bestimmungen der Ausgleichsordnung zur Fortführung des Geschäfts gestattet sind."

7. § 58 Z 1 lautet:

"1. Kosten, die den einzelnen Gläubigern aus ihrer Teilnahme am Verfahren erwachsen;"

8. § 67 wird folgender Abs. 3 angefügt:

"(3) Bei der Prüfung, ob rechnerische Überschuldung vorliegt, sind Verbindlichkeiten dann nicht zu berücksichtigen, wenn der Gläubiger ausdrücklich oder stillschweigend erklärt, dass er Befriedigung erst nach Beseitigung eines negativen Eigenkapitals (§ 225 Abs. 1 HGB) aus künftigen Jahresüberschüssen oder nach Befriedigung aller Gläubiger aus einem Liquidationsüberschuss begeht und dass wegen seiner Chance auf nachrangige Befriedigung kein Insolvenzverfahren eröffnet zu werden braucht. Dies gilt auch für Verbindlichkeiten aus Eigenkapital ersetzen Leistungen eines Gesellschafters."

*9. § 69 wird folgender Abs. 5 angefügt:*

"(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."

*10. § 143 Abs. 1 lautet:*

"(1) Gläubigern, deren Rechte durch den Inhalt des Ausgleichs keinen Abbruch erleiden, und solchen, die Ansprüche auf Rückzahlung Eigenkapital ersetzen Leistungen haben, gebührt kein Stimmrecht."

*11. Nach § 151 wird folgender § 151a eingefügt:*

**"Eigenkapital ersetzende Leistungen**

**§ 151a.** Die Ansprüche auf Rückzahlung Eigenkapital ersetzen Leistungen, die fällig sind, sind mit derselben Quote wie die Forderungen der Konkursgläubiger zu befriedigen, und zwar innerhalb der doppelten, jedenfalls aber ein Jahr nicht unterschreitenden Zahlungsfrist, frühestens aber nach Ablauf der für die Erfüllung des Ausgleichs vorgesehenen Frist."

*12. In § 156 Abs. 7 Satz 1 wird die Wortfolge „in § 58 Z 1 bezeichneten Forderungen“ durch die Worte „in § 52 Z 1 und § 58 Z 1 bezeichneten Forderungen“ ersetzt.*

## **Artikel III**

### **Änderungen der Ausgleichsordnung**

Die Ausgleichsordnung, BGBl II Nr. 221/1934, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2001, wird wie folgt geändert:

1. Nach § 12a wird folgende Bestimmung samt Überschrift eingefügt:

**"Sicherheiten für Eigenkapital ersetzende Leistungen**

**§ 12b.** Sicherheiten, die vom Schuldner für Eigenkapital ersetzende Leistungen eingeräumt wurden, erloschen durch die Eröffnung des Ausgleichsverfahrens."

2. Nach § 20 e wird folgender § 20 f samt Überschrift eingefügt:

**"Gebrauchsüberlassung durch Gesellschafter**

**§ 20f.** Wurde dem Schuldner von einem Gesellschafter in der Krise nach dem E-KEG 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."

3. § 39 Abs. 1 lautet:

"(1) Gläubigern, deren Rechte durch den Inhalt des Ausgleichs keinen Abbruch erleiden, und solchen, die Ansprüche auf Rückzahlung Eigenkapital ersetzender Leistungen haben, gebührt kein Stimmrecht."

4. Nach § 53 wird folgender § 53a eingefügt:

**"Eigenkapital ersetzende Leistungen**

**§ 53a.** Die Ansprüche auf Rückzahlung Eigenkapital ersetzender Leistungen, die fällig sind, sind mit derselben Quote wie die Forderungen der Gläubiger, deren Forderungen kein Vorrecht genießen, zu befriedigen, und zwar innerhalb der doppelten, jedenfalls aber ein Jahr nicht unterschreitenden Zahlungsfrist, frühestens aber nach Ablauf der für die Erfüllung des Ausgleichs vorgesehenen Frist."

## **Artikel IV Änderungen des Unternehmensreorganisationsgesetzes**

Das Unternehmensreorganisationsgesetz, BGBl I Nr. 114/1997, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 98/2001, wird wie folgt geändert:

1. § 21, dessen Überschrift unverändert bleibt, lautet:  
**"§ 21. Reorganisationsmaßnahmen unterliegen nicht den Bestimmungen des Eigenkapitalersatzrechts."**
2. In § 25 letzter Satz wird die Wortfolge "bis zu einer Million Schilling" durch den Ausdruck "bis zu 100.000 Euro" ersetzt.

## **Artikel V Änderung des GmbH-Gesetzes**

Das GmbH-Gesetz, RGBl 1906/58, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 142/2000, wird wie folgt geändert:

*In § 36 Abs. 2 Satz 1 werden nach der Wortfolge "dass die Hälfte des Stammkapitals verloren gegangen ist" die Worte eingefügt "oder dass die Eigenmittelquote weniger als 8% und die fiktive Schuldentlastungsdauer mehr als 15 Jahre betragen (§ 22 URG)".*

## **Artikel VI Änderung des Aktiengesetzes**

Das Aktiengesetz, BGBl Nr. 1965/98, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 98/2001, wird wie folgt geändert:

*In § 83 werden 1. in der Überschrift die Worte "bei Verlust" durch die Worte "in der Krise" ersetzt und 2. nach dem Satzteil "dass ein Verlust in der Höhe des halben Grund-*

kapitals besteht" die Wortfolge "oder dass die Eigenmittelquote weniger als 8% und die fiktive Schuldentilgungsdauer mehr als 15 Jahre betragen (§ 22 URG)" eingefügt.

## Artikel VII

### **Änderung des Gesetzes über die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften**

Das Gesetz über die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, RGBI Nr. 70/1873, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 136/2000, wird wie folgt geändert:

*§ 84 lautet:*

„§ 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 anzuseigen.“

## Artikel VIII

### **Inkrafttretens- und Übergangsbestimmungen**

(1) Art. II bis VII treten mit 1. Oktober 2002 in Kraft.

(2) Art. II und III dieses Bundesgesetzes sind, soweit die folgenden Absätze nichts anderes bestimmen, auf Verfahren (Konkurs, Anschlusskonkurs, Ausgleichsverfahren) anzuwenden, die nach dem 30. September 2002 eröffnet werden. Wird der Konkurs wieder aufgenommen (§ 158 Abs. 2 KO), so ist der Tag des Wiederaufnahmeverbeschlusses maßgebend. §§ 12b, 52, 58 Z 1, 143 Abs. 1, §§ 151a und § 156 Abs. 7 KO in der Fassung des Art. II sowie §§ 12b, 20 f, 39 Abs. 1 und § 53a AO in der Fassung des Art. III sind bei Leistungen und Sicherheiten, die vor dem 1. Oktober 2002 erbracht werden, jedoch nur dann anzuwenden, soweit die Leistungen und Sicherheiten nach den bis zum Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes geltenden Regeln des Eigenkapitalersatzrechts Eigenkapital ersetzend sind. Die §§ 10 Abs. 3 und 26a KO und § 20f AO sind auf Leistungen und Sicherheiten anzuwenden, die nach dem Inkrafttreten erbracht werden.

(3) § 11 Abs. 4 KO in der Fassung des Art. II ist auf Eintragungen in das Anmeldungsverzeichnis anzuwenden, wenn die Prüfungsverhandlung nach dem 30. September 2002 stattgefunden hat.

(4) § 32 Abs. 2 KO in der Fassung des Art. II ist auf Rechtshandlungen anzuwenden, die nach dem Inkrafttreten vorgenommen werden.

(5) § 67 Abs. 3 KO in der Fassung des Art. II ist auf Anträge auf Konkurseröffnung, die nach dem 30. September 2002 bei Gericht einlangen, anzuwenden.

(6) § 21 URG in der Fassung des Art. IV ist auf Reorganisationsverfahren anzuwenden, die nach dem 30. September 2002 eingeleitet werden.



## **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:**

Beibehaltung des derzeitigen unbefriedigenden Zustands.

### **Kosten:**

Der Entwurf bringt keinen Personalmehrbedarf bei den Gerichten. Mit der Gesetzwertung 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 Entwurf eines Eigenkapitalersatz-Gesetzes

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 ersetzen Gesellschafterkredite sind unterschiedlich. Überwiegend wurde die Rechtsentwicklung gebilligt (Nw bei *Koppensteiner*, GmbHG<sup>2</sup> § 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 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. Einer Ableitung eigenkapitalersatzrechtlicher Grundsätze mittels Analogie zu § 74 GmbHG ist damit für die Zukunft die Grundlage entzogen. Inhaltlich knüpft der Entwurf an die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze an, überprüft sie jedoch dahingehend, ob sie einen angemessenen Interessenausgleich zwischen dem Kredit geben-

den Gesellschafter und den Gläubigern darstellen. Durch eine klare Umschreibung der Tatbestände soll die Rechtssicherheit geschaffen werden, die die Judikatur allein nicht bieten kann.

## **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 gesetzestehnisch 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, 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 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 Darlehens 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 hiezu 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 „Euromig“-Erkenntnissen*, ÖBA 1990, 337 ff mwN).

## **4. Inhalt des Entwurfs**

Ausgehend von der oben dargestellten Zielrichtung des Entwurfs wird das Schwerpunkt 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; beim Nichtzurückfordern, dem so genannten „Stehenlassen in der Krise“, wird jedoch die Verpflichtung des Kreditgebers, die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft laufend zu verfolgen, um den Eintritt der Krise zu bemerken und darauf zu reagieren, auf eine zumutbare Überprüfungsobligation eingeschränkt. Dies ist Ausdruck des Grundgedankens, dass bewusste Finanzierungentscheidungen der Gesellschafter erfasst sein sollen. Aus diesem Grund wurden auch beim Anknüpfungspunkt der Krise gänzlich neue Wege gegangen. Statt des schwer feststellbaren Begriffs der Kreditunwürdigkeit wird auf eine objektiv nachvollziehbare

Definition der Krise der Gesellschaft abgestellt, und zwar auf den Reorganisationsbedarf nach dem URG, der bei Vorliegen der Bilanzkennzahlen nach § 22 URG vermutet wird. Der Gesellschafter kann somit aus dem Rechenwerk des Schuldners auf einfache Art feststellen, ob eine Krise vorliegt.

Das Überlassen von Gegenständen zur Nutzung wird derzeit selbst dann erfasst, wenn ein angemessenes Entgelt geleistet wird. In diesem Fall kann jedoch von einer Kreditierung nicht gesprochen werden, sodass die derzeit angenommene zwangsweise Überlassung auf das notwendige Ausmaß zu reduzieren ist, und zwar auf den Fall, dass im Rahmen eines Insolvenzverfahrens der überlassene Gegenstand zur Fortführung des Unternehmens benötigt wird.

Das Eigenkapitalersatzrecht ist ein Sonderrecht für Gesellschafter, sodass Nichtgesellschafter nur ausnahmsweise erfasst werden; dies ist dann der Fall, wenn es zur Verhinderung von Umgehungen geboten ist, was in den Fällen von Treuhandschaft, 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 Gesellschafters geht.

Einen Schutz vor der Gefahr einer nicht erwarteten Umqualifizierung eines Kredits als Eigenkapital ersetzend bietet 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. Die Regelungen werden durch die in der Rechtsordnung verankerten Grundentwurf eines Eigenkapitalersatz-Gesetzes

sätze 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).

### **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, Finanzierungentscheidungen 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 darlehensgewährende 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.

Bisher hat die Rechtsprechung eigenkapitalersatzrechtliche Grundsätze aus den Bestimmungen des GmbH-Gesetzes über die Nachschüsse und aus dem Prinzip der Kapitalerhaltung abgeleitet. 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 Darlehens 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

### Zu § 1:

§ 1 bildet zusammen mit § 2 den Grundtatbestand des Eigenkapitalersatzrechts. Aus diesen Regelungen ergibt sich, unter welchen Voraussetzungen die Gewährung eines Kredits wie Eigenkapital zu behandeln ist.

Als Grundfall nennt Abs. 1 die Gewährung eines Kredits durch den Gesellschafter an die Gesellschaft in der Krise. Mit dem Begriff des Kredits wird, abweichend vom insoweit irreführenden Terminus des „Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehens“, vermittelt, dass nicht nur Darlehensverträge im engeren Sinn (§ 983 ABGB) gemeint sind. Ein Kredit im Sinne dieser Bestimmung ist auch jede Vorleistung des Gesellschafters, wenn die Gegenleistung von der Gesellschaft erst später zu erbringen ist, zum Beispiel auch der Verkauf einer Sache, wenn der Kaufpreis nicht Zug um Zug zu leisten ist, und die Stundung einer Forderung.

Abs. 2 zählt die Gesellschaftsformen auf, auf welche die Bestimmungen anwendbar sind. Es handelt sich um diejenigen Gesellschaften, bei denen keine natürliche Person für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet und bei denen daher 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 Komplementär eine natürliche Person ist.

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 die Mitglieder des Vereins grundsätzlich keinen wirtschaftlichen Ertrag aus ihrer Mitgliedschaft zu erwarten haben.

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 Gesell-

schafterdarlehen gegenüber einem Drittcredit 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, knüpft Abs. 3 an den Reorganisationsbedarf und die Kennzahlen des § 22 URG an (vgl *Mohr*, UnternehmensreorganisationsG, Anm zu §§ 22 bis 24). Diese sind relativ einfach feststellbar, und zwar sowohl für den Kreditgeber als auch später bei einem Rechtsstreit vor Gericht, und, wie die Erfahrungen mit dem URG gezeigt haben, gute Indikatoren für das Vorliegen der Krise. Vom Gesellschafter wird somit verlangt, dass er sich vor Gewährung eines Kredits über das Vorliegen der URG-Kennzahlen erkundigt. Fahrlässige Unkenntnis derselben hindert daher den Eigenkapitalersatz nicht.

Bei einer Eigenmittelquote von weniger als 8% und einer fiktiven Schuldentilgungs-dauer 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, Darlehen eines Gesellschafters wie Eigenkapital zu behandeln, wenn tatsächlich Reorganisationsbedarf gegeben ist, lässt Abs. 3 den Gegenbeweis zu, dass im Zeitpunkt der Darlehensgewährung kein solcher bestanden hat.

Besteht Reorganisationsbedarf, ohne dass auch die Kennzahlen vorliegen, so wird dessen Unkenntnis dem Gesellschafter nicht angelastet. Voraussetzung für die Annahme von Eigenkapitalersatz ist daher in diesem Fall, dass der darlehensgewährende Gesellschafter den Reorganisationsbedarf positiv kannte.

**Zu § 2:**

Die Rechtsprechung hatte bisher noch nicht zu entscheiden, ab welcher Höhe der Beteiligung Regeln über den Eigenkapitalersatz anzuwenden sind. Der Oberste Gerichtshof sah jedoch 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 Gesellschaftsanteil – eine Rechtsstellung inne hat, die ihm eine beträchtliche Einwirkung auf die Geschäftsführung 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 Kleingeschäftspartnern 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 als Anteil anzusehen 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. In Fortführung der bei den übrigen Gesellschaften aufgestellten Kriterien ist hier darauf abzustellen, welchen Gewinn- und Verlustanteil der Gesellschafter aufgrund des Gesellschaftsvertrages zu tragen hat und welche Auseinandersetzungsansprüche ihm zustehen.

Der Entwurf stellt erfassten Gesellschaftern aber in Abs. 1 Z 3 auch – diesmal unabhängig von ihrer Beteiligung – Personen gleich, die einen beherrschenden Einfluss ausüben. Mit dem Begriff 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 nimmt. In einem derartigen Fall soll nicht daran angeknüpft werden, wie viele Geschäftsanteile dem Beherrschter zustehen, letztlich kann es auch nicht darauf ankommen, ob er etwa eine einzige Aktie hält oder gar keine. Es ist nicht gerechtfertigt, einen Gesellschafter, der in dieser Weise Einfluss nimmt, anders zu behandeln als einen Dritten, der die Gesellschaft faktisch beherrscht. Sogar wenn der Beherrschter formell gar nicht Gesellschafter ist, wird er daher einbezogen, wenn er wie ein Gesellschafter agiert, dem die Mehrheit der Stimmrechte zusteht. Gedacht ist zum Beispiel an den wichtigsten Gläubiger der Gesellschaft, dem bereits große Teile des Unternehmens als Sicherheit für seine Forderungen dienen und der die Geschäftsführung diktiert. (Vgl die Entscheidungen 1 Ob 290/00d, ZIK 2001/334; SZ 69/149, wo der OGH das Verbot der Einlagenrückgewähr bei Kollusion auch auf den Dritten ausgedehnt hat, sowie dann, wenn dieser von der Einlagenrückgewähr wusste oder sich ihm der Missbrauch geradezu aufdrängen musste, wenn seine Unkenntnis also ~~der Begriff Fehler nicht mehr steht~~. 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 oder wenn ihm selbst auf Grund des Gesellschaftsvertrags das Sonderrecht zusteht, Mitglied des Leitungsorgans zu sein (Abs. 2 Z 2). Ebenso er-Entwurf eines Eigenkapitalersatz-Gesetzes

fasst 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 3).

Nach Abs. 2 Z 4 kommt es darauf an, ob der Gesellschafter auf Grund des Gesellschaftsvertrags eine Rechtsposition inne hat, die ihm ermöglicht, einen beherrschenden Einfluss auszuüben. Hierunter ist eine Machtposition zu verstehen, die eine wesentliche Einwirkung auf alle wichtigen Geschäftsführungsangelegenheiten ermöglicht, zum Beispiel ein umfassendes Widerspruchsrecht. Anders als nach Abs. 1 Z 3 stellt Abs. 2 Z 4 aber nicht darauf ab, ob der Gesellschafter von seiner Einflussmöglichkeit auch tatsächlich Gebrauch macht. Wenn dem Gesellschafter als einzigm 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 von Abs. 1 Z 2 erfasst wird.

Von Abs. 2 werden Gesellschafter nicht erfasst, die nur zusammen die Kriterien erfüllen, selbst wenn sie gemeinsam einen Kredit gewähren. Abs. 1 stellt nämlich nur auf eine kontrollierende oder prozentmäßige Beteiligung oder auf einen beherrschenden Einfluss des Kreditgebers ab. Es ist daher geboten, bei abgestimmter Kreditvergabe mehrerer Gesellschafter deren Anteilsrechte und Einflussmöglichkeiten zu addieren. Das gilt auch, wenn zwar nur ein Gesellschafter als Darlehensgeber auftritt, er aber auf Grund einer Vereinbarung mit anderen handelt. Nur so können Umgehungen durch die Aufsplitterung von Geschäftsanteilen verhindert werden. Bei Familiengesellschaften sind Absprachen besonders häufig, Abs. 3 letzter Satz stellt daher eine dahin gehende Vermutung auf, wenn die Gesellschafter nahe Angehörige im Sinne des § 32 KO sind.

### Zu § 3:

Treuhändisch gehaltene Anteile an Gesellschaften bergen die Gefahr der Umgehung von eigenkapitalersatzrechtlichen Vorschriften. Es entspricht allgemeinen Grundsätzen, dass der Treugeber als Gesellschafter angesehen wird. Führt der Treugeber in der Krise einen Kredit zu, so ist für Außenstehende der Eigenkapital ersetzen-

de Charakter allerdings nicht ersichtlich. Die Treuhand ist für Dritte auch schwer beweisbar und führt zu Unsicherheiten im Rechtsverkehr. Um zu verhindern, dass im Konkurs der Gesellschaft seitens Kredit gebender Gesellschafter im Nachhinein Treuhandschaften konstruiert werden, sieht Abs. 1 vor, dass nur dann nicht auch der Treuhänder als Gesellschafter behandelt wird, wenn er spätestens bei Hingabe eines Kredits an die Gesellschaft offen legt, dass er den Geschäftsanteil nur zu treuen Handen 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. Die Bestimmung sieht vor, dass der Kredit so eingestuft wird, als hätte ihn der Treugeber selbst vergeben.

Gewährt jemand einen Kredit zum Teil selbst, zum Teil für andere als Treuhänder, wie dies bei Konsortialkrediten der Fall ist, so bedeutet diese Regelung, dass sich die Zurechnung der Gesellschafterstellung eines Treugebers und dessen Kenntnis der Krise nur auf jenen Teil des Kredits bezieht, der wirtschaftlich auf seine Rechnung vergeben wurde.

#### **Zu § 4:**

Diese Bestimmung und § 5 regeln die Kreditgewährung im Konzern und zwischen sonstigen verbundenen Unternehmen. Abs. 1 erfasst den Fall einer Kreditgewährung von der Großmuttergesellschaft an eine Enkelgesellschaft. Die Kreditgeberin wird in Bezug auf die Kreditnehmerin als erfasste Gesellschafterin angesehen, wenn sie diese – vermittelt durch eine oder mehrere dazwischengeschaltete Tochtergesellschaften – kontrolliert, wobei der Maßstab des § 2 Abs. 2 anzuwenden ist (Abs. 1 Z 1). Dem Kreditgeber sind somit die Gesellschaften zuzurechnen, die sich in seiner Einflusssphäre befinden.

Da es nach § 2 Abs. 1 nicht nur auf eine kontrollierende Beteiligung ankommt, sondern auch ein Gesellschafter erfasst wird, der mit einem Anteil von zumindest 25 % an der Gesellschaft beteiligt ist, muss es auch genügen, wenn die Kreditgeberin zwar nicht die Kreditnehmerin, aber eine Tochtergesellschaft – wiederum unmittelbar oder mittelbar – kontrolliert, die ihrerseits an der Kreditnehmerin nicht kontrollierend, aber mit zumindest 25 % im Sinne des § 2 Abs. 1 Z 2 beteiligt ist (Abs. 1 Z 2). Eine bloße – nicht kontrollierende – Beteiligung reicht nicht aus.

trollierende – Beteiligung der Kreditgeberin an der zwischengeschalteten Tochtergesellschaft soll hingegen nicht ausreichen, weil dem Kreditgeber sonst unzumutbare Überprüfungen der Beteiligungsverhältnisse auferlegt würden.

Von diesem Grundsatz ist eine Ausnahme beim Konzern geboten. Bei einem solchen sind rechtlich selbständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung oder sonst unter kontrollierender Beteiligung zusammengefasst. In einem Konzern sind bei der Entscheidung, einen Kredit zu gewähren, primär die Interessen des Konzerns und nicht die des Kredit gebenden Konzernmitglieds ausschlaggebend. Daher wird entsprechend dem Gedanken des § 2 Abs. 3 die Zusammenrechnung der im Konzern an der Kredit nehmenden Gesellschaft gehaltenen Beteiligungen angeordnet.

#### **Zu § 5:**

In Abs. 1 geht es um die Kreditgewährung zwischen zwei Gesellschaften eines Konzerns, die selbst aneinander nicht beteiligt sind (Schwestergesellschaften im weiteren Sinn).

Gibt eine Gesellschaft einer Schwestergesellschaft, die sich in der Krise befindet, einen Kredit, so erbringt sie damit der gemeinsamen Muttergesellschaft, die als Gesellschafterin von der Liquidität der Kreditnehmerin profitiert, eine Leistung. Auch hier gilt, dass im Konzern bei der Entscheidung, einen Kredit zu gewähren, primär die Interessen des Konzerns ausschlaggebend sind. Die Kredit gebende Gesellschaft wird nicht im eigenen Interesse handeln, denn sie muss auf Grund der Krise der Kreditnehmerin damit rechnen, dass der Kredit samt Zinsen nicht (pünktlich) rückgeführt werden kann. Da die Muttergesellschaft die Kreditgeberin kontrolliert und so die Kreditvergabe mitverantwortet, behandelt § 5 deshalb die Kreditvergabe als Leistung der Kredit gebenden Gesellschaft an die Muttergesellschaft, und als Leistung dieser an die Kredit nehmende Gesellschaft, die lediglich im kurzen Weg abgewickelt wurde:

Die Leistung an die Muttergesellschaft verstößt gegen das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung und ist daher rückgängig zu machen (vgl § 83 Abs. 1 GmbHG). Deshalb sieht Abs. 1 Satz 2 einen Anspruch der Kredit gebenden Gesellschaft gegen die Muttergesellschaft auf Erstattung vor. Anspruchsgegner ist jenes nächststehende Konzernmitglied, das an der Kredit gebenden Gesellschaft kontrollierend beteiligt und

hinsichtlich der Kreditnehmerin erfasste Gesellschafterin ist. Dies muss nicht unbedingt die Konzernspitze sein, auch eine Muttergesellschaft auf einer Zwischenebene kommt in Betracht.

Voraussetzung des Erstattungsanspruchs ist, dass der Kredit in der Krise der Kreditnehmerin gegeben wurde. Denn außerhalb der Krise kann die Kreditgeberin davon ausgehen, dass dieser samt Zinsen rückgeführt werden kann, das Geschäft kann daher für sie wirtschaftlich vorteilhaft sein. Der Erstattungsanspruch ist dann nicht gegeben, wenn die Kreditgeberin für die Kreditgewährung von der Muttergesellschaft bereits eine angemessene Gegenleistung erhalten hat. Er verjährt in fünf Jahren ab ~~Kreditvergabe~~. Kreditvergabe liegt auch eine Leistung der Muttergesellschaft an die Kreditnehmerin. § 5 drückt dies in Abs. 1 Satz 1 aus, indem die Kreditgeberin wie eine Gesellschafterin der Kreditnehmerin behandelt wird. Die Gesellschafterposition der Muttergesellschaft wird der Kreditgeberin also zugerechnet. Der in der Krise gewährte Kredit ist daher in dieser Konstellation jedenfalls als Eigenkapital ersetzend zu behandeln, ganz unabhängig davon, ob die Kreditgeberin ihren Erstattungsanspruch gegen die Muttergesellschaft geltend macht.

Erstattet die gemeinsame Muttergesellschaft, so tritt sie in die Rechtsposition der Kreditgeberin ein.

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 ist insbesondere bei einer Betriebsaufspaltung gegeben. Sie ist dem in Abs. 1 geregelten Konzernverhältnis in Struktur und Interessenlage gleichzuhalten und ist daher ebenso zu behandeln.

Abs. 3 legt fest, dass das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung den Regeln des Eigenkapitalersatzrechts vorgeht. Das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung und das Eigenkapitalersatzrecht haben verschiedenen Zielrichtungen. Bei ersterem geht es darum, dass eine Gesellschaft ihren Gesellschaftern außerhalb des Gewinnverteilungsverfahrens weder offen noch verdeckt auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses Vermögensvorteile zukommen lassen darf. Hat sie gegen dieses Verbot verstößen, so ist die Leistung sofort rückzuerstatten. Das Eigenkapitalersatzrecht hingegen hat vor Augen, dass ein Gesellschafter der Gesellschaft in der Krise einen Kredit gewährt, an-

statt Eigenkapital zuzuführen. In diesem Fall darf der Kredit, solange die Krise andauert, gerade nicht zurückgezahlt werden.

In Konzernverhältnissen kann es dazu kommen, dass Gesellschaften – in der Regel mittelbar – wechselseitig aneinander beteiligt sind. Gewährt nun eine Gesellschaft der anderen ein Darlehen, so ist vorrangig das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung zu beachten. Der Kredit ist als verdeckte Gewinnausschüttung daher sofort zurückzuzahlen, eigenkapitalersatzrechtliche Erwägungen müssen nicht angestellt werden.

### Zu § 6:

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 Rechnung 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.

#### § 6 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 § 2 erfassten Kommanditisten gleichstellt, in Z 2 um eine stille Gesellschaft, bei der der Stille einen beherrschenden Einfluss ausübt. Die Folge ist in beiden Fällen, dass der Stille wie ein

erfasster Gesellschafter behandelt wird. Dies bedeutet, dass seine Einlage als Eigenkapital ersetzend gewertet wird. Das führt über die Rechtsfolge des § 187 Abs. 1 HGB hinaus dazu, dass unabhängig von einer Verlustbeteiligung jedenfalls kein Konkursteilnahmeanspruch 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 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 § 7:**

Die kritische finanzielle Situation einer Personengesellschaft, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, kann nicht nur verbessert werden, indem dieser (der Kommanditgesellschaft) Mittel zugeschossen werden, sondern auch mittelbar durch Zuführung von Liquidität an die Komplementärgesellschaft, weil diese für die Schulden der Kommanditgesellschaft einstehen 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 Art. 7 eine ausdrückliche Grundlage.

### **Zu § 8:**

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 Entwurf eines Eigenkapitalersatz-Gesetzes

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 (§ 4) – keine Rechtstellung vermittelt wird, wie sie in § 2 umschrieben ist, und die Beteiligungsfondsgesellschaft nur Treuhänderin ist, besteht keine Veranlassung für die Anwendung eigenkapitalersatzrechtlicher Regeln. Dies wird durch § 8 Z 1 klar gestellt.

Die Interessenslage 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 verfügberechtigt und kann die Rechte aus den Fonds- werten 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 Fonds- werten als Treuhänderin für die An-

teilsinhaber 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 §§ 2 und ~~4~~ 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.

Die Aufzählung ist taxativ. Es gibt somit etwa keine Ausnahme für das Kapitalfinanzierungsgeschäft und das Mittelstandsfianzierungsgeschäft, weil in diesen Fällen keine besondere Interessenlage eine solche rechtfertigt und eine ausgewogene Regelung bereits durch das Sanierungsprivileg (§ 10) erreicht wird.

### Zu § 9:

Das Nichtgeltendmachen einer fälligen Forderung ist dem Gewähren eines Kredits wirtschaftlich gleich zu halten. Wenn ein Gesellschafter in der Krise eine Forderung gegen die Gesellschaft stehen lässt, nimmt die Rechtsprechung deshalb Eigenkapitalersatz an, wenn dem eine Finanzierungsentscheidung des Gesellschafters zu Grunde gelegen ist (zB OGH 8 Ob 28/93, wbl 1994, 205; 8 Ob 254/97d, RdW 1998,71). Dazu gehört, dass dem Gesellschafter die Krise erkennbar und die Rückforderung rechtlich möglich war. Eine angemessene Überlegungsfrist von nicht mehr als 60 Tagen ab Eintreten und Erkennbarkeit der Krise wird dem Gesellschafter zugestanden.

Diese Rechtsprechung hat nicht nur für einmalige, sondern auch für wiederkehrende Leistungen Bedeutung und bezieht sich etwa auf stehen gelassene Entgelte für die Überlassung von Gegenständen zur Nutzung oder für die Erbringung von Dienstleistungen, wie zum Beispiel das Gehalt des geschäftsführenden Gesellschafters.

Es hieße jedoch, die Obliegenheit des Gesellschafters zu überspannen, wenn man von ihm bei wiederkehrenden Leistungen oder bei Ansprüchen aus einer laufenden Geschäftsverbindung verlangte, ständig kontrollieren zu müssen, ob die Kennzahlen nach dem URG verwirklicht sind. Im Gegensatz zu § 1 knüpft ja § 9 nicht an eine Kreditgewährung durch aktives Tun, sondern an eine bloße Unterlassung an. § 9 verlangt daher nur, dass der Gesellschafter nicht laufend, sondern nur einmal im Jahr (innerhalb von 60 Tagen ab dem Bilanzstichtag) überprüfen muss, ob die Kennzahlen verwirklicht sind und diesfalls seine Forderungen geltend macht. Andernfalls werden seine Forderungen wie Rückforderungsansprüche aus Eigenkapital ersetzen Krediten behandelt.

Aus der Formulierung ergibt sich weiters, dass nur fällige Forderungen, die vor der Krise entstanden sind, innerhalb der Frist geltend gemacht werden müssen. Es wird also nicht verlangt, dass der Gesellschafter laufende (zum Beispiel auf unbestimmte Zeit gewährte) Kredite innerhalb der rechtlichen Möglichkeit vorzeitig fällig stellt, sobald die Krise eingetreten ist.

Um die Umqualifizierung als Eigenkapital ersetzende Leistung zu vermeiden, verlangt der Entwurf, dass der Gesellschafter fällige oder in der Krise neu entstandene Forderungen geltend macht, das heißt angemessene Schritte zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung setzt.

Durch diese Bestimmung wird nicht die Nutzungsüberlassung selbst als Eigenkapital ersetzend gewertet (hiezu siehe § 26a KO idF des Art. II).

#### **Zu § 10:**

Diese Bestimmung regelt zwei Fälle. Der erste Fall betrifft einen Nichtgesellschafter, der einen Kredit gewährt hat und hierauf Gesellschafter wird. Die Situation ist hiebei anders als bei der Kreditgewährung durch den Gesellschafter, weil die Kreditgewährung durch einen Dritten nicht Eigenkapital ersetzend ist. Es ist daher nicht angebracht, in diesem Fall die Eigenkapitalersatzregeln greifen zu lassen, wenn der Dritte später Gesellschafter wird.

Im zweiten Fall wird der Situation eines Kreditgebers Rechnung getragen, der sich ausschließlich zum Zweck der Sanierung einer Gesellschaft an dieser beteiligt und im Zuge dessen zur Erreichung des Sanierungszwecks auch Kredite gewährt. Derzeit wird dies dem Eigenkapitalersatzrecht unterstellt. Die Sachlage ist hier jedoch eine andere

als beim Grundtatbestand, weil nicht ein Gesellschafter einen Kredit gewährt, das heißt ein Gesellschafter beurteilt, ob er Eigenkapital zuführen oder einen Kredit zur Verfügung stellen soll, sondern ein Dritter zu entscheiden hat, ob er einen Kredit gewährt und ihm zugleich die Gesellschafterposition verschafft wird. Es geht somit nicht darum, dass ein Gesellschafter in der Krise die Gesellschaft zwar weiter finanziert, aber sein Risiko minimieren will und deshalb nicht das nötige Eigenkapital zuschießt, sondern es sollen Sanierungen ermöglicht werden, bei denen im Rahmen eines Gesamtsanierungskonzepts von einer Person im zeitlichen Zusammenhang Beteiligungen erworben und Kredite zugeschossen werden. Hiefür ist eine Ausnahme geboten, die jedoch einschränkend auszulegen ist. Es muss sowohl die Beteiligung zum Zweck der Krise erworben werden als auch ein taugliches Finanzierungskonzept vorliegen. Daher bleibt die zum Sanierungszweck eingegangene Beteiligung auch nur für solche Kredite außer Betracht, die im Zusammenhang mit dem Anteilserwerb im Rahmen eines Sanierungskonzepts zum ausschließlichen Zweck der Sanierung gewährt wurden.

Will der Kreditgeber die Gefahr der Umqualifizierung eines Kredits als Eigenkapital ersetzend vermeiden, so steht hiefür das Reorganisationsverfahren nach dem URG zur Verfügung.

### Zu § 11:

Diese Bestimmung regelt die Folgen des Eigenkapitalersatzes außerhalb eines Insolvenzverfahrens. Abs. 1 sieht ein Rückzahlungsverbot vor, wie dies derzeit von der Rechtsprechung angenommen wird. Solange die Krise währt, sind Eigenkapital ersetzende Leistungen "gesperrt": Sie werden insofern wie Eigenkapital behandelt, als sie der darlehensgebende Gesellschafter samt Zinsen nicht zurückfordern kann. Es ist dem darlehensgebenden Gesellschafter 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, diese vor dem endgültigen Zusammenbruch der Gesellschaft noch abzuziehen und so seine Insiderstellung gegenüber dritten Gläubigern auszunützen. Der Lauf der Zinsen wird dadurch nicht gehemmt.

Ist entgegen § 11 Zahlung geleistet worden oder wurde der Gesellschafter auf andere Weise befriedigt, so ist er verpflichtet, die empfangene Leistung rückzuerstatteten.

Inwieweit die Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen im Konkurs über das Vermögen der Gesellschaft zu behandeln sind, wird in § 52 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 nur der Differenzbetrag zwischen dem aushaltenden Kreditsaldo und einem höheren Saldo zu Beginn der Rückzahlungssperre von der Rückzahlungsverpflichtung erfasst wird (vgl. hiezu 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 aushaltende Kreditsaldo niedriger ist als bei Eintritt der Krise.

Abs. 3 sieht grundsätzlich eine Verjährungsfrist von fünf Jahren für den Rückerstattungsanspruch nach Abs. 1 Satz 2 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 § 12:**

Das EKEG enthält keine Sonderbestimmungen für von der Gesellschaft besicherte Kredite. Die Besicherung ist für die Frage, ob der Kredit Eigenkapital ersetzend ist, ohne Bedeutung. Eine Rechtsfolge für die Sicherheit für eine Forderung aus einer Eigenkapital ersetzenden Leistung findet sich jedoch sowohl in der Konkurs- als auch in der Ausgleichsordnung. Dort wird vorgesehen, dass die Sicherheit mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlischt (§ 12b KO und § 12b AO idF der Art. II bzw. III). Die Sicherheit teilt somit im Wesentlichen das Schicksal der Forderung. Wird jedoch ein Gesellschafterkredit, der nicht als Eigenkapital ersetzend zu werten ist, aus dem Vermögen der Gesellschaft besichert, so bleibt die Sicherheit grundsätzlich von der Konkurs- oder Aus-

gleichseröffnung unberührt. Hievon wird in dieser Bestimmung eine wichtige Ausnahme vorgesehen:

Befindet sich die Gesellschaft in der Krise, wobei bei Nichtvorliegen der Kennzahlen auch die subjektive Voraussetzung der Kenntnis der Krise erfüllt sein muss (§ 1 Abs. 4), so sollen erfasste Gesellschafter nicht die Möglichkeit haben, ihre offenen Forderungen noch (konkursfest) abzusichern und so die Weiterführung des Unternehmens (ohne Reorganisation, Zuschuss von Eigenkapital oder Hinwirken auf ein Insolvenzverfahren) zu Lasten der Gläubiger für sich risikoarm zu gestalten. Wird in der Krise aus dem Gesellschaftsvermögen eine Sicherheit für einen Kredit bestellt, den ein erfasster Gesellschafter vor Kriseneintritt vergeben hat, so ist diese Sicherheit – solange die Krise dauert, somit auch noch in einem Insolvenzverfahren – so zu behandeln, als wäre sie für einen Eigenkapital ersetzen Kredit bestellt worden. Das heißt, dass der Gesellschafter außerhalb eines Insolvenzverfahrens die Sicherheit nicht geltend machen kann; im Insolvenzverfahren erlischt sie gemäß § 12b KO und § 12b AO idF der Art. II bzw. III des Entwurfs.

### Zu § 13:

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 § 13 übernommen. Es wird davon ausgegangen, dass für die Dauer der Krise – wobei bei Nichtvorliegen der URG-Kennzahlen auch hier die subjektive Voraussetzung der Kenntnis der Krise (§ 1 Abs. 4) gegeben sein muss – 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 wirt-  
Entwurf eines Eigenkapitalersatz-Gesetzes

schaftliche Last tragen. Der Drittcreditgeber 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 auch Garantie, Schuldbeitritt, Sicherungszession, verkleidete Wechselbürgschaft, etc, damit diesem Grundgedanken zum Durchbruch verholfen wird.

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 § 11 Abs. 1 Satz 2 sieht § 13 Abs. 1 Satz 3 eine Pflicht zur Rückerstattung von Regressleistungen vor, die entgegen dieser Bestimmung empfangen wurden. Für den Anspruch der Gesellschaft auf Erstattung gilt die Verjährungsbestimmung des § 11 Abs. 3 sinngemäß.

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

Ungeachtet ihres Freistellungsanspruchs bleibt die Gesellschaft doch 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. Der Gesellschafter hat die Möglichkeit, 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 § 14:

Die Bestimmung enthält eine Ausnahme von der Regel des § 13, wonach der Dritte von der Gesellschaft ohne Einschränkung die Rückzahlung des Kredits verlangen kann.

Satz 1 wandelt die Verpflichtung der Gesellschaft für die Dauer der Krise in eine Art abgeschwächte Ausfallhaftung, wenn der dritte Kreditgeber vom Eigenkapitalersatzcharakter der Sicherheit wusste oder wissen musste. 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). Satz 1 ist dadurch gerechtfertigt, dass die Sicherheit wegen ihres Eigenkapital ersetzenen Charakters dem Gesellschaftsvermögen zuzurechnen ist, so lange die Krise anhält. Das gilt zwar primär im Innenverhältnis zwischen Gesellschaft und sicherheitsgebenden Gesellschafter, es betrifft aber auch den Drittcreditgeber, wenn dieser im Zeitpunkt der Kreditvergabe von der Gesellschaftskrise wusste oder wissen musste (vgl *Dellinger*, Kritik am Eigenkapitalersatzrecht, Drittcredit und Gesellschaftersicherheit, ÖBA 1998, 605 ff).

Im Konkurs der Gesellschaft wird der Kreditgeber wie ein Absonderungsgläubiger, also jemand, dem eine Sicherheit aus dem Gesellschaftsvermögen bestellt wurde, behandelt (s. § 10 Abs. 3 Z. 2 idF des Art. II des Entwurfs).

Die Formulierung "der Dritte kann in der Krise 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 Drittcreditgeber 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.

Satz 2 stellt eine Vermutung für die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Dritten von der Krise der Kredit nehmenden Gesellschaft auf. Gegenüber der Kreditgewähr-Entwurf eines Eigenkapitalersatz-Gesetzes

rung durch den Gesellschafter nach § 1 wird hier, weil der Kredit durch einen Dritten vergeben wird, ein geringerer Sorgfaltsmäßigstab vorgesehen. Die Erkennbarkeit der Krise wird dementsprechend nur dann vermutet, wenn aus dem letztem veröffentlichtem oder dem Dritten zur Verfügung stehendem Jahresabschluss das Vorliegen der Kennzahlen nach dem URG ablesbar war. Dazu muss der Dritte sowohl Einsicht in die Bilanz als auch – zur Berechnung der fiktiven Schuldentlastungsdauer – in die Gewinn- und Verlustrechnung gehabt haben.

**Zur Konkursordnung:****Zu § 10:**

Abs. 3 regelt derzeit die Rechte, die den Absonderungsrechten gleichgestellt werden. Neben den derzeit in dieser Bestimmung genannten Personen sollen auch Kreditgeber, die zur Sicherung ihrer Ansprüche Eigenkapital ersetzen Sicherheiten von Gesellschaftern des Gemeinschuldners erworben haben, soweit ihnen die Krise des Schuldners bekannt oder das Vorliegen der Kennzahlen nach § 1 Abs. 3 EKEG erkennbar war, wie Absonderungsgläubiger behandelt werden. Diese Behandlung ist – wie zu § 14 EKEG ausgeführt – dadurch gerechtfertigt, dass die Sicherheit wegen ihres Eigenkapital ersetzen Charakters dem Gesellschaftsvermögen zugehörig zu behandeln ist, solange die Krise anhält, und der Kreditgeber von der Krise auch wusste oder diese erkennen konnte.

**Zu § 11:**

Derzeit kann aufgrund der Eintragung in das Anmeldungsverzeichnis nach § 61 nur in das zur freien Verfügung bleibende oder nach der Konkursaufhebung erworbene Vermögen des Gemeinschuldners Exekution geführt werden.

Abs. 4 soll Absonderungsgläubigern bereits während der Dauer des Konkursverfahrens eine Rechtsdurchsetzung ermöglichen, ohne dass sie über einen unbestrittenen Anspruch eine Hypothekarklage einbringen müssen. Dadurch werden der Verteilungsmasse unnötige Kosten einer Hypothekarklage erspart; solche werden in Zukunft nicht mehr zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig sein.

**Zu § 12b:**

Rückforderungsansprüche aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen sind nach § 52 gegenüber den Konkursforderungen nachrangig zu befriedigen. Sie werden daher im Konkurs nur ganz ausnahmsweise beglichen 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 Sicherheiten, die vom Schuldner für Eigenkapital ersetzende Leistungen eingeräumt wurden, mit der Konkurseröffnung erloschen. Derartige Sicherheiten werden somit durch die Konkurseröffnung frei, wodurch die Befriedigungschancen der Konkursgläubiger verbessert werden.

**Zu § 26a:**

Wie zu § 9 EKEG ausgeführt, behandelt das EKEG Gebrauchs- und Nutzungsüberlassungen als solche nicht als Eigenkapital ersetzend. Lediglich in der Kreditierung des Nutzungsentgelts kann eine Eigenkapital ersetzende Leistung liegen. Demgegenüber hat der Oberste Gerichtshof die Überlassung einer Sache zur Nutzung in der Krise bei Kreditierung des Entgelts als Eigenkapital ersetzend angesehen und daraus den Schluss gezogen, dass es bei der Überlassung des Nutzungsrechts an die Gesellschaft im Rahmen der vertraglichen Vereinbarung bleiben müsse. Die Folge war also eine unentgeltliche Zwangsüberlassung für die Zukunft.

Diese Lösung berücksichtigt nicht ausreichend, dass der Gesellschafter den Gegenstand der Gesellschaft nicht ins Eigentum übertragen hat, sondern ihr diesen bloß zur Verfügung gestellt hat, ihm somit ein Rückforderungsanspruch zusteht. 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 auch dem Zweck der Überlassung widersprechen, dass der Gesellschafter der Gesellschaft zum Gebrauch oder zur Nutzung überlassene Gegenstände im Konkurs jederzeit zurückverlangen kann, insbesondere, wenn diese zur Fortführung des Unternehmens geboten sind. Es wird daher für diesen Fall, wie dies auch dem Grundgedanken des § 11 Abs. 2 entspricht, vorgesehen, dass dann, wenn dem Schuldner von einem Gesellschafter in der Krise nach den §§ 1 ff EKEG eine Sache zum Gebrauch oder zur Nutzung überlassen wurde, die Sache vor Ablauf von einem Entwurf eines Eigenkapitalersatz-Gesetzes

Jahr ab Konkursöffnung nicht zurückgefordert werden kann, wenn dadurch die Fortführung des Unternehmens gefährdet wäre.

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 auch 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. Grundsätzlich ändert sich durch die Konkursöffnung nichts an einer Entgeltsvereinbarung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter. Hat der Gesellschafter der Gesellschaft bisher das Entgelt kreditiert, so hängt es vom Vertrag 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: Sie bezieht sich nur auf Gegenstände, die nicht ebenso gut von einem Dritten angemietet werden könnten. Hat der Gesellschafter der Gesellschaft etwa einen Pkw vermietet und verlangt er diesen nach Konkursöffnung zurück, so wird ihm der Masseverwalter § 26a nicht entgegenhalten können, da die Fortführung des Unternehmens durch den Entzug einer Sache nicht gefährdet sein kann, die auch auf dem freien Markt leicht zu beschaffen ist.

### **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 sachge-

recht. Zum einen stehen auch maßgeblich beteiligte Gesellschafter einer Aktiengesellschaft dieser besonders nahe; zum anderen auch die persönlich haftenden Gesellschafter einer Personengesellschaft, die nach dem Gesetz die Geschäfte führen und jedenfalls maßgeblichen Einfluss nehmen können. Auch den Mitgliedern des Leitungs- oder Aufsichtsorgans 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 persönlich 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 § 2 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 den §§ 52 und 58:**

Nach Rechtsprechung (OGH 8 Ob 9/91 uva) und Lehre haben Ansprüche aus Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz der Gesellschaft hinter die Ansprüche der übrigen Gläubiger zurückzutreten. Dies erscheint sachgerecht und wird in § 52 Abs. 1 Z 2 nun gesetzlich festgeschrieben.

Der Interessenausgleich zwischen den Konkursgläubigern und dem Kreditgeber lässt es jedoch gerechtfertigt erscheinen, auch die seit der Konkurseröffnung laufenden Zinsen von Konkursforderungen, die bisher gemäß § 58 Z 1 als Konkursforderungen nicht geltend gemacht werden können, gegenüber den Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen vorrangig zu befriedigen. Diese werden daher ebenfalls zu den nachrangigen Forderungen übernommen und werden in § 58 Z 1 bei den ausgeschlossenen Forderungen nicht mehr erwähnt.

Eine Ausnahme von der Nachrangigkeit wird dann vorgesehen, wenn der Kredit im Rahmen des Ausgleichsverfahrens gewährt wurde. Dies folgt dem Vorbild des § 31 Abs. 3 im Anfechtungsrecht.

**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 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 Gesellschafterleistungen 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 aufgrund Eigenkapital ersetzender Leistungen in der Überschuldungsbilanz auf der Passivseite berücksichtigt werden, kann und muss der Konkurs aufgrund Überschuldung auch so rechtzeitig eröffnet werden, dass auch diese in der Masse Deckung finden.

Liegt dem Gesellschafter, der eine Eigenkapital ersetzende Leistung erbracht hat, daran, dass über die Gesellschaft kein Insolvenzverfahren eröffnet wird, so muss er nach Abs. 3 eine Erklärung des Inhalts abgeben, dass er die Befriedigung erst nach Beseitigung eines negativen Eigenkapitals aus künftigen Jahresüberschüssen oder nach Befriedigung aller Gläubiger aus einem Liquidationsüberschuss begeht 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 Schuldern auch außerhalb des Eigenkapitalersatzrechts vorkommen und ihnen dort die gleiche Wirkung zukommt, wurde Abs. 3 allgemein gefasst und in Satz 2 die Verbindlichkeiten aus Eigenkapital ersetzen Leistungen lediglich als Beispiel genannt.

Durch die Bestimmung 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 zugunsten 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, d.h. 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 Geltend-Entwurf eines Eigenkapitalersatz-Gesetzes

machung 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 ausgesprochen wurde, 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 über die Quotenschäden hinausgehender Schäden werden durch diese Bestimmung nicht berührt. Sie können auch schon während des Konkursverfahrens geltend gemacht werden.

#### **Zu § 143 Abs. 1:**

Derzeit wird in dieser Bestimmung festgelegt, dass die Gläubiger, deren Rechte durch den Inhalt des Zwangsausgleichs keinen Abbruch erleiden, bei der Abstimmung

über den Zwangsausgleichsantrag kein Stimmrecht haben. Da Forderungen aus eigenkapitalersatzrechtlichen Leistungen auch durch den Zwangsausgleich gekürzt werden (s. § 151a in der Fassung des Art. II des Entwurfs), würde ihnen ein Stimmrecht zustehen. Dies ist jedoch nicht sachgerecht. Es werden deshalb den in § 143 genannten Personen auch jene Gläubiger gleichgestellt, die Ansprüche auf Rückzahlung Eigenkapital ersetzender Leistungen haben.

**Zu § 151a:**

Der Umstand, dass Ansprüche auf Rückzahlung Eigenkapital ersetzender Leistungen nicht als Konkursforderungen geltend gemacht werden können und im Konkurs nachrangig zu befriedigen sind, soll nicht zu der Privilegierung führen, dass sie im Zwangsausgleich von der quotenmäßigen Kürzung ausgenommen sind. § 151a bestimmt deshalb, dass auch diese Forderungen mit der gleichen Quote wie Konkursforderungen zu befriedigen sind.

Wurde durch den Zwangsausgleich die Krise der gemeinschuldnerischen Gesellschaft überwunden, so kann gegen die Geltendmachung einer Forderung aus einer Eigenkapital ersetzenden Leistung grundsätzlich nicht mehr nach den Regeln des Eigenkapitalersatzrechts mangelnde Fälligkeit eingewendet werden. Es könnte daher die Eigenkapital ersetzende Forderung bei der Prüfung der Angemessenheit des Zwangsausgleichs nach § 154 berücksichtigt werden. Dies würde zu Lasten der Konkursgläubiger gehen. Dazu kommt noch, dass nach Ablauf der Zahlungsfrist für die Ausgleichsforderungen Ansprüche auf Rückzahlung Eigenkapital ersetzender Leistungen fällig werden können, was die Sanierung des Unternehmens vereiteln könnte. Das Problem wird gelöst, indem nach Ablauf der zur Begleichung der Ausgleichsforderungen zustehenden Frist eine weitere Frist zur Rückzahlung der Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen zu laufen beginnt. Diese dauert ebenso lange wie die Frist zur Befriedigung der Ausgleichsforderungen, mindestens aber ein Jahr.

Eine Konsequenz dieser Regelung ist auch, dass Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen bei der Prüfung der Angemessenheit des Zwangsausgleichs nach § 154 nicht zu berücksichtigen sind.

**Zu § 156:**

Diese Änderung ist wegen der Neufassung des § 58 geboten, um den Regelungsinhalt beizubehalten.

**Zur Ausgleichsordnung:****Zu § 12b:**

Gemäß § 12b KO erlöschen durch die Konkurseröffnung Sicherheiten, die vom Schuldner für Eigenkapital ersetzende Leistungen eingeräumt wurden. Das ist darin begründet, dass Rückforderungsansprüche aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen nach § 52 KO nach den Konkursforderungen zu befriedigen sind und es daher im Konkurs nur ganz ausnahmsweise zu einer Rückzahlung dieser Forderungen kommt. Sicherheiten aus dem Gesellschaftsvermögen sollen an diesem Ergebnis nichts ändern.

§ 12b AO übernimmt diese Regelung für das Ausgleichsverfahren und gewährleistet, dass es auch im Ausgleich nicht zu einer besseren Behandlung des Gläubigers aus einer Eigenkapital ersetzenden Leistung durch eine Stellung als Absonderungsgläubiger kommt.

**Zu § 20f:**

Ebenso wie in § 26a KO wird auch für das Ausgleichsverfahren vorgesehen, dass dann, wenn dem Schuldner von einem Gesellschafter in der Krise nach dem EKEG 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 § 39 Abs. 1:**

§ 143 Abs. 1 KO stellt sicher, dass die Gläubiger, die Ansprüche auf Rückzahlung Eigenkapital ersetzender Leistungen haben und die daher in einem Konkursverfahren nur theoretisch Aussicht auf Befriedigung hätten, nicht mit ihrer Stimme den Ausgleich beeinflussen können. Dies wird auch zum Ausgleichsverfahren übernommen.

**Zu § 53a:**

Die Bestimmung sieht die in § 151a KO normierte Behandlung von Forderungen aus Eigenkapital ersetzen Leistungen im Zwangsausgleichsverfahren auch für das Ausgleichsverfahren vor. Die Forderungen werden von der quotenmäßigen Kürzung erfasst und sind nach Ablauf der Frist für die Begleichung der Ausgleichsforderungen innerhalb einer weiteren ebenso langen, aber jedenfalls ein Jahr nicht unterschreitenden Frist zu befriedigen.

**Zum Unternehmensreorganisationsgesetz:****Zu § 21:**

Diese Bestimmung stellte, weil es gesetzliche Regelungen über das Eigenkapitalsatzrecht nicht gab, auf die Regeln des Eigenkapitalsatzes ab. Im Hinblick auf die Schaffung dieses Entwurfs ist es zweckmäßig, nunmehr nicht mehr auf die Regelungen, sondern auf die Bestimmungen des Eigenkapitalsatzrechts Bezug zu nehmen.

**Zu § 25:**

Durch Art. 86 des 1. Euro-Umstellungsgesetzes – Bund (BGBI. I Nr. 98/2001) wurde in § 22 Abs. 1 der Betrag von 1 Mio. Schilling auf 100.000 Euro angehoben; eine Anpassung in § 25 unterblieb. Dies 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 Entwurf eines Eigenkapitalsatz-Gesetzes

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.

**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 Generalsversammlung 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.

**Zu Art. VIII:**

Das Inkrafttreten geht davon aus, dass der Entwurf noch im ersten Halbjahr des Jahres 2002 vom Nationalrat verabschiedet wird.



**Geltende Fassung****Entwurf****Textgegenüberstellung****Artikel II  
Änderungen der Konkursordnung****Absonderungsrechte und ihnen  
gleichgestellte Rechte.****§ 10. (1) ....**

(2) ....

(3) Soweit in der Konkursordnung nichts anderes bestimmt ist, gelten die für Absonderungsgläubiger getroffenen Bestimmungen auch für persönliche Gläubiger, die zur Sicherung ihrer Ansprüche bestimmte Vermögensstücke des Gemeinschuldners, insbesondere Buchforderungen, erworben haben.

**Wirkung der Konkureröffnung auf Absonderungs- und  
Aussonderungsrechte.****§ 11. (1) ....**

(2) ....

(3) ....

**Absonderungsrechte und ihnen  
gleichgestellte Rechte.****§ 10. (1) unverändert.**

(2) unverändert.

(3) Soweit in diesem Bundesgesetz nichts anderes bestimmt ist, gelten die für Absonderungsgläubiger getroffenen Bestimmungen auch für

1. persönliche Gläubiger, die zur Sicherung ihrer Ansprüche bestimmte Vermögensstücke des Gemeinschuldners, insbesondere Buchforderungen, erworben haben, und
2. Gläubiger, die zur Sicherung ihrer Ansprüche Eigenkapital ersetzende Sicherheiten von Gesellschaftern des Gemeinschuldners erworben haben, wenn ihnen die Krise des Schuldners bekannt oder das Vorliegen der Kennzahlen nach § 1 Abs. 3 EKEG erkennbar war (§ 14 EKEG).

**Wirkung der Konkureröffnung auf Absonderungs- und  
Aussonderungsrechte.****§ 11. (1) unverändert.**

(2) unverändert.

(3) unverändert.

(4) Auf Grund einer Eintragung in das Anmeldungsverzeichnis kann während des Konkurses Exekution auf Gegenstände der Konkursmasse geführt werden, an denen Absonderungsrechte bestehen.

**Sicherheiten für Eigenkapital ersetzende Leistungen**

**§ 12b.** Sicherheiten, die vom Schuldner für Eigenkapital ersetzende Leistungen eingeräumt wurden, erlöschen mit Konkureröffnung.

**Geltende Fassung****2****Entwurf****e) Gebrauchsüberlassung durch Gesellschafter**

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

**§ 32. (1) ....**

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

**§ 32. (1) unverändert.**

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

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

als nahe Angehörige des Schuldners. Das gleiche gilt für die in Abs. 1 aufgezählten nahen Angehörigen dieser Personen.

**Nachrangige Forderungen****§ 52. (1) Nach den Konkursforderungen sind**

1. die seit der Konkursöffnung laufenden Zinsen von Konkursforderungen und danach
2. die Ansprüche auf Rückzahlung Eigenkapital ersetzender Leistungen

zu befriedigen.

(2) Abs. 1 Z 2 gilt nicht für Ansprüche auf Rückzahlung Eigenkapital ersetzender Leistungen, die dem Schuldner während eines Ausgleichsverfahrens von einem Gesellschafter erbracht wurden und die nach den Bestimmungen der Ausgleichsordnung zur Fortführung des Geschäfts gestattet sind.

**Ausgeschlossene Ansprüche.****§ 58. Als Konkursforderungen können nicht geltend gemacht werden:**

1. die seit der Konkursöffnung laufenden Zinsen von Konkursforderungen sowie Kosten, die den einzelnen Gläubigern aus ihrer Teilnahme am Verfahren erwachsen;

**Ausgeschlossene Ansprüche.****§ 58. Als Konkursforderungen können nicht geltend gemacht werden:**

1. Kosten, die den einzelnen Gläubigern aus ihrer Teilnahme am Verfahren erwachsen;
2. Geldstrafen wegen strafbarer Handlungen jeder Art;

**Geltende Fassung****3****Entwurf**

2. Geldstrafen wegen strafbarer Handlungen jeder Art;  
 3. Ansprüche aus Schenkungen und im Verlassenschaftskonkurs auch Ansprüche aus Vermächtnissen.

**Überschuldung.**

- § 67.** (1) ....  
 (2) ....

**Antrag des Schuldners**

- 69.** (1) ....  
 (2) ....  
 (3) ....  
 (4) ....

**Berechtigung zur Stimmführung.**

- § 143.** (1) Gläubigern, deren Rechte durch den Inhalt des Ausgleiches keinen Abbruch erleiden, gebührt kein Stimmrecht.

- (2) ....  
 (3) ....  
 (4) ....

3. Ansprüche aus Schenkungen und im Verlassenschaftskonkurs auch Ansprüche aus Vermächtnissen.

**Überschuldung.**

- § 67.** (1) unverändert.  
 (2) unverändert.

(3) Bei der Prüfung, ob rechnerische Überschuldung vorliegt, sind Verbindlichkeiten dann nicht zu berücksichtigen, wenn der Gläubiger ausdrücklich oder stillschweigend erklärt, dass er Befriedigung erst nach Beseitigung eines negativen Eigenkapitals (§ 225 Abs. 1 HGB) aus künftigen Jahresüberschüssen oder nach Befriedigung aller Gläubiger aus einem Liquidationsüberschuss begeht und dass wegen seiner Chance auf nachrangige Befriedigung kein Insolvenzverfahren eröffnet zu werden braucht. Dies gilt auch für Verbindlichkeiten aus Eigenkapital ersetzen Leistungen eines Gesellschafters.

**Antrag des Schuldners**

- § 69.** (1) unverändert.  
 (2) unverändert.  
 (3) unverändert.  
 (4) unverändert.

(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

**Berechtigung zur Stimmführung.**

- § 143.** (1) Gläubigern, deren Rechte durch den Inhalt des Ausgleichs keinen Abbruch erleiden, und solchen, die Ansprüche auf Rückzahlung Eigenkapital ersetzender Leistungen haben, gebührt kein Stimmrecht.

- (2) unverändert.  
 (3) unverändert.  
 (4) unverändert.

**Geltende Fassung**

4

**Entwurf****Eigenkapital ersetzende Leistungen**

**§ 151a.** Die Ansprüche auf Rückzahlung Eigenkapital ersetzender Leistungen, die fällig sind, sind mit derselben Quote wie die Forderungen der Konkursgläubiger zu befriedigen, und zwar innerhalb der doppelten, jedenfalls aber ein Jahr nicht unterschreitenden Zahlungsfrist, frühestens aber nach Ablauf der für die Erfüllung des Ausgleichs vorgesehenen Frist.

**Rechtswirkung des Ausgleiches.**

**§ 156. (1) ....**

- (2) ....
- (3) ....
- (4) ....
- (5) ....
- (6) ....

(7) Die in § 58, Z. 1, bezeichneten Forderungen können nach Abschluß des Ausgleiches nicht mehr geltend gemacht werden. Die in § 58, Z. 2 und 3, bezeichneten Forderungen werden durch den Ausgleich nicht berührt.

**Rechtswirkung des Ausgleiches.**

**§ 156. (1) unverändert.**

- (2) unverändert.
- (3) unverändert.
- (4) unverändert.
- (5) unverändert.
- (6) unverändert.

(7) Die in § 52 Z 1 und § 58 Z 1 bezeichneten Forderungen können nach Abschluß des Ausgleiches nicht mehr geltend gemacht werden. Die in § 58, Z. 2 und 3, bezeichneten Forderungen werden durch den Ausgleich nicht berührt.

**Artikel III**  
**Änderungen der Ausgleichsordnung**

**Sicherheiten für Eigenkapital ersetzende Leistungen**

**§ 12b.** Sicherheiten, die vom Schuldner für Eigenkapital ersetzende Leistungen eingeräumt wurden, erlöschen durch die Eröffnung des Ausgleichsverfahrens.

**Gebrauchsüberlassung durch Gesellschafter**

**§ 20f.** Wurde dem Schuldner von einem Gesellschafter in der Krise nach dem EKEG 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.

**Stimmrecht.**

**§ 39.** (1) Gläubigern, deren Rechte durch den Inhalt des Ausgleiches keinen Abbruch erleiden, gebührt kein Stimmrecht.

- (2) ....
- (3) ....

**Stimmrecht.**

**§ 39.** (1) Gläubigern, deren Rechte durch den Inhalt des Ausgleichs keinen Abbruch erleiden, und solchen, die Ansprüche auf Rückzahlung Eigenkapital ersetzender Leistungen haben, gebührt kein Stimmrecht.

- (2) unverändert.
- (3) unverändert.

**Eigenkapital ersetzende Leistungen**

**§ 53a.** Die Ansprüche auf Rückzahlung Eigenkapital ersetzender Leistungen, die fällig sind, sind mit derselben Quote wie die Forderungen der Gläubiger, deren Forderungen kein Vorrecht genießen, zu befriedigen, und zwar innerhalb der doppelten, jedenfalls aber ein Jahr nicht unterschreitenden Zahlungsfrist, frühestens aber nach Ablauf der für die Erfüllung des Ausgleichs vorgesehenen Frist.

**Artikel IV**  
**Änderungen des Unternehmensreorganisationsgesetzes**

**Eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen**

**§ 21.** Reorganisationsmaßnahmen unterliegen nicht den Regeln des Eigenkapitalersatzrechts.

**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.

**Eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen**

**§ 21.** Reorganisationsmaßnahmen unterliegen nicht den Bestimmungen des Eigenkapitalersatzrechts.

**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 Beschußfassung 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) unverändert**

(2) Die Versammlung ist, soweit nicht eine Beschußfassung 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). Im letzteren Falle gefaßte Beschlüsse der Versammlung hat der Vorstand dem Handelsgerichte mitzuteilen.

## 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, das 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.

## Artikel VII Änderung des Gesetzes über die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften

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

(2) (Anm.: Aufgehoben durch Art. III Z 2, BGBl. Nr. 371/1982).

**§ 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 anzugeben.