

Überblick über das Eigenkapitalersatzgesetz (EKEG)

– Eine grobe Übersicht für Jus-Studenten –

Literatur: *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei AG, GmbH sowie GmbH & Co KG, 51ff; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, Anh § 74 Rz 1ff; *Dellinger/Keppert*, Eigenkapitalersatzrecht; *Dellinger/Mohr*, EKEG (2004); *Schopper/Vogt*, Eigenkapitalersatzgesetz (2003); *Kalss/Rüffler*, Eigenkapitalersatz (2004); *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht, 252ff; *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008), Rz 4/438ff, 3/814ff; *Koppensteiner*, Zum konzernrechtlichen Gehalt von § 9 EKEG, wbl 2008, 53; *Artmann/Polster-Grüll*, Spannungsfeld Konzernfinanzierung – rechtliche und steuerrechtliche Aspekte, RdW 2008/585; *Schumacher*, Nachträgliche Kreditbesicherung: Insolvenz- und anfechtungsrechtliche Risiken, ÖBA 2006, 116; *Artmann*, Eigenkapitalersatzrecht bei der GmbH & Co KG, RdW 2005, 354; *Gelter*, Konsortialkredit und abgestimmte Kreditgewährung im EKEG, ZIK 2005/121; *Schopper*, Ausfallhaftung der Mitgesellschafter für verbotswidrige Rückzahlung eigenkapitalersetzender Leistungen? wbl 2004, 410; *Zollner*, Privatstiftungen und EKEG, ÖBA 2004, 831; *Harrer*, Das neue Eigenkapitalersatzrecht, wbl 2004, 201; *Höller*, Zum zeitlichen Anwendungsbereich des EKEG, ecolex 2004, 452; *Hochedlinger*, Privatstiftungen im Lichte des EKEG, GesRZ 2004, 372; *Kalss/Zollner*, Eigene Anteile im EKEG, GeS 2004, 202; *Zehetner/Bauer*, Mittelbare Beteiligungen und Konzern im neuen EKEG, ÖJZ 2004/46; *Reich-Rohrwig*, Das neue Eigenkapitalersatzgesetz, ecolex 2004, 106; *Dellinger*, EKEG – leicht zu umgehen?, GeS 2004, 125; *Feil*, Eigenkapitalersatz im Konkurs, GesRZ 2004, III; *Reich-Rohrwig*, Eigenkapitalersatzrecht und verdeckte Ausschüttung, FS Wiesner, 375.

I. Allgemeines:

Das Eigenkapitalersatz-Gesetz (**EKEG**; BGBl I 2003/92) hat das Eigenkapitalersatzrecht einer gesetzlichen Regelung zugeführt, die am **1.1.2004 in Kraft** trat und auf Sachverhalte anzuwenden ist, die nach dem 31.12.2003 verwirklicht werden (§ 18 EKEG). Vorher gewährte eigenkapitalersetzende Gesellschafterfinanzierungen werden daher noch nach den bisherigen Rechtsprechungsregeln zu beurteilen sein.

Für Kreditgewährung kommt es auf den **Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts** an, nicht auf die Zuzählung der Darlehensvaluta (*Vogt in Schopper/Vogt* § 18 Rz 2; *Höller*, ecolex 2004, 454).

II. Tatbestand:

1. Vom EKEG betroffene Gesellschaften (§ 4 EKEG):

Erfasst sind Kapitalgesellschaften (**AG, GmbH, SE**), **GenmbH** und Personengesellschaften, bei denen kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist (§ 4 EKEG), also insbesondere die **GmbH & Co KG, AG & Co KG, Verein & Co KG**, „doppelstöckige“ GmbH & Co KGs, und aus lauter Kapitalgesellschaften gebildete OGs und GesBRs. Nachstehend wird vereinfachend von „KapGes“ gesprochen.

2. Erfasste Gesellschafter (§ 5 EKEG):

Das EKEG schränkt das Eigenkapitalersatzrecht auf jene Fälle ein, in denen der finanzierende Gesellschafter an der KapGes

- entweder eine **Beteiligung von mindestens 25% des Kapitals** (§ 5 Abs 1 Z 2) oder
- eine „**kontrollierende**“ **Beteiligung** besitzt (§ 5 Abs 1 Z 1 iVm § 5 Abs 2) oder
- der betreffende Gläubiger „wie ein Gesellschafter, dem die Mehrheit der Stimmrechte zusteht, einen **beherrschenden Einfluss** auf eine Gesellschaft ausübt“ (diesfalls muss der Gläubiger nicht einmal Gesellschafter sein); kreditvertragstypische Informations- und Einflussrechte und Sicherheiten bleiben jedoch außer Betracht (§ 5 Abs 1 Z 3).

Was unter **kontrollierender Beteiligung** zu verstehen ist, sagt § 5 Abs 2 EKEG in Form einer taxaktiven Aufzählung (Mehrheit der Stimmrechte; Recht, die Mehrheit der Mitglieder des Leitungs- oder Aufsichtsorgans zu bestellen oder abzuberufen; Sonderrecht auf Geschäftsführung; der Gesellschafter hat aufgrund eines Syndikatsvertrags soviel Stimmrechtsmacht, dass er über die Bestellung oder Abberufung der Mehrheit der Mitglieder des Aufsichts- oder Leitungsorgans bestimmen kann; Ausübung eines beherrschenden Einflusses).

Klein- und Kleinstgesellschafter werden nach neuer Rechtslage vom Eigenkapitalersatzrecht grundsätzlich ausgenommen. § 6 EKEG sieht allerdings vor, **dass Beteiligungen zusammenzurechnen** sind, wenn mehrere Gesellschafter, die allein nicht über die erforderliche Beteiligungshöhe verfügen, Kredite aufgrund **abgestimmten Verhaltens** vergeben. Gleiches gilt, wenn nur ein Gesellschafter als Kreditgeber auftritt, dies aber in **Absprache** mit anderen tut. Eine Absprache oder ein abgestimmtes Verhalten wird vermutet, wenn die

in Betracht kommenden Gesellschafter nahe Angehörige iSd § 32 IO sind oder in einem Konzernverhältnis gem § 9 Abs 1 EKEG stehen.

Das EKEG trifft auch Klarstellungen für Treuhandschaften (§ 7), für Kreditierungen durch verbundene Unternehmen (§ 8) und im Konzern (§ 9) sowie für stille Gesellschafter (§ 10).

3. Krise (§ 2 EKEG):

3.1. Kredit:

Das EKEG erfasst explizit nur solche Kredite, **die ein Gesellschafter (bzw dessen Treuhänder oder verbundene Unternehmen) der KapGes in der Krise gewährt.**

3.2. Sicherheiten:

Der Kreditgewährung gleichgestellt (§ 1) wird die Gewährung eigenkapitalersetzender Gesellschaftersicherheiten – wie zB Pfandrecht, Bürgschaft, Garantie – in der Krise (§ 15).

3.3. Begriff der Krise:

Auf „*Kreditunwürdigkeit*“ stellt das Gesetz nicht mehr ab. Vielmehr wird der **Begriff der Krise dahin definiert**, dass sich eine Gesellschaft in der Krise befindet wenn sie

- **zahlungsunfähig** (§ 67 IO) oder
- **überschuldet** ist (§ 69 IO) oder
- wenn die **Eigenmittelquote** (§ 23 URG) der Gesellschaft **weniger als 8%** und die **fiktive Schuldentilgungsdauer** (§ 24 URG) **mehr als 15 Jahre** betragen, wobei im letztgenannten Fall der Gegenbeweis möglich ist, dass die Gesellschaft nicht der Reorganisation bedarf (§ 2 Abs 1 EKEG).

Bei den beiden Krisensymptomen *Zahlungsunfähigkeit* und *Überschuldung* kommt es auf keine weiteren, auch keine subjektiven Tatbestandsmerkmale an. Anders ist das bei den aus den §§ 22ff URG entnommenen Tatbestandsmerkmalen, dass eine Krise auch dann vorliegt,

- wenn die Eigenmittelquote weniger als 8% und
- die fiktive Schuldentilgungsdauer mehr als 15 Jahre

beträgt. Diese Kennzahlen müssen nämlich gem § 2 Abs 2 EKEG aus dem zuletzt aufgestellten Jahresabschluss ersichtlich sein (Z 1). Ist der Jahresabschluss nicht rechtzeitig auf-

gestellt worden, liegt eine tatbestandsmäßige Krise auch dann vor, wenn sie aus einem zeitgerecht aufgestellten Jahresabschluss ersichtlich gewesen wären (Z 2). Ansonsten ist eine Krise auch dann anzunehmen, wenn – etwa wegen unterjähriger massiver Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage – der Kreditgeber weiß oder es für ihn offensichtlich ist, dass ein Jahres- oder Zwischenabschluss diese Kennzahlen aufzeigen würde (Z 3).

4. Kredit:

4.1. Kreditgewährung:

Was eine tatbestandsmäßige Kreditgewährung ist, wird in § 3 EKEG nur negativ umschrieben. Daraus, aus den Gesetzesmaterialien sowie aus der Verwendung des Wortes „Kredit“ statt „Darlehen“ lässt sich aber erschließen, dass von einem grundsätzlich **weiten Verständnis** auszugehen ist.

Danach sind nicht nur Darlehensverträge, sondern grundsätzlich **alle Vereinbarungen** erfasst, wonach die **Gesellschaft ihre Gegenleistung für eine (Vor-)Leistung des Gesellschafters nicht Zug-um-Zug, sondern erst später zu erbringen hat** (vgl. *Dellinger* in *Dellinger/Mohr* § 3 Rz 1f; *Dellinger* in *Dellinger/Keppert* 57f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 74 Rz 20).

Dieser weite Grundtatbestand wird aber durch in § 3 EKEG formulierte **Ausnahmen** eingeschränkt, die im Ergebnis den Anwendungsbereich des Eigenkapitalersatzrechts gegenüber den bisherigen Rechtsprechungsregeln erheblich reduzieren. Das **Stehenlassen von in unbedenklicher Zeit – also bevor die Krise eingetreten ist – gewährten Gesellschafterfinanzierungen** (vgl. zur bisherigen Rechtslage etwa OGH ecolex 1994, 234 [*Dellinger*] ecolex 1995, 899; wbl 2000, 325/214 = RdW 2000, 564/529; ecolex 2000, 739/295 = wbl 2000, 522/345; ZIK 1998, 106 = DRdA 1995/15 [*Eypeltauer*]) wird nach neuer Rechtslage vom Eigenkapitalersatzrecht nicht mehr erfasst.

4.2. Ausnahme vom Eigenkapitalersatzrecht:

Ausdrücklich nimmt das Gesetz Kredite aus dem Eigenkapitalersatzrecht aus, wenn

- ein Geldkredit für nicht mehr als 60 Tage oder
- ein Waren- oder sonstiger Kredit für nicht mehr als 6 Monate zur Verfügung gestellt wird oder
- ein *vor* der Krise gewährter Kredit verlängert oder dessen Rückzahlung gestundet wird (§ 3 Abs 1 EKEG).

Die Verlängerung oder Stundung von Gesellschafterkrediten, die *vor* der Krise gewährt wurden, bewirkt demnach *nicht* die Unterstellung unter das Eigenkapitalersatzrecht.

§ 3 Abs 3 EKEG korrigiert schließlich die frühere Rechtsprechung, wonach auch **Gebrauchsüberlassungen** und **Dienstleistungen** eigenkapitalersetzend sein konnten. Das gilt nicht mehr, eigenkapitalersetzend kann allenfalls die Stundung des Entgelts sein (§ 3 Abs 3 EKEG). Im Konkursfall kann aber die zum Gebrauch überlassene Sache vom Gesellschafter **vor Ablauf von einem Jahr ab Konkurseröffnung nicht zurückgefordert werden**, wenn dadurch die Fortführung des Unternehmens gefährdet wäre (§ 26a IO).

4.3. Leistung einer Sicherheit durch Gesellschafter:

§§ 15 und 16 EKEG regeln den Fall, dass ein nicht gebundener Dritter Kredit gewährt, dafür aber ein vom EKEG erfasster **Gesellschafter Sicherheit** leistet. In diesem Fall wird nicht die Kreditgewährung dem Eigenkapitalersatzrecht unterworfen, sondern nach näherer Maßgabe der §§ 15f EKEG die Sicherheitenbestellung (zu den Rechtsfolgen vgl Punkt III.2.). Der Begriff Sicherheit ist weit zu verstehen, erfasst werden sollen alle „denkbaren Sicherungsformen“ (EBRV bei *Dellinger/Mohr* 165), wie zB

- Pfandrecht,
- Bürgschaft,
- Garantie,
- Schuldbeitritt,
- Sicherungszession.

4.4. Sanierungsprivileg bewirkt Ausnahme vom EKEG:

§ 13 EKEG enthält das sogenannte Sanierungsprivileg: Erwirbt jemand Anteile an einer in der Krise befindlichen Gesellschaft zum Zwecke der Überwindung der Krise, so sind im Rahmen eines (tauglichen) Sanierungskonzepts neu gewährte Kredite vom Eigenkapitalersatzrecht freigestellt. Privilegiert sind nur vom EKEG bisher nicht erfasste Gesellschafter, die die finanziellen Mittel oder Sicherheiten zuführen.

III. Rechtsfolgen:

1. Rückzahlungssperre (§ 14 EKEG):

Als Rechtsfolge der eigenkapitalersetzenden Finanzierung wird nun die **Rückzahlungssperre** ausdrücklich statuiert (§ 14 EKEG): Der **Gesellschafter kann auf Dauer der Krise**, insbesondere solange die Gesellschaft nicht saniert ist, **einen eigenkapitalersetzenden Kredit und die darauf entfallenden Zinsen nicht zurückfordern**; im Falle des rechtskräftig bestätigten Sanierungsplans erlischt jedenfalls seine die Sanierungsplanquote übersteigende Forderung. Auch die Quotenforderung steht ihm solange nicht zu, als die KapGes zahlungsunfähig oder überschuldet ist oder Reorganisationsbedarf besteht oder einer dieser Umstände durch Rückzahlung des eigenkapitalersetzenden Kredits eintreten würde. Dennoch geleistete Zahlungen hat der Gesellschafter an die KapGes **zurückzuerstatten**. Dasselbe gilt, wenn sich der Gesellschafter durch Aufrechnung, Pfandverwertung oder in anderer Weise Befriedigung verschafft.

Der Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft verjährt in fünf Jahren ab Zahlung oder sonstiger Befriedigung, außer diese beweist, dass der Ersatzpflichtige die Widerrechtlichkeit der Zahlung kannte (§ 14 Abs 3 EKEG).

Achtung: Die verbotswidrige Rückzahlung eines eigenkapitalersetzenden Darlehens von der Gesellschaft an ihren Gesellschafter (Darlehensgeber) kann den **Tatbestand der betrügerischen Krida** (§ 156 StGB) erfüllen (OGH JbI 2003, 592 [Köck]).

2. Eigenkapitalersetzende Gesellschaftersicherheiten – Auswirkungen auf den Gläubiger:

2.1. Leistet ein Gesellschafter für einen **Drittkredit** (zB der Bank) eine **eigenkapitalersetzende Gesellschaftersicherheit**, bestimmt § 15 Abs 1 EKEG zunächst, dass sich der Drittkreditgeber, solange die Gesellschaft nicht saniert ist, trotz entgegenstehender Vereinbarung (etwa einer Ausfallsbürgschaft) auch aus der Sicherheit des Gesellschafters befriedigen kann. Beahlt der Gesellschafter, kann er von der Gesellschaft nicht Regress nehmen, solange sie nicht saniert ist.

Ein bestätigter Sanierungsplan kürzt die Regressansprüche auf die Sanierungsplanquote.

Wurden Regressansprüche des Gesellschafters dennoch befriedigt, hat die Gesellschaft einen Rückerstattungsanspruch. Der **Dritte** ist allerdings **nicht verpflichtet, zuerst den Ge-**

sellschafter zu belangen. Macht der Dritte seinen Anspruch gegen die Gesellschaft geltend, kann diese vor ihrer Sanierung im Ausmaß der Sicherheit vom Gesellschafter verlangen, dass er die Forderung erfüllt (§ 15 Abs 2 EKEG). Hat aber die Gesellschaft den Kredit des Dritten zurückgezahlt und ist dadurch die Sicherheit freigeworden, so kann die Gesellschaft vom sicherungsgebenden Gesellschafter Erstattung verlangen. Der Gesellschafter hat jedoch eine Ersetzungsbefugnis, wenn dingliche Sicherheiten bestellt worden waren. Er kann sich dann nämlich dadurch von seiner Erstattungspflicht befreien, dass er der Gesellschaft die freigewordenen Sicherheiten zu ihrer Befriedigung zur Verfügung stellt.

Im Wirtschaftsleben kommt es häufig vor, dass die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft persönliche Haftungen gegenüber Banken, Leasingunternehmen und sonstigen Vertragspartnern (= Gläubigern) der Kapitalgesellschaft übernehmen. Die Bank (Leasinggesellschaft usw) ist dann meist nicht Gesellschafter. Dennoch kann die Finanzierungsleistung der Bank (usw), die dann häufig nur wegen der persönlichen Sicherheitsleistung des Gesellschafters der Kapitalgesellschaft¹ zustande kommt, wirtschaftlich einem eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen gleichzuhalten sein. Deshalb regelt § 15 EKEG auch diese Konstellation, uzw wie folgt:

§ 15. (1) Bürgt ein Gesellschafter in einem Zeitpunkt, in dem eine Kreditgewährung Eigenkapital ersetzend wäre, für die Rückzahlung des Kredits eines Dritten, bestellt er ein Pfand oder leistet er eine vergleichbare Sicherheit, so kann sich der Dritte bis zur Sanierung der Gesellschaft trotz entgegenstehender Vereinbarung wegen der Rückzahlung des Kredits aus der Sicherheit befriedigen, ohne zuerst gegen die Gesellschaft vorgehen zu müssen. Beahlt der Gesellschafter die fremde Schuld, so kann er gegen die Gesellschaft nicht Regress nehmen, solange diese nicht saniert ist und, wenn das Insolvenzverfahren nach einem bestätigten Sanierungsplan aufgehoben ist, soweit der Regressanspruch die Sanierungsplanquote übersteigt. Dennoch geleistete Zahlungen oder eine anderweitig erlangte Befriedigung hat der Gesellschafter an die Gesellschaft rückzuerstatten. 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.

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

(3) Ist die Sicherheit dadurch frei geworden, dass die Gesellschaft den Kredit zurückgezahlt hat, so kann sie vom sicherungsgebenden Gesellschafter Erstattung verlangen. Der Gesell-

¹ ZB durch Bürgschaft, Garantie, Schuldbetritt, Patronatserklärung, Pfandbestellung.

schafter 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.

2.2. § 16 EKEG enthält eine Ausnahme vom Grundsatz, dass der Drittkreditgeber nicht gehalten ist, zuerst den sicherungsgebenden Gesellschafter zu belangen:

Der Drittkreditgeber (Gläubiger) wird nämlich darauf verwiesen, sich *primär* beim Gesellschafter zu befriedigen und die Rückzahlung des Kredits von der Gesellschaft nur im Umfang seines *Ausfalls* zu verlangen, wenn der **Gläubiger im Zeitpunkt der Gewährung des Kredits die Krise der Gesellschaft **kannte** oder wenn nach dem veröffentlichten oder ihm sonst bei Kreditgewährung bekannten Jahres- oder Zwischenabschluss deren Eigenmittelquote weniger als 8% und die fiktive Schuldentilgungsdauer mehr als 15 Jahre betragen hatten, der Gläubiger diese finanzielle Situation der KapGes also **kennen musste**.**

Im Insolvenzverfahren der Gesellschaft kann der Gläubiger dann nur seinen voraussichtlichen („mutmaßlichen“) Ausfall gegenüber der Gesellschaft geltend machen (§ 18a IO).

Diese grobe Übersicht gibt das Eigenkapitalersatzrecht nur schlagwortartig wider. Sie erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit oder Richtigkeit. Die Kürze der Darstellung zwingt zu Unschärfen und zu Verallgemeinerungen, die dann gesetzliche oder nach der Rechtsprechung bestehende Differenzierungen oder Ausnahmen nicht (ausreichend) berücksichtigen. Diese Unterlage ist ein bloßer Lernbehelf für Studierende und begründet keinerlei Vertragsverhältnis; sie stellt keinen Rat und Auskunft dar. Jede Haftung des Verfassers für allfällige Unrichtigkeiten wird ausgeschlossen. Die Vervielfältigung, Veröffentlichung und Verbreitung dieser Unterlage ist ausgeschlossen.