

Die GmbH & Co KG

**Gedenkschrift
für Wolf-Dieter Arnold**

Linde

Die GmbH & Co KG im Eigenkapitalersatzgesetz

Alexander Schopper

- 1. Einleitung**
- 2. GmbH & Co KG als Empfängerin einer Eigenkapital ersetzenden Leistung**
- 3. Krise**
 - 3.1. Krisenmerkmale
 - 3.2. Sonderfragen bei der GmbH & Co KG
 - 3.3. Eigenkapital ersetzende Forderungen in der Überschuldungsprüfung
 - 3.4. Bedeutung der Rückstehungserklärung für Umgründungen
 - 3.5. Wegfall der Krise und Entsperrung
 - 3.5.1. Grundlegendes
 - 3.5.2. Umgründungen
 - 3.5.3. Unternehmenserwerb
- 4. Erfasste Gesellschafter**
- 5. Kredit**

1. Einleitung

Bereits vor Inkrafttreten des Eigenkapitalersatzgesetzes (EKEG)¹ war die Anwendbarkeit des Eigenkapitalersatzrechts auf die GmbH & Co KG anerkannt.² Der Gesetzgeber war im Rahmen des EKEG offenkundig bestrebt, die bisherigen Rechtsprechungsregeln zur Anwendbarkeit des Eigenkapitalersatzrechts auf die GmbH & Co KG gesetzlich zu verankern. In § 4 Z 3 EKEG wird die GmbH & Co KG in den Kreis jener Gesellschaften aufgenommen, die als Empfänger einer Eigenkapital ersetzenden Leistung in Betracht kommen.³ Mit § 11 EKEG beschritt der Gesetzgeber einen Weg, den bereits der OGH in einer Entscheidung aus dem Jahre 1996⁴ vorgezeichnet hat, und erstreckte den Anwendungsbereich des EKEG auf einen Kommanditisten, der nicht zugleich Gesellschafter der Komplementärgesellschaft ist und dieser einen Kredit gewährt.

Das EKEG trat am 1.1.2004 in Kraft. Nach mehr als sieben Jahren lässt sich ein Resümee wie folgt ziehen: Insbesondere durch die Abgrenzung der Krise in § 2 EKEG und durch die detaillierten Regelungen über den Kreis der erfassten Gesellschafter in den §§ 5 ff EKEG trug das EKEG zur Verbesserung der Rechtssicherheit im Bereich des Eigenkapitalersatzrechts bei. Das gilt für das „Mutterland“ des Eigenkapitalersatzrechts – die GmbH – und auch für die praktisch fast ebenso wichtige Anwendung des EKEG auf die GmbH & Co KG. Die Frequenz der höchstgerichtlichen Entscheidungen zum Eigenkapitalersatzrecht hat sich seit dem Inkrafttreten des EKEG erheblich reduziert. Höchstgerichtliche Entscheidungen, die sich substantiell mit Auslegungsfragen zum EKEG befassen, fehlen bislang. Die seit dem Inkrafttreten des EKEG ergangenen Entscheidungen des OGH betrafen durchwegs so genannte Altfälle, bei denen der OGH – mE völlig zu Recht – an den wesentlichen Grundsätzen seiner früheren Rsp festgehalten hat.⁵

Gemessen an der Zahl höchstgerichtlicher Entscheidungen kann kein Zweifel daran bestehen, dass das EKEG die praktische Bedeutung des Eigenkapitalersatzrechts in Österreich zurückgedrängt hat. Das ist mE vor allem auf zwei Änderungen des EKEG im Vergleich zu den früheren Rechtsprechungsregeln zurückzuführen: zum einen auf die Ausklammerung von stehen gelassenen Krediten aus dem Anwendungsbereich des EKEG⁶ und zum anderen auf die Ersetzung der nach der früheren Rsp relevanten Kreditunwürdigkeit⁷ durch die klar festgelegten Krisenkriterien in § 2 EKEG.

¹ BGBl I 2003/92.

² Vgl OGH 24.7.1996, 8 Ob 2124/96b, SZ 69/166; OGH 25.11.1997, 4 Ob 344/97k; OGH 12.3.1998, 8 Ob 336/97p; OGH 12.2.2003, 9 ObA 263/02w; aus der Literatur etwa *Ostheim*, Eigenkapitalersatzende Gesellschafterdarlehen in der Unternehmenskrise, GesRZ 1989, 173 ff; *ders*, Zu Rechtsgrund und Reichweite der Regeln über eigenkapitalersatzende Gesellschafterdarlehen, wbl 1995, 217 (222 f); *Koppensteiner*, GmbHG (1. Auflage) § 74 Rz 19; *Schmidberger*, Eigenkapitalersatz im Konzern (1996) 51 ff; *Karollus*, Verstärkter Kapitalschutz bei der GmbH & Co KG, *ecolex* 1996, 860 ff, insbes bei FN 8; *ders*, Kapitalersatzende Leistungen – Jüngste Entwicklungen und Zukunftsperspektiven, ÖBA 1997, 106 ff.

³ Dazu sogleich unter 2.

⁴ OGH 24.7.1996, 8 Ob 2124/96b, SZ 69/166; dazu *Karollus*, *ecolex* 1996, 860 ff.

⁵ IdS zuletzt OGH 21.12.2009, 8 Ob 137/09v, ÖBA 2010/1633; vgl auch die Übersicht der seit dem Inkrafttreten des EKEG ergangenen Entscheidungen bei *Karollus* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, Zusatzband I EKEG, § 18 Rz 2.

⁶ Vgl § 3 Abs 1 Z 3 EKEG.

⁷ Siehe dazu jüngst OGH 21.12.2009, 8 Ob 137/09v, ÖBA 2010/1633.

Die grundlegenden Fragen zur GmbH & Co KG im Eigenkapitalersatzgesetz wurden bereits ausführlich in der Kommentarliteratur⁸ und in Einzelbeiträgen⁹ aufgearbeitet. Der folgende Beitrag baut auf den bisherigen literarischen Stellungnahmen auf. Im Mittelpunkt sollen aber vor allem jene Fragen stehen, die bislang in der österreichischen Literatur noch nicht näher untersucht wurden. Die Schwerpunktsetzung auf offene Punkte bringt es mit sich, dass dieser Beitrag auch Fragen behandelt, die nicht ausschließlich für die GmbH & Co KG relevant sind, wie etwa umgründungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit dem EKEG oder das Schicksal von Eigenkapital ersetzenden Forderungen beim Unternehmensübergang nach § 38 UGB.

2. GmbH & Co KG als Empfängerin einer Eigenkapital ersetzenden Leistung

Gesellschaften iSd § 1 EKEG sind unter anderem Personengesellschaften, bei denen kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist (§ 4 Z 3 EKEG). Solche „verdeckten Kapitalgesellschaften“ kommen somit als Empfänger einer Eigenkapital ersetzenden Leistung in Betracht.

Vom Wortlaut des § 4 Z 3 EKEG erfasst sind alle Personengesellschaften ohne eine natürliche Person als unbeschränkt haftender Gesellschafter. Praktischer Hauptanwendungsfall der Bestimmung ist die Kreditgewährung an eine GmbH & Co KG im engeren Sinn, die bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen (vor allem Krise der Gesellschaft und Kreditgewährung durch einen erfassten Gesellschafter) Eigenkapital ersetzend ist. Daneben gehören aber auch eine OG¹⁰ oder eine EWIV jeweils ohne einen unbeschränkt haftenden Gesellschafter zum Kreis der Gesellschaften, die als Empfänger einer Eigenkapital ersetzenden Leistung in Betracht kommen. Für die Rechtslage vor der Neuregelung des Personengesellschaftsrechts durch das UGB war auch die Einbeziehung von eingetragenen Erwerbsgesellschaften (GmbH & Co OEG oder KEG) in das EKEG unbestritten.¹¹ Die Frage ist infolge der Abschaffung der eingetragenen Erwerbsgesellschaften durch das Handelsrechts-Änderungsgesetz¹² obsolet geworden.

Zum Kreis der nach § 4 Z 3 EKEG erfassten Gesellschaften zählt auch die so genannte sternförmige GmbH & Co KG, bei der ein und dieselbe GmbH gleichzeitig als jeweils einzige Komplementärin mehrerer Kommanditgesellschaften fungiert.¹³ Im Zusammenhang mit dem EKEG ist bei der sternförmigen GmbH & Co KG im Einzelnen darauf abzustellen, welche KG die Empfängerin der Eigenkapital ersetzenden Leistung war. Bei dieser KG müs-

⁸ Vgl die Kommentierung insbes der §§ 4 und 11 EKEG in *Schopper/Vogt*, Praxiskommentar zum EKEG (2003); *Dellinger/Mohr*, EKEG (2004); *Karollus* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, Zusatzband I EKEG (2009) und *Zehetner/Bauer*, Das Eigenkapitalersatzrecht (2004).

⁹ Vgl vor allem *Artmann*, Eigenkapitalersatzrecht bei der GmbH & Co KG, RdW 2005, 337.

¹⁰ Siehe *Schopper* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 4 Rz 27.

¹¹ Vgl *Schopper* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 4 Rz 28.

¹² BGBl I 2005/120, in Kraft getreten am 1.1.2007.

¹³ Allgemein zum Begriff der sternförmigen GmbH & Co KG vgl *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴, 1638.

sen dann auch die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen nach dem EKEG (insbesondere Krise und Kreditgewährung durch einen erfassten Gesellschafter) erfüllt sein.

Vom Wortlaut des § 4 Z 3 EKEG erfasst sind auch die doppelstöckige und die mehrstufige GmbH & Co KG, bei denen jeweils eine GmbH & Co KG im engeren Sinn die einzige Komplementärin einer KG ist. In der Untergesellschaft ist keine natürliche Person unbeschränkt haftender Gesellschafter. Auch in der Obergesellschaft existiert keine natürliche Person, die zumindest als mittelbarer Gesellschafter auf Grund einer Haftungskette unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der Untergesellschaft haftbar ist. Ein Kredit, den die Ober-GmbH & Co KG als erfasster Gesellschafter iSd § 5 EKEG an die Unter-KG gewährt, ist daher nach dem EKEG gesperrt, wenn sich die Kreditnehmerin bei der Kreditgewährung in der Krise befindet.

Zu weit geht der Gesetzeswortlaut von § 4 Z 3 EKEG jedoch im Zusammenhang mit doppel- oder mehrstöckigen Personengesellschaften, bei denen eine natürliche Person zumindest als mittelbarer Gesellschafter unbeschränkt haftet: Ist beispielsweise der einzige Komplementär einer KG eine OG, bei der zumindest eine natürliche Person Gesellschafter ist, dann wäre § 4 Z 3 EKEG bei wörtlicher Auslegung auf die KG anwendbar, weil bei dieser Gesellschaft keine natürliche Person unbeschränkt haftender Gesellschafter ist. Die Anwendbarkeit des EKEG auf die KG entspräche aber nicht dem von § 4 Z 3 EKEG verfolgten Zweck, weil in diesem Fall sehr wohl eine natürliche Person als mittelbarer Gesellschafter der KG unbeschränkt haftet. Damit fehlt die für eine verdeckte Kapitalgesellschaft kennzeichnende Kombination der Haftungsbeschränkung mit einer personengesellschaftsrechtlichen Struktur. Der Wortlaut des § 4 Z 3 EKEG ist teleologisch zu reduzieren:¹⁴ Ein Kredit an eine doppel- oder mehrstöckige Personengesellschaft mit zumindest einer natürlichen Person, die zwar nur mittelbar beteiligter Gesellschafter ist, aber dennoch unbeschränkt haftet, ist auch bei Vorliegen aller sonstigen Voraussetzungen nicht Eigenkapital ersetzend. Personengesellschaften mit natürlichen Personen als unbeschränkt haftende (mittelbare) Gesellschafter sind keine Gesellschaften iSd § 4 Z 3 EKEG.

Nicht von § 4 Z 3 EKEG behandelt wird eine Kreditgewährung an die Komplementärgesellschaft oder auch an den Kommanditisten. Handelt es sich bei der Komplementärgesellschaft oder beim Kommanditisten um eine GmbH, eine AG, eine Genossenschaft mit beschränkter Haftung oder um eine Personengesellschaft, bei der kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, so zählen auch sie gemäß § 4 Z 1–3 EKEG zum Kreis jener Gesellschaften, die als Empfänger einer Eigenkapital ersetzenden Leistung in Betracht kommen. Besonderheiten bei der Kreditgewährung an die Komplementärgesellschaft ergeben sich insbesondere auf Grund von § 11 EKEG. Neben der Kreditgewährung durch einen nach §§ 5 ff EKEG erfassten Gesellschafter der Komplementärgesellschaft kann gemäß § 11 EKEG – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – auch ein Kredit, den der Kommanditist an die Komplementärgesellschaft gewährt, vom EKEG erfasst sein, selbst wenn der Kommanditist seinerseits keine Beteiligung an der Komplementärgesellschaft hält (dazu sogleich unten 3.2.).

¹⁴ Ebenso *U. Torggler*, Eigenkapitalersatz-Gesetz, JAP 2003/2004, 179 FN 12; *Karollus* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, Zusatzband I EKEG, § 4 Rz 13 mwN.

3. Krise

3.1. Krisenmerkmale

§ 2 EKEG stellt alternativ auf drei Krisentatbestände ab: die Zahlungsunfähigkeit, die Überschuldung oder das Vorliegen der URG-Kennzahlen samt Reorganisationsbedarf. Liegt nur eines der drei aufgezählten Krisenmerkmale – gemeinsam mit den sonstigen Voraussetzungen – vor, reicht das für eine Anwendbarkeit des EKEG aus. Allerdings ist die Aufzählung in § 2 Abs 1 EKEG abschließend, sodass es auf eine Kreditunwürdigkeit im Sinne der früheren Rsp zur Rechtslage vor dem EKEG oder auf sonstige Umstände, aus denen eine Krise ableitbar wäre, nicht ankommt.¹⁵

Nach § 2 Abs 1 Z 1 EKEG befindet sich die Gesellschaft in der Krise, wenn sie zahlungsunfähig ist. Zahlungsunfähigkeit nach dem EKEG ist im insolvenzrechtlichen Sinn zu verstehen, was sich ohne Zweifel aus dem Verweis auf § 66 IO¹⁶ ergibt. Demnach liegt Zahlungsunfähigkeit vor, wenn die Gesellschaft nicht im Stande ist, alle fälligen Schulden bei redlicher wirtschaftlicher Gebarung in angemessener Frist zu begleichen.¹⁷

Mit der Überschuldung enthält § 2 Abs 1 Z 2 EKEG ein weiteres Krisenmerkmal. Auch dieser Begriff ist kraft Verweises auf § 67 IO im Einklang mit dem Insolvenzrecht auszulegen. Eine für das Eigenkapitalersatzrecht relevante Überschuldung besteht, wenn ein nach Liquidationswerten berechneter Vermögensstatus negativ ist und keine positive Fortbestehungsprognose vorliegt.¹⁸ Für die GmbH & Co KG ist die Überschuldung sowohl Insolvenzgrund¹⁹ als auch Krisenmerkmal iSd EKEG. Gleiches galt – für die Rechtslage vor dem Handelsrechts-Änderungsgesetz²⁰ – für eine GmbH & Co KEG.²¹

Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung sind nach dem EKEG als absolute Krisenmerkmale zu verstehen. Auf eine Kenntnis oder eine fahrlässige Unkenntnis des Kreditgebers im Hinblick auf das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung kommt es nicht an. Der Kredit gewährende Gesellschafter kann daher nicht einwenden, dass er die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung nicht kannte und auch nicht kennen musste.²² Dementsprechend ist auch bei der Anwendung von § 11 EKEG nicht maßgebend, ob der Kommanditist im Zeitpunkt der Kreditgewährung an die Komplementärge-

¹⁵ Vgl *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 2 Rz 3; *Karollus in Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, Zusatzband I EKEG, § 2 Rz 5.

¹⁶ Insolvenzordnung idF BGBl I 2010/29.

¹⁷ OGH 22.10.2007, 1 Ob 134/07y, GeS 2007,432 = ZIK 2008, 30; OGH 28.9.2006, 4 Ob 93/06i, ÖBA 2007, 323; RIS-Justiz RS0064528; vgl auch *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze, § 66 Rz 5 ff; *Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴, § 66 Rz 1 ff.

¹⁸ Siehe dazu etwa OGH 3.12.1986, 1 Ob 655/86, WBl 1987, 74 mit Anm *Wilhelm*; OGH 14.7.1994, 1 Ob 553/94, SZ 67/128; OGH 19.11.2008, 3 Ob 173/08z; RIS-Justiz RS0064962; *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze, Kommentar zu § 67; *Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴, Kommentar zu § 67.

¹⁹ Vgl § 67 Abs 1 IO.

²⁰ BGBl I 2005/120.

²¹ Nach OGH 17.2.2006, 10 Ob 46/05w, ÖBA 2006, 522 mit Anm *Bartlmä* = GesRZ 2006, 146, bildete die Überschuldung einen Insolvenzgrund für eine GmbH & Co KEG und war daher gemäß § 2 Abs 1 Z 2 iVm § 4 Z 3 EKEG auch als Krisenmerkmal zu berücksichtigen.

²² *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 2 Rz 5, 32.

sellschaft das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung bei der KG kannte oder kennen musste.²³ Auf das Bestehen einer Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages stellt § 2 Abs 1 Z 1 EKEG nicht ab. Eine Krise iSd EKEG liegt auch dann vor, wenn zum Zeitpunkt der Kreditgewährung noch die Sanierungsfrist von sechzig Tagen (§ 69 Abs 2 IO) läuft oder eine Verlängerung der Frist auf 120 Tage im Falle einer durch eine Naturkatastrophe bedingten Zahlungsunfähigkeit eingreift (§ 69 Abs 2a IO).²⁴

Beim dritten Krisenmerkmal stellt das EKEG auf die URG-Kennzahlen und den Reorganisationsbedarf ab.²⁵ Eine für das Eigenkapitalersatzrecht relevante Krise besteht, wenn die Eigenmittelquote (§ 23 URG) der Gesellschaft weniger als 8 % und die fiktive Schuldentilgungsdauer (§ 24 URG) mehr als 15 Jahre betragen, es sei denn, die Gesellschaft bedarf nicht der Reorganisation.²⁶ Im Unterschied zu den absoluten Krisenmerkmalen der Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit muss bei den URG-Kennzahlen zusätzlich das Kriterium der Erkennbarkeit erfüllt sein.²⁷

3.2. Sonderfragen bei der GmbH & Co KG

Ein Kredit ist nur dann Eigenkapital ersetzend, wenn sich jene Gesellschaft in der Krise befindet, welche die Eigenkapital ersetzende Leistung empfängt. Unerheblich ist für das EKEG die wirtschaftliche Lage des Kreditgebers.²⁸ Bei der GmbH & Co KG kann die Krise entweder bei der KG, der Komplementärgesellschaft oder – was der praktische Regelfall ist²⁹ – bei beiden vorliegen. Außerdem kann die Krise auch (nur) den Kommanditisten treffen.³⁰

In zeitlicher Hinsicht ist nach der zutreffenden hA³¹ auf das Vorliegen der Krise im Zeitpunkt des Abschlusses des Verpflichtungsgeschäfts und nicht erst auf die tatsächliche

²³ Maßgebend ist im Anwendungsbereich des § 11 EKEG nämlich nur die wirtschaftliche Lage der KG und nicht jene der Komplementärgesellschaft; dazu sogleich unten 3.2.

²⁴ Ebenso *Karollus* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, Zusatzband I EKEG, § 2 Rz 8.

²⁵ § 2 Abs 1 Z 3 EKEG.

²⁶ Zur Berechnung der Kennzahlen vgl *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 2 Rz 26 ff; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 4/490 ff.

²⁷ Siehe § 2 Abs 2 EKEG; dazu ausführlich *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 2 Rz 31 ff; *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, EKEG, § 2 Rz 12 ff; *Karollus* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, Zusatzband I EKEG, § 2 Rz 21 ff.

²⁸ Die wirtschaftliche Lage des Kreditgebers ist jedoch aus anfechtungsrechtlicher Sicht relevant, was zu einer Kollision von Anfechtungsrecht (als Gläubigerschutzinstrument in der Insolvenz des Kreditgebers) und Eigenkapitalersatzrecht (als Gläubigerschutzinstrument in der Insolvenz des Kreditnehmers) führen kann.

²⁹ Vgl *Schopper* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 11 Rz 7; *Artmann*, RdW 2005, 337.

³⁰ Die Krise des Kommanditisten spielt für die Anwendung des EKEG nur dann eine Rolle, wenn der Kommanditist Empfänger einer potenziell Eigenkapital ersetzenden Leistung ist. Als weitere Voraussetzungen muss der Kommanditist eine Gesellschaft iSd § 4 EKEG sein und die Leistung muss von einem nach den §§ 5 ff EKEG erfassten Gesellschafter des Kommanditisten stammen. Eine mit § 11 EKEG vergleichbare Gleichstellung der Leistung an den Kommanditisten mit einer Leistung an die KG sieht das EKEG nicht vor.

³¹ Vgl *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 4; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Anh § 74 Rz 22; *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 3 Rz 23; *ders*, Der sachliche Anwendungsbereich des EKEG,

Auszahlung der Kreditvaluta abzustellen. Gewährt die Komplementärgesellschaft oder ein Kommanditist als erfasster Gesellschafter der KG dieser einen Kredit, muss die Krise der KG spätestens im Zeitpunkt der Kreditgewährung vorliegen.

Die finanzielle Situation der KG kann aber nicht nur durch Kreditgewährung direkt an die KG, sondern auch indirekt durch einen Zufluss von Mitteln an die Komplementärgesellschaft verbessert werden, weil die Komplementärgesellschaft für die Verbindlichkeiten der KG im Rahmen der unbeschränkten Haftung gemäß § 128 iVm § 161 UGB eintreten muss. Daher behandelt § 11 EKEG den Fall, in dem ein Kommanditist der Komplementärgesellschaft einen Kredit gewährt. Die Sonderregelung ist nach der Systematik des EKEG vor allem deswegen erforderlich, weil ein „Nur-Kommanditist“ nicht an der Komplementärgesellschaft beteiligt ist und daher bei einer Kreditgewährung an diese auch nicht zum Kreis der erfassten Gesellschafter iSd §§ 5 ff EKEG gehören würde. Dem ist der Fall gleichzuhalten, in dem der Kommanditist zwar Gesellschafter der Komplementärgesellschaft ist, aber auf Grund des Beteiligungsumfangs nicht zum Kreis der erfassten Gesellschafter gemäß §§ 5 ff EKEG zählt. In beiden Fällen unterliegt der Kredit an die Komplementärgesellschaft von vornherein mangels Stellung als erfasster Gesellschafter nicht dem Grundtatbestand des EKEG. Die Leistung des Kommanditisten an die Komplementärgesellschaft ist jedoch kraft ausdrücklicher Anordnung des § 11 EKEG einem an die KG gewährten Kredit gleichzusetzen, weil durch eine Mittelzufuhr an die Komplementärgesellschaft auch die Liquiditätssituation der KG verbessert werden kann.³² Da § 11 vorrangig den Schutz vor Umgehung des EKEG durch mittelbare Finanzierung der KG bezweckt, kommt es – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – im Falle der Gewährung eines Kredits von einem Nur-Kommanditisten an die Komplementärgesellschaft darauf an, dass sich die KG im Zeitpunkt der Kreditgewährung in der Krise befindet. Selbst wenn sich die den Kredit empfangende Komplementärgesellschaft zum Zeitpunkt der Kreditgewährung (noch) nicht in der Krise befindet, bewirkt § 11 EKEG eine Sperrung des Kredits allein auf Grund der bei der KG vorhandenen Krise.³³ Dies führt im Ergebnis dazu, dass der Kommanditist – möchte er die Gefahr einer Rückzahlungssperre gemäß § 14 EKEG vermeiden – der Komplementärgesellschaft während aufrechter Krise bei der KG überhaupt keinen Kredit gewähren darf. Das ist sachgerecht und entspricht dem von § 11 EKEG verfolgten Zweck, sofern die ausschließliche Rolle der Komplementärgesellschaft darin besteht, die Aufgabe als Komplementärin einer einzigen KG wahrzunehmen. Diesen – in der Praxis wohl häufigsten Fall – hatte auch der Gesetzgeber vor Augen. Eine Komplementär-GmbH, deren einzige Aufgabe die Stellung als unbeschränkt haftender Gesellschafter einer bestimmten KG ist, hat kein Eigenleben außerhalb der KG. Daher kann bei der Komplementärgesellschaft auch kein Liquiditätsbedarf in einem eigenen Interesse entstehen, das vom Interesse der KG unterscheidbar wäre. Das Abstellen auf die Krise al-

in *Dellinger/Keppert*, Eigenkapitalersatzrecht (2004) 61; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 4/472; aA *Karollus* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, Zusatzband I EKEG, § 3 Rz 19; *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht, 58.

³² Siehe ErläutRV, 124 BlgNR XXII. GP, 11.

³³ Vgl *Schopper* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 11 Rz 3; *Artmann*, RdW 2005, 337.

lein bei der KG führt auch dann nicht zu einer unvertretbaren Einschränkung der Finanzierungsfreiheit der Komplementär-GmbH, wenn sich diese im Zeitpunkt der Kreditgewährung noch gar nicht in der Krise befand.

Davon zu unterscheiden sind Fälle, in denen die Komplementärgesellschaft nicht nur in den Dienst als unbeschränkt haftender Gesellschafter einer einzigen KG gestellt ist, sondern daneben auf Grund eigener wirtschaftlicher Aktivitäten eigene Interessen verfolgt. Entfaltet die Komplementärgesellschaft neben ihrer Rolle als Komplementärin einer bestimmten KG auch andere geschäftliche Tätigkeiten, führt der Wortlaut von § 11 EKEG dazu, dass eine Kreditgewährung an die Komplementärgesellschaft auch dann gesperrt wäre, wenn die Kreditmittel gar nicht für die Zwecke der betreffenden KG verwendet werden sollten. Eine Sperrung des Kredits ist hier aber weder auf Grund des von § 11 EKEG intendierten mittelbaren Kapitalschutzes der KG noch aus Sicht der Komplementärgesellschaft erforderlich, weil sich diese gar nicht in der Krise befindet. Nach zutreffender Ansicht sollte dem Kredit gewährenden Kommanditisten daher der Gegenbeweis ermöglicht werden, dass der Kredit an die Komplementärgesellschaft für andere Zwecke als jene der KG geplant und eingesetzt wurde.³⁴ Mit anderen Worten darf der Kredit keine mittelbare Liquiditätszufuhr an die bereits in der Krise befindliche KG darstellen. Eine solche wird prima facie bei einer Kreditgewährung durch den Nur-Kommanditisten an die Komplementärgesellschaft vermutet. Gelingt dem Nur-Kommanditisten der Gegenbeweis, unterliegt der an die Komplementärgesellschaft gewährte Kredit auch dann nicht dem EKEG, wenn sich die KG im Zeitpunkt der Kreditgewährung in der Krise befand. Unschädlich ist in dieser Fallkonstellation auch, wenn bei der Komplementärgesellschaft die Krise erst nach der Kreditgewährung eintritt, etwa weil die unbeschränkte Haftung der Komplementärgesellschaft für die bereits zuvor in die Krise geratene KG schlagend wird. Gegen eine Rückzahlungssperre in dieser Variante sprechen sogar zwei Gründe: einerseits die fehlende Stellung des Nur-Kommanditisten als erfasster Gesellschafter der Komplementärgesellschaft und andererseits § 3 Abs 1 Z 3 EKEG, der die Verlängerung oder Stundung eines vor der Krise gewährten Kredits vom Anwendungsbereich des EKEG ausnimmt.

Nach diesen Grundsätzen sind auch Finanzierungen in der sternförmigen GmbH & Co KG zu beurteilen. Bei einer sternförmigen GmbH & Co KG ist ein und dieselbe GmbH gleichzeitig Komplementärin mehrerer Kommanditgesellschaften.³⁵ Gewährt der Kommanditist einer bestimmten in der Krise befindlichen KG an die Komplementärgesellschaft einen Kredit, ist § 11 EKEG nicht anwendbar, wenn dem Kreditgeber der Beweis gelingt, dass der Kredit für Zwecke einer anderen, nicht in der Krise befindlichen KG geplant und eingesetzt wurde.³⁶ § 11 EKEG greift bei der sternförmigen

³⁴ Artmann, RdW 2005, 339; Karollus in Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht, Zusatzband I EKEG, § 11 Rz 9.

³⁵ Vgl dazu K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴, 1638.

³⁶ Ob sich diese KG im Zeitpunkt der Kreditgewährung in der Krise befand, ist nur dann relevant, wenn der betreffende Kommanditist zum Kreis der nach §§ 5 ff EKEG erfassten Gesellschafter dieser KG gehört. § 11 EKEG erweitert nämlich nicht den Kreis der erfassten Gesellschafter, sondern führt nur zu einer Gleichstellung eines an die Komplementärgesellschaft gewährten Kredites mit einer direkten Leistung an die KG; vgl dazu Schopper in Schopper/Vogt, EKEG § 11 Rz 6.

GmbH & Co KG ein, wenn ein Nur-Kommanditist der Komplementärgesellschaft einen Kredit gewährt und der Kredit für die Zwecke einer KG, die sich zum Zeitpunkt der Kreditgewährung in der Krise befand, geplant und verwendet wurde. Gleichzeitig muss der Kommanditist, der den Kredit an die Komplementärgesellschaft gewährt hat, zum Kreis der (mittelbar) erfassten Gesellschafter der betreffenden KG gehören.

Eine Schutzlücke des EKEG besteht allerdings in einer mit den soeben erläuterten Fällen verwandten Konstellation, bei der ein Gesellschafter der Komplementärgesellschaft dieser einen Kredit gewährt. Liegt bei der Komplementärgesellschaft im Zeitpunkt der Kreditgewährung keine Krise vor, so unterliegt der Kredit nicht dem Grundtatbestand des EKEG, selbst wenn der Kreditgeber zum Kreis der erfassten Gesellschafter der Komplementärgesellschaft gemäß §§ 5 ff EKEG gehört. Daran ändert sich auch nichts, wenn sich die KG im Zeitpunkt der Gewährung des Kredits an die Komplementärgesellschaft in der Krise befand. Vom Wortlaut des § 11 EKEG ist die Leistung nicht erfasst, sofern der Kreditgeber nicht gleichzeitig auch Kommanditist der KG ist. § 11 EKEG erfasst nur eine Kreditgewährung durch den Kommanditisten und ist zumindest nach dem Gesetzeswortlaut im Fall eines Kredits, den ein nur an der Komplementärgesellschaft beteiligter Nichtkommanditist an die Komplementärgesellschaft gewährt, nicht anwendbar. Auch wenn der Kreditgeber ein mittelbar beteiligter Gesellschafter der KG iSd § 8 EKEG oder ein sonst nach den §§ 7–10 EKEG erfasster Gesellschafter der KG sein sollte, fällt die Leistung nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht unter das EKEG, weil nicht die in der Krise befindliche KG, sondern die (noch) gesunde Komplementärgesellschaft Leistungsempfängerin ist. Mit dem von § 11 EKEG verfolgten Zweck ist dieses Ergebnis mE nicht vereinbar.³⁷ Die kritische finanzielle Situation einer GmbH & Co KG in der Krise kann mittelbar durch Zuführung von „Fremdkapital“ an die Komplementärgesellschaft verbessert werden. Auf diese mittelbare Liquiditätszufuhr zielt § 11 EKEG nach den Gesetzesmaterialien ab.³⁸ Ob der Kredit an die Komplementärgesellschaft vom Kommanditisten oder einem Gesellschafter der den Kredit empfangenden Komplementärgesellschaft stammt, kann aus Sicht der KG keine Rolle spielen. Daher ist § 11 EKEG analog auch auf Kredite anzuwenden, die ein nur an der Komplementärgesellschaft beteiligter Nichtkommanditist an die Komplementärgesellschaft gewährt. Ein solcher Kredit ist iSd § 11 EKEG einer Kreditgewährung an die KG gleichzustellen. Aus dem Gedanken der Gleichstellung folgt aber auch, dass nicht jeder Gesellschafter der Komplementärgesellschaft von der Analogie erfasst ist. § 11 EKEG setzt – ebenso wie in seinem unmittelbaren Anwendungsbereich³⁹ – auch per analogiam die Stellung eines nach den sonstigen Bestimmungen des EKEG erfassten Gesellschafters im Verhältnis zur KG voraus. Von der hier vertretenen Analogie zu § 11 EKEG betroffen ist daher lediglich eine Kreditgewährung an die Komplementärgesellschaft, wenn der Kreditgeber gleichzeitig auch ein nach den §§ 5–10 EKEG erfasster Gesellschafter der KG ist und zudem nicht schon als Kommanditist⁴⁰ zum Kreis der erfassten Gesellschafter im Verhältnis zur KG zählt. Maßgebend ist in einem

³⁷ Offenbar aA *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 11 Rz 6.

³⁸ Vgl ErläutRV, 124 BlgNR XXII. GP, 11.

³⁹ Siehe *Schopper* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 11 Rz 6.

⁴⁰ Dieser Fall wird schon durch den Wortlaut des § 11 EKEG abgedeckt.

solchen Fall, ob sich die KG und nicht die den Kredit empfangende Komplementärgesellschaft im Zeitpunkt der Kreditgewährung in der Krise befand (§ 11 EKEG analog).

Das soeben zum Kredit eines nur an der Komplementärgesellschaft beteiligten Nichtkommanditisten an die Komplementärgesellschaft Gesagte ist nicht auf Fälle übertragbar, in denen der Kredit an die Komplementärgesellschaft von einem weiteren Komplementär⁴¹ stammt, sofern bei einer GmbH & Co KG ausnahmsweise ein weiterer Komplementär vorhanden ist.⁴² Eine Kreditgewährung von einer Komplementärgesellschaft an die andere stellt mE keine mittelbare Liquiditätszufuhr an die KG dar, weil beide Komplementärgesellschaften sowieso eine unbeschränkte Haftung für die Verbindlichkeiten der KG trifft. § 11 EKEG ist aus diesem Grund auf Kreditgewährungen zwischen Komplementärgesellschaften nicht analog anwendbar. Ebenso wenig ist § 11 EKEG analog auf Leistungen der Komplementärgesellschaft oder ihrer Gesellschafter an den in der Krise befindlichen Kommanditisten anzuwenden. Den Kommanditisten trifft nur eine beschränkte Haftung für die Verbindlichkeiten der KG, sodass die Verbesserung seiner wirtschaftlichen Lage durch eine Kreditgewährung keine mittelbare Liquiditätszufuhr an die KG darstellt.

In den zuletzt behandelten Fällen befand sich im Zeitpunkt der Kreditgewährung die KG, nicht aber die Komplementärgesellschaft als Empfängerin der Leistung in der Krise. Anderes gilt, wenn die Krise im Zeitpunkt der Kreditgewährung nur bei der Komplementärgesellschaft vorliegt, nicht aber bei der KG. Gewährt ein nach §§ 5 ff EKEG erfasster Gesellschafter der in der Krise befindlichen Komplementärgesellschaft dieser einen Kredit, ist der Kredit schon nach dem Grundtatbestand des EKEG gesperrt. Nicht vom Grundtatbestand erfasst ist hingegen ein Kredit, den der Nur-Kommanditist (iSd § 11 EKEG)⁴³ an die Komplementärgesellschaft gewährt, weil der Nur-Kommanditist nicht erfasster Gesellschafter der Komplementärgesellschaft ist. Auch § 11 EKEG ist hier nicht anzuwenden. Dies folgt aus dem Wortlaut und dem Zweck von § 11 EKEG. Durch die Bestimmung soll eine mittelbare Liquiditätszufuhr an die KG und nicht an die Komplementärgesellschaft erfasst werden. Bei der Anwendung von § 11 EKEG kommt es daher allein auf die wirtschaftliche Lage der KG und nicht auf die der Komplementärgesellschaft im Zeitpunkt der Kreditgewährung an.⁴⁴

3.3. Eigenkapital ersetzende Forderungen in der Überschuldungsprüfung

Der mit dem GIRÄG⁴⁵ 2003 neu geschaffene § 67 Abs 3 IO (vormals KO⁴⁶) stellt klar, dass bei der Prüfung der rechnerischen Überschuldung Verbindlichkeiten – auch solche aus Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterleistungen – zu passivieren sind. Nach den

⁴¹ Handelt es sich bei diesem zusätzlichen Komplementär um eine natürliche Person, stellt sich die Frage von vornherein gar nicht, weil keine von § 4 Z 3 EKEG erfasste verdeckte Kapitalgesellschaft vorliegt und § 11 weder unmittelbar noch analog anwendbar ist.

⁴² Vgl dazu allgemein K. Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴, 1633 mit Verweis auf BGH, NJW 1980, 54.

⁴³ Dem ist wiederum der Fall gleichzuhalten, in dem der Kommanditist zwar Gesellschafter der Komplementärgesellschaft ist, aber auf Grund des Beteiligungsumfanges nicht zum Kreis der erfassten Gesellschafter gemäß §§ 5 ff EKEG zählt.

⁴⁴ Vgl Schopper in Schopper/Vogt, EKEG § 11 Rz 9; Artmann, RdW 2005, 338.

⁴⁵ BGBl I 2003/92.

⁴⁶ Vor Inkrafttreten des IRÄG 2010, BGBl I 2010/29.

Gesetzesmaterialien⁴⁷ ändert der Eigenkapitalersatzcharakter nichts an der Rechtsnatur als Forderung. Der Eigenkapitalersatzcharakter einer Forderung 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. Eine Ausnahme von der Passivierungspflicht im Überschuldungsstatus ist – auch bei Verbindlichkeiten mit Eigenkapitalersatzcharakter – nur dann angezeigt, wenn der Gläubiger eine Rangrücktrittserklärung abgegeben hat, die den im Gesetz genannten besonderen Anforderungen entspricht.⁴⁸ Demnach sind Rückforderungsansprüche von Gläubigern aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen in der Überschuldungsbilanz nur dann nicht zu passivieren, wenn der Gläubiger erklärt, dass er Befriedigung erst nach Beseitigung des negativen Eigenkapitals (§ 225 Abs 1 UGB) oder im Fall der Liquidation nach Befriedigung aller Gläubiger begehrt und dass wegen der betreffenden Verbindlichkeit kein Insolvenzverfahren eröffnet zu werden braucht.⁴⁹

3.4. Bedeutung der Rückstehungserklärung für Umgründungen

Das Erfordernis von Rückstehungserklärungen, die den gesetzlichen Anforderungen des § 67 Abs 3 IO entsprechen, kann auch für die Zulässigkeit von Umgründungsvorgängen von Bedeutung sein. Mindestvoraussetzung für die Zulässigkeit einer Verschmelzung ist etwa nach der Rsp, dass die an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften nicht im insolvenzrechtlich relevanten Sinne rechnerisch überschuldet sind.⁵⁰ Eine insolvenzrechtlich relevante Überschuldung kann uU durch eine Rückstehungserklärung iSd § 67 Abs 3 IO beseitigt werden. Davon zu unterscheiden ist die für Verschmelzungsvorgänge ebenso relevante Frage, welche Auswirkungen das Vorliegen einer Rückstehungserklärung iSd § 67 Abs 3 IO auf die Ermittlung des Verkehrswerts einer an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaft haben kann.⁵¹ Dabei wird es sich letztlich um eine betriebswirtschaftliche Frage der Methode der Unternehmensbewertung handeln. Zur Frage der Entsperrung einer Eigenkapital ersetzenden Forderung durch Umgründung näher unten 3.5.2.

⁴⁷ Vgl ErläutRV 124 BlgNR XXII. GP, 16.

⁴⁸ Vor Inkrafttreten des GIRÄG 2003 durfte ein Gläubiger, dessen Forderungen vom späteren Gemeinschuldner befriedigt wurden, wegen der bis dahin fehlenden höchstgerichtlichen Rechtsprechung und der divergierenden Meinungen im Schrifttum der vertretbaren Ansicht sein, dass keine rechnerische Überschuldung vorlag, wenn die in der Krise des Unternehmens erbrachten Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterleistungen (Gesellschafterdarlehen) oder Haftungsübernahmen (Schuldbeiträge, Bürgschaften) ausreichten, um die Befriedigung aller Gläubiger mit Ausnahme der rückforderungsberechtigten Gesellschafter zu bewirken oder sicherzustellen. Dem betreffenden Gläubiger konnte daher im Anfechtungsprozess nach § 31 KO (idF vor dem IRÄG 2010) keine fahrlässige Unkenntnis über einen Insolvenztatbestand angelastet werden; vgl dazu OGH 19.2.2004, 6 Ob 282/03v.

⁴⁹ Vgl dazu auch *Schopper*, Distressed M & A, in *Althuber/Schopper*, Unternehmenskauf und Due Diligence I (2010) 881 (905).

⁵⁰ Vgl OLG Wien 15.11.2004, 28 R 11/04f, 28 R 112/04b, GeS 2005, 276.

⁵¹ Restriktiv *G. Nowotny*, Die Prüfpflicht des Firmenbuchgerichts in Umgründungs- und Sacheinlagefällen, NZ 2006, 257 ff bei FN 53 mwN aus der Rsp; allgemein zur Voraussetzung des positiven Verkehrswerts bei der Verschmelzung mit Bildung von Fallgruppen siehe *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umgründung², § 224 AktG Rz 57 ff.

3.5. Wegfall der Krise und Entsperrung

3.5.1. Grundlegendes

Solange die Gesellschaft nicht saniert ist, kann der Gesellschafter eine Eigenkapital ersetzende Leistung samt den darauf entfallenden Zinsen nicht zurückfordern.⁵² Die Gesellschaft ist nicht saniert, solange sie zahlungsunfähig oder überschuldet ist oder Reorganisationsbedarf besteht oder einer dieser Umstände durch Rückzahlung des Eigenkapital ersetzenden Kredits eintreten würde (§ 14 EKEG).

Ein Wegfall der Rückzahlungssperre tritt erst durch nachhaltige Sanierung der Gesellschaft ein. Die Nachhaltigkeit der Sanierung ist zwar nicht ausdrücklich im Gesetz angesprochen, doch folgt sie praktisch aus dem Erfordernis des Wegfalls eines Reorganisationsbedarfs.⁵³

Ein Kredit, den ein erfasster Gesellschafter iSd §§ 5–10 EKEG an die in der Krise befindliche GmbH & Co KG gewährt hat, ist bis zur nachhaltigen Sanierung der KG von der Rückzahlungssperre erfasst. Eine allenfalls länger fortdauernde Krise der Komplementärgesellschaft steht einem Wegfall der Rückzahlungssperre nicht entgegen.

Auch bei einem vom Nur-Kommanditisten an die Komplementärgesellschaft gewährten Kredit, der gemäß § 11 EKEG mit einer Kreditgewährung an die KG gleichzustellen ist, tritt die Entsperrung nur ein, wenn die KG nachhaltig saniert ist. Auf die Sanierung der Komplementärgesellschaft, die den Kredit vom Kommanditisten empfangen hat, kommt es hingegen nicht an. Gleiches muss auch für die oben vertretene analoge Anwendung des § 11 EKEG auf einen Kredit gelten, den ein an der Komplementärgesellschaft beteiligter Nichtkommanditist an die Komplementärgesellschaft gewährt. Die Maßgeblichkeit der Sanierung der KG folgt aus dem von § 11 EKEG verfolgten Zweck, der nicht den Kapitalschutz in der Komplementärgesellschaft, sondern mittelbare Leistungen an die in der Krise befindliche KG umfasst.

Anderes gilt lediglich, wenn der Kredit des Kommanditisten an die Komplementärgesellschaft für andere Zwecke als jene der KG geplant und eingesetzt worden ist. Hier ist schon bei der Gewährung des Kredits nicht auf das Vorliegen einer Krise bei der KG abzustellen.⁵⁴ Der Kredit ist nur vom EKEG erfasst, wenn der Kommanditist im Zeitpunkt der Kreditgewährung gleichzeitig auch ein erfasster Gesellschafter der Komplementärgesellschaft war und sich die Komplementärgesellschaft in der Krise befand. Der Kredit unterliegt in diesem Fall schon nach dem Grundtatbestand dem EKEG und nicht erst auf Grund von § 11 EKEG. Maßgebend für den Wegfall der Rückzahlungssperre ist daher die nachhaltige Sanierung der Komplementärgesellschaft und nicht die der KG.

In der sternförmigen GmbH & Co KG, bei der ein und dieselbe GmbH Komplementärin mehrerer Kommanditgesellschaften ist, kommt es hingegen bei einer Kreditgewährung durch einen Nur-Kommanditisten an die Komplementärgesellschaft auf die nachhaltige Sanierung jener KG an, für deren Zwecke der betreffende Kredit gewährt und verwendet wurde.

⁵² § 14 EKEG; vgl dazu ausführlich *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 14 Rz 9.

⁵³ Ebenso *Karollus in Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, Zusatzband I EKEG, § 14 Rz 13.

⁵⁴ Dazu oben 3.2.

Das EKEG enthält keine Pflicht für den Gesellschafter, den Kredit nach Wegfall der Rückzahlungssperre abzuziehen. Zieht der Gesellschafter den Kredit nach Wegfall der Rückzahlungssperre nicht ab, kommt es auch dann nicht zum Wiederaufleben der Rückzahlungssperre, wenn die Gesellschaft nach einiger Zeit wieder in die Krise iSd § 2 EKEG schlittert. Dies folgt aus § 3 Abs 1 Z 3 EKEG, der die Verlängerung oder Stundung eines vor der Krise gewährten Kredits vom Anwendungsbereich des EKEG ausnimmt.

3.5.2. Umgründungen

Eine nachhaltige Sanierung einer Gesellschaft, die Empfängerin einer Eigenkapital ersetzenden Leistung war, kann auch durch eine Umgründungsmaßnahme bewirkt werden. Dies führt dann zu einem Wegfall der Rückzahlungssperre. Allerdings ist dabei auf der einen Seite der umgründungsrechtliche Gläubigerschutz zu beachten und auf der anderen Seite das EKEG vor Umgehungen zu schützen. Vor allem Konzernsachverhalte stellen eine Herausforderung an den umgründungsrechtlichen Gläubigerschutz und den Schutz des EKEG vor Umgehungen dar.

Denkbar ist etwa die Sanierung der Gesellschaft, die Schuldnerin eines als Eigenkapitalersatz zu qualifizierenden Kredits ist, durch Spaltung: Obwohl „negatives“ Vermögen gemäß § 3 SpaltG nicht übertragen werden kann, ist es nach der Lehre⁵⁵ dennoch möglich, dass durch die Abspaltung eines in der Krise befindlichen (Teil-)Betriebs auf eine andere bestehende Gesellschaft die wirtschaftliche Situation der abspaltenden Gesellschaft, in der auch der betreffende Kredit zugeordnet bleibt, verbessert und daher die Rückzahlungssperre nach § 14 EKEG aufgehoben wird. Der Vermögensschutz in der übernehmenden Gesellschaft ist in dieser Konstellation im Spaltungsrecht zu suchen. Bei einer GmbH & Co KG könnte die Sanierung der Komplementärgesellschaft durch Spaltung betroffen sein: Betreibt die Komplementärgesellschaft neben der Beteiligung an der KG eine weitere unternehmerische Tätigkeit und gerät sie im Rahmen dieser weiteren Tätigkeit in eine wirtschaftliche Krise, kann eine Sanierung der Komplementärgesellschaft durch Abspaltung des in der Krise befindlichen Teilbetriebs auf eine andere Gesellschaft dazu führen, dass ein zuvor an die Komplementärgesellschaft gewährter Kredit infolge der nachhaltigen Sanierung im Wege der Abspaltung des Teilbetriebs nicht mehr der Rückzahlungssperre nach § 14 EKEG unterliegt.

Davon zu unterscheiden sind Fälle, in denen auf Grund einer Umgründungsmaßnahme die Schuldnerposition aus einer Eigenkapital ersetzenden Verbindlichkeit auf einen anderen Rechtsträger übergehen soll. Grundsätzlich kann es mE auch hier zu einem Wegfall der Rückzahlungssperre kommen, wenn sich die übernehmende Gesellschaft, die fortan als neue Schuldnerin haftet, nicht in der Krise befindet. Ein illustratives Beispiel bietet wiederum das Spaltungsrecht: Im Spaltungsrecht wird es als zulässig angesehen, dass ein nach § 14 EKEG gesperrter Kredit im Wege der Spaltung auf eine andere, bestehende Gesellschaft mit übertragen wird.⁵⁶ Nach Eintragung der Spaltung kann sich die Situation der nunmehrigen Hauptschuldnergesellschaft völlig anders darstellen als in der bisherigen

⁵⁵ Vgl. *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umgründung², § 14 SpaltG Rz 54.

⁵⁶ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umgründung², § 14 SpaltG Rz 54.

Schuldnergesellschaft (übertragende Gesellschaft), wenn die neue Gesellschaft bzw die übernehmende Gesellschaft nicht die Kriterien der Krise erfüllt und die Rückzahlungssperre daher gemäß § 14 EKEG aufgehoben wird. Befindet sich die übertragende Gesellschaft in diesem Fall auch nach Eintragung der Spaltung weiterhin in der Krise, steht einer Haftung der übertragenden Gesellschaft nach § 15 Abs 1 SpaltG auf Rückzahlung des übertragenen Eigenkapital ersetzenden Kredits weiterhin § 14 EKEG entgegen. Dies gilt bis zur nachhaltigen Sanierung der übertragenden Gesellschaft, und zwar unabhängig vom Wert des ihr bei der Spaltung zugeordneten Nettoaktivvermögens iSd § 15 Abs 1 SpaltG.

Demgegenüber wird es als missbräuchliche Umgehung des EKEG angesehen, wenn eine nach dem EKEG gesperrte Verbindlichkeit zusammen mit liquiden Mitteln⁵⁷ mit dem ausschließlichen Zweck in eine neue Gesellschaft gespalten wird, um die Rückzahlbarkeit des Eigenkapital ersetzenden Kredits gemäß § 14 EKEG zu erlangen.⁵⁸ Bei der heiklen Abgrenzung zwischen der zulässigen Mitübertragung einer nach § 14 EKEG gesperrten Verbindlichkeit und einer unzulässigen Umgehung des EKEG, ist mE nach objektiven Gesichtspunkten darauf abzustellen, dass die Abspaltung einer nach § 14 EKEG gesperrten Verbindlichkeit gemeinsam mit anderen liquiden Mitteln im Ergebnis nicht zu einem Liquiditätsabfluss bei der übertragenden Gesellschaft führen darf, der einer (teilweisen) Rückzahlung des nach § 14 EKEG gesperrten Kredits gleichzuhalten ist.

Wird eine Gesellschaft, die Schuldnerin eines nach § 14 EKEG gesperrten Kredits ist, auf eine andere Gesellschaft verschmolzen⁵⁹, ist für die Frage einer allfälligen Sanierung und damit einer Entsperrung des Kredits auf die Verhältnisse nach der Verschmelzung abzustellen. Dementsprechend kann es zu einer Entsperrung kommen, wenn sich die Gesellschaft, die nach der Verschmelzung als Schuldnerin haftet, nicht in der Krise befindet. Gleichzeitig ist jedoch zu beachten, dass alle anderen Tatbestandsvoraussetzungen, insbesondere die Gesellschafterqualifikation, nach den Verhältnissen zum Zeitpunkt der Kreditgewährung zu beurteilen sind.⁶⁰ Verringert sich etwa im Zuge der Verschmelzung der Stimmrechtsanteil des Gesellschafters, der den Eigenkapital ersetzenden Kredit bereits vor der Verschmelzung gewährt hat, führt das nicht zu einer Entsperrung des Kredits, selbst wenn der Gesellschafter nach der Verschmelzung nicht mehr die Kriterien des erfassten Gesellschafters gemäß § 5 EKEG erfüllt. Nur die Frage des Wegfalls der Krise und die damit verbundene Entsperrung des Kredits sind auf Basis der wirtschaftlichen Situation jener Gesellschaft zu beurteilen, die nach der Umgründung als Hauptschuldnerin für die Rückzahlung des Kredits haftet.

Umgründungsvorgänge können aber nicht nur zur nachhaltigen Sanierung der Schuldnerin eines Eigenkapital ersetzenden Kredits oder zur Übertragung einer Verbindlichkeit mit Eigenkapitalersatzcharakter auf einen anderen Rechtsträger führen, sondern auch zu

⁵⁷ Dabei ist aus spaltungsrechtlicher Sicht zu beachten, dass in eine neue Gesellschaft ohnehin nur gespalten werden kann, wenn dieser Gesellschaft ausreichend positives Vermögen zugeführt wird.

⁵⁸ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umgründung², § 14 SpaltG Rz 54.

⁵⁹ Allerdings ist nach der Rsp eine Mindestvoraussetzung für die Zulässigkeit einer Verschmelzung, dass die an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften nicht im insolvenzrechtlich relevanten Sinne rechnerisch überschuldet sind.

⁶⁰ Siehe *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umgründung², § 225a AktG Rz 35.

einer Rechtsnachfolge in die Stellung als Gläubiger einer Eigenkapital ersetzenden Forderung. Praxisrelevant ist beim Forderungsübergang auf einen anderen Rechtsträger mE vor allem der Umstand, dass dieser keine weitere Kreditgewährung iSd EKEG darstellt. War die im Wege einer Umgründung übertragene Forderung im Zeitpunkt des Übergangs auf den neuen Gläubiger nicht Eigenkapital ersetzend, so tritt insbesondere auch dann keine Rückzahlungssperre nach § 14 EKEG ein, wenn die Schuldnerin mittlerweile (also im Zeitpunkt des Übergangs der Forderung auf den neuen Rechtsträger) in die Krise iSd § 2 EKEG geraten ist. Das folgt ganz allgemein aus dem Begriffsverständnis einer Kreditgewährung iSd EKEG und vor allem auch aus § 3 Abs 1 Z 3 EKEG, der stehen gelassene Kredite vom EKEG ausnimmt.

3.5.3. Unternehmenserwerb

Von § 38 UGB erfasst sind sämtliche, im Zeitpunkt des Unternehmensübergangs bestehenden, nicht höchstpersönlichen Rechte und Verbindlichkeiten des Veräußerers. Bei einem Unternehmenserwerb und einer Fortführung des Unternehmens durch den Erwerber führt § 38 Abs 1 UGB grundsätzlich auch zum Übergang eines nach dem EKEG gesperrten Kredits auf den Unternehmenserwerber. § 38 UGB kann zum Übergang der Gläubigerstellung oder auch der Schuldnerstellung aus einem nach dem EKEG gesperrten Kredit auf den Erwerber führen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass § 38 Abs 1 UGB von vornherein nur zur Anwendung kommt, wenn das Unternehmen nicht im Rahmen eines Insolvenzverfahrens veräußert wird (§ 38 Abs 5 UGB).⁶¹

Geht die Gläubigerstellung aus einem nach § 14 gesperrten Kredit auf den Unternehmenserwerber über, führt dies nicht zu einer Entsperrung des Kredits, selbst wenn der Unternehmenserwerber nicht erfasster Gesellschafter iSd § 5 EKEG ist, denn auch alle Rechtsnachfolger bezüglich der Forderung werden vom EKEG erfasst, ungeachtet ihrer Stellung als erfasste Gesellschafter iSd EKEG.⁶² An der Krise des Schuldners aus der Eigenkapital ersetzenden Forderung wird der Übergang der Forderung von einem Gläubiger auf einen anderen Gläubiger nichts ändern. Daher muss sich auch der Unternehmenserwerber die Rückzahlungssperre des § 14 EKEG so lange entgegenhalten lassen, bis die Krise beim Schuldner durch nachhaltige Sanierung weggefallen ist. Umgekehrt stellt der Forderungsübergang nach § 38 UGB keine (neuerliche) Kreditgewährung iSd EKEG dar. War die Forderung vor dem Übergang auf den Unternehmenserwerber nicht nach § 14 EKEG gesperrt, so tritt auch dann keine Sperre nach § 14 EKEG ein, wenn der Schuldner im Zeitpunkt des Übergangs bereits in die Krise geraten ist und der Unternehmenserwerber ein erfasster Gesellschafter iSd §§ 5–10 EKEG des Schuldners ist.

Geht hingegen die Stellung als Schuldner einer Eigenkapital ersetzenden Verbindlichkeit auf den Unternehmenserwerber gemäß § 38 Abs 1 UGB über, ist bei der Prüfung des Fortbestands der Krise iSd § 14 EKEG auf den Zeitpunkt nach dem Übergang auf den Erwerber abzustellen. Befindet sich der neue Schuldner nicht in der Krise, tritt mE eine

⁶¹ § 38 Abs 5 UGB; vgl dazu *Schopper*, Distressed M & A, in *Althuber/Schopper*, Unternehmenskauf und Due Diligence I, 881 (914).

⁶² Allgemein dazu *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 4, § 14 Rz 5; *Karollus* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, Zusatzband I EKEG, § 14 Rz 6.

Entsperrung ein und der Kreditgeber kann die Leistung vom Unternehmenserwerber zurückfordern. Grundsätzlich trifft daneben den Veräußerer die Haftung gemäß § 39 UGB. Sollte sich aber der Unternehmensveräußerer auch nach dem Übergang auf den Erwerber weiterhin in der Krise befinden, steht der Mithaftung des Veräußerers gemäß § 39 UGB die Rückzahlungssperre des § 14 EKEG entgegen. Der Gläubiger einer im Wege des § 38 UGB übergebenen Forderung kann sich daher bis zur nachhaltigen Sanierung des Unternehmensveräußerers nur an den Erwerber richten, sofern beim Erwerber ab dem Zeitpunkt des Übergangs der Verbindlichkeit nicht ebenfalls die gesetzlichen Kriterien einer Krise iSd § 2 EKEG vorliegen. Die Mithaftung des Veräußerers (als ursprünglicher Schuldner der Eigenkapital ersetzenden Verbindlichkeit) nach § 39 UGB setzt dessen nachhaltige Sanierung voraus.

Umgekehrt kann der Übergang einer Verbindlichkeit nach § 38 UGB auf den Unternehmenserwerber als neuen Schuldner mE nicht dazu führen, dass eine bereits bestehende Forderung nachträglich – zB auf Grund der beim Unternehmenserwerber im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Krise iSd § 2 EKEG – gesperrt wird. Auch hier gilt der Grundsatz, dass die Rechtsnachfolge keine neuerliche Kreditgewährung iSd EKEG darstellt und daher bei einem nachträglichem Eintritt der Krise auf Grund des Übergangs der Verbindlichkeit auf einen neuen Schuldner keine Rückzahlungssperre iSd § 14 EKEG eingreift. Das folgt im Übrigen auch aus § 3 Abs 1 Z 3 EKEG, der vor der Krise gewährte, aber in der Krise stehen gelassene Kredite vom EKEG ausnimmt.

Führt § 38 Abs 1 UGB oder eine auf anderer Grundlage basierende Rechtsnachfolge dazu, dass die Position als Schuldner einer Eigenkapital ersetzenden Verbindlichkeit auf den Gläubiger derselben übergeht, erlischt die Verbindlichkeit durch Konfusion gemäß § 1445 ABGB. Dies kann beispielsweise einen Eigenkapital ersetzenden Kredit betreffen, den die Komplementärgesellschaft an die KG gewährte, wenn die Komplementärgesellschaft im Anschluss daran das Unternehmen von der KG erwirbt und sämtliche unternehmensbezogenen Rechte und Verbindlichkeiten gemäß § 38 Abs 1 UGB von der KG auf die Komplementärgesellschaft übergehen.⁶³

4. Erfasste Gesellschafter

Ein Kredit ist nur dann Eigenkapital ersetzend, wenn er von einem erfassten Gesellschafter gewährt wurde. Das EKEG grenzt den Kreis der erfassten Gesellschafter nach der Höhe der Kapitalbeteiligung oder nach dem Ausmaß der mit der Beteiligung verbundenen Kontrolle ab.⁶⁴

Erfasster Gesellschafter einer GmbH & Co KG ist einerseits ein Gesellschafter, der mit zumindest 25 % am Gesellschaftsvermögen der KG beteiligt ist (§ 5 Abs 1 Z 2 EKEG). Darunter können sowohl der Komplementär als auch der Kommanditist einer GmbH & Co KG fallen. Eine genaue Definition der Beteiligung am „Gesellschaftsvermögen“ enthält das EKEG nicht. Bei der GmbH & Co KG ist mE grundsätzlich auf den

⁶³ Vgl dazu allgemein *Pucher*, Umgründung einer GmbH & Co KG im engeren Sinn in eine GmbH, *ecolex* 2010, 1161.

⁶⁴ § 5 Abs 1 und Abs 2 EKEG.

Kapitalanteil iSd § 109 Abs 1 UGB abzustellen. Sind den Gesellschaftern konkrete Vermögensrechte abweichend zugeordnet, wird diese Zuordnung zu berücksichtigen sein, wobei die Beteiligung am Liquidationserlös jedenfalls maßgebend ins Gewicht fällt.⁶⁵ Praktische Relevanz wird der Tatbestand der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen vor allem für die Beantwortung der Frage haben, ob ein Kommanditist zum Kreis der erfassten Gesellschafter einer GmbH & Co KG zählt.

Unabhängig von der Kapitalbeteiligung zählen Gesellschafter mit einer kontrollierenden Beteiligung zum Kreis der vom EKEG erfassten Gesellschafter. Der Gesetzgeber dürfte bei den einzelnen Tatbeständen in § 5 Abs 2 EKEG vorrangig die GmbH bzw die AG und weniger die GmbH & Co KG im Auge gehabt haben. Im Einzelnen ist bei der Anwendung der Kontrolltatbestände auf eine GmbH & Co KG noch vieles offen. Die Komplementärgesellschaft wird bei der GmbH & Co KG in der Regel schon auf Grund des § 5 Abs 2 Z 3 EKEG eine kontrollierende Beteiligung an der KG haben (arg § 114 Abs 1 UGB). Das gilt aber etwa nicht für eine Komplementärgesellschaft, die gemäß § 114 Abs 2 UGB von der Geschäftsführung der KG ausgeschlossen ist.

Auch die Gesellschafter der Komplementärgesellschaft können auf Grund einer mittelbaren Beteiligung an der KG iSd § 8 EKEG zum Kreis der nach dem EKEG erfassten Gesellschafter der KG zählen.⁶⁶ Das gilt freilich auch für Gesellschafter des Kommanditisten, sofern dieser keine natürliche Person ist. Da der Kommanditist in der Regel auf Grund seiner Kapitalbeteiligung an der KG zum Kreis der erfassten Gesellschafter der KG zählt, könnten die Gesellschafter des Kommanditisten nach § 8 Z 2 oder Z 3 EKEG mittelbar an der KG beteiligt sein.

In zeitlicher Hinsicht ist auf die Beteiligungsverhältnisse im Zeitpunkt der Kreditgewährung abzustellen. Eine nachträgliche Reduktion der Beteiligung führt nicht zum Wegfall der Rückzahlungssperre. Grundsätzlich unschädlich ist aber auch, wenn der Kreditgeber in der Vergangenheit erfasster Gesellschafter iSd § 5 EKEG war, die Beteiligung aber rechtzeitig vor der Kreditgewährung entsprechend reduziert hat. Derartige Fallgestaltungen lassen sich mit § 5 Abs 1 Z 3 EKEG befriedigend lösen, weil dem auf diese Weise handelnden Gesellschafter häufig auch im Zeitpunkt der Kreditgewährung rein faktisch und unabhängig von den formalen Beteiligungsverhältnissen ein beherrschender Einfluss auf die Gesellschaft als Empfängerin der Leistung zustehen wird. In diesem Fall wäre er unabhängig von seiner konkreten Beteiligung einem erfassten Gesellschafter gleichzustellen.⁶⁷ Demgegenüber ist mE einer Umgehungslehre, die etwa auf die Stellung als erfasster Gesellschafter im zeitlichen und/oder sachlichen Zusammenhang mit der Kreditgewährung abstellt, aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit mit äußerster Zurückhaltung zu begegnen. Die Einführung der relativ starren gesetzlichen Umschreibung der erfassten Gesellschafter in § 5 EKEG war eine bewusste Entscheidung des

⁶⁵ Ebenso *Karollus* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, Zusatzband I EKEG, § 5 Rz 38; allein auf die Beteiligung am Liquidationserlös abstellend *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 5 Rz 20.

⁶⁶ Für Einzelheiten vgl die Kommentierung zu § 8 jeweils bei *Schopper/Vogt*, EKEG; *Dellinger/Mohr*, EKEG, und *Karollus* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, Zusatzband I EKEG.

⁶⁷ § 5 Abs 1 Z 3 EKEG.

Gesetzgebers, der damit im Unterschied zur früheren Judikatur mehr Rechtssicherheit schaffen wollte.

Erfasst ist unter anderem auch die Kreditvergabe durch einen Dritten als Treuhänder eines erfassten Gesellschafters (§ 7 Abs 2 EKEG).⁶⁸ Das kann für eine Kreditgewährung an die KG durch einen Treuhänder des Kommanditisten oder der Komplementärgesellschaft eine Rolle spielen. Ferner ist § 7 Abs 2 iVm § 11 EKEG relevant, wenn ein Dritter als Treuhänder des Nur-Kommanditisten einen Kredit an die Komplementärgesellschaft gewährt.

Wie bereits erwähnt, kann auch eine GmbH & Co KG als Kreditgeberin vom EKEG erfasst sein, sofern sie als erfasste Gesellschafterin iSd §§ 5 ff EKEG einer in der Krise befindlichen Gesellschaft einen Kredit gewährt hat. Unzulässig ist in diesem Fall die Rückzahlung des Kredits an die KG bis zur nachhaltigen Sanierung jener Gesellschaft, die den gesperrten Kredit empfangen hat. Daran ändert sich auch nichts, wenn die KG die Eigenkapital ersetzende Forderung etwa an die Komplementärgesellschaft oder an den Kommanditisten zediert oder wenn die Forderung auf Grund einer anderen Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge auf einen anderen Rechtsträger übergeht. Alle Rechtsnachfolger bezüglich der Forderung werden vom EKEG erfasst, ungeachtet ihrer Stellung als erfasste Gesellschafter iSd EKEG.

5. Kredit

Wann ein vom EKEG erfasster Kredit vorliegt, ist Regelungsgegenstand des § 3 EKEG. In Ermangelung einer Legaldefinition des Kredits muss der Kreditbegriff aus den vorhandenen Einzelregelungen, dem allgemeinen Bedeutungsinhalt dieses Begriffs und dem vom EKEG verfolgten Zweck ermittelt werden.⁶⁹ Der Kreditbegriff des EKEG geht über den entgeltlichen Darlehensvertrag über Geld hinaus und deckt sich nicht mit der nunmehr⁷⁰ in § 988 ABGB enthaltenen zivilrechtlichen Legaldefinition eines Kreditvertrages.⁷¹

Der für die Praxis zentrale Regelungsinhalt von § 3 EKEG besteht in den Ausnahmen des Abs 1. Ausgenommen sind kurzfristige Kredite und vor allem vor der Krise gewährte Kredite, die in der Krise verlängert oder gestundet werden.

Die praktische Bedeutung der Ausklammerung von stehen gelassenen Krediten ist groß. Maßgebend ist auf Grund des § 3 Abs 1 Z 3 EKEG letztlich, dass die Kreditgewährung nach dem Eintritt der Krise bei jener Gesellschaft erfolgte, die Empfängerin der Eigenkapital ersetzenden Leistung ist. Wie bereits erwähnt, stellt die Übertragung einer bestehenden Forderung auf einen anderen Gläubiger im Wege der Einzel- oder Gesamt-

⁶⁸ Vgl als Fallbeispiel OLG Koblenz in GmbHR 2008, 658 im Zusammenhang mit einer Kreditvergabe an eine GmbH & Co KG.

⁶⁹ Siehe etwa *Karollus* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, Zusatzband I EKEG, § 3 Rz 3.

⁷⁰ IdF BGBl I 2010/28.

⁷¹ Zum Kreditbegriff des EKEG im Einzelnen vgl *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG, § 3 Rz 3 ff; *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, EKEG, § 3 Rz 1 ff; *Karollus* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, Zusatzband I EKEG, § 3 Rz 3 f mwN.

rechtsnachfolge keine (neuerliche) Kreditgewährung iSd § 3 EKEG dar.⁷² War der Schuldner der übertragenen Forderung im Zeitpunkt der ursprünglichen Kreditgewährung nicht in der Krise, tritt auch dann keine Sperre ein, wenn die Krise beim Schuldner im Zeitpunkt des Übergangs der Forderung auf einen neuen Gläubiger vorliegt. Übernimmt ein erfasster Gesellschafter eine bestehende Forderung eines Dritten gegen die Gesellschaft – etwa durch Abtretung oder Forderungseinlösung gemäß § 1422 ABGB – liegt entgegen der bislang wohl hL⁷³ keine Kreditgewährung durch den Gesellschafter iSd § 3 EKEG vor.⁷⁴ War die betreffende Forderung vor dem Erwerb durch den Gesellschafter nicht Eigenkapital ersetzend, so ist sie auch dann nicht vom EKEG erfasst, wenn sich die Gesellschaft im Zeitpunkt der Übertragung der Forderung an den erfassten Gesellschafter in der Krise befand und der neue Gläubiger zudem ein erfasster Gesellschafter iSd §§ 5–10 EKEG ist. Die gegenteilige Auffassung verkennt, dass der Forderungserwerb durch den erfassten Gesellschafter für sich genommen keine Kreditgewährung darstellt und daher das Privileg für stehen gelassene Kredite eingreift.

⁷² AA *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 3 Rz 1.

⁷³ IdS etwa *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 3 Rz 1.

⁷⁴ Für den Hinweis dankt der Verfasser Herrn o. Univ.-Prof. Dr. *Martin Karollus*.