

AUSGEWÄHLTE PROBLEME DES EKEG



o. Univ.-Prof. Mag. Dr. Martin Karollus
Johannes Kepler Universität Linz

„Insolvenzrecht und Sanierung“
Verein IG Sanierungsrecht
Linz, 26. November 2019

AGENDA

- Pflichten des Insolvenzverwalters iZm Eigenkapital ersetzenden Verbindlichkeiten
- Abgrenzung „Gewährung“ und „Stehenlassen“, insb relevantes Abgrenzungsmerkmal, nachträglicher Forderungserwerb
- Krise und Vertrauensschutz, insb inhaltlich unrichtiger Jahresabschluss
- Sperre, Rückerstattungsanspruch
- § 9 EKEG, insb Anforderungen an eine „Weisung“
- Konkurrenz Einlagenrückgewähr / Eigenkapitalersatz
- Anwendbares Recht, Gerichtsstand

PFLICHTEN DES INSOLVENZVERWALTERS

- Zu den „konkursspezifischen“ Pflichten des Insolvenzverwalters zählt auch die korrekte Beurteilung, ob eine angemeldete Forderung dem EKEG unterliegt
- Eine Haftung kann sich sowohl aus einer ungerechtfertigten Anerkennung ergeben,
- als auch aus einer zu Unrecht vorgenommenen Bestreitung der Forderung (zu beidem siehe OGH 24.5.2017, 1 Ob 235/16i)

OGH 24.5.2017, 1 Ob 235/16i

- *„Der Beklagte übergeht in seinen Revisionsausführungen, dass er nach den Feststellungen der Vorinstanzen vom Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin ausdrücklich darüber in Kenntnis gesetzt worden war, den Geldflüssen der GmbH liege ein abgestimmtes Verhalten der Gesellschafter der Gemeinschuldnerin zugrunde. Diese Information veranlasste ihn zunächst auch zur Bestreitung der angemeldeten Forderung. [...] ist nicht nachvollziehbar, warum der Beklagte seine Bestreitung gerade aufgrund einer Information, über die er bereits im Zeitpunkt dieser Erklärung verfügte, zurückzog und die Forderung der GmbH anerkannte. [...] Seine Zurückziehung der Bestreitung wurde daher von den Vorinstanzen zu Recht als Verletzung von konkursspezifischen Verpflichtungen gewertet.“*

OGH 24.5.2017, 1 Ob 235/16i

- *„Die Beurteilung, ob der Kredit, der einer Forderungsanmeldung zugrunde liegt, in einer Krise gewährt worden ist, gehört zweifellos zu den konkursspezifischen Pflichten des Insolvenzverwalters. Dazu hat bereits das Berufungsgericht festgehalten, dass die Kreditgewährung durch die Klägerin zu einem Zeitpunkt erfolgte, in dem Anhaltspunkte dafür, die Schuldnerin würde sich in einer Krise im Sinne des § 2 EKEG befinden, fehlten, und dem Beklagten dieser Umstand durch Einsicht in den Jahresabschluss 2010 erkennbar gewesen sein musste. Dass ihm dieser nicht zur Verfügung gestanden wäre oder er Anlass gehabt hätte, an dessen Kennzahlen zu zweifeln, behauptet der Beklagte nicht. Bei ex-ante-Betrachtung bestand daher objektiv kein Anlass, einen eigenkapitalersetzenden Kredit anzunehmen.“*

OGH 24.5.2017, 1 Ob 235/16i

- *„Die Beurteilung des Berufungsgerichts ist damit nicht zu beanstanden, zumal der Beklagte seine Bestreitung auch nach Information darüber, dass die Mittel für den Kredit von einem Konto der Klägerin stammten, aufrecht hielt.*
- *Den von ihm ins Treffen geführten Umstand, dass die Klägerin den geforderten Nachweis über die Mittelherkunft nicht sogleich erbrachte, haben ihr die Vorinstanzen ohnedies als Mitverschulden angelastet.“*

„GEWÄHRUNG“ UND „STEHENLASSEN“

■ § 1 EKEG:

„Ein Kredit, den eine Gesellschafterin oder ein Gesellschafter der Gesellschaft in der Krise gewährt, ist Eigenkapital ersetzend.“

■ § 3 Abs 1 Z 3 EKEG:

„Ein Kredit im Sinne des § 1 liegt nicht vor, wenn

[...]

3. ein vor der Krise gewährter Kredit verlängert oder dessen Rückzahlung gestundet wird.“

„GEWÄHRUNG“ UND „STEHENLASSEN“

- Die relevanten Tatbestandsmerkmale müssen zum Zeitpunkt der **Gewährung** des Kredites vorliegen
- Eine nachträgliche Umqualifizierung durch „**Stehenlassen**“ (bei einem nachträglichen Eintritt der Krise oder einer nachträglichen Erlangung der Gesellschafterstellung) kommt nach dem EKEG nicht mehr in Betracht
- Daher besteht nunmehr die Notwendigkeit einer genauen Abgrenzung

KREDITZUSAGE ODER TATSÄCHLICHE GEWÄHRUNG?

■ Beispiel:

- Gesellschafter räumt der Gesellschaft außerhalb der Krise einen Kreditrahmen in Höhe von EUR 5 Mio. ein
- Davon wird vor Eintritt der Krise ein Kredit in Höhe von EUR 1,5 Mio. ausgenützt
- Nach Eintritt der Krise steigt der Kreditsaldo auf EUR 6 Mio. an

KREDITZUSAGE ODER TATSÄCHLICHE GEWÄHRUNG?

- Der **relevante Anknüpfungspunkt für die Kreditgewährung** (= Zeitpunkt, zu dem die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen müssen) ist in der Literatur bereits grundsätzlich umstritten (s *Karollus* in *Buchegger*, § 3 EKEG Rz 18 ff mwN)
 - Kreditzusage (Kreditrahmen)
 - Tatsächliche Kreditgewährung (zB Ausnützung eines Kreditrahmens)
 - Vermittelnde Positionen

KREDITZUSAGE ODER TATSÄCHLICHE GEWÄHRUNG?

■ Für das Abstellen auf die tatsächliche Ausreichung spricht:

- Erst mit der Zurverfügungstellung der Mittel wird der konkrete Kredit gewährt, und erst damit beginnt die Sperre gemäß § 14 EKEG
- Abstellen auf Verpflichtungsgeschäft lädt zu Umgehungen ein (Einräumung eines Rahmens „auf Vorrat“ noch vor Eintritt der Krise)
- Parallele zu den Rechtsfolgen gemäß § 14 Abs 2 EKEG?
- Differenzierungen im Einzelfall erscheinen inkonsequent und führen zu Rechtsunsicherheit
- Die hA zum früheren Recht (Maßgeblichkeit der Kreditzusage) bedarf wegen der veränderten Prämissen einer Neubewertung

ERWERB EINER FORDERUNG

- **Erwerb einer bisher nicht dem EKEG unterliegenden Forderung (ursprünglich von einem Dritten gewährter Kredit) durch einen erfassenen Gesellschafter**
 - Nach der bisher hA als Kreditgewährung vom EKEG erfasst (so auch noch *Karollus* in *Buchegger*, § 3 EKEG Rz 3)
 - Neuere Auffassung: Forderungserwerb ist nicht einer „Kreditgewährung“ gleichzuhalten (*Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 52 Rz 62; *Schopper*, GedS Arnold 162, 165 f; *Karollus*, GES 2012, 431 ff)

ERWERB EINER FORDERUNG

■ Argumente gegen die Anwendung des EKEG

- Keine neuerliche Liquiditätszufuhr an die Gesellschaft
 - Genau damit wurde in den EBRV die Nichteinbeziehung der Fälle des „Stehenlassens“ in das EKEG begründet
- Auch eine wirtschaftliche Betrachtungsweise (Vergleich mit Rückzahlung und Neugewährung) führt nicht zu einem anderen Ergebnis
- Parallele zum nachträglichen Erwerb der Gesellschafterstellung
- Differenzierung zum Fall einer Nachbesicherung
- Auch auf die Übernahme des Einbringlichkeitsrisikos kommt es nicht an (aA C. Nowotny, ÖGesR² Rz 4/472)

ERWERB EINER FORDERUNG

■ Ausnahmefälle

□ Nachträgliche Krediterhöhung (Saldoerhöhung)

- Zusätzlich hinzugekommener Kredit ist neu gewährt

□ Umgehungsfälle

- Die Übertragung der Kreditforderung an den Gesellschafter wird von vornherein vereinbart; zwischenzeitliche Ausreichung durch einen Dritten dient nur dem Zweck, die Anwendung des EKEG zu vermeiden → Lösung mit den Mitteln der Umgehungslehre
- UU kann auch ein **Treuhandfall** iSd § 7 Abs 2 EKEG vorliegen

KRISENTATBESTÄNDE (§ 2 ABS 1 EKEG)

■ Drei alternative Krisentatbestände, § 2 Abs 1 EKEG:

Z 1: Zahlungsunfähigkeit, § 66 IO

Z 2: Überschuldung, § 67 IO

➤ Diese beiden Tatbestände sind jeweils iSd Insolvenzrechts zu verstehen; daher kommt es bei der Überschuldung auch auf eine Fortbestehensprognose an

Z 3: Reorganisationsbedarf (Kennzahlen) iSd URG

➤ Näher dazu § 2 Abs 2 EKEG; siehe nächste Folie

KRISENTATBESTAND DES § 2 ABS 1 Z 3 EKEG

■ Kennzahlen (Reorganisationsbedarf), § 2 Abs 1 Z 3 EKEG:

- Abstellen auf **Kennzahlen iSd § 22 Abs 1 Z 1 URG**, also:
 - Eigenmittelquote weniger als 8 % und
 - fiktive Schuldentilgungsdauer mehr als 15 Jahre
- **Sonstiger Reorganisationsbedarf** iSd § 1 URG (ohne Erfüllung der Kennzahlen) **genügt nicht**
 - Rechtssicherheit; anders aber § 14 EKEG für die Sperre!
- Bei Vorliegen der Kennzahlen ist **Gegenbeweis** möglich, dass **dennoch kein Reorganisationsbedarf** besteht
 - Auf ein Gutachten kommt es anders als in § 26 URG nicht an

KRISENTATBESTAND DES § 2 ABS 3 EKEG

■ Eigenmittelerfordernisse statt Kennzahlen (§ 2 Abs 3 EKEG):

- Bei Gesellschaften, die besonderen gesetzlichen Eigenmittelerfordernissen unterliegen, tritt an die Stelle der in Abs 1 Z 3 genannten Kennzahlen die Nichteinhaltung der jeweiligen Eigenmittelerfordernisse
 - Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen, ...
- Wohl Abstellen auf den **Einzelabschluss**, nicht auch auf eine konsolidierte Betrachtung?
 - Entspricht dem Gesamtkonzept des § 2 EKEG

KRISENTATBESTAND DES § 2 ABS 3 EKEG

■ Eigenmittelerfordernisse statt Kennzahlen (§ 2 Abs 3 EKEG):

- **Gegenbeweis** eines **fehlenden Reorganisationsbedarfs** möglich?
 - Dagegen könnte Nichterwähnung in § 2 Abs 3 EKEG sprechen
 - Bedeutung des Verweises „*tritt an die Stelle der in Abs 1 Z 3 genannten Kennzahlen*“?
 - Für die Möglichkeit eines Gegenbeweises EBRV
- Entsprechender **Anknüpfungspunkt** auch für die **Sperre**?
 - Wird in § 14 EKEG nicht angesprochen
 - Dennoch Bedarf für eine Anpassung an die abweichenden Eintrittskriterien gemäß § 2 Abs 3 EKEG?

ERKENNBARKEIT DER KRISE (KENNZAHLEN), § 2 ABS 2 EKEG

■ Erkennbarkeit der Kennzahlen (Zeitpunkt der Kreditgewährung), § 2 Abs 2 EKEG:

- Kennzahlen sind **aus dem letzten („zuletzt aufgestellten“) Jahresabschluss ersichtlich (Z 1)**
- Wären aus einem rechtzeitig aufgestellten Jahresabschluss ersichtlich gewesen (Z 2)**
 - Maßstab für Rechtzeitigkeit: gesetzliche Aufstellungsfrist
- Kreditgeber **weiß oder es ist für ihn offensichtlich** (besonderes subjektives Element!), dass **ein Jahres- oder Zwischenabschluss dies aufzeigen würde (Z 3)**

KEIN ABSTELLEN AUF EINE ERKENNBARKEIT DER KRISE

- **Kein entsprechender Vertrauensschutz hinsichtlich des Vorliegens eines Insolvenzgrundes (Fälle des § 2 Abs 1 Z 1 oder Z 2 EKEG)**
 - EBRV begründen dies damit, dass zu den Insolvenzgründen keine Rechtsunsicherheit bestehe und dabei ohnedies auf einen sehr späten Zeitpunkt für die Auslösung einer Krise abgestellt werde; „daher“ werde nicht auf subjektive Momente abgestellt
 - Aber: Vor allem Überschuldung iSd § 67 IO oft nicht so leicht festzustellen (Liquidationswerte, Fortbestehensprognose!), umso mehr gilt dies für einen Gesellschafter

KEIN ABSTELLEN AUF EINE ERKENNBARKEIT DER KRISE

- Kein Vertrauensschutz besteht auch in den Fällen des § 2 Abs 3 EKEG („Abs. 2 ist nicht anzuwenden“)
 - EBRV begründen dies damit, dass *die Unternehmen* die Einhaltung der Eigenmittelerfordernisse jederzeit gewährleisten und diese daher laufend überwachen müssen
 - Daraus ergibt sich aber noch nicht notwendig eine Erkennbarkeit der Eigenmittelunterschreitung *für den Gesellschafter*
 - Gefahr einer Falschbilanzierung kann auch bei Unternehmen iSd § 2 Abs 3 EKEG bestehen (siehe den Fall HBInt / BLB)

INHALTLICH UNRICHTIGER JAHRES-ABSCHLUSS UND § 2 ABS 2 EKEG

■ Problemfall: Inhaltlich unrichtiger Jahresabschluss

- Aufgrund der inhaltlichen Fehler (insb Überbewertung der Aktiva, Unterbewertung oder „Vergessen“ von Passivposten) werden die Kennzahlen nicht erfüllt
 - Davon zu unterscheiden: legale Ausnützung von Gestaltungsspielräumen → keine Erfüllung der Kennzahlen, § 2 Abs 2 Z 1 ist anwendbar
- Bei einem inhaltlich korrekten Jahresabschluss wären hingegen die Kennzahlen erfüllt gewesen

■ Dieser Fall wird vom Gesetz zumindest nicht explizit angesprochen

INHALTLICH UNRICHTIGER JAHRES-ABSCHLUSS UND § 2 ABS 2 Z 3 EKEG

- Lösung nach der ganz hA: § 2 Abs 2 Z 3 EKEG analog (oder direkt)
 - Folge: Gesellschafter ist die Kennzahlenerfüllung dann entgegenzuhalten, wenn er davon gewusst hat oder es für ihn offensichtlich war
 - Ansonsten kann sich der Gesellschafter auf den inhaltlich unrichtigen Abschluss verlassen
- Gegenauffassung: Anwendung des § 2 Abs 2 Z 2 EKEG
 - *Koppensteiner*, FS C. Nowotny 375 ff
 - Folge: Rein objektive Zurechnung, auf eine Kenntnis oder eine Kenntnismöglichkeit für den Gesellschafter kommt es nicht an

INHALTLICH UNRICHTIGER JAHRES-ABSCHLUSS UND § 2 ABS 2 EKEG

- An der hA ist festzuhalten, weil (*Karollus*, GesRZ 2016, 5 ff)
 - § 2 Abs 2 Z 3 EKEG sogar direkt anwendbar ist
 - Wenngleich die Gesetzesverfasser bei Abs 2 Z 3 ausweislich der EBRV nur an unterjährige Veränderungen (seit dem letzten Abschluss) gedacht haben dürften, ist doch auch der Fall eines unrichtigen Abschlusses ohne weiteres vom Gesetzeswortlaut erfasst
 - Es besteht daher gar keine Lücke, welche eine Analogie zu Z 2 eröffnen könnte

INHALTLICH UNRICHTIGER JAHRES-ABSCHLUSS UND § 2 ABS 2 EKEG

■ An der hA ist festzuhalten, weil

- die Regelung für *verspätete* Jahresabschlüsse (§ 2 Abs 2 Z 2 EKEG) nicht passt
 - Der maßgebliche Unterschied zum hier diskutierten Fall ist die Versäumung der Frist als Warnsignal für den Gesellschafter bei Z 2
 - Die abweichende Normzweckhypothese von *Koppensteiner* ist abzulehnen: Das Fehlverhalten der Geschäftsführung ist dem Gesellschafter nicht ohne weiteres zuzurechnen, daher folgt daraus noch keine Parallele für den Fall einer Falschbilanzierung

INHALTLICH UNRICHTIGER JAHRES-ABSCHLUSS UND § 2 ABS 2 EKEG

■ An der hA ist festzuhalten, weil

- auch keine Rede davon sein kann, dass ohne die von *Koppensteiner* befürwortete Korrektur ein Bruch im Gesamtsystem bestünde
 - Die Anwendung des § 2 Abs 2 Z 3 auf unrichtige Abschlüsse führt mitnichten zu einem Widerspruch zur Z 2
 - Dass es bei den Insolvenzgründen (oder für § 2 Abs 3) nicht auf eine Erkennbarkeit ankommt, mag man zwar kritisieren, dies bietet aber keine Legitimation dafür, das gesamte Konzept des § 2 Abs 2 – auch soweit es um die Kennzahlen geht – einzureißen

INHALTLICH UNRICHTIGER JAHRES-ABSCHLUSS UND § 2 ABS 2 EKEG

■ An der hA ist festzuhalten, weil

- im Gegenteil eine strikte Differenzierung zwischen von vornherein unrichtigen Abschlüssen und den – jedenfalls nach der Z 3 zu beurteilenden – nachträglichen Veränderungen, was die Folge des von *Koppensteiner* befürworteten Konzepts wäre, unerträgliche Wertungswidersprüche nach sich ziehen würde
- Umso mehr gilt dies in „Kombinationsfällen“: Unrichtiger Abschluss, der bei korrekter Aufstellung gerade noch nicht die Kennzahlen ausgelöst hätte, und nachträglich weitere Verschlechterung

INHALTLICH UNRICHTIGER JAHRES-ABSCHLUSS UND § 2 ABS 2 EKEG

■ An der hA ist festzuhalten, weil

- die Anwendung der Z 3 (Vertrauensschutz) auch sachgerecht ist
 - Der Gesellschafter ist als solcher nicht für die Erstellung des Jahresabschlusses zuständig, daher darf er – außer in den in Z 3 genannten Fällen – auf den aufgestellten Abschluss vertrauen und es können ihm Fehler des Abschlusses nicht ohne weiteres zugerechnet werden

INHALTLICH UNRICHTIGER JAHRES-ABSCHLUSS UND § 2 ABS 2 EKEG

■ Genauere Konkretisierung der Grenzen für den Vertrauensschutz

- „**Offensichtlich**“ meint den Fall, dass der Gesellschafter **bewusst die Augen verschließt** (EBRV) → Maßstab der „**Evidenz**“
- Bezugspunkt der Kenntnis sind stets nur die **Kennzahlen** und nicht auch der Reorganisationsbedarf
- Eine **Kenntnis einzelner Fehler**, die für sich noch nicht die Kennzahlen kippen lassen, impliziert noch **keine Kenntnis oder Offenkundigkeit für weitere Fehler**

INHALTLICH UNRICHTIGER JAHRES-ABSCHLUSS UND § 2 ABS 2 EKEG

■ Genauere Konkretisierung der Grenzen für den Vertrauensschutz

- Die in den EBRV angesprochenen **Erkundigungsobliegenheiten** werden nur in ganz konkreten Verdachtsfällen eingreifen
- Insgesamt **Parallele** zur Judikatur zum **Missbrauch der Vertretungsmacht** im Stellvertretungsrecht

SPERRE § 14 EKEG

Rückzahlungssperre, § 14 Abs 1 S 1 EKEG

- **Keine Rückzahlung Eigenkapital ersetzender Forderungen in der Krise**
 - Kein Anspruch des Gläubigers
 - Zahlungsverbot für die Organe der Gesellschaft

- **Die Rückzahlungssperre gilt auch für Zinsen**
 - Auch Zinsen können daher nicht begehrt und dürfen nicht bezahlt werden
 - EBRV: Zinsenlauf wird auch während der Krise fortgesetzt

KRITERIEN FÜR DIE SPERRE

- Für die Sperre wird auf das **Fortbestehen der Krise** abgestellt („solange die Gesellschaft nicht saniert ist“, siehe dazu auch die nähere Umschreibung in § 14 Abs 1 S 2 EKEG)
- **Nicht gleichlaufend mit „Krise“ iSd § 2:** Statt nur auf die Kennzahlen wird allgemein auf den „**Reorganisationsbedarf**“ abgestellt!
 - Nicht identisch mit den Kennzahlen („Vermutung des Reorganisationsbedarfs“, s. auch § 22 Abs 1 Z 1 URG)
 - Auch im URG keine abschließende Definition, siehe lediglich beispielhaft § 1 Abs 3 URG
 - Die vom Gesetzgeber mit dem EKEG angestrebte Rechtssicherheit wird somit nicht erreicht („Gummibegriff“)

KRITERIEN FÜR DIE SPERRE

■ Was gilt für **Gesellschaften iSd § 2 Abs 3 EKEG**?

- Ebenfalls Abstellen auf den Reorganisationsbedarf oder aber auf die – als Eintrittskriterium maßgeblichen – gesetzlichen Eigenmittelerfordernisse?
- Bei ersterem: Vermuteter Reorganisationsbedarf bei Erfüllung der Kennzahlen oder bei Unterschreitung der Eigenmittelerfordernisse?

RÜCKERSTATTUNGSANSPRUCH

- Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft bei **verbotener Zahlung** (oder **sonstiger Art der Befriedigung**: Aufrechnung, Pfandverwertung oder in anderer Weise), § 14 Abs 1 S 3 und 4 EKEG
- **Kontokorrentkredit**: Rückerstattungsanspruch nur in Höhe der tatsächlichen Saldoreduktion, § 14 Abs 2 EKEG
 - Abstellen auf Differenz zum höchsten „Tagessaldo“, allenfalls zuzüglich Zinsenzahlungen, soweit sie in diesem Saldo nicht aufscheinen

RÜCKERSTATTUNGSANSPRUCH

- Anspruch richtet sich gegen den Kreditgeber / Zahlungsempfänger
 - Auch in den Fällen des § 9 EKEG (strittig)
- Keine Ausfallhaftung der Mitgesellschafter
- Verjährung des Rückerstattungsanspruchs: 5 Jahre ab Zahlung oder sonstiger Befriedigung, § 14 Abs 3 EKEG
- Ausnahme: (von Gesellschaft bzw Insolvenzverwalter zu beweisende) Kenntnis der Widerrechtlichkeit – lange Verjährungsfrist von 30 oder 40 Jahren (wie in § 83 Abs 5 GmbHG)
- Konkurrenz mit Bereicherungsansprüchen? (siehe dazu für § 83 GmbHG OGH 6 Ob 110/12p und andere)

„KONZERN“, § 9 EKEG

■ Abs 1: Kreditgewährung zwischen Angehörigen eines Konzerns

- Definition: „zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung oder kontrollierender Beteiligung zusammengefasst“
- Weiter als Konzernbegriff des § 15 AktG und § 115 GmbHG (Beherrschungsmöglichkeit – Zusammenfassung unter kontrollierender Beteiligung – genügt)

■ Abs 2: Gleichbehandlung von Fällen der **Gesellschafteridentität** („*wenn an der Kredit gebenden und der Kredit nehmenden Gesellschaft jeweils die selbe Person oder Personengruppe im Sinne des Abs. 1 beteiligt ist*“)

■ In beiden Fällen kommt es **auch dann** zur **Einbeziehung des Kredites in das EKEG**, wenn der **Kreditgeber am Kreditnehmer nicht beteiligt ist**; als Zurechnungsgrund wird auf eine **Weisung** abgestellt

VORAUSGESETZTE BETEILIGUNGSVERHÄLTNISSE

- Kreditvergabe erfolgt auf **Weisung eines anderen Konzernmitglieds** (des oder der **gemeinsamen Gesellschafter[s]**), das selbst
 - am **Kreditgeber unmittelbar oder mittelbar kontrollierend beteiligt**
 - Siehe dazu § 5 Abs 1 Z 1 und § 8 Z 1 EKEG

und

- **erfasster Gesellschafter des Kreditnehmers** ist
 - § 5 EKEG; hier genügen also zB 25 % Beteiligung;
 - Ebenso relevant sind auch § 8 und § 10 EKEG
 - Daneben kommt es für Abs 1 auf die Definition des Konzerns an (Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung oder kontrollierender Beteiligung); bei Nichtvorliegen greift aber ohnedies Abs 2 ein

MÖGLICHE ANWENDUNGSFÄLLE

- **Kreditvergabe zwischen „Schwestern“ (iwS)**
- UU auch eine solche „von unten nach oben“ (**strittig**)
- **Mischsachverhalte:** Zusammentreffen einer vertikalen und einer horizontalen Verbindung (**strittig**)
 - Praxisfall: Kreditgeberin ist an der Kreditnehmerin iSd § 5 oder des § 8 EKEG beteiligt; daneben ist auch eine Spitzengesellschaft direkt an der Kreditnehmerin beteiligt, sodass ebenso der Tatbestand des § 9 EKEG erfüllt wäre
 - Vorrang des § 5 oder des § 8 vor § 9? Greift dennoch jedenfalls ein Erstattungsanspruch ein?

ERSTATTUNGSANSPRUCH

- **Erstattungsanspruch des Kreditgebers gegen den Weisungsgeber, § 9 Abs 1 Satz 2 bis 4 EKEG:**
 - *„Der Kreditgeber hat, wenn der Kredit Eigenkapital ersetzend ist, einen Anspruch auf Erstattung der Kreditsumme gegen dieses [= die Weisung erteilende] Konzernmitglied. Dieses tritt mit der Erstattung in die Rechtsposition des Kreditgebers ein. Der Anspruch auf Erstattung verjährt in fünf Jahren ab Kreditgewährung.“*
 - **Verallgemeinerungsfähigkeit** des Erstattungsanspruchs **als generelle Rechtsfolge von Konzernweisungen?**
 - Strittig, dafür etwa *Koppensteiner* und *Auer*

WEISUNG

■ Funktion der Weisung als notwendiges Zurechnungsmerkmal

(1) für die **Einbeziehung des Kredites in das EKEG** und

- Erst durch die Zurechnung über den gemeinsamen Gesellschafter erlangt die kreditgebende Gesellschaft eine Stellung als erfasste Gesellschafterin

(2) für den **Erstattungsanspruch** gegen den Weisungsgeber

- Weisung als Grund für das Einstehenmüssen (Tragung der Folgen: Weisungsgeber muss den Kredit, den er „bestellt“ hat, auch selbst übernehmen und damit die kreditgebende Gesellschaft von der ihr auferlegten Last befreien)

WEISUNG

- **Konkretisierung des Begriffs der „Weisung“** muss sich an den beiden Zurechnungszwecken orientieren
 - Zweck (1) spielt freilich dann keine Rolle, wenn der Kredit bereits aus anderen Gründen dem EKEG unterliegt („Mischsachverhalt“)
 - ➔ wenn man auch in einem solchen Fall einen Erstattungsanspruch für möglich hält, kommt es hingegen auf Zweck (2) an
- Insbesondere geht es daher auch darum, in welchen Fällen ein Erstattungsanspruch gerechtfertigt ist
 - Entscheidende Frage: Liegt noch eine **autonome Kreditentscheidung** der kreditgebenden Gesellschaft oder eine **fremdbestimmte** Entscheidung vor?

WEISUNG

■ Entwicklung im Rahmen der Gesetzwerdung

- Im Gegensatz zur 1. RV wird in § 9 EKEG nur noch auf eine „Weisung“ und **nicht** auch auf eine „**sonstige Veranlassung**“ abgestellt
 - Nach der hA ist dennoch von einem weiten Verständnis der Weisung auszugehen; dabei kommt es auch sehr wohl auf eine „Veranlassung“ an
 - Die Textänderung ist aber bei der Auslegung zu berücksichtigen: Nicht alles, was für die Kreditvergabe irgendwie mitkausal war, stellt eine Weisung dar

WEISUNG

■ Gegenstand der Weisung

- Weisung muss **konkret auf die Kreditgewährung** gerichtet sein
 - Es genügt nicht, wenn die Weisung lediglich auf andere Transaktionen abzielt, die dann allenfalls in weiterer Folge zur Kreditvergabe führen könnten
 - Weichenstellungen „im Vorfeld“ oder „im Umfeld“ der Kreditvergabe genügen nicht
 - Beispiel: Weisung ist auf die Begebung einer Anleihe gerichtet, aufgenommene Mittel werden dann über einen Kredit an eine andere Gesellschaft weitergereicht

WEISUNG

■ Begriff der Weisung

□ Rechtliche Verbindlichkeit ist nicht notwendig

- Anderenfalls würde § 9 EKEG bei einer Aktiengesellschaft – außer bei einem Beherrschungsvertrag (wenn man einen solchen bei einer österreichischen AG für zulässig hält) – ins Leere gehen
- Auch sonst kommt es auf die Gültigkeit der Weisung nicht an: Eine Nichtigkeit wegen eines Verstoßes gegen zwingendes Recht steht daher einer Qualifikation als Weisung nicht entgegen
- Sehr wohl erforderlich ist hingegen eine „faktische Verbindlichkeit“, s. dazu gleich

WEISUNG

■ Begriff der Weisung

- **Veranlassung** und **Einengung des Handlungsspielraums der Organe** als notwendiges Minimum
 - Weisung muss „**Befehlscharakter**“ haben: Darin muss ein Verlangen oder zumindest ein Wunsch des Gesellschafters zum Ausdruck kommen; die Organe müssen dies als Einengung ihres Handlungsspielraums ansehen
 - Eine **bloße Zustimmung** zu einer Maßnahme, **Nichtverhinderung** oder **Duldung** (etwa im AR oder in der HV/GV) genügt nicht

WEISUNG

■ Begriff der Weisung

- **Veranlassung** und **Einengung des Handlungsspielraums der Organe** als notwendiges Minimum
 - Nicht zutreffend ist daher die von *Koppensteiner* (FS C. Nowotny 371 f) vertretene Auffassung, es müsse jeder Kredit erfasst werden, der ohne Billigung des übergeordneten Unternehmens nicht zustande gekommen wäre
 - Hat mit dem im Gesetz verwendeten Begriff einer „Weisung“ nichts mehr zu tun; auch aus dem Normzweck des § 9 EKEG ergibt sich die Einbeziehung solcher Fälle nicht

WEISUNG

■ Begriff der Weisung

□ Konkludente Weisungen

- Nach der Literatur grundsätzlich möglich
- Anforderungen an die Konkludenz sind aber hoch anzusetzen
- Es bleibt dabei, dass es um Befehle und dergleichen gehen muss
- Aus einer bloßen Genehmigung ist auch kein konkludenter Befehl abzuleiten

WEISUNG

■ Begriff der Weisung

□ Kausalität der Weisung

- In der Literatur ist umstritten, ob es auch auf eine Kausalität der Weisung für die Kreditvergabe ankommt
- Dagegen noch *Karollus* in *Buchegger*, § 9 EKEG Rz 18; bejahend hingegen nunmehr *Karollus*, GVÖ (2015) 111 f
- Nur bei einer für die Kreditvergabe kausalen Weisung erscheint der Erstattungsanspruch gerechtfertigt, nicht hingegen dann, wenn die Organe der kreditgebenden Gesellschaft auch unabhängig davon eine autonome Kreditentscheidung getroffen haben
- Genaue Grenzziehung bleibt schwierig (Entscheidend: aktive Einflussnahme hat erst die Kreditentscheidung herbeigeführt)

WEISUNG

■ Begriff der Weisung

□ „Generelle Weisungen“

- Generelle Anordnung von Kreditvergaben genügt; eine konkrete Einzelweisung für jede Kreditvergabe ist also nicht erforderlich
- Erfasst ist auch der Fall, dass die Weisung auf die Einrichtung eines („effektiven“) Cash Pooling gerichtet ist

WEISUNG

■ Entbehrlichkeit einer Weisung

- **Personalunion** in den **Leitungsorganen des gemeinsamen Gesellschafters und der kreditgebenden Gesellschaft**
 - Gesonderte Weisungen erscheinen in einem solchen Fall entbehrlich (die Willensbildung erfolgt im Kopf des personenidenten Organmitglieds, ohne dass dieses noch „an sich selbst“ eine Botschaft überbringen muss)

WEISUNG

- **Personalunion** muss in den **Leitungsorganen des gemeinsamen Gesellschafters und der kreditgebenden Gesellschaft** bestehen
 - Nicht einschlägig hingegen:
 - Personalunion zwischen den Organen der kreditgebenden und der kreditnehmenden Gesellschaft,
 - oder zwischen den Organen des gemeinsamen Gesellschafters und der kreditnehmenden Gesellschaft

WEISUNG

- Eine lediglich **teilweise** Personalunion (auch andere Personen gehören dem Leitungsorgan der kreditgebenden Gesellschaft an) genügt **nicht**, weil dann immer noch die Weisung an die weiteren Mitglieder des Leitungsorgans weitergegeben werden muss
- Dass nicht alle Mitglieder des Leitungsorgans des gemeinsamen Gesellschafters auch dem Leitungsorgan der kreditgebenden Gesellschaft angehören, ist hingegen irrelevant
- Eine bloße **Aufsichtsratsfunktion** des gemeinsamen Gesellschafters bzw eines Mitglieds von dessen Leitungsorgan in der kreditgebenden Gesellschaft macht eine Weisung (an das Leitungsorgan der kreditgebenden Gesellschaft!) noch nicht entbehrlich

WEISUNG

■ Behauptungs- und Beweislast für eine Weisung trägt die Gesellschaft bzw der Insolvenzverwalter

- Anders als in § 6 Satz 2 wird in § 9 EKEG auch für einen Konzern oder zwischen nahen Angehörigen keine Beweislastumkehr vorgesehen
 - Dies dürfte auf eine bewusste Entscheidung im Gesetzgebungsverfahren zurückzuführen sein
- Von einigen Autoren dennoch vertretene Beweislastumkehr in Analogie zu § 6 EKEG scheidet daher am Fehlen einer *planwidrigen* Lücke

WEISUNG

- **Anscheinsbeweis** (basierend auf einem Erfahrungssatz, dass die Kreditvergabe typischerweise auf eine Weisung „von oben“ zurückzuführen sein müsse) könnte dann gerechtfertigt sein, wenn sich die Kreditvergabe wie in typischen Schwesternkonstellationen nicht aus einer eigenen Beteiligung der Kreditgeberin an der Kreditnehmerin erklärt
 - Anders daher bei eigener signifikanter (unmittelbarer oder mittelbarer) Beteiligung der Kreditgeberin an der Kreditnehmerin
 - oder sonst bei einem eigenen betrieblichen Interesse an der Kreditvergabe (Geschäftsbeziehung mit der Kreditnehmerin)
 - Eine (teilweise) Personalunion rechtfertigt noch keinen Anscheinsbeweis

KONKURRENZ EKEG / EINLAGENRÜCKGEWÄHR

Beispielsfall:

- Auf Weisung der Muttergesellschaft M gewährt A ihrer Schwester-gesellschaft B in deren Krise einen Kredit (**Side Stream Kredit**)
- Wenn das EKEG anwendbar ist, kann A den Kredit nicht zurückfor-
dern bzw darf B ihn nicht zurückzahlen
- Wenn der Kredit gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt,
kann A – jedenfalls im Falle der Gesamtnichtigkeit – die sofortige
Rückzahlung verlangen
 - Strittig, ob Anspruch gegen B und/oder gegen M besteht
- Welchem dieser beiden gegenläufigen Grundsätze kommt der Vor-
rang zu?

KONKURRENZ EKEG / EINLAGENRÜCKGEWÄHR

Weitere mögliche Anwendungsfälle:

- Up stream Kredit** – wenn darauf überhaupt das EKEG anwendbar ist
- „**Mischsachverhalte**“
- Down stream Kredit** – Einlagenrückgewähr könnte im Hinblick auf die Konditionen vorliegen (zB wegen überhöhter Zinsen)
 - Aber: Hier geht es ebenfalls um den Schutz der *kreditnehmenden* Gesellschaft → keine Kollision mit dem Eigenkapitalersatzrecht

KONKURRENZ EKEG / EINLAGENRÜCKGEWÄHR

- Im MinEntw war eine Regelung vorgesehen, nach der dem Verbot der Einlagenrückgewähr der Vorrang zugekommen wäre
 - § 5 Abs 3 idF des MinEntw: *„Die Vorschriften über die verdeckte Gewinnausschüttung bleiben unberührt. Sie gehen den Bestimmungen des Eigenkapitalersatzrechts vor.“*
- Eine solche Regelung ist aber nicht Gesetz geworden
- Das EKEG schweigt zu der Konkurrenzfrage
 - Auch in den Gesetzesmaterialien findet sich dazu keine Aussage
 - Ebenso wenig wird ein Grund für den Verzicht auf die im MinEntw vorgesehene Regelung angegeben

KONKURRENZ EKEG / EINLAGENRÜCKGEWÄHR

- Offenbar sollte die Konkurrenz durch den von § 9 EKEG vorgesehenen Erstattungsanspruch entschärft werden
 - A kann von M die Erstattung der „Kreditsumme“ verlangen; M tritt dadurch in die Rechtsposition des Kreditgebers ein, wodurch A von den mit der Kreditgewährung verbundenen Lasten befreit wird
 - Genügt das dafür, dass der Kredit nicht mehr als verbotene Einlagenrückgewähr zu qualifizieren wäre?

KONKURRENZ EKEG / EINLAGENRÜCKGEWÄHR

- Zu berücksichtigen sind auch die von der neuesten Rsp zur Einlagenrückgewähr bei Krediten an einen Gesellschafter aufgestellten Kriterien (strenger Drittvergleich)
 - Selbst bei einem vollwertigen Anspruch gegen den Gesellschafter kann der Kredit noch immer gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen (so explizit OGH 7 Ob 35/10p)
- Bei schlechter Bonität der Muttergesellschaft ist der Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr noch evidenter
- Konkurrenzproblem bedarf für die Fälle, in denen beide Tatbestände erfüllt sind, einer Lösung

KONKURRENZ EKEG / EINLAGENRÜCKGEWÄHR

■ Unterschiedliche Positionen in der Literatur

□ Wohl hA: **Vorrang des EKEG**

- Führt zu einer **Pattstellung**: Eine Rückforderung findet nicht statt; jene Gesellschaft, die sich im Besitz der Geldmittel befindet, darf diese behalten („beatus possidens“-Prinzip)

□ Gegenposition: **Vorrang des Verbots der Einlagenrückgewähr**

- Rückzahlung des Kredites kann ungeachtet einer Sperre nach dem EKEG verlangt werden

KONKURRENZ EKEG / EINLAGENRÜCKGEWÄHR

- Auf den ersten Blick erscheinen beide Schutzkonzepte gleich stark, Vorrang für eines der Rechtsinstitute daher schwer zu begründen
- Wertungen der E OGH 26.5.2010, 3 Ob 51/10m (Insolvenzanfechtung einer vom Schuldner erbrachten Einlage kommt Vorrang gegenüber dem Kapitalschutz zu)
 - Schutz der Gläubiger des Gesellschafters wird daraus abgeleitet, dass bereits die Überlassung der Kreditmittel fehlerhaft ist
- Könnte auch im vorliegenden Zusammenhang zu einem „logischen Vorrang der Einlagenrückgewähr“ führen (*Artmann*)

KONKURRENZ EKEG / EINLAGENRÜCKGEWÄHR

- Aber: Künftige Haltung des Höchstgerichtes zur vorliegenden Konkurrenzfrage nur schwer vorherzusagen
- Wegen des zwingenden Charakters beider betroffenen Rechtsinstitute erhebliche Gefahr einer zivil- und strafrechtlichen Haftung
- Lösung praktischer Fälle über einen Vergleich?

ANWENDBARES RECHT

- Keine Sonderregelung zur kollisionsrechtlichen Anknüpfung des Eigenkapitalersatzrechts
- Nach den EBRV ist das **Gesellschaftsstatut** (§ 10 IPRG) einschlägig
- Daher soll das EKEG auf „ausländische“ Gesellschaften mit „Zentrum ihrer Geschäftstätigkeit“ in Österreich Anwendung finden
- Aber:
 - Sitztheorie für EU-/EWR-Gesellschaften nicht mehr maßgeblich (EuGH „*Überseering*“ und „*Inspire Art*“; Judikatur des OGH)
 - Für Drittstaaten-Gesellschaften führt Sitztheorie zur Nichtanerkennung (Einstufung als Einzelunternehmer oder GesbR) und daher ebenfalls nicht zur Anwendung des EKEG

ANWENDBARES RECHT

- Für die insolvenzbezogenen Sonderregelungen in der IO kommt es darauf an, ob das Insolvenzverfahren in Österreich stattfindet (**Anknüpfung nach der EuInsVO**; s. auch Art 7 Abs 2 lit i: „Rang der Forderungen“)
- Dann auch Verweis auf das EKEG als mittelbarer Inhalt zB des § 57a IO, des § 12a IO oder des § 18a IO?
 - Diese Regelungen wären ansonsten inhaltsleer und de facto unanwendbar
- Anwendbarkeit auch der übrigen Bestimmungen des EKEG im Insolvenzverfahren, zB für Rückgewähranspruch des Insolvenzverwalters Anwendung des § 14 EKEG?

ANWENDBARES RECHT

- Oder Anknüpfung des **gesamten EKEG** nach dem **Insolvenzstatut**, auch wenn kein Insolvenzverfahren eröffnet wird?
 - Anknüpfung würde sich nach dem hypothetischen Insolvenzstatut (COMI) richten
- **Dagegen** spricht, dass das EKEG nicht nur auf materielle Insolvenzgründe, sondern auch auf Krisenmerkmale im Vorfeld einer Insolvenz abstellt (Kennzahlen iSd § 2 Abs 1 Z 3 EKEG!)
 - Unterschied zur deutschen Rechtslage idF nach MoMiG („insolvenzbezogener“ und „anfechtungsrechtlicher“ Ansatz!) → Judikatur des BGH zur kollisionsrechtlichen Anknüpfung daher nicht einschlägig

ANWENDBARES RECHT

- Zu **§ 64 dGmbHG** (= § 25 Abs 3 Z 2 öGmbHG) siehe EuGH 10.12.2015, C-594/14 – Kornhaas: Wegen des Zusammenhangs mit der Insolvenzantragspflicht und dem Ziel der Sicherung der Gläubigergleichbehandlung Einstufung als insolvenzrechtliche Vorschrift; daher Maßgeblichkeit des Insolvenzstatuts gemäß der EuInsVO
 - Deutsche Vorschrift ist daher auch auf eine Auslandsgesellschaft anzuwenden, für die das Insolvenzverfahren in Deutschland stattfindet
 - Aber: Dieser Tatbestand stellt – anders als das EKEG – ausschließlich auf das Vorliegen eines materiellen Insolvenzgrunds (Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung) ab

GERICHTSSTAND

- Anwendbarkeit der **EuGVVO** oder der **EuInsVO** (Ausschließlichkeitsverhältnis)?
- Anwendbarkeit der EuInsVO würde für Klagen des Insolvenzverwalters zu einer Zuständigkeit der Gerichte im Insolvenzstaat führen
- So für die Insolvenzanfechtung EuGH 12.2.2009, C-339/07 – Seagon; EuGH 16.1.2014, C-328/12 – Schmid
- Für § 64 dGmbHG ebenso EuGH 4.12.2014, C-295/13 – H. gegen H.K., weil dieser Haftungstatbestand an die materiellen Insolvenzgründe (Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung) anknüpft

GERICHTSSTAND

- Gegen die Übertragbarkeit der „H. und H.K.-Judikatur“ auf das EKEG spricht, dass dieses Gesetz gerade nicht ausschließlich auf Insolvenzgründe als Anknüpfungstatbestände abstellt (Kennzahlen als ein alternativer Krisentatbestand gemäß § 2 Abs 1 Z 3 EKEG!)
 - Oder Differenzierung je nachdem, auf welchen Krisentatbestand die Klage gestützt wird?
- Wenn **kein Insolvenzverfahren eröffnet** wird, scheidet eine Anknüpfung an ein – nicht vorhandenes – Insolvenzforum jedenfalls aus: Eine Klage, *„die unmittelbar aus einem Insolvenzverfahren hervorgeht und in einem engen Zusammenhang damit steht“* (H. und H.K., Rz 20), liegt dann nicht vor (ebenso H. und H.K., Rz 25: Maßgeblichkeit der EuGVVO)

HERZLICHEN DANK FÜR IHRE AUFMERKSAMKEIT



o. Univ.-Prof. Mag. Dr. Martin Karollus
Institut für Unternehmensrecht
Email: martin.karollus@jku.at