



folgten Finanzierungsleistungen in Form von Krediten, und zwar durch Forderungsverzicht.⁸⁶ Umstritten ist dabei, mit welchem Wert die Forderung in die Kapitalrücklage eingestellt werden darf, namentlich zum vollen Rückzahlungsbetrag oder zum Tageswert (der bei geringer Bonität der Gesellschaft niedriger sein wird als der Rückzahlungsbetrag).⁸⁷ Bei Einbuchung des Tageswerts ist der Differenzbetrag erfolgswirksam aufzulösen.⁸⁸ Dabei sind auch steuerliche Folgen zu berücksichtigen.⁸⁹



Redaktionelle Anmerkung: Fortsetzung Teil II in der folgenden RdW-Ausgabe.

⁸⁶ Siehe auch noch Teil II Punkt 3. iZm Wandelkrediten.

⁸⁷ Vgl dazu etwa G. Sopp/Grünberger in Zib/Dellinger, UGB § 229 Rz 97; Schiemer-Haberl in Jabornegg/Artmann, UGB² § 229 Rz 15.

⁸⁸ G. Sopp/Grünberger in Zib/Dellinger, UGB § 229 Rz 97; Schiemer-Haberl in Jabornegg/Artmann, UGB² § 229 Rz 15.

⁸⁹ Es könnte KSt ausgelöst werden. Vgl Teil II Punkt 3.3.



Die Autorin:

Dr. Nora Aburumieh ist Rechtsanwältin und Partnerin bei Urbanek Lind Schmied Reisch Rechtsanwälte OG. Ihre Arbeitsschwerpunkte sind laufende gesellschaftsrechtliche Beratung, (internationale) Umstrukturierungen sowie M&A. Sie ist im Gesellschaftsrecht als Fachautorin und Vortragende engagiert.

✉ aburumieh@ulsr.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Aburumieh/Nora



Die Autorin:

MMag. Sabrina Hoppel ist Rechtsanwältin bei Urbanek Lind Schmied Reisch Rechtsanwälte OG. Ihre Tätigkeitsschwerpunkte liegen in den Bereichen Gesellschaftsrecht, Umgründungen und Mergers & Acquisitions. Sie ist im Bereich des Gesellschaftsrechts als Fachautorin und Vortragende tätig.

✉ hoppel@ulsr.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Hoppel/Sabrina

Foto: Marius Höfinger

Foto: Marius Höfinger

Mag. Simon Drobnik • Universität Wien

OGH 6 Ob 154/19v: Erstattungsanspruch nach § 9 Abs 1 Satz 2 EKEG bei Kreditvergabe *down-stream*

» RdW 2020/519

Mit 6 Ob 154/19v¹ liegt nunmehr die erste Entscheidung zu § 9 EKEG vor. Der OGH behandelt dabei gleich zwei praxisrelevante „Dauerbrenner“ der Literatur, nämlich die Anwendbarkeit des Erstattungsanspruchs (§ 9 Abs 1 Satz 2 EKEG) auf Down-stream-Kredite (dazu 3.) sowie den Begriff der Weisung (dazu 4.).

1. Einleitung

In der Unternehmenskrise gewährte Kredite eines Gesellschafters an „seine“ Gesellschaft sind nach Maßgabe des EKEG eigenkapitalersetzend. Sie dürfen dann vor Überwindung der Krise nicht zurückgezahlt werden (§ 14 EKEG) und sind in der Insolvenz nachrangig (§ 57a Abs 1 IO). Nach § 9 EKEG gilt ein Kredit auch dann als eigenkapitalersetzend, wenn der Kreditgeber zwar nicht selbst Gesellschafter der Kreditnehmerin ist, die Kreditvergabe aber auf einer Weisung eines gemeinsamen Gesellschafters beruht. Anders formuliert geht es also um Schwesternkredite, die auf Weisung der Konzernspitze gewährt werden. § 9 EKEG verhin-

dert, dass sich ein Gesellschafter seiner aus dem EKEG folgenden „Finanzierungsverantwortung“ entziehen kann, indem er eine nicht an der Kreditnehmerin beteiligte Tochtergesellschaft zsur Kreditgewährung einsetzt.² Der Schwesternkredit gilt daher trotz fehlender Beteiligung der Kreditgeberin an der Kreditnehmerin als eigenkapitalersetzend (§ 9 Abs 1 Satz 1 EKEG). Der Kreditgeberin steht allerdings ein Erstattungsanspruch in Höhe der Kreditsumme gegen den anweisenden Gesellschafter zu (§ 9 Abs 1 Satz 2 EKEG).

Zumindest dem Wortlaut nach ist § 9 EKEG aber auch auf Down-stream-Kredite anwendbar, wenn also die Muttergesellschaft ihre Tochtergesellschaft zur Kreditvergabe an die Enkelgesellschaft anweist. Die Muttergesellschaft ist nämlich (unmittelbar) an der Kreditgeberin und (mittelbar, nämlich über ihre Beteiligung an der Kreditgeberin) an der Kreditnehmerin beteiligt.

¹ wbl 2020, 406 (Koppensteiner) = ecolx 2020, 711 (Zimmermann).

² Den Charakter von § 9 EKEG als Umgehungsschutz betonend Kalss, Die mangelnde Anwendbarkeit von § 9 Abs 1 EKEG auf den Kredit einer Muttergesellschaft an ihre Tochtergesellschaft, GesRZ 2015, 302 (303); Koppensteiner, Aktuelle Probleme des EKEG, in FS Nowotny (2015) 369 (370); so auch Rn 9.2. der vorliegenden Entscheidung.



Eine solche Konstellation lag – vereinfacht gesagt – auch der hier besprochenen Entscheidung zugrunde:

2. Sachverhalt

Die Alpine-Gruppe war 2006 von der spanischen FCC-Gruppe übernommen worden, indem eine FCC-Konzerngesellschaft (im Folgenden FCC) anfänglich 79 % an der Alpine Holding GmbH übernahm. Zwischen 2010 und 2012 vergab die Alpine Holding mehrere Darlehen an eine Enkelgesellschaft (Alpine Bau), an der sie mittelbar mit über 75 % beteiligt war. Beide Gesellschaften schlitterten 2013 in die Insolvenz. Der Insolvenzverwalter der Kreditnehmerin bestritt die von der Alpine Holding angemeldeten Kreditforderungen unter Hinweis darauf, dass sie eigenkapitalersetzend seien. Daraufhin verlangte der Insolvenzverwalter der Alpine Holding die Kreditsumme von der FCC. Die FCC habe Schlüsselpositionen in Aufsichtsrat und Geschäftsführung der Alpine Holding mit eigenen Repräsentanten besetzt und die Alpine Holding dadurch vollständig kontrolliert. Daher sei die Kreditvergabe auf Weisung der FCC erfolgt, weshalb der Alpine Holding ein Erstattungsanspruch nach § 9 Abs 1 Satz 2 EKEG zustehe. Die Beklagte wendete ein, keine Weisung erteilt zu haben; außerdem sei § 9 Abs 1 Satz 2 EKEG auf vertikale Kreditvergaben *down-stream* überhaupt unanwendbar.

Das Erstgericht wies die Klage ab; angesichts der (mittelbaren) Beteiligung der Kreditgeberin an der Kreditnehmerin komme es zu keiner Einlagenrückgewähr an den gemeinsamen Gesellschafter, weshalb der Erstattungsanspruch nicht zustehe. Außerdem sei keine Weisung erfolgt. Das Berufungsgericht hob das Urteil des Erstgerichts auf und führte zusammengefasst aus, der Erstattungsanspruch setze keine Einlagenrückgewähr voraus, sondern solle die Last des Eigenkapitalersatzrechts von der Kreditgeberin (die selbst ja keine „eigene“ Finanzierungsverantwortung trägt) auf den anweisenden Gesellschafter verlagern. Der Rekurs an den OGH sei zulässig, weil keine Rechtsprechung zur Anwendbarkeit des Erstattungsanspruchs bei Kreditvergabe *down-stream* bestehe. Der OGH gab dem Rekurs der Beklagten nicht Folge und bestätigte damit die Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils. Mit dem Berufungsgericht setze der Erstattungsanspruch keinen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr voraus (Rn 8.4.) und komme auch bei *Down-stream*-Krediten zur Anwendung (Rn 11. ff.). Außerdem gab der OGH dem Erstgericht Hinweise zur Auslegung des Weisungsbegriffs mit auf den Weg (Rn 12.1. ff.).

3. Zweck und Anwendungsbereich des Erstattungsanspruchs

3.1. Meinungsstand

Erstes „Kernthema“ der Entscheidung ist die Frage, ob der Erstattungsanspruch (§ 9 Abs 1 Satz 2 EKEG) auch bei *Down-stream*-Krediten zusteht, wenn die angewiesene Kreditgeberin also selbst „erfasste Gesellschafterin“ (§§ 5 ff EKEG) der Kreditnehmerin ist und damit eigene Finanzierungsverantwortung trägt.

Das hängt letztlich vom Normzweck ab, der in der Literatur heftig umstritten ist.³ Die eine Ansicht begreift den Erstattungsanspruch im Wesentlichen als Konkretisierung oder Variante des Anspruchs aus verbotener Einlagenrückgewähr.⁴ Ausgangspunkt dieser Überlegung ist die Beobachtung, dass die dem Gesetzgeber vor Augen stehenden eigenkapitalersetzenden Schwesternkredite ganz regelmäßig eine verbotene Einlagenrückgewähr an den anweisenden gemeinsamen Gesellschafter darstellen.⁵ Der Erstattungsanspruch nach § 9 Abs 1 Satz 2 EKEG sei Konsequenz dieser Einlagenrückgewähr und entspreche funktional dem schon nach § 83 Abs 1 GmbHG, § 56 AktG bestehenden Anspruch.⁶ Ohne Einlagenrückgewähr gebe es daher überhaupt keinen Erstattungsanspruch.⁷ Sei die Kreditgeberin selbst „erfasster Gesellschafter“ (§§ 5 ff EKEG) der Kreditnehmerin, scheide eine Einlagenrückgewähr – und damit auch ein Anspruch nach § 9 Abs 1 Satz 2 EKEG – aus.⁸

Die Gegenauffassung fasst den Normzweck weiter und sieht ihn allgemein im Schutz der Kreditgeberin. Der Erstattungsanspruch solle die Nachteile ausgleichen, die ihr durch die erzwungene (und idR infolge der Krise der Kreditnehmerin wirtschaftlich nachteilige) Kreditgewährung entstehen.⁹ Noch weiter gehen *Koppensteiner* und *Auer*, die § 9 Abs 1 Satz 2 EKEG als Grundlage für einen umfassenden Nachteilsausgleich im Konzern entsprechend § 311 dAktG betrachten.¹⁰ Ein Verstoß gegen die Vermö-

3 Der OGH arbeitet den Meinungsstand intensiv auf (Rn 3.1. ff), sodass für Details darauf verwiesen werden kann.

4 *Kalss*, GesRZ 2015, 302 (305 f) (Konkretisierung des Anspruchs aus Einlagenrückgewähr); *Rüffler*, Gibt es im österreichischen Recht einen Nachteilsausgleich? in FS Nowotny 405 (410) (Variante des Anspruchs aus Einlagenrückgewähr); *U. Torggler in Straube*, WK GmbHG § 115 Rz 24 (Stand 1. 8. 2009, rdb.at) (zumindest im Kern ein Sonderfall des Anspruchs aus § 83 Abs 1 GmbHG).

5 Rn 8.3. der vorliegenden Entscheidung sowie *Kalss*, GesRZ 2015, 302 (306); *Rüffler*, Konzernfinanzierung im Lichte des EKEG, in *Kalss/Rüffler*, Eigenkapitalersatz im österreichischen, italienischen und slowenischen Recht (2004) 111 (125 ff, 134); *Rüffler* in FS Nowotny 405 (409); insoweit zust auch *Artmann*, Kreditgewährung im Konzern – Zum Konkurrenzverhältnis zwischen Ausschüttungsverbot und Eigenkapitalersatzrecht, in FS G. H. Roth (2011) 23 (24). Zur Einlagenrückgewähr durch Leistung an Dritte RIS-Justiz RS0105518 (T1): „Verbieten sind auch auf Veranlassung eines Gesellschafters vorgenommene Zuwendungen der Gesellschaft an einen dem Gesellschafter nahestehenden Dritten, so zum Beispiel an eine Gesellschaft, an der der Gesellschafter selbst beteiligt ist.“

6 *Kalss*, GesRZ 2015, 302 (305); in diese Richtung auch *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Eigenkapitalersatz 111 (134) (Ansprüche seien „deckungsgleich“); ähnlich *U. Torggler in Straube*, WK GmbHG § 115 Rz 24 (im Kern Sonderfall des Anspruchs aus § 83 Abs 1 GmbHG).

7 *Kalss*, GesRZ 2015, 302 (305); teleologische Reduktion erwägend auch *U. Torggler in Straube*, WK GmbHG § 115 Rz 24.

8 *Kalss*, GesRZ 2015, 302 (307).

9 *Karollus in Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht – Erster Zusatzband (2009) § 9 EKEG Rz 27; *Karollus*, Aktuelle Fragen der „Weisung“ im Sinne des § 9 EKEG, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschafterpflichten in der Krise (2015) 97 (101).

10 *Auer*, Benachteiligungsverbot und Nachteilsausgleich im faktischen Konzern, in *Gruber/Rüffler*, Gesellschaftsrecht – Wettbewerbsrecht – Europarecht, Hans-Georg Koppensteiner zum 70. Geburtstag (2006) 1 (6 ff); *Auer* in *Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 15 Rz 46 (Stand 1. 5. 2018, rdb.at); *Koppensteiner*, Zum konzernrechtlichen Gehalt von § 9 EKEG, wbl 2008, 53 (55 ff, 59), wonach ein Erstattungsanspruch insb auch dann zustehe, wenn Partner des nachteiligen Geschäfts ein Dritter ist; weitere Nachweise in Rn 3.3.1. der vorliegenden Entscheidung.



gensbindung sei daher keine Anwendungsvoraussetzung für § 9 Abs 1 Satz 2 EKEG.¹¹

3.2. Entscheidung des OGH

Der OGH bejahte die Anwendbarkeit von § 9 Abs 1 Satz 2 EKEG auf einen *Down-stream*-Kredit. Zwar sei der Erstattungsanspruch „*zumindest in seinem Kern ein Sonderfall des § 83 Abs 1 [GmbHG]*“ (Rn 8.3.), setze aber gerade keine Einlagenrückgewähr voraus (Rn 8.4.). § 9 Abs 1 Satz 2 EKEG bezwecke den Schutz der Kreditgeberin und ihrer Gläubiger (Rn 9.2.) und bewirke einen „*Ausgleich für den von der Kreditgeberin aufgrund der Weisung erlittenen Nachteil*“ (Rn 9.4.). Zwar sei die Kreditgewährung *down-stream* für die Kreditgeberin nicht notwendigerweise nachteilig, weil sie als (hier: mittelbare) Gesellschafterin selbst von einer Sanierung profitiere (Rn 10.1.). Das allein lasse das Schutzbedürfnis der Kreditgeberin aber nicht entfallen, weil sie trotz allem zur (riskanten) Kreditvergabe gezwungen wird (Rn 10.2.).¹² Die Weisung zu einer nachteiligen Kreditvergabe berühre außerdem auch bei *Down-stream*-Krediten die Interessen der Gläubiger der Kreditgeberin (Rn 11.1.).

3.3. Einordnung und Stellungnahme

3.3.1. Zuzustimmen ist dem OGH zunächst darin, dass der Erstattungsanspruch nach § 9 Abs 1 Satz 2 EKEG nicht an die Tatbestandsvoraussetzungen einer Einlagenrückgewähr gebunden ist. Dass § 9 Abs 1 Satz 2 EKEG nur die Rechtsfolgen einer Einlagenrückgewähr abbildet, also keinen über die allgemeinen Kapitalerhaltungspflichten hinausgehenden Regelungsgehalt besitzt, hat keine tragfähige Grundlage in den Materialien. Zwar führte noch der MEntw aus, die Kreditgewährung an die Schwester sei als Leistung und damit Einlagenrückgewähr an die Mutter zu betrachten, weshalb der Kreditgeberin ein Erstattungsanspruch gegen die Mutter zustehe.¹³ Diese Passage ist jedoch weggefallen und findet sich in den beiden RV¹⁴ zum EKEG nicht mehr. Plausibel erscheint, dass der Gesetzgeber gesehen hat, dass die Kreditgewährung schon allein aufgrund der Möglichkeit einer „betrieblichen Rechtfertigung“ nicht zwangsläufig gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt, sich aber trotzdem dazu entschieden hat, den Erstattungsanspruch anzuordnen.¹⁵

Vor diesem Hintergrund lässt sich der Erstattungsanspruch – zumindest in seinem Kernanwendungsbereich – wohl am besten als rechtssichere (weil weniger vom Einzelfall, insb einer allfälligen betrieblichen Rechtfertigung) abhängige Version des Einlagenrückgewähranspruchs begreifen. Immerhin ist bis heute nicht abschließend geklärt, unter welchen Voraussetzungen Leistungen an Schwestergesellschaften gegen Kapitalerhaltungsvorschriften verstoßen;¹⁶ gleichzeitig soll das EKEG gerade Rechtssicherheit schaffen.¹⁷ Teleologische Grundlage wäre dann die zumindest abstrakte Gefahr einer Einlagenrückgewähr bei einer Kreditvergabe, die den Tatbestand von § 9 EKEG erfüllt: Immerhin ist die Kreditvergabe typischerweise nachteilig für die Kreditgeberin,¹⁸ die Weisung dokumentiert ein Interesse des Gesellschafters an der Kreditgewährung. Dieses Verständnis löst auch den scheinbaren Widerspruch in der Entscheidung auf, wonach der Erstattungsanspruch einerseits „*im Kern ein Anspruch aus § 83 Abs 1 GmbHG*“, andererseits aber gerade unabhängig von dessen Tatbestandsmerkmalen ist (Rn 8.3. f.).

3.3.2. Fraglich ist allerdings, ob der beschriebene Charakter des Erstattungsanspruchs bedeutet, dass er nur Rechtsträgern zusteht, die Kapitalerhaltungspflichten unterliegen und bei denen eine Einlagenrückgewähr daher zumindest theoretisch infrage kommt. Denn auch wenn die Kreditgeberin sehr häufig eine Kapitalgesellschaft sein wird:¹⁹ Dem Wortlaut nach erfasst § 9 EKEG auch Kredite von beherrschten Personengesellschaften, Privatstiftungen oder Vereinen. Das ist in Bezug auf § 9 Abs 1 Satz 1 EKEG („Umqualifizierung“ des Kredits in Eigenkapitalersatz) jedenfalls sachgerecht,²⁰ weil es für die Gläubiger der Kreditnehmerin keinen Unterschied macht, woher das Geld kommt, mit dem die Kreditnehmerin „*über Wasser gehalten wird*“.²¹ Demgegenüber liegt in Bezug auf den Erstattungsanspruch nach § 9 Abs 1 Satz 2 EKEG zumindest *prima facie* eine teleologische Reduktion des Wortlauts nahe.

Voraussetzung dafür ist freilich ein in Bezug auf den Normzweck überschießender Gesetzeswortlaut.²² Nachzuweisen wäre, dass der Gesetzgeber mit § 9 Abs 1 Satz 2 EKEG eine Regelung *nur* für Fälle mit zumindest abstrakter Gefahr einer Einlagenrückgewähr treffen wollte. Das ist angesichts des unkom-

¹¹ Artmann in FS G. H. Roth 23 (27 f) (Erstattungsanspruch trotz „betrieblicher Rechtfertigung“); Karollus in Buchegger, Insolvenzzrecht, Zusatzband I § 9 EKEG Rz 33; Koppensteiner, wbl 2008, 53 (60); Koppensteiner in FS Nowotny 369 (370).

¹² Die Weisung dokumentiere das Interesse des anweisenden Gesellschafters an der Kreditvergabe und zeige, dass dieser gewillt sei, „*die Kreditvergabe entgegen den Interessen der Kreditgeberin durchzusetzen*“.

¹³ 306/ME 21. GP 30.

¹⁴ ErläutRV 1282 BlgNR 21. GP 16 (1. RV); wortgleich ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 17 (2. RV).

¹⁵ Artmann in FS G. H. Roth 23 (27 mit FN 24); Koppensteiner, Gibt es in Österreich einen Nachteilsausgleich? RdW 2015, 755; vgl aber noch unten 3.3.2. Gegenteilige Deutung bei Kalss, GesRZ 2015, 302 (305): Die Streichung bestätige, dass der Erstattungsanspruch nach § 9 Abs 1 Satz 2 EKEG nicht vom Recht der Einlagenrückgewähr losgelöst ist.

¹⁶ Überblick zum Meinungsstand bei Milchrahm in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 115 Rz 187 (Stand 1. 12. 2017, rdb.at).

¹⁷ ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 10.

¹⁸ Das ergibt sich aus der schlechten Bonität der Kreditnehmerin (§ 2 EKEG), der temporären Rückzahlungssperre (§ 14 EKEG) sowie der Unmöglichkeit, insolvenzfesten Sicherheiten aus ihrem Vermögen zu bestellen (§ 12b IO).

¹⁹ Insb die GmbH ist – va aufgrund des Weisungsrechts der Gesellschafter – beliebter „Konzernbaustein“: Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ (2007) Allg Einl Rz 8.

²⁰ Dass es in Bezug auf § 9 Abs 1 Satz 1 nicht auf die Rechtsform der Kreditgeberin ankommt, entspricht einhelliger Auffassung: Artmann in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 52 Rz 60; Karollus in Buchegger, Insolvenzzrecht, Zusatzband I § 9 EKEG Rz 10; Schopper/Vogt in Koller/Lovrek/Spitzer, IO (2019) § 9 EKEG Rz 6.

²¹ OGH 1 Ob 2044/96m, ecolex 1997, 254 (258).

²² F. Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (Nachdruck 2011) 480; RIS-Justiz RS0106113 (T9).



mentierten Wegfalls der darauf hindeutenden Passagen im MEntw (dazu oben 3.3.1.) aber unklar. Möglich ist einerseits die bereits erwähnte Deutung, der Gesetzgeber habe die Möglichkeit einer „betrieblichen Rechtfertigung“ erkannt und (nur) deshalb nicht mehr in den Erläuterungen auf die Einlagenrückgewähr verwiesen.²³ Ebenso denkbar ist allerdings, dass der Gesetzgeber im Rahmen des weiteren Gesetzgebungsprozesses (auch) erkannt hat, dass als Kreditgeber auch Rechtsträger ohne Kapitalbindung auftreten können, und den Verweis auf die Einlagenrückgewähr (auch) deshalb gestrichen hat. Dafür könnte immerhin sprechen, dass im weiteren Gesetzgebungsprozess auf die Möglichkeit der „Zwischenschaltung“ beherrschter Privatstiftungen reagiert wurde, weshalb nach § 8 Z 1 EKEG auch „sonstige Rechte“ an einem Rechtsträger als maßgebliche Beherrschungsmittel gelten.²⁴ Denkbar ist auch, dass die Streichung nur Resultat der Kritik im Begutachtungsverfahren war,²⁵ aber keine inhaltliche Festlegung in Bezug auf den Anwendungsbereich des Erstattungsanspruchs getroffen wurde.

Insofern lässt sich ein über den Normzweck hinauschießen der Wortlaut des § 9 Abs 1 Satz 2 EKEG mE nicht zweifelsfrei feststellen. Selbst wenn der Gesetzgeber in Bezug auf den Anwendungsbereich von § 9 Abs 1 Satz 2 EKEG tatsächlich nur an Kapitalgesellschaften gedacht haben sollte (was – wie erwähnt – unklar ist), berechtigt dies noch nicht ohne Weiteres zu einer teleologischen Reduktion.²⁶ Daher ist mE der auch Rechtsträger ohne Kapitalerhaltungspflichten einschließende Gesetzeswortlaut maßgeblich.²⁷ Dies überzeugt, weil die erzwungene Kreditgewährung auch allfälligen Minderheitsgesellschaftern schadet.²⁸ Weist der auch an der Kreditnehmerin beteiligte Kompe-

mentär „seine“ KG zur Kreditvergabe an,²⁹ tragen die Kommanditisten indirekt das Ausfallrisiko, ohne am Sanierungserfolg teilzuhaben.

§ 9 Abs 1 Satz 2 EKEG bezweckt demzufolge „einen Ausgleich für den von der Kreditgeberin aufgrund der Weisung erlittenen Nachteil“ (Rn 9.4.), und damit reflexartig den Schutz der Gläubiger und Minderheitsgesellschafter. Dies geschieht primär durch eine rechtssichere (Sonder-)Regelung der typischerweise (aber nicht zwangsläufig) auftretenden Einlagenrückgewähr iZm der Kreditvergabe. Normzweck und Wortlaut gebieten es aber, den Erstattungsanspruch auch in Konstellationen ohne „Kapitalerhaltungsrelevanz“ anzuwenden, wenn und weil die Kreditvergabe Minderheitsinteressen beeinträchtigt. Wie der OGH die skizzierte Konstellation (Nicht-Kapitalgesellschaft als Kreditgeberin) beurteilen würde, lässt sich auf Basis der vorliegenden Entscheidung freilich nicht vorhersagen. Der Fokus auf den Schutz (nur) der Gläubiger der Kreditgeberin³⁰ erklärt sich vielleicht daraus, dass es im vorliegenden Fall keine Minderheitsgesellschafter gab. Immerhin spricht die Entscheidung davon, dass der Erstattungsanspruch „wirtschaftlich gesehen einen Ausgleich für den von der Kreditgeberin aufgrund der Weisung erlittenen Nachteil“ bewirkt (Rn 9.4.). Das lässt Raum für einen (reflexartigen) Schutz nicht nur der Gläubiger, sondern auch allfälliger Minderheitsgesellschafter.

3.3.3. Durch die „Entkoppelung“ von der Einlagenrückgewähr (bzw deren Tatbestandsvoraussetzungen) erhält § 9 Abs 1 Satz 2 EKEG einen spezifisch konzernrechtlichen Inhalt. Bekanntlich hat Österreich kein kodifiziertes materielles Konzernrecht, sondern beschränkt sich auf die Umschreibung des Konzerns auf Tatbestandsseite (§ 15 AktG, § 115 GmbHG).³¹ Der Konzerngefahr ist mit den allgemeinen Instrumenten des Gesellschaftsrechts zu begegnen (Ausschüttungssperren, Treuepflichten, Wettbewerbsverbote etc).³² Der von der Einlagenrückgewähr „entkoppelte“ Erstattungsanspruch verwirklicht nun aber den Schutz vor der Konzerngefahr abseits eben dieser allgemeinen Instrumente. Insofern könnte man § 9 Abs 1 Satz 2 EKEG als erste (und einzige) materiell-konzernrechtliche Regelung in Österreich bezeichnen. Offengelassen hat der OGH freilich, ob und inwieweit die Bestimmung verallgemeinerungsfähig ist, insb ob sie als Grundlage für eine umfassende Nachteilsausgleichspflicht im Konzern nach

²³ Oben FN 15. In diese Richtung gehen die Stellungnahme der Kammer der Wirtschaftstreuhänder (20/SN-306/ME 21. GP 7) sowie jene der Wirtschaftskammer Österreich (17/SN-306/ME 21. GP 3), die darauf hinweisen, dass die von § 5 des MEntw erfassten Schwesternkredite nicht zwangsläufig eine verbotene Einlagenrückgewähr darstellen. Auf die Möglichkeit einer „betrieblichen Rechtfertigung“ gehen sie allerdings nicht ein. Tatsächlich wurde die „betriebliche Rechtfertigung“ erst durch OGH 6 Ob 271/05d, ÖBA 2006, 293 (294 f) (Karollus), und damit nach Inkrafttreten des EKEG ausdrücklich durch den OGH anerkannt; vgl auch Rüffler in Kalss/Rüffler, Eigenkapitalersatz 111 (126).

²⁴ Vgl die wortgleichen Erläuterungen der beiden RV zu § 8 Z 1 EKEG, 1282 BlgNR 21. GP 16 (1. RV) sowie 124 BlgNR 22. GP 17 (2. RV), wonach „alle möglichen dazwischengeschalteten in- und ausländischen Rechtsträger und vor allem auch Privatstiftungen“ erfasst sein sollten.

²⁵ Oben FN 23.

²⁶ RIS-Justiz RS0106113 (T6): „Eine teleologische Reduktion würde den klaren Nachweis voraussetzen, dass eine umschreibbare Fallgruppe von den Grundwertungen oder Zwecken des Gesetzes entgegen seinem Wortlaut gar nicht getroffen wird und dass sie sich von den ‚eigentlich gemeinten‘ Fallgruppen so weit unterscheidet, dass die Gleichbehandlung sachlich unge-rechtfertigt und willkürlich wäre.“

²⁷ RIS-Justiz RS0106113: Teleologische Reduktion erfordert klaren Nachweis des Gesetzeszwecks.

²⁸ Auf die minderheitenschützende Funktion von § 9 EKEG hinweisend auch Koppensteiner, Anmerkung zu OGH 6 Ob 154/19v, wbl 2020, 406 (409). Auch das Verbot der Einlagenrückgewähr schützt zudem zumindest reflexartig die Minderheit (siehe nur Köppl in U. Torggler, GmbHG [2014] § 82 Rz 1).

²⁹ Häufig wird in solchen Fällen ein Fall von „Personenidentität“ vorliegen, in dem der Gesellschafter die OG selbst vertritt. In diesen Fällen erübrigt sich wohl eine gesonderte Weisung (Karollus in Buchegger, Insolvenzrecht, Zusatzband I § 9 EKEG Rz 18 mwN). Vgl auch Rn 12.2. der vorliegenden Entscheidung, wonach bei personeller „Überlappung“ der Entscheidungsorgane von Kreditgeberin und anweisender Gesellschafterin uU von „herabgesetzten Anforderungen an die Ausprägung der Weisung“ auszugehen sei.

³⁰ Rn 9.1. und 11.1. der vorliegenden Entscheidung.

³¹ Die genannten Bestimmungen sind daher in Bezug auf die Konzerngefahr *leges imperfectae*; vgl Drobnik/U. Torggler, Der Konzernbegriff und seine Verwandten, GesRZ 2018, 334 (336).

³² Auer in Gruber/Rüffler, Gesellschaftsrecht – Wettbewerbsrecht – Europarecht 1; Auer in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 15 Rz 20; Drobnik/U. Torggler, GesRZ 2018, 334 (336); monografisch U. Torggler, Treuepflichten im faktischen GmbH-Konzern (2007).

Vorbild von § 311 dAktG dienen kann.³³ Die Diskussion ist somit keineswegs abgeschlossen.

4. Weisung

Die Anwendbarkeit von § 9 Abs 1 Satz 2 EKEG auf *Down-stream-Kredite* ist für den klagenden Insolvenzverwalter freilich nur ein Etappensieg. Zusätzlich obliegt ihm der (schwierige) Beweis, dass die Kreditvergabe auf Weisung der FCC erfolgt ist. Berufungsgericht und OGH haben in dieser entscheidenden Frage nicht in der Sache entschieden, sondern dem Erstgericht ergänzende Feststellungen aufgetragen (Rn 13.1.).³⁴ Die Sache bleibt also spannend. Schon jetzt lassen sich aus den Ausführungen des OGH aber wichtige Weichenstellungen in Bezug auf den Begriff der Weisung entnehmen:

4.1. Entscheidung des OGH

Klarstellungen bringt die Entscheidung zunächst zu Form und Inhalt der Weisung. Sie muss nicht in Form eines (rechtsverbindlichen) Gesellschafterbeschlusses erfolgen; erfasst sind auch „subtilere“ Formen der Einflussnahme,³⁵ solange sie sich nach außen manifestieren („nach außen tretende Willenserklärung“) (Rn 12.1.). Inhaltlich muss die Weisung „den Handlungsspielraum der Gesellschaft einengen“, die „Kreditvergabe zumindest miteinfassen“ und – entgegen einzelner Stellungnahmen in der Literatur³⁶ – „(mit)kausal“ für die Kreditvergabe sein (Rn 12.3.). Die bloße Billigung der Kreditvergabe durch den Gesellschafter reicht demnach nicht aus (Rn 12.1.).³⁷ Sind die Entscheidungsorgane der Kreditgeberin mehrheitlich mit Mitgliedern der Entscheidungsorgane des gemeinsamen Gesellschafters besetzt, ist „unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls von herabgesetzten Anforderungen an die Ausprägung der Weisung auszugehen“ (Rn 12.2.). Die Beweislast in Bezug auf die Weisung liegt beim Kläger, der sich aufgrund der eigenen Mehrheitsbeteiligung an der Kreditgeberin auch nicht auf die Beweiserleichterung eines Anscheinsbeweises stützen kann (Rn 12.4.).

4.2. Einordnung

Eine umfassende Stellungnahme muss hier aus Platzgründen unterbleiben. Im Wesentlichen folgt der OGH der hM, die in der

Entscheidung umfassend aufgearbeitet ist (Rn 6.1. ff). Im Folgenden seien daher nur einige Punkte herausgegriffen:

4.2.1. *Kausalität* der Einflussnahme für die Kreditvergabe ist erforderlich,³⁸ aber für sich genommen noch nicht ausreichend (dazu sogleich 4.2.2.). Wäre der Kredit auch bei Wegdenken der Weisung gewährt worden, war die Weisung nicht kausal im Sinne einer „*conditio sine qua non*“ und findet § 9 EKEG keine Anwendung. Die Weisung muss aber nicht der *einzig*e oder *überwiegende* Grund für die Kreditgewährung sein.³⁹ Dass die Kreditgeberin aufgrund eigener Beteiligung selbst ein Interesse an der Kreditvergabe hat und dies bei der Entscheidung, ob der Weisung Folge geleistet wird, berücksichtigt, schließt die Kausalität der Weisung nicht zwangsläufig aus. Erforderlich ist nur, dass der Kredit ohne die Weisung nicht gewährt worden wäre. Diesen Umstand, also dass es neben der Weisung noch weitere „*conditiones sine quibus non*“ geben kann,⁴⁰ bringt der OGH mit der Formulierung zum Ausdruck, die Weisung müsse „(mit)kausal“⁴¹ für die Kreditvergabe sein.⁴²

4.2.2. Nicht jede für die Kreditvergabe kausale Einflussnahme ist auch eine Weisung iSd § 9 EKEG.⁴³ Schon der Wortsinn fordert „Befehlscharakter“,⁴⁴ der den „Handlungsspielraum der Gesellschaft einengt“ (Rn 12.1.).⁴⁵ Teleologisch lässt sich dieses Erfordernis mit der mangelnden Schutzbedürftigkeit der Kreditgeberin bei autonomer Entscheidung zur Kreditvergabe erklären.⁴⁶ Daher ist eine Anregung zur Kreditvergabe, der der Organwalter nicht nachkommen muss, ebenso wenig eine Weisung wie die bloße Billigung der Kreditvergabe.⁴⁷ Das gilt auch dann, wenn sie im Einzelfall kausal für die Kreditvergabe waren, etwa weil

³³ Zu den Proponenten eines solchen Verständnisses vgl bereits FN 10; dagegen *Kalss*, GesRZ 2015, 302 (306); *Rüffler* in FS Nowotny 405 (410 f); *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG § 115 Rz 24.

³⁴ Krit *Koppensteiner*, wbl 2020, 406 (410).

³⁵ Schon bisher ganz hM, vgl nur *Karollus* in *Buchegger*, Insolvenzrecht, Zusatzband I § 9 EKEG Rz 18; weitere Nachweise in Rn 6.1. f der vorliegenden Entscheidung.

³⁶ Gegen Kausalitätserfordernis zuletzt noch *Artmann* in FS G. H. Roth 23 (32); *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 60/1; uU auch *Schmidberger*, Eigenkapitalersatz im Konzern, in *Dellinger/Keppert*, Eigenkapitalersatzrecht (2004) 119 (135).

³⁷ Vgl die Nachweise in Rn 6.3.2.; aA aber *Koppensteiner* in FS Nowotny 369 (371 f).

³⁸ HM, vgl nur *Rüffler* in *Kalss/Rüffler*, Eigenkapitalersatz 111 (119); *Schopper* in *Schopper/Vogt*, EKEG (2003) § 9 Rz 35; nunmehr auch *Karollus* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschafterpflichten in der Krise 97 (111). Zum Meinungsstand vgl auch Rn 6.5. der vorliegenden Entscheidung, zur Gegenauffassung bereits FN 35.

³⁹ Das folgt aus der Äquivalenztheorie, wonach alle Bedingungen gleichwertig sind: *Kozioł*, Haftpflichtrecht I⁴ (2020) 188 f; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015) Rz 1365.

⁴⁰ *Kozioł*, Haftpflichtrecht I⁴ 189.

⁴¹ Rn 12.3. der vorliegenden Entscheidung.

⁴² Mit „kumulativer Kausalität“ hat die Formulierung entgegen *Zimmermann*, Anmerkung zu OGH 6 Ob 154/19v, ecolex 2020, 711 (713), mE hingegen nichts zu tun. Bei kumulativer Kausalität sind mehrere konkurrierende Ursachen jeweils für sich hinreichend für den Schadenseintritt, sodass im Umkehrschluss keine der Ursachen *conditio sine qua non* ist (*Kozioł*, Haftpflichtrecht I⁴ 238 f). Auf die vorliegende Konstellation übertragen, würde das gerade die Aufhebung des Kausalitätskriteriums bedeuten: Der Erstattungsanspruch würde der Kreditgeberin auch dann zustehen, wenn sie den Kredit aufgrund ihrer finanziellen Eigeninteressen (Ursache 1) auch ohne die Weisung gegeben hätte, solange nur die Weisung (Ursache 2) auch bei Wegdenken der finanziellen Eigeninteressen zur Kreditgewährung geführt hätte.

⁴³ *Karollus* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschafterpflichten in der Krise 97 (103); aA *Koppensteiner* in FS Nowotny 369 (372); krit zur Entscheidung daher *Koppensteiner*, wbl 2020, 406 (410).

⁴⁴ *Karollus* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschafterpflichten in der Krise 97 (107); aA wohl *Artmann* in FS G. H. Roth 23 (32).

⁴⁵ Krit aber *Koppensteiner*, wbl 2020, 406 (410).

⁴⁶ *Karollus* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschafterpflichten in der Krise 97 (109).

⁴⁷ Rn 12.1. der vorliegenden Entscheidung; *Karollus* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschafterpflichten in der Krise 97 (107).



die Kreditgeberin ohne die Anregung gar keine Kenntnis von den finanziellen Schwierigkeiten der Kreditnehmerin erlangt hätte oder sie den Kredit ohne Billigung „von oben“ nicht vergeben hätte.⁴⁸ Der erforderliche „Befehlscharakter“ setzt aber keine Rechtsverbindlichkeit der Weisung voraus (Rn 12.1.).⁴⁹ Auch rein faktische Einflussnahmen sind tatbestandsmäßig.⁵⁰ ME ist ausreichend, dass die Kreditvergabe vom Horizont der Kreditgeberin⁵¹ nicht bloß gewünscht, sondern erwartet wird,⁵² und daher bei Nichtbefolgung mit negativen persönlichen Konsequenzen zu rechnen ist.⁵³ Damit sind auch „verkappte“ Weisungen im Gewand von Bitten, Anregungen, Vorschlägen und Empfehlungen erfasst.⁵⁴

4.2.3. Nach dem OGH muss die *Weisung die Kreditvergabe zumindest mitumfassen* (Rn 12.3.).⁵⁵ Die Weisung muss sich daher nicht auf eine konkrete Kreditvergabe beziehen,⁵⁶ was wegen der evidenten Umgehungsgefahr überzeugt. Sofern damit aber gemeint sein soll, die Kreditvergabe müsse lediglich irgendwie unter den Weisungsinhalt subsumierbar sein, ist mE eine Präzisierung angebracht. Denn das trifft auch und gerade auf Einflussnahmen mit sehr allgemeinem Inhalt zu (zB: Gewährleistung der erforderlichen Liquidität).⁵⁷ Dem kann möglicherweise auch anders als durch eigenkapitalersetzende Kreditvergaben nachgekommen werden, etwa durch Verlängerung/Stundung eines bereits vor der Krise gewährten Kredits (§ 3 Abs 1 Z 3 EKEG). Solche Einflussnahmen mit „Umsetzungsspielraum“ sind mE keine Weisungen iSd § 9 EKEG, weil der Zwang zur eigenkapitalersetzenden Kreditvergabe fehlt und damit letztlich eine autonome Kreditentscheidung der angewiesenen Tochtergesellschaft vorliegt.⁵⁸ Eine Weisung iSd § 9 EKEG liegt mE daher nur dann vor, wenn keine probaten Alternativen zu einer eigenkapitalersetzenden Leistung offenstehen.

4.2.4. Nicht gefolgt ist der OGH der Auffassung,⁵⁹ eine Weisung sei bei Konzernierung der Kreditgeberin analog § 6 Satz 2

EKEG zu vermuten. Denn der OGH bürdet die Beweislast in Bezug auf die Weisung dem klagenden Insolvenzverwalter der (konzernierten) Alpine Bau auf (Rn 12.4.). Dabei könne sich die Klägerin wegen der eigenen Mehrheitsbeteiligung an der Kreditnehmerin auch nicht auf die Beweiserleichterung eines *Anscheinsbeweises* stützen (Rn 12.4.). Dem ist zuzustimmen: Hat die Kreditgeberin infolge eigener Beteiligung auch ein eigenes Sanierungsinteresse, kann nicht mehr angenommen werden, der Kredit sei nach allgemeiner Lebenserfahrung nur aufgrund einer Weisung des gemeinsamen Gesellschafters vergeben worden.⁶⁰ Aus der Begründung des OGH folgt mE aber im Umkehrschluss, dass bei Fehlen eines eigenen Sanierungsinteresses ein Anscheinsbeweis zulässig ist.⁶¹ Das ist anzunehmen, wenn die Kreditgeberin nicht (substanziell) an der Kreditnehmerin beteiligt ist und auch keine intensiven vertraglichen Beziehungen zur Kreditnehmerin bestehen.⁶² Eine gesetzliche Vermutung der Weisung (analog § 6 Satz 2 EKEG) besteht aber auch bei den „klassischen“ Schwes-ternkrediten nicht.

5. Fazit und Ausblick

Die hier besprochene Entscheidung bringt wichtige Klarstellungen zu Form und Inhalt der Weisung sowie zum Anwendungsbereich des Erstattungsanspruchs nach § 9 EKEG: Der Erstattungsanspruch setzt keinen Verstoß gegen Kapitalerhaltungspflichten voraus und steht auch bei Kreditgewährungen *down-stream* zu. Die nach § 9 EKEG als Zurechnungskriterium erforderliche Weisung muss kausal für die Kreditvergabe sein. Offen bleibt, ob und inwieweit man der Entscheidung einen Impuls für die Fortentwicklung des österreichischen Konzernrechts hin zu einem umfassenden Nachteilsausgleich entnehmen kann.

⁴⁸ AA Koppensteiner in FS Nowotny 369 (372).

⁴⁹ Siehe nur Karollus in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Gesellschafterpflichten in der Krise 97 (105 f) sowie die Nachweise in FN 34.

⁵⁰ Karollus in Buchegger, Insolvenzrecht, Zusatzband I § 9 EKEG Rz 18; Zehetner/Bauer, Eigenkapitalersatzrecht (2004) 81.

⁵¹ Koppensteiner, wbl 2008, 53 (57).

⁵² Karollus in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Gesellschafterpflichten in der Krise 97 (107 f).

⁵³ Rüffler in Kalss/Rüffler, Eigenkapitalersatz 111 (119 f); zum Vorstand einer AG Koppensteiner, wbl 2020, 406 (410).

⁵⁴ Rüffler in Kalss/Rüffler, Eigenkapitalersatz 111 (120); vgl auch Rn 12.1. der vorliegenden Entscheidung, wonach es „nicht auf die gewählte Bezeichnung der Willensäußerung“ ankommt.

⁵⁵ Vgl auch Karollus in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Gesellschafterpflichten in der Krise 97 (114) (Kreditvergabe muss Ausfluss des generellen Befehls sein).

⁵⁶ Artmann in FS G. H. Roth 23 (32).

⁵⁷ Vgl auch Karollus in Buchegger, Insolvenzrecht, Zusatzband I § 9 EKEG Rz 19.

⁵⁸ Die Notwendigkeit der Fremdbestimmung betonend Rüffler in Kalss/Rüffler, Eigenkapitalersatz 111 (119); Karollus in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Gesellschafterpflichten in der Krise 97 (101); für Erfassung genereller, auf Unterstützung der Schwes-tergesellschaft gerichteter „Direktiven“ aber Karollus in Buchegger, Insolvenzrecht, Zusatzband I § 9 EKEG Rz 19.

⁵⁹ Schopper in Schopper/Vogt, EKEG § 9 Rz 38; Schopper/Vogt in Koller/Lovrek/Spitzer, IO § 9 EKEG Rz 11; ähnlich Kalss, Allgemeine Fragen des Eigenkapitalersatzrechts, in Kalss/Rüffler, Eigenkapitalersatz 9 (45) („zumindest bei cash-pooling“); abwägend Dellinger in Dellinger/Mohr, EKEG

(2004) § 9 Rz 9. Dagegen zB Artmann in FS G. H. Roth 23 (32); weitere Nachweise in Rn 6.7. der vorliegenden Entscheidung.

⁶⁰ Karollus in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Gesellschafterpflichten in der Krise 97 (118).

⁶¹ Schon bisher hM, vgl die Nachweise bei Rn 6.8. sowie Karollus in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Gesellschafterpflichten in der Krise 97 (118 ff); tendenziell auch Dellinger in Dellinger/Mohr, EKEG § 9 Rz 9.

⁶² Karollus in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Gesellschafterpflichten in der Krise 97 (121); Rüffler in Kalss/Rüffler, Eigenkapitalersatz 111 (124).



Der Autor:

Mag. Simon Drobnik ist Universitätsassistent am Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht der Universität Wien (Lehrstuhl Univ.-Prof. Dr. Ulrich Torggler, LL.M.). Seine Forschungsschwerpunkte liegen im Gesellschafts- und Europarecht.

✉ Simon.drobnik@univie.ac.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Drobnik/Simon

Foto: privat