

# Kann das EKEG die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital verhindern?

## Zur Konvertierung von eigenkapitalersetzenden Forderungen in Nennkapital

Heinrich Foglar-Deinhardstein / Julie Vinazzler

Nach herrschender Lehre<sup>1)</sup> und Teilen der Firmenbuchpraxis<sup>2)</sup> können Forderungen, die der Rückzahlungssperre des EKEG unterliegen, nicht im Wege einer Kapitalerhöhung durch Sacheinlage in Eigenkapital umgewandelt werden. Dieser Beitrag argumentiert gegen diese Ansicht, zumal ein debt-equity-swap die vorübergehende Rückzahlungssperre des EKEG durch eine dauerhafte Rückzahlungssperre nach kapitalerhaltungsrechtlichen Grundsätzen ersetzt.

Stichwörter: Eigenkapitalersatz, Debt-Equity-Swap, Sanierung, Aufrechnungsverbot, Forderungen als Sacheinlage.

JEL-Classification: G 32, K 11.

The following article examines the question of whether debt claims against a corporation resulting from equity-substituting loans can be converted into equity by a contribution-in-kind. This is of practical relevance for debt-equity-swaps where debt claims against the company are converted into share capital. According to the prevailing doctrine and – to some extent – commercial register practice, debt claims subject to the repayment prohibition imposed by the Austrian Equity Substitution Act cannot be converted into equity by means of a capital increase that takes the form of a contribution-in-kind. This article takes the opposing view, especially seeing as a debt equity swap converts debt capital, which is only subject to the temporary repayment prohibition under the Equity Substitution Act, into equity, thereby leading to the imposition of a permanent repayment



Foto: privat

Mag. Heinrich Foglar-Deinhardstein, LL.M. ist Rechtsanwalt und Partner bei Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati und schwerpunktmäßig mit Gesellschafts-, Stiftungs- und Umgründungsrecht, Restrukturierungen und M&A befasst; e-mail: heinrich.foglar-deinhardstein@chsh.com



Foto: privat

Julie Vinazzler, LL.M. ist Rechtsanwaltsanwärtlerin im Bereich Corporate & Commercial bei Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati; e-mail: julie.vinazzler@chsh.com

prohibition in accordance with capital maintenance principles.

Im folgenden Beitrag wird der Frage nachgegangen, ob bei der Kapitalgesellschaft Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Darlehen durch Sacheinlage in Eigenkapital umgewandelt werden können. Von praktischer Relevanz ist dies beim *debt-equity-swap*, bei dem Forderungen gegen die Gesellschaft in Anteile umgetauscht werden.

### 1. Allgemeines zum Debt-Equity-Swap

#### 1.1. Beweggründe für einen Debt-Equity-Swap inner- und außerhalb der Krise

Unter *debt-equity-swap* wird die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital verstanden, die sich in der Bilanz der Kapitalgesellschaft als passivseitiger

1) Vogt in Schopper/Vogt, EKEG § 14 Rz 3; Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG I<sup>9</sup> § 60 AktG Rz 13; Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 150 Rz 21; Schopper in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 63 Rz 122, 126, 127; G. Moser, GES 2014, 374; G. Moser, AR aktuell 2014 H 3, 6; referierend U. Torggler/H. Torggler in FS No-

wotny 492 (FN 24); Eckert in Konecny, Insolvenz-Forum 2011, 155. AA Karollus, ÖBA 1994, 501; (zum deutschen Recht) K. Schmidt, NZG 2016, 7; implizit auch Kalss in Konecny, Insolvenz-Forum 2011, 193; Ch. Nowotny, RWZ 2007, 321.

2) Mglw zurückgehend auf OGH 24.8.1998, 8 Ob 64/98i.

Tausch darstellt: Ein Gläubiger verwandelt eine Forderung gegen die Gesellschaft in eine Beteiligung an der Gesellschaft; er kann somit gesellschaftsrechtliche Mitspracherechte ausüben und an künftigen Gewinnen partizipieren, während sich die Schuldenlast der Gesellschaft reduziert.

Der *debt-equity-swap* ist daher ein probates Sanierungsinstrument,<sup>3)</sup> das den Beitrag des Gläubigers zur Sanierungslast mit der Aussicht auf künftige Gewinne abgilt. Diese Aussicht ist zwar mit Unsicherheit behaftet, weil die zukünftige Gewinnbeteiligung voraussetzt, dass die angestrebte Sanierung tatsächlich glückt; gerade der *debt-equity-swap* selbst ist aber möglicherweise schon der entscheidende Sanierungsschritt, um der Gesellschaft aus der Krise zu helfen. Aus Sicht des Gläubigers ist ein *debt-equity-swap* in der Krise der schuldnerischen Gesellschaft jedenfalls dann wirtschaftlich interessant, wenn der Wert, zu dem die Befriedigung der ursprünglichen Forderung zu erwarten ist, unterhalb des Werts der Beteiligung an der Schuldnerin liegt, die für die Wandlung der Forderung in Anteile erhältlich ist, wobei in diese Kalkulation der Sanierungsbeitrag des *debt-equity-swap* einzubeziehen ist.<sup>4)</sup> Im Übrigen kann der *debt-equity-swap* – in ähnlicher Weise wie der Kapitalschnitt oder auch in Kombination mit einem solchen<sup>5)</sup> – ein Sanierungsinstrument sein, das die Altgesellschafter in die Verantwortung nimmt,

weil diese verwässert oder gänzlich aus der Gesellschaft gedrängt werden.

Auch außerhalb von Krisensituationen spielt der *debt-equity-swap* aber eine Rolle, etwa dann,

- ◆ wenn ein Gläubiger die Übernahme der Gesellschaft anstrebt<sup>6)</sup> (oder unterstützen möchte),<sup>7)</sup> oder
- ◆ wenn zunächst eine rasche Zwischenfinanzierung gewährt wird, für die die Form eines (Gesellschafter-)Darlehens gewählt wird, weil die Umsetzung einer Kapitalerhöhung für die kurzfristig benötigte Injektion der Mittel zu viel Zeit in Anspruch nehmen würde,<sup>8)</sup> und dieses Darlehen dann zu einem späteren Zeitpunkt in Eigenkapital konvertiert werden soll.

## 1.2. Arten des Debt-Equity-Swap

Sieht man von der gesetzlich verankerten Figur der Wandelschuldverschreibung (§ 174 AktG) ab, sind grundsätzlich drei Funktionsweisen für den *debt-equity-swap* denkbar:<sup>9)</sup>

1. Einbringung der Forderung gegen Anteilsgewähr (Kapitalerhöhung) („echter“ *debt-equity-swap*).<sup>10)</sup>
2. Forderungsverzicht des Gläubigers gegen Abtretung bestehender Anteile (Anteilsverschiebung) der Altgesellschafter („unechter“ *debt-equity-swap*).<sup>11)</sup>

3. Forderungsverzicht des Gläubigers gegen Auskehr eigener Anteile der Gesellschaft an den Gläubiger.

Die Varianten 2 und 3 bleiben in diesem Beitrag außer Betracht.<sup>12)</sup>

Erfolgt der *debt-equity-swap* im Wege der Kapitalerhöhung (Variante 1), sind nach der neueren Rechtsprechung des OGH – jedenfalls wenn eine bereits bestehende Forderung („Altforderung“) des Inferenten eingebracht wird – die Regeln über die Kapitalerhöhung mit Sacheinlage einzuhalten.<sup>13)</sup> Daraus folgt nach dem OGH auch, dass zu ermitteln ist, ob die eingebrachte Forderung „vollwertig“ ist, worunter zu verstehen ist, dass der Schuldner in der Lage ist, sie vollständig zu erfüllen.<sup>14)</sup>

Bereits in einer älteren Rechtsprechungslinie hat der OGH – unter Übernahme der Judikatur des deutschen BGH<sup>15)</sup> – ständig judiziert, dass eine Aufrechnung von Forderungen des Gesellschafters mit dem Anspruch der Gesellschaft auf Einzahlung der Stammeinlage nur in Betracht kommt, wenn die Forderung unbedenklich (unbestritten), fällig und vollwertig ist.<sup>16)</sup> Zum Verständnis dieser älteren – allerdings bisher, soweit ersichtlich, nicht aufgegebenen – Rechtsprechung ist freilich wichtig zu beachten, dass sie zur Aufrechnung von Forderungen mit einzuzahlenden *Bareinlagen* entwickelt wurde;<sup>17)</sup> eine solche Aufrechnung zur Tilgung der *Bareinlage* wurde früher für zulässig erachtet, bevor der OGH sich auf

3) Allgemein zu Sanierungsinstrumenten *Artmann/Rüffler/Torggler*, Gesellschaftspflichten in der Krise (zum *debt-equity-swap* insb der Beitrag von *Madaus*); *P. Bydlinki* in FS Iro 325; *Spiegelheld/H. Foglar-Deinhardstein* in FS Torggler 1139; *E. Gruber/H. Foglar-Deinhardstein*, GesRZ 2014, 83; *Eckert* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2011, 149; *Schummer* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2012, 105; *Gassner/Kusternigg*, ZUS 2011, 3; *Jaufer*, ZUS 2011, 10; *Knauder/Schirk*, ZUS 2011, 15; *Petriz*, ZUS 2011, 24; *Varro*, ZUS 2011, 29; *Hirschler/Reinhold*, ZUS 2012, 136; *P. Schwarzinger*, *ecolex* 1997, 529; *Pateter/Pirker*, ZIK 2015, 217; *Hartlieb/Zollner*, *ecolex* 2015, 970. Zu schemes of arrangement als Sanierungsinstrumenten: *Röper/Zimmermann*, RdW 2011, 332; *Slonina*, *ecolex* 2013, 205; *Schopper* in FS Torggler 1091. Zum übernahmehrechtlichen Sanierungsprivileg: OGH 13.3.2014, 6 Ob 37/14f, GesRZ 2014, 254 (*P. Huber*); Übk 27.5.2015, GZ 2015/1/7–42 (*Bene AG*); *P. Huber* in FS Reich-Rohrwig 35; *H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak*, GesRZ 2015, 99; *Edelmann*, GesRZ 2016, 26 ff.

4) Vgl *Taufner/Herzer*, ÖBA 2012, 588; *Spiegelheld/H. Foglar-Deinhardstein* in FS Torggler 1158; allgemein zur Einsatzmöglichkeit von *debt-equity-swaps* *Schopper* in *Straube*, GmbHG § 63

Rz 136.

5) Vgl *Kanzler/Mader*, GmbHR 2012, 992. Im Fall der Einbringung von Sacheinlagen ist aber gemäß § 189 AktG die rückwirkende Gestaltung des „Kapitalschnitts“ ausgeschlossen: *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 189 Rz 3; *H. Torggler/Ch. Herbst* in FS Helbich 197.

6) Vgl *Florstedt*, ZIP 2015, 2345.

7) Ist der Gläubiger eine Bank und möchte Kreditforderungen zur Vorbereitung eines *debt-equity-swap* an einen (bestehenden oder neu eintretenden) Anteilseigner abtreten, sind bei sonstiger Nichtigkeit die Grenzen des § 38 BWG zu beachten (vgl OGH 26.11.2012, 9 Ob 34/12h, ÖBA 2013, 196 [*Apathy*] = *EvBl* 2013, 508 [*Jurgutyte*] = *Weiland*, *ecolex* 2013, 413 = ÖBA 2013, 794 [*Apathy*]).

8) Allgemein zu Praxisproblemen wegen der langen Vorlaufzeit bei ordentlichen Kapitalerhöhungen *Trettnak/H. Foglar-Deinhardstein*, CFO aktuell 2012, 210.

9) *Eckert* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2011, 162; *Spiegelheld/H. Foglar-Deinhardstein* in FS Torggler 1159.

10) *Wieneke/Hoffmann*, ZIP 2013, 697.

11) *Wieneke/Hoffmann*, ZIP 2013, 697.

12) Die Varianten 2 und 3 können jedenfalls ohne Kapitalaufbringungskontrolle umgesetzt werden. Vgl *Wieneke/Hoffmann*, ZIP 2013, 706; *Eckert* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2011, 162; *Eckert* in *Fleischer/*

*Kalss/Vogt*, Aktuelle Entwicklungen 288 f; *Spiegelheld/H. Foglar-Deinhardstein* in FS Torggler 1159.

13) OGH 25.9.1997, 6 Ob 264/97k, *ecolex* 1998, 485 (*Konwitschka*); OGH 3.4.2008, 1 Ob 128/07s, GesRZ 2008, 227 (*Ettel*); zustimmend *Ch. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 4/340; *Ettel* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 20 Rz 18; *Winner* in *MünchKomm AktG § 183 Rz 88; *H. Foglar-Deinhardstein*, GES 2016, 57 FN 48; kritisch *Konwitschka*, *ecolex* 2014, 618.*

14) OGH 14.7.1993, 7 Ob 548/93; OGH 3.4.2008, 1 Ob 128/07s, GesRZ 2008, 227 (*Ettel*). Vgl *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 60 Rz 24; *Eckert* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2011, 155, 162 f. Zur früher abweichenden österreichischen Praxis vgl *H. Torggler/Ch. Herbst* in FS Helbich 185.

15) Siehe schon BGH 13.10.1954, II ZR 182/53; Nachweise zur Vorjudikatur des RG bei *Konwitschka*, Kapitalerhöhung 110 FN 335.

16) ZB OGH 4.10.1961, 6 Ob 327/61, JBl 1962, 208 (*Kastner*); OGH 19.12.1967, 8 Ob 330/67; OGH 15.1.1969, 5 Ob 337/68; OGH 14.7.1993, 7 Ob 548/93; OGH 22.2.2001, 6 Ob 19/01i.

17) *Eckert* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2011, 163; *Eckert* in *Fleischer/Kalss/Vogt*, Aktuelle Entwicklungen 289.

die Qualifikation der Einbringung von Altforderungen als *Sacheinlage* festlegte, um sie im Interesse der „realen Kapitalaufbringung“ einer Werthaltigkeitskontrolle zu unterziehen.<sup>18)</sup> Ob die vom OGH seinerzeit vorgegebenen Kriterien für die Einbringung einer Forderung als *Sacheinlage* noch passend sind, erscheint daher im Einzelnen fraglich<sup>19)</sup> (siehe dazu auch unter 1.4.).

### 1.3. Umsetzung des „echten“ Debt-Equity-Swap

Sieht man die Übertragung der Forderung in die Gesellschaft beim „echten“ *debt-equity-swap* als *Sacheinlage*,<sup>20)</sup> so erfordert die Umsetzung eine entsprechende *Sacheinlagevereinbarung* zwischen Inferenten und Kapitalgesellschaft. Für diese *Sacheinlagevereinbarung* bildet die Verpflichtung zur *Einbringung* der Forderung gegen Gewähr neuer Anteile die *causa*. Unter „Einbringung“ kann der Überbegriff für *Übereignungsgeschäfte causa societatis* verstanden werden, wobei nach einer groben Unterscheidung die *Sacheinlage* die Einbringung gegen Anteilsgewähr und der (Sach-)Zuschuss die Einbringung ohne Anteilsgewähr beschreibt.<sup>21)</sup>

Wenn man also die *Sacheinlagevereinbarung* über die Einbringung der Forderung als *Verpflichtungsgeschäft* versteht, kommen verschiedene Formen der Erfüllung der Verpflichtung zur *Forderungseinbringung* in Betracht:<sup>22)</sup>

◆ *Zession*: Der Gläubiger kann die Forderung gegen die Gesellschaft an die Gesellschaft zedieren. Die Vereinbarung von Schuldner- und Gläubigerstellung (Konfusion) hebt die Verbindlichkeit auf (§ 1445 ABGB). In der Praxis wird der *Zession* wohl insbesondere deswegen mit Zu-

rückhaltung begegnet, weil sie eine *Rechtsgeschäftsgebühr* nach dem *GebG* auslösen kann. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung sollte aber nicht übersehen werden, dass die *Zession* – samt daraus resultierendem *Untergang* der Forderung durch *Konfusion* – eigentlich das *naheliegendste Verfügungsgeschäft* zur Umsetzung einer *Forderungseinbringung* wäre.<sup>23)</sup>

◆ *Kompensation*: Gesellschaft und Gläubiger können die *Aufrechnung* (Kompensation) von Forderung und *Einlageschuld* vereinbaren und durchführen. § 63 Abs 3 *GmbHG* und § 60 *AktG* verbieten zwar die Erfüllung der *Einlagepflicht* durch *Aufrechnung*. Diese Bestimmungen werden aber von *Rechtsprechung* und *Lehre* so ausgelegt, dass nur dem *Gesellschafter* die *einseitige Aufrechnung* verboten ist, während die Gesellschaft selbst unter gewissen Voraussetzungen sowohl *einseitig aufrechnen* als auch einen *Aufrechnungsvertrag* schließen kann.<sup>24)</sup> Zu den einzuhaltenden Voraussetzungen siehe sogleich unter 1.4.

◆ *Verzicht*: Denkbar ist auch, dass der Inferent gegenüber der Gesellschaft *entgeltlich* auf seine Forderung *verzichtet*, wobei das „Entgelt“ in der *Anteilsgewähr* bestünde. Wegen der leichteren *Ableitbarkeit* der *Zulässigkeit* von *Zession* und *Aufrechnung* sind diese beiden Varianten für die Praxis gegenüber dem *Verzicht* wohl zu bevorzugen.

### 1.4. Fälligkeit und Unbedenklichkeit der einzubringenden Forderung als Voraussetzung für die Kompensation?

Wird die *Forderungseinbringung* im Wege der *Aufrechnung* (Kompensation)

umgesetzt (siehe unter 1.3.), so postuliert – wie bereits erwähnt – die ständigen *Rechtsprechung* des OGH als *einzuhaltende Voraussetzung* für eine *Ausnahme* vom *Kompensationsverbot* des § 63 Abs 3 *GmbHG* insbesondere, dass die *Forderung* gegen die Gesellschaft *unbedenklich* (unbestritten), *fällig* und *vollwertig* sein müsse.

Diese von der *Rechtsprechung* verlangten Kriterien sind zumindest aus den *allgemeinen zivilrechtlichen Regeln* nicht zwingend abzuleiten,<sup>25)</sup> weil im *bürgerlichen Recht* ja nur für die *einseitige Aufrechnung* *Gültigkeit*, *Gleichartigkeit* und *Fälligkeit* der *wechselseitigen Forderungen* verlangt wird, während diese Grenzen für die *einvernehmliche Aufrechnung* nicht bestehen.<sup>26)</sup> Die *Unbedenklichkeit* wird nicht einmal bei der *einseitigen Aufrechnung* verlangt. ◆ *Gültigkeit* im Sinne von *Klagbarkeit* genügt.<sup>27)</sup> Im Fall einer *Sacheinlagevereinbarung* zwischen *Inferenten* und *Gesellschaft* kann aber ohnedies *zwanglos* von einer *einvernehmlichen Aufrechnung* ausgegangen werden.

Das *Erfordernis* der *Fälligkeit* wird daher auch als „*Durchbrechung*“ der *zivilrechtlichen Regelungen* bezeichnet. Der *Zweck* dieser *Durchbrechung* bestehe darin, einen „*Liquiditätsverlust*“ der Gesellschaft zu vermeiden, zumal die *einzubringende Forderung* „so gut wie *Bargeld*“ und daher eben bereits *fällig* sein müsse.<sup>28)</sup>

Allerdings besteht das *Kompensationsverbot* des § 63 Abs 3 *GmbHG* nach seinem klaren Wortlaut für *bar einzuzahlende Einlagen*.<sup>29)</sup> UE sollte es daher – wenn die *Forderungseinbringung* nach der *neueren Rechtsprechung* als *Sacheinlage* zu qualifizieren ist – gar nicht *anwendbar* sein.<sup>30)</sup>

18) Ausführlich Schopper in Straube/Ratka/Rauter, *GmbHG* § 63 Rz 132 ff mwN.

19) So schon Kalss in Konecny, *Insolvenz-Forum* 2008, 194 ff; Kalss in Konecny, *Insolvenz-Forum* 2011, 193.

20) S schon FN 13.

21) Zu den Begrifflichkeiten vgl auch OGH 22.5.1978, 1 Ob 575/78; OGH 15.12.1992, 5 Ob 1602/92; OGH 17.9.2014, 6 Ob 35/14m, *ecolex* 2014, 1068 (Reich-Rohrwig) = *GesRZ* 2015, 203 (Heidinger); Leupold in Konecny, *Insolvenz-Forum* 2011, 89; Rohregger in Lewisch, *JB Wirtschaftsstrafrecht* 2014, 47; Schimpl, *Kapitalerhaltung* 19 f; Ch. Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, *Gesellschaftsrecht Rz* 4/349 FN 979; Karollus, *JB* 2012, 559; Grünwald in Wiesner/Hirschler/Mayr, *Art III – Handelsrecht Rz* 1 ff.

22) K. Schmidt, *NZG* 2016, 7; Peifer in *MünchKomm AktG* § 183 Rz 13; Schürnbrand in *MünchKomm AktG*

§ 183 Rz 14. Vgl auch Hofians/Ressler in Straube/Ratka/Rauter, *UGB* § 229 Rz 24.

23) IdS wohl auch Ettl in Doralt/Nowotny/Kalss, *AktG* § 20 Rz 18; Schürnbrand in *MünchKomm AktG* § 183 Rz 14.

24) Nachweise für *Jud* bei FN 16. Vgl auch OLG Wien 1.10.2007, 28 R 93/07p, *GesRZ* 2008, 171 (Konwitschka).

25) So schon Konwitschka, *Kapitalerhöhung* 112 ff.

26) Holly in Kletečka/Schauer, *ABGB-ON* § 1438 Rz 11; Griss in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, *ABGB* § 1438 Rz 2. Auch bei der *einseitigen Aufrechnung* gilt das *Erfordernis* der *Fälligkeit* *zivilrechtlich* nur für die *Gegenforderung* des *Aufrechnenden* – in der *Konstellation* der *einseitigen Aufrechnung* durch die *Gesellschaft* müsste also *grds* nur die *Einlageforderung* *fällig* sein (sofern der *Aufrechnende* die *Hauptforderung* des *Aufrechnungsgegners* vor *Fälligkeit* erfüllen darf).

Vgl Schopper in Straube/Ratka/Rauter, *GmbHG* § 63 Rz 125; Holly in Kletečka/Schauer, *ABGB-ON* § 1439 Rz 8; Griss in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, *ABGB* § 1439 Rz 1; OGH 18.2.2013, 7 Ob 9/13v, *ZFR* 2013, 281 (Lenz) = Schopper, *VbR* 2014, 40 = ÖBA 2014, 448 (Madl); OGH 21.5.2014, 7 Ob 54/14p, *ecolex* 2014, 775 (Schoditsch).

27) Griss in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, *ABGB* § 1439 Rz 2.

28) Bayer in Lutter/Hommelhoff, *GmbHG* § 19 Rz 28, 32; Schopper in Straube/Ratka/Rauter, *GmbHG* § 63 Rz 124, 126; differenzierend Konwitschka, *Kapitalerhöhung* 112 ff.

29) § 63 Abs 3 *GmbHG* spricht von der Erfüllung der „*Zahlungspflicht*“. Der Wortlaut von § 60 *AktG* ist weniger klar.

30) IdS auch Bayer in Lutter/Hommelhoff, *GmbHG* § 19 Rz 28; Schürnbrand in *MünchKomm AktG* § 183 Rz 14.

Dieser Unterschied wird in der deutschen Literatur<sup>31)</sup> klar gesehen: Wird gegen eine *Bareinlageforderung* der Gesellschaft aufgerechnet, so müsse der Anspruch gegen die GmbH „so gut wie Bargeld“ und daher insb bereits fällig sein. Die Aufrechnung gegen eine Bareinlageforderung mit einer „Altforderung“ – also einer Forderung, die zum Zeitpunkt der Begründung der Einlageschuld schon besteht – sei aber generell unzulässig, weil diesfalls die Forderung ohnedies als *Sacheinlage* eingebracht werden muss. Hier wird daher gar kein Bargeld oder ein äquivalentes Bargeldsurrogat, sondern die gegen die Gesellschaft bestehende Forderung als Wirtschaftsgut, das einen eigenen Vermögenswert darstellt, in die Gesellschaft eingelegt.<sup>32)</sup>

Im Licht dieser Differenzierung leuchtet uE ein, dass durch die Sacheinlage einer Forderung bei der Gesellschaft auch kein „*Liquiditätsverlust*“ entsteht, weil ja von vornherein gar keine Bareinlage beabsichtigt ist,<sup>33)</sup> was aufgrund der einzuhaltenden Sacheinlagevorschriften auch für den Rechtsverkehr transparent ist. Insofern gibt es uE keinen sachlichen Grund, dass die einzubringende Forderung fällig sein muss, weil die Fälligkeit den Wert der Forderung nicht beeinflusst, sieht man von – freilich lösbaren<sup>34)</sup> – Fragen im Zusammenhang mit dem Zinsenlauf ab.

## 2. Sind Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Darlehen sacheinlagefähig?

### 2.1. Grundzüge des EKEG

Die Kodifizierung des Eigenkapitalersatzrechtes im Jahr 2003 erfolgte mit dem erklärten Ziel, einen Ausgleich zwischen dem Gläubigerschutz und dem Interesse der Gesellschafter an freien Finanzierungsentscheidungen herbeizuführen. So soll es den Gesellschaftern zwar grundsätzlich nicht verwehrt sein, das – gegenüber einer Kapitalerhöhung – wesentlich flexiblere Finanzierungsinstrument des Gesellschafterkredits zu wählen, um bei Bedarf auch kurzfristig die Liquiditätssituation der Gesellschaft zu verbessern. Befindet sich die Gesellschaft

aber in der Krise, dh in einer Situation, in welcher sie von dritter Seite möglicherweise keinen Kredit mehr zu marktüblichen Bedingungen erhalten würde, soll sich die „Finanzierungsverantwortung“ der Gesellschafter realisieren.<sup>35)</sup> Dies geht auch aus der früheren Rsp des OGH – vor Einführung des Eigenkapitalersatz-Gesetzes (EKEG) – deutlich hervor, welcher zufolge das „Anstößige“ an der Darlehensgewährung in der Krise in der Doppelrolle liegt, die die Gesellschafter dabei für sich in Anspruch nehmen: „*Zur Darlehensfinanzierung sind sie in derartigen Fällen regelmäßig nur deshalb bereit, weil sie sich davon Vorteile für das im eigenen Interesse betriebene Unternehmen versprechen; gleichwohl möchten sie aber das Risiko aus der Zuführung neuer Mittel soweit wie möglich zu Lasten der Fremdgäubiger reduzieren und wählen daher die Darlehensform.*“<sup>36)</sup>

Die Finanzierung in der Krise soll deshalb nicht auf eine Art und Weise gestaltet werden, durch welche das Finanzierungsrisiko auf die Gesellschaftsgläubiger verlagert wird, indem die Gesellschafter im Falle des Misserfolgs der Sanierung ihre Rückforderungsansprüche geltend machen und so den Haftungsfonds der übrigen Gläubiger schmälern. Der gewährte Kredit wird zu diesem Zweck wie Eigenkapital und somit in einem Insolvenzverfahren gemäß § 57a IO nachrangig behandelt.<sup>37)</sup>

In den Anwendungsbereich des EKEG fallen ausschließlich in der Krise gewährte Kredite von *Gesellschaftern* iSd §§ 5 ff EKEG. Erfasst sind unter anderem Gesellschafter, welche zB an einer Kapitalgesellschaft kontrollierend oder mit einem Anteil von zumindest 25% am Nennkapital beteiligt sind, aber auch Personen, welche beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft ausüben. „*In der Krise*“ befindet sich die Gesellschaft gem § 2 Abs 1 EKEG bei Zahlungsunfähigkeit (§ 66 IO) oder Überschuldung (§ 67 IO), oder wenn die Eigenmittelquote weniger als 8% und die fiktive Schuldentilgungsdauer mehr als 15 Jahre beträgt (es sei denn, die Gesellschaft bedarf nicht der Reorganisation).

Gewährt ein erfasster Gesellschafter während bestehender Krise einen *Kredit*

(iSd § 3 EKEG), so wird dieser als eigenkapitalersetzend betrachtet und unterliegt der umfassenden *Rückzahlungssperre* des § 14 Abs 1 EKEG, welcher zufolge der Gesellschafter weder den Kreditbetrag noch die darauf entfallenden Zinsen zurückfordern kann, solange die Gesellschaft nicht saniert ist. Das ihr zur Verfügung gestellte Fremdkapital bleibt daher vorübergehend, dh für die Dauer der Krise bis zur Sanierung, in der Gesellschaft wie Eigenkapital gebunden. Werden an den Gesellschafter dennoch Rückzahlungen geleistet, so kann die Gesellschaft diese mit dem Rückerstattungsanspruch gem § 14 Abs 1 EKEG wiederum zurückfordern. Dasselbe gilt gemäß gesetzlicher Anordnung, wenn sich der Gesellschafter durch Aufrechnung, Pfandverwertung oder in anderer Weise Befriedigung verschafft.

Eigenkapitalersetzende Forderungen sind insolvenzantragstauglich und im insolvenzrechtlichen Überschuldungsstatus der Schuldnerin zu berücksichtigen. Bei der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit sind sie aber auszublenden.<sup>38)</sup>

Zusammenfassend: Das vom Gesellschafter investierte Eigenkapital ist Risikokapital, weil es in der Gesellschaft gebunden ist und in der Liquidation oder Insolvenz erst nach Befriedigung der Gläubiger rückgewährt werden darf. Daher soll es in der Krise der Gesellschaft dem Gesellschafter nicht möglich sein, sein Eigenkapitalrisiko zu Lasten der Gesellschaft und von deren Gläubigern dadurch abzumildern, dass er in die Rolle des Fremdkapitalgebers schlüpft.

### 2.2. Herrschende Lehre zur Relevanz des EKEG beim Debt-Equity-Swap

Das EKEG selbst schweigt zu der Frage, ob nach § 14 EKEG „gesperrte“ Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Darlehen im Rahmen eines *debt-equity-swap* mittels Kapitalerhöhung in die Gesellschaft eingebracht werden können. Von der hL<sup>39)</sup> wird die Zulässigkeit der Einbringung mittels *Aufrechnung* (offenbar selbst dann, wenn diese einvernehmlich oder einseitig durch die Gesellschaft sowie unter Einhaltung der *Sachein-*

31) Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG<sup>18</sup> § 19 Rz 28, 32, 66; differenzierend auch *Schürnbrand* in MünchKomm AktG<sup>4</sup> § 183 Rz 15; vgl auch BGH 19.1.2016, II ZR 61/15.

32) Kalss (in Konecny, Insolvenz-Forum 2011, 193) hält daher fest: „Nicht unbedingt erforderlich ist es für die Einbringung der Forderung als Sacheinlage im Rahmen einer Kapitalerhöhung, dass die einzubringende Forderung fällig oder

auch nur liquide und vollwertig ist. Diese Umstände [...] sind bei der Bewertung zu berücksichtigen.“ Vgl auch schon Kalss in Konecny, Insolvenz-Forum 2008, 194 ff.

33) Vgl Ch. Nowotny, RWZ 2007, 321. Freilich ist auch die Forderungseinbringung jedenfalls indirekt (und allenfalls zeitverschoben) liquiditätswirksam, weil die ansonsten für die Bedienung der Forderung bei Fälligkeit benötigte Liquidität nicht aufgebracht werden muss. Ein allfälliger

„Liquiditätsverlust“ ist also jedenfalls nur vorübergehend.

34) Ettl in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 20 Rz 18; *Konwitschka*, Kapitalerhöhung 111 ff; *Karollus*, ÖBA 1994, 515, FN 102.

35) EBRV BlgNr 124 GP XXII 2 f.

36) OGH 8.5.1991, 8 Ob 9/91.

37) EBRV BlgNr 124 GP XXII 2 f.

38) *Pateter/Pirker*, ZIK 2015, 218 f.

39) Vgl bereits FN 1.

lagevorschriften erfolgt) grundsätzlich verneint. Begründet wird diese Ansicht mit der Nichterfüllung der vom OGH<sup>40)</sup> postulierten Voraussetzungen: Unbedenklichkeit, Fälligkeit und Vollwertigkeit.<sup>41)</sup> Die Bedenken lassen sich im Einzelnen wie folgt zusammenfassen:

Zunächst fehle es der Darlehensforderung des Gesellschafters an *Unbedenklichkeit*. Eine Forderung sei nur dann unbedenklich, dh unbestritten, wenn sie nach Grund und Höhe außer Zweifel stehe und ihrer Durchsetzung keine Einwendungen oder Einreden entgegenstehen.<sup>42)</sup> Die Forderung müsse daher mit anderen Worten „liquide“<sup>43)</sup> bzw liquidierbar sein. Befinde sich die Gesellschaft in der Krise, so stehe der Bezahlung der Gesellschafterdarlehensforderung bis zur Sanierung die Rückzahlungssperre des EKEG entgegen, sodass es ihr an der nötigen Durchsetzbarkeit gegenüber dem Schuldner – der Gesellschaft – mangle.<sup>44)</sup>

Auch könne der Rückforderungsanspruch des Gesellschafters nicht als *fällig* angesehen werden, solange er der Rückzahlungssperre des § 14 Abs 1 EKEG unterliege. Für die gesamte Dauer der Krise bis zur Sanierung sei die Auszahlung der Forderung an den Gesellschafter unzulässig; es komme durch die Rückzahlungssperre zu einer gesetzlich angeordneten Zwangsstundung.<sup>45)</sup>

Darüber hinaus mangle es der Forderung in der Krise an der erforderlichen *Vollwertigkeit*, welche nur gegeben sei, wenn das Gesellschaftsvermögen mit Sicherheit zur Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsschulden ausreiche.<sup>46)</sup> In der Krise iSd EKEG sei genau dieser Umstand nicht gegeben, zumal wenn die Gesellschaft überschuldet oder zahlungsunfähig sei. Die Forderung sei nicht vollwertig, weil ein tatsächlicher Austausch der einander gegenüberstehenden Leistungen gar nicht möglich wäre.<sup>47)</sup> Mangels Vollwertigkeit fehle es der (zumindest teilweise) uneinbringlichen Forderung an einem der realen Kapitalaufbringung gleichzuhaltenden Effekt, und

die Gesellschaft erhalte keine äquivalente Gegenleistung.<sup>48)</sup>

Die Einbringung einer Forderung setzt dieser herrschenden Auffassung nach voraus, dass dem Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft eine (aus Sicht eines Dritten) tatsächlich und sofort realisierbare sowie werthaltige Forderung zusteht, denn nur dann soll die Aufrechnung zulässig sein. Eine eigenkapitalersetzende Forderung des Gesellschafters gegen die Gesellschaft aber könne diesen Anforderungen nicht gerecht werden.

### 2.3. Problemstellung

Ist aus diesen Gründen der *debt-equity-swap* einer eigenkapitalersetzenden Darlehensforderung tatsächlich ausgeschlossen, und gilt überhaupt dasselbe, wenn – wie nunmehr von der Rsp<sup>49)</sup> und der hL<sup>50)</sup> gefordert – die Forderung unter Einhaltung der Sacheinlagenvorschriften eingebracht wird?

Die herrschende Ansicht ist aus dem Blickwinkel der Praxis jedenfalls problematisch. In Ein-Personen-Gesellschaften wird es freilich keine Rolle spielen, ob der Gesellschafter durch Einbringung einer EKEG-gesperrten Forderungen neues Nennkapital kreieren kann oder nicht, weil er den *debt-equity-swap* auch ohne Verwässerungsrisiko als Zuschuss umsetzen kann, der in die Kapitalrücklage der Gesellschaft einzustellen ist. Bei einer Gesellschaft, in der es mehrere Gesellschafter gibt, fehlt aber auf Basis der herrschenden Auffassung für eine Umwandlung in Eigenkapital *ohne* Kapitalerhöhung jeglicher Anreiz, zumal der Gesellschafter im Austausch für den Forderungserlass keine Gesellschafterrechte erhält, und es nach der OGH-Judikatur bei erfolgreicher Sanierung auch keinen Bereicherungsanspruch gegen jene Gesellschafter gibt, die die Sanierungslast nicht mitgetragen haben.<sup>51)</sup> Vom Standpunkt der Sanierungsfreundlichkeit ist es daher wünschenswert, die Kapitalerhöhung durch Einbringung EKEG-verfangener Forderungen zu ermöglichen.

UE besteht diese Möglichkeit aus rechtlicher Sicht in der Tat, wie in der folgenden Stellungnahme begründet werden soll.

## 3. Stellungnahme

### 3.1. Dauerhafte Kapitalbindung durch Debt-Equity-Swap

Den Regelungen des Eigenkapitalersatzrechtes ist, wie bereits festgehalten, vorrangig daran gelegen, der Fremdkapitalfinanzierung durch Gesellschafter in Situationen vorzubeugen, in welchen sie aus Gläubigerschutzüberlegungen eigentlich zum Nachschuss frischen Eigenkapitals und damit zur dauerhaften Finanzierung der Gesellschaft unter nachrangiger Behandlung ihrer Forderungen angehalten wären. Dementsprechend soll die Rückzahlungssperre des § 14 EKEG im Falle der Darlehensgewährung in der Krise verhindern, dass es zu Rückflüssen an den kreditierenden Gesellschafter kommt. Das Fremdkapital soll vorübergehend gebunden und „wie Eigenkapital“<sup>52)</sup> behandelt werden.

Dass die tatsächliche und definitive Umwandlung des Fremdkapitals in Eigenkapital durch Einbringung der Forderung als Sacheinlage nun nach herrschender Auffassung unzulässig sein soll, erscheint unter diesem Blickwinkel, wie *Karollus* bereits vor Einführung des EKEG feststellte, geradezu „kurios“: „Bei der Qualifizierung des Darlehens als eigenkapitalersetzende Leistung wird dem Kapitalgeber mehr oder weniger ‚vorgeworfen‘, statt Eigenkapital Fremdkapital gegeben zu haben. Aber gerade die Herstellung des somit von der Rechtsordnung erwarteten Zustandes – die endgültige Umqualifizierung des ‚Quasi-Eigenkapitals‘ in förmliches Eigenkapital – soll ihm verwehrt sein.“<sup>53)</sup> Durch einen *debt-equity-swap* der Darlehensforderung wird das vom Gesellschafter zur Verfügung gestellte Kapital wegen des gesetzlich angeordneten Verbots der Einlagenrück-

40) Vgl bereits FN 16.

41) *Konwitschka*, Kapitalerhöhung 118 ff; *Schopper* in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 63 Rz 121 ff; *Vogt* in Schopper/Vogt, EKEG § 14 Rz 3; *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 150 Rz 21.

42) *Artmann* in Jabornegg/Strasser, AktG I<sup>5</sup> § 60 Rz 13; *Schopper* in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 63 Rz 127.

43) *Konwitschka*, Kapitalerhöhung 117; *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 150 Rz 21.

44) *Schopper* in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 63 Rz 127.

45) Zum Begriff der Zwangsstundung OLG Wien 20.7.2012, 28 R 118/12x, ZIK 2012, 232; *Mohr* in Dellinger/Mohr, EKEG § 14

Rz 3; *Karollus* in Buchegger § 14 EKEG Rz 8.

46) OGH 4.10.1961, 6 Ob 327/61; OGH 22.2.2001, 6 Ob 19/01i.

47) *Artmann* in Jabornegg/Strasser, AktG I<sup>5</sup> § 60 Rz 13, auch unter Hinweis auf OGH 24.8.1998, 8 Ob 64/98i.

48) *Konwitschka*, Kapitalerhöhung 122 f; *Schopper* in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 63 Rz 118 ff; vgl auch *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 150 Rz 21.

49) OGH 3.4.2008, 1 Ob 128/07s, GesRZ 2008, 227 (*Ettel*).

50) ZB *Ettel* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 20 Rz 18; *Heidinger/Schneider* in Jabornegg/Strasser, AktG I<sup>5</sup> § 20

Rz 14; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 63 Rz 15; *Schopper* in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 63 Rz 132 ff; *Winner* in MünchKomm AktG<sup>4</sup> § 183 Rz 88; *Konwitschka*, eolex 2001, 184 f; *Schummer* in FS Jud 661 f; *Koppensteiner* in FS Torggler 635 f.

51) OGH 16.11.2012, 6 Ob 47/11x, RWZ 2013, 10 (*Wenger*) = GES 2013, 13 (*Fantur*) = JAP 2012/2013, 169 (*Rauter*) = GesRZ 2013, 153 (*Koppensteiner*); dazu auch *Spiegelfeld/H. Foglar-Deinhardstein* in FS Torggler 1157 f; *Trenker*, GesRZ 2014, 10.

52) EBRV BlgNr 124 GP XXII 3.

53) *Karollus*, ÖBA 1994, 514.

gewähr dauerhaft nachrangig gestellt und unterliegt dadurch (auch außerhalb der Insolvenz) einer strengeren Sperre als der lediglich vorübergehenden Rückzahlungssperre des § 14 EKEG. Das Kapital bräuchte somit nicht mehr wie *Eigenkapitalersatz* behandelt zu werden – es wird schlichtweg zum *Eigenkapital*.

In der Krise gewährte Gesellschafterkredite sollen wie Eigenkapital behandelt werden. Wenn der Gesellschafter die Kreditforderung nun als Einlage in die Gesellschaft einbringt – ihr das Kapital also dauerhaft widmet –, wird genau das vom EKEG gewünschte Verhalten gesetzt. Es fließt kein Geld aus der Gesellschaft heraus, und eine Befriedigung des Gesellschafters hinsichtlich seiner Kreditforderung findet nicht statt. Zweck des Eigenkapitalersatzrechts ist es ja unter anderem, die Verlagerung des Risikos der Sanierung auf die Gesellschaftsgläubiger zu vermeiden. Werden daher Maßnahmen ergriffen, durch die ein bestehender oder neuer Gesellschafter seine Sanierungsverantwortung gerade nicht zu Lasten der Gläubiger wahrnimmt, kann das EKEG dieser Vorgangsweise nicht entgegenstehen. Auch im Hinblick auf die Privilegierung nach § 13 EKEG, welcher gar *Kredite*, die von „neuen“ Gesellschaftern<sup>54)</sup> im Rahmen eines Sanierungskonzeptes gewährt werden, aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes ausnimmt, erscheint es widersprüchlich, nicht einmal den *Beteiligungserwerb* – im Fall von EKEG-gesparten Forderungen idR durch bestehende Gesellschafter – für zulässig zu erklären.

Für *Vogt*<sup>55)</sup> ist die Umwandlung der dem EKEG unterliegenden Darlehensforderung in eine Beteiligung allerdings eine unzulässige *Umgehung* der Rückzahlungssperre. Tatsächlich verbietet ja § 14 Abs 1 EKEG nicht nur die eigentliche Rückzahlung, sondern auch die Befriedigung der gesperrten Forderung durch Durchführung von Erfüllungssurrogaten, wie insbesondere auch die Tilgung der EKEG-gesparten Forderung durch die im Gesetz ausdrücklich angeführte Aufrechnung. Von der Rückzahlungssperre sollen somit alle Formen einer wirtschaftlichen Leistung aus Mitteln der Gesellschaft erfasst sein.<sup>56)</sup> Daraus ist aber uE für die Einbringung von Forderungen nichts abzuleiten. Zum einen bedarf die Umsetzung der Forderungseinbringung – wie

bereits gezeigt (siehe oben 1.3.) – nicht zwingend einer Aufrechnung, sondern kann beispielsweise auch durch Zession erfolgen. Die Zession einer EKEG-erfassten Forderung ist aber zweifellos trotz § 14 EKEG zulässig.<sup>57)</sup> Eine gedankliche Fixierung auf die Aufrechnung als zwar möglichen, aber keineswegs notwendigen *modus* ist daher nicht zwingend. Zum anderen bezweckt die Rückzahlungssperre des § 14 Abs 1 EKEG die Verhinderung von Ab- bzw Rückflüssen finanzieller Mittel aus der Gesellschaft; der von den Gesellschaftern aufgebrachte Haftungsfonds soll also zum Schutz der übrigen Gläubiger erhalten bleiben. Nun kann aber erstens die Kreierung neuen Nennkapitals naturgemäß nicht als Rückfluss an den betreffenden Gesellschafter gewertet werden. Zweitens bildet auch die Aussicht auf etwaige künftige Gewinnausschüttungen an den Gesellschafter aufgrund seiner neu erworbenen Beteiligung keine Rückzahlung nach § 14 EKEG, zumal sich diese Vorteile idR erst nach der Krise bei eingetretener Sanierung und somit zu einem Zeitpunkt realisieren, zu welchem das Kapital des Gesellschafters bereits nicht mehr von der Rückzahlungssperre betroffen ist. Der Umstand, dass das EKEG ohnedies der Entstehung künftiger Zahlungsverpflichtungen nicht vorzubeugen versucht, ergibt sich im Übrigen bereits daraus, dass die Verzinsung der Gesellschafterdarlehensforderung trotz bestehender Auszahlungssperre des § 14 EKEG ungestört weiterläuft – die Zinsen sind lediglich vorläufig in der Gesellschaft gesperrt.<sup>58)</sup>

*Konwitschka*<sup>59)</sup> hält den *debt-equity-swap* in der Krise für unzulässig, weil bei der Kapitalerhöhung mittels Sacheinlage wesentlich sei, ob bei der Gesellschaft eine *reale Kapitalaufbringung* stattfindet. Bei der Umwandlung eines eigenkapitalersetzenden Darlehens in Nennkapital erhalte die Gesellschaft nichts, was sie nicht schon habe, denn die eigenkapitalersetzenden Mittel haften ja bereits nachrangig. Das wirft freilich die Frage nach dem Zweck der Kapitalaufbringungskontrolle auf: Diese schützt die Erwartung von (potentiellen) Gläubigern, dass bei der Bildung des Grund- oder Stammkapitals ein substanzieller, dem Nennkapital mindestens entsprechender Betrag in die Gesellschaft investiert wird. Genau das ist aber bei Einbringung der Darlehensforde-

rung der Fall – der Einbringende hat den Betrag schon einmal „real“ investiert;<sup>60)</sup> es ist ja nicht so, als wären der Gesellschaft zu keinem Zeitpunkt tatsächlich Mittel zugeflossen. Mit Einbringung der korrespondierenden Forderung – die die Gesellschaft trotz Rückzahlungssperre eben, entgegen *Konwitschka*, noch nicht hat – werden diese investierten Mittel nunmehr endgültig in die uneingeschränkte Verfügung der Gesellschaft gestellt. Der definitive „Verzicht“ des Gesellschafters auf die Rückzahlung des Darlehens bringt den Rückzahlungsanspruch auf Dauer zum Erlöschen – die Gesellschaft muss das Darlehen also auch nach ihrer Sanierung nicht mehr zurückzahlen.<sup>61)</sup> Insofern erhält die Gesellschaft sehr wohl ein Plus gegenüber dem Status Quo, in dem das Darlehen durch § 14 EKEG lediglich zwangsgestundet ist.

### 3.2. Muss die Gesellschaftserforderung als sanierende Sacheinlage „vollwertig“ sein?

Wie bereits angesprochen, entspringt das Erfordernis der Vollwertigkeit der einzubringenden Forderung ursprünglich der Judikatur des OGH und des BGH zur Möglichkeit der *Aufrechnung* mit der Bareinlagenforderung der Gesellschaft. Mit Hinweis auf das (von OGH<sup>62)</sup> und hL<sup>63)</sup> vertretene) Vollwertigkeitserfordernis wird eigenkapitalersetzenden Darlehensforderungen, wie bereits erörtert, vor allem die Möglichkeit der Aufrechnung abgesprochen. Mit einem bloßen Verweis auf die mangelnde Vollwertigkeit ist es aber nicht getan, denn diese Betrachtung ist uE nicht ausreichend differenziert:

Die Aufrechnungsverbote in § 63 Abs 3 GmbHG und § 60 AktG dienen dem Gläubigerschutz und bezwecken die Sicherung der Einzahlung des zugesagten Kapitals.<sup>64)</sup> Dennoch kann weder der Bestimmung des AktG noch jener des GmbHG entnommen werden, dass die Verrechnung einer Forderung nur zulässig ist, wenn diese vollwertig ist.<sup>65)</sup> Es stellt sich daher die Frage, ob die Vollwertigkeit der Forderung wirklich notwendig ist, um dem Gebot der „realen“ Kapitalaufbringung zu entsprechen.

Von *Konwitschka*<sup>66)</sup> wurde in diesem Zusammenhang vorgebracht, dass der Wegfall einer Verbindlichkeit durch Einbringung der Forderung nur dann zu

54) Dh solche, die bisher nicht vom EKEG erfasst waren.

55) *Vogt* in Schopper/*Vogt*, EKEG § 14 Rz 3.

56) *Karollus* in Buchegger, Insolvenzrecht § 14 EKEG Rz 14.

57) *Karollus* in Buchegger, Insolvenzrecht § 1 EKEG Rz 4; § 14 EKEG Rz 6; *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 5 Rz 2; *Mohr*

in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 14 Rz 2.

58) *Karollus* in Buchegger, Insolvenzrecht § 14 EKEG Rz 7; *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 14 Rz 3.

59) *Konwitschka*, Kapitalerhöhung 123 f.

60) *Eckert*, GesRZ 2011, 221.

61) So auch *Konwitschka*, Kapitalerhöhung 124.

62) OGH 3.4.2008, 1 Ob 128/07s, GesRZ 2008, 227 (*Ettel*).

63) Vgl bereits FN<sup>o</sup> 13, 14, 20.

64) OGH 4.10.1961, 6 Ob 327/61.

65) *Eckert*, GesRZ 2011, 221.

66) *Konwitschka*, Kapitalerhöhung 46 ff; ihm folgend *Koppensteiner* in FS Torggler 637 f.

realer Kapitalaufbringung führe, wenn die Gesellschaft Vermögen, also Aktiva besitze. In diesem Fall führe das Erlöschen der Verbindlichkeit dazu, dass vom vorhandenen Vermögen ein Teil (nämlich in Höhe der wegfallenden Verbindlichkeit) „frei“ werde, also etwa zur Tilgung anderer Verbindlichkeiten verwendet werden könne. Sind keine Aktiva vorhanden, so könne der durch die Forderungseinlegung bewirkte Passivtausch (Minderung der Verbindlichkeiten, Erhöhung des Nennkapitals) keine Auswirkungen auf die Aktivseite haben. Etwas anders formuliert bedeutet das: Nur wenn die Gesellschaft Vermögen besitzt, kann sie bei Wegfall einer Verbindlichkeit Vermögen zur Tilgung anderer Schulden verwenden. Die reale Kapitalaufbringung soll hier also darin bestehen, dass die Gesellschaft *bereits vor Einbringung* Vermögen besitzt, das ihr dann zu einem entsprechenden Teil als Kapital zur Verfügung steht.

Darauf kann es aber uE nicht ankommen. Weder die Überschuldung der Gesellschaft, noch ihre Vermögenslosigkeit, Zahlungsunfähigkeit, negative Fortbestehensprognose oder dergleichen stehen der Tatsache entgegen, dass die Gesellschaft bei Aufrechnung mit einer Gesellschafterdarlehensforderung von einer Verbindlichkeit in Höhe des vollen Nominalwertes befreit wird. Zum Wegfall der Verbindlichkeit kommt es unabhängig davon, ob der Gesellschaft tatsächlich Mittel zur Verfügung stehen, um andere Gläubiger zu bedienen oder nicht. Der effektive Wert, welcher der Gesellschaft zukommt, ist nämlich im unterbleibenden Vermögensabfluss zu sehen.<sup>67)</sup>

Ferner soll in diesem Zusammenhang nochmals darauf hingewiesen werden, dass das Kapital ja bereits zu einem früheren Zeitpunkt, und zwar bei Auszahlung der Darlehenssumme, tatsächlich, also „real“ aufgebracht wurde.<sup>68)</sup> Dies wird ja bei guter Vermögenslage der Gesellschaft, also bei „Vollwertigkeit“ der Forderung, auch nicht bestritten. Befindet sich die Gesellschaft aber in der Krise und besteht somit die Gefahr, dass das Kapital der Gesellschaft nicht mehr oder nur mehr teilweise zur Verfügung steht, wird die vollständige Kapitalaufbringung und folglich praktisch in Zweifel gezogen,

dass der Gesellschaft jemals „vollwertige“, „reale“ Barmittel zugeflossen sind. In Anbetracht der Tatsache, dass aber selbst bei guter Vermögenslage der Gesellschaft nicht gesagt ist, ob sich das zugeführte Kapital überhaupt noch in der Gesellschaft befindet,<sup>69)</sup> erscheint eine derartige Unterscheidung nicht gerechtfertigt.

Wenn nun freilich nach der neueren Judikatur die Einbringung einer Forderung gegen die Gesellschaft unter Einhaltung der Sacheinlagevorschriften und somit unter Prüfung der Werthaltigkeit erfolgt, wird das apodiktische Erfordernis der Vollwertigkeit uE ohnedies obsolet – den etwaigen Umstand der mangelnden Vollwertigkeit gilt es vielmehr bei der Bewertung der Forderung zu berücksichtigen.<sup>70)</sup>

Die hL schließt aus der Qualifikation der Forderungseinbringung als Sacheinlage, dass die Forderung unter Einhaltung der Sacheinlagevorschriften schlichtweg im Ausmaß der festgestellten Werthaltigkeit, also zu ihrem „Verkehrswert“ bzw zu jenem Teil, der von einem etwaigen Ausfall nicht betroffen ist, einzubringen ist.<sup>71)</sup> Doch spricht uE einiges dafür, dass die Forderung sogar zu ihrem Nennwert eingebracht werden kann:<sup>72)</sup>

Zunächst handelt es sich beim Verkehrswert um den Wert, den die Forderung aus Sicht des Berechtigten (des Gesellschafters) hat. Soll die Forderung gegen die Gesellschaft aber in diese eingebracht werden, kann dies im Wege der Zession erfolgen (siehe schon oben 1.2. und 3.1.); in der juristischen Sekunde nach vollzogener Zession kommt es zur Konfusion (§ 1445 ABGB) und somit zum Erlöschen der Verbindlichkeit. Spätestens im Zeitpunkt, zu dem die Zession wirksam wird, ist der Verkehrswert, den ein Dritter der Forderung beimessen würde, kein geeignetes Bewertungskriterium mehr, weil eine Verwertung der Forderung nicht mehr möglich ist. Es stellt sich daher bei Einbringung einer Forderung eigentlich nicht mehr die Frage, welchen Wert sie aus Sicht des Gesellschafters hatte; wesentlich ist vielmehr, welchen Wert die Einlage für die Gesellschaft hat.<sup>73)</sup>

Durch Einbringung einer Forderung gegen die Gesellschaft als Schuldnerin

wird diese von einer Verbindlichkeit in der Höhe des *Nominalwerts* der Forderung befreit. Denn unabhängig davon, ob die Gesellschaft tatsächlich in der Lage wäre, die Verbindlichkeit zur Gänze zu erfüllen, besteht ein Anspruch des Gläubigers auf Erfüllung der *gesamten* Schuld; durch Einbringung der Forderung verringern sich daher die künftigen Vermögensabflüsse der Gesellschaft in Höhe des Nennwerts.<sup>74)</sup> Würde demgegenüber lediglich der werthaltige Teil der Forderung in Eigenkapital umgewandelt, so müsste darüber hinaus der restliche, nicht werthaltige Betrag als erfolgswirksam – also verlustmindernd bzw gewinnbringend – verbucht werden. Auf diese Weise würde der nicht werthaltige Teil direkt als Erfolg wirken und könnte dadurch sogar den Abfluss von Kapital aus der Gesellschaft, etwa in Form von Gewinnausschüttungen an Gesellschafter, begünstigen, anstatt als Eigenkapital dauerhaft in der Gesellschaft gebunden zu sein.<sup>75)</sup>

Nicht zuletzt könnten gerade Gläubigerschutzüberlegungen dagegen sprechen, die Einbringung der Gesellschafterforderung zu ihrem Nennwert zuzulassen. Nun kommt es der Rsp zufolge durch Einbringung der Forderung jedenfalls *nicht* zu einer Gefährdung der *Altgläubiger*, weil diese ja ohnedies lediglich auf den Haftungsfonds *vor* der Kapitalerhöhung vertraut haben und darüber hinaus einen Mitgläubiger verlieren, wodurch wiederum ihre Befriedigungsquote steigt.<sup>76)</sup> Soweit hingegen auf den Schutz von (potentiellen) *Neugläubigern* verwiesen wird, welche laut OGH auf die Zuführung zusätzlichen Kapitals im Rahmen der Kapitalerhöhung vertrauen, wird diesem Argument von *Eckert*<sup>77)</sup> überzeugend entgegengetreten: Der typische Gläubiger wird wohl kaum Kenntnis von einer Kapitalerhöhung erlangen; davon abgesehen wird den Gläubigern ja durch Einhaltung der Sacheinlagevorschriften ohnedies offengelegt, dass der Gesellschaft eben *keine* Liquidität zugeführt wird. Darüber hinaus muss den Beteiligten auch klar sein, dass sich aufgrund des Nennkapitals oder eben seiner Erhöhung keinerlei Aussage über das tatsächliche (Bar-) Vermögen der Gesellschaft treffen lässt,

67) *Schummer* in FS Jud 663 f.

68) So auch *Eckert*, GesRZ 2011, 221.

69) *Karollus*, ÖBA 1994, 512 f.

70) *Kalss* in Konecny, Insolvenzf-Forum 2011, 193; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG<sup>18</sup> § 19 Rz 66.

71) *Ettel* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 20 Rz 18; ausführlich *Konwitschka*, Kapitalerhöhung 68 ff, mwN.

72) So auch *Eckert*, GesRZ 2011, 218; *F. Schuhmacher* in FS Aicher 734; *Schummer* in FS Jud 662 f; *F. Schuh-*

*macher* in Torggler, GmbHG § 63 Rz 19; *Schummer* in Konecny, Insolvenzf-Forum 2012, 118 ff; *Eckert* in Fleischer/Kalss/Vogt 291 ff; aA *Koppensteiner* in FS Torggler 627; *U. Torggler/H. Torggler* in FS Nowotny 489; *Schopper* in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 63 Rz 136 ff; *Schürnbrand* in MünchKomm AktG<sup>4</sup> § 183 Rz 18; offen *Hofians/Ressler* in Straube/Ratka/Rauter, UGB<sup>3</sup> § 229 Rz 24. Aus steuerlicher Sicht *G. Kofler* in FS Ruppe 272.

73) *Schummer* in FS Jud 663.

74) *Karollus*, ÖBA 1994, 510; *Schummer* in FS Jud 663 f.

75) *Schummer* in FS Jud 668.

76) OGH 3.4.2008, 1 Ob 128/07s, GesRZ 2008, 227 (*Ettel*); zustimmend *Eckert*, GesRZ 2011, 221; *Schummer* in FS Jud 666 f.

77) *Eckert*, GesRZ 2011, 220 f; sich anschließend *Schummer* in FS Jud 667 f.

und es doch vielmehr der wirtschaftlichen Realität entspricht, dass eine sanierende Kapitalerhöhung oft mit dem Ziel erfolgt, das neue Kapital sofort zur Tilgung von Verbindlichkeiten zu verwenden,<sup>78)</sup> sodass etwaige zugeführte Mittel keineswegs zwangsläufig in der Gesellschaft verbleiben.

Häufig wird darauf hingewiesen, dass beim Eintausch aktienrechtlicher Wandelschuldverschreibungen (§ 174 AktG) ein Umtausch der Schuldverschreibung in eine Beteiligung zum Nennwert der Forderung stattfindet – und zwar unabhängig davon, ob diese (noch) werthaltig ist oder nicht.<sup>79)</sup> Dabei handelt es sich *nicht* um eine Sacheinlage, weshalb sich fragt, aus welchem Grund ein *debt-equity-swap*, welcher ja einen wirtschaftlich gleich gelagerten Vorgang darstellt, nicht auch rechtlich gleich behandelt werden sollte.<sup>80)</sup> Nun soll der relevante Unterschied darin gelegen sein, dass bei Ausübung des Wandlungsrechtes ein bereits eingezahlter Betrag eingebracht wird, nicht hingegen eine Forderung, wie dies beim *debt-equity-swap* der Fall ist. Das alleinige Abstellen auf die juristische Konstruktion ist aber nicht zielführend, zumal es – sofern man auf das Kapitalaufbringungsgebot verweisen möchte – in beiden Fällen gleichermaßen möglich ist, dass das zu einem früheren Zeitpunkt zugeführte Kapital beim Beteiligungserwerb bereits zur Gänze verbraucht ist.<sup>81)</sup>

Aus all diesen Gründen erscheint es durchaus möglich, die Einbringung der Forderung zu ihrem Nennwert zuzulassen, weil dieser Wert dem Nutzen der Gesellschaft entspricht, und auch Gläubigerschutzargumente dem nicht entgegenstehen.

Auch wenn man aber mit der herrschenden Ansicht<sup>82)</sup> lediglich eine Einbringung zum Verkehrswert – der dem realisierbaren Erlös entspricht<sup>83)</sup> – für möglich hält, verhindert dies uE keineswegs *a priori* die Sacheinlage einer eigenkapitalersetzenden Forderung gegen Ausgabe neuen Nennkapitals. Vielmehr darf dann neues Nennkapital nur, aber immerhin bis zur Höhe des verbliebenen Verkehrswerts der Forderung geschaffen werden.<sup>84)</sup> Na-

turgemäß ist die „Krise“ iSd EKEG keineswegs unbesehen mit der Insolvenz der betroffenen Gesellschaft gleichzusetzen; die EKEG-Rückzahlungssperre wird ja bereits schlagend, wenn die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung eine Eigenmittelquote von weniger als 8% und eine fiktive Schuldentilgungsdauer mehr als 15 Jahren hat. Damit ist aber über die Zahlungsunfähigkeit oder insolvenzrechtliche Überschuldung der Gesellschaft nichts gesagt, und es kann somit durchaus sein, dass die Gesellschaft trotz aktuell bestehender Rückzahlungssperre an sich durchaus zur teilweisen oder gänzlichen Rückführung des Darlehens in der Lage wäre.<sup>85)</sup> Im Einzelfall kann daher noch durchaus ein beträchtlicher, jedenfalls deutlich positiver Verkehrswert der einzubringenden Forderung bestehen.<sup>86)</sup> IdS hält Schopper fest: *„Eine sanierende Kapitalerhöhung ist daher auch möglich, wenn der mit der Einlageforderung verrechnete Wert der Gegenforderung des Gesellschafters abgewertet wird und der Realwert der Gegenforderung des Gesellschafters im Gesellschaftsvertrag oder Kapitalerhöhungsbeschluss festgesetzt wird. Bei objektiver Richtigkeit der Abwertung der Gegenforderung im Aufrechnungszeitpunkt stellt der Vorgang keine Gefährdung der realen Kapitalaufbringung dar.“*<sup>87)</sup>

### 3.3. Anmerkungen zu den Kriterien „Fälligkeit“ und „Unbedenklichkeit“

Die Erfordernisse der Fälligkeit und der Unbedenklichkeit sind für die Forderungseinbringung, die als Sacheinlage zu qualifizieren ist, rein zivilrechtlich nicht begründbar (siehe schon oben unter 1.4.). Weder bei der Zession noch bei der einvernehmlichen Aufrechnung sind im allgemeinen Zivilrecht derartige Kriterien vorgesehen. Selbst wenn man diese Erfordernisse aber aufrecht halten möchte,<sup>88)</sup> spricht dies nicht gegen die rechtliche Möglichkeit, EKEG-gesperrte Forderungen dennoch wirksam einbringen zu können.

Seinem ursprünglichen Zweck nach (siehe oben unter 1.4.) soll das Erfordernis

der Fälligkeit verhindern, dass eine Forderung in die Gesellschaft eingebracht wird, die erst zu einem (womöglich unbestimmten) Zeitpunkt in der Zukunft zu einem realen Kapitalfluss führen könnte, denn dies widerspreche dem Gebot der realen Kapitalaufbringung. Ähnliches gilt für die Unbedenklichkeit bzw. Unbestrittenheit: Können die Forderung lediglich zu einem ungewissen künftigen Zeitpunkt oder ausschließlich unter der Bedingung des Eintritts (un)gewisser Umstände durchgesetzt und somit liquidiert werden, fließe kein „reales“ Kapital in die Gesellschaft.

Es darf aber nicht übersehen werden, dass es der eigenkapitalersetzenden Darlehensforderung ja eigentlich weder an Fälligkeit noch an Unbedenklichkeit fehlen muss: Der Gesellschafter hat grundsätzlich einen berechtigten und möglicherweise auch bereits fälligen Anspruch auf Befriedigung seiner Darlehensforderung. Die mangelnde Liquidierbarkeit der Forderung wird ja erst in der Krise durch das *Eigenkapitalersatzrecht* geschaffen. Dass Kapital, welches „wie Eigenkapital“ behandelt werden soll, nicht auszahlfähig sein kann, liegt freilich auf der Hand. Allerdings kann doch die Möglichkeit, dieses Kapital tatsächlich in Eigenkapital umzuwandeln, nicht mit der Begründung verwehrt werden, dass das Gesetz die Folgen der Umwandlung in Eigenkapital bereits vorwegnimmt.

Das gewünschte Ergebnis – die Bindung der Mittel – lässt sich durch Sacheinlage der Forderung zum Zwecke des *debt-equity-swap* sogar dauerhafter, nämlich über die Krise hinaus erzielen. Aus diesen Gründen stehen die – freilich zweifelhaften – Kriterien der Fälligkeit und der Unbedenklichkeit der Einbringung einer EKEG-gesperrten Forderung zum Zweck der Kapitalerhöhung der Sacheinlage keineswegs entgegen.

### 3.4. Exkurs: Zur deutschen Rechtslage mit einem Seitenblick nach Österreich

Zur Untermauerung der Ansicht, dass eigenkapitalersetzende Darlehensforderungen nicht sacheinlagefähig seien,

78) Karollus, ÖBA 1994, 512 f.

79) Eckert, GesRZ 2011, 221; Karollus, ÖBA 1994, 505 f.; Koppensteiner in FS Torggler 628; Schummer in FS Jd 666.

80) Karollus, ÖBA 1994, 505 f.; aA Koppensteiner in FS Torggler 628 ff.

81) Karollus, ÖBA 1994, 507.

82) Siehe nur Koppensteiner in FS Torggler 627; U. Torggler/H. Torggler in FS Nowotny 489; Schürnbrand in MünchKomm AktG<sup>4</sup> § 183 Rz 18.

83) Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG<sup>18</sup> § 5 Rz 25; Peifer in MünchKomm AktG<sup>3</sup> § 183 Rz 13.

84) Zur Frage der korrekten Ermittlung des

Ausgabekurses/Umtauschverhältnisses siehe K. Schmidt, NZG 2016, 7.

85) IdS auch K. Schmidt (NZG 2016, 7): „Wie jede gegen die Gesellschaft gerichtete Forderung taugt ohne Weiteres auch die typische stille Einlage als Sacheinlage des stillen Gesellschafters. Sofern die GmbH weder überschuldet noch zahlungsunfähig ist, gilt dies sogar für eine stille Einlage, die [...] in einem Insolvenzverfahren nachrangig wäre.“

86) IdS auch Schopper in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 63 Rz 121 f. Nicht einmal die Insolvenz muss zwingend zu völliger Entwertung einer Gesellschaf-

terforderung führen, wie das prominente Beispiel der Niemetz-Insolvenz zeigt, bei der es zur Befriedigung der Gläubiger zu 100% und anschließend zur Fortsetzung der Gesellschaft kam (HG Wien 19.11.2013, 6 S 9/13k; HG Wien 14.12.2013, 75 Fr 18689/13x).

87) Schopper in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 63 Rz 138; vgl auch Peifer in MünchKomm AktG<sup>3</sup> § 183 Rz 13.

88) Was nach Kalss (in Konecny, Insolvenzforum 2011, 193) aufgrund der Qualifikation der Forderungseinbringung als Sacheinlage nicht notwendig ist. Siehe auch oben FN 32.

wird immer wieder auf die Judikatur des deutschen BGH, insbesondere auf die Entscheidung vom 26.01.2009<sup>89)</sup> verwiesen. Gerade diese Entscheidung behandelt aber einen Fall, der sich von einer Forderungseinbringung im Wege der Sacheinlage deutlich unterscheidet: Zu beurteilen war nämlich eine Konstellation, in der zunächst ein eigenkapitalersetzendes Darlehen unter Verletzung der Rückzahlungssperre rückgeführt, und der ausgezahlte Barbetrag dann zur Erfüllung einer Einlageforderung verwendet wurde. Zu Recht sprach der BGH dazu aus, dass dieser Betrag zur Tilgung des Rückzahlungsanspruchs der Gesellschaft (wegen Verletzung der eigenkapitalersetzrechtlichen Rückzahlungssperre) zu verwenden gewesen wäre und daher nicht – gleichsam zusätzlich – zur Bedienung der Einlageforderung gewidmet werden konnte. Für einen Vorgang, der von vornherein als Sacheinlage strukturiert ist, ist aus dieser BGH-E aber uE nichts zu gewinnen.

Abgesehen davon, dass die BGH-E durch die aktuelle deutsche Rechtslage – die freilich von der österreichischen abweicht – überholt sein dürfte,<sup>90)</sup> ist in der deutschen Literatur die Ansicht im Vordringen, dass der *debt-equity-swap* – zumal im Sanierungskontext – nicht als Tilgung zweier getrennt zu beurteilender Verbindlichkeiten aus Darlehen und Einlage, sondern vielmehr als wirtschaftliche Einheit zu begreifen ist,<sup>91)</sup> weshalb der Gläubigerschutz der Sacheinlage einer (allenfalls auch eigenkapitalersetzenden) Forderung nicht entgegenstehen dürfte.<sup>92)</sup> Für den Fall der Insolvenz habe der ehemalige Gläubiger im Zuge des *debt-equity-swap* seine Stellung als Insolvenzgläubiger aufgegeben und sei somit auf den nach Befriedigung aller Gläubiger verbleibenden Liquidationsüberschuss verwiesen. Nichts anderes könne gelten, wenn ein Gläubiger seine Stellung als ohnedies bereits nachrangiger Insolvenzgläubiger gegen die eines Eigenkapitalgebers eintausche. Auch hier fehle es an der Gläubigerbenachteiligung.<sup>93)</sup>

Der österreichische OGH hatte jüngst einen Fall zu beurteilen, in dem eine Sanierungsstruktur gewählt wurde, die wirtschaftlich eine dem *debt-equity-swap* genau entgegengesetzte Wirkung zeitigt:<sup>94)</sup> Ein Gläubiger hatte zum Zweck der Sanierung des Schuldners erklärt, auf seine fälligen Forderungen zu verzichten; dieser Verzicht war aber durch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners auflösend bedingt worden, dh durch die Insolvenzeröffnung kam es zum Wiederaufleben der Forderungen. Obwohl hier die Berührung der Gläubigerinteressen auf der Hand liegt – im Fall der Insolvenz haben die Gläubiger, die keinen Verzicht geleistet haben, eine (möglicherweise beträchtliche) Verwässerung ihrer Quote hinzunehmen –,<sup>95)</sup> wurde die Konstruktion vom OGH als zulässig erachtet. Begründet wurde dies insbesondere damit, dass eine Schlechterstellung der um Sanierung bemühten Gläubiger im Vergleich zu anderen Gläubigern zu vermeiden sei.

Auch diese (sanierungsfreundliche) Wertung zeigt uE klar, dass umso weniger jenen sanierungsbemühten Gläubigern, die ihre Gläubigerrechte gerade nicht zu wahren versuchen, sondern im Gegenteil definitiv aufgeben, die Konvertierung ihrer Forderungen in Nennkapital versagt werden sollte.

### 3.5. Kontrollüberlegung: Paralle zur atypischen Stillen Gesellschaft und zum eigenkapitalgestalteten Genussrecht

Für die Zulässigkeit der Einlage einer EKEG-Forderung spricht auch, dass diese in ihrer bezeichnenden Eigenschaft – der Rückzahlungssperre in der Krise – diversen Formen des sogenannten „Mezzaninkapitals“ gleicht. Dies gilt beispielsweise für „atypische“ (oder „unechte“) stille Beteiligungen, dh solche, die wegen Verlustteilnahme, Nachrangigkeit, Substanzbeteiligung (Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert der Gesellschaft) und/oder starker Beteiligung an

der Geschäftsführung der Gesellschaft vom Bild der „typischen“ stillen Gesellschaft abweichen.<sup>96)</sup> Während eine klassische stille Beteiligung in der Insolvenz der Gesellschaft als Fremdkapital-Forderung geltend gemacht werden kann,<sup>97)</sup> sind atypische stille Beteiligungen der Rsp zufolge als eigenkapitalersetzend zu betrachten, somit – wie Eigenkapital – in der Insolvenz nachrangig zu behandeln und einer Rückforderung nicht zugänglich.<sup>98)</sup> Diese Nachrangigkeit ändert jedoch nichts an der zweifellos akzeptierten Möglichkeit (und auch Zweckmäßigkeit), eine atypische stille Beteiligung im Wege einer Sacheinlage durch *debt-equity-swap* in Anteile an einer Kapitalgesellschaft umzuwandeln.<sup>99)</sup> Gleiches gilt für eigenkapitalnahe Genussrechte: Diese können ohne weiteres den Gegenstand eines *debt-equity-swap* bilden.<sup>100)</sup>

## 4. Zusammenfassung

Erfolgt ein *debt-equity-swap* im Wege der Einbringung einer Forderung gegen Kapitalerhöhung, sind nach der Rechtsprechung des OGH – jedenfalls wenn eine bereits bestehende Forderung („Altforderung“) des Inferenten eingebracht wird – die Regeln über die Kapitalerhöhung mit Sacheinlage einzuhalten. Auf die Sacheinlage einer Forderung ist uE das gesellschaftsrechtliche Kompensationsverbot nicht anwendbar.

Die Einbringung der Forderung gegen Anteilsgewähr ist in einer Sacheinlagevereinbarung zwischen Inferent und Gesellschaft zu vereinbaren. Zur Umsetzung dieser Sacheinlagevereinbarung können die Vertragsparteien zwischen (i) Zession der Forderung an die Gesellschaft (die die Forderung durch Konfusion erlöschen lässt), (ii) Aufrechnung der Forderung mit der Einlageschuld und (iii) entgeltlichem Verzicht wählen.

Bezieht sich der *debt-equity-swap* auf eine eigenkapitalersetzende Forderung, die der Rückzahlungssperre des § 14 EKEG unterliegt, ist die Konsequenz,

89) BGH 26.1.2009, II ZR 217/07, NZG 2009, 427.

90) *Schürnbrand* in MünchKomm AktG<sup>4</sup> § 183 Rz 14.

91) Zur Unterscheidung zwischen Doppelmaßnahme und einheitlichem Vorgang im Kontext von *debt-equity-swaps* schon *Kastner*, JbI 1962, 209.

92) *Servatius* in Spindler/Stilz, AktG<sup>3</sup> § 183 Rz 13, § 185 Rz 47.

93) *Servatius* in Spindler/Stilz, AktG<sup>3</sup> § 185 Rz 47; vgl im Ergebnis auch *K. Schmidt*, NZG 2016, 7.

94) OGH 21.11.2013, 1 Ob 157/13i, VbR 2014, 55 (*St. Foglar-Deinhardstein*) = ÖBA 2014, 283 (*Hämmerle*) = ZIK 2014,

42 (*Kernbichler*) = *ecolex* 2014, 428 (*Fellner*) = *Zak* 2014, 166 (*Anzenberger*).

95) *St. Foglar-Deinhardstein*, VbR 2014, 56; *Kernbichler*, ZIK 2014, 42.

96) OGH 28.9.1995, 8 Ob 4/95; OGH 22.5.2003, 8 Ob 114/02a; OGH 11.1.2005, 10 Ob 73/04i; *Hochedlinger/Fuchs*, Stille Gesellschaft 106 f; *Trenker* in Torggler, UGB<sup>2</sup> § 179 Rz 16 f.

97) Dies gemäß § 187 Abs 1 UGB „soweit sie den Betrag des auf ihn [den stillen Gesellschafter] fallenden Anteils am Verlust übersteigt“.

98) OGH 28.9.1995, 8 Ob 4/95; zuletzt OGH 15.12.2014, 6 Ob 14/14y – „*Humanitas*“, NZ 2015, 107 (*Till*) = *ecolex* 2015, 128

(*Brugger*) = *GesRZ* 2015, 130 (*Karollus*) = *ZIK* 2015, 91 (*Reisch/Hampel*); kritisch *Trenker* in Torggler, UGB<sup>2</sup> § 187 Rz 5.

99) OGH 25.9.1997, 6 Ob 264/97k, *ecolex* 1998, 485 (*Konwitschka*); BGH 3.11.2015, II ZR 13/14, NZG 2015, 4; *J. Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 420; *Ettel* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 20 Rz 15 f; *Diregger* in Torggler, GmbHG § 52 Rz 28; *K. Schmidt*, NZG 2016, 7. S schon FN 85.

100) *Van Husen*, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital 387 ff; implizit auch *Nagele/Lux* in Jabornegg/Strasser, AktG II<sup>5</sup> § 166 AktG; *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 161 Rz 11.

dass (vorübergehend) nachrangiges Quasi-Eigenkapital endgültig in förmliches (und dauerhaft) nachrangiges Eigenkapital umqualifiziert wird. Diese Konvertierung ist nicht als Doppelmaßnahme – wie sie die Aufrechnung zweier gegenläufiger Forderungen im klassischen zivilrechtlichen Verständnis ist –, sondern als einheitlicher Vorgang zu begreifen. Da sich der Inferent dauerhaft seiner Gläubigerposition begibt, steht der Gläubigerschutz einem derartigen Sanierungsinstrument nicht entgegen. Die Möglichkeit, EKEG-gesperrtes Fremdkapital in definitives Eigenkapital umzuwandeln, kann nicht mit der Begründung verwehrt werden, dass das EKEG die Folgen der Umwandlung in Eigenkapital bereits (vorübergehend) vorwegnimmt.

UE ist ein *debt-equity-swap*, der eine gemäß § 14 EKEG gesperrte Forderung in Nennkapital umwandelt, grundsätzlich weder mit den Regeln des EKEG noch mit dem allgemeinen Grundsatz der Kapitalaufbringung unvereinbar. Vielmehr kann er regelkonform und vor allem effektiv zur Sanierung einer Gesellschaft beitragen. Bei Einhaltung der Sacheinlagevorschriften ist eine Gefährdung von Gläubigerinteressen nicht zu befürchten. Der etwaige Umstand der mangelnden Vollwertigkeit kann bei der Bewertung der Forderung einfließen. ♦

## Literaturverzeichnis

- Artmann / Rüffler / Torggler*, Gesellschafterpflichten in der Krise (2015).
- Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht Zusatzband I (2009).
- P. Bydlinski*, Die individuelle „Rückstehungserklärung“, in FS Iro (2013) 325.
- Dellinger / Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz Kurzkommentar (2004).
- P. Doralt / Nowotny / Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage (2012).
- Eckert*, Kapitalerhöhung gegen Verrechnung von Gesellschafterforderungen, GesRZ 2011, 218.
- Eckert*, Kapitalmaßnahmen in Sanierungsszenarien, in Konecny, Insolvenzforum 2011 (2012) 149.
- Eckert*, Flexibilisierung der Finanzierungsinstrumente im österreichischen Gesellschaftsrecht, in Fleischer/Kalss/Vogt, Aktuelle Entwicklungen im deutschen, österreichischen und schweizerischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht 2012 (213) 287.
- Edelmann*, Preisfragen im Übernahmerecht, GesRZ 2016, 19
- Florstedt*, Der Aufbau von Fremdkapitalpositionen mit dem Ziel einer schuldenbasierten Unternehmensübernahme, ZIP 2015, 2345.
- H. Foglar-Deinhardstein*, Nochmals zum Gläubigerschutz beim Formwechsel von der GmbH in die AG, GES 2016, 52.
- H. Foglar-Deinhardstein / Trettnak*, Überholender Kontrollwechsel im Zuge eines Aktienerwerbes zu Sanierungszwecken, GesRZ 2015, 99.
- St. Foglar-Deinhardstein*, Zulässigkeit eines mit Insolvenzverfahrensöffnung auflösend bedingten Forderungsverzichts, VbR 2014, 56.
- Gassner / Kusternigg*, Unternehmensnachfolge durch Verkauf des Unternehmens in der Krise – Gestaltungs- und Haftungsfragen, ZUS 2011, 3.
- Goette / Habersack / Kalss*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Auflage (2014).
- E. Gruber / H. Foglar-Deinhardstein*, Satzungsstrenge und neue Spielräume für „autonome“ Satzungsbestimmungen, GesRZ 2014, 73.
- Hartlieb / Zollner*, Sanierungsfusionen, ecolex 2015, 970.
- Hirschler / Reinhold*, Die Bilanzierung von Sanierungsinstrumenten im UGB, ZUS 2012, 136.
- Hochedlinger / Fuchs*, Stille Gesellschaft (2007).
- P. Huber*, Gedanken zum Sanierungsprivileg im österreichischen Übernahmerecht, in FS Reich-Rohrwig (2014) 35.
- Jabornegg / Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage (2011).
- Jaufer*, GmbH-Insolvenz: Unternehmensnachfolge als Sanierungsinstrument, ZUS 2011, 10.
- Kalss*, Ausgewählte Fragen zu Kapitalmaßnahmen, in Konecny, Insolvenzforum 2008 (2009) 193.
- Kalss*, Gesellschaftsrechtliche Regelungen zum Eigenkapital und Fremdkapital, in Konecny, Insolvenzforum 2011 (2012) 185.
- Kalss / Nowotny / Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008).
- Kanzler / Mader*, Sanierung um jeden Preis?, GmbHR 2012, 992.
- Karollus*, Umwandlung von Darlehen in Grund- oder Stammkapital: Ein gesellschaftsrechtlich zulässiger Vorgang?, ÖBA 1994, 501.
- Karollus*, Umgehung von Vorkaufsrechten durch Einbringung der belasteten Sache in eine Gesellschaft mit nachfolgender Anteilsveräußerung, JBl 2012, 559.
- Kastner*, Anmerkung zu OGH 4.10.1961, 6 Ob 327/61 EvBl 1962/685, 74 (JBl 1962, 209).
- Kernbichler*, Unwirksamkeit eines auflösend bedingten Forderungsverzichts?, ZIK 2014, 42.
- Kletečka / Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> (2015).
- Knauder / Schirk*, Kartellrechtliche Fragen in der Unternehmenskrise – Sanierungsinstrumente im Spannungsfeld von Wettbewerbssicherung und Unternehmenserhalt, ZUS 2011, 15.
- G. Kofler*, Der unbedingte Forderungsverzicht des Gesellschafters, in FS Ruppe (2007) 272.
- Konwitschka*, Kapitalerhöhung durch Verrechnung (1998).
- Konwitschka*, Verdeckte Sacheinlagen bei sanierenden Kapitalerhöhungen und deren Heilung, ecolex 2001, 183.
- Konwitschka*, Anmerkung zu OGH 25.03.2014, 9 Ob 68/13k, ecolex 2014, 617.
- Koppensteiner*, Forderungen gegen Beteiligungen?, in FS Torggler (2013) 627.
- Koppensteiner / Rüffler*, GmbH-Gesetz, 3. Auflage (2007).
- Kozioł / Bydlinski / Bollenberger*, ABGB Kurzkommentar, 4. Auflage (2014).
- Leupold*, Haftungsfragen bei Einbringung überschuldeter Einzelunternehmen, in Konecny, Insolvenzforum 2011 (2012) 89.
- Lutter / Hommelhoff*, GmbH-Gesetz, 18. Auflage (2012).
- G. Moser*, OGH bestätigt verdeckte Sacheinlagen auch in der AG und im Konzern, GES 2014, 371.
- G. Moser*, Verdeckte Sacheinlagen in der AG und im Konzern, AR aktuell 2014 H 3, 5.
- Ch. Nowotny*, Kapitalaufbringung durch Forderungen, RWZ 2007, 321.
- Pateter / Pirker*, Zur Rechtsnatur der Nachrangabrede, ZIK 2015, 217.
- Petritz*, Klassische Sanierungsinstrumente aus gesellschaftssteuerlicher Sicht, ZUS 2011, 24.
- J. Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004).
- Reisch / Hampel*, Aktuelles zum Verbot der Einlagenrückgewähr, ZIK 2015, 91.
- Rohregger*, Die falsch bewertete Sacheinlage – ein Vermögensnachteil für die Gesellschaft?, in Lewisch, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2014 (2014), 41.
- Röper / Zimmermann*, Schemes of Arrangement als Mittel zur Restrukturierung, RdW 2011, 332.
- Schimpl*, Kapitalerhaltung und Gewinnausschüttung bei Einbringungen (2011).
- K. Schmidt*, Umwandlung stiller Beteiligungen in GmbH-Geschäftsanteil, NZG 2016, 4.

*Schopper*, Die Sanierung österreichischer Gesellschaften mittels *Scheme of Arrangement*, in FS Torggler (2013) 1091.

*Schopper / Vogt*, Eigenkapitalersatzgesetz, Praxiskommentar zum EKEG (2003).

*F. Schuhmacher*, Forderungseinbringung gegen Eigenkapital bei der GmbH, in FS Aicher (2012) 729.

*Schummer*, Umwandlung einer Forderung in Nennkapital zum Nennwert? – Bilanzielle Betrachtungen zum Debt-Equity-Swap, in FS Jud (2012) 657.

*Schummer*, Wandelschuldverschreibungen, Mezzaninkapital & Co im Insolvenzverfahren, in Konecny, Insolvenz-Forum 2012 (2013) 105.

*P. Schwarzingner*, Besserungsvereinbarungen im Bilanzrecht, *ecolex* 1997, 529.

*Slonina*, Einbezug „hybrider Verfahren“, *ecolex* 2013, 205.

*Spiegelfeld / H. Foglar-Deinhardstein*, Sanierungsinstrumente in der Krise der Kapitalgesellschaft und Treuepflichten der Anteilseigner, in FS Torggler (2013) 1139.

*Spindler / Stilz*, Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Auflage (2015).

*Straube / Ratka / Rauter*, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (ab 2014).

*Taufner / Herzer*, Wandelschuldverschreibungen in der Emittenteninsolvenz, ÖBA 2012, 587.

*H. Torggler / Ch. Herbst*, Zur „Umwandlung“ von Aktionärsforderung, in FS Helbich (1990) 181.

*Torggler*, GmbH-Gesetz (2014).

*Torggler*, UGB<sup>2</sup> (2016).

*U. Torggler / H. Torggler*, Zur Einlageleistung durch Aufrechnung, in FS Nowotny (2015) 489.

*Trenker*, „Reflexvorteil“ und „Reflexschaden“ im Gesellschaftsrecht, *GesRZ* 2014, 10.

*Trettnak / H. Foglar-Deinhardstein*, „Genehmigtes Kapital“ bei der GmbH – Beschleunigte Equity-Investments von Neuinvestoren, CFO aktuell 2012, 210.

*Van Husen*, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital (1998).

*Varro*, Rahmenbedingungen und Besonderheiten der steuerlichen Begünstigung von Sanierungsmaßnahmen, ZUS 2011, 29.

*Wieneke / Hoffmann*, Der Erhalt der Börsennotierung beim echten und unechten Debt Equity Swap in der Insolvenz der börsennotierten AG, ZIP 2013, 697.

*Wiesner / Hirschler / Mayr*, Handbuch der Umgründungen (2014).

## Erster Kommentar auf Basis der neuen OGAW-V-RL

### InvFG - Investmentfonds- gesetz Kommentar

Bollenberger/Kellner (Hrsg.)  
2016, 1.568 Seiten, geb.  
ISBN 978-3-7073-3367-1  
EUR 228,-  
Erscheint im Juli 2016

AUCH  
**online**  
[www.lindeonline.at](http://www.lindeonline.at)

Autorenteam  
aus Legistik,  
Praxis und  
Wissenschaft



Preisänderungen und Irrtum vorbehalten. Preise Bücher inkl. 10 % MwSt.

[www.lindeverlag.at](http://www.lindeverlag.at)

**Linde**