

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

Zur Konvertierung von eigenkapitalersetzenden Forderungen in Nennkapital

Heinrich Foglar-Deinhardstein / Julie Vinazzler

Nach herrschender Lehre¹⁾ und Teilen der Firmenbuchpraxis²⁾ 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 Rechtsanwaltsanwältin 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 I⁹ § 60 AktG Rz 13; Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 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,³⁾ 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.⁴⁾ Im Übrigen kann der *debt-equity-swap* – in ähnlicher Weise wie der Kapitalschnitt oder auch in Kombination mit einem solchen⁵⁾ – 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 anstrebt⁶⁾ (oder unterstützen möchte),⁷⁾ 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,⁸⁾ 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:⁹⁾

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

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

Die Varianten 2 und 3 bleiben in diesem Beitrag außer Betracht.¹²⁾

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.¹³⁾ 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.¹⁴⁾

Bereits in einer älteren Rechtsprechungslinie hat der OGH – unter Übernahme der Judikatur des deutschen BGH¹⁵⁾ – 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.¹⁶⁾ 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;¹⁷⁾ 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; *Haritlieb/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*, AktG² § 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*, AktG² § 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*, AktG² § 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.¹⁸⁾ Ob die vom OGH seinerzeit vorgegebenen Kriterien für die Einbringung einer Forderung als *Sacheinlage* noch passend sind, erscheint daher im Einzelnen fraglich¹⁹⁾ (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*,²⁰⁾ 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.²¹⁾

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

◆ *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.²³⁾

◆ *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.²⁴⁾ 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,²⁵⁾ 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.²⁶⁾ Die *Unbedenklichkeit* wird nicht einmal bei der *einseitigen Aufrechnung* verlangt. ◆ *Gültigkeit* im Sinne von *Klagbarkeit* genügt.²⁷⁾ 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.²⁸⁾

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

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 Literatur³¹⁾ 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.³²⁾

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,³³⁾ 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 lösbaren³⁴⁾ – 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.³⁵⁾ 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.*“³⁶⁾

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.³⁷⁾

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.³⁸⁾

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 hL³⁹⁾ 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, GmbHG¹⁸ § 19 Rz 28, 32, 66; differenzierend auch *Schürnbrand* in MünchKomm AktG⁴ § 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, AktG² § 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 OGH⁴⁰⁾ postulierten Voraussetzungen: Unbedenklichkeit, Fälligkeit und Vollwertigkeit.⁴¹⁾ 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.⁴²⁾ Die Forderung müsse daher mit anderen Worten „liquide“⁴³⁾ 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.⁴⁴⁾

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.⁴⁵⁾

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.⁴⁶⁾ 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.⁴⁷⁾ Mangels Vollwertigkeit fehle es der (zumindest teilweise) uneinbringlichen Forderung an einem der realen Kapitalaufbringung gleichzuhaltenden Effekt, und

die Gesellschaft erhalte keine äquivalente Gegenleistung.⁴⁸⁾

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 Rsp⁴⁹⁾ und der hL⁵⁰⁾ 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.⁵¹⁾ 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“⁵²⁾ 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.“⁵³⁾ 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*, AktG² § 150 Rz 21.

42) *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I⁵ § 60 Rz 13; *Schopper* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 63 Rz 127.

43) *Konwitschka*, Kapitalerhöhung 117; *Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 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 I⁵ § 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*, AktG² § 150 Rz 21.

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

50) ZB *Ettel* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 20 Rz 18; *Heidinger/Schneider* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I⁵ § 20

Rz 14; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 63 Rz 15; *Schopper* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 63 Rz 132 ff; *Winner* in *MünchKomm AktG⁴ § 183 Rz 88*; *Konwitschka*, *ecolex* 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-Deinhardt* in *FS Torggler* 1157 f; *Trenker*, *GesRZ* 2014, 10.

52) EBRV BlgNr 124 GP XXII 3.

53) *Karollus*, *ÖBA* 1994, 514.