

**Bernhard ASTNER/Walter HERMANN/Klaus PATETER**

**Gedanken zu Gemeinsamkeiten und  
Unterschieden der verbotenen Einlagen-  
rückgewähr, der Insolvenzanfechtung  
und des Eigenkapitalersatzrechts**

**Inhaltsübersicht**

I.	Einleitung.....	260
II.	Das Verbot der Einlagenrückgewähr.....	261
A.	Grundlagen, Rechtsschutzziel und Tatbestand.....	261
B.	Rechtsfolgen.....	264
C.	Praktische Anwendungsfälle.....	266
D.	Zwischenergebnis.....	269
III.	Insolvenzanfechtung.....	270
A.	Grundlagen, Rechtsschutzziel und Tatbestand.....	270
B.	Rechtsfolgen.....	273
C.	Verhältnis der Insolvenzanfechtung zum Verbot der Einlagen- rückgewähr und vergleichende Betrachtung.....	274
1.	Anspruchskonkurrenz und materiell-rechtliche Konsequenzen.....	274
2.	Anfechtungsgegner.....	275
3.	Unzulässige Leistung an den Gesellschafter.....	276
D.	Praktische Anwendungsfälle.....	277
E.	Zwischenergebnis.....	279
IV.	Eigenkapitalersatzrecht.....	280
A.	Grundlagen, Rechtsschutzziel und Tatbestand.....	280
B.	Rechtsfolgen.....	281
C.	Verhältnis des Eigenkapitalersatzrechts zum Verbot der Einlagenrückgewähr und dem Anfechtungsrecht.....	283
1.	Rechtsverhältnis bei parallelen Rechtsfolgen.....	283
2.	Rechtsverhältnis bei jeweils abweichenden Rechtsfolgen.....	284
D.	Praktische Anwendungsfälle.....	285
V.	Conclusio.....	288

## I. Einleitung

In der Entscheidung 6 Ob 14/14y vom 15.12.2014 („Humanitas“) hatte der OGH die Frage zu beurteilen, ob die Verwendung eines Teils der Einlage eines stillen Gesellschafters in die Humanitas GmbH zur Abschichtung der Altgesellschafter zugunsten des neuen Gesellschafters einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr darstellt. Eine Besonderheit lag ua darin, dass dieses Abschichtungsszenario ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag über die stille Beteiligung abgebildet und vorgesehen war, sodass die Humanitas wirtschaftlich nie unmittelbar über den zur Abschichtung vorgesehenen Betrag verfügen sollte und konnte. Der OGH bejahte im Ergebnis einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr iW mit der Begründung, dass die Humanitas bei wirtschaftlicher Betrachtung ihrem neuen Gesellschafter zum Zweck der Kaufpreisfinanzierung einen Kredit gewährte, der in seiner Ausgestaltung einem Dritten nicht gewährt worden wäre und folglich als verdeckte Einlagenrückgewähr gewertet wurde.

Die Revision hatte gegen die Verwirklichung eines Einlagenrückgewährtatbestands ua die Entscheidung OGH 6 Ob 235/99y vom 24.02.2000 aufgegriffen und argumentiert, dass die Befriedigung eines Gläubigers des Insolvenzschuldners durch einen Dritten mit fremden Mitteln insolvenzrechtlich selbst dann nicht anfechtbar sei, wenn das Geld in das Vermögen des Insolvenzschuldners einfließe, dieses jedoch von vorn herein zweckgebunden ist. Andernfalls wäre die Masse ungerechtfertigt bereichert. Der OGH verwarf diesen Einwand mit der Begründung, es sei im gegenständlichen Fall nicht um die (insolvenzrechtliche) Gläubigerbenachteiligung auf Seiten des Anteilserwerbers, sondern um die Beurteilung der Frage gegangen, ob die finanzielle Last der Abschichtung der Altgesellschafter im konkreten Fall durch die Gesellschaft selbst getragen wurde. Dies sei vorliegend zu bejahen gewesen, das Argument der Revision verfange daher nicht.

Der vorliegende Beitrag soll keine neuerliche umfassende Besprechung der Humanitas-Entscheidung darstellen, sondern den ebengenannten Hinweis des OGH zum Anlass nehmen, die naturgemäß häufigen Bestrebungen von Insolvenzverwaltern, die Insolvenzmasse durch Inanspruchnahme der Gesellschafter zu mehren, aus verschiedenen rechtlichen Perspektiven zu beleuchten. Als Quellen derartiger verschuldensunabhängiger Rückersatzansprüche kommen vorrangig das Verbot der Einlagenrückgewähr, die Insolvenzanfechtung und das Eigenkapitalersatzrecht in Frage. Der vorliegende Beitrag soll die generellen Voraussetzungen für das Entstehen eines Rückersatzanspruchs iSd §§ 82 f GmbHG bzw §§ 52 ff AktG mit den Anforderungen für das Entstehen eines Anfechtungsanspruchs (insb nach § 30 Abs 1 Z 1 IO) sowie eines Rückersatzanspruchs nach §§ 2, 14 EKEG kontrastieren und anhand von Beispielen die Systematik sowie wesentliche Gemeinsamkeiten und Unterschiede der genannten Bestimmungen veranschaulichen.

## II. Das Verbot der Einlagenrückgewähr

### A. Grundlagen, Rechtsschutzziel und Tatbestand

Das Verbot der Einlagenrückgewähr ist ein wesentlicher Bestandteil des Kapitalerhaltungsgrundsatzes.<sup>1</sup> Es ist damit auch einer der natürlichen Gegenpole des im Kapitalgesellschaftsrecht vorherrschenden Trennungsprinzips, wonach Gesellschaftsvermögen und Privatvermögen strikt voneinander zu trennen sind<sup>2</sup> und Gläubiger einer Kapitalgesellschaft aus dem Vermögen ihrer Gesellschafter grundsätzlich keine Befriedigung erlangen können. Aus dem zwingenden Grundsatz der Kapitalerhaltung folgt die umfassende Bindung des Gesellschaftsvermögens. Das Vermögen der Gesellschaft darf somit nicht an ihre Gesellschafter ausbezahlt werden, sofern es sich nicht um den ordnungsgemäß festgestellten Bilanzgewinn oder um eine sonst im Gesetz vorgesehene Ausnahme handelt. Gemeinsam mit dem Grundsatz der Kapitalaufbringung sowie der insolvenzrechtlichen Insolvenzantragspflicht wird der Kapitalerhaltungsgrundsatz daher zur *trias* des kapitalgesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzsystems gezählt.<sup>3</sup>

Mit dem Gläubigerschutz ist bereits der unstrittige *telos* des Verbots der Einlagenrückgewähr angesprochen. Darüber hinaus gehen die Meinungen auseinander, inwieweit dies auch auf den Minderheitenschutz sowie bei börsennotierten AG auf Anlegerschutz zutrifft. *Auer* bspw führt nur den Gläubigerschutz an und begreift alles Weitere als nicht eigenständige Ziele.<sup>4</sup> *Bauer/Zehetner* führen auch den Schutz der Minderheitsgesellschafter an.<sup>5</sup> *Reich-Rohrwig* zufolge besteht der Gesetzeszweck sogar vor allem im Schutz der Minderheitsgesellschafter, wobei ferner auch potenzielle Anleger am Kapitalmarkt geschützt werden sollen.<sup>6</sup> Das Rechtsschutzziel zur Zielerreichung dieses *telos* ist im umfassenden Schutz des Gesellschaftsvermögens zu erblicken.

Der Tatbestand der verbotenen Einlagenrückgewähr findet sich in § 82 GmbHG sowie § 52 AktG. Die beiden Regelungen sind iW ident.<sup>7</sup> Demnach ist jede Leistung aus dem Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter in dieser Position verboten, es sei denn, es handelt sich um die ordnungsgemäße Verteilung des Bilanzgewinns oder einen sonstigen gesetzlichen Ausnahmetatbestand. Dabei ist aber nicht jede Leistungs- oder Austauschbeziehung verboten. Solche, bei denen der Gesellschafter wie ein Dritter behandelt wird („*at arm's length*“), sind weiterhin zulässig.<sup>8</sup> Maß-

1 *Napokoj*, Rückzahlungsansprüche der Aktiengesellschaft gegen Aktionäre aus dem Verbot der Einlagenrückgewähr, GeS 2011, 70.

2 *Winkler/Gruber* in *Gruber/Harrer* (Hrsg), Kommentar zum GmbHG (2014) § 61 Rz 25; *Aicher/Kraus* in *Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbHG (2015) § 61 Rz 4; *Gall* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz I<sup>2</sup> (2012) § 1 Rz 1; *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz<sup>5</sup> (2011) § 1 Rz 52.

3 *Zoidl*, Die Rückerstattungsansprüche bei verbotener Einlagenrückgewähr, GesRZ 2014, 87.

4 *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 82 Rz 3.

5 *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG (www.rdb.at) (2009) § 82 Rz 3 ff.

6 *Reich-Rohrwig*, Verbotene Einlagenrückgewähr bei Kapitalgesellschaften, *ecolex* 2003, 152.

7 *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 82 Rz 15.

8 *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> § 52 Rz 10; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I<sup>2</sup> § 52 Rz 23; *Köppel* in *U. Torggler* (Hrsg), Kommentar zum GmbH-Gesetz

geblich ist die Drittvergleichsfähigkeit der Gegenleistung.<sup>9</sup> Ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr liegt demnach dann vor, wenn die Gesellschaft das Geschäft nicht auch mit einem gesellschaftsfremden Dritten in derselben Form abgeschlossen hätte.<sup>10</sup> Es handelt sich dabei um eine objektive Bewertung, die *ex ante* zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorzunehmen ist.<sup>11</sup> Auf eine bilanzielle Betrachtung kommt es dabei nicht an, andernfalls eine fremdunübliche Kreditgewährung als Aktivtausch nicht erfasst wäre.<sup>12</sup> Auf eine *causa societatis*, sohin eine subjektive Vorstellung der Beteiligten, kommt es ebenso nicht an.<sup>13</sup> Kein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr liegt hingegen dann vor, wenn das inäquivalente Austauschgeschäft *betrieblich gerechtfertigt* ist. Vom Vorliegen einer betrieblichen Rechtfertigung ist auszugehen, wenn die Gesellschaft über ein ausreichendes Eigeninteresse am Abschluss des Geschäfts verfügt.<sup>14</sup>

Verbotsadressaten sind sowohl die Gesellschaft, weil nur diese selbst Leistungen aus ihrem Vermögen tätigen kann, wie auch ihre Gesellschafter. Obgleich Dritte (das sind alle, die nicht Gesellschaft oder Gesellschafter sind)<sup>15</sup> grundsätzlich nicht zum Verbotsadressatenkreis zu zählen sind, sind Ausnahmen ua dort erforderlich, wo der Dritte nur formal zwischengeschaltet und der Gesellschafter eigentlicher Nutznießer ist, sowie in Fällen der Kollusion und gleichzuhaltenden Sachverhalten.<sup>16</sup> Da die Erfassung Dritter im Gesetzeswortlaut aber keine Deckung findet, bedarf es immer einer gesonderten Begründung.<sup>17</sup> In bestimmten Fällen werden Leistungen an einen Dritten einem Gesellschafter zugerechnet. Dieser wird dann so behandelt, als hätte er die Leistung selbst empfangen (zu den Rechtsfolgen siehe sogleich unter II.B., Seite 265 f).<sup>18</sup> Als Zurechnungsmomente kommen insb Veranlassung durch einen Gesellschafter und Zurechnung des wirtschaftlichen Vorteils in Betracht.

Ein Verstoß liegt demnach dann vor, wenn die fremdunübliche Leistung an einen Dritten auf Veranlassung eines Gesellschafters erfolgt ist.<sup>19</sup> Auf einen Vorteil des Dritten kommt es dabei nicht an.<sup>20</sup> Vereinzelt wird das unqualifizierte Veranlassungsprinzip unter Verweis auf das Schadenersatzrecht aber schon im Grundsatz kritisiert, weil die Veranlassung nicht erklären könne, dass der Ge-

---

(2014) § 82 Rz 20.

9 Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I<sup>2</sup> § 52 Rz 11 ff.

10 Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> § 52 Rz 11; Köppl in U. Torggler, GmbHG § 82 Rz 18; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I<sup>2</sup> § 52 Rz 24 ff.

11 Köppl, Das „Verbot der Einlagenrückgewähr“ unter besonderer Berücksichtigung Dritter (2014) 29 f.

12 Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) 174.

13 Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> § 52 Rz 15.

14 Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I<sup>2</sup> § 52 Rz 71.

15 Köppl, Einlagenrückgewähr 2.

16 Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I<sup>2</sup> § 52 Rz 38.

17 Köppl, Einlagenrückgewähr 49.

18 Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I<sup>2</sup> § 52 Rz 47.

19 Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> § 52 Rz 31; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I<sup>2</sup> § 52 Rz 49; Bauerl/Zehetner in Straubel/Ratka/Rauter, GmbHG § 82 Rz 87L OGH 20.01.2000, 6 Ob 288/99t SZ 73/14; OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/02f SZ 2003/133; OGH 14.09.2011, 6 Ob 29/11z RWZ 2011/94 (Wenger); RIS-Justiz RS0105518 (T1).

20 Bauerl/Zehetner in Straubel/Ratka/Rauter, GmbHG § 82 Rz 87.

sellschafter etwas erhalten hätte, ihm also Vermögen *rückgewährt* wurde.<sup>21</sup>

Ebenso erfasst werden Leistungen, die wirtschaftlich gesehen dem Gesellschafter zukommen. Als augenscheinliches Beispiel gelten Leistungen der Gesellschaft an Dritte auf Rechnung des Gesellschafters<sup>22</sup> oder Fälle, in denen der Dritte im Innenverhältnis zur Weiterleitung der Leistung an den Gesellschafter verpflichtet ist. Der Dritte ist dann wirtschaftlich betrachtet nämlich nur der Vertreter des Gesellschafters.<sup>23</sup> In diesem Kontext ebenfalls zu erwähnen sind Zuwendungen der Gesellschaft an eine dritte Gesellschaft, an welcher wiederum derselbe Gesellschafter beteiligt ist. Insgesamt herrscht im Schrifttum Uneinigkeit darüber, ob eine Mehrheitsbeteiligung der empfangenden Gesellschaft Voraussetzung für das Vorliegen der Einlagenrückgewähr sein und zum vollen Betrag der Leistung zugerechnet werden soll,<sup>24</sup> oder ob der Betrag nur im Ausmaß der Beteiligung zuzurechnen ist.<sup>25</sup> Andere wiederum wollen überhaupt auf die Relation der Beteiligungshöhe an der leistenden bzw der empfangenden Gesellschaft abstellen und verlangen für einen Verstoß eine höhere Beteiligungsquote bei der empfangenden Gesellschaft.<sup>26</sup>

Bemerkenswert ist, dass im Schrifttum zur Beurteilung einer allenfalls vorliegenden verbotenen Einlagenrückgewähr zwar regelmäßig auf die Begriffe *Vermögen* oder *Gesellschaftsvermögen* (das schließlich *umfassend* geschützt sein soll) abgestellt wird, dabei aber nicht erklärt wird, wie weit deren Begriffshorizont reichen soll. Auch vielzitierte Leitsätze, wonach es auf eine bilanzielle Betrachtung nicht ankomme,<sup>27</sup> schaffen idZ nur eingeschränkt Klarheit. Vor dem Hintergrund des Normzwecks iSd Schutzes der wirtschaftlichen Interessen von Gläubigern und Minderheitsgesellschaftern ist aber klar, dass das von § 82 GmbHG bzw § 52 AktG geschützte Gesellschaftsvermögen jedenfalls sämtliche *Aktiva* der Gesellschaft umfasst. In Anlehnung an das Schrifttum zum bürgerlich-rechtlichen Vermögensbegriff und § 1409 ABGB ließen sich diese Aktiva als Summe aller geldwerten Güter einer (im konkreten Fall juristischen) Person definieren.<sup>28</sup> Daraus, dass die Definition im Kontext mit der entgeltlichen Übertragung von Vermögen, also der *Übertragung von Eigentum* an diesen einzelnen Vermögensbestandteilen, geregelt wird, ist außerdem zu schließen, dass die sachenrechtliche Eigentumszuordnung *erster* Anknüpfungspunkt zur Abgrenzung des Gesellschaftsvermögens sein muss.

Die Analyse von Schrifttum und Judikatur zeigt allerdings, dass das geschützte *Gesellschaftsvermögen* iSd § 82 GmbHG bzw § 52 AktG in Anwendung der anzustellenden wirtschaftlichen Betrachtung sogar über jene Vermögenswerte, über die die Gesellschaft verfügen kann, hinausreichen kann: So vertritt *Saurer* zutr, dass die unentgeltliche Überlassung einer Geschäftschance an den Gesellschafter nicht in allen Situationen eine verbindliche Rechtsposition der Gesellschaft gegenüber ihrem potenziellen Geschäftspartner voraussetzt. Vielmehr

21 *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 82 Rz 25 ff.

22 *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> § 52 Rz 31; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I<sup>2</sup> § 52 Rz 50.

23 *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I<sup>2</sup> § 52 Rz 48.

24 Vgl *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I<sup>2</sup> § 52 Rz 52.

25 *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 82 Rz 29 f.

26 *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> § 52 Rz 32.

27 *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen 174.

28 *Lukas* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON<sup>1,01</sup> (www.rdb.at) (2015) § 1409 mwN.

wäre auch hier ein Drittvergleich zu bemühen und zu fragen, ob ein Dritter für die Überlassung der Geschäftschance eine Gegenleistung zu erbringen hätte.<sup>29</sup> Das bedeutet aber noch nicht zwingend, dass die Geschäftschance selbständig verwertbar wäre. Die einem Drittvergleich nicht standhaltende Übertragung einer Geschäftschance an den Gesellschafter ist also verboten, obwohl die Geschäftschance selbst im Übertragungszeitpunkt noch gar keinen Vermögenswert darstellt, sondern sich erwartungsgemäß erst durch ihre Verwirklichung als Vermögenswert im Gesellschaftsvermögen der Gesellschaft manifestieren wird. Gerade die einem Drittvergleich nicht standhaltende Übertragung einer Geschäftschance würde nämlich verhindern, dass sich diese als Vermögenswert im Gesellschaftsvermögen manifestiert. Ebenso liegt augenscheinlich ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr vor, wenn eine Gesellschaft (nach alter Rechtslage, als der Kreditvertrag grundsätzlich noch ein Realkontrakt war<sup>30</sup>) einen Kredit aufnimmt und die Bank anweist, die Kreditvaluta ihrem Gesellschafter auszubezahlen (die Bank soll im Beispiel redlich und das Kreditverhältnis daher wirksam sein).<sup>31</sup> Auch in diesem Fall ist der Gesellschaft nie ein Vermögenswert entstanden, zumal sie auch vor der Auszahlung an ihren Gesellschafter nie eine Forderung gegenüber der Bank hatte. Trotzdem liegt ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr vor, weil durch die Anweisung verhindert wurde, dass sich die Kreditvaluta im Gesellschaftsvermögen der Gesellschaft manifestieren konnten (und darüber hinaus freilich die Gesellschaft unabhängig davon die Kapitalkosten zu tragen gehabt hätte). Es zeigt sich also, dass Rechtshandlungen und vertragliche Ausgestaltungen auch dann einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verwirklichen können, wenn ein Vermögenswert nach dem engen (Gesellschafts-)Vermögensbegriff noch gar keinen Eingang ins Gesellschaftsvermögen gefunden hat; dies nämlich jedenfalls dann, wenn diese Rechtshandlungen oder vertraglichen Ausgestaltungen den Eingang von Vermögenswerten in das Gesellschaftsvermögen auf fremdunübliche Weise verhindern würden. Dass überdies neben dem zivilrechtlichen Eigentum auch rein wirtschaftliches Eigentum der Gesellschaft im Zuge der anzustellenden wirtschaftlichen Betrachtung geschützt sein muss, braucht an dieser Stelle nicht weiter erläutert zu werden.

## B. Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr sind die Sanktion mit absoluter Nichtigkeit und der daraus abgeleitete Rückgewähranspruch iSd § 83 GmbHG bzw § 56 AktG.

Bei offenen Verstößen, also solchen, bei denen der verbotswidrigen Leistung überhaupt keine Gegenleistung des empfangenden Gesellschafters gegenübersteht, vertritt die mittlerweile hM, dass sowohl Verpflichtungs- als auch Verfügungsgeschäft gem § 879 ABGB iVm § 82 GmbHG bzw § 52 AktG absolut und zur Gänze nichtig sind.<sup>32</sup>

---

29 Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I<sup>2</sup> § 52 Rz 79.

30 Vgl nur Koziol/Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup> (2007) 206 f.

31 Dasselbe Beispiel ließe sich nach der aktuellen Rechtslage durch eine entsprechende Vertragsgestaltung konstruieren.

32 Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I<sup>2</sup> § 52 Rz 116.

Bei **verdeckten Verstößen**, also solchen, bei denen der verbotswidrigen Leistung eine fremdunübliche Gegenleistung gegenübersteht, ist strittig, wann es zu Gesamt- oder Teilnichtigkeit kommen soll. Manchen zufolge soll dabei auf den Verbotszweck und sohin darauf abgestellt werden, welche Art von Nichtigkeit dem angestrebten Erhalt des Gesellschaftsvermögens zuträglicher ist.<sup>33</sup> Anderen zufolge soll auf den hypothetischen Parteiwillen abgestellt und gefragt werden, ob das Geschäft auch zu fremdüblichen Konditionen geschlossen worden wäre, was zu bloßer Teilnichtigkeit führen würde.<sup>34</sup> Wiederum andere meinen, dass der Gesellschaft stets ein Wahlrecht zukommen solle.<sup>35</sup> Die Frage wurde vom OGH wohl zu Gunsten des hypothetischen Parteiwillens entschieden.<sup>36</sup> Jedenfalls aber ist das Verbot der Einlagenrückgewähr zwingender Natur und sind Verstöße aufgrund der Sanktion mit absoluter Nichtigkeit vAw wahrzunehmen.<sup>37</sup> Die verdeckten Verstöße sollen im Fokus der nachfolgenden Ausführungen stehen.

In logischer Ergänzung dazu normieren § 83 GmbHG und (implizit) § 56 AktG einen Rückgewähranspruch der Gesellschaft gegen den verbotswidrig empfangenden Gesellschafter. Gläubiger ist somit jedenfalls die Gesellschaft selbst. Im Normalfall obliegt die Geltendmachung der Geschäftsführung bzw dem Vorstand, in der Insolvenz ist grundsätzlich der Insolvenzverwalter zur Geltendmachung berufen<sup>38</sup> (im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung wird das gem § 171 Abs 1 IO auch die Geschäftsführung bzw der Vorstand mit Zustimmung des Sanierungsverwalters können). Gegner des Rückerstattungsanspruchs ist grundsätzlich jener Gesellschafter, der die **rechtswidrige Leistung empfangen** hat.<sup>39</sup> *Hermann* zufolge handelt es sich beim Rückgewähranspruch nach § 83 GmbHG bzw § 56 AktG inhaltlich um einen speziell ausgestalteten Bereicherungsanspruch.<sup>40</sup> Diese inhaltliche Beurteilung gilt unabhängig davon, ob der Rückgewähranspruch nach der derzeit wohl hM in das dogmatische Kleid eines „gesellschaftsrechtlichen Rückgewähranspruchs“ gehüllt wird. Die Identifizierung des Leistungsempfängers bei verbotener Einlagenrückgewähr hat somit jenen Grundsätzen zu folgen, die iZm der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung fehlerhafter Rechtsgeschäfte entwickelt wurden. Daher ist im Einzelfall zu untersuchen, ob der (potenzielle) Anspruchsgegner überhaupt **bereichert** ist.<sup>41</sup> Insb in Grenzfällen und mehrpersonalen Verhältnissen ist die Anwendung dieser Grundsätze zur sachgerechten Identifizierung des Leistungsempfängers unerlässlich. Im Gegensatz zum allgemeinen Bereicherungsrecht weist der Anspruch aus § 83 GmbHG bzw § 56 AktG allerdings verschiedene Schärpen sowie auch Einschränkungen auf. Anders als im allgemeinen Bereicherungsrecht kann sich

33 *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> § 52 Rz 72.

34 *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I<sup>2</sup> § 52 Rz 122.

35 *Bauerl/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 82 Rz 77.

36 OGH 01.09.2010, 6 Ob 132/10w EvBl 2011/22 (*Feuchtmüller*) = GesRZ 2011, 47 (*Rüffler*) = immolex 2011/47 (*Cerha*).

37 *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> § 52 Rz 72; *Bauerl/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 82 Rz 72; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen 163 ff; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I<sup>2</sup> § 52 Rz 106.

38 *Köppel* in U. *Torggler*, GmbHG § 82 Rz 5 f.

39 *Bauerl/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 83 Rz 10; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I<sup>2</sup> § 56 Rz 8.

40 *Hermann*, Der Leistungsempfänger bei verbotener Einlagenrückgewähr (2016) 67 ff.

41 *Hermann*, Leistungsempfänger 76 f.

etwa die Anspruchshöhe nicht durch Redlichkeit des Empfängers reduzieren.<sup>42</sup> Demgegenüber schließen § 83 GmbHG bzw § 56 AktG den Anspruch aus, wenn die Beträge in gutem Glauben als Gewinnanteile bezogen wurden. Es gilt grundsätzlich die (relativ kurze) Verjährungsfrist von fünf Jahren ab dem Zeitpunkt der widerrechtlichen Zahlung. Nach intensiver Diskussion (etwa bei *Koppensteiner*<sup>43</sup>) entschied der OGH, dass die kurze Verjährungsfrist des § 83 GmbHG bzw § 56 AktG der Geltendmachung eines Rückersatzanspruchs nach allgemeinem Bereicherungsrecht, welcher grundsätzlich erst nach 30 Jahren verjährt, nicht entgegensteht.<sup>44</sup>

Dritte können nur unter allgemeinen Grundsätzen zum Rückersatz verpflichtet werden.<sup>45</sup> Dies ist der Fall bei Kollusion oder aufgrund einer sinngemäßen Anwendung der Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht. Ist sich bspw ein empfangender Dritter dessen bewusst, dass ein gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßender Sachverhalt vorliegt, wird er auch selbst der Gesellschaft gegenüber rückersatzpflichtig. In Ergänzung dazu hat der OGH in Anwendung der Grundsätze über den Missbrauch von Vertretungsmacht kreditgewährenden Banken entsprechende Nachforschungspflichten auferlegt, wenn sich das Wissen um die Verbotsverletzung der Bank geradezu aufdrängen musste.<sup>46</sup> Generell aber, wenn also kein Vertragsverhältnis mit der Gesellschaft besteht, unterliegt der Dritte keiner Nachforschungspflicht.<sup>47</sup>

### C. Praktische Anwendungsfälle

Die bisherigen Ausführungen sollen nun anhand dreier idealtypischer Beispiele grafisch dargestellt und erläutert werden. Die Beispiele werden (teilweise in Abwandlung) auch dazu dienen, in weiterer Folge die Unterschiede der hier behandelten Rechtsinstitute herauszuarbeiten. Strichlierte Linien zeigen dabei Rechtsverhältnisse an, durchgehende Pfeile stehen für Forderungen und strichlierte Pfeile stellen Zahlungsströme dar. M steht für die Mutter als Gesellschafterin, T für eine Tochtergesellschaft und D für einen Dritten (gegebenenfalls eine finanzierende Bank). Zur Vereinfachung (und soweit keine speziellen Ausführungen entgegenstehen) ist M die alleinige Gesellschafterin der T. Die Gesellschaftern sind allesamt GmbH.

---

42 *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I<sup>2</sup> § 56 Rz 8.

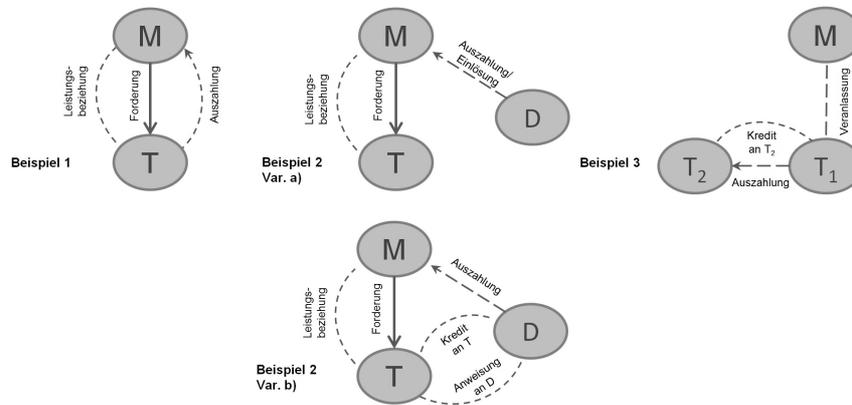
43 *Koppensteiner*, Zur Bedeutung der Verjährung nach § 83 Abs 5 GmbHG, § 56 Abs 4 AktG, GesRZ 2008, 75.

44 OGH OGH 13.09.2010, 6 Ob 110/12p GesRZ 2013, 38 (*Torggler*) = RWZ 2012/91 (*Wenger*).

45 *Artmann in Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> § 52 Rz 32; *Auer in Gruber/Harrer*, GmbHG § 82 Rz 21.

46 RIS-Justiz RS0105537.

47 *Köpl* in U. *Torggler*, GmbHG § 83 Rz 11.



### Beispiel 1

Beispiel 1 zeigt die Standardkonstellation einer möglichen verdeckten Einlagenrückgewähr. Aufgrund einer Leistungsbeziehung erhält der Gesellschafter eine Forderung gegen die Tochtergesellschaft. Ist das der Leistungsbeziehung zu Grunde liegende Rechtsverhältnis im Zuge eines Drittvergleichs als fremdunüblich zu qualifizieren und liegt eine betriebliche Rechtfertigung nicht vor, so ist das Rechtsverhältnis absolut und (je nach vertretener Meinung, idR aber) zur Gänze nichtig gem § 82 GmbHG iVm § 879 ABGB. Die dargestellte Forderung der M gegen T ist daher niemals wirksam entstanden und bewirkt die von T an M trotzdem erbrachte Auszahlung in Erfüllung dieser vermeintlichen Forderung eine verbotene Vermögensverschiebung zu Gunsten der M. T verfügt daher über einen Rückgewähranspruch iSd § 83 GmbHG gegen die M in Höhe der getätigten Auszahlung.

### Beispiel 2

Beispiel 2 zeigt in **Variante a)** jene Konstellation, welche die Revisionsweberin in OGH 6 Ob 14/14y, gestützt auf die Entscheidung OGH 6 Ob 235/99y, heranzog und argumentierte, dass die Befriedigung eines Gläubigers des Insolvenzschuldners durch einen Dritten mit fremden Mitteln insolvenzrechtlich – selbst wenn das Geld in das Vermögen des Insolvenzschuldners einfließe, dieses jedoch von vornherein zweckgebunden ist – nicht anfechtbar sei. Diese Ansicht des OGH lässt sich in Standardkonstellationen auch auf das Verbot der Einlagenrückgewähr übertragen: Ist die Leistungsbeziehung zwischen M und T fremdüblich oder liegt eine betriebliche Rechtfertigung vor, so ist der Anwendungsbereich des § 82 GmbHG schon von vornherein nicht eröffnet. Die Verbindlichkeit der T gegenüber M ist daher rechtswirksam entstanden. Wird diese nun von einem Dritten D getilgt, so kommt es zur Einlösung aufgrund einer Vereinbarung iSd § 1422 ABGB oder auf bereicherungsrechtlicher Grundlage gem § 1042 ABGB.<sup>48</sup> Nunmehr besteht die Verbindlichkeit der T infolge eines Gläubigerwechsels gegenüber D. Eine verbotene Einlagenrückgewähr wird durch die

48 Trenker, Anfechtung eines Gläubigerwechsels: Nachteiligkeit, GesRZ 2013, 58 (62).

Zahlung (selbstverständlich schon mangels Tatbestandsmäßigkeit des § 82 GmbHG) nicht bewirkt.

Auch durch die Zahlung des D an T wird grundsätzlich keine verbotene Einlagenrückgewähr verwirklicht. Dies gilt selbst dann, wenn das der Leistungsbeziehung zwischen M und T zugrundeliegende Rechtsgeschäft fremdunüblich und daher aufgrund eines Verstoßes gegen § 82 GmbHG nichtig ist. In diesem Fall ist die betreffende Verbindlichkeit der T gegenüber M niemals rechtswirksam entstanden, weswegen es keinesfalls zur Einlösung derselben kommen kann. Vielmehr hat D durch seine Zahlung an M eine Nichtschuld beglichen, die er bereicherungsrechtlich von M zurückfordern kann. Gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstößt die Zahlung aber nicht, weil das Vermögen der T mangels Einlösung nicht geschmälert wird. Daher hat T gegenüber M keinen Rückgewähranspruch.

Dieses Ergebnis könnte sich bei wirtschaftlicher Betrachtung uU dann ändern, wenn D doch ein Rückzahlungsanspruch gegenüber der T zukommt (bspw aus dem Titel des Schadenersatzes, weil T den D arglistig zur Zahlung bewegt hatte oder T sonst gegenüber D den Anschein erweckt hat, einer Verbindlichkeit gegenüber M ausgesetzt zu sein). Diesfalls wäre D tatsächlich nur ein Durchlaufposten der verbotswidrigen Zahlung an M, wobei T die wirtschaftliche Last zu tragen hätte.

Gänzlich anders zu beurteilen ist der Fall allerdings in der **Variante b)**, wenn das der Leistungsbeziehung zwischen M und T zugrundeliegende Rechtsgeschäft wegen § 82 GmbHG nichtig ist, D allerdings die Zahlung an M nicht in Erwartung eines Gläubigerwechsels, sondern deshalb tätigt, weil er der T einen Kredit in entsprechender Höhe gewährt hat und T den D nun anweist, die Kreditsumme der M in Erfüllung der vermeintlichen Forderung der M gegen T auszuführen. Sofern sich der Verdacht einer Einlagenrückgewähr dem D noch nicht geradezu aufdrängen musste,<sup>49</sup> unterlag D keiner Nachforschungspflicht. Der Kreditvertrag ist daher wirksam zu Stande gekommen. T trifft sohin eine Tilgungsverpflichtung gegenüber D in Höhe der Kreditvaluta samt Zinsen.

Im Unterschied zur Variante a) wurde in der Variante b) das Gesellschaftsvermögen der T durch die Auszahlung an M tatsächlich vermindert, weil T nicht auf die Kreditvaluta zugreifen kann, jedoch die Last der Kreditrückführung tragen muss. Somit handelt es sich bei wirtschaftlicher Betrachtung um eine Leistung zu Gunsten der M auf Rechnung der T. Da es vor diesem Hintergrund keinen Unterschied machen kann, ob T den D anweist, den Kreditbetrag direkt an M ausbezahlen, oder T diesen erst selbst entgegennimmt und in weiterer Folge der M verbotswidrig ausbezahlt, verwirklicht D durch die Auszahlung an M den Verstoß gegen § 82 GmbHG. Dadurch ist M bereichert und daher Leistungsempfänger iSd § 83 GmbHG und der T zur Rückerstattung der verbotswidrig erhaltenen Zahlung verpflichtet.<sup>50</sup>

---

49 RIS-Justiz RS0105537.

50 In OGH 15.12.2014, 6 Ob 14/14y lag bei wirtschaftlicher Betrachtung ein ähnlicher Sachverhalt zu Grunde, wobei hier der kreditgewährende Dritte von dem Verbotswidrigkeit wusste und folglich der Vertrag über die stille Beteiligung (zT) nichtig war. Auch in diesem Fall bejahte der OGH die Verwirklichung eines Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr durch die Bewirkung der Auszahlung des Dritten an die Gesellschafterin. Eine krit Würdigung der Rechtsansicht würde in diesem Beitrag zu weit führen.

### **Beispiel 3**

Beispiel 3 zeigt eine typische Konzernkonstellation. M als Muttergesellschaft der beiden Tochtergesellschaften T<sub>1</sub> und T<sub>2</sub> veranlasst (allenfalls durch gesellschaftsrechtliche Weisung) die T<sub>1</sub>, der T<sub>2</sub> einen Kredit zu fremdunüblichen Konditionen (bspw ohne Verzinsung und Besicherung) zu gewähren, wobei keine betriebliche Rechtfertigung vorliegt. Die Konstellation verstößt (sofern man nicht mit *Auer* dem Veranlassungsprinzip schon im Grundsatz skeptisch gegenübersteht)<sup>51</sup> aus zweierlei Gründen gegen § 82 GmbHG: Einerseits veranlasst M die T<sub>1</sub> zu einer fremdunüblichen Auszahlung. Andererseits ist M auch an T<sub>2</sub> zu 100 % beteiligt, weswegen die fremdunübliche Leistung wirtschaftlich gesehen auch der M zukommt (sofern man nicht die Meinung vertritt, dass M für einen Verstoß gegen § 82 GmbHG an T<sub>2</sub> in größerem Ausmaß beteiligt sein müsste als an T<sub>1</sub>). Eine Gesellschafterweisung der M an T<sub>1</sub> wäre daher gem § 82 GmbHG iVm § 879 ABGB nichtig; das Gesellschaftsvermögen der T<sub>1</sub> vermindert sich durch die Auszahlung. T<sub>1</sub> verfügt daher über einen Rückforderungsanspruch gegen M iSd § 83 GmbHG wegen Veranlassung sowie aufgrund der 100 %-igen Beteiligung der M an T<sub>2</sub> in voller Höhe der Kreditvaluta. Ob auch der Kreditvertrag zwischen T<sub>1</sub> und T<sub>2</sub> nichtig ist, hängt davon ab, ob T<sub>2</sub> von der insgesamt verbotswidrigen Sachverhaltskonstellation wusste oder sich der Verdacht schon geradezu aufdrängen musste.<sup>52</sup> Insb in Konzernlagen wird dies freilich regelmäßig der Fall sein.

### **D. Zwischenergebnis**

Beispiel 1 veranschaulicht als Standardfall der verdeckten Einlagenrückgewähr die Systematik der §§ 82 f GmbHG bzw 52 ff AktG. In einem ersten Schritt ist das der Leistungsbeziehung zugrundeliegende Rechtsgeschäft auf Tatbestandsmäßigkeit iSd § 82 GmbHG bzw § 52 AktG zu untersuchen, wobei das Rechtsgeschäft bejahendenfalls nach § 879 ABGB absolut nichtig ist. Da die Gesellschaft durch die Leistung an ihren Gesellschafter damit eine Nichtschuld erbracht hat, kann sie gegen ihren Gesellschafter den speziell ausgestalteten Bereicherungsanspruch des § 83 GmbHG bzw § 56 AktG geltend machen.

Beispiel 2 zeigt in Variante a), dass der echte Gläubigerwechsel keinen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr darstellt. Dies ergibt sich schon daraus, dass in diesem Fall das Gesellschaftsvermögen nicht geschmälert wird. Da sich auch im Falle der Nichtigkeit des Rechtsverhältnisses zwischen der Gesellschaft und ihrem Gesellschafter wegen verbotener Einlagenrückgewähr keine Schmälerung des Gesellschaftsvermögens ergeben kann, wird auch in diesem Fall durch den (vermeintlichen) Gläubigerwechsel kein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verwirklicht, der zu einem Rückersatzanspruch der Gesellschaft iSd § 83 GmbHG bzw § 56 AktG führen könnte.

Anders zu beurteilen ist Beispiel 2 in Ausführung der Variante b), wenn nämlich die Gesellschaft selbst (etwa aufgrund eines wirksamen Kreditvertrags) die Last der fremdunüblichen Leistungserbringung an ihren Gesellschafter zu schultern hat. Da ihr in diesem Fall zwar wirksam eine Kreditverbindlichkeit entsteht, die korrespondierende Kreditvaluta aber ihrem Gesellschafter zukommt, verwirklicht die Auszahlung der Kreditvaluta an den Gesellschafter einen Verstoß gegen

---

51 *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 82 Rz 25 ff.

52 RIS-Justiz RS0105537.

das Verbot der Einlagenrückgewähr und kommt der Gesellschaft daher gegen den Gesellschafter ein Rückersatzanspruch iSd § 83 GmbHG bzw § 56 AktG zu.

In der typischen Konzernkonstellation aus Beispiel 3 hingegen wird der Gesellschafter ersatzpflichtig, obwohl er unmittelbar gar keine Leistung der Gesellschaft empfangen hat. Dies einerseits, weil er die fremdunübliche Leistung der Gesellschaft veranlasst hat und andererseits, weil ihm die fremdunübliche Leistung (in Abhängigkeit der hierzu vertretenen Meinung) wegen Beteiligung an der unmittelbar empfangenden Gesellschaft wirtschaftlich zugerechnet wird. Wie sich zeigen wird, kann es insb in derartigen Konzernkonstellationen zu interessanten Abweichungen der kapitalerhaltungs-, insolvenzanfechtungs- und eigenkapitalersatzrechtlichen Beurteilung kommen.

### III. Insolvenzanfechtung

#### A. Grundlagen, Rechtsschutzziel und Tatbestand

Will man sich der Bestimmung des Rechtsschutzziels – oder der Rechtsschutzziele – des Insolvenzanfechtungsrechts annähern, so ist ein kurzer Blick auf die Ziele des Insolvenzrechts an sich sowie die darauf aufbauende funktionelle Einbettung des Anfechtungsrechts in dasselbe empfehlenswert. Das Insolvenzrecht ist in seiner Grundfunktion ein Recht der Haftungsverwirklichung.<sup>53</sup> Im Vergleich zum Exekutionsrecht berücksichtigt es jedoch den Umstand der Mittelknappheit auf Seiten des Insolvenzschuldners und sieht vor diesem Hintergrund eine geordnete und gleichmäßige Durchsetzung und Befriedigung der Gläubiger vor („Generalexekution“).<sup>54</sup> Bis dahin gilt grundsätzlich, dass der Schuldner seine Gläubiger in vollem Umfang und in beliebiger Reihenfolge befriedigen darf.<sup>55</sup> Auf Gläubigerseite korrespondiert damit der im Exekutionsrecht verwirklichte Prioritätsgrundsatz.

Dieses Konzept ist jedoch nur so lange erträglich, als der Schuldner über ausreichend Vermögen verfügt, um sämtliche Gläubiger (rechtzeitig) zu befriedigen. Ist dies nicht mehr der Fall, würde eine ungeordnete Forderungsdurchsetzung und Schuldnerabwicklung zu nicht sachgerechten Bevorzugungen bzw Benachteiligungen einzelner Gläubiger führen und nicht nur eine geordnete, sondern darüber hinaus auch eine friedliche Haftungsverwirklichung gefährden. Dieser Problematik wird durch die Einbettung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung („*par condicio creditorum*“) in das Insolvenzrecht begegnet. Dazu ist es ua nötig, dem Schuldner mit Insolvenzeröffnung die Verfügungsbefugnis über das gesamte insolvenzunterworfenen Vermögen zu entziehen (§ 2

---

53 Nunner-Krautgasser, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (2007) 243 ff; dies, Allgemeines zum Insolvenzrecht: Grundlagen, Verfahrensarten, Schicksal des Schuldnerunternehmens und Rechtsdurchsetzung, in Nunner-Krautgasser/Reissner (Hrsg), Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht (2012) 21 (22) mwN; Dellinger/Oberhammer/Koller, Insolvenzrecht<sup>3</sup> (2014) Rz 6.

54 Nunner-Krautgasser, Schuld 205 ff; dies in Nunner-Krautgasser/Reissner, Praxishandbuch 21 mwN.

55 Astner, Die Anfechtung der inkongruenten Deckung (2006) 23; Rebernik in Konecny/Schubert (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (www.rdb.at) (2006) § 27 KO Rz 7; OGH 06.03.1974, 5 Ob 37/74; OGH 18.09.2002, 9 ObA 60/02t.

Abs 2 IO) und massebezogene Rechtshandlungen des Insolvenzschuldners für unwirksam zu erklären (§ 3 Abs 1 IO).<sup>56</sup> Ab diesem Zeitpunkt ist sichergestellt, dass der Schuldner keine (rechtswirksamen) Handlungen zum Nachteil der Gläubiger mehr setzen kann.

Da die genannten Bestimmungen jedoch an die formelle Insolvenzeröffnung anknüpfen, bleiben Rechtshandlungen zum Nachteil der Gläubiger vor Insolvenzeröffnung – sofern sie nicht ohnehin wegen Sittenwidrigkeit absolut nichtig sind – unangetastet (§ 2 Abs 1 IO). Dem Rechtsinstitut der insolvenzrechtlichen Anfechtung liegen aus dieser Problematik heraus iW zwei Gedanken zu Grunde: Zunächst sollen „verwerfliche“ Rechtshandlungen des Schuldners vor Insolvenzeröffnung, die die Befriedigungsaussichten der Gläubiger schon an sich beeinträchtigen, rückgängig gemacht werden können.<sup>57</sup> Dieses Ziel verfolgt auch die Anfechtung nach der AnFO.<sup>58</sup> Überdies will die insolvenzrechtliche Anfechtung, konkret die §§ 30, 31 IO, auch die Gleichmäßigkeit der Gläubigerbefriedigung sicherstellen und dadurch dem Grundsatz der *par condicio creditorum* im Rahmen der Generalexekution zum Durchbruch verhelfen.<sup>59</sup> Im Ergebnis werden insolvenzrechtliche Wertungen und Wirkungen so – unter den in den §§ 27 ff IO festgelegten Voraussetzungen, wozu insb auch subjektive Tatbestandsmerkmale zählen<sup>60</sup> – auf die Zeit vor der Insolvenzeröffnung erstreckt.<sup>61</sup>

Gegenstand der Anfechtung iSd §§ 27 ff IO sind Rechtshandlungen. Unerheblich ist, ob Rechtshandlungen rechtmäßig oder rechtswidrig vorgenommen worden sind.<sup>62</sup> Rechtshandlungen sind einerseits Rechtsgeschäfte, und zwar sowohl Verpflichtungs- als auch Verfügungsgeschäfte. Weiters sind auch bloße Realhandlungen vom Begriff der Rechtshandlung erfasst, soweit sie rechtliche Wirkungen hervorrufen.<sup>63</sup> Grundsätzlich ist nur die Anfechtung des „gesamten“ Rechtsgeschäfts möglich, nicht aber einzelner Teile davon, sofern mit dem Rechtsgeschäft, typischerweise mit einem Vertrag, ein einheitlicher Zweck erfüllt werden sollte.<sup>64</sup> Dies ist sachgerecht, ansonsten würde das Anfechtungsrecht dem Insolvenzschuldner die insolvenzbedingte Vertragsanpassung zulasten des Vertragspartners ermöglichen, weil für ihn vorteilhafte und für den späteren Schuldner nachteilige Vertragsbestandteile beseitigt werden könnten.<sup>65</sup> Dabei ist aber zu betonen, dass sehr wohl einzelne von mehreren von einer Rechtshand-

56 *Astner*, Anfechtung 23; *Koziol*, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung (1991) 17.

57 *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* (Hrsg), Österreichisches Insolvenzrecht I<sup>4</sup> (2000) § 27 KO Rz 3 f.

58 *König*, Die Anfechtung nach der Insolvenzordnung<sup>5</sup> (2014) Rz 1/2; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 27 KO Rz 3.

59 Vgl *König*, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 1/2; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 27 KO Rz 4; *Rebernik* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 27 KO Rz 9; Denkschrift zur Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung 39; OGH 26.04.2001, 6 Ob 37/01m.

60 *Astner*, Anfechtung 24 f.

61 *Riss*, Der Konkurs des Zedenten beim Factoring – Überlegungen zur Anfechtung der Unterlassung von Rechtsgeschäften, ÖBA 2006, 425 (426).

62 „Das Anfechtungsrecht moralisiert nicht!“, vgl *König*, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 3/4 mwN.

63 *König*, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 3/2 mwN.

64 *König*, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 3/8.

65 *König*, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 3/8.

lung ausgehende Wirkungen angefochten werden können.<sup>66</sup>

Während die Dauer der Vorwirkung gesetzlich klar geregelt ist (Fristigkeit<sup>67</sup>), fehlen hingegen konkrete Anhaltspunkte dafür, wie weit der Schutz „der Höhe nach“ reichen soll. § 27 IO spricht lediglich von der Unwirksamkeit jener Rechtshandlungen vor Insolvenzeröffnung, die das Vermögen des Schuldners betreffen.<sup>68</sup> Dennoch ist unbestritten, dass jede insolvenzrechtliche Anfechtung nur insoweit möglich ist, als durch die angefochtene Rechtshandlung die Gläubiger benachteiligt werden.<sup>69</sup> Grundvoraussetzung ist daher ein (objektiver) Nachteil für die Gläubiger, wobei dieser bereits vorliegt, wenn die Befriedigungschancen der Gläubiger nicht unerheblich beeinträchtigt werden.<sup>70</sup> Die Grenze der insolvenzrechtlichen Anfechtung liegt daher letztlich in der tatsächlichen Minderung des allgemeinen und zur Befriedigung der Insolvenzgläubiger vorgesehenen Befriedigungsfonds.<sup>71</sup>

Damit in engem Zusammenhang steht die Frage der Befriedigungstauglichkeit. Auch die Befriedigungstauglichkeit ist eine Grundvoraussetzung jeder insolvenzrechtlichen Anfechtung, die vom Insolvenzverwalter zu behaupten und zu beweisen ist.<sup>72</sup> Befriedigungstauglichkeit der Anfechtung und objektive Benachteiligung der Gläubiger sind in den meisten Fällen zugleich erfüllt oder nicht erfüllt.<sup>73</sup> Dennoch reicht die Befriedigungstauglichkeit notwendigerweise weiter als die objektive Benachteiligung, zumal die Befriedigungstauglichkeit einer Anfechtung – iSe möglichen Mittelzuflusses an die Masse – nicht auch zwingend voraussetzt, dass die Gläubiger durch die betreffende Rechtshandlung benachteiligt wurden.<sup>74</sup>

Die Befriedigung eines Gläubigers durch einen Dritten mit fremden Mitteln ist – weil nicht das Vermögen des Schuldners betreffend – im Regelfall nicht anfechtbar.<sup>75</sup> Die Leistung eines Dritten, der nicht selbst Schuldner des Insolvenzschuldners ist, bewirkt nur einen Wechsel in der Person des Gläubigers, ohne die Masse zu beeinträchtigen. Denn beim bloßen Gläubigerwechsel fehlt die

---

66 *König*, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 3/3.

67 Näher dazu etwa *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht<sup>3</sup> Rz 147: Aufgrund schutzwürdiger Interessen des Anfechtungsgegners und auch zur Rechtssicherheit sind Rechtshandlungen nicht schrankenlos und unbegrenzt anfechtbar. Die Anfechtungstatbestände erfassen nur jene Rechtshandlungen, die innerhalb einer bestimmten Frist vor Insolvenzeröffnung vorgenommen wurden. Diese gesetzlich vorgesehenen Fristen variieren nach dem Gewicht des Anfechtungsgrunds (zwischen sechs Monaten und zehn Jahren). Davon muss die Jahresfrist zur klagsweisen Geltendmachung der Anfechtungsansprüche ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens gem § 43 Abs 2 IO unterschiedenen werden.

68 Die Diskussion der dogmatischen Einordnung des Anfechtungsanspruchs muss hier außen vor bleiben.

69 *Rebermig* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 27 KO Rz 64.

70 *Rebermig* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 27 KO Rz 64 mwN.

71 *Rebermig* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 27 KO Rz 11.

72 *König*, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 5/2; OGH 26.05.1997, 6 Ob 2312/96k; OGH 24.02.2000, 6 Ob 235/99y SZ 73/37.

73 *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht<sup>3</sup> Rz 151.

74 Für weitgehende Deckungsgleichheit der genannten Anfechtungsvoraussetzungen *Astner*, Anfechtung 35 ff, 38; nunmehr auch *König*, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 5/3.

75 OGH 30.04.1992, 8 Ob 558/91 SZ 65/71 = ÖBA 1992/358 (*Kozio!*); siehe auch *König*, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 5/14.

Voraussetzung der Befriedigungstauglichkeit<sup>76</sup> bzw der Gläubigerbenachteiligung<sup>77</sup>, weil eine Rückgängigmachung die Forderung des leistenden (Neu-)Gläubigers zum Erlöschen brächte, jene des früheren Gläubigers aber wieder aufleben würde. All dies gilt jedoch nur insoweit, als der Neugläubiger nicht über eine bessere Rechtsposition gegenüber dem Schuldner verfügt. Nach übereinstimmender Lehre und Rsp wird daher die Befriedigungstauglichkeit in den Fällen bejaht, in denen der Neugläubiger Absonderungsrechte geltend machen oder mit gegen ihn schon bestehenden Forderungen der Insolvenzmasse aufrechnen konnte, seine Position im Konkurs somit besser war als die des befriedigten Gläubigers.<sup>78</sup> In diesen Fällen wirkt sich der durch die Befriedigung des früheren Gläubigers erfolgte Gläubigerwechsel zu Lasten der späteren Insolvenzmasse aus, die Position der übrigen Gläubiger verschlechtert sich.<sup>79</sup>

Die IO legt nicht ausdrücklich fest, wer im Anfechtungsprozess passivlegitimiert ist. Nach hA ist der Kreis der in Frage kommenden Personen jedoch nicht zu eng zu ziehen.<sup>80</sup> Grundsätzlich kommt als Anfechtungsgegner jeder in Frage, zu dessen Gunsten eine Rechtshandlung vorgenommen worden ist und der aus ihr einen Vermögensvorteil erlangt.<sup>81</sup> Die hA und Rsp beziehen auch mittelbar Begünstigte in den Kreis der Anfechtungsgegner mit ein, wenn die Rechtshandlung unter ihrer Mitwirkung oder zu ihren Gunsten vorgenommen wurde oder sie durch sie mittelbar oder unmittelbar einen Vermögensvorteil erlangt haben oder ihnen ein solcher Vermögensvorteil zugedacht war.<sup>82</sup> Gerade in Konstellationen, die von komplexen gesellschaftsrechtlichen Überlegungen geprägt sind, ist die Identifizierung des Anfechtungsgegners mitunter nicht einfach. *Trenker* sieht das maßgebliche Kriterium im gesellschaftsrechtlichen Kontext darin, ob dem mittelbar Begünstigten, etwa dem Gesellschafter, der Vorteil *uno actu* mit der Anfechtung gegen den unmittelbar Begünstigten, also der Gesellschaft, entzogen wird.<sup>83</sup> Ist dies der Fall, kommt lediglich die Anfechtung des primären Anfechtungsgegners in Betracht.<sup>84</sup>

## B. Rechtsfolgen

Der Anfechtungsanspruch ist nach hA ein Rechtsgestaltungsanspruch, der auf die Unwirksamkeitserklärung der angefochtenen Rechtshandlung im Verhältnis zwischen dem Anfechtungsgegner und den Gläubigern gerichtet ist.<sup>85</sup> Im Ver-

76 *König*, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 5/14; OGH 30.04.1992, 8 Ob 558/91 SZ 65/71 = ÖBA 1992/358 (*Koziol*).

77 OGH 21.11.1996, 6 Ob 2296/96g SZ 69/260.

78 OGH 06.05.1986, 5 Ob 506/85 SZ 59/79; OGH 21.11.1996, 6 Ob 2296/96g SZ 69/260 uva.

79 OGH 25.06.1998, 6 Ob 161/98i.

80 *König*, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 4/2; OGH 19.01.2008, 3 Ob 116/08t SZ 2008/168; OGH 24.02.2010, 3 Ob 213/09h ÖBA 2010/1644.

81 *König*, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 4/2; *Trenker*, Insolvenzanfechtung – Gesellschafter als Anfechtungsgegner, in *Artmann/Rüffler/Torggler* (Hrsg), Gesellschafterpflichten in der Krise (2015) 125 mwN; OGH 25.02.1988, 7 Ob 723/87 SZ 61/47; RIS-Justiz RS0064554.

82 *König*, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 4/2 mwN.

83 *Trenker* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Gesellschafterpflichten 124 ff mwN.

84 *Trenker* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Gesellschafterpflichten 124 f.

85 *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht<sup>3</sup> Rz 167.

hältnis zum Schuldner und Dritten bleibt die angefochtene Rechtshandlung wirksam. In der Praxis wird das Rechtsgestaltungsbegehren freilich mit einem Leistungsbegehren verknüpft oder überhaupt nur ein Leistungsbegehren gestellt. Die Judikatur erachtet dies als ausreichend, sofern der Anfechtungsgegner zu einer Leistung verhalten werden soll; ansonsten ist auch ein Rechtsgestaltungsbegehren erforderlich.<sup>86</sup>

Nach § 39 IO hat der Anfechtungsgegner an die Insolvenzmasse zu leisten, was durch die anfechtbare Handlung dem Vermögen des Schuldners entgangen oder daraus veräußert oder aufgegeben worden ist. Ist die Erfüllung dieses Naturalanspruchs untunlich oder unmöglich, so ist Geldersatz zu leisten.<sup>87</sup> Der Anfechtungsgegner kann nach § 41 Abs 1 IO die Rückerstattung einer allenfalls erbrachten Gegenleistung verlangen.

### **C. Verhältnis der Insolvenzanfechtung zum Verbot der Einlagenrückgewähr und vergleichende Betrachtung**

#### **1. Anspruchskonkurrenz und materiell-rechtliche Konsequenzen**

Zweifellos zielen sowohl die Insolvenzanfechtung als auch das Verbot der Einlagenrückgewähr auf den Schutz der Gläubiger ab.<sup>88</sup> Ihre Systematik und die Tatbestandsvoraussetzungen sind im Einzelnen jedoch – insb im Hinblick auf die subjektiven Tatbestandsmerkmale – sehr unterschiedlich ausgestaltet. Daher kann jedenfalls nicht von einem *lex specialis*-Verhältnis ausgegangen werden.<sup>89</sup> Vielmehr besteht Anspruchskonkurrenz,<sup>90</sup> zumal Anfechtungs- und Rückerstattungsanspruch nach § 83 GmbHG bzw § 56 AktG demselben wirtschaftlichen Ziel dienen.<sup>91</sup>

Materiell-rechtlich stellt sich die grundsätzliche (und eher dogmatische) Frage, ob im Fall einer mit absoluter Nichtigkeit sanktionierten verbotenen Einlagenrückgewähr überhaupt noch Raum für eine insolvenzrechtliche Anfechtung besteht. Schließlich fehlt die Notwendigkeit, ein ohnehin absolut unwirksames Rechtsgeschäft<sup>92</sup> noch einmal (den Gläubigern gegenüber) für unwirksam zu erklären. Die gestellte Frage ist dennoch zu bejahen.<sup>93</sup> Da – wie erwähnt – auch bloße Realhandlungen mit rechtlicher Wirkung der Anfechtung unterworfen sein können, wäre in der aufgezeigten Konstellation die Anfechtung einer solchen ausreichend; die absolute Nichtigkeit nach § 82 GmbHG bzw § 52 AktG hätte das Gericht vAw als Vorfrage zu beurteilen. Zudem zielt etwa die Anfechtung nach § 30 Abs 1 IO auf die vorgenommene Sicherstellung oder Befriedigung ab, nicht aber auf das zugrunde liegende Rechtsgeschäft. Vielmehr ist es für die

---

86 OGH 03.12.1986, 1 Ob 655/86 SZ 59/216.

87 *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzsrecht<sup>3</sup> Rz 168.

88 *Trenker*, Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen (2012) 126 ff; *ders* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Gesellschafterpflichten 133 ff.

89 *Trenker* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Gesellschafterpflichten 133 f; vgl *Haas*, Kapitalerhaltung, Insolvenzanfechtung, Schadenersatz und Existenzvernichtung – wann wächst zusammen, was zusammengehört? ZIP 2006, 1373 (1375).

90 Vgl nur *Koziol/Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I<sup>14</sup> (2015) Rz 126 f.

91 *König*, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 18/47.

92 *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 82 Rz 63 mwN.

93 AA noch *Astner*, Anfechtung 145.

Anwendbarkeit der Norm gleichgültig, ob der Sicherstellung oder Befriedigung ein gültiges Rechtsgeschäft zugrunde lag. Für die Anfechtung der inkongruenten Deckung nach Z 1 leg cit kommt es bloß darauf an, dass der Gläubiger das Geleistete „nicht oder nicht in der Art oder nicht in der Zeit zu beanspruchen hatte“.<sup>94</sup> Nach dem ersten Anwendungsfall „nicht (...) zu beanspruchen hatte“ sind auch Zahlungen ohne Rechtsgrund nach § 30 Abs 1 Z 1 IO anfechtbar.<sup>95</sup> Vorsichtshalber sollte der Insolvenzverwalter aber – wenn andere Anfechtungstatbestände erfüllt sind – freilich auch das der Leistung zugrunde liegende Rechtsgeschäft anfechten.

## 2. Anfechtungsgegner

Sowohl im Anfechtungsrecht als auch im Anwendungsbereich der §§ 82 f GmbHG bzw der §§ 52 ff AktG gilt der Grundsatz, dass passivlegitimiert nur sein kann, wer einen wirtschaftlichen Vorteil aus der betroffenen Rechtshandlung bzw Vermögensverschiebung erlangt hat.<sup>96</sup> Hier wie da ist nach richtiger Ansicht eine wirtschaftliche Betrachtungsweise nötig, um nicht Opfer von Verschleierungen durch „kreative Konstruktionen“ und „irreführende Benennungen“ zu werden.<sup>97</sup> Die Vornahme einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise darf aber selbstverständlich nicht alleiniges Dogma sein. Eine „echte“ mittelbare Begünstigung in Form eines bloßen Reflexvorteils rechtfertigt eine Anfechtung nicht.<sup>98</sup> Wie *Trenker* überzeugend herausgearbeitet hat, liegt in der „mittelbaren“ Begünstigung nach überkommenem Verständnis eigentlich eine unmittelbare Begünstigung; sie besteht lediglich nicht in einer augenfälligen Vermögensmehrung beim Begünstigten (zB Einräumung eines Veräußerungs- und Belastungsverbots). Von einer mittelbaren Begünstigung sollte daher eher beim Vorliegen eines bloßen Reflexvorteils gesprochen werden, der jedoch nicht zur Anfechtung berechtigt. Dies wird gerade am Beispiel der Erhöhung des Werts einer Beteiligung durch einen Mittelzufluss bei der Gesellschaft deutlich, die dem Gesellschafter zunächst keinen unmittelbaren Vorteil bringt. An diesem Beispiel zeigt sich im Übrigen auch ein wesentlicher Unterschied zum Verbot der Einlagenrückgewähr (siehe oben II.C., Seite 269, Beispiel 3).

Nur kurz angerissen sei die Frage, ob auch Dritte, die bei der anfechtbaren bzw gegen § 82 GmbHG/§ 52 AktG verstoßenden Rechtshandlung mitgewirkt haben, anfechtungsrechtlich passivlegitimiert sein können. Im Bereich der Einla-

94 Dazu *Astner*, Anfechtung 45.

95 OGH 20.01.2016, 3 Ob 150/15b; vgl *König*, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 10/88 mwN; ebenso BGH 19.01.2012, IX ZR 2/11 BGHZ 192, 221 = KTS 2012, 324 (*Prütting*).

96 Zum hier nicht weiter behandelten Sonderfall der Mitwirkung des Gesellschafters ohne Vermögensvorteil *Trenker* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Gesellschafterpflichten 129 ff.

97 Für das Anfechtungsrecht: *König*, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 2/29; zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise *Trenker* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Gesellschafterpflichten 125 FN 9 mwN; krit zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise: P. *Bydlinski*, Anmerkung zu OGH 2 Ob 169/11h, ÖBA 2012, 613 (615 f); *Harrer*, Gesellschafter und Manager als Konsumenten, wbl 2010, 605 (608 f); *Schumacher*, Der Gesellschafter als Unternehmer, wbl 2012, 71 (72 ff); *Torggler*, Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit im Wirtschaftsprivatrecht, JBI 2011, 762 (770); OGH 19.03.2013, 4 Ob 232/12i ÖBA 2012, 633 (Weber).

98 *Trenker* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Gesellschafterpflichten 126 f.

genrückgewähr entspricht es der stRsp, dass auch die bloße Veranlassung rückerersatzpflichtig macht,<sup>99</sup> wobei mit Hinweis auf das Schadenersatzrecht Kritik geübt und die Frage nach der Trennlinie zur Kapitalerhaltung gestellt wird, wenn es nicht (auch) auf einen – wenngleich mittelbaren – Vermögenszufluss oder -vorteil beim Gesellschafter ankommt (siehe bereits oben II.B., Seite 262).<sup>100</sup> Ebenso strittig ist im Anfechtungsrecht, ob Personen als Anfechtungsgegner bloß deswegen in Betracht kommen können, weil sie an der anfechtbaren Rechtshandlung mitgewirkt haben (zB Ausführung einer Handlung als Geschäftsführer/Vorstandsmitglied), ohne einen Vorteil daraus zu ziehen.<sup>101</sup> UE ist diese Frage jedenfalls für die insolvenzrechtliche Anfechtung zu verneinen, zumal diese ausschließlich die Rückgängigmachung von Vermögensverschiebungen im weitesten Sinne bezweckt, die zum Vorteil bestimmter – dazu korrespondierend begünstigter – Personen vorgenommen worden sind. Abseits dessen sollte mit schadenersatzrechtlichen Instrumenten das Auslangen gefunden werden.

### 3. Unzulässige Leistung an den Gesellschafter

Ein Vergleich zwischen dem Verbot der verdeckten Einlagenrückgewähr und dem Anfechtungsrecht bietet sich – wie eingangs erwähnt – primär unter Heranziehung des § 30 Abs 1 Z 1 IO, der Anfechtung wegen inkongruenter Deckung, an. Freilich kann auch die Anfechtung nach § 29 IO bei unzulässigen Leistungen an die Gesellschafter möglich sein, hierfür wird jedoch nach hL die Erkennbarkeit der Freigiebigkeit der Leistung beim Empfänger verlangt,<sup>102</sup> weswegen § 29 IO in diesem Beitrag nicht weiter behandelt wird.

IdR verwirklicht eine verdeckte Einlagenrückgewähr den Tatbestand des § 30 Abs 1 Z 1 IO, weil dem solchermaßen Begünstigten die Sicherstellung oder Befriedigung „nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit“ zustand. Insoweit decken sich § 82 GmbHG/§ 52 AktG und § 30 Abs 1 Z 1 IO. Abgesehen davon ist der „Vermögensbegriff“ der §§ 27 ff IO aber – wie erwähnt – wohl enger als jener des § 82 GmbHG bzw § 52 AktG (siehe dazu bereits II.A., Seiten 263 f). Für die insolvenzrechtliche Anfechtung hat der OGH etwa klargestellt, dass zweckgebundene Kreditvaluten, die zur Befriedigung eines Dritten bestimmt sind, nicht dem Vermögen des Insolvenzschuldners zuzurechnen sind.<sup>103</sup> Mit Blick auf die subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 30 Abs 1 Z 1 IO ist festzuhalten, dass bei offenen Verstößen gegen § 82 GmbHG/§ 52 AktG eine Anfechtung nach § 30 Abs 1 Z 1 IO selbst dann möglich ist, wenn der empfangende Gesellschafter gutgläubig war.<sup>104</sup> Insoweit ist der Anwendungsbereich des § 30 Abs 1 Z 1 IO weiter als jener des § 82 GmbHG/§ 52 AktG.

---

99 OGH 20.01.2000, 6 Ob 288/99t SZ 73/14; OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/02f SZ 2003/133; OGH 14.09.2011, 6 Ob 29/11z RWZ 2011/94 (Wenger); RIS-Justiz RS0105518 (T1).

100 Auer in Gruber/Harrer, GmbHG § 82 Rz 26 f.

101 Trenker in Artmann/Rüffler/Torggler, Gesellschafterpflichten 129 ff.

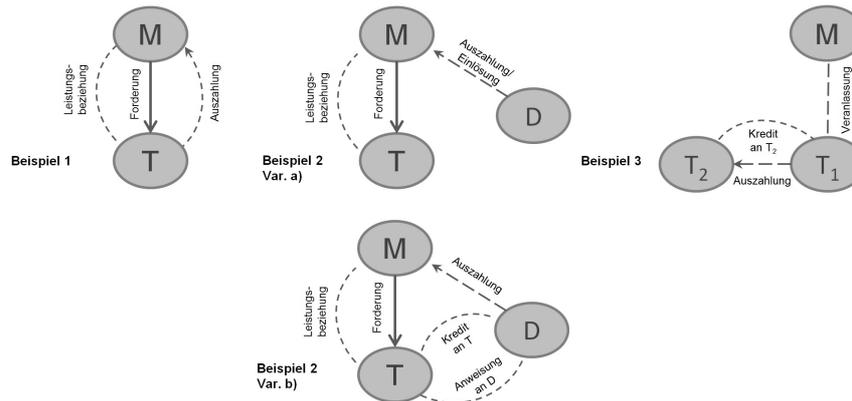
102 Astner, Anfechtung 125 ff; König, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 9/15.

103 Siehe dazu unten III.C.4., Beispiel 2., Seiten 277 ff.

104 Trenker, Insolvenzanfechtung 256 f; ders in Artmann/Rüffler/Torggler, Gesellschafterpflichten 143.

## D. Praktische Anwendungsfälle

Die vorstehenden Überlegungen sollen nun anhand der in II.C., Seiten 266 ff angesprochenen Anwendungsfälle aus anfechtungsrechtlicher Sicht untersucht werden.



### Beispiel 1

Die in Beispiel 1 von T an M erbrachte Leistung ist einer Anfechtung nach § 30 Abs 1 Z 1 IO nur deswegen unterworfen, weil § 82 GmbHG das Rechtsgeschäft mit Nichtigkeit sanktioniert. Grundsätzlich ist nämlich im Rahmen des § 30 Abs 1 Z 1 IO auf den materiell-rechtlichen Schuldinhalt abzustellen,<sup>105</sup> oder, wenn man von zahlenmäßig erfassbaren Ansprüchen ausgeht, auf das Nominale. Vor dem Hintergrund der absoluten Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts könnte man einwenden, M sei gar nie Gläubigerin der T geworden. Nach hA sind jedoch auch „Gläubiger von Forderungen“ aus nichtigen Rechtsgeschäften als solche iSd § 30 IO zu behandeln, zumal es wertungswidersprüchlich wäre, Insolvenzgläubiger der Anfechtung auszusetzen, nicht hingegen „Gläubiger“ aufgrund nichtiger Rechtsverhältnisse.<sup>106</sup>

Im Vergleich zu §§ 82 f GmbHG decken sich die Rechtsfolgen im Fall einer verdeckten Einlagenrückgewähr zumindest bei wirtschaftlicher Betrachtung: Während der Gesellschafter als Anfechtungsgegner einen Erstattungsanspruch nach § 41 IO hat, kommt dem nach § 83 GmbHG belangten Gesellschafter ein bereicherungsrechtlicher Anspruch gegen die Masse zu.

### Beispiel 2

Beispiel 2, **Variante a)** zeigt den für die Insolvenzanfechtung höchstgerichtlich bereits gelösten Fall eines „echten“ Gläubigertauschs.<sup>107</sup> Ist das Rechtsgeschäft

<sup>105</sup> *Rebermig* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze (2006) § 30 KO Rz 107; OGH 06.12.1977, 4 Ob 561/77; OGH 10.12.1981, 7 Ob 790/81 EvBl 1982/46; OGH 21.02.1990, 1 Ob 684/89 SZ 63/26; RIS-Justiz RS0064417.

<sup>106</sup> *Rebermig* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze (2006) § 30 KO Rz 55.

<sup>107</sup> *König*, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 5/14; OGH 26.01.1983, 3 Ob 656/82; OGH 15.11.1990, 7 Ob 644/90.

zwischen M und T fremdüblich und erwirbt D durch Zahlung an M mittels Einlösung rechtswirksam die Forderung gegenüber T, ändert sich für T nichts. Für T macht es ja (in dieser Grundkonstellation) keinen Unterschied, wem gegenüber sie eine Verbindlichkeit hat. Es fehlt an der objektiven Benachteiligung sowie der Befriedigungstauglichkeit der Anfechtung.<sup>108</sup> Das Vorgesagte gilt jedoch nur insoweit, als D dann nicht über eine bessere Rechtsposition gegenüber T verfügt. Nach übereinstimmender Lehre und Rechtsprechung wird die Befriedigungstauglichkeit nämlich dann bejaht, wenn D etwa Absonderungsrechte geltend machen oder mit bereits bestehenden Forderungen der Masse zulässigerweise (also im Einklang mit §§ 19 f IO) aufrechnen kann und ihre Position als Insolvenzgläubigerin somit besser ist als die der befriedigten M.<sup>109</sup> In diesen Fällen wirkt sich der durch die Befriedigung der M erfolgte Gläubigerwechsel zu Lasten der Insolvenzmasse aus, die Position der übrigen Gläubiger verschlechtert sich.<sup>110</sup> Gegen § 82 GmbHG würde derselbe Sachverhalt (allfällige Umgehungsgeschäfte ausgeklammert) hingegen schon deshalb nicht verstoßen, weil keine fremdübliche Leistung der T an M vorliegt.

Ist das Rechtsgeschäft zwischen M und T nichtig, so vollzieht sich überhaupt keine Forderungseinlösung. Da D keinen Anspruch gegenüber T erwirbt, ist dieser Vorgang anfechtungsrechtlich jedenfalls neutral.

Heikler stellt sich auch aus anfechtungsrechtlicher Sicht die **Variante b)** dar. Geht man zunächst von der Fremdüblichkeit der Leistungsbeziehung zwischen M und T aus, so ist die Befriedigung der M durch Zahlung des D auf Anweisung der T nach stRsp nur dann nicht anfechtbar, wenn der Zuzahlungsanspruch aus dem Kreditverhältnis zwischen T und D zur Befriedigung der T zweckgebunden ist.<sup>111</sup> Fehlt eine derartige Zweckbindung, so kann selbst bei Fremdüblichkeit der Leistungsbeziehung zwischen D und T Nachteiligkeit gegeben sein, weil die Kreditvaluten dem Vermögen der T zuzurechnen sind und von dort zu M abfließen. Eine Anfechtung kommt nach § 30 Abs 1 Z 1 IO dennoch nicht in Betracht, weil (bzw wenn) die Deckung kongruent ist. Insoweit laufen die Rechtsfolgen mit § 82 GmbHG gleich. Lediglich eine Anfechtung nach § 30 Abs 1 Z 2 IO (kongruente Deckung) und § 31 IO (Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit) ist weiterhin möglich.

Ist die Leistungsbeziehung zwischen M und T jedoch nicht fremdüblich und das Rechtsverhältnis damit nichtig, während die Leistungsbeziehung zwischen D und T rechtswirksam ist (siehe oben II.C., Seiten 267 f, Beispiel 2), so liegt die Benachteiligung der Gläubiger von T darin, dass T durch die Zahlung des D an M geleistet hat, obwohl M diese Zahlung nicht zustand. Gegenüber M hat T daher eine Nichtschuld beglichen, eine Anfechtung wegen inkongruenter Deckung liegt daher nahe. Anfechtbar ist in der Konstellation nach § 30 Abs 1 Z 1 IO nur die Befriedigung der M durch die Auszahlung auf Rechnung der T an M,

---

108 OGH 28.02.1990, 2 Ob 554/89 ÖBA 1991, 215 (*Schumacher*); OGH 30.04.1992, 8 Ob 558/91 SZ 65/71 = ÖBA 1992/358 (*Koziol*); OGH 21.11.1996, 6 Ob 2296/96g SZ 69/260; RIS-Justiz RS0064410 (T1).

109 OGH 06.05.1986, 5 Ob 506/85 SZ 59/79; OGH 21.11.1996, 6 Ob 2296/96g SZ 69/260; OGH 26.05.1997, 6 Ob 2312/96k uva; RIS-Justiz RS0064410 (T2).

110 OGH 25.06.1998, 6 Ob 161/98i; RIS-Justiz RS0064410 (T3).

111 *König*, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 5/15 FN 57; *Koziol/Koch* in *Koch/Koziol/Wiebe*, Bankvertragsrecht III<sup>2</sup> (2007) Rz 1/176; OGH 24.02.2000, 6 Ob 235/99y SZ 73/37; RIS-Justiz RS0064410 (T4).

wobei Anfechtungsgegner nur M, nicht aber D sein kann.<sup>112</sup> Die Zahlung des D an M ist gegenüber dem D nach § 30 Abs 1 Z 1 IO nicht anfechtbar, weil D zahlender Schuldner, nicht aber Gläubiger der T ist.<sup>113</sup>

Hat T den D bereits angewiesen, M aber die Anweisung noch nicht akzeptiert bzw D noch nicht bezahlt, käme noch die Anfechtung der Anweisung der T gegenüber D oder der Ermächtigung der M durch T nach § 28 IO in Betracht,<sup>114</sup> was aber wenig Sinn machen würde, weil D den Kreditvertrag im Einklang mit § 25a IO auflösen würde.

### **Beispiel 3**

Ist der Kreditvertrag zwischen T<sub>1</sub> und T<sub>2</sub> nichtig und verfällt T<sub>1</sub> in Insolvenz, so ist die Auszahlung der Kreditvaluta an T<sub>2</sub> nach § 30 Abs 1 Z 1 IO anfechtbar. Auf eine Veranlassung durch M oder deren mittelbare Begünstigung kommt es im Gegensatz zu § 82 GmbHG nicht an, weil M einen bloßen Reflexvorteil hat, der den daraus Begünstigten nach zutrA nicht zum Anfechtungsgegner macht. Der Insolvenzverwalter müsste sich daher auf § 82 GmbHG stützen.

## **E. Zwischenergebnis**

Beispiel 1 macht deutlich, dass eine nach § 82 GmbHG nichtige Leistungsbeziehung im zweipersonalen Verhältnis grundsätzlich auch die Anfechtbarkeit der dadurch inkongruent gewordenen Deckung nach § 30 Abs 1 Z 1 IO mit sich bringt. Die Anwendbarkeit und die Rechtsfolgen des § 82 GmbHG sind damit Anfechtungsvoraussetzung für § 30 Abs 1 Z 1 IO.

In Beispiel 2 zeigt sich zunächst in Variante a), dass der echte Gläubigertausch grundsätzlich weder nach § 82 GmbHG noch nach §§ 27 ff IO relevant ist. Unterschiedliche Wertungen zwischen den beiden Normenkomplexen werden jedoch sichtbar, wenn man bei der Prüfung der Befriedigungstauglichkeit die Anfechtbarkeit eines Gläubigertauschs bejaht, wenn der neue Gläubiger eine bessere Rechtsposition hat als sein Vorgänger. Dabei ist freilich einzuräumen, dass eine Anfechtung nach § 30 Abs 1 Z 1 IO mangels Inkongruenz dennoch nicht in Betracht kommt. § 30 Abs 1 Z 1 IO setzt in dieser Konstellation die Anwendbarkeit des § 82 GmbHG voraus.

In Variante b) liegt zunächst für den Fall der Fremdüblichkeit der Leistungsbeziehung zwischen M und T ein wesentlicher Unterschied zu § 82 GmbHG darin, dass die Anfechtbarkeit bei Zweckbindung der Kreditvaluten ausgeschlossen ist, weil diese nach hA nicht dem Vermögen des Insolvenzschuldners zuzu-

---

112 *Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 27 KO Rz 32; *Koziol/Koch in Koch/Koziol/Wiebe*, Bankvertragsrecht III<sup>2</sup> Rz 1/172; *Rebernik in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze (2006) § 27 KO Rz 52, § 30 KO Rz 27; vgl OGH 07.12.1995, 2 Ob 519/94 RdW 1996, 210; OGH 21.11.1996, 6 Ob 2296/96g SZ 69/260; OGH 17.05.2004, 1 Ob 45/03d EvBl 2004/202; OGH 06.07.2004, 4 Ob 100/04s.

113 *Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I<sup>4</sup> § 27 KO Rz 32; *Koziol/Koch in Koch/Koziol/Wiebe*, Bankvertragsrecht III<sup>2</sup> Rz 1/172; *Rebernik in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze (2006) § 30 KO Rz 29; OGH 13.09.1972, 7 Ob 151/72 EvBl 1973/182; OGH 14.06.1995, 3 Ob 515/95 SZ 68/114.

114 *Koziol/Koch in Koch/Koziol/Wiebe*, Bankvertragsrecht III<sup>2</sup> Rz 1/166.

ordnen seien, womit eine Benachteiligung der Gläubiger nicht vorliege.<sup>115</sup> Im Bereich des Verbots der Einlagenrückgewähr ist der OGH gerade dieser Ansicht – wie einleitend erwähnt – nicht gefolgt. Bei Fremdunüblichkeit und Nichtigkeit der Leistungsbeziehung zwischen M und T nach § 82 GmbHG ist grundsätzlich auch die Anfechtung der Deckung der M durch Anweisung des D durch die T nach § 30 Abs 1 Z 1 IO möglich. Anfechtungsgegner ist – ebenso wie Leistungsempfänger nach § 83 GmbHG – jedoch nur M, nicht aber D.

In Beispiel 3 zeigt sich schließlich wie in Beispiel 1, dass eine Anfechtung nach § 30 Abs 1 Z 1 IO wiederum die Fremdunüblichkeit und damit die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts für die Annahme einer inkongruenten Deckung voraussetzt. Darüber hinaus wird in Beispiel 3 besonders deutlich, dass die Bestimmung des Leistungsempfängers iSd § 83 GmbHG ganz anderen Regeln folgt als jene des Anfechtungsgegners nach §§ 27 ff IO. Daher kann M in Beispiel 3 wegen einer bloß mittelbaren Begünstigung oder Veranlassung zwar Leistungsempfänger nach § 83 GmbHG sein, als Anfechtungsgegner nach § 30 Abs 1 Z 1 IO kommt hingegen nur T<sub>2</sub> in Betracht.

## IV. Eigenkapitalersatzrecht

### A. Grundlagen, Rechtsschutzziel und Tatbestand

Der Kerngedanke des vor Inkrafttreten des EKEG durch Rsp und Schrifttum entwickelten Eigenkapitalersatzrechts<sup>116</sup> besteht darin, dass ein Darlehen, welches der Gesellschafter der Gesellschaft in der Krise gewährt, zum Schutz der Gläubiger wie Eigenkapital behandelt werden und daher während der Krise nicht zurückgefordert werden können soll.<sup>117</sup> Andernfalls würde nämlich das Sanierungsrisiko einer Gesellschaft auf die Gesellschaftsgläubiger überwältigt werden. Dass das teilweise als sanierungsfeindlich kritisierte Eigenkapitalersatzrecht beibehalten wurde, sei darauf zurückzuführen, dass es aus Gläubigerschutzsicht insgesamt positiv zu bewerten sei.<sup>118</sup> Der *telos* des Eigenkapitalersatzrechts ist daher wiederum im Schutz der Gläubiger zu erblicken, welche davor geschützt werden sollen, das Sanierungsrisiko tragen zu müssen. Das Rechtsschutzziel des EKEG zur Verwirklichung des Gläubigerschutzes liegt in der Bindung der in der Krise gewährten Finanzierung im Gesellschaftsvermögen sowie deren nachrangige Befriedigung im Insolvenzfall.

Der Grundtatbestand findet sich in § 1 EKEG, wonach ein Kredit, den ein Gesellschafter<sup>119</sup> seiner Gesellschaft (erfasst sind Kapitalgesellschaften, Genos-

---

115 Siehe FN 110.

116 Zur Entwicklung des Eigenkapitalersatzrechts vor dem EKEG: *Schummer*, Zur Rückzahlung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen, *ecolex* 1993, 312 ff; *ders*, Entwicklung und Stand im Recht der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterleistungen, *ÖJZ* 1996, 241 (241 ff); *ders*, Eigenkapitalersatzrecht (1998) 1 ff.

117 *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007) Rz 2348.

118 *Dellinger*, Ministerialentwurf zum EKEG – Grundlagen und Überblick, *ecolex* 2002, 316 (317); *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 2349.

119 *Kalss*, Allgemeine Fragen des Eigenkapitalersatzrechts, in *Kalss/Rüffler* (Hrsg), Eigenkapitalersatz im österreichischen, italienischen und slowenischen Recht (2004)

senschaften und die GmbH & Co KG<sup>120</sup>) in der Krise gewährt, Eigenkapital ersetzend ist. Eine Krise liegt gem § 2 EKEG dann vor, wenn Zahlungsunfähigkeit iSd § 66 IO, Überschuldung iSd § 67 IO oder die Kriterien der §§ 23 und 24 URG (und die Kriterien des Abs 2 EKEG) erfüllt sind (es sei denn, die Gesellschaft bedarf nicht der Reorganisation).<sup>121</sup> Aufgrund des ansonsten uneinheitlichen Krisenbegriffs kommt der gesetzlichen Definition im EKEG (bzw im URG) auch über das EKEG hinaus, wenn auch nicht normative, Bedeutung zu.<sup>122</sup> Der Kredit<sup>123</sup> iSd Eigenkapitalersatzrechts wird in § 3 EKEG definiert, wobei von einem weiten Kreditverständnis ausgegangen wird.<sup>124</sup> Da nach diesem weiten Begriffsverständnis jede bewusste Überlassung von Liquidität einen Kredit darstellt,<sup>125</sup> muss auch die Zuführung von Liquidität aufgrund eines gem § 82 GmbHG nichtigen Kreditvertrags den Kreditbegriff des EKEG erfüllen. Gem § 4 EKEG sind insb Kapitalgesellschaften erfasst. Nicht jeder Gesellschafter fällt in den Anwendungsbereich des EKEG. Gem § 5 EKEG sind Gesellschafter iSd § 1 EKEG nur solche, die an der betreffenden Gesellschaft iSd § 5 Abs 2 EKEG kontrollierend oder mit einem Anteil von zumindest 25 % beteiligt sind oder ein Gesellschafter, dem die Mehrheit der Stimmrechte zusteht, einen beherrschenden Einfluss auf eine Gesellschaft ausübt, selbst wenn er an dieser nicht beteiligt ist. Für die Gesellschafterstellung maßgeblicher Zeitpunkt ist jener der Kreditgewährung.<sup>126</sup>

## B. Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen werden durch § 14 EKEG geregelt. Demnach kann der Gesellschafter einen Eigenkapital ersetzenden Kredit samt die darauf entfallenden Zinsen nicht zurückfordern, solange die Gesellschaft nicht saniert ist.<sup>127</sup> Die Gesellschaft ist nicht saniert, solange sie zahlungsunfähig oder überschuldet ist oder Reorganisationsbedarf besteht oder einer dieser Umstände durch Rückzahlung des Eigenkapital ersetzenden Kredits eintreten würde. Dogmatisch handelt es sich dabei um eine gesetzlich angeordnete reine Zwangsstundung.<sup>128</sup> Dennoch geleistete Zahlungen hat der Gesellschafter der Gesellschaft rückzuerstatten. Der Anspruch verjährt in fünf Jahren ab Zahlung oder sonstiger Befriedigung,

---

9 (32 ff); *Karollus*, Persönlicher Anwendungsbereich des EKEG (erfasste Gesellschaften, erfasste Gesellschafter – ohne verbundene Unternehmen und Konzern), in *Dellinger/Keppert* (Hrsg), Eigenkapitalersatzrecht (2004) 71 (83 ff)

120 *Kalss* in *Kalss/Rüffler*, Eigenkapitalersatz 30 ff.

121 Das „Stehenlassen“ von vor Eintritt der Krise gewährten Krediten (sog Altkrediten) wird mangels Zuführung neuer Liquidität nicht mehr als Kreditgewährung iSd EKEG angesehen; *Dellinger*, Der sachliche Anwendungsbereich des EKEG, in *Dellinger/Keppert*, Eigenkapitalersatzrecht 55 (58 ff).

122 *Schulyok*, Krise statt Kreditunwürdigkeit und Entsperrung, in *Dellinger/Keppert*, Eigenkapitalersatzrecht 39 (43).

123 Zum Kreditbegriff des EKEG siehe *Dellinger* in *Dellinger/Keppert*, Eigenkapitalersatzrecht 57 f, 63 ff; *ders* in *Dellinger/Mohr* (Hrsg), Eigenkapitalersatz-Gesetz (2004) § 3 Rz 1 ff; *Kalss* in *Kalss/Rüffler*, Eigenkapitalersatz 43 ff.

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

125 *Trenker*, GesRZ 2013, 62.

126 *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 2387.

127 Vgl dazu ausführlich *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht (2004) 93 ff.

128 *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 14 Rz 3; *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 2425.

wenn die Gesellschaft nicht beweist, dass der Ersatzpflichtige die Widerrechtlichkeit der Zahlung kannte. Geltend zu machen ist der Anspruch außerhalb der Insolvenz von den vertretungsbefugten Gesellschaftsorganen, in der Insolvenz grundsätzlich vom Insolvenzverwalter (im Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung wird das gem § 171 Abs 1 IO auch der Schuldner mit Zustimmung des Sanierungsverwalters können). Gem § 57a IO sind Eigenkapital ersetzende Forderungen überdies in der Insolvenz der kreditnehmenden Gesellschaft nachrangig.<sup>129</sup> Gleichsam können Sicherheiten aus dem Gesellschaftsvermögen zugunsten des eigenkapitalersetzenden Kredits nicht verwertet werden.<sup>130</sup> Weiters können Gesellschafter, die den Kredit eines Dritten an die Gesellschaft während der Krise der Gesellschaft besichert haben, Regressansprüche gegenüber der Gesellschaft für die Dauer der Krise nicht durchsetzen (§ 15 Abs 1 EKEG).<sup>131</sup>

Die §§ 8 und 9 EKEG normieren besondere Tatbestände für Konzernlagen (die Wahl der Überschrift „Konzern“ für den § 9 EKEG ist insofern etwas irreführend). § 8 EKEG regelt die vertikale Kreditvergabe und bestimmt, unter welchen Umständen eine Muttergesellschaft auch als Gesellschafterin iSd § 1 EKEG gilt, wenn sie einen Kredit an ihre Enkelgesellschaft vergibt. In Anbetracht und Anlehnung an die bereits dargestellten beispielhaften Konstellationen iZm verbotener Einlagenrückgewähr und dem Anfechtungsrecht soll hier aber § 9 EKEG, der die horizontale Kreditvergabe regelt, mehr Platz gewidmet werden: Ist diesem zufolge der Kreditgeber mit anderen rechtlich selbständigen Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung oder kontrollierender Beteiligung (iSd § 5 EKEG) zusammengefasst, so gilt der Kreditgeber auch dann als erfasster Gesellschafter, wenn er nicht an der kreditnehmenden Gesellschaft beteiligt ist, er jedoch den Kredit auf Weisung eines anderen Konzernmitglieds gewährt, das am Kreditgeber unmittelbar oder mittelbar kontrollierend beteiligt ist (iSd § 5 EKEG) und erfasster Gesellschafter (iSd § 5 EKEG) des Kreditnehmers ist. Als Rechtsfolge hat der Kreditgeber, wenn der Kredit Eigenkapital ersetzend ist, einen Anspruch auf Erstattung der Kreditsumme gegen dieses Konzernmitglied. Was konkret unter der Weisung des § 9 EKEG zu verstehen ist, wurde teils intensiv diskutiert. Eine umfangreiche Diskussion findet sich bspw bei *Karollus*.<sup>132</sup> Insgesamt ist aufgrund der gesetzlichen Entstehungsgeschichte ein weites Begriffsverständnis zu Grunde zu legen; auf eine Weisung im gesellschaftsrechtlichen Sinn kommt es nicht an.<sup>133</sup> Als Untergrenze ist die Veranlassung zu sehen. *Telos* des § 9 EKEG ist laut *Koppensteiner* der Gedanke, Nachteile zu kompensieren, die abhängigen Gesellschaften auf Anordnung des übergeordneten Rechtsträgers entstanden sind.<sup>134</sup> Dies stimmt sicherlich im Hinblick auf den normierten Rückgewähranspruch der kreditgebenden Tochter gegenüber der anweisenden Gesellschafterin. Dass die Kreditvergabe selbst als Eigenkapital ersetzend angesehen wird, obwohl die kreditgebende Tochter an der kreditneh-

---

129 Vgl dazu *Pateter/Pirker*, Die Rechtsnatur der Nachrangabrede, ZIK 2015, 217.

130 *Mohr*, Das Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2003 im Überblick, in *Dellinger/Keppert*, Eigenkapitalersatzrecht 19 (32).

131 *Schummer*, EKEG und Insolvenzrecht, in *Dellinger/Keppert*, Eigenkapitalersatzrecht 143 (147 ff).

132 *Karollus*, Aktuelle Fragen der „Weisung“ iSd § 9 EKEG, in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Gesellschafterpflichten 97.

133 *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 9 Rz 8.

134 *Koppensteiner*, Aktuelle Probleme des EKEG, in FS Nowotny (2015) 369 (370 f).

menden Tochter nicht beteiligt ist, kann dieser Gedanke allerdings nicht erklären. Zusätzlich muss der *telos* somit auch wieder im Gläubigerschutz der kreditempfangenden Tochter gesehen werden.<sup>135</sup>

### **C. Verhältnis des Eigenkapitalersatzrechts zum Verbot der Einlagenrückgewähr und dem Anfechtungsrecht**

Das Verhältnis des Eigenkapitalersatzrechts zur verbotenen Einlagenrückgewähr wurde bisher vorwiegend iZm § 9 EKEG diskutiert. In typischen dieser Norm unterliegenden Sachverhaltskonstellationen kommt es nämlich oftmals zu einer Kollision der durch die beiden Rechtsinstitute normierten Rechtsfolgen. Bei einer Beurteilung rein nach dem Verbot der Einlagenrückgewähr würde der kreditgewährenden Konzerntochter nämlich regelmäßig ein Rückersatzanspruch gegen die kreditnehmende Konzerntochter zukommen. Gerade dieser Rückzahlungsanspruch ist aber bei einer Beurteilung rein nach § 9 EKEG durch die normierte Rückzahlungssperre gehemmt (das Problem wird unten anhand von Beispielen veranschaulicht).

#### **1. Rechtsverhältnis bei parallelen Rechtsfolgen**

Zur generellen Klärung des Verhältnisses des Eigenkapitalersatzrechts zur verbotenen Einlagenrückgewähr ist allerdings zu differenzieren, immerhin handelt es sich bei § 9 um einen Sondertatbestand des EKEG. Allgemein nämlich, wenn die angeordneten Rechtsfolgen des Eigenkapitalersatzrechts und der verbotenen Einlagenrückgewähr einander nicht widersprechen, gibt es uE keinen Grund anzunehmen, dass eines der beiden Rechtsinstitute das jeweils andere verdrängen sollte. Da die beiden Rechtsinstitute völlig unterschiedliche Tatbestandsmerkmale (zB Vorliegen einer Krise, Kreditgewährung; Fremdüblichkeit, betriebliche Rechtfertigung) aufweisen, kann nämlich von einem *lex specialis*-Verhältnis oder einer Derogation nicht die Rede sein. Ebenso wenig kann dem Gesetzgeber unterstellt werden, dass er durch die Schaffung des dem Gläubigerschutz dienenden EKEG den durch das Rechtsinstitut der verbotenen Einlagenrückgewähr gewährten Gläubigerschutz beschneiden wollte, wenn in konkreter Ausgestaltung dieselben Gläubiger geschützt werden sollen und damit dem Rückersatzanspruch aus verbotener Einlagenrückgewähr keine EKEG-spezifischen Wertungen entgegenstehen. In Konstellationen, in welchen die anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmale beider Rechtsinstitute erfüllt werden, muss somit alternative Anspruchskonkurrenz vorliegen; dies zumal jede bewusste Überlassung von Liquidität einen Kredit darstellt<sup>136</sup> und folglich auch die Zuführung von Liquidität aufgrund eines nichtigen Kreditvertrags den Kreditbegriff des EKEG erfüllt. Das gemeinsame wirtschaftliche Ziel besteht darin, die jeweils verbotswidrig an den Gesellschafter getätigte Auszahlung wieder im Gesellschaftsvermögen zu binden. Wie schon im Verhältnis zwischen Einlagenrückgewähr und insolvenzrechtlicher Anfechtung<sup>137</sup> kommen dann beide Gläubigerschutzinstrumente kumulativ und einander ergänzend zur Anwendung. Da das Verhältnis vorwiegend iZm § 9

---

135 So wohl auch *Trenker*, GesRZ 2013, 63.

136 *Trenker*, GesRZ 2013, 62.

137 *Trenker* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Gesellschafterpflichten 134.

EKEG diskutiert wird, sind allgemein formulierte Sätze wie „Die Rechtsfolgen einmal gewährter Kredite sind nicht nach Kapitalerhaltungs- sondern ausschließlich nach Kapitalersatzrecht zu beurteilen“ nicht unbedingt auch auf das Verhältnis außerhalb von § 9 EKEG zu beziehen: der konkrete Satz bspw entstammt einem Beitrag, der sich *ausschließlich* mit § 9 EKEG befasst.<sup>138</sup>

Diese Argumentation muss zum selben Ergebnis im Verhältnis des Eigenkapitalersatzrechts zum Anfechtungsrecht führen.<sup>139</sup> Da aufgrund völlig verschiedener Tatbestandsmerkmale (zB Vorliegen von Insolvenz, Fristigkeit, Gläubigerbenachteiligung, Kongruenz) eine *lex specialis* oder Derogation nicht vorliegen kann, kommen die drei Rechtsinstitute kumulativ und ergänzend zur Anwendung, sofern die anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmale der jeweiligen Rechtsinstitute erfüllt werden und sich Letztere in ihren Rechtsfolgen nicht widersprechen. Da die Ansprüche dem gleichen wirtschaftlichen Ziel, nämlich der Rückführung des unzulässiger Weise Geleisteten zum Schutz der Gläubiger, dienen, kann der Anspruchsberechtigte wiederum letztlich nur mit einem der drei Ansprüche durchdringen.

## 2. Rechtsverhältnis bei jeweils abweichenden Rechtsfolgen

Wie erörtert (und sogleich weiter unten veranschaulicht), kann es im Anwendungsbereich des § 9 EKEG zu jeweils gegenläufigen Rechtsfolgen der Rechtsinstitute der verbotenen Einlagenrückgewähr sowie des Eigenkapitalersatzrechts kommen. Ob in derartigen Fällen dem Eigenkapitalersatzrecht Vorrang gegenüber dem Kapitalerhaltungsrecht zukommen soll, wird intensiv diskutiert. Der als herrschend zu bezeichnenden Meinung zufolge soll es in derartigen Konstellationen zu einem generellen Vorrang des Eigenkapitalersatzrechts kommen.<sup>140</sup> *Koppensteiner* adaptiert diesen Ansatz gemeinsam mit *Rüffler* geringfügig dahingehend, dass dem Eigenkapitalersatzrecht erst ab dem Zeitpunkt der Kreditgewährung, dann aber jedenfalls, Vorrang einzuräumen ist.<sup>141</sup> *Dellinger* zufolge soll der Vorrang des Eigenkapitalersatzrechts schon aus dem Wortlaut des § 9 EKEG hervorgehen.<sup>142</sup> *Artmann* hingegen will diesen Vorrang negieren, wenn die veranlassende Konzernmutter nicht fähig oder willens ist, den eigenkapitalersatzrechtlichen Rückgewähranspruch zu erfüllen.<sup>143</sup> *Trenker* hingegen negiert den Vorrang des Eigenkapitalersatzrechts generell.<sup>144</sup> Wenngleich dies nicht der Rahmen ist, der anhaltenden Diskussion einen umfassenden Beitrag zu widmen, so spricht uE doch einiges für die hM. *Trenker* ist zwar zuzugestehen, dass § 9 EKEG auch ein gewisser Anwendungsbereich verbleibt, wenn man den Vorrang des Eigenkapitalersatzrechts negiert, da der zwischen den Tochtergesellschaften gewährte Kredit bspw bei Fremdüblichkeit oder betrieblicher Rechtfertigung nicht gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen muss.<sup>145</sup> Tatsächlich aber wird das Kriterium der Fremdüblichkeit in der Krise iSd EKEG fast nie gegeben

---

138 *Koppensteiner* in FS Nowotny 382.

139 So auch *König*, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 10/97; *Trenker*, Insolvenzanfechtung 240 ff; aA zuvor noch *Astner*, Anfechtung 199 f.

140 Siehe die Nachweise bei *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> § 52 Rz 60.

141 *Koppensteiner* in FS Nowotny 369.

142 *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 9 Rz 15.

143 *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>5</sup> § 52 Rz 60a.

144 *Trenker*, Insolvenzanfechtung 240 ff.

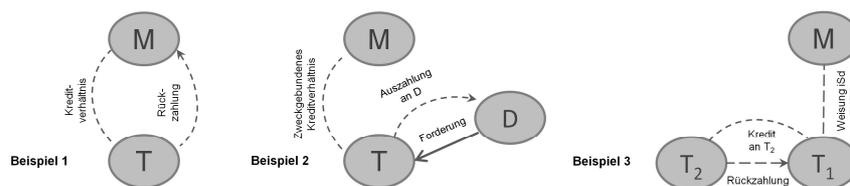
145 *Trenker*, GesRZ 2013, 63.

sein, wodurch der Anwendungsbereich des § 9 EKEG praktisch auf Fälle der betrieblichen Rechtfertigung reduziert werden würde. Liest man die entsprechenden Gesetzesmaterialien<sup>146</sup>, erscheint kaum vorstellbar, dass der Gesetzgeber den § 9 EKEG für einen derart beschnittenen Anwendungsbereich schaffen und in allen anderen Fällen dem Kapitalerhaltungsrecht faktischen Vorrang vor § 9 EKEG einräumen wollte.

Im Verhältnis zum Anfechtungsrecht schlägt allerdings auch uE *Trenkers* Ansatz durch, der hier (und anders als *Karollus*)<sup>147</sup> ebenfalls einen Vorrang des Eigenkapitalersatzrechts negiert.<sup>148</sup> Während *prima facie* dieselben Argumente ins Treffen geführt werden könnten, wie im Verhältnis zum Verbot der Einlagenrückgewähr, hat der OGH iZm einer (letztlich anfechtbaren) Einlageleistung iSd dRsp den Vorrang des Anfechtungsrechts gegenüber dem Verbot der Einlagenrückgewähr judiziert.<sup>149</sup> Dem kann uE auch die Wertung entnommen werden, dass jene Gläubiger schutzwürdiger erscheinen, welche als Insolvenzgläubiger jedenfalls um die (in aller Regel ohnehin nur quotenmäßige) Befriedigung ihrer Forderungen bangen müssen, während die Gläubiger der die Einlage erhaltenden Gesellschaft in ihren Ansprüchen durch die Anfechtung nicht zwingend verkürzt werden. Diese Wertung kann auch auf das Verhältnis zwischen Insolvenzanfechtung und Eigenkapitalersatzrecht übertragen werden. Mit *Trenker* muss somit ein Größenschluss zum Ergebnis führen, dass das insolvenzrechtliche Anfechtungsrecht auch dem Eigenkapitalersatzrecht vorgeht. Denn anders als beim Schutz der Einlage fehlt eine entsprechende Publikation der Eigenkapital ersetzenden Leistung im Firmenbuch, auf deren Grundlage sich eine schutzwürdige Verkehrserwartung der Gesellschaftsgläubiger stützen könnte.<sup>150</sup> Der Eigenkapital ersetzende Kredit kann daher nicht schutzwürdiger sein als eine „echte“ Einlage.

#### D. Praktische Anwendungsfälle

Die bisher angeführten Beispiele müssen zum Zweck der Veranschaulichung der Systematik des EKEG dahingehend adaptiert werden, dass M der T einen Kredit gewährt, der später zurückbezahlt wird (andernfalls das EKEG von vornherein nicht anwendbar wäre). In den Beispielen handelt es sich wiederum um GmbH.



146 ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 17.

147 *Karollus*, ÖBA 2011, 407 (EAnm).

148 *Trenker*, Insolvenzanfechtung 240 f.

149 OGH 26.05.2010, 3 Ob 51/10m.

150 *Trenker*, Insolvenzanfechtung 241.

### **Beispiel 1**

Beispiel 1 zeigt neuerlich die Grundkonstellation, in welcher M der T einen Kredit gewährt hat, welchen diese nun zurückführt. Liegt eine Krise iSd EKEG nicht vor, kann das Eigenkapitalersatzrecht generell nicht zur Anwendung kommen. Trotzdem kann aber ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr sowie Anfechtbarkeit der Rückzahlung gegeben sein. Denkbar wäre dies etwa bei einer Rückzahlung des Kredits an M vor Fälligkeit. In diesem Fall würde M von T eine Leistung erhalten, auf die sie im Zeitpunkt der Zahlung keinen Anspruch hat,<sup>151</sup> wodurch ihr rechtsgrundlos Gesellschaftsvermögen zugekommen wäre und damit die Voraussetzungen des Rückgewähranspruchs aus § 83 GmbHG als auch der Anfechtbarkeit wegen inkongruenter Deckung im Insolvenzfall gegeben wären. Wurde die vorzeitige Rückzahlung zwischen T und M vereinbart oder qualifiziert man die von M einbehaltene vorzeitige Rückzahlung als Realanbot mit anschließender Realannahme zur vorzeitigen Rückzahlung und folglich als Rechtsgeschäft, wird dieses gem § 82 GmbHG iVm § 879 ABGB nichtig sein (sofern keine betriebliche Rechtfertigung vorliegt), weil eine Gesellschaft wohl nur selten die Rückführung ihr zur Verfügung gestellter Liquidität vor Fälligkeit veranlasst. Diesfalls gelangt man zum selben Ergebnis des zu bejahenden Rückerstattungsanspruchs wegen verbotener Einlagenrückgewähr sowie Anfechtbarkeit wegen inkongruenter Deckung.

Adaptiert man den Sachverhalt nun dahingehend, dass der Kredit an T erst in der Krise gewährt wurde, ist (bei Erfüllung der weiteren Tatbestandsmerkmale) dieser als Eigenkapital ersetzend iSd EKEG zu qualifizieren. Eine Rückzahlung vor Beendigung der Krise verstößt daher gegen die Rückzahlungssperre des § 14 EKEG und löst daher den eigenkapitalersatzrechtlichen Rückzahlungsanspruch aus. Gleichzeitig wird dadurch (soweit keine betriebliche Rechtfertigung vorliegt) aber gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen, zumal die Rückführung eines durch gesetzliche Zwangsstundung gesperrten Kredits als nicht fremdüblich zu qualifizieren ist. Entsprechend der oben ausgeführten Argumentation wird die Rückzahlung zu Gunsten der M entweder überhaupt rechtsgrundlos oder aufgrund eines nichtigen Rechtsgeschäfts vorgenommen, wodurch sowohl der Rückgewähranspruch wegen verbotener Einlagenrückgewähr als auch (bei Erfüllung der übrigen Tatbestandsmerkmale) Anfechtbarkeit wegen inkongruenter Deckung gegeben ist. Entsprechend der hier vertretenen Meinung läge in diesem Fall alternative Anspruchskonkurrenz vor und könnte sich T (bzw der Insolvenzverwalter) zu Erlangung des Betrags auf alle drei Rechtsgrundlagen stützen.

Darüber hinaus ließen sich durch Variation des Sachverhalts verschiedene Konstellationen konstruieren, bei welchen nur einzelne Rechtsgrundlagen zur Anwendung kämen. Liegt bspw eine betriebliche Rechtfertigung vor (weil etwa M die Produkte der T vertreibt und dringend Liquidität benötigt), wird nicht gegen § 82 GmbHG, sondern nur gegen § 14 EKEG verstoßen. Die Anfechtbarkeit wegen inkongruenter Deckung wäre trotzdem zu bejahen, immerhin unterliegt der Kredit der gesetzlichen Rückzahlungssperre des § 14 EKEG, weswegen M keinen Anspruch auf Rückzahlung hat.

---

151 *Bollenberger in Apathy/Irol/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht IV<sup>2</sup>: Kreditgeschäft (2012) Rz 1/106.

### **Beispiel 2**

Beispiel 2 soll der Darstellung der Ansicht des OGH in 3 Ob 79/12g in vereinfachter Form dienen.<sup>152</sup> Hier gewährte M der letztlich insolventen T einen Kredit, den sie ausschließlich zu dem Zweck abrufen durfte, ihre Verbindlichkeit bei D zu begleichen. Da eine gegen § 82 GmbHG verstoßende Konstellation offenkundig nicht vorlag, war der Sachverhalt von anfechtungsrechtlicher Sicht zu beurteilen. Letztlich entschied der OGH, dass die Leistung an D nicht anfechtbar sei. Vielmehr sei D faktisch aus dem Vermögen der M befriedigt worden, weil T den Betrag ausschließlich zur Befriedigung des D abrufen und ausschließlich an D weiterleiten durfte. Es handelte sich somit um einen reinen Gläubigerwechsel, wodurch der Befriedigungsfonds der übrigen Gläubiger nicht beeinträchtigt wurde und Anfechtbarkeit der Leistung an D nicht vorlag.

Nicht zu beurteilen hatte der OGH, ob der gewährte Kredit als Eigenkapital ersetzend zu qualifizieren wäre. *Trenker* kommt bei dieser Frage entgegen der älteren hM zu dem zutr. Ergebnis, dass der Gläubigerwechsel mangels Zuführung zusätzlicher Liquidität keinen Kredit iSd EKEG darstellen konnte, sondern der Kredit – vorbehaltlich einer Umgehungs konstruktion – wie ein „Stehenlassen“ in der Krise iSd § 2 EKEG zu behandeln sei.<sup>153</sup>

### **Beispiel 3**

Beispiel 3 zeigt eine typische Konstellation des § 9 EKEG. Dabei weist die M als Gesellschafterin iSd § 9 EKEG die T<sub>1</sub> an, der T<sub>2</sub> einen (Eigenkapital ersetzenden) Kredit zu gewähren. Wie bereits erörtert, wird diese Kreditgewährung mangels betrieblicher Rechtfertigung auch gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen: Schon aufgrund der vorliegenden Krisensituation der T<sub>2</sub> wird in aller Regel Fremdunüblichkeit vorliegen und der Kredit auf *Veranlassung* der M als Gesellschafterin der T<sub>1</sub> gewährt (die überdies noch an T<sub>2</sub> beteiligt ist, was je nach vertretener Meinung für sich selbst wiederum zu einer verbotenen Einlagenrückgewähr führen würde – siehe oben unter II.A., Seiten 262 f). T<sub>1</sub> kommt damit jedenfalls ein Rückgewähranspruch gem § 83 GmbHG gegen M zu. Ob sie auch einen Rückgewähranspruch gegen T<sub>2</sub> hat, hängt davon ab, ob sich T<sub>2</sub> der Verstoß zumindest aufdrängen musste, was in Konzernlagen regelmäßig zu bejahen sein wird. Diesfalls hätte T<sub>1</sub> einen Rückgewähranspruch gegen M als auch gegen T<sub>2</sub> wegen verbotener Einlagenrückgewähr. Insolvenzrechtlich anfechtbar ist hingegen nur die direkte Leistung an T<sub>2</sub>, weil der der Auszahlung zugrundeliegende Kreditvertrag gem § 82 GmbHG iVm § 879 ABGB nichtig ist, sofern sich T<sub>2</sub> der Verstoß zumindest aufdrängen musste. Auf eine Veranlassung oder einen Reflexvorteil der M kommt es anfechtungsrechtlich, wie erörtert, nicht an (siehe II.C., Seite 275). Darüber hinaus kann der Rückersatzanspruch gegen M auf Grundlage des § 9 EKEG geltend gemacht werden, da M der T<sub>1</sub> die entsprechende Weisung zur Kreditvergabe erteilte. In dieser Konstellation ergibt sich überdies ein wesentlicher Vorteil des Rückersatzanspruchs aus verbotener Einlagenrückgewähr gegenüber § 9 EKEG im Hinblick auf die Verjährungsfrist: Während nämlich der Anspruch aus § 83 GmbHG wie jener aus § 9 EKEG binnen fünf Jahren ab Auszahlung der Kreditvaluta verjährt, kann entsprechend der

---

152 OGH 08.08.2012, 3 Ob 79/12g GesRZ 2013, 58 (*Trenker*) = JBI 2012, 804 (*König*).

153 *Trenker*, GesRZ 2013, 62.

Ansicht des OGH (siehe unter II.B., Seite 265) ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr ergänzend zu § 83 GmbHG als *allgemeiner* Bereicherungsanspruch (und damit ohne die Verschärfungen des § 83 GmbHG) geltend gemacht werden, welcher erst nach 30 Jahren verjährt. Somit ergibt sich aus der hier vertretenen Ansicht der grundsätzlich alternativen Anspruchskonkurrenz zwischen verbotener Einlagenrückgewähr und Eigenkapitalersatzrecht ein echter Mehrwert für den Gläubigerschutz im Hinblick auf die Verjährungsfrage.

Den beiden (auf dasselbe wirtschaftliche Ziel gerichteten) Rückersatzansprüchen der T<sub>1</sub> gegen T<sub>2</sub> aufgrund verbotener Einlagenrückgewähr sowie Anfechtung wegen inkongruenter Deckung steht nun aber § 9 EKEG entgegen, welcher eine Rückzahlungssperre des betreffenden (wenngleich nichtigen) Kredits normiert. Der Konflikt ist nach der hier vertretenen Ansicht (Vorrang des § 9 EKEG gegenüber dem Kapitalerhaltungsrecht; Vorrang des Anfechtungsrechts gegenüber dem Eigenkapitalersatzrecht) folgendermaßen zu lösen: T<sub>1</sub> kann gegenüber T<sub>2</sub> den Rückersatzanspruch aus verbotener Einlagenrückgewähr aufgrund der Rückzahlungssperre des § 9 EKEG nicht geltend machen. Befindet sich inzwischen allerdings T<sub>1</sub> in Insolvenz und sind die erforderlichen anfechtungsrechtlichen Tatbestandsmerkmale erfüllt, so kann T<sub>1</sub> die Leistung an T<sub>2</sub> anfechten und auf diesem Wege auch von T<sub>2</sub> Rückersatz erhalten.

## V. Conclusio

Die erste wesentliche Gemeinsamkeit der in diesem Beitrag dargestellten Anspruchsgrundlagen ist unstrittig, sie allesamt haben den Schutz der Gläubiger im Blick. Während zur Anwendbarkeit des Verbots der Einlagenrückgewähr und des Eigenkapitalersatzrechts ein Gesellschafter involviert sein muss, erfasst das Insolvenzanfechtungsrecht Rechtshandlungen jeglicher Personen bzw. Befriedigungen und Sicherstellungen jeglicher Gläubiger.

Durch die eingeführten Beispiele wurde die Systematik zur Beurteilung der Tatbestandsmäßigkeit sowie der Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr dargestellt. Während in einem ersten Schritt das der fraglichen Leistungsbeziehung zugrundeliegende Rechtsverhältnis selbst auf Tatbestandsmäßigkeit iSd § 82 GmbHG bzw. § 52 AktG zu untersuchen ist, wobei bejahendenfalls iVm § 879 ABGB absolute Nichtigkeit vorliegt, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob durch die Leistungserbringung tatsächlich das unter sachenrechtlicher als auch wirtschaftlicher Betrachtung ermittelte geschützte Gesellschaftsvermögen berührt und dadurch der Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verwirklicht wurde (was, wie gezeigt, insb. in mehrpersönlichen Verhältnissen nicht immer der Fall sein muss). Wenn auch dies zu bejahen ist, wurde der Verbotsverstoß verwirklicht und kommt der Gesellschaft der Rückgewähranspruch iSd § 83 GmbHG bzw. § 56 AktG zu. Interessante Konstellationen können sich darüber hinaus insb. in typischen Konzernverhältnissen ergeben.

Der beispielhafte Vergleich der Anwendungsvoraussetzungen der §§ 82 f. GmbHG und des § 30 Abs 1 Z 1 IO hat dabei gezeigt, dass die Anwendbarkeit des § 30 Abs 1 Z 1 IO idR auf der durch § 82 GmbHG hervorgerufenen Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts beruht, weil erst dadurch die (faktisch) fremdunübliche Leistung auch (rechtlich) inkongruent wird. Auch Anfechtungsgegner nach § 30 Abs 1 Z 1 IO und Leistungsempfänger nach § 83 GmbHG sind grundsätzlich

identisch, der bloß mittelbar Begünstigte kann jedoch nach § 30 Abs 1 Z 1 IO nicht Anfechtungsgegner sein.

Der Anwendungsbereich des EKEG ist im Vergleich zu den vorgenannten Rechtsgebieten und Anspruchsgrundlagen naturgemäß wesentlich enger gefasst, da dieser nur iZm einer Krise sowie einer Kreditgewährung durch einen erfassten Gesellschafter (jeweils iSd EKEG) eröffnet sein kann. Trotzdem können die verschiedenen Anspruchsgrundlagen parallel zur Anwendung kommen, etwa weil eine gegen das EKEG verstoßende Kreditrückzahlung durch die Gesellschaft oft auch einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr darstellt. Insb in Konzernlagen kann es vorkommen, dass die Rechtsfolgen des § 9 EKEG jenen des Kapitalerhaltungs- und Anfechtungsrechts entgegenstehen. Entsprechend der hier vertretenen Meinung geht dann § 9 EKEG zwar § 83 GmbHG bzw § 56 AktG, im Falle der Insolvenz der kreditgewährenden Tochter nicht aber auch dem Anfechtungsrecht vor.

Insgesamt zeigt sich, dass die behandelten Anspruchsgrundlagen zwar allesamt dem Gläubigerschutz dienen und sich dementsprechend über weite Teile decken. Trotzdem kann es in der Praxis immer wieder zu Konstellationen kommen, in denen entweder nur einzelne der behandelten Anspruchsgrundlagen tatbestandsmäßig sind oder die jeweils angeordneten Rechtsfolgen gegeneinander abzuwägen sind. Letztlich bleibt dem Insolvenzverwalter nicht erspart, alle möglichen Anspruchsgrundlagen separat zu prüfen. Wir hoffen, dass die in diesem Beitrag veranschaulichte Systematik der behandelten Anspruchsgrundlagen sowie die exemplarische Darstellung ausgewählter Problemfälle hierzu Hilfestellung ist.

