

Gaswirtschaft / Ökostrom / Energie-Control-GmbH

## Energierrecht

E-Commerce-Gesetz

### Haftungsfreistellungen

Eigenkapitalersatz

### Regelungsvorbild USA

Der Fall „Blaue Lagune“

### Betriebsübergangsrecht in der Anwendung

Kommunalsteuer

### Neueste Rechtsprechung

Verfassungswidrig

### ESt-Sondervorauszahlung

Nicht nur Betriebsanlagen

### Gewerberechtsnovelle 2002

## Eigenkapitalersatz: Typisierende Kodifikation vs Minimalkodifikation nach US-Vorbild

RAOUL G. WAGNER

Mit dem Entwurf des EKEG stellt sich die Frage der Zweckmäßigkeit der damit beabsichtigten Kodifikation. Erfahrungswerte bietet neben der gemeinhin bekannten Kodifikation in der BRD auch die Kodifikation des EKE-Rechts in den USA.

### 1. ERFAHRUNGSWERTE AUS DEUTSCHLAND

Das Schicksal der Kodifikation des EKE-Rechts in §§ 32 a, 32 b dGmbHG ist hinlänglich bekannt. Der BGH setzte sich über die Kodifikation hinweg und wandte die vor der Kodifikation zwischen 1938 und 1980 entwickelten „BGH-Regeln“ auch weiterhin an.<sup>1)</sup>

### 2. ERFAHRUNGSWERTE AUS DEN USA<sup>2)</sup>

Nur ein Jahr später als in Deutschland begann sich als *Deep Rock Doctrine* 1939 auch in den USA EKE-Recht (*equitable subordination*) zu entwickeln.<sup>3)</sup> Ähnlich wie in Deutschland kam es in den USA erst

1978 zur bundesweiten<sup>4)</sup> Kodifikation von EKE-Recht durch § 510 des *1978 Bankruptcy Reform Act*.<sup>5)</sup> Zuvor hatte sich in den USA bereits vielschichtiges Richterrecht zum EKE entwickelt. So wurden auch in den USA stehen gelassene Gehälter von Gesellschafter-Geschäftsführern (*dormant salary claims*),<sup>6)</sup> oder Ansprüche gesellschaftsfremder Gläu-

Dr. Raoul G. Wagner LL.M. (NYU) ist RAA bei Graf, Maxl & Pitkowits, 1010 Wien und über [www.raoulwagner.com](http://www.raoulwagner.com) erreichbar.

- 1) BGHZ 90, 371; Siehe zB auch Schummer, ÖJZ 1996, 241 (243).
- 2) Eine ausführlichere Darstellung des US-Eigenkapitalersatzrechts kann auf der Internetseite <http://www.raoulwagner.com/publikationen.htm> kostenlos heruntergeladen werden.
- 3) *Taylor v Standard Gas & Electric Co*, 306 U.S. 307 (1939); *Pepperv Litton*, 308 U.S. 295, 306 (1939).
- 4) Insolvenzrecht ist in den USA Bundesrecht im Kompetenzbereich des US-Kongresses.
- 5) *11 USC § 510 (2000)*.
- 6) Siehe zB *Pepperv Litton*, 308 U.S. 295 (1939); *W. Clark Watson*, *Deep rock in the deep south – equitable subordination of claims in Fifth Circuit bankruptcy proceedings*, 11 *Cumb L Rev* 619, 621 (1981).

biger (*nonmanagement creditors*), aus mit dem öEKE-Recht vergleichbaren Gründen subordiniert.<sup>7)</sup>

Vor dem In-Kraft-Treten des 1978 *Bankruptcy Reform Act* wurde in der Leitentscheidung *Mobile Steele*<sup>8)</sup> eine dreistufige Prüfung für die Beurteilung des Vorliegens von EKE entwickelt: (1) Der Anspruchsteller muss sich unbillig verhalten haben (*inequitable conduct*).<sup>9)</sup> (2) Dieses Verhalten muss dem Anspruchsteller entweder einen unbilligen Vorteil gegenüber anderen Gläubigern verschafft, oder diese benachteiligt haben.<sup>10)</sup> (3) Die Subordinierung des geltend gemachten Anspruches muss im Einklang zu den Bestimmungen des US-Insolvenzgesetzes (*Bankruptcy Code*) stehen.<sup>11)</sup> Auf den Punkt gebracht beschäftigt sich diese Prüfung mit der Frage, ob dem eventuell zu subordinierenden Anspruch ein drittübliches Geschäft (*arm's-length transaction*) zugrunde liegt, oder nicht.<sup>12)</sup>

Der US-Gesetzgeber entschied sich schließlich dazu, das bislang entwickelte Richterrecht zur *equitable subordination* im *Bankruptcy Code* zu verankern. Im Gegensatz zur deutschen Kodifikation und zum österreichischen Gesetzesentwurf<sup>3)</sup> versuchte der US-Gesetzgeber nicht, die zuvor nur als Richterrecht in Erscheinung getretene *equitable subordination* bei der Kodifikation zu typisieren. Die Kodifikation in 11 USC § 510 (2000) lautet schlicht:

„...“

(c) Notwithstanding subsections (a) and (b) of this section, after notice and a hearing, the court may –

(1) under principles of equitable subordination, subordinate for purposes of distribution all or part of an allowed claim to all or part of another allowed claim or all or part of an allowed interest to all or part of another allowed interest; or

(2) order that any lien securing such a subordinated claim be transferred to the estate.”

Damit wurde in den USA das bisherige Recht zur *equitable subordination* gesetzlich verankert und gleichzeitig genügend Spielraum für die zeitgerechte Entwicklung einer extrem komplexen Rechtsmaterie geschaffen.

### 3. PROBLEME DER TYPISIERENDEN KODIFIKATION

Der Versuch der typisierenden Kodifikation von EKE-Recht stößt zwangsläufig auf massive Probleme. Das EKE-Recht wendet sich in Österreich ebenso wie in den USA und der BRD gegen anstößige und verantwortungslose Finanzierungsgestaltungen zum Schaden dritter Gläubiger, denen gegenüber ein Informationsvorsprung besteht. Nicht zuletzt aufgrund der unzähligen Gestaltungsmöglichkeiten bei der Unternehmensfinanzierung ist es äußerst schwierig, „das Anstößige“ im Vorhinein zu definieren. Die Anstößigkeit der Rückforderung von EKE-Leistungen in der Krise ist mE für eine typisierende Kodifikation ebenso ungeeignet wie die guten Sitten<sup>14)</sup> des § 879 Abs 1 ABGB. Daher ist dem Eigenkapitalersatz mE ebenso wie den schlechten Sitten am besten mit einer Generalklausel (siehe unten 4.) und darauf gestütztem Richterrecht zu begegnen.

Wie bereits in *Lechners*<sup>15)</sup> Gutachten anlässlich der 1969 erfolgten Gesetzesprüfung des § 3 Abs 1 KVG<sup>16)</sup> festgestellt wurde, ist das Finanzierungsverhalten eines ordentlichen Kaufmannes nicht objektivierbar. Wie sollte dann die Anstößigkeit einer Unternehmensfinanzierung legistisch objektivierbar sein?

Die Schwierigkeiten bei der legistischen Erfassung der EKE-Tatbestände zeigen sich auch bei der Definition der Krise. Die Aussagekraft der hierzu von § 1 EKEG-E herangezogenen Kennzahlen des § 22 URG wurde bereits bei dessen Einführung zu Recht heftig kritisiert.<sup>17)</sup> Selbst der seinerzeitige BMJ *Mi-*

- 7) *Andrew De Natale & Prudence B. Abram*, The doctrine of equitable subordination as applied to nonmanagement creditors, 40 Bus. Law. 417, 423 (1985). Siehe auch *In re Process-Manz Press, Inc.*, 236 F. Supp 333 (N.D. Ill. 1964); *In re T. E. Mercer Trucking Co.*, 16 Bankr 176 (N.D. Tex. 1981); vgl zB auch das „mere instrumentality“-Argument in *Taylor v Standard Gas & Electric Co.*, 306 U.S. 307, 312 (1939).
- 8) *In re Mobile Steele Co.*, 563 F.2d 692 (5th Cir 1977).
- 9) Siehe auch *Comstock v Group of Institutional Investors*, 335 U.S. 211, 229 (1948); *Spach v Bryant*, 309 F.2d 886, 889 (5th Cir 1962); *Fraser v Robinson*, 458 F 2d 492, 493 (9th Cir 1972).
- 10) Siehe auch *Comstock v Group of Institutional Investors*, 335 U.S. 211, 229 (1948); *In re Branding Iron Steak House*, 536 F2d 299, 302 (9th Cir 1976); *In re Brunner Air Compressor Corp.*, 287 F Supp 256, 265 (N.D.N.Y. 1968); see also *Wages v Weiner*, 381 F.2d 667, 670 (5th Cir 1967).
- 11) Siehe auch *Luther v United States*, 225 F2d 495, 499 (10th Cir 1955); *In re Columbia Ribbon Co.*, 117 F.2d 999, 1002 (3d Cir 1941); *American Mutual Life Ins Co v City of Avon Park, Florida*, 311 U.S. 138, 145 (1940), mit Hinweis auf *SEC v United States Realty & Improvement Co.*, 310 U.S. 434, 455 (1940); *In re Texas Consumer Finance Corp.*, 480 F2d 1261, 1265 (5th Cir 1973); Siehe auch *Douglas G. Baird & Thomas H. Jackson & Barry E. Adler*, *Bankruptcy* 460 (2000).
- 12) Siehe *In re McFarlin's, Inc.*, 49 BR 550 (Bankr W.D.N.Y. 1985).
- 13) Siehe hierzu insb *Dellinger*, *ecolex* 2002, 316ff und 329ff; *Reisch*, *ecolex* 2002, 320ff und 333ff; *Schulyok*, *ecolex* 2002, 322ff; *Niederberger*, *ecolex* 2002, 326ff; *Studeral/Fleischbacher*, *ecolex* 2002, 335ff; *Mohr*, *ecolex* 2002, 338ff; *Mohr*, *ZfK* 2002/58.
- 14) Siehe hierzu *Jabornegg*, in *Achatz/Jabornegg/Karollus*, *Eigenkapitalersatzrecht* 16ff.
- 15) Siehe hierzu VfSlg 5993, Erk v 27. 06. 1969, G 17/68; auszugweise ebenso in *Raoul Wagner*, *Geschäftsführerhaftung und URG* (1999) RZ 71 ff.
- 16) *Kapitalverkehrssteuergesetz* vom 16. 10. 1934, DRGBl I S 1058 (Gesetz vom 27. 7. 1945, StGBI Nr 99, über die Wiedererhebung der Kapitalverkehrssteuern).
- 17) Siehe zusammenfassend *Raoul Wagner*, *Geschäftsführerhaftung und URG* (1999) RZ 62ff; zur fiktiven Schuldentilgungsdauer *Brogányi*, *Presseinformation des KSV* von 1870 vom 5. 11. 1996, 5f, der den *Verschuldenskoeffizienten* als Kriterium vorschlägt und die Aussagekräftigkeit des *Cash Flow* in Bezug auf den Reorganisa-

Angesichts der Komplexität und Flexibilität der Gestaltungsmöglichkeiten bei der Unternehmensfinanzierung sowie aufgrund der Erfahrungen mit der Kodifikation von Eigenkapitalersatzrecht in Deutschland empfiehlt sich anstelle einer typisierenden und im Gegensatz zur bisherigen Judikatur einschränkenden Kodifikation eine Minimalkodifikation nach US-amerikanischem Vorbild.

*chalek*<sup>18)</sup> äußerte Skepsis dazu, per Gesetz Voraussetzungen aufzustellen, bei deren Vorliegen eine Insolvenzsituation wahrscheinlich sein soll. Da auch der EKEG-E in § 1 nur die Vermutung der Krise bei Erfüllung dieser Kennzahlen vorsieht, würde auch bei Gesetzwerdung des EKEG-E kein Weg an einem Gutachten zum Vorliegen der jeweiligen Krise vorbei führen. Der Versuch, das Kriterium der Kreditunwürdigkeit für die Beurteilung der Krise durch ein greifbareres zu ersetzen, kann daher mE nicht gelingen, weil die Flexibilität der Kapitalausstattung von Unternehmen flexible Kriterien erfordert.

Die typisierende Kodifikation ist mE auch aufgrund der ständigen Entwicklungen in der Unternehmensfinanzierung zur Erfassung der EKE-Problematik ungeeignet. Hier ist mit oder ohne EKEG in der Fassung des EKEG-E das Richterrecht berufen, auf neue Finanzierungsinstrumente und Gestaltungsmöglichkeiten zu reagieren.

Eine weiteres Problem der typisierenden Kodifikation ist die schon am Beispiel Deutschland angesprochene Reaktion der Rsp. Es ist auch in Österreich durchaus möglich, dass sich die Rsp ähnlich wie seinerzeit der BGH von einem typisierenden EKEG, zB hinsichtlich der weitgehenden Nichtbeachtung der Nutzungsüberlassungen, der geplanten Neuerungen für Drittkreditgeber,<sup>19)</sup> oder der Nichtberücksichtigung der Vereine,<sup>20)</sup> unbeeindruckt zeigt und die bisherige Rsp weiterentwickelt.

#### 4. VORSCHLAG EINER MINIMALKODIFIKATION

Die eigentlichen Probleme des bisherigen öEKE-Rechts sind das mit der Analogie zu § 74 GmbHG fragile rechtliche Fundament und die Sanierungs-

feindlichkeit. Die zuweilen beschworene Rechtsunsicherheit ist mE ebenso unproblematisch wie jene zu § 879 Abs 1 ABGB. Zudem würde durch eine typisierende Kodifikation eine neue Rechtsunsicherheit dahingehend geschaffen, dass offen bliebe, ob die Rsp das EKEG als letztes Wort zum EKE annehmen oder ähnlich dem BGH als nicht abschließend betrachten würde.

Der Sanierungsfeindlichkeit und der fragilen Analogie könnte an Stelle des EKEG-E mit einer von § 510 des *US Bankruptcy Code* inspirierten Minimalkodifikation mit zB folgendem (teilweise dem EKEG-E entlehnten) Text Rechnung getragen werden:

„§ 52 KO:

- (1) Nach den Konkursforderungen sind
  1. die seit der Konkurseröffnung laufenden Zinsen von Konkursforderungen und danach
  2. Ansprüche auf Rückzahlung bzw Rückgabe eigenkapitalersetzender Leistungen zu befriedigen.
- (2) Abs 1 Z 2 gilt nicht für Ansprüche auf Rückzahlung bzw Rückgabe eigenkapitalersetzender Leistungen, die dem Schuldner während eines Ausgleichsverfahrens erbracht wurden und die nach den Bestimmungen der Ausgleichsordnung zur Fortführung des Unternehmens gestattet sind.
- (3) Erwirbt ein Kreditgeber an einer in der Krise befindlichen Gesellschaft, an der er zuvor nicht beteiligt war, eine Beteiligung zum Zweck der Überwindung der Krise, so führt dies für die von ihm bereits gewährten oder im Rahmen des Sanierungskonzepts zu diesem Zweck neu gewährten Kredite nicht dazu, dass sie als Eigenkapital ersetzend zu qualifizieren sind.“

---

tionsbedarf wohl zu Recht bezweifelt; siehe auch *Uhlenbruck*, WT 1997 H 4, 14ff; allgemein *Feuchtinger/Kleinbauer*, SWK 1998 W 58f.

18) *Michalek*, IKS 1994 H 2, 29.

19) Siehe hiezu *Reisch*, *ecolex* 2002, 333f.

20) Siehe HG Wien 5 S 844/97w; *Sarial/Raoul Wagner*, *ecolex* 1999, 31.