

Einführung in die Thematik

Die vorliegende Monografie befasst sich mit der Rechtsstellung nachrangiger Forderungen gem § 57a IO im Insolvenzverfahren. Die Bestimmung lautet wie folgt:

- (1) „Nach den Insolvenzforderungen sind die Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen zu befriedigen.“
- (2) „Die nachrangigen Forderungen sind wie Insolvenzforderungen durchzusetzen. Sie sind jedoch nur anzumelden, wenn das Insolvenzgericht besonders zur Anmeldung dieser Forderungen auffordert. Das Insolvenzgericht hat eine solche Aufforderung zu erlassen, sobald zu erwarten ist, dass es zu einer – wenn auch nur teilweisen – Befriedigung nachrangiger Forderungen kommen wird. Die besondere Aufforderung ist öffentlich bekannt zu machen und den Gläubigern, die nachrangige Forderungen haben und deren Anschrift bekannt ist, zuzustellen. Bei der Anmeldung solcher Forderungen ist auf den Nachrang hinzuweisen. Die Rechte der Insolvenzgläubiger werden durch die Befugnisse der Gläubiger mit nachrangigen Forderungen nicht berührt.“

Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Leistungen sind gem § 57a Abs 1 IO gesetzlich nachrangig und verfahrensrechtlich nach § 57a Abs 2 IO zu behandeln. § 57a Abs 2 IO ist nach der hM aber auch auf andere nachrangige Forderungen, insb vertraglich nachrangige Forderungen, anwendbar.¹ Für Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Leistungen enthält die IO außerdem vereinzelt weitere Bestimmungen,² nicht hingegen für vertraglich nachrangige Forderungen. Dieser Mangel an expliziten Normen für nachrangige Forderungen lässt viele Fragen offen, die von der Lit und Jud bislang nicht oder nur in Grundzügen³ behandelt wurden.

- 1 Mohr in Dellinger/Mohr (Hrsg), Eigenkapitalersatz-Gesetz (2004) § 57a KO Rz 3; Mohr, Die Insolvenzzordnung¹¹ (2012) Anm 1; Schummer, Wandelschuldverschreibungen, Mezzaninkapital & Co im Insolvenzverfahren, in Konecny (Hrsg), Insolvenz-Forum 2012 (2013) 105 (121 f); Nowotny, Das negative Eigenkapital, in Bertl et al (Hrsg), Eigenkapital (2004) 73 (86).
- 2 Nämlich § 12b IO, § 67 Abs 3 IO, § 70 Abs 1 IO, § 141 Abs 2 Z 6 IO und § 154 Z 2 IO. § 18a IO und § 26a stehen zwar mit dem EKEG in Zusammenhang, betreffen aber keine Forderungen.
- 3 So haben sich seit Inkrafttreten des GIRÄG 2003 im Wesentlichen nur Mohr in Konecny (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (Stand 1. 9. 2019, rdb.at) § 57a IO (Stand 1. 10. 2017, rdb.at), ders in Dellinger/Mohr §§ 57a ff KO; Vogt in Schopper/Vogt, Eigenkapitalersatzgesetz (2003) § 57a KO; Katzmayer in Koller/Lovrek/Spitzer, Insolvenzzordnung (2019) § 57a; Schummer, EKEG und Insolvenzrecht, in Dellinger/Keppert (Hrsg), Eigenkapitalersatzrecht (2004) 143; Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger (Hrsg), Österreichisches Insolvenzrecht IV⁴ (2006) §§ 102 ff und Karollus in Buchegger (Hrsg), Österreichisches Insolvenzrecht, Erster Zusatzband (2009) § 14 EKEG mit einigen Fragen zu nachrangigen Forderungen im Insolvenzverfahren befasst.

Kapitel I dieser Monografie identifiziert einige Forderungen, die im Insolvenzverfahren entweder gesetzlich oder vertraglich nachrangig sind. Dabei findet nur eine grundlegende Untersuchung von praxisrelevanten Nachrangforderungen statt, aber keine Untersuchung aller möglichen nachrangigen Forderungen. Der Fokus liegt auf Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Leistungen⁴ und einer generischen Untersuchung sog einfacher Nachrangabreden⁵ und ihrer typischen Anwendungsfälle.⁶ Allfällige weitere Gruppen gesetzlich oder rechtsgeschäftlich nachrangiger Forderungen werden nicht berücksichtigt. Aufgrund ihrer Praxisrelevanz wird aber bei Gelegenheit auf sog qualifizierte Rangrücktrittserklärungen gem § 67 Abs 3 IO eingegangen, obwohl § 57a IO auf diese Forderungen grundsätzlich nicht anwendbar ist.⁷ In Kapitel II werden die systematischen Grundlagen zur Rechtsstellung von nachrangigen Forderungen im Insolvenzverfahren erforscht. Es werden allgemeine Grundsätze erarbeitet, die auch zur Lösung von Fragen beitragen können, die in der vorliegenden Monografie nicht untersucht werden.⁸ In Kapitel III geht es um spezielle Fragen iZm der Anmeldung, Prüfung und Feststellung von nachrangigen Forderungen⁹ und Kapitel IV untersucht die sonstigen Beteiligten- und Mitwirkungsrechte nachrangiger Gläubiger, vor allem im Rechnungslegungs- und Verteilungsverfahren.¹⁰ Schließlich enthält Kapitel V eine Darstellung ihrer Rechtsstellung im Sanierungsplanverfahren.¹¹ Innerhalb dieser Grenzen werden jeweils die Rechtsfragen untersucht, die entweder bereits von der Lit aufgeworfen wurden, oder der Verfasserin besonders grundlegend oder praxisrelevant erscheinen. Ebenfalls aufgrund der praktischen Relevanz wird generell ein Insolvenzverfahren über eine Kapitalgesellschaft unterstellt.

Das Ziel dieser Monografie ist, die in der Praxis wichtigsten Nachrangforderungen zu identifizieren, durch Untersuchung der genannten Insolvenzverfahrensabschnitte die Grundlagen ihrer Einbettung in das Insolvenzverfahren zu erarbeiten und schließlich ein schlüssiges Gesamtkonzept vorzustellen, welche Rechtsstellung diese Forderungen im Insolvenzverfahren haben. Die untersuchten Fragen stellen sich insb in Insolvenzverfahren, in denen es Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Leistungen gem § 57a Abs 1 IO gibt, oder Forderungen, die mit einer sog einfachen Nachrangabrede versehen sind (die praktisch häufig im Kontext von bankaufsichtsrechtlichen Eigenmitteln, aber auch in Form von Nachrangdarlehen und anderem Mezzaninkapital zur alternativen Unternehmensfinanzierung vorkommen).¹² Insofern ist die vorliegende Monografie vor allem für Insolvenzgerichte, Insolvenzverwalter und Gläubigervertreter, aber auch für die Vertragspraxis von Bedeutung.

4 Siehe Kap I B 1.

5 Siehe Kap I C 2.

6 Siehe Kap I C 5., 6 und 7.

7 Siehe Kap I C 4.

8 Siehe insb Kap II A.

9 Siehe Kap III A bis D.

10 Siehe Kap IV A bis F.

11 Siehe Kap V A bis D.

12 Siehe dazu Kap I C.

I. Nachrangige Forderungen

A. Nachrangige Forderungen gem § 57a IO

1. Begriff der Nachrangigkeit

Im juristischen Schrifttum und in der Rsp wird insb von „Nachrangigkeit“ gesprochen, wenn es um Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Leistungen gem § 57a Abs 1 IO geht, iZm Rangrücktrittserklärungen zur Vermeidung einer insolvenzrechtlichen Überschuldung gem § 67 Abs 3 IO,¹³ bankenaufsichtsrechtlichen Eigenmitteln,¹⁴ Mezzaninkapital und Eigenkapital.¹⁵

Eigenkapital kann nur innerhalb bestimmter gesellschaftsrechtlich zulässiger Vorgänge, wie einer Liquidation oder Kapitalherabsetzung, zurückgezahlt werden; im Insolvenzverfahren hingegen nicht, und zwar auch nicht nachrangig. Es ist daher nur in dem Sinn „nachrangig“, dass es erst nach Befriedigung aller (Fremdkapital-) Gläubiger zurückgezahlt werden kann.¹⁶ Mangels Haftungsrecht im Insolvenzverfahren ist es aber nicht nachrangig iSv § 57a IO.

Obwohl § 57a IO die zentrale insolvenzrechtliche Norm zu nachrangigen Forderungen im Insolvenzverfahren ist, enthält er keine ausdrückliche Definition, was unter einer „nachrangigen Forderung“ verstanden wird. Klar ist, dass sich § 57a IO nur mit im Insolvenzverfahren nachrangigen Forderungen beschäftigt. § 57a IO-Forderungen müssen daher immer unternehmensrechtliches Fremdkapital sein. Abs 1 *leg cit* legt fest, dass Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen „nach den Insolvenzforderungen“ zu befriedigen sind. Auch gem der gesetzlichen Definition der Nachrangigkeit von Forderungen in § 45 Abs 4 BWG und von nachrangigen Verbindlichkeiten in § 51 Abs 9 BWG für bankenaufsichtsrechtliche Eigenmittel ist eine nachrangige Forderung bzw Verbindlichkeit in der Insolvenz und in der Liquidation nachrangig zu befriedigen.¹⁷ Aus diesem allgemeinen Verständnis des Begriffs der „Nachrangigkeit“ folgt, dass nachrangige Forderungen iSd IO solche sind, die zwar im Insolvenzverfahren zu befriedigen sind, allerdings erst nach den nicht nachrangigen Insolvenzforderungen.¹⁸

13 Siehe dazu bei C 4.

14 Siehe bei C 6.

15 Siehe dazu bei C 5.

16 OGH 8 Ob 9/91 wbl 1991, 398 (*Ostheim*) = *ecolx* 1991, 697; *Engelhart* in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 51 IO (Stand 1. 12. 2014, rdb.at) Rz 261 ff; *Kalss*, Gesellschaftsrechtliche Regelungen zum Eigenkapital und Fremdkapital, in *Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2011 (2012) 185 (185, 200).

17 Vgl *Dellinger/Burger/Puhm/Hofmann/Pomper* in *Dellinger* (Hrsg), Bankwesengesetz Kommentar – Archivband (Stand Jänner 2016, *lexisnexis.com*) § 23 Rz 4 und 73; *Dellinger* (Hrsg), Bankwesengesetz Kommentar (9. Lfg, November 2017) § 26 Rz 1; *Perkounigg/Stecher* in *Dellinger*, BWG § 45 Rz 86; *M. Schütz* in *Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz* (Hrsg), Kommentar zum Bankwesengesetz³ § 23 (Stand 1. 6. 2009, rdb.at) Rz 9, 10 und 11.

18 Vgl auch § 39 dInsO: „[...] im Rang nach den übrigen Forderungen der Insolvenzgläubiger [...]“.

Daraus folgt weiters, dass nachrangige Forderungen gem § 57a IO im Insolvenzverfahren grundsätzlich nur dann (auch nur teilweise) befriedigt werden können, wenn die Insolvenzforderungen zur Gänze, also mit einer Quote von 100%, befriedigt sind.¹⁹ Dies scheint eine selbstverständliche Folge jeglicher „Nachrangigkeit“ zu sein und ergibt sich wohl auch aus den Gesetzesmaterialien zu § 57a IO:²⁰ Diese verweisen auf die E des OGH 8 Ob 9/91.²¹ Danach sei eine Forderung aus eigenkapitalersetzenden Leistungen in dem Sinn „nachrangig“, dass sie nur geltend gemacht werden kann, „wenn die übrigen Gläubiger befriedigt sind“ (s zu dieser E sogleich).

2. Historischer Hintergrund

a) § 57a Abs 1 IO

§ 57a Abs 1 KO wurde gemeinsam mit dem EKEG durch das GIRÄG 2003 in die damalige KO eingeführt. Er hält gesetzlich fest, dass Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Leistungen im Insolvenzverfahren nachrangig befriedigt werden können und müssen.

Die Materialien berufen sich ua auf die E des OGH 8 Ob 9/91.²² Danach sei eine Forderung aus eigenkapitalersetzenden Leistungen zwar genau genommen nicht nachrangig im Insolvenzverfahren zu befriedigen, sondern sie sei insofern „nachrangig“, als sie „im Konkurs der Darlehensnehmerin nicht geltend gemacht werden kann. [...] Erst wenn die übrigen Gläubiger befriedigt sind und in der Liquidation noch verteilungsfähiges Vermögen vorhanden ist, sind Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen vor Berechnung der allgemeinen Verteilungsquote zu befriedigen.“ Demnach stehen Gläubiger aus eigenkapitalersetzenden Leistungen also im Rang zwischen den Gläubigern und den Gesellschaftern, sie seien aber nicht im Insolvenzverfahren, sondern erst in einer daran anschließenden Liquidation – hier dafür vor den Gesellschaftern – zu befriedigen.²³ Insofern ergibt sich aus dieser E daher

19 Katzmayer in Koller/Lovrek/Spitzer, IO § 57a Rz 4; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) 54; Karollus in Buchegger, Insolvenzrecht, Erster Zusatzband § 1 EKEG Rz 12; Achatz, Der Erstattungsanspruch gegenüber Gesellschaftern als Masseaktivum, in Konecny (Hrsg), Insolvenz-Forum 2009 (2010) 15 (26); Karollus/Isola/Huemer, Das neue Eigenkapitalersatzrecht – RV für ein GIRÄG 2002 und ein EKEG, in WP-Jahrbuch 2003, 305 (327); Harrer, Das neue Eigenkapitalersatzrecht, wbl 2004, 201 (211); Berger, Rechtsfolgen kapitalersetzender Finanzierungsleistungen, ÖBA 1996, 837 (843); Told, Keine Einlagenrückgewähr bei atypischer stiller GmbH & Co KG, VbR 2018, 35 (37). Vgl auch Ehrlicke/Behme in Stürner/Eidenmüller/Schoppmeyer (Hrsg), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung I⁴ (Stand 2019, beck-online.beck.de) § 39 Rz 1. Eine Ausnahme davon gibt es für Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Leistungen bei Abschluss eines Sanierungsplans; s Kap V B.

20 ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 16. Siehe auch ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 2: EKEG-Forderungen werden „nach den Forderungen der Konkursgläubiger befriedigt“.

21 OGH 8 Ob 9/91 wbl 1991, 398 (Ostheim) = ecolex 1991, 697.

22 OGH 8 Ob 9/91 wbl 1991, 398 (Ostheim) = ecolex 1991, 697.

23 Feldgrill, Rangrücktrittsvereinbarungen zur Vermeidung einer insolvenzrechtlich relevanten Überschuldung (2017, unipub.uni-graz.at) 79; Vogt in Schopper/Vogt § 57a KO Rz 2.

nur die Nachrangigkeit von Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Leistungen, nicht aber deren Abwicklung im Insolvenzverfahren.

Allerdings beruft sich der Gesetzgeber auch noch auf „die Lehre“. Damals vertrat insb Karollus²⁴ mit detaillierter Begründung, dass Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Leistungen im Konkursverfahren nachrangig zu befriedigen seien.²⁵ Falls eine Befriedigung von Gläubigern aus eigenkapitalersetzenden Leistungen in Frage komme, sei in aller Regel nur eine quotenmäßige (und nicht gänzliche) Befriedigung möglich; gerade diese gleichmäßige quotenmäßige Befriedigung sei aber Aufgabe des Insolvenzverfahrens. Außerdem wäre die Gesellschaft mangels ausreichenden Vermögens für die Befriedigung der nachrangigen Forderungen wieder überschuldet und damit neuerlich ein kostspieliges Insolvenzverfahren zu eröffnen. Das sei durch eine *a priori* Einbeziehung der nachrangigen Forderungen in das Insolvenzverfahren zu verhindern. Die Rückzahlungssperre des Eigenkapitalersatzrechts würde mit Vollbefriedigung aller Insolvenzgläubiger wegfallen²⁶ und nachrangige Forderungen seien daher (als Fremdkapital) noch im Insolvenzverfahren quotenmäßig zu bedienen. Dellinger²⁷ schloss sich der Meinung an, weil nachrangige Gläubiger keine Eigenkapitalgeber seien und daher nicht vom Insolvenzverfahren ausgeschlossen sein sollen.

Mit der Einführung von § 57a Abs 1 KO folgte der Gesetzgeber diesen Lehrmeinungen, allerdings schloss er Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Leistungen gem § 23a AO von einer Befriedigung im (Zwangs-)Ausgleich aus.²⁸ Während die AO durch das IRÄG 2010 zur Gänze wegfiel, wurde § 57a KO wortgleich in die IO übernommen.

b) § 57a Abs 2 IO

Während der Einführung von § 57a Abs 1 IO die dargestellte Debatte in der Lehre vorausgegangen ist und sich der Gesetzgeber teilweise auch auf OGH-Rsp stützt, finden sich zur Gesetzwerdung von § 57a Abs 2 IO keine historischen Belege. Einzig die Ähnlichkeit zu einer Bestimmung des d Insolvenzrechts lässt vermuten, dass § 57a Abs 2 IO von dort übernommen wurde. Gem § 174 Abs 3 dInsO sind nämlich „Forderungen nachrangiger Gläubiger [...] nur anzumelden, soweit das Insolvenzgericht besonders zur Anmeldung dieser Forderungen auffordert. Bei der Anmeldung solcher Forderungen ist auf den Nachrang hinzuweisen und die dem Gläubiger zustehende Rangstelle zu bezeichnen.“ Mit den Hintergründen dieser Bestimmung befasst sich Kap II A 3. Festgehalten werden kann jedenfalls, dass der Gesetzgeber bei der Gesetzwerdung von § 57a IO ausweislich der Materialien²⁹ primär Forderungen aus

24 Karollus, Zur Behandlung kapitalersetzender Forderungen im Konkursverfahren, ZIK 1996, 37.

25 AA Berger, ÖBA 1996, 837.

26 Vgl nunmehr § 57a Abs 1 IO.

27 Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO (Stand 1. 9. 1999, rdb.at) Rz 71.

28 Siehe dazu bei Kap V B 1.

29 ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 16: „[...] haben Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen [...] hinter die Forderungen der übrigen Gläubiger zurückzutreten. [...] Der verfahrensrechtlichen Behandlung dieser Forderungen widmet sich Abs 2“.

eigenkapitalersetzenden Leistungen vor Augen hatte, nicht vertraglich nachrangige Forderungen.

3. Erfasste Forderungen

Nach seinem Wortlaut und den Gesetzesmaterialien³⁰ erfasst § 57a Abs 1 IO ausschließlich Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Leistungen, sodass nur diese gemäß der Bestimmung gesetzlich nachrangig sind.³¹ Völlig unstrittig ist daher, dass § 57a Abs 2 IO auf Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Leistungen anwendbar ist.³²

Nicht explizit geregelt ist hingegen, ob § 57a Abs 2 IO einen darüberhinausgehenden Anwendungsbereich hat. Die Überschrift zu § 57a IO lautet „*Nachrangige Forderungen*“ und § 57a Abs 2 IO spricht nicht von Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Leistungen, sondern allgemein von „*nachrangigen Forderungen*“. Demgegenüber nennt die IO andernorts spezifisch „*Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Leistungen*“.³³ Das legt nahe, dass § 57a IO nicht nur auf Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Leistungen, sondern generell auf nachrangige Forderungen anwendbar sein soll.

Wenn man dem das in Kapitel I A 1 oben herausgearbeitete Begriffsverständnis von (insolvenzrechtlich) nachrangigen Forderungen zugrunde legt, umfasst der Wortlaut grundsätzlich alle Forderungen, die im Insolvenzverfahren nach den nicht nachrangigen Insolvenzforderungen zu befriedigen sind. Daraus folgt einerseits, dass Masseforderungen, vorrangige Insolvenzforderungen, wie nach § 38 Abs 3 BMSVG, § 39 Abs 3 PKG und § 314 Abs 1 VAG 2016, (nicht nachrangige) Insolvenzforderungen und vom Insolvenzverfahren ausgeschlossene Forderungen, wie jene nach § 58 IO, aber auch gesellschaftsrechtliche Ansprüche auf Rückzahlung von Eigenkapital³⁴ nicht von § 57a Abs 2 IO erfasst sind. Andererseits ist § 57a IO folglich im Einklang mit der hM³⁵ grundsätzlich auf vertraglich nachrangige Forderungen und auf alle gesetzlich nachrangigen Forderungen anwendbar.

Denn erstens ist der von Karollus³⁶ herausgearbeitete Zweck der Einbeziehung von Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Leistungen in das Insolvenzverfahren auch für alle anderen nachrangigen Forderungen einschlägig. Zweitens ist § 57a Abs 2 IO die einzige Regelung der IO zur verfahrensrechtlichen Behandlung von nachrangigen Forderungen. Das österr Recht kennt aber andernorts sehr wohl Bestimmungen, die eine Nachrangigkeit von Forderungen im Insolvenzverfahren vorsehen, wie insb die nachrangigen bankaufsichtsrechtlichen Eigenmittel nach § 23 BWG idF vor

30 ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 16.

31 OGH 1 Ob 34/13a ZIK 2013, 222 = ÖBA 2013, 836 = NZ 2013, 317.

32 ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 16.

33 Neben § 57a Abs 1 IO auch zB § 67 Abs 3, § 70 Abs 1, § 141 Abs 2 Z 6 und § 154 Z 2 IO.

34 Siehe Fn 16.

35 OLG Wien 1 R 31/18p ZIK 2018, 190; Katzmayer in Koller/Lovrek/Spitzer, IO § 57a Rz 3; Mohr in Dellinger/Mohr § 57a KO Rz 3; ders, IO¹¹ Anm 11; Schummer in Konecny, Insolvenz-Forum 2012, 105 (121); Nowotny in Bertl et al, Eigenkapital 73 (86).

36 Siehe die Nachweise in A 2 a).

BGBI I 2013/184³⁷ und seit Inkrafttreten der Eigenmittelverordnung (CRR)³⁸ am 1. 1. 2014³⁹ die nunmehr anwendbaren bankaufsichtsrechtlichen Eigenmittel.⁴⁰ Diese Bestimmungen beinhalten keinen gesetzlichen Nachrang, sondern sehen vor, dass eine Kapitalzufuhr, die ihren Anforderungen entspricht, als bankaufsichtsrechtliche Eigenmittel angerechnet werden kann. Eigenmittel in Form von nachrangigem Kapital gibt es bspw auch bei Versicherungen, Wertpapierfirmen, Kapitalanlagegesellschaften und alternativen Investmentfonds Managern.⁴¹ Gesetzlich nachrangige Forderungen (die sogar tieferrangig sind als Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Leistungen) kennt hingegen § 315 Abs 4 VAG 2016. Schon alleine daraus, dass das österr Recht (zusätzlich zu Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Leistungen) insolvenzrechtlich nachrangige Forderungen kennt, folgt, dass die österr Rechtsordnung die Durchsetzung solcher Forderungen im Insolvenzverfahren gewährleisten muss. Hierfür kommt nur eine Behandlung gem § 57a Abs 2 IO in Frage.

Schließlich ist bei der Auslegung von Gesetzen und der Bestimmung deren richtigen Wortsinns darauf zu achten, dass Gleiches gleichbehandelt werden soll und Ungleiches ungleich.⁴² Insofern ist die Anwendung von § 57a Abs 2 IO auf alle Arten von gesetzlich oder vertraglich nachrangigen Forderungen geboten. Für sie alle besteht die Notwendigkeit, dass ihre nachrangige Befriedigung im Insolvenzverfahren durchgesetzt werden kann.

4. Natur der Bestimmung

a) § 57a Abs 2 IO

Nach den Materialien ist jedenfalls § 57a Abs 2 IO eine verfahrensrechtliche Bestimmung.⁴³ Das ergibt sich aus ihrem Regelungsinhalt: Einerseits wird geregelt, wie die Gläubiger nachrangiger Forderungen diese im Insolvenzverfahren durchsetzen können (insb geht es um den Ausschluss bzw Aufschub der Anmeldung solcher Forderungen) und andererseits enthält die Bestimmung Verfahrensvorschriften, die das Gericht einzuhalten hat (nämlich, wann und wie nachrangige Gläubiger zur Anmeldung aufzufordern sind). Schließlich enthält die Bestimmung die ebenfalls

37 Sie sind gem § 45 Abs 4 BWG nachrangig; s Fn 17.

38 VO (EU) 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 6. 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) 646/2012, ABL L 2013/176, 1.

39 Am 28. 6. 2021 wird aber die VO (EU) 2019/876 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 5. 2019 zur Änderung der Verordnung (EU) 575/2013 in Bezug auf die Verschuldungsquote, die strukturelle Liquiditätsquote, Anforderungen an Eigenmittel und berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten, das Gegenparteiausfallsrisiko, das Marktrisiko, Risikopositionen gegenüber zentralen Gegenparteien, Risikopositionen gegenüber Organismen für gemeinsame Anlagen, Großkredite, Melde- und Offenlegungspflichten und der Verordnung (EU) 648/2012, ABL L 2019/150, 1 in Kraft treten.

40 Siehe dazu bei C 6.

41 §§ 169ff VAG 2016, § 10 Abs 5 Z 2 WAG 2018, § 6 Abs 2 Z 5 InvFG 2011, § 7 iVm § 2 Abs 1 Z 30 AIFMG.

42 *Zippelius*, Juristische Methodenlehre¹¹ (2012) 59f.

43 ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 16; *Harrer*, wbl 2004, 201 (211).

verfahrensrechtliche Anordnung, dass die Rechte der Insolvenzgläubiger von den Befugnissen der nachrangigen Gläubiger nicht berührt werden. Dies kann sich im vorliegenden Zusammenhang denkllogisch nur auf die insolvenzverfahrensrechtlichen Befugnisse der nachrangigen Gläubiger im Verhältnis zu den Rechten der Insolvenzgläubiger beziehen.⁴⁴ MaW regelt § 57a Abs 2 IO das Verfahrensrecht zur Durchsetzung nachrangiger Forderungen im Insolvenzverfahren.

b) § 57a Abs 1 IO

§ 57a Abs 1 IO ist *lex specialis* zu §§ 14 und 15 EKEG:⁴⁵ §§ 14 und 15 EKEG regeln die Durchsetzungssperre von Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Leistungen außerhalb des Insolvenzverfahrens⁴⁶ und § 57a Abs 1 IO regelt die im Fall des Insolvenzverfahrens bestehende Möglichkeit der nachrangigen insolvenzverfahrensrechtlichen Geltendmachung dieser Forderungen. Er verdrängt insoweit die Rückzahlungssperre.⁴⁷ Ohne eine Bestimmung wie § 57a Abs 1 IO könnte der Gläubiger einer Forderung aus eigenkapitalersetzenden Leistungen diese im Insolvenzverfahren mangels Sanierung der Gesellschaft nicht geltend machen. Daher enthält § 57a Abs 1 IO primär materielles Recht. Anders wäre rechtsdogmatisch auch nicht zu erklären, warum eine Forderung, die gem § 14 Abs 1 EKEG für die Dauer der materiellen Insolvenz nicht durchsetzbar ist, im Insolvenzverfahren (wenn auch nachrangig) geltend gemacht und, wenn die Insolvenzgläubiger zu 100% befriedigt werden können, auch befriedigt werden kann.⁴⁸ Die verfahrensrechtliche Behandlung dieses nachrangigen Haftungsrechts ergibt sich dann aus § 57a Abs 2 IO.

B. Gesetzlich nachrangige Forderungen

Zu den gesetzlich nachrangigen Forderungen gehören jedenfalls die Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Leistungen gem § 57a Abs 1 IO, die im Folgenden einfach als „EKEG-Forderungen“ bezeichnet werden. Sie werden sogleich in 1 behandelt. In Lit und Rsp wurde auch diskutiert, ob kapitalmarktrechtliche Ansprüche auf Rückzahlung des Kapitals nachrangig sind, wenn die Investition des Anlegers in Form von Eigenkapital erfolgte. Die dafür einschlägige Lit und Jud wird in 2 dargestellt. Das gegenständliche Kapitel beschränkt sich auf diese beiden Fälle, obwohl gesetzlich nachrangige Forderungen auch in anderen Zusammenhängen in Betracht kommen.⁴⁹

44 Siehe Kap II A 4.

45 Reisch, Spannungsverhältnis Eigenkapitalersatz – Insolvenz im Konzern, in Konecny (Hrsg), ZIK Spezial – Insolvenzrecht und Kreditschutz 2015 (2015) 171 (181).

46 ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 12; Artmann in Artmann/Karollus (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz I⁶ § 52 (Stand 1. 5. 2018, rdb.at) Rz 70.

47 Feil, Insolvenzordnung⁸ (2014) § 57a Rz 2; Mohr in Dellinger/Mohr § 14 EKEG Rz 9; Jaufer, Das Unternehmen in der Krise³ – Verantwortung und Haftung der Geschäftsorgane (2014) 247.

48 AA Schmidt, Zur Zukunft des Eigenkapitalersatzrechts in Österreich – Eine kritische Analyse des EKEG von 2003, GesRZ 2004, 75 (81).

49 Insb gem § 315 Abs 4 VAG 2016. Siehe zB auch OGH 6 Ob 204/16t VbR 2018, 35 (Told) = GesRZ 2017, 391 (Hochedlinger) zur atypischen stillen Gesellschaft; H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer (Hrsg), GmbHG

1. Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Leistungen

Bereits seit den 1990er Jahren ist in der Lehre und Rsp anerkannt⁵⁰ und seit Einführung des EKEG mit dem GIRÄG 2003 auch kodifiziert, dass ein Kredit, den ein Gesellschafter der Gesellschaft in der Krise gewährt, eigenkapitalersetzend und folglich bis zur Sanierung der Gesellschaft nicht rückzahlbar ist (§ 14 EKEG – Rückzahlungssperre oder Durchsetzungssperre). Von einem Gesellschafter der Gesellschaft in der Krise zur Verfügung gestelltes Fremdkapital wird also in dem Sinn in haftendes Kapital umqualifiziert,⁵¹ dass es für die Dauer der Krise haftungsrechtlich (annähernd) Eigenkapital gleichgestellt wird, obwohl es unternehmensrechtlich Fremdkapital bleibt.⁵²

Diese Rechtsfolge fußt auf der sog Finanzierungs(folgen)verantwortung⁵³ der Gesellschafter: Wenn ein Gesellschafter der Gesellschaft in der Krise Fremdkapital gewährt (obwohl betriebswirtschaftlich Eigenkapital erforderlich wäre) und die Sanierung scheitert, darf das Risiko des Scheiterns der Sanierung nicht auf die Gläubiger überwält werden.⁵⁴ Das wäre aber ohne die Rückzahlungssperre der Fall, denn die

(2017) § 82 Rz 81; BGH IX ZR 188/09 ZinsO 2010, 1059 zu Nachzahlungen von Vorzugsdividenden; OLG Koblenz 3 U 635/13 ZIP 2013, 2325 zu vor Insolvenzeröffnung entstandenen Gewinnansprüchen eines Gesellschafters; OGH 8 Ob 94/16f ÖBA 2018, 504 (Warto) zu Haftungsansprüchen gegen den Abschlussprüfer; BGH II ZR 10/19 NZI 2020, 371 zur insolvenzrechtlichen Einordnung des Abfindungsanspruchs eines ausgeschiedenen Kommanditisten.

50 OGH 8 Ob 9/91 wbl 1991, 398 (Ostheim) = ecolex 1991, 697; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 2; für viele Schopper/Vogt in Koller/Lovrek/Spitzer, IO Vor § 1 EKEG Rz 2; Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (Stand 1. 6. 2017, rdb.at) Rz 4/438 ff mwN; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz² (Stand 1. 4. 2012, rdb.at) § 52 Rz 139 mwN; Harrer, wbl 2004, 201 (201 ff) mwN.

51 Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 52 Rz 146.

52 Für viele Herbst in Fraberger/Hirschler/Kanduth-Kristen/Ludwig/Mayr (Hrsg), Handbuch Sonderbilanzen I (2010) 259 und Schopper/Vogt in Koller/Lovrek/Spitzer, IO § 1 EKEG Rz 5.

53 Grundlegend OGH 8 Ob 254/97d ecolex 1998, 35; zuletzt OGH 17 Ob 1/20a ecolex 2020, 908; OGH 8 Ob 125/07a ZIK 2008, 213; zur Rechtfertigung des Kapitalersatzrechts allg und ausf Fidler, Der zukünftige Gesellschafter im EKEG – zugleich ein Beitrag zur Ratio Legis des Kapitalersatzrechts, wbl 2020, 601 (602 ff); Schopper/Vogt in Koller/Lovrek/Spitzer, IO Vor § 1 EKEG Rz 3; Lewisch, Aktuelle Fragen der Gläubigerschutztatbestände, in Lewisch (Hrsg), Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht 2018 (2018) 187 (204) mwN; Artmann in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 52 Rz 35 mwN; Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung 57; ders, Das neue Eigenkapitalersatzgesetz, ecolex 2004, 106 (106); ders, Sanierung durch vereinfachte Kapitalherabsetzung und -erhöhung, GesRZ 2001, 69 (76); Mohr, Eigenkapital ersetzende Leistungen im Konkursverfahren – Das neue Eigenkapitalersatzgesetz, GeS 2003, 428 (428); Karollus/Schulyok, Eigenkapitalersetzende Leistungen (1998) 24; Maschke in Poltsch/Bertl/Frabrerger/Reckenzaun/Isola/Petsch (Hrsg), Praxishandbuch Insolvenzabwicklung (2016) 827; Karollus in Buchegger, Insolvenzrecht, Erster Zusatzband Vor § 1 EKEG Rz 13; abl Schummer, Das Eigenkapitalersatzrecht – Notwendiges Rechtsinstitut oder Irrweg? (1998) 224 ff, insb 286 und s Fidler, wbl 2020, 601 Fn 14 mwN.

54 ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 3; zuletzt OGH 6 Ob 154/19v wbl 2020, 406 (Koppensteiner); Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung I² (1997) Rz 2/341 mwN; Schopper/Vogt in Koller/Lovrek/Spitzer, IO Vor § 1 EKEG Rz 3;

Kreditgewährung ermöglicht idR das Weiterwirtschaften. Tritt am Ende doch der Insolvenzfall ein, würde der Haftungsfonds der Gläubiger durch einen Rückforderungsanspruch des Gesellschafters gegen die Gesellschaft geschmälert. Stattdessen sieht das EKEG vor, dass der Kredit während der Krise von der Gesellschaft nicht zurückgezahlt werden darf, sodass er den Haftungsfonds der Gläubiger nicht schmälert. Umgekehrt hätte der Gesellschafter auch die unternehmerischen Vorteile daraus gezogen, wenn die Sanierung durch seine Krisenfinanzierung erfolgreich gewesen wäre.

Diese Regelungen des EKEG sollen einen angemessenen Ausgleich zwischen der Finanzierungsfreiheit der Gesellschafter und dem Gläubigerschutz bewirken.⁵⁵ Denn einerseits bleibt es den Gesellschaftern überlassen, die Form der Finanzierung zu wählen, andererseits wird eine Finanzierung in Form von Fremdkapital den Gläubigern als Haftungsfonds zur Verfügung gestellt. Da das EKEG in der Lit bereits umfassend behandelt wurde,⁵⁶ wird im Folgenden nur kurz auf dessen Grundtatbestand eingegangen und sodann primär identifiziert, welche nachrangigen Forderungen daraus erwachsen können.

a) Eigenkapitalersetzende Gesellschafterkredite

aa) Tatbestand

Ein Kredit, den ein Gesellschafter der Gesellschaft in der Krise gewährt, ist Eigenkapital ersetzend und unterliegt der Durchsetzungssperre gem § 14 Abs 1 EKEG. Das EKEG ist auf Kapitalgesellschaften, Genossenschaften mit beschränkter Haftung und Quasi-Kapitalgesellschaften anwendbar.⁵⁷

Nur in der Krise der Gesellschaft gewährte Finanzierungen unterliegen den Rechtsfolgen des EKEG. Eine Krise iSd EKEG liegt vor, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet ist, oder wenn die Eigenmittelquote der Gesellschaft weniger als 8% und die fiktive Schuldentilgungsdauer mehr als 15 Jahre beträgt (es sei denn, die Gesellschaft bedarf nicht der Reorganisation).⁵⁸

Ein „Kredit“ iSd EKEG ist nicht nur ein Kredit iSd § 988 ABGB, sondern grundsätzlich jede Vereinbarung, nach der die Gesellschaft ihre Gegenleistung nicht Zugum-

Thiery, Nachschüsse, Zuschüsse und eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen in der GmbH-Bilanz, in FS Frotz (1993) 841 (853); *Karollus/Schulyok*, Eigenkapitalersetzende Leistungen 28 ff.

55 ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 3; OGH 17 Ob 1/20a ecolex 2020, 908.

56 Siehe dazu bspw *Karollus* in *Buchegger*, Insolvenzrecht, Erster Zusatzband 181 ff; *Dellinger/Mohr*, EKEG; *Schopper/Vogt*, EKEG; *Fellner/Mutz*, Eigenkapitalersatz-Gesetz (2004); *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 52 Rz 134 ff; *Umfahrer*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung⁶ (2008) Rz 680 f; *Koppensteiner/Rüffler* (Hrsg), GmbH-Gesetz Kommentar³ (2007) Anh § 74; *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 82 (Stand 1. 12. 2017, rdb.at) Rz 161 ff; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 4/438; *Schummer*, Eigenkapitalersatzrecht; *Mohr*, GeS 2003, 428; *H. Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG § 82 Rz 162 ff.

57 § 4 EKEG.

58 § 2 Abs 1 EKEG.