Lexis 360®

RdW - Österreichisches Recht der Wirtschaft

Ausgewählte Problemfelder der COVID-19-bedingten Änderungen des Insolvenz- und Eigenkapitalersatzrechts

Schwerpunkt COVID-19 · Mag. Clemens Stegner/Philipp Kalser, LL.B., LL.M./Mag. Philipp Wetter, BA · RdW_digitalOnly 2020/21 · RdW_digitalOnly 2020, 1 · Heft 21 v. 18.5.2020

Am 3. 4. 2020 hat der Nationalrat ein viertes COVID-19-Gesetzespaket (4. COVID-19-Gesetz BGBl I 2020/24) beschlossen. Nach Maßnahmen insb zur Steigerung der Finanzkraft und Krisenbeständigkeit von Unternehmen, die schon Bestandteil der ersten drei COVID-19-Gesetzespakete waren, sieht das vierte Gesetzespaket ua Änderungen im Insolvenz- und Eigenkapitalersatzrecht vor. Einerseits wurde danach für echte und verdeckte Kapitalgesellschaften die Insolvenzantragspflicht aus dem Insolvenzgrund der Überschuldung temporär ausgesetzt. Andererseits sollen bestimmte in der aktuellen Krise gewährte Gesellschafterkredite nicht den Rechtsfolgen des EKEG unterliegen. Der vorliegende Beitrag gewährt einen Überblick über diese Regelungen und zeigt ausgewählte Problemfelder auf.[1]

1.Einleitung

Die infolge der COVID-19-Pandemie vorgenommenen Beschränkungen des öffentlichen Lebens haben massive Auswirkungen auf Unternehmen. Staatliche Maßnahmen - wie insb Beihilfen aus eigens geschaffenen Krisenfonds - zielen auf eine Verbesserung der Liquiditätssituation ab. Dies soll Unternehmen vor Zahlungsunfähigkeit bewahren, schützt aber nicht zwangsläufig auch vor insolvenzrechtlicher Überschuldung. Denn Unsicherheiten über die zukünftige Entwicklung haben mitunter erheblichen Einfluss auf die Bewertung von Unternehmensvermögen, woraus rechnerische Überschuldung resultieren kann. Gleichzeitig wird mangels Prognostizierbarkeit der weiteren Entwicklung die Erstellung einer Fortbestehensprognose zumindest erschwert.
Der Gesetzgeber sah sich aus diesen Gründen veranlasst, die Insolvenzantragspflicht wegen Überschuldung temporär auszusetzen. Zugleich soll eine zusätzliche Ausnahme im Eigenkapitalersatzrecht einen Anreiz geben, dass auch Gesellschafter (zumindest temporär) zur Verbesserung der Liquiditätslage beitragen, ohne die Rechtsfolgen des EKEG befürchten zu müssen. Der vorliegende Beitrag stellt unter Punkt 2. überblicksartig wesentliche Änderungen des Insolvenz- und Eigenkapitalersatzrechts im Zuge der COVID-19-Gesetzgebung dar. In der Folge werden unter Punkt 3. Einzelfragen behandelt und durch die Novellierungen geschaffene Problemfelder aufgezeigt.

2.Ausgangslage und Überblick über die Änderungen aufgrund COVID-19

2.1.Insolvenzantragspflicht und Sanierungsbemühungen vor COVID-19

Ein Insolvenzverfahren ist bei juristischen Personen (insb GmbH und AG) und verdeckten Kapitalgesellschaften (insb GmbH & Co KG) sowohl bei **Zahlungsunfähigkeit** (§ 66 IO)[2] als auch bei insolvenzrechtlicher **Überschuldung** (§ 67 IO) auf Antrag des Schuldners, aber auch eines Gläubigers (§ 70 IO), zu eröffnen. Insolvenzrechtliche Überschuldung (nach der sogenannten modifizierten zweistufigen Überschuldungsprüfung)[3] liegt nach hM vor, wenn das nach Liquidationswerten zu bewertende Vermögen des Schuldners zur Befriedigung der Gläubiger im

Liquidationsfall nicht ausreicht (negativer Überschuldungsstatus oder rechnerische Überschuldung) und keine positive Fortbestehungsprognose besteht.[4]

Liegt ein Insolvenzgrund vor, ist jeder Geschäftsführer (GmbH) und jedes Vorstandsmitglied (AG) gem § 69 Abs 2 IO verpflichtet,[5] ohne *schuldhaftes Zögern*, jedenfalls aber innerhalb von 60 Tagen, einen Insolvenzantrag zu stellen. Von einem sofortigen Insolvenzantrag darf daher nur abgesehen werden, wenn ernsthafte Sanierungsbemühungen erfolgen, die zumindest geringe Chancen auf Erfolg haben.[6] Ein bloßes Ausnützen der Maximalfrist ohne ernsthafte Sanierungsaussichten oder -bemühungen ist nicht zulässig.

2.2.COVID-19-Pandemie als Naturkatastrophe (2. COVID-19-Gesetz)

Bereits mit dem sogenannten 2. COVID-19-Gesetz[7] hat der Gesetzgeber die Fälle der Pandemie und Epidemie in die demonstrative Aufzählung der "Naturkatastrophen" iSd § 69 Abs 2a IO aufgenommen. Insofern steht für ernsthafte Sanierungsbemühungen nicht die reguläre 60-tägige Frist, sondern eine auf 120 Tage verdoppelte Frist zur Verfügung.

Die Aufnahme von Pandemie und Epidemie in den demonstrativen Katalog hat uE - zumindest im Ergebnis - nur klarstellenden Charakter: Die Regelung des § 69 Abs 2a IO bezweckt, nicht notwendige Insolvenzverfahren zu vermeiden.[8] Bei Naturkatastrophen kann es unklar sein, inwieweit Schuldner von der öffentlichen Hand, von Versicherungsunternehmen oder von anderen Stellen Entschädigungsleistungen oder Beihilfen erhalten. Lebensfähige Unternehmen sollen durch eine Verlängerung der Frist bei durch absolute Ausnahmesituationen (unverschuldet) verursachter materieller Insolvenz vorübergehend vor der Insolvenzantragspflicht bewahrt werden. Da wohl schon der bisherige Wortlaut,[9] jedenfalls aber der Zweck der Fristverlängerung Pandemien und Epidemien miterfasst hat, wäre wohl eine (allenfalls analoge) Anwendung auch ohne gesetzliche Klarstellung möglich gewesen. Angesichts weitreichender Haftungskonsequenzen ist die Klarstellung als der Rechtssicherheit dienend aber jedenfalls zu begrüßen.
Voraussetzung für eine Inanspruchnahme der verdoppelten Maximalfrist ist, dass die materielle Insolvenz durch die aktuelle COVID-19-Pandemie zumindest (mittelbar)[10] mitverursacht wurde (*conditio sine qua non*).[11] Die Testfrage lautet somit: Wäre die materielle Insolvenz auch dann eingetreten, wenn die Ausnahmesituation nicht eingetreten wäre? Bereits aus der Systematik von § 69 Abs 2 und 2a folgt, dass auch hier ein (weiteres) Ausschöpfen der Frist allerdings nur so lange zulässig ist, solange ernsthafte und Erfolg versprechende Sanierungsbemühungen durchgeführt werden (Maximalfrist; siehe dazu bereits oben Punkt 2.1.).

2.3.Aussetzung der Insolvenzantragspflicht, eigenkapitalersatzrechtliche Sonderbestimmungen (4. COVID-19-Gesetz)

2.3.1.Entfall der Insolvenzantragspflicht

Das nunmehr beschlossene 4. COVID-19-Gesetz BGBl I 2020/24 geht hinsichtlich des Insolvenzgrunds der Überschuldung (§ 67 IO) einen Schritt weiter: Gem § 9 Abs 1 2. COVID-19-JuBG wird die Insolvenzantragspflicht bei einer im Zeitraum von 1. 3. 2020 bis 30. 6. 2020 eingetretenen insolvenzrechtlichen Überschuldung ausgesetzt. Weitere Voraussetzungen - etwa die Krise als Mitursache der Überschuldung oder das Setzen von Sanierungsmaßnahmen - bestehen dem Wortlaut nach nicht. Auch auf Antrag eines Gläubigers ist in diesem Zeitraum wegen Überschuldung seines Schuldners kein Insolvenzverfahren zu eröffnen (§ 9 Abs 2 2. COVID-19-JuBG). Die Verpflichtung zur Insolvenzantragstellung bei Zahlungsunfähigkeit besteht dagegen unberührt.

Für die Zeit danach gilt Folgendes: Ist der Schuldner bei Ablauf des 30. 6. 2020 (noch) überschuldet, ist - je nachdem, welcher Zeitraum später endet - innerhalb von maximal 60 Tagen nach Ablauf des 30. 6. 2020 oder maximal 120 Tage nach Eintritt der Überschuldung die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu beantragen (§ 9 Abs 3 2. COVID-19-JuBG). Damit ist die 60-tägige Frist wie auch jener Teil der 120-tägigen Frist, der nach dem 30. 6. 2020 liegt, wiederum als Maximalfrist zu verstehen (*arg* "*ohne schuldhaftes Zögern*"; siehe bereits oben).

Ergänzend sieht das Gesetz vor, dass im Zeitraum von 1. 3. 2020 bis 30. 6. 2020 auch eine allfällige Haftung von Vorstandsmitgliedern einer AG für nach Eintritt einer insolvenzrechtlichen Überschuldung geleistete Zahlungen (§ 84 Abs 3 Z 6 AktG, sogenanntes Zahlungsverbot) entfällt.

2.3.2.Eigenkapitalersatzrechtliche Sonderbestimmungen

Nach dem Eigenkapitalersatzrecht unterliegen insb Kredite eines Gesellschafters, die der Gesellschaft in einer Krise gewährt werden, einer Rückzahlungssperre (§ 14 EKEG). Als Anreiz für Gesellschafter, ihren Gesellschaften Liquidität zur Verfügung zu stellen, sieht § 13 2. COVID-19-JuBG eine (über die Regelung des § 3 Abs 1 Z 1 EKEG hinausgehende) Ausnahme bestimmter kurzfristiger Geldkredite von den Rechtsfolgen des EKEG vor: Ein eigenkapitalersetzender Kredit liegt danach nicht vor, wenn ein von der Gesellschaft nicht besicherter Geldkredit im Zeitraum von 5. 4. 2020 bis (inklusive) 30. 6. 2020 für nicht mehr als 120 Tage gewährt und zugezählt wird.

3.Ausgewählte Problemfelder des 4. COVID-19-Gesetzes

3.1.Zur Aussetzung der Insolvenzantragspflicht

3.1.1.Nichterfassen früherer materieller Insolvenz

Nach dem persönlichen Anwendungsbereich der Bestimmung werden nur Schuldner erfasst, bei denen die insolvenzrechtliche Überschuldung im Zeitraum von 1. 3. 2020 bis 30. 6. 2020 eingetreten ist. Positiv zu werten ist, dass damit, anders als noch in der Erstfassung des Initiativantrags, der noch auf das Inkrafttreten der Regelung (dh auf den 5. 4. 2020) abgestellt hatte, durch einen Abänderungsantrag letztlich auf einen früheren Zeitpunkt abgestellt wird. Zutreffend führen die Materialien zur Notwendigkeit der Rückwirkung aus, dass eine durch die COVID-19-Pandemie ausgelöste Überschuldung "*in vielen Fällen bereits vor dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes eingetreten*" ist und daher vermieden werden soll, "*dass die Regelung in den meisten Fällen nicht anwendbar ist*".[12]
Zumindest rechtspolitisch fragwürdig ist allerdings das gewählte Abgrenzungskriterium, da auf den Eintritt der insolvenzrechtlichen Überschuldung, nicht aber auf das Entstehen der Insolvenzantragspflicht abgestellt wird. Nicht erfasst werden damit nämlich jene Schuldner, die bereits vor dem 1. 3. 2020 insolvenzrechtlich überschuldet waren und aktuell Sanierungsbemühungen innerhalb der 60/120-Tagesfrist setzen (die uU gerade aufgrund der aktuellen Krise erschwert werden). Für sie gilt die Rechtslage wie bisher: Sie dürfen die Maximalfrist nur so lange ausschöpfen, solange ernsthafte, Erfolg versprechende Sanierungsbemühungen gesetzt werden. Zweckmäßig wäre es gewesen, auf die Insolvenzantragspflicht abzustellen.

3.1.2.Haftungsrisiken

Der erwähnte Abänderungsantrag hat "in letzter Sekunde" darüber hinaus eine uE gebotene Ergänzung geschaffen: Danach besteht während des Zeitraums von 1. 3. 2020 bis 30. 6. 2020 keine Haftung des Vorstands wegen Verstößen gegen das Zahlungsverbot (§ 84 Abs 3 Z 6 AktG). Notwendig war diese Ergänzung (im Unterschied zur Schutzgesetzverletzung nach § 69 Abs 2 IO),

weil das Zahlungsverbot ab Vorliegen materieller Insolvenz greift, somit *trotz* Aussetzung der Antragspflicht weiterbestanden hätte.

Aus zwei Gründen wirft diese Regelung allerdings einige Fragen auf: Auffallend ist zunächst, dass die GmbH-rechtliche Parallelbestimmung des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG mit keinem Wort erwähnt wird. Dies überrascht, besteht doch nach wohl hM auch dort ein Zahlungsverbot - entgegen dem Gesetzeswortlaut - nicht erst mit Entstehen der Insolvenzantragspflicht, sondern ebenfalls bereits ab materieller Insolvenz.[13] Problematisch daran ist insb, dass sich das Nichterwähnen der Parallelbestimmung grds auf zwei völlig diametrale Arten erklären ließe: Es könnte sich um eine durch Analogie zu schließende planwidrige Unvollständigkeit handeln, aber auch als implizite authentische Interpretation entgegen der hM verstanden werden.

Mit den Materialien sprechen die deutlich besseren Gründe für die analoge Anwendung des § 9 Abs 4 2. COVID-19-JuBG auf GmbH-Geschäftsführer. Bezweckt sollte nämlich werden, dass den "*Vorstand einer Aktiengesellschaft bei Überschuldung* (...) *keine strengere Haftung trifft als den Geschäftsführer einer GmbH*". Unter Berücksichtigung der hM zu § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG wäre also keine Angleichung der Haftungssituation erreicht, sondern eine nunmehr strengere Haftung des GmbH-Geschäftsführers. Diese planwidrige Unvollständigkeit ist durch Analogie zu schließen: Es besteht insoweit auch kein Zahlungsverbot für GmbH-Geschäftsführer.[14]

Andererseits fällt auf, dass der Wortlaut zwar auf den "*in Abs 1 genannten Zeitraum*", nicht aber auf die von Abs 1 erfassten Schuldner abstellt. Dem Wortlaut nach besteht daher auch kein Zahlungsverbot für das Leitungsorgan eines Schuldners, dessen Überschuldung vor dem 1. 3. 2020 eingetreten ist. Sieht man § 9 Abs 4 2. COVID-19-JuBG uE zutreffend als notwendige Ergänzung des gewählten Regelungskonzepts, spricht aber viel für eine teleologische Reduktion mit dem Ergebnis, dass nur bei von Abs 1 erfassten Schuldnern kein Zahlungsverbot bei Überschuldung besteht.

3.1.3.Kündigungsrechte und Implikationen auf die Vertragsgestaltung

Verträge sehen häufig das Recht des Vertragspartners zur Kündigung des Vertrags bei insolvenzrechtlicher Überschuldung des Kreditnehmers vor. Ob solche Vereinbarungen vor dem Hintergrund des § 25b Abs 2 IO wirksam getroffen werden können, ist höchstgerichtlich noch nicht entschieden.[15] In der Literatur ist diese Frage umstritten.[16] Der Wortlaut des § 25b Abs 2 IO selbst verbietet nur die Vereinbarung von Rücktritts- oder Vertragsauflösungsrechten "*für den Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens*", nicht aber eine Anknüpfung an vorgelagerte Zeitpunkte.

Ausführlich hat sich insb *Anzenberger* mit einer Anknüpfung an frühere Zeitpunkte befasst.[17] Nach *Anzenberger* sollen auch solche Anknüpfungspunkte von § 25b Abs 2 IO erfasst sein, die (aus einer Perspektive *ex ante*) in einem "*notwendigen Kausalzusammenhang*" mit der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens stehen. Daher sei - als notwendige Voraussetzung für die spätere Insolvenzeröffnung - auch die Anknüpfung an die materielle Insolvenz gem § 25b Abs 2 IO unzulässig. Begründet wird dies va mit teleologischen Erwägungen (hinreichender Schutz der Vertragsverhältnisse des Schuldners zur Ermöglichung der Unternehmenssanierung).

Richtig daran ist zwar, dass § 25b Abs 2 IO der Unternehmenssanierung dient. Übersehen dürfte *Anzenberger* dabei allerdings, dass die analoge Anwendung dieser Bestimmung auf frühere Anknüpfungspunkte gerade zu dem paradoxen Ergebnis führt, dass Unternehmenssanierungen dadurch erschwert werden. Rechtsökonomisch betrachtet bewegt nämlich gerade die Unwirksamkeit der Anknüpfung an die materielle Insolvenz insb Kreditgeber dazu, eine - auch von *Anzenberger* selbst als zulässig angesehene - Anknüpfung von Beendigungsrechten an "*insolvenznahe* (...)*, aber*

in keinem notwendigen Kausalzusammenhang" mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens stehende *frühere* Zeitpunkte vorzusehen (sogenannte "*Material Adverse Change*"-Klauseln oder kurz: MAC-Klauseln). Das Grundanliegen, die Unternehmenssanierung durch erweiternde Auslegung des § 25b Abs 2 IO zu ermöglichen, lässt sich durch eine analoge Erfassung insb des Eintritts der materiellen Insolvenz in Wahrheit also nicht verwirklichen, vielmehr wird durch das Abstellen auf noch frühere, in (k)einem Kausalzusammenhang mit der Insolvenzeröffnung stehende Umstände das Gegenteil erreicht. Der Normzweck des § 25b Abs 2 IO - die Ermöglichung der Unternehmenssanierung - gebietet daher die Berücksichtigung dieser ökonomischen Aspekte im Rahmen der teleologischen Interpretation.[18] Untermauert wird diese (teleologische) Sichtweise uE auch durch systematische[19] und subjektiv-historische[20] Erwägungen.

Für kurzfristige (Überbrückungs-)Finanzierungen tritt nun gerade durch die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht ein weiterer Aspekt hinzu: Der für maßgeblich erachtete Kausalzusammenhang besteht nicht, die *Ursache* (insolvenzrechtliche Überschuldung) führt insoweit nicht zur *Wirkung* (keine Antragspflicht). Diese (wirksam vereinbarten) Beendigungsrechte bestehen - weil durch § 9 2. COVID-19-JuBG bloß die Antragspflicht ausgesetzt wird - daher weiterhin. Damit gehen zwei grundlegende Probleme einher: Einerseits kann die Ausübung dieser Rechte zum sofortigen Abzug von Liquidität bei ohnehin liquiditätsschwachen Unternehmen führen. Andererseits kommt erschwerend hinzu, dass auch nicht ausgeschöpfte Kreditrahmen nicht mehr ausgenützt werden können. Damit besteht insb bei der Beendigung von Kreditverträgen die Gefahr, dass "anstelle" der Insolvenzantragspflicht wegen Überschuldung (Aussetzung!) ein Insolvenzantrag wegen Zahlungsunfähigkeit gestellt werden muss. Mit einer (temporären) Aussetzung des Insolvenzgrundes der Überschuldung, und nicht bloß der diesbezüglichen Antragspflicht, hätte der Gesetzgeber diese Problemstellung vermeiden können. Immerhin wird das oben zuerst genannte Problem durch die auf KMU[21] anwendbare Bestimmung des § 2 2. COVID-19-JuBG zumindest teilweise adressiert: Rückzahlungs- und Zinsanspruch sind für die Dauer von drei Monaten *ex lege* gestundet.[22]

3.2.Zur eigenkapitalersatzrechtlichen Ausnahme von 120-tägigen Überbrückungsfinanzierungen

3.2.1.Eigenkapitalersetzende Gesellschaftersicherheiten

Nach § 13 2. COVID-19-JuBG liegt "*(e)in Kredit im Sinne des* § 1 EKEG " nicht vor, "*wenn ein Geldkredit nach Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes bis zum Ablauf des 30. Juni 2020 für nicht mehr als 120 Tage gewährt und zugezählt wird und für den weder ein Pfand noch eine vergleichbare Sicherheit aus ihrem Vermögen bestellt wird*". Durch den Verweis auf Kredite iSd § 1 EKEG ist fraglich, ob eigenkapitalersetzende Gesellschaftersicherheiten (§§ 15 f EKEG) auch begünstigt werden. Dagegen scheint auf den ersten Blick zu sprechen, dass die Materialien[23] den Fall des von einem Gesellschafter besicherten Drittkredits mit keinem Wort behandeln, vielmehr nur Ausführungen zu Gesellschafterkrediten enthalten: "*Um eine schnelle und unbürokratische Überbrückung dieser Engpässe zu ermöglichen, soll die Kreditgewährung eines Gesellschafters an die Gesellschaft vorübergehend erleichtert werden.*"

Gegen diese subjektiv-historische Auslegung sprechen uE sowohl teleologische[24] als auch systematische Erwägungen: Regelungstechnisch ist § 13 2. COVID-19-JuBG uE als zusätzliche Ausnahme zu den in § 3 Abs 1 EKEG genannten Fällen konzipiert (*arg* "*Ein Kredit im Sinne des § 1 liegt nicht vor, wenn* [...]"). Eine Berücksichtigung der Ausnahmen des EKEG verlangt § 15 EKEG insofern, als der dort enthaltene Einschub "*in dem eine Kreditgewährung Eigenkapital ersetzend wäre*" auf die Testfrage hinausläuft, ob die Kreditgewährung eines Dritten vom EKEG erfasst wäre,

wenn man gedanklich an seine Stelle den sicherheitenbestellenden Gesellschafter setzen würde. Diese Frage wäre - soweit der Drittkredit die Voraussetzungen des § 13 2. COVID-19-JuBG erfüllt - zu verneinen. Hinzu kommt, dass auch in der Lehre zutreffend unter Verweis auf die wirtschaftliche Austauschbarkeit von Geldkrediten und Gesellschaftersicherheiten (§ 15 EKEG) vertreten wird, dass die Ausnahmetatbestände des § 3 EKEG auf die eigenkapitalersetzenden Sicherheiten anwendbar sind.[25] Aus diesen Gründen ist uE davon auszugehen, dass die durch das 2. COVID-19-JuBG geschaffene Ausnahme auch eigenkapitalersetzende Gesellschaftersicherheiten erfasst.

3.2.2.Kettenkredite

Als Umgehungskonstruktion sind nach hM Kredite eigenkapitalersetzend, wenn ein kurzfristig gewährter Kredit zwar innerhalb von 60 Tagen gem § 3 Abs 1 Z 1 EKEG zurückgeführt wird, aber "alsbald" wieder ein neuer kurzfristiger Kredit vergeben wird (sogenannte *Kettenkredite*):[26] Die Laufzeiten solcher Kredite sind bei einem engen zeitlichen Zusammenhang und einer wirtschaftlichen Vergleichbarkeit der Kredite zusammenzurechnen.[27]

Soweit unter Berufung auf die durch § 13 2. COVID-19-JuBG geschaffene Ausnahme eine bis zu 120-tägige Überbrückungsfinanzierung gewährt (und zugezählt) wird, im engen zeitlichen Zusammenhang allerdings ein wirtschaftlich vergleichbarer, isoliert betrachtet unter die Ausnahme des § 3 Abs 1 Z 1 EKEG fallender Kredit zurückgeführt wurde, entsteht ein Spannungsverhältnis zwischen diesen beiden Ausnahmen. Kreditgeber könnten insb in einer späteren Insolvenz damit konfrontiert werden, dass wirtschaftlich betrachtet[28] eine durchgehende Kreditgewährung vorliegt, die nach hM zu § 3 Abs 1 Z 1 EKEG als Kettenkredit dem Eigenkapitalersatzrecht unterliegt.

Was das Verhältnis der beiden Ausnahmen zueinander angeht, kommen im Ergebnis drei Lösungen in Betracht: Die *erste Lösung* lautet, dass durch § 13 2. COVID-19-JuBG eine eigene Ausnahme geschaffen wurde, die unabhängig von zuvor gewährten Überbrückungsfinanzierungen in Anspruch genommen werden kann. Aus dem Blickwinkel von § 3 Abs 1 Z 1 EKEG wären dadurch - wirtschaftlich betrachtet - bis zu 180-tägige Überbrückungsfinanzierungen ermöglicht (60-tägiger Überbrückungskredit + 120-tägige Finanzierung nach der neuen Ausnahme). Als *zweite Lösung* käme - die andere Extremposition einnehmend - in Betracht, dass an eine erfolgte 60-tägige Überbrückungsfinanzierung nach § 3 Abs 1 Z 1 EKEG überhaupt keine weitere Überbrückungsfinanzierung anschließen darf, andernfalls eine Umgehung von § 3 Abs 1 Z 1 EKEG vorläge. Die *dritte Lösung* besteht in einem "Mittelweg", der ausgehend von der Wertung des § 13 2. COVID-19-JuBG eine erneute Kreditgewährung oder -verlängerung (in den Grenzen des § 13 2. COVID-19-JuBG) insoweit zulässt, als die Gesamtdauer 120 Tage nicht überschreitet.

Vorzugswürdig ist uE die erste Lösung. Dafür spricht insb eine systematische Interpretation, die § 13 2. COVID-19-JuBG als *speziellere Vorschrift* einordnet. Voraussetzung für einen solchen Vorrang ist neben der Spezialität[29] auch die Unvereinbarkeit der Rechtsfolge mit jener der generellen Norm.[30] "Generelle Norm" sind dabei uE die gestützt auf die Umgehungslehre[31] gewonnenen Grundsätze über Kettenkredite. Eine Unvereinbarkeit der Rechtsfolgen liegt jedenfalls insoweit vor, als etwa zwei aufeinanderfolgende Kredite von 60 Tagen als Kettenkredit zu qualifizieren und damit eigenkapitalersetzend wären, während dies eine 120-tägige Kreditgewährung nach § 13 2. COVID-19-JuBG gerade nicht wäre. Spezieller ist die zuletzt genannte Ausnahme schon wegen des zeitlichen Anwendungsbereichs, aber auch durch die negative Voraussetzung fehlender Sicherheitengewährung durch die kreditnehmende Gesellschaft. Eine Überbrückungsfinanzierung nach § 13 2. COVID-19-JuBG steht uE daher auch jenen Gesellschaften offen, die bereits eine Überbrückungsfinanzierung nach § 3 Abs 1 Z 1 EKEG erhalten (und innerhalb von 60 Tagen zurückgeführt)[32] haben, offen. All

dies setzt freilich voraus, dass sich die anschließende, bis zu 120-tägige Überbrückungsfinanzierung in den Grenzen des § 13 2. COVID-19-JuBG bewegt.

3.2.3.Zuzählungserfordernis - authentische Interpretation?

Kredite sind gem § 1 EKEG eigenkapitalersetzend, wenn sie im Zeitpunkt einer Krise *gewährt* werden. Spiegelbildlich sollen bereits zuvor gewährte Kredite als sogenannte stehengelassene Kredite (§ 3 Abs 1 Z 3 EKEG) von den Rechtsfolgen des EKEG ausgenommen sein. Umstritten und bis dato höchstgerichtlich nicht entschieden ist allerdings, was unter "Gewährung" zu verstehen ist. Virulent wird die Frage, wenn Verpflichtungsgeschäft (Kreditvertrag) und Verfügungsgeschäft (Kreditzuzählung) auseinanderfallen und erst bei Zuzählung (oder Inanspruchnahme eines Rahmens) eine Krise vorliegt. Ein Teil der Lehre vertrat bislang, dass auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Auszahlung der Kreditvaluta (Erhöhung des Kreditsaldos) als maßgeblichen Zeitpunkt abzustellen sei.[33] Nach einem anderen Teil der Lehre sei dagegen grds auf den Zeitpunkt der Kreditzusage abzustellen (Verpflichtungsgeschäft).[34]

Dass § 13 2. COVID-19-JuBG einen Kredit ausnimmt, der für nicht mehr als 120 Tage "*gewährt und zugezählt*" wird, könnte also nunmehr "Wasser auf die Mühlen" all jener bedeuten, die grds das Verpflichtungsgeschäft für maßgeblich halten: Denn in der genannten Ausnahmebestimmung differenziert der Gesetzgeber offenbar zwischen Gewährung und Zuzählung; implizit könnte darin eine authentische Interpretation des Begriffs der Gewährung gesehen werden. Soweit das Gesetz daher (nur) von Gewährung spricht (§ 1 EKEG), könnte nunmehr argumentiert werden, dass für die Erfassung als eigenkapitalersetzender Kredit (nur) auf das Verpflichtungsgeschäft abzustellen ist. Fraglich ist allerdings, ob der Gesetzgeber bei der Vielzahl anlässlich der COVID-19-Pandemie beschlossener Gesetze einen derartigen Eingriff in das System des EKEG beabsichtigt hat (*arg* Anlassgesetzgebung). Das Zuzählungserfordernis des § 13 2. COVID-19-JuBG könnte möglicherweise (nur) bezwecken, dass die temporäre Privilegierung von Gesellschafterkrediten in der Krise der Gesellschaft nur dann zur Anwendung kommen soll, wenn der Gesellschaft auch tatsächlich die Liquidität zur Verfügung gestellt wird und damit eine Zahlungsunfähigkeit vermieden bzw das Ausmaß der Inanspruchnahme staatlicher Unterstützungsmaßnahmen entsprechend reduziert wird. Eine gesetzgeberische Klarstellung wäre zu begrüßen.

4.Conclusio

Obwohl das 4. COVID-19-Gesetz wichtige infolge der COVID-19-Pandemie entstandene Problemfelder adressiert, hat es auch zahlreiche Fragen aufgeworfen und bietet damit in bestimmten Bereichen nur unzureichend Rechtssicherheit. Insb durch die bloß temporäre Aussetzung der Insolvenzantragspflicht bei Überschuldung (statt bspw temporärer Aussetzung des Insolvenzgrundes der Überschuldung) und teils erheblich auslegungsbedürftiger Bestimmungen bleibt abzuwarten, in welchem Ausmaß die erfolgten Gesetzesänderungen die angestrebten Wirkungen in der Praxis entfalten werden.

---

[1] Nicht Gegenstand des Beitrags sind weitere im Rahmen der COVID-19-Gesetzgebung beschlossene insolvenzrechtliche Änderungen. Für eine Übersicht über die hier nicht behandelten Themen siehe *Mohr*, COVID-19-Pandemie - weitere Änderungen im Insolvenzrecht in Kraft getreten, ZIK 2020/56.

[2] Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn der Schuldner mangels bereiter Zahlungsmittel nicht in der Lage ist, (alle) seine fälligen Schulden zu bezahlen, und sich die erforderlichen Zahlungsmittel voraussichtlich auch nicht

alsbald verschaffen kann (RIS-Justiz RS0052198, RS0065106, RS0094940). Auch bei bloß drohender Zahlungsunfähigkeit ist (nur) auf Antrag des Schuldners das Insolvenzverfahren zu eröffnen.

[3] MwN *Jaufer/Rabel/Schummer*, Rechnerische Überschuldung, in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Unternehmensfortführung in der Krise (2018) 33 (36).

[4] Vgl RIS-Justiz RS0064962.

[5] Bei verdeckten Kapitalgesellschaften trifft die Insolvenzantragspflicht den unbeschränkt haftenden Gesellschafter bzw dessen organschaftlichen Vertreter (§ 69 Abs 3 IO); bei sogenannten "führungslosen Gesellschaften" ohne organschaftlichen Vertreter ist der Mehrheitsgesellschafter zur Insolvenzantragstellung verpflichtet (§ 69 Abs 3a IO).

[6] *Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 121 (Stand 1. 6. 2015, rdb.at).

[7] BGBl I 2020/16, in Kraft seit 22. 3. 2020.

[8] Siehe Bericht und Antrag des Finanzausschusses 1286 BlgNR 21. GP 1.

[9] *Arg* § 69 Abs 2a IO: "(…) *oder ähnliche Katastrophe vergleichbarer Tragweite* (…)".

[10] Siehe Bericht und Antrag des Finanzausschusses 1286 BlgNR 21. GP 1; vgl auch *Schneider*, COVID 19: Änderungen im Insolvenzrecht, CuRe 2020/30 (ohne nähere Begründung).

[11] MwN *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 13 (Stand 1. 12. 2005, rdb.at).

[12] AA-29 BlgNR 27. GP 2.

[13] OGH 26. 9. 2017, 6 Ob 164/16k; *U. Torggler/Trenker*, Zur Organhaftung für Gläubigerbevorzugung gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG, § 84 Abs 3 Z 6 AktG, JBl 2013, 613 (624) mwN.

[14] So auch *Schneider*, CuRe 2020/30 (ohne nähere Begründung).

[15] Vgl aber OGH 21. 11. 2013, 1 Ob 157/13i, zur Zulässigkeit eines auflösend bedingten Verzichts im Rahmen außergerichtlicher Sanierungsbemühungen.

[16] Dafür etwa *Widhalm-Budak* in *Konecny*, IRÄG 2010, 31; *Trettnak/Höfer*, Vertragsauflösung reloaded - Gedanken zur Vertragsgestaltung im Lichte der neuen Insolvenzordnung, ZIK 2010/310, 204 ff; dagegen insb *Anzenberger* (siehe folgende FN); *Konecny*, Das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010, ZIK 2010, 82 (85 f).

[17] *Anzenberger*, Die Insolvenzfestigkeit von Bestandsverträgen (2014) unter 6. *passim*; siehe auch *Anzenberger*, Vertragsauflösungssperre und Umgehungsmöglichkeiten, in *Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavora*, Jahrbuch Insolvenzrecht und Sanierungsrecht 2013, 221 (231).

[18] Vgl dazu mwN *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON$^{1.02}$ § 6 Rz 33 (Stand 1. 3. 2017, rdb.at); siehe dazu die Materialien zur Vorgängerbestimmung (§ 20e Abs 2 AO), ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 13.

[19] Insoweit offenbar auch *Anzengruber* in *Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavora*, Jahrbuch Insolvenzrecht und Sanierungsrecht 2013, 221.

[20] Insb die ausdrückliche Bezugnahme auf die Insolvenz*eröffnung* lässt uE erkennen, dass der Gesetzgeber eben kein Verbot von insolvenznahen Lösungsklauseln positivieren wollte, weshalb keine planwidrige Lücke und somit kein Raum für eine Analogie besteht, vielmehr der Umkehrschluss zu ziehen ist (ErläutRV 612 BlgNR 25. GP 13: "*das bloße Faktum der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens*").

[21] Siehe § 2 Abs 7 2. COVID-19-JuBG.

[22] Voraussetzung dafür ist insb, dass (i) der Kreditvertrag vor dem 15. 3. 2020 geschlossen wurde, (ii) der Anspruch zwischen 1. 4. 2020 und 30. 6. 2020 fällig wird und (iii) das Unternehmen infolge von Umständen, die auf die COVID-19-Pandemie zurückzuführen sind, die Leistungen nicht erbringen kann.

[23] IA 403/A BlgNR 27. GP 45.

[24] Der Zweck der Bestimmung liegt wohl in der Ermöglichung schneller und unbürokratischer Überbrückungen von durch die COVID-19-Pandemie hervorgerufenen Liquiditätsengpässen, vgl IA 403/A BlgNR 27. GP 45.

[25] Siehe mwN *Karollus* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht (2009) § 15 EKEG Rz 8.

[26] *Karollus* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht § 15 EKEG Rz 8; vgl auch *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht^2 Rz 3/985 (Stand 1. 6. 2017, rdb.at); *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht^2 Rz 4/469 (Stand 1. 6. 2017, rdb.at).

[27] *Karollus* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht § 15 EKEG Rz 8, der anmerkt, dass eine bloße Änderung der Kredithöhe der Annahme eines wirtschaftlichen Zusammenhangs nicht entgegensteht; vgl auch *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht^2 Rz 3/985 (Stand 1. 6. 2017, rdb.at) ("*wirtschaftliche Einheit*").

[28] Vgl *Karollus* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht § 15 EKEG Rz 8.

[29] *Lex specialis* ist eine Norm, die sämtliche Tatbestandsmerkmale der generellen Norm und zusätzlich zumindest ein weiteres enthält (siehe etwa *Kehrer*, Gesetzeskonforme Methodik [2013] 47).

[30] *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON$^{1.02}$ § 6 Rz 12 (Stand 1. 3. 2017, rdb.at).

[31] Vgl *Karollus* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht § 15 EKEG Rz 8. Letztlich geht es bei den Grundsätzen der Umgehungslehre um Fragen der Reichweite und Grenzen des Normzwecks, nämlich "*ob und inwieweit ein Gesetzesverbot auch gegenüber Rechtsgeschäften gilt, die gegen das Verbot zwar nicht ‚dem Buchstaben des Gesetzes nach' verstoßen, im Ergebnis aber doch den Zweck des Gesetzesverbotes vereiteln*" (mwN *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB^4 § 879 ABGB Rz 33 [Stand 1. 11. 2014, rdb.at]); siehe ausführlich zur Umgehungslehre etwa *Leitner*, Steuerumgehung und Missbrauch im Steuerrecht (2013) 15 f.

[32] Der Rückführung gleichzuhalten ist die ernstliche Betreibung, vgl mwN *Karollus* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht § 3 EKEG Rz 7.

[33] *Karollus* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht § 3 EKEG Rz 19 mwN.

[34] *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 3 Rz 23 f; *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 4; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz^3 (2007) Rz 22; grds auch *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht^2 Rz 4/472 (Stand 1. 6. 2017, rdb.at). Begründet wird dies ua damit, dass bereits die Zusage der Kreditgewährung Anlass für die Unternehmensfortführung sei und bereits zu diesem Zeitpunkt die Finanzierungsentscheidung getroffen werde. Vertreter der zuletzt genannten Ansicht machen aber in bestimmten Fällen Einschränkungen: So soll etwa nach *Nowotny* eine Ausnahme anzuerkennen sein, wenn die endgültige Finanzierungsentscheidung noch nicht gefallen sei (etwa noch bestehende Möglichkeit zur Auszahlungsverweigerung); nach *Dellinger* soll bei Einräumung eines hohen (Kontokorrent-)Kreditrahmens vor Eintritt der Krise ("auf Vorrat"), der in absehbarer Zeit von der Gesellschaft gar nicht gebraucht wird, nur im tatsächlich ausgeschöpften Umfang von einem stehengelassenen Kredit ausgegangen werden können. Teilweise wurde in der Lehre auch ein angemessener zeitlicher Zusammenhang zwischen Kreditzusage und -zuzählung verlangt, widrigenfalls sei auf die Ausnutzung abzustellen; siehe dazu *Höller*, Ausgewählte Fragen des

Eigenkapitalersatzgesetzes. Zugleich eine Besprechung des Praxiskommentars von *Schopper/Vogt*, RWZ 2004/18, 74.

Barbara Weichsel 19.5.2020