

Herausgegeben von  
Univ.-Prof. Dr. Martin Auer  
em. Univ.-Prof. Dr. Konrad Grillberger  
em. Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Schuhmacher  
DDr. Franz W. Urlesberger  
Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin

# wirtschaftsrechtliche blätter:wbl

Schriftleiter: Wolfgang Schuhmacher

Zeitschrift für österreichisches  
und europäisches Wirtschaftsrecht

Verlag Österreich

Heft 11 November 2022 36. Jahrgang

ISSN 0930-3855 WIBLE2 36 (11) 601–656 (2022)

Wirtschaftsrechtliche Blätter 36, 601–614 (2022)  
<https://doi.org/10.33196/wbl202211060101>  
wbl 2022, 601

wbl

## Vertrauensschutz im Eigenkapitalersatzrecht<sup>1)</sup>

von Univ.-Ass. Dr. **Bernhard Burtscher** und Univ.-Prof. Dr. **Martin Spitzer**, Wien

*Der Beitrag geht der Frage nach, welche Zurechnungsmomente es rechtfertigen, einen Gesellschafterkredit nach § 2 EKEG als Eigenkapital ersetzend zu qualifizieren. Dabei wird zunächst ein generelles, tatbestandsübergreifendes Vertrauensschutzkonzept entwickelt und anschließend auf speziellen Vertrauensschutz eingegangen. Vertieft wird der Ansatz für Gesellschaften mit besonderen Eigenmittelerfordernissen, somit insbesondere Banken.*

**Deskriptoren:** Bankgesellschafter; Eigenkapitalersatz; Einlagenrückgewähr; gesetzliche Eigenmittelerfordernisse; Insolvenzanfechtung; Vertrauensschutz.

AktG: § 56; EKEG: § 2; GmbHG: § 83; IO: §§ 31, 67, 69.

- I. Standortbestimmung
- II. Generelles Vertrauensschutzkonzept
  - 1. Insolvenzanfechtung
  - 2. Das Kapitalerhaltungsrecht
  - 3. Schutz bei rückwirkenden Bilanzkorrekturen
  - 4. Harmonisierung mit dem EKEG
  - 5. Zwischenbilanz
- IV. Spezieller Vertrauensschutz
  - 1. Vertrauensschutz nach § 2 Abs 2
  - 2. Unrichtige Jahresabschlüsse
  - 3. Schutz von Gesellschaftern nach § 2 Abs 3
  - 4. Maßstab der Erkennbarkeit
- V. Ergebnisse

### I. Standortbestimmung

Gewährt ein Gesellschafter „seiner“ Gesellschaft Kredit, trägt er nicht nur deren Insolvenzrisiko. Er läuft vielmehr außerdem Gefahr, dass seine Kreditforderung wie Eigenkapital behandelt wird, einer Rückzahlungssperre unterliegt (§ 14 EKEG) und in

einer Insolvenz sogar nachrangig gegenüber Insolvenzforderungen ist (§ 57a IO).<sup>2)</sup>

Voraussetzung dafür ist, dass der Gesellschafter ein qualifizierter Gesellschafter iSd § 5 EKEG ist und dass sich die Gesellschaft bei Kreditgewährung in einer „Krise“ iSd § 2 EKEG befindet. Eine Krise wird nach dieser Bestimmung einerseits durch die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ausgelöst (§ 2 Abs 1 Z 1, 2); andererseits liegt sie bei Reorganisationsbedarf wegen Unterschreitens bestimmter „Eigenmittelquoten“ (§ 2 Abs 1 Z 3)<sup>3)</sup> bzw allenfalls „besonderer gesetzlicher Eigenmittelerfordernisse“ (§ 2 Abs 3) vor.<sup>4)</sup>

<sup>2)</sup> Ausf *Frizberg*, Nachrangige Forderungen im Insolvenzverfahren (2021) 9 ff.

<sup>3)</sup> Die Unterschreitung der Eigenmittelquoten muss mit einer Überschreitung der fiktiven Schuldentilgungsdauer gekoppelt sein und dadurch Reorganisationsbedarf auslösen. Wenn in der Folge nur von einer Unterschreitung von Eigenmittelquoten die Rede ist, dient dies der besseren Lesbarkeit und meint die Erfüllung des gesamten Tatbestandes.

<sup>4)</sup> Auch im Anwendungsbereich des Abs 3 soll der Gegenbeweis fehlenden Reorganisationsbedarfs zulässig sein, ErlIRV 124 BlgNR XXII. GP, 14; *Schopper/Vogt* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO (2019) § 2 EKEG Rz 24.

<sup>1)</sup> Der Beitrag nimmt eine spezielle Frage des Eigenkapitalersatzrechts (IV.), die Gegenstand einer Anfrage aus der Praxis in einem mittlerweile lang abgeschlossenen Verfahren war, zum Anlass, grundsätzlich die Frage nach Vertrauensschutz im EKEG zu stellen.

Aber ist eine „Krise“ rein objektiv<sup>5)</sup> (und ex post) zu bestimmen oder gibt es einen Schutzmechanismus zugunsten des Gesellschafters? Wird das Vertrauen des Gesellschafters geschützt, dass sich seine Gesellschaft nicht in der Krise befindet?

Für die Unterschreitung von „Eigenmittelquoten“ gewährt § 2 Abs 2 EKEG ausdrücklich Vertrauensschutz: Eine „Krise“ liegt demnach nur vor, wenn die Unterschreitung von Eigenmittelquoten aus dem zuletzt aufgestellten Jahresabschluss ersichtlich ist (§ 2 Abs 2 Z 1), aus einem rechtzeitig aufgestellten Abschluss ersichtlich wäre (§ 2 Abs 2 Z 2) oder der Kreditgeber weiß oder für ihn offensichtlich ist, dass ein Jahres- oder Zwischenabschluss dies aufzeigen würde (§ 2 Abs 2 Z 3).

Für die Zahlungsunfähigkeit und die Überschuldung (§ 2 Abs 1) fehlt hingegen ein entsprechendes subjektives Element. Die ganz herrschende Ansicht<sup>6)</sup> nimmt daher im Anschluss an die Erläuterungen<sup>7)</sup> an, dass ein Gesellschafterkredit bei tatsächlichem Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung stets Eigenkapital ersetzend sei, ohne dass es auf eine Erkennbarkeit der Krise ankomme (II.).

Unklar ist, was bei Gesellschaften mit besonderen gesetzlichen Eigenmittelerfordernissen zu gelten hat. Ein Teil des Schrifttums propagiert aber auch hier ein objektives Krisenkonzept; nach § 2 Abs 3 S 2 sei schließlich Abs 2 „nicht anzuwenden“ (IV.3.).<sup>8)</sup>

Aber lässt sich das Problem einfach *more geometrico* dadurch lösen, dass es Vertrauensschutz dort gibt, wo ihn das Gesetz ausdrücklich anordnet, und dort nicht, wo eine solche ausdrückliche Anordnung fehlt? Daran bestehen Zweifel, wenn man

<sup>5)</sup> Gemeint ist damit das materielle Erfüllen eines Krisenstatbestands. Nicht zu vertiefen ist der Streit, ob § 2 Abs 2 einem subjektiven Konzept folgt (dazu LG München I 08.05.2015 – 32 O 26502/12 BeckRS 2015, 15096), weil im Ergebnis unbestritten ist, dass sich der Gesellschafter nicht auf sein Desinteresse oder sein Unvermögen berufen kann, *Schopper/Vogt* in *KLS* § 2 EKEG Rz 21.

<sup>6)</sup> *Althuber/Brandstätter/Haberer*, Gesellschafterleistungen in der Krise – Neuregelung des österreichischen Eigenkapitalersatzrechts, NZI 2004, 610 (612); *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG I<sup>6</sup> (2018) § 52 Rz 55/2; *Doralt/Winner* in *MüKoAktG*<sup>5</sup> (2019) § 57 Rz 393 f; *Gurmann*, Grundzüge des Gesellschafts- und Insolvenzrechts<sup>2</sup> (2018) 186 f; *Haglmüller*, Gesellschafterpflichten in der Krise der GmbH (2018) 7, 19; *Karollus* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht: Erster Zusatzband (2009) § 2 EKEG Rz 7, 10; *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, EKEG (2003) § 2 EKEG Rz 6, 7; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2017) Rz 4/442; *Reisch*, Spannungsverhältnis Eigenkapitalersatz – Insolvenz im Konzern, in *Konecny*, ZIK Spezial – Insolvenzrecht und Kreditschutz (2015) 171 (172); *Schopper/Vogt* in *KLS* § 2 EKEG Rz 8, 10; *Warto* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> (2018) Anh § 74 Rz 8.

<sup>7)</sup> ErlRV 124 BlgNR XXII. GP, 13; s auch *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht (2004) 46.

<sup>8)</sup> *Fellner/Thaler*, Kreditinstitute als Kreditnehmer im Eigenkapitalersatzrecht, GES 2014, 8 (10 ff); *Warto* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> Anh § 74 Rz 8; aA aber *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR<sup>2</sup> Rz 3/986; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR<sup>2</sup> Rz 4/444.

auch den zwar pathologischen, aber praktisch besonders relevanten Fall unrichtiger Finanzunterlagen in die Überlegungen miteinbezieht. Diesen Fall hat der Gesetzgeber schlicht nicht bedacht, sodass im Schrifttum Einigkeit darüber besteht, dass § 2 EKEG planwidrig unvollständig ist.<sup>9)</sup> Uneinigkeit besteht aber darüber, wie die planwidrige Lücke zu füllen ist (IV.2.), was damit zusammenhängen dürfte, dass schon über die Wertungsgrundlagen des EKEG Unklarheit herrscht.

Ausweislich der Materialien versucht das EKEG einen Ausgleich zwischen Finanzierungsfreiheit und Gläubigerschutz<sup>10)</sup> und will so gleichzeitig der Insolvenzverschleppung vorbeugen.<sup>11)</sup> Wengleich der Gesetzgeber damit seine Motivation offengelegt hat, bleiben die eigentlichen Wertungsgrundlagen im Dunkeln.<sup>12)</sup> Sie werden bei der Beantwortung konkreter Fragen schmerzlich abgehen. Am Befund von *Karollus* hat sich nämlich nichts geändert: Klarheit über die maßgebenden Wertungsgrundlagen wäre für die konkrete Auslegung der gesetzlichen Regelungen „*durchaus hilfreich*“.<sup>13)</sup>

Zweifellos trifft hier die grundsätzlich anerkannte Finanzierungsfreiheit auf das Trennungsprinzip und damit auf die Grundfrage der Rechtfertigung einer beschränkten Haftung. Dieser Konflikt wird offenherzig schon 1938 vom Reichsgericht in einer Entscheidung zur Einmann-GmbH identifiziert: Es sei sittenwidrig,<sup>14)</sup> eine GmbH nur zu gründen, um die eigene Haftung zu beschränken „*und bei einem Mißerfolg möglichst viel für sich auf Kosten der wirklichen Gläubiger zu retten*“.<sup>15)</sup>

Wengleich das Recht der juristischen Person sich seither natürlich weiterentwickelt hat, zieht sich der Grundgedanke, der Gesellschafter-Kreditgeber sei eben kein „*wirklicher Gläubiger*“, bis heute durch. Das Spannungsverhältnis zwischen Finanzierungsfreiheit und Drittgläubigerschutz ist offenkundig immer noch nicht aufgelöst. Daraus resultiert das nachvollziehbare, aber nach wie vor diffus gebliebene<sup>16)</sup> Bedürfnis nach einer Finanzie-

<sup>9)</sup> *Karollus/Isola/Huemer*, Das neue Eigenkapitalersatzrecht – RV für ein GIRAG 2002 und ein EKEG, Wirtschaftsprüfer Jahrbuch 2003 (2003) 305 (322, FN 85); *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG (2004) § 2 EKEG Rz 35; *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG I<sup>6</sup> § 52 Rz 55/2; *Lichtkoppler/Reisch*, Unternehmenssanierung, in *Lichtkoppler/Reisch*, Handbuch Unternehmenssanierung<sup>2</sup> (2018) Rz 1.71; *Schopper/Vogt* in *KLS* § 2 EKEG Rz 23.

<sup>10)</sup> ErlRV 124 BlgNR XXII. GP, 10 ff.

<sup>11)</sup> ErlRV 124 BlgNR XXII. GP, 10; dazu jüngst auch OGH 28.05.2020, 17 Ob 1/20a, EvBl 2020/137 (*Felzmann*) = ZFR 2021/7 (*Vogt*); krit zu dieser Entscheidung *Fidler*, Der zukünftige Gesellschafter im EKEG – zugleich ein Beitrag zur Ratio Legis des Kapitalersatzrechts, wbl 2020, 601 (615 ff).

<sup>12)</sup> Dazu zuletzt ausf *Fidler*, wbl 2020, 601 (602 ff mwN, 605), der eine rechtsökonomische Fundierung entwickelt.

<sup>13)</sup> *Karollus* in *Buchegger*, Vor § 1 EKEG Rz 13.

<sup>14)</sup> Konsequenz stützte auch der BGH das Eigenkapitalersatzrecht zunächst auf § 242 BGB, BGH 15.12.1959 II ZR 187/57 = NJW 1960, 285 (288 f).

<sup>15)</sup> RG 16.11.1937 II 70/37, JW 1938, 862.

<sup>16)</sup> *Eidenmüller*, Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz, FS Canaris I (2007) 49 (54); *Karollus*, Zur geplanten Reform des Kapitalersatzrechts, ZIP 1996, 1893 (1894):

rungsverantwortung als Preis für die Haftungsbeschränkung.<sup>17)</sup>

Im EKEG ist dieser Preis, dass der Gesellschafter unter bestimmten Umständen eben kein „wirklicher Gläubiger“ ist. Aber welche Umstände rechtfertigen diese einschneidende Konsequenz? Was braucht es, um einem Gesellschafter-Kreditgeber seine Stellung als „wirklicher Gläubiger“ abzu-erkennen und ihn der strengen Sanktion einer Rückzahlungssperre zu unterwerfen?

## II. Generelles Vertrauensschutzkonzept

Dabei erschüttert ein übergreifender Blick schon die ganz herrschende Ansicht,<sup>18)</sup> wonach ein Gesellschafterkredit bei tatsächlichem Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung stets Eigenkapital ersetzend sei, sodass es nicht auf eine Erkennbarkeit der Krise für den kreditierenden Gesellschafter ankomme. Es erscheint vielmehr fraglich, ob nicht – trotz eines gegenteiligen Hinweises in den Gesetzesmaterialien<sup>19)</sup> – schon dieses Grundkonzept überdacht werden muss.

Bruchlinien ergeben sich nämlich zum Anfechtungs-, Kapitalerhaltungs- und Bilanzrecht. So zeigt sich, dass ein rein objektives Verständnis der Krisenatbestände der Zahlungsunfähigkeit, insbesondere aber der Überschuldung, auf tönernen Füßen steht.

### 1. Insolvenzanfechtung

Ins Auge fällt insbesondere die fehlende Harmonisierung mit dem Recht der Insolvenzanfechtung (§§ 27 ff IO), dem manche gegenüber dem EKEG überhaupt den Vorzug gegeben hätten.<sup>20)</sup> Jedenfalls zwei Tatbestände des EKEG – Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung – spielen auch im Anfechtungsrecht eine Rolle. Wertungskonsistenz besteht freilich nicht, wenn man das ausdifferenzierte Re-

gelungsmodell der IO mit dem relativ grobschlächtigen EKEG vergleicht.

Das Kontrastprogramm zum EKEG soll zunächst die strukturell recht einfache Deckungsanfechtung bilden. Dazu sieht § 31 IO vor, dass die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung<sup>21)</sup> erlangte Sicherstellung oder Befriedigung eines Gläubigers nur anfechtbar ist, wenn der Anfechtungsgegner die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung des Schuldners kannte oder kennen musste. Voraussetzung ist weiters, dass die Rechtshandlung binnen sechs Monaten vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen wurde (§ 31 Abs 2 IO).

Der Anfechtungsgegner (zB ein Kreditgeber) bleibt also geschützt, wenn ihm die materielle Insolvenz des Schuldners weder bekannt war noch bekannt sein musste. Nach § 31 IO kommt es somit darauf an, ob er über das materielle Vorliegen eines Insolvenztatbestands Bescheid wusste oder wissen musste.<sup>22)</sup>

Hierin findet ein Gedanke seine Ausprägung, den *König/Trenker* als „Absage an ein System“ bezeichnen, die (nachträgliche) Konstatierung materieller Insolvenz zur Anfechtbarkeit oder Unwirksamkeit der Rechtshandlung führen zu lassen.<sup>23)</sup> Tatsächlich hat der Gesetzgeber ein solches System sogar explizit abgelehnt.<sup>24)</sup> Stattdessen bedarf es „nach unserem Verständnis grundsätzlich auch Elemente der Schutzunwürdigkeit auf Seiten des Anfechtungsgegners, meist in Form subjektiver Voraussetzungen, [...] die dann, wenn sie vorliegen, den Schutz der Verkehrssicherheit nicht mehr rechtfertigen.“<sup>25)</sup> Umgekehrt: Ohne subjektive Anknüpfung an den Anfechtungsgegner geht Verkehrerschutz vor.

Warum sollen diese Aspekte im EKEG keine Rolle spielen? Einen Unterschied gibt es auf den ersten Blick immerhin: Der Anfechtungsgegner ist in § 31 Abs 1 Z 2 IO ein „anderer Insolvenzgläubiger“, im EKEG geht es demgegenüber um einen qualifizierten Gesellschafter iSd § 5 EKEG. Rechtfertigt dies eine Verschiedenbehandlung im Sinne einer strengen, rein objektiven Herangehensweise im EKEG?

Im Gegenteil: Diese Besonderheit spitzt den Widerspruch sogar noch zu. § 31 Abs 1 Z 1 IO enthält nämlich einen eigenen Anfechtungsstatbestand für nahe Angehörige des Schuldners, wozu die Legaldefinition des § 32 Abs 2 Z 3 IO auch „Gesellschafter im Sinne des § 5 EKEG“ zählt. Ist ein solcher „naher Angehöriger“ im Spiel, wird die Beweislast

„mit der ‚Finanzierungsverantwortung‘ kann man alles oder nichts begründen“; *Koppensteiner*, Kritik des „Eigenkapitalersatzrechts“, wbl 1997, 489 (497); *Schummer*, Das Eigenkapitalersatzrecht (1998) 286: „Leerformel“.

<sup>17)</sup> *Dellinger* in *Dellinger/Mohr* § 1 EKEG Rz 9; *Schopper/Vogt*, EKEG Allgemeine Einleitung Rz 18; *dies* in *KLS* Vor § 1 EKEG Rz 3.

<sup>18)</sup> *Althuber/Brandstätter/Haberer*, NZI 2004, 610 (612); *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG I<sup>6</sup> § 52 Rz 55/2; *Doralt/Winner* in *MüKo*, AktG<sup>5</sup> (2019) § 57 Rz 393 f; *Gurmann*, Grundzüge des Gesellschafts- und Insolvenzrechts<sup>3</sup> 186 f; *Haglmüller*, Gesellschafterpflichten 7, 19; *Karollus* in *Buchegger* § 2 EKEG Rz 7, 10; *Mohr* in *Dellinger/Mohr* § 2 EKEG Rz 6, 7; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR<sup>2</sup> Rz 4/442; *Reisch*, ZIK Spezial-Insolvenzrecht und Kreditschutz 171 (172); *Schopper/Vogt* in *KLS* § 2 EKEG Rz 8, 10; *Warto* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> Anh § 74 Rz 8.

<sup>19)</sup> *EriRV* 124 BlgNR XXII. GP, 13; *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 46.

<sup>20)</sup> *Schummer*, Eigenkapitalersatzrecht 457 ff; *Koppensteiner*, Wbl 1997, 489; *Kalss*, Allgemeine Fragen des Eigenkapitalersatzrechts, in *Kalss/Rüffler*, Eigenkapitalersatz im österreichischen, italienischen und slowenischen Recht (2004) 9 (15, FN 52 mwN); vgl auch *Dellinger*, Kritik am Eigenkapitalersatzrecht, Drittkredit und Gesellschaftersicherheit, ÖBA 1998, 601.

<sup>21)</sup> Trotz des Gesetzestexts ist die Überschuldung der Zahlungsunfähigkeit im Einklang mit § 67 Abs 2 IO gleichzuhalten, s *König/Trenker*, Die Anfechtung nach der IO<sup>6</sup> (2020) Rz 11.5 mwN; *Rebernik* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze (2006) § 31 KO Rz 7 mwN; *Bollenberger* in *KLS* § 30 IO Rz 4 mwN.

<sup>22)</sup> *König/Trenker*, Anfechtung<sup>6</sup> Rz 11.18; *Rebernik* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 31 KO Rz 40; *Bollenberger* in *KLS* § 31 IO Rz 20 f.

<sup>23)</sup> *König/Trenker*, Anfechtung<sup>6</sup> Rz 1/4.

<sup>24)</sup> Denkschrift zur Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung (1914) 32, 43.

<sup>25)</sup> *König/Trenker*, Anfechtung<sup>6</sup> Rz 1/4.

umgekehrt.<sup>26)</sup> Während sonst der Insolvenzverwalter Kenntnis oder Kennenmüssen der materiellen Insolvenz beweisen muss, muss sich die *familia suspecta* freibeweisen. Die IO normiert also die Deckungsanfechtung in zweifacher Hinsicht – gegenüber der *familia suspecta* und gegenüber sonstigen Anfechtungsgegnern – und unterscheidet feinsinnig hinsichtlich der Beweislast. Auf die Idee, die *familia suspecta* jedenfalls und unwiderleglich zu benachteiligen, kam die IO hingegen nicht.<sup>27)</sup>

Damit besinnt sich die IO auf eine grundsätzliche Gestaltungsmaxime gesunden Privatrechts: Es reicht nicht, Begünstigungen einer Partei für wünschenswert zu halten, gleichzeitig muss die spiegelbildliche Belastung der anderen Partei gerechtfertigt werden. Nach dieser Maxime zweiseitiger Rechtfertigung muss immer gefragt werden, „warum der Begünstigte seine Begünstigung gerade auf Kosten eines bestimmten anderen erlangen soll“.<sup>28)</sup> Diese Frage hat sich die IO sichtlich – anders als das EKEG<sup>29)</sup> – gestellt und darauf eine ausdifferenzierte Antwort gefunden.

Bemerkenswert ist, dass selbst dieses ausdifferenzierte System mit seiner dosiert strengeren Behandlung der *familia suspecta* immer noch keinen „Persilschein“ ausgestellt bekommt. So betonen König/Trenker im Anschluss an den VfGH,<sup>30)</sup> dass die Tatsache, dass nahen Angehörigen die Vortäuschung von Rechtsverhältnissen leichter falle, für sich allein noch keine Rechtfertigung dafür biete, „die diskriminierenden Rechtsfolgen ohne weitere Untersuchung eintreten zu lassen“.<sup>31)</sup>

Zutreffend wird daher eine Regelung, die wie die IO die *familia suspecta* wegen des typisiert vorhandenen Informationsvorsprungs strenger behandelt als beliebige sonstige Gläubiger, nur dann für unproblematisch gehalten, wenn und weil damit im Ergebnis nur eine widerlegliche Vermutung der für die Anfechtung notwendigen Tatbestandsmerkmale normiert wird. Eine unwiderlegliche Vermutung war nicht nur vom Gesetzgeber ausdrücklich nicht gewünscht, sondern wird „auch vom verfassungsrechtlichen Standpunkt [für] bedenklich“ erachtet.<sup>32)</sup>

<sup>26)</sup> König/Trenker, Anfechtung<sup>5</sup> Rz 11/129; Reberny in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetz § 31 KO Rz 64; Bollenberger in KLS § 31 IO Rz 23.

<sup>27)</sup> König/Trenker, Anfechtung<sup>6</sup> Rz 4.71 Fn 903 mwN.

<sup>28)</sup> F. Bydlinski, Die Maxime beidseitiger Rechtfertigung im Privatrecht, FS Koziol (2010) 1355 (1356); dem haben sich Canaris, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht (1997) 91, FN 192 („noch tiefer liegendes Prinzip“), Riesenhuber, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (2003) 246, Koziol in Griss/Kathrein/Koziol, Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts (2006) 32; und jüngst H.P. Westermann, Drittdinteressen und öffentliches Wohl als Elemente der Bewertung privater Rechtsverhältnisse, AcP 208 (2008) 141 (148) angeschlossen. Vgl auch die Ausführungen des Schweizerischen Bundesgerichts v. 21.2.2003 in BGE 129 III 320.

<sup>29)</sup> Dazu gleich unten.

<sup>30)</sup> Vgl zum Abgaben- und Sozialversicherungsrecht VfSlg 10157; 11.368; 12.474; 13.028.

<sup>31)</sup> König/Trenker, Anfechtung<sup>6</sup> Rz 4/71.

<sup>32)</sup> König/Trenker, Anfechtung<sup>6</sup> Rz 4/71 Fn 903.

Vor dem Hintergrund dieses abgestuften Systems fällt der Widerspruch zwischen IO und EKEG in die Augen:

Der Gesellschafter, der heute vereinbarungsgemäß die Rückzahlung eines außerhalb einer Krise gewährten Kredits 1 von der inzwischen materiell insolventen Gesellschaft erhält, wäre anfechtungsrechtlich geschützt, wenn er von der materiellen Insolvenz nichts weiß und wissen konnte. Gewährt derselbe Gesellschafter mit demselben Wissensstand morgen einen neuen Kredit 2, schlägt die Rückzahlungssperre zu.

Der Vorgang, der die Masse sicher geschmälert hat (Rückzahlung Kredit 1), bleibt wirksam; aus der Kreditgewährung 2 erwüchse demgegenüber nicht einmal eine Insolvenzforderung, da der Gesellschafter lediglich eine nachrangige Forderung hätte (§ 57a IO). Eine sachliche Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlung ist nicht erkennbar. Bedenkt man dann noch, dass die Stundung der Rückzahlung aus Kredit 1 nach § 3 Abs 1 Z 3 EKEG ebenso unproblematisch wäre wie ein Stehenlassen des Kredits durch Schuldänderung,<sup>33)</sup> ist die wertungsmäßige Verwirrung komplett.

Ein Vergleich mit dem Anfechtungsrecht offenbart also bereits erste gravierende Wertungswidersprüche zwischen der IO und der dargestellten herrschenden Ansicht zum EKEG. Versteht man die Anknüpfung an Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung in § 2 Abs 1 EKEG rein materiell, ist ein Systembruch zum Anfechtungsrecht nach der IO unvermeidlich.

## 2. Das Kapitalerhaltungsrecht

Dieser Befund eines zugunsten des Gesellschafters wirkenden Vertrauensschutzkonzeptes lässt sich durch einen Blick ins Kapitalerhaltungsrecht vertiefen und – spezifisch gesellschaftsrechtlich – vertiefen.<sup>34)</sup>

Das Kapitalerhaltungsrecht, das – ganz ähnlich wie das EKEG – die Interessen der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft und die Interessen ihrer Gläubiger austariert, schützt nämlich ebenfalls das Vertrauen gutgläubiger Gesellschafter. § 83 Abs 1 S 2 GmbHG und § 56 Abs 3 AktG sehen vor, dass der Gesellschafter, der Gewinnanteile als verbotene Einlagenrückgewähr erhält, nicht zur Rückzahlung dieser Gewinnanteile verpflichtet ist, wenn er gutgläubig ist.<sup>35)</sup>

Gutgläubig ist der Gesellschafter insbesondere dann, wenn aus dem Jahresabschluss keine Anzeichen erkennbar sind, die auf einen Verstoß gegen zwingendes Kapitalerhaltungsrecht hindeuten.<sup>36)</sup> Der gutgläubige Gesellschafter wird damit in seinem Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit der Gewinnausschüttung geschützt, auch wenn eine verbotene Einlagenrückgewähr vorliegt. Auch hier treten – wie

<sup>33)</sup> Dazu Schopper/Vogt in KLS § 3 EKEG Rz 15 ff.

<sup>34)</sup> Krit Karollus in Buchegger § 14 Rz 23.

<sup>35)</sup> OGH 26.03.1996, 1 Ob 2028/96h; Auer in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 83 Rz 18.

<sup>36)</sup> Auer in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 83 Rz 18; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> (2007) § 83 Rz 10; Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, ÖGesR<sup>2</sup> Rz 4/395a.

im Anfechtungsrecht – die Interessen der Gläubiger hinter die Interessen des Gesellschafters zurück.

Erneut ist das Spannungsverhältnis zum EKEG greifbar, wenn man in § 2 Abs 1 Z 1 und 2 EKEG stets nur auf das materielle Vorliegen der Insolvenz-tatbestände abstellt. Denn nach dem Kapitalerhaltungsrecht dürfte ein Gesellschafter den Gewinn behalten, selbst wenn er ihn noch nicht verbraucht hat. Nach dem EKEG würde der gutgläubige Gesellschafter hingegen seinen Rückzahlungsanspruch aus dem Kreditvertrag verlieren, da dieser Anspruch durch die Rückzahlungssperre wiederum nur eine nachrangige Forderung wäre (§ 57a IO).

Warum sollte der gutgläubige Gesellschafter nach dem Kapitalerhaltungsrecht einen Gewinnanteil, der ihm nicht zusteht und den er ohne Gegenleistung erhält, stets behalten dürfen, während der gutgläubige Gesellschafter nach dem EKEG seinen Rückzahlungsanspruch aus dem Kreditvertrag komplett verliert? Insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Eigenkapitalersatzrecht auch als Ausprägung des Kapitalerhaltungsrechts gedeutet wird,<sup>37)</sup> wäre ein solches Ergebnis stoßend.

Sowohl das Anfechtungs- als auch das Kapitalerhaltungsrecht lassen also die Wertung erkennen, dass belastende Rechtsfolgen auch Zurechnungsmomente auf Seiten des Gesellschafters verlangen und dass umgekehrt ohne solche Zurechnungsmomente die Belastung des Gesellschafters sachlich nicht gerechtfertigt ist. Auch dieser Gedanke lässt sich nahtlos in das Schema einer zweiseitigen Rechtfertigung einsetzen. Warum soll im Eigenkapitalersatzrecht dieser Grundsatz nicht gelten?

### 3. Schutz bei rückwirkenden Bilanzkorrekturen

Das Anliegen des Schutzes des gutgläubigen Gesellschafters zeigt sich schließlich ganz allgemein bei Bilanzkorrekturen. Dass solche Korrekturen auch rückwirkend zulässig sind, ist zwar gesichert.<sup>38)</sup> Wenn durch die Bilanzkorrektur in Rechte Dritter – etwa eines Gesellschafters – eingegriffen würde, ist freilich schon umstritten, ob die Bilanzkorrektur ohne Zustimmung des betroffenen Dritten überhaupt wirksam ist.<sup>39)</sup> Jedenfalls geht die hA aber davon aus, dass der Dritte, in dessen Rechte eingegriffen werden soll, einem gewissen Vertrauensschutz unterliegt.<sup>40)</sup>

<sup>37)</sup> Karollus, Kapitalersetzende Leistungen, ÖBA 1997, 105 (107).

<sup>38)</sup> Bertl/Fraberger, Bilanzberichtigung/Bilanzänderung, RZW 1996, 46. Der Begriff Bilanzkorrektur wird hier als Überbegriff für Bilanzänderungen und -berichtigungen verwendet, zumal keine Einigkeit über die Verwendung dieser Begriffe besteht; für einen objektiven Fehlerbegriff Bertl/Fraberger, RWZ 1996, 46; für einen subjektiven Begriff Nowotny, Bilanzänderung und Bilanzberichtigung nach UGB und IFRS, in Bertl ua, Bilanzpolitik Wiener Bilanzrechtstage 2012 (2013) 129 (134); Heinrichs/Pöschke in MüKo, AktG<sup>5</sup> (2022) § 172 Rz 71 ff, 87 ff.

<sup>39)</sup> Vgl Merkt in Baumbach/Hopt, HGB<sup>40</sup> (2021) § 245 Rz 4; Nowotny in Straube/Ratka/Rauter, UGB II/RLG<sup>3</sup> (2018) § 193 Rz 15; Winnefeld, Bilanz-Handbuch<sup>5</sup> (2015) Rz 18.

<sup>40)</sup> BGH 11.1.1960 II ZR 69/59; Euler/Klein in Spindler/Stilz, AktG<sup>4</sup> (2019) § 172 Rz 43 f; Heinrichs/Pöschke in

Nowotny will dabei die rechtsgeschäftlichen Vertrauensschutzregeln sinngemäß anwenden. Dem Gesellschafter gegenüber könne demnach die Unrichtigkeit der Bilanz nur dann geltend gemacht werden, wenn die Voraussetzungen für eine Irrtumsanfechtung vorliegen.<sup>41)</sup> Eine Irrtumsanfechtung ist aber nach § 871 Abs 1 ABGB nur dann zulässig, wenn dem Vertragspartner des Irrenden der Irrtum offenbar hätte auffallen müssen, wenn er von ihm veranlasst oder wenn er rechtzeitig aufgeklärt wurde. Der gutgläubige Gesellschafter ist also insbesondere dann geschützt, wenn ihm die Unrichtigkeit der Bilanz nicht erkennbar war.

### 4. Harmonisierung mit dem EKEG

Somit kristallisiert sich ein über einzelne Rechtsbereiche hinausgreifender, allgemeinerer Gedanke heraus. Der gutgläubige Gesellschafter wird in seinem Vertrauen auf seine Stellung als – mit Blick auf das EKEG – „wirklicher Gläubiger“ der Gesellschaft geschützt. Dieser allgemeine Gedanke lässt sich als Ausprägung des Prinzips der zweiseitigen Rechtfertigung begreifen.

Bedenkt man, dass das Privatrecht „eben keine Geschenke machen [kann], die nicht doch von jemandem zu bezahlen wären“,<sup>42)</sup> ließe ein rein objektives System des § 2 EKEG die Frage offen, warum ausgerechnet der Gesellschafter dieses Geschenk finanzieren soll. Es wäre ein offenkundiger Zirkelschluss, den Gesellschafter eben deshalb schlechter und nicht als „wirklichen Gläubiger“ zu behandeln, weil er als Gesellschafter irgendwie doch kein echter Gläubiger sei. Flüchtet man nicht in eine solche *petitio principii*, lässt sich dieses Konzept mit dem EKEG nur in Einklang bringen, wenn man § 2 Abs 1 Z 1 und 2 nicht rein objektiv versteht. Man muss auch hier auf eine Erkennbarkeit der Krise durch den Gesellschafter abstellen. So werden multiple Spannungen und Wertungsbrüche vermieden:

Wer als Gesellschafter gutgläubig einen nicht zustehenden Gewinnanteil ausgezahlt bekommt, durchbricht das Verbot der Einlagenrückgewähr und darf trotzdem den Scheingewinn behalten. Wer als Gesellschafter gutgläubig die Rückzahlung aus einem Kredit, der außerhalb einer Krise gewährt wurde, in Empfang nimmt, ist der Deckungsanfechtung nicht ausgesetzt. Aber wer als Gesellschafter in der Krise einen Kredit gewährt, soll der Rückzahlungssperre unterworfen werden und nicht einmal eine Insolvenz-

MüKo, AktG<sup>5</sup> § 172 Rz 78 ff, 91 f; Hilber in Torggler, UGB<sup>3</sup> (2019) § 193 Rz 12; Nowotny in Straube/Ratka/Rauter, UGB II/RLG<sup>3</sup> § 193 Rz 15; Nowotny in Bertl ua 129 (134); Priester, Einheitsbilanzklauseln im GmbH-Vertrag, FS Heinsius (1991) 621 (634 mwN); Schubert/Andrejewski in Beck'scher Bilanzkommentar<sup>13</sup> (2022) § 253 Rz 835 ff; im Detail variieren die Ansichten, was auch mit dem unterschiedlichen Begriffsverständnis von „Änderungen“ und „Berichtigungen“ zu tun hat.

<sup>41)</sup> Nowotny in Straube/Ratka/Rauter, UGB II/RLG<sup>3</sup> § 193 Rz 14 f. Korrekturen von ex ante subjektiv richtigen Bilanzansätzen seien ohne Zustimmung des Dritten überhaupt unzulässig.

<sup>42)</sup> Medicus, „Geld muss man haben“ – Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel, AcP 188 (1988) 489 (508).

forderung haben, selbst wenn er von der Krise nichts wissen konnte?

Dieser perplexer Dreiklang führt zurück zur vom Gesetzgeber geplanten Normierung einer objektiven Anknüpfung an die materielle Insolvenz. Die Materialien verraten hierzu: „*Da bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung die Konkursantragspflicht ausgelöst wird, handelt es sich hierbei um einen sehr späten Zeitpunkt für die Annahme einer Krise. Auf zusätzliche subjektive Merkmale wird daher nicht abgestellt*“.<sup>43)</sup> Ist hierin der Aspekt zu sehen, der es rechtfertigt, dem Gesellschafter seine Stellung als „*wirklicher Gläubiger*“ abzuerkennen?

Dass bei Vorliegen entweder der Zahlungsunfähigkeit oder einer Überschuldung eine Insolvenzantragspflicht nach § 69 IO besteht, ist zweifellos richtig. Diese Pflicht trifft aber gerade nicht die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft (§ 69 Abs 3 IO e contrario<sup>44)</sup>), von denen man offenbar keine so genaue Überwachung erwartet, dass man sie dieser Pflicht unterwirft.<sup>45)</sup>

Damit gibt es hier aber gerade keinen Gleichlauf, der einen solchen Sorgfaltsmaßstab im EKEG rechtfertigen würde. Nicht einmal die IO wirft dem Gesellschafter vor, nichts vom schlechten Zustand der Gesellschaft gewusst zu haben. Damit ist das Argument der Materialien aber als untauglich entlarvt. Aus der Antragspflicht anderer Personen folgt für den Gesellschafter nichts.

Aus diesem Grund ist auch der Gedanke, es handle sich bei Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung um sehr späte Zeitpunkte für die Annahme der Krise, sodass „*die schlechte wirtschaftliche Lage für den Gesellschafter regelmäßig erkennbar sein [werde]*“<sup>46)</sup> nicht befriedigend. In der IO wird der Zeitpunkt offenbar nicht als so spät empfunden, dass man es sich einfach und die Prüfung rein objektiv machen könnte.

Damit sind die Bruchlinien rund um den Krisenbegriff freigelegt. Der Gesetzgeber muss dabei in IO, EKEG, GmbHG und AktG nicht immer einem Konzept folgen. So kann man über Anforderungen an den guten Glauben genauso geteilter Meinung sein wie über Beweislastfragen<sup>47)</sup> oder Fristen. Natürlich kann der Gesetzgeber differenzieren, ebenso natürlich darf er aber nicht willkürlich diskriminieren.

Auch ohne den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz zu bemühen, bietet sich daher eine harmonisierende Auslegung an. Wenn keine Gründe

für eine Verschiedenbehandlung ersichtlich sind und der vom Gesetzgeber angeführte Grund für eine rein objektive Anknüpfung nicht tragfähig ist, ist das gesetzgeberische Konzept dem gesetzgeberischen Plan entsprechend (!) widerspruchsfrei zu interpretieren.

Dies gilt umso mehr, als sich hier sehr „ungleiche Spieler“ gegenüberstehen. Im Insolvenzrecht war die Absage an ein rein objektives Konzept – historisch nachvollziehbar – wohl überlegt.<sup>48)</sup> Dem steht das EKEG gegenüber, dem die Gesetzesverfasser selbst attestieren, es handle sich um ein „*alle Züge eines interessenpolitischen Kompromisses*“ tragendes Konstrukt.<sup>49)</sup> So und in Zusammenschau mit den kursorischen und unreflektierten Gesetzesmaterialien wachsen Zweifel schon an der Existenz, jedenfalls aber an der Stichhaltigkeit einer gesetzgeberischen Wertungsentscheidung. So schwindet der Respekt vor dem Wortlaut, der seine Existenz ausweislich der Materialien einer nicht tragfähigen Begründung verdankt. So verstärkt sich das Bedürfnis nach einer wertungskonsistenten Lösung im Sinne der Einheit der Rechtsordnung, ist doch mit *Canaris* davon auszugehen, dass der Jurist „*sein gesamtes methodologisches Arsenal einzusetzen [hat], um der Gefahr von Wertungs- und Prinzipienwidersprüchen entgegenzuwirken*“.<sup>50)</sup> Dass dies hier möglich ist, steht außer Zweifel.

Daher ist das bisher herrschende Verständnis des § 2 grundlegend zu überdenken. Überträgt man die Wertungen aus dem Anfechtungs-, Kapitalerhaltungs- und Bilanzrecht auf das EKEG, erscheint es geboten, den Gesellschafter immer dann in seinem Vertrauen auf seine Gläubigerstellung zu schützen, wenn ihm nicht erkennbar ist, dass die Gesellschaft in der Krise ist. Dies wäre auch im Ergebnis unproblematisch, geht es dabei doch nicht um eine volle Befriedigung des Gesellschafters, sondern nur um seine Teilnahme als Insolvenzgläubiger. Sein Vertrauen auf seine Stellung als „*wirklicher Gläubiger*“ – also auf die Möglichkeit der Geltendmachung seines Rückzahlungsanspruches (und sei es als Insolvenzforderung) – sollte also generell geschützt werden, wenn der Gesellschafter von der Krise nichts wusste oder wissen musste.

Geht man davon aus, fällt auch die Beurteilung der Unterschreitung gesetzlicher Eigenmittelerfordernisse in § 2 Abs 3 leicht. Es müssten gute Gründe dafür sprechen, vom allgemeinen Konzept abzuweichen und hier auf einmal eine rein objektive Prüfung durchzuführen. Solche Gründe sind freilich nicht ersichtlich.

## 5. Zwischenbilanz

In ein solches Konzept generellen Vertrauensschutzes passt sich auch § 2 Abs 2 ein. § 2 Abs 2

<sup>43)</sup> ErlRV 124 BlgNR XXII. GP, 13; s auch *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht (2004) 46.

<sup>44)</sup> Abs 3a normiert hievon eine Ausnahme für Mehrheitsgesellschafter, wenn kein organschaftlicher Vertreter vorhanden ist. Die Definition des Mehrheitsgesellschafters deckt sich aber gerade nicht mit den von § 5 EKEG erfassten Gesellschaftern.

<sup>45)</sup> *Schumacher* in *KLSt* § 69 Rz 46.

<sup>46)</sup> *Mohr* in *Dellinger/Mohr* § 2 EKEG Rz 6; *Karollus* in *Buchegger* § 2 Rz 7; krit schon *Koppensteiner*, Aktuelle Probleme des EKEG, FS Nowotny (2015) 369 (377).

<sup>47)</sup> So ist etwa umstritten, wen die Beweislast für die (Un-)Redlichkeit des Gesellschafters beim Bezug von Gewinnanteilen trifft, Nw bei *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 83 Rz 22.

<sup>48)</sup> Vgl schon *Steinbach*, Die Anfechtung der Rechtsgeschäfte in *fraudem creditorum*, JBl 1874, 245. Vgl zur *familia suspecta* auch Denkschrift 32; JA zum AnfG 1884, 339; BlGAH IX. Session 11.

<sup>49)</sup> *Dellinger/Mohr*, EKEG VI; *Karollus* in *Buchegger* Vor § 1 EKEG Rz 14.

<sup>50)</sup> *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz<sup>2</sup> (1983) 116.

übernimmt die Funktion einer Konkretisierung des Sorgfaltsmaßstabes für den besonderen Fall der Unterschreitung der Eigenmittelquoten. Er regelt nach seinem Wortlaut, wann der Gesellschafter nicht auf eine reguläre Gläubigerstellung vertrauen darf.

Dies ist schon dann der Fall, wenn die Krise aus dem Jahresabschluss ersichtlich ist. „Ersichtlich“ im Sinne von unkompliziert erkennbar ist die Krise freilich kaum je, weil die Eigenmittelquoten im Jahresabschluss selbst nicht ausgewiesen, sondern erst durch weitere Rechenoperationen ermittelt werden müssen. Auch die Schuldentilgungsdauer muss erst berechnet werden, wozu überdies weitere Angaben aus der GuV und dem Anhang zum Jahresabschluss erforderlich sind. § 2 Abs 2 Z 1 hat somit die Funktion, die vertrauenszerstörende Wirkung eines Jahresabschlusses zu normieren, aus dem Krisenkennzahlen – wenn auch nur durch weitere Rechenschritte – ermittelt werden können. „Ersichtlichkeit“ iSd Z 1 ist daher eine normativ geprägte „Ersichtlichkeit“. Schon ein solcher Jahresabschluss lässt aber ein schutzwürdiges Vertrauen nach den Vorstellungen des Gesetzgebers nicht mehr zu (Z 1).

Gibt es nicht einmal einen zeitgerechten Jahresabschluss, schließt der Gesetzgeber jeden Vertrauensschutz aus (Z 2). Ebenso wenig wird geschützt, wer von der Krise weiß oder wissen muss (Z 3).

Dass es eine solche Konkretisierung des schutzwürdigen Vertrauens des Gesellschafters nur hinsichtlich des Jahresabschlusses gibt, ist konsequent, ist sie doch auch nur für den Fall des § 2 Abs 1 Z 3 sinnvoll: Für die Zahlungsunfähigkeit und die Überschuldung passte ein Verweis auf den Jahresabschluss nicht. Bei der Zahlungsunfähigkeit ist das selbstverständlich, dasselbe gilt jedoch für die Überschuldung, weil die Bilanz nach dem „Going Concern“-Prinzip erstellt wird, während für die rechnerische Überschuldung Liquidationswerte angesetzt werden.<sup>51)</sup> Der Gesellschafter kann sich also nie darauf verlassen, dass keine rechnerische Überschuldung vorliegt, wenn die Bilanz keine Überschuldung aufweist, weil die Liquidationswerte im Regelfall geringer sind als die Werte in der Bilanz.<sup>52)</sup>

Dieselben Überlegungen gelten auch für § 2 Abs 3. Für die Erkennbarkeit der Krise und damit die Rechtfertigung, dem Gesellschafter seine Stellung als „wirklicher Gläubiger“ zu nehmen, passt der Jahresabschluss bei Gesellschaften, die gesetzlichen Eigenmittelerfordernissen unterliegen, nicht. Solche Gesellschaften müssen aktuellere Unterlagen über ihre Eigenmittel bereithalten (Art 92 ff CRR). Natürlich wird daher an diese Unterlagen und nicht an den Jahresabschluss nach Abs 2 angeknüpft (IV.3.).

Bei den Eigenmittelquoten nach § 2 Abs 1 Z 3 ist das anders, da sie eben (typischerweise nur) auf Ba-

sis eines Jahresabschlusses (mit weiteren Rechenoperationen) ermittelbar sind. Es ist daher hier zweckmäßig, an den Jahresabschluss anzuknüpfen. Wenn sich schon daraus eine Unterschreitung der Eigenmittelquoten ergibt, darf nicht darauf vertraut werden, dass keine Krise vorliegt und die Gläubigerstellung unangetastet bleibt. § 2 Abs 2 stellt also keine Ausnahme von einem eigentlich materiellen Krisenkonzept in Abs 1 dar, sondern regelt eine spezifische Ausprägung des Schutzes des Vertrauens des Gesellschafter-Kreditgebers in seine Gläubigerstellung.

Allerdings fehlen Regeln zum Problem unrichtiger Jahresabschlüsse. Dem Gesetzgeber wird zu Recht eine „gewisse Naivität“ attestiert, weil er dieses Problem nicht bedacht hat.<sup>53)</sup> Auch unter Verfechtern eines rein materiellen Verständnisses von § 2 Abs 1 Z 1 und 2 besteht aber Einigkeit darüber, dass im Anwendungsbereich des § 2 Abs 1 Z 3 auch das Vertrauen des Gesellschafters auf einen unrichtigen Jahresabschluss geschützt wird (näher IV.2.).<sup>54)</sup> Denn auch wer generellen Vertrauensschutz ablehnt, muss anerkennen, dass der Gesetzgeber das Problem des unrichtigen Jahresabschlusses übersehen hat. Somit können aus dem Wortlaut des § 2 keine unmittelbaren Schlüsse für die Lösung dieses Problems gezogen werden.

Im hier ventilerten Konzept lässt sich der Schutz des Gesellschafters hingegen ganz problemlos begründen. Der Gesellschafter kann sich ja schon generell auf seine Stellung als „wirklicher Gläubiger“ verlassen. Umso mehr muss er daher geschützt sein, wenn es einen zusätzlichen Vertrauenstatbestand in Form unrichtiger Unterlagen gibt, die die Einhaltung der Eigenmittelquoten ausweisen, sodass eine materielle Krise nicht erkennbar ist.

So präsentiert sich ein stimmiges Konzept, das Wertungswidersprüche und Zufälligkeiten ebenso vermeidet wie sachwidrige Differenzierungen. Das Konzept ist mit dem Wortlaut des § 2 vereinbar. Es berücksichtigt Wertungen aus angrenzenden Rechtsbereichen, die seit jeher als sachgerecht erkannt sind, und erreicht eine teleologisch stimmige Einbettung des Eigenkapitalersatzrechts in die Rechtsordnung.

Wer darauf vertraut und auch darauf vertrauen darf,<sup>55)</sup> dass seine Gesellschaft nicht in der Krise

<sup>53)</sup> Karollus/Isola/Huemer, Das neue Eigenkapitalersatzrecht – RV für ein GIRÄG 2002 und ein EKEG, Wirtschaftsprüfer Jahrbuch 2003 (2003) 305 (322, FN 85); Vogt in Schopper/Vogt § 2 EKEG Rz 35; Artmann in Artmann/Karollus, AktG I<sup>6</sup> § 52 Rz 55/2; Lichtkoppler/Reisch, Unternehmensanierung, in Lichtkoppler/Reisch, Handbuch Unternehmensanierung<sup>2</sup> (2018) Rz 1.71; Schopper/Vogt in KLS § 2 EKEG Rz 23.

<sup>54)</sup> Vgl Karollus in Buchegger § 2 EKEG Rz 31; Koppenteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> Anh § 74 Rz 19; Mohr in Dellinger/Mohr, § 2 EKEG Rz 19; Vogt in Schopper/Vogt § 2 EKEG Rz 35.

<sup>55)</sup> Welcher Verschuldensgrad schadet, wird uneinheitlich beantwortet. § 2 Abs 2 Z 3, der verlangt, dass die Krise für den Kreditgeber „offensichtlich“ ist, deutet in Richtung grober Fahrlässigkeit; an anderer Stelle werden gerade bei professionellen Marktteilnehmern vielfältige Nachforschungspflichten angenommen (siehe IV.4.).

<sup>51)</sup> Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze (1999) § 67 KO Rz 42 mwN; Schumacher in KLS § 67 IO Rz 31; Schopper in Haberer/Krejci, Konzernrecht (2016) Rz 16.15.

<sup>52)</sup> Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger § 67 IO Rz 73.

ist, wird in diesem Vertrauen geschützt. Das gilt nach einhelliger Ansicht für die Unterschreitung von Eigenmittelquoten nach § 2 Abs 1 Z 3, nach der hier vertretenen Ansicht generell, also auch bei Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung (Abs 1 Z 1 und 2) sowie dann konsequent auch bei der Unterschreitung gesetzlicher Eigenmittelerfordernisse (Abs 3).

#### IV. Spezieller Vertrauensschutz

Folgt man nicht der hier entwickelten Ansicht eines generellen Schutzes des Vertrauens des Gesellschafters auf seine Stellung als „wirklicher Gläubiger“ über alle Krisenatbestände hinweg, stellt sich die Frage nach speziellem Vertrauensschutz im Anwendungsbereich des Abs 3, insbesondere für Gesellschafter von Banken (IV.3.).

Dabei steht im Mittelpunkt, ob beim Gesellschafter einer Gesellschaft, die gesetzlichen Eigenmittelerfordernissen unterliegt, eine rein objektive Betrachtung über die Qualifikation eines Kredites als Eigenkapital ersetzend entscheiden soll oder ob auch hier zumindest auf die Erkennbarkeit der Krisenindikatoren abzustellen ist.

Die einzige einschlägige Entscheidung dazu dürfte vom LG München I stammen, das in einem Rechtsstreit zwischen einer österreichischen Bank und ihrem deutschen Gesellschafter österreichisches Eigenkapitalersatzrecht anzuwenden hatte.<sup>56)</sup> Das LG München I gewährt dem Bankgesellschafter Vertrauensschutz: Die „testierten Jahresberichte und Meldungen an die Finanzaufsicht haben stets die erforderlichen Eigenmittel ausgewiesen. Diese allein sind maßgeblich für die Feststellung einer Krise.“ Dass objektiv eine Krise bestand, falle dem Gesellschafter nicht zur Last.

Diese Entscheidung verdeutlicht, dass sich auch die Frage speziellen Vertrauensschutzes nicht ohne weiteres beantworten lässt. Gegen solchen Schutz scheint bei Gesellschaften, die besonderen Eigenmittelerfordernissen unterliegen (somit insbesondere bei Banken), zunächst § 2 Abs 3 letzter Satz zu sprechen, der Abs 2 für unanwendbar erklärt. Um die Bedeutung dieser Nichtanwendungsklausel abschließend zu ermitteln, muss zunächst aber geklärt werden, was eigentlich wann und warum nicht angewendet werden soll.

##### 1. Vertrauensschutz nach § 2 Abs 2

Auf § 2 Abs 2 wurde bereits eingegangen, allerdings als Mosaikstein im Zusammenhang mit einem generellen Schutzkonzept (II.4.). In diesem Mosaik war § 2 Abs 2 unkompliziert zu verstehen, weil er Auskunft darüber gibt, wann – bei grundsätzlichem Vertrauensschutz – ein Gesellschafter nicht schutzwürdig ist.

Nimmt man hingegen keinen generellen Schutz an, muss man § 2 Abs 2 zwei Aussagen entnehmen: einerseits die stillschweigende Normierung von speziellem Schutz für das Vertrauen des Gesellschafters auf seine Gläubigerstellung bei Krisen

<sup>56)</sup> LG München I 08.05.2015 – 32 O 26502/12 BeckRS 2015, 15096.

nach § 2 Abs 1 Z 3, andererseits die ausdrückliche Normierung der Versagung solchen Schutzes durch die Qualifikation eines Kredites als Eigenkapital ersetzend unter bestimmten Umständen:

Blickt man nämlich nur auf den Tatbestand von § 2 Abs 1 Z 3 und seine Ergänzung durch § 2 Abs 2, zeigt sich, dass die rein materielle Unterschreitung einer Eigenkapitalquote von 8 % und die Überschreitung einer fiktiven Schuldentilgungsdauer von 15 Jahren samt Reorganisationsbedarf nicht per se zur Qualifikation eines Kredites als Eigenkapitalersatz führt. Vielmehr trägt das Gesetz hier dem Gedanken der zweiseitigen Rechtfertigung dadurch Rechnung, dass ein objektiv vorhandener, aber für den Gesellschafter nicht erkennbarer Krisenatbestand die Sanktion einer Rückzahlungssperre für sich genommen nicht begründet. Dieser Gedanke ist den Materialien explizit zu entnehmen, weil dort von einem „angemessenen Interessenausgleich zwischen dem Kredit gebenden Gesellschafter und den Gläubigern“ die Rede ist.<sup>57)</sup>

Zur Rückzahlungssperre kommt es daher,

- wenn das Unterschreiten aus dem zuletzt aufgestellten Jahresabschluss ersichtlich ist (Z 1). Die zweiseitige Rechtfertigung liegt dann darin, dass der Jahresabschluss der „eigenen“ Gesellschaft ein so erhebliches Indiz ist, dass ein Vertrauen auf die Rückzahlung nicht schutzwürdig ist. Diese normative Weichenstellung wird dadurch bedeutsam, dass der Gesellschafter faktisch durchaus häufig vertrauen wird, da die Eigenmittelquote und die Schuldentilgungsdauer dem Jahresabschluss nicht direkt zu entnehmen sind. Beide Kriterien sind also gerade nicht ohne weiteres „ersichtlich“ im Sinn von augenfällig. Z 1 zerstört das Vertrauen aber eben schon, wenn das Vorliegen der Krise aus dem Jahresabschluss durch weitere Rechenschritte ermittelt werden könnte. Die „Ersichtlichkeit“ wird so spezifisch normativ aufgeladen.
- wenn ein Jahresabschluss nicht rechtzeitig aufgestellt wurde (Z 2). Liegt kein Jahresabschluss vor, ist dies „Alarmsignal“<sup>58)</sup> genug für den Gesellschafter; er befindet sich im „Blindflug“<sup>59)</sup> und wird daher nicht geschützt, wenn die Gesellschaft in der Krise ist. Er soll schließlich durch das Nichtaufstellen des Jahresabschlusses nicht besser gestellt werden.<sup>60)</sup>
- wenn der Gesellschafter weiß oder es für ihn offensichtlich ist, dass ein Jahres- oder Zwischenabschluss das Unterschreiten der Kennzahlen aufzeigen würde (Z 3). Der Gesellschafter ist also nicht geschützt, wenn sich die Vermögensverhältnisse seit dem letzten Jahresabschluss verschlechtert haben und er das bei der Kreditgewährung weiß oder es für ihn offensichtlich ist.<sup>61)</sup> Vergrößert gesagt, ist der „normale“ Gesellschafter also bei Unterschreitungen der Eigenmittelquo-

<sup>57)</sup> ErlRV 124 BlgNR XXII. GP, 9.

<sup>58)</sup> Karollus in Buchegger § 2 EKEG Rz 26.

<sup>59)</sup> Karollus in Buchegger § 2 EKEG Rz 26.

<sup>60)</sup> ErlRV 124 BlgNR XXII. GP, 13.

<sup>61)</sup> Artmann in Artmann/Karollus, AktG I<sup>6</sup> § 52 Rz 55/2; Karollus in Buchegger § 2 EKEG Rz 28.

te geschützt, die für ihn nicht erkennbar sind, wobei es für die Erkennbarkeit genügt, wenn die Krise dem Jahresabschluss entnommen werden kann.

## 2. Unrichtige Jahresabschlüsse

Es wurde bereits angesprochen, dass § 2 Abs 2 zwar regelt, wann es keinen Schutz des Vertrauens des Gesellschafters in seine Stellung als „wirklicher Gläubiger“ gibt. Der Gesetzgeber hat aber vergessen, die Frage zu beantworten, welche Folgen ein unrichtiger Jahresabschluss haben soll.

Die bisherige literarische Diskussion konzentriert sich auf Abs 2 und beschäftigt sich nicht mit Gesellschaften, die besonderen Eigenmittelerfordernissen unterliegen (Abs 3).<sup>62)</sup> Wenngleich sich das Problem dort in vergleichbarer Weise stellt, ist daher als Vorfrage die Diskussion um den unrichtigen Jahresabschluss im Rahmen des Abs 2 nachzuvollziehen<sup>63)</sup> und zu klären, ob das Vertrauen des Gesellschafters auch dann schutzwürdig ist, wenn ein richtig erstellter Jahresabschluss die Unterschreitung der Eigenmittelquoten ausgewiesen hätte, der unrichtige Jahresabschluss dies aber nicht tut.

Seinem Wortlaut nach schützt § 2 Abs 2 Z 1 den Gesellschafter unabhängig von der Richtigkeit des Jahresabschlusses, weil nur – *lege non distinguente* – darauf abgestellt wird, ob das Unterschreiten der Quoten „aus dem zuletzt aufgestellten Jahresabschluss“ ersichtlich ist.<sup>64)</sup> Dass der zuletzt aufgestellte Jahresabschluss auch richtig sein muss, scheint nicht notwendig zu sein.

Ein unbeschränkter Schutz nach § 2 Abs 2 Z 1 würde aber Bilanzmanipulationen Vorschub leisten, weil der Gesellschafter auch dann geschützt wäre, wenn er von der Unrichtigkeit des Jahresabschlusses wüsste oder die Augen davor verschlöße.<sup>65)</sup> Ein solches Ergebnis wäre evident unvertretbar, sodass eine sture Anwendung von Z 1 nicht in Betracht kommt.

Stattdessen hat sich in der österreichischen Lehre schnell die – schließlich auch vom LG München I übernommene – Auffassung durchgesetzt, dass bei einem unrichtigen Jahresabschluss § 2 Abs 2 Z 3 analog anzuwenden sei.<sup>66)</sup> Nur wenn der Gesell-

schafter weiß oder es für ihn offensichtlich ist, dass der Abschluss unrichtig ist, ist er demnach nicht mehr geschützt. Damit stimmt die hA zum unrichtigen Jahresabschluss im Ergebnis weitgehend mit dem hier vorgeschlagenen generellen Vertrauensschutzkonzept des § 2 überein.

Gegen dieses Verständnis wendet sich nunmehr *Koppensteiner*: Das Problem des unrichtigen Jahresabschlusses sei nicht durch analoge Anwendung der Z 3, sondern vielmehr über Z 2 zu lösen.<sup>67)</sup> Der Gesellschafter sei bei Aufstellung eines unrichtigen Jahresabschlusses daher nicht geschützt, weil in einem „richtig“ aufgestellten Jahresabschluss das Unterschreiten der Kennzahlen ersichtlich wäre. Dieser Standpunkt fügt der Z 2 eine weitere Tatbestandsvariante hinzu, sodass deren Wortlaut „aus einem rechtzeitig ...“ um die Wendung „... oder einem richtig aufgestellten Jahresabschluss“ ergänzt wird. Denn ausweislich der Materialien wollte die Z 2 nur den Fall regeln, dass ein Jahresabschluss gar nicht aufgestellt wird.<sup>68)</sup> Nicht geregelt wird aber der Fall, dass ein Jahresabschluss zwar aufgestellt, aber eben falsch aufgestellt wird.

Während somit über den methodischen Kunstgriff (Analogie) Einigkeit besteht, überzeugt die von *Koppensteiner* gezogene Parallele zur Z 2 nicht. Zum einen stellt sich die Frage, welcher Anwendungsbereich Z 1 noch gelassen würde, wenn immer der hypothetisch richtige Jahresabschluss maßgebend wäre.<sup>69)</sup> Zum anderen stellt das Fehlen eines Jahresabschlusses ein ungleich deutlicheres „Alarmsignal“ für den Gesellschafter dar als das Vorliegen eines inhaltlich fehlerhaften, aber formell einwandfreien Jahresabschlusses. Fehlt ein Jahresabschluss, befindet sich der Gesellschafter im „Blindflug“.<sup>70)</sup> Liegt hingegen ein formell korrekter Jahresabschluss vor, bestehen für den Gesellschafter gerade keine vergleichbaren Verdachtsmomente, sodass es nicht dem Konzept des Abs 2 entspräche, ihn das Risiko tragen zu lassen.<sup>71)</sup>

Nicht überzeugen kann der dagegen erhobene Einwand, dass der Gesellschafter eher das Risiko eines unrichtigen Jahresabschlusses tragen solle als die Gläubiger, weil er den Geschäftsleiter, der den falschen Jahresabschluss aufstellt, ausgesucht habe.<sup>72)</sup> Schließlich trifft diese Prämisse schon für den naheliegenden Fall der Aktiengesellschaft nicht zu. Dort wird der Vorstand, der den Jahresabschluss aufstellt, vom Aufsichtsrat und gerade nicht von

sellschaft mit beschränkter Haftung, in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR<sup>2</sup> (2017) Rz 4/443; *Schopper/Vogt* in *KLS* § 2 EKEG Rz 23; *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 55.

<sup>67)</sup> *Koppensteiner*, FS Nowotny 369 (377 ff); *ders*, Antikritisches zu Karollus, GesRZ 2016, 5 ff, wbl 2016, 254; aA noch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> Anh § 74 Rz 19.

<sup>68)</sup> ErlRV 124 BlgNR XXII. GP, 13.

<sup>69)</sup> *Karollus*, GesRZ 2016, 5 (9).

<sup>70)</sup> *Karollus* in *Buchegger* § 2 EKEG Rz 26; *Karollus*, GesRZ 2016, 5 (10).

<sup>71)</sup> *Karollus*, GesRZ 2016, 5 (10); aA *Koppensteiner*, wbl 2016, 254 (255).

<sup>72)</sup> So aber *Koppensteiner*, FS Nowotny 369 (378); *ders*, wbl 2016, 254 (255); gegen diesen schon *Karollus*, GesRZ 2016, 5 (9 f).

<sup>62)</sup> Vgl aber *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR<sup>2</sup> Rz 4/444.

<sup>63)</sup> Dabei sei daran erinnert, dass sich die folgenden Fragen unabhängig davon stellen, ob man den hier unter II. vorgeschlagenen Ansatz vertritt oder nicht.

<sup>64)</sup> AA offenbar *Fellner/Mutz*, Eigenkapitalersatz-Gesetz (2004) 58.

<sup>65)</sup> *Karollus*, Das neue österreichische Eigenkapitalersatzrecht – ein Vorbild auch für Deutschland? FS Huber (2006) 801 (809).

<sup>66)</sup> LG München I 08.05.2015, 32 O 26502/12 BeckRS 2015, 15096; *Karollus*, FS Huber 801 (809); *ders* in *Buchegger* § 2 EKEG Rz 31; *ders*, Inhaltlich unrichtige Jahresabschlüsse und § 2 Abs 2 EKEG, GesRZ 2016, 5; ihm folgend *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG I<sup>6</sup> § 52 Rz 55/2; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> Anh § 74 Rz 19; *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, § 2 EKEG Rz 19; *Keppert*, Der Begriff der Krise nach dem EKEG im Zusammenhang mit Bilanzmanipulationen, in *Dellinger/Keppert* (Hrsg), Eigenkapitalersatzrecht (2004) 11 (17 f); *Nowotny*, Ge-

den Gesellschaftern gewählt. Der von den Gesellschaftern sehr wohl gewählte Aufsichtsrat hat mit der „Aufstellung“ des Jahresabschlusses indes nichts zu tun, er ist nach § 96 Abs 4 AktG nur für die „Feststellung“ des Jahresabschlusses zuständig, worauf es nach hA für § 2 Abs 2 EKEG gerade nicht ankommt; es reicht aus, dass der Vorstand den Jahresabschluss „aufgestellt“ hat.<sup>73)</sup>

Das übersieht selbstverständlich auch *Koppensteiner* nicht, der aber von einer „indirekten“ Auswahl des Geschäftsleiters spricht.<sup>74)</sup> Freilich steht der Gesellschafter in allen Tatbestandsvarianten des EKEG in einem Naheverhältnis zur Gesellschaft, nicht jeder seiner Kredite ist aber allein deshalb Eigenkapital ersetzend. Aufgabe des EKEG ist vielmehr gerade die Interessenabwägung zwischen Gesellschafter und Gläubigern. Überdies agieren in einer Gesellschaft meist mehrere Gesellschafter zusammen. Auch ein 25%-Gesellschafter, der dem EKEG unterliegt, hat daher nicht die Möglichkeit, allein die Mitglieder der Geschäftsleitung auszuwählen. Es wäre seltsam, wenn man ihm dennoch stets das Risiko aller Geschäftsführerhandlungen zurechnen würde.

Somit ist der Gesellschafter im Vertrauen auf einen unrichtigen Jahresabschluss nur dann nicht geschützt, wenn ihm die Voraussetzungen einer Krise ohne weiteres erkennbar sind. Damit fügt sich die Lösung der hL einerseits bei isolierter Betrachtung nahtlos in das Konzept von § 2 Abs 2 ein, andererseits passt sie auch zum hier vertretenen Konzept generellen Schutzes des Gesellschafters.

### 3. Schutz von Gesellschaftern nach § 2 Abs 3

#### a) Funktion des § 2 Abs 3

Nun sieht aber § 2 Abs 3 für Gesellschaften, die besonderen gesetzlichen Eigenmittelerfordernissen unterliegen, eine Sonderregelung vor. An die Stelle von § 2 Abs 1 Z 3 tritt die Nichteinhaltung der jeweiligen gesetzlichen Eigenmittelerfordernisse. Zudem ordnet § 2 Abs 3 S 2 an, dass Abs 2 nicht anzuwenden sei.

Was der Gesetzgeber mit dieser Anordnung wollte, ist unklar. Geht man nicht ohnehin – wie hier – davon aus, dass § 2 das Konzept eines generellen Vertrauensschutzes zugrunde liegt, begründet § 2 Abs 2 einerseits stillschweigend Vertrauensschutz und normiert andererseits explizit dessen Grenzen. Dann erweckt § 2 Abs 3 letzter Satz über die Nichtanwendung von Abs 2 aber auf den ersten Blick den Eindruck einer Ausblendung dieses Vertrauensschutzes und damit einer spiegelbildlichen Verschärfung für den Gesellschafter.

Die sachliche Rechtfertigung einer solchen Verschärfung erschiene im Lichte der Ausführungen zur zweiseitigen Rechtfertigung überaus zweifelhaft. Ebenso zweifelhaft erscheint aber auf den zweiten Blick schon, dass der Gesetzgeber überhaupt eine Verschärfung beabsichtigt, verraten die Materialien doch: „Auf die Anwendung des Abs 2 kann im Falle

der von Abs 3 erfassten Unternehmen verzichtet werden“. Diese Formulierung legt nicht nahe, dass dadurch Gesellschafter nach Abs 3 strenger behandelt werden sollen (dazu noch IV.3.c.). Die Materialien fahren zudem fort: Solche Gesellschaften – insbesondere Banken<sup>75)</sup> – „sind ohnehin verpflichtet, die Einhaltung der ihnen auferlegten Eigenmittelvorschriften jederzeit zu gewährleisten und müssen diese daher dauerhaft überwachen“.

Banken müssen „jederzeit“ (Art 92 Abs 1 CRR<sup>76)</sup>) bestimmte Eigenmittelerfordernisse erfüllen und daher ihre Eigenmittel dauerhaft überwachen sowie periodisch den Aufsichtsbehörden darüber Bericht erstatten (Art 99 CRR, Art 430 CRR iVm Art 5 DVO 2021/451<sup>77)</sup>).<sup>78)</sup> Das Konzept ist damit klar: Der Gesetzgeber geht zutreffend davon aus, dass der Gesellschafter einer Bank wegen aufsichtsrechtlicher Verpflichtungen bei Kreditgewährung in der Regel über zuverlässigere und aktuellere Informationen als Gesellschafter anderer Gesellschaften verfügt, die nur auf Jahresabschlüsse zurückgreifen können.<sup>79)</sup> Deshalb sieht der Gesetzgeber für Abs 2 und dessen Anknüpfung an den Jahresabschluss keinen Bedarf, was die Materialien relativ lapidar zum Ausdruck bringen.

Dies hängt mit der Funktion des Abs 2 zusammen: § 2 Abs 2 Z 1 zerstört das Vertrauen ja schon dann, wenn die Krise aus dem Jahresabschluss „errechnet“ werden könnte; einfach ersichtlich ist sie grundsätzlich nicht, da sowohl die Eigenmittelquote als auch die Schuldentilgungsdauer erst ermittelt werden müssen. Auf eine solche Norm kann bei Abs 3 dann aber tatsächlich verzichtet werden, da Gesellschaften, die gesetzlichen Eigenmittelerfordernissen unterliegen, diese – wie die Materialien sagen – dauerhaft überwachen müssen.<sup>80)</sup> Nach der Vorstellung des Gesetzgebers liegen also stets aktuelle Zahlen vor, die die Einhaltung der Eigenmittelerfordernisse ohne besondere Rechenoperationen bestätigen oder eben nicht. Hier sind die Krisenkennzahlen wirklich ohne weiteres „ersichtlich“.

Auch im Anwendungsbereich des Abs 3 macht sich aber bemerkbar, dass der Gesetzgeber, der in

<sup>75)</sup> Rüdfler, Kreditinstitute in der Krise, ÖBA 2013, 722 (723 ff).

<sup>76)</sup> VO (EU) Nr. 575/2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012, ABl L 176/1 („Capital Requirements Regulation“ = Kapitaladäquanzverordnung).

<sup>77)</sup> Durchführungsverordnung (EU) 2021/451 der Kommission zur Festlegung technischer Durchführungsstandards für die Anwendung der Verordnung (EU) Nr. 575/2013, ABl. L 97/1.

<sup>78)</sup> Dabei wird auch ein jederzeitiges Einsichtsrecht der FMA gem § 70 Abs 1 Z 1 BWG bejaht, *Schirk/Stern in Laurer/Schütz/Kammel/Ratka*, BWG<sup>4</sup> (2017) Art 92 CRR Rz 11.

<sup>79)</sup> ErlRV 124 BlgNR XXII. GP, 14. Bei Unterschreitung der Eigenmittelerfordernisse drohten außerdem „*ohnehin bestimmte Sanktionen*“ (etwa die Anzeigepflicht nach § 73 Abs 1 Z 9 BWG und das Pönale nach § 97 Abs 1 Z 1 BWG).

<sup>80)</sup> LG München I 08.05.2015, 32 O 26502/12 BeckRS 2015, 15096.

<sup>73)</sup> *Karollus in Buchegger* § 2 EKEG Rz 23; *ders.*, GesRZ 2016, 5 (6).

<sup>74)</sup> *Koppensteiner*, wbl 2016, 254 (255).

einer „gewisse[n] Naivität“<sup>81)</sup> schon das Problem unrichtiger Jahresabschlüsse bei „normalen“ Gesellschaften übersehen hat, im konsequent naiven Größenschluss erst recht nicht bedacht hat, dass bei Gesellschaften, die gesetzlich zur Einhaltung und Überwachung von Eigenmittelerfordernissen verpflichtet sind, auch etwas schief gehen kann.<sup>82)</sup>

Mit anderen Worten: Wenn – wovon der Gesetzgeber ausgeht – eine Gesellschaft nach Abs 3 sich regelkonform verhält, also die Einhaltung von Eigenmittelerfordernissen den aufsichtsrechtlichen Vorschriften entsprechend konstant überwacht und diese Überwachung auch inhaltlich richtig ist, gibt es niemals Bedarf für Vertrauensschutz. Wer Kredit gewährt, wenn die Eigenmittel eingehalten werden, ist sicher. Wer Kredit gewährt, wenn das nicht der Fall ist, unterliegt der Rückzahlungssperre. Das kommt für den Gesellschafter dann nicht überraschend, gewährt er doch den Kredit nach der Vorstellung des Gesetzgebers trotz einer ausgewiesenen Unterschreitung der Eigenmittel. Solange eine Gesellschaft Eigenmitteldefizite korrekt ausweist, kann und muss der Gesellschafter nicht geschützt werden. Er bekommt auf dem Silbertablett, was der „normale“ Gesellschafter erst durch weitere Rechenschritte ermitteln muss.

#### b) Unrichtige Unterlagen

Durch die – im gesetzgeberischen Irrtum schlüssige – Entscheidung, auf die Anwendung von Abs 2 verzichten zu „können“, fehlen allerdings in Abs 3 Anhaltspunkte dafür, wie mit falschen Kennzahlen umzugehen ist. Während diese planwidrige Lücke bei „normalen“ Gesellschaften durch eine Analogie zu anderen Tatbeständen des Abs 2 geschlossen werden kann, herrscht bei Gesellschaften nach Abs 3 auf Grund der Anordnung der Nichtanwendung des Abs 2 vergleichsweise Ratlosigkeit. Ist der Grund der Anordnung aber einmal identifiziert, hilft dies bei der weiteren Auslegung.

Der erste Schritt ist auch hier die Erkenntnis, dass eine planwidrige Lücke vorliegt. Der Wortlaut von Abs 3 könnte zwar die Situation des falschen Ausweises der Erfüllung der Eigenmittelerfordernisse umfassen, nach dem Wunsch des Gesetzgebers sollte er das aber nicht. Es gibt keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber in Abs 3 plötzlich an die – zumal viel unwahrscheinlichere – Möglichkeit falscher Unterlagen beaufsichtigter Rechtsträger gedacht hätte, an die er schon in Abs 2 für „normale“ Gesellschaften nicht gedacht hat.<sup>83)</sup>

Klafft somit aber auch in Abs 3 eine Lücke, ist die Frage nach der Lückenschließung zu stellen. Soll das Schutzregime des Abs 2 ausstrahlen oder soll hier eine rein objektive ex post Prüfung stattfinden?

<sup>81)</sup> Karollus/Isola/Huemer, WP-Jahrbuch 2003, 305 (322, FN 85); Vogt in Schopper/Vogt § 2 EKEG Rz 35.

<sup>82)</sup> LG München I 08.05.2015, 32 O 26502/12 BeckRS 2015, 15096.

<sup>83)</sup> Isola/Seidl, § 2 Abs 3 EKEG – Zur Entscheidungswesentlichkeit subjektiver Elemente bei der Kreditgewährung seitens eines erfassten Bank-Gesellschafters, FS Torggler (2013) 551 (559 f).

Dabei ist zunächst daran zu erinnern, dass bei der hier vertretenen Auslegung des § 2 für eine rein objektive Sichtweise jegliches Vorbild fehlt. Schon bei den Tatbeständen materieller Insolvenz nach § 2 Abs 1 Z 1 und 2 hat sich gezeigt, dass der Gesellschafter auf seine Stellung als „wirklicher Gläubiger“ vertrauen darf (II.). Nur wer von der Krise weiß oder wissen muss, hat die Rückzahlungssperre zu gewärtigen.

Wer diesen generellen Vertrauensschutzgedanken leugnet und für die Rückzahlungssperre nur auf die materielle Erfüllung der Tatbestände der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung abstellen will, könnte allerdings versuchen, dieses Konzept sinngemäß auch in Abs 3 anzuwenden, also in den Tatbeständen der materiellen Insolvenz ein Vorbild für eine rein objektive Beurteilung in Abs 3 sehen.<sup>84)</sup> Für die Beurteilung der Stichhaltigkeit einer solchen, rein objektiven Anknüpfung ist es allerdings hilfreich, sich die Materialien in Erinnerung zu rufen: „Da bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung die Konkursantragspflicht ausgelöst wird, handelt es sich hiebei um einen sehr späten Zeitpunkt für die Annahme einer Krise. Auf zusätzliche subjektive Merkmale wird daher nicht abgestellt“<sup>85)</sup>

Das passt nicht auf die Unterschreitung gesetzlicher Eigenmittelerfordernisse, die auf Grund unrichtiger Unterlagen nicht ersichtlich wird. Dass es sich dabei regelmäßig um einen „sehr späten Zeitpunkt für die Annahme einer Krise“ handeln wird, kann nicht behauptet werden. Auch eine Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages resultiert daraus nicht. Die Eignung eines rein objektiven Konzepts zur Lückenschließung erscheint daher ausgesprochen zweifelhaft, weil die dafür vorgebrachten Gründe jedenfalls nicht vorliegen.

Näher liegt es, Vertrauen auf unrichtige Zahlen nach den Regeln zu behandeln, die für Vertrauen auf (andere) unrichtige Zahlen entwickelt wurden, also sich an Abs 2 zu orientieren.<sup>86)</sup> Andernfalls käme es nämlich auch zu einer bedenklichen Schlechterstellung der Gesellschafter von Gesellschaften, die besonderen Eigenmittelerfordernissen unterliegen, im Vergleich zu Gesellschaftern „normaler“ Gesellschaften.

#### c) Gleichbehandlung mit § 2 Abs 2

Dass der Gesetzgeber eine solche Schlechterstellung wollte, ist den Materialien an keiner Stelle zu entnehmen. Legte man Abs 3 rein materiell aus, wäre das allerdings die zwingende Folge, weil ein „normaler“ Gesellschafter sich nach Abs 2 auf die (unrichtigen) Zahlen in den einschlägigen Unterlagen verlassen kann, während ein Gesellschafter nach Abs 3 nie in den Genuss von Vertrauensschutz käme.

Man kann sicher trefflich darüber streiten, ob eine solche Ungleichbehandlung den Korridor des ver-

<sup>84)</sup> Fellner/Thaler, GES 2014, 8 (13 f); vgl auch Ruffler, ÖBA 2013, 722 (723).

<sup>85)</sup> ErlRV 124 BlgNR XXII. GP, 13.

<sup>86)</sup> Vgl Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, ÖGesR<sup>2</sup> Rz 4/444.

fassungsmäßig Zulässigen verließ.<sup>87)</sup> Eine sachliche Rechtfertigung dafür ist aber nicht ersichtlich.

Nicht stichhaltig wäre etwa das Argument, dass bei Banken wegen ihrer volkswirtschaftlichen Bedeutung ein ganz besonderer Gläubigerschutz auf Kosten der Bankgesellschafter – die keine „*wirklichen Gläubiger*“ sein sollen – geboten sei.<sup>88)</sup> Erstens ist nicht jede Bank systemrelevant. Zweitens wird der Gläubigerschutz bei Banken durch vielfältige andere Maßnahmen verwirklicht. Erinnerung sei etwa an die besonderen bankaufsichtsrechtlichen Vorschriften im BWG sowie die Regeln über die Einlagensicherung im ESAEG.

Zentral ist schließlich der Einwand, dass nicht nur Banken, sondern eine Reihe weiterer Gesellschaften besonderen gesetzlichen Eigenmittelerfordernissen unterliegen. Der Verweis auf die volkswirtschaftliche Bedeutung ginge bei vielen dieser Gesellschaften ins Leere und erweise sich daher im Ergebnis als inkonsequent. Denn nicht jedem Wertpapierdienstleistungsunternehmen oder gar jedem Alternativen Investmentfonds kommt gleich Systemrelevanz zu.<sup>89)</sup> Es ist daher nicht ersichtlich, warum die Gläubiger aller Gesellschaften mit besonderen Eigenmittelerfordernissen besser dastehen sollten als die Gläubiger etwa eines großen Industrieunternehmens.

Ein erweiterter Gläubigerschutz durch das EKEG ist bei vielen Gesellschaften, die besonderen Eigenmittelerfordernissen unterliegen, auch gar nicht notwendig. So bilden in der Insolvenz einer Pensions- bzw. Mitarbeitervorsorgekasse die veranlagten Gelder nach § 37 Abs 4 PKG und § 36 Abs 1 BMSVG eine Sondermasse und sind daher insolvenzfest. Ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen darf gem § 3 Abs 5 Z 4 WAG 2018 nicht Geld, Wertpapiere oder sonstige Instrumente seiner Kunden halten und darf somit überhaupt „zu keiner Zeit Schuldner seiner Kunden“ sein. Bei genauerem Hinsehen zeigt sich also, dass keineswegs alle Gläubiger von Gesellschaften mit besonderen Eigenmittelerfordernissen eines besonderen Schutzes bedürfen.

Die Auslegung von Abs 3 sollte sich also nicht ausschließlich an Bankgesellschaftern orientieren. Vielmehr ist zu bedenken, dass der Anwendungsbereich dieser Norm wesentlich größer ist. Doch selbst für Bankgesellschafter lässt sich eine Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen, wenn man sich nicht darauf zurückziehen will, dass Bankgesellschafter keine „*wirklichen Gläubiger*“ seien, weil sie eben Bankgesellschafter sind.

Das EKEG wollte eine solche Diskriminierung von Bankgesellschaftern bei näherer Betrachtung nicht. „*Überlegungen dazu, die Gesellschafter einer Bank seien weniger schutzwürdig, finden sich in den Materialien an keiner Stelle*“, konstatiert das LG München I vielmehr zutreffend.<sup>90)</sup>

<sup>87)</sup> Entsprechende Bedenken äußern *Isola/Seidl*, FS Torggler 551 (561).

<sup>88)</sup> Vgl aber *Fellner/Thaler*, GES 2014, 8 (16); *Rüffler*, ÖBA 2013, 722 (723).

<sup>89)</sup> Diese unterliegen aber gem § 10 WAG und § 7 AIMFG ebenfalls besonderen Eigenmittelerfordernissen.

<sup>90)</sup> LG München I 08.05.2015, 32 O 26502/12 BeckRS 2015, 15096.

In den Materialien ist nur davon die Rede, dass auf ein Konzept wie in Abs 2 verzichtet werden „kann“. Dahinter steht aber nicht die Absicht, Bankgesellschafter zu benachteiligen. Vielmehr wird die Anwendung des Abs 2 ausgeschlossen, weil dessen Konzept – wegen der besonderen Eigenmittelerfordernisse und der Verfügbarkeit und Relevanz aktuellerer Unterlagen gerade zur Erfüllung von Eigenmittelerfordernissen – nicht auf Banken passt. Es sprechen daher sowohl historische als auch systematisch-teleologische Erwägungen dafür, den Bankgesellschafter auch bei unrichtigen Unterlagen zu schützen, wenn er auf diese vertraut hat und vertrauen durfte. Es gibt somit einen Gleichlauf zwischen § 2 Abs 1 Z 3 iVm Abs 2 einerseits und § 2 Abs 3 andererseits.

#### 4. Maßstab der Erkennbarkeit

Leitet man den Schutz des Bankgesellschafter in einem speziellen Vertrauensschutzkonzept aus einer analogen Anwendung des § 2 Abs 2 Z 3 ab, verliert er seinen Schutz, wenn er „*weiß oder es für ihn offensichtlich ist*“, dass die Eigenmittelerfordernisse unterschritten sind. Über den genauen Maßstab der Erkennbarkeit kann man nun geteilter Meinung sein.

Die hA beschäftigt sich mit dem Sorgfaltsmaßstab des kreditierenden Gesellschafter vor allem im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 2 Abs 2 Z 3. Dieser unmittelbare Anwendungsbereich betrifft Verschlechterungen der wirtschaftlichen Lage nach dem letzten (richtigen!) Jahresabschluss.<sup>91)</sup>

Der Maßstab der Offensichtlichkeit einer solchen Verschlechterung wird grundsätzlich hoch angesetzt. So versteht *Karollus* die Offensichtlichkeit als „*evidente Erkennbarkeit*“, bloße (einfache) Fahrlässigkeit schade dem Kreditgeber nicht.<sup>92)</sup> Auch in den Materialien heißt es, dass vom Gesellschafter erwartet werde, „*dass er sich vor Gewährung eines Kredits durch Einsicht in den [...] Jahresabschluss informiert und vor einer seither eingetretenen wirtschaftlichen Verschlechterung, etwa wenn er Einsicht in alle Buchhaltungsunterlagen hat, nicht bewusst die Augen verschließt*“.<sup>93)</sup> Das Unterschreiten müsse also „*geradezu auf der Hand liegen*“.<sup>94)</sup>

Aus der referierten Stelle in den Materialien wird aber, wenn Indizien für eine Verschlechterung der Lage vorliegen, eine Erkundigungsobliegenheit des Gesellschafter abgeleitet.<sup>95)</sup> Ist eine Bank Kreditgeberin, setzt die Literatur mitunter einen besonders hohen Sorgfaltsmaßstab an.<sup>96)</sup> Schon wenn die Aufstellung des Jahresabschlusses und die Kreditgewährung zeitlich nicht nur unwesentlich ausein-

<sup>91)</sup> *Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG I<sup>6</sup> § 52 Rz 55/2; *Karollus* in *Buchegger* § 2 EKEG Rz 28.

<sup>92)</sup> *Karollus* in *Buchegger* § 2 EKEG Rz 29.

<sup>93)</sup> ErlRV 124 BlgNR XXII. GP, 13; *Karollus*, GesRZ 2016, 5 (12).

<sup>94)</sup> *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, § 2 EKEG Rz 17.

<sup>95)</sup> *Karollus* in *Buchegger* § 2 EKEG Rz 29; *Mohr* in *Dellinger/Mohr*, § 2 EKEG Rz 17; *Fellner/Mutz*, EKEG 57 f; bezugnehmend auf das Anfechtungsrecht *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR<sup>2</sup> Rz 4/442; *Zehetner/Bauer*, Eigenkapitalersatzrecht 52.

<sup>96)</sup> *Vogt* in *Schopper/Vogt* § 2 EKEG Rz 34.

anderfallen, müsse sich die Bank auch außerhalb des Jahresabschlusses einen Überblick über die finanzielle Situation des Kreditnehmers verschaffen.<sup>97)</sup> Bei diesem Verständnis läge der Schluss nicht fern, dass eine Bank Einsicht in die Bücher nehmen müsse und daher im Regelfall bereits bei fahrlässigem Handeln das Unterschreiten der Eigenmittelerfordernisse „offensichtlich“ sei, weil eben besondere Professionalität bei der Kreditvergabe erwartet wird. Es ist dann wohl nur noch ein kleiner Schritt, diesen Sorgfaltsmaßstab auch auf Gesellschafter von Banken auszudehnen.<sup>98)</sup>

Ob dieses Verständnis gerechtfertigt ist, ist indes fraglich. Dass den Gesellschafter einer Bank besondere Kontrollpflichten treffen, ist den Materialien nicht zu entnehmen. Bei einem so strengen Maßstab bliebe außerdem nicht mehr viel übrig von einer Differenzierung zwischen „Erkennbarkeit“ (Z 1) und „Offensichtlichkeit“ (Z 3).<sup>99)</sup>

Selbst wenn man aber von einem erhöhten Sorgfaltsmaßstab für Banken ausginge, kann daraus für den analogen Anwendungsbereich der Z 3 („unrichtige Unterlagen“) nichts gewonnen werden. Denn wenn schon ein unrichtiger Jahresabschluss vorliegt, wird in aller Regel eine Bucheinsicht auch nichts helfen, weil dann meist auch die Buchhaltungsunterlagen unrichtig sein werden. Schließlich basiert der Jahresabschluss ja auf den konsolidierten Buchhaltungsunterlagen, die nach dem Prinzip der Bilanzkontinuität auch in der Folge nach denselben Grundsätzen weitergeführt werden. Im Regelfall wird daher das Unterschreiten der Eigenmittelerfordernisse auch bei Einsicht in die Buchhaltungsunterlagen nicht erkennbar sein.

Erkennbar wäre das Unterschreiten der Eigenmittelerfordernisse regelmäßig nur bei einer materiellen Prüfung des Jahresabschlusses und aller Buchhaltungsunterlagen. Es ginge aber zu weit, den Gesellschafter inzident zum Abschlussprüfer zu machen.<sup>100)</sup> Das bringt das LG München I mit der Wendung auf den Punkt, den Gesellschafter treffe zwar „eine Obliegenheit, vorhandene Zahlen einzusehen, aber keine Pflicht, die von der Gesellschaft zur Verfügung gestellten Zahlen zu überprüfen.“<sup>101)</sup>

Zu bedenken ist dabei auch das potentielle Spannungsverhältnis zum Bankgeheimnis nach § 38 BWG. Zu Recht weisen S. Bydlinski/Potyka darauf hin, dass der Umstand, dass Gesellschafter von Banken ihrerseits nach § 38 Abs 1 BWG zur Verschwiegenheit verpflichtet sind, keinen Freibrief für Geheimnisverrat bietet. Das interne Bankgeheimnis verbietet nämlich, dass „geheimzuhaltende Tatsachen auch innerhalb derselben Bank [...] an Personen bekanntgegeben werden, die zwar nach außen selbst geheimhaltungspflichtig, mit der Sache des betreffenden Bankkunden aber in keiner

Weise befasst sind“.<sup>102)</sup> Vieles im Grenzbereich zwischen Gesellschafterrechten und Bankgeheimnis ist umstritten,<sup>103)</sup> eine jederzeitige und unbeschränkte Einsicht steht aber jedenfalls in einem Spannungsverhältnis zum Geheimnisschutz.<sup>104)</sup>

Schließlich würde eine Obliegenheit zur materiellen Prüfung der Unterlagen auch ein deklariertes Ziel des EKEG, Rechtssicherheit für den Kreditgeber zu schaffen,<sup>105)</sup> konterkarieren.<sup>106)</sup> Denn für den Gesellschafter bestünde immer die Gefahr, dass sich noch Jahre später die Unrichtigkeit der Unterlagen herausstellt und sein Kredit plötzlich in Eigenkapital „umgewandelt“ und mit einer Rückzahlungssperre belegt wird. Er hätte also trotz formell einwandfreier und rechtzeitig aufgestellter Unterlagen nie Rechtssicherheit. Daher besteht – solange keine Verdachtsmomente auftreten – keine Obliegenheit des Bankgesellschafters zur Prüfung der inhaltlichen Richtigkeit der Buchhaltungsunterlagen.<sup>107)</sup>

## V. Ergebnisse

Damit kann ein kurzes Fazit gezogen werden:

1. Das EKEG normiert, wann ein Gesellschafter, der seiner Gesellschaft Kredit gewährt, nicht als „wirklicher Gläubiger“ seinen Rückzahlungsanspruch – sei es auch als Insolvenzforderung – geltend machen kann, sondern einer Rückzahlungssperre (§ 14 EKEG) unterworfen wird. Die dafür ausschlaggebenden Wertungen bleiben freilich weitgehend im Dunkeln.
2. Nach den Vorstellungen der Materialien sieht das EKEG ein gemischtes Konzept vor. Danach sind die Tatbestände teilweise rein objektiv zu verstehen (§ 2 Abs 1 Z 1 und 2 EKEG: Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung), teilweise genießt der Gesellschafter Vertrauensschutz (§ 2 Abs 1 Z 3 EKEG: Unterschreiten von Eigenmittelquoten). Unklar ist, was bei Gesellschaftern zu gelten hat, die gesetzlichen Eigenmittelerfordernissen unterliegen (§ 2 Abs 3 EKEG).
3. Entgegen dem herrschenden Verständnis ist dieses Konzept von § 2 EKEG grundlegend zu überdenken. Nach dieser Norm besteht bei richtiger Betrachtung genereller Vertrauensschutz. Das Vertrauen des Gesellschaftern auf seine Gläubigerstellung genießt grundsätzlich und über alle Krisentatbestände hinweg (§ 2 Abs 1 und 3) Schutz, wenn er von der Krise nichts wusste oder wissen musste.
4. Grund für diese korrigierende Auslegung sind sonst drohende Wertungswidersprüche zu anderen Regelungskomplexen. Dem Mischkonzept des EKEG stehen nämlich die Regeln über die

<sup>102)</sup> S. Bydlinski/Potyka in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> § 118 AktG Rz 19; siehe auch Liebel, Das zivilrechtliche Bankgeheimnis (2019) 76 f mwN.

<sup>103)</sup> M. Doralt in MüKo, AktG<sup>5</sup> (2022) § 131 Rz 328 mwN.

<sup>104)</sup> Spitzer in Kellner/Oppitz/Riss, Bankvertragsrecht I<sup>3</sup> (2019) Rz 2/65 mwN.

<sup>105)</sup> ErlRV 124 BlgNR XXII. GP, 10, 12.

<sup>106)</sup> LG München I 08.05.2015, 32 O 26502/12 BeckRS 2015, 15096.

<sup>107)</sup> Karollus, GesRZ 2016, 5 (12).

<sup>97)</sup> Zollner, Die Bank als Adressatin des Eigenkapitalersatz-Gesetzes, in Kalss/Rüffler, Eigenkapitalersatz 87 (91).

<sup>98)</sup> Vgl Rüffler, ÖBA 2013, 722 (723) zu Gesellschaftern, die selbst Banken sind.

<sup>99)</sup> Vgl Karollus, GesRZ 2016, 5 (12).

<sup>100)</sup> Karollus, GesRZ 2016, 5 (12).

<sup>101)</sup> LG München I 08.05.2015 – 32 O 26502/12 BeckRS 2015, 15096.

- Insolvenzanfechtung, den gutgläubigen Bezug von Gewinnanteilen im Besonderen und rückwirkende Bilanzkorrekturen im Allgemeinen gegenüber. Sie lassen die Wertung erkennen, dass ohne besondere Zurechnungsmomente die Belastung des Gesellschafters nicht gerechtfertigt wäre und so mit dem Grundsatz der zweiseitigen Rechtfertigung in Widerspruch stünde.
5. Unabhängig davon, ob man § 2 EKEG generellen Vertrauensschutz entnehmen will, genießen Gesellschafter von Gesellschaften, die besonderen Eigenmittelerfordernissen unterliegen (etwa Bankgesellschafter), jedenfalls speziellen Vertrauensschutz. Musste die Unterschreitung der Eigenmittelerfordernisse wegen der Unrichtigkeit der ausgewiesenen Kennzahlen nicht auffallen, kommen die Regeln zur Anwendung, die die hA für unrichtige Jahresabschlüsse entwickelt hat.
  6. Nach hA ist das Problem des unrichtigen Jahresabschlusses durch eine analoge Anwendung des § 2 Abs 2 Z 3 EKEG zu lösen. Das bedeutet, dass der gewährte Kredit bei materiellem Vorliegen einer Krise nur dann Eigenkapital ersetzend ist, wenn der Gesellschafter die Krise kennt oder sie für ihn offensichtlich ist.
  7. Gegen ein vergleichbares Schutzkonzept in § 2 Abs 3 EKEG scheint zwar zu sprechen, dass dort die Nichtanwendung von § 2 Abs 2 angeordnet wird. Der Gesetzgeber denkt dabei aber nur an den Fall richtiger Ausweise der Kennzahlen. Das Problem unrichtiger Zahlen bleibt hingegen zunächst ungelöst. Dabei gibt es freilich gewichtige Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber keine Schlechterstellung der Gesellschafter von Gesellschaften, die gesetzlichen Eigenmittelerfordernissen unterliegen, beabsichtigt hat.
  8. Gesellschafter sind – je nach vertretenem Konzept – also ohnehin generell in ihrem Vertrauen auf ihre Stellung als „wirklicher Gläubiger“ geschützt oder jedenfalls im speziellen Fall des Vertrauens auf unrichtige Jahresabschlüsse oder Eigenmittelkennzahlen. In beiden Fällen kommt es nicht nur auf das tatsächliche Vertrauen, sondern auch auf das Vertrauendürfen an. Ohne hinreichende Indizien für die Unrichtigkeit der bereitgestellten Unterlagen und für eine Krise kann man vom Gesellschafter aber nicht erwarten, vor Kreditgewährungen inzident eine faktische Abschluss- oder Bankprüfung durchzuführen.

**Korrespondenz:** Univ.-Ass. Dr. Bernhard Burtscher / Univ.-Prof. Dr. Martin Spitzer, Wirtschaftsuniversität (WU) Wien, [bernhard.burtscher@wu.ac.at](mailto:bernhard.burtscher@wu.ac.at) / [martin.spitzer@wu.ac.at](mailto:martin.spitzer@wu.ac.at).