

TE OGH 2004/2/19 6Ob282/03v

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.02.2004

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Ehmayer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Huber, Dr. Prückner, Dr. Schenk und Dr. Schramm als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. Josef E*****, als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der K*****gesellschaft mbH, gegen die beklagte Partei B***** AG, ***** vertreten durch Dr. Gerald Herzog ua Rechtsanwälte in Klagenfurt, Nebenintervenientin auf Seiten der beklagten Partei M***** Gesellschaft mbH KG, ***** vertreten durch Dr. Marion Kral, Rechtsanwältin in Wien, wegen Anfechtung (356.645,78 EUR), über die ordentliche Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht vom 10. Juli 2003, GZ 3 R 75/03a-78, womit über die Berufung der beklagten Partei das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 27. Jänner 2003, GZ 22 Cg 45/96b-72, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben.

Die Rechtssache wird an das Erstgericht zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Die mit einem Stammkapital von 500.000 S am 28. 7. 1992 gegründete Gesellschaft mbH war als Generalunternehmer in der Baubranche tätig. Die Nebenintervenientin ist Gesellschafterin. Am 22. 11. 1995 wurde über das Vermögen der Gesellschaft der Ausgleich eröffnet, am 22. 12. 1995 der Anschlusskonkurs. Der Kläger wurde zum Masseverwalter bestellt. Die Gemeinschuldnerin hatte bei einer Tiroler Bank ein Konto mit einem bestimmten vereinbarten Kreditrahmen. Am 5. 9. 1995 überwies die Gemeinschuldnerin von diesem Konto 4,942.394 S auf ihr Kreditkonto bei der beklagten Bank. Mit dieser Überweisung wurde ohne Überschreitung des Kreditrahmens bei der Tiroler Bank die am 5. 9. 1995 offene Kreditschuld von 4,907.552,94 S bei der beklagten Bank abgedeckt. Der Sollstand des Kontos der Gemeinschuldnerin bei der Tiroler Bank war stets höher als der Anfechtungsbetrag von rund 4,9 Mio S. Beim Überweisungsvorgang wurde keine rechtsgeschäftliche Vereinbarung über eine Forderungseinlösung getroffen. Anlässlich der Einräumung eines Kreditrahmens bei der Tiroler Bank wurde zwischen dieser und der Gemeinschuldnerin eine Zessionsvereinbarung zur Sicherung des Kredits getroffen. Die Nebenintervenientin hat für

Verbindlichkeiten der Gemeinschuldnerin verschiedene Haftungserklärungen abgegeben. Sie hat Forderungen im Konkurs angemeldet. Die Forderungen wurden vom Masseverwalter mit der Begründung bestritten, dass es sich um Eigenkapital ersetzende Gesellschafterdarlehen handle.

Der Kläger ficht die Zahlung durch Überweisung der Beklagten vom 5. 9. 1995 von 4,907.552,94 S aus dem Grund des § 31 KO an. Er brachte im ersten Rechtsgang im Wesentlichen Folgendes vor: Der Kläger ficht die Zahlung durch Überweisung der Beklagten vom 5. 9. 1995 von 4,907.552,94 S aus dem Grund des Paragraph 31, KO an. Er brachte im ersten Rechtsgang im Wesentlichen Folgendes vor:

Die Gemeinschuldnerin sei zum Zeitpunkt der Überweisung längst zahlungsunfähig und insolvenzrechtlich überschuldet gewesen. Das Unternehmen sei ohne nennenswerte Eigenmittel innerhalb kürzester Zeit zu einem Bauunternehmen mit 250 Beschäftigten expandiert. Der beklagten Bank seien spätestens im Sommer 1995 Geschäftsunterlagen der Gemeinschuldnerin zur Verfügung gestanden, aus denen sich die katastrophale wirtschaftliche Entwicklung habe ableiten lassen. Wegen unzureichender Eigenkapitalvorsorge habe keine positive Fortbestandsprognose bestanden. Das Geschäftsjahr 1993 habe mit einem Verlust von 4,5 Mio S, das Geschäftsjahr 1994 mit einem Verlust von 13,2 Mio S geendet. Die Beklagte wäre zu Nachforschungen verpflichtet gewesen. Die längere Zeit unregelmäßige Überziehung des Kontos, die Verweigerung der Vorlage von Bilanzen und Geschäftsunterlagen und das bedenkliche Verhältnis zwischen Kreditrahmen und Stammkapital sowie die entstandenen Verluste hätten den Verdacht nahegelegt, dass eine Insolvenz drohe. Die Tiroler Bank habe im Rahmen ihres Rahmenkreditvertrages die Gemeinschuldnerin disponieren lassen. Es liege eine Benachteiligung der Masse vor, weil die Beklagte volle Befriedigung erhalten habe, die anderen Gläubiger aber auf ihre Quoten verwiesen seien. Die Anfechtung sei auch befriedigungstauglich, weil über das Konto bei der Tiroler Bank der Hauptumsatz des Unternehmens abgewickelt worden sei, diese aufrechnungsberechtigt gewesen sei und nach der Überweisung des angefochtenen Betrages noch mit Zahlungseingängen von rund 13 Mio S aufrechnen habe können.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Sie habe mit der Gemeinschuldnerin eine Kreditvereinbarung mit einer betragsmäßigen Obergrenze auf Kontokorrentbasis geschlossen. Nach Vorlage der Jahresabschlüsse für die Geschäftsjahre 1993 und 1994 sei die Kreditlinie zuletzt bis 30. 4. 1995 verlängert worden. Da trotz mehrfacher Zusagen für das Jahr 1995 keine Bilanz vorgelegt worden sei, habe die Beklagte eine Kreditverlängerung nicht mehr akzeptiert und die Gemeinschuldnerin aufgefordert, den Kredit abzudecken. Die Beklagte habe keine Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit der Gemeinschuldnerin gehabt. Sie sei nicht die Hausbank gewesen und hätte die Kreditnehmerin nicht zwingen können, während des laufenden Geschäftsjahres in die Geschäftsunterlagen Einsicht zu gewähren. Im Jahr 1994 sei ein Gewinn von 330.000 S ausgewiesen gewesen. Der endgültige Jahresabschluss für 1994 und der Jahresabschluss für 1995 seien der Beklagten nicht zugekommen. Wenn man die Haftungserklärungen der Gesellschafter und die Rangrücktrittserklärungen berücksichtige, sei erst später eine Überschuldung eingetreten. Es fehle an der Befriedigungstauglichkeit, weil nur ein Wechsel in der Person der Gläubiger eingetreten sei. Die Tiroler Bank habe keine bessere Gläubigerstellung als die Beklagte. Es seien nicht die gesamten aushaftenden Forderungen der Tiroler Bank gegenüber der Gemeinschuldnerin besichert gewesen. Der unbesicherte Teil ihrer Forderungen habe nicht unter dem angefochtenen Betrag gelegen, sodass keine Nachteiligkeit vorliege.

Die Nebenintervenientin verwies noch darauf, dass nach der Darstellung des Geschäftsführers der Gemeinschuldnerin bis zumindest 18. 9. 1995 das Bild eines soliden Unternehmens gegeben gewesen sei. Der Kontostand der Gemeinschuldnerin bei der Tiroler Bank habe sich vom Stichtag 31. 8. 1995 von einem Minusstand von 2,636.123,41 S auf einen Minusstand von 13,699.243,77 S per 30. 9. 1995 ausgeweitet.

Die Vorinstanzen gaben im ersten Rechtsgang dem Klagebegehren statt. Sie gingen dabei von dem wesentlichen Sachverhalt aus, wie er im Aufhebungsbeschluss des Obersten Gerichtshofs vom 24. 2. 2000, 6 Ob 235/99y (SZ /37), wie folgt wiedergegeben wurde:

Die angefochtene Überweisung vom 5. 9. 1995 sei zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem die Gemeinschuldnerin schon zahlungsunfähig und überschuldet gewesen sei. Dies habe die Beklagte nicht gewusst. Stichtag für den Jahresabschluss der Gemeinschuldnerin sei der 31. 3. gewesen. Die Nebenintervenientin habe für Verbindlichkeiten der Gemeinschuldnerin im Ausmaß von 33 Mio S die Haftung übernommen, für allfällige Regressansprüche aber keine Rangrücktrittserklärungen abgegeben. Die Gesellschaft habe ihren Hauptumsatz über das Konto bei der Tiroler Bank abgewickelt. Am 14. 9. 1994 sei das Kreditverhältnis neu gestaltet worden. Es sei ein Betriebsmittelkredit auf

Kontokorrentbasis vereinbart worden. Der Kreditrahmen sei von 5 Mio S auf 12 Mio S aufgestockt worden. Der Kredit sei mit einer stillen Zession von Kundenforderungen der Gemeinschuldnerin bis zu einem Betrag von mindestens 24 Mio S gemäß einem separat abgeschlossenen Rahmenzessionsvertrag vom 25. 3. und 30. 9. 1994 gesichert worden. Das Konto der Gemeinschuldnerin bei der beklagten Bank sei im Sommer 1992 eröffnet worden. Der Gesellschaft sei eine Überziehungsmöglichkeit bis zu einer Obergrenze von 3 Mio S eingeräumt worden. Den Kreditrahmen habe die Gemeinschuldnerin erstmals im November 1992 ausgenutzt. Für diesen Kredit habe die Nebenintervenientin die Haftung übernommen. Im März 1994 sei der Kreditrahmen auf 5 Mio S ausgeweitet worden. Die ersten Jahresabschlüsse der Gemeinschuldnerin seien der Beklagten erst im August 1994 vorgelegt worden. Dabei habe es sich nur um Entwürfe gehandelt. Diese hätten weder eine Stellungnahme gemäß § 225 Abs 1 HGB noch einen Lagebericht enthalten. Der Entwurf zum Stichtag 31. 3. 1993 habe einen Bilanzverlust von 3,651.717,14 S aufgewiesen. Der Eigenkapitalanteil habe minus 2,65 % betragen. Die Gesamtkapitalrentabilität und Umsatzrentabilität habe negative Werte aufgewiesen. Der sogenannte "Cashflow" des Unternehmens sei noch positiv gewesen. Der Entwurf des Jahresabschlusses 1994 habe einen Gewinn von 334.578,51 S ausgewiesen, was den negativen Eigenkapitalanteil aber nur auf minus 1,09 % verringert habe, da der Bilanzverlust wegen des hohen Verlusts aus dem Vorjahr 2,817.138,63 S betragen habe. Gesamtkapitalrentabilität und Umsatzrentabilität seien nach dem Entwurf positiv gewesen. Auch der "Cashflow" habe sich auf 15,387.795 S verbessert. Von 1992/93 auf 1993/94 habe eine Umsatzsteigerung von rund 41 Mio S auf 155 Mio S und danach anschließend auf 280 Mio S zum Stichtag 31. 3. 1995 stattgefunden. Die Kontobewegungen hätten sich während der gesamten Dauer der Geschäftsbeziehung mit der Beklagten im vereinbarten Rahmen mit nur gelegentlichen geringfügigen Überziehungen gehalten. Im Herbst 1994 habe der Steuerberater der Gemeinschuldnerin der Beklagten eine vorläufige Zwischenbilanz der Gemeinschuldnerin zum 31. 8. 1994 mit einem Bilanzverlust von 15,492.982,90 S übergeben. Nach den mündlichen Erläuterungen des Steuerberaters hätte sich aber unter Berücksichtigung nicht ausgewiesener Positionen und nicht realisierter Gewinne ein Gewinn von 1,5 Mio S ergeben. Der Steuerberater habe der Beklagten die positive wirtschaftliche Entwicklung bestätigt. Ende 1994 habe die Beklagte die Gemeinschuldnerin aufgefordert, ihr die endgültigen Bilanzen vorzulegen. Dem sei nicht nachgekommen worden. Der endgültige Jahresabschluss 1993/94, den die Beklagte nicht erhalten habe, habe einen Verlust von 13,246.421,49 S und eine buchmäßige Überschuldung von 15,665.157 S aufgewiesen. Der Verlust sei auf ein bestimmtes Bauprojekt zurückzuführen gewesen. Die Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens habe sich aus dem Entwurf des Jahresabschlusses 1994/95, der im Juli 1995 erstellt worden sei, ergeben. Diesen Jahresabschluss habe die Beklagte nicht erhalten. Die Zahlungsunfähigkeit sei aus dem Entwurf zur Bilanz per 31. 3. 1995 erkennbar gewesen. Die subjektive Zahlungsunfähigkeit sei spätestens im August 1995 eingetreten. Eine buchmäßige Überschuldung sei aus den vorgelegten Entwürfen per 31. 3. 1993 und per 31. 3. 1994 und in den endgültigen Fassungen erkennbar gewesen. Eine im Anhang zu den Bilanzen 1993 und 1994 angeführte Erklärung der Gesellschafter, im Bedarfsfall die Gesellschaft mit notwendigen Mitteln auszustatten, sei nicht unterschrieben gewesen. Der Lagebericht zur Bilanz 1993 habe nur einen "lapidaren" Inhalt aufgewiesen. Der Lagebericht für das Jahr 1994 habe zwar in Ansätzen eine Untersuchung der Verlustursachen enthalten. Aus dem Lagebericht sei aber nicht ableitbar gewesen, auf welche Weise die Verluste kompensiert hätten werden sollen. Es sei keine Fortbestehensprognose angestellt worden. Die Gesellschaft sei spätestens zum 31. 3. 1993 insolvenzrechtlich relevant überschuldet gewesen. Das zeitliche Auseinanderfallen der Überschuldung spätestens zum 31. 3. 1993 und der mit 31. 3. 1995 eingetretenen Zahlungsunfähigkeit sei im Hinblick auf die rasche Expansion nicht außergewöhnlich. Die Bilanz 1995 hätte bis 30. 11. 1995 übergeben werden müssen. Aus der bis 30. 11. 1994 vorzulegenden endgültigen Bilanz der Gemeinschuldnerin wäre die Unrichtigkeit des der Beklagten vorgelegten Entwurfes erkennbar gewesen. Mit Schreiben vom 22. 8. 1995 habe die Beklagte den Kredit im Ausmaß der Überziehung von 4,837.493,99 S per 4. 9. 1995 fällig gestellt. Dieser Betrag sei durch die Überweisung der Tiroler Bank auf Anweisung der Gemeinschuldnerin abgedeckt worden. Die angewiesene Bank habe nicht gewusst, zu welchem Zweck die Überweisung durchzuführen sei. Im Konkurs habe die Tiroler Bank eine Forderung von 29,914.261,16 S angemeldet. Sie habe bei der Ausweitung des Kreditrahmens eine positive wirtschaftliche Entwicklung der Gemeinschuldnerin aus den Jahresabschlussentwürfen abgeleitet und sei davon ausgegangen, dass es sich um ein Unternehmen "im Wachstum" handle. Die angefochtene Überweisung vom 5. 9. 1995 sei zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem die Gemeinschuldnerin schon zahlungsunfähig und überschuldet gewesen sei. Dies habe die Beklagte nicht gewusst. Stichtag für den Jahresabschluss der Gemeinschuldnerin sei der 31. 3. gewesen. Die Nebenintervenientin habe für Verbindlichkeiten der Gemeinschuldnerin im Ausmaß von 33 Mio S die Haftung übernommen, für allfällige Regressansprüche aber keine

Rangrücktrittserklärungen abgegeben. Die Gesellschaft habe ihren Hauptumsatz über das Konto bei der Tiroler Bank abgewickelt. Am 14. 9. 1994 sei das Kreditverhältnis neu gestaltet worden. Es sei ein Betriebsmittelkredit auf Kontokorrentbasis vereinbart worden. Der Kreditrahmen sei von 5 Mio S auf 12 Mio S aufgestockt worden. Der Kredit sei mit einer stillen Zession von Kundenforderungen der Gemeinschuldnerin bis zu einem Betrag von mindestens 24 Mio S gemäß einem separat abgeschlossenen Rahmenzessionsvertrag vom 25. 3. und 30. 9. 1994 gesichert worden. Das Konto der Gemeinschuldnerin bei der beklagten Bank sei im Sommer 1992 eröffnet worden. Der Gesellschaft sei eine Überziehungsmöglichkeit bis zu einer Obergrenze von 3 Mio S eingeräumt worden. Den Kreditrahmen habe die Gemeinschuldnerin erstmals im November 1992 ausgenutzt. Für diesen Kredit habe die Nebenintervenientin die Haftung übernommen. Im März 1994 sei der Kreditrahmen auf 5 Mio S ausgeweitet worden. Die ersten Jahresabschlüsse der Gemeinschuldnerin seien der Beklagten erst im August 1994 vorgelegt worden. Dabei habe es sich nur um Entwürfe gehandelt. Diese hätten weder eine Stellungnahme gemäß Paragraph 225, Absatz eins, HGB noch einen Lagebericht enthalten. Der Entwurf zum Stichtag 31. 3. 1993 habe einen Bilanzverlust von 3,651.717,14 S aufgewiesen. Der Eigenkapitalanteil habe minus 2,65 % betragen. Die Gesamtkapitalrentabilität und Umsatzrentabilität habe negative Werte aufgewiesen. Der sogenannte "Cashflow" des Unternehmens sei noch positiv gewesen. Der Entwurf des Jahresabschlusses 1994 habe einen Gewinn von 334.578,51 S ausgewiesen, was den negativen Eigenkapitalanteil aber nur auf minus 1,09 % verringert habe, da der Bilanzverlust wegen des hohen Verlusts aus dem Vorjahr 2,817.138,63 S betragen habe. Gesamtkapitalrentabilität und Umsatzrentabilität seien nach dem Entwurf positiv gewesen. Auch der "Cashflow" habe sich auf 15,387.795 S verbessert. Von 1992/93 auf 1993/94 habe eine Umsatzsteigerung von rund 41 Mio S auf 155 Mio S und danach anschließend auf 280 Mio S zum Stichtag 31. 3. 1995 stattgefunden. Die Kontobewegungen hätten sich während der gesamten Dauer der Geschäftsbeziehung mit der Beklagten im vereinbarten Rahmen mit nur gelegentlichen geringfügigen Überziehungen gehalten. Im Herbst 1994 habe der Steuerberater der Gemeinschuldnerin der Beklagten eine vorläufige Zwischenbilanz der Gemeinschuldnerin zum 31. 8. 1994 mit einem Bilanzverlust von 15,492.982,90 S übergeben. Nach den mündlichen Erläuterungen des Steuerberaters hätte sich aber unter Berücksichtigung nicht ausgewiesener Positionen und nicht realisierter Gewinne ein Gewinn von 1,5 Mio S ergeben. Der Steuerberater habe der Beklagten die positive wirtschaftliche Entwicklung bestätigt. Ende 1994 habe die Beklagte die Gemeinschuldnerin aufgefordert, ihr die endgültigen Bilanzen vorzulegen. Dem sei nicht nachgekommen worden. Der endgültige Jahresabschluss 1993/94, den die Beklagte nicht erhalten habe, habe einen Verlust von 13,246.421,49 S und eine buchmäßige Überschuldung von 15,665.157 S aufgewiesen. Der Verlust sei auf ein bestimmtes Bauprojekt zurückzuführen gewesen. Die Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens habe sich aus dem Entwurf des Jahresabschlusses 1994/95, der im Juli 1995 erstellt worden sei, ergeben. Diesen Jahresabschluss habe die Beklagte nicht erhalten. Die Zahlungsunfähigkeit sei aus dem Entwurf zur Bilanz per 31. 3. 1995 erkennbar gewesen. Die subjektive Zahlungsunfähigkeit sei spätestens im August 1995 eingetreten. Eine buchmäßige Überschuldung sei aus den vorgelegten Entwürfen per 31. 3. 1993 und per 31. 3. 1994 und in den endgültigen Fassungen erkennbar gewesen. Eine im Anhang zu den Bilanzen 1993 und 1994 angeführte Erklärung der Gesellschafter, im Bedarfsfall die Gesellschaft mit notwendigen Mitteln auszustatten, sei nicht unterschrieben gewesen. Der Lagebericht zur Bilanz 1993 habe nur einen "lapidaren" Inhalt aufgewiesen. Der Lagebericht für das Jahr 1994 habe zwar in Ansätzen eine Untersuchung der Verlustursachen enthalten. Aus dem Lagebericht sei aber nicht ableitbar gewesen, auf welche Weise die Verluste kompensiert hätten werden sollen. Es sei keine Fortbestehensprognose angestellt worden. Die Gesellschaft sei spätestens zum 31. 3. 1993 insolvenzrechtlich relevant überschuldet gewesen. Das zeitliche Auseinanderfallen der Überschuldung spätestens zum 31. 3. 1993 und der mit 31. 3. 1995 eingetretenen Zahlungsunfähigkeit sei im Hinblick auf die rasche Expansion nicht außergewöhnlich. Die Bilanz 1995 hätte bis 30. 11. 1995 übergeben werden müssen. Aus der bis 30. 11. 1994 vorzulegenden endgültigen Bilanz der Gemeinschuldnerin wäre die Unrichtigkeit des der Beklagten vorgelegten Entwurfes erkennbar gewesen. Mit Schreiben vom 22. 8. 1995 habe die Beklagte den Kredit im Ausmaß der Überziehung von 4,837.493,99 S per 4. 9. 1995 fällig gestellt. Dieser Betrag sei durch die Überweisung der Tiroler Bank auf Anweisung der Gemeinschuldnerin abgedeckt worden. Die angewiesene Bank habe nicht gewusst, zu welchem Zweck die Überweisung durchzuführen sei. Im Konkurs habe die Tiroler Bank eine Forderung von 29,914.261,16 S angemeldet. Sie habe bei der Ausweitung des Kreditrahmens eine positive wirtschaftliche Entwicklung der Gemeinschuldnerin aus den Jahresabschlussentwürfen abgeleitet und sei davon ausgegangen, dass es sich um ein Unternehmen "im Wachstum" handle.

Das Berufungsgericht beurteilte im ersten Rechtsgang die angefochtene Zahlung der Gemeinschuldnerin als anfechtbare Leistung auf Schuld. Es liege kein anfechtungsneutraler Gläubigerwechsel vor. Es bejahte eine zumindest leichte Fahrlässigkeit der Beklagten am Nichterkennen der im Mai 1995 eingetretenen Zahlungsunfähigkeit.

Im zitierten Aufhebungsbeschluss bestätigte der Oberste Gerichtshof die Rechtsansicht des Berufungsgerichtes über die Anfechtbarkeit der Anweisung auf Schuld, weil die durch Zessionen besicherte Rechtsposition der Tiroler Bank die Annahme eines anfechtungsneutralen Gläubigerwechsels ausschließe. Eine Forderungseinlösung nach § 1422 ABGB sei nicht erfolgt. Der Einwand der Beklagten, wegen der gegebenen Gesellschaftersicherheiten (Haftungsübernahmen) fehle es am Insolvenztatbestand, könne aber berechtigt sein, wenn ihr Charakter als eigenkapitalersetzend feststehe. Hiefür sei es wesentlich, dass der kreditierende Gesellschafter wegen der Rechtsfolgen des Rangrücktritts nicht zum Nachteil der Gläubiger handle. Eine fehlende Rangrücktrittsvereinbarung schade der Qualifikation als Eigenkapitalersatz noch nicht. Die Gesellschafterhaftung ersetze - Bonität vorausgesetzt - Eigenkapital und habe Einfluss auf den insolvenzrechtlichen Überschuldungstatbestand und die Fortbestehensprognose. Das Erstgericht werde zu klären haben, ob die Haftungserklärungen der Nebenintervenientin nach den näher festzustellenden Umständen die Funktion des Eigenkapitalersatzes der Gesellschaft hatten. Bei Bejahung dieser Frage werde der Einfluss auf die erforderliche Zukunftsprognose zu untersuchen sein. Im zitierten Aufhebungsbeschluss bestätigte der Oberste Gerichtshof die Rechtsansicht des Berufungsgerichtes über die Anfechtbarkeit der Anweisung auf Schuld, weil die durch Zessionen besicherte Rechtsposition der Tiroler Bank die Annahme eines anfechtungsneutralen Gläubigerwechsels ausschließe. Eine Forderungseinlösung nach Paragraph 1422, ABGB sei nicht erfolgt. Der Einwand der Beklagten, wegen der gegebenen Gesellschaftersicherheiten (Haftungsübernahmen) fehle es am Insolvenztatbestand, könne aber berechtigt sein, wenn ihr Charakter als eigenkapitalersetzend feststehe. Hiefür sei es wesentlich, dass der kreditierende Gesellschafter wegen der Rechtsfolgen des Rangrücktritts nicht zum Nachteil der Gläubiger handle. Eine fehlende Rangrücktrittsvereinbarung schade der Qualifikation als Eigenkapitalersatz noch nicht. Die Gesellschafterhaftung ersetze - Bonität vorausgesetzt - Eigenkapital und habe Einfluss auf den insolvenzrechtlichen Überschuldungstatbestand und die Fortbestehensprognose. Das Erstgericht werde zu klären haben, ob die Haftungserklärungen der Nebenintervenientin nach den näher festzustellenden Umständen die Funktion des Eigenkapitalersatzes der Gesellschaft hatten. Bei Bejahung dieser Frage werde der Einfluss auf die erforderliche Zukunftsprognose zu untersuchen sein.

Im zweiten Rechtsgang zog der Kläger seine Außerstreitstellung über die Tatsache der Gesellschafterhaftungen und deren Ausmaß (33 Mio S) zurück. Die Haftungen hätten keine Auswirkungen auf die bestehende negative Fortbestehensprognose gehabt. Dies betreffe die Haftung für Gewährleistung in Höhe von 15 Mio S, die erst dann schlagend werde, wenn die Gemeinschuldnerin wegen Konkurses nicht mehr selbst zur Mängelbehebung in der Lage sei und die Fertigstellungsgarantien von 5 Mio S, die überhaupt nicht schlagend geworden seien. Aber auch die Bürgschaften für Lieferantenforderungen hätten nur der Absicherung im Konkursfall gedient. Eine Position "nicht bezahlte Eigenleistungen" sei unklar. Die Gesellschafterhaftungen seien im Konkurs als Konkursforderungen angemeldet worden. Der Nebeintervenientin sei ein eigenkapitalersetzender Charakter ihrer Forderungen nicht bewusst gewesen. Ihre Patronatserklärung vom 10./15. 11. 1992 sei unwiderruflich gewesen und hätte daher auch nicht "stehen gelassen" werden können.

Die Beklagte brachte ergänzend vor, dass die Gesellschafter den eigenkapitalersetzenden Charakter ihrer Haftungen kannten bzw kennen hätten müssen, was auch für die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft gelte. Eine insolvenzrechtlich relevante Überschuldung sei infolge der Aktivierungspflicht der Gesellschafterhaftungen per 31. 3. 1993 nicht eingetreten, es habe eine positive Fortbestehensprognose bestanden. Der Jahresabschluss betreffend das Geschäftsjahr 1994 habe erst nach dem September 1995 offengelegt werden müssen. Davon habe die Beklagte keine positive Kenntnis gehabt. Ihr könne auch nicht fahrlässige Unkenntnis eines Insolvenztatbestandes angelastet werden. Die Kreditwürdigkeit der Gemeinschuldnerin sei von Anfang an erst durch die Finanzierungsentscheidung der Gesellschafter und die Gewährung von Sicherheiten bewirkt worden. Die Gesellschaft habe in den ersten Jahren immer negative Betriebsergebnisse aufgewiesen. Zum Zeitpunkt der angefochtenen Überweisung sei die Lage der Gesellschaft als unbedenklich gewertet worden. Die Beklagte könne nicht strenger behandelt werden als der Mitgeschäftsführer (Geschäftsführer der Nebenintervenientin), dem es nicht gelungen sei, erforderliche Aufklärungen vom Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin zu erlangen. Der klagende Masseverwalter habe im Konkursverfahren die angemeldeten Forderungen der Gesellschafter wegen des Eigenkapitalersatzcharakters bestritten. Im Gegensatz

dazu bestreite er nun diesen Charakter der Haftungen. Die Haftungsübernahmen seien als Eigenkapital zu aktivieren und hätten einen Überschuldungsstatus verhindert, sodass der Beklagten auch kein subjektiver Vorwurf gemacht werden könne.

Das Erstgericht gab im zweiten Rechtsgang dem Klagebegehren neuerlich statt. Es verwies zunächst auf die im ersten Rechtsgang getroffenen Feststellungen und ergänzte diese. Zu den entscheidungswesentlichen Haftungserklärungen der Gesellschafter traf es nur in der Form Feststellungen, dass es dazu die vorgelegten Urkunden mit der jeweiligen Datierung anführte (Beil 18 bis 28, weiters die Forderungsaufstellung der Nebenintervenientin Beil 29) und die Urkunden "zum integrierenden Bestandteil dieses Urteils" erklärte, ohne nähere Feststellungen über die Art und den Umfang der übernommenen Haftungen zu treffen. Von den weiteren ergänzenden Feststellungen des Erstgerichtes ist Folgendes hervorzuheben:

Es stehe fest, dass die unterschiedlichen Haftungen der Gesellschafter nicht in den Bilanzen aufgeschienen seien. Die Gemeinschuldnerin sei von Anfang an rechnerisch überschuldet gewesen. Dies sei den Gesellschaftern bewusst gewesen und damit auch der im Fall einer Krise eigenkapitalersetzende Charakter ihrer Haftungserklärungen. Es habe keine Fortbestehensprognose im klassischen Sinn gegeben. Es hätten ausgereifte Bauerfolgsrechnungen gefehlt. Die Haftungen und Patronatserklärungen hätten nur für aktuelle Liquidität gesorgt, sie hätten jedoch nichts an der Verlustursache geändert und hätten dazu beigetragen, dass die Verlustursachenanalyse unterblieben sei. Die Haftungen hätten dem laufenden Betrieb gedient. Von Seiten des Hermann K***** wäre eine Aufstockung des Eigenkapitalanteils nicht möglich gewesen, weshalb DI Alexander M***** den weitaus größten Teil der Haftungen übernommen habe. Die im Rahmen der Nebenintervenientin abgegebenen Haftungen seien werthaltig gewesen. Bonität sei vorhanden gewesen. An der rechnerischen Überschuldung könne aber auch eine Gegenverrechnung der eigenkapitalersetzenden Haftungen mit den Verbindlichkeiten nichts ändern. Eine positive Fortbestehensprognose sei zum Zeitpunkt der angefochtenen Zahlung nicht gegeben gewesen. Dies sei den Gesellschaftern bewusst gewesen. Der zweite Geschäftsführer sei von Hermann K***** nur unvollständig informiert worden, was zu seinem Freispruch im Strafverfahren geführt habe. Er sei jedoch spätestens seit 12. Juli 1995 über die missliche Lage der Gesellschaft informiert gewesen. Auch die Beklagte habe etwa ab diesem Zeitpunkt von dieser Lage der späteren Gemeinschuldnerin gewusst. Die Vorlage einer endgültigen Bilanz sei der Beklagten hartnäckig verweigert worden. Die rechnerische Überschuldung seit Bestehen der Gesellschaft sei der Beklagten bekannt gewesen. Die Tilgung des Kredits bei der Beklagten im Wege der Ausschöpfung eines Kredits bei der Tiroler Bank sei ohne Einlösungsbegehren erfolgt. Die Tiroler Bank habe nicht gewusst, wofür das Geld verwendet hätte werden sollen.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht im Wesentlichen aus:

Ein anfechtungsneutraler Gläubigerwechsel liege nicht vor. Zum eigenkapitalersetzenden Charakter der Gesellschafterhaftungen sei auszuführen, dass das Vorbringen der Beklagten widersprüchlich sei, wenn sie einerseits von einer positiven Fortbestehensprognose und andererseits mit der Behauptung des eigenkapitalersetzenden Charakters der Haftungen von einer Kreditwürdigkeit der Gesellschaft ausgehe. Nach dem Gutachten seien bloße Haftungen nicht dazu angetan, eine positive Fortbestehensprognose zu bewirken. Im Hinblick auf den Überschuldungsstatus sei nur dann von einer Beseitigung der Überschuldung auszugehen, wenn es sich entweder um materielles Eigenkapital handle oder aber eigenkapitalersetzende Leistungen im Überschuldungsstatus nicht zu passivieren seien, weil ein Rangrücktritt vorliege. Die Haftungen bedeuteten kein materielles Eigenkapital, weil es an den Kriterien der Gewinnabhängigkeit und der Nachrangerklärung mangle. Die Haftungserklärungen könnten bilanziell nicht für eine Beseitigung der Überschuldung sorgen. Ob ein Eigenkapitalersatz im Überschuldungsstatus die Überschuldung verhindern könne, sei eine überaus strittige Frage, insbesondere ob ein Rangrücktritt erforderlich sei. In Anbetracht des nun schon vorliegenden Gesetzesentwurfes zu einem Eigenkapitalersatzgesetz, der davon ausgehe, dass ein Rangrücktritt erforderlich sei, um die Passivierung eigenkapitalersetzender Leistungen zu vermeiden, sei von dieser Linie auszugehen, wie sie in Deutschland nunmehr auch der BGH vertrete. Wenn in dem von der Beklagten vorgelegten Privatgutachten eingewendet werde, dass gegenüber Deutschland eine unterschiedliche Rechtslage vorliege, ändere dies nichts, weil die entscheidungswesentlichen Gründe vergleichbar seien. Der Privatgutachter spreche sich aus einer Vielzahl von Gründen gegen eine Passivierung eigenkapitalersetzender Leistungen im Überschuldungsstatus aus. Der Oberste Gerichtshof (im Aufhebungsbeschluss) wolle den eigenkapitalersetzenden Charakter bei der Fortbestehensprognose berücksichtigen. Nur auf den ersten Blick sei die in der Literatur häufig geäußerte Ansicht verständlich, dass die Passivierung des Eigenkapitalersatzes bei mangelndem Rangrücktritt oftmals

die Erholung von Unternehmen verhindere und die Gesellschaften, die ihre Gläubiger im Extremfall sogar noch befriedigen könnten, unnötig in den Konkurs triebe. Dem sei entgegenzuhalten, dass Kapitalgesellschaften in der Krise nicht mit Darlehen die Fortsetzung der Geschäftstätigkeit ermöglicht werden sollte. Unternehmen seien zu sanieren oder zu liquidieren. Die Sanierung müsse mit der Zufuhr von Eigenkapital erfolgen, nicht aber mit der Überlassung von Fremdmitteln. Die Erfahrung lehre, dass die Gefahr der Konkursverschleppung auch dann bestehe, wenn eine Gesellschaft zwar noch nicht überschuldet sei, von dritter Seite aber nicht mehr als kreditwürdig erachtet werde. Dieser Zustand solle nicht durch Gewährung von Krediten verlängert werden. Die Gesellschaft sei vom Markt zu nehmen. Der Gesellschafter habe Finanzierungsfreiheit. Es sei nicht verwerflich, wenn er sich gegen die Zuführung von Eigenkapital entscheide und sich in die Reihe der Konkursgläubiger einreihen wolle, um noch möglichst weitgehende Befriedigung zu erlangen. Das Eigenkapitalersatzrecht Sorge zwar für die Umqualifizierung in "Quasi-Haftkapital", es diene aber nicht dazu, dem Gesellschafter die Entscheidung abzunehmen, ob er die Gesellschaft fortführen oder liquidieren möchte. Eine verspätete Gesellschafterleistung schon in der Krise führe dann eben dazu, dass er sich mit einer Stellung hinter den übrigen Gläubigern zufrieden geben müsse. Da die Gesellschafter hier keine Rangrücktrittserklärungen abgegeben hätten, sei eine Passivierung der Haftungen unvermeidlich und richtig. Die beklagte Bank werde hier nicht strenger beurteilt als der zweite Geschäftsführer der Gesellschaft. Dieser habe seit 12. 7. 1995 von den gravierenden Schwierigkeiten gewusst. Die Beklagte hätte Verdacht schöpfen müssen, wenn ihr bei einer Serie von Vorbilanzen mit rechnerischer Überschuldung vom Kreditnehmer die Vorlage endgültiger Bilanzen verweigert werde. Die Beklagte hätte vom Eintritt der Überschuldung Kenntnis haben müssen.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten nicht Folge. Es verneinte die gerügten Verfahrensmängel, hielt die Beweiswürdigung des Erstgerichtes für unbedenklich und beurteilte den festgestellten Sachverhalt rechtlich im Wesentlichen dahin, dass die Haftungserklärungen der Gesellschafter, insbesondere der Nebenintervenientin, nicht geeignet gewesen seien, die rechnerische Überschuldung zu beseitigen. Nach der in Österreich herrschenden Lehre seien eigenkapitalersetzende Leistungen der Gesellschafter, wenn kein Rangrücktritt erklärt werde, in der Bilanz zu passivieren, jedenfalls aber nicht zu aktivieren. Für die Passivierungspflicht spreche, dass weder ein vom Gläubiger anerkannter, noch ein gerichtlich festgestellter Kapitalersatzcharakter mit hinreichender Sicherheit feststehe. Wenn Unsicherheiten bestünden, so dürfe im Überschuldungsstatus nicht zu Lasten des Gläubigerschutzes entschieden werden. Man würde dem Geschäftsführer überdies ein erhebliches Haftungsrisiko aufbürden, wenn er selbst über den Kapitalersatzcharakter entscheiden müsste. Wenn die Gesellschafter ihre Gesellschaft vor der Insolvenz retten wollten, müssten sie eine Rangrücktrittserklärung abgeben. Sie dürften aber nicht spekulieren, indem sie zunächst den Kapitalersatzcharakter nicht anerkennen, sich dann aber nach einer längeren Verschleppung des Insolvenzverfahrens doch gegen die Einstufung ihrer Ersatzforderungen als kapitalersetzend wehren. Das Eigenkapitalersatzrecht diene dem Gläubigerschutz. Der Sachverständige habe plausibel dargelegt, dass die Haftungen der Gesellschafter keine positive Fortbestehensprognose bewirkten. Was die Haftungsübernahme für den Haftungskredit der Tiroler Bank zur Erbringung von Erfüllungsgarantien angehe, habe der Sachverständige überzeugend ausgeführt, dass dies auf die Frage der Überschuldung keine unmittelbaren Auswirkungen haben könne, weil es sich bei den Haftungen um solche für ungewisse Verbindlichkeiten handle. Daraus seien noch keine konkreten Verbindlichkeiten entstanden, die einen Niederschlag in der Bilanz gefunden hätten. Damit sei durch die Haftungsübernahme auch keine direkte Auswirkung auf den Überschuldungsstatus gegeben. Der Privatgutachter gehe davon aus, dass im Status zu Liquidationswerten gemäß dem Hauptgutachten ON 16 kurzfristige Rückstellungen in der Höhe von 10,985.320 S ausgewiesen seien und dass es sich dabei um die für Bauunternehmungen typischen Rückstellungen für Gewährleistungen und noch zu erbringende Leistungen handle. Dies sei zwar indirekt durch die Ausführungen des Gerichtssachverständigen bestätigt worden, der auf die bilanzielle Erfassung der Rückstellungen in den Jahren 1993 und 1994 hingewiesen habe. Dass diese Rückstellungen den Garantien laut Haftungskredit entsprechen würden, habe sich aber nicht ergeben.

Bei bilanzieller Überschuldung sei zunächst eine Fortbestehensprognose zu erstellen. Wenn diese negativ ausfalle, müsse keine Statuserstellung zu Liquidationswerten mehr erfolgen. Hier habe der Sachverständige schlüssig und nachvollziehbar eine negative Fortbestehensprognose angenommen. Eine solche Prognose habe einen Liquiditätsplan zu enthalten. Liquiditätswirksame Maßnahmen seien Zusagen von Kreditgebern, Rückstehungserklärungen, Bürgschaften oder Förderungen der öffentlichen Hand. Selbst die Beklagte lege zugrunde, dass die Gemeinschuldnerin ohne die Gesellschaftersicherheiten kreditwürdig gewesen sei. Durch die Ausschöpfung der Haftungen sei ihre Kreditwürdigkeit aber nicht wiederherstellbar gewesen. Selbst nach den Annahmen des Privatgutachters hätte sich nur ein geringfügiges positives Kapital von 349.340 S ergeben. Die Umsatzrentabilität sei nach dem Gutachten negativ

gewesen (sinkender prozentueller Rohertrag; ein negatives working capital; eine immer unter 100 % liegende working capital rate). Nach dem Bilanzentwurf zum 31. 3. 1995 sei der cash-flow negativ gewesen. Trotz dieser Tatsachen seien weder die Verlustursachen analysiert noch ein Liquiditätsplan erstellt worden. Sanierungsmaßnahmen seien nicht angedacht worden. Es könne daher nicht angenommen werden, dass das Unternehmen aus eigener Kraft seine Liquidität erhalten hätte können. Dass die Haftungserklärungen gegenüber den Lieferanten geeignet gewesen wären, mittelfristig die Insolvenz zu verhindern, sei schon durch die Einstellung der Bautätigkeit Ende Oktober 1995, die Einbringung des Ausgleichsantrages am 6. 11. 1995 und den Anschlusskonkurs vom 22. 12. 1995 widerlegt. Von einer gesicherten künftigen Finanzierung durch die Gesellschafter habe man nicht ausgehen können, weil die Nebenintervenientin ihre Haftung für zukünftige Lieferungen widerrufen hätte können. Durch die besicherten Haftungskredite (Erfüllungs- und Gewährleistungsgarantien) seien der Gesellschaft keine zusätzlichen liquiden Mittel zur Verfügung gestellt worden.

Die Frage der Anfechtbarkeit einer Anweisung auf Schuld und die Verneinung eines anfechtungsneutralen Gläubigerwechsels sei bereits im ersten Rechtsgang abschließend erledigt worden.

Zur fahrlässigen Unkenntnis der Beklagten von der insolvenzrechtlich relevanten Überschuldung sei auf die Begründung des Berufungsurteils im ersten Rechtsgang zu verweisen und zusätzlich auszuführen, dass eine relevante Überschuldung per 31. 3. 1993, fortbestehend am 31. 3. 1994, feststehe. Dieser Zustand sei nicht beseitigt worden. Haftungen von 5,720.000 S und von 3 Mio S seien erst ab März 1995 übernommen worden. Zum Bilanzstichtag des Jahres 1995 hätten diese Haftungen daher noch nicht berücksichtigt werden können. Da aus der der Beklagten vorgelegenen Zwischenbilanz zum 31. 8. 1994 bereits ein Verlust von 15,492.982,90 S ausgewiesen gewesen sei, habe die Beklagte nicht mehr auf positive Darstellungen des Steuerberaters vertrauen dürfen, zumal ihr die Ausfolgung der endgültigen Bilanz für 1994, die einen Verlust von 13,246.421,49 S und eine buchmäßige Überschuldung von 15,665.157 S ausgewiesen und keinen zufriedenstellenden Lagebericht oder eine positive Fortbestehensprognose enthalten habe, beharrlich verweigert worden sei. Erklärungen der Gesellschafter, die Gesellschaft im Bedarfsfall mit den notwendigen Mitteln auszustatten, seien nicht unterfertigt gewesen. Der Beklagten sei damit Fahrlässigkeit vorzuwerfen.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei, weil zur Frage der bilanziellen Behandlung von eigenkapitalersetzenden Gesellschafterhaftungen ohne Rangrücktrittserklärung eine oberstgerichtliche Rechtsprechung fehle.

Mit ihrer ordentlichen Revision beantragt die Beklagte die Abänderung dahin, dass das Klagebegehren abgewiesen werde, hilfsweise die Aufhebung zur Verfahrensergänzung. Der Kläger beantragt, die Revision als unzulässig zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist zulässig und im Sinne des gestellten Aufhebungsantrages auch berechtigt.

I. Zum Einfluss von Gesellschafterleistungen bei der Prüfung des insolvenzrechtlichen Überschuldungstatbestandes, insbesondere zur Frage, ob Gesellschafterleistungen bilanziell auf der Passivseite darzustellen sind, wenn keine Rangrücktrittserklärungen abgegeben wurden:römisch eins. Zum Einfluss von Gesellschafterleistungen bei der Prüfung des insolvenzrechtlichen Überschuldungstatbestandes, insbesondere zur Frage, ob Gesellschafterleistungen bilanziell auf der Passivseite darzustellen sind, wenn keine Rangrücktrittserklärungen abgegeben wurden:

Die Revisionswerberin steht zusammengefasst auf dem Standpunkt, dass Gesellschafterleistungen auch ohne Rangrücktrittserklärungen im Konkurs der Gesellschaft erst nach Vollbefriedigung aller anderen Gläubiger zum Zug kommen können und daher schon deshalb bei der Prüfung des Überschuldungsstatus die Leistungen nicht als Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu berücksichtigen seien. Das von dem Teil der Lehre, der für eine Passivierungspflicht eintrete, verwendete Argument der Rechtssicherheit (dem Geschäftsführer solle die eigenverantwortliche, auch unter Strafsanktion stehende Prüfung der materiellen Insolvenz erleichtert werden) sei nicht tragend und überholt. Der Zweck der Prüfung des Überschuldungsstatus liege im Schutz der Gläubiger und nicht der Gesellschaftergläubiger. Diese Prüfung habe der Geschäftsführer der Gesellschaft vorzunehmen und zu beachten, dass die in der Krise erbrachten Gesellschafterleistungen als Eigenkapital zu qualifizieren seien. Der vorliegende Fall sei noch nicht nach dem Eigenkapitalersatzgesetz (EKEG) und dem neu geschaffenen Abs 3 des § 67 KO (der nun ausdrücklich eine Rangrücktrittserklärung des Gesellschaftergläubigers voraussetzt, damit seine Forderung bei der

Prüfung der rechnerischen Überschuldung nicht berücksichtigt wird) anzuwenden. Auf dem Boden der Rechtslage von 1995 sei der in Deutschland ganz überwiegend vertretenen Auffassung zu folgen, dass "in den Fällen klaren Eigenkapitalersatzes eine Berücksichtigung bei der rechnerischen Überschuldung als Verbindlichkeit nicht stattfindet". Die Revisionswerberin rügt zu diesem Thema Feststellungsmängel und strebt detaillierte Feststellungen (S 32 bis 35 der Revision) an, die zum Ergebnis führten, dass bei einer solchen Bewertung der Haftungserklärungen der Gesellschafter per 31. 3. 1995 ein positives Eigenkapital "von zumindest ATS 349.340,00 bis zu ca ATS 10.000.000,00" vorhanden gewesen wäre. Zu diesem Revisionsvorbringen ist Folgendes auszuführen: Die Revisionswerberin steht zusammengefasst auf dem Standpunkt, dass Gesellschafterleistungen auch ohne Rangrücktrittserklärungen im Konkurs der Gesellschaft erst nach Vollbefriedigung aller anderen Gläubiger zum Zug kommen können und daher schon deshalb bei der Prüfung des Überschuldungsstatus die Leistungen nicht als Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu berücksichtigen seien. Das von dem Teil der Lehre, der für eine Passivierungspflicht eintrete, verwendete Argument der Rechtssicherheit (dem Geschäftsführer solle die eigenverantwortliche, auch unter Strafsanktion stehende Prüfung der materiellen Insolvenz erleichtert werden) sei nicht tragend und überholt. Der Zweck der Prüfung des Überschuldungsstatus liege im Schutz der Gläubiger und nicht der Gesellschaftergläubiger. Diese Prüfung habe der Geschäftsführer der Gesellschaft vorzunehmen und zu beachten, dass die in der Krise erbrachten Gesellschafterleistungen als Eigenkapital zu qualifizieren seien. Der vorliegende Fall sei noch nicht nach dem Eigenkapitalersatzgesetz (EKEG) und dem neu geschaffenen Absatz 3, des Paragraph 67, KO (der nun ausdrücklich eine Rangrücktrittserklärung des Gesellschaftergläubigers voraussetzt, damit seine Forderung bei der Prüfung der rechnerischen Überschuldung nicht berücksichtigt wird) anzuwenden. Auf dem Boden der Rechtslage von 1995 sei der in Deutschland ganz überwiegend vertretenen Auffassung zu folgen, dass "in den Fällen klaren Eigenkapitalersatzes eine Berücksichtigung bei der rechnerischen Überschuldung als Verbindlichkeit nicht stattfindet". Die Revisionswerberin rügt zu diesem Thema Feststellungsmängel und strebt detaillierte Feststellungen (S 32 bis 35 der Revision) an, die zum Ergebnis führten, dass bei einer solchen Bewertung der Haftungserklärungen der Gesellschafter per 31. 3. 1995 ein positives Eigenkapital "von zumindest ATS 349.340,00 bis zu ca ATS 10.000.000,00" vorhanden gewesen wäre. Zu diesem Revisionsvorbringen ist Folgendes auszuführen:

1. Zunächst geht es hier um Haftungsübernahmen und nicht dem Unternehmen schon tatsächlich gewährte Gesellschafterdarlehen, bei denen der Gesellschaft also schon Finanzmittel zugeflossen sind, die in der Überschuldungsbilanz als Aktivvermögen aufscheinen. Die Fragestellung ist demnach hier, ob die Haftungserklärungen wie Eigenkapital zu aktivieren, die bedingten Rückforderungsansprüche (für den Fall, dass die Gesellschafterhaftung schlagend wurde) aber nicht zu passivieren sind. Dem Grunde nach sind die Rechtsfragen aber identisch mit denjenigen, die sich im Zusammenhang mit Gesellschafterdarlehen stellen. Die Frage der Passivierungspflicht der Rückforderungsansprüche der Gesellschafter wäre bei der Prüfung der rechnerischen Überschuldung nur dann nicht entscheidungswesentlich, wenn sich trotz fehlender Passivierung immer noch eine rechnerische Überschuldung des Unternehmens und weiters eine negative Fortbestehensprognose ergäbe. Nach den vom Erstgericht im zweiten Rechtsgang übernommenen Feststellungen aus dem ersten Rechtsgang belief sich die buchmäßige Überschuldung nach dem Jahresabschluss 1993/1994 auf 15.665.157 S und es sei per 31. 3. 1995 Zahlungsunfähigkeit gegeben gewesen. Beide Feststellungen berücksichtigen die Haftungserklärungen von Gesellschaftern (der Nebenintervenientin) über rund 33 Mio S nicht. Wenn man sie im Sinne der Revisionsausführungen als aktives Gesellschaftskapital (Eigenkapital) behandelte und den Rückforderungsanspruch der haftenden Gesellschafterin (nach deren Inanspruchnahme) wegen der Nachrangigkeit gegenüber den Forderungen anderer Gläubiger beim Überschuldungsstatus nicht berücksichtigte, läge keine rechnerische Überschuldung vor, weil ja durch die Inanspruchnahme der Haftung nicht nur alle zum Zeitpunkt der angefochtenen Zahlung vorhandenen Gläubiger bezahlt hätten werden können, sondern überdies noch finanzielle Mittel für die Unternehmensfortführung zur Verfügung gestanden wären. Eine solche Beurteilung setzt allerdings ausreichende Feststellungen über die einzelnen Haftungsübernahmen und ihre Gegenüberstellung zu den in der Bilanz des Unternehmens (Zwischenbilanz zum 31. 8. 1994) dargestellten Verbindlichkeiten voraus. Das Berufungsgericht versuchte zu dieser Frage anhand des Privatgutachtens (Beil 30) und der Äußerungen des Gerichtssachverständigen den Sachverhalt zu ergänzen. Schon an dieser Stelle ist dazu auszuführen, dass diese Ergänzung für eine verlässliche Beurteilung der Sachlage keineswegs ausreicht und dass die Rüge sekundärer Feststellungsmängel aus noch darzustellenden rechtlichen Überlegungen berechtigt ist.

Die entscheidende Rechtsfrage ist, ob bei einem Vermögensstatus, der zur Befriedigung aller Gläubiger ausreicht,

dennoch wegen der weiters festgestellten negativen Zukunftsprognose eine insolvenzrechtliche Überschuldung bejaht werden könnte, obwohl der einzige verbliebene Gläubiger, der nicht vollständig befriedigt werden kann, der Gesellschafter ist, der nach den Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistungen ohnehin nur eine nachrangige Forderung hat und selbst die Fortführung der Geschäfte zumindest zum Zeitpunkt der Erbringung seiner Gesellschafterleistungen wünschte. Zu fragen ist hier nicht nur, ob ein solcher Sachverhalt den insolvenzrechtlichen Tatbestand erfüllt, sondern im bejahenden Fall weiters auch, ob die gegenteilige Rechtsmeinung zumindest als gut vertretbar angesehen werden kann, sodass der Beklagten nicht der Vorwurf der fahrlässigen Unkenntnis über den Insolvenzstatus ihrer Kreditnehmerin vorzuwerfen wäre.

2. Zur Rechtslage in Österreich vor dem Inkrafttreten des Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetzes 2003 (GIRÄG 2003), BGBl I 2003/92, womit im Art I das Eigenkapitalersatzgesetz (EKEG) erlassen wurde². Zur Rechtslage in Österreich vor dem Inkrafttreten des Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetzes 2003 (GIRÄG 2003), BGBl römisch eins 2003/92, womit im Art römisch eins das Eigenkapitalersatzgesetz (EKEG) erlassen wurde:

Die oberstgerichtliche Rechtsprechung hat ohne gesetzliche Grundlage seit den Entscheidungen SZ 66/8 und SZ 64/53 die in Deutschland zu § 32a dGmbHG entwickelten Grundsätze über eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen für anwendbar erklärt (RIS-Justiz RS0054372). Danach liegt ein eigenkapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen dann vor, wenn die Gesellschaft im Zeitpunkt der Darlehensgewährung kreditunfähig war, wenn sie also von dritter Seite zu marktüblichen Bedingungen keinen Kredit mehr hätte erhalten können und ohne die Zuführung von Eigenkapital oder Gesellschafterdarlehen hätte liquidiert werden müssen (RS0060065). Zur Beurteilung eines Gesellschafterdarlehens als eigenkapitalersetzend genügt es, wenn dem Gesellschafter im Zeitpunkt der Kreditgewährung die Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft bekannt sein musste. Positive Kenntnis ist nicht erforderlich (RS0105983). Die Rückforderung eines eigenkapitalersetzenden Darlehens kann im Konkurs der Gesellschaft nicht geltend gemacht werden (RS0060076). Die oberstgerichtliche Rechtsprechung hat ohne gesetzliche Grundlage seit den Entscheidungen SZ 66/8 und SZ 64/53 die in Deutschland zu Paragraph 32 a, dGmbHG entwickelten Grundsätze über eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen für anwendbar erklärt (RIS-Justiz RS0054372). Danach liegt ein eigenkapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen dann vor, wenn die Gesellschaft im Zeitpunkt der Darlehensgewährung kreditunfähig war, wenn sie also von dritter Seite zu marktüblichen Bedingungen keinen Kredit mehr hätte erhalten können und ohne die Zuführung von Eigenkapital oder Gesellschafterdarlehen hätte liquidiert werden müssen (RS0060065). Zur Beurteilung eines Gesellschafterdarlehens als eigenkapitalersetzend genügt es, wenn dem Gesellschafter im Zeitpunkt der Kreditgewährung die Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft bekannt sein musste. Positive Kenntnis ist nicht erforderlich (RS0105983). Die Rückforderung eines eigenkapitalersetzenden Darlehens kann im Konkurs der Gesellschaft nicht geltend gemacht werden (RS0060076).

Eine gesetzliche Regelung erfolgte erst mit dem zitierten EKEG und der Änderung bzw Einführung von Bestimmungen der KO, insbesondere der §§ 57a, 67 und 70 durch das GIRÄG 2003. Eine gesetzliche Regelung erfolgte erst mit dem zitierten EKEG und der Änderung bzw Einführung von Bestimmungen der KO, insbesondere der Paragraphen 57 a,, 67 und 70 durch das GIRÄG 2003.

3. Die hier zu entscheidende Rechtsfrage war zum Zeitpunkt der angefochtenen Zahlung im September 1995 noch nicht Gegenstand einer Entscheidung des deutschen Bundesgerichtshofs (BGH) oder des Obersten Gerichtshofes. Zur Bedeutung einer Rangrücktrittserklärung bestanden in der Literatur und der Judikatur (sowohl in Deutschland als auch in Österreich) zwei gegensätzliche Richtungen. Nach einer Ansicht sei auf eine Passivierung des Rückforderungsanspruchs des Gesellschafters auch ohne Rangrücktrittserklärung zu verzichten. Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen seien keine Konkurrenz für die regulären Gläubiger. Ob es sich um derartigen Eigenkapitalersatz handle, habe der Geschäftsführer in eigener Verantwortung festzustellen. Die Gegenmeinung vertrat die Ansicht, im Einzelfall könnten durchaus Zweifel am eigenkapitalersetzenden Charakter der Verbindlichkeit bestehen. Es sei Aufgabe der Gesellschafter, für Rechtsklarheit zu sorgen. Wenn sie eine entsprechende Rangrücktrittserklärung verweigerten, sei die Passivierung der Verbindlichkeit unvermeidlich. Der BGH hat die Streitfrage mit seiner in ZIP 2001, 235 veröffentlichten Entscheidung vom 8. 1. 2001 dahin entschieden, dass Forderungen eines Gesellschafters aus der Gewährung eigenkapitalersetzender Leistungen, soweit für sie keine Rangrücktrittserklärung abgegeben wurde, in der Überschuldungsbilanz der Gesellschaft zu passivieren seien. Die gestellte Rechtsfrage sei nicht nur unter der Herrschaft der InsO umstritten, sie sei schon unter der Geltung des einschlägigen früheren Rechts nicht einheitlich beantwortet worden (der BGH zitiert dazu insgesamt 12 einander

widersprechende Meinungen aus der deutschen Literatur). Im Schrifttum sei die Auffassung im Vordringen gewesen, die sich gegen eine Passivierung aussprach. Dies sei mit dem Sinn der Überschuldungsbilanz begründet worden, nämlich festzustellen, ob das Gesellschaftsvermögen ausreiche, alle außenstehenden Gesellschaftsgläubiger zu befriedigen. Da in dieser Lage die Gesellschafter Leistungen auf ihre in funktionales Eigenkapital umqualifizierten Hilfen ohnehin nicht fordern dürften, seien ihre Forderungen auch in der Überschuldungsbilanz nicht zu erfassen. Diese Gleichsetzung von funktionalem und statutarischem Eigenkapital führe zu einer vorrangigen Berücksichtigung des Erhaltungsinteresses der Mitgesellschafter des betroffenen Gesellschafters. Es belaste in Grenzfällen jedoch den Geschäftsführer mit den schadenersatzrechtlichen und strafrechtlichen Risiken der ihm abverlangten Entscheidung, ob jene Gesellschafterleistung als eigenkapitalersetzend einzustufen und ob demgemäß von der Stellung des Insolvenzantrags Abstand zu nehmen sei. Nicht zuletzt das Anliegen, den Geschäftsführer hiemit nicht zu belasten, sondern für zweifelsfreie und rechtssichere Verhältnisse zu sorgen, bewege neben anderen Gründen die Vertreter der Gegenansicht dazu, grundsätzlich die Einstellung eigenkapitalersetzender Gesellschafterhilfen auf der Passivseite der Überschuldungsbilanz zu verlangen. Wenn sich der Gesellschafter aber mit seinen Ansprüchen aus einer in funktionales Eigenkapital umqualifizierten Drittleistung auf dieselbe Stufe stelle (mit der Rangrücktrittserklärung), bestehe keine Notwendigkeit, diese Forderungen in den Schuldenstatus der Gesellschaft aufzunehmen. Der BGH folgte im Wesentlichen den Argumenten der Rechtssicherheit und führte ua aus, dass die Gesellschafterforderungen ihren Charakter als Verbindlichkeit nicht verlören. Ebenso wenig wie sie mit dem Eintritt der Krise nicht erlöschen, würden sie automatisch in dieser Situation zu statutarischem Eigenkapital. Die Umqualifizierung habe lediglich zur Folge, dass der Gesellschafter während der Dauer der Krise seine Forderungen nicht durchsetzen dürfe. Sie verlören ihren Charakter als Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht. Schon dies spreche für den Ausweis in der Überschuldungsbilanz. Das von der Gegenmeinung betonte Erhaltungsinteresse der Gesellschafter gegenüber dem Interesse der Gläubiger und der Allgemeinheit an einer auf rechtssicherer Grundlage getroffenen Entscheidung über die Insolvenzreife verdiene keinen Vorzug. Die Gesellschafter hätten es selbst in der Hand, durch Abgabe der Rangrücktrittserklärung deutlich zu machen, dass sie für die Dauer der Krise auf ihre Position als Drittgläubiger verzichten. Dadurch erhalte der Geschäftsführer eine zweifelsfreie und rechtssichere Grundlage für die von ihm zu treffende Entscheidung, ob die Gesellschaft überschuldet ist und er den Insolvenzantrag stellen muss. Diese Entscheidung dem Gesellschafter abzuverlangen sei schon deswegen angezeigt, weil er damit klarstelle, dass er die Forderung nicht in Konkurrenz zu den außenstehenden Gläubigern geltend machen, sondern seine Hilfeleistung fortsetzen und verstärken wolle, damit die Gesellschaft die Chance der Krisenüberwindung bewahrt. Wenn er diese Entscheidung nicht treffe, gebe er der Hoffnung, als nachrangiger Gesellschaftsgläubiger wenigstens einen Teilbetrag seiner Gesellschafterhilfe zurückzuerhalten, den Vorrang und lasse es damit zu, dass die Gesellschaft mbH in die Insolvenz geführt wird. Für den Geschäftsführer bedeute die Gesellschaftererklärung die Befreiung von den Unwägbarkeiten, ob eine Gesellschafterdrittleistung den Eigenkapitalersatzregeln unterliegt oder nicht. Er könne den Gesellschafter zur Abgabe einer Rangrücktrittserklärung auffordern und habe die Forderungen als Verbindlichkeiten zu passivieren, sofern er eine solche Äußerung nicht erhalte.

4. Auch im österreichischen Schrifttum sind die Auffassungen gespalten. Dazu kann auf die Meinungsübersichten von Dellinger (in Konecny/Schubert, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen, § 67 KO Rz 67 bis 70) und von Karollus/Schulyok, Eigenkapitalersetzende Leistungen [1998] 118 f, verwiesen werden. Die Begründungen sind jeweils sehr ähnlich mit denjenigen, wie sie der BGH in der zitierten Entscheidung referierte. Gegen eine Verpflichtung zur Passivierung wird auch in Österreich vor allem ins Treffen geführt, dass sie den Bilanzierungsgrundsätzen für den Überschuldungsstatus widersprechen würde. Verbindlichkeiten, die im Konkurs nicht zu befriedigen sind, seien nicht auszuweisen, weil sie die eigentlich interessierende Befriedigung der potenziellen Konkursgläubiger nicht tangierten (Dellinger aaO Rz 69). Nach den Gegenmeinungen spreche für die Passivierung die Rechtsunsicherheit, wenn der Gesellschafter den eigenkapitalersetzenden Charakter seiner Leistung bestreite, weshalb der Entfall der Passivierungspflicht einen Rangrücktritt erfordere. Dieses Argument entspricht der tragenden Begründung der schon zitierten Entscheidung des BGH. Im Ergebnis folgte dem schließlich auch der österreichische Gesetzgeber, indem er der Rangrücktrittserklärung bei der Prüfung der rechnerischen Überschuldung entscheidende Bedeutung zuerkannte. Der neue § 67 Abs 3 KO lautet nämlich (Art II Z 6 GIRÄG 2003): 4. Auch im österreichischen Schrifttum sind die Auffassungen gespalten. Dazu kann auf die Meinungsübersichten von Dellinger (in Konecny/Schubert, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen, Paragraph 67, KO Rz 67 bis 70) und von Karollus/Schulyok, Eigenkapitalersetzende Leistungen [1998] 118 f, verwiesen werden. Die Begründungen sind jeweils sehr ähnlich mit denjenigen, wie sie der BGH in der

zitierten Entscheidung referierte. Gegen eine Verpflichtung zur Passivierung wird auch in Österreich vor allem ins Treffen geführt, dass sie den Bilanzierungsgrundsätzen für den Überschuldungsstatus widersprechen würde. Verbindlichkeiten, die im Konkurs nicht zu befriedigen sind, seien nicht auszuweisen, weil sie die eigentlich interessierende Befriedigung der potenziellen Konkursgläubiger nicht tangierten (Dellinger aaO Rz 69). Nach den Gegenmeinungen spreche für die Passivierung die Rechtsunsicherheit, wenn der Gesellschafter den eigenkapitalersetzenden Charakter seiner Leistung bestreite, weshalb der Entfall der Passivierungspflicht einen Rangrücktritt erfordere. Dieses Argument entspricht der tragenden Begründung der schon zitierten Entscheidung des BGH. Im Ergebnis folgte dem schließlich auch der österreichische Gesetzgeber, indem er der Rangrücktrittserklärung bei der Prüfung der rechnerischen Überschuldung entscheidende Bedeutung zuerkannte. Der neue Paragraph 67, Absatz 3, KO lautet nämlich (Art römisch II Ziffer 6, GIRÄG 2003):

"Bei der Prüfung, ob rechnerische Überschuldung vorliegt, sind Verbindlichkeiten - auch solche aus eigenkapitalersetzenden Leistungen - dann nicht zu berücksichtigen, wenn der Gläubiger erklärt, dass er Befriedigung erst nach Beseitigung eines negativen Eigenkapitals (§ 225 Abs 1 HGB) oder im Fall der Liquidation nach Befriedigung aller Gläubiger begehrt und dass wegen dieser Verbindlichkeiten kein Insolvenzverfahren eröffnet zu werden braucht." Diese gesetzliche Klarstellung ist jedoch hier noch nicht anwendbar. Die Rechtsfrage ist vielmehr nach der alten Rechtslage zum Zeitpunkt der angefochtenen Überweisung, wie sie aufgrund der von der oberstgerichtlichen Judikatur bis dahin entwickelten Grundsätze zum Eigenkapitalersatzrecht zu beurteilen war, zu lösen."Bei der Prüfung, ob rechnerische Überschuldung vorliegt, sind Verbindlichkeiten - auch solche aus eigenkapitalersetzenden Leistungen - dann nicht zu berücksichtigen, wenn der Gläubiger erklärt, dass er Befriedigung erst nach Beseitigung eines negativen Eigenkapitals (Paragraph 225, Absatz eins, HGB) oder im Fall der Liquidation nach Befriedigung aller Gläubiger begehrt und dass wegen dieser Verbindlichkeiten kein Insolvenzverfahren eröffnet zu werden

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at