

# TE OGH 2009/12/21 80b137/09v

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 21.12.2009

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Danzl als Vorsitzenden sowie die Hofräte Dr. Spenling, Hon.-Prof. Dr. Kuras, die Hofrätin Dr. Glawischnig und den Hofrat Mag. Ziegelbauer als weitere Richter in der Ausgleichssache der „S\*\*\*\*\*“ \*\*\*\*\* HandelsgesmbH, \*\*\*\*\* , vertreten durch MMag. Dr. Michael Michor und Mag. Walter Dorn, Rechtsanwälte in Villach, Ausgleichsverwalter Dr. Arnulf Kracker-Semler, Rechtsanwalt in Villach, wegen Sicherstellung bestrittener Ausgleichsforderungen der Ausgleichsgläubigerin E\*\*\*\*\* GesmbH, \*\*\*\*\* , vertreten durch Dr. Peter Messnarz, Rechtsanwalt in Villach, über den Revisionsrekurs der Ausgleichsschuldnerin gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Graz als Rekursgericht vom 27. August 2009, GZ 3 R 104/09b-33, womit infolge Rekurses der Ausgleichsgläubigerin der Beschluss des Landesgerichts Klagenfurt vom 8. Juni 2009, GZ 41 Sa 1/09h-17, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird teilweise Folge gegeben.

1. Der angefochtene Beschluss wird teilweise bestätigt, dass er unter Ausklammerung der in Rechtskraft erwachsenen Stimmrechtsfestsetzung lautet:

„Der auf die Forderung der E\*\*\*\*\* GesmbH gegen die Ausgleichsschuldnerin von 118.481,41 EUR aus dem Darlehensvertrag vom 29. 9. 1997 entfallene Betrag ist gemäß § 46 Abs 4 AO in demselben Ausmaß und unter den gleichen Bedingungen, die für die Bezahlung unbestrittener Forderungen gleicher Art im Ausgleich festgesetzt sind, durch Erlag bei Gericht sicher zu stellen.

Der auf Sicherstellung weiterer Forderungen - mit Ausnahme jener von 153.653,51 EUR aus dem Pfandbestellungsvertrag vom 12. 12. 2007 - gerichtete Antrag der E\*\*\*\*\* GesmbH wird abgewiesen.

2. Im Übrigen, also hinsichtlich einer Forderung von 153.693,51 EUR aus dem Pfandbestellungsvertrag vom 12. 12. 2007, werden die Beschlüsse der Vorinstanzen aufgehoben und wird die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Der Antrag der Ausgleichsgläubigerin auf Ersatz der Kosten ihrer Revisionsrekursbeantwortung wird abgewiesen.“

## Text

Begründung:

Seit der Gründung der E\*\*\*\*\* GesmbH (im Folgenden: Gläubigerin) sind an dieser Gesellschaft Michael M\*\*\*\*\* mit 25 % und seine Ehefrau Rosa M\*\*\*\*\* mit 75 % der Geschäftsanteile Gesellschafter. Michael M\*\*\*\*\* ist seit 5. 2. 1994

selbständig vertretungsbefugter Geschäftsführer, Rosa M\*\*\*\*\* ist seit 2. 2. 2009 selbständig vertretungsbefugte Geschäftsführerin.

Vom 2. 9. 1997 bis 18. 6. 2008 war Michael M\*\*\*\*\* Alleingesellschafter der späteren Ausgleichsschuldnerin. Er veräußerte diese Geschäftsanteile an Wolfgang M\*\*\*\*\*, der sie am 16. 10. 2008 an die nunmehrige Alleingesellschafterin S\*\*\*\*\* Holding GmbH (deren Alleingesellschafter Wolfgang M\*\*\*\*\* ist) weiterveräußerte.

Über ihren Antrag eröffnete das Erstgericht mit Beschluss vom 5. März 2009 über das Vermögen der S\*\*\*\*\* HandelsgesmbH das Ausgleichsverfahren; zum Ausgleichsverwalter bestellte es Dr. Arnulf Kracker-Semler, Rechtsanwalt in Villach.

Nachstehender Sachverhalt wurde vom Rekursgericht als bescheinigt angenommen:

Die Gläubigerin zählte der späteren Ausgleichsschuldnerin am 29. 9. 1997 ein Darlehen zu, dessen Rückzahlung zum 31. 12. 2007 (inklusive 5 % Verzinsung p.a.) mit 111.904,84 EUR fällig war. Unter Hinzurechnung der Zinsen von 5 % p.a. vom 1. 1. 2008 bis 5. 3. 2009 errechnet sich eine Forderung von 118.481,41 EUR.

Zur Besicherung eines Darlehens, das die Hypo A\*\*\*\*\* AG der späteren Ausgleichsschuldnerin gewährte, verpfändete die Gläubigerin am 12. 12. 2007 der Bank ein Sparbuch mit einer Einlage von 154.050 EUR, das mittlerweile von der Bank „realisiert und eingezogen" wurde. Daraus leitet die Gläubigerin ihre Regressforderung ab.

Diese Forderungen, die fristgerecht angemeldet wurden, wurden von der Ausgleichsschuldnerin bestritten.

Am 28. 4. 2009 beantragte die Gläubigerin die Sicherstellung der bestrittenen Forderungen. Der Ausgleichsverwalter und die Ausgleichsschuldnerin sprachen sich mit der Begründung dagegen aus, dass die angemeldeten Forderungen der Gläubigerin „als Eigenkapital ersetzend" zu qualifizieren seien.

Das Erstgericht wies den Sicherstellungsantrag der Gläubigerin (die hier gegenständlichen, sowie weitere angemeldete Forderungen betreffend) ab. Es stellte in diesem Zusammenhang fest, dass die 8%ige Eigenkapitalquote der Ausgleichsschuldnerin spätestens im Jahr 2003 unterschritten worden sei.

Rechtlich folgte das Erstgericht, dass das Ausgleichsgericht gemäß § 46 Abs 4 AO auf Antrag des Gläubigers anordnen könne, dass der auf die bestrittene Forderung oder den auf einen bestimmten Teil entfallenden Betrag in demselben Ausmaß und unter den gleichen Bedingungen, die für die Bezahlung unbestrittener Forderungen gleicher Art im Ausgleich festgesetzt sind, sicherzustellen sei. Sicherzustellen seien aber ausschließlich Ausgleichsforderungen. Nach § 23a Abs 2 AO gehörten zu den Ausgleichsforderungen nicht Forderungen aus eigenkapitalersetzenden Leistungen.

Die Ausgleichsschuldnerin habe sich spätestens im Jahr 2003 (wegen Unterschreitung der 8%igen Eigenkapitalquote) in einer Krise iSd § 1 EKEG befunden. Da Michael M\*\*\*\*\*, die E\*\*\*\*\* GmbH (Gläubigerin) und die Ausgleichsschuldnerin einander in einem Konzern gemäß § 9 EKEG verbunden seien, sei es rechtlich unerheblich, ob im Einzelfall die E\*\*\*\*\* GmbH oder Michael M\*\*\*\*\* persönlich als Kreditgeber aufgetreten sei. Den Forderungen der Gläubigerin lägen sohin als eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen zu beurteilende Leistungen zugrunde.

Das Rekursgericht änderte über Rekurs der Gläubigerin den erstgerichtlichen Beschluss teilweise ab, gab dem Sicherstellungsantrag hinsichtlich der hier noch gegenständlichen Forderungen Folge (die Abweisung betreffend Sicherstellung weiterer Forderungen ist rechtskräftig und nicht mehr Gegenstand des Verfahrens vor dem Obersten Gerichtshof) und ließ den Rekurs an den Obersten Gerichtshof zu. Es erachtete die hier gegenständlichen Forderungen als ausreichend bescheinigt und „wahrscheinlich gemacht" und distanzierte sich von der Rechtsansicht des Erstgerichts, dass die den Forderungen zugrunde liegenden Darlehen bzw Sicherheiten als eigenkapitalersetzend anzusehen seien. Der Beurteilungszeitraum für den am 29. 9. 1997 zugezahlten Kredit läge vor dem Inkrafttreten des EKEG am 1. 1. 2004, doch ergebe sich aus der vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes ergangenen Rechtsprechung keine andere Lösung. Dem Gesellschafter, der der kreditunwürdigen Gesellschaft anstelle der erforderlichen Zuführung von Eigenkapital lediglich ein Darlehen gewähre, solle es nicht ermöglicht werden, dadurch das Finanzierungsrisiko auf die Gläubiger abzuwälzen. Erhielte die Gesellschaft zu marktüblichen Bedingungen keinen Kredit mehr und müsste sie ohne Zuführung von Eigenkapital oder Gesellschafterdarlehen liquidiert werden, diene die Doppelrolle als Gesellschafter und Darlehensgeber nur mehr dazu, das Risiko der Mittelzufuhr höchstmöglich zu reduzieren; die Doppelrolle sei daher als „anstößig" anzusehen. Dies führe dazu, dass der Gesellschafter die Rückzahlung eines eigenkapitalersetzenden Darlehens in der Insolvenz der Gesellschaft nicht fordern könne. Der für die Gesellschafterstellung der Kreditgeberin behauptungs- und beweispflichtige Ausgleichsverwalter habe im

Wesentlichen damit argumentiert, dass sich der eigenkapitalersetzende Charakter der beiden Rechtsgeschäfte aus der Gesellschafterstellung des Michael M\*\*\*\*\* in der kreditgebenden und in der kreditnehmenden Gesellschaft ergebe. Er werde noch dadurch verstärkt, dass Michael M\*\*\*\*\* auch Geschäftsführer der kreditgebenden Gesellschaft sei und seine Ehefrau die restlichen Geschäftsanteile der kreditgebenden Gesellschaft halte. Eine Charakterisierung als eigenkapitalersetzend scheitere hier schon daran, dass die Gläubigerin keine erfasste Gesellschafterin iSd § 5 EKEG sei. Für das Eigenkapitalersatzrecht sei ganz allgemein nicht eine - wie immer geartete - „wirtschaftliche Identität“ von Kreditgeberin und Kreditnehmerin entscheidend, sondern ausschließlich die Art und das Ausmaß der Einflussmöglichkeiten der Gläubigerin auf die Ausgleichsschuldnerin (Kreditnehmerin). Im vorliegenden Fall halte aber die Gläubigerin an der Ausgleichsschuldnerin keine Anteile, sodass sie grundsätzlich als „Drittkreditgeber“ gelte. Zwar sei Michael M\*\*\*\*\* im Jahr 1997 und im Jahr 2007 Gesellschafter sowohl der kreditgebenden als auch der kreditnehmenden Gesellschaft gewesen, doch reiche dies nicht aus, um von einer „Gesellschafteridentität“ iSd § 9 Abs 2 EKEG sprechen zu können. Um die damit verbundenen Rechtsfolgen auszulösen, hätte Michael M\*\*\*\*\* an der kreditgebenden und an der kreditnehmenden Gesellschaft „iSd § 9 Abs 1 EKEG“ - an der Kreditgeberin daher unmittelbar oder mittelbar kontrollierend und an der Kreditnehmerin als „erfasster Gesellschafter“ - beteiligt sein müssen. Für seine unmittelbar oder mittelbar kontrollierende Beteiligung an der kreditgebenden Gesellschaft fehle es aber an Behauptungen und einem bescheinigten Sachverhalt.

Zu prüfen bleibe, ob die gesetzliche Vermutung abgestimmten Verhaltens naher Angehöriger iSd § 6 Abs 2 EKEG greife, obwohl nicht Michael und Rosa M\*\*\*\*\*, sondern die Gesellschaft, an der diese natürlichen Personen zusammen alle Anteile hielten, die in Rede stehenden Rechtsgeschäfte eingegangen sei. Dies wurde vom Rekursgericht verneint, fehle es doch an der vollständigen Identität der an der kreditgebenden und der kreditnehmenden Gesellschaft beteiligten Personen iSd § 9 Abs 2 EKEG.

Soweit die Ausgleichsschuldnerin darauf abziele, Michael M\*\*\*\*\* halte eine kontrollierende Beteiligung an der Gläubigerin, weil er als ihr Gesellschafter „das Sonderrecht habe, selbst Mitglied des Leitungsorgans zu sein“ (§ 5 Abs 2 Z 3 EKEG), sei ihr entgegenzuhalten, dass die bloße Mitgliedschaft im Leitungsorgan der kreditgebenden Gläubiger nicht unter die *leg cit* falle, und die Ausgleichsschuldnerin gar nicht behauptet habe, dass ihm ein diesbezügliches Sonderrecht auf eine derartige Organstellung zukomme.

Den Revisionsrekurs an den Obersten Gerichtshof ließ das Rekursgericht zu, weil zur Frage, ob bei der gegebenen gesellschaftsrechtlichen Konstellation von der gesetzlichen Vermutung koordinierten Vorgehens im Familienkreis (§§ 5, 6, 9 EKEG) und daher von einem eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen auszugehen sei, soweit überblickbar noch keine höchstgerichtliche Rechtsprechung bestehe.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der Revisionsrekurs der Ausgleichsschuldnerin wegen Mangelhaftigkeit des Rekursverfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung im Sinn der Wiederherstellung des erstgerichtlichen Beschlusses abzuändern.

Die Ausgleichsgläubigerin hat eine Revisionsrekursbeantwortung erstattet, in der sie beantragt, dem gegnerischen Rechtsmittel nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist aus den vom Rekursgericht angeführten Gründen zulässig. Er ist auch teilweise berechtigt.

Die gerügte Mangelhaftigkeit des Rekursverfahrens liegt nicht vor. Gemäß § 176 Abs 4 KO ist das Verfahren hier einseitig (vgl. RIS-Justiz RS0116129). Ebenso versagt der Hinweis der Rechtsmittelwerberin auf die Judikatur des Obersten Gerichtshofs, wonach neues Vorbringen dann unstatthaft ist, wenn eine Tagsatzung für die Erstattung eines bestimmten Vorbringens vorgesehen war und das Vorbringen in dieser nicht erstattet wurde. Hier wurden im Rekursverfahren lediglich zusätzliche Bescheinigungsmittel vorgelegt. Neue Beweismittel können, aber ohne jede Beschränkung vorgebracht werden, sie müssen nur zum Nachweis bereits zur Zeit der Beschlussfassung entstandener Tatsachen dienen (Deixler-Hübner in Konecny/Schubert, KO § 176 Rz 30 mwN). Neuerungen im Revisionsrekursverfahren sind hingegen auch im Konkurs- und Ausgleichsverfahren unzulässig.

1. Zum „Darlehen“:

Gemäß § 18 EKEG trat dieses Bundesgesetz mit 1. 1. 2004 in Kraft. Es ist auf Sachverhalte anzuwenden, die nach dem 31. 12. 2003 verwirklicht wurden. Das hier zu beurteilende Darlehen wurde von der Gläubigerin im Jahr 1997 gewährt.

Gemäß § 3 Abs 1 Z 3 EKEG liegt ein kapitalersetzender Kredit iSd § 1 nicht vor, wenn ein vor der Krise gewährter Kredit verlängert oder dessen Rückzahlung gestundet wird. Eine Anwendung des EKEG auf die Gewährung des hier zu beurteilenden Kredits kommt daher nicht in Frage, weil diese Gewährung lang vor Inkrafttreten dieses Gesetzes erfolgte, das „Stehenlassen“ von Darlehen im Gegensatz zu der von der Judikatur geprägten „alten Rechtslage“ aber nicht mehr erfasst ist (§ 3 Abs 1 Z 3 EKEG). Aber auch die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum „eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen“ vor Inkrafttreten des EKEG sind hier aus folgenden Überlegungen nicht anzuwenden: Im Gegensatz zu dem im EKEG neu geregelten Tatbestandsmerkmal der Krise, wurde eine solche vor Geltung des EKEG bei Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft angenommen (Karollus in Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht, Zusatzband 1, Vor § 1 EKEG Rz 16 mwN; 8 Ob 9/91 = SZ 64/53; RIS-JustizRS0060065). Nach den Feststellungen betrug zwar der Eigenkapitalanteil der Ausgleichsschuldnerin spätestens im Jahr 2003 unter 8 %, doch wurde weder behauptet, geschweige denn festgestellt, dass die Ausgleichsschuldnerin bereits vor dem 1. 1. 2004 kreditunwürdig gewesen sei.

2. Zur „Besicherung“ eines der Ausgleichsschuldnerin gewährten Bankkredits durch Verpfändung eines Sparbuchs:

Die Verpfändung des Sparbuchs als Sicherheit für den der Ausgleichsschuldnerin gewährten Kredit erfolgte deutlich nach Inkrafttreten des EKEG. Vor Eingehen auf § 15 leg cit, der die eigenkapitalersetzenden Gesellschaftersicherheiten regelt, ist daher zunächst zu prüfen, ob dieses Gesetz hier überhaupt zur Anwendung gelangt.

Zur Beurteilung dieser Frage reichen die Feststellungen allerdings nicht aus.

Gemäß § 2 Abs 1 EKEG befindet sich die Gesellschaft in der Krise, wenn sie

„1. zahlungsunfähig (§ 66 KO) oder

2. überschuldet (§ 67 KO) ist oder wenn

3. die Eigenmittelquote (§ 23 URG) der Gesellschaft weniger als 8 % und die fiktive Schuldentilgungsdauer (§ 24 URG) mehr als 15 Jahre betragen, es sei denn, die Gesellschaft bedarf nicht der Reorganisation.

(2) Im Fall des Abs 1 Z 3 ist ein Kredit nur dann eigenkapitalersetzend, wenn im Zeitpunkt der Gewährung

1. aus dem zuletzt aufgestellten Jahresabschluss ersichtlich ist, dass die Eigenmittelquote weniger als 8 % und die fiktive Schuldentilgungsdauer mehr als 15 Jahre betragen, oder

2. dies aus dem rechtzeitig aufgestellten Jahresabschluss ersichtlich wäre oder

3. der Kreditgeber weiß oder es für ihn offensichtlich ist, dass ein Jahres- oder Zwischenabschluss dies aufzeigen würde.

(3) Bei Gesellschaften, die besonderen gesetzlichen Eigenmittelerfordernissen unterliegen, tritt an die Stelle der in Abs 1 Z 3 genannten Kennzahlen die Nichteinhaltung der jeweiligen Eigenmittelerfordernisse. Abs 2 ist nicht anzuwenden."

Aus den Feststellungen lässt sich lediglich entnehmen, dass die 8%ige Eigenkapitalquote der Ausgleichsschuldnerin spätestens im Jahr 2003 unterschritten wurde. Ob die übrigen im § 2 EKEG genannten Voraussetzungen für das Vorliegen einer Krise erfüllt sind, wurde hingegen vom Erstgericht weder festgestellt noch erörtert.

Das Erstgericht wird daher im fortgesetzten Verfahren zu erörtern und allenfalls Feststellungen zu treffen haben, die die rechtliche Beurteilung erlauben, ob sich die Ausgleichsschuldnerin zum Zeitpunkt des Abschlusses des Pfandbestellungsvertrags in einer Krise gemäß § 2 EKEG befunden hat. Bejahendenfalls wird auch das Vorbringen der Ausgleichsschuldnerin sowie des Ausgleichsverwalters zu beachten sein, dass infolge der zum maßgeblichen Zeitpunkt vorliegenden 100%igen Beteiligung des Michael M\*\*\*\*\* an der Ausgleichsschuldnerin sowie des Umstands, dass auch an der Gläubigerin ausschließlich die Ehegatten M\*\*\*\*\* beteiligt sind, § 9 Abs 2 EKEG anzuwenden sei. Insbesondere wird zu erörtern sein, ob Michael M\*\*\*\*\* aufgrund seiner ihm in § 4 des Gesellschaftsvertrags der Gläubigerin zugebilligten Stellung, wonach er für die Dauer seiner Gesellschafterzugehörigkeit zum Geschäftsführer bestellt und diese Bestellung nur aus wichtigen Gründen widerrufen werden kann, als Gesellschafter mit kontrollierender Beteiligung der Gläubigerin gemäß § 5 Abs 2 Z 3 EKEG anzusehen ist (vgl dazu Karollus in Buchegger Insolvenzgesetze, 1. Zusatzband, § 5 Rz 16).

Ungeachtet sonstiger Erwägungen kommt ein Zuspruch der Kosten der Revisionsrekursbeantwortung nicht in Betracht, weil ein Kostenersatz im Ausgleichsverfahren nicht stattfindet (§ 76 AO iVm § 173 Abs 1 KO).

**Textnummer**

E92925

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2009:0080OB00137.09V.1221.000

**Im RIS seit**

20.01.2010

**Zuletzt aktualisiert am**

30.08.2010

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)