

# TE OGH 2005/6/8 7Ob288/04k

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 08.06.2005

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schlich als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Danzl, Dr. Schaumüller, Dr. Hoch und Dr. Kalivoda als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. Richard Proksch, Rechtsanwalt, als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der i\*\*\*\*\* ag, vertreten durch Proksch & Partner OEG, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei F\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Brand Lang Rechtsanwälte OEG in Wien, wegen (restl) EUR 43.603,70 sA, über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht vom 30. September 2004, GZ 3 R 65/04g-18, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 26. Jänner 2004, GZ 37 Cg 34/03h-14, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben. Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben und die Rechtssache wird zur ergänzenden Verhandlung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Die Gemeinschuldnerin und die Beklagte sind Töchter der Muttergesellschaft Y\*\*\*\*\* AG (im Folgenden Y\*\*\*\*\*), welche mit rund 80 % an der Beklagten und mit rund 50 % Eigentümerin der Gemeinschuldnerin war. Im Jahr 2001 war die Gemeinschuldnerin stets überschuldet und zahlungsunfähig, wenn nicht laufend von den Gesellschaftern Einschüsse erbracht worden wären. Eine Verpflichtung, solche Einschüsse zu leisten bestand nicht. Die Situation der Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit war daher latent das ganze Jahr 2001 vorhanden.

Am 28. 6. 2001 wurde von den Vorständen der Gemeinschuldnerin und der Beklagten ein Verschmelzungsvertrag unterzeichnet. Demnach sollte die Beklagte als übertragende Gesellschaft mit der Gemeinschuldnerin als übernehmende Gesellschaft durch Aufnahme verschmolzen werden. Die Aufsichtsräte beider Gesellschaften haben ihre Zustimmung zu der geplanten Verschmelzung abgegeben und die Absicht der Vermögensübertragung dem Firmenbuch bekanntgegeben.

Im Hinblick auf die zukünftige Verschmelzung beider Gesellschaften wurde von der Beklagten an die Gemeinschuldnerin ein Darlehen in der Höhe von EUR 290.691,33 (= S 4.000.000) am 10. 7. 2001 gewährt. Im Zusammenhang damit übermittelte die Beklagte an die Gemeinschuldnerin das Schreiben vom 4. 7. 2001 mit

nachstehendem Inhalt

"Mit Genehmigung des Aufsichtsratsvorsitzenden der F\*\*\*\*\* AG (= die Beklagte) soll in Hinblick auf die am 28. 6. 2001 in den Aufsichtsräten beider Gesellschaften beschlossene Verschmelzung ein kurzfristiges Darlehen gewährt werden. Aufgrund der aktuellen Liquiditätssituation kann F\*\*\*\*\* (= die Beklagte) Ihnen ein Darlehen in maximaler Höhe von bis zu ATS 4 Mio gewähren. Da wir davon ausgehen, dass die Verschmelzung beider Gesellschaften bis spätestens Ende August umgesetzt werden soll, wird eine Zusammenlegung der Geschäftskonten erfolgen, wodurch der offene Saldo intern ausgeglichen wird. Sollte aus welchen Gründen auch immer eine Verzögerung der Verschmelzung bzw keine Verschmelzung erfolgen, so ist der aushaftende Betrag am 31. 1. 2002 endfällig. Als Zinssatz verrechnen wir Ihnen 6 % p.a."

Die Gemeinschuldnerin erwiderte mit Schreiben vom 4. 7. 2001:

"Wir bedanken uns für Ihr Angebot für die kurzfristige Gewährung eines Darlehens in der Höhe von bis zu ATS 4 Mio. Dieses Angebot nehmen wir gerne an und halten die Konditionen vollständigshalber nochmals wie folgt fest:

Laufzeit: Endfällig bis spätestens 31. 1. 2002, wenn nicht vorher die geplante und bereits am 28. 6. 2001 von den Aufsichtsräten beider Gesellschaften beschlossene Verschmelzung beider Unternehmen erfolgt ist.

Zinssatz: 6 %

Vorzeitige Rückzahlungen sind jederzeit möglich."

Werner B\*\*\*\*\*, der Vorsitzende des Aufsichtsrates der Beklagten, ersuchte mit Schreiben vom 4. 7. 2001 Mag. Kurt H\*\*\*\*\*, den Vorstand der Beklagten, die Zusammenführung rasch voranzutreiben und zu finalisieren. Zu diesem Zwecke ermächtigte er Mag. Kurt H\*\*\*\*\* die entsprechenden finanziellen Dispositionen insb eine kurzfristige Darlehensgewährung durchzuführen.

Die damalige Gesellschafterin Y\*\*\*\*\* hatte für die nunmehrige Gemeinschuldnerin Finanzierungszusagen und zwar über EUR 1,000.000 Ende Juli 2001 und EUR 1,500.000 Ende August 2001 abgegeben. Die Beklagte hat der nunmehrigen Gemeinschuldnerin das Darlehen gewährt, um deren kurzfristigen Liquiditätsengpass auszugleichen. Die Y\*\*\*\*\* leistete Ende Juli 2001 EUR 1,000.000 an die Gemeinschuldnerin. Der weitere zugesagte Betrag von EUR 1,500.000 wurde nicht geleistet.

Im Juni 2001 konnten die Gehälter der Gemeinschuldnerin nicht fristgerecht bezahlt werden, sie hatte zu diesem Zeitpunkt eine sehr enge Liquiditätsslage. Die Y\*\*\*\*\* hatte im Sommer 2001 die Mehrheitsrechte an der Gemeinschuldnerin.

Sowohl die Beklagte, als auch die Gemeinschuldnerin waren so konfiguriert, dass sie laufend Verluste machten, weil sie in der Entwicklung eines Marktes sowohl von Produkten und Zielgruppen und Territorien engagiert waren. Beide Gesellschaften hätten ohne Zusammenwirken mit der gemeinsamen Mutter niemals fusionieren können. KR Friedrich S\*\*\*\*\*, Aufsichtsrat der Gemeinschuldnerin und an dieser beteiligt, war die Zahlungsunfähigkeit der Gemeinschuldnerin zu dem Zeitpunkt als die Y\*\*\*\*\* ihre Zahlungsunfähigkeit zugestanden hatte ? in der zweiten Septemberwoche 2001 ? bekannt. Sämtliche Gehälter bei der Gemeinschuldnerin wurden nur durch Eigenkapitalzufuhr bezahlt. Mag. Kurt H\*\*\*\*\* war bekannt, dass wenn die Y\*\*\*\*\* ihre Finanzierungszusagen nicht einhält, die Gemeinschuldnerin zahlungsunfähig ist.

Die Gemeinschuldnerin leistete nachstehende Rückzahlungen an die Beklagte:

EUR 25.435,49 am 26. 7. 2001,

EUR 18.168,21 am 14. 8. 2001,

EUR 7.267,28 am 3. 9. 2001.

Mag. Kurt H\*\*\*\*\* war bewusst, dass die Rückführung des Darlehens für Ende Jänner vereinbart war, und vorzeitige Rückzahlungen möglich waren, aber solche von der Beklagten nicht verlangt werden konnten.

Mag Kurt H\*\*\*\*\* hatte am 26. 7. 2001 und am 14. 8. 2001 keine Kenntnis über die Zahlungsunfähigkeit der nunmehrigen Gemeinschuldnerin. Am 3. 9. 2001 hatte Mag. Kurt H\*\*\*\*\* Kenntnis über die Zahlungsunfähigkeit der Gemeinschuldnerin, da er am 31. 8. 2001 sein Vorstandsmandat zurücklegte und die zweite Zahlung,

nämlich EUR 1,500.000 bis 31. 8. 2001 nicht eingelangt war. Zwischen der Beklagten und der Gemeinschuldnerin bestand kein Gesellschafterverhältnis.

Mit der am 2. 10. 2002 beim Erstgericht eingelangten Klage begehrte der Kläger, die Beklagte zur Rückzahlung der von der Gemeinschuldnerin geleisteten Darlehensabstattungen in der Höhe von EUR 50.870,98 schuldig zu erkennen. Die vorzeitigen Rückzahlungen seien inkongruent und für andere Konkursgläubiger nachteilig. Die Zahlungen seien nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit vorgenommen worden, die der Beklagten bekannt gewesen sei. Im Hinblick auf die Eigentümersituation der beteiligten Gesellschaften und die geplante Verschmelzung sei davon auszugehen, dass es sich bei der Darlehensgewährung der Beklagten um ein eigenkapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen handle.

Die Beklagte beantragte Klagsabweisung. Die Vertragsparteien des Darlehensvertrages hätten die Rückzahlung wie zum erfolgten Zeitpunkt vereinbart. Die Beklagte habe keine Kenntnis von den Zahlungsschwierigkeiten der Gemeinschuldnerin gehabt, diese sei auch im Zeitpunkt der Rückzahlungen nicht zahlungsunfähig gewesen. Es liege keine eigenkapitalersetzende Gesellschafterleistung vor, weil keine wechselseitigen Beteiligungen bestanden hätten. Die Verschmelzung wäre erst mit Eintragung in das Firmenbuch rechtswirksam geworden, sei jedoch letztlich nicht zustande gekommen.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren im Umfang von EUR 7.267,28 statt und wies das Mehrbegehren von EUR 43.603,70 ab.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, die auf § 30 KO gestützte Anfechtung wegen Inkongruenz der Zahlung vom 3. 9. 2001 über EUR 7.267,28 sei berechtigt, weil die Zahlung innerhalb der letzten 60 Tage vor Konkurseröffnung erfolgt sei. Auch bei den weiteren Zahlungen lägen Befriedigungen eines Gläubigers vor, die er nicht in dieser Zeit zu beanspruchen gehabt habe, weil das Darlehen per 31. 1. 2002 fällig gewesen wäre. Die vorzeitige Rückzahlung sei wohl grundsätzlich möglich, jedoch durch die Beklagte nicht einforderbar gewesen. Auch die Begünstigung sei offensichtlich. Eine erfolgreiche Anfechtung der ersten beiden Zahlungen scheiterte jedoch am Mangel der bestehenden Zahlungsfähigkeit, die nur vorliege, wenn der Schuldner nicht in der Lage sei, seine fälligen Schulden zu bezahlen und sich die erforderlichen Zahlungsmittel voraussichtlich auch nicht alsbald verschaffen könne. Die Gemeinschuldnerin sei im Sommer 2001 zwar nicht in der Lage gewesen, ihre fälligen Geldschulden zu begleichen, insbesondere nicht die Juni-Gehälter. Erst nach Gewährung des Darlehens durch die Beklagte sowie eines weiteren Zuschusses von EUR 1,000.000 durch die Y\*\*\*\*\* habe sie ihre Verbindlichkeiten begleichen können. Zahlungsunfähigkeit liege aber nicht vor, sofern sich der Schuldner mit großer Wahrscheinlichkeit Mittel aus rechtlich gesicherten (nicht nur erhofften) externen Finanzierungs- und Sanierungsmaßnahmen beschaffen könne. Die Zahlungsunfähigkeit der Gemeinschuldnerin sei daher nicht gegeben gewesen, solange die Finanzierungszusage der Y\*\*\*\*\* vorgelegen sei, sondern sei erst im Zeitpunkt der Nichteinhaltung der Finanzierungszusage durch die Y\*\*\*\*\* am 31. 8. 2001 eingetreten. In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, die auf Paragraph 30, KO gestützte Anfechtung wegen Inkongruenz der Zahlung vom 3. 9. 2001 über EUR 7.267,28 sei berechtigt, weil die Zahlung innerhalb der letzten 60 Tage vor Konkurseröffnung erfolgt sei. Auch bei den weiteren Zahlungen lägen Befriedigungen eines Gläubigers vor, die er nicht in dieser Zeit zu beanspruchen gehabt habe, weil das Darlehen per 31. 1. 2002 fällig gewesen wäre. Die vorzeitige Rückzahlung sei wohl grundsätzlich möglich, jedoch durch die Beklagte nicht einforderbar gewesen. Auch die Begünstigung sei offensichtlich. Eine erfolgreiche Anfechtung der ersten beiden Zahlungen scheiterte jedoch am Mangel der bestehenden Zahlungsfähigkeit, die nur vorliege, wenn der Schuldner nicht in der Lage sei, seine fälligen Schulden zu bezahlen und sich die erforderlichen Zahlungsmittel voraussichtlich auch nicht alsbald verschaffen könne. Die Gemeinschuldnerin sei im Sommer 2001 zwar nicht in der Lage gewesen, ihre fälligen Geldschulden zu begleichen, insbesondere nicht die Juni-Gehälter. Erst nach Gewährung des Darlehens durch die Beklagte sowie eines weiteren Zuschusses von EUR 1,000.000 durch die Y\*\*\*\*\* habe sie ihre Verbindlichkeiten begleichen können. Zahlungsunfähigkeit liege aber nicht vor, sofern sich der Schuldner mit großer Wahrscheinlichkeit Mittel aus rechtlich gesicherten (nicht nur erhofften) externen Finanzierungs- und Sanierungsmaßnahmen beschaffen könne. Die Zahlungsunfähigkeit der Gemeinschuldnerin sei daher nicht gegeben gewesen, solange die Finanzierungszusage der Y\*\*\*\*\* vorgelegen sei, sondern sei erst im Zeitpunkt der Nichteinhaltung der Finanzierungszusage durch die Y\*\*\*\*\* am 31. 8. 2001 eingetreten.

Das Erstgericht verneinte auch das Vorliegen eines eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens mit der Begründung, dass zwischen der Gemeinschuldnerin und der Beklagten mit Ausnahme des wirtschaftlichen Zusammenhangs über die Muttergesellschaft kein gesellschaftsrechtlicher Zusammenhang bestehe, zumal die

geplante Verschmelzung nicht zustande gekommen sei.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, dass die ordentliche Revision im Hinblick auf die verwertete höchstgerichtliche Rsp, die eindeutige Gesetzeslage und das Fehlen einer erheblichen Rechtsfrage nicht zulässig sei. Es übernahm die erstgerichtlichen Tatsachenfeststellungen als Ergebnis einer unbedenklichen Beweiswürdigung. In rechtlicher Hinsicht führte es aus, dass nur noch auf den Anfechtungstatbestand der Inkongruenz und auf die Klagsbehauptungen zum Vorliegen eines eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens einzugehen sei, weil weder eine Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit der Gemeinschuldnerin im Zeitpunkt der Rückzahlungen feststehe, noch ein Sachverhalt behauptet und erwiesen sei, der ein Kennenmüssen der Zahlungsunfähigkeit belege.

Aus dem eingangs wiedergegebenen Umstand folge gerade nicht, dass über das ganze Jahr 2001 ununterbrochen Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung bestanden habe. Dies ergebe sich aus dem zeitpunktbezogenen Verständnis der Zahlungsunfähigkeit (Dellinger in Konecny/Schubert § 66 KO Rz 16 ff insb 23) Nach den Feststellungen sei die Verschmelzung der Gemeinschuldnerin mit der Beklagten nicht nur lose geplant, sondern bereits in der Vorbereitungsphase relativ weit gediehen gewesen, wobei im Zusammenhang damit Finanzierungszusagen der Muttergesellschaft abgegeben worden seien. Es seien daher konkrete Schritte zur wirtschaftlichen Stabilisierung der Gemeinschuldnerin eingeleitet worden, durch deren Zerschlagung definitiv die Zahlungsunfähigkeit herbeigeführt worden sei. Diesen Zeitpunkt habe das Erstgericht zu Recht mit Ende August 2001, konkret [mit] dem Nichteinlagen des Betrages von EUR 1,500.000 von der Muttergesellschaft, angenommen. Dass im Juli und August 2001 trotz des Zuschusses von EUR 1,000.000 und des Darlehens von S 4,000.000 Zahlungsunfähigkeit bestanden habe, stehe hingegen nicht gesichert fest. Der Verweis des Berufungswerbers auf die 60-Tage-Frist des § 30 KO bzw der Verweis auf § 12 Abs 1 KO schlage fehl, weil die im Berufungsverfahren noch relevanten Zahlungen außerhalb dieser Frist geleistet worden seien. Der Kläger habe dazu selbst ausgeführt, dass der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit bzw Überschuldung (richtig: der drohenden Zahlungsunfähigkeit, vgl König, Die Anfechtung nach der Konkursordnung<sup>3</sup> Rz 10/32) mit 16. 8. 2001 (= 60 Tage vor Konkurseröffnung am 16. 10. 2001) anzunehmen sei, während die im Berufungsverfahren noch strittigen Zahlungen am 26. 7. 2001 und am 14. 8. 2001 geleistet worden seien. Aus dem eingangs wiedergegebenen Umstand folge gerade nicht, dass über das ganze Jahr 2001 ununterbrochen Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung bestanden habe. Dies ergebe sich aus dem zeitpunktbezogenen Verständnis der Zahlungsunfähigkeit (Dellinger in Konecny/Schubert Paragraph 66, KO Rz 16 ff insb 23) Nach den Feststellungen sei die Verschmelzung der Gemeinschuldnerin mit der Beklagten nicht nur lose geplant, sondern bereits in der Vorbereitungsphase relativ weit gediehen gewesen, wobei im Zusammenhang damit Finanzierungszusagen der Muttergesellschaft abgegeben worden seien. Es seien daher konkrete Schritte zur wirtschaftlichen Stabilisierung der Gemeinschuldnerin eingeleitet worden, durch deren Zerschlagung definitiv die Zahlungsunfähigkeit herbeigeführt worden sei. Diesen Zeitpunkt habe das Erstgericht zu Recht mit Ende August 2001, konkret [mit] dem Nichteinlagen des Betrages von EUR 1,500.000 von der Muttergesellschaft, angenommen. Dass im Juli und August 2001 trotz des Zuschusses von EUR 1,000.000 und des Darlehens von S 4,000.000 Zahlungsunfähigkeit bestanden habe, stehe hingegen nicht gesichert fest. Der Verweis des Berufungswerbers auf die 60-Tage-Frist des Paragraph 30, KO bzw der Verweis auf Paragraph 12, Absatz eins, KO schlage fehl, weil die im Berufungsverfahren noch relevanten Zahlungen außerhalb dieser Frist geleistet worden seien. Der Kläger habe dazu selbst ausgeführt, dass der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit bzw Überschuldung (richtig: der drohenden Zahlungsunfähigkeit, vergleiche König, Die Anfechtung nach der Konkursordnung<sup>3</sup> Rz 10/32) mit 16. 8. 2001 (= 60 Tage vor Konkurseröffnung am 16. 10. 2001) anzunehmen sei, während die im Berufungsverfahren noch strittigen Zahlungen am 26. 7. 2001 und am 14. 8. 2001 geleistet worden seien.

Eine Anfechtung aus dem Grunde der Inkongruenz scheidet damit mangels einer erwiesenen Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung im Zeitpunkt der Darlehensrückführungen aus.

Es bestehe auch kein Ersatzanspruch wegen des Vorliegens eines eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens der Beklagten an die Gemeinschuldnerin. Unbekämpft und unstrittig sei, dass die Beklagte an der Gemeinschuldnerin nicht beteiligt gewesen sei. Die vom Kläger hervorgehobene Entscheidung<sup>8</sup> Ob 15/93 (= HS 25.189/1) habe Gesellschaftsverhältnisse und Darlehensgewährung zwischen Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft, sohin eine vertikale Verknüpfung betroffen.

Hier liege aber eine Darlehensgewährung unter Schwestergesellschaften vor. In der Lehre werde die Ansicht vertreten, dass bei konzernverbundenen Schwestergesellschaften ? obwohl keine direkte Beteiligung bestehe ? unter

bestimmten, unterschiedlich gewichteten Voraussetzungen, durchaus auch eine eigenkapitalersetzende Finanzierung vorliegen könne (vgl Reich-Rohrwig, Das Österreichische GmbH ? Recht<sup>2</sup> I Rz 2/343 mwN). Allgemein werde man eine durch die Schwester auf Rechnung der Konzernmutter erfolgte Finanzierung als Eigenkapital ersetzend behandeln können (Dellinger, Eigenkapitalersatzrecht im Konzern, *ecolex* 2002, 329 ff), ebenso eine Finanzierung über Weisung der dominanten Muttergesellschaft. Nach einer weitergehenden Meinung genüge es, wenn die Darlehensgewährung nur wegen der Konzernzugehörigkeit erfolge (siehe Krejci, Eigenkapitalersetzende Bankdarlehen bei Kreditsicherung durch Konzernschwestern, *ecolex* 1993, 308 ff). Schmidberger (Eigenkapitalersatz im Konzern 93 ff, 105 ff, 131 ff) halte es für ausreichend, wenn der Gesellschafter an der kreditgewährenden Gesellschaft eine Mehrheitsbeteiligung, an der kreditnehmenden GmbH jedwedem Maß der Beteiligung hält (aaO 97 f). Begründet werde dies mit dem unternehmerischen Interesse des gemeinsamen (die kreditgewährende Gesellschaft beherrschenden) Gesellschafters und mit Gründen des objektiven Gläubigerschutzes. Zutreffend verweise die Beklagte darauf, dass nach Karollus (Kapitalersetzende Leistungen ? jüngste Entwicklungen und Zukunftsperspektiven ÖBA 1997, 105) bei Leistungen im Konzern (zwischen Schwestergesellschaften) Eigenkapitalersatzrechtsregeln jedenfalls dann anzuwenden seien, wenn das Darlehen im Rahmen einer zentralen Finanzplanung im Konzern erfolge und die Darlehensgewährung von der Konzernspitze gelenkt werde (siehe auch Nowotny, Probleme des eigenkapitalersetzenden Darlehens ? Von der Gesellschafterstellung zum atypischen Kreditgeber, ÖBA 1994, 669 ff). Dass dies hier der Fall gewesen sei, habe sich nicht mit ausreichender Sicherheit ergeben. Hier liege aber eine Darlehensgewährung unter Schwestergesellschaften vor. In der Lehre werde die Ansicht vertreten, dass bei konzernverbundenen Schwestergesellschaften ? obwohl keine direkte Beteiligung bestehe ? unter bestimmten, unterschiedlich gewichteten Voraussetzungen, durchaus auch eine eigenkapitalersetzende Finanzierung vorliegen könne (vergleiche Reich-Rohrwig, Das Österreichische GmbH ? Recht<sup>2</sup> römisch eins Rz 2/343 mwN). Allgemein werde man eine durch die Schwester auf Rechnung der Konzernmutter erfolgte Finanzierung als Eigenkapital ersetzend behandeln können (Dellinger, Eigenkapitalersatzrecht im Konzern, *ecolex* 2002, 329 ff), ebenso eine Finanzierung über Weisung der dominanten Muttergesellschaft. Nach einer weitergehenden Meinung genüge es, wenn die Darlehensgewährung nur wegen der Konzernzugehörigkeit erfolge (siehe Krejci, Eigenkapitalersetzende Bankdarlehen bei Kreditsicherung durch Konzernschwestern, *ecolex* 1993, 308 ff). Schmidberger (Eigenkapitalersatz im Konzern 93 ff, 105 ff, 131 ff) halte es für ausreichend, wenn der Gesellschafter an der kreditgewährenden Gesellschaft eine Mehrheitsbeteiligung, an der kreditnehmenden GmbH jedwedem Maß der Beteiligung hält (aaO 97 f). Begründet werde dies mit dem unternehmerischen Interesse des gemeinsamen (die kreditgewährende Gesellschaft beherrschenden) Gesellschafters und mit Gründen des objektiven Gläubigerschutzes. Zutreffend verweise die Beklagte darauf, dass nach Karollus (Kapitalersetzende Leistungen ? jüngste Entwicklungen und Zukunftsperspektiven ÖBA 1997, 105) bei Leistungen im Konzern (zwischen Schwestergesellschaften) Eigenkapitalersatzrechtsregeln jedenfalls dann anzuwenden seien, wenn das Darlehen im Rahmen einer zentralen Finanzplanung im Konzern erfolge und die Darlehensgewährung von der Konzernspitze gelenkt werde (siehe auch Nowotny, Probleme des eigenkapitalersetzenden Darlehens ? Von der Gesellschafterstellung zum atypischen Kreditgeber, ÖBA 1994, 669 ff). Dass dies hier der Fall gewesen sei, habe sich nicht mit ausreichender Sicherheit ergeben.

All dies brauche hier jedoch nicht abschließend beurteilt werden. Denn das Eigenkapitalersatzrecht greife normalerweise nur bei Kreditunwürdigkeit der darlehensnehmenden Gesellschaft, wenn sie also von dritter Seite zu marktüblichen Bedingungen keinen Kredit mehr erhalten hätte können und ohne die Zuführung von Eigenkapital oder Gesellschafterdarlehen hätte liquidiert werden müssen (RIS-Justiz RS0060065). Zur Beurteilung eines Gesellschafterdarlehens als eigenkapitalersetzend genüge es, wenn dem Gesellschafter im Zeitpunkt der Kreditgewährung die Kreditunfähigkeit der Gesellschaft bekannt sein musste (RIS-Justiz RS0105983). Bei der Beurteilung der Frage der Kreditfähigkeit komme es auf die konkrete Finanzierungslage der Gesellschaft wie Bilanzansätze, Ertragskraft, noch verfügbare Sicherheiten, vor allem aber auch auf das konkrete Darlehen, seine Laufzeit, seinen Umfang und die Art der Besicherung sowie auf die Finanzpläne der Gesellschaft an. An Hand dieser Daten sei ex ante aus der Sicht des für die Qualifizierung des Darlehens maßgeblichen Zeitpunkts der Gewährung zu beurteilen, ob auch die Hausbank oder ein sonstiger, der Gesellschaft nicht als Mitglied verbundener Kreditgeber das fragliche Darlehen gewährt hätte (SZ 64/53; SZ 64/160 ua). Die Beweislast, dass es sich um ein eigenkapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen handelte, treffe denjenigen, der für sich daraus günstige Rechtsfolgen ableiten wolle (SZ 64/160; *ecolex* 1995, 899). Im Hinblick auf die unstrittig in Aussicht gestellten erheblichen Finanzierungsleistungen der Muttergesellschaft (von der überhaupt unklar sei, wann deren Insolvenzreife und jene der Gemeinschuldnerin

erkennbar gewesen sei), die zum Teil auch tatsächlich geleistet wurden, sowie der beabsichtigten Verschmelzung könne nicht ohne Weiteres auf das Vorliegen und die Erkennbarkeit der Kreditunfähigkeit im Zeitpunkt der Darlehensgewährung geschlossen werden. Die bestehende zumindest teilweise identische Gesellschafterstruktur reiche für sich hier allein nicht aus, um die Beklagte den Regeln des Eigenkapitalersatzrechtes zu unterstellen. Die Beklagte sei entgegen den Berufungsausführungen auch nicht zu 80 % an der Y\*\*\*\*\* beteiligt, sondern die Y\*\*\*\*\* sei zu 80 % Gesellschafterin der Beklagten. Aus der bloß personellen Identität des Vorsitzenden des Aufsichtsrates der Beklagten und der Y\*\*\*\*\* (Werner B\*\*\*\*\* ) und des Mag. Kurt H\*\*\*\*\* (Vorstand der Beklagten als auch der Gemeinschuldnerin) lasse sich eine relevante gesellschaftsrechtliche Verflechtung zwischen der Gemeinschuldnerin und der Beklagten nicht zwingend ableiten. Wie selbst der Berufungswerber hervorhebe, habe keine Weisung des Werner B\*\*\*\*\* als Vorstandsvorsitzender der Y\*\*\*\*\* an die Beklagte bestanden, der Gemeinschuldnerin ein kurzfristiges Darlehen einzuräumen, sondern nur eine Ermächtigung.

Das Eigenkapitalersatz-Gesetz (Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2003, BGBl I Nr. 92/2003) sei in den hier maßgeblichen Bestimmungen mit 1. 1. 2004 in Kraft getreten. Eine unmittelbare Anwendung auf diesen Sachverhalt sei damit ausgeschlossen. Wenn der Kläger darauf verweise, dass das Eigenkapitalersatz-Gesetz (EKEG) überwiegend das bereits von der Rechtsprechung entwickelte Recht kodifiziert habe und daher dessen Grundsätze auf bereits vor dessen Inkrafttreten verwirklichte Sachverhalte anzuwenden seien, müsse dem entgegnet werden, dass ? soweit überblickbar ? in Österreich keine höchstgerichtliche Entscheidung ausgesprochen habe, dass eine konzernrechtliche Haftung einer sonst gesellschaftsrechtlich nicht verbundenen Schwestergesellschaft nach den Regeln des Eigenkapitalersatzrechtes „einzustehen“ hätte. § 9 EKEG stelle zudem darauf ab, dass der Kredit auf Weisung eines anderen Konzernmitglieds (bzw einer an beiden Gesellschaften beteiligten Person oder Personengruppe iSd § 9 Abs 1 EKEG (zur Gleichbehandlung vgl Schopper/Vogt, Eigenkapitalersatzgesetz (2003) § 9 Rn 43 f; Karollus/Isola/Huemer, Wirtschaftsprüfer Jahrbuch 2003, 320) gewährt wurde, was hier aber nicht der Fall ist. Das Eigenkapitalersatz-Gesetz (Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2003, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 92 aus 2003,) sei in den hier maßgeblichen Bestimmungen mit 1. 1. 2004 in Kraft getreten. Eine unmittelbare Anwendung auf diesen Sachverhalt sei damit ausgeschlossen. Wenn der Kläger darauf verweise, dass das Eigenkapitalersatz-Gesetz (EKEG) überwiegend das bereits von der Rechtsprechung entwickelte Recht kodifiziert habe und daher dessen Grundsätze auf bereits vor dessen Inkrafttreten verwirklichte Sachverhalte anzuwenden seien, müsse dem entgegnet werden, dass ? soweit überblickbar ? in Österreich keine höchstgerichtliche Entscheidung ausgesprochen habe, dass eine konzernrechtliche Haftung einer sonst gesellschaftsrechtlich nicht verbundenen Schwestergesellschaft nach den Regeln des Eigenkapitalersatzrechtes „einzustehen“ hätte. Paragraph 9, EKEG stelle zudem darauf ab, dass der Kredit auf Weisung eines anderen Konzernmitglieds (bzw einer an beiden Gesellschaften beteiligten Person oder Personengruppe iSd Paragraph 9, Absatz eins, EKEG (zur Gleichbehandlung vergleiche Schopper/Vogt, Eigenkapitalersatzgesetz (2003) Paragraph 9, Rn 43 f; Karollus/Isola/Huemer, Wirtschaftsprüfer Jahrbuch 2003, 320) gewährt wurde, was hier aber nicht der Fall ist.

Die vom Kläger vermissten Feststellungen über die Beteiligungsverhältnisse brauchten nicht explizit getroffen zu werden. Der Kläger habe schon in der Klage entsprechende Behauptungen aufgestellt, die von der Beklagten nicht ausdrücklich und konkret bestritten worden seien. Dass die Darlehensgewährung aufgrund eines kurzfristigen Liquiditätsengpasses der nunmehrigen Gemeinschuldnerin erfolgt sei, stehe ohnehin fest (Seite 10 des Ersturteils). Dass die Gemeinschuldnerin im Jahre 2001 latent zahlungsunfähig bzw überschuldet gewesen sei, stehe außer Streit. Ob eine wirtschaftliche Krise entsprechend einer Kreditunwürdigkeit (8 Ob 254/97d; 8 Ob 336/97p; 9 ObA 53/00k uva) auch in Ansehung der geplanten Verschmelzung und der Finanzierungszusagen der Muttergesellschaft am 10. 7. 2001 vorgelegen sei oder nicht, habe sich im Übrigen auch nicht mit ausreichender Deutlichkeit im Beweisverfahren ergeben.

Dagegen richtet sich die Revision des Klägers wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung dahin, dass dem Klagebegehren auch hinsichtlich des Revisionsinteresses von EUR 43.603/70 stattgegeben werde; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragt in der ihr freigestellten Revisionsbeantwortung, die Revision nicht zuzulassen, in eventu ihr nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revision kommt in ihrem Aufhebungsantrag Berechtigung zu.

Vorweg ist festzuhalten, dass von den drei zunächst angefochtenen Teilzahlungen der nunmehrigen Gemeinschuldnerin an die Beklagte nur noch die vom 27. 7. 2001 und 14. 8. 2001 den Gegenstand des Revisionsverfahrens bilden. Das sind jene, die - nach der Beurteilung der Vorinstanzen - vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (Ende August 2001) und außerhalb der Frist von 60 Tagen vor Konkurseröffnung (§ 30 Abs 1 KO) geleistet wurden. Mit der „authentischen“ Interpretation (§ 1 Abs 1 AO idF IRÄG 1997, BGBl I 1997/106) der Zahlungsunfähigkeit als Zeitpunkt-Zahlungsunfähigkeit gewinnt diese Vorfrist nämlich wieder an Bedeutung (König, Die Anfechtung nach der Konkursordnung<sup>3</sup> Rz 10/32 aE mwN). Vorweg ist festzuhalten, dass von den drei zunächst angefochtenen Teilzahlungen der nunmehrigen Gemeinschuldnerin an die Beklagte nur noch die vom 27. 7. 2001 und 14. 8. 2001 den Gegenstand des Revisionsverfahrens bilden. Das sind jene, die - nach der Beurteilung der Vorinstanzen - vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (Ende August 2001) und außerhalb der Frist von 60 Tagen vor Konkurseröffnung (Paragraph 30, Absatz eins, KO) geleistet wurden. Mit der „authentischen“ Interpretation (Paragraph eins, Absatz eins, AO in der Fassung IRÄG 1997, BGBl römisch eins 1997/106) der Zahlungsunfähigkeit als Zeitpunkt-Zahlungsunfähigkeit gewinnt diese Vorfrist nämlich wieder an Bedeutung (König, Die Anfechtung nach der Konkursordnung<sup>3</sup> Rz 10/32 aE mwN).

Wie die Zulassungsbeschwerde zutreffend aufzeigt, steht unstrittig fest, dass die Gemeinschuldnerin während des gesamten Jahres 2001 „latent überschuldet und zahlungsunfähig war, wenn nicht laufend von Gesellschaftern Zuschüsse erbracht worden wären (zu denen allerdings keine Verpflichtung bestand)“. Davon ausgehend vertritt der Kläger in seiner außerordentlichen Revision den Standpunkt, aus dieser Außerstreitstellung folge, dass sich die Gemeinschuldnerin - entgegen der Ansicht der Vorinstanzen - über das ganze Jahr 2001 (latent) in der Krise befunden habe, weshalb das gegenständliche Darlehen vom 10. 7. 2001 nach gesicherter Judikatur (und nunmehr auch nach dem [am 1. 1. 2004 in Kraft getretenen] EKEG) jedenfalls als Eigenkapital ersetzend anzusehen gewesen wäre. Die Beurteilung des Berufungsgerichtes, dass die Gemeinschuldnerin zu diesem Zeitpunkt gerade nicht zahlungsunfähig/überschuldet gewesen sei, widerspreche der stRsp des Obersten Gerichtshofes. Außerdem liege weder zur Frage, inwieweit zwischen latenter und aktueller Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung zu unterscheiden sei, noch dazu eine aktuelle Rsp vor, ob die Regeln des Eigenkapitalersatzrechts auch auf Kredite anzuwenden seien, die eine Schwestergesellschaft der anderen im Konzernverband gewähre.

Die Revisionsbeantwortung vertritt demgegenüber die Auffassung, die Frage zur latenten und aktuellen Überschuldung stelle sich aufgrund der eindeutigen Feststellungen nicht. Danach sei nämlich eine Finanzierungszusage der Muttergesellschaft Y\*\*\*\*\* von EUR 1,000.000 eingehalten und dadurch die latente Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung beseitigt worden; die vom Kläger angefochtenen Zahlungen betreffen aber nicht diesen Gesellschafterzuschuss der Muttergesellschaft, sondern eine Teilrückzahlung zwischen den Schwestergesellschaften. Außerdem lägen auch die Voraussetzungen des Eigenkapitalersatzes nach dem hier noch nicht anwendbaren § 9 EKEG bei einer Kreditgewährung zwischen Schwestergesellschaften nicht vor. Die Revisionsbeantwortung vertritt demgegenüber die Auffassung, die Frage zur latenten und aktuellen Überschuldung stelle sich aufgrund der eindeutigen Feststellungen nicht. Danach sei nämlich eine Finanzierungszusage der Muttergesellschaft Y\*\*\*\*\* von EUR 1,000.000 eingehalten und dadurch die latente Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung beseitigt worden; die vom Kläger angefochtenen Zahlungen betreffen aber nicht diesen Gesellschafterzuschuss der Muttergesellschaft, sondern eine Teilrückzahlung zwischen den Schwestergesellschaften. Außerdem lägen auch die Voraussetzungen des Eigenkapitalersatzes nach dem hier noch nicht anwendbaren Paragraph 9, EKEG bei einer Kreditgewährung zwischen Schwestergesellschaften nicht vor.

Richtig ist, dass die beiden Darlehen der Muttergesellschaft an die „latent zahlungsunfähige“ Gemeinschuldnerin zweifellos eigenkapitalersetzende Darlehen darstellten (RIS-Justiz RS0060065; RS0105983), denen - als im Konkurs nicht rückforderbare Gesellschafterleistungen (RIS-Justiz RS0060076; zuletzt: 8 Ob 153/03p; 8 ObA 14/04y) - bei der Beurteilung der (derzeit noch nicht abschließend zu beantwortenden) Frage, ob die Gemeinschuldnerin bereits im Zeitpunkt der hier noch maßgeblichen vorzeitigen Rückzahlungen zahlungsunfähig war, die entscheidende Bedeutung zukommt:

Auch die Revisionsbeantwortung der Beklagten beruft sich nur noch darauf, dass wegen der Zahlung von EUR 1,000.000 durch die Konzernmutter Y\*\*\*\*\* die „allfällig zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung gegebene Krise durch die vorübergehende wirtschaftliche Erholung beseitigt“ und „erst durch Nichteinhaltung der [weiteren]

Finanzierungszusage der Y\*\*\*\*\* am 31. 8. 2001 neuerlich ausgebrochen" sei.

Die einzige Möglichkeit, weshalb die ohne die genannten Gesellschafterzuschüsse unstrittig bestehende Zahlungsunfähigkeit der Gemeinschuldnerin allenfalls doch nicht vorlag, bestand demnach in der Gewährung dieser (als Eigenkapitalersatz in der Krise bis zur nachhaltigen Sanierung der Gesellschaft nicht rückforderbaren: RIS-Justiz RS0060076 [T3]) Gesellschafterdarlehen, also in den beiden Zahlungszusagen von EUR 1,000.000 und EUR 1,500.000, die - wie die Vorinstanzen zutreffend erkannt haben - das einzige Aktivum im Vermögen der Gemeinschuldnerin darstellen könnten. Die Gemeinschuldnerin wäre hingegen dann (wie es der Kläger nennt) auch als „aktuell zahlungsunfähig" zu betrachten, wenn

- entweder auch die Muttergesellschaft schon im Zeitpunkt der vorzeitigen Rückzahlungen so notleidend war, dass mit der (letztlich unterbliebenen) zweiten Zahlung von EUR 1,500.000 gar nicht mehr zu rechnen und die ihr zugrunde liegende Forderung daher als Aktivum nicht zu berücksichtigen war,

- oder (wenn dies nicht der Fall gewesen sein sollte) die Gemeinschuldnerin auch durch den Erhalt einer derartigen Leistung nicht liquid geworden wäre, also jedenfalls zahlungsunfähig war.

Auch der restliche Klagsanspruch bestünde also zu Recht, falls die Muttergesellschaft im fraglichen Zeitpunkt bereits zahlungsunfähig war, oder wenn selbst der weitere Zuschuss nicht gereicht hätte, die Passiva der Gemeinschuldnerin abzudecken, und der Beklagten eine fahrlässige Unkenntnis dieser Umstände - infolge der bestehenden Vernetzung der Organe der Mutter- und der Tochtergesellschaft - zuzurechnen ist.

Um dies beurteilen zu können, fehlen aber noch ausreichende Feststellungen; zur finanziellen Situation der Muttergesellschaft und der Gemeinschuldnerin wurden nämlich bisher (ziffernmäßig) überhaupt keine Feststellungen getroffen. Solche sind jedoch auch für die aufgrund der Vermögenssituation zur beurteilende Rechtsfrage der Kennenmüssens der genannten Umstände durch die Beklagte erforderlich.

Das Verfahren der Vorinstanzen erweist sich daher als ergänzungsbedürftig, weshalb ihre Entscheidungen - unter Zurückverweisung der Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht - aufzuheben waren. Auf die Frage, ob den angefochtenen Rückzahlungen (auch) ein eigenkapitalersetzendes Darlehen der Beklagten an die Gemeinschuldnerin als „Schwestergesellschaft" zugrunde liegt, kommt es für den hier zu prüfenden Anfechtungsanspruch nach § 31 KO hingegen gar nicht an: Aus der Rückzahlung eines eigenkapitalersetzenden Darlehens allein kann ein derartiger Anspruch nämlich nicht abgeleitet werden; es müssen vielmehr die Voraussetzungen der zitierten Bestimmung erfüllt sein. Das Verfahren der Vorinstanzen erweist sich daher als ergänzungsbedürftig, weshalb ihre Entscheidungen - unter Zurückverweisung der Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht - aufzuheben waren. Auf die Frage, ob den angefochtenen Rückzahlungen (auch) ein eigenkapitalersetzendes Darlehen der Beklagten an die Gemeinschuldnerin als „Schwestergesellschaft" zugrunde liegt, kommt es für den hier zu prüfenden Anfechtungsanspruch nach Paragraph 31, KO hingegen gar nicht an: Aus der Rückzahlung eines eigenkapitalersetzenden Darlehens allein kann ein derartiger Anspruch nämlich nicht abgeleitet werden; es müssen vielmehr die Voraussetzungen der zitierten Bestimmung erfüllt sein.

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 Abs 1 ZPO. Der Kostenvorbehalt gründet sich auf Paragraph 52, Absatz eins, ZPO.

**Textnummer**

E78016

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2005:00700B00288.04K.0608.000

**Im RIS seit**

08.07.2005

**Zuletzt aktualisiert am**

03.05.2012



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