

# TE OGH 2004/1/23 8ObS17/03p

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.01.2004

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Petrag als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Rohrer und Dr. Spenling sowie durch die fachkundigen Laienrichter Dr. Reinhard Drössler und Gerhard Loibl als weitere Richter in der Sozialrechtssache der klagenden Partei Monika J\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Susanne Steiner, Rechtsanwältin in Salzburg, wider die beklagte Partei IAF-Service GmbH, Geschäftsstelle Salzburg, vertreten durch die Finanzprokurator, 1011 Wien, Singerstraße 17-19, wegen EUR 12.362,47 netto sA, infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 16. Jänner 2001, GZ 11 Rs 297/00a-20, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes Salzburg als Arbeits- und Sozialgericht vom 6. März 2000, GZ 19 Cgs 37/99b-14, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung, zu Recht erkannt:

## Spruch

1.) Das mit Beschluss vom 29. November 2001, 8 ObS 90/01w, unterbrochene Revisionsverfahren wird fortgesetzt.

2.) Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass das Ersturteil zu lauten hat:

"Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei EUR 3.004,79 netto samt 4 % Zinsen aus EUR 726,87 vom 1. 5. 1997 bis 31. 5. 1997, aus EUR 1.497,78 vom 1. 6. 1997 bis 30. 6. 1997, aus EUR 2.272,33 vom 1. 7. 1997 bis 30. 11. 1997 und aus EUR 3.004,79 vom 1. 12. 1997 bis 7. 4. 1998 binnen 14 Tagen bei Exekution zu bezahlen.

Das Mehrbegehren, die beklagte Partei sei auch schuldig der klagenden Partei EUR 9.357,68 netto (abzüglich obigen Zinsenzuspruchs) zu bezahlen wird

abgewiesen.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 1.137,88 (darin EUR 170,39 USt und EUR 115,55 Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen".

Die beklagte Partei ist weiters schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 383,93 (darin EUR 63,99 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens und die mit EUR 276,53 (darin EUR 46,09 USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin war vom 1. 10. 1991 bis zu ihrem Austritt am 30. 11. 1997 bei einer GmbH beschäftigt, an welcher sie mit einer Stammeinlage von S 187.500, somit mit 25 % des Stammkapitals, beteiligt war. Geschäftsführer und

Mitgesellschafter zu ebenfalls 25 % war ihr Ehemann. Das Dienstverhältnis der Klägerin endete durch Austritt. Mit Beschluss vom 8. 4. 1998 wurde über das Vermögen der GmbH das Konkursverfahren eröffnet.

Der Antrag auf Konkurseröffnung wurde von der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse am 16. 1. 1998 und von der späteren Gemeinschuldnerin am 6. 4. 1998 gestellt.

Die Klägerin war bei der GmbH mit 30 Wochenstunden als Büroangestellte beschäftigt. Sie war mit Schreib- und allgemeinen Büroarbeiten befasst. Sie gab bei Arbeitsbeginn das Material an die Arbeiter aus, erstellte die Baustelleneinteilung, verrichtete Telefondienst, erfasste die Daten der Lieferscheine mittels Computers und vereinbarte die Termine für ihren Mann. Daneben hatte die Klägerin die Buchhaltung für den Steuerberater vorzubereiten. Die einlangende Post öffnete die Klägerin nicht.

Seit 1994 oder 1995 gab es massive private Probleme zwischen den Ehegatten. Dies führte dazu, dass sie seit April 1997 zwar im selben Haus, aber in verschiedenen Stockwerken getrennt wohnten. Über die Geschäftsgebarung bzw die finanzielle Situation des Unternehmens war die Klägerin zwar nicht vollständig informiert, es war ihr aber jedenfalls bekannt, dass es seit April 1997 Exekutionen gab. In diesem Monat erschien der Gerichtsvollzieher zwei- oder dreimal im Unternehmen, wobei die betriebenen Forderungen jeweils unter ATS 10.000 lagen. Dem Ehemann der Klägerin gelang es zunächst noch, die Forderungen zu befriedigen.

Die finanzielle Situation des Unternehmens war im Jahr 1997 allgemein schlecht. Der Ehemann der Klägerin versuchte, wichtige Lieferanten, auf die er angewiesen war, bei der Bezahlung ihrer Forderungen zu bevorzugen. Bei anderen, wo er annahm, die Zahlung noch hinauszögern zu können, bezahlte er nicht. Eine massive Verschlechterung der Situation der GmbH trat dadurch ein, dass eine Forderung über rund ATS 1 Mio nicht bezahlt wurde. Zwar erwirkte die GmbH am 13. 1. 1998 ein Versäumnungsurteil, doch konnte der Betrag in der Folge nicht einbringlich gemacht werden.

Die Lohnforderungen der Klägerin wurden bis März 1997 befriedigt. Ab April 1997 erhielt sie kein Entgelt mehr. Die Klägerin sprach ihren Ehemann jedenfalls seit dem 2. oder 3. Monat ab dem Ausbleiben der Gehaltszahlungen immer wieder auf die rückständigen Gehälter an. Dieser tröstete sie stets und stellte in Aussicht, sie werde das Geld bekommen, wenn die Verhandlung wegen des aushaftenden Betrags von S 1 Mio "durch sei".

Mit Klage vom 25. 3. 1998 begehrte die Klägerin von der GmbH die Bezahlung des laufenden Gehalts von April bis November 1997 zuzüglich Sonderzahlungen im Gesamtbetrag von ATS 150.497 sA. Das Verfahren wurde durch die Konkurseröffnung unterbrochen.

Mit Bescheid vom 3. 2. 1999 wies die Beklagte den Antrag der Klägerin auf Gewährung von Insolvenz-Ausfallgeld in der Höhe des nunmehrigen Klagsbetrags ab.

Mit ihrer am 5. 3. 1999 beim Erstgericht eingelangten Klage begehrte die Klägerin, die Beklagte für offene Lohnforderungen in der Zeit von April bis einschließlich November 1997 zuzüglich Sonderzahlungen, Abfertigung sowie Kosten und Zinsen zur Zahlung von Insolvenz-Ausfallgeld im Gesamtbetrag von ATS 170.111,40 schuldig zu erkennen. Die Klägerin habe der späteren Gemeinschuldnerin niemals Darlehen gewährt, sondern immer wieder auf Auszahlung der fälligen Lohnansprüche gedrängt. Sie sei Ende November 1997 aus dem Unternehmen ausgeschieden und habe ihre offenen Gehaltsansprüche gerichtlich geltend gemacht. Von einem "Stehenlassen" ihrer Ansprüche als Gesellschafterdarlehen könne unter diesen Umständen nicht gesprochen werden. Zum Zeitpunkt des Ausscheidens sei nicht erkennbar gewesen, dass das Unternehmen in einer so ernsten Krise stecke, dass Zahlungsunfähigkeit und Insolvenz drohe. Die Zahlungsunfähigkeit sei erst unmittelbar vor der Konkurseröffnung, insbesondere auf Grund des nicht vorhersehbaren Ausfalls der Forderung von rund ATS 1 Mio gegen ein anderes Unternehmen eingetreten.

Die Beklagte wendete dagegen ein, das Verbleiben im Unternehmen trotz Nichtzahlung des Lohns indiziere, dass der Arbeitnehmer beabsichtige, in der Folge seine offenen Lohnansprüche gegen den Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds geltend zu machen, also mit der Gegenleistung nicht den Arbeitgeber, sondern den Fonds zu belasten. Derartige Vereinbarungen oder Verhaltensweisen seien nichtig. Daran ändere auch die klagsweise Geltendmachung der Ansprüche im März 1998 nichts. Es bestehe daher kein aufrechter nach dem IESG gesicherter Anspruch der Klägerin.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es traf die eingangs wiedergegebenen Feststellungen und führte zur rechtlichen Beurteilung aus, für die Beurteilung der nach dem IESG gesicherten Ansprüche müsse im Fremdvergleich geprüft werden, zu welchem objektiven Zeitpunkt ein (unbeteiligter) Arbeitnehmer anstelle der Klägerin den vorzeitigen Austritt erklärt hätte. Hierbei erscheine eine Überlegungsfrist von höchstens zwei Monaten angemessen.

Aus der zwischenzeitlich erfolgten Limitierung des Anspruchs auf Insolvenz-Ausfallgeld für laufendes Entgelt für die Zeit vor der Konkurseröffnung (§ 3a IESG idF IESG-Novelle 1997 BGBl I 107) sei lediglich zu schließen, dass nunmehr das Zuwarten um mehr als sechs Monate zum Verlust der Sicherung führe. Daraus folge aber nicht, dass ein Lohnrückstand von sechs Monaten für die Zeit vor der Konkurseröffnung jedenfalls gesichert sei. Vor und nach der IESG-Novelle 1997 seien Ansprüche aus dem Zweck des Gesetzes in seinem Kernbereich nicht entsprechenden Arbeitsverhältnissen nicht gesichert, sodass die Klägerin auch für die letzten sechs Monate vor der Konkurseröffnung den rückständigen Lohn gegen den Fonds nicht erfolgreich geltend machen könne. Das Unterlassen der Einforderung laufenden Entgelts durch einen Gesellschafter sei einem Eigenkapital ersetzenden Darlehen gleichzuhalten. Zweck des IESG sei es nicht, dem Gesellschafter einer GmbH das Finanzierungsrisiko abzunehmen und ihm zur Fortführung des Unternehmens aufgewendetes Eigenkapital im Falle der Insolvenz zu ersetzen. Das gelte nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung auch für beendigungsabhängige Ansprüche. Insoweit wirke die gesellschaftsrechtliche Betrachtungsweise fort und verdränge die arbeitsrechtlichen Ansprüche. Ein atypisches, nicht auf die Erzielung von Entgelt für die Bestreitung des Lebensunterhalts gerichtetes Arbeitsverhältnis falle insgesamt, somit auch für die Zeit, in der ein "normaler" Arbeitnehmer möglicherweise noch im Betrieb verblieben wäre, nicht in den Schutzbereich des IESG. Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es traf die eingangs wiedergegebenen Feststellungen und führte zur rechtlichen Beurteilung aus, für die Beurteilung der nach dem IESG gesicherten Ansprüche müsse im Fremdvergleich geprüft werden, zu welchem objektiven Zeitpunkt ein (unbeteiligter) Arbeitnehmer anstelle der Klägerin den vorzeitigen Austritt erklärt hätte. Hierbei erscheine eine Überlegungsfrist von höchstens zwei Monaten angemessen. Aus der zwischenzeitlich erfolgten Limitierung des Anspruchs auf Insolvenz-Ausfallgeld für laufendes Entgelt für die Zeit vor der Konkurseröffnung (Paragraph 3 a, IESG in der Fassung IESG-Novelle 1997 Bundesgesetzblatt römisch eins 107) sei lediglich zu schließen, dass nunmehr das Zuwarten um mehr als sechs Monate zum Verlust der Sicherung führe. Daraus folge aber nicht, dass ein Lohnrückstand von sechs Monaten für die Zeit vor der Konkurseröffnung jedenfalls gesichert sei. Vor und nach der IESG-Novelle 1997 seien Ansprüche aus dem Zweck des Gesetzes in seinem Kernbereich nicht entsprechenden Arbeitsverhältnissen nicht gesichert, sodass die Klägerin auch für die letzten sechs Monate vor der Konkurseröffnung den rückständigen Lohn gegen den Fonds nicht erfolgreich geltend machen könne. Das Unterlassen der Einforderung laufenden Entgelts durch einen Gesellschafter sei einem Eigenkapital ersetzenden Darlehen gleichzuhalten. Zweck des IESG sei es nicht, dem Gesellschafter einer GmbH das Finanzierungsrisiko abzunehmen und ihm zur Fortführung des Unternehmens aufgewendetes Eigenkapital im Falle der Insolvenz zu ersetzen. Das gelte nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung auch für beendigungsabhängige Ansprüche. Insoweit wirke die gesellschaftsrechtliche Betrachtungsweise fort und verdränge die arbeitsrechtlichen Ansprüche. Ein atypisches, nicht auf die Erzielung von Entgelt für die Bestreitung des Lebensunterhalts gerichtetes Arbeitsverhältnis falle insgesamt, somit auch für die Zeit, in der ein "normaler" Arbeitnehmer möglicherweise noch im Betrieb verblieben wäre, nicht in den Schutzbereich des IESG.

Das Gericht zweiter Instanz gab der dagegen erhobenen Berufung der Klägerin nicht Folge. Es sprach aus, dass die Revision nach § 46 Abs 1 ASGG zulässig sei. Nach der zum Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen entwickelten Rechtsprechung sei eine Gesellschaft dann als kreditunwürdig anzusehen, wenn sie von dritter Seite nicht mehr zu marktüblichen Bedingungen ohne Besicherung durch die Gesellschafter Kredit erhalten könne und ohne Zuführung von Eigenkapital oder Gesellschafterdarlehen liquidiert werden müsste. Diese Regeln seien auch auf solche Kredite anzuwenden, die der Gesellschaft in nicht kritischer Zeit gewährt, aber in der Krise "stehen gelassen" worden seien, weil auch in der Stundung von Forderungen eine dem Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen gleichwertige Art der Zuführung von Liquidität an die Gesellschaft liege. Für die Qualifizierung eines Darlehens als Eigenkapital ersetzend genüge es, dass der Gesellschafter den Eigenkapitalcharakter der Zuwendung habe kennen müssen; positive Kenntnis der Kreditwürdigkeit der Gesellschaft sei daher nicht erforderlich. Der vom Erstgericht festgestellte Sachverhalt belege im Sinn dieser Rechtsprechung die Kreditwürdigkeit der späteren Gemeinschuldnerin, die bereits zum Zeitpunkt des Austritts der Klägerin bestanden habe. Aus den Feststellungen ergebe sich, dass es bereits seit April 1997 zu Fahrnisexekutionsvollzügen im Zusammenhang mit Forderungen unter ATS 10.000 gekommen und dass die finanzielle Situation des Unternehmens im Jahr 1997 allgemein schlecht gewesen sei. Der Geschäftsführer der späteren Gemeinschuldnerin habe nicht mehr alle Lieferanten bezahlen können, die Klägerin selbst habe ab April 1997 überhaupt keine Zahlungen mehr erhalten. Die Klägerin könne sich durch die daraus zu schließende Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft nicht beschwert erachten, weil sie selbst behauptet habe, die spätere Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft sei insbesondere auf Grund des Forderungsausfalls in der Höhe von

rund S 1 Mio eingetreten. Die Kreditwürdigkeit der Gemeinschuldnerin sei daher schon längere Zeit ganz offenkundig entscheidend mit dieser einen Forderung verknüpft gewesen. Die Klägerin selbst habe vorgebracht, gegen diese Forderung seien inhaltlich unberechtigte Gewährleistungseinreden erhoben worden und es hätten Nachforschungen ergeben, dass die Schuldnerin ihr vorhandenes Vermögen im Sommer 1997 veräußert und keine Geschäftstätigkeit mehr entfaltet habe. Damit sei die Forderung objektiv wertlos und die Kreditunwürdigkeit der späteren Gemeinschuldnerin schon längst gegeben gewesen. Bei hinreichender Information über die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft hätte die Klägerin dies auch erkennen können. Das Gericht zweiter Instanz gab der dagegen erhobenen Berufung der Klägerin nicht Folge. Es sprach aus, dass die Revision nach Paragraph 46, Absatz eins, ASGG zulässig sei. Nach der zum Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen entwickelten Rechtsprechung sei eine Gesellschaft dann als kreditunwürdig anzusehen, wenn sie von dritter Seite nicht mehr zu marktüblichen Bedingungen ohne Besicherung durch die Gesellschafter Kredit erhalten könne und ohne Zuführung von Eigenkapital oder Gesellschafterdarlehen liquidiert werden müsste. Diese Regeln seien auch auf solche Kredite anzuwenden, die der Gesellschaft in nicht kritischer Zeit gewährt, aber in der Krise "stehen gelassen" worden seien, weil auch in der Stundung von Forderungen eine dem Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen gleichwertige Art der Zuführung von Liquidität an die Gesellschaft liege. Für die Qualifizierung eines Darlehens als Eigenkapital ersetzend genüge es, dass der Gesellschafter den Eigenkapitalcharakter der Zuwendung habe kennen müssen; positive Kenntnis der Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft sei daher nicht erforderlich. Der vom Erstgericht festgestellte Sachverhalt belege im Sinn dieser Rechtsprechung die Kreditunwürdigkeit der späteren Gemeinschuldnerin, die bereits zum Zeitpunkt des Austritts der Klägerin bestanden habe. Aus den Feststellungen ergebe sich, dass es bereits seit April 1997 zu Fahrnisexekutionsvollzügen im Zusammenhang mit Forderungen unter ATS 10.000 gekommen und dass die finanzielle Situation des Unternehmens im Jahr 1997 allgemein schlecht gewesen sei. Der Geschäftsführer der späteren Gemeinschuldnerin habe nicht mehr alle Lieferanten bezahlen können, die Klägerin selbst habe ab April 1997 überhaupt keine Zahlungen mehr erhalten. Die Klägerin könne sich durch die daraus zu schließende Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft nicht beschwert erachten, weil sie selbst behauptet habe, die spätere Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft sei insbesondere auf Grund des Forderungsausfalls in der Höhe von rund S 1 Mio eingetreten. Die Kreditwürdigkeit der Gemeinschuldnerin sei daher schon längere Zeit ganz offenkundig entscheidend mit dieser einen Forderung verknüpft gewesen. Die Klägerin selbst habe vorgebracht, gegen diese Forderung seien inhaltlich unberechtigte Gewährleistungseinreden erhoben worden und es hätten Nachforschungen ergeben, dass die Schuldnerin ihr vorhandenes Vermögen im Sommer 1997 veräußert und keine Geschäftstätigkeit mehr entfaltet habe. Damit sei die Forderung objektiv wertlos und die Kreditunwürdigkeit der späteren Gemeinschuldnerin schon längst gegeben gewesen. Bei hinreichender Information über die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft hätte die Klägerin dies auch erkennen können.

Ansprüche auf laufendes Entgelt seien zudem nach ständiger Rechtsprechung dann nicht gesichert, wenn ein sogenannter "Fremdvergleich" zeige, dass ein Arbeitnehmer, der nicht durch besonders gelagerte Interessen mit dem Unternehmen verbunden sei, das Fehlen jedweder Entgeltzahlung durch einen längeren Zeitraum nicht widerspruchlos hingenommen hätte. Nach den dazu entwickelten Grundsätzen handle es sich bei Ansprüchen von Arbeitnehmer-Gesellschaftern, die wegen ihrer Beteiligung an der als Arbeitgeberin fungierenden GmbH die Befriedigung der ihnen aus ihrem Arbeitsverhältnis zustehenden Entgeltansprüche hintanstellen, nicht um typische Arbeitnehmeransprüche im Sinn des Schutzzwecks des IESG. Es sei daran festzuhalten, dass bei Hinzutreten besonderer Umstände - zB Nahebeziehung zum Unternehmen verbunden mit der Absicht, die Weiterführung des Unternehmens zu ermöglichen - das Zuwarten mit der Beendigung des Dienstverhältnisses als dem Zweck des Gesetzes in seinem Kernbereich nicht entsprechend zum Verlust der Sicherung führen könne. Die Klägerin habe durch rund acht Monate das Ausbleiben jedweder Entgeltzahlung hingenommen. Sie sei zum Unternehmen auf Grund ihrer Beteiligung als Gesellschafterin und der ungeachtet der privaten Probleme aufrechten Ehe zum Geschäftsführer in einer Nahebeziehung gestanden. Da die Klägerin von Exekutionen auf Grund betriebener Forderungen von weniger als S 10.000 Kenntnis gehabt habe, diese betriebenen Forderungen und andere befriedigt worden seien, ihr jedoch das Entgelt zur Gänze vorenthalten worden sei, sei es für sie offenkundig gewesen, dass sie mit ihren Ansprüchen hintanstehen müsse. Unter diesen Umständen hätte normalerweise ein "sonstiger" Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis keinesfalls acht Monate lang aufrecht erhalten, sondern hätte wesentlich früher seinen vorzeitigen Austritt erklärt und seine Ansprüche umgehend geltend gemacht und diese nicht zusammen mit den Beendigungsansprüchen noch mehrere Monate kreditiert.

Die dagegen erhobene Revision der Klägerin ist teilweise berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Oberste Gerichtshof hat in dem ebenfalls eine Gesellschafter-Arbeitnehmerin betreffenden Verfahren 8 ObS 249/00a mit Beschluss vom 26. April 2001, dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften gemäß Art 234 EG folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt: Der Oberste Gerichtshof hat in dem ebenfalls eine Gesellschafter-Arbeitnehmerin betreffenden Verfahren 8 ObS 249/00a mit Beschluss vom 26. April 2001, dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften gemäß Artikel 234, EG folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

"1. Widerspricht es den Zielen der Richtlinie 80/987/EWG des Rates vom 20. Oktober 1980 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, wenn ein Gesellschafter ohne beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft unter Berücksichtigung der auch von der österreichischen Rechtsprechung angewandten Grundsätze über das Eigenkapital ersetzende Darlehen seinen Anspruch auf Insolvenz-Ausfallgeld dann verliert, wenn er als Arbeitnehmer der Gesellschaft nach Eintritt deren ihm erkennbarer Kreditunwürdigkeit nicht mehr bezahltes laufendes Arbeitsentgelt durch mehr als 60 Tage nicht ernsthaft einfordert und/oder wegen Vorenthaltens des Entgelts nicht vorzeitig austritt?

2. Umfasst dieser Anspruchsverlust alle unberichtigten Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis oder nur solche, die nach jenem fiktiven Zeitpunkt entstanden sind, zu welchem ein unbeteiligter Arbeitnehmer wegen Vorenthaltens des Lohnes den Austritt aus dem Arbeitsverhältnis erklärt hätte?"

Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat mit seinem Urteil vom 11. September 2003 diese Fragen wie folgt beantwortet:

"1. Es verstößt gegen die Richtlinie 80/987/EWG des Rates vom 20. Oktober 1980 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers in der durch die Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Österreich, der Republik Finnland und des Königreichs Schweden und die Anpassung der die Europäische Union begründenden Verträge geänderten Fassung, dass ein Arbeitnehmer, der an der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, bei der er angestellt ist, eine erhebliche Beteiligung hält, ohne jedoch über einen beherrschenden Einfluss auf diese Gesellschaft zu verfügen, aufgrund der österreichischen Rechtsprechung zu Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen seinen Garantieanspruch für unter Art 4 Abs 2 der Richtlinie fallende wegen Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers nicht erfüllte Ansprüche auf Arbeitsentgelt verliert, wenn er nach Eintritt der ihm erkennbaren Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft das ihm zustehende laufende Arbeitsentgelt während mehr als 60 Tagen nicht ernsthaft einfordert."1. Es verstößt gegen die Richtlinie 80/987/EWG des Rates vom 20. Oktober 1980 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers in der durch die Akte über die Bedingungen des Beitritts der Republik Österreich, der Republik Finnland und des Königreichs Schweden und die Anpassung der die Europäische Union begründenden Verträge geänderten Fassung, dass ein Arbeitnehmer, der an der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, bei der er angestellt ist, eine erhebliche Beteiligung hält, ohne jedoch über einen beherrschenden Einfluss auf diese Gesellschaft zu verfügen, aufgrund der österreichischen Rechtsprechung zu Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen seinen Garantieanspruch für unter Artikel 4, Absatz 2, der Richtlinie fallende wegen Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers nicht erfüllte Ansprüche auf Arbeitsentgelt verliert, wenn er nach Eintritt der ihm erkennbaren Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft das ihm zustehende laufende Arbeitsentgelt während mehr als 60 Tagen nicht ernsthaft einfordert.

2. Ein Mitgliedstaat darf grundsätzlich zur Vermeidung von Missbräuchen Maßnahmen ergreifen, durch die einem solchen Arbeitnehmer ein Garantieanspruch für Entgeltforderungen versagt wird, die nach dem Zeitpunkt entstanden sind, zu dem ein Arbeitnehmer, der nicht die Stellung eines Gesellschafters hat, wegen Vorenthaltens des Entgelts aus dem Arbeitsverhältnis ausgetreten wäre, sofern nicht nachgewiesen ist, dass kein missbräuchliches Verhalten vorliegt. Im Rahmen der Garantie für unter Art 4 Abs 2 der geänderten Richtlinie 80/987 fallende Ansprüche darf ein Mitgliedstaat nicht unterstellen, dass ein Arbeitnehmer, der nicht die Stellung eines Gesellschafters hat, in der Regel aus diesem Grund aus dem Arbeitsverhältnis ausgetreten wäre, bevor die nicht erfüllten Entgeltsansprüche einen Zeitraum von drei Monaten betreffen."2. Ein Mitgliedstaat darf grundsätzlich zur Vermeidung von Missbräuchen Maßnahmen ergreifen, durch die einem solchen Arbeitnehmer ein Garantieanspruch für Entgeltforderungen versagt

wird, die nach dem Zeitpunkt entstanden sind, zu dem ein Arbeitnehmer, der nicht die Stellung eines Gesellschafters hat, wegen Vorenthaltens des Entgelts aus dem Arbeitsverhältnis ausgetreten wäre, sofern nicht nachgewiesen ist, dass kein missbräuchliches Verhalten vorliegt. Im Rahmen der Garantie für unter Artikel 4, Absatz 2, der geänderten Richtlinie 80/987 fallende Ansprüche darf ein Mitgliedstaat nicht unterstellen, dass ein Arbeitnehmer, der nicht die Stellung eines Gesellschafters hat, in der Regel aus diesem Grund aus dem Arbeitsverhältnis ausgetreten wäre, bevor die nicht erfüllten Entgeltsansprüche einen Zeitraum von drei Monaten betreffen."

Begründend führte der Gerichtshof unter anderem aus, die Richtlinie 80/987 stehe nach ihrem Art 10 Buchstabe a nicht der Befugnis der Mitgliedstaaten entgegen, die zur Vermeidung von Missbräuchen notwendigen Maßnahmen zu treffen. Diese Bestimmung gestatte auch Maßnahmen, die von dem in Art 4 der Richtlinie vorgesehenen Mindestschutz abweichen (Rz 36). Nach Wiedergabe der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zum Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen stellte der Gerichtshof fest: Das Verhalten eines Gesellschafter-Arbeitnehmers, der unter solchen Umständen Insolvenz-Ausfallgeld für seine Forderungen beantrage, könne nicht als missbräuchliche Verhaltensweise zu Lasten einer Garantieeinrichtung angesehen werden. Der Betroffene habe nämlich die Voraussetzungen für die Gewährung von Insolvenz-Ausfallgeld nicht ohne sachlichen Grund herbeigeführt. Er habe lediglich wie ein gewöhnlicher Arbeitnehmer gehandelt, der mangels Aussicht auf Erfolg davon absieht, eine Forderung gegen einen offenbar zahlungsunfähigen Arbeitgeber geltend zu machen (Rz 44). Allerdings könne die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über den Zeitpunkt hinaus, zu dem der Arbeitnehmer die finanzielle Krise der Gesellschaft erkennen konnte, eine missbräuchliche Verhaltensweise zu Lasten von Garantieeinrichtungen darstellen, wenn ohne sachlichen Grund die Voraussetzungen für die Gewährung des Schutzes herbeigeführt werden, den die Richtlinie 80/987 für die Opfer der Zahlungsunfähigkeit eines Arbeitgebers vorsehe (Rz 46). Die bloße Tatsache, dass ein Gesellschafter-Arbeitnehmer sein Arbeitsverhältnis über den Zeitpunkt hinaus fortsetze, zu dem ein Arbeitnehmer, der nicht die Stellung eines Gesellschafters hat, in derselben Lage wegen Vorenthaltens des Entgelts aus dem Arbeitsverhältnis ausgetreten wäre, sei ein Indiz für missbräuchliche Absichten (Rz 47). Deshalb seien Maßnahmen eines Mitgliedstaats, die die Vermeidung von Missbräuchen bezwecken und darin bestehen, dem Gesellschafter-Arbeitnehmer ein Recht auf Garantie für nach diesem Zeitpunkt entstandene nicht erfüllte Entgeltsansprüche zu versagen, als Maßnahme zur Vermeidung von Missbräuchen im Sinne von Art 10 Buchstabe a der Richtlinie 80/987 anzusehen (Rz 48). Es lasse jedoch der Umstand, dass ein Gesellschafter-Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis über den Zeitpunkt hinaus fortgesetzt habe, zu dem ein Arbeitnehmer, der nicht die Stellung eines Gesellschafters hat, wegen Vorenthaltens des Entgelts aus dem Arbeitsverhältnis ausgetreten wäre, nicht zwangsläufig auf einen Missbrauch schließen (Rz 49). Außerdem ergebe sich aus Art 4 Abs 2 erster und zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 80/987, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer nicht als ungewöhnlich angesehen hat, wenn das unbezahlte Arbeitsentgelt einen Zeitraum von weniger als drei Monaten betreffe. Es wäre daher mit dem Zweck der Richtlinie 80/987 nicht zu vereinbaren, zu unterstellen, dass ein Arbeitnehmer, der nicht die Stellung eines Gesellschafters hat, in der Regel vor Ablauf dieser Frist wegen Vorenthaltung des Entgelts aus dem Arbeitsverhältnis ausgetreten wäre (Rz 50). Begründend führte der Gerichtshof unter anderem aus, die Richtlinie 80/987 stehe nach ihrem Artikel 10, Buchstabe a nicht der Befugnis der Mitgliedstaaten entgegen, die zur Vermeidung von Missbräuchen notwendigen Maßnahmen zu treffen. Diese Bestimmung gestatte auch Maßnahmen, die von dem in Artikel 4, der Richtlinie vorgesehenen Mindestschutz abweichen (Rz 36). Nach Wiedergabe der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zum Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen stellte der Gerichtshof fest: Das Verhalten eines Gesellschafter-Arbeitnehmers, der unter solchen Umständen Insolvenz-Ausfallgeld für seine Forderungen beantrage, könne nicht als missbräuchliche Verhaltensweise zu Lasten einer Garantieeinrichtung angesehen werden. Der Betroffene habe nämlich die Voraussetzungen für die Gewährung von Insolvenz-Ausfallgeld nicht ohne sachlichen Grund herbeigeführt. Er habe lediglich wie ein gewöhnlicher Arbeitnehmer gehandelt, der mangels Aussicht auf Erfolg davon absieht, eine Forderung gegen einen offenbar zahlungsunfähigen Arbeitgeber geltend zu machen (Rz 44). Allerdings könne die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über den Zeitpunkt hinaus, zu dem der Arbeitnehmer die finanzielle Krise der Gesellschaft erkennen konnte, eine missbräuchliche Verhaltensweise zu Lasten von Garantieeinrichtungen darstellen, wenn ohne sachlichen Grund die Voraussetzungen für die Gewährung des Schutzes herbeigeführt werden, den die Richtlinie 80/987 für die Opfer der Zahlungsunfähigkeit eines Arbeitgebers vorsehe (Rz 46). Die bloße Tatsache, dass ein Gesellschafter-Arbeitnehmer sein Arbeitsverhältnis über den Zeitpunkt hinaus fortsetze, zu dem ein Arbeitnehmer, der nicht die Stellung eines Gesellschafters hat, in derselben Lage wegen Vorenthaltens des Entgelts aus dem

Arbeitsverhältnis ausgetreten wäre, sei ein Indiz für missbräuchliche Absichten (Rz 47). Deshalb seien Maßnahmen eines Mitgliedstaats, die die Vermeidung von Missbräuchen bezwecken und darin bestehen, dem Gesellschafter-Arbeitnehmer ein Recht auf Garantie für nach diesem Zeitpunkt entstandene nicht erfüllte Entgeltsansprüche zu versagen, als Maßnahme zur Vermeidung von Missbräuchen im Sinne von Artikel 10, Buchstabe a der Richtlinie 80/987 anzusehen (Rz 48). Es lasse jedoch der Umstand, dass ein Gesellschafter-Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis über den Zeitpunkt hinaus fortgesetzt habe, zu dem ein Arbeitnehmer, der nicht die Stellung eines Gesellschafters hat, wegen Vorenthaltens des Entgelts aus dem Arbeitsverhältnis ausgetreten wäre, nicht zwangsläufig auf einen Missbrauch schließen (Rz 49). Außerdem ergebe sich aus Artikel 4, Absatz 2, erster und zweiter Gedankenstrich der Richtlinie 80/987, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer nicht als ungewöhnlich angesehen hat, wenn das unbezahlte Arbeitsentgelt einen Zeitraum von weniger als drei Monaten betreffe. Es wäre daher mit dem Zweck der Richtlinie 80/987 nicht zu vereinbaren, zu unterstellen, dass ein Arbeitnehmer, der nicht die Stellung eines Gesellschafters hat, in der Regel vor Ablauf dieser Frist wegen Vorenthaltung des Entgelts aus dem Arbeitsverhältnis ausgetreten wäre (Rz 50).

Nach diesem Erkenntnis können somit die im Vorlagebeschluss 8 ObS 249/00a im Einzelnen dargestellten Überlegungen zur Qualifikation nicht eingeforderter Entgeltansprüche des Gesellschafter-Arbeitnehmers als Eigenkapital ersetzende Darlehen für den Bereich des IESG nicht aufrecht erhalten werden. Während die Gesellschafter-Arbeitnehmerin nach der österreichischen Rechtslage ihre durch längere Zeit unberichtigten Gehaltsansprüche wegen der Qualifikation als Eigenkapitalersatz etwa im Konkurs ihres Arbeitgebers nicht durchsetzen könnte (vgl 9 ObA 53/00k = ZIK 2000, 138 = RdW 2000, 537 = DRdA 2000, 423) und auch ein Rückgriffsanspruch des Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds gemäß § 11 IESG gegen die Konkursmasse des ehemaligen Arbeitgebers in diesem Umfang nicht gegeben wäre (8 ObS 249/00a), sind aus europarechtlicher Sicht ihre Ansprüche im vom EuGH beschriebenen Umfang gesichert, während ein sonst nach nationalem Recht gegebener Anspruch nicht besteht. Nach diesem Erkenntnis können somit die im Vorlagebeschluss 8 ObS 249/00a im Einzelnen dargestellten Überlegungen zur Qualifikation nicht eingeforderter Entgeltansprüche des Gesellschafter-Arbeitnehmers als Eigenkapital ersetzende Darlehen für den Bereich des IESG nicht aufrecht erhalten werden. Während die Gesellschafter-Arbeitnehmerin nach der österreichischen Rechtslage ihre durch längere Zeit unberichtigten Gehaltsansprüche wegen der Qualifikation als Eigenkapitalersatz etwa im Konkurs ihres Arbeitgebers nicht durchsetzen könnte vergleiche 9 ObA 53/00k = ZIK 2000, 138 = RdW 2000, 537 = DRdA 2000, 423) und auch ein Rückgriffsanspruch des Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds gemäß Paragraph 11, IESG gegen die Konkursmasse des ehemaligen Arbeitgebers in diesem Umfang nicht gegeben wäre (8 ObS 249/00a), sind aus europarechtlicher Sicht ihre Ansprüche im vom EuGH beschriebenen Umfang gesichert, während ein sonst nach nationalem Recht gegebener Anspruch nicht besteht.

Dass das "Stehenlassen" von Entgelt durch rund acht Monate in Anbetracht der 25 %-igen Beteiligung der Klägerin an der GmbH. eigenkapitalersetzenden Charakter hat, haben die Vorinstanzen zutreffend dargestellt. Die Klägerin zieht die von den Vorinstanzen zitierte Judikatur zum eigenkapitalersetzenden Darlehen nicht in Zweifel, sodass es ausreicht, insoweit auf die im Anfragebeschluss 8 ObS 249/00a ausführlich wiedergegebene nunmehr ständige Rechtsprechung zu verweisen. Sie bestreitet jedoch eine Finanzierungsabsicht und vermeint, die Beklagte sei einer sie diesbezüglich und hinsichtlich der Kreditwürdigkeit treffenden Behauptungs- und Beweispflicht nicht nachgekommen. Dem ist zu erwidern, dass der Tatbestand der Kreditwürdigkeit und damit der eigenkapitalersetzende Charakter zum Zeitpunkt der Kreditvergabe objektiv zu beurteilen ist. Der mit den Eigenkapitalersatzregeln bezweckte Gläubigerschutz würde unterlaufen, wollte man eine Umqualifizierung des Darlehens in Eigenkapital nur dann vornehmen, wenn sich der Gesellschafter des Eigenkapitalcharakters des Darlehens bewusst war und ihm dieses Bewusstsein auch nachgewiesen werden kann. Es muss vielmehr genügen, dass der Gesellschafter den Eigenkapitalcharakter des Darlehens kennen musste (so auch die deutsche Lehre [für alle K. Schmidt in Scholz aaO Rz 40] und Rsp [BGHZ 75, 334 ff, 337; BGHZ 81, 311 ff, 314 f], die zum Teil sogar jedes subjektive Tatbestandsmerkmal für überflüssig halten). Gewährt ein Gesellschafter einer in Schwierigkeiten befindlichen GmbH ein Darlehen und verschleppt er dadurch die Liquidation der Gesellschaft, so soll er auch das Risiko tragen, wenn die Sanierung fehl schlägt. Hat er sich über die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung nicht hinreichend informiert, so soll dies nicht zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger gehen (RIS-Justiz RS0105983).

Da die Frage, ob dem darlehensgewährenden Gesellschafter die Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft zur Zeit der Darlehensgewährung bekannt sein musste, somit eine auf Grund der getroffenen Feststellungen zu lösende Frage der rechtlichen Beurteilung ist (8 ObS 2107/96b), kann der Oberste Gerichtshof diese Frage abschließend beurteilen, weil die getroffenen Feststellungen - wie bereits das Berufungsgericht dargestellt hat - hierfür ausreichend sind. Für den bereits von den Vorinstanzen gezogenen rechtlichen Schluss spricht auch, dass der Klägerin die Tatsache der Notwendigkeit der exekutiven Eintreibung bereits relativ geringer Geldbeträge ebenso bekannt war, wie der Umstand, dass die Finanzierung ihrer Gehaltsforderungen aus den laufenden Einnahmen offenkundig nicht mehr möglich war.

Es ist daher auch im Fall der Klägerin davon auszugehen, dass ihre hier geltend gemachten Entgeltansprüche als eigenkapitalersetzend zu qualifizieren und daher nach nationalem Recht nicht gesichert sind.

Gemäß Art 3 Abs 1 der Richtlinie 80/987/EWG haben die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit vorbehaltlich des Art 4 Garantieeinrichtungen die Befriedigung der nicht erfüllten Ansprüche der Arbeitnehmer aus Arbeitsverträgen oder Arbeitsverhältnissen, die das Arbeitsentgelt für den vor einem bestimmten Zeitpunkt liegenden Zeitraum betreffen, sicherstellen. Dieser Zeitpunkt kann unter anderem gemäß Abs 2 erster Gedankenstrich des genannten Artikels jener des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers sein. Art 4 Abs 1 der Richtlinie räumt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, die in Art 3 vorgesehene Zahlungspflicht der Garantieeinrichtungen zu begrenzen. Machen die Mitgliedstaaten von dieser Möglichkeit Gebrauch, so müssen sie gemäß Abs 2 erster Gedankenstrich des genannten Artikels sicherstellen, dass im Fall des Art 3 Abs 2 erster Gedankenstrich die Befriedigung der das Arbeitsentgelt betreffenden nicht erfüllten Ansprüche für die drei letzten Monate des Arbeitsvertrags oder des Arbeitsverhältnisses, die innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten vor dem Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers liegen, erfolgt. Gemäß Artikel 3, Absatz eins, der Richtlinie 80/987/EWG haben die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit vorbehaltlich des Artikel 4, Garantieeinrichtungen die Befriedigung der nicht erfüllten Ansprüche der Arbeitnehmer aus Arbeitsverträgen oder Arbeitsverhältnissen, die das Arbeitsentgelt für den vor einem bestimmten Zeitpunkt liegenden Zeitraum betreffen, sicherstellen. Dieser Zeitpunkt kann unter anderem gemäß Absatz 2, erster Gedankenstrich des genannten Artikels jener des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers sein. Artikel 4, Absatz eins, der Richtlinie räumt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, die in Artikel 3, vorgesehene Zahlungspflicht der Garantieeinrichtungen zu begrenzen. Machen die Mitgliedstaaten von dieser Möglichkeit Gebrauch, so müssen sie gemäß Absatz 2, erster Gedankenstrich des genannten Artikels sicherstellen, dass im Fall des Artikel 3, Absatz 2, erster Gedankenstrich die Befriedigung der das Arbeitsentgelt betreffenden nicht erfüllten Ansprüche für die drei letzten Monate des Arbeitsvertrags oder des Arbeitsverhältnisses, die innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten vor dem Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers liegen, erfolgt.

Gemäß § 3a Abs 1 IESG in der hier noch anzuwendenden Fassung BGBl 107/1997 (§ 17a Abs 11 IESG) gebührt Insolvenz-Ausfallgeld für das dem Arbeitnehmer für die regelmäßige Arbeitsleistung in der Normalarbeitszeit gebührende Entgelt einschließlich der gebührenden Sonderzahlungen, das vor mehr als sechs Monaten vor dem Stichtag (§ 3 Abs 1) fällig geworden ist, nur dann, wenn dieses bis zum Stichtag im Verfahren in Arbeitsrechtssachen nach dem Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz zulässigerweise geltend gemacht wurde und das diesbezügliche Verfahren gehörig fortgesetzt wird. Aus § 3 Abs 1 IESG ergibt sich als Stichtag der Zeitpunkt der Eröffnung des Konkurses oder eines anderen Insolvenzverfahrens bzw eines Beschlusses nach § 1 Abs 1 Z 3 bis 6 IESG. Gemäß Paragraph 3 a, Absatz eins, IESG in der hier noch anzuwendenden Fassung Bundesgesetzblatt 107 aus 1997, (Paragraph 17 a, Absatz 11, IESG) gebührt Insolvenz-Ausfallgeld für das dem Arbeitnehmer für die regelmäßige Arbeitsleistung in der Normalarbeitszeit gebührende Entgelt einschließlich der gebührenden Sonderzahlungen, das vor mehr als sechs Monaten vor dem Stichtag (Paragraph 3, Absatz eins,) fällig geworden ist, nur dann, wenn dieses bis zum Stichtag im Verfahren in Arbeitsrechtssachen nach dem Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz zulässigerweise geltend gemacht wurde und das diesbezügliche Verfahren gehörig fortgesetzt wird. Aus Paragraph 3, Absatz eins, IESG ergibt sich als Stichtag der Zeitpunkt der Eröffnung des Konkurses oder eines anderen Insolvenzverfahrens bzw eines Beschlusses nach Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 3 bis 6 IESG.

Zu § 3a Abs 1 IESG judiziert der erkennende Senat, dass bei "durchschnittlichen" Arbeitnehmern, die in keiner besonderen Nahebeziehung zum Arbeitgeber stehen, der Schluss, der Arbeitnehmer habe durch "Stehenlassen" des Entgelts eine unzulässige Verlagerung des Finanzierungsrisikos auf den Fonds zumindest in Kauf genommen, üblicherweise nur aus deutlich über sechs Monaten liegenden Entgeltrückständen gezogen werden könne



(8 ObS 206/00b; 8 ObS 39/01w). Es muss hier nicht weiter untersucht werden, ob durch das Urteil des EuGH der Gesellschafter-Arbeitnehmer tatsächlich in allen Belangen einem "durchschnittlichen" Arbeitnehmer gleichgesetzt wurde, weil - wie bereits dargestellt - der Anspruch der Klägerin ausschließlich im Europarecht gründet, sodass es bei der durch die Richtlinie vorgegebenen Mindestsicherung zu bleiben hat. Zu Paragraph 3 a, Absatz eins, IESG urteilt der erkennende Senat, dass bei "durchschnittlichen" Arbeitnehmern, die in keiner besonderen Nahebeziehung zum Arbeitgeber stehen, der Schluss, der Arbeitnehmer habe durch "Stehenlassen" des Entgelts eine unzulässige Verlagerung des Finanzierungsrisikos auf den Fonds zumindest in Kauf genommen, üblicherweise nur aus deutlich über sechs Monaten liegenden Entgeltrückständen gezogen werden könne (8 ObS 206/00b; 8 ObS 39/01w). Es muss hier nicht weiter untersucht werden, ob durch das Urteil des EuGH der Gesellschafter-Arbeitnehmer tatsächlich in allen Belangen einem "durchschnittlichen" Arbeitnehmer gleichgesetzt wurde, weil - wie bereits dargestellt - der Anspruch der Klägerin ausschließlich im Europarecht gründet, sodass es bei der durch die Richtlinie vorgegebenen Mindestsicherung zu bleiben hat.

Während sowohl Art 4 Abs 2 erster Gedankenstrich der Richtlinie als auch § 3a Abs 1 IESG den Sicherungszeitraum vom Stichtag zurückrechnen, ist nach dem Urteil des EuGH die Sicherung bis zu jenem Zeitpunkt zu gewähren, bis zu welchem ein Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis ausgetreten wäre, welcher zumindest drei Monate nach dem Zeitpunkt der letzten Entgeltgewährung anzunehmen ist. Daraus ergibt sich, dass auch die Mindestsicherung grundsätzlich nur dann zusteht, wenn dieser Zeitraum von drei Monaten innerhalb von sechs Monaten rückgerechnet vom Stichtag liegt. Während sowohl Artikel 4, Absatz 2, erster Gedankenstrich der Richtlinie als auch Paragraph 3 a, Absatz eins, IESG den Sicherungszeitraum vom Stichtag zurückrechnen, ist nach dem Urteil des EuGH die Sicherung bis zu jenem Zeitpunkt zu gewähren, bis zu welchem ein Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis ausgetreten wäre, welcher zumindest drei Monate nach dem Zeitpunkt der letzten Entgeltgewährung anzunehmen ist. Daraus ergibt sich, dass auch die Mindestsicherung grundsätzlich nur dann zusteht, wenn dieser Zeitraum von drei Monaten innerhalb von sechs Monaten rückgerechnet vom Stichtag liegt.

Im Falle der Klägerin ist das fiktiv zu unterstellende Ende des Arbeitsverhältnisses somit mit 30. 6. 1997 anzunehmen. Demgegenüber endete die vom Stichtag 8. 4. 1998 rückzurechnende Sechs-Monatsfrist am 8. 10. 1997. Allerdings hat die Klägerin ihre Ansprüche zulässigerweise mit Klage vom 25. 3. 1998 gegenüber ihrer Arbeitgeberin geltend gemacht, was gemäß § 3a Abs 1 IESG in der hier anzuwendenden Fassung grundsätzlich zur Folge hat, dass auch für mehr als sechs Monate vor dem Stichtag fällig gewordene Ansprüche Insolvenz-Ausfallgeld gebührt. Diese gegenüber dem von der Richtlinie gewährten Sicherungszeitraum im allgemeinen günstigere (vgl. RIS-Justiz RS0113479; RS0113354) Regelung des nationalen Rechts ist als formelle Bestimmung auch auf die Klägerin anzuwenden, weshalb ihr Insolvenz-Ausfallgeld für die Monate April bis Juni 1997 zusteht. Im Falle der Klägerin ist das fiktiv zu unterstellende Ende des Arbeitsverhältnisses somit mit 30. 6. 1997 anzunehmen. Demgegenüber endete die vom Stichtag 8. 4. 1998 rückzurechnende Sechs-Monatsfrist am 8. 10. 1997. Allerdings hat die Klägerin ihre Ansprüche zulässigerweise mit Klage vom 25. 3. 1998 gegenüber ihrer Arbeitgeberin geltend gemacht, was gemäß Paragraph 3 a, Absatz eins, IESG in der hier anzuwendenden Fassung grundsätzlich zur Folge hat, dass auch für mehr als sechs Monate vor dem Stichtag fällig gewordene Ansprüche Insolvenz-Ausfallgeld gebührt. Diese gegenüber dem von der Richtlinie gewährten Sicherungszeitraum im allgemeinen günstigere vergleiche RIS-Justiz RS0113479; RS0113354) Regelung des nationalen Rechts ist als formelle Bestimmung auch auf die Klägerin anzuwenden, weshalb ihr Insolvenz-Ausfallgeld für die Monate April bis Juni 1997 zusteht.

Gemäß Artikel 2 Abs 2 der Richtlinie obliegt die Bestimmung des Begriffes Arbeitsentgelt und die Festlegung seines Inhalts dem nationalen Recht (EuGH Slg 2002, 11915). Zu dem gemäß § 3a Abs 1 IESG gesicherten Entgelt zählen nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut auch die gebührenden Sonderzahlungen (8 ObS 208/02z). Der Klägerin steht daher neben den drei Monatsentgelten auch ein Viertel der im Jahr 1997 bezogenen Sonderzahlungen, wie sie sich aus der in Beil./1 erliegenden Aufstellung ergeben, vermindert um die dort ersichtlichen Abzüge, zu. Gemäß Artikel 2 Absatz 2, der Richtlinie obliegt die Bestimmung des Begriffes Arbeitsentgelt und die Festlegung seines Inhalts dem nationalen Recht (EuGH Slg 2002, 11915). Zu dem gemäß Paragraph 3 a, Absatz eins, IESG gesicherten Entgelt zählen nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut auch die gebührenden Sonderzahlungen (8 ObS 208/02z). Der Klägerin steht daher neben den drei Monatsentgelten auch ein Viertel der im Jahr 1997 bezogenen Sonderzahlungen, wie sie sich aus der in Beil./1 erliegenden Aufstellung ergeben, vermindert um die dort ersichtlichen Abzüge, zu.

Dieser Rückgriff auf das nationale Recht zur Bestimmung des Umfangs des Arbeitsentgelts kann allerdings, weil die

Klägerin - wie bereits mehrfach dargestellt - nur Ansprüche nach dem Inhalt der Richtlinie hat, nicht weiter gehen, als die Richtlinie Sicherung gewährt. Es ist unstrittig, dass bislang die Richtlinie 80/987/EWG - anders als zukünftig die Richtlinie 2002/74/EG vom 23. 9. 2002, die bis Oktober 2005 umzusetzen ist, jedoch zweifellos nicht in das Jahr 1997 rückwirkt - die Abfertigung nicht garantiert hat (Graf, Die Änderung der RL 80/987/EWG zum Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, ZIK 2003/58; Liebeg, Neue gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, WBI 2003, 157). Auch wenn der EUGH die Abfertigung unter dem Blickwinkel des Art 141 EGV als Entgelt ansieht (EuGH RS C-249/97; Friedrich, Halbe Abfertigung für Mütter gemäß § 23a Abs 3 AngG, ASoK 1999, 312), vermag das nichts daran zu ändern, dass nach dem Wortlaut des Art 4 Abs 2, erster Gedankenstrich der Richtlinie nur die Befriedigung der das Arbeitsentgelt betreffenden nichterfüllten Ansprüche für die drei letzten Monate des Arbeitsvertrags oder des Arbeitsverhältnisses sicherzustellen ist. Da der Anspruch auf Abfertigung nach nationalem Recht erst mit der rechtlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses erworben wird (ArbSlg 10.407; Martinek/M. Schwarz/W. Schwarz, AngG, § 23, Anm 3), fällt er nicht unter die "nichterfüllten Ansprüche für die drei letzten Monate". Dieser Rückgriff auf das nationale Recht zur Bestimmung des Umfangs des Arbeitsentgelts kann allerdings, weil die Klägerin - wie bereits mehrfach dargestellt - nur Ansprüche nach dem Inhalt der Richtlinie hat, nicht weiter gehen, als die Richtlinie Sicherung gewährt. Es ist unstrittig, dass bislang die Richtlinie 80/987/EWG - anders als zukünftig die Richtlinie 2002/74/EG vom 23. 9. 2002, die bis Oktober 2005 umzusetzen ist, jedoch zweifellos nicht in das Jahr 1997 rückwirkt - die Abfertigung nicht garantiert hat (Graf, Die Änderung der RL 80/987/EWG zum Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, ZIK 2003/58; Liebeg, Neue gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, WBI 2003, 157). Auch wenn der EUGH die Abfertigung unter dem Blickwinkel des Artikel 141, EGV als Entgelt ansieht (EuGH RS C-249/97; Friedrich, Halbe Abfertigung für Mütter gemäß Paragraph 23 a, Absatz 3, AngG, ASoK 1999, 312), vermag das nichts daran zu ändern, dass nach dem Wortlaut des Artikel 4, Absatz 2,, erster Gedankenstrich der Richtlinie nur die Befriedigung der das Arbeitsentgelt betreffenden nichterfüllten Ansprüche für die drei letzten Monate des Arbeitsvertrags oder des Arbeitsverhältnisses sicherzustellen ist. Da der Anspruch auf Abfertigung nach nationalem Recht erst mit der rechtlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses erworben wird (ArbSlg 10.407; Martinek/M. Schwarz/W. Schwarz, AngG, Paragraph 23,, Anmerkung 3), fällt er nicht unter die "nichterfüllten Ansprüche für die drei letzten Monate".

Von den der Höhe nach unbestrittenen Positionen stehen der Klägerin zu:

Entgelt April 1997 ATS 10.002,--

Entgelt Mai 1997 ATS 10.608,--

Entgelt Juni 1997 ATS 10.658,--

¼ Sonderzahlungen 1.1.1997 bis

30.11. 1997 ATS 5.102,47

Verfahrenskosten (auf der Basis des

gesicherten Betrages von

ATS 36.370,47) ATS 4.976,40

ATS 41.346,87

= EUR 3.004,79

zuzüglich gestaffelter Zinsen in der Höhe von 4 % (RIS-JustizRS0111495).

Punkt 2. der Anfragebeantwortung räumt den Mitgliedstaaten zwar die Möglichkeit ein, dem Gesellschafter-Arbeitnehmer den Garantieanspruch zu versagen, wenn er es länger als drei Monate hinnimmt, dass seine Entgeltansprüche nicht erfüllt werden, fügt jedoch an, "sofern nicht nachgewiesen ist, dass kein missbräuchliches Verhalten vorliegt." Die Besonderheit des hier zu beurteilenden Falles besteht allerdings darin, dass - wie bereits dargestellt - Ansprüche des Gesellschafter-Arbeitnehmers gegen seinen in Konkurs verfallenen Arbeitgeber nach nationalem Recht gar nicht bestehen, sodass auch ein im Allgemeinen wegen der Besonderheit des Verfahrens gar nicht zu erbringender (vgl 8 ObS 206/00b) Nachweis, dass missbräuchliches Verhalten nicht vorliege, nach nationalem Recht zu keinem weitergehenden Anspruch führen könnte. Es hat daher bei der sich aus der Richtlinie ergebenden

Mindestsicherung zu verbleiben. Punkt 2. der Anfragebeantwortung räumt den Mitgliedstaaten zwar die Möglichkeit ein, dem Gesellschafter-Arbeitnehmer den Garantieanspruch zu versagen, wenn er es länger als drei Monate hinnimmt, dass seine Entgeltansprüche nicht erfüllt werden, fügt jedoch an, "sofern nicht nachgewiesen ist, dass kein missbräuchliches Verhalten vorliegt." Die Besonderheit des hier zu beurteilenden Falles besteht allerdings darin, dass - wie bereits dargestellt - Ansprüche des Gesellschafter-Arbeitnehmers gegen seinen in Konkurs verfallenen Arbeitgeber nach nationalem Recht gar nicht bestehen, sodass auch ein im Allgemeinen wegen der Besonderheit des Verfahrens gar nicht zu erbringender vergleichs 8 ObS 206/00b) Nachweis, dass missbräuchliches Verhalten nicht vorliege, nach nationalem Recht zu keinem weitergehenden Anspruch führen könnte. Es hat daher bei der sich aus der Richtlinie ergebenden Mindestsicherung zu verbleiben.

Der Revision ist teilweise Folge zu geben. Dem Klagebegehren ist im dargestellten Umfang stattzugeben und das Mehrbegehren abzuweisen. An die Stelle des ursprünglich beklagten Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen trat gemäß § 17a Abs 29 IESG mit 1. 8. 2001 ex lege die Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds GmbH, welcher Umstand im Kopf dieser Entscheidung entsprechend zu berücksichtigen war. Der Revision ist teilweise Folge zu geben. Dem Klagebegehren ist im dargestellten Umfang stattzugeben und das Mehrbegehren abzuweisen. An die Stelle des ursprünglich beklagten Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen trat gemäß Paragraph 17 a, Absatz 29, IESG mit 1. 8. 2001 ex lege die Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds GmbH, welcher Umstand im Kopf dieser Entscheidung entsprechend zu berücksichtigen war.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 77 Abs 1 Z 2 lit a ASGG. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 77, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a, ASGG.

**Textnummer**

E72100

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2004:008OBS00017.03P.0123.000

**Im RIS seit**

22.02.2004

**Zuletzt aktualisiert am**

21.11.2012

**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)