

# TE OGH 2001/4/26 8ObS249/00a

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.04.2001

## **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. Langer und Dr. Rohrer sowie durch die fachkundigen Laienrichter Walter Darmstädter und Dr. Michael Manhard als weitere Richter in der Sozialrechtssache der klagenden Partei Maria W\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Thomas Stampfer, Dr. Christoph Orgler, Rechtsanwälte in Graz, wider die beklagte Partei Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen Steiermark, 8021 Graz, Babenbergerstraße 35, vertreten durch die Finanzprokuratur, 1010 Wien, Singerstraße 17-19, wegen S 78.702,80 netto sA, infolge außerordentlicher Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Graz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 29. Juni 2000, GZ 7 Rs 90/00k-10, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Graz als Arbeits- und Sozialgericht vom 1. Dezember 1999, GZ 33 Cgs 106/99f-6, abgeändert wurde, den

Beschluss

gefasst:

## **Spruch**

I. Das Verfahren wird bis zum Einlangen der Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften gemäß § 90a Abs 1 GOG ausgesetzt. römisch eins. Das Verfahren wird bis zum Einlangen der Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften gemäß Paragraph 90 a, Absatz eins, GOG ausgesetzt.

II. Dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften werden gemäß Art 234 EG folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt: römisch II. Dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften werden 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?

## **Text**

## Begründung:

Die Klägerin war vom 2. Juni 1997 bis 5. Mai 1999 bei einer Gesellschaft mbH, deren Geschäftsführer ihr Ehemann Josef W\*\*\*\*\* war, als Angestellte beschäftigt. Ihr Tätigkeitsbereich war die Buchhaltung und das Mahnwesen. In Entscheidungen der Unternehmensführung war sie nicht eingebunden. Die Klägerin war - ebenso wie ihr Ehemann - zu 25 % Gesellschafterin ihrer Arbeitgeberin.

Wie der Oberste Gerichtshof im Zwischenverfahren erhoben hat, erfolgte gemäß § 7 Punkt 6 des Gesellschaftsvertrags vom 7. Dezember 1991 der ehemaligen Arbeitgeberin der Klägerin die Beschlussfassung in der Generalversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit. Gemäß Punkt 7. bedurften folgende Beschlüsse einer Mehrheit von drei Viertel der abgegebenen Stimmen: a) Änderung des Gesellschaftsvertrages, b) Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern und Prokuristen, c) Verlegung des Sitzes der Gesellschaft, d) Gründung von Zweigniederlassungen, e) Kauf, Veräußerung und Belastung von Liegenschaften, f) Aufnahme von Krediten über S 500.000, g) Eingehen von Wechselverbindlichkeiten über S 100.000, h) Eingehen von Bürgschaften, auch der Gesellschafter, i) Verpfändung von Geschäftsanteilen, j) Investitionen über S 200.000 und k) Verwendung des jährlichen Reingewinns. Wie der Oberste Gerichtshof im Zwischenverfahren erhoben hat, erfolgte gemäß Paragraph 7, Punkt 6 des Gesellschaftsvertrags vom 7. Dezember 1991 der ehemaligen Arbeitgeberin der Klägerin die Beschlussfassung in der Generalversammlung mit einfacher Stimmenmehrheit. Gemäß Punkt 7. bedurften folgende Beschlüsse einer Mehrheit von drei Viertel der abgegebenen Stimmen: a) Änderung des Gesellschaftsvertrages, b) Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern und Prokuristen, c) Verlegung des Sitzes der Gesellschaft, d) Gründung von Zweigniederlassungen, e) Kauf, Veräußerung und Belastung von Liegenschaften, f) Aufnahme von Krediten über S 500.000, g) Eingehen von Wechselverbindlichkeiten über S 100.000, h) Eingehen von Bürgschaften, auch der Gesellschafter, i) Verpfändung von Geschäftsanteilen, j) Investitionen über S 200.000 und k) Verwendung des jährlichen Reingewinns.

Mit Beschluss vom 10. Februar 1999 wurde über das Vermögen der Gesellschaft mbH der Konkurs eröffnet. Das Dienstverhältnis der Klägerin endete durch eine vom Masseverwalter gemäß § 25 KO ausgesprochene Kündigung. Mit Beschluss vom 10. Februar 1999 wurde über das Vermögen der Gesellschaft mbH der Konkurs eröffnet. Das Dienstverhältnis der Klägerin endete durch eine vom Masseverwalter gemäß Paragraph 25, KO ausgesprochene Kündigung.

Wegen Schwierigkeiten bei Durchführung eines Großauftrags in Ungarn hatte die Arbeitgeberin der Klägerin im Frühjahr 1998 Zahlungsschwierigkeiten bei Materiallieferungen, Löhnen und Lohnnebenkosten. Der Geschäftsführer konnte bei der Hausbank keine Erhöhung des mit 3 Mio S bereits voll ausgenützten Kreditrahmens erreichen. Zur Erlangung eines weiteren Kredits von S 1 Mio war die Verpfändung des im Hälfteneigentum der Klägerin und ihres Ehemannes stehenden Wohnhauses erforderlich. Die Klägerin, die davon ausging, dass mit Einbringlichmachung der Außenstände der ungarischen Baustelle die finanziellen Schwierigkeiten beseitigt sein würden, stimmte der Kreditaufnahme und der Mithaftung zu. Mit dem Überbrückungskredit wurden die dringendsten finanziellen Forderungen beglichen, darunter die Löhne der Mitarbeiter samt Abgaben. In der Folge gelang es jedoch nicht, die Außenstände im Gesamtbetrag zwischen 5 und 7 Mio S einbringlich zu machen. Ab September 1998 konnte die Gesellschaft mbH keine Löhne mehr auszahlen. Deren Geschäftsführer musste darüber hinaus feststellen, dass er sich bei Projekten verkalkuliert hatte, sodass große Verluste zu erwarten waren. Der im November 1998 beigezogene Betriebsberater kam zum Schluss, dass eine Konkursanmeldung unausweichlich sei. Im Unternehmen waren außer der Klägerin 19 Arbeiter und Angestellte sowie 11 Lehrlinge beschäftigt. Bereits vor Konkursöffnung waren vier Arbeiter und ein Angestellter wegen Entgeltvorenthalten ausgetreten.

Die Klägerin hatte seit September 1998 keinen Lohn erhalten. Ihre Ansprüche betragen der Höhe nach:

Entgelt September 1998 S 9.892,--

Spesen Aufwandsentschädigung

Kilometergeld S 2.308,--

Entgelt Oktober 1998 S 9.943,--

Spesen Aufwandsentschädigung

Kilometergeld S 7.350,--

Entgelt November 1998	S 9.943,-
Weihnachtsremuneration 1998	S 10.064,-
Entgelt Dezember 1998	S 9.943,-
Entgelt Jänner 1999	S 10.197,-
Entgelt 1. bis 10. Februar 1999	S 3.399,-
Aliquote Sonderzahlungen	
1. 1. bis 10. 2. 1999	S 2.318,-
Urlaubsentschädigung für 30 Werkstage	S 15.470,-
Schadenersatz nach § 25 KO	
6. 5. bis 30. 6. 1998	S 21.861,-
8 % Zinsen ab Fälligkeit bis 10. 2. 1998	S 1.159,-
Kosten	S 350,-
	S 114.197.

Die Klägerin meldete diese Ansprüche im Konkurs der Gesellschaft mbH fristgerecht als Forderung an und beantragte bei der Beklagten rechtzeitig die Zuerkennung von Insolvenz-Ausfallgeld.

Mit Bescheid vom 5. 8. 1999 lehnte die Beklagte den Antrag der Klägerin auf Gewährung von Insolvenz-Ausfallgeld im Wesentlichen mit der Begründung ab, dass von Minderheitsgesellschaftern länger als 60 Tage stehen gelassene fällige Gehaltsansprüche als Eigenkapital ersetzendes Gesellschafterdarlehen zu qualifizieren seien sowie dass das Stehenlassen von Entgelt eine sittenwidrige Belastung des Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds darstelle, die Nichtigkeit begründe.

Mit ihrer am 3. 9. 1999 beim Erstgericht überreichten Klage begehrte die Klägerin die Zahlung von Insolvenz-Ausfallgeld im Betrag von S

114.197 sA. Sie sei Arbeitnehmerin im Sinn des Arbeitsrechts gewesen, weshalb sie Anspruch auf Leistungen der Beklagten habe. Auch die anderen Mitarbeiter hätten im Vertrauen auf die Gesundung des Unternehmens ihre Löhne nicht eingefordert, weshalb keine sittenwidrige Überwälzung des Unternehmerrisikos auf den Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds vorliege. Auf Grund der Zusicherungen des Geschäftsführers habe die Klägerin bis Mitte Dezember 1998 darauf vertrauen können, dass die Löhne nachgezahlt würden. Sodann sei sie als einzige Angestellte, die sich mit der Buchhaltung befasst habe, für die Vorbereitung des Konkursantrags benötigt worden.

Die Beklagte wendete dagegen ein, dass die Klägerin als Gesellschafterin die Möglichkeit gehabt habe, firmenpolitische Entscheidungen mitzutragen und zu verhindern. Auf Grund ihrer Stellung als Lohnbuchhalterin, Buchhalterin und Beauftragte für das Mahnwesen sei ihr die schlechte finanzielle Situation der Gesellschaft bereits im September 1998 bekannt gewesen. Es hätte sie daher die Verpflichtung getroffen, entweder wegen Lohnvorenthalts sofort auszutreten oder als Gesellschafterin eine Kapitalaufstockung insbesondere hinsichtlich des nicht eingezahlten Stammkapitals vorzunehmen. Das Stehenlassen der ausstehenden Gehälter für einen so langen Zeitraum müsse als sittenwidrige Überwälzung des Unternehmerrisikos auf den Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds betrachtet werden.

Das Erstgericht erkannte die Beklagte zur Zahlung von S 78.702,80 sA an Insolvenz-Ausfallgeld schuldig. Es traf die eingangs wiedergegebenen Feststellungen und führte zur rechtlichen Beurteilung aus, dass beim Verbleib des Arbeitnehmers im Unternehmen trotz Nichtzahlung des Lohnes ohne ernstlichen Versuch, die Beträge einbringlich zu machen, indiziert sei, dass der Arbeitnehmer beabsichtige, seine offenen Ansprüche gegenüber dem Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds geltend zu machen. Eine derartige Verhaltensweise sei sittenwidrig. Die Klägerin, die trotz Nichtzahlung des Lohns im Unternehmen tätig geblieben sei und volle Kenntnis über die schlechte finanzielle Situation der Arbeitgeberin gehabt habe, hätte spätestens am 31. Oktober 1998 ihren vorzeitigen Austritt erklären müssen, weil sie zu diesem Zeitpunkt hätte erkennen können, dass weder der September- noch der Oktoberlohn zur Auszahlung

gelange. Es stehe ihr daher ab diesem Zeitpunkt kein Anspruch auf Insolvenz-Ausfallgeld zu. Der Klägerin gebühren daher nur jene Entgelt- und Schadenersatzansprüche, die sie bei rechtzeitigem Austritt zum 31. Oktober 1998 hätte begehrn können. Das seien im Einzelnen:

Entgelt, Spesen und Kilometergeld für

September und Oktober 1998 S 29.493,--

Weihnachtsremuneration vom 1. 1.

bis 31. 10. 1998 S 8.413,30

Urlaubsentschädigung für 30 Arbeitstage S 15.470,--

Kündigungsentschädigung vom 1. 11. bis

31. 12. 1998 S 23.233,--

8 % Zinsen aus S 12.200,-- vom 1. 10.

bis 31. 10. 1998 S 81,--

8 % Zinsen aus S 76.576,63 vom 1. 11.

1998 bis 10. 2. 1999 S 1.697,17

Gerichtskosten S 350,--

Das Gericht zweiter Instanz gab der dagegen erhobenen Berufung der Beklagten Folge und änderte dieses Urteil dahin ab, dass es das Klagebegehrn abwies. Es sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Das Stehenlassen von Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis durch den Arbeitnehmer einer Gesellschaft mbH, der zugleich deren Gesellschafter sei, sei bei einer Beteiligung von - wie hier - 25 % als Eigenkapitalersatz zu qualifizieren, wenn der Gesellschafter die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft erkennen konnte. Dazu bedürfe es keiner Stundungsvereinbarung zwischen Gesellschafter und Gesellschaft; es genüge als subjektives Erfordernis, dass für den Gesellschafter die fehlende Kreditwürdigkeit erkennbar sei. Der Klägerin habe auf Grund ihrer Tätigkeit die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft mbH ab Herbst 1998 bekannt sein müssen, zumal im Frühjahr 1998 der Kreditrahmen schon voll ausgeschöpft gewesen sei und ein neuer Kredit nur mehr unter ihrer Mithaftung und Belehnung ihrer Haushälfte erlangt habe werden können. Das Stehenlassen ihrer Entgeltansprüche ab September 1998 sei daher als Eigenkapitalersatz zu werten.

Eine Trennung der Ansprüche aus einem einheitlichen Beschäftigungsverhältnis in einen Anteil, in dem sie als Gesellschafterin durch Stehenlassen ihrer Entgeltforderungen ein Eigenkapital ersetzendes Gesellschafterdarlehen gewährte und in einem Teil, in dem sie als Arbeitnehmerin nach einem dem "Fremdvergleich" standhaltendem Verhalten ihren fiktiven Austritt erklärt hätte, sei nicht möglich. Würden einerseits gesellschaftsrechtliche Erwägungen über den Eigenkapitalersatz zum Ausschluss der Sicherung nach dem IESG führen, so könne vom einheitlichen Rechtsverhältnis nicht andererseits ein typisches Arbeitsverhältnis, das einen vom Sicherungszweck des IESG erfassten Austritt rechtfertigen könnte, getrennt werden. Insofern wirke die gesellschaftsrechtliche Betrachtungsweise fort und verdränge allfällige Arbeitnehmeransprüche.

Auch ein sogenannter "Fremdvergleich" führe zu keinem anderen Ergebnis. Danach hätten nämlich normalerweise Arbeitnehmer unter den gegebenen Prämissen das Arbeitsverhältnis nicht aufrecht erhalten. Bleibe ein Arbeitnehmer dennoch, etwa weil er sich aus familiären Gründen dazu veranlasst gesehen habe, im Unternehmen, stehe ihm kein Insolvenz-Ausfallgeld zu, weil er wissen musste, dass rückständige Lohnansprüche grundsätzlich vom Fonds abgegolten werden. Aus der zwischenzeitlich erfolgten zeitlichen Limitierung der Ansprüche auf Insolvenz-Ausfallgeld für laufendes Entgelt für Zeiten vor der Konkursöffnung nach § 3a IESG folge nicht, dass die Geltendmachung von Insolvenz-Ausfallgeld für einen Lohnrückstand von sechs Monaten vor Konkursöffnung nie sittenwidrig sein könnte. Sittenwidrigkeit liege vielmehr bei Hinzutreten besonderer Umstände wie etwa genaue Kenntnis der finanziellen Verhältnisse des Unternehmens, Nahebeziehung zum Unternehmer verbunden mit der Absicht, die Weiterführung des Unternehmens zu ermöglichen, auch bei einer kürzeren Zeitspanne vor. Auch ein sogenannter "Fremdvergleich" führe zu keinem anderen Ergebnis. Danach hätten nämlich normalerweise Arbeitnehmer unter den gegebenen Prämissen das Arbeitsverhältnis nicht aufrecht erhalten. Bleibe ein Arbeitnehmer dennoch, etwa weil er sich aus familiären

Gründen dazu veranlasst gesehen habe, im Unternehmen, stehe ihm kein Insolvenz-Ausfallgeld zu, weil er wissen musste, dass rückständige Lohnansprüche grundsätzlich vom Fonds abgegolten werden. Aus der zwischenzeitlich erfolgten zeitlichen Limitierung der Ansprüche auf Insolvenz-Ausfallgeld für laufendes Entgelt für Zeiten vor der Konkursöffnung nach Paragraph 3 a, IESG folge nicht, dass die Geltendmachung von Insolvenz-Ausfallgeld für einen Lohnrückstand von sechs Monaten vor Konkursöffnung nie sittenwidrig sein könnte. Sittenwidrigkeit liege vielmehr bei Hinzutreten besonderer Umstände wie etwa genaue Kenntnis der finanziellen Verhältnisse des Unternehmens, Nahebeziehung zum Unternehmer verbunden mit der Absicht, die Weiterführung des Unternehmens zu ermöglichen, auch bei einer kürzeren Zeitspanne vor.

### **Rechtliche Beurteilung**

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin außerordentliche Revision erhoben. Die Revision ist zulässig, weil der Oberste Gerichtshof bislang nicht zu der Rechtsfrage Stellung genommen hat, ob die Ziele der Richtlinie 80/987/EWG durch die Anwendung der gesellschaftsrechtlichen Grundsätze über den Eigenkapitalersatz auf Arbeitnehmer, die gleichzeitig Minderheitsgesellschafter des Arbeitgebers sind, vereitelt werden könnten.

Gemäß § 1 Abs 1 Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz 1977 (IESG) haben Anspruch auf Insolvenz-Ausfallgeld Arbeitnehmer, Heimarbeiter und ihre Hinterbliebenen sowie ihre Rechtsnachfolger von Todes wegen (Anspruchsberechtigte) für die nach Abs 2 gesicherten Ansprüche, wenn über das Vermögen des Arbeitgebers (Auftraggebers) im Inland der Konkurs eröffnet wird, auch wenn das Arbeitsverhältnis (Auftragsverhältnis) beendet ist. Der Konkursöffnung stehen die in Z 1 bis 6 der Gesetzesstelle aufgezählten Sachverhalte, wie etwa die Eröffnung des Ausgleichsverfahrens oder die Ablehnung eines Antrags auf Eröffnung des Konkurses mangels hinreichenden Vermögens, gleich. Gemäß § 1 Abs 2 IESG sind gesichert aufrechte nicht verjährte und nicht ausgeschlossene Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, auch wenn sie gepfändet, verpfändet oder übertragen worden sind, und zwar Entgeltansprüche, insbesondere auf laufendes Entgelt und aus der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Z 1), Schadenersatzansprüche (Z 2), sonstige Ansprüche gegen den Arbeitgeber (Z 3) und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten (Z 4). Gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz 1977 (IESG) haben Anspruch auf Insolvenz-Ausfallgeld Arbeitnehmer, Heimarbeiter und ihre Hinterbliebenen sowie ihre Rechtsnachfolger von Todes wegen (Anspruchsberechtigte) für die nach Absatz 2, gesicherten Ansprüche, wenn über das Vermögen des Arbeitgebers (Auftraggebers) im Inland der Konkurs eröffnet wird, auch wenn das Arbeitsverhältnis (Auftragsverhältnis) beendet ist. Der Konkursöffnung stehen die in Ziffer eins bis 6 der Gesetzesstelle aufgezählten Sachverhalte, wie etwa die Eröffnung des Ausgleichsverfahrens oder die Ablehnung eines Antrags auf Eröffnung des Konkurses mangels hinreichenden Vermögens, gleich. Gemäß Paragraph eins, Absatz 2, IESG sind gesichert aufrechte nicht verjährte und nicht ausgeschlossene Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, auch wenn sie gepfändet, verpfändet oder übertragen worden sind, und zwar Entgeltansprüche, insbesondere auf laufendes Entgelt und aus der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Ziffer eins), Schadenersatzansprüche (Ziffer 2.), sonstige Ansprüche gegen den Arbeitgeber (Ziffer 3.) und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten (Ziffer 4.).

Anlässlich seines Beitritts zur Europäischen Union (BGBl 45/1995) hat Österreich gemäß Art 29 der Beitrittsakte im Sinne des Art 1 Abs 2 der Richtlinie 80/987/EWG folgenden Vorbehalt gemacht, der im Anhang, Abschnitt I ("Arbeitnehmer mit einem Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis besonderer Art") eingefügt wurde: Anlässlich seines Beitritts zur Europäischen Union Bundesgesetzblatt 45 aus 1995,) hat Österreich gemäß Artikel 29, der Beitrittsakte im Sinne des Artikel eins, Absatz 2, der Richtlinie 80/987/EWG folgenden Vorbehalt gemacht, der im Anhang, Abschnitt römisch eins ("Arbeitnehmer mit einem Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis besonderer Art") eingefügt wurde:

"F. Österreich

1. Mitglieder des Organs einer juristischen Person, das zu deren gesetzlichen Vertretung berufen ist;
2. Gesellschafter, die befugt sind, einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft auszuüben, auch wenn dieser auf einer treuhändigen Verfügung beruht".

Entsprechend diesem Vorbehalt schließt § 1 Abs 6 IESG unter anderem vom Anspruch auf Insolvenz-Ausfallgeld aus die Mitglieder des Organes einer juristischen Person, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist (Z 2) sowie Gesellschafter, denen ein beherrschender Einfluss auf die Gesellschaft zusteht, auch wenn dieser Einfluss ausschließlich oder teilweise auf der treuhändigen Verfügung von Gesellschaftsanteilen Dritter beruht oder durch

treuhändige Weitergabe von Gesellschaftsanteilen ausgeübt wird (Z 4). Der erkennende Senat hat zu § 1 Abs 6 Z 2 IESG bereits ausgesprochen, dass der österreichische Vorbehalt ebensowenig wie die wortgleiche bereits zitierte Gesetzesstelle auf die konkreten Missbrauchsmöglichkeiten der Organe oder gar auf einen konkreten Missbrauch der Insolvenzentsicherung abstelle. Dies sei richtlinienkonform, räume doch Art 1 Abs 2 der Richtlinie den Mitgliedsstaaten die Befugnis ein, bestimmte Arbeitsverhältnisse wegen ihrer besonderen Art generell von der Insolvenzentsicherung auszunehmen, ohne dass es darauf ankäme, ob im Einzelfall ein Missbrauch vorliege. Art 10 der Richtlinie ermächtigte die Mitgliedsstaaten ganz allgemein, die zur Vermeidung von Missbräuchen notwendigen Maßnahmen zu treffen und die vorgesehene Sicherung abzulehnen oder einzuschränken, wenn sich herausstellt, dass die Erfüllung der Verpflichtung wegen des Bestehens besonderer Bindungen zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber und gemeinsamer Interessen, die sich in einer Kollusion zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber ausdrücken, nicht gerechtfertigt ist (8 ObS 199/97s). Entsprechend diesem Vorbehalt schließt Paragraph eins, Absatz 6, IESG unter anderem vom Anspruch auf Insolvenz-Ausfallgeld aus die Mitglieder des Organes einer juristischen Person, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist (Ziffer 2,) sowie Gesellschafter, denen ein beherrschender Einfluss auf die Gesellschaft zusteht, auch wenn dieser Einfluss ausschließlich oder teilweise auf der treuhändigen Verfügung von Gesellschaftsanteilen Dritter beruht oder durch treuhändige Weitergabe von Gesellschaftsanteilen ausgeübt wird (Ziffer 4.). Der erkennende Senat hat zu Paragraph eins, Absatz 6, Ziffer 2, IESG bereits ausgesprochen, dass der österreichische Vorbehalt ebensowenig wie die wortgleiche bereits zitierte Gesetzesstelle auf die konkreten Missbrauchsmöglichkeiten der Organe oder gar auf einen konkreten Missbrauch der Insolvenzentsicherung abstelle. Dies sei richtlinienkonform, räume doch Artikel eins, Absatz 2, der Richtlinie den Mitgliedsstaaten die Befugnis ein, bestimmte Arbeitsverhältnisse wegen ihrer besonderen Art generell von der Insolvenzentsicherung auszunehmen, ohne dass es darauf ankäme, ob im Einzelfall ein Missbrauch vorliege. Artikel 10, der Richtlinie ermächtigte die Mitgliedsstaaten ganz allgemein, die zur Vermeidung von Missbräuchen notwendigen Maßnahmen zu treffen und die vorgesehene Sicherung abzulehnen oder einzuschränken, wenn sich herausstellt, dass die Erfüllung der Verpflichtung wegen des Bestehens besonderer Bindungen zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber und gemeinsamer Interessen, die sich in einer Kollusion zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber ausdrücken, nicht gerechtfertigt ist (8 ObS 199/97s).

Gemäß § 3a Abs 1 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 - Zeitpunkt der Konkursöffnung oder eines nach § 1 Abs 1 IESG gleichgestellten Tatbestandes - bzw wenn das Arbeitsverhältnis vor dem Stichtag geendet hat, vor mehr als sechs Monaten vor dessen arbeitsrechtlichem Ende 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. Der erkennende Senat hat auch diese gesetzliche Bestimmung als richtlinienkonform erachtet, weil auch für die Zeit zwischen dem Antrag auf Eröffnung des Verfahrens zur gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung und dem Beschluss auf Konkursöffnung kein Ausschluss der Sicherung normiert wird, sondern die Ansprüche lediglich von einer Klagsführung durch den Arbeitnehmer abhängig gemacht werden, was eine im Sinne des Art 10 lit a der Richtlinie zulässige - notwendige - Maßnahme zur Vermeidung von Missbräuchen darstelle (8 ObS 23/00s; 8 ObS 86/00f; 8 ObS 89/00x). Gemäß Paragraph 3 a, Absatz eins, 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 - Zeitpunkt der Konkursöffnung oder eines nach Paragraph eins, Absatz eins, IESG gleichgestellten Tatbestandes - bzw wenn das Arbeitsverhältnis vor dem Stichtag geendet hat, vor mehr als sechs Monaten vor dessen arbeitsrechtlichem Ende 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. Der erkennende Senat hat auch diese gesetzliche Bestimmung als richtlinienkonform erachtet, weil auch für die Zeit zwischen dem Antrag auf Eröffnung des Verfahrens zur gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung und dem Beschluss auf Konkursöffnung kein Ausschluss der Sicherung normiert wird, sondern die Ansprüche lediglich von einer Klagsführung durch den Arbeitnehmer abhängig gemacht werden, was eine im Sinne des Artikel 10, Litera a, der Richtlinie zulässige - notwendige - Maßnahme zur Vermeidung von Missbräuchen darstelle (8 ObS 23/00s; 8 ObS 86/00f; 8 ObS 89/00x).

Der erkennende Senat judiziert in ständiger Rechtsprechung, dass aus dieser Gesetzesstelle allerdings nicht der

Umkehrschluss gezogen werden dürfe, Insolvenz-Ausfallgeld gebühre in jedem Fall für einen Lohnrückstand von sechs Monaten oder weniger für die Zeit vor Konkursöffnung (oder einem nach § 1 Abs 1 IESG gleichgestellten Sachverhalt). Vielmehr könne bei Hinzutreten besonderer Umstände - zB genauer Kenntnis der finanziellen Verhältnisse des Unternehmens, Nahebeziehung zum Unternehmer verbunden mit der Absicht, durch Zuwartern mit der Beendigung des Dienstverhältnisses die Weiterführung des Unternehmens zu ermöglichen - die nachfolgende Geltendmachung von Insolvenz-Ausfallgeld gegenüber dem Fonds sittenwidrig sein (8 ObS 192/98p; 8 ObS 5/00v; 8 ObS 150/00t ua). Der erkennende Senat judiziert in ständiger Rechtsprechung, dass aus dieser Gesetzesstelle allerdings nicht der Umkehrschluss gezogen werden dürfe, Insolvenz-Ausfallgeld gebühre in jedem Fall für einen Lohnrückstand von sechs Monaten oder weniger für die Zeit vor Konkursöffnung (oder einem nach Paragraph eins, Absatz eins, IESG gleichgestellten Sachverhalt). Vielmehr könne bei Hinzutreten besonderer Umstände - zB genauer Kenntnis der finanziellen Verhältnisse des Unternehmens, Nahebeziehung zum Unternehmer verbunden mit der Absicht, durch Zuwartern mit der Beendigung des Dienstverhältnisses die Weiterführung des Unternehmens zu ermöglichen - die nachfolgende Geltendmachung von Insolvenz-Ausfallgeld gegenüber dem Fonds sittenwidrig sein (8 ObS 192/98p; 8 ObS 5/00v; 8 ObS 150/00t ua).

Seit der Entscheidung des erkennenden Senats vom 8. 5. 1991, 8 Ob

9/91 (SZ 64/53 = WBI 1991,399 [Ostheim] = EvBl 1991/179 = GesRZ 1991,

162 = JAP 1991/92, 246 [P. Bydlinski]) ist es auch in Österreich

allgemein anerkannt (1 Ob 617/91 = SZ 64/160 = JBI 1992, 444

[Ostheim]; 9 ObS 15/92 = SZ 66/8 = GesRZ 1993, 111 = DRdA 1993, 490

[Geist] = ArbSlg 11.068; 8 Ob 15/92; 8 Ob 28/93 = ecolex 1994, 234

[Dellinger] = RdW 1994, 143 = GesRZ 1994, 136 = WBI 1994, 205, dazu

K. Schmidt, RdW 1994, 135; 1 Ob 568/95 = RdW 1996, 13 und 115 = GesRZ

1996, 108 = ZIK 1996, 108, dazu kritisch Schummer, GesRZ 1996, 108

und ÖJZ 1996, 245), dass die im deutschen Recht zu § 32a dGmbHG entwickelten Grundsätze über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterdarlehen in Anlogie zu § 74 GmbHG auch im österreichischen Recht anwendbar sind. Mit diesen Darlehen versuchen Gesellschafter eine notleidend gewordene Gesellschaft dadurch am Leben zu erhalten, dass sie anstatt das zur Sanierung notwendige Eigenkapital zuzuführen, Darlehen gewähren, die sie dann vor dem endgültigen Zusammenbruch der Gesellschaft abziehen oder samt allfälligen Sicherheiten im Konkurs der Gesellschaft geltend machen, wodurch der ohnehin schon unzureichende Haftungsfonds für die Gläubiger zu deren Lasten noch weiter geschmälert wird. Damit wälzen die Gesellschafter das Finanzierungsrisiko insbesondere bei der Gesellschaft mbH über das bei dieser Gesellschaftsform ohnehin nicht unerhebliche Gläubigerrisiko hinaus auf die Gläubiger ab. Zur Finanzierung sind sie in derartigen durch Eigenkapitalmangel und hohes Finanzierungsrisiko gekennzeichneten Fällen regelmäßig nur bereit, wenn sie sich davon Vorteile für das im eigenen Interesse betriebene Unternehmen versprechen; gleichwohl möchten sie das Risiko aus der Zuführung neuer Mittel so weit wie möglich auf die Fremdgläubiger überwälzen und wählen daher die Darlehensform. Ein derartiges Verhalten des Gesellschafters verstößt gegen seine Verantwortung für eine ordnungsgemäße Unternehmensfinanzierung. Diese Verantwortung verpflichtet den Gesellschafter zwar nicht, in der Krise fehlendes Kapital aus seinem Vermögen nachzuschießen. Er kann sich jedoch dieser Verantwortung nicht dadurch zum Nachteil der Gläubiger entziehen, dass er bei einer tatsächlich beabsichtigten Finanzierungshilfe anstatt sie durch die objektiv gebotene Einbringung haftenden Eigenkapitals zu leisten, auf eine andere ihm weniger riskant erscheinende Finanzierungsform ausweicht. Darunter ist nicht nur die Gewährung eines Darlehens an die Gesellschaft durch den Gesellschafter zu verstehen, sondern auch eine andere Rechtshandlung des Gesellschafters, die der Darlehensgewährung wirtschaftlich entspricht (vgl § 32a Abs 3 dGmbHG).und ÖJZ 1996, 245), dass die im deutschen Recht zu Paragraph 32 a, dGmbHG entwickelten Grundsätze über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterdarlehen in Anlogie zu Paragraph 74, GmbHG auch im österreichischen Recht anwendbar sind. Mit diesen Darlehen versuchen Gesellschafter eine notleidend gewordene Gesellschaft dadurch am Leben zu erhalten, dass sie anstatt das zur Sanierung notwendige Eigenkapital zuzuführen, Darlehen gewähren, die sie dann vor dem endgültigen Zusammenbruch der Gesellschaft abziehen oder samt allfälligen Sicherheiten im Konkurs der Gesellschaft geltend machen, wodurch der ohnehin schon unzureichende Haftungsfonds

für die Gläubiger zu deren Lasten noch weiter geschmälert wird. Damit wälzen die Gesellschafter das Finanzierungsrisiko insbesondere bei der Gesellschaft mbH über das bei dieser Gesellschaftsform ohnehin nicht unerhebliche Gläubigerrisiko hinaus auf die Gläubiger ab. Zur Finanzierung sind sie in derartigen durch Eigenkapitalmangel und hohes Finanzierungsrisiko gekennzeichneten Fällen regelmäßig nur bereit, wenn sie sich davon Vorteile für das im eigenen Interesse betriebene Unternehmen versprechen; gleichwohl möchten sie das Risiko aus der Zuführung neuer Mittel so weit wie möglich auf die Fremdgläubiger überwälzen und wählen daher die Darlehensform. Ein derartiges Verhalten des Gesellschafters verstößt gegen seine Verantwortung für eine ordnungsgemäße Unternehmensfinanzierung. Diese Verantwortung verpflichtet den Gesellschafter zwar nicht, in der Krise fehlendes Kapital aus seinem Vermögen nachzuschließen. Er kann sich jedoch dieser Verantwortung nicht dadurch zum Nachteil der Gläubiger entziehen, dass er bei einer tatsächlich beabsichtigten Finanzierungshilfe anstatt sie durch die objektiv gebotene Einbringung haftenden Eigenkapitals zu leisten, auf eine andere ihm weniger riskant erscheinende Finanzierungsform ausweicht. Darunter ist nicht nur die Gewährung eines Darlehens an die Gesellschaft durch den Gesellschafter zu verstehen, sondern auch eine andere Rechtshandlung des Gesellschafters, die der Darlehensgewährung wirtschaftlich entspricht vergleiche Paragraph 32 a, Absatz 3, dGmbHG).

Für den deutschen Rechtsbereich normiert § 32a Abs 3 dGmbHG, dass die Regeln über den Eigenkapitalsatz nicht für den nicht geschäftsführenden Gesellschafter, der mit 10 vH oder weniger am Stammkapital beteiligt ist, gelten. Für den österreichischen Rechtsbereich wurde insoweit bereits ausgesprochen, dass die Finanzierungsverantwortung des Gesellschafters einer GmbH im Hinblick auf die im Vergleich zur Aktiengesellschaft doch personalistischere Struktur der Gesellschaft mbH und die Ausfallhaftung gemäß § 70 GmbHG anders zu beurteilen ist als die eines Aktionärs und daher die Qualifikation einer Leistung des Gesellschafters als Eigenkapitalsatz jedenfalls keine Beteiligung von mehr als 20 % erfordere (SZ 70/232). In der zuletzt zitierten Entscheidung wurde ebenso wie bereits in der Entscheidung GesRZ 1997, 40 weiters dargestellt, dass nicht auf die positive Kenntnis der Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft abzustellen sei, sondern dass das Kennenmüssen der Krise durch den Gesellschafter ausreiche. Für den deutschen Rechtsbereich normiert Paragraph 32 a, Absatz 3, dGmbHG, dass die Regeln über den Eigenkapitalsatz nicht für den nicht geschäftsführenden Gesellschafter, der mit 10 vH oder weniger am Stammkapital beteiligt ist, gelten. Für den österreichischen Rechtsbereich wurde insoweit bereits ausgesprochen, dass die Finanzierungsverantwortung des Gesellschafters einer GmbH im Hinblick auf die im Vergleich zur Aktiengesellschaft doch personalistischere Struktur der Gesellschaft mbH und die Ausfallhaftung gemäß Paragraph 70, GmbHG anders zu beurteilen ist als die eines Aktionärs und daher die Qualifikation einer Leistung des Gesellschafters als Eigenkapitalsatz jedenfalls keine Beteiligung von mehr als 20 % erfordere (SZ 70/232). In der zuletzt zitierten Entscheidung wurde ebenso wie bereits in der Entscheidung GesRZ 1997, 40 weiters dargestellt, dass nicht auf die positive Kenntnis der Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft abzustellen sei, sondern dass das Kennenmüssen der Krise durch den Gesellschafter ausreiche.

Die Folge der Qualifikation eines Darlehens als Eigenkapital ersetzend besteht darin, dass dieses bis zur nachhaltigen Sanierung der Gesellschaft weder mittelbar noch unmittelbar zurückgezahlt werden darf. Diese Grundsätze gelten auch in der Insolvenz und in der Liquidation der Gesellschaft und führen dazu, dass Ansprüche aus Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen hinter die Ansprüche der übrigen Gläubiger zurückzutreten haben (SZ 64/53; SZ 69/208; 9 ObA 53/00k ua). Dies bedeutet, dass die Klägerin ihre Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber in dessen Konkurs nicht durchsetzen könnte (vgl 9 ObA 53/00k = ZIK 2000, 138 = RdW 2000, 537 = DRdA 2000, 423) Die Folge der Qualifikation eines Darlehens als Eigenkapital ersetzend besteht darin, dass dieses bis zur nachhaltigen Sanierung der Gesellschaft weder mittelbar noch unmittelbar zurückgezahlt werden darf. Diese Grundsätze gelten auch in der Insolvenz und in der Liquidation der Gesellschaft und führen dazu, dass Ansprüche aus Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen hinter die Ansprüche der übrigen Gläubiger zurückzutreten haben (SZ 64/53; SZ 69/208; 9 ObA 53/00k ua). Dies bedeutet, dass die Klägerin ihre Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber in dessen Konkurs nicht durchsetzen könnte vergleiche 9 ObA 53/00k = ZIK 2000, 138 = RdW 2000, 537 = DRdA 2000, 423).

Gemäß Art 2 Abs 2 der Richtlinie ist unter anderem der Begriff "Arbeitnehmer" ausschließlich nach innerstaatlichem Recht zu beurteilen (Rechtssache C-334/92, Teodoro Wagner Miret, EuGHStIg 1993, 6911). Der Arbeitnehmerbegriff des § 1 Abs 1 IESG richtet sich nach Gemäß Artikel 2, Absatz 2, der Richtlinie ist unter anderem der Begriff "Arbeitnehmer" ausschließlich nach innerstaatlichem Recht zu beurteilen (Rechtssache C-334/92, Teodoro Wagner Miret, EuGHStIg 1993, 6911). Der Arbeitnehmerbegriff des Paragraph eins, Absatz eins, IESG richtet sich nach

jenem des Arbeitsvertragsrechts (8 ObS 15/94 = ZIK 1995, 58; 8 ObS

44/95 = ZIK 1997, 32; 8 ObS 2049/96y = ZIK 1997, 230 ua). Ein Arbeitsvertrag ist vor allem durch die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers, sohin durch dessen Unterworfenheit unter die funktionelle Autorität des Arbeitgebers gekennzeichnet, die sich in organisatorischer Gebundenheit insbesondere hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und Kontrolle - nicht notwendig auch in Weisungen über die Art der Tätigkeit - äußert. Wesentlich für den Arbeitsvertrag ist eine weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Arbeitnehmers, der in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterworfen ist, wenn dieses Verhalten schon im Arbeitsvertrag vorausbestimmt oder unter Heranziehung anderer Regeln bestimbar ist, zumindest dessen laufender Kontrolle unterliegt. Die Bestimmungselemente der persönlichen Abhängigkeit müssen nicht alle gemeinsam vorliegen und können auch in unterschiedlich starker Ausprägung auftreten. Entscheidend ist, ob die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit ihrem Gewicht und ihrer Bedeutung nach überwiegen. Keine Arbeitnehmereigenschaft liegt vor bei unternehmertypischen Handlungen wie zB der Befugnis, in allen Geschäftsbereichen selbstständig entscheiden zu können und damit auch in unmittelbar unternehmerischen Bereichen tätig zu werden (8 ObS 44/95 = ZIK 1997, 32; 8 ObS 268/98i ua).

Nach ständiger Rechtsprechung kann ein Gesellschafter gleichzeitig auch Arbeitnehmer der Gesellschaft sein (ArbSlg 9346; ArbSlg 10.529; 4 Ob 291/99v ua). Verfügt der in der Gesellschaft mbH auf Grund eines Arbeitsvertrags mitarbeitende Gesellschafter nur über eine Minderheitsbeteiligung und räumt ihm der Gesellschaftsvertrag nicht durch Festlegung höherer Quoren für im Rahmen der Unternehmensführung wesentliche Angelegenheiten eine Sperrminorität ein und ist sein Aufgabenkreis nicht als unternehmertypisch zu bezeichnen, dann ist er Arbeitnehmer der Gesellschaft. Es kommt ihm dann auch kein beherrschender Einfluss im Sinn der Ausschlussbestimmung des § 1 Abs 6 Z 3 IESG zu (9 ObS 21/91). Für den hier zu beurteilenden Fall bedeutet das, dass die Klägerin auf Grund ihrer Beteiligung von 25 % an der Gesellschaft mbH, die sie nach dem eingangs wiedergegebenen Inhalt des Gesellschaftsvertrags nicht in die Lage versetzte, Gesellschafterbeschlüsse zu verhindern, und des Umstandes, dass sie in unternehmerische Entscheidungen nicht eingebunden war, nach der maßgeblichen inländischen Rechtslage als Arbeitnehmerin im Sinne des § 1 Abs 1 IESG anzusehen ist. Nach ständiger Rechtsprechung kann ein Gesellschafter gleichzeitig auch Arbeitnehmer der Gesellschaft sein (ArbSlg 9346; ArbSlg 10.529; 4 Ob 291/99v ua). Verfügt der in der Gesellschaft mbH auf Grund eines Arbeitsvertrags mitarbeitende Gesellschafter nur über eine Minderheitsbeteiligung und räumt ihm der Gesellschaftsvertrag nicht durch Festlegung höherer Quoren für im Rahmen der Unternehmensführung wesentliche Angelegenheiten eine Sperrminorität ein und ist sein Aufgabenkreis nicht als unternehmertypisch zu bezeichnen, dann ist er Arbeitnehmer der Gesellschaft. Es kommt ihm dann auch kein beherrschender Einfluss im Sinn der Ausschlussbestimmung des Paragraph eins, Absatz 6, Ziffer 3, IESG zu (9 ObS 21/91). Für den hier zu beurteilenden Fall bedeutet das, dass die Klägerin auf Grund ihrer Beteiligung von 25 % an der Gesellschaft mbH, die sie nach dem eingangs wiedergegebenen Inhalt des Gesellschaftsvertrags nicht in die Lage versetzte, Gesellschafterbeschlüsse zu verhindern, und des Umstandes, dass sie in unternehmerische Entscheidungen nicht eingebunden war, nach der maßgeblichen inländischen Rechtslage als Arbeitnehmerin im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, IESG anzusehen ist.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs besteht der soziale Zweck der Richtlinie darin, allen Arbeitnehmern einen Mindestschutz bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers zu gewährleisten (Rechtssache C-373/95, Maso-Gazzetta, EuGHSlg 1997 I-4051; Rechtssache C-125/97, A.G.R. Regeling, EuGHSlg 1998 I-4493 ua). In diesem Sinne wird auch für den österreichischen Rechtsbereich der Zweck des IESG in der sozialversicherungsrechtlichen Sicherung von Entgeltansprüchen und sonstigen aus dem Arbeitsverhältnis erwachsenden Ansprüchen von Arbeitnehmern im Fall der Insolvenz ihres Arbeitgebers gesehen. Versichertes Risiko ist demnach im Kernbereich die von den Arbeitnehmern typischerweise nicht selbst abwendbare und absicherbare Gefahr des gänzlichen oder teilweisen Verlustes ihrer

Entgeltansprüche, auf die sie typischerweise zur Besteitung des eigenen Lebensunterhalts sowie des Lebensunterhalts ihrer unterhaltsberechtigten Angehörigen angewiesen sind (SZ 64/54; SZ 66/124; SZ 67/142; 8 ObS 69/99f; 8 ObS 243/00v ua). Demgegenüber wurde es als nicht dem Zweck des IESG entsprechend angesehen, dem Gesellschafter einer Gesellschaft mbH das Finanzierungsrisiko abzunehmen und ihm zur Fortführung des Unternehmens aufgewendetes Eigenkapital im Falle der Insolvenz zu ersetzen (9 ObS 15/92 = SZ 66/8; 8 ObS 2107/96b = SZ 69/208, 8 ObS 5/00v ua). Ebenso wie für den

deutschen Rechtsbereich (vgl Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG 17 § 32a Rn 37) wurde das Stehenlassen von Gesellschafterforderungen auch im Arbeitsverhältnis als Eigenkapital ersetzend angesehen und dabei aus der im § 69 Abs 2 KO (Antrag des Schuldners auf Konkursöffnung spätestens 60 Tage nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit) zum Ausdruck kommenden Wertung des Gesetzgebers dem Gesellschafter-Arbeitnehmer eine angemessene 60 Tage jedenfalls nicht überschreitende Überlegungsfrist ab Eintritt der - ihm erkennbaren - Krise für die Entscheidung zugebilligt, ob er die Kredithilfe belässt oder durch Abzug der Mittel die Liquidation der Gesellschaft beschleunigt (8 Ob 28/93; SZ 70/232 ua). Deutschen Rechtsbereich vergleiche Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG 17 Paragraph 32 a, Rn 37) wurde das Stehenlassen von Gesellschafterforderungen auch im Arbeitsverhältnis als Eigenkapital ersetzend angesehen und dabei aus der im Paragraph 69, Absatz 2, KO (Antrag des Schuldners auf Konkursöffnung spätestens 60 Tage nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit) zum Ausdruck kommenden Wertung des Gesetzgebers dem Gesellschafter-Arbeitnehmer eine angemessene 60 Tage jedenfalls nicht überschreitende Überlegungsfrist ab Eintritt der - ihm erkennbaren - Krise für die Entscheidung zugebilligt, ob er die Kredithilfe belässt oder durch Abzug der Mittel die Liquidation der Gesellschaft beschleunigt (8 Ob 28/93; SZ 70/232 ua).

Allerdings kann nach Ansicht des erkennenden Senats diese zeitliche Grenze nicht zu einer Trennung der Ansprüche aus einem einheitlichen Beschäftigungsverhältnis in einen Anteil, in dem der Arbeitnehmer als Gesellschafter durch Stehenlassen seiner Entgeltforderungen der insolventen Arbeitgeberin ein Eigenkapital ersetzendes Gesellschafterdarlehen gewährte und in einen Teil, in dem er als Arbeitnehmer hinsichtlich eines einem "Fremdvergleich" standhaltenden Verhaltens seinen fiktiven Austritt erklärt hätte, führen. Die gesellschaftsrechtliche Betrachtungsweise wirkt insoweit fort und verdrängt arbeitsrechtliche Ansprüche. Abgesehen davon dass es mit dem Schutzzweck der Grundsicherung unvereinbar ist, längere Zeit nicht geltend gemachte Ansprüche, die mit der Sicherung des laufenden Lebensunterhalts in keinen Zusammenhang mehr gebracht werden können, als gesichert zu betrachten, fällt dabei ins Gewicht, dass der Arbeitnehmer in Wahrheit seiner Arbeitgeberin nicht nur das laufende Entgelt, sondern auch die weiteren beendigungsabhängigen Ansprüche kreditiert hat. Wäre er nämlich in angemessenem Zeitraum ausgetreten, hätte die Gesellschaft mbH auch diese Ansprüche befriedigen müssen. In diese Überlegungen ist einzubeziehen, dass gemäß § 11 IESG gesicherte Ansprüche gegen den Arbeitgeber (gegen die Konkursmasse) auf den Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds übergehen, ohne dass damit eine Änderung des Rechtsgrundes, des Ranges oder der Bevorrechtung der Forderungen verbunden wäre. Nach der oben dargestellten inländischen Rechtslage wäre aber die Befriedigung aus der Konkursmasse verwehrt, soweit die vom Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds geleisteten Zahlungen als Finanzierung Eigenkapital ersetzender Darlehen anzusehen wären. Allerdings kann nach Ansicht des erkennenden Senats diese zeitliche Grenze nicht zu einer Trennung der Ansprüche aus einem einheitlichen Beschäftigungsverhältnis in einen Anteil, in dem der Arbeitnehmer als Gesellschafter durch Stehenlassen seiner Entgeltforderungen der insolventen Arbeitgeberin ein Eigenkapital ersetzendes Gesellschafterdarlehen gewährte und in einen Teil, in dem er als Arbeitnehmer hinsichtlich eines einem "Fremdvergleich" standhaltenden Verhaltens seinen fiktiven Austritt erklärt hätte, führen. Die gesellschaftsrechtliche Betrachtungsweise wirkt insoweit fort und verdrängt arbeitsrechtliche Ansprüche. Abgesehen davon dass es mit dem Schutzzweck der Grundsicherung unvereinbar ist, längere Zeit nicht geltend gemachte Ansprüche, die mit der Sicherung des laufenden Lebensunterhalts in keinen Zusammenhang mehr gebracht werden können, als gesichert zu betrachten, fällt dabei ins Gewicht, dass der Arbeitnehmer in Wahrheit seiner Arbeitgeberin nicht nur das laufende Entgelt, sondern auch die weiteren beendigungsabhängigen Ansprüche kreditiert hat. Wäre er nämlich in angemessenem Zeitraum ausgetreten, hätte die

Gesellschaft mbH auch diese Ansprüche befriedigen müssen. In diese Überlegungen ist einzubeziehen, dass gemäß Paragraph 11, IESG gesicherte Ansprüche gegen den Arbeitgeber (gegen die Konkursmasse) auf den Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds übergehen, ohne dass damit eine Änderung des Rechtsgrundes, des Ranges oder der Bevorrechtung der Forderungen verbunden wäre. Nach der oben dargestellten inländischen Rechtslage wäre aber die Befriedigung aus der Konkursmasse verwehrt, soweit die vom Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds geleisteten Zahlungen als Finanzierung Eigenkapital ersetzender Darlehen anzusehen wären.

Der Oberste Gerichtshof verkennt nicht, dass es nach der Rechtsprechung des EuGH (Rechtssache C-367/96, Efeteio Athen, ZIP 1998, 1672; Rechtssache C-212/97, Hojesteret/Dänemark, ZIP 1999, 438) nicht als gemeinschaftsrechtswidrig angesehen werden kann, dass nationale Gerichte eine innerstaatliche Rechtsvorschrift anwenden, um zu beurteilen, ob ein sich aus einer Gemeinschaftsbestimmung ergebendes Recht missbräuchlich ausgeübt wird, jedoch darf die Anwendung einer solchen nationalen R

**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)