URTEIL DES GERICHTSHOFES (Sechste Kammer)

11. September 2003 *

In der Rechtssache C-201/01

betreffend ein dem Gerichtshof nach Artikel 234 EG vom österreichischen Obersten Gerichtshof in dem bei diesem anhängigen Rechtsstreit

Maria Walcher

gegen

Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen Steiermark

vorgelegtes Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung 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 (ABl. L 283, S. 23) 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 (ABl. 1994, C 241, S. 21, und ABl. 1995, L 1, S. 1) geänderten Fassung

* Verfahrenssprache: Deutsch.

erlässt

DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten J.-P. Puissochet, des Richters C. Gulmann, der Richterinnen F. Macken und N. Colneric (Berichterstatterin) sowie des Richters J. N. Cunha Rodrigues,

Generalanwalt: J. Mischo,
Kanzler: R. Grass,

unter Berücksichtigung der schriftlichen Erklärungen

— von Maria Walcher, vertreten durch Rechtsanwalt C. Orgler,

— des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen Steiermark, vertreten durch P. Liebeg als Bevollmächtigten,

— der österreichischen Regierung, vertreten durch C. Pesendorfer als Bevollmächtigte,

— der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch J. Sack und H. Kreppel als Bevollmächtigte,

aufgrund des Berichts der Berichterstatterin,

nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 3. Oktober 2002

folgendes

Urteil

1 Der Oberste Gerichtshof hat mit Beschluss vom 26. April 2001, beim Gerichtshof eingegangen am 15. Mai 2001, gemäß Artikel 234 EG zwei Fragen nach der Auslegung 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 (ABl. L 283, S. 23) 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 (ABl. 1994, C 241, S. 21, und ABl. 1995, L 1, S. 1) geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 80/987) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2 Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen der Klägerin Maria Walcher und dem Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen Steiermark (im Folgenden: Bundesamt), das die Zahlung von Insolvenz-Ausfallgeld für wegen Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers nicht erfüllte Ansprüche auf Arbeitsentgelt abgelehnt hatte.

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsrecht

3 In der ersten Begründungserwägung der Richtlinie 80/987 heißt es:

„Es sind Bestimmungen notwendig, die die Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers schützen und insbesondere die Zahlung ihrer nicht erfüllten Ansprüche... gewährleisten."

4 Artikel 1 Absätze 1 und 2 der Richtlinie bestimmt:

„(1) Diese Richtlinie gilt für Ansprüche von Arbeitnehmern aus Arbeitsverträgen oder Arbeitsverhältnissen gegen Arbeitgeber, die zahlungsunfähig im Sinne des Artikels 2 Absatz 1 sind.

(2) Die Mitgliedstaaten können die Ansprüche bestimmter Gruppen von Arbeitnehmern wegen der besonderen Art des Arbeitsvertrags oder Arbeitsverhältnisses der Arbeitnehmer oder wegen des Bestehens anderer Garantieformen, die den Arbeitnehmern einen Schutz gewährleisten, der dem sich aus dieser Richtlinie ergebenden Schutz gleichwertig ist, vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausnahmsweise ausschließen.

Die Liste der in Unterabsatz 1 genannten Gruppen von Arbeitnehmern befindet sich im Anhang."

5 In Abschnitt I — Arbeitnehmer mit einem Arbeitsvertrag oder Arbeitsverhältnis besonderer Art — des Anhangs der Richtlinie 80/987 werden für Österreich folgende Gruppen vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen:

„1. Mitglieder des Organs einer juristischen Person, das zu deren gesetzlichen Vertretung befugt ist;

2. Gesellschafter, die befugt sind, einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft auszuüben, auch wenn dieser auf einer treuhändigen Verfügung beruht."

6 Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 80/987 lautet:

„Diese Richtlinie lässt das einzelstaatliche Recht bezüglich der Begriffsbestimmung der Worte ‚Arbeitnehmer', ‚Arbeitgeber', ‚Arbeitsentgelt', ‚erworbenes Recht' und ‚Anwartschaftsrecht' unberührt."

7 Artikel 3 der Richtlinie bestimmt:

„(1) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit vorbehaltlich des Artikels 4 Garantieeinrichtungen die Befriedigung der nicht er-

füllten Ansprüche der Arbeitnehmer aus Arbeitsverträgen oder Arbeitsverhältnissen, die das Arbeitsentgelt für den vor einem bestimmten Zeitpunkt liegenden Zeitraum betreffen, sicherstellen.

(2) Der in Absatz 1 genannte Zeitpunkt ist nach Wahl der Mitgliedstaaten

— entweder der Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers,

— oder der Zeitpunkt der Kündigung zwecks Entlassung des betreffenden Arbeitnehmers wegen Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers,

— oder der Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers oder der Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsvertrags oder des Arbeitsverhältnisses des betreffenden Arbeitnehmers wegen Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers."

8 In Artikel 4 Absätze 1 und 2 der Richtlinie heißt es:

„(1) Die Mitgliedstaaten können die in Artikel 3 vorgesehene Zahlungspflicht der Garantieeinrichtungen begrenzen.

(2) Machen die Mitgliedstaaten von der Möglichkeit des Absatzes 1 Gebrauch, so müssen sie Folgendes sicherstellen:

— in dem Fall des Artikels 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;

— in dem Fall des Artikels 3 Absatz 2 zweiter Gedankenstrich die Befriedigung der das Arbeitsentgelt betreffenden nicht erfüllten Ansprüche für die drei letzten Monate des Arbeitsvertrags oder des Arbeitsverhältnisses vor dem Zeitpunkt der Kündigung zwecks Entlassung des Arbeitnehmers wegen Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers;

— in dem Fall des Artikels 3 Absatz 2 dritter Gedankenstrich die Befriedigung der das Arbeitsentgelt betreffenden nicht erfüllten Ansprüche für die achtzehn letzten Monate des Arbeitsvertrags oder des Arbeitsverhältnisses vor dem Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers oder dem Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsvertrags oder des Arbeitsverhältnisses des Arbeitnehmers wegen Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers. In diesem Fall können die Mitgliedstaaten die Zahlungspflicht auf das Arbeitsentgelt für einen Zeitraum von acht Wochen oder für mehrere Zeiträume, die zusammengerechnet acht Wochen ergeben, begrenzen."

9 Artikel 10 der Richtlinie bestimmt:

„Diese Richtlinie steht nicht der Möglichkeit der Mitgliedstaaten entgegen,

a) die zur Vermeidung von Missbräuchen notwendigen Maßnahmen zu treffen;

b) die in Artikel 3 vorgesehene Zahlungspflicht oder die in Artikel 7 vorgesehene Garantiepflicht 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."

Nationales Recht

10 § 1 des österreichischen Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetzes vom 2. Juni 1977 (BGBl. 1977/324, im Folgenden: IESG) sieht vor:

„(1) Anspruch auf Insolvenz-Ausfallgeld haben Arbeitnehmer, Heimarbeiter und ihre Hinterbliebenen sowie ihre Rechtsnachfolger von Todes wegen (An-

spruchsberechtigte) 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 Konkurseröffnung stehen gleich:

[...]

(2) Gesichert sind aufrechte, nicht verjährte und nicht ausgeschlossene Ansprüche (Absatz 3) aus dem Arbeitsverhältnis, auch wenn sie gepfändet, verpfändet oder übertragen worden sind, und zwar:

1. Entgeltansprüche, insbesondere auf laufendes Entgelt und aus der Beendigung des Arbeitsverhältnisses,

2. Schadenersatzansprüche

3. sonstige Ansprüche gegen den Arbeitgeber und

4. die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten....

(3) Insolvenz-Ausfallgeld gebührt nicht (ausgeschlossener Anspruch):

1. für Ansprüche nach Absatz 2, die durch eine im Sinne der Anfechtungsordnung (RGBl. Nr. 337/1914) bzw. der Konkursordnung anfechtbare Rechtshandlung erworben wurden;

2. für Ansprüche, die auf einer Einzelvereinbarung beruhen, die

   a) nach dem Antrag auf Eröffnung des Konkurses, des Ausgleichsverfahrens oder auf Anordnung der Geschäftsaufsicht oder

   b) in den letzten sechs Monaten vor der Eröffnung des Konkurses, des Ausgleichsverfahrens oder der Anordnung der Geschäftsaufsicht bzw. vor der Kenntnis vom Beschluss nach Absatz 1 Ziffern 3 bis 6 abgeschlossen wurde, soweit die Ansprüche über den durch Gesetz, Kollektivvertrag oder Betriebsvereinbarung (§ 97 Absatz 1 des Arbeitsverfassungsgesetzes [ArbVG], BGBl. Nr. 22/1974) zustehenden Anspruch oder die betriebsübliche Entlohnung hinausgehen oder auf sonstigen Besserstellungen beruhen, wenn die höhere Entlohnung sachlich nicht gerechtfertigt ist;

   ...

...

(6) Keinen Anspruch auf Insolvenz-Ausfallgeld haben:

...

2. die Mitglieder des Organs einer juristischen Person, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist;

3. leitende Angestellte, soweit sie nicht zum Personenkreis nach Ziffer 2 gehören, denen dauerhaft maßgebender Einfluss auf die Führung des Unternehmens zusteht;

4. 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;

..."

11 Gemäß § 3a Absatz 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 Konkurseröffnung oder eines nach § 1 Absatz 1 IESG gleichgestellten Tatbestands — 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 Sozi-

algerichtsgesetz zulässigerweise geltend gemacht wurde und das diesbezügliche Verfahren gehörig fortgesetzt wird.

Ausgangsverfahren

12 Die Klägerin war vom 2. Juni 1997 bis zum 5. Mai 1999 bei einer Gesellschaft mbH (Gesellschaft mit beschränkter Haftung, im Folgenden: GmbH) beschäftigt, deren Geschäftsführer ihr Ehemann Josef Walcher war. Sie war im Bereich der Buchhaltung und des Mahnwesens tätig, ohne dabei in Entscheidungen der Unternehmensführung eingebunden zu sein. Ebenso wie ihr Ehemann war sie zu 25 % an der GmbH beteiligt. Die Generalversammlung der GmbH konnte die Mehrzahl ihrer Beschlüsse mit einfacher Stimmenmehrheit erlassen. Für bestimmte Beschlüsse war ausnahmsweise eine Mehrheit von drei Viertel der abgegebenen Stimmen erforderlich.

13 Im Frühjahr 1998 geriet die GmbH in Zahlungsschwierigkeiten bei Materiallieferungen, Löhnen und Lohnnebenkosten. Die Klägerin willigte zur Sicherung eines Überbrückungskredites in die Verpfändung des ihr und ihrem Ehemann je zur Hälfte gehörenden Wohnhauses ein. Ab September 1998 konnte die GmbH keine Löhne mehr zahlen. Ein im November 1998 hinzugezogener Betriebsberater kam zu dem Schluss, dass eine Konkursanmeldung unausweichlich sei.

14 Mit Beschluss vom 10. Februar 1999 wurde über das Vermögen der GmbH der Konkurs eröffnet. Das Dienstverhältnis der Klägerin endete durch eine vom Masseverwalter gemäß § 25 Konkursordnung ausgesprochene Kündigung. Bereits vor der Konkurseröffnung hatte ein Teil des Personals wegen Entgeltvorenthaltung das Unternehmen verlassen.

15 Die Klägerin hatte seit September 1998 keinen Lohn mehr erhalten. Sie machte für die Zeit von September 1998 bis zum 10. Februar 1999 Ansprüche auf Lohn sowie sonstige Ansprüche im Sinne von § 1 Absatz 2 IESG in Höhe von 114 197 ATS geltend, die sie fristgerecht als Forderungen im Konkursverfahren anmeldete. Bei dem Bundesamt beantragte sie rechtzeitig die Zuerkennung von Insolvenz-Ausfallgeld wegen Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers.

16 Mit Bescheid vom 5. August 1999 lehnte das Bundesamt diesen Antrag im Wesentlichen mit der Begründung ab, dass von Minderheitsgesellschaftern länger als 60 Tage stehen gelassene fällige Gehaltsansprüche als Eigenkapital ersetzende Gesellschafterdarlehen zu qualifizieren seien und das Stehenlassen von Entgeltansprüchen eine sittenwidrige Belastung des Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds darstelle, die zur Nichtigkeit führe.

17 Die Klägerin erhob daraufhin Klage auf Zahlung von Insolvenz-Ausfallgeld in Höhe von 114 197 ATS. Sie machte geltend, auch die anderen Mitarbeiter hätten im Vertrauen auf die Gesundung der GmbH ihre Löhne nicht eingefordert, so dass keine sittenwidrige Überwälzung des Unternehmerrisikos auf den Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds vorliege. Aufgrund der Zusicherungen des Geschäftsführers habe sie bis Mitte Dezember 1998 darauf vertrauen können, dass die Löhne nachgezahlt würden. Später sei sie als die einzige mit der Buchhaltung befasste Angestellte für die Vorbereitung des Konkursantrags benötigt worden.

18 Mit Beschluss vom 1. Dezember 1999 entschied das Erstgericht, das Bundesamt sei zur Zahlung von Insolvenz-Ausfallgeld in Höhe von 78 702,80 ATS verpflichtet. Das Gericht nahm an, 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 die Löhne für September und Oktober 1998 nicht zur Auszahlung gelangen würden. Ab diesem Zeitpunkt stehe ihr daher kein Anspruch auf Insolvenz-Ausfallgeld zu.

19 Mit Beschluss vom 29. Juni 2000 gab das Berufungsgericht der vom Bundesamt erhobenen Berufung Folge und wies das Klagebegehren ab.

20 Das Gericht führte im Wesentlichen aus, das Stehenlassen von Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis durch den Arbeitnehmer einer GmbH, der zugleich deren Gesellschafter sei, sei bei einer Beteiligung von — wie im vorliegenden Fall — 25 % als Eigenkapitalersatz zu qualifizieren, wenn der Gesellschafter die Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft habe erkennen können. Die Klägerin habe aufgrund ihrer Tätigkeit ab Herbst 1998 die Kreditunwürdigkeit der GmbH kennen müssen. Das Stehenlassen ihrer Entgeltansprüche ab September 1998 sei somit als Eigenkapitalersatz zu werten. Die Ansprüche aus einem einheitlichen Beschäftigungsverhältnis könnten nicht in der Weise getrennt werden, dass die Klägerin einerseits als Gesellschafterin durch Stehenlassen ihrer Entgeltforderungen ein Eigenkapital ersetzendes Gesellschafterdarlehen gewährt und andererseits als Arbeitnehmerin entsprechend dem Verhalten eines Dritten in ihrer Lage (Fremdvergleich) ihren fiktiven Austritt erklärt habe. Insofern wirke die gesellschaftsrechtliche Betrachtungsweise fort und verdränge etwaige Arbeitnehmeransprüche.

21 Gegen dieses Urteil hat die Klägerin bei dem vorlegenden Gericht außerordentliche Revision erhoben.

Vorlagefragen

22 Das vorlegende Gericht ist der Auffassung, dass die Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits davon abhängt, ob die Heranziehung der nationalen Rechtsprechung zu Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen zu einer Beeinträchtigung der Ziele der Richtlinie 80/987 führt; es hat daher das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof ein Vorabentscheidungsersuchen vorgelegt.

23 Das vorlegende Gericht führt aus, nach ständiger Rechtsprechung der österreichischen Gerichte könne ein Gesellschafter gleichzeitig auch Arbeitnehmer der Gesellschaft sein. Im vorliegenden Fall sei die Klägerin als Arbeitnehmerin im Sinne von § 1 Absatz 1 IESG anzusehen, da sie aufgrund ihrer Beteiligung von 25 % am Kapital der GmbH Gesellschafterbeschlüsse nicht verhindern könne und nicht in unternehmerische Entscheidungen eingebunden sei.

24 Nach nationalem Recht könne die Geltendmachung von Insolvenz-Ausfallgeld gegenüber dem Garantiefonds bei Hinzutreten besonderer Umstände wie der genauen Kenntnis der finanziellen Verhältnisse des Unternehmens oder dem Bestehen einer Nähebeziehung zum Unternehmer, verbunden mit der Absicht, durch Zuwarten mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Weiterführung des Unternehmens zu ermöglichen, sittenwidrig sein.

25 In Österreich sei allgemein anerkannt, dass die im deutschen Recht zu § 32a des deutschen Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung entwickelten Grundsätze über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterdarlehen in Analogie zu § 74 des österreichischen Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung auch in Österreich anwendbar seien. Mit diesen Darlehen versuchten Gesellschafter, eine notleidend gewordene Gesellschaft dadurch am Leben zu erhalten, dass sie, statt das zur Sanierung erforderliche Eigenkapital

zuzuführen, Kredite gewährten. Die Gesellschafter ließen sich solche Darlehen vor dem endgültigen Zusammenbruch der Gesellschaft zurückzahlen oder machten sie samt etwaigen Sicherheiten im Konkurs der Gesellschaft geltend, wodurch der ohnehin unzureichende Haftungsfonds für die Gläubiger zu deren Lasten noch weiter geschmälert werde. Damit wälzten die Gesellschafter das Finanzierungsrisiko insbesondere bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung auf die Gläubiger ab.

26 Die Folge der Qualifikation eines Darlehens als Eigenkapital ersetzend bestehe darin, dass es bis zur nachhaltigen Sanierung der Gesellschaft weder mittelbar noch unmittelbar zurückgezahlt werden dürfe. Diese Grundsätze gälten auch in der Insolvenz und in der Liquidation der Gesellschaft. Sie führten dazu, dass Ansprüche aus Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen hinter die Ansprüche der übrigen Gläubiger zurückzutreten hätten.

27 Die genannten Grundsätze seien nicht nur auf die Gewährung eines Darlehens an die Gesellschaft anzuwenden, sondern auch auf andere Rechtshandlungen der Gesellschafter, die der Darlehensgewährung wirtschaftlich entsprächen. So sei das Stehenlassen von Gesellschafterforderungen einschließlich derjenigen aus dem Arbeitsverhältnis als Eigenkapital ersetzend angesehen worden. Auf der Grundlage der in § 69 Absatz 2 Konkursordnung — wonach der Schuldner spätestens 60 Tage nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit Antrag auf Konkurseröffnung stellen müsse — zum Ausdruck kommenden Wertung des Gesetzgebers sei dem Gesellschafter-Arbeitnehmer für die Entscheidung, ob er die Kredithilfe belasse oder durch Abzug der Mittel die Liquidation der Gesellschaft beschleunige, eine angemessene, 60 Tage jedenfalls nicht überschreitende Überlegungsfrist einzuräumen, die ab dem Zeitpunkt laufe, zu dem die finanzielle Krise der Gesellschaft für ihn erkennbar gewesen sei.

28 Allerdings könne diese zeitliche Grenze nicht zu einer Trennung der Ansprüche aus einem einheitlichen Beschäftigungsverhältnis führen. Die gesellschaftsrechtliche Betrachtungsweise wirke insoweit fort und verdränge arbeitsrechtliche Ansprüche.

29 Daher ersucht der Oberste Gerichtshof den Gerichtshof um Vorabentscheidung über folgende Fragen:

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 Lohns den Austritt aus dem Arbeitsverhältnis erklärt hätte?

Zu den Vorlagefragen

30 Bei der Beantwortung der beiden Vorlagefragen, die gemeinsam zu untersuchen sind, ist davon auszugehen, dass die Richtlinie 80/987 für alle Gruppen von Arbeitnehmern gelten soll, die vom nationalen Recht eines Mitgliedstaats als

solche definiert werden, mit Ausnahme der in ihrem Anhang genannten Gruppen (Urteil vom 16. Dezember 1993 in der Rechtssache C-334/92, Wagner Miret, Slg. 1993, I-6911, Randnr. 12). Eine Person wie die Klägerin ist nach österreichischem Recht Arbeitnehmerin.

31 Nach Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 80/987 haben die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit vorbehaltlich des Artikels 4 dieser Richtlinie Garantieeinrichtungen die Befriedigung der nicht erfüllten Ansprüche der Arbeitnehmer aus Arbeitsverträgen oder Arbeitsverhältnissen sicherstellen, die das Arbeitsentgelt für den vor einem bestimmten Zeitpunkt liegenden Zeitraum betreffen.

32 Es ist Sache des Gerichtshofes, den Begriff der „nicht erfüllten Ansprüche" im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 80/987 zu definieren.

33 Das Bundesamt macht geltend, es fehle an einem „nicht erfüllten Anspruch" im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 80/987, wenn dem Gesellschafter-Arbeitnehmer im maßgeblichen Zeitpunkt infolge der nationalen Rechtsprechung zu Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen kein durchsetzbarer Anspruch gegen seinen ehemaligen Arbeitgeber oder gegen die Konkursmasse zustehe. Dem kann nicht gefolgt werden. Ein arbeitsvertraglicher Anspruch des Gesellschafter-Arbeitnehmers, dessen Zahlung bis zur Behebung der finanziellen Schwierigkeiten des Unternehmens als gestundet gilt, stellt nämlich gleichwohl einen nicht erfüllten Anspruch im Sinne der Richtlinie dar.

34 Damit ist zu prüfen, inwieweit ein solcher Anspruch gegebenenfalls von dem Schutz der Richtlinie 80/987 ausgenommen werden kann.

35 Zum einen können die Mitgliedstaaten die in Artikel 3 der Richtlinie 80/987 vorgesehene Zahlungspflicht der Garantieeinrichtungen gemäß Artikel 4 der Richtlinie begrenzen. Eine nationale Regelung, durch die der Schutz für Arbeitnehmer, die zugleich Gesellschafter der sie beschäftigenden Gesellschaft sind, bis zu der in Artikel 4 Absatz 2 der Richtlinie festgelegten Untergrenze herabgesetzt wird, verstößt also nicht gegen die Richtlinie.

36 Zum anderen steht die Richtlinie 80/987 nach ihrem Artikel 10 Buchstabe a nicht der Befugnis der Mitgliedstaaten entgegen, die zur Vermeidung von Missbräuchen notwendigen Maßnahmen zu treffen. Diese Bestimmung gestattet auch Maßnahmen, die von dem in Artikel 4 der Richtlinie vorgesehenen Mindestschutz abweichen.

37 Zwar kann der Gerichtshof nicht seine Beurteilung an die Stelle der Beurteilung der nationalen Gerichte setzen, die für die Feststellung des Sachverhalts der Rechtssache, mit der sie befasst sind, allein zuständig sind; jedoch darf die Anwendung einer nationalen Rechtsvorschrift zur Vermeidung von Missbräuchen nicht die volle Wirksamkeit und die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Insbesondere dürfen die nationalen Gerichte nicht die Zwecke vereiteln, die mit der betreffenden Richtlinie verfolgt werden (in diesem Sinne Urteil vom 12. Mai 1998 in der Rechtssache C-367/96, Kefalas u. a., Slg. 1998, I-2843, Randnr. 22).

38 Als Ausnahme von einer allgemeinen Regel ist Artikel 10 Buchstabe a der Richtlinie 80/987 eng auszulegen. Seine Auslegung muss außerdem im Einklang mit dem sozialen Zweck der Richtlinie stehen, allen Arbeitnehmern durch die Befriedigung nicht erfüllter Ansprüche aus Arbeitsverträgen oder Arbeitsverhältnissen, die sich auf Arbeitsentgelt für einen bestimmten Zeitraum beziehen, einen gemeinschaftsrechtlichen Mindestschutz bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers zu garantieren (Urteile vom 10. Juli 1997 in der Rechtssache C-373/95, Maso u. a., Slg. 1997, I-4051, Randnr. 56, vom 14. Juli 1998 in der Rechtssache C-125/97, Regeling, Slg. 1998, I-4493, Randnr. 20, und vom 18. Oktober 2001 in der Rechtssache C-441/99, Gharehveran, Slg. 2001, I-7687, Randnr. 26).

39 Bei den Missbräuchen im Sinne von Artikel 10 Buchstabe a der Richtlinie 80/987 handelt es sich um missbräuchliche Verhaltensweisen, die zu einer Schädigung der Garantieeinrichtungen führen, indem ohne sachlichen Grund Entgeltansprüche begründet werden, um so zu Unrecht die Zahlungspflicht dieser Einrichtungen auszulösen.

40 Die Maßnahmen, die die Mitgliedstaaten nach Artikel 10 Buchstabe a der Richtlinie 80/987 treffen dürfen, müssen daher zur Verhinderung solcher Verhaltensweisen erforderlich sein.

41 Auf der Grundlage der vorstehenden Erwägungen ist somit zu untersuchen, ob die österreichische Rechtsprechung zu Eigenkapital ersetzenden Gesellschafterdarlehen sich auf Verhaltensweisen bezieht, die einen Missbrauch im Sinne von Artikel 10 Buchstabe a der Richtlinie 80/987 darstellen können.

42 Diese Rechtsprechung beruht auf folgenden Erwägungen:

— Der Gesellschafter hat für eine ordnungsgemäße Finanzierung der Gesellschaft Sorge zu tragen. Bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist er allerdings nicht verpflichtet, im Fall einer Krise das der Gesellschaft fehlende Kapital aus seinem eigenen Vermögen aufzubringen. Er kann sich vielmehr für eine Liquidation entscheiden. Wenn er jedoch einen finanziellen Beitrag für die Gesellschaft erbringen möchte, so darf er dies nicht zu Lasten der Gläubiger tun, indem er für seinen Beitrag eine Form der Finanzierung wählt, die ihm weniger riskant erscheint als die objektiv erforderliche Eigenkapitalzufuhr. In einem solchen Fall muss der Beitrag wie eine Eigenkapitalzufuhr behandelt werden.

— Diese Grundsätze, nach denen ein Gesellschafter nicht dieselbe rechtliche Behandlung wie ein Dritter beanspruchen kann, sind nicht nur auf die Gewährung von Darlehen an die Gesellschaft anzuwenden, sondern auch auf andere Rechtshandlungen der Gesellschafter, die der Darlehensgewährung wirtschaftlich entsprechen. Bei einer finanziellen Krise der Gesellschaft wird daher das Stehenlassen von Gesellschafterforderungen einschließlich derjenigen aus dem Arbeitsverhältnis als Eigenkapital ersetzend angesehen.

— Die Umqualifizierung einer Forderung in Eigenkapital verändert nicht die Rechtsnatur dieser Forderung, sondern bewirkt lediglich einen Aufschub der Zahlung bis zur Behebung der finanziellen Krise der Gesellschaft. Sie geschieht unabhängig von den Absichten des Gesellschafters, soweit die Krise für diesen erkennbar war. Eine Gesellschaft befindet sich in einer finanziellen Krise, wenn ihre Kreditwürdigkeit gefährdet ist, was bereits vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Fall sein kann.

— Der Gesellschafter kann die Umqualifizierung seiner Forderung vermeiden, indem er die Mittel abzieht und damit die Liquidation der Gesellschaft beschleunigt. Die österreichische Rechtsprechung räumt ihm hierfür eine angemessene, 60 Tage jedenfalls nicht überschreitende Überlegungsfrist ein, die ab dem Zeitpunkt läuft, zu dem die finanzielle Krise für ihn erkennbar war. Wenn der Gesellschafter nicht vor Ablauf dieser Frist ernsthaft die Zahlung der Forderung verlangt, tritt die Umqualifizierung ein.

43 Nach dieser Rechtsprechung gereicht es dem Gesellschafter-Arbeitnehmer zum Vorwurf, wenn er nicht innerhalb von 60 Tagen ab dem Zeitpunkt, zu dem er die Kreditunwürdigkeit der ihn beschäftigenden Gesellschaft erkennen konnte, ernsthaft die Erfüllung der bereits entstandenen Entgeltansprüche einfordert.

44 Hierzu ist festzustellen, dass das Verhalten eines Gesellschafter-Arbeitnehmers, der unter solchen Umständen Insolvenz-Ausfallgeld für seine Forderungen beantragt, nicht als missbräuchliche Verhaltensweise zu Lasten einer Garantieeinrichtung angesehen werden kann. Der Betroffene hat nämlich die Voraussetzungen für die Gewährung von Insolvenz-Ausfallgeld nicht ohne sachlichen Grund herbeigeführt. Er hat lediglich wie ein gewöhnlicher Arbeitnehmer gehandelt, der mangels Aussicht auf Erfolg davon absieht, eine Forderung gegen einen offenbar zahlungsunfähigen Arbeitgeber geltend zu machen.

45 Wie sich aus dem Vorlagebeschluss ergibt, gereicht es dem Gesellschafter-Arbeitnehmer unter Umständen weiter zum Vorwurf, wenn er es unterlassen hat, wegen Vorenthaltens des Entgelts aus dem Arbeitsverhaltsverhältnis auszutreten, als die Kreditunwürdigkeit der Gesellschaft für ihn erkennbar wurde.

46 Hierzu ist festzustellen, dass 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 darstellt, 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 vorsieht.

47 Die bloße Tatsache, dass ein Gesellschafter-Arbeitnehmer sein Arbeitsverhältnis über den Zeitpunkt hinaus fortsetzt, zu dem ein Arbeitnehmer, der nicht die Stellung eines Gesellschafters hat, in derselben Lage wegen Vorenthaltens des Entgelts aus dem Arbeitsverhältnis ausgetreten wäre, ist ein Indiz für missbräuchliche Absichten.

48 Deshalb sind 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 Entgeltansprüche zu versagen, als Maßnahmen zur Vermeidung von Missbräuchen im Sinne von Artikel 10 Buchstabe a der Richtlinie 80/987 anzusehen.

49 Der Umstand, dass ein Gesellschafter-Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis über den Zeitpunkt hinaus fortgesetzt hat, zu dem ein Arbeitnehmer, der nicht die Stellung eines Gesellschafters hat, wegen Vorenthaltens des Entgelts aus dem Arbeitsverhältnis ausgetreten wäre, lässt jedoch nicht zwangsläufig auf einen Missbrauch schließen.

50 Außerdem ergibt 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 betrifft. 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.

51 Im Übrigen kann ein Mitgliedstaat gemäß Artikel 10 Buchstabe b der Richtlinie 80/987 die in Artikel 3 der Richtlinie vorgesehene Zahlungspflicht oder die in Artikel 7 vorgesehene Garantiepflicht ablehnen oder einschränken, 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.

52 Nach alledem sind die Vorlagefragen wie folgt zu beantworten:

— Es verstößt gegen die Richtlinie 80/987, 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.

— 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 Vorenthaltung 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 Richtlinie 80/987 fallende Ansprüche darf der 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 Entgeltansprüche einen Zeitraum von drei Monaten betreffen.

Kosten

53 Die Auslagen der österreichischen Regierung und der Kommission, die Erklärungen vor dem Gerichtshof abgegeben haben, sind nicht erstattungsfähig. Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

auf die ihm vom Obersten Gerichtshof mit Beschluss vom 26. April 2001 vorgelegten Fragen für Recht erkannt:

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 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 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 Entgeltansprüche einen Zeitraum von drei Monaten betreffen.**

Puissochet Gulmann Macken

Colneric Cunha Rodrigues

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 11. September 2003.

Der Kanzler

R. Grass

Der Präsident der Sechsten Kammer

J.-P. Puissochet