

# ecolex

FACHZEITSCHRIFT FÜR  
WIRTSCHAFTSRECHT

1

(Seiten 1–72)

1 9 9 9

Arbeitnehmerschutz  
Arbeitnehmerbegriff  
Bildschirmarbeit

---

Verbraucherschutz  
Transparenzgebot

---

Vereine  
Ausdehnung des Eigenkapitalersatzrechts

---

Urheberrecht  
Fernwirkung von „Silhouette“

---

EG-Kartellrecht  
Große Vertriebsbindungsreform

---

BUST-Pflicht?  
Schwesternspaltung ohne Anteilsgewährung

---

Checklist  
Mietvertragskündigung

---

# VEREIN UND EIGENKAPITALERSATZ

Gerhard Saria / Raoul G. Wagner

**Mit E des HG Wien 5 S 844/97w wurde erstmals ein Vereinsmitglied dem Eigenkapitalersatzrecht unterstellt. Die Autoren weisen unter Rückgriff auf die tragenden Grundsätze des Eigenkapitalersatzrechts nach, daß die vereinzelt Äußerungen der Lehre zu diesem Problem, denen jetzt die Rsp gefolgt ist, jedenfalls im Einzelfall berechtigt sind.**

## 1. Einleitung

Mit der nunmehr rechtskräftigen E des HG Wien vom 15. 05. 1998, 5 S 844/97w<sup>1)</sup> erfolgt zum ersten Mal eine *Ausdehnung* des Anwendungsbezugs der vom OGH mit E vom 8. 5. 1991, 8 Ob 9/91<sup>2)</sup> in das österreichische Recht transformierten Grundsätze des Eigenkapitalersatzrechts *auf den Verein*. Die E kommt zu einem Zeitpunkt, da die Diskussion über das Eigenkapitalersatzrecht an verschiedenen Fronten neuerlich aufflammt: Auf der einen Seite wird in der Lehre das Eigenkapitalersatzrecht als sol-

ches wiederum in Frage gestellt.<sup>3)</sup> Auf der anderen Seite sind Rsp<sup>4)</sup> und Gesetzgeber<sup>5)</sup> bemüht, die Grenzen des Eigenkapitalersatzrechts auszuloten. Diese Entwicklung gebietet, sich mit der Anwendbarkeit des

1) Abgedruckt in diesem Heft S 35.

2) OGH 8. 5. 1991, 8 Ob 9/91, SZ 64/53 = *ecolex* 1991, 697 = *EvBl* 1991/179 = *GesRZ* 1991, 162 = *EWiR* 1992, 163 mit Anm *Brandes* = *JAP* 1991/92, 264 mit Anm *P. Bydlinski* = *RdW* 1991, 290 = *wbl* 1991, 398 mit Anm *Ostheim* = *ZVglRWiss* 92 (1993), 175 ff mit Anm *Marhold/Gimmy*.

3) *Schummer*, Das Eigenkapitalersatzrecht; *Koppensteiner*, Kritik des „Eigenkapitalersatzrechts“; *wbl* 1997, 489 ff; *ders*, Kritik des „Eigenkapitalersatzrechts“; *AG* 1998, 308 ff; vgl dazu *Ostheim*, Unternehmensreorganisation und Eigenkapitalersatzrecht; *wbl* 1998, 233 ff und Pkt 3.b)bb) dieser Arbeit; krit zum Eigenkapitalersatzrecht jüngst *Dellinger*, Kritik am Eigenkapitalersatzrecht, Drittkredit und Gesellschaftersicherheit; *ÖBA* 1998, 601 ff.

4) Vgl jüngst OGH 30. 10. 1997, 8 Ob 254/97 d, *ecolex* 1998, 35 f = *RdW* 1998, 71 f (72) = *GesRZ* 1998, 38 f (39) = *wbl* 1998, 93 ff (95) = *ÖJZ-LSK* 1998/38 = *ÖJZ-LSK* 1998/51, wo ua die Frage einer allfälligen Mindestbeteiligung letztlich offengelassen wurde.

5) Entschließung des JA, JAB 813 BlgNR 20. GP, 34, abgedruckt bei *Reich-Rohrwig/Zehetner*, Das neue Insolvenzrecht 68, mit der dieser den BMJ ersuchte, eine gesetzliche Regelung der Materie so rechtzeitig vorzulegen, daß noch in dieser Legislaturperiode ein Gesetzesbeschluß gefaßt werden könne.

Eigenkapitalersatzrechts auch auf Vereine auseinanderzusetzen.

Der Anlaßfall selbst ist ein besonders deutliches Beispiel dafür, wie die Rechtsform Verein zur Übervorteilung der Gläubiger mißbraucht werden kann: Der im April 1994 eröffnete erste Konkurs des betroffenen Sportvereins war erst durch einen im Februar 1996 bestätigten Zwangsausgleich abgewendet worden. Im April 1997 wurde dann ein Vertrag mit einem Sponsor geschlossen, der diesem für sein zu Lasten der Gläubiger atypisch und keineswegs marktkonform ausgestaltetes Darlehen an den nach den Feststellungen ganz offensichtlich schon damals kreditunwürdigen Verein derart weitgehende Einflußrechte einräumte, daß das Gericht zu Recht von der „gänzlichen Selbstaufgabe der juristischen Person Verein“ gegenüber dem sponsernden Vereinsmitglied und Vereinspräsidenten sprach. Bereits vier Monate nach Abschluß dieses Vertrags wurde dann der zweite verfahrensgegenständliche Konkurs eröffnet, wobei das darlehensgewährende Vereinsmitglied Anspruch auf die aus dem Vereinsvermögen gestellten Sicherheiten erhob.

## 2. Anwendung des Eigenkapitalersatzrechts auf von der GmbH verschiedene Gesellschaftsformen

Im Anschluß an die deutsche Lehre und Rsp wird die Anwendbarkeit des Eigenkapitalersatzrechts auf die GmbH & Co KG<sup>6)</sup> sowie auf atypisch stille Gesellschafter<sup>7)</sup> durch die hL, aber auch vom OGH bejaht, wobei letzterer den „Nur-Kommanditisten“ der GmbH & Co KG ebenfalls in den Anwendungsbereich miteinbezog.<sup>8)</sup> Eine konsequente Anwendung der Eigenkapitalersatzregeln auf alle Arten gesellschaftsrechtlicher Konstruktionen von „Personengesellschaften mit beschränkter Haftung“ wird hierzu von Karollus vertreten.<sup>9)</sup> In Deutschland ist weiters hL und durch den BGH abgesicherte stRsp, daß eine Anwendung des Eigenkapitalersatzrechts auf Leistungen von Aktionären zu erfolgen hat, wobei allerdings die näheren Umstände dieser Einbeziehung strittig sind.<sup>10)</sup> Diese Ansicht ist in Österreich ebenfalls herrschend.<sup>11)</sup> Schließlich wurde zuletzt eine Einbeziehung der Genossenschaft in das Eigenkapitalersatzrecht diskutiert.<sup>12)</sup>

Obwohl dabei selbstverständlich eine Reihe von Details umstritten ist, läßt sich daraus immerhin ableiten, daß es vor allem unter dem Gesichtspunkt der Verhinderung von Umgehungen tendenziell zu einer Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Eigenkapitalersatzrechts kommt. Insofern ist eine Anwendung des Eigenkapitalersatzrechts auch auf den Verein nicht a priori ausgeschlossen.

## 3. Anwendung des Eigenkapitalersatzrechts auf den Verein

### a) Bisherige eigenkapitalersatzrechtliche Behandlung des Vereins

Die E des HG Wien befindet sich insofern auf sicherem Boden, als die bis jetzt vorliegende Literatur zum Vereinsrecht, sofern sie sich überhaupt mit die-

sem Problem auseinandersetzt, geschlossen von einer Anwendbarkeit des Eigenkapitalersatzrechts auf den Verein ausgeht: Der auch in der E zitierte *Ostheim* spricht sich expressis verbis für die Einbeziehung des Vereins in das Eigenkapitalersatzrecht aus.<sup>13)</sup> *Höhne/Jöchl/Lummerstorfer* referieren ohne eigene Stellungnahme diese Ansicht.<sup>14)</sup> Nach *Berger* sind Vereinsmitglieder erfaßt, soweit sie eine Finanzierungsverantwortung trifft, die von einem Mindestmaß gesellschaftlicher Mitwirkungsrechte begründet werde.<sup>15)</sup> Auch *Karollus* möchte das Eigenkapitalersatzrecht auf den Verein & Co KG anwenden.<sup>16)</sup>

Diese Äußerungen liefern wertvolle Hinweise, allerdings ohne restlos zu überzeugen: *Ostheim* und *Berger* gehen letzten Endes von einem rechtsformunabhängigen Ansatz des Eigenkapitalersatzrechts aus, sodaß die von ihnen vorgenommene Ausdehnung des Anwendungsbereichs logische Folge ihres jeweiligen Konzeptes ist und die Richtigkeit dieser Prämisse voraussetzt.<sup>17)</sup> *Berger* konkretisiert außerdem nicht, welche Umstände die Finanzierungsverantwortung beim Vereinsmitglied auslösen. *Karollus* wiederum geht es primär um die rechtsfortbildende Entwicklung eines Kapitalschutzes bei allen Arten von „Personengesellschaften mit beschränkter Haftung“, wobei wohl die Verhinderung von Umgehungen der Einbeziehung der GmbH & Co KG in das Eigenkapitalersatzrecht im

6) Vgl *Koppensteiner*, GmbHG § 74 Rz 19; *Jabornegg* in *Jabornegg* § 161 HGB Rz 59; *Rebhahn* in *Jabornegg* § 187 HGB Rz 8; *Karollus*, Kapitalersetzende Leistungen; OBA 1997, 105ff (107, 110, 116); *ders*, Verstärkter Kapitalschutz bei der GmbH & Co KG; *ecolex* 1996, 860ff (861).

7) Vgl *Rebhahn* in *Jabornegg* § 186 HGB Rz 6, § 187 HGB Rz 7ff; *Berger*, Stille Beteiligungen im Konkurs des Geschäftsinhabers; *RdW* 1996, 403ff; *Karollus*, *ecolex* 1996, 862f; *ders*, OBA 1997, 110f; *Nowotny*, Probleme des eigenkapitalersetzenden Darlehens; OBA 1994, 669ff (675).

8) Vgl etwa OGH 28. 9. 1995, 8 Ob 4, 5/95, *ecolex* 1996, 459f = ZIK 1996, 71f = *RdW* 1996, 113f; OGH 8. 2. 1996, 8 Ob 39/95, *ecolex* 1996, 461 mit Anm *Elsner* = ZIK 1997, 69f; OGH 24. 7. 1996, 8 Ob 2124/96 b, *ecolex* 1996, 863f mit Anm *Reich-Rohrwig*; OGH 12. 9. 1996, 8 Obs 2107/96 b, SZ 69/208.

9) *Karollus*, OBA 1997, 116.

10) BGH 26. 3. 1984, II ZR 171/83, BGHZ 90, 381ff; OLG Hamburg, 17. 2. 1989, 11 U 241/88, WM 1989, 717ff; OLG Düsseldorf 6. 11. 1986, 6 U 29/86, AG 1987, 181ff; vgl *Hüffer*, AktG<sup>3</sup> § 57 Rz 16ff mwN; v. *Gerkan*, Das Recht des Eigenkapitalersatzes in der Diskussion; ZGR 1997, 173ff (187); *Weisang*, Eigenkapitalersatzende Gesellschafterleistungen in der neueren Rechtsprechung – Teil II; WM 1997, 245ff (246 mwN); *Engin-Deniz*, Eigenkapitalersatz in der deutschen Judikatur; *ecolex* 1993, 317ff (319f).

11) *Jabornegg* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser AktG<sup>3</sup> § 1 Rz 75f*; *Rebhahn* in *Jabornegg* § 187 HGB Rz 8; *Karollus*, OBA 1997, 107ff mwN; *Berger*, Grundlagen des Eigenkapitalersatzrechts 137ff, insb 141; *ders*, Rechtsfolgen kapitalersetzender Finanzierungsleistungen; OBA 1996, 837ff (840); *Nowotny*, OBA 1994, 673f. Die Rsp bejaht die Anwendung auf den Aktionär zumindest im Rahmen eines obiter dictums in OGH 30. 10. 1997, 8 Ob 254/97 d, *ecolex* 1998, 35f = *RdW* 1998, 71f (72) = *GesRZ* 1998, 38f (39) = *wbl* 1998, 93ff (95) = *ÖJZ-LSK* 1998/38 = *ÖJZ-LSK* 1998/51.

12) *Saria*, Eigenkapitalersatz im Genossenschaftsrecht in *Krejci/Reich-Rohrwig* (Hrsg), Vorstand und Geschäftsleiter von Genossenschaften (in Vorbereitung).

13) *Ostheim* in *Korinek/Krejci*, Der Verein als Unternehmer 206ff; vgl auch *Zib*, Der Verein als Unternehmer – Symposionsbericht; *AnwBl* 1988, 321ff (324).

14) *Höhne/Jöchl/Lummerstorfer*, Das Recht der Vereine 132f.

15) *Berger*, Grundlagen des Eigenkapitalersatzrechts 141f.

16) *Karollus*, OBA 1997, 116.

17) Vgl *Ostheim* in *Korinek/Krejci*, Der Verein als Unternehmer 206ff, wo unter Berufung auf *K. Schmidt* eine ausdehnende Anwendung bejaht wird, weil die Risiküberwälzung auf Gläubiger insoweit rechtsformunabhängig sei, „als sie sich bei jeder Unternehmensform verwirklichen kann, bei der das darlehensgewährende Mitglied nicht persönlich für die Unternehmensverbindlichkeiten haftet“.

Vordergrund stehen dürfte. Jedenfalls geht es ihm nicht um die Einbeziehung des Vereins an sich.<sup>18)</sup>

## b) Indizien für eine Einbeziehung des Vereins

### aa) Die Finanzierungsverantwortung

Das von der deutschen und österreichischen Rsp als tragende Rechtfertigung des Eigenkapitalersatzrechts entwickelte Konzept von der Finanzierungs- bzw. Finanzierungsfolgenverantwortung ist nicht per se auf eine bestimmte Rechtsform beschränkt. Die zwar nicht sittenwidrige, aber anstößige Doppelrolle als Gesellschafter und Darlehensgeber in der Krise der Gesellschaft ist keine Besonderheit der GmbH, sondern kann auch bei anderen Gesellschaftsformen auftreten. In diesem Sinn wurde eine solche Gläubigergefährdung durch Verlagerung des Sanierungsrisikos bei der AG unter bestimmten Voraussetzungen vom BGH, aber auch vom OGH<sup>19)</sup> bejaht. Dies ist auch beim Verein denkbar. Allerdings zeigt gerade das Beispiel der AG deutlich, daß eine Einbeziehung nicht allein mit der bloßen Möglichkeit jeglicher Gläubigergefährdung gerechtfertigt werden kann.

### bb) § 21 URG

Das URG hat nicht nur eine grundsätzliche Anerkennung des Eigenkapitalersatzregeln durch den österreichischen Gesetzgeber gebracht und damit zumindest all jenen Stimmen eine Absage erteilt, die das Eigenkapitalersatzrecht an sich trotz der Rsp des OGH ablehnen.<sup>20)</sup> Es liefert, wie bereits an anderer Stelle dargelegt,<sup>21)</sup> mit seiner in § 21 URG vorgesehenen Befreiung der Reorganisationsmaßnahmen vom Eigenkapitalersatzrecht ein *Indiz für* die Zulässigkeit einer *Ausdehnung* des Eigenkapitalersatzrechts über die GmbH hinaus: Das URG ist auf Unternehmer unabhängig von ihrer Rechtsform anzuwenden. Die nicht auf bestimmte Gesellschaftsformen beschränkte Freistellung von der Anwendung des Eigenkapitalersatzrechts legt nahe, daß der Gesetzgeber von einem über die GmbH hinausgehenden Konzept des Eigenkapitalersatzrechts ausgegangen ist. Zuzugeben ist allerdings, daß dieser Schluß nicht zwingend ist: Erstens bleibt selbst dann ungeklärt, welche Gesellschaftsformen im Detail erfaßt werden sollten. Zweitens ist die Deutung wahrscheinlicher, daß der Gesetzgeber nur dort eine Ausnahme vorsehen wollte, wo Eigenkapitalersatzrecht nach Rsp und Lehre anzuwenden ist.

### cc) Rechtliche Gleichbehandlung von Verein und Kapitalgesellschaften

In wichtigen Fragen wird von Lehre und Rsp in zunehmendem Maß eine Angleichung des Vereinsrechts an das Kapitalgesellschaftsrecht durch analoge Anwendung des letzteren vorgenommen:<sup>22)</sup> So ist *Ostheim* zumindest für den Spezialfall des unternehmerisch tätigen Vereins, wie er nach den Feststellungen im entschiedenen Fall vorlag, von einer weitgehenden Heranziehbarkeit vor allem des Kapitalgesellschaftsrechts zur Lückenfüllung ausgegangen.<sup>23)</sup> Rsp und Lehre haben die Existenz des Vorvereins anerkannt und dabei auftretende Rechtsprobleme unter Rückgriff auf das Kapitalgesellschaftsrecht gelöst.<sup>24)</sup> Das gleiche gilt für den Bereich der Organhaftung bei

Konkursverschleppung.<sup>25)</sup> Jüngst hat *Niederberger* eine Vielzahl von beim Verein auftretenden Ordnungsproblemen unter Rückgriff auf das Kapitalgesellschaftsrecht derart gelöst, daß sie im Ergebnis in den von ihr untersuchten Bereichen eine weitgehende Angleichung des Vereinsrechts an das Recht der GmbH und AG vorgenommen hat.<sup>26)</sup> Diesen Entwicklungen ist zuzustimmen, erfordern doch vergleichbare Rechtsprobleme, sofern keine Besonderheiten gegeben sind, gleichartige Lösungen. Aus diesem Grund liegt es nahe, den Verein *zumindest prinzipiell* dem aus dem Kapitalgesellschaftsrecht stammenden Eigenkapitalersatzrecht zu unterstellen.

### c) Anwendung des Eigenkapitalersatzrechts im vorliegenden Fall

Entscheidende Frage für eine Anwendung des Eigenkapitalersatzrechts ist somit, ob der Verein mit den bisher dem Eigenkapitalersatzrecht unterworfenen Rechtssubjekten ausreichend vergleichbar ist, um eine Gleichstellung in dieser Rechtsfrage zu rechtfertigen. Dabei kann die Frage nach einer generellen Anwendbarkeit des Eigenkapitalersatzrechts auf den Verein offenbleiben, obwohl die bisher angeführten Indizien dies nahelegen. Ob daher wirklich jedes Vereinsmitglied unterschiedslos in das Eigenkapitalersatzrecht einzubeziehen ist, wie es *Ostheim* offenbar annimmt, braucht hier nicht geklärt werden.<sup>27)</sup> In Anbetracht der bis jetzt in der Dogmatik des Eigenkapitalersatzrechts erzielten Ergebnisse ist dessen Anwendung auf den Verein uE jedenfalls im vorliegenden Fall gerechtfertigt:

Das darlehensgebende Vereinsmitglied hat nach den Feststellungen einer in der Krise befindlichen juristischen Person ohne stille Reserven ein Darlehen in Höhe von fast öS 4 Millionen eingeräumt. Eine kapitalmäßige Beteiligung dieses Vereinsmitglieds ist damit gerade wegen des Umstands, daß es

18) Vgl nun *Karollus/Schulyok*, Eigenkapitalersetzende Leistungen 78, wonach eine Anwendung „uU“ beim Verein vorzunehmen ist.

19) Vgl FN 11.

20) *Koppensteiner*, wbl 1997, 491 FN 26; *ders*, AG, 1998, 310 FN 26; *Schummer*, Das Eigenkapitalersatzrecht 72ff, 234ff, 239ff; messen diesem Umstand offenbar keine Bedeutung bei; anders *Dellinger*, ÖBA 1998, 603, der S 606 FN 42 wohl zu weit geht und von der methodisch neuen Figur der „Rechtsfolgenanalogie“ spricht.

21) *Saria*, Eigenkapitalersatz im Genossenschaftsrecht in *Krejci/Reich-Rohrwig* (Hrsg), Vorstand und Geschäftsleiter von Genossenschaften (in Vorbereitung).

22) Vgl auch *Höhne/Jöchl/Lummerstorfer*, Das Recht der Vereine 132f.

23) Vgl etwa *Ostheim* in *Korinek/Krejci*, Der Verein als Unternehmer 202ff.

24) Vgl OGH 18. 9. 1990, 4 Ob 71/90, SZ 63/156; OGH 1. 9. 1993, 7 Ob 15/93, SZ 66/101 = JBl 1994, 621 = wbl 1994, 57f = HS 24.369 = ÖJZ-LSK 1994/22; *Aicher* in *Rummel* § 26 ABGB Rz 33; *Geist*, Vorverein – Der OGH im Kampf mit einem Phantom – Anmerkungen zu OGH 1. 9. 1993, 7 Ob 15/93; JBl 1994, 635ff.

25) OGH 22. 10. 1997, 7 Ob 2339/96p, *ecolex* 1998, 327ff (327f); aus *RdW* 1998, 191 insoweit nicht ersichtlich.

26) *Niederberger*, Persönliche Haftung der Funktionäre für den vermögenslosen Idealverein? *ecolex* 1997, 838ff (839ff). Im vorliegenden Fall hätten auf den Verein uU, wie von *Niederberger*, *ecolex* 1997, 841 vorgeschlagen, die Grundsätze zur qualifizierten Unterkapitalisierung Anwendung finden können, mit der Konsequenz, daß von allen Vereinsmitgliedern entsprechende Zahlungen verlangt werden könnten.

27) *Ostheim* in *Korinek/Krejci*, Der Verein als Unternehmer 208; implizit krit auch *Rümker*, Überlegungen zur gesellschaftlichen Finanzierungsverantwortung; ZGR 1988, 494ff (507).

im Vereinsrecht weder ein Mindestkapital noch Kapitalaufbringungs- oder Kapitalerhaltungsvorschriften gibt, wohl nicht zu leugnen. Weiters wurden als „Gegenleistung“ für die finanzielle Unterstützung dem Vereinsmitglied umfangreichste Rechte eingeräumt. Ua war es ihm möglich, den Verein gemeinsam mit einer von ihm beherrschten juristischen Person zu vertreten sowie dem Vereinsvorstand Weisungen zu erteilen, sodaß Geschäftsführung und Vertretung letztlich allein in seinen Händen lagen. Ziel der Einräumung all dieser Rechte war es laut des in der E wörtlich zitierten Darlehensvertrages, daß das Vereinsmitglied „juristisch und wirtschaftlich Einfluß auf die Vereinsführung und -gebarung nehmen kann“. Im vorliegenden Sachverhalt liegt daher jedenfalls eine *unternehmerische Beteiligung des Vereinsmitglieds* vor, wie sie vom BGH für die Unterstellung von Aktionärsleistungen unter das Eigenkapitalersatzrecht gefordert wird.<sup>28)</sup>

Dieser Rückgriff auf die Regeln zur AG kann in Fällen wie dem vorliegenden uE ungeachtet der Frage erfolgen, ob, wie in dieser E, ein *unternehmerisch tätiger Verein* vorliegt.<sup>29)</sup> Für die Frage der anstößigen Doppelrolle des Vereinsmitglieds kann es keine Rolle spielen, ob ein Verein Aktivitäten in einer Art und in einem Umfang entwickelt, daß er als unternehmerisch tätig anzusehen ist. Die Gläubigergefährdung ist einerseits in beiden Fällen gleich groß, und andererseits wird schon bei der GmbH hinsichtlich des Eigenkapitalersatzes nicht nach dem Geschäftsumfang differenziert. Schließlich kann eine GmbH ebenfalls *ideelle Zwecke* verfolgen, ohne daß die Gesellschafter dadurch von der Anwendbarkeit des Eigenkapitalersatzrechts befreit wären. Diese Besonderheit des Vereinsrechts spricht daher ebenfalls nicht gegen eine Anwendung des Eigenkapitalersatzrechts auf den Verein.

Die Einbeziehung des Vereinsmitglieds im gegenständlichen Fall läßt sich aber auch auf andere Art begründen: Nach der in Österreich anerkannten deutschen Rsp unterliegt der *atypische Pfandgläubiger* am GmbH-Geschäftsanteil dem Eigenkapitalersatzrecht.<sup>30)</sup> Wären einem Pfandgläubiger Rechte in einem Umfang wie im vorliegenden Fall eingeräumt worden, so wäre die Unterstellung seiner Leistungen ganz unstrittig. Umso mehr muß ein Vereinsmitglied erfaßt sein, ist es doch aufgrund seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung in einem weitaus größerem Naheverhältnis zum Verein als ein Pfandgläubiger – es ist nicht bloß „gesellschafterähnlich“, sondern „Gesellschafter“. Der Einwand, daß im vorliegenden Fall nicht ein GmbH-Geschäftsanteil verpfändet wurde, sondern „nur“ eine Zession von Vereinsforderungen zur Besicherung erfolgte, ist dagegen nicht zielführend: Aus Gläubigersicht ist es unerheblich, wie die Besicherung erfolgt, wenn nur Einflußrechte und Kapitalbeteiligung eine gesellschafterähnliche Stellung begründen. Selbst wenn im vorliegenden Fall der Darlehensgeber kein Vereinsmitglied gewesen wäre, hätte der Sachverhalt noch genügend Raum zur Diskussion einer Anwendung des Eigenkapitalersatzrechts auf seine Leistung gelassen. An diesem Befund ändert auch die jüngst ergangene E des OGH 8 Ob 336/97p<sup>31)</sup> nichts, ging es doch dabei um die Frage, ob eine von GmbH-Gesellschaftern besicherte Forderung eines kreditierenden Nichtgesellschafter ohne

atypische Stellung gegen die GmbH in eine Ausfallhaftung der GmbH umzuqualifizieren sei, und nicht darum, ob ein kreditierender Nichtgesellschafter bei atypischer Stellung dem Eigenkapitalersatzrecht unterliegt.

#### 4. Ergebnis

Der E des HG Wien ist vollinhaltlich zuzustimmen. Sie steht im Einklang mit den Äußerungen der Lehre und entwickelt darüber hinaus das Eigenkapitalersatzrecht in konsequenter Weise weiter. Wie gezeigt werden konnte, findet diese E ihre dogmatische Rechtfertigung in den tragenden Grundsätzen dieses Rechtsgebiets. Sie ist mutig, gibt es doch keine deutsche E zu dieser Rechtsfrage und war das Gericht gezwungen, diese Fortentwicklung fast ohne Hilfe von seiten der Lehre und Rsp vorzunehmen. Letztlich ist diese E auch rechtspolitisch zu begrüßen, macht sie es über den Kreis der Sportvereine hinaus Mäzenen unmöglich, Gläubiger des Vereins in der beschriebenen und zweifelsohne bedenklichen Art und Weise zu benachteiligen. Es ist daher zu wünschen, daß sich zum einen der OGH an dieser E ein Beispiel nimmt und daß zum anderen im Zuge der Reform des Vereinsrechts im Gegensatz zum publizierten Entwurf<sup>32)</sup> ein klarstellender Hinweis auf die Anwendbarkeit des Eigenkapitalersatzrechts beim Verein erfolgen wird.

28) Vgl BGH 26. 3. 1984, II ZR 171/83, BGHZ 90, 381 ff (382): „Bei einer darunter liegenden, aber nicht unbeträchtlichen Beteiligung kann ein Gesellschafterdarlehen als haftendes Kapital einzustufen sein, wenn die Beteiligung in Verbindung mit weiteren Umständen dem Gläubiger Einfluß auf die Unternehmensleitung sichert und er ein entsprechendes unternehmerisches Interesse erkennen läßt.“

29) So aber *Ostheim* in Korinek/Krejci, Der Verein als Unternehmer 208.

30) BGH 13. 7. 1992, II ZR 251/91, BGHZ 119, 191 ff = ZIP 1992, 1300ff; *Karollus*, Zum Eigenkapitalersatzrisiko bei Inpfandnahme von Geschäftsanteilen; ÖBA 1996, 581ff; *Schumacher*, Das Unternehmensreorganisationsgesetz; ÖBA 1997, 855ff (873); dagegen *Nowotny*, ÖBA 1994, 676.

31) OGH 12. 3. 1998, 8 Ob 336/97p, eclex 1998, 408 = RdW 1998, 336f = wbl 1998, 316ff = ÖBA 1998, 640f; vgl die krit Stellungnahmen von *Schmidberger*, Eigenkapitalersetzende Gesellschaftersicherheit: Keine Auswirkungen auf Drittkreditgeber! RdW 1998, 318ff und *Dellinger*, ÖBA 1998, 601ff, insb 605ff.

32) *Fessler/Keller/Krejci/Zetter*, Reform des Vereinsrechts.

Die generelle Anwendbarkeit des Eigenkapitalersatzrechts auf den Verein ist naheliegend, doch kann diese Frage vorerst offenbleiben. Jedenfalls dann, wenn die Leistungen des Vereinsmitglieds die Kapitalbasis des Vereins bilden und Geschäftsführung sowie Vertretung in seinen Händen liegen, ist Eigenkapitalersatzrecht anwendbar, da die sich aus einer Gesamtbetrachtung der Stellung des Vereinsmitglieds ergebenden Anknüpfungspunkte in einem solchen Fall mit denen vergleichbar sind, die zur Einbeziehung von Aktionären und atypischen Pfandgläubigern in das Eigenkapitalersatzrecht geführt haben.

## Eigenkapitalersetzendes Darlehen des Vereinsmitgliedes an den Verein

Die Grundsätze des Eigenkapitalersatzrechts sind auch auf den Verein anwendbar.

### Aus der Begründung:

Der Verein ist unternehmerisch tätig und verwirklicht schon allein dadurch dieselbe Risikolage wie die dem Eigenkapitalersatzrecht typischerweise unterworfenen GmbH. Daher sind diese Grundsätze jedenfalls im hier vorliegenden Fall iSd hL (vgl. *Aicher* und *Ostheim*, wiedergegeben bei *Zib*, AnwBl 1988, 322ff; *Ostheim* in *Krejci/Korinek* [Hrsg], Der Verein als Unternehmer [1989] 206f) auch auf den Verein anzuwenden.

X war Vereinsmitglied und verfügte zusätzlich im Vergleich zu anderen Vereinsmitgliedern über außerordentlich weitgehende Rechte. Er hat ein Darlehen, somit eine Leistung erbracht, die aufgrund ihrer atypischen Ausgestaltung als materielles Eigenkapital zu qualifizieren ist. Die atypische Ausgestaltung ergibt sich insb aus der jederzeitigen Rückforderbarkeit des Darlehens, der grundsätzlichen Unverzinslichkeit

der Darlehensforderung während der Laufzeit des Darlehens sowie den fehlenden Bestimmungen über eine regelmäßige Rückzahlung der Darlehenssumme.

Zusammenfassend läßt sich sagen: Die nach Rsp und Lehre gebotene Gesamtbetrachtung führt mithin zu dem Ergebnis, daß der über die Stellung eines „normalen“, dritten Darlehensgebers oder Pfandgläubigers weit hinausgehende Einfluß des X auf den Y-Verein einer Beherrschung desselben gleichkommt und ihn zumindest eine dem GmbH-Gesellschafter vergleichbare Verantwortung für eine ordnungsgemäße Unternehmensfinanzierung iS des Eigenkapitalersatzrechts trifft.

Aufgrund der im Ergebnis mit einer GmbH vergleichbaren Risikolage waren im Interesse des Gläubigerschutzes sowie der Rechtssicherheit daher die Regeln des Eigenkapitalersatzes in konsequenter Weise auch auf die Rechtsform des Vereines anzuwenden und somit spruchgemäß zu entscheiden.

**Anmerkung:** Siehe den *Besprechungsaufsatz* von *G. Saria / R. G. Wagner* oben S 31ff.

§ 74 GmbHG analog;  
§§ 1ff VerG;  
§§ 983ff ABGB

HG Wien  
15. 5. 1998,  
5 S 844/97w

17