

## 16. Kapitel

### Der Konzern in Krise und Insolvenz

**Literatur:** *Adensamer/Oelkers/Zechner*, Unternehmenssanierung zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht (2006); *Aichinger*, Die Patronatserklärung in Österreich, QuHGZ 1978/4, 85; *Aigner/Kofler/Moshammer/Tumpel*, „Gesunde“ Unternehmen im Sinne des Unternehmensliquiditätsstärkungsgesetzes (ULSG), GES 2015, 324; *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence I<sup>2</sup> (2015); *Andres/Leithaus*, Insolvenzordnung<sup>3</sup> (2014); *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht VIII/1<sup>2</sup> (2012); *Artmann*, Der faktische Geschäftsführer, in FS Aicher (2012) 23; *Artmann*, Haftungsrisiken für Gesellschafter, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschaftspflichten in der Krise (2015) 45; *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2<sup>4</sup> (2004); *Baumbach/Hueck*, GmbHG<sup>20</sup> (2013); *Baumüller/Kreuzer*, (SWK-Spezial) Bilanzanalyse (2014); *Beck*, Haftung wegen Insolvenzverschleppung bei bestehendem Cash-Pool, GmbHR 2015, 287; *Bertil/Mandl*, Handbuch zum Rechnungslegungsgesetz (2015); *Bork/Schäfer*, GmbHG<sup>3</sup> (2015); *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht – Zusatzband (2009); *Burgard*, Garantie- und Verschuldenshaftung von Mitgesellschaftern einer GmbH, NZG 2002, 606; *Dellinger*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall: Insbesondere gegenüber sogenannten Neugläubigern (1991); *Dellinger*, Fehlentwicklungen bei der Konkursverschleppungshaftung, in FS Straube (2009) 3; *Dellinger/Mohr*, EKEG (2004); *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht<sup>3</sup> (2014); *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> (2012); *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007); *Fleischer*, Zur GmbH-rechtlichen Verantwortlichkeit des faktischen Geschäftsführers, GmbHR 2011, 337; *Fleischer/Goette* (Hrsg), Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung II<sup>2</sup> (2016) und III<sup>2</sup> (2016); *Fleischer/Hüttemann*, Rechtshandbuch Unternehmensbewertung (2015); *Fruhstorfer*, Insolvenzantragspflicht des Mehrheitsgesellschafters – Durchbrechung des Trennungsprinzips, ZIK 2013, 212; *Gehrlein/Ekkenga/Simon*, GmbHG<sup>2</sup> (2015); *Göb/Nebel*, Aktuelle gesellschaftsrechtliche Fragen in Krise und Insolvenz, NZI 2015, 408; *Goette/Habersack/Kalss*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz II<sup>4</sup> (2014) und V<sup>4</sup> (2015); *Gottwald*, Insolvenzrechts-Handbuch<sup>5</sup> (2015); *Graeber*, Der Konzerninsolvenzverwalter – Pragmatische Überlegungen zu Möglichkeiten eines Konzerninsolvenzverfahrens, NZI 2007, 265; *Gruber/Harrer*, GmbHG (2014); *Hirschler*, Bilanzrecht (2010); *Hoffmann*, Die Patronatserklärung im deutschen und österreichischen Recht (1989); *Jabornegg*, HGB (1997); *Jabornegg/Strasser*, AktG II<sup>5</sup> (2011); *Jovic*, Der GmbH-Gesellschafter als faktischer Geschäftsführer, GES 2013, 332; *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2005); *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht, in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007 (2008) 65; *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008); *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013); *Karollus*, Banken-, Gesellschafter- und Konzernleitungshaftung nach den „Eumig“-Erkenntnissen, ÖBA 1990, 337 (Teil I) und ÖBA 1990, 438 (Teil II); *Karollus*, Pflichten und Haftung der Organe von Kapitalgesellschaften in der Krise und bei der Sanierung, in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz (2002) 1145; *Karollus*, Einlagenrückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht, in *Leitner*, Handbuch Verdeckte Gewinnausschüttung<sup>2</sup> (2014) 1; *Karollus/Huemer*, Die Fortbestehensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung<sup>2</sup> (2006); *J. Koch*, Die Patronatserklärung (2005); *Kirchhof/Stürner/Eidenmüller*, Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung I<sup>3</sup> (2013); *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze (Loseblatt, 2014); *König*, Die Anfechtung nach der Insolvenzordnung<sup>5</sup> (2014); *Konwitschka/Perner*, Entwurf zum GesRÄG 2013 – (Finanzielle) Erleichterungen für die Gründung von GmbHs, RWZ 2013, 107; *Koppensteiner*, Zum Gewinnabführungsvertrag der GmbH, RdW 1985, 170; *Koppensteiner*, Zur Haftung des GmbH-Gesellschafters, wbl 1988, 1; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> (2007); *Krejci*, Empfiehlt sich die Einführung neuer Unter-

nehmensformen? Partnerschaft, Verein, Konzern, GA 10. ÖJT (1988); *Krüger/Pape*, Patronatserklärungen und Beseitigung von Zahlungsunfähigkeit, NZI 2011, 617; *R. Leitner*, Der Insolvenzatbestand der Überschuldung im Konzernunternehmen, RdW 1994, 273; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG<sup>18</sup> (2012); *Maier-Reimer/Etzbach*, Die Patronatserklärung, NJW 2011, 1110; *Nunner-Krautgasser/Anzenberger*, Trennungsgebot in der „Konzerninsolvenz“, ZIK 2012, 2; *Opferkuch*, Sanierung von Unternehmen (2014); *Pucher*, Zur Insolvenzantragspflicht des Mehrheitsgesellschafters, GES 2013, 493; *Pucher*, Aus § 69 Abs 3 a IO ergibt sich keine Vertretungsbefugnis des Mehrheitsgesellschafters nach Insolvenzantragstellung, ZIK 2014, 82; *Rauter*, GesRÄG 2013: Die GmbH im „Ausverkauf“, JAP 2013/14, 31; *Rebernik/Schmidberger*, Zum Vorrang des Anfechtungsrechts gegenüber den Regeln der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, ZIK 2010, 162; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004); *Reich-Rohrwig*, GesRÄG 2013, *ecolex* 2013, 705; *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg*, Münchener Kommentar zum BGB V<sup>6</sup> (2013); *Saenger/Koch*, Cash-Pooling und Feststellung der Zahlungsunfähigkeit, GmbHR 2010, 113; *Schellmann*, Wenn die Mutter mit der Tochter „baden geht“ . . . JAP 2011/12, 234; *K. Schmidt*, Anlegerschutz durch Konkursverschleppungshaftung? GesRZ 2009, 317; *K. Schmidt*, Insolvenzordnung<sup>18</sup> (2013); *K. Schmidt*, Münchener Kommentar zum HGB IV<sup>3</sup> (2013); *K. Schmidt/Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz<sup>4</sup> (2009); *Michaela Schneider*, Der faktische Geschäftsführer im Gesellschaftsrecht, Dissertation Universität Innsbruck (2014); *Scholz*, GmbHG, Band I<sup>1</sup> (2012), Band II<sup>1</sup> (2014) und Band III<sup>1</sup> (2015); *Schopper*, Zur Konkursverschleppungshaftung des ausgeschiedenen Geschäftsführers, GES 2008, 4; *Schopper*, Fallgruppen der verdeckten Sacheinlage, NZ 2009, 256; *Schopper/Vogt*, EKEG (2003); *Schrader*, Die Besserungsabrede (1995); *H. Schumacher*, Neues zur Zahlungsunfähigkeit und Zahlungsstockung, ÖBA 2012, 816; *Schummer*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers wegen Konkursverschleppung – ebenfalls ein Irrweg? in FS Koppensteiner (2001) 211; *Spindler/Stilz*, Kommentar zum AktG<sup>3</sup> (2015); *Straube/Ratka/Rauter*, UGB II/RLG<sup>3</sup> (2012); *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG (www.rdb.at, 2015); *M. Tichy*, Syndikatsverträge bei Kapitalgesellschaften (2000); *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht AT und Personengesellschaften (2013); *U. Torggler*, GmbHG (2014); *U. Torggler*, UGB<sup>2</sup> (2016); *U. Torggler/Trenker*, Zur Organhaftung für Gläubigerbevorzugung gemäß § 25 Abs 2 Z 2 GmbHG, JBl 2013, 613; *Trenker*, Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen (2012); *Trummer*, Gesellschaftsrechts- Änderungsgesetz 2013 – Insolvenzantragspflicht des „Mehrheitsgesellschafters“ ZIK 2013, 126; *Uhlenbruck*, Insolvenzordnung<sup>14</sup> (2015); *Ulmer/Habersack/Löbbe*, GmbHG I<sup>2</sup> (2013) und II<sup>2</sup> (2014); *Warto*, GmbH-Novelle 2013 – Die Neuerungen im Überblick, wbl 2013, 361; *Zehetner/Bauer*, Das Eigenkapitalersatzrecht: Gesellschaftsrecht, Insolvenzrecht, Bilanz- und Steuerrecht, Strafrecht (2004); *Zib/Dellinger*, UGB (2013); *Zollner*, Der Stifter in der Krise – Anfechtung von Vermögenswidmungen an eine Privatstiftung durch Insolvenzverwalter und Gläubiger, PSR 2010, 116; *Zollner*, Anfechtung im Stiftungs- und Körperschaftsrecht, GES 2010, 210.

**Übersicht**

	Rz
I. Krisenatbestände und Insolvenzgründe . . . . .	16.1
A. Krise und Insolvenz als Rechtsbegriffe . . . . .	16.1
B. Negatives Eigenkapital (§ 225 Abs 1 UGB) . . . . .	16.3
C. Reorganisationsbedarf nach dem URG . . . . .	16.8
D. Krise nach dem EKEG . . . . .	16.12
E. Insolvenzrechtliche Überschuldung . . . . .	16.15
1. Keine konsolidierte Betrachtung auf Konzernebene . . . . .	16.15
2. Aktiva im Überschuldungsstatus . . . . .	16.19
a) Rechtlich verbindliche Leistungszusagen, Wertberichtigung . . . . .	16.19
b) Verlustabdeckungsanspruch . . . . .	16.22
c) Patronatserklärungen . . . . .	16.25
d) Nachschüsse gem § 72 GmbHG und Zuschüsse . . . . .	16.33
e) Kreditzusagen durch die Muttergesellschaft . . . . .	16.35

f) Sonstige Forderungen . . . . .	16.36
g) Beteiligungen im Überschuldungsstatus der Holding . . . . .	16.40
3. Passiva im Überschuldungsstatus . . . . .	16.42
4. Fortbestehensprognose . . . . .	16.46
F. Zahlungsunfähigkeit . . . . .	16.49
1. Begriff und Abgrenzung zur Zahlungsstockung . . . . .	16.49
2. „Bereite Zahlungsmittel“ des Schuldners . . . . .	16.51
3. Fällige Verbindlichkeiten . . . . .	16.59
II. Besondere Pflichten und Haftungsfragen in der Krise und Insolvenz . .	16.65
A. Einberufung einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung . .	16.65
B. Antrag auf Einleitung eines Reorganisationsverfahrens und Haftung nach § 22 URG . . . . .	16.71
C. Insolvenzantragspflicht und Haftung für Insolvenzverschleppung . .	16.74
1. Allgemeines zur Insolvenzverschleppungshaftung im Konzern . .	16.74
2. Insolvenzantragspflicht des Mehrheitsgesellschafters (§ 69 Abs 3a IO) . . . . .	16.77
3. Haftung der Muttergesellschaft als faktischer Geschäftsführer . . .	16.85
4. Haftung der Konzernmutter als beherrschender Gesellschafter . .	16.86
D. Verbotene Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzantragspflicht . . . .	16.87
III. Verfahrensrechtliche Fragen (Überblick) . . . . .	16.90
IV. Anfechtung nach der IO . . . . .	16.94

## I. Krisentatbestände und Insolvenzgründe

### A. Krise und Insolvenz als Rechtsbegriffe

Das österreichische Gesellschafts- und Insolvenzrecht knüpft an mehreren Stellen an die Tatbestände der Krise und Insolvenz einer Gesellschaft an. Das **juristische Begriffsverständnis** ist dabei nicht deckungsgleich mit dem, was man im wirtschaftswissenschaftlichen Bereich unter der Krise versteht.<sup>3182</sup> Die Auslegung und Anwendung der unterschiedlichen gesetzlichen Krisentatbestände (etwa § 225 Abs 1 UGB, §§ 22 bis 24 URG, § 2 EKEG, § 36 Abs 2 GmbHG) und Insolvenztatbestände (§§ 66, 67 IO) sind Gegenstand der rechtlichen Beurteilung.<sup>3183</sup> Eine unrichtige Anwendung der rechtlichen Vorgaben durch die Gerichte ist daher grundsätzlich vor dem OGH revisibel. Demgegenüber sind die rein faktische Ermittlung der Daten, die Bewertung (nicht aber die rechtlich zulässigen Bewertungsmethoden bzw -prämissen zB im Rahmen der Fortbestehensprognose) und die Errechnung von URG-Kennzahlen Teil der Sachverhaltsfeststellung.<sup>3184</sup> **16.1**

In diesem Kapitel werden konzernspezifische Sonderfragen beleuchtet, die sich iZm unterschiedlichen gesetzlichen Krisen- und Insolvenztatbeständen stellen. Dabei wird sich zeigen, dass dem **österreichischen Recht** die **Krise** und **Insolvenz des Konzerns unbekannt** sind. Alle gesetzlichen Krisen- und Insolvenztatbestände knüpfen an der einzelnen **16.2**

3182 Betriebswirtschaftliche Fragen einer Krise im Konzern bleiben hier ausgeklammert. Vgl zum Begriff der Krise in der Betriebswirtschaftslehre statt vieler *Opferkuch*, Sanierung von Unternehmen I ff.

3183 OGH 4 Ob 547/81 EvBl 1982/164; 7 Ob 11/01w; 8 Ob 133/08d SZ 2008/183; RIS-Justiz RS0043677; *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2<sup>4</sup> § 67 KO Rz 22.

3184 *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2<sup>4</sup> § 67 KO Rz 22.

Gesellschaft an, unabhängig davon, ob sich diese in einem Konzernverbund befindet oder nicht. Dennoch treten bei der Krise und Insolvenz einer Konzerngesellschaft besondere Rechtsfragen auf, die sich daraus ergeben, dass jedes einzelne Konzernmitglied im Regelfall in wechselseitigen Beziehungen zu anderen Konzerngesellschaften steht.

## B. Negatives Eigenkapital (§ 225 Abs 1 UGB)

- 16.3** Ist das Eigenkapital durch Verluste aufgebraucht, hat der auf der Passivseite der Bilanz befindliche Posten A. „**negatives Eigenkapital**“ zu lauten (§ 225 Abs 1 UGB). Verluste iSd Bestimmung sind die negativen Erfolgsbeiträge des Berichtsjahres und früherer Geschäftsjahre (Verlustvorträge), soweit sie nicht ausgeglichen wurden.<sup>3185</sup> Ein negatives Eigenkapital liegt demnach vor, wenn auf der Passivseite der Posten A. IV. „Bilanzverlust“ die sonstigen Posten des bilanziellen Eigenkapitals (Nennkapital und Rücklagen gem § 224 Abs 3) übersteigt.
- 16.4** Eine buchmäßige Überschuldung iSd § 225 Abs 1 UGB kann, sie muss aber nicht mit einer Überschuldung iSd Insolvenzrechts einhergehen. Liegt eine buchmäßige Überschuldung vor, muss jedenfalls im **Anhang erläutert** werden, ob auch eine materielle Überschuldung im Sinne von § 67 IO bei der Gesellschaft verwirklicht ist. Diese Angabe unterliegt der Veröffentlichungspflicht. Seit dem RÄG 2014<sup>3186</sup> sind gem § 242 Abs 1 UGB „Kleinstkapitalgesellschaften“<sup>3187</sup> von der Pflicht zur Aufstellung eines Anhangs ausgenommen.<sup>3188</sup>
- 16.5** Nicht ausreichend ist ein bloßer Hinweis im Anhang, dass keine Überschuldung iSd Insolvenzrechts vorliegt, sondern es ist im Anhang zu begründen, warum trotz buchmäßiger Überschuldung keine Überschuldung iSd Insolvenzrechts vorliegt.<sup>3189</sup> Diese Begründungspflicht im Anhang setzt entweder die Aufstellung eines Überschuldungsstatus zu Liquidationswerten oder die Erstellung einer Fortbestehensprognose voraus.<sup>3190</sup> Beruht der Ausschluss der insolvenzrechtlichen Überschuldung auf Rangrücktritts- oder Patronatserklärungen, ist im Anhang auch auf deren konkrete rechtliche Ausgestaltung und

3185 *Sopp/Grünberger/Vanas in Zib/Dellinger*, UGB § 225 Rz 4; *Hofians/Ressler in Straube/Ratka/Rauter*, UGB II/RLG<sup>3</sup> § 225 Rz 2; *Reiner/Haußer in MünchKomm HGB*<sup>3</sup> § 268 Rz 26.

3186 Rechnungslegungs-Änderungsgesetz 2014 (BGBl I 2015/22).

3187 Kleinstkapitalgesellschaften sind gem § 221 Abs 1a UGB „kleine Kapitalgesellschaften, die keine Investmentunternehmen oder Beteiligungsgesellschaften sind und mindestens zwei der drei nachstehenden Merkmale nicht überschreiten: i) 350.000 Euro Bilanzsumme; ii) 700.000 Euro Umsatzerlöse in den zwölf Monaten vor dem Abschlussstichtag; iii) im Jahresdurchschnitt 10 Arbeitnehmer.“

3188 Eine entsprechende Erläuterung des negativen Eigenkapitals bzw des Nichtvorliegens einer Überschuldung wird hier unter der Bilanz vorzunehmen sein.

3189 *Chalupsky in Bertl/Mandl*, Handbuch RLG, Abschnitt B III/3.2.e, 69f; *Hofians/Ressler in Straube/Ratka/Rauter*, UGB II/RLG<sup>3</sup> § 225 Rz 4; *Sopp/Grünberger/Vanas in Zib/Dellinger*, UGB § 225 Rz 6.

3190 Vgl dazu *Hofians/Ressler in Straube/Ratka/Rauter*, UGB II/RLG<sup>3</sup> § 225 Rz 4; *Sopp/Grünberger/Vanas in Zib/Dellinger*, UGB § 225 Rz 6f.

die sich daraus ergebenden Auswirkungen auf den Überschuldungsstatus (dazu näher unten Rz 16.22 ff und Rz 16.25 ff) einzugehen.<sup>3191</sup>

§ 225 Abs 1 UGB stellt auf den UGB-Einzelabschluss ab und gilt daher auch im Konzern zunächst nur auf der **Ebene jeder einzelnen Konzerngesellschaft**. Liegt bei einer Konzerngesellschaft ein negatives Eigenkapital iSd § 225 Abs 1 UGB vor, hat sich die daran anschließende Prüfung, ob eine materielle Insolvenz besteht, ebenfalls auf die betreffende Gesellschaft zu beziehen und nicht etwa auf eine konsolidierte Betrachtung im Konzern. Die wechselseitigen Beziehungen der Gesellschaft zu anderen Konzernmitgliedern (zB eine Patronatserklärung oder Verlustabdeckungszusage der Muttergesellschaft) können aber natürlich eine wesentliche Rolle bei der Prüfung spielen, ob bei der buchmäßig überschuldeten Einzelgesellschaft auch eine insolvenzrechtliche Überschuldung verwirklicht ist. **16.6**

§ 225 Abs 1 UGB über die Erläuterungspflicht im Anhang im Falle eines negativen Eigenkapitals ist auf Grund des Verweises in § 251 Abs 1 UGB grundsätzlich auch auf den **Konzernabschluss** anwendbar, „soweit die Eigenart des Konzernabschlusses keine Abweichung bedingt.“ Es stellt sich somit die Frage, ob im Anhang des Konzernabschlusses das (Nicht-)Vorliegen einer Überschuldung zu erläutern ist. Die in Österreich hA hält den Verweis für überflüssig.<sup>3192</sup> Dem ist zuzustimmen. Die Eigenart des Konzerns bedingt hier eine Abweichung, weil eine Überschuldung des Konzerns iSd Insolvenzrechts mangels Rechtssubjektivität des Konzerns gar nicht vorliegen kann.<sup>3193</sup> Außerdem wäre eine entsprechende Erläuterung im Anhang des Konzernabschlusses aus Gläubigersicht auch gar nicht sinnvoll, denn die Forderung des Gläubigers richtet sich stets gegen eine Einzelgesellschaft und nicht gegen den Konzern als solchen. Auch wenn eine Sicherheit durch eine konzernverbundene Gesellschaft bestellt wurde, richtet sich das Interesse des Gläubigers auf die Bonität jener Gesellschaft, welche die Sicherheit bestellt hat, nicht aber auf den Konzern als solchen. Im Anhang des Konzernabschlusses besteht daher **keine Erläuterungspflicht gem § 225 Abs 1 UGB**. **16.7**

### C. Reorganisationsbedarf nach dem URG

Ein Reorganisationsbedarf wird nach § 22 Abs 1 URG für prüfpflichtige Kapitalgesellschaften und verdeckte Kapitalgesellschaften<sup>3194</sup> vermutet, wenn die Eigenmittelquote weniger als 8% und die fiktive Schuldentilgungsdauer mehr als 15 Jahre betragen („**URG-Kennzahlen**“). Die Ermittlung der Eigenmittelquote wird in § 23 URG, jene der fiktiven Schuldentilgungsdauer in § 24 URG geregelt. Beide Vorschriften nehmen Bezug auf ganz bestimmte Positionen des UGB-Jahresabschlusses der jeweiligen Gesellschaft. Die URG-Kennzahlen sind daher nach den gesetzlichen Vorgaben für jede einzel- **16.8**

3191 *Bauer in Hirschler*, Bilanzrecht § 225 Rz 20; *Sopp/Grünberger/Vanas in Zib/Dellinger*, UGB § 225 Rz 8.

3192 Vgl *R. Leitner*, RdW 1994, 273; *Ruzicka/Müller in U. Torggler*, UGB<sup>2</sup> § 251 Rz 5; *Schnetzinger in Bertl/Mandl*, Handbuch RLG § 251 Rz 5; *Geist in Jabornegg*, HGB § 251 Rz 1.

3193 *R. Leitner*, RdW 1994, 273.

3194 Darunter fallen nach § 22 Abs 2 URG unternehmerisch tätige eingetragene Personengesellschaften, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter mit Vertretungsbefugnis eine natürliche Person ist.

ne Gesellschaft auf Grundlage des UGB-Einzelabschlusses zu ermitteln. Bei Gesellschaften, die einer verpflichtenden Jahresabschlussprüfung unterliegen, muss ein Prüfbericht erstellt werden.<sup>3195</sup> Der Prüfbericht gibt Aufschluss über das Vorliegen der Kennzahlen. Der Abschlussprüfer hat darin nämlich unverzüglich zu berichten, wenn bei der Prüfung des Jahresabschlusses das Vorliegen der Voraussetzungen für die Vermutung eines Reorganisationsbedarfs festgestellt wird. Auch die URG-Kennzahlen sind in diesem Fall im Prüfbericht anzugeben (§ 273 Abs 3 UGB). Dieser Bericht des Abschlussprüfers ist den Geschäftsführern und auch den Mitgliedern des Aufsichtsrats vorzulegen. Praktisch führt ein solcher Bericht häufig dazu, dass die Reorganisationsmaßnahmen und die Sanierung des Unternehmens noch vor Beendigung der Abschlussprüfung durchgeführt werden und sich auf diese Weise die Einleitung eines Reorganisationsverfahrens erübrigt.<sup>3196</sup>

- 16.9** Für Konzernverhältnisse enthält das URG keine Sonderregeln. Auch in einem Konzern hat daher die Ermittlung der URG-Kennzahlen anhand des UGB-Einzelabschlusses für jede einzelne Gesellschaft zu erfolgen. Das gilt auch für die Konzernmutter. Ein allenfalls nach international anerkannten Rechnungslegungsgrundsätzen erstellter **Konzernabschluss** (§ 245a UGB) ist auf Grund der Verweise in den §§ 23, 24 URG auf den UGB-Einzeljahresabschluss **keine geeignete Grundlage** zur Ermittlung der URG-Kennzahlen. Die Ermittlung der URG-Kennzahlen aus einem IFRS-(Konzern-) Abschluss ist im Übrigen gar nicht möglich, weil die dafür erforderlichen Posten aus Bilanz und GuV in dieser Form nicht vorliegen.<sup>3197</sup> Daher ist es nur konsequent, dass die Redepflicht gem § 273 Abs 3 UGB (Vermutung eines Reorganisationsbedarfs) bei der Prüfung von Konzernabschlüssen nicht gilt.<sup>3198</sup>
- 16.10** Die Vermutung des Reorganisationsbedarfs kann durch ein **Gutachten eines Wirtschaftsprüfers** entkräftet werden, in dem ua auszuführen ist, warum trotz Vorliegens der URG-Kennzahlen kein Reorganisationsbedarf besteht (§ 26 Abs 2 Z 3 URG). Verpflichtender Inhalt eines solchen Gutachtens ist somit ua die Erörterung der Kennzahlen. Schon aus diesem Grund muss auch das Gutachten, ebenso wie die Kennzahlenermittlung

3195 Allerdings unterliegen nicht alle Gesellschaften, auf die das URG anzuwenden ist, der Prüfpflicht. Zwar gilt § 22 Abs 1 URG nur für prüfpflichtige Gesellschaften. Gem § 22 Abs 2 URG gelten diese Bestimmungen aber auch für unternehmerisch tätige eingetragene Personengesellschaften, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter mit Vertretungsbefugnis eine natürliche Person ist. Nicht alle Personengesellschaften iSd § 22 Abs 2 URG unterliegen der Pflicht zur Abschlussprüfung: Ist der unbeschränkt haftende Gesellschafter eine GmbH, so ist die Personengesellschaft nicht prüfungspflichtig, wenn die Komplementär-GmbH eine kleine Gesellschaft iSd § 221 Abs 1 UGB ist und wenn die OG/KG die Größenkriterien des § 221 Abs 2 und 3 UGB selbst nicht erfüllt. In einem solchen Fall existiert aber auch kein Prüfbericht, aus dem die URG-Kennzahlen erkennbar wären. Der Wortlaut von § 22 Abs 1 URG ist dann gar nicht erfüllt, weil der Jahresabschluss nicht der Prüfpflicht unterliegt und die Geschäftsleitung keinen „Bericht eines Abschlussprüfers“ erhält (§ 22 Abs 1 Z 1 URG).

3196 Vgl *Reich-Rohrig* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 25 Rz 76.

3197 Siehe *Aigner/Kofler/Moshammer/Tumpel*, GES 2015, 324 (328); *Baumüller/Kreuzer*, Bilanzanalyse 219.

3198 KFS/PE 18 Rz 43 (Stellungnahme des Fachsenats für Unternehmensrecht und Revision des Instituts für Betriebswirtschaft, Steuerrecht und Organisation der Kammer der Wirtschaftstreuhänder); *Pucher* in *Bertl/Mandl*, Handbuch RLG § 273 Rz 100; *N. Müller/Wiedermann* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB II/RLG<sup>3</sup> § 273 Rz 31.

lung, primär von der Einzelgesellschaft und nicht vom Konzern ausgehen. Damit ist aber nicht gesagt, dass die Lage des Konzerns im Rahmen des Gutachtens nach § 26 URG gänzlich ausgeblendet werden darf. Auf die wechselseitigen Beziehungen zwischen der geprüften Gesellschaft und den übrigen Konzernmitgliedern ist sehr wohl einzugehen und zwar va bei der Fortbestehensprognose (§ 26 Abs 2 Z 1 URG), der Gefährdung des Unternehmensbestands (§ 26 Abs 2 Z 2 URG) und den Ausführungen über die Eigentümermaßnahmen (§ 26 Abs 2 Z 5 URG).

Durch die ausdrückliche **Erwähnung des „Verlustabdeckungsvertrages“** in § 26 Abs 2 Z 5 URG stellt das Gesetz sogar einen Bezug zum Konzernrecht her, weil ein solcher Vertrag üblicherweise im Konzern im Gefolge eines Gewinnabführungsvertrages (§ 238 AktG) abgeschlossen wird. In einem Verlustabdeckungsvertrag verpflichtet sich die Muttergesellschaft, allfällige Verluste bei der Tochtergesellschaft abzudecken.<sup>3199</sup> Aus Sicht des URG-Gutachtens über das Nichtbestehen eines Reorganisationsbedarfs bedeutet die Vereinbarung einer Verlustabdeckung, dass der oder die Gesellschafter beschlossen haben, die Verluste der geprüften Gesellschaft nicht über das Eigenkapital der Gesellschaft, sondern von außen zu decken.<sup>3200</sup> Freilich gibt es in der Praxis unterschiedliche Ausgestaltung von Verlustabdeckungsvereinbarungen, deren wirtschaftliche und rechtliche Auswirkungen auf die bestehende Unternehmenskrise im Einzelnen im Rahmen des Gutachtens über das Nichtvorliegen eines Reorganisationsbedarfs berücksichtigt werden müssen. Grundsätzlich führen derartige Verträge aber zur Verbesserung der Eigenmittelquote der begünstigten Tochtergesellschaft und sind bei entsprechender Bonität der Muttergesellschaft grundsätzlich geeignet, den Reorganisationsbedarf ungeachtet des (zeitweiligen) Vorliegens der Kennzahlen zu entkräften. Derselbe Effekt kann auch durch eine **harte konzerninterne Patronatserklärung** erreicht werden, die sich im Übrigen in Inhalt und Wirkung nicht wesentlich von einem Verlustabdeckungsvertrag unterscheidet (näher dazu unten Rz 16.27).

#### D. Krise nach dem EKEG

Das EKEG enthält in § 2 die **Legaldefinition der Krise**. Demnach liegt eine Krise iSd Gesetzes vor, wenn die Kredit nehmende Gesellschaft zahlungsunfähig in Sinne von § 66 IO oder überschuldet im Sinne von § 67 IO ist oder wenn die URG-Kennzahlen bei der Kredit nehmenden Gesellschaft vorliegen, es sei denn, die Gesellschaft bedarf nicht der Reorganisation.

Ebenso wie die IO (dazu unter Rz 16.15ff) ist auch das EKEG durch das **Fehlen von konzernspezifischen Sonderbestimmungen** für die Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung gekennzeichnet. Die im Konzern besonders relevanten §§ 8, 9 EKEG beziehen sich nur auf den Kreis der vom Gesetz erfassten Kreditgeber, nicht aber auf den Tatbestand der Krise. Ebenso wie im allgemeinen Insolvenzrecht muss daher die Frage, ob eine Kredit nehmende Konzerngesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet ist,

3199 Vgl dazu etwa *Koppensteiner*, RdW 1985, 170; *Krejci*, GA 10. ÖJT 342; *Gall* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 238 Rz 10; *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II<sup>5</sup> § 238 Rz 10; *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht AT und Personengesellschaften Rz 240, 329.

3200 Vgl *Jenatschek* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht – Zusatzband § 26 URG Rz 22.

stets auf Ebene der Einzelgesellschaft ermittelt werden. An dieser Stelle kann auf die Ausführungen unter Rz 16.15 ff und Rz 16.49 ff verwiesen werden.

- 16.14** Der Tatbestand einer Krise nach dem EKEG ist, wie erwähnt, auch bei Vorliegen der URG-Kennzahlen erfüllt, es sei denn, die Kredit nehmende Gesellschaft bedarf nicht der Reorganisation. Das EKEG verweist bei der Eigenmittelquote auf § 23 URG und bei der fiktiven Überschuldungsdauer auf § 24 URG, wobei die genannten Bestimmungen des URG ihrerseits an ganz bestimmte Positionen des UGB-Einzelabschlusses anknüpfen (dazu bereits oben Rz 16.9). Somit hat im Bereich des EKEG die Ermittlung der **Krisen-Kennzahlen anhand des UGB-Einzelabschlusses** der Kredit nehmenden Gesellschaft zu erfolgen. Der Konzernabschluss ist auf Grund der in den §§ 23, 24 URG enthaltenen Verweise auf den UGB-Einzeljahresabschluss auch im EKEG keine geeignete Grundlage zur Kennzahlenermittlung. Dies gilt unabhängig davon, ob der Konzernabschluss nach international anerkannten Rechnungslegungsgrundsätzen erstellt wurde oder nicht.

## E. Insolvenzrechtliche Überschuldung

### 1. Keine konsolidierte Betrachtung auf Konzernebene

- 16.15** Der Insolvenztatbestand der Überschuldung tritt meist vor der Zahlungsunfähigkeit ein.<sup>3201</sup> Im österreichischen Insolvenzrecht gilt ein **zweistufiger Überschuldungsbegriff**: Eine insolvenzrechtlich relevante Überschuldung liegt nur vor, wenn

- die Fortbestehensprognose negativ ist und
- das nach Liquidationswerten zu bewertende Aktivvermögen der Gesellschaft zur Deckung der Schulden nicht ausreicht.<sup>3202</sup>

Nur bei kumulativem Vorliegen beider Elemente – negative Fortbestehensprognose und rechnerische Überschuldung – liegt eine Überschuldung im Sinne von § 67 IO vor.<sup>3203</sup>

- 16.16** Bei der insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung ist zu beachten, dass ein **Konzern nicht insolvenzfähig** ist, dh er kann nicht als Schuldner Subjekt eines Insolvenzverfahrens sein.<sup>3204</sup> Für den Konzern gilt auch im Insolvenzrecht das Trennungsgebot. Die Durchführung des Insolvenzverfahrens hat daher isoliert für die einzelne Konzerngesell-

3201 Daher wird die Überschuldung hier auch vor der Zahlungsunfähigkeit behandelt. Dem Vernehmen nach wird in der Praxis aber der weitaus überwiegende Teil aller Insolvenzverfahren über Kapitalgesellschaften wegen des Eintritts einer Zahlungsunfähigkeit eröffnet. Vgl zur zeitlichen Vorlagerung der Überschuldung vor der Zahlungsunfähigkeit auch *Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2<sup>4</sup> § 66 KO Rz 12; *Nowotny in Kals/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht 4/504.

3202 Siehe *Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2<sup>4</sup> § 67 KO Rz 21; *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz 3; *Karollus/Huemer*, Die Fortbestehensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung<sup>2</sup> 50; OGH RIS-Justiz RS0127329.

3203 OGH 1 Ob 553/94 SZ 67/128; *Schopper in Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I<sup>2</sup> 955 mwN.

3204 OGH 8 Ob 104/11 v EvBl 2012/52 (*Riel*); und zum selben Sachverhalt OGH 22. 11. 2011, 8 Ob 105/11 s; dazu *Nunner-Krautgasser/Anzenberger*, ZIK 2012, 2; *Schellmann*, JAP 2011/12, 234.



schaft als Subjekt des jeweiligen Insolvenzverfahrens zu erfolgen (siehe dazu auch Rz 16.90 ff).<sup>3205</sup>

Auf die fehlende Insolvenzfähigkeit des Konzerns ist bereits bei den Insolvenzantragsvoraussetzungen zu achten: Bei der Prüfung, ob der Insolvenzgrund der Überschuldung im Sinne von § 67 IO vorliegt, ist **auf die Einzelgesellschaft abzustellen**.<sup>3206</sup> Insolvenzrechtlich betrachtet gibt es im österreichischen (und im deutschen) Recht keine Konzernüberschuldung im Sinne einer Gesamtkonsolidierung bzw Erstellung einer Konzernüberschuldungsbilanz. Ist der Konzern konsolidiert betrachtet nicht überschuldet, hat das für die Prüfung der insolvenzrechtlichen Überschuldung bei einem einzelnen Konzernunternehmen grundsätzlich keine Bedeutung.<sup>3207</sup> Umgekehrt kann es auch Fälle geben, in denen der Konzern konsolidiert betrachtet überschuldet ist, einzelne Konzernuntergesellschaften aber nicht.

Allerdings stellt sich bei der auf Ebene der einzelnen Konzerngesellschaft durchzuführenden Überschuldungsprüfung regelmäßig die Frage, wie sich die **wechselseitigen Beziehungen zwischen den Konzernunternehmen** auf die Überschuldungsprüfung auswirken.

## 2. Aktiva im Überschuldungsstatus

### a) Rechtlich verbindliche Leistungszusagen, Wertberichtigung

Forderungen sind in der Überschuldungsbilanz zu aktivieren. Das gilt auch für Forderungen gegen andere Konzerngesellschaften, mag es sich dabei um Ober-, Unter- oder Schwestergesellschaften (im weiteren Sinn) handeln. Grundvoraussetzung für eine aktivseitige Berücksichtigung von Forderungen einer Gesellschaft gegen eine andere Konzerngesellschaft im Überschuldungsstatus ist aber, dass die andere Konzerngesellschaft als Schuldner rechtlich zur Leistung verpflichtet ist. Außerhalb eines Insolvenzverfahrens muss realistischer Weise mit einer Durchsetzung gerechnet werden können. Das gilt va auch bei Leistungszusagen eines Gesellschafters, der einen beherrschenden Einfluss auf die Tochtergesellschaft ausübt.<sup>3208</sup> Die bloß **faktische Möglichkeit**, dass die beherrschende Muttergesellschaft auf Grund eigener Bonität jederzeit die Liquidität der Tochtergesellschaft sicherstellen bzw wiederherstellen könnte, ist im Rahmen der insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung der abhängigen Tochter **irrelevant** (zur Fortbestehensprognose siehe Rz 48).<sup>3209</sup>

Gerade in Konzernsachverhalten ist bei Forderungen gegen andere Konzernunternehmen die **Einbringlichkeit** zu prüfen.<sup>3210</sup> Bei mangelnder Bonität des Schuldners ist die

3205 Vgl *Karollus/Huemer*, Die Fortbestehensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung<sup>2</sup> 134; OGH RIS-Justiz RS0127329.

3206 *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz 6; *Karollus/Huemer*, Die Fortbestehensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung<sup>2</sup> 134.

3207 *R. Leitner*, RdW 1994, 273.

3208 *H.-F. Müller* in MünchKomm GmbHG<sup>2</sup> § 64 Rz 30.

3209 *R. Leitner*, RdW 1994, 273 (275).

3210 *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz 59; *Karollus/Huemer*, Die Fortbestehensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung<sup>2</sup> 135; *Schumacher in Bartsch/Polak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2<sup>4</sup> § 67 KO Rz 84.

Forderung entsprechend abzuwerten, allenfalls auch auf null. Dabei ist zu berücksichtigen, dass bei einer Schieflage von größeren Teilen im Konzern ein „Domino-Effekt“ eintreten kann.<sup>3211</sup>

- 16.21** Forderungen gegen andere Konzerngesellschaften sind außerdem einer **rechtlichen Prüfung** zu unterziehen. Der Durchsetzung können rechtliche Hindernisse, wie insb das Eigenkapitalersatzrecht und das Verbot der Einlagenrückgewähr entgegenstehen. Ist die Forderung rechtlich nicht durchsetzbar, darf sie im Überschuldungsstatus auch nicht aktiviert werden.

#### b) Verlustabdeckungsanspruch

- 16.22** Unter einer Verlustabdeckungspflicht versteht man die idR im Rahmen eines Gewinnabführungsvertrages („Ergebnisausschlussvertrag“<sup>3212</sup>) korrespondierend zur Gewinnübernahme vereinbarte Pflicht der Muttergesellschaft, allfällige Verluste bei der Tochtergesellschaft abzudecken.<sup>3213</sup> Daraus erwächst für die Tochter eine Forderung bzw ein Anspruch auf Verlustabdeckung gegen die Mutter, dessen Aktivierung im Überschuldungsstatus der Tochtergesellschaft hier geprüft werden soll.
- 16.23** Sofern die Muttergesellschaft auf Grund ihrer Bonität imstande ist, den bei der Tochter entstehenden Verlust auszugleichen, kann der Verlustabdeckungsanspruch der Tochtergesellschaft unter bestimmten Voraussetzungen **im Überschuldungsstatus aktiviert** werden und eine insolvenzrechtliche Überschuldung bei der Tochtergesellschaft verhindern, zumal die Ausgleichspflicht der Muttergesellschaft im Regelfall auch für jenen Verlust eingreift, der sich aus dem Abgehen von der Going-Concern-Prämisse bei der Tochtergesellschaft ergibt.<sup>3214</sup> Jedenfalls ist die **konkrete vertragliche Ausgestaltung** der Verlustabdeckungspflicht näher zu prüfen, insb in Bezug auf den Inhalt der Verlustabdeckung (für welche Verluste gilt sie konkret?) und die versprochene Art der Verlustabdeckung. Besteht die Verlustabdeckung lediglich in der **Zusage von Gesellschafterdarlehen** durch die Muttergesellschaft, muss für die Berücksichtigung im Überschuldungsstatus der Tochter zusätzlich ein Rangrücktritt nach § 67 Abs 3 IO von der Muttergesellschaft abgegeben werden.<sup>3215</sup> Ob der Verlustabdeckungsvertrag **kurzfristig kündbar** ist, spielt für die Aktivierung im Überschuldungsstatus dann keine Rolle, wenn sich die Kündigung ausschließlich auf die Abdeckung von Verlusten auswirkt, die aus künftigen Forderungen resultieren.<sup>3216</sup>

3211 Vgl *Karollus/Huemer*, Die Fortbestehensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung<sup>2</sup> 135.

3212 So *Doralt/Diregger* in MünchKomm AktG V<sup>4</sup> Ö-Konzernrecht Rz 109.

3213 Zum Gewinnabführungsvertrag siehe § 238 AktG. Vgl ferner *Koppensteiner*, RdW 1985, 170; *Krejci*, GA 10. ÖJT 342; *Gall* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 238 Rz 10; *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II<sup>5</sup> § 238 Rz 10; *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht AT und Personengesellschaften Rz 240, 329.

3214 *R. Leitner*, RdW 1994, 273.

3215 *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2<sup>4</sup> § 67 KO Rz 84.

3216 Zum vergleichbaren Problem der Kündbarkeit von Patronatserklärungen siehe unten Rz 16.31.

Entsteht der Verlustausgleichsanspruch nach der konkreten vertraglichen Ausgestaltung erst mit der Feststellung des Jahresabschlusses bei der Tochtergesellschaft, stellt sich die Frage, ob dieser (**künftige**) **Verlustausgleichsanspruch** bei einem **unterjährigen insolvenzrechtlichen Überschuldungsstatus** der Tochtergesellschaft aktivseitig zum Ansatz gebracht werden darf. Das wird in Österreich von R. Leitner<sup>3217</sup> bejaht, von Teilen der Lehre<sup>3218</sup> in Deutschland aber verneint. Eine Aktivierung kann mE jedenfalls dann erfolgen, wenn der Verlustausgleichsanspruch gegen die Mutter auch bei einer hypothetischen Liquidation der Tochter im Zeitpunkt der unterjährigen Überschuldungsprüfung entstände, sofern die Liquidationseröffnungsbilanz einen Verlust ausweist. Es handelt sich um eine Frage der Vertragsauslegung, die allerdings nach dem Zweck der Verlustausgleichspflicht im Zweifel zu bejahen sein wird. Außerdem ist unter der Voraussetzung einer entsprechenden Bonität der Konzernobergesellschaft ein mit der Feststellung des Jahresabschlusses periodisch entstehender Verlustabdeckungsanspruch jedenfalls im Rahmen der Erstellung der Fortbestehensprognose bei der Tochtergesellschaft (positiv) zu berücksichtigen.<sup>3219</sup> Unstrittig ist im Übrigen, dass ein periodisch entstehender Verlustausgleichsanspruch nicht geeignet ist, eine unterjährige Zahlungsunfähigkeit der daraus begünstigten Tochtergesellschaft auszuschließen.<sup>3220</sup>

16.24

### c) Patronatserklärungen

Die Behandlung von Patronatserklärungen der Konzernmuttergesellschaft (Patron) im Überschuldungsstatus der Tochter-, Enkelgesellschaft oder einer sonstigen konzernverbundenen Gesellschaft als Protegé ist in Österreich von Lehre und höchstgerichtlicher Rechtsprechung nicht abschließend geklärt.<sup>3221</sup> Eine Aktivierung von sog **weichen Patronatserklärungen** scheidet von vornherein aus, weil darin bloß Auskunft über die künftige Geschäftspolitik im Konzern erteilt wird und somit nur eine Wissenserklärung vorliegt,

16.25

3217 Siehe R. Leitner, RdW 1994, 273: „Auch wenn der Verlustausgleichsanspruch der Tochtergesellschaft erst mit Feststellung des Jahresabschlusses der Tochtergesellschaft entsteht, ist dieser Ausgleichsanspruch bei einer unter jährigen insolvenzrechtlichen Überschuldungsbeurteilung der Tochtergesellschaft zum Ansatz zu bringen.“

3218 Mock in Uhlenbruck, Insolvenzordnung<sup>14</sup> § 19 Rz 104: „Da dieser Verlustübernahmeanspruch aber nur am Stichtag der Jahresbilanz des abhängigen Unternehmens entsteht, setzt die Aktivierung immer voraus, dass dieser Stichtag bereits abgelaufen ist bzw unmittelbar bevorsteht.“; tendenziell wohl auch K. Schmidt in K. Schmidt, Insolvenzordnung<sup>18</sup> § 19 Rz 43.

3219 Stellt sich bei Erstellung der Fortbestehensprognose heraus, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine Zahlungsunfähigkeit im Prognosezeitraum noch vor dem Entstehen des Verlustausgleichsanspruchs eintreten wird, ist die Fortbestehensprognose negativ.

3220 Siehe K. Schmidt in K. Schmidt, Insolvenzordnung<sup>18</sup> § 19 Rz 43; R. Leitner, RdW 1994, 273.

3221 Vgl dazu Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz 73; Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht II/2<sup>4</sup> § 67 KO Rz 84 jeweils mwN; zur Terminologie und zu den unterschiedlichen Arten von Patronatserklärungen vgl Bollenberger/Kellner in Apathy/Iro/Kozioł, Bankvertragsrecht VIII/1<sup>2</sup> Rz 4/1 ff.

die keinen Rechtsfolgewillen des Patrons zum Ausdruck bringt.<sup>3222</sup> Weder der Tochtergesellschaft noch dem Dritten entsteht daraus ein Forderungsrecht, was aber die Grundvoraussetzung für eine Aktivierung im Überschuldungsstatus der Tochter ist. Eine weiche Patronatserklärung darf mE auch nicht in der Fortbestehensprognose Berücksichtigung finden, weil keine rechtsverbindliche Zusage zur Durchführung konkreter Sanierungsmaßnahmen vorliegt.<sup>3223</sup>

- 16.26** Bei harten Patronatserklärungen muss ein **Rechtsanspruch der Tochtergesellschaft** und nicht nur des Gläubigers auf eine entsprechende Kapitalausstattung durch den Patron vorliegen. Keine Auswirkungen auf die Überschuldungsbilanz hat daher eine **externe harte Patronatserklärung**,<sup>3224</sup> die der Patron als atypische Kreditsicherheit nur gegenüber einem oder mehreren Gläubigern der Tochtergesellschaft abgibt, weil die Tochtergesellschaft als Protegé in diesem Fall kein eigenes Forderungsrecht gegen den Patron erwirbt.<sup>3225</sup> Erfüllt die Muttergesellschaft ihre Ausstattungspflichten aus einer solchen harten Patronatserklärung nicht, steht der Tochtergesellschaft selbst kein durchsetzbares Forderungsrecht auf eine entsprechende Ausstattung gegen den Patron zu. Fordert der durch die harte externe Patronatserklärung besicherte Gläubiger die Zahlung von der protegierten Tochter und ist diese trotz fehlender Ausstattung durch die Mutter dennoch in der Lage, den Gläubiger teilweise zu befriedigen, hat sie keinen Regressanspruch gegen die Mutter. Die in Anspruch genommene Tochtergesellschaft kann vom Gläubiger auch nicht verlangen, dass sich dieser zuerst an die Muttergesellschaft als Patron wendet.<sup>3226</sup> Nur wenn die Zusage der Patronatserklärung als Eigenkapital ersetzende Sicherheit vom EKEG erfasst ist, was ua voraussetzt, dass sich die Tochter bereits im Zeitpunkt der Sicherheitenbestellung in der Krise befand, gewährt § 15 Abs 2 EKEG der Tochter im Falle einer Inanspruchnahme durch den Gläubiger einen Anspruch gegen die Muttergesellschaft.<sup>3227</sup> Eine harte externe Patronatserklärung verwandelt sich in der Insolvenz der Tochtergesellschaft in eine schadenersatzrechtliche<sup>3228</sup> Haftung der Muttergesell-

3222 Vgl zu weichen Patronatserklärungen die Stellungnahme KWT zur Behandlung von Patronatserklärungen iZm der unternehmensrechtlichen Rechnungslegung vom 10. 12. 2008, 4; *Habersack* in MünchKomm BGB<sup>6</sup> Vor § 765 Rz 54; *Bollenberger/Kellner* in *Apathy/Iro/Kozioł*, Bankvertragsrecht VIII/1<sup>2</sup> Rz 4/4 mit einer abweichenden terminologischen Abgrenzung; Beispiele für weiche Patronatserklärungen bei *Maier-Reimer/Etzbach*, NJW 2011, 1110 (1111).

3223 Dazu näher unten Rz 16.48.

3224 Dabei übernimmt idR die Muttergesellschaft ausschließlich gegenüber dem Gläubiger als Erklärungsempfänger der Patronatserklärung die vertragliche Pflicht, die Tochtergesellschaft bis zur vollständigen Rückzahlung des Kredits stets so zu leiten und auszustatten, dass diese jederzeit in der Lage ist, ihren Verbindlichkeiten fristgemäß nachzukommen.

3225 Vgl BGH IX ZR 9/10 NZG 2011, 913 (915) obiter auch zur Überschuldung; *R. Leitner*, RdW 1994, 273 (274); differenzierend *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz 73.

3226 Das zeigt, dass harte externe Patronatserklärungen nicht mit Eigenkapital ersetzenden Sicherheiten gleichzustellen sind (vgl § 15 Abs 2 EKEG).

3227 Eine Aktivierung einer Eigenkapital ersetzenden harten externen Patronatserklärung kann daher mE grundsätzlich erfolgen.

3228 Der Rechtsgrund dieser Haftung auf das Erfüllungsinteresse sind die Regeln über den Schuldnerverzug (§§ 918 ff ABGB); vgl *Bollenberger/Kellner* in *Apathy/Iro/Kozioł*, Bankvertragsrecht VIII/1<sup>2</sup> Rz 4/67.

schaft gegenüber dem Gläubiger (als Erklärungsempfänger der Patronatserklärung). Die Mutter haftet neben der Tochter. Auch in der Insolvenz der Tochtergesellschaft steht dem Masseverwalter aber kein Anspruch gegen die Muttergesellschaft aus einer externen harten Patronatserklärung zu.<sup>3229</sup> Im Ergebnis kann eine externe harte Patronatserklärung, die keinerlei Forderungsrechte der protegierten Tochter gegenüber dem Patron auslöst, im Überschuldungsstatus der Tochter nicht aktiviert werden.<sup>3230</sup> Entgegen der Ansicht von *Dellinger*<sup>3231</sup> gilt das mE auch dann, wenn die Muttergesellschaft in der Patronatserklärung für den Fall der Inanspruchnahme durch den Gläubiger auf die Abtretung von dessen Kreditforderung gegen die Tochtergesellschaft verzichtet oder sich diese zwar abtreten lässt, aber einen qualifizierten Rangrücktritt gem § 67 Abs 3 IO erklärt.<sup>3232</sup> Beides ändert nämlich im Ergebnis nichts am Fehlen eines Forderungsrechts der Tochter gegen die Mutter als Patron.<sup>3233</sup>

Ein Rechtsanspruch der Tochter liegt bei einer sog **konzerninternen Patronatserklärung** vor, bei der die Konzernmutter gegenüber der Tochtergesellschaft rechtsverbindlich eine ausreichende Liquiditätsversorgung zusagt (auch: konzerninterne Ausstattungsgarantie).<sup>3234</sup> Der Fall ist mit dem bereits oben erläuterten Verlustabdeckungsanspruch vergleichbar. Eine Aktivierung im Überschuldungsstatus der Tochter ist grundsätzlich möglich, doch sind die konkrete vertragliche Ausgestaltung und die Bonität des Patrons im Einzelfall zu prüfen. Die Aktivierung in der Überschuldungsbilanz der protegierten Tochtergesellschaft hat mE zu unterbleiben, wenn die Tochtergesellschaft ihren Anspruch gegen den Patron aus einer konzerninternen Patronatserklärung an einen Gläubi-

16.27

3229 Der wirtschaftliche Hintergrund für den Abschluss einer solchen externen harten Patronatserklärung dürfte wohl im Regelfall auch darin bestehen, dass sich die Muttergesellschaft als Patron im Falle der Insolvenz der Tochtergesellschaft nicht mit deren Masseverwalter über Ansprüche aus dem Verlustabdeckungsvertrag auseinandersetzen muss.

3230 BGH IX ZR 9/10 NZG 2011, 913 (915 obiter auch zur Überschuldung); *Maier-Reimer/Etzbach*, NJW 2011, 1110 (1117); *Mock* in *Uhlenbruck*, Insolvenzordnung<sup>14</sup> § 19 Rz 111; *K. Schmidt* in *K. Schmidt*, Insolvenzordnung<sup>18</sup> § 19 Rz 42.

3231 *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz 59.

3232 Eine Regressmöglichkeit des Patrons folgt nach hA aus § 1422 ABGB (*Bollenberger/Kellner* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VIII/1<sup>2</sup> Rz 4/79; 146f; *Aichinger*, QuHGZ 1978/4, 85 [87f]; *Hoffmann*, Die Patronatserklärung im deutschen und österreichischen Recht 146f).

3233 Die Tochtergesellschaft hat auch keinen Regressanspruch aus der solidarischen Haftung von Mutter- und Tochtergesellschaft, der aktiviert werden könnte. Selbst wenn Mutter- und Tochtergesellschaft gegenüber dem Gläubiger solidarisch haften und eine unechte Solidarschuld besteht (str; für unechte Solidarschuld *Bollenberger/Kellner* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VIII/1<sup>2</sup> Rz 4/79; aus Deutschland *J. Koch*, Die Patronatserklärung 329ff; aA *Hoffmann*, Die Patronatserklärung im deutschen und österreichischen Recht 139f) trägt im Innenverhältnis die Tochtergesellschaft die gesamte Schuld, weil die Muttergesellschaft für eine materiell fremde Schuld einsteht (vgl dazu *Bollenberger/Kellner*, aaO). Es kommt somit jedenfalls nicht zu einem anteiligen Innenregress nach § 896 ABGB. Daraus folgt einerseits, dass die Tochtergesellschaft nicht bei der Muttergesellschaft anteilig (zB 50%) regressieren kann, wenn sie selbst in Anspruch genommen wird. Andererseits kann die Muttergesellschaft von der Tochtergesellschaft nicht nur anteiligen, sondern vollständigen Ersatz fordern, wenn sie an den Gläubiger geleistet hat und regressiert.

3234 Vgl dazu *Bollenberger/Kellner* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VIII/1<sup>2</sup> Rz 4/6 mwN.

ger (sicherungsweise) abtritt, was nach überwiegender Ansicht zulässig ist.<sup>3235</sup> Im Fall der Abtretung kann nämlich der Gläubiger und nicht mehr die Tochtergesellschaft die Ausstattung der Tochtergesellschaft verlangen. Es fehlt in einem solchen Fall am Forderungsrecht der Tochter.

- 16.28** Ein Rechtsanspruch der Tochtergesellschaft als Protegé liegt auch dann vor, wenn eine zwischen der Muttergesellschaft als Patron und einem Gläubiger vereinbarte **Patronatsvereinbarung als echter Vertrag zugunsten Dritter**, nämlich zugunsten der Tochtergesellschaft abgeschlossen wird. Auch der Tochtergesellschaft steht dann ein Ausstattungsanspruch direkt gegen den Patron und damit ein eigenes Forderungsrecht zu (§ 881 Abs 2 ABGB). Nach der hA in Deutschland muss die Patronatserklärung zugunsten aller Gläubiger und nicht nur zugunsten einzelner oder eines einzigen Gläubigers der Tochtergesellschaft, wie zB der kreditgebenden Bank, abgegeben werden.<sup>3236</sup> Wird die harte Patronatserklärung nur einem einzelnen Gläubiger gegenüber abgegeben, sei eine Aktivierung im Überschuldungsstatus ausgeschlossen.<sup>3237</sup> Dem ist für Österreich mE nicht beizupflichten. Eine harte externe Patronatserklärung kann, sofern ein echter Vertrag zugunsten der Tochtergesellschaft vorliegt, in der Höhe der jeweils besicherten Forderung aktiviert werden. Voraussetzung für die Aktivierung ist, dass der Tochter bei einer Inanspruchnahme durch den Gläubiger ein direkter Anspruch gegen den Patron zusteht. Bei gleichzeitiger Aufnahme der besicherten Verbindlichkeit führt die Aktivierung dann zur Neutralisierung im Überschuldungsstatus.
- 16.29** Stets ist zu prüfen, in welcher Form die Muttergesellschaft als Patron die Liquiditätsausstattung gegenüber der Tochtergesellschaft versprochen hat. Bezieht sich die zugesagte **Liquiditätsausstattung auf die Gewährung von Gesellschafterdarlehen** (eventuell im Rahmen eines Cash-Pools), wird zusätzlich ein Rangrücktritt gem § 67 Abs 3 IO vorliegen müssen, um das Forderungsrecht der Tochtergesellschaft aus der Patronatserklärung im Überschuldungsstatus zu aktivieren. Soll die Liquiditätsausstattung der protegierten Tochter durch Zuschüsse erfolgen, fließen diese in das Vermögen der Gesellschaft. Es besteht kein Rückzahlungsanspruch des Patrons, der mit den übrigen Gläubigern konkurrieren könnte, weshalb auch kein Rangrücktritt gem § 67 Abs 3 IO für die Aktivierung im Überschuldungsstatus zu fordern ist.
- 16.30** Als weitere Voraussetzung für eine Aktivierung ist wie bereits erwähnt die **Vollwertigkeit** der Forderungen der Tochtergesellschaft gegen die Muttergesellschaft als Patron zu prüfen. Die Muttergesellschaft muss tatsächlich in der Lage sein, Ausgleich für alle ungedeckten Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft zu leisten.<sup>3238</sup>
- 16.31** Unbeachtlich ist iZm der insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung hingegen generell, ob die Patronatserklärung **kurzfristig kündbar** ist, da sich die Kündigung nur auf die

---

3235 Siehe *Bollenberger/Kellner* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VIII/1<sup>2</sup> Rz 4/6 mwN.

3236 Vgl *Mock* in *Uhlenbruck*, Insolvenzordnung<sup>14</sup> § 19 Rz 109; *Uhlenbruck* in *K. Schmidt/Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz<sup>1</sup> Rz 5.153.

3237 Siehe *Mock* in *Uhlenbruck*, Insolvenzordnung<sup>14</sup> § 19 Rz 109.

3238 Vgl *Mock* in *Uhlenbruck*, Insolvenzordnung<sup>14</sup> § 19 Rz 109.

künftigen Forderungen auswirkt und die Haftung des Patrons bis zum Wirksamwerden der Kündigung bestehen bleibt.<sup>3239</sup>

Eine Patronatserklärung, die die Muttergesellschaft als Patron für eine andere Konzerngesellschaft abgegeben hat, kann im **Überschuldungsstatus der Muttergesellschaft** nicht aktiviert werden, weil die Patronatserklärung keine Ansprüche für die Muttergesellschaft begründet.<sup>3240</sup> Vielmehr stellt sich die Frage, ob die drohende Haftung aus einer Patronatserklärung im Überschuldungsstatus der Muttergesellschaft passiviert werden muss (dazu näher unten Rz 16.43).

16.32

#### d) Nachschüsse gem § 72 GmbHG und Zuschüsse

Nachschüsse gem § 72 GmbHG sind **gesellschaftsvertraglich verankerte Einzahlungspflichten der Gesellschafter**, die zusätzlich zur Stammeinlage bestehen. Im Rahmen des Überschuldungsstatus der empfangenden Gesellschaft können Nachschüsse aktivseitig erst angesetzt werden, nachdem sie von den Gesellschaftern wirksam beschlossen wurden.<sup>3241</sup> Außerdem ist die Bonität der Gesellschafter als Schuldner der Nachschüsse zu berücksichtigen. Die insolvenzrechtliche Überschuldung der Tochter kann daher beseitigt werden, wenn die beschlossenen Nachschüsse in ihrer Gesamtheit eine unter Ansatz von Liquidationswerten bestehende rechnerische Überschuldung bei der Tochtergesellschaft übersteigen und die Ansprüche werthaltig sind. Nachschüsse, die im Jahresabschluss zur Verlustabdeckung verwendet wurden, sind verbraucht und können nicht mehr rückgezahlt werden (§ 74 Abs 1 GmbHG).<sup>3242</sup> Nachschüsse sind Haftkapital und von der Geltendmachung im Konkurs ausgeschlossen.<sup>3243</sup> Ein Rangrücktritt gem § 67 Abs 3 IO ist für die Berücksichtigung von bereits beschlossenen Nachschüssen im Überschuldungsstatus daher nicht erforderlich.

16.33

Nachschusspflichten können als sonstige **Finanzierungspflichten** auch außerhalb des Gesellschaftsvertrages, etwa in einem Syndikatsvertrag vereinbart werden.<sup>3244</sup> Sie unterscheiden sich von Nachschusspflichten gem § 72 GmbHG vor allem durch den Rechtsgrund.<sup>3245</sup> Derartige Finanzierungspflichten beruhen auf einer **rein schuldrechtlichen** und nicht auf einer gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung. **Zuschüsse** (auch „Zubußen“<sup>3246</sup>) sind „freiwillige“ zusätzliche Leistungen einzelner Gesellschafter, die auf einem allgemeinen schuldrechtlichen und nicht auf einem gesellschaftsvertraglichen Verpflichtungsgrund beruhen. Zuschüsse werden idR spontan vereinbart, um aufgetretene Verluste zu decken. Ebenso wie Nachschüsse fließen sie in das Vermögen der Gesellschaft und sind gegeben-

16.34

3239 BGH II ZR 296/08 NJW 2010, 3442.

3240 Mock in Uhlenbruck, Insolvenzzordnung<sup>14</sup> § 19 Rz 112.

3241 Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht II/2<sup>4</sup> § 67 KO Rz 84 mwN; missverständlich R. Leitner, RdW 1994, 273 (274).

3242 Vgl Brugger/Schopper in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 72 Rz 12.

3243 Brugger/Schopper in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 74 Rz 8.

3244 OGH 6 Ob 35/14m GesRZ 2015, 203 (zust. M. Heidinger).

3245 Vgl dazu M. Tichy, Syndikatsverträge bei Kapitalgesellschaften 55 ff; Brugger/Schopper in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 72 Rz 18.

3246 Vgl etwa Emmerich in Scholz, GmbHG<sup>11</sup> § 26 Rz 7.

nenfalls unter den Kapitalrücklagen zu verbuchen (§ 229 Abs 2 Z 5 UGB).<sup>3247</sup> Allerdings ist zu beachten, dass derartige Zuschussverpflichtungen als schuldrechtliche Vereinbarung der Privatautonomie unterliegen und im Rahmen der Privatautonomie auch vielfältige Ausgestaltungsmöglichkeiten in Betracht kommen, was sich auf die bilanzielle Darstellung sowohl innerhalb als auch außerhalb der Insolvenz niederschlägt. Ist ein Zuschuss nach der vertraglichen Vereinbarung nicht rückforderbar, muss für die Aktivierung im Überschuldungsstatus der empfangenden Gesellschaft kein Rangrücktritt gem § 67 Abs 3 IO vorliegen.

#### e) Kreditzusagen durch die Muttergesellschaft

- 16.35** Eine verbindliche Zusage eines Gesellschafterkredits von der Muttergesellschaft an die Tochtergesellschaft kann grundsätzlich **nicht im Überschuldungsstatus** der Tochter aktiviert werden.<sup>3248</sup> Das gilt unabhängig davon, ob die Kreditzusage vom EKEG erfasst ist.<sup>3249</sup> Allerdings kann die Forderung auf Zuzählung des Gesellschafterkredits ausnahmsweise dann aktiviert werden, wenn sie einbringlich ist (ausreichende Bonität des Gesellschafters), die Unsicherheitseinrede gem § 991 ABGB ausgeschlossen und ein qualifizierter Rangrücktritt iSd § 67 Abs 3 IO abgegeben wurde.<sup>3250</sup>

#### f) Sonstige Forderungen

- 16.36** Auch sonstige Forderungen der Tochter- gegen die Muttergesellschaft oder gegen andere Konzerngesellschaften können im Überschuldungsstatus aktiviert werden, wenn sie einbringlich sind und auch außerhalb eines Insolvenzverfahrens mit deren Durchsetzung gerechnet werden kann. Va ist an Forderungen aus **Umsatzgeschäften zwischen Konzernunternehmen** zu denken. Sie können angesetzt werden, wenn die eigene Leistung bereits erbracht wurde. Ob eine Forderung auch dann aktiviert werden kann, wenn deren Einzug noch von der künftigen Erbringung einer eigenen Leistung abhängig ist, ist strittig.<sup>3251</sup>
- 16.37** Aktivierbar sind grundsätzlich auch (Rück-) Zahlungsforderungen der Konzerngesellschaft aus einem **Cash-Pooling-System**.<sup>3252</sup> Handelt es sich dabei um Rückzahlungsan-

3247 Brugger/Schopper in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 72 Rz 17.

3248 Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht II/2<sup>4</sup> § 67 KO Rz 84; Bitter in Scholz, GmbHG<sup>11</sup> Vor § 64 Rz 55; Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG<sup>20</sup> § 64 Rz 51.

3249 Bei der Anwendung des EKEG ist auf den Zeitpunkt der verbindlichen Kreditzusage und nicht der allenfalls späteren Auszahlung (Zuzählung) abzustellen; vgl Schopper/Vogt, EKEG § 3 Rz 4; Dellinger in Dellinger/Mohr, EKEG § 3 R 23; aA Zehetner/Bauer, Das Eigenkapitalersatzrecht 58; Karollus in Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht – Zusatzband § 3 EKEG Rz 19.

3250 Ähnlich Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht II/2<sup>4</sup> § 67 KO Rz 84; Bitter in Scholz, GmbHG<sup>11</sup> Vor § 64 Rz 55.

3251 Dafür Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz 58: Abkehr vom Realisationsprinzip; differenzierend Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht II/2<sup>4</sup> § 67 KO Rz 86: abhängig von der zu unterstellenden Verwertungsprämisse.

3252 Siehe allgemein zum Cash-Pooling-System den Beitrag von Obradović/Wietrzyk in diesem Band.



sprüche aufgrund zuvor von der Gesellschaft selbst an den Poolführer gewährter Liquidität, können die Rückzahlungsansprüche in der Krise des Poolführers der Sperre nach § 14 EKEG unterliegen.<sup>3253</sup> Generell – auch außerhalb des Cash-Pooling – wird bei Forderungen des Kreditgebers, die der **Rückzahlungssperre nach § 14 EKEG** unterliegen, idR auf Grund der Krise der Kredit nehmenden Gesellschaft die Einbringlichkeit zu verneinen sein, was dazu führt, dass eine Aktivierung im Überschuldungsstatus der Kredit gewährenden Gesellschaft zu unterbleiben hat. Ob mit der Durchsetzung gerechnet werden kann, ist im Einzelfall auf Grund der Krise bzw der Sanierungschancen der Kredit nehmenden Gesellschaft zu prüfen. Gleiches gilt für Forderungen, bei denen der Kreditgeber einen (qualifizierten) **Rangrücktritt** abgegeben hat, wenn der Kredit auf Grund der wirtschaftlichen Lage der Kredit nehmenden Gesellschaft nicht zurückgefordert werden kann.

Zu den Aktiva gehören aber Forderungen der Gesellschaft aus einer **Differenz- oder Vorbelastungshaftung**, die offene Einlageforderung – und zwar auch bei einer **verdeckten Sacheinlage**<sup>3254</sup> – sowie die **Erstattungsansprüche** der Gesellschaft bei verbotenen Rückzahlungen auf Grund eines (verdeckten) Verstoßes gegen das **Verbot der Einlagenrückgewähr** oder bei verbotener Rückzahlung eines nach § 14 EKEG gesperrten Kredits. Aktivierbar sind auch Forderungen der Gesellschaft aus einer Organhaftung von (ehemaligen) Geschäftsführern bzw Vorständen oder Mitgliedern des Aufsichtsrats. **16.38**

Forderungen sind dann zu aktivieren, wenn mit ihrer Durchsetzung außerhalb eines Insolvenzverfahrens gerechnet werden kann. Potentielle Ansprüche aus einer **Insolvenzanfechtung** (etwa von konzerninternen Transaktionen im kritischen Zeitraum vor der Insolvenzeröffnung) können nicht aktiviert werden, weil sie die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens voraussetzen.<sup>3255</sup> Sehr wohl kommt aber eine Aktivierung von Ansprüchen aus einer **Innenhaftung** der Geschäftsführer bzw Vorstände **bei verbotenen Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife** (§ 84 Abs 3 Z 6 AktG und § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG) in Betracht, weil diese Ansprüche von der Gesellschaft auch außerhalb eines Insolvenzverfahrens geltend gemacht werden können (näher dazu unten Rz 16.87 ff). Die Aktivierung derartiger Haftungsansprüche kann uU dazu führen, dass die bereits eingetretene und für § 84 Abs 3 Z 6 AktG bzw § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG tatbestandsmäßige Überschuldung wieder beseitigt wird. **16.39**

3253 Entscheidend ist dabei die Frage, ob sich der Poolführer bereits im Zeitpunkt der Kreditgewährung in der Krise befand. Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass ein für nicht mehr als 60 Tage zur Verfügung gestellter Geldkredit generell nicht vom EKEG erfasst wird (§ 3 Abs 1 Z 1 EKEG); vgl dazu *Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 16.

3254 Allgemein dazu *Schopper* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 63 Rz 187 ff; *Schopper*, NZ 2009, 256 (265 f).

3255 Allgemein dazu *Drukarczyk/Schüler* in *MünchKomm InsO*<sup>3</sup> § 19 Rz 107.

## g) Beteiligungen im Überschuldungsstatus der Holding

- 16.40** Beteiligungen an anderen Konzerngesellschaften können als Aktiva im Überschuldungsstatus der Konzernobergesellschaft (Holding) angesetzt werden.<sup>3256</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass bei der Auflösung des Konzerns infolge einer Liquidation der Muttergesellschaft **Synergieeffekte verloren** gehen können und die Beteiligungen an den Tochtergesellschaften entsprechend niedriger zu bewerten sind.<sup>3257</sup> Ob im Überschuldungsstatus einer Holding mit mehreren Beteiligungen (im Extremfall mehrere Sparten einer Mischkonzern-Holding) eine Gesamtveräußerung aller Beteiligungen, eine Teilveräußerung jeder einzelnen Beteiligung oder die teilweise bzw. komplette Liquidation der Untergesellschaften als **Verwertungsprämisse** zu unterstellen ist, hängt davon ab, von welcher konkreten Verwertungsmöglichkeit mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit ausgegangen werden darf und kann daher nur im Einzelfall beurteilt werden.<sup>3258</sup>
- 16.41** Befindet sich auch die **Tochtergesellschaft bereits in der Krise**, ist das bei der Bewertung der Beteiligung im Überschuldungsstatus der Mutter entsprechend zu berücksichtigen.<sup>3259</sup> Die Aktivierbarkeit von Beteiligungen gilt generell nur für Beteiligungen an Konzerngesellschaften, bei deren Veräußerung am Markt überhaupt ein Erlös erzielt werden kann.<sup>3260</sup> Die Beteiligung an einer Tochtergesellschaft, die ausschließlich Hilfsdienste für die Muttergesellschaft bzw. den Konzern leistet (**reine Servicegesellschaft**), welche für Dritte keinen Wert haben, wird bei einer im Rahmen der Überschuldungsprüfung zu unterstellenden Liquidation der Mutter in aller Regel gar nicht veräußerungsfähig sein. Falls eine Tochtergesellschaft hingegen Leistungen für den Konzern erbringt, an denen auch Dritte ein Interesse haben, ist die Beteiligung grundsätzlich veräußerungsfähig und kann mit dem voraussichtlich erzielbaren Verwertungserlös im Überschuldungsstatus der Mutter angesetzt werden.<sup>3261</sup>

3256 *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz 55; *Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2<sup>4</sup> § 67 KO Rz 83; *Uhlenbruck in K. Schmidt/Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz<sup>4</sup> Rz 5.155; *Bitter in Scholz, GmbHG*<sup>11</sup> Vor § 64 Rz 50; *Gehrlein in Gehrlein/Ekkenga/Simon*, GmbHG<sup>2</sup> Vor § 64 Rz 31.

3257 *Wieland-Blöse in Fleischer/Hüttemann*, Rechtshandbuch Unternehmensbewertung § 11 Rz 40.

3258 Vgl *Wieland-Blöse in Fleischer/Hüttemann*, Rechtshandbuch Unternehmensbewertung § 11 Rz 37; allgemein dazu *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz 46ff; *Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2<sup>4</sup> § 67 KO Rz 75; *Karollus/Huemer*, Die Fortbestehensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung<sup>2</sup> 69.

3259 Vgl *Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2<sup>4</sup> § 67 KO Rz 83, wonach der aktuelle Marktwert anzusetzen ist.

3260 Vgl *Wieland-Blöse in Fleischer/Hüttemann*, Rechtshandbuch Unternehmensbewertung § 11 Rz 38.

3261 Zur Problematik der Konkretisierung der Veräußerungsfähigkeit *Wieland-Blöse in Fleischer/Hüttemann*, Rechtshandbuch Unternehmensbewertung § 11 Rz 39.

### 3. Passiva im Überschuldungsstatus

Auf der Passivseite sind im Überschuldungsstatus alle **Verbindlichkeiten** anzusetzen, die im Liquidationsfall aus dem Gesellschaftsvermögen zu befriedigen sind. Das gilt unabhängig von deren Fälligkeit. Die Verbindlichkeiten werden mit dem Rückzahlungsbetrag angesetzt. Unverzinsliche Verbindlichkeiten sind abzuzinsen, soweit sie nicht zum Bewertungszeitpunkt fällig werden.<sup>3262</sup> Zu Eigenkapital ersetzenden Verbindlichkeiten unten Rz 16.44. 16.42

Auch **Verbindlichkeiten**, die **besichert** sind, müssen im Überschuldungsstatus passiviert werden, und zwar unabhängig davon, ob die Sicherheit von einem Dritten oder von der Kredit nehmenden Gesellschaft selbst bestellt wurde.<sup>3263</sup> Hat bei einer **Drittssicherheit** im Innenverhältnis der Sicherungsgeber die Schuld zu tragen, kann der Freistellungsanspruch der besicherten Kreditnehmerin in deren Überschuldungsstatus aktiviert werden, soweit der Sicherungsgeber leistungsfähig ist.<sup>3264</sup> Die besicherte Verbindlichkeit ist dennoch auf der Passivseite anzusetzen, sodass ein Nettoüberschuss aus Freistellungsanspruch und Verbindlichkeit als Aktivum bzw eine Nettobelastung als Passivum im Überschuldungsstatus der Kreditnehmerin erfasst werden. Das gilt auch für **Sicherheiten**, die **von konzernverbundenen Gesellschaften** bestellt wurden, sofern die Sicherheit und damit auch der Freistellungsanspruch der Kredit nehmenden Gesellschaft nicht von vornherein wegen eines Verstoßes gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr nichtig sind.

Bei **Eigenkapital ersetzenden Sicherheiten** (§§ 15, 16 EKEG) kann der Freistellungsanspruch der Kredit nehmenden Gesellschaft gegen den Sicherungsgeber gem § 15 Abs 2 EKEG aktiviert werden, wobei dieser Freistellungsanspruch zwingend ist und bis zur nachhaltigen Sanierung der Gesellschaft unabhängig davon besteht, ob im Innenverhältnis der Sicherungsgeber oder die Kredit nehmende Gesellschaft die Schuld zu tragen hat. Die besicherte Verbindlichkeit ist dennoch auf der Passivseite anzusetzen, sodass ein Nettoüberschuss aus Freistellungsanspruch und Verbindlichkeit als Aktivum bzw eine Nettobelastung als Passivum im Überschuldungsstatus der Kreditnehmerin erfasst werden.

Bei **Sicherheiten**, die von der **Kredit nehmenden Gesellschaft selbst bestellt** wurden, kann die Sicherheit (zB die mit einer Hypothek belastete Liegenschaft) im Überschuldungsstatus aktiviert werden.<sup>3265</sup> Die besicherte Verbindlichkeit ist auf der Passivseite anzusetzen, sodass ein Nettoüberschuss aus Sicherheit und Verbindlichkeit als Aktivum bzw eine Nettobelastung als Passivum im Überschuldungsstatus erfasst werden.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, wie sich das Risiko einer möglichen Inanspruchnahme der Sicherheit im Überschuldungsstatus des Sicherungsgebers abbilden lässt. Für Eventualverbindlichkeiten auf Grund der möglichen Inanspruchnahme von **Sicherheiten** (Bürgschaften, Patronatserklärungen, dingliche Sicherheiten etc) sind in der Handelsbi- 16.43

3262 Haas in *Baumbach/Hueck*, GmbHG<sup>20</sup> § 64 Rz 53; *Drukarczyk/Schüler* in *MünchKomm InsO*<sup>3</sup> § 19 Rz 120.

3263 *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz 6.

3264 *H.-F. Müller* in *MünchKomm GmbHG*<sup>2</sup> § 64 Rz 33; *Haas* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG<sup>20</sup> § 64 Rz 52.

3265 Vgl *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2<sup>4</sup> § 67 KO Rz 101.

lanz unter bestimmten Voraussetzungen Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten zu bilden (§ 198 Abs 8 UGB). Im Überschuldungsstatus ist eine Bildung von Rückstellungen jedoch nicht möglich, weil dieser das Konzept der Rückstellung gar nicht kennt.<sup>3266</sup> Hier kommt nur eine Passivierung in Betracht. Die Pflicht zur Passivierung besteht im Überschuldungsstatus unabhängig davon, ob in der letzten UGB-Bilanz bereits eine Rückstellung gebildet wurde. Eine Pflicht zur Passivierung von Eventualverbindlichkeiten bzw von Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten im Überschuldungsstatus wird von der hA angenommen, wenn die Leistungspflicht sicher oder mit ihr ernsthaft zu rechnen ist.<sup>3267</sup> Die Wahrscheinlichkeit der Leistungspflicht ist zum Stichtag des Überschuldungsstatus zu prüfen und muss sich schon aus diesem Grund nicht mit der letzten UGB-Bilanz decken, wo auf den Bilanzstichtag abzustellen ist. Im Übrigen wird man sich bei der Passivierungspflicht im Überschuldungsstatus aber an den bilanzrechtlichen Regeln zur Bildung von Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten orientieren können. Verpflichtungen aus einer harten Patronatserklärung (oder einer anderen Art der persönlichen Sicherheit) sind daher erst im Überschuldungsstatus zu passivieren, wenn mit einer Inanspruchnahme ernsthaft zu rechnen ist. Mit einer Haftung aus einer konzerninternen Patronatserklärung der Muttergesellschaft als Patron für eine Tochtergesellschaft ist dann nicht ernsthaft zu rechnen, wenn die Tochter zwar in der Krise ist, innerhalb des Konzerns eine Schwestergesellschaft aber die erforderliche Liquidität bereitstellt und aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Verbundenheit nicht damit zu rechnen ist, dass diese Schwestergesellschaft Ansprüche gegen die Muttergesellschaft geltend machen wird.<sup>3268</sup> Bei Sicherheiten, die von der Tochtergesellschaft zugunsten der Muttergesellschaft oder anderen Konzerngesellschaften bestellt wurden, ist zu prüfen, ob einer Inanspruchnahme der Sicherheit das **Verbot der Einlagenrückgewähr** als rechtliches Hindernis entgegensteht. Ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr hat die Nichtigkeit der Sicherheit zur Folge, was jedenfalls zum Entfall der Passivierungspflicht im Überschuldungsstatus des Sicherungsgebers führt. Ob ein Verstoß gegen das Einlagenrückgewährverbot vorliegt, wird manchmal nicht eindeutig zu beantworten sein. In solchen Zweifelsfällen ist schon der Bestand der Sicherheit zweifelhaft. Das ist bei der Prüfung, ob die Haftung aus der Sicherheit sicher oder mit ihr ernsthaft zu rechnen ist, im Rahmen einer Gesamtabwägung zu berücksichtigen und spricht tendenziell gegen eine Pflicht zur Passivierung im Überschuldungsstatus des Sicherungsgebers.

- 16.44** Nach § 67 Abs 3 IO sind bei der Prüfung, ob eine rechnerische Überschuldung vorliegt, **Verbindlichkeiten** – einschließlich solcher aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen – dann nicht zu berücksichtigen, wenn der Gläubiger erklärt, dass er eine Befriedigung erst nach Beseitigung eines negativen Eigenkapitals oder im Fall der Liquidation nach Befrie-

3266 Vgl *Mock* in *Uhlenbruck*, Insolvenzzordnung<sup>14</sup> § 19 Rz 158; *Drukarczyk/Schüler* in *Münch-Komm InsO*<sup>3</sup> § 19 Rz 121 f; offenbar aA *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzzrecht<sup>3</sup> Rz 76.

3267 *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzzrecht II/2<sup>4</sup> § 67 KO Rz 89; *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzzgesetz § 67 KO Rz 62; *Mock* in *Uhlenbruck*, Insolvenzzordnung<sup>14</sup> § 19 Rz 158; *Uhlenbruck* in *K. Schmidt/Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz Rz 5.175; *Schmidt* in *K. Schmidt*, Insolvenzzordnung<sup>18</sup> § 19 Rz 34.

3268 Siehe BFH I R 6/05 GmbHR 2007, 334 = BB 2007, 487; vgl auch *Nowotny* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB II/RLG<sup>3</sup> § 198 Rz 136.

digung aller Gläubiger begehrt und dass wegen dieser Verbindlichkeiten kein Insolvenzverfahren eröffnet zu werden braucht.<sup>3269</sup> Für **konzerninterne Kreditfinanzierungen** folgt daraus, dass diese grundsätzlich im Überschuldungsstatus der Kredit nehmenden Gesellschaft zu passivieren sind, unabhängig davon, ob der Kredit von der Muttergesellschaft oder einer anderen Konzerngesellschaft stammt. Irrelevant ist auch, ob der Kredit der Rückzahlungssperre nach § 14 EKEG unterliegt. Nur bei Vorliegen einer Rangrücktrittserklärung, die inhaltlich (nicht zwingend wörtlich) den Anforderungen des § 67 Abs 3 IO entspricht, muss die Verbindlichkeit nicht passiviert werden.

Gesetzlich ungeklärt ist die Frage, ob auch eine **befristete Rangrücktrittserklärung** (etwa bis zum nächsten Bilanzstichtag) dazu geeignet ist, eine bereits eingetretene rechnerische Überschuldung zu beheben. Da bei der Prüfung der rechnerischen Überschuldung anders als bei der Zahlungsunfähigkeit auch noch nicht fällige oder gestundete, bedingte und betagte Verbindlichkeiten passivseitig in Anschlag zu bringen sind, ist die betreffende Verbindlichkeit bei einer bloß befristeten oder auflösend bedingten Rangrücktrittserklärung auf der Passivseite zu berücksichtigen.<sup>3270</sup> **16.45**

#### 4. Fortbestehensprognose

Im Rahmen der Fortbestehensprognose ist mit Hilfe sorgfältiger Analysen der Verlustursachen, eines Finanzierungsplans sowie der Zukunftsaussichten der Gesellschaft die Wahrscheinlichkeit der künftigen Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zu prüfen. Die Fortbestehensprognose ist als positiv zu beurteilen, wenn trotz bestehender rechnerischer Unterbilanz die Lebensfähigkeit des Unternehmens mit zumindest überwiegender Wahrscheinlichkeit gesichert ist.<sup>3271</sup> Ziel der insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose ist es, festzustellen, ob die Gesellschaft im Prognosezeitraum gegenwärtige und künftige Verbindlichkeiten begleichen kann.<sup>3272</sup> Die Fortbestehensprognose muss unter Zugrundelegung von realistischen (nicht optimistischen) Annahmen erstellt werden.<sup>3273</sup> Sanierungsmaßnahmen sind angemessen zu berücksichtigen. Das betrifft nicht nur die künftigen Auswirkungen von bereits abgeschlossenen Sanierungsmaßnahmen, sondern umfasst nach der Rechtsprechung des OGH auch bloß (rechtsverbindlich) eingeleitete und künftig geplante Sanierungsmaßnahmen.<sup>3274</sup> **16.46**

In Konzernkonstellationen ist wiederum auf die **Ebene der Einzelgesellschaft** abzustellen. Eine negative Fortbestehensprognose eines einzelnen Konzernunternehmens kann **16.47**

3269 Schopper/Vogt, EKEG § 67 Abs 3 Rz 3; Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht II/2<sup>4</sup> § 67 KO Rz 109; Karollus/Huemer, Die Fortbestehensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung<sup>2</sup> 71 ff.

3270 Ebenso Karollus/Huemer, Die Fortbestehensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung<sup>2</sup> 72 ff; eventuell aA Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht II/2<sup>4</sup> § 67 KO Rz 109.

3271 Vgl zB OGH 8 Ob 608/87 JBl 1989, 53 (zust Schumacher); 9. 5. 2007, 7 Ob 84/07 i; 3 Ob 173/08 z SZ 2008/169; RIS-Justiz RS0064989.

3272 Vgl zB OGH 6 Ob 508/86 WBl 1988, 129 (Wilhelm) = ÖBA 1988, 828 (Apathy); OGH 26. 4. 2001, 6 Ob 37/01 m: „Diese Überlegungen treffen nur auf jene Fälle zu, in denen – trotz rechnerischer Überschuldung – die Zahlungsfähigkeit noch erhalten ist.“

3273 OGH 6 Ob 19/15k RdW 2015, 372 = GES 2015, 173 = ZIK 2015, 144.

3274 OGH RIS-Justiz RS0064962.

nicht durch die Erstellung einer positiven Prognose für andere Konzernunternehmen oder konsolidiert auf Konzernebene entkräftet werden. Dennoch darf das Vorliegen eines Konzernsachverhalts gerade bei der Erstellung der Fortbestehensprognose nicht ausgeblendet werden. Die Einbindung der Einzelgesellschaft in den Konzern kann positive oder auch negative Auswirkungen auf die Fortbestehensprognose haben: Befinden sich auch andere Konzerngesellschaften in einer Krise, kann dies auf Grund von wechselseitigen Beziehungen der Konzernunternehmen untereinander negative Auswirkungen auf deren Fortbestehensprognose haben. Zu denken ist dabei etwa an den Verlust von Absatzmöglichkeiten durch eine konzernweite Restrukturierung (Verlagerung bestimmter Absatzmärkte in ein anderes Konzernunternehmen), den Wegfall von konzerninternen Umsätzen oder sonstigen betrieblichen Vorteilen im Konzern, die wirtschaftliche Abhängigkeit einer Vertriebs Tochter von der produzierenden Muttergesellschaft oder die Abhängigkeit einer Zuliefernden Tochtergesellschaft von der Nachfrage nach dem von der Muttergesellschaft hergestellten oder vertriebenen Hauptprodukt.<sup>3275</sup> Andererseits kann eine rechtsverbindliche Sanierungszusage durch die Muttergesellschaft oder eine andere konzernverbundene Gesellschaft bei entsprechender Bonität zu einer positiven Fortbestehensprognose führen oder zumindest beitragen.

- 16.48** Eine bloß **erhoffte**, rechtsverbindlich aber noch nicht konkretisierte **Sanierungshilfe** rechtfertigt für sich genommen keine positive Fortbestehensprognose.<sup>3276</sup> Dementsprechend reicht es für die Erstellung einer positiven Fortbestehensprognose nicht aus, wenn bei anderen Konzerngesellschaften zwar eine ausreichende Bonität zur Abwendung der Krise vorhanden wäre, aber keine rechtsverbindliche Zusage zu konkreten Sanierungsmaßnahmen vorliegt. In Ermangelung einer rechtsverbindlichen Zusage kann daher auch eine weiche Patronatserklärung nicht berücksichtigt werden.<sup>3277</sup>

## F. Zahlungsunfähigkeit

### 1. Begriff und Abgrenzung zur Zahlungsstockung

- 16.49** Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn ein Schuldner mangels bereiter Zahlungsmittel nicht im Stande ist, im Wesentlichen alle fälligen Verbindlichkeiten zu begleichen und sich die erforderlichen Zahlungsmittel voraussichtlich auch nicht alsbald beschaffen kann.<sup>3278</sup> Indizien der Zahlungsunfähigkeit sind zB Nichtleistung nach Verurteilung in mehreren Verfahren, nach fruchtlosen Mahnungen, ergebnislosen Exekutionen, sowie Tilgung immer nur der dringlichsten Verbindlichkeiten.<sup>3279</sup> Für die praktisch wichtige **Abgrenzung der Zahlungsunfähigkeit iSd § 66 IO von einer bloßen Zahlungsstockung**, die keinen

<sup>3275</sup> Vgl *Karollus/Huemer*, Die Fortbestehensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung<sup>2</sup> 136.

<sup>3276</sup> OLG Innsbruck 1 R 378/89 EvBl 1990/147; *Schopper* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I<sup>2</sup> 954.

<sup>3277</sup> Dazu bereits oben Rz 16.25.

<sup>3278</sup> ZB OGH 7 Ob 744/83 RdW 1984, 141; 8 Ob 528/85 SZ 58/205; 6 Ob 701/86 SZ 60/207; 30. 11. 1989, 7 Ob 662/89; 7. 11. 2002, 8 Ob 87/02f; 22. 10. 2007, 1 Ob 134/07y; dazu *Schopper*, GES 2008, 4; OGH 22. 11. 2011, 8 Ob 118/11b; RIS-Justiz RS0064528; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht<sup>3</sup> Rz 61, 69.

<sup>3279</sup> OGH RIS-Justiz RS0064528.

Konkursgrund darstellt, hat der OGH einen Schwellenwert von 5% als Orientierungshilfe bzw. „Richtwert“ festgelegt.<sup>3280</sup> Demnach wird eine (wohl nicht dauerhafte) Liquiditätslücke von maximal 5% von der Rechtsprechung als bloße Zahlungsstockung toleriert. Im Hinblick auf die Dauer des Liquiditätsengpasses geht die jüngere Rechtsprechung bei einer Liquiditätslücke für eine Zeitspanne von **höchstens drei Monaten** ohne Hinzutreten besonderer Umstände von einer bloßen **Zahlungsstockung** aus.<sup>3281</sup>

Im Konzern ist auch bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit auf jede einzelne Konzerngesellschaft abzustellen. Eine **konsolidierte Liquiditätsbetrachtung auf Konzernebene** ist für die Frage, ob der Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit bei einer einzelnen Konzerngesellschaft verwirklicht ist, **irrelevant**. Konzernspezifische Besonderheiten bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit ergeben sich wiederum aus den wechselseitigen Beziehungen der einzelnen Konzernunternehmen untereinander. **16.50**

## 2. „Bereite Zahlungsmittel“ des Schuldners

Im Rahmen der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit sind ganz allgemein jene Zahlungsmittel zu berücksichtigen, die dem Schuldner zur Begleichung der fälligen Verbindlichkeiten unmittelbar zur Verfügung stehen. Zu den **aktuell verfügbaren Zahlungsmitteln** zählen etwa Bargeld, Giralgeld, Sparbücher, Kassenbestand und jederzeit abrufbare Kredite. Gleichzustellen sind dem auch Sachen, die jederzeit zu Markt- bzw. Börsepreisen gehandelt und damit unverzüglich in Geld umgewandelt werden können, wie fungible Wertpapiere, Wechsel und Scheck. Vorhandene Geldmittel einer Konzernobergesellschaft oder auch einer abhängigen Konzerngesellschaft können aber nicht als Zahlungsmittel berücksichtigt werden, sofern nicht ein Rechtsanspruch auf den jederzeitigen Abruf derartiger Mittel besteht.<sup>3282</sup> **16.51**

Das Vertrauen auf einen **bloß erhofften, rechtsverbindlich aber noch nicht konkretisierten Sanierungskredit** oder eine sonstige Sanierungshilfe von einer konzernverbundenen Gesellschaft oder von dritter Seite, stellt keine Verbesserung der Liquiditätssituation dar und kann daher auch eine bestehende Zahlungsunfähigkeit nicht beseitigen. **16.52**

Ein rechtsverbindlich **zugesagter**, aber noch nicht ausbezahlter **Gesellschafterkredit** ist bei ausreichender Bonität und Leistungswilligkeit des Kredit gewährenden Gesellschafters sowie einem Ausschluss der Unsicherheitseinrede gem § 991 ABGB grundsätzlich als **16.53**

3280 OGH 3 Ob 99/10 w SZ 2011/2 = EvBl 2011/105 (Konecny) = ÖBA 2011, 742 (Bartlmä); vgl dazu Schumacher, ÖBA 2012, 816.

3281 OGH 19. 1. 2011, 3 Ob 99/10 w; RIS-Justiz RS0126561: „Eine Zahlungsstockung liegt vor, wenn eine ex-ante-Prüfung ergibt, dass eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür bestand, dass der Schuldner in einer kurzen, für die Beschaffung der benötigten Geldmittel erforderlichen, im Durchschnittsfall (wenn Umschuldungen vorzunehmen sind; Vermögensobjekte verkauft werden sollen, Gesellschafterdarlehen vereinbart werden sollen uä) drei Monate nicht übersteigenden Frist alle seine Schulden pünktlich zu zahlen in der Lage sein wird. Eine noch längere Frist setzt voraus, dass mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit mit der Beseitigung der Liquiditätsschwäche zu rechnen ist.“

3282 Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG<sup>20</sup> § 64 Rz 36.

beraites Zahlungsmittel des Schuldners anzuerkennen.<sup>3283</sup> Ist die rechtsverbindliche Zusage eines noch nicht ausbezahlten Kredits vom EKEG erfasst, dann ist ein Ausschluss der Unsicherheitseinrede nach § 991 ABGB nicht erforderlich. Ein Rangrücktritt des Kreditgebers ist im Unterschied zur Überschuldungsprüfung generell nicht erforderlich. Vielmehr reicht es aus, wenn die Tochtergesellschaft durch den **jederzeit möglichen Abruf des Kredits** in die Lage versetzt wird, ihre fälligen Verbindlichkeiten binnen angemessener Frist (nach neuerer Rechtsprechung im Regelfall wohl maximal drei Monate) vollständig zu begleichen. Die Zahlungsunfähigkeit tritt daher nicht ein, solange die Konzernmutter die Kreditlinie für eine Tochtergesellschaft soweit offen hält, dass diese alle (§ 66 Abs 3 IO) fälligen Verbindlichkeiten binnen angemessener Frist begleichen kann. Eine Kündigung der gewährten Kreditlinie durch die Muttergesellschaft führt zur Zahlungsunfähigkeit der Tochtergesellschaft, wenn diese keine eigenen bereiten Zahlungsmittel hat und sich diese auch nicht innerhalb angemessener Frist von einem Dritten beschaffen kann.

**16.54** Im Konzern ist zu berücksichtigen, ob die Gesellschaft unmittelbaren Zugriff auf die Liquidität anderer Gesellschaften als Beteiligte eines **Cash-Pooling-Systems** hat. Solche Zahlungsansprüche können grundsätzlich angesetzt werden, wenn der Poolführer leistungswillig und -fähig ist.<sup>3284</sup> Das gilt unabhängig davon, ob es sich um Rückzahlungsansprüche aufgrund zuvor selbst gewährter Liquidität oder um Ansprüche auf die Gewährung von Liquidität durch andere im Rahmen eines Kredits handelt.<sup>3285</sup> Allerdings muss eine ausreichende Bonität der Poolgesellschaft bzw der übrigen am Cash-Pooling beteiligten Gesellschaften gegeben sein und der Anspruch muss kurzfristig durchsetzbar sein. Kurzfristig durchsetzbar ist eine Forderung im Rahmen eines Cash-Poolings mit Blick auf die jüngere Rsp<sup>3286</sup> des OGH zur Zahlungsstockung, wenn sich die Forderung so rasch in liquide Mittel umwandeln lässt, dass die Liquiditätslücke bei der Gesellschaft innerhalb eines Zeitraums von maximal drei Monaten vollständig geschlossen werden kann.

**16.55** Ein **Verlustausgleichsanspruch** gegen die Muttergesellschaft kann den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Tochtergesellschaft verhindern, wenn damit ein kurzfristiger, maximal binnen drei Monaten durchsetzbarer und werthaltiger Anspruch auf Ausstattung mit der zur Abwendung der Zahlungsunfähigkeit erforderlichen Liquidität verbunden ist.<sup>3287</sup> Besteht der Verlustausgleichsanspruch nur zu bestimmten Zeitpunkten (etwa bei Feststellung der Jahresbilanz), kann das der Vermeidung einer unterjährigen Zahlungsunfähigkeit entgegenstehen. Auf Grund der Rechtsprechung des OGH zur Zahlungssto-

---

3283 Allgemein zum Kredit als bereites Zahlungsmittel des Schuldners vgl *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2<sup>4</sup> § 66 KO Rz 45.

3284 Vgl dazu *Saenger/Koch*, GmbH 2010, 113; *Haas* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG<sup>20</sup> § 64 Rz 36; *K. Schmidt* in *K. Schmidt*, Insolvenzordnung<sup>18</sup> § 17 Rz 14; *Mock* in *Uhlenbruck*, Insolvenzordnung<sup>14</sup> § 17 Rz 58.

3285 Vgl *Mock* in *Uhlenbruck*, Insolvenzordnung<sup>14</sup> § 17 Rz 58.

3286 OGH 3 Ob 99/10w SZ 2011/2 = EvBl 2011, 726 (*Konecny*).

3287 Vgl dazu allgemein *K. Schmidt* in *K. Schmidt*, Insolvenzordnung<sup>18</sup> § 19 Rz 43; ferner *R. Leitner*, RdW 1994, 273.



ckung<sup>3288</sup> ist davon auszugehen, dass ex-ante betrachtet eine hohe Wahrscheinlichkeit bestehen muss, dass die Muttergesellschaft **spätestens innerhalb von drei Monaten** willens und wirtschaftlich in der Lage ist, ihrer Pflicht zum Verlustausgleich der Tochtergesellschaft nachzukommen und dies zur gegebenen Zeit dann auch tatsächlich tut.

Eine **weiche Patronatserklärung** der Muttergesellschaft gegenüber der Tochtergesellschaft oder gegenüber deren Gläubigern kann die Zahlungsunfähigkeit der Tochtergesellschaft nicht abwenden oder beseitigen, weil damit keine Zahlungsansprüche zugunsten der Tochter oder der Gläubiger begründet werden.<sup>3289</sup> **16.56**

Eine **harte externe Patronatserklärung** der Muttergesellschaft verschafft der Tochtergesellschaft ebenfalls keinen Anspruch und kann daher nicht als Zahlungsmittel der Tochtergesellschaft in Anschlag gebracht werden.<sup>3290</sup> Sofern die Muttergesellschaft als Patron aber ihrer Ausstattungspflicht nachkommt und die Tochter tatsächlich mit der erforderlichen Liquidität versorgt, kann damit die Zahlungsunfähigkeit der Tochter von vornherein verhindert oder zumindest nachträglich beseitigt werden. Darüber hinaus kann aber auch eine Direktzahlung der Muttergesellschaft an den Gläubiger Auswirkungen auf das Verhältnis der frei verfügbaren Zahlungsmittel der Tochtergesellschaft zu ihren Gesamtverbindlichkeiten haben. Schließlich wird durch die Direktzahlung an den Gläubiger die Summe der fälligen Gesamtverbindlichkeiten reduziert. Zu beachten ist dabei jedoch, dass die Muttergesellschaft entweder auf die Abtretung der Kreditforderung des befriedigten Gläubigers von vornherein verzichtet<sup>3291</sup> und einen allfälligen Regressanspruch gegen die Tochter stundet oder überhaupt erlässt bzw sich die Kreditforderung vom Gläubiger zwar abtreten lässt, diese jedoch stundet. **16.57**

Bei einer **harten internen Patronatserklärung** verpflichtet sich die Muttergesellschaft gegenüber der Tochtergesellschaft dazu, dieser die zur Erfüllung ihrer jeweils fälligen Forderungen benötigten Mittel zur Verfügung zu stellen. Der Tochtergesellschaft steht somit ein eigenständiges Forderungsrecht gegen die Mutter als Patron zu. Zur Vermeidung oder Behebung der Zahlungsunfähigkeit ist es erforderlich, dass i) der Tochtergesellschaft ein ungehinderter Zugriff auf die Mittel eröffnet wird oder ii) die Muttergesellschaft willens und wirtschaftlich in der Lage ist, die jeweils benötigten Mittel der Tochtergesellschaft bei Bedarf kurzfristig (maximal binnen drei Monaten)<sup>3292</sup> zur Verfügung zu stellen und dies dann tatsächlich auch tut.<sup>3293</sup> **16.58**

### 3. Fällige Verbindlichkeiten

Für das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit iSd § 66 IO sind nur fällige Geldschulden zu berücksichtigen, nicht aber Verpflichtungen zur Erbringung von Sach- oder Dienstleis- **16.59**

3288 OGH 19. 1. 2011, 3 Ob 99/10w; RIS-Justiz RS0126561.

3289 Haas in *Baumbach/Hueck*, GmbHG<sup>20</sup> Rz 40; vgl BGH IX ZR 9/10 NZG 2011, 913 = GmbHR 2011, 769 = ZIP 2011, 1111.

3290 BGH IX ZR 9/10 NZG 2011, 913 = GmbHR 2011, 769 = ZIP 2011, 1111; *Maier-Reimer/Etzbach*, NJW 2011, 1110 (1117).

3291 Die Forderung des Gläubigers erlischt somit durch Erfüllung.

3292 OGH 19. 1. 2011, 3 Ob 99/10w; RIS-Justiz RS0126561.

3293 BGH IX ZR 9/10 NZG 2011, 913; *Krüger/Pape*, NZI 2011, 617 (618); Haas in *Baumbach/Hueck*, GmbHG<sup>20</sup> Rz 40.

tungen und ebenso wenig erst künftig fällig werdende Geldschulden, denn die drohende Zahlungsunfähigkeit ist gem § 167 Abs 2 IO ein Grund für die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens, aber kein Konkursgrund.<sup>3294</sup> Auch **fällige Verbindlichkeiten aus Gesellschafterdarlehen** sind wie alle anderen Geldschulden zu veranschlagen. Generell sind alle fälligen Zahlungsverpflichtungen im Konzern uneingeschränkt zu berücksichtigen, also auch etwaige fällige Zahlungspflichten gegenüber Schwestergesellschaften oder Tochtergesellschaften in einem Konzern, da die Konzernverbundenheit die rechtliche Selbstständigkeit jeder einzelnen Konzerngesellschaft unberührt lässt.<sup>3295</sup>

- 16.60** Ist die Gesellschaft an einem konzernweiten **Cash-Pooling-System** beteiligt, sind für die Prüfung der Zahlungsunfähigkeit alle am Bewertungsstichtag fälligen Zahlungspflichten zu veranschlagen, die sich für die Gesellschaft aus dem Cash-Pool ergeben.<sup>3296</sup> In der Zukunft drohende Zahlungspflichten gegenüber dem Cash-Pool auf Grund eines absehbaren künftigen Liquiditätsbedarfs anderer am Cash-Pool beteiligter Gesellschaften sind mangels Fälligkeit aber keinesfalls zu veranschlagen.<sup>3297</sup> Im Übrigen können sich derartige Zahlungspflichten trotz fehlender eigener Liquidität im Regelfall wohl nur für jene Gesellschaft ergeben, die das Cash-Pool-System anführt und das Zielkonto führt. Besteht ein Liquiditätsbedarf bei einer am Cash-Pool-System bloß beteiligten Gesellschaft, hat das in der Praxis nämlich in aller Regel zur Folge, dass dieser Gesellschaft ein Liquiditätsausgleich durch die Pool-Gesellschaft zu leisten ist.<sup>3298</sup>
- 16.61** **Verbindlichkeiten aus einem Eigenkapital ersetzenden Kredit** sind bei der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit nicht zu berücksichtigen, weil § 14 Abs 1 EKEG die Rückzahlung bis zur nachhaltigen Sanierung der Gesellschaft sperrt.<sup>3299</sup> Aus Sicht der Kreditnehmenden Gesellschaft fehlt es daher an einer „fälligen Verbindlichkeit“, solange die eigene Krise nicht nachhaltig beseitigt ist. Dennoch ist der Gläubiger einer Eigenkapital ersetzenden Forderung zur Stellung eines Insolvenzantrags berechtigt. Der antragstellende Gläubiger hat in einem solchen Fall zu behaupten und zu bescheinigen, dass die Schuldnerin selbst ohne Berücksichtigung der von der Rückzahlungssperre des § 14 Abs 1 EKEG erfassten Verbindlichkeit zahlungsunfähig ist.<sup>3300</sup> Ist der Gläubiger Mehrheitsgesellschafter der Kreditnehmenden Gesellschaft, trifft ihn bei Führungslosigkeit der Gesellschaft sogar die Pflicht, einen Insolvenzantrag zu stellen (§ 69 Abs 3 a IO).<sup>3301</sup>
- 16.62** **Stundungen**, auch reine Stundungen (im Sinne eines Aufschubs der Geltendmachung der Forderung) können den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit verhindern oder eine bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit beseitigen, weil die gestundete Forderung nicht

3294 *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzzrecht<sup>3</sup> Rz 65; OGH 8 Ob 624/88 SZ 63/124 = ÖBA 1990, 946 = WBl 1990, 348 (*Dellinger*).

3295 Siehe *Mock* in *Uhlenbruck*, Insolvenzzordnung<sup>14</sup> § 17 Rz 103.

3296 Vgl zur Rechtslage in Deutschland *Saenger/Koch*, GmbHR 2010, 113.

3297 AA für die Rechtslage in Deutschland *Mock* in *Uhlenbruck*, Insolvenzzordnung<sup>14</sup> § 17 Rz 103.

3298 *Herrler* in *Spindler/Stilz*, AktG<sup>3</sup> § 27 Rz 304.

3299 *Schopper/Vogt*, EKEG § 14 Rz 3; OLG Wien 20. 7. 2012, 28 R 118/12x.

3300 OLG Wien 20. 7. 2012, 28 R 118/12x; zur Behandlung von Verbindlichkeiten aus Eigenkapital ersetzenden Krediten im Rahmen der Überschuldungsprüfung vgl oben Rz 16.42.

3301 Näher dazu unten Rz 16.77 ff.

berücksichtigt werden muss.<sup>3302</sup> Auch eine **Rangrücktrittserklärung** kann den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit verhindern oder eine bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit beseitigen, sofern sie dazu führt, dass die Forderung nicht fällig oder nicht durchsetzbar ist und somit aus dem Kreis der für die Zahlungsunfähigkeit relevanten Verbindlichkeiten herausfällt. Es handelt sich somit um eine Frage der vertraglichen Ausgestaltung des Rangrücktritts im Einzelfall. Zur Beseitigung einer Zahlungsunfähigkeit ist es aber nicht erforderlich, dass der Rangrücktritt die Anforderungen des § 67 Abs 3 IO erfüllt. Der in § 67 Abs 3 IO definierte qualifizierte Rangrücktritt zielt nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut nur auf die Beseitigung einer rechnerischen Überschuldung ab. Im Unterschied zur rechnerischen Überschuldung kann eine Zahlungsunfähigkeit daher auch durch eine befristete Rangrücktrittserklärung behoben werden, wenn der Schuldner in der Lage ist, die sonstigen fälligen Schulden binnen angemessener Frist zu begleichen.

Eine **Besserungsvereinbarung** ist eine Abrede zwischen Gläubiger und Schuldner, bei welcher der Gläubiger zum Zweck der Verbesserung der Liquidität des Schuldners auf die Geltendmachung seiner Forderung ganz oder zum Teil vorläufig verzichtet.<sup>3303</sup> Im Falle einer späteren Verbesserung der wirtschaftlichen Lage des Schuldners ist der Gläubiger aber berechtigt, die Forderung wieder (in voller Höhe) geltend zu machen. Im Unterschied zum klassischen Forderungsverzicht erfolgt der Verzicht auf die Geltendmachung einer Forderung im Rahmen einer Besserungsvereinbarung somit nicht endgültig. Scheitert aber die Sanierung, wird der im Rahmen einer Besserungsvereinbarung abgegebene Forderungsverzicht nicht als Verbindlichkeit des Schuldners berücksichtigt. Wird in einer Besserungsvereinbarung auf die Geltendmachung der Forderung ganz oder zum Teil vorläufig verzichtet, muss sie – bzw der vom vorläufigen Verzicht betroffene Teil – bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit nicht berücksichtigt werden.<sup>3304</sup>

**Weiche Patronatserklärungen**<sup>3305</sup> sind für die Prüfung der Zahlungsunfähigkeit des Patrons generell bedeutungslos, weil sich daraus keine Rechtsansprüche ableiten lassen.<sup>3306</sup> Fällige, nicht aber bloß drohende Zahlungspflichten auf Grund einer Haftungsverpflichtung aus einer harten **Patronatserklärung** sind bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit des Patrons (idR die Muttergesellschaft) zu berücksichtigen. Bei Patronatserklärungen, die ausnahmsweise up-stream zu Gunsten einer Konzernobergesellschaft oder side-stream zu Gunsten einer Konzernschwester-gesellschaft gewährt wurden, kann das Kapi-

3302 Das Stunden eines Kredits ist grundsätzlich nicht von der Rückzahlungssperre des § 14 EKEG erfasst; dazu *Schopper/Vogt*, EKEG § 3 Rz 19 ff; *Karollus* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht – Zusatzband § 3 EKEG Rz 15 ff.

3303 Vgl dazu *Schopper* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I<sup>2</sup> 953; *Drukarczyk/Schöntag* in *Gottwald*, Insolvenzrechts-Handbuch<sup>5</sup> § 3 Rz 113 ff; monographisch *Schrader*, Die Besserungsabrede.

3304 *Schopper* in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I<sup>2</sup> 953; *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2<sup>4</sup> § 66 KO Rz 38.

3305 Vgl dazu *KWT*, Stellungnahme zur Behandlung von Patronatserklärungen iZm der unternehmensrechtlichen Rechnungslegung vom 10. 12. 2008, Seite 4; *Habersack* in *MünchKommBGB*<sup>6</sup> Vor § 765 Rz 54; *Bollenberger/Kellner* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht VIII/1<sup>2</sup> Rz 4/4 mwN.

3306 *Mock* in *Uhlenbruck*, Insolvenzordnung<sup>14</sup> § 17 Rz 106.

talerhaltungsgebot zur Nichtigkeit der Patronatserklärung und damit zum Entfall der Haftung des Patrons führen, was die Nichtberücksichtigung bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit nach sich zieht.<sup>3307</sup> Bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit einer durch die Patronatserklärung protegierten Tochtergesellschaft stellt sich die Frage, ob ein Erstattungsanspruch des Patrons zu berücksichtigen ist, wenn ein solcher für den Fall der Inanspruchnahme des Patrons durch den Dritten vereinbart wurde. Sofern es hier nicht an der Fälligkeit der Zahlungspflicht fehlt, ist der Erstattungsanspruch des Patrons bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit der protegierten Tochter zu berücksichtigen.

## II. Besondere Pflichten und Haftungsfragen in der Krise und Insolvenz

### A. Einberufung einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung

- 16.65** Die Geschäftsführer einer GmbH sind gem § 36 Abs 2 GmbHG verpflichtet, unverzüglich eine außerordentliche Generalversammlung einzuberufen, wenn die Hälfte des Stammkapitals verloren gegangen ist oder die Eigenmittelquote (§ 23 URG) weniger als 8% und die fiktive Schuldentilgungsdauer (§ 24 URG) mehr als 15 Jahre betragen. Das AktG enthält in § 83 eine ähnliche Bestimmung, wobei die aktienrechtliche Einberufungspflicht nur bei einem Verlust in der Höhe des halben Grundkapitals eingreift, nicht aber bei Vorliegen der URG-Kennzahlen.
- 16.66** Bei der **Ermittlung des Hälfteverlusts** und der **URG-Kennzahlen** im Konzern ist auf die Einzelgesellschaft und nicht etwa auf die Konzernebene im Sinne einer konsolidierten Betrachtung abzustellen. Im Unterschied zum EKEG und zum URG gilt die Einberufungspflicht nach § 36 Abs 2 GmbHG bei Erreichen der URG-Kennzahlen unbedingt, dh sie kann nicht durch ein Gutachten eines Wirtschaftsprüfers, wonach trotz Erreichen der URG-Kennzahlen kein Reorganisationsbedarf vorliegt, entkräftet werden.
- 16.67** Nach dem GmbHG greift die Einberufungspflicht ein, „**wenn sich ergibt**“, dass die Hälfte des Stammkapitals verloren gegangen ist oder die URG-Kennzahlen vorliegen. Nach § 83 AktG muss sich der Hälfteverlust aus der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz ergeben oder es muss sonst für den Vorstand anzunehmen sein, dass ein solcher Verlust vorliegt. Weder nach dem GmbHG noch nach dem AktG ist es somit notwendig, dass sich die Krisenkriterien aus einem Jahresabschluss ergeben. Aus § 83 AktG und § 36 Abs 3 GmbHG lässt sich umgekehrt aber auch nicht ableiten, dass die Geschäftsführer oder Vorstände generell verpflichtet wären, sich einen tagesaktuellen Überblick über das Eintreten eines Hälfteverlusts oder bei der GmbH auch über die Erreichung der URG-Kennzahlen zu verschaffen. Eine solche generelle Pflicht folgt auch nicht aus § 82 AktG und § 22 Abs 1 GmbHG, der die Pflicht zur Führung eines den Anforderungen des Unternehmens angemessenen Rechnungswesens und eines angemessenen internen Kontrollsystems regelt. Bei Anzeichen einer Krise in Bezug auf die Kapitalstruktur (Eigenmittelquote) oder die Finanzkraft (Schuldentilgungsdauer) der Gesellschaft, trifft die Geschäftsführer jedoch die Pflicht, das Vorliegen der URG-Kennzahlen in regelmäßigen Abständen, allenfalls sogar laufend zu überprüfen. Diese Pflicht besteht dann unabhängig vom Bilanzstichtag. Entsprechendes gilt für den Tatbestand des Hälfteverlusts, wenn sich

---

3307 Vgl dazu *Karollus* in *Leitner*, Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung<sup>2</sup> 1 (100ff).

konkrete Anzeichen für einen solchen Bilanzverlust andeuten. Die Geschäftsführer bzw die Vorstände haben dann regelmäßig bzw laufend zu überprüfen, ob die Hälfte des Stammkapitals bereits aufgezehrt wurde. Insoweit kann die Pflicht zur Einberufung einer Gesellschafterversammlung auch unterjährig und unabhängig vom Vorliegen eines Jahres- oder Zwischenabschlusses bestehen.<sup>3308</sup>

Wenn alle Gesellschafter auch ohne Einberufung vom Vorliegen eines Hälfteverlusts oder bei der GmbH von der Erreichung der URG-Kennzahlen verständigt werden und sie auf die unverzügliche Einberufung einer Gesellschafterversammlung verzichten, handelt die Geschäftsleitung nicht pflichtwidrig, wenn von der Einberufung Abstand genommen wird.<sup>3309</sup> **16.68**

Ein schuldhafter Verstoß gegen die Einberufungspflicht macht bei Eintritt eines dadurch verursachten Schadens haftbar gegenüber der Gesellschaft („**Innenhaftung**“; § 25 Abs 1 GmbHG iVm § 36 Abs 2 GmbHG). Die Einberufungspflicht ist nach der zutreffenden hA aber kein Schutzgesetz zugunsten der Gesellschaftsgläubiger.<sup>3310</sup> Das gilt für den Hälfteverlust und für die durch das GesRÄG 2013 neu eingefügten URG-Kennzahlen als Auslöser der Einberufungspflicht gleichermaßen. Allerdings kann die Geschäftsführer und Vorstände bei Erreichen der URG-Kennzahlen uU eine Haftung nach § 22 URG treffen, wenn kein Antrag auf Einleitung eines Reorganisationsverfahren gestellt wurde und sich in weiterer Folge die Insolvenz der Gesellschaft einstellt (dazu näher unten Rz 16.74 ff). **16.69**

Wird eine außerordentliche Gesellschafterversammlung wegen § 36 Abs 2 GmbHG bzw § 83 AktG einberufen, sind die Gesellschafter nicht verpflichtet, wie auch immer geartete **Sanierungsbeschlüsse** zu fassen.<sup>3311</sup> Das gilt auch im Konzern und für einen beherrschenden Mehrheits- oder Alleingesellschafter. Fassen die Gesellschafter aber einen Beschluss und geben den Geschäftsführern damit konkrete Anweisungen, die zur Unterlassung eines Antrags auf Einleitung eines Reorganisationsverfahrens oder bei einem späteren Eintritt einer materiellen Insolvenz der Gesellschaft zur Verzögerung des Insolvenzantrags führen, ist eine Haftung nach § 22 iVm § 25 URG oder eine Haftung wegen (Mitwirkung an der) Insolvenzverschleppung denkbar.<sup>3312</sup> **16.70**

---

3308 Siehe ErlRV 2356 BgNR 24. GP 14; Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 36 Rz 14.

3309 Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 83 Rz 6.

3310 Vgl Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 36 Rz 27; Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 36 Rz 15; Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG § 36 Rz 30; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 36 Rz 14.

3311 Siehe Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 36 Rz 30; Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 36 Rz 15.

3312 Siehe Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 36 Rz 30; allgemein Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht II/2<sup>4</sup> § 69 KO Rz 175 ff; aA Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 36 Rz 12, deren Argument aber nicht verfährt, weil die Haftung nach der hier vertretenen Ansicht aus allgemeinen Grundsätzen der Insolvenzverschleppungshaftung folgt und daher gar nicht voraussetzt, dass § 36 Abs 2 GmbHG gläubigerschützende Zwecke verfolgt.

## B. Antrag auf Einleitung eines Reorganisationsverfahrens und Haftung nach § 22 URG

- 16.71** Das URG enthält keine Pflicht der Geschäftsführer oder Vorstände, bei Vorliegen eines Reorganisationsbedarfs die Einleitung eines Reorganisationsverfahrens zu beantragen. Allerdings normiert § 22 URG eine persönliche Haftung der „Mitglieder des vertretungsbefugten Organs“ (Geschäftsführer bei der GmbH und Mitglieder des Vorstands bei der AG) für die durch die Insolvenzmasse nicht gedeckten Verbindlichkeiten der GmbH bis zu einem Betrag von € 100.000,-, wenn sie die Einleitung eines Unternehmensreorganisationsverfahrens trotz der gesetzlich geregelten Voraussetzungen unterlassen haben. Im Konzern ist das Vertretungsorgan jeder einzelnen Konzerngesellschaft selbst verantwortlich, einen entsprechenden Antrag zu stellen. Konkret greift die **Haftung gem § 22 Abs 1 URG** ein, wenn die Geschäftsführer einer Konzerngesellschaft innerhalb der letzten zwei Jahre vor dem Insolvenzantrag
- einen Bericht des Abschlussprüfers erhalten haben, wonach die URG-Kennzahlen (Vermutung eines Reorganisationsbedarfs) bei der betreffenden Konzerngesellschaft vorliegen und die Geschäftsführer nicht unverzüglich ein Reorganisationsverfahren beantragt oder nicht gehörig fortgesetzt haben oder
  - einen Jahresabschluss nicht oder nicht rechtzeitig aufgestellt oder nicht unverzüglich den Abschlussprüfer mit dessen Prüfung beauftragt haben.<sup>3313</sup>
- 16.72** **Haftungseinschränkend** normiert § 26 URG allerdings einige Voraussetzungen, bei deren Vorliegen die soeben erwähnte Haftung nicht besteht: Holen die Geschäftsführer unverzüglich nach Erhalt des Berichtes des Abschlussprüfers über das Vorliegen der Voraussetzungen für die Vermutung des Reorganisationsbedarfs ein Gutachten eines befugten Wirtschaftstreuhänders ein und verneint dieses Gutachten einen Reorganisationsbedarf, so können sie nicht nach § 22 Abs 1 URG haftbar gemacht werden (§ 26 Abs 1 URG). Eine Haftung ist auch dann ausgeschlossen, wenn innerhalb der Frist von zwei Jahren der mit der Prüfung eines weiteren Jahresabschlusses beauftragte Abschlussprüfer keinen weiteren Bericht über das Vorliegen der Voraussetzungen für die Vermutung eines Reorganisationsbedarfs erstattet. Ferner ist eine Haftung der Geschäftsführer ausgeschlossen, wenn die Geschäftsführer die Einleitung des Reorganisationsverfahrens vorgeschlagen haben, aber nicht die notwendige Zustimmung der Gesellschafterversammlung (oder eines etwaigen Aufsichtsrates) oder sogar eine gegenteilige Weisung erhalten haben.<sup>3314</sup> Schließlich entfällt die Haftung, wenn den in Anspruch genommenen Geschäftsführern bzw dem Vorstand der Beweis gelingt, dass die Insolvenz der Gesellschaft aus anderen Gründen als der Unterlassung der Reorganisation eingetreten ist.
- 16.73** Das URG enthält auch eine **Haftungssanktion für Aufsichtsratsmitglieder und Gesellschafter**: Gem § 25 URG haften die Mitglieder des Aufsichtsrats oder der Gesellschafterversammlung, die gegen die Einleitung eines Reorganisationsverfahrens gestimmt haben oder die eine wirksame Weisung an die Geschäftsleiter erteilt haben, das Verfahren nicht einzuleiten. Es handelt sich um eine Solidarhaftung, die ebenso wie die Haftung der Geschäftsleiter auf € 100.000,- pro Person beschränkt ist. Die Haftung kann auch eine ju-

3313 § 22 Abs 1 URG.

3314 § 25 URG; siehe auch *Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 25 Rz 83.

ristische Person treffen, die an der reorganisationsbedürftigen Gesellschaft beteiligt ist, beispielsweise wenn in einem Konzern die Muttergesellschaft gegen die Einleitung eines Reorganisationsverfahrens bei der Tochtergesellschaft gestimmt hat.

### C. Insolvenzantragspflicht und Haftung für Insolvenzverschleppung

#### 1. Allgemeines zur Insolvenzverschleppungshaftung im Konzern

Aus dem gesellschaftsrechtlichen Trennungsgebot, das auch nach Eintritt der materiellen Insolvenz einer Konzerngesellschaft seine volle Wirksamkeit behält, folgt, dass gegen jede einzelne Konzerngesellschaft ein gesonderter Insolvenzantrag erforderlich ist.<sup>3315</sup> Bei Vorliegen einer Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung trifft die Geschäftsführer bzw die Mitglieder des Vorstands jeder einzelnen Konzerngesellschaft die Pflicht, **die Insolvenz ohne schuldhaftes Zögern**, spätestens aber nach Ablauf der Frist von 60 Tagen<sup>3316</sup> **zu beantragen**. Bei einer GmbH & Co KG sind die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH zur Antragstellung verpflichtet, bei einer doppelstöckigen GmbH & Co KG die Geschäftsführung der die Geschäfte führenden Komplementärgesellschaft.<sup>3317</sup> Die Insolvenzantragspflicht ist ein Schutzgesetz (§ 1311 ABGB) zugunsten der Gläubiger der materiell insolventen Gesellschaft. Im Falle einer verspäteten Antragstellung folgt daraus eine **persönliche Haftung der Geschäftsführer bzw der Vorstände** gegenüber den Gläubigern der insolventen Gesellschaft (Außenhaftung). Hier kann keine umfassende Darstellung der Insolvenzantragspflicht und der Haftung für eine verspätete Antragstellung erfolgen.<sup>3318</sup> Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf einige Aspekte, die bei Konzernsachverhalten besonders wichtig erscheinen.

16.74

Vom Schutzzweck der Insolvenzantragspflicht erfasst sind „Altgläubiger“, dh die zu Beginn der Insolvenzverschleppung schon vorhandenen Gläubiger der insolvenzreifen Gesellschaft, und „Neugläubiger“, dh die Gläubiger von Forderungen, die erst in der Verschleppungsphase begründet wurden. Auch eine **Konzerngesellschaft fällt als Alt- oder Neugläubiger in den Schutzbereich der Insolvenzantragspflicht**, wenn sie eine Forderung gegen eine insolvenzreife andere Gesellschaft aus dem Konzern hat und die Mitglieder des Leitungsorgans der insolvenzreifen Schuldnerin die rechtzeitige Stellung eines Insolvenzantrags verabsäumen. Derartige Forderungen können aus den unterschiedlichsten wechselseitigen Beziehungen zwischen Konzerngesellschaften herrühren, zB aus konzerninternen Umsatzgeschäften, Lizenzverträgen, Bestandverträgen oder auf Grund eines konzerninternen Cash-Pooling-Systems.<sup>3319</sup> Bestand die Forderung bereits zu Beginn der

16.75

3315 OGH 8 Ob 104/11 v EvBl 2012/52 (Riel); 22. 11. 2011, 8 Ob 105/11 s; Schellmann, JAP 2011/12, 234 (235); allgemein Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht II/2<sup>4</sup> § 70 KO Rz 2; Übertsroider in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 70 IO Rz 2.

3316 Bei einer durch eine Naturkatastrophe (Hochwasser, Lawine, Schneedruck, Erdbeben, Bergsturz, Orkan, Erdbeben oder ähnliche Katastrophe vergleichbarer Tragweite) eingetretenen Insolvenz verlängert sich die Frist des gem § 69 Abs 2 a IO auf 120 Tage.

3317 Vgl Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 25 Rz 143.

3318 Vgl dazu etwa Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht II/2<sup>4</sup> § 69 KO Rz 107 ff; Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 25 Rz 311 ff; Feltl/Told in Gruber/Harrer, GmbHG § 25 Rz 222 ff.

3319 Vgl dazu OLG Düsseldorf I-17 U 51/12 ZIP 2015, 73 = GmbHR 2015, 303.

Insolvenzverschleppung (Konzerngesellschaft als Altgläubiger), kommt der Ersatz des Quotenschadens durch die Geschäftsführer oder den Vorstand der insolvenzreifen Schuldner-Gesellschaft in Betracht.<sup>3320</sup> Bei Forderungen, die erst in der Verschleppungsphase begründet wurden, steht eine Haftung auf den Vertrauensschaden im Raum.<sup>3321</sup> Haftungsadressat ist in beiden Fällen nicht die insolvente Konzerngesellschaft (bzw die Masse), sondern die Mitglieder des Leitungsorgans der insolventen Konzerngesellschaft. Irrelevant ist bei der Insolvenzverschleppungshaftung im Konzern, ob es sich um einen faktischen oder einen Vertragskonzern handelt und welche Stellung Gläubiger- und Schuldner-Gesellschaft im Konzerngefülle zueinander haben. Beispielsweise können der Tochtergesellschaft gegen den Vorstand der Konzernholdinggesellschaft Schadenersatzansprüche zustehen, wenn der Tochter aus der Verschleppung des Insolvenzantrags der Mutter ein Schaden entstanden ist, weil der Vorstand der Mutter unter Verletzung seiner Organpflichten erst zu spät den Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gestellt hat.<sup>3322</sup> Befindet sich in einem solchen Fall auch die Tochtergesellschaft in der Insolvenz, kann deren Insolvenzverwalter den Anspruch geltend machen.<sup>3323</sup> Ein entsprechender Schadenersatzanspruch kann aber auch einer Schwestergesellschaft gegenüber der Geschäftsleitung einer anderen Schwestergesellschaft und der (Groß-) Muttergesellschaft gegenüber der Geschäftsleitung einer Tochtergesellschaft zustehen. Beim Anspruch der Muttergesellschaft aus einer Insolvenzverschleppungshaftung ist aber zu berücksichtigen, dass dieser auf Grund ihrer Gesellschafterstellung Informations- und zumindest bei einer Tochter-GmbH auch Einflussrechte auf die insolvenzreife Tochter zustehen. Das kann im Rahmen eines Mitverschuldens gem § 1304 ABGB zur Minderung oder sogar zum Entfall des Schadenersatzanspruchs führen.

- 16.76** Nach der Rechtsprechung des OGH bezweckt die rechtzeitige Erfüllung der Insolvenzantragspflicht auch den Schutz von **Neugeschäftlern** vor Vertrauensschäden, die diese durch den Erwerb einer Gesellschaftsbeteiligung nach dem für die Antragspflicht maß-

3320 Zur Berechnung des Quotenschadens vgl etwa *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2<sup>4</sup> § 69 KO Rz 143; *Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 25 Rz 313.

3321 Zum Vertrauensschaden in diesem Zusammenhang vgl *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2<sup>4</sup> § 69 KO Rz 138 ff; *Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 25 Rz 16 ff.

3322 OLG Düsseldorf I-17 U 51/12 ZIP 2015, 73 = GmbHR 2015, 303 (der BGH 25. 11. 2014, II ZR 27/14 wies die gegen das Urteil gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde zurück); vgl dazu auch *Göb/Nebel*, NZI 2015, 408 (411).

3323 Im Fall des OLG Düsseldorf (FN 141) hat der klagende Insolvenzverwalter mehrerer Konzernuntergesellschaften (GmbHs) die Vorstandsmitglieder der ebenfalls insolventen Konzernobergesellschaft (AG) persönlich auf Schadenersatz in Anspruch genommen, weil sie trotz Zahlungsunfähigkeit der AG keinen Insolvenzantrag für die AG gestellt und die GmbHs deswegen weiter Zahlungen in den auf Ebene der AG gesteuerten Cash-Pool geleistet haben. Bei rechtzeitiger Stellung des Insolvenzantrags auf Ebene der Muttergesellschaft wäre die Cash-Pool-Vereinbarung sofort beendet worden und den Konzernuntergesellschaften hätte die an die Muttergesellschaft im Rahmen des Cash-Pools abgeführte Liquidität zur eigenen Verwendung zur Verfügung gestanden.



gebenden Zeitpunkt im Vertrauen auf die Werthaltigkeit ihrer Investition erleiden.<sup>3324</sup> Solchen Neugesellschaftern ist daher im Fall einer Verletzung des § 69 Abs 2 IO durch den Geschäftsführer der GmbH der Vertrauensschaden zu ersetzen. Demnach könnte auch eine **Übernahme neuer Geschäftsanteile** durch Konzernmitglieder im Zuge einer im Stadium der Insolvenzreife durchgeführten Kapitalerhöhung eine Insolvenzverschleppungshaftung der Geschäftsleitung der Zielgesellschaft auslösen.

## 2. Insolvenzantragspflicht des Mehrheitsgesellschafters (§ 69 Abs 3 a IO)

Hervorzuheben ist für Konzernsachverhalte die **Insolvenzantragspflicht des Mehrheitsgesellschafters** gem § 69 Abs 3 a IO. Nach dieser durch das GesRÄG 2013<sup>3325</sup> eingeführten Bestimmung trifft die Antragspflicht den Gesellschafter, der mit einem Anteil von mehr als der Hälfte „am Stammkapital beteiligt“ ist, wenn die Voraussetzungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens vorliegen und die Gesellschaft keine organschaftlichen Vertreter hat. § 69 Abs 3 a IO steht in einem systematischen Zusammenhang mit der wenige Jahre davor eingeführten Pflicht des Mehrheitsgesellschafters zur Leistung eines Kostenvorschusses (§ 72 d IO).<sup>3326</sup> Der gemeinsame Normzweck der dem Mehrheitsgesellschafter auferlegten Pflichten iZm der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens (Antragspflicht und Finanzierung der Anlaufkosten) besteht im **Schutz der Gläubiger**, möglichst zeitnah zum Eintritt einer Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung einer Kapitalgesellschaft ein Insolvenzverfahren zu eröffnen, durchzuführen und somit – bei Scheitern einer Sanierung – für eine geordnete Abwicklung des schuldnerischen Vermögens zu sorgen.<sup>3327</sup> § 69 Abs 3 a IO ist legislativ leider in mehrfacher Hinsicht missglückt und wirft nicht zuletzt deswegen zahlreiche Auslegungsfragen auf.<sup>3328</sup>

16.77

Einigkeit besteht in der Literatur eigentlich nur in Bezug auf den Grundfall, den der Gesetzgeber offenkundig vor Auge hatte: Falls bei einer GmbH Geschäftsführer oder Liquidatoren fehlen,<sup>3329</sup> trifft die Verpflichtung zur Stellung des Insolvenzantrags nach § 69 Abs 3 a IO den Mehrheitsgesellschafter.<sup>3330</sup> Nach den **Materialien** besteht diese „unab-

16.78

3324 OGH 4 Ob 31/07y GesRZ 2007, 266 (zust Schopper) = ÖBA 2007, 998 (krit Koziol); zust Kalss/Eckert in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007, 65 (69); krit K. Schmidt, GesRZ 2009, 317; Dellinger in FS Straube 3 (6ff); Feltl/Told in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 25 Rz 227; zweifelnd S.-F. Kraus/U. Torggler in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 40.

3325 BGBl I 2013/109.

3326 Nach § 72 d IO ist neben den organschaftlichen Vertretern „auch ein Gesellschafter, dessen Anteil an der Gesellschaft mehr als 50% beträgt, zur Leistung eines Kostenvorschusses verpflichtet.“ Die Norm wurde mit dem IRÄG 2010 (BGBl I 2010/29) eingeführt.

3327 OLG Wien 28 R 411/13m ZIK 2014, 103.

3328 ZB hat der Gesetzgeber offengelassen, inwieweit ein Mehrheitsgesellschafter nach ordnungsgemäß erfolgter Stellung des Insolvenzantrags zur Mitwirkung im Insolvenzverfahren berechtigt und verpflichtet ist und ob er vertretungsbefugt ist; dazu OLG Wien 28 R 300/15s ZIK 2016, 82 (*Trenker*).

3329 Zur im Detail unstrittenen Frage, wann Führungslosigkeit vorliegt, vgl etwa *Trummer*, ZIK 2013, 126 (129); *Pucher*, GES 2013, 493; *Winkler/Gruber* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 61 Rz 52; S.-F. Kraus/U. Torggler in *U. Torggler*, GmbHG § 61 Rz 27; *Artmann* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschafterpflichten in der Krise 57.

3330 Zur Vertretungsbefugnis siehe OLG Wien 28 R 411/13m ZIK 2014, 103; *Pucher*, ZIK 2014, 82.

hängig davon, ob ein solcher Gesellschafter – wie es der vom Gesetz vorgesehene Regelfall ist – ohne Zutun eines weiteren Gesellschafters die vertretungsbefugten Organe bestellen kann und es daher in der Hand hat, die Führungslosigkeit zu beenden, oder ob im Gesellschaftsvertrag andere Mehrheitserfordernisse oder Bestellungsrechte einzelner Gesellschafter vorgesehen sind.<sup>3331</sup>

- 16.79** Erste Auslegungsschwierigkeiten betreffen den sachlichen Anwendungsbereich der Norm: Obwohl das Gesetz auf der einen Seite den Begriff des „Stammkapitals“ verwendet, der nur im GmbH-Recht gebräuchlich ist, soll die Bestimmung nach dem Gesetzeswortlaut auf der anderen Seite für alle „in- und ausländischen Kapitalgesellschaften“ gelten. Teleologische Erwägungen sprechen gegen eine Beschränkung des Anwendungsbereichs von § 69 Abs 3 a IO nur auf die GmbH und vergleichbare ausländische Rechtsträger.<sup>3332</sup> Gegen eine **Anwendung der Bestimmung auf die AG** kann insb nicht eingewendet werden, dass der Vorstand hier durch den Aufsichtsrat und nicht durch den Mehrheitsaktionär bestellt wird, weil die Bestellungskompetenz nach der oben zitierten Stelle der Gesetzesmaterialien irrelevant ist. Gegen die Anwendung des § 69 Abs 3 a IO auf die AG spricht auch nicht der Umstand, dass Aktionäre – anders als GmbH-Gesellschafter – kein laufendes Einsichtsrecht in die Unterlagen der Gesellschaft haben und das Auskunftsrecht auch nicht jederzeit ausüben können, sondern in ihren Informationsrechten auf die Hauptversammlung beschränkt sind.<sup>3333</sup> Weder aus dem Gesetzeswortlaut von § 69 Abs 3 a IO noch aus den Materialien lässt sich nachweisen, dass den GmbH-Mehrheitsgesellschafter deshalb eine Antragspflicht trifft, weil er im Unterschied zum Aktionär ein weitgehendes Informationsrecht hat.<sup>3334</sup>

Es sprechen somit die besseren Gründe dafür, die Antragspflicht gem § 69 Abs 3 a IO auch für den **Mehrheitsaktionär bei einer AG** oder **SE** anzuwenden.<sup>3335</sup> Die Bestimmung ist entgegen der hL<sup>3336</sup> analog anzuwenden auf den Mehrheitsgesellschafter (Mehrheitskommanditisten) einer eingetragenen Personengesellschaft, bei der kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist. Es ist wertungswidersprüchlich, eine GmbH & Co KG, die ansonsten bei der Insolvenzeröffnung mit Kapitalgesellschaften gleichgestellt wird, gerade im Hinblick auf § 69 Abs 3 a IO unterschiedlich zu behandeln.

3331 ErlRV 2356 Blg 24. GP 15.

3332 Vgl dazu *Artmann in Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschafterpflichten in der Krise 54.

3333 § 118 AktG; vgl zB *Kalss/Probst*, Familienunternehmen Rz 11/54; außerhalb der Hauptversammlung kann den Aktionären Auskunft erteilt werden und dies ist auch durchaus üblich, aber es besteht keine Informationspflicht (*M. Doralt in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 118 Rz 93).

3334 Siehe zum Informationsanspruch des GmbH-Gesellschafters OGH 6. 9. 1990, 6 Ob 17/90 und die zahlreichen weiteren Entscheidungen in RIS-Justiz RS0060098.

3335 Ebenso *Rauter*, JAP 2013/14, 31 (33); *Artmann in Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschafterpflichten in der Krise 54; vgl auch *Fruhstorfer*, ZIK 2013, 212; *Warto*, wbl 2013, 361 (368); aA *Pucher*, GES 2013, 493 (494).

3336 Vgl etwa *Pucher*, GES 2013, 493; *Rauter*, JAP 2013/14, 31 (33); *Artmann in Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschafterpflichten in der Krise 54; tendenziell auch *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2013, 705: „Bei der GmbH & Co KG wird eine derartige Pflicht des Mehrheitskommanditisten nach dem Gesetzeswortlaut hingegen eher zu verneinen sein; ob das verfassungskonform ist, muss bezweifelt werden.“

Ebenso wie bei der AG kann auch bei der **verdeckten Kapitalgesellschaft** nicht eine fehlende Bestellungskompetenz des Mehrheitsgesellschafters der Personengesellschaft gegen die analoge Anwendung von § 69 Abs 3 a IO ins Treffen geführt werden, weil die Materialien auf die Bestellungskompetenz ausdrücklich nicht abstellen. Führungslosigkeit ist bei einer verdeckten Kapitalgesellschaft gegeben, wenn bei der für die Personengesellschaft geschäftsführenden (Komplementär-)GmbH Geschäftsführer oder Liquidatoren fehlen.

Ist der **Mehrheitsgesellschafter eine juristische Person**, etwa eine GmbH, AG oder Privatstiftung, haben deren organschaftliche Vertreter den Antrag zu stellen.<sup>3337</sup> Das ändert aber nichts daran, dass der Mehrheitsgesellschafter Pflichtenadressat von § 69 Abs 3 a IO bleibt. Versäumen die organschaftlichen Vertreter des Mehrheitsgesellschafters die rechtzeitige Insolvenzantragstellung über die insolvenzreife und führungslose Tochtergesellschaft, trifft den Mehrheitsgesellschafter (also die juristische Person) die Insolvenzverschleppungshaftung, nicht deren organschaftliche Vertreter. Den organschaftlichen Vertretern des Mehrheitsgesellschafters kann uU aber in einem solchen Fall ein Verstoß gegen ihre Sorgfaltspflichten nach § 25 GmbHG bzw § 84 AktG vorzuwerfen sein, was bei Vorliegen eines Verschuldens und eines adäquat-kausal herbeigeführten Schadens eine Innenhaftung gegenüber dem Mehrheitsgesellschafter zur Konsequenz hat. Allerdings ist zu bedenken, dass der objektive Sorgfaltspflichtverstoß bzw das Verschulden hier nicht voreilig angenommen werden dürfen, zumal keineswegs gesagt ist, dass die organschaftlichen Vertreter des Mehrheitsgesellschafters jederzeit die Einsichtsmöglichkeit in die Geschäfte der Tochtergesellschaft haben und daher häufig gar nicht in der Lage sein werden, eine materielle Insolvenz der Tochter zeitgerecht zu erkennen. **16.80**

In der **Insolvenz des Mehrheitsgesellschafters** ist der Insolvenzverwalter verpflichtet, den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über die insolvenzreife und führungslose Tochtergesellschaft zu stellen.<sup>3338</sup>

Mehrheitsgesellschafter gem § 69 Abs 3 a IO ist, wer **mit mehr als 50% am „Stammkapital“ (gemeint: Nennkapital) der Gesellschaft beteiligt** ist.<sup>3339</sup> Bei analoger Anwendung von § 69 Abs 3 a IO auf eine eingetragene Personengesellschaft ohne natürliche Person als unbeschränkt haftendem Gesellschafter ist – ebenso wie beispielsweise im Eigenkapitalersatzrecht (§ 4 Z 3 iVm § 5 Abs 1 Z 2 EKEG) – auf die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen abzustellen (§ 109 UGB). In Konzernverhältnissen ist die Muttergesellschaft insolvenzantragspflichtig, wenn sie an der insolvenzreifen und führungslosen Tochter als Alleingesellschafterin oder mit einer Kapitalbeteiligung von mehr als 50% unmittelbar beteiligt ist. Eine unmittelbare Beteiligung der Muttergesellschaft ist wohl mit einer mittelbaren Beteiligung zusammenzurechnen, die die Muttergesellschaft über eine zwischengeschaltete Gesellschaft hält. Demnach ist § 69 Abs 3 a IO beispielsweise **16.81**

3337 § 69 Abs 3 a zweiter Satz iVm Abs 3 letzter Satz IO; vgl auch OLG Wien 28 R 411/13m ZIK 2014, 103.

3338 OLG Wien 28 R 411/13m ZIK 2014, 103.

3339 Der Wortlaut von § 69 Abs 3 a IO unterscheidet sich in diesem Punkt geringfügig von § 72 d IO, der auf den Gesellschafter anwendbar ist, dessen Anteil an der Gesellschaft mehr als 50% beträgt.

anwendbar, wenn die unmittelbare Beteiligung nur 40% beträgt, aber über eine 100%-ige Tochtergesellschaft weitere 15% an der insolvenzreifen und führungslosen Tochter gehalten werden.<sup>3340</sup> Nichts anderes kann dann aber gelten, wenn neben einer unmittelbaren Beteiligung von 40% nur 20% an einer zwischengeschalteten Gesellschaft gehalten werden, die ihrerseits mit 60% an der insolventen und führungslosen Gesellschaft beteiligt ist. Neben der unmittelbaren Beteiligung von 40% liegt hier eine mittelbare Beteiligung von durchgerechnet 12% vor, zusammengerechnet beträgt die Kapitalbeteiligung somit über 50%. § 69 Abs 3a IO ist auch auf diesen Fall anzuwenden.<sup>3341</sup>

- 16.82** Auslegungsschwierigkeiten iZm § 69 Abs 3a IO wirft auch die Führungslosigkeit auf mehreren Ebenen auf. Ist beispielsweise die führungslose A AG Alleingeschafterin einer insolventen und führungslosen B GmbH, stellt sich die Frage, ob der Mehrheitsaktionär der A AG seinerseits verpflichtet ist, den Insolvenzantrag über das Vermögen des B GmbH zu stellen. Die Insolvenzantragspflicht des bloß mittelbar beteiligten Gesellschafters wird in einem solchen Fall der Führungslosigkeit des unmittelbaren Mehrheitsgesellschafters in der Literatur zutreffend verneint.<sup>3342</sup>
- 16.83** Adressat der Insolvenzantragspflicht nach § 69 Abs 3a IO ist auch der Mehrheitsgesellschafter einer **ausländischen Kapitalgesellschaft**. Das wirft heikle unions- bzw kollisionsrechtliche Fragen auf. In dem Zusammenhang kann auf den Beitrag von *Eckert* in diesem Buch verwiesen werden.
- 16.84** Es ist davon auszugehen, dass auch die Insolvenzantragspflicht des Mehrheitsgesellschafters gem § 69 Abs 3a IO **als Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger** der insolvenzreifen und führungslosen Gesellschaft zu qualifizieren ist.<sup>3343</sup> In Bezug auf die grundsätzliche Einstufung als Schutzgesetz lässt sich eine Differenzierung zwischen der Antragspflicht der vertretungsbefugten Organe und des Mehrheitsgesellschafters mE nicht begründen. Grundsätzlich kann daher ein Verstoß gegen die Insolvenzantragspflicht gem § 69 Abs 3a IO zu einer **persönlichen Haftung des Mehrheitsgesellschafters** gegenüber den Gläubigern der insolvenzreifen und führungslosen Gesellschaft führen. Eine Differenzierung im Vergleich zur Insolvenzverschleppungshaftung der organschaftlichen Vertreter ist jedoch auf der Ebene der objektiven Sorgfaltspflichten zu ziehen: Der Mehrheitsgesellschafter ist in vielen Fällen gar nicht in der Lage, die Geschäfte der Gesellschaft dahingehend laufend zu überblicken, ob bereits ein materieller Insolvenzgrund verwirklicht ist. Zu berücksichtigen ist auch, dass für den Mehrheitsgesellschafter ein anderer Sorgfaltmaßstab gilt. Zwar haftet der Mehrheitsgesellschafter bereits für ein Kennenmüssen, während in Deutschland nur bei Kenntnis eine Insolvenzantragspflicht besteht.<sup>3344</sup> Allerdings gilt im Unterschied zu einem Gesellschaftsorgan für den Mehrheits-

3340 Ebenso *Warto*, wbl 2013, 361 (366); dieses Beispiel offen lassend *Artmann* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschafterpflichten in der Krise 56.

3341 AA *Artmann* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschafterpflichten in der Krise 56.

3342 Vgl *Konwitschka/Perner*, RWZ 2013, 107 (109); *Artmann* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschafterpflichten 57; tendenziell auch *Pucher*, GES 2013, 493 (495), sofern die Widerlegung der Vermutung eines beherrschenden Einflusses nicht gelingt.

3343 Vgl *Pucher*, ZIK 2014, 82 (93 in FN 27).

3344 Ausf *Klöhn* in MünchKomm InsO<sup>3</sup> § 15a Rz 89ff; vgl *Trummer*, ZIK 2013, 126 (128f); *Artmann* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschafterpflichten in der Krise 58.

gesellschaftlicher kein objektiver (§ 25 Abs 1 GmbHG; § 84 Abs 1 AktG; § 1299 ABGB), sondern ein subjektiver Sorgfaltsmaßstab (§ 1297 ABGB).<sup>3345</sup> Ihm kann im Unterschied zu einem Gesellschaftsorgan, das die Organstellung ohne ausreichende Fähigkeiten übernimmt, auch keine Übernahms- oder Einlassungsfahrlässigkeit zur Last gelegt werden.<sup>3346</sup> Den Mehrheitsgesellschafter trifft somit nur ein Verschulden, wenn das Vorliegen eines Insolvenzgrundes für ihn subjektiv erkennbar war.<sup>3347</sup>

### 3. Haftung der Muttergesellschaft als faktischer Geschäftsführer

Nach gefestigter Rechtsprechung haftet nicht nur der ordnungsgemäß bestellte, sondern auch der faktische Geschäftsführer für Schäden, die aus Unterlassung der Insolvenzantragstellung entstehen.<sup>3348</sup> Faktischer Geschäftsführer ist, wer – ohne hierzu bestellt zu sein – dauerhaft und ausgeprägt den Platz eines zum Insolvenzantrag legitimierten Organs einnimmt.<sup>3349</sup> Die häufige Ausübung des Weisungsrechts führt allein aber nicht zur Qualifikation eines (Mehrheits-)Gesellschafter als faktischer Geschäftsführer.<sup>3350</sup> Der faktische Geschäftsführer ist verpflichtet, bei Vorliegen eines Insolvenzgrundes auf die Stellung eines Insolvenzantrags hinzuwirken.<sup>3351</sup> Die Haftung des faktischen Geschäftsführers ist kein konzernrechtliches Spezifikum, jedoch ist im Konzern aufgrund der häufig starken Gesellschafterstellung einer Muttergesellschaft besonders zu berücksichtigen, ob die Muttergesellschaft als faktischer Geschäftsführer qualifiziert wird. Hier stellt sich zunächst die Frage, ob **juristische Personen überhaupt als faktische Geschäftsführer** in Frage kommen. Der OGH hat in einer Entscheidung mit Konzernsachverhalt die Haftung der Muttergesellschaft als faktischer Geschäftsführer zwar konkret verneint, weil keine Einflussnahme der Muttergesellschaft auf die Tochtergesellschaft festgestellt werden konnte, die für eine Qualifizierung als faktische Geschäftsführerin ausgereicht hätte.<sup>3352</sup> Er ging jedoch offenbar davon aus, dass eine juristische Person ganz allgemein faktischer Geschäftsführer sein kann.<sup>3353</sup> Die hL in Österreich ist ebenfalls dieser An-

16.85

3345 Zum Sorgfaltsmaßstab von Gesellschaftsorganen *Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2<sup>4</sup> § 69 KO Rz 132 f.

3346 Zur Übernahms- oder Einlassungsfahrlässigkeit bei Geschäftsführern *Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 25 Rz 25.

3347 AA *Pucher*, GES 2013, 493 (495); nicht eindeutig *Trummer*, ZIK 2013, 126 (128 f); *Artmann in Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschafterpflichten in der Krise 58.

3348 OGH 17. 12. 2007, 8 Ob 124/07 d; 23. 2. 2009, 8 Ob 108/08 b; vgl. 15. 9. 2010, 2 Ob 238/09 b; *Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 25 Rz 323/1.

3349 OGH 17. 12. 2007, 8 Ob 124/07 d; *Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2<sup>4</sup> § 69 KO Rz 183; *Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 25 Rz 323/1.

3350 OGH 17. 12. 2007, 8 Ob 124/07 d; *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 67 KO Rz 143; *U. H. Schneider in Scholz*, GmbHG<sup>11</sup> § 43 Rz 28 d.

3351 OGH 17. 12. 2007, 8 Ob 124/07 d.

3352 OGH 12. 4. 2001, 8 ObA 98/00 w.

3353 OGH 12. 4. 2001, 8 ObA 98/00 w: „Da diese Grundsätze des Haftungsdurchgriffs bei faktischer Geschäftsführung, wie erwähnt, auch bei der Einmann-GmbH im faktischen Konzern gelten, folgt daraus, dass nicht bereits dann, wenn die Muttergesellschaft von ihrem pflichtgebundenen Leitungs- und Weisungsrecht Gebrauch macht, sondern nur dann ein Haftungsdurchgriff

sicht.<sup>3354</sup> Dagegen verneinte der BGH die Qualifikation einer juristischen Person als faktischer Geschäftsführer mit der Begründung, dass nach § 6 Abs 2 dGmbHG nur natürliche Personen Geschäftsführer einer GmbH sein können.<sup>3355</sup> Was nach dem Gesetz für das rechtlich dem geschäftsführenden Organ angehörige Mitglied gelte, sei auch für die Beurteilung maßgebend, ob jemand faktisch als Mitglied des geschäftsführenden Organs in Betracht komme. Dieses Argument ist auf die österreichische Rechtslage übertragbar, weil § 15 Abs 1 öGmbHG und § 75 Abs 2 öAktG wie § 6 Abs 2 dGmbHG nur natürliche Personen als Geschäftsleiter zulassen. Die besseren Gründe sprechen indessen gegen die Ansicht des BGH. Die Haftung des faktischen Geschäftsführers beruht maßgeblich auf dem Argument, dass jemand ohne Organstellung die Geschicke der Gesellschaft durch eigenes Handeln in die Hand genommen hat und die (übrigen) Gesellschafter sowie va die Gläubiger schutzbedürftig sind.<sup>3356</sup> Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob es sich um eine juristische oder natürliche Person handelt. Im deutschen Schrifttum wurde die BGH-Entscheidung deshalb berechtigterweise vehement kritisiert, und sie sollte mE in Österreich jedenfalls nicht aufgegriffen werden.<sup>3357</sup> Nach hier vertretener Ansicht kommt die Muttergesellschaft ganz allgemein als faktischer Geschäftsführer in Betracht. Überdies können auch **andere einflussnehmende Konzerngesellschaften** wie bspw eine (bloß mittelbar beteiligte) Großmuttergesellschaft haften, weil die Qualifizierung als faktischer Geschäftsführer unabhängig von einer unmittelbaren Beteiligung an der Gesellschaft ist.<sup>3358</sup> Folgt man hingegen der Ansicht des BGH und lehnt juristische Personen als faktische Geschäftsführer generell ab, trifft Konzerngesellschaften kein Haftungsrisiko als faktische Geschäftsführer. Allerdings können eventuell die natürlichen Personen, die für die juristische Person als Organ handeln, als faktische Geschäftsführer qualifiziert werden.<sup>3359</sup>

---

auf die Muttergesellschaft in Betracht kommt, wenn diese bei der Einflussnahme auf die Tochtergesellschaft die Sorgfaltspflichten bei der Verwaltung fremden Vermögens verletzt hat“.

3354 Artmann in FS Aicher 33 f; Jovic, GES 2013, 332 (341); ausf M. Schneider, Der faktische Geschäftsführer im Gesellschaftsrecht 56 und spezifisch zu Konzernsachverhalten 74 ff; vgl Duursma/Duursma-Keppinger/Roth, Gesellschaftsrecht Rz 2801.

3355 BGH II ZR 196/00 BGHZ 150, 61 = NJW 2002, 1803.

3356 Vgl OGH 17. 12. 2007, 8 Ob 124/07 d.

3357 Fleischer, GmbHR 2011, 337 (343); Fleischer in MünchKomm GmbHG<sup>2</sup> § 43 Rz 235; Burgard, NZG 2002, 606; Paefgen in Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG<sup>2</sup> § 6 Rz 47 und § 43 Rz 28; im Ergebnis auch U. H. Schneider in Scholz, GmbHG<sup>3</sup> § 43 Rz 28 c; dem BGH folgend hingegen Klöhn in Bork/Schäfer, GmbHG<sup>3</sup> § 43 Rz 13; Kleindieck in Lutter/Hommelhoff, GmbHG<sup>18</sup> § 43 Rz 5; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG<sup>20</sup> § 43 Rz 3.

3358 OGH 25. 9. 2010, 2 Ob 238/09 b; Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 25 Rz 323/1.

3359 Kleindieck in Lutter/Hommelhoff, GmbHG<sup>18</sup> § 43 Rz 5; vgl Fleischer in MünchKomm GmbHG<sup>2</sup> § 43 Rz 235; Artmann in FS Aicher 33 f; für Zurechnung der Tätigkeit des Organmitglieds zur Muttergesellschaft U. H. Schneider in Scholz, GmbHG<sup>11</sup> § 43 Rz 28 c.

## 4. Haftung der Konzernmutter als beherrschender Gesellschafter

Nach § 159 aF StGB<sup>3360</sup> war mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen, wer fahrlässig seine Zahlungsunfähigkeit herbeiführte oder in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit fahrlässig die Befriedigung seiner Gläubiger oder wenigstens eines von ihnen vereitelte oder schmälerte. Die Bestimmung führte besonders für Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder einer sanierungsbedürftigen Gesellschaft zu einem erheblichen straf- und zivilrechtlichen Haftungsrisiko, wenn sie eine Gesellschaft fortführen und sanieren wollten, die Sanierung jedoch am Ende scheiterte. Ihnen drohte neben der strafrechtlichen Sanktion eine zivilrechtliche Haftung gegenüber den Gläubigern der gescheiterten Gesellschaft, weil § 159 aF StGB ein Schutzgesetz nach § 1311 ABGB ist.<sup>3361</sup> In den *Eumig*<sup>3362</sup>-Entscheidungen dehnte der OGH die Strafbarkeit und die zivilrechtliche Haftung auch auf Kreditgeber und (beherrschende) Gesellschafter aus.<sup>3363</sup> Das aus dieser Rechtsprechung resultierende Haftungsrisiko war nicht auf Konzerngesellschaften beschränkt, sondern betraf sämtliche beherrschenden Gesellschafter. Insoweit lag kein spezifisch konzernrechtliches Problem vor.<sup>3364</sup> Allerdings waren Konzerne besonders stark betroffen, weil beherrschende Gesellschafter zum Wesen des (Unterordnungs-)Konzerns gehören. Die Strafrechtsreform 2000<sup>3365</sup> entschärfte § 159 StGB.<sup>3366</sup> Seither ist nur noch die grob fahrlässige<sup>3367</sup> Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen strafbar. Außerdem enthält die Bestimmung eine taxative Aufzählung der kridaträchtigen Handlungen. Nach neuer Rechtslage begründen die Fortsetzung der Geschäftstätigkeit – insb das Eingehen neuer Schulden – bei unzureichender Eigenkapitalausstattung nur noch dann eine Außenhaftung des Geschäftsführers bzw des beherrschenden Gesellschafter (§ 159 StGB; § 1311 ABGB), wenn dies (ausnahmsweise) als kridaträchtige Handlung nach § 159 Abs 5 StGB wie zB das Betreiben übermäßigen Aufwands zu beurteilen ist.<sup>3368</sup>

16.86

---

3360 BGBl 1974/60.

3361 *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts 272; *Karollus* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz 1172.

3362 Elektrizitäts- und Metallwaren-Industrie-Gesellschaft m. b. H.

3363 OGH 14. 7. 1986, 1 Ob 571/86; OGH 9. 2. 1988, 6 Ob 508/86 (6 Ob 509/86); dazu *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts 275; ausf *Karollus*, ÖBA 1990, 337 (Teil I) und ÖBA 1990, 438 (Teil II).

3364 Vgl *Karollus*, ÖBA 1990, 438 (438); *Koppensteiner*, wbl 1988, 1 (8).

3365 BGBl I 2001/130; das Strafrechtsänderungsgesetz 2015 (BGBl I 2015/112) nahm geringe Änderungen an § 159 StGB vor.

3366 *Doralt/Diregger* in MünchKomm AktG V<sup>4</sup> Ö-Konzernrecht Rz 14; *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts 275 ff; ausf *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung 76 ff.

3367 Nach § 6 Abs 3 StGB handelt grob fahrlässig, wer ungewöhnlich und auffallend sorgfaltswidrig handelt, sodass der Eintritt eines dem gesetzlichen Tatbild entsprechenden Sachverhaltes als geradezu wahrscheinlich vorhersehbar war; diese Legaldefinition wurde durch das Strafrechtsänderungsgesetz 2015 (BGBl I 2015/112) eingeführt.

3368 *Karollus* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz 1172; vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 25 Rz 334.

### D. Verbotene Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzantragspflicht

- 16.87** Werden nach dem Eintritt der Insolvenzantragspflicht durch die Geschäftsführer Zahlungen geleistet, haften die Geschäftsführer der Gesellschaft gegenüber für den daraus entstandenen Schaden (§ 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 6 AktG). Die Bestimmungen sollen eine Schmälerung der Insolvenzmasse und die bevorzugte Befriedigung einzelner Gläubiger unterbinden und sind teleologisch verwandt mit der Insolvenzanfechtung gem §§ 27 ff IO und auch mit § 159 StGB (Begünstigung eines Gläubigers).<sup>3369</sup> Die Wirkung des Zahlungsverbots beschränkt sich nicht auf unmittelbare Handlungen der Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder, sondern diese haben im Rahmen ihrer Überwachungspflicht dafür zu sorgen, dass solche Zahlungen auch nicht von Prokuristen oder Mitarbeitern der Gesellschaft geleistet werden.<sup>3370</sup>
- 16.88** Der Tatbestand der „Zahlung“ ist weit auszulegen und erfasst alle geldwerten Leistungen, die aus dem Gesellschaftsvermögen erbracht werden.<sup>3371</sup> Auch Leistungen innerhalb eines Konzerns können erfasst sein, die eine Konzerngesellschaft nach Eintritt der Insolvenzenreife an andere Konzerngesellschaften erbringt (zB Leistungen auf Grund von Umsatzgeschäften zwischen Konzerngesellschaften, Zahlungen im Rahmen eines Cash-Pooling-Systems,<sup>3372</sup> Gewährung und Rückzahlung von [Eigenkapital ersetzenden] Darlehen innerhalb des Konzerns,<sup>3373</sup> Bestellung von konzerninternen Sicherheiten<sup>3374</sup> etc). Anders als nach § 82 GmbHG ist in dem Zusammenhang irrelevant, ob derartige Geschäfte einem Drittvergleich standhalten. Nicht erfasst sind gleichwohl Zahlungen, die auch nach Eintritt der Insolvenzenreife mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind, wobei man bei der Konkretisierung der Sorgfaltspflichten

3369 Vgl Schummer in FS Koppensteiner 215; S.-F. Kraus/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 25 Rz 14; ausf U. Torggler/Trenker, JBl 2013, 613; Spindler in MünchKomm AktG<sup>4</sup> § 92 Rz 22.

3370 Siehe Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 25 Rz 139; Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG<sup>20</sup> § 64 Rz 63; H.-F. Müller in MünchKomm GmbHG<sup>2</sup> § 64 Rz 144; vgl BGH II ZR 32/08 NZG 2009, 582 („Da der Geschäftsführer nur für solche Schmälerungen des Gesellschaftsvermögens verantwortlich gemacht werden kann, die mit seinem Wissen und Willen geschehen sind oder die er hätte verhindern können“); vgl auch OLG Oldenburg 1 W 2/04 GmbHR 2004, 1340 („Selbst wenn der Antragsgegner nicht selbst die Rechnungen geschrieben und den Kunden der GmbH übersandt hat, war er jedenfalls als Geschäftsführer für diese Handhabung und die damit verbundene Geschäftsabwicklung verantwortlich“ [in casu ging es um Kundenzahlungen auf ein debitorisches Konto]).

3371 Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 25 Rz 9; Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz 1167f; Adensamer/Oelkers/Zechner, Unternehmenssanierung zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht 38; Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 25 Rz 140.

3372 Vgl zu Einzahlungen im Rahmen eines Cash-Management-Systems mit einer Bank OLG Düsseldorf 22 W 12–99 GmbHR 1999, 661 (662).

3373 BGH II ZR 322/99 NJW-RR 2001, 1177; Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG<sup>20</sup> § 64 Rz 65.

3374 Die Bestellung von Sicherheiten ist mE deshalb erfasst, weil mit der Besicherung ein potentieller Mittelabfluss zulasten des Aktivvermögens verbunden ist; vgl dazu auch Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG<sup>20</sup> § 64 Rz 65.



die Situation der Insolvenzreife der Gesellschaft berücksichtigen muss.<sup>3375</sup> Die (§ 25 Abs 1 a GmbHG bzw § 84 Abs 1 a AktG) ist auf die Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife innerhalb der Frist von sechzig Tagen anwendbar, nicht aber auf die Insolvenzantragspflicht und auch nicht auf Zahlungen nach Ablauf der Frist von sechzig Tagen gem § 69 Abs 2 IO. Privilegiert sind Zahlungen mit dem Ziel der Sanierung, wenn sie geeignet sind, die gegebenen Sanierungschancen für das künftige Insolvenzverfahren zu erhalten, insb wenn objektiv mit einer hohen Wahrscheinlichkeit einer verbesserten Verwertungsmöglichkeit infolge der „Zahlung“ ex ante gerechnet werden kann.<sup>3376</sup> Ebenfalls nicht von § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 6 AktG erfasst sind masseneutrale Zahlungen, insb an Aus- und Absonderungsgläubiger bis zum Wert der jeweiligen Sicherheit,<sup>3377</sup> und Zahlungen, die zu keiner Schmälerung der Insolvenzmasse führen, wie masseneutrale Zug-um-Zug-Geschäfte (zB Wareneinkauf gegen Barzahlung).<sup>3378</sup>

Das Gesetz ordnet als Rechtsfolge einer verbotenen Zahlung die **Innenhaftung des Geschäftsführers bzw der Vorstände gegenüber der Gesellschaft** an. Bei einem Verstoß gegen § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 6 AktG besteht die Vermutung eines Schadenseintritts in Höhe der Zahlung. Den Geschäftsführer bzw das Vorstandsmitglied trifft die Beweislast, dass der Gesellschaft trotz der verbotenen Zahlung kein Nachteil erwachsen ist.<sup>3379</sup> Nach dem AktG kommt außerdem eine Außenhaftung des Vorstandsmitglieds gegenüber den Gesellschaftsgläubigern in Betracht, wenn die Gläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können (§ 84 Abs 5 AktG). Die Haftung gilt selbst bei leichter Fahrlässigkeit des Vorstandsmitglieds. Im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft ist nur der Insolvenzverwalter zur Geltendmachung legitimiert.<sup>3380</sup> Das Verhältnis der Haftung nach § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 6 AktG zur Anfechtung der Zahlung nach den §§ 27 ff IO ist im Detail strittig.<sup>3381</sup>

16.89

3375 Siehe § 84 Abs 3 Z 6 AktG. Zur analogen Anwendbarkeit im GmbH-Recht siehe *Dellinger*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall 234f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 25 Rz 9; *Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 25 Rz 141; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 14.

3376 Siehe *Spindler* in MünchKomm AktG<sup>4</sup> § 92 Rz 22.

3377 Vgl *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 613 (626); *Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 25 Rz 141.

3378 *Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 25 Rz 141; OGH 5 Ob 603/84 EvBl 1986/129.

3379 Zur AG siehe *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 84 Rz 33; zur GmbH vgl *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 14: „Ein Schaden in Höhe der Masseminderung wird vermutet.“; vgl aber auch OGH 5 Ob 38/72 SZ 45/46; RIS-Justiz RS0059751: „Die Gesellschaft hat zur Begründung ihres Schadenersatzanspruches darzutun, daß ihr aus der Zahlung des Geschäftsführers ein Schaden erwachsen ist.“

3380 OGH 8 Ob 543/87 RdW 1987, 409 = wbl 1987, 344; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 84 Rz 38.

3381 Vgl dazu OGH RIS-Justiz RS0059751; *König*, Die Anfechtung nach der Insolvenzordnung<sup>5</sup> Rz 18/49f; *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 613 (619ff); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 25 Rz 21.

### III. Verfahrensrechtliche Fragen (Überblick)

- 16.90** Die österreichische IO enthält **keine spezifischen Regelungen** für eine sog „**Konzerninsolvenz**“. Wie bereits oben (Rz 16.16) erwähnt, ist ein Konzern nicht rechtsfähig und daher als solcher auch nicht insolvenzfähig. Der Konzern kann nicht als Schuldner Subjekt eines Insolvenzverfahrens sein.<sup>3382</sup> Schuldner im Insolvenzverfahren ist immer der Unternehmensträger. Betreibt ein einzelner Rechtsträger (zB eine GmbH oder eine AG) mehrere Unternehmen iSd § 1 Abs 2 UGB, ist im Falle einer Insolvenz der Rechtsträger Schuldner des Insolvenzverfahrens und die von ihm betriebenen unterschiedlichen Konzernunternehmen sind alle Teil der Insolvenzmasse.<sup>3383</sup> Die verschiedenen Unternehmen werden sachen- und haftungsrechtlich dem einen Unternehmensträger zugerechnet und bleiben diesem auch in der Insolvenz zugeordnet.
- 16.91** Anderes gilt für den Regelfall, in dem mehrere Gesellschaften in einem Konzern zusammengefasst sind: In einem solchen Fall hat die Durchführung des Insolvenzverfahrens isoliert für jede einzelne Konzerngesellschaft als Subjekt eines gesonderten Insolvenzverfahrens zu erfolgen.<sup>3384</sup> Verfahrensrechtlich ist eine „Konzerninsolvenz“ nach der geltenden IO daher stets eine Insolvenz all jener Konzernmitglieder, bei denen ein Insolvenzgrund vorliegt.<sup>3385</sup> Jedes einzelne Insolvenzverfahren ist durch **gesonderten Beschluss** zu eröffnen, und gesondert ist auch die **örtliche Zuständigkeit** zu ermitteln. Diese bestimmt sich für rein österreichische Sachverhalte nach dem Ort, an dem die jeweilige Konzerngesellschaft ihr Unternehmen betreibt (§ 63 IO). Darunter wird der Ort verstanden, an dem die tägliche faktische Leitung der einzelnen Konzerngesellschaft erfolgt und auch umgesetzt wird.<sup>3386</sup> Der Ort der Unternehmensleitung einer Konzernuntergesellschaft muss nicht ident sein mit dem Sitz der Konzernspitze, was zu unterschiedlichen Gerichtsständen führen kann.<sup>3387</sup> Für die **internationale Zuständigkeit** und die neuen konzernspezifischen Regelungen der novellierten EuInsVO kann auf den Beitrag von *Eckert* in diesem Handbuch verwiesen werden.
- 16.92** Die **Bestellung desselben Insolvenzverwalters** für alle Konzerninsolvenzverfahren ist nach Ansicht der Rsp<sup>3388</sup> zulässig, was aber nichts an der grundsätzlichen Trennung der Insolvenzverfahren über die einzelnen Konzernmitglieder ändert. Sind wechselseitige Ansprüche zwischen den einzelnen insolventen Konzerngesellschaften geltend zu machen – zB auf Grund einer Insolvenzanfechtung, einer verbotenen Einlagenrückgewähr oder des EKEG – kann sich die Bestellung desselben Insolvenzverwalters für alle Verfahren wegen **Interessenkollisionen** als unzumutbar erweisen.<sup>3389</sup> Gegebenenfalls muss

3382 OGH 8 Ob 104/11 v EvBl 2012/52 (*Riel*); 22. 11. 2011, 8 Ob 105/11 s; vgl *Nunner-Krautgasser/Anzenberger*, ZIK 2012, 2; *Schellmann*, JAP 2011/12, 234.

3383 Vgl *Krautgasser/Anzenberger*, ZIK 2012, 2 (3).

3384 Vgl *Karollus/Huemer*, Die Fortbestehensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung<sup>2</sup> 134; *Krautgasser/Anzenberger*, ZIK 2012, 2 (3); OGH RIS-Justiz RS0127329.

3385 Zur vergleichbaren Rechtslage in Deutschland siehe etwa *Beck*, GmbHHR 2015, 287 (288).

3386 *Schneider* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 63 IO Rz 104.

3387 *Schellmann*, JAP 2011/12, 234 (237).

3388 OGH 8 Ob 104/11 v EvBl 2012/52 (*Riel*); 22. 11. 2011, 8 Ob 105/11 s.

3389 *Schellmann*, JAP 2011/12, 234 (237); *Graeber*, NZI 2007, 265; *Graeber* in *MünchKomm InsO*<sup>3</sup> § 56 Rz 44 ff insb Rz 47; aA *Andres* in *Andres/Leithaus*, Insolvenzordnung<sup>3</sup> § 56 Rz 4 f.

ein „besonderer Verwalter“ mit eingeschränktem Geschäftskreis bestellt werden (§ 86 Abs 1 Z 2 IO).

Die Eröffnung der Insolvenz über ein Konzernmitglied hat nicht zwingend zur Folge, dass auch über die übrigen Gesellschaften im Konzern ein Insolvenzverfahren zu eröffnen ist. Ein wesentlicher Zweck der Konzernstruktur, die aus unterschiedlichen Kapitalgesellschaften besteht, liegt ja in der Risikominimierung. Jede Konzerngesellschaft haftet mit ihrem Vermögen grundsätzlich nur gegenüber den eigenen Gläubigern. Ist eine Tochtergesellschaft insolvent, dürfen sich deren Gläubiger grundsätzlich keine Vorteile daraus erwarten, dass die Konzernmutter oder Schwestergesellschaften weiterhin ein gewinnträchtiges Unternehmen betreiben.<sup>3390</sup> Die Forderungen der Gläubiger müssen aus dem Vermögen der insolventen Tochter (Insolvenzmasse) befriedigt werden. Am insolvenzrechtlichen Trennungsgrundsatz ist aber uneingeschränkt auch dann festzuhalten, wenn mehrere oder alle Gesellschaften eines Konzerns insolvent sind („Domino-Effekt“). Eine Zusammenlegung des Sondervermögens der einzelnen insolventen Konzerngesellschaften zu einer „konsolidierten“ Insolvenzmasse zwecks gemeinsamer Befriedigung der Gläubiger aller Gesellschaften ist nach dem geltenden österreichischen Insolvenzrecht nicht vorgesehen und daher **unzulässig**.<sup>3391</sup> Das gilt auch dann, wenn sich das Vermögen der Gruppe den einzelnen Gesellschaften nicht klar zuordnen lässt. 16.93

#### IV. Anfechtung nach der IO

Die Regeln der Insolvenzanfechtung nach den §§ 27 ff IO ermöglichen dem Insolvenzverwalter, **konzerninterne Transaktionen**, die im kritischen Zeitraum nach Eintritt der materiellen Insolvenz, aber vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt sind, **den Gläubigern gegenüber für unwirksam zu erklären**.<sup>3392</sup> Im Erfolgsfall führt das zu einer Vergrößerung der Haftungsmasse der insolventen Konzerngesellschaft oder zur Verringerung ihrer Passiva. 16.94

Fast alle Anfechtungstatbestände enthalten subjektive Voraussetzungen auf Seiten des Anfechtungsgegners in Gestalt der positiven Kenntnis oder der fahrlässigen Unkenntnis von subjektiven Voraussetzungen auf Seiten des Schuldners (§ 28, § 30 Abs 1 Z 2, Z 3 IO) oder der materiellen Insolvenz (§ 31 IO). Auf Grund der schwierigen Beweisbarkeit dieser subjektiven Voraussetzungen ist ein **non liquet** häufig. In dem Zusammenhang schafft der Gesetzgeber besondere Anfechtungstatbestände, wenn der Anfechtungsgegner **nahe Angehöriger** des Schuldners ist (§ 28 Z 3, § 30 Abs 1 Z 2, § 31 Abs 1 Z 1 IO). In diesen Fällen ist der Anfechtungsgegner mit dem Beweis des Nichtvorliegens von subjektiven Voraussetzungen (Benachteiligungs- oder Begünstigungsabsicht, materielle Insolvenz) belastet. Die Rechtfertigung dafür liegt im Erfahrungssatz, dass nahe Angehörige auf Grund ihrer persönlichen oder wirtschaftlichen Nahebeziehung zum Schuldner im Zeitpunkt der Vornahme der angefochtenen Rechtshandlung typischerweise in der Lage 16.95

3390 *Krautgasser/Anzenberger*, ZIK 2012, 2 (3).

3391 OGH 8 Ob 104/11 v EvBl 2012/52 (*Riel*); 22. 11. 2011, 8 Ob 105/11 s; *Krautgasser/Anzenberger*, ZIK 2012, 2 (3).

3392 Für zahlreiche Anregungen zu diesem Kapitel bedanke ich mich bei meinem Institutskollegen Univ.-Prof. Dr. *Georg Eckert*.

sind, das Vorliegen der Anfechtungsvoraussetzungen auf Seiten des Schuldners (Benachteiligungs- oder Begünstigungsabsicht, materielle Insolvenz) zu erkennen.<sup>3393</sup> Bei der Insolvenzanfechtung zwischen Konzerngesellschaften stellt sich die Frage, welche Konzernmitglieder als „nahe Angehörige“ gelten.

**16.96** Die IO definiert den Kreis der **nahen Angehörigen in § 32 IO**, wobei im vorliegenden Zusammenhang die gesellschaftsrechtliche Norm des § 32 Abs 2 IO im Vordergrund steht: Ist der Schuldner eine juristische Person (zB AG, GmbH, Privatstiftung) oder eine Personengesellschaft (OG, KG, GmbH & Co KG) so gelten als nahe Angehörige des Schuldners:

- die **Mitglieder des Leitungs- oder Aufsichtsorgans** (Geschäftsführer, Vorstände, Aufsichtsräte, Liquidatoren),
- die **unbeschränkt haftenden Gesellschafter** (Gesellschafter einer OG, Komplementäre einer KG),
- **Gesellschafter iSd § 5 EKEG** (dazu sogleich unten),
- nahe Angehörige (§ 32 Abs 1 IO) all dieser Personen<sup>3394</sup> und
- **alle**, auf die dies **im Jahr vor Insolvenzeröffnung** zugetroffen hat.

**16.97** Die Gesellschafterdefinition des EKEG besteht in einem dreigliederten Grundtatbestand des § 5 EKEG, auf den in § 32 Abs 2 IO verwiesen wird. Die drei alternativen Tatbestände des zentralen Gesellschafterbegriffs gem § 5 EKEG sind:

- eine unmittelbare kontrollierende Beteiligung,
- eine unmittelbare Kapitalbeteiligung mit einer Quote von mindestens 25% oder
- die Ausübung eines beherrschenden Einflusses.

Erfüllt ein Gesellschafter der insolventen Konzerngesellschaft einen der drei Alternativtatbestände gem § 5 EKEG, gilt er ohne weiteres als naher Angehöriger iSd § 32 IO. Möchte der Insolvenzverwalter der Tochtergesellschaft eine Rechtshandlung der insolventen Tochtergesellschaft gegenüber einem solchen Gesellschafter im Wege der Insolvenzanfechtung rückgängig machen, dann ist der Gesellschafter als Anfechtungsgegner mit dem Beweis des Nichtvorliegens der subjektiven Voraussetzungen belastet.

---

3393 Vgl zur historischen Entwicklung und zu den Zwecken des § 32 IO *König*, Die Anfechtung nach der Insolvenzordnung<sup>5</sup> Rz 4/37; vgl auch *Trenker*, Insolvenzanfechtung 45f mit dem Hinweis, dass nahe Angehörige oft auch Geschäftspartner fraudulöser Handlungen (erhöhte Kollaborationsbereitschaft) sind.

3394 Neben Organmitgliedern, persönlich haftenden Gesellschaftern und EKEG-Gesellschaftern erstreckt sich der Anwendungsbereich von § 32 IO auch auf alle nahen Angehörigen dieser Personen (§ 32 Abs 2 letzter Halbsatz IO). Die nahe Angehörigeneigenschaft zu diesen Personen wird durch § 32 Abs 1 IO begründet, dh die Erweiterung gilt für Ehegatten und Personen, die mit der von § 32 Abs 2 IO erfassten Person in gerader Linie oder bis zum vierten Grad der Seitenlinie verwandt oder verschwägert sind, sowie deren Wahl- und Pflegekinder und Personen, die mit dem Gesellschafter oder mit dem Organmitglied in außerehelicher Gemeinschaft leben. § 32 Abs 2 letzter Halbsatz IO ist daher kein geeigneter Tatbestand für die Erfassung von Konzernsachverhalten.

Zusätzlich enthält das EKEG aber noch zahlreiche, über das EKEG verstreute Erweiterungen und Einschränkungen (§ 12 EKEG) des erfassten Gesellschafterkreises.<sup>3395</sup> Als Erweiterungstatbestände zu nennen sind die Kreditvergabe auf Grund abgestimmten Verhaltens (§ 6 EKEG), die Treuhandschaft (§ 7 EKEG), mittelbare Beteiligungen (§ 8 EKEG), Kreditvergabe im Konzern (§ 9), stille Gesellschafter (§ 10 Abs 2 EKEG) und Kommanditisten (§ 11 EKEG). IZm § 32 IO, der seinem Wortlaut gem nur auf § 5 EKEG verweist, stellt sich die Frage, wie es um diese Erweiterungen des Gesellschaftertatbestandes bestellt ist. Die Gesetzesmaterialien zur GIN 2006<sup>3396</sup> geben darüber keine Auskunft.<sup>3397</sup> Es solle nur sichergestellt werden, dass „sämtliche gleich gelagerten Fälle“ erfasst seien. Jedenfalls verweist der Gesetzeswortlaut eindeutig nur auf § 5 EKEG. § 32 Abs 2 IO spricht gerade nicht pauschal von „Gesellschaftern im Sinne des EKEG“. Dennoch wird die **Stellung als naher Angehöriger** iSd § 32 Abs 2 IO von der **hL**<sup>3398</sup> für mittelbar **kontrollierende Beteiligungen** iSd § 8 Z 1 EKEG bejaht. Nach der Ansicht von **König**<sup>3399</sup> ist auch die Regelung des § 10 EKEG insgesamt in den Verweis des § 32 Abs 2 IO auf § 5 EKEG einzubeziehen.<sup>3400</sup>

16.98

**Stellungnahme:** *Rebernik*<sup>3401</sup> begründet die Angehörigenstellung von Gesellschaftern mit mittelbar kontrollierender Beteiligung iSd § 8 Z 1 EKEG damit, dass ein offensichtlicher Wertungswiderspruch vorläge, würde man bei gleichen Einflussmöglichkeiten den Nicht-gesellschafter iSd § 5 Abs 1 Z 3 EKEG als nahen Angehörigen, den Gesellschafter der Muttergesellschaft aber wegen der Bestimmung des § 8 EKEG als Dritten ansehen. Dem ist entgegenzuhalten, dass der Tatbestand des faktischen Beherrschers gem § 5 Abs 1 Z 3 EKEG voraussetzt, dass dieser den beherrschenden Einfluss auch tatsächlich ausübt, die bloße Beherrschungsmöglichkeit genügt im Unterschied zu § 8 EKEG nicht. Damit unterscheidet sich der Zurechnungstatbestand des faktischen Beherrschers nach § 5 Abs 1 Z 3 EKEG aber wesentlich von der kontrollierenden Beteiligung iSd § 5 Abs 1 Z 2 EKEG und ihrer Erweiterung in § 8 Z 1 EKEG. Eine differenzierte Behandlung dieser beiden unterschiedlichen Tatbestände im Lichte des § 32 Abs 2 IO begründet dann aber auch keinen offensichtlichen Wertungswiderspruch. Zudem darf nicht übersehen werden, dass ein mittelbar kontrollierender Gesellschafter (§ 8 Z 1 EKEG) gleichzeitig auch als faktischer Beherrscher iSd § 5 Abs 1 Z 3 EKEG zum erfassten Gesellschafterkreis des

16.99

3395 Siehe zum Folgenden etwa *Schopper* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 5 Rz 5; *Karollus* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht – Zusatzband § 5 EKEG Rz 1; *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts 246 ff.

3396 Gerichtsgebühren- und Insolvenzrechts-Novelle 2006 (BGBl I 2006/8).

3397 ErlRV 1168 BlgNR 22. GP 16.

3398 Siehe *Rebernik* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 32 KO Rz 27; zust *König*, Die Anfechtung nach der Insolvenzordnung<sup>5</sup> Rz 4/59.

3399 *König*, Die Anfechtung nach der Insolvenzordnung<sup>5</sup> Rz 4/62; zust *Trenker*, Insolvenzanfechtung 116.

3400 Naher Angehöriger ist nach dieser Ansicht demnach nicht nur ein stiller Gesellschafter, der einen beherrschenden Einfluss ausübt (§ 10 Abs 2 Z 2 EKEG), sondern auch ein atypischer stiller Gesellschafter, dem zumindest einem Kommanditisten vergleichbare Mitbestimmungsrechte zustehen und der mit zumindest 25% schuldrechtlich am Unternehmenswert beteiligt ist (§ 10 Abs 2 Z 1 EKEG).

3401 *Rebernik* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 32 KO Rz 27.

EKEG gehören kann, wenn er einen beherrschenden Einfluss auch tatsächlich ausübt. Daher ist § 32 Abs 2 IO auch nicht lückenhaft, wenn sich dessen Verweis nicht auf mittelbar kontrollierende Gesellschafter iSd § 8 Z 1 EKEG erstreckt. Diese sollen eben nur erfasst sein, wenn ein beherrschender Einfluss auch tatsächlich ausgeübt wird (§ 5 Abs 1 Z 3 EKEG). Gesetzeswortlaut und Materialien legen nahe, dass der Gesetzgeber des GIN 2006 eine Parallelität des vom Eigenkapitalersatzrecht erfassten Gesellschafterkreises und der nahen Angehörigen iSd § 32 Abs 2 IO nicht beabsichtigte. Eine pauschale Übertragung aller sonstigen Bestimmungen des EKEG in Bezug auf den erweiterten Kreis von erfassten Gesellschaftern auf § 32 IO ist daher abzulehnen. Die von der hL befürwortete punktuelle Erweiterung des Verweises auf einzelne Bestimmungen des EKEG (§ 8 Z 1 und § 10 EKEG) wirft die Frage auf, warum gerade diese Tatbestände des EKEG für die Angehörigenstellung nach § 32 Abs 2 IO relevant sein sollen, andere (wie zB § 6 oder § 8 Z 2 und 3 EKEG) aber nicht. Die Frage der analogen Anwendung von § 32 IO auf ähnliche bzw gleichgelagerte Fälle ist daher mE anhand der Wertungen dieser Bestimmung zu beantworten. Konkret ist zu prüfen, ob die fragliche Person auf Grund ihrer persönlichen oder wirtschaftlichen Nahebeziehung zum Schuldner in einer mit den von § 32 IO unmittelbar erfassten Personen vergleichbaren Weise in der Lage ist, das Vorliegen der Anfechtungsvoraussetzungen auf Seiten des Schuldners (Benachteiligungs- oder Begünstigungsabsicht, materielle Insolvenz) zu erkennen.

- 16.100** Nach dem Wortlaut von § 32 Abs 2 IO ist zwar der Gesellschafter naher Angehöriger der Gesellschaft, nicht aber umgekehrt die Gesellschaft nahe Angehörige des Gesellschafters.<sup>3402</sup> Wird daher eine **Rechtshandlung der Muttergesellschaft der Tochtergesellschaft gegenüber angefochten**, ist § 32 Abs 2 IO auf die Tochtergesellschaft als Anfechtungsgegner nicht anzuwenden.<sup>3403</sup> Eine analoge Anwendung der Bestimmung auf diese Konstellation ist abzulehnen, weil die Tochtergesellschaft gegenüber der Muttergesellschaft nicht nur keine Informationsrechte hat, sondern es fehlen ihr auch die Einflussmöglichkeiten zur faktischen Durchsetzung allenfalls vorhandener Informationsinteressen. Die Gesellschaft ist daher nicht nahe Angehörige ihrer Gesellschafter, auch wenn die Gesellschafter ihrerseits den Tatbestand des § 32 Abs 2 IO iVm § 5 EKEG erfüllen.<sup>3404</sup>
- 16.101** Fehlt es bei einer **Großmutter- oder Urgroßmuttergesellschaft** an einer direkten Beteiligung an der Schuldnergesellschaft, kann die nahe Angehörigeneigenschaft nicht über eine kontrollierende Beteiligung (§ 5 Abs 1 Z 1) oder eine Beteiligung von mindestens 25% am Nennkapital (§ 5 Abs 1 Z 2 EKEG) begründet werden. Beide Tatbestände setzen eine unmittelbare Beteiligung voraus. Eine auf die mittelbar kontrollierende Beteiligung iSd § 8 Z 1 EKEG beschränkte Analogie ist aus den bereits genannten Gründen abzulehnen (siehe Rz 16.99). Möglich ist aber eine Erfassung über § 5 Abs 1 Z 3 EKEG, wonach als Gesellschafter gilt, wer wie ein Gesellschafter einen beherrschenden Einfluss tatsächlich ausübt.<sup>3405</sup> Bei Rechtshandlungen zwischen einer Gesellschaft und ihrer Großmuttergesellschaft fällt letztere somit nur dann unter § 32 IO iVm § 5 Abs 1 Z 3 EKEG, wenn

3402 OGH 18. 3. 1987, 3 Ob 573/86; 24. 6. 1987, 1 Ob 609/87.

3403 OGH 18. 3. 1987, 3 Ob 573/86; 24. 6. 1987, 1 Ob 609/87; *Zollner*, PSR 2010, 116 (124f).

3404 Vgl *Trenker*, Insolvenzanfechtung 119f.

3405 Dazu *Schopper/Vogt*, EKEG § 5 Rz 30ff.

der beherrschende Einfluss auch tatsächlich von der Anfechtungsgegnerin ausgeübt wird. Der Anfechtungsgegner wird daher in aller Regel an der Spitze der Konzernhierarchie stehen müssen. Geht der Einfluss dagegen von einer anderen (weiter oben, aber nicht an oberster Stelle in der Hierarchie angesiedelten) Gesellschaft aus, scheidet § 5 Abs 1 Z 3 EKEG in aller Regel aus und es liegt auch keine Angehörigenstellung iSd § 32 Abs 2 IO vor.

Gleiches gilt für die Anfechtung von Rechtshandlungen zwischen **Schwestergesellschaften**<sup>3406</sup> und sämtliche anderen Konstellationen, in denen es an einer Beteiligung des Anfechtungsgegners fehlt. § 9 EKEG beruht wertungsmäßig auf der Kreditgewährung auf Anweisung eines anderen Konzernmitglieds und nicht auf der Beteiligung des Kreditgebers am Kreditnehmer. Die von § 9 EKEG erfassten Konstellationen indizieren gerade keine Informationsmöglichkeiten zwischen der Kredit gebenden und der Kredit nehmenden Gesellschaft. Daher ist diese Bestimmung wertungsmäßig auch nicht einschlägig für die Angehörigenstellung nach § 32 Abs 2 IO und kann nicht in den Verweis des § 32 Abs 2 IO auf § 5 EKEG einbezogen werden. Sollte ausnahmsweise eine Konzernschwester einen beherrschenden Einfluss tatsächlich ausüben, ist die Angehörigenstellung auf Grund von § 32 IO iVm § 5 Abs 1 Z 3 EKEG zu bejahen. **16.102**

Bei **Multioorganmitgliedern** im Konzern stellt sich die von § 32 IO zu trennende Frage der Wissenszurechnung. Ist dieselbe Person Organmitglied in mehreren Konzerngesellschaften, kann die Wissenszurechnung unabhängig von den Voraussetzungen des § 32 IO dazu führen, dass die subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen beim Anfechtungsgegner vorliegen. Der Kreis jener Personen, deren Wissen oder Wissenmüssen einer Gesellschaft zugerechnet wird, ist nach allgemeinen privatrechtlichen Grundsätzen zu bestimmen. Zuzurechnen ist das Wissen aller Mitglieder des **Leitungsorgans**,<sup>3407</sup> also jener Personen, die mit der Geschäftsführung und Vertretung betraut sind, und zwar ohne Unterschied, ob sie an der anfechtbaren Rechtshandlung mitgewirkt haben oder nicht und ob das betreffende Organmitglied einzel- oder gesamtvertretungsbefugt ist (§ 74 Abs 2 AktG).<sup>3408</sup> Das Wissen **sonstiger vertretungsbefugter Personen** ist nur erheblich, wenn die betreffende Person an der Rechtshandlung mitgewirkt hat oder mit der Angelegenheit betraut war.<sup>3409</sup> Nicht zuzurechnen ist das Wissen von nicht vertretungsbefugten Organmitgliedern, insb daher von **Aufsichtsräten**.<sup>3410</sup> Das Wissen von **Gesellschaftern** **16.103**

3406 OGH 18. 3. 1987, 3 Ob 573/86.

3407 *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2<sup>4</sup> § 27 KO Rz 46; *Rebernic* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 31 KO Rz 62.

3408 OGH RIS-Justiz RS 0009172 (zur Verjährung); differenzierend *Trenker*, Insolvenzanfechtung 92 ff.

3409 OGH 8. 5. 1984, 4 Ob 559/83; zur Verjährung OGH 14. 4. 1999, 9 Ob 88/99b; 20. 5. 2009, 2 Ob 84/09f; *Trenker* (Insolvenzanfechtung 95ff) weist darauf hin, dass nur jenes Wissen der beteiligten Personen zuzurechnen ist, auf das die Handlungs- und Entscheidungsträger bei einem ordnungsgemäßen Wissensmanagement hätten zurückgreifen können.

3410 *Rebernic* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 31 KO Rz 62; *Karollus*, ÖBA 2011, 411 (Entscheidungsanmerkung); *Zollner*, GES 2010, 210 (213).

einer **Kapitalgesellschaft** ist grundsätzlich nicht zuzurechnen.<sup>3411</sup> Anderes gilt wohl, wenn die Rechtshandlung aufgrund einer **Weisung** der Gesellschafterversammlung einer GmbH vorgenommen wurde.<sup>3412</sup>

---

3411 Vgl *Rebernik/Schmidsberger*, ZIK 2010, 162 (163); aA für Alleingesellschafter bei Transaktionen zwischen ihm und der Gesellschaft *Trenker*, Insolvenzanfechtung 104 ff.

3412 Ausf *Trenker*, Insolvenzanfechtung 101 ff mwN.