

Trennungsgebot in der „Konzerninsolvenz“

Anmerkungen zu OGH 8 Ob 104/11v und 8 Ob 105/11s¹⁾

Das insolvenzrechtliche Schicksal von Konzernen ist in Österreich nach wie vor weitgehend unregelt. Diese Regelungslücke zieht vielfältige Probleme nach sich, so etwa hinsichtlich Fragen der Zuständigkeit und der Verfahrenskoordination. Vor allem dann, wenn die Aktiven der einzelnen Konzerngesellschaften auf nicht mehr nachvollziehbare Weise miteinander verbunden sind, tun sich darüber hinaus außerdem Bedenken im Hinblick auf das insolvenzrechtliche Paritätsprinzip auf. Auch für solche Fälle hat der OGH nun das Trennungsgebot in der Insolvenz von Konzerngesellschaften bekräftigt.

1. Problemstellung

Sind rechtlich selbstständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefasst, so bilden sie einen *Konzern* (§ 115 Abs 1 GmbHG, § 15 Abs 1 AktG). Dasselbe gilt, wenn ein rechtlich selbstständiges Unternehmen aufgrund von Beteiligungen oder sonst unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens steht (§ 115 Abs 2 GmbHG, § 15 Abs 2 AktG).

Konzernspezifische Normen existieren derzeit nur in wenigen Teilbereichen der Rechtsordnung (vgl etwa die Konzernrechnungslegung nach §§ 244 ff UGB oder die Konzernvertretung nach §§ 88a f ArbVG); eine umfassende *Konzernverfassung ist in Österreich bislang nicht vorhanden*.²⁾ Vielmehr werden Konzerne in Österreich lediglich *faktisch anerkannt*; sich aus den typischen Abhängigkeits- und Konzernverhältnissen ergebende Probleme müssen also mit dem allgemeinen Rechtsinstrumentarium bewältigt werden.³⁾ Das gilt auch für das *Insolvenzrecht*, welches *ebenfalls keine konzernspezifischen Sonderbestimmungen* kennt.

2. OGH 8 Ob 104/11v und 8 Ob 105/11s

Die beiden zu besprechenden E 8 Ob 104/11v und 8 Ob 105/11s betreffen den identischen Sachverhalt, einmal aus der Sicht der Muttergesellschaft eines Konzerns, einmal aus der Sicht ihrer Tochtergesellschaft. Bereits Anfang Mai 2010 wurden über die Vermögen beider Gesellschaften Konkursverfahren eröffnet (diese sind nach wie vor anhängig); die E basieren daher auf der Rechtslage vor dem Inkrafttreten des IRÄG 2010.⁴⁾ Für die beiden Verfahren wurde dieselbe Masseverwalterin bestellt. Beide Gesellschaften repräsentierten eine faktische wirtschaftliche Einheit; die Tochter war eine zur Gänze abhängige Vertriebs- und Vermittlungsgesellschaft, die ohne Vermögensverschiebungen seitens der Muttergesellschaft nicht lebensfähig gewesen wäre. Der Vorstandsvorsitzende beider Gesellschaften war wegen gewerbmäßigen schweren Betrugs, Untreue, betrügerischer Krida sowie weiterer Delikte strafrechtlich verurteilt worden; er hatte

ua ungerechtfertigte Erlösverschiebungen von der Mutter- zur Tochtergesellschaft veranlasst, dies insb durch Zahlungen von nicht fremdüblich hohen Provisionen für den Vertrieb von Genussscheinen sowie von nicht aufwandsbezogenen hohen Honoraren für die Börseseinführung von Genussscheinen.

Im Juni 2011 beehrte die Masseverwalterin mittels paralleler Anträge, die Ausschüttung der gesamten Konkursmasse der Tochtergesellschaft an die allgemeine Masse im Konkursverfahren der Muttergesellschaft (und dementsprechend die Übernahme der Masse der Tochtergesellschaft durch die Masse der Muttergesellschaft) konkursgerichtlich zu genehmigen. Die Anträge zielten überdies auf die Ermittlung und Ausschüttung einer einheitlichen Konkursquote unter Einbeziehung sowohl der Gläubiger der Muttergesellschaft als auch jener der Tochtergesellschaft ab. Denn nur durch die Bildung einer einheitlichen Konkursmasse könnten die kriminellen Vermögensverschiebungen durch den Vorstandsvorsitzenden beseitigt und alle Gläubiger gleich behandelt werden; eine getrennte Zuordnung der verschobenen Vermögenswerte zu den einzelnen Kapitalgesellschaften zu einem bestimmten Stichtag sei rein zufällig.

Das Erstgericht gab den jeweiligen Anträgen der Masseverwalterin statt und schloss sich den darin dargelegten rechtlichen Erwägungen an. Aufgrund der Rekurse eines Konkursgläubigers änderte das Rekursgericht die angefochtenen Beschlüsse dahin gehend ab, dass die Anträge der Masseverwalterin abgewiesen wurden. Dagegen richteten sich (wiederum parallele) außerordentliche Revisionsrekurse der Masseverwalterin. Diese wurden vom OGH für zulässig erachtet, weil zur Frage der Rekurslegitimation eines Insolvenzgläubigers gegen einen Beschluss, mit dem die Übertragung der Masseaktiven der insolventen Tochtergesellschaft eines Konzernunternehmens auf die Konkursmasse der ebenfalls insolventen Muttergesellschaft genehmigt wird, sowie zur rechtlichen Zulässigkeit einer solchen Ausschüttung keine höchstgerichtliche Rechtsprechung vorlag.

Der 8. Senat bejahte zunächst die Rekurslegitimation des rekurrierenden Konkursgläubigers. Das ist insofern bemerkenswert, als Insolvenzgläubiger im Verwertungsverfahren sowie im Verfahren zur Freigabe von Masseaktiven gem § 119 Abs 5 IO nicht rechtsmittellegitimiert sind (vgl RIS-Justiz RS0065135 und RS0102114). In concreto würde aber die beantragte Ausschüttung der gesamten Konkursmasse der Tochtergesellschaft an die allgemeine Masse im Konkursverfahren der Muttergesellschaft aus Sicht der jeweiligen Gläubiger zu einer *substanziell veränderten Gläubigerstellung* in

1) OGH 22. 11. 2011, 8 Ob 104/11v und 22. 11. 2011, 8 Ob 105/11s, in diesem Heft der ZIK 2012/35, 24.

2) *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz² I (2011) § 15 Rz 2 f.

3) *U. Torggler* in *Straube*, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (ab 2008) § 115 Rz 3.

4) BGBl I 2010/29.

einem Verfahren mit neuem Verfahrensgegenstand führen. Dadurch seien die rechtlichen Interessen der betroffenen Insolvenzgläubiger berührt; daher sei die Rechtsmittellegitimation gegeben.

Darüber hinaus erkannte der 8. Senat die wirtschaftlichen Überlegungen der Masseverwalterin zwar als berechtigt an. Das ändere aber nichts an der rechtlichen Selbstständigkeit der beiden Gesellschaften und an ihrer getrennten Rechtssubjektivität im Insolvenzverfahren: Zwar könnte die wirtschaftliche Einheit des Konzerns im Rahmen eines Insolvenzverfahrens durchaus Berücksichtigung finden. Für eine solche Vorgehensweise mangle es aber an einer ausreichenden Rechtsgrundlage, denn ein Konzerninsolvenzrecht gebe es in Österreich bisher nicht. Für einen Konzernverbund gelte daher auch im Insolvenzrecht das Trennungsgebot, sodass die Abwicklung des Insolvenzverfahrens isoliert für die einzelne Konzerngesellschaft als Subjekt des Insolvenzverfahrens zu erfolgen habe.

3. Stellungnahme

3.1. Trennungsgebot nach geltendem Recht

Der E des 8. Senats ist de lege lata zweifellos zuzustimmen: Dem Konzern kommt in Österreich keine Rechtsfähigkeit⁵⁾ und daher auch keine Insolvenzfähigkeit zu.⁶⁾ Insofern ist auch der verbreitete Ausdruck „Konzerninsolvenz“ ebenso unexakt wie irreführend: Im Insolvenzverfahren wird die gesamtheitliche Verwirklichung der Vermögenshaftung eines Schuldners (Unternehmensträgers) vollzogen.⁷⁾ Wenn ein Rechtsträger (etwa eine GmbH oder eine AG) mehrere Unternehmen (iSd § 1 Abs 2 UGB) betreibt, die den Konzernatbestand des § 115 GmbHG oder des § 15 AktG erfüllen, so kann sich die Haftungsverwirklichung in der Insolvenz tatsächlich auf die Aktiven mehrerer Konzernunternehmen beziehen. Werden die zu einem Konzern zusammengefassten Unternehmen hingegen von verschiedenen Unternehmensträgern betrieben (wie es in dem den beiden E zugrunde liegenden Sachverhalt der Fall war), so ist für jeden Unternehmensträger ein selbstständiges Insolvenzverfahren durchzuführen. Ein Insolvenzverfahren über das Vermögen mehrerer Schuldner ist der österr Rechtsordnung fremd;⁸⁾ ein vermögensbezogener „Durchgriff“ findet insoweit im Insolvenzrecht also gerade nicht statt.

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens führt zur haftungsrechtlichen Zuweisung der Insolvenzmasse eines Schuldners an die Gesamtheit „seiner“ Insolvenzgläubiger;⁹⁾ ab diesem Zeitpunkt ist sie als Sondervermögen der freien Verfügung des Schuldners entzogen (§ 2 Abs 2 IO). Massebezogene Vermögensverschiebungen bzw „Massezusammenlegungen“ im Konzernverbund sind im österr Insolvenzrecht nicht vorgesehen; auch Gründe der wirtschaftlichen Sachgerechtigkeit können als Grundlage für einen solchen Vorgang keinesfalls ausreichen. Vermögensübertragungen von der Tochter- auf die Muttergesellschaft (oder umgekehrt) kommen daher nur (nach Maßgabe gesellschaftsrechtlicher Vorgaben) im insolvenzfreien Vermögensbereich in Betracht; so insb dann, wenn Vermögen gem § 119 Abs 5 IO aus der Insolvenzmasse freigegeben wurde.

Dieses Ergebnis wird dadurch untermauert, dass eine Konzernstruktur mit verschiedenen Unternehmensträgern konstruktiv letztlich der Haftungsbeschränkung für den Fall des wirtschaftlichen Misserfolges eines Konzernmitglieds dienen soll. Ist etwa die Tochtergesellschaft insolvent, so können sich deren Gläubiger keine Besserstellung dadurch erhoffen, dass die Muttergesellschaft ein wirtschaftlich gesundes Unternehmen betreibt. Dass aufgrund krimineller Machenschaften eine exakte Zuordnung des Vermögens zu Tochter- oder Muttergesellschaft nicht möglich ist, vermag daran (de lege lata) nichts zu ändern. Die Korrektur solcher Vermögensverschiebungen ist – auch nach Ansicht des 8. Senats – Aufgabe des Insolvenzanfechtungsrechts.¹⁰⁾ Anlass für die Zusammenlegung der Insolvenzmassen in einem Konzern gibt sie jedoch nicht.

Das Trennungsgebot hat mithin nach geltendem Recht auch in der Insolvenz von Konzerngesellschaften volle Geltung. Eine Verschiebung der Masseaktiven zwischen den einzelnen Konzerngesellschaften ist daher unzulässig.

3.2. Überlegungen de lege ferenda

Während die „Konzerninsolvenz“ also im nationalen österr Recht nach wie vor ein Außenseiterdasein fristet,¹¹⁾ wird auf internationaler Ebene engagiert an der Weiterentwicklung eines rechtlichen Rahmens für zentrale Probleme betreffend die Insolvenz von Konzerngesellschaften gearbeitet.

Im Juli 2010 wurde ein dritter Teil zum UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law über „Treatment of enterprise groups in insolvency“ veröffentlicht:¹²⁾

Dieser enthält zahlreiche legislative Empfehlungen für die Insolvenz von Konzerngesellschaften. Vorgeschlagen werden etwa die Zulassung eines gemeinsamen Insolvenzantrages für mehrere Konzerngesellschaften, bessere Koordinationsmöglichkeiten der einzelnen Verfahren, erleichterte Transaktionen der Konzerngesellschaften untereinander oder die Möglichkeit der Bestellung eines einheitlichen Insolvenzverwalters. Empfohlen wird aber auch, eine Konsolidierung der Insolvenzmassen (mit anderen Worten: die Zusammenfassung der Konzernaktiva zur Verteilung an alle Konzerngläubiger) in jenen Einzelfällen zuzulassen, in denen entweder die Vermögenswerte der Konzerngesellschaften so stark ineinander verwoben sind, dass eine korrekte Zuordnung ohne unverhältnismäßigen Geld- und Zeitaufwand nicht möglich ist, oder in denen die Konzerngesellschaften in betrügerische Aktivitäten verwickelt waren, die nur über eine Konsolidierung der Insolvenzmassen richtiggestellt werden können (wie dies im Zusammenhang mit den besprochenen Entscheidungen der Fall war).

An einem Rechtsrahmen für die Insolvenz von Konzerngesellschaften wird aber auch auf europäischer Ebene – nämlich im Zuge der ersten Schritte zur Reform der EuInsVO – gearbeitet; die Vorschläge sind mannigfaltig.¹³⁾ Das europäische Parlament hat idZ (neben vielen anderen Anregungen aus dem UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law) wiederum die Möglichkeit einer materiellen Zusammenfassung der Vermögensmassen für den Fall aufgegriffen, dass das Gruppenvermögen aufgrund

5) OGH 16. 6. 1983, 6 Ob 579/83 GesRZ 1983, 156 = RdW 1983, 43 = SZ 56/101; RIS-Justiz RS0049295.

6) Leitner, Der Insolvenztatbestand der Überschuldung im Konzernunternehmen, RdW 1994, 273.

7) Vgl Nunner-Krautgasser, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (2007) 243 ff.

8) Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht⁴ II/2 (2004) § 70 KO Rz 2; Übertsroider in Konecny, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (42. Lfg; 2010) § 70 IO Rz 2.

9) Nunner-Krautgasser, Schuld 308 ff mwN.

10) Dellinger, Konkursanfechtung als Korrektiv des Eigenkapitalersatzrechts in der Konzerninsolvenz, ZIK 1996, 149; Rebernik/Schmidsberger, Zum Vorrang des Anfechtungsrechts gegenüber den Regeln der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, ZIK 2010/242, 162.

11) Vgl Konecny, Entwicklungen im Konzerninsolvenzrecht, ZIK 2007/195, 109.

12) <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/pre-leg-guide-part-three.pdf>, abgerufen am 29. 1. 2012.

13) Vgl Hirte, Sechs Thesen zur Kodifikation der Konzerninsolvenz in der EuInsVO, ZInsO 2011, 1788.

seiner Unübersichtlichkeit nicht getrennt werden kann.¹⁴⁾ Ob und welche Vorschläge des Parlaments zur Insolvenz von Konzerngesellschaften von der Kommission übernommen werden, darf insoweit mit Spannung erwartet werden.

Diese Erwägungen sind freilich auch für das (insoweit etwas „nachhinkende“) *österr Recht* relevant: Auch der österr Gesetzgeber sollte also uE alsbald ein entsprechendes Regelungsgefüge zur besseren Bewältigung von „Konzerninsolvenzen“ in Angriff nehmen; dieses muss (neben zahlreichen anderen Aspekten) va auch die Voraussetzungen für eine mögliche Zusammenfassung von Konzernaktiven in einem Insolvenzverfahren benennen und konkretisieren.

14) Vgl dazu den Entwurf einer Entschließung des Europäischen Parlaments mit Empfehlungen an die Kommission zu Insolvenzverfahren im Rahmen des EU-Gesellschaftsrechts, ZInsO 2011, 1342 (1345).

4. Konsequenzen für die Praxis

Im konkreten Fall scheiterte das (aus wirtschaftlicher Hinsicht durchaus verständliche) Anliegen der unterlegenen Masseverwalterin an den zwingenden Vorgaben des geltenden österr Rechts. Derzeit bietet das Gesetz also keinen Spielraum für eine insolvenzrechtliche „Konzernabwicklung“. Die internationalen Entwicklungen im Insolvenzrecht weisen allerdings in eine völlig andere Richtung: Vor diesem Hintergrund wäre eine Anpassung bzw Modernisierung der rechtlichen Rahmenbedingungen für „Konzerninsolvenzen“ durch den österr Gesetzgeber durchaus wünschenswert. Bis dahin gilt allerdings im Insolvenzrecht weiterhin ein striktes Trennungsgebot. Praktikern ist daher anzuraten, in solchen Fällen besonderes Augenmerk auf anfechtungsrelevante Vorgänge im Vorfeld der Insolvenz von Konzerngesellschaften zu legen.



Foto Sissi Furgler

Die Autorin:

Univ.-Prof. Dr. Bettina Nunner-Krautgasser lehrt Zivilverfahrensrecht an der Karl-Franzens-Universität Graz.

Publikationen der Autorin (Auswahl):

Exekutionsrecht³ (2011) (gemeinsam mit Neumayr); Rechtsprobleme der Prüfung der Zuständigkeit nach der EulnsVO, in: Grenzüberschreitende Insolvenzen im europäischen Binnenmarkt – die EulnsVO (2011) 31; Die Firma in der Insolvenz, in Lovrek/Musger/Neumayr/Schenk, FS Griss (2011) 505.



Foto Fischer, Graz

Der Autor:

MMMag. Philipp Anzenberger ist Universitätsassistent am Institut für österreichisches und internationales zivilgerichtliches Verfahren, Insolvenzrecht und Agrarrecht der Karl-Franzens-Universität Graz.

Publikationen des Autors (Auswahl):

Überblick über die Judikatur des OGH im Exekutionsrecht 2010, in Fucik/Konecny/Oberhammer, Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2011 (gemeinsam mit Nunner-Krautgasser); Vorschüsse und Arbeitgeberdarlehen in der Gehaltsexekution, ÖJZ 2011/105, 996.