

## 1. Kapitel: Einleitung

In der Krise einer Gesellschaft kommt den Gesellschaftern bei ihrer Rechtsausübung, insb bei der Wahrnehmung ihrer Beschlussfassungskompetenz, im Rahmen der Sanierung eine maßgebliche Rolle zu. Ihnen obliegt weitgehend die Entscheidung über die Vornahme von Sanierungsmaßnahmen, allen voran über die Durchführung sanierender Kapitalmaßnahmen, die durch die Zufuhr neuen Eigenkapitals auch an Gesellschaftsgläubiger und sonstige Fremdkapitalgeber ein wichtiges Signal sendet. Die Bedeutsamkeit gesellschaftsrechtlicher Willensbildung gilt umso mehr, als der österreichischen Rechtslage eine Verschränkung von Gesellschafts- und Insolvenzrecht, wie sie in Deutschland durch die Einbeziehung der Anteilseigner in das Insolvenzplanverfahren mit dem ESUG<sup>1)</sup> vollzogen wurde, bislang fremd ist.

Bei hinreichender Einigkeit unter den Gesellschaftern, ob und welche Maßnahmen ergriffen werden sollen, steht der erfolgreichen Sanierung allenfalls die faktische wirtschaftliche Situation der Gesellschaft, nicht aber der verbandsrechtliche Entscheidungsfindungsprozess im Wege. Oftmals treten verschiedene Interessenlagen und Risikoneigungen der Gesellschafter aber gerade in Krisensituationen in den Vordergrund und können eine Sanierung durch Obstruktionspolitik und Ausnutzung von Blockadepotenzial hemmen. Dies wird zudem iSe ex post-Opportunismus dadurch verstärkt, dass Gesellschaftsverträge durch ihre regelmäßig zukunfts offene Gestaltung tendenziell die spätere Ausnutzung von Majorisierungsmöglichkeiten in ursprünglich unbedachten Situationen fördern.<sup>2)</sup>

Damit ist der zentrale Untersuchungsgegenstand aufgezeigt: Hauptziel dieser Arbeit ist es, die Pflichtenlage von Gesellschaftern in Zeiten der Gesell-

---

<sup>1)</sup> Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 7. 12. 2011 (BGBl I 2011/64, 2582).

<sup>2)</sup> *Wandrey*, Materielle Beschlusskontrolle im Aktienrecht (2012) 196; *Fleischer*, Grundfragen der ökonomischen Theorie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2001, 1 (5); *ders*, Vergleichende Corporate Governance in der geschlossenen Kapitalgesellschaft, ZHR 179 (2015) 404 (444 f); *M. Janke*, Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht: Neubewertung der richterrechtlichen Generalklausel im Rahmen einer rechtsvergleichenden und ökonomischen Analyse (2003) 162 ff; allgemein zur Treuepflicht in diesem Zusammenhang *Verse*, Treuepflicht und Gleichbehandlungsgrundsatz, in *Bayer/Habersack* (Hrsg), Aktienrecht im Wandel II (2007) 579 (582); *Lutter*, Theorie der Mitgliedschaft, AcP 180 (1980) 84 (91 f, 102); *ders*, Treuepflichten und ihre Anwendungsprobleme, ZHR 162 (1998) 164 (166); *S. Schneider*, Gesellschafter-Stimmpflichten bei Sanierungen (2014) 199.

schaftskrise zu klären und dadurch eine Lösung für Interessenkonflikte zu erarbeiten und zulässige Vorgangsweisen aufzuzeigen. Eingangs werden daher zunächst verschiedene Krisenstadien erörtert, in denen die Ausprägungen der Gesellschafterpflichten differenziert zu analysieren sind.

Im Anschluss an eine Aufarbeitung der, vorrangig außergerichtlichen, Sanierungswege wird der Fokus im Hauptteil der Arbeit auf die Pflichtenlage der Gesellschafter gelegt. Dogmatischer Anknüpfungspunkt ist dabei neben § 1184 Abs 2 ABGB die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht. Bei dieser ist eine ursprüngliche Skepsis verschiedentlichen Ableitungsansätzen gewichen, nunmehr hat sie in ihren wesentlichen Ausprägungen – der Mitwirkungs- und Interessenwahrungspflicht – im Zuge des GesbR-Reformgesetzes<sup>3)</sup> Eingang in einen „allgemeinen Teil des Gesellschaftsrechts“<sup>4)</sup> gefunden. Im gegebenen Zusammenhang wird das Spannungsverhältnis dieser Gesellschafterpflichten zum Grundsatz der freien Stimmrechtsausübung untersucht, des Weiteren wird ihrem Einfluss auf das gesellschaftsrechtliche Belastungsverbot nachgegangen. Der vorliegende Untersuchungsgegenstand war in Judikatur und Schrifttum lange Zeit ein Randbereich, neuen Anstoß und Aktualität erfuhr die Thematik zum einen insb durch die Rechtsprechungslinie des BGH unter dem Titel „Sanieren oder Ausscheiden“ und diesbezügliche, teils auch monografische, Abhandlungen in Deutschland. In Österreich weckte neben zwei rezenten OGH-Entscheidungen vor allem die Neufassung der Nachschussobliegenheit in § 1184 Abs 2 ABGB durch das GesbR-RG, der sich ein Teil dieser Arbeit widmet, das Interesse im neueren, wissenschaftlichen Diskurs. Da hierzulande eine umfassende Untersuchung des Themenkomplexes noch aussteht, soll diese Lücke durch die vorliegende Arbeit geschlossen werden. Neben einer Behandlung der Frage nach der Übertragbarkeit des § 1184 Abs 2 ABGB in das Recht der GmbH wird zur Lösung der vorherrschenden Interessenkonflikte zunächst ein Anwendungskonzept der Mitwirkungs- und Interessenwahrungspflicht anhand einer Abwägung erarbeitet und sodann bei zentralen Sanierungsmaßnahmen zum Einsatz gebracht. Nach Überlegungen zum einschlägigen Beschlussmängelrecht werden die obigen Ergebnisse zuletzt noch auf außergesellschaftsvertragliche Finanzierungsvereinbarungen und Sanierungsmöglichkeiten übertragen. Den Abschluss bildet eine Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse.

Die eingangs gestellte Frage wird in dieser Arbeit für die GmbH behandelt. Die Situation bei anderen Gesellschaftsformen wird erörtert, soweit dies im ge-

<sup>3)</sup> BGBl I 2014/83.

<sup>4)</sup> Nach den ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 8 zu § 1175 Abs 4 ABGB idF des GesbR-RG haben die Bestimmungen über das 27. Hauptstück „*subsidiäre Geltung auch für andere Gesellschaften und können deshalb auch als allgemeiner Teil des Gesellschaftsrechts verstanden werden.*“ Vgl dazu auch Artmann in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Klang Kommentar ABGB<sup>3</sup> (2017) § 1175 Rz 92 ff.

genständlichen Zusammenhang erforderlich ist. Zudem beschränkt sich die Arbeit auf die gesellschaftsinterne Pflichtenlage der Gesellschafter, Fragen der „außenwirksamen“ Insolvenzantragspflicht des Mehrheitsgesellschafters nach § 69 Abs 3 a IO bleiben dabei außer Betracht.

Weiters wird auf allfällige Schadenersatzansprüche der Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern nicht näher eingegangen, die Arbeit konzentriert sich auf die dogmatische Grundlegung der Gesellschafterpflichten und die unmittelbaren Rechtsfolgen ihrer Anwendung. Kurz hinzuweisen ist aber auf eine durchwegs berechtigte Kritik an den vieldiskutierten Haftungsfällen wegen materieller Unterkapitalisierung bzw Existenzvernichtung. Denn zu ersterer ist eine vom OGH<sup>5)</sup> vertretene Position, wonach „*schon die Gründung der Gesellschaft mbH mit dem Mindestkapital [...] ein gefahrbe gründendes Verhalten*“ sei, zu weitgehend und würde dem Gesetzgeber durch Schaffung einer gründungsprivilegierten GmbH letztlich die Förderung gläubigerschädigenden Verhaltens unterstellen.<sup>6)</sup> Aber auch die Übertragung der in der deutschen Lehre entwickelten Kriterien für eine Haftung wegen existenzvernichtender Eingriffe auf die GmbH erscheint angesichts der in Österreich weitreichenderen Vermögensbindung durch § 82 GmbHG hinterfragungswürdig.<sup>7)</sup> Nach grundlegenden Entscheidungen des BGH<sup>8)</sup> zur Existenzvernichtungshaftung soll diese namentlich Schutzlücken für das Gesellschaftsvermögen jenseits der Stammkapitalziffer, die durch den engen Anwendungsbereich der §§ 30, 31 dGmbHG entstehen, im Interesse der Gläubigerbefriedigung systemkonform schließen, wofür nach österreichischer Rechtslage kein annähernd vergleichbarer Bedarf besteht. Dagegen könnten für den darüber hinausgehenden Anwendungsbe-

<sup>5)</sup> OGH 6 Ob 313/03b SZ 2004/62 = ÖZW 2005, 21 (Artmann) = GesRZ 2004, 379 (Harrer) = GES 2005, 19 (Fantur).

<sup>6)</sup> Artmann, Haftungsrisiken für Gesellschafter, in Artmann/Rüffler/U. Torggler (Hrsg), Gesellschafterpflichten in der Krise (2015) 45 (59); siehe weiters Artmann/Rüffler, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts (2017) Rz 1092. Einschränkung auch OGH 9 ObA 125/08k (zur englischen Limited) ARD 6030/5/2010 (Adamovic/Lindmayr) = ecolex 2010, 577 (Kapsch/Schopper), wonach „zur Wahl einer bestimmten Rechtsform noch ein besonderer Missbrauchsvorsatz dazutreten“ müsste. Zum widersprüchlichen Bild in der Rsp auch Wagner in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxis-kommentar VI<sup>4</sup> (2016) § 1295 Rz 152.

<sup>7)</sup> Siehe ausführlich Artmann in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Gesellschafterpflichten 65 ff; Winkler/Gruber in Gruber/Harrer (Hrsg), Kommentar zum GmbHG (2014) § 61 Rz 89; Artmann/Rüffler, Gesellschaftsrecht Rz 1094.

<sup>8)</sup> BGH II ZR 178/99, Bremer Vulkan, BGHZ 149, 10; II ZR 300/00, KBV, BGHZ 151, 181; II ZR 3/04, Trihotel, BGHZ 173, 246; II ZR 264/06, GAMMA, BGHZ 176, 204; II ZR 292/07, Sanitary, BGHZ 179, 344; IX ZR 52/10, Spritzgussmaschinen, GmbHR 2013, 529 = ZIP 2013, 894. Überblick etwa bei Schreiber, Die Gesellschafterhaftung für existenzvernichtende Eingriffe im Zivil- und Ertragsteuerrecht, Der Konzern 2014, 435 (435 ff); Schober, Die Haftung des GmbH-Gesellschafters für die Verursachung der Unternehmensinsolvenz (2009) 30 ff.

reich der Existenzvernichtungshaftung wohl § 1295 Abs 2 ABGB und § 159 StGB<sup>9)</sup> iVm § 1311 ABGB adäquate und ausreichende Haftungsgrundlagen sein.<sup>10)</sup>

<sup>9)</sup> Zur Entkriminalisierung des § 159 StGB siehe ErläutRV 92 BlgNR 21. GP 5; § 159 StGB ist kein Schutzgesetz zugunsten der Gesellschaft, vgl OGH 14. 1. 2000, 1 Ob 228/99g; 9 Ob 99/00z ZIK 2001/122, 72 = ecolex 2001/106, 285; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz<sup>3</sup> (2007) § 25 Rz 44; *Artmann* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschaftspflichten 67.

<sup>10)</sup> Überzeugend *Artmann* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschaftspflichten 66 ff mwN; *dies*, Die Durchgriffshaftung im Konzern, in *Kalss/Rüffler* (Hrsg), GmbH-Konzernrecht. Stand und Entwicklung im österreichischen, italienischen und slowenischen Recht (2003) 87 (106); *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz I<sup>2</sup> (2012) § 48 Rz 20; *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (2017) § 82 Rz 216, weitergehend aber in Rz 218; siehe auch *Rüffler*, Strafrechtliche Untreue und Gesellschaftsrecht, in *Grünwald/Schummer/Zollner* (Hrsg), Unternehmensrecht in Wirtschaft und Praxis, Festschrift für Waldemar Jud (2012) 533 (547). Für eine Gesellschafterhaftung auf Grundlage einer teleologischen Reduktion der Haftungsbeschränkung gem § 61 Abs 2 GmbHG dagegen *Koppensteiner*, „Existenzvernichtung“ der GmbH durch ihren einzigen Gesellschafter – Eine rechtsvergleichende Skizze, in *Harrer/Portmann/Zäch* (Hrsg), Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag (2002) 607 (620 ff); *ders*, Zur Haftung der Gesellschafter bei Zahlungsunfähigkeit der GmbH, JBl 2006, 681 (681 ff); *ders*, Neues zur „Existenzvernichtungshaftung“, JBl 2008, 749 (750 ff); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 61 Rz 37 b ff. Abw insb *U. Torggler*, Fünf (Anti-)Thesen zum Haftungsdurchgriff, JBl 2006, 85 (97 f); *ders*, Replik zu *Koppensteiner*, JBl 2006, 681 (681 ff), JBl 2006, 809 (809 ff); *ders*, Zur Konzernhaftung nach österreichischem Recht, GesRZ 2013, 11 (16 f) für eine Gesellschafterinnenhaftung bei kridaträchtigen Maßnahmen nach §§ 1301 f ABGB iVm § 25 Abs 2 GmbHG, § 84 Abs 3 AktG sowie einen Schutz der Gesellschaftsgläubiger durch § 159 StGB iVm § 1311 ABGB.

## 2. Kapitel: Der Tatbestand der Krise

Eingangs werden verschiedene Situationen und Entwicklungsstadien dargestellt, in denen von einer untersuchungsgegenständlichen Krise der Gesellschaft auszugehen ist. Daran können in weiterer Folge die in Frage stehenden Gesellschafterpflichten auf ihre unterschiedlichen Ausprägungen je nach erreichtem Krisenstadium überprüft werden. In sachlicher Hinsicht wird dabei vorrangig auf ein rechtliches, bei der unternehmenstragenden Gesellschaft ansetzendes Krisenverständnis abgestellt, betriebswirtschaftliche Krisendefinitionen finden am Rande Erwähnung.

Die Krise einer Gesellschaft bzw eines Unternehmens ist vielgestaltig und keiner normativ einheitlichen Definition unterworfen.<sup>11)</sup> Je nach Rechtsgebiet (Gesellschafts- bzw Insolvenzrecht) und Anknüpfungsmoment (bspw die Zugrundelegung von Buch- oder Verkehrswerten) finden sich gesetzliche Bestimmungen, die von verschiedenen, teilweise unkoordinierten und parallel geschalteten Krisenbegriffen ausgehen und Verhaltenspflichten der Entscheidungsträger bzw Rechtsfolgen für diverse kritische Notlagen im Leben einer Gesellschaft anordnen.<sup>12)</sup> Vorweg ist allgemein festzuhalten, dass das Krisenverständnis der Rechtsordnung überwiegend an Liquidität, bzw generellen bilanziellen Aspekten festgemacht wird, während sich Leistungs- und Strategieelemente vorrangig in den Formen betriebswirtschaftlicher Definitionen von Krisen wiederfinden.<sup>13)</sup>

Das GmbHG enthält keine Norm, die explizit von einer Krise der Gesellschaft spricht. Zunächst lässt der Begriff daher an die Legaldefinition des § 2 EKEG denken. Im Rahmen dieser Arbeit muss auf eine abschließende Behandlung sämtlicher, im Detail aufgeworfenen Fragen zu den einzelnen Tatbeständen des eigenkapitalersatzrechtlichen Krisenbegriffs verzichtet werden.<sup>14)</sup> Viel-

---

<sup>11)</sup> *Viehböck/Linder*, Die Leitung eines Unternehmens in der Krise, SWK 2009, 127; *Vogt in Schopper/Vogt*, Eigenkapitalersatzgesetz Praxiskommentar zum EKEG samt Nebenbestimmungen in KO und AO (2003) § 2 Rz 3; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht im ESUG-Entwurf, BB 2011, 1603 (1604).

<sup>12)</sup> *Adensamer/Oelkers/Zechner*, Geschäftsleiterpflichten in Insolvenznahe, SWI 9/2005, 437 (437); *Kalss/Adensamer/Oelkers/Zechner*, Unternehmenssanierung zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht (2006) 27; *Fromm*, Der Überschuldungsstatus im Insolvenzrecht, ZInsO 2004, 943 (943).

<sup>13)</sup> Vgl nur *Maus in K. Schmidt/Uhlenbruck* (Hrsg), Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz<sup>4</sup> (2009) Rz 1.1 ff; *Jaufer*, Das Unternehmen in der Krise<sup>3</sup> (2014) 20 f.

<sup>14)</sup> Im Detail sei daher auf die einschlägigen Kommentierungen und Beiträge zu § 2 EKEG verwiesen, namentlich *Dellinger in Konecny/Schubert* (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (1999) § 66 f KO; *Karollus in Buchegger* (Hrsg), Österreichisches

mehr sollen nach einer gedrängten Darstellung des § 2 EKEG Vergleiche und Abgrenzungen zu anderen, eine Gesellschaftskrise betreffende Bestimmungen erfolgen, die im Zusammenhang mit dem Untersuchungsgegenstand bedeutsam sind und ihm ein weitergehendes Krisenverständnis zugrunde legen.

## I. Eigenkapitalersatzgesetz

§ 2 EKEG macht eine Krise der Gesellschaft taxativ an drei alternativen Fällen fest. Das Eigenkapitalersatzrecht kann als Regelung der nominellen Unterkapitalisierung verstanden werden, die zwischen völliger Finanzierungsfreiheit und verpflichtender Eigenkapitalausstattung vermittelt.<sup>15)</sup> Der Umstand, dass das EKEG den persönlichen Anwendungsbereich einschränkt und nicht alle Gesellschafter erfasst sind, tut den folgenden Überlegungen keinen Abbruch, denn das EKEG dient gegenständlich als „Mittel zum Zweck“, um verschiedene Ausprägungen bzw Formen einer Krise darzustellen und voneinander abzugrenzen. Die im 4. Kapitel dieser Arbeit behandelten Pflichten der Gesellschafter sind keine eigenkapitalersatzrechtlichen Spezifika,<sup>16)</sup> sondern folgen sowohl aus § 1184 Abs 2 ABGB als auch aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht und sind sohin nicht auf den Anwendungsbereich des EKEG beschränkt.

### A. Zahlungsunfähigkeit

Erste Alternative einer Gesellschaftskrise ist nach § 2 Abs 1 Z 1 EKEG die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft, wobei das EKEG hier an den insolvenzrechtlichen Begriff des § 66 IO und dessen Verständnis anknüpft.

#### 1. Begriff

Die Zahlungsunfähigkeit ist ein allgemeiner Insolvenzeröffnungsgrund, bei dem der Gesetzgeber auf eine Legaldefinition wegen des damit einherge-

---

Insolvenzrecht, Zusatzband I (2009) § 2 EKEG; *Jenatschek* in *Buchegger* (Hrsg), Österreichisches Insolvenzrecht, Zusatzband I (2009) §§ 23 f URG; *Karollus/Huemer*, Die Fortbestehensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung<sup>2</sup> (2006); *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* (Hrsg), Österreichisches Insolvenzrecht II/2<sup>4</sup> (2004) § 66 f KO; *Tauscher*, Fortbestehensprognose – Teil I: Checkliste Unternehmensplanung, ZIK 2008, 120; *ders*, Fortbestehensprognose – Teil II: Checkliste Liquiditätsplanung, ZIK 2008, 155.

<sup>15)</sup> Vgl *Kalss*, Allgemeine Fragen des Eigenkapitalersatzrechts, in *Kalss/Rüffler* (Hrsg), Eigenkapitalersatz im österreichischen, italienischen und slowenischen Recht (2004) 9 (29); *dies* in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2017) Rz 3/997; *Aicher/Kraus* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 61 Rz 60; *Har-rer*, Haftungsprobleme bei der GmbH (1990) 161 f, 180 ff; *U. Torggler*, JBl 2006, 86 f.

<sup>16)</sup> Zur Frage einer neben dem EKEG bestehenden Verpflichtung zur Stundung bzw zum Forderungsverzicht siehe unten 4. Kap.VII.C.

henden Verlusts von Elastizität im Einzelfall bewusst verzichtet hat.<sup>17)</sup> Nach dem von Rsp und Lit geprägten Begriffsverständnis liegt Zahlungsunfähigkeit vor, wenn ein (auch nicht überschuldeter) Schuldner mangels bereiter Zahlungsmittel (objektiv) nicht in der Lage ist, seine fälligen Verbindlichkeiten binnen angemessener Frist zu erfüllen und sich die erforderlichen Zahlungsmittel voraussichtlich auch nicht alsbald verschaffen kann.<sup>18)</sup> Sind diese Kriterien bei der GmbH erfüllt, so liegt ungeachtet einer Kenntnis der Gesellschafter eine Krise nach § 2 Abs 1 Z 1 EKEG vor.<sup>19)</sup> Von Zahlungsunfähigkeit ist gem § 66 Abs 2 IO insb dann auszugehen, wenn der Schuldner seine Zahlungen einstellt,<sup>20)</sup> ein Andrängen von Gläubigern ist indes nach § 66 Abs 3 IO nicht vorausgesetzt.<sup>21)</sup> Während sich ein TdL<sup>22)</sup> zunächst für ein dynamisches Verständnis der Zahlungsunfähigkeit iSe Zeitraumilliquidität unter Einbeziehung von in naher Zukunft fälligen Verbindlichkeiten aussprach, sind nach heute hM und stRsp für die Zahlungsunfähigkeit als statischer Moment nur fällige Verbindlichkeiten maßgeblich,<sup>23)</sup> wofür auch die Einführung eines eigenen Tatbestan-

<sup>17)</sup> Vgl Denkschrift zur Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung (1914) 63.

<sup>18)</sup> Vgl nur *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 66 KO Rz 4f, 15; *Feil*, Insolvenzordnung<sup>8</sup> (2014) § 66 Rz 1; *Karollus in Buchegger*, Insolvenzrecht § 2 EKEG Rz 6; *Mohr in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatz-Gesetz (2004) § 2 Rz 5; *Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht § 66 KO Rz 9; *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 2 Rz 8 mit geringfügig unterschiedlich formulierten Definitionen; stRsp, OGH 3 Ob 539/82 EvBl 1983/1551 = JBl 1983, 654 (*Koziol*); 7 Ob 526/89 WBl 1989, 194; 8 Ob 516/91 ÖBA 1993, 415; 8 Ob 133/08 d SZ 2008/183 = ecolex 2009, 589 = RdW 2009, 253 = ÖBA 2009, 659 = ZIK 2009, 141; 21. 2. 2013, 9 ObA 138/12b; 2 Ob 117/12p RdW 2013/140, 140 = ZIK 2013/174, 117 = NZ 2014/30, 104; RIS-Justiz RS0064528; zu Definitionsansätzen in der Rsp siehe auch *Hammerschmidt*, Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit, in *Seicht* (Hrsg), Gläubigerschutz, Betriebswirtschaftslehre und Recht, Festgabe für Otmar Koren zum 75. Geburtstag (1993) 325 (329 ff).

<sup>19)</sup> *Karollus in Buchegger*, Insolvenzrecht § 2 EKEG Rz 7; *Mohr in Dellinger/Mohr*, EKEG § 2 Rz 6.

<sup>20)</sup> *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 66 KO Rz 69 ff; *Feil*, IO<sup>8</sup> § 66 Rz 1.

<sup>21)</sup> *Vogt in Schopper/Vogt*, EKEG § 2 Rz 7.

<sup>22)</sup> So etwa *Sprung/Schumacher*, Die Zahlungsunfähigkeit als Konkurseröffnungsgrund (§ 68 KO), JBl 1978, 122 (127 ff); *Schumacher*, Fehlgeschlagene Sanierung und Konkursanfechtung der Kreditsicherheiten, ÖJZ 1981, 29 (33); *Chalupsky/Ennöckl/Holzappel*, Handbuch des österreichischen Insolvenzrechts (1986) 9f (vor dem IRÄG 1997); *Siart*, Die Feststellung der Zahlungs(un)fähigkeit im Hinblick auf § 159 StGB „NEU“. Ein Plädoyer für die dynamische Interpretation, taxlex 2006, 459 (459 f); *Siart/Rieder*, Wann liegt Zahlungsunfähigkeit vor?, ZWF 2017, 206 (206 ff).

<sup>23)</sup> Siehe dazu *Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht § 66 KO Rz 18; *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 66 KO Rz 22; *ders*, Zahlungsunfähigkeit und Kridastrafrecht, ecolex 1998, 297 (299); *Isola/Seidl/Sprajc*, Zur Zahlungsunfähigkeit – Plädoyer für eine „statische“ bzw einheitliche Auslegung, ZIK 2012, 214 (214 ff); OGH 3 Ob 99/10w SZ 2011/2 = EvBl 2011, 726 (*Konecny*) = ZIK 2011, 85



des der drohenden Zahlungsunfähigkeit (heutiger § 167 Abs 2 IO) im Zuge des IRÄG 1997<sup>24)</sup> spricht.

Eine gewisse dynamische Komponente erhält die Zahlungsunfähigkeit aber unter Heranziehung der höchstgerichtlichen Rechtsprechungslinie, in der der OGH in Anlehnung an die strafrechtliche Judikatur zur Auslegung des § 159 StGB auch in zivilrechtlichen E<sup>25)</sup> davon ausgeht, dass der Zahlungsfähigkeit eine redliche wirtschaftliche Gebarung zugrunde zu legen ist. Demnach wird der *„Eintritt der Zahlungsunfähigkeit [...] nicht dadurch hinausgeschoben, daß es einem unredlichen Schuldner gelingt, sich durch Täuschung immer wieder Kreditmittel von neuen Gläubigern zu verschaffen, deren Rückzahlung ihm unter normalen wirtschaftlichen Verhältnissen nicht mehr möglich ist, mag er auch damit seinen laufenden Zahlungsverkehr aufrechterhalten können.“*<sup>26)</sup> Dies stößt im Schrifttum zum Teil auf Kritik, da das Erfordernis einer redlichen wirtschaftlichen Gebarung wegen der Unklarheit des Begriffs eine erhebliche Rechtsunsicherheit in der Praxis bedeuten würde.<sup>27)</sup>

## 2. Dauerhaftigkeit

Ein Prognoseelement enthält die Zahlungsunfähigkeitsprüfung zur Abgrenzung von einer bloßen Zahlungsstockung. Dabei kann der Schuldner voraussichtlich binnen angemessener Frist seine fälligen und während dieser Frist fällig werdenden Verbindlichkeiten zur Gänze durch die Verschaffung von Zahlungsmitteln begleichen, weshalb kein dauerhaftes Zahlungsunvermögen vorliegt.<sup>28)</sup> Die Zahlungsstockung ergibt sich somit als regelmäßiges Vorstadium der endgültigen Zahlungsunfähigkeit aus einer Zeiträumbetrachtung. Hin-

(Widhalm-Budak) = ÖBA 2011/1747, 742 (Bartlmä); 2 Ob 117/12 p RdW 2013/140, 140 = ZIK 2013/174, 117 = NZ 2014/30, 104.

<sup>24)</sup> BGBl I 1997/114.

<sup>25)</sup> Siehe ua OGH 2 Ob 532/86 ÖBA 1987, 341; 8 Ob 516/91 ÖBA 1993, 415; 1 Ob 134/07 y SZ 2007/162 = RdW 2008/339, 379 (Derntl) = GES 2008, 4 (Schopper).

<sup>26)</sup> RIS-Justiz RS0065077.

<sup>27)</sup> Schumacher, Insolvenzgrund und rechtzeitige Eröffnung des Insolvenzverfahrens, in Artmann/Rüffler/U. Torggler (Hrsg), Die Organhaftung (2013) 63 (66); ders in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht § 66 Rz 50; abl auch Isola/Seidl/Sprajc, ZIK 2012, 216 ff. Dagegen die Auffassung des OGH teilend Strasser in Jabornegg/Strasser (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz II<sup>5</sup> (2011) §§ 77 bis 84 Rz 30; Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 66 KO Rz 59 f; ders, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall insbesondere gegenüber sogenannten Neugläubigern (1991) 29 ff; ders, ecolex 1998, 300 f für eine Einschränkung auf Vorsatzfälle.

<sup>28)</sup> Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 66 KO Rz 41, 62; Feil, IO<sup>8</sup> § 66 Rz 2; Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht § 66 KO Rz 13; OLG Innsbruck 1 R 258/01 h ZIK 2002/190, 133; RIS-Justiz RS0126561.



sichtlich der Angemessenheit der Frist nahm etwa das OLG Wien<sup>29)</sup> Zahlungsunfähigkeit an, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, seine fälligen Verbindlichkeiten binnen 60 Tagen zu begleichen. Dagegen lehnte das OLG Innsbruck<sup>30)</sup> eine festbestimmte Frist ab, nur wenn bereits zu Beginn die Hoffnung auf baldige Behebung besteht, sei von einer Zahlungsstockung auszugehen. Abw von früheren Judikaten<sup>31)</sup> geht der OGH nunmehr<sup>32)</sup> davon aus, dass eine dreimonatige Frist prinzipiell die Grenze zur Zahlungsunfähigkeit darstelle. Bei mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit der Beseitigung der Liquiditätsschwäche sei auch noch eine Frist von höchstens etwa fünf Monaten zu tolerieren.<sup>33)</sup> Überdies sollen die jeweiligen einzelfallbezogenen, branchenspezifischen Umstände Berücksichtigung finden. Absolute Fristen werden demnach abgelehnt,<sup>34)</sup> was angesichts der verschiedenen praktischen Ausgangssituationen überzeugt. Die Anwendung flexibler Grenzen, unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls ist wegen der Rechtssicherheit und erleichterten Abgrenzung von Zahlungsunfähigkeit und Zahlungsstockung zu begrüßen,<sup>35)</sup> wobei den Fristen dann freilich nicht mehr als ein bloßer Orientierungscharakter beigemessen werden sollte.

Weiters hat der OGH zur Abgrenzung von Zahlungsunfähigkeit und Zahlungsstockung als Schwellenwert eine 5%-ige Deckungslücke angenommen.<sup>36)</sup>

<sup>29)</sup> OLG Wien 15. 5. 1993, 6 R 103/93 (siehe *Mohr*, Insolvenzzordnung<sup>11</sup> [2012] § 66 E 60); 1. 6. 1994, 6 R 57/94; 28 R 78/05 d ZIK 2006/27, 28; 28 R 155/05 b ZIK 2006/165, 132.

<sup>30)</sup> OLG Innsbruck 1 R 258/01 h ZIK 2002/190, 133.

<sup>31)</sup> Bspw in OGH 10 Ob 90/04 i ZIK 2005/98, 97; ebenso *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht § 66 KO Rz 23.

<sup>32)</sup> OGH 3 Ob 99/10 w SZ 2011/2 = EvBl 2011, 726 (*Konecny*) = ZIK 2011, 85 (*Widhalm-Budak*) = ÖBA 2011/1747, 742 (*Bartlmä*); zust etwa *Zeitler*, Die Prognose als Instrument zur Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, ZIK 2013, 92 (97); krit gegenüber festbestimmten Fristen *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht § 66 KO Rz 23.

<sup>33)</sup> Dies entspricht dem von *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzzesetze § 66 KO Rz 49 vorgeschlagenen zeitlichen Rahmen von drei bis sechs Monaten.

<sup>34)</sup> OGH 3 Ob 99/10 w SZ 2011/2 = EvBl 2011, 726 (*Konecny*) = ZIK 2011, 85 (*Widhalm-Budak*) = ÖBA 2011/1747, 742 (*Bartlmä*); *Schumacher*, Neues zur Zahlungsunfähigkeit und Zahlungsstockung, ÖBA 2012, 816 (817f); so schon zuvor *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 2 Rz 9; OGH 10 Ob 90/04 i ZIK 2005/98, 97; ebenfalls krit gegenüber objektiven Fristen *Buchegger*, Zur Dogmatik der Insolvenzauslösetatbestände, in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager* (Hrsg), Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz<sup>2</sup> (2002) 953 (961).

<sup>35)</sup> So auch *Schumacher*, ÖBA 2012, 818.

<sup>36)</sup> OGH 3 Ob 99/10 w SZ 2011/2 = EvBl 2011, 726 (*Konecny*) = ZIK 2011, 85 (*Widhalm-Budak*) = ÖBA 2011/1747, 742 (*Bartlmä*) mit Darstellung von Lehre und Judikatur in Deutschland; 8 Ob 118/11 b RdW 2012/168, 156 = ZIK 2012/157, 111 = ecolex 2012/212, 490; 2 Ob 117/12 p RdW 2013/140, 140 = ZIK 2013/174, 117 = NZ 2014/30, 104; 8 Ob 117/15 m RdW 2016/251, 329 = ZIK 2016/197, 146 = ÖBA 2016/

Eine Deckungslücke von etwa (maximal) 5% könne als bloße Zahlungsstockung und noch gegebene Zahlungsfähigkeit beurteilt werden, wenngleich dies nicht als absolute Begrenzung zu verstehen sei. Bei einer Liquiditätslücke von 5% könne a priori davon ausgegangen werden, dass die Liquidität in kurzer Zeit wiederhergestellt werde. Nicht eindeutig beantwortet wurde dabei die Frage, ob auch diese Deckungslücke innerhalb von drei Monaten wieder beglichen werden muss, oder ob diese bis zu 5% dauerhaft offen bleiben darf. Zumindest die Anmerkungen im Schrifttum gehen davon aus, dass auch eine bei oder unter 5% liegende Deckungslücke binnen drei Monaten wieder zur Gänze abgedeckt werden muss und lehnen ein Entscheidungsverständnis, wonach dauerhafte Deckungslücken tolerabel seien, ab.<sup>37)</sup> Dahingehend ließen sich wohl auch die Ausführungen des Höchstgerichts in 8 Ob 118/11 b<sup>38)</sup> verstehen, nach denen bis zum Ablauf der grundsätzlich dreimonatigen Frist die Zahlungsstockung behoben sein muss.

### 3. Fälligkeit

#### a. Allgemeines

Maßgeblich sind nur Verbindlichkeiten in Geld,<sup>39)</sup> die im Prüfungszeitpunkt fällig sind und mangels bereiter Zahlungsmittel, worunter sowohl liquide Mittel als auch leicht verwertbares Vermögen zu verstehen sind, nicht beglichen werden können.<sup>40)</sup> Nach der Rsp ist davon regelmäßig auszugehen, wenn der Schuldner mehr als 5% seiner fälligen Verbindlichkeiten nicht begleichen kann.<sup>41)</sup> Bei drohender Zahlungsunfähigkeit kann der Schuldner dagegen künf-

2247, 608; RIS-Justiz RS0126560. In der deutschen Rsp wurde die Grenze bei 10% angesetzt, vgl BGH IX ZR 123/04 BGHZ 163, 134 = ZIP 2005, 1426 = DB 2005, 1787.

<sup>37)</sup> *Konecny*, Zahlungen des Schuldners schützen den Gläubiger nicht vor Nachforschungen, Glosse zu OGH 3 Ob 99/10w, EvBl 2011, 726 (729); *Bartlmä*, Anm zu OGH 3 Ob 99/10w, ÖBA 2011, 742 (751); *Widhalm-Budak*, Nachforschungspflichten der GKK und Abgrenzung von Zahlungsstockung und Zahlungsunfähigkeit, Anmerkung zu OGH 3 Ob 99/10w, ZIK 2011, 85 (86); siehe auch *Schumacher*, ÖBA 2012, 817; *Schopper*, Der Konzern in Krise und Insolvenz, in *Haberer/Krejci* (Hrsg), Konzernrecht (2016) Rz 16.49; *D. Aigner/H.-J. Aigner/J. Aigner et al*, Krisen- und Sanierungsmanagement (2017) 287.

<sup>38)</sup> RdW 2012/168, 156 = ZIK 2012/157, 111 = ecolex 2012/212, 490.

<sup>39)</sup> *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht § 66 KO Rz 18, 26.

<sup>40)</sup> *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 66 KO Rz 8 ff, 23; OGH 8 Ob 624/88 SZ 63/124 = ecolex 1990, 675 = WBl 1990, 348 (*Dellinger*); 3 Ob 99/10w SZ 2011/2 = EvBl 2011, 726 (*Konecny*) = ZIK 2011, 85 (*Widhalm-Budak*) = ÖBA 2011/1747, 742 (*Bartlmä*); OLG Innsbruck 12. 11. 1999, 1 R 275/99x (siehe *Mohr*, IO<sup>11</sup> § 66 E 16).

<sup>41)</sup> Siehe nur OGH 3 Ob 99/10w SZ 2011/2 = EvBl 2011, 726 (*Konecny*) = ZIK 2011, 85 (*Widhalm-Budak*) = ÖBA 2011/1747, 742 (*Bartlmä*); 2 Ob 117/12 p RdW 2013/140, 140 = ZIK 2013/174, 117 = NZ 2014/30, 104; RIS-Justiz RS0126559. Wie zur Dau-