

vergleichsweise komfortablen Situation: So lange das Bild noch nicht verkauft ist, kann er in der gegen den Kommissionär geführten Exekution seine Eigentumsrechte gegenüber dem exekutierenden Dritten geltend machen.

III. Insolvenz des Vertragspartners

A. Insolvenz des Kommissionärs – Aussonderungsanspruch

- 30.26** In der Praxis werden – wie erwähnt – häufig Kommissionsgeschäfte geschlossen. Hat ein Künstler (als Kommittent) ein Kunstwerk bei einem Kunsthändler (Kommissionär) in Kommission gegeben, so gilt in der Insolvenz des Kunsthändlers das Folgende:
- 30.27** Nach nunmehr hA erlöschen mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über den Kunsthändler sowohl der Kommissionsauftrag als auch die zugehörige Vollmacht (vgl § 1024 ABGB; *Apathy in Schwimann/Kodek*⁴ § 1024 ABGB Rz 5; *Perner in ABGB-ON*^{1,02} § 1024 Rz 3; *Weber-Wilfert/Widhalm-Budak in Konecny/Schubert* § 26 KO Rz 3, alle mwN). In der Literatur wird tw argumentiert, dass es zu keinem Erlöschen kommen soll, wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen, dass ein Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung (Rz 30.86 ff) eröffnet wird (vgl *Perner in ABGB-ON*^{1,02} § 1024 Rz 5).

Beispiel

Der Maler M gibt beim Kunsthändler K ein Bild in Kommission. Vereinbart wird ein Mindestverkaufspreis von 100 und eine Einnahmenteilung 50% zu 50%. Über das Vermögen des K wird ein Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung eröffnet. Der Kunsthändler hat das Kunstwerk zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung noch nicht verkauft.

Der Kommissionsauftrag sowie die entsprechende Vollmacht erlöschen mit Insolvenzeröffnung. Daher ist das Kommissionsgut (Eigentum des Künstlers) herauszugeben.

- 30.28** Häufig haben insolvente Schuldner keine ordentliche **Buchhaltung** geführt. Der bestellte Masseverwalter weiß daher häufig gar nicht, dass Gegenstände, die im Unternehmen vorhanden sind, gar nicht zur Insolvenzmasse gehören oder sonst mit Rechten Dritter belastet sind. Daher ist es regelmäßig zweckmäßig, den Masseverwalter umgehend nach Insolvenzeröffnung darüber zu informieren, dass ein Kunstwerk beim Kunsthändler in Kommission gegeben wurde.

Beispiel (Variante)

Der Maler M gibt beim Kunsthändler K ein Bild in Kommission. Vereinbart wird ein Mindestverkaufspreis von 100 und eine Einnahmenteilung 50% zu 50%. Über das Vermögen des K wird ein Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung eröffnet. Der Kunsthändler hat das Kunstwerk zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung bereits verkauft.

Der Kommissionsauftrag sowie die entsprechende Vollmacht erlöschen mit Insolvenzeröffnung. Daher ist das Kommissionsgut (Eigentum des Künstlers) herauszugeben.

- 30.29** **Forderungen aus dem Ausführungsgeschäft** sowie aus den damit im Zusammenhang stehenden Hilfs- und Nebengeschäften gelten, auch wenn sie nicht abgetreten sind, im Verhältnis zwischen Kommittent und Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten (*Jakusch in Angst/Oberhammer*, EO³ § 37 Rz 39; OGH 6 Ob 2352/96t; 8 Ob 2075/96x).

Faktisch ist es ganz wesentlich, den Masseverwalter umgehend nach Insolvenzeröffnung darüber zu informieren, dass der Schuldner über **Kommissionsware** verfügt. Welche Ware der Schuldner in Kommission genommen hat, ist so genau wie möglich darzustellen. Nur wenn der Masseverwalter über ausreichende Informationen verfügt, ist sichergestellt, dass er seiner Verpflichtung zum Schutz der Beteiligten des Konkursverfahrens (also konkret des aussonderungsberechtigten Kommittenten) nachkommen kann. Sorgt der Verwalter trotz Information über das Bestehen konkreter Aussonderungsrechte nicht dafür, dass das Kommissionsgut entsprechend behandelt (also ausgefolgt und nicht verkauft) wird, kann ihn eine Schadenersatzpflicht treffen (*Schulyok in Konecny/Schubert* § 44 KO Rz 88). **30.30**

Der Kommittent hat bei Verkauf vor Insolvenzeröffnung nämlich nur dann ein durchsetzbares Aussonderungsrecht, wenn noch eine sog **Mengenvindikation** möglich ist: § 415 ABGB gewährt im Falle einer Vermengung abgegrenzter, von anderen deutlich unterscheidbarer Mengen gleichartiger Sachen (zB Geld) verschiedener Eigentümer jedem Eigentümer eine Eigentumsklage auf die bestimmte, von ihm stammende Menge (Mengenvindikation oder Quantitätsvindikation). Diese ist auf die Abtrennung eines entsprechenden Teils des Gemenges gerichtet ist. Im Falle der Vermengung, nach der eine solche Abgrenzung und deutliche Unterscheidung nicht mehr möglich ist, ist die Eigentumsklage ausgeschlossen (§ 371 ABGB; RIS-Justiz RS0010926). **30.31**

Bei **Verkauf der Sache nach Insolvenzeröffnung** besteht (unbeschadet weitergehender Ersatzansprüche) ein Recht des Gläubigers auf Herausgabe des erhaltenen Entgeltes aus der Masse oder (falls der Käufer noch nicht bezahlt hat) auf Abtretung der Forderung gegen den Käufer (vgl § 44 Abs 2 IO). Auch hier ist zu beachten, dass sich diese Ersatzaussonderung nur auf einen konkreten, in der Konkursmasse noch vorhandenen und individualisierbaren Leistungsgegenstand, nicht aber auf einen Geldbetrag schlechthin, beziehen kann. Wird das Geld vermischt oder sinkt der Kontostand des Masseanderkontos einmal unter den Betrag der ersatzweise auszusondernden Zahlung, so geht der Ersatzaussonderungsanspruch verloren (*Schulyok in Konecny/Schubert* § 44 KO Rz 73 f mwN). Diesfalls ist der Kommissionär auf bereicherungsrechtliche Ansprüche beschränkt (*Schulyok in Konecny/Schubert* § 44 KO Rz 73 ff mwN). **30.32**

Die entsprechenden Nachteile sind bei rechtzeitiger Information des Masseverwalters und dessen Verstoß gegen seine konkurspezifischen Schutzpflichten durch den Masseverwalter zu ersetzen. Auf einer praktischen Ebene führt daher die rechtzeitige Information der Verwalter dazu, dass diese ihr bestes versuchen, um gut dokumentierte Aussonderungsansprüche zu erfüllen. **30.33**

Beispiel 1

Der inzwischen insolvente Kunsthändler K verkaufte kurz vor Konkurseröffnung ein Werk des Malers M, das er als Kommissionsware übernommen hatte. Der Käufer hat den Kaufpreis noch nicht bezahlt. Eine Abtretung der Kaufpreisforderung wurde nicht gesondert vereinbart. Dennoch gilt die Kaufpreisforderung im Verhältnis zwischen dem Kommittenten (Maler M) und dem Kommissionär (Kunsthändler K) oder dessen Gläubigern als Forderung des Kommittenten (Maler M). Maler M verfügt daher in der Insolvenz des K über ein Aussonderungsrecht an der Kaufpreisforderung, so lange das Eigentum am Geld noch nicht durch Vermischung untergegangen ist.

Beispiel 2

Der inzwischen insolvente Kunsthändler K hat vom Maler M ein Bild in Kommission genommen. Über das Vermögen des K wird ein Insolvenzverfahren eröffnet. Der Maler M hört von der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über K. Er informiert unmittelbar den Masseverwalter des K, dass er bestimmte, näher bezeichnete und fotografisch beschriebene Bilder bei K in Kommission gegeben hat. Er hält weiters fest, dass sein Kommissionsauftrag mit Insolvenzeröffnung erloschen ist und bittet um Bekanntgabe eines Termins, zu dem er (M) seine Bilder abholen kann. Würde der Masseverwalter die Bilder dennoch (nach Erhalt der Information) verkaufen, würde er für entsprechende Nachteile haften.

B. Vermögenswerte, die vorläufig noch nicht Teil der verwertbaren Vermögensmasse sind

- 30.34** Es wird zunächst auf die oben dargestellten Exekutionsbeschränkungen im urheberrechtlichen Bereich verwiesen (Rz 30.18 ff). Persönlichkeitsrechte und der Exekution entzogene Sachen fallen nicht in die Insolvenzmasse (*Mohr*, EO¹¹ § 2 IO E 71 mwN).
- 30.35** Im **Eigentum eines Künstlers** stehende und zum Verkauf vorgesehene Kunstwerke können zu Geld gemacht werden und sind im Konkursverfahren entsprechend zu verwerten.
- 30.36** Das urheberrechtliche **Verwertungsrecht** an sich und auch jene Werkstücke, die gem § 25 UrhG unpfändbar sind, sind jedoch nicht Teil der Insolvenzmasse. Es ist in der Insolvenz zunächst auch nicht zu verwerten (*Mohr*, EO¹¹ § 2 IO E 71 mwN).
- 30.37** Es scheint freilich dennoch möglich, den Zugriff der Gläubiger auf die entsprechenden Verwertungsrechte zu sichern: In der **Unternehmerinsolvenz** können die Gläubiger die Zustimmung zu einem Sanierungsplan verweigern. Es wird dann lediglich das verwertbare Vermögen verwertet und der Liquidationserlös verteilt. Die Schulden bleiben weiterhin aufrecht und die Gläubiger können entsprechende Exekutionsschritte setzen oder einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens stellen, sobald die entsprechenden Werke oder Einnahmen in den pfändbaren Bereich gehen (also konkret ein Werk zum Verkauf bereit gestellt wird oder laufende Einnahmen aus Werknutzungsverträgen erzielt werden).
- 30.38** Im **Schuldenregulierungsverfahren** (Privatkonkurs; Rz 30.101 ff) besteht hingegen die Möglichkeit eines Schuldnachlasses (Restschuldbefreiung) gegen den Willen der Gläubigermehrheit. Diese Restschuldbefreiung ist zu gewähren, sofern der Schuldner keine Obliegenheitsverletzung begeht und das sog Abschöpfungsverfahren nicht vorzeitig (aufgrund einer Obliegenheitsverletzung) eingestellt wurde (§§ 210–214 IO).
- 30.39** Die Liste möglicher **Obliegenheitsverletzungen** in § 210 IO ist taxativ (8 Ob 4/05d), scheint jedoch analogiefähig (RIS-Justiz RS0008928). Sie sieht insb vor, dass der Schuldner eine angemessene Erwerbstätigkeit auszuüben hat und, falls er keine angemessene Erwerbstätigkeit hat, sich um eine solche bemühen muss und sie nicht ablehnen darf. Es erscheint (allenfalls per analogiam) denkbar, diese Verpflichtung so zu verstehen, dass ein bildender Künstler versuchen muss, seine der Exekution entzogenen Werke zu verkaufen. So wäre sichergestellt, dass auch der bildende Künstler sein Vermögen nicht der Verwertung im Insolvenzfall entziehen kann.

Alternativ könnte auch eine sog **Nachtragsverteilung** angedacht werden (nämlich in jenem Moment, in dem das Vermögen exekutierbar wird, etwa weil die Bilder zum Verkauf bereitgestellt werden). Die diesbezügliche Voraussetzung, wonach es sich um nachträglich hervorgekommenes, insolvenzverfangenes Vermögen handeln müsste (*Schneider*, ZIK Spezial 2015, 203), scheint aber nicht erfüllt. **30.40**

Vom Urheberrecht sind **Werknutzungsbewilligungen und Werknutzungsrechte** zu unterscheiden (vgl Rz 21.111 ff). Die Rechte des Werknutzungsberechtigten sind konkursunterworfen (*Widhalm-Budak*, ÖBl 2001, 205). **30.41**

Für jene Fälle, in denen ein **Werknutzungsberechtigter in Insolvenz** verfällt, sind die Regelungen des § 32 UrhG zu beachten. § 32 Abs 1 UrhG enthält eine gesetzliche Klarstellung, wonach der Vertrag beidseitig noch nicht (vollständig) erfüllt ist, auch wenn der Urheber dem Werknutzungsberechtigten das zu vervielfältigende Werkstück schon vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens übergeben hat. Er stellt daher klar, dass § 21 IO (Rücktrittsmöglichkeit des Insolvenzverwalters bei zweiseitigen Verträgen mit ex nunc Wirkung) anwendbar ist. § 32 Abs 2 UrhG geht noch weiter: Ist zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit der Vervielfältigung des Werkes noch nicht begonnen worden, so kann der Urheber vom Vertrag mit Wirkung ex tunc zurücktreten (dieses Recht kann über Antrag gerichtlich befristet werden). Für Detailfragen sei auf die weiterführende Literatur verwiesen, insb *Widhalm-Budak*, ÖBl 2001, 205; *Burgstaller*, *ecolex* 2016, 57 und *Höller* in *Kucsko/Handig*, *urheber.recht*² § 32 UrhG. **30.42**

Bildende Künstler sind unter bestimmten Voraussetzungen an den Verkaufserlösen aus dem Weiterverkauf ihrer Werke beteiligt (**Folgerecht**; s Kap 22). Der Folgerechtsanspruch ist unveräußerlich (die Verwertung durch Verwertungsgesellschaften im Auftrag des Urhebers ist möglich; § 16b Abs 2 UrhG; s Rz 23.47). Zur insolvenzrechtlichen Einordnung des Folgerechts liegt soweit ersichtlich weder Judikatur noch Literatur vor. Die besseren Gründe sprechen dafür, dass das Folgerecht gem § 16b UrhG als Ausfluss des Urheberrechtes nicht Bestandteil der Insolvenzmasse ist, solange es sich nicht akzentuiert (also zu einem für den Schuldner durchsetzbaren Geldanspruch wird). Die besseren Gründe sprechen zudem dafür, dass jene aus dem Folgerecht resultierenden durchsetzbaren Geldansprüche, die während des anhängigen Insolvenzverfahrens fällig werden, Teil der Insolvenzmasse sind (vgl *Frauenberger* in *Deixler-Hübner*, EO § 331 Rz 9, der höchstpersönliche Rechte, die selbst mit Zustimmung des Berechtigten nicht übertragbar sind, als unpfändbar einstuft, ihre exekutionsrechtliche Pfändung nach Ausübung der Rechte aber bejaht). Daher haben die hier zu erwartenden Einkünfte bei der Legung eines Sanierungsplanangebotes oder eines Zahlungsplans entsprechend Berücksichtigung zu finden. **30.43**

IV. Die Insolvenzfähigkeit

Nach der Rsp kommt allen physischen und juristischen Personen und auch sonst all jenen Gebilden, denen das Gesetz (sei es ausdrücklich oder konkludent) die Fähigkeit zu klagen oder geklagt zu werden verliehen hat, allgemeine zivilprozessuale Partei- und somit auch Insolvenzfähigkeit zu (OGH 8 Ob 244/02v mwN; *Buchegger* in *Bartsch/Polak/Buchegger* I⁴ § 1 Rz 4f). **30.44**

30.45 Insolvenzfähig sind daher insb:

1. natürliche Personen,
2. juristische Personen des Privatrechts (**GmbH, AktG, OG, KG, Vereine** etc, nicht aber die nicht rechtsfähige GesbR) und
3. juristische Personen des öffentlichen Rechts.

Beispiel

Die Auctionata Paddle8 AG, die unter dem Firmennamen „Auctionata“ im Bereich Live-Stream-Auktionen bekannt wurde und tw recht namhafte Werke versteigerte, war zahlungsunfähig und überschuldet (zu den Begriffen s Rz 30.47 ff). Über das Vermögen dieser Gesellschaft war daher ein Insolvenzverfahren zu eröffnen (konkret: in Deutschland).

30.46 Insolvenzen von **juristischen Personen des öffentlichen Rechts** (Gemeinden, öffentlich-rechtliche Körperschaften von Kirchen- und Religionsgemeinschaften; öffentlich-rechtliche Stiftungen; Bundesländer; Bund) kommen in praxi recht selten vor, sind aber dennoch nicht auszuschließen. Für Gemeinden wird die Insolvenzfähigkeit nach hA bejaht (*Kodek*, Wenn Gemeinden in die Pleite schlittern, www.wienerzeitung.at/themen/stadt-und-land/917925-Wenn-Gemeinden-in-die-Pleite-schlittern.html [Stand 7. 1. 2020]; OGH 1 Ob 73/67). In Folge des „Hypo-Skandals“ wurde die Insolvenzfähigkeit des Bundeslandes Kärnten in der Literatur behandelt und in der jüngeren Literatur im Ergebnis durchwegs bejaht (*Oberhammer*, JBl 2016, 209; *Kodek/Potacs*, JBl 2016, 481; *Potacs/Wutscher*, wbl 2015, 61). Hinsichtlich des Umfangs des insolvenzverfangenen Vermögens und der Brauchbarkeit des Insolvenzgrundes der Überschuldung werden teils Abweichungen vertreten (so insb *Kodek/Potacs*, Insolvenz Rz 5, 50, 93; *Bußjäger/Schumacher*, RdW 2015/478). Hinsichtlich Kirchen und Religionsgemeinschaften (sowie deren Körperschaften öffentlichen Rechts), welche häufig Eigentümer von Kunstwerken sind, wird die Insolvenzfähigkeit einhellig bejaht (*Schima* in *Gruber ua*, *Erbrecht*² § 41 Rz 21; *Buchegger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* I⁴ § 1 Rz 6; *Kalb/Potz/Schinkele*, *Religionsrecht* 442; *Pree/Primetshofer*² 192f).

V. Der Begriff der Insolvenz im österreichischen Recht

A. Einleitung

30.47 Das österr Insolvenzrecht kennt **zwei Insolvenzeröffnungsgründe**: Die Zahlungsunfähigkeit und die Überschuldung. Das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit ist meist relativ einfach zu beurteilen. Die Feststellung einer Überschuldungssituation ist hingegen häufig komplexer. Die Überschuldung ist bei natürlichen Personen und Personengesellschaften mit einer natürlichen Person als unbeschränkt haftendem Gesellschafter kein Insolvenzeröffnungsgrund, sondern nur bei solchen juristischen Personen, bei denen keine natürliche Person unbeschränkt haftender Gesellschafter ist. In der Folge werden die Begriffe der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung näher umrissen und jeweils ein Verweis auf eine längere, recht konzise und gelungene Darstellung der beiden Begriffe geboten.

B. Zahlungsunfähigkeit

30.48 Die IO kennt keine Definition der Zahlungsunfähigkeit. Sie wurde bewusst vermieden und zwar einerseits, weil in der Lehre die entsprechenden Kriterien bereits herausgear-

beitet waren, und andererseits, um die nötige Elastizität gegenüber dem Einzelfall zu bewahren (*Dellinger in Konecny/Schubert* § 66 KO Rz 4 mwN).

Nach der Rsp liegt Zahlungsunfähigkeit vor, wenn ein Schuldner mangels bereiter, dh liquider Zahlungsmittel nicht in der Lage ist, sämtliche fälligen Schulden zu bezahlen und er sich die erforderlichen Zahlungsmittel voraussichtlich auch nicht alsbald verschaffen kann (stRsp; vgl OGH 3 Ob 99/10w mwN; RIS-Justiz RS0064528). **30.49**

Beispiel

K wollte sich rein auf sein künstlerisches Schaffen konzentrieren und wurde selbstständiger Künstler. Er arbeitete sehr fleißig, dennoch gestaltete sich der Absatz seiner Arbeiten vorerst schleppend. K gestattete sich selbst nur eine sehr bescheidene Lebensführung. Die für die Arbeit notwendigen Materialien waren vergleichsweise teuer und trotz der Zuschüsse aus dem Künstler-Sozialversicherungsfonds und der damit vergleichsweise günstigen Sozialversicherung als selbstständiger Künstler tat sich über die Jahre ein eklatantes Finanzloch auf: K war zahlungsunfähig.

Für die Zahlungsunfähigkeit macht es keinen Unterschied, ob die betroffene Schuld „nur fällig ist“ oder ein Gläubiger andrängt, gar klagt oder Exekution führt. **30.50**

Beispiel (Variante)

Das Schaffen des K wurde durch eine wohlhabende Gönnerin finanziert und zwar tw durch Schenkungen, tw durch befristete Darlehensverträge. Der Künstler konnte das notwendige Kapital für die Darlehensrückzahlung nicht aufbauen. Mit Fälligkeit der Darlehensrückzahlung (infolge Zeitablaufs) war der Künstler zahlungsunfähig. Die Zahlungsunfähigkeit liegt auch dann vor, wenn die Gönnerin nicht auf Darlehensrückzahlung drängt oder das Darlehen einfordert.

Eine vereinbarte, die Fälligkeit aufschiebende **Stundung** ist beachtlich, weil die Forderung dann eben nicht fällig ist (OGH 3 Ob 99/10w mwN). Dabei wird redliche Geschäftsgearbung vorausgesetzt. Würde ein Schuldner etwa eine auf Täuschung beruhende Kreditbeschaffung bewerkstelligen und dadurch in der Lage sein, die fälligen Verbindlichkeiten zu begleichen, so würde dies nichts am Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit ändern (OGH 1 Ob 134/07y; 3 Ob 99/10w). **30.51**

Beispiel (Variante zum vorigen Beispiel)

Stimmt die Gönnerin einer die Fälligkeit aufschiebenden Stundung der Darlehen zu, liegt keine Zahlungsunfähigkeit vor.

Von der Zahlungsunfähigkeit ist die (gesetzlich nicht definierte) **bloße Zahlungsstockung** zu unterscheiden. Eine reine Zahlungsstockung ist kein Insolvenzeröffnungsgrund. Sie liegt vor, wenn ein Schuldner voraussichtlich alsbald seine fälligen Schulden zur Gänze zahlen können wird. Die Rsp sieht hier keine für alle Fälle fixen Zeiträume (zB 2 bis 3 Monate) oder fixe Prozentsätze für eine erlaubte „Deckungslücke“ (zB 10% der fälligen Verbindlichkeiten) vor, sondern es kommt auf die voraussichtliche und baldige Wiederherstellung der Liquidität an. Die Prognose kann je nach Größe des Unternehmens, der Schulden, der Bonität, den Branchenverhältnissen und der Marktsituation durchaus unterschiedlich ausfallen, um den Umständen des Einzelfalls entsprechend **30.52**

Rechnung tragen zu können. Als Orientierungshilfe: Für häufig vorkommende und einfach gelagerte Durchschnittsfälle wird in der Rsp eine Frist von drei Wochen als angemessen gesehen, in komplexeren Fällen ein deutlich längerer Zeitraum von zwei oder drei Monaten. Ohne Hinzutreten besonderer Umstände ist von einer höchstmöglichen Frist von drei Monaten auszugehen, bis zu deren Ablauf die Zahlungsstockung behoben sein muss. Bei einer Deckungslücke von 5% geht der OGH a priori davon aus, dass in kurzer Zeit mit der Wiederherstellung der Liquidität zu rechnen ist (OGH 3 Ob 99/10w).

- 30.53** Ob eine reine Zahlungsstockung oder aber bereits Zahlungsunfähigkeit vorliegt, ist ex ante durch den Schuldner zu prüfen und zwar – wegen der Insolvenzantragspflicht bei Vorliegen eines Insolvenzeröffnungsgrundes – immer dann, wenn er nicht in der Lage ist, alle fälligen Schulden zu bezahlen. Der Schuldner muss also **selbst beurteilen**, ob der objektive Zustand der Zahlungsunfähigkeit voraussichtlich ein Dauerzustand ist oder aber nur kurzfristiger Natur. Die Prognose über eine mögliche Behebung der Liquiditätsschwäche muss auf konkreten Aussichten, bspw der Kapitalbeschaffung (durch Kreditaufnahme oder Hereinnahme eines Investors), der Hereinbringung von Außenständen, der Gewährung von Gesellschafterdarlehen, der kurzfristigen Verwertung leicht verwertbaren Vermögens oder Ähnlichem beruhen. Zukünftig fällig werdende Schulden sind bei der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit nicht zu berücksichtigen (OGH 8 Ob 624/88 unter Ablehnung einer abw Lehrmeinung; 3 Ob 99/10w). Es ist also von einer statischen Betrachtung auszugehen und nicht von der teils im betriebswirtschaftlichen Schrifttum vertretenen dynamischen Methode. Gem dieser wären künftig schlagend werdende Vorgänge (etwa in Form von bilanzierten Verbindlichkeiten) zu berücksichtigen (*Braun, eolex* 2001, 381). In komplizierten Fällen ist den Schuldnern regelmäßig anzuraten, entsprechende externe Expertise einzuholen.

Beispiel

Der Kunsthändler A hat eine mit dem vorigen Tag fällige Rechnung über € 10.000,- zu bezahlen. Er verfügt über liquide Mittel in Höhe von € 1.000,-. Er hat zudem eine große Zahl von Bildern der mittleren Preisklasse in seinem Bestand (als Kommissionsware). Die Werke sind mittelfristig (binnen etwa 1 Jahr) zu guten Preisen zu verkaufen, konkrete Geschäftsaussichten bestehen auf einer Kunstmesse, die in 6 Monaten stattfindet und auf der A immer sehr gut verkauft. Der erwartete und den langjährigen Erfahrungen mit dieser Kunstmesse entsprechende Erlös (nach Kosten und dem an die Kommittenten auszuschüttenden Anteil) beträgt € 50.000,-. A ist heute nicht in der Lage, seine fällige Verbindlichkeit zu bezahlen. Es ist auch nicht mit einer alsbaldigen Bereinigung der Situation zu rechnen. Daher ist A zahlungsunfähig.

C. Überschuldung

- 30.54** Für natürliche Personen und Personengesellschaften mit zumindest einer natürlichen Person als unbeschränkt haftendem Gesellschafter ist die Zahlungsunfähigkeit der einzige Insolvenzeröffnungsgrund. Für juristische Personen, Personengesellschaften, bei denen kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, und für Verlassenschaften ist auch die sog Überschuldung ein Insolvenzeröffnungsgrund (vgl § 67 Abs 1 IO).
- 30.55** Der Begriff der Überschuldung ist – ebenso wie jener der Zahlungsunfähigkeit – nicht gesetzlich definiert, und auch dies wird damit begründet, dass die entsprechenden Krite-

rien in der Lehre bereits herausgearbeitet seien und die nötige Elastizität gegenüber dem Einzelfall bewahrt werden soll (*Dellinger in Konecny/Schubert* § 67 KO Rz 1 mwN).

Grds liegt eine Überschuldung dann vor, wenn das vorhandene Aktivvermögen unter Berücksichtigung etwaiger stiller Reserven und deren voraussichtlicher Verwertungsmöglichkeit nicht mehr die echten Verbindlichkeiten deckt. Grundkapital, Stammkapital und Rücklagen haben auf Ebene der Verbindlichkeiten außer Betracht zu bleiben (RIS-Justiz RS0049440). Auch jene Vermögensbestandteile, deren Anschaffungs- oder Herstellungskosten bei der abgabenrechtlichen Ertrags- und Gewinnermittlung als Betriebsausgaben keine Berücksichtigung finden können, sind zu aktivieren, und sind also geeignet die rechnerische Unterbilanz auszugleichen – wie zB selbst hergestellte immaterielle Vermögenswerte (RIS-Justiz RS0060017). Es wird für diese statische Überschuldungsprüfung – wenngleich meist implizit – von einer Einzelbewertung zu Liquidationswerten ausgegangen (*Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger* § 67 Rz 72f). **30.56**

Es sind also die vorhandenen Vermögenswerte zu den (typischerweise niedrigen) **Liquidationswerten** anzusetzen, dafür aber auch allfällige **stille Reserven** zu aktivieren. Die Verbindlichkeiten sind so anzusetzen, als ob eine gesellschaftsrechtliche Liquidation durchgeführt würde, konkret also auch die aus der Auflösung von Vertragsverhältnissen, zB mit Arbeitnehmern resultierenden Verbindlichkeiten anzusetzen. Die Kosten eines hypothetischen Insolvenzverfahrens sind nicht zu passivieren. In der Praxis waren die vom Autor beratenen Rechtsträger auf dieser Basis meist überschuldet (*Dellinger in Konecny/Schubert* § 67 KO Rz 36ff mwN; *Doralt/Nowotny*, RdW 1987, 146, die vorschlagen, in den meisten Fällen auf die Erstellung einer – meist negativen – Überschuldungsbilanz zu verzichten und gleich eine Fortbestehensprognose anzustellen). Ausnahmen fanden sich primär im Bereich von Projektgesellschaften ohne Geschäftstätigkeit, bei denen das eingezahlte Stammkapital als Kostenträger für Liquidationskosten zur Verfügung stand. **30.57**

Beispiel

Die Kunstmessenveranstalterin P-GmbH weist in der im Firmenbuch veröffentlichten Bilanz ein positives Eigenkapital von 50 aus. Die Bilanz steht unter der Prämisse, dass weitere Kunstmessen abgehalten und die vorhandenen Vermögenswerte entsprechend genutzt werden können. Werden die Vermögenswerte und Schulden der P-GmbH hingegen zu den (typischerweise niedrigen) Liquidationswerten angesetzt und auch die (konkret tatsächlich vorhandenen) stillen Reserven aktiviert, sind die echt vorhandenen Verbindlichkeiten samt Liquidationskosten nicht gedeckt. Auf Basis der rein statischen Betrachtungsweise (ohne Ergänzung durch die gleich dargestellte dynamische Komponente) liegt eine Überschuldungssituation vor.

Diese rein statische Betrachtung der Überschuldungsfrage wird seit einer Judikaturwende (OGH 1 Ob 655/86) um eine dynamische Komponente ergänzt: Eine Überschuldung liegt danach nicht immer schon dann vor, wenn die Passiven die Aktiven überwiegen, sondern ergänzend ist eine **Fortbestehensprognose** zu erstellen, in deren Rahmen mit Hilfe sorgfältiger Analysen von Verlustursachen, eines Finanzierungsplans sowie der Zukunftsaussichten der Gesellschaft die Wahrscheinlichkeit der künftigen Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zu prüfen ist. Geplante Sanierungsmaßnahmen sind hierbei in die Überlegungen einzubeziehen. **30.58**

- 30.59** Gegenstand der Fortbestehensprognose ist also die Beurteilung der künftigen Zahlungsfähigkeit des Unternehmens innerhalb des primären Planungszeitraums (Primärprognose) sowie der darüber hinaus gehenden Überlebensfähigkeit des Unternehmens (Sekundärprognose). Hierfür veröffentlichte die Kammer der Wirtschaftstreuhänder gemeinsam mit der WKO und der KMU Forschung Austria im Jahr 2006 (und in aktualisierter Form 2016) einen „Leitfaden Fortbestehensprognose“, welcher eine systematische Aufbereitung der umfangreichen einschlägigen Rsp und somit einen guten Einstieg in weiterführende Fragen zur Thematik bietet (WKO, Leitfaden Fortbestehensprognose – gemeinsame Stellungnahme, <https://news.wko.at/news/oesterreich/Fortbestehensprognose2016.pdf> [Stand 7. 1. 2020]).
- 30.60** Der Überschuldungstatbestand ist demnach **zweistufig zu prüfen** und auf jene Fälle zu reduzieren, in denen die Lebensfähigkeit der Gesellschaft nicht überwiegend wahrscheinlich ist, weil der Ausgleich der rechnerischen Unterbilanz (Aufstellung zu Liquidationswerten) unter Bedachtnahme auf eingeleitete Sanierungsmaßnahmen durch Fortbestehensprognose (RIS-Justiz RS0064962; *Dellinger in Konecny/Schubert* § 67 KO Rz 34 mwN).

Beispiel

Fortsetzung zur Kunstmessenveranstalterin P-GmbH: Eine genaue Überprüfung der Situation ergibt eine positive primäre und sekundäre Fortbestehensprognose. Die Liquiditätssituation der P-GmbH zeigt, dass das Unternehmen kurz- und mittelfristig zahlungsfähig bleibt und zeigt weiters auch die künftige Überlebensfähigkeit des Unternehmens. Unter Einbeziehung der dynamischen Komponente ist die P-GmbH daher nicht zahlungsunfähig.

- 30.61** Nicht ausreichend zur Widerlegung des Überschuldungstatbestandes ist die – gerade in der Praxis kleiner GmbH relativ häufig anzutreffende – Erklärung im Bilanzanhang, dass ein negatives Eigenkapital (zu Fortführungswerten) zB durch die Eigentümerin abgedeckt werden würde. Hier wird leider häufig in falschen Kategorien gedacht. Im Insolvenzfall kommt dann manchmal die böse Überraschung, dass die Antragstellung (verbunden mit der persönlichen Haftung der Geschäftsführung) bereits viel früher nötig gewesen wäre.
- 30.62** In der Praxis zeigt sich immer wieder, dass die Frage der Bewertung der Aktiven und Passiven sowohl im „going-concern-Fall“ (unter der Annahme einer Unternehmensfortführung), als auch im Liquidationsfall der Hauptknackpunkt in Haftungsfällen ist. Neben der Vertretbarkeit der angesetzten Erlöskategorie (Marktwert/gemeiner Wert [vgl Rz 31.3 ff] vs Mindestlös [vgl Rz 31.2]) ist die genaue Dokumentation der Bewertungsgrundlagen (Ermittlung von Vergleichswerten [vgl Rz 31.24] und deren Feststellung und Gewichtung [vgl 31.26]; Abschläge vom Vergleichswert samt Endbewertung [vgl Rz 31.25 und 31.27]; Berücksichtigung von gesetzlichen Bestimmungen wie Unterschutzstellungen [vgl Rz 31.29]) von großer praktischer Relevanz in Haftungsprozessen.

VI. Die Insolvenzantragspflicht und allfällige Haftungsfolgen bei Verspätung

A. Einleitung

- 30.63** In der Praxis zeigt sich, dass gerade bei Privatpersonen, kleinen oder mittelgroßen Unternehmen die Insolvenzsituation (zu) spät erkannt wird. Auch kommt es vor, dass trotz

Erkennens der drohenden Insolvenz kein Insolvenzantrag gestellt wird, weil eine wesentliche Person (zB der Mehrheitseigentümer einer GmbH) dies dem Geschäftsführer „untersagt“. Im gegenständlichen Kapitel wird zunächst aufgezeigt, wer zur Stellung eines Insolvenzantrages verpflichtet ist, und anschließend, welche Folgen die verspätete Stellung eines Insolvenzantrages für die antragspflichtigen Personen haben kann.

B. Die zur Antragstellung verpflichtete(n) Person(en)

Im Fall einer Insolvenz hat/haben die zur Antragstellung verpflichtete/n Person/en ohne schuldhafte Zögern, spätestens aber 60 Tage nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu beantragen. Auch innerhalb dieser Frist gilt der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung. **30.64**

Schuldhaft verzögert ist der Antrag nicht, wenn die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens mit Eigenverwaltung sorgfältig betrieben worden ist (§ 69 Abs 2 IO). Des Weiteren kann auch ein sog außergerichtlicher (stiller) Ausgleich versucht werden. Hier muss mit allen Gläubigern eine Lösung erzielt werden, weshalb ein derartiger Versuch regelmäßig nur bei einer überschaubaren Gläubigerschaft erfolgsversprechend ist. **30.65**

Beispiel

Der Kunsthändler K hat ein Vermögen von 20 und Schulden von 100. Diese Schulden teilen sich auf die kreditgewährende Bank (50), das Finanzamt (30) und die WGKK (20) auf. Bank und Finanzamt wären mit einer Abschlagszahlung von 25% (20% aus dem Vermögen des Schuldners und 5% aus dessen Familienkreis als Zahlung von dritter Seite) einverstanden. Die WGKK verweigert durchwegs außergerichtliche Ausgleiche. Um einen außergerichtlichen Ausgleich zu ermöglichen, könnte die Familie des K dessen gesamte Schulden bei der WGKK bezahlen und der Schuldner könnte anschließend einen Einigungsversuch mit den verbleibenden Gläubigern starten. K selbst darf die verschiedenen unbesicherten Gläubiger nur dann ungleich behandeln, wenn diese damit einverstanden sind (was regelmäßig nicht der Fall ist). In praxi wird daher (weil abhängig von der Forderungshöhe der WGKK oftmals insgesamt günstiger) die Durchführung eines Insolvenzverfahrens notwendig sein. Im Rahmen des Insolvenzverfahrens könnte die WGKK im gegenständlichen Fall bei der Abstimmung über einen Sanierungsplan oder Zahlungsplan von den anderen Gläubigern überstimmt werden und wäre an das Abstimmungsergebnis gebunden und daher zu einem Forderungsnachlass gezwungen.

Die Verpflichtung zur Antragstellung auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens trifft insb **30.66** die **organschaftlichen Vertreter der juristischen Person** (§ 69 Abs 3 IO). In praxi betrifft das somit den Geschäftsführer der GmbH (§ 18 GmbHG), den Vorstand der AG (§§ 71, 76 AktG), Leitungsorganmitglieder eines nach staatlichem Recht errichteten Vereins (§ 5 Abs 1 VerG), Vorstandsmitglieder einer Genossenschaft (§§ 15, 17 GenG) oder Privatstiftung (§ 17 PSG) und bei allen diesen juristischen Personen im Liquidationsstadium jeweils die Liquidatoren bzw Abwickler (*Dellinger in Konecny/Schubert* § 69 KO Rz 36 mwN).

Wesentlich ist, dass die nach § 69 Abs 3 IO antragspflichtigen Vertreter jeweils einzeln **30.67** berechtigt und verpflichtet sind, einen Insolvenzantrag zu stellen. Dies gilt auch bei bloßer Gesamtvertretungsbefugnis (*Dellinger in Konecny/Schubert* § 69 KO Rz 45 mwN; für die GmbH vgl RIS-Justiz RS0065174; *Kapp/Lödl* in Jahrbuch Insolvenzrecht 2016, 189 [194]). Geht der Antrag nicht von allen antragspflichtigen Personen aus, dann sind die