

# Insolvenzrecht & Kreditschutz

5/2008  
14. Jahrgang

**Schriftleitung:** RA Univ.-Doz. Dr. Herbert Fink, Univ.-Prof. Dr. Andreas Konecny,  
RA Dr. Gunther Nagele, Mag. Otto Zotter (KSV1870)

**Beirat:** WP/StB Dr. Alfred Brogyányi, Dr. Erhard Grossnigg,  
RA Dr. Herbert Hochegger, RA Dr. Alexander Isola, RA Dr. Johannes Jaksch,  
Dr. Hans-Georg Kantner (KSV1870), RA Dr. Norbert Kosch, Abt.Leiter Dr. Franz Mohr (BMJ),  
o.Univ.-Prof. Dkfm. Dr. Josef Mugler, RA Dr. Wolfgang Putz, o.Univ.-Prof. Dr. Walter H.  
Rechberger, RA Dr. Stephan Riel, RA Dr. Peter Schulyok, RA Univ.-Prof. Dr. Hubertus  
Schumacher, Dr. Hannes Seiser (LG Innsbruck), Prof. Dr. Heinz Vallender (AG Köln),  
RA Dr. Karl Ludwig Vavrovsky, Min.-Rat Dr. Klaus Wimmer (dBM)

**Redaktion:** Mag. Birgit Hauck, 1030 Wien, Marxergasse 25  
Tel. 01/534 52-1552, E-Mail: birgit.hauck@lexisnexis.at

**Abonnentenservice:** Tel. 01/534 52-5555, Fax 01/534 52-141, bestellung@lexisnexis.at

<b>ZIK aktuell</b> .....	<b>S. 145</b>
<b>Unterhaltsrückstände und Konkurs</b> (Bernhard Birek) .....	<b>S. 146</b>
<b>Prozessuale Konsequenzen einer Anfechtung der Zession einer bereits eingeklagten Forderung</b> (Stephan Wehrberger) .....	<b>S. 148</b>
<b>Die Auftraggeberhaftung gem §§ 67a ff ASVG im Konkurs des Subunternehmers</b> (Barbara Reisenhofer) .....	<b>S. 150</b>

## ZIK Praxis

<b>Fortbestehensprognose – Teil II: Checkliste Liquiditätsplanung</b> (Ronald Tauscher) .....	<b>S. 155</b>
--	---------------

<b>Fachliteratur</b> .....	<b>S. 163</b>
----------------------------	---------------

## Judikatur

Gemeinschuldner kann Masseverwertung nicht klageweise anfechten .....	166	Haftungsklage gegen Masseverwalter und Berichtigung der Parteienbezeichnung .....	175
Bloß Einschränkung der Gehaltsexekution wegen Unterhaltsrückständen bei Konkurseröffnung .....	166	Zu den Kosten des Masseverwalters für eine Drittschuldneräußerung .....	176
Sonderzahlungsansprüche der Arbeitnehmer als Masse-/Konkursforderung .....	167	Verfahren zur Enthebung des Masseverwalters .....	176
Anfechtung der Zession einer eingeklagten Forderung und Prozesseintritt des Masseverwalters .....	168	Rekursfrist beginnt stets mit öffentlicher Bekanntmachung des Eröffnungsbeschlusses .....	177
Keine Einzelanfechtung während des Konkursverfahrens .....	170	Abschöpfungsverfahren: Kriterien für die sofortige Restschuldbefreiung/Verfahrensverlängerung .....	177
Fehlüberweisung nach Konkurseröffnung und Aussonderungsanspruch .....	170	Zum Verfahren für die amtswegige Löschung einer Gesellschaft .....	178
Zwangsausgleich und Voraussetzungen für das Wiederaufleben .....	172	Außergerichtlicher Vergleich und Sicherungsausschluss .....	178
Zur Akteneinsicht eines Konkursgläubigers .....	174	Voraussetzungen der Nachlassseparation .....	178
Konkurseröffnung und Geltendmachung der sachlichen Unzuständigkeit .....	175	Zur Haftung des Gründungsprüfers .....	179
		Bekämpfung/Entkräftung eines Überbots bei der Zwangsversteigerung .....	179
		In die Masse fallendes Fruchtgenussrecht und Zwangsversteigerung .....	180

<b>Impressum</b> .....	<b>S. 154</b>
------------------------	---------------



## Andreas Konecny

## ZIK aktuell

### Rechtsänderungen

Das FinanzprokuratorG (ProkG) wurde im BGBl I 2008/110 veröffentlicht, es tritt am 1. 1. 2009 in Kraft. Der Finanzprokurator kommen in Insolvenzverfahren Vertretungsaufgaben zu, oft ist sie Mitglied in Gläubigerausschüssen; zudem wirkt sie bei den Insolvenzrechtsreformen mit. Die Einschreibefugnis der Finanzprokurator wurde modifiziert (s § 3 ProkG).

Mit der V BGBl II 2008/308 hat die BMJ den Normalkostentarif angepasst.

Die Offenlegung der Bilanz und des Anhangs bei der kleinen GmbH kann unter Verwendung von Formblättern und im Weg des elektronischen Rechtsverkehrs erfolgen. Näheres regeln die UGB-Formblatt-V und die geänderte ERV 2006 (s BGBl II 2008/316).

■ ZIK 2008/241, 145

### Reformvorhaben

1. Details der seit dem Frühjahr 2007 vorbereiteten und an sich im Wesentlichen ausdiskutierten großen Reform betreffend offenkundig zahlungsunfähige Exekutionsverpflichtete und Erleichterung der Restschuldbefreiung für Privatschuldner (s ZIK 2008/184, 109) wurden über den Sommer in der Arbeitsgruppe besprochen. Die BMJ hat in einer Stellungnahme am 10. 9. 2008 am Reformvorhaben festgehalten (s www.bmj.gv.at – News). Mit dem ursprünglich geplanten MEntw im November dieses Jahres ist aber nicht zu rechnen.

2. Das Vorhaben der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zur effizienteren Gestaltung der Vollstreckung in der EU (s ZIK 2008/122, 73) wurde von einer Arbeitsgruppe im BMJ weiter erörtert.

■ ZIK 2008/242, 145

### Schuldenreport 2008

Die ASB Schuldnerberatungen GmbH hat den Schuldenreport 2008 vorgelegt (online abrufbar unter www.schuldenberatung.at – Mediencorner). Dieser jährliche Bericht informiert über die Tätigkeit der Schuldenberatungsstellen und über die Lage im Exekutions- und Konkursbereich.

Der Report spiegelt die weiter stark steigende Verschuldung privater Personen wider. So ist die Durchschnittshöhe der Schulden auf 76.407 € gestiegen (2006: 75.357 €), die Medianverschuldung auf 39.829 € (2006: 38.038 €). 2007 unterstützten die Schuldenberatungen 41.681 Personen, über 4.000 mehr als im Vorjahr, die Zahl der Erstkontakte stieg um mehr als 10 % auf 20.333. Wichtigste Gläubiger sind von der Forderungshöhe her betrachtet mit weitem Abstand die Kreditinstitute mit durchschnittlich 21.391 €, Dienstleister (6.084 €) und Privatgläubiger (5.922 €) folgen.

Von der persönlichen Lage her gesehen weisen laut dem Schuldenreport 2008 die betreuten Schuldner eine geringere Schulbildung und weniger Einkommen auf als der Durchschnitt

der österr Bevölkerung, in der Altersstruktur zeigen sich kaum Besonderheiten. Die Arbeitslosigkeit ist dagegen bei den Klienten der Schuldenberatungen rund 8-mal so hoch wie bei der Gesamtbevölkerung.

Unter den Gründen für die Überschuldung taucht die gescheiterte selbstständige Tätigkeit mit 22 % am häufigsten auf, Arbeitslosigkeit bzw Einkommensverschlechterung (19 %) und mangelhafter bzw ungeplanter Umgang mit Geld (18 %) werden danach genannt.

Bei den 2007 über 7.000-mal eröffneten Schuldenregulierungsverfahren haben die Beratungsstellen die Schuldner in 69,5 % der Fälle betreut. Von den in diesem Jahr beendeten, 2000 eingeleiteten Abschöpfungsverfahren erreichten die Schuldner in 68,2 % der Fälle die Restschuldbefreiung, in den übrigen Verfahren zumindest noch nicht.

Vor dem Hintergrund der geplanten Maßnahmen gegen die Exekutionsverfahren bei offenkundiger Zahlungsunfähigkeit der Verpflichteten weist der Schuldenreport 2008 auch die Zahlen der gängigen Zwangsvollstreckungen aus. 2007 wurden 760.200 Forderungsexekutionen und 930.787 Fahrnisexekutionen beantragt.

Die österr Schuldenberatungen fordern in ihrem Report 2008 neben Erleichterungen bei der Restschuldbefreiung und Änderungen bei der Insolvenz von Exekutionsverpflichteten auch das Recht von Schuldner auf ein Girokonto, um Arbeitsplatzprobleme zu vermeiden.

■ ZIK 2008/243, 145

### 20 Jahre Wiener Schuldnerberatung

Das Ansteigen der privaten Verschuldung macht für die oft rechtsunkundigen Schuldner Beratung notwendig. In Wien gibt es diese seit 20 Jahren, die Beratungsstelle wird von *Alexander Maly* geleitet. Aus Anlass des Jubiläums fand am 12. 9. 2008 im Rathaus ein Festakt statt. Die Wr. Schuldenberatungsstelle rechnet übrigens im Jahr 2008 mit bereits rund 7.000 Kontakten.

■ ZIK 2008/244, 145

### European consumer debt network

Das European consumer debt network (ecdN) ist ein Netzwerk bestehend aus Mitgliedern der Schuldenberatungen von 18 verschiedenen Staaten. Von österr Seite beteiligt sind die ASB Schuldnerberatungen GmbH (deren Geschäftsführer, Dr. *Hans W. Grobs*, auch zum ersten Präsidenten des ecdN gewählt wurde) und die Schuldnerberatung Oberösterreich. Ziel des Zusammenschlusses ist eine Vernetzung im Bereich der Unterstützung überschuldeter Personen durch Ausbau von Schuldenberatungsstellen, Abhaltung von Seminaren, Initiierung von Forschungsprojekten und auch durch Sensibilisierung der Öffentlichkeit sowie Hinwirkung auf politische Lösungen. Mit „Money Matters“ gibt das Netzwerk zwei- bis viermal pro Jahr eine Zeitschrift heraus, zudem betreibt es unter www.ecdn.eu eine Website.

■ ZIK 2008/245, 145

# Unterhaltsrückstände und Konkurs

In der Praxis werden Masseverwalter, Gemeinschuldnervertreter und Exekutionsgerichte oft mit der Problematik der Unterhaltspflichten des Gemeinschuldners konfrontiert. Problematisch ist die Exekution auf den Differenzbetrag gem § 291a und § 291b EO für Unterhaltsrückstände<sup>1)</sup> vor Konkurseröffnung, die jedoch nach der Konkurseröffnung bewilligt wird. Eine aktuelle Entscheidung zeigt die Kontroverse zwischen Lehre und Rsp und versucht einen sinnvollen Lösungsansatz darzustellen.

RA Dr. Bernhard Birek  
Schlüsselberg

## 1. Der Ausgangsfall

Der Republik Österreich wurde 8 Monate vor Konkurseröffnung<sup>2)</sup> die Exekution für geleistete Unterhaltsvorschüsse bewilligt. Diese betraf Unterhaltsrückstände für die Vergangenheit, laufend wurde der Unterhalt vom Gemeinschuldner in Form von Naturalunterhalt bezahlt. Nach Konkurseröffnung beantragte die Republik die Einschränkung der Gehaltsexekution auf die Differenz zwischen den Existenzminima gem § 291a und § 291b EO, der stattgebende Beschluss wurde vom Gemeinschuldner angefochten, dem Rekurs wurde vom LG Wels nicht Folge gegeben und ausgesprochen, dass der Revisionsrekurs jedenfalls unzulässig sei (§ 528 Abs 2 Z 2 ZPO).

## 2. Die Begründung

Das LG Wels als Rekursgericht führt aus, dass der unpfändbare Teil in der Rechtszuständigkeit des Gemeinschuldners verbleibe und daher nicht in die Konkursmasse falle. Das Rekursgericht referiert Entscheidungen des OGH, schließt sich diesen – ohne Auseinandersetzung mit Gegenstimmen – an und kommt zum Schluss, dass sich § 12a KO nur auf den für alle Gläubiger pfändbaren Bezug beziehe, nicht jedoch auf den Differenzbetrag<sup>3)</sup>. Das Rekursgericht ist auch der Ansicht, dass durch die bewilligte Exekution nicht gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Konkursgläubiger verstoßen werde, da die Simultanhaftung der konkursfreien und konkursunterworfenen Vermögensteile sachgerecht sei. Die Exekution auf Unterhaltsrückstände hin-

sichtlich des Differenzbetrags sei daher auch bei Anmeldung der Unterhaltsrückstände im Konkursverfahren zulässig.

## 3. Die Rechtsprechung

Die E 3 Ob 204/93 behandelt laufenden Unterhalt. Der OGH spricht aus, dass der unpfändbare Teil der Bezüge nicht der Exekution unterworfen sei und nach § 1 Abs 1 KO nicht in die Konkursmasse falle<sup>4)</sup>. Dieser Teil des Einkommens bleibe in der Rechtszuständigkeit des Gemeinschuldners, auf § 5 Abs 1 KO (Überlassung von konkursfreiem Vermögen an den Gemeinschuldner) ging der OGH mangels Behauptungen nicht ein<sup>5)</sup>. Aus der Tatsache, dass es sich beim Differenzanspruch zwischen § 291a und § 291b EO um konkursfreies Vermögen handelt, schloss der OGH, dass der Zugriff auf das konkursfreie Vermögen des Gemeinschuldners im Hinblick auf während des Konkurses fällig werdende Unterhaltsansprüche zulässig sei.

Die E 3 Ob 2376/96z betraf abermals laufenden Unterhalt, der Exekutionsantrag wurde jedoch im konkreten Fall wegen einer anhängigen Drittschuldnerexekution wegen rechtskräftiger entschiedener Sache zurückgewiesen. Der OGH führt aus, dass für die vom Konkurs nicht erfassten Unterhaltsansprüche, das sind die ab Konkurseröffnung entstehenden gesetzlichen Unterhaltsansprüche, für die der Schuldner nicht als Erbe des Unterhaltspflichtigen haftet (§ 1 Abs 3 KO aF), die Exekution aufrecht bleibe, soweit sich die Exekution auf § 291b Abs EO beziehe. Auf § 12a Abs 3 KO ging der OGH nicht mehr ein<sup>6)</sup>.

Während die vorgenannten Entscheidungen fällig werdenden Unterhalt ab der Konkurseröffnung behandelten, brachten die inhaltsgleichen E 3 Ob 206/00s und 3 Ob 205/00v die Wende<sup>7)</sup>: In dieser Entscheidung ging es um die Zulässigkeit der Exekution auf den Differenzanspruch für Unterhaltsrückstände.

Der OGH setzt sich mit den Argumenten der Lehre<sup>8)</sup> und der Rsp<sup>9)</sup> auseinander, wobei diese Überlegungen in dem zu entscheidenden Fall nicht zu gelten haben. Es wird abermals zwischen konkursfreiem Vermögen und überlassenem Vermögen unterschieden und ausgesprochen, dass auf konkursfreies Vermögen von anderen Konkursgläubigern auf keinen Fall

- 1) Terminologisch bedeuten Unterhaltsrückstände fällige Forderungen vor Konkurseröffnung, während laufender Unterhalt den auflaufenden Unterhalt nach der Konkurseröffnung meint.
- 2) Ob die bewilligte Exekution nach den §§ 27 ff KO anfechtbar gewesen wäre, wurde im vorliegenden Fall nicht geprüft, da dem Schuldner die Eigenverwaltung zuerkannt wurde und daher lediglich ein Konkursgläubiger berechtigt gewesen wäre, die Anfechtung geltend zu machen (*König*, Anfechtung<sup>3</sup> [2003] Rz 17/10), wobei die Auffassung vertreten wird, dass ein Masseverwalter mit beschränktem Geschäftskreis zur Verfolgung von Anfechtungsansprüchen zu bestellen ist (*König*, Anfechtung<sup>3</sup> Rz 17/19 mwN). Die Anfechtung des exekutiven Pfandrechts wäre wohl wegen Inkongruenz nach § 30 Abs 1 Z 1 KO möglich gewesen (SZ 40/50; SZ 45/12 = EvBl 1972/115 = JBl 1972, 374 = Rz 1972, 150; JBl 1977, 651; SZ 58/205), wobei erhaltene Zahlungen als kongruent beurteilt werden. Diese können jedoch nach der neuesten Lehre und Rsp nach den anderen Anfechtungstatbeständen, insb § 31 Abs 1 Z 1 KO jeweils erster Fall, angefochten werden (*König*, Anfechtung<sup>3</sup> Rz 10/80 mwN). Die Anfechtung wäre mE jedoch hinsichtlich des Differenzbetrags und wohl auch für die Begründung des Pfandrechts an der Vermögenswirksamkeit für die Masse gescheitert, da lediglich Rechtshandlungen anfechtbar sind, die konkursunterworfen sind (1 Ob 290/02g). Es fehlt an der allgemeinen Anfechtungsvoraussetzung der Befriedigungstauglichkeit (*König*, Anfechtung<sup>3</sup> Rz 5/17), da der Differenzbetrag eben nicht in die Konkursmasse fällt.
- 3) LG Wels 23. 4. 2008, 22 R 128/08t = ZIK 2008/285, 166.

4) SZ 52/30; SZ 61/107 = RdW 1988, 394 = DRdA 1990, 283.

5) 3 Ob 204/93.

6) 3 Ob 2376/96z.

7) Anders noch für Unterhaltsrückstände LG Linz 15 R 117/95 = ZIK 1996, 28 = EfsIlg 82.407.

8) *Nunner*, Die Freigabe von Konkursvermögen (1998); *Jakusch in Angst*, Kommentar zur EO<sup>2</sup> (2008) § 3 Rz 52.

9) SZ 41/53; 8 Ob 198/97v EvBl 1998/15 = ZIK 1997, 225; 8 Ob 65/99p = EvBl 1999/212 = ZIK 1999, 167.

zugriffen werden könne. Die Simultanhaftung zwischen konkursfreien und konkursunterworfenen Vermögen sei sachgerecht, es werde ein Vergleich zum Absonderungsgläubiger hergestellt, weil eben nur dem Unterhaltsgläubiger das Recht zur Befriedigung aus dem konkursfreien Vermögen zustehe. Sowohl für den Absonderungsgläubiger als auch für den Unterhaltsgläubiger gelte, dass ihre Rechte durch die Konkurseröffnung nicht berührt werden<sup>10)</sup>. Am Ende trifft der OGH unter Berufung auf zwei Judikate<sup>11)</sup> als obiter dictum die Feststellung, dass der Unterhaltsschuldner bei einem Zwangsausgleich, Zahlungsplan oder Abschöpfungsverfahren nicht verpflichtet sei, Unterhaltsrückstände über die Quote hinaus zu bedienen<sup>12)</sup>.

#### 4. Die Lehre

*Nunner* lehrt, dass die Exekutionsführung eines bereits titulierten Gläubigers in das konkursfreie Vermögen nur bei Exekutionsverzicht zulässig sei, sie argumentiert mit der konkursrechtlichen Gefahrgemeinschaft und va der Gläubigergleichbehandlung, wobei kein Unterschied zwischen Unterhaltsrückständen und laufendem Unterhalt getroffen wird<sup>13)</sup>.

*Jakusch* in *Angst* beruft sich ebenfalls auf das Gebot der Gläubigergleichbehandlung und geht davon aus, dass es den Konkursgläubigern verwehrt sei, während des Konkurses Einzelexécution für sonstige Konkursforderungen zu führen<sup>14)</sup>.

*Schubert* führt aus, dass Unterhaltsrückstände als Konkursforderungen zu qualifizieren seien. Nach der Konkurseröffnung fällig werdende Unterhaltsbeträge seien keine Konkursforderungen, sondern ausgeschlossene Ansprüche, es sei hinsichtlich laufenden Unterhalts in das konkursfreie Vermögen zu vollstrecken<sup>15)</sup>.

*Buchegger* führt ebenfalls aus, dass Alimente-Forderungen, die im Konkurseröffnungsmonat fällig geworden sind, eine Konkursforderung darstellen. Unterhaltsrückstände seien daher Konkursforderungen<sup>16)</sup>. Hinsichtlich der laufenden Unterhaltsansprüche wird gelehrt, dass sie keine Masseforderungen und daher aus dem konkursfreien Vermögen zu befriedigen seien. Der Gemeinschuldner sei über das konkursfreie Vermögen voll Verfügungsberechtigt, Zwangsvollstreckungen in das konkursfreie Vermögen seien zulässig. Es sei daher ein Anliegen des § 5 KO, dem Gemeinschuldner die erforderlichen Mittel für eine bescheidene Lebensführung und für seine Unterhaltsberechtigten zu ermöglichen. Dabei setze jedoch das Gesetz die Kooperationsbereitschaft des Gemeinschuldners und sein Bestreben zur Massemehrung voraus<sup>17)</sup>.

*Kodek* geht unter Zugrundelegung von Lehre und Rsp ebenfalls davon aus, dass der Differenzanspruch nicht nur für den laufenden Unterhalt, sondern auch für Unterhaltsrückstände

geltend gemacht werden könne<sup>18)</sup>; weiters sei für den Differenzanspruch § 12a KO nicht anwendbar<sup>19)</sup>.

*Feil* führt ebenso unter Zitierung der oberstgerichtlichen Rsp an, dass Unterhaltsrückstände Konkursforderungen seien<sup>20)</sup>, und kommt zu dem Ergebnis, dass zugunsten von Unterhaltsrückständen das § 5 KO überlassene Vermögen schon deshalb nicht angegriffen werden könne, weil Konkursforderungen aus diesem Vermögen nicht zu berichtigen seien<sup>21)</sup>.

Auch *Deixler-Hübner* ist gegen eine Exekution für Unterhaltsrückstände, diese müssten im Konkurs angemeldet werden und würden nur aus der Konkursmasse befriedigt<sup>22)</sup>.

Pfändungen des Differenzanspruchs bleiben nach einhelliger Lehre von § 12a KO unberührt<sup>23)</sup>.

#### 5. Stellungnahme

Die obigen Ausführungen zeigen unmissverständlich die Diskrepanz zwischen Konkursrecht und Familienrecht<sup>24)</sup>. Im Konkursverfahren herrscht jedoch der unumstößliche Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung (Paritätsprinzip). Das Vermögen des Gemeinschuldners bildet eine gemeinschaftliche Konkursmasse, aus der die Konkursforderungen nach dem Verhältnis ihrer Beiträge zu befriedigen sind<sup>25)</sup>. Die Rsp<sup>26)</sup> hinsichtlich der Exekution auf den Differenzanspruch für laufenden Unterhalt ist nicht zu beanstanden, zumal diese Ansicht den Wortlaut des § 1 Abs 1 KO für sich hat. *Abzulehnen ist die Exekutionsführung auf den Differenzanspruch für Unterhaltsrückstände*, da diese dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung widersprechen<sup>27)</sup>. Warum § 12a Abs 3 KO für den Differenzanspruch nicht gelten soll, ist nicht nachvollziehbar, wird doch im Wortlaut nur von Absonderungsrechten, die vor Konkurseröffnung durch Exekution zur Befriedigung oder Sicherstellung einer Forderung auf Einkünfte aus einem Arbeitsverhältnis erworben sind, gesprochen, die mit Ablauf des zur Zeit der Konkurseröffnung laufenden Kalendermonats erlöschen<sup>28)</sup>. Da es ansonsten wieder zu einer Gläubigerungleichbehandlung kommen würde, fällt gleichfalls die Exekution auf den Differenzanspruch darunter<sup>29)</sup>. Dies ist auch sachgerecht. Eine tragfähige Lösung wäre daher, die Anwendung des § 12a KO für den Differenzanspruch zu judizieren. Unabhängig davon ist jedoch mE die Diskussion über die Geltendmachung von Unterhaltsrückständen in das konkursfreie Vermögen obsolet, spricht doch der OGH richti-

10) 3 Ob 206/00s.

11) 2 Ob 215/98a; 8 Ob 116/00t.

12) 3 Ob 206/00s.

13) *Nunner*, Freigabe 138 ff.

14) *Jakusch* in *Angst*, EO<sup>2</sup> § 3 Rz 52; es bleibt jedoch unklar, ob *Jakusch* hiermit auch die Unterhaltsgläubiger als Konkursgläubiger mit einbeziehen will.

15) *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (6. Lfg, 1999) § 5 Rz 7 KO mwN.

16) *Buchegger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht<sup>4</sup> I (2000) § 5 Rz 10 mwN.

17) *Buchegger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht<sup>4</sup> I § 5 Rz 11 mwN.

18) *Kodek*, Handbuch Privatkonkurs (2002) Rz 231 mwN.

19) *Kodek*, Handbuch Privatkonkurs (2002) Rz 231; ZIK 1998, 96; LG Wels 22 R 128/08t.

20) *Feil*, Konkursordnung<sup>6</sup> (2008) § 1 Rz 9; SZ 74/31.

21) *Feil*, KO<sup>6</sup> § 5 Rz 6 mwN, § 12a Rz 8.

22) *Deixler-Hübner* in *Konecny/Schubert*, KO (4. Lfg, 1998) § 12a Rz 12.

23) *Apathy* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht<sup>4</sup> I § 5 mwN, LG Wels 22 R 128/08t.

24) Auf die zahlreichen Entscheidungen der Unterhaltsbemessung im Konkurs des Unterhaltsschuldners wird nicht eingegangen, einen guten Überblick bietet *Kolmasch*, Neues im Kindesunterhaltsrecht, Zak 2008/39, 26 f.

25) *Deixler-Hübner* in *Konecny/Schubert*, KO § 10 Rz 1; dieser Grundsatz wird va durch die Prozesssperre und Exekutionssperre gesichert, für Absonderungsgläubiger (§ 48) ist der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung durchbrochen; für das Anfechtungsrecht wird dies va durch §§ 30 ff KO normiert, par conditio creditorum, *Rebernik* in *Konecny/Schubert*, KO (23. Lfg, 2006) § 30 Rz 1.

26) 3 Ob 2376/96z.

27) *Deixler-Hübner* in *Konecny/Schubert*, KO § 12a Rz 12; *Feil*, KO<sup>6</sup> § 5 Rz 6 mwN, § 12a Rz 8; *Nunner*, Freigabe 138 ff; SZ 41/53; 8 Ob 198/97v.

28) Ob bei einer vertraglichen Verpfändung auch der Differenzanspruch verpfändet werden kann, bleibt fraglich. Problematisch bleibt die Frage, ob ein solches Absonderungsrecht (Differenzanspruch) vom Masseverwalter nach den §§ 27 ff KO angefochten werden kann.

29) *Deixler-Hübner* in *Konecny/Schubert*, KO § 12a Rz 12.

gerweise aus, dass nach dem Abschluss eines Zwangsausgleichs, Zahlungsplans oder Abschöpfungsverfahrens der Unterhaltsschuldner – trotz Exekution auf das konkursfreie Vermögen – nicht verpflichtet ist, mehr als die Quote zu bezahlen<sup>30)</sup>. Daraus ergibt sich jedoch konsequenterweise, dass grundsätzlich die Exekution für Unterhaltsrückstände nach Konkurseröffnung zwar bewilligt werden kann, im Ergebnis erhält der Unterhaltsgläubiger jedoch nie mehr als die Quote. Dies ist iSd Gläubigergleichbehandlung auch konsequent. Es wäre daher gerade aus verfahrenstechnischen Gründen wünschenswert, wenn der

30) 3 Ob 206/00s; 3 Ob 205/00v; darin zeigt sich durch den Vergleich zum Absonderungsgläubiger jedoch eine Inkonsequenz des Höchstgerichts, zumal der Absonderungsgläubiger im Normalfall zum Anspruch auf die Quote keinen Ausfall erleidet. Es wird daher von einem voll gedeckten Absonderungsgläubiger ausgegangen. Auf die Norm des § 149 KO sei nur der Ordnung halber hingewiesen. Der Unterhaltsgläubiger erhält daher trotz Quasistellung eines Absonderungsgläubiger nie mehr als die Quote.

OGH seine Ansicht zur Exekution für Unterhaltsrückstände auf das konkursfreie Vermögen noch einmal überdenkt und dies nur bewilligt, sofern es zu keiner Entschuldung kommt<sup>31)</sup>.

31) Sofern es zu keiner Entschuldung kommt, ist die Exekution ohnedies nicht zu beanstanden; verfahrenstechnisch bleibt fraglich, wie in der Praxis vorzugehen ist: Zahlt der Drittschuldner den Differenzanspruch auf den Rückstand bis zum Erreichen der vereinbarten Quote? Erhält der Unterhaltsgläubiger seine Quote durch Exekution früher als die übrigen Konkursgläubiger? Erhält der Unterhaltsgläubiger trotz Zinsenstopp des § 58 KO aus der Unterhaltsexekution Zinsen? Gilt die Wiederauflebensklausel des § 156 KO? Ist bei Erreichen der Quote durch Zahlungen aus dem Differenzbetrag mit Einstellungsantrag nach § 40 EO oder mit Oppositionsklage nach § 35 EO vorzugehen (*Jakusch in Angst*, EO<sup>2</sup> Rz 39 f zu § 35 Rz 39 f mwN)? Die angeführten Fragen zeigen, wie schwierig in der Praxis das Nebeneinander von Konkursforderungen und Exekution im konkursfreien Vermögen ist. Eine tragfähige Lösung liegt sicherlich in der Anwendung des § 132 KO, wobei diese Bestimmung lediglich für Verteilungen aus dem Konkursvermögen gilt, nicht jedoch für die Quotenzahlungen bei einem Zahlungsplan, diese sind nach § 149 KO mit dem mutmaßlichen Ausfall zu berücksichtigen (*Kodek*, Handbuch Privatkonkurs Rz 300).



#### Der Autor:

Dr. Bernhard Birek ist seit vier Jahren selbstständiger Rechtsanwalt in Schlüßlberg, er hat sich in seiner Ausbildungszeit in der Rechtsanwaltskanzlei Dr. Gerald Haas auf Insolvenzrecht spezialisiert und Großinsolvenzen wie Obst Huber oder den Konkurs der Steiner Gruppe mitbetreut. Dr. Bernhard Birek ist häufig sowohl als gerichtlich bestellter Masseverwalter als auch als Schuldnervertreter tätig.

#### Publikationen des Autors:

Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise, AnwBl 2003, 133; Anmerkung zur Entscheidung AnwBl 2003, 724.

■ ZIK 2008/247, 148

# Prozessuale Konsequenzen einer Anfechtung der Zession einer bereits eingeklagten Forderung

Zugleich eine Besprechung der E OGH 7 Ob 49/08v<sup>1)</sup>

Der mit der Anfechtung einer Zession obsiegende Masseverwalter ist mit Zustimmung des debitor cessus berechtigt, gem § 234 ZPO statt des Anfechtungsgegners in den Prozess über die zedierten Ansprüche einzutreten.

RA Dr. Stephan Wehrberger  
Wien

## 1. Die Entscheidung des OGH

Über das Vermögen einer KG und deren Komplementär-GmbH wurde das Ausgleichsverfahren eröffnet und der Nebenintervenient aufseiten der *Bekl* zum Masseverwalter bestellt. Mangels Erfüllung eines angenommenen Zwangsausgleichs wurden die Konkursverfahren aufgehoben. Noch während des aufrechten Konkursverfahrens trat der Geschäftsführer der Komplementärin die gegenständlichen Forderungen der Gemeinschuldnerinnen an seine beiden Söhne ab. Nach Aufhebung der Konkurse wurde diese Abtretung „zur Vorsicht“ wiederholt. Einer der

beiden Söhne trat in der Folge die ihm zedierten Ansprüche an seinen Bruder, den Kl, ab.

2001 wurde neuerlich das Konkursverfahren über die GmbHs eröffnet und der Nebenintervenient aufseiten des Kl zum Masseverwalter<sup>2)</sup> bestellt. Die Anfechtungsklagen des Masseverwalters gegen den Kl und seinen Bruder waren erfolgreich und die Zession an den Kl und seinen Bruder wurde jeweils den Gläubigern der Gemeinschuldnerinnen gegenüber für unwirksam erklärt.

Nach rechtskräftiger Beendigung der beiden Anfechtungsprozesse erklärte der Masseverwalter, der dem Verfahren bereits zuvor nach Einbringung der Anfechtungsklagen als Nebenintervenient beigetreten war, anstelle des Kl in den Prozess

1) Siehe in diesem Heft ZIK 2008/287, 168; der Autor war am Verfahren beteiligt.

2) Der Nebenintervenient aufseiten des Kl wird in der Folge kurz als „Masseverwalter“ bezeichnet.

eintreten zu wollen. Die Bekl sprach sich ausdrücklich nicht gegen den Prozesseintritt aus, der Kl stimmte nicht zu. Das ErstG beschloss, den Masseverwalter anstelle des bisherigen Kl als Partei im Verfahren zuzulassen. Daraufhin schloss der Masseverwalter mit der Bekl einen durch die Rechtskraft der Entscheidung über den Parteieintritt bedingten Vergleich. Das RekursG bestätigte die E des ErstG.

Der OGH führte aus, dass ein Fall des § 234 ZPO vorliege, mit Zustimmung des Gegners sei ein Prozesseintritt des Masseverwalters möglich, auf die Zustimmung des Kl komme es nicht an.

## 2. Prozesseintritt des Masseverwalters mit Zustimmung des debitor cessus

Die E ist im Ergebnis uneingeschränkt zu begrüßen, hat der OGH doch damit zwischen dem Masseverwalter und dem debitor cessus eine direkte Bereinigung der Forderung zugelassen, deren Abtretung erfolgreich angefochten wurde. Nach hA wirkt die Rechtsgestaltung der erfolgreichen Anfechtung nur zwischen dem Anfechtungsgegner und der Konkursmasse bzw den Konkursgläubigern gegenüber. Gegenüber allen anderen Rechtsgenossen bleibt die angefochtene Rechtshandlung wirksam<sup>3)</sup>; sie ist daher nicht schlechthin (absolut) unwirksam<sup>4)</sup>. Bei anfechtbarer Abtretung einer Forderung durch den Gemeinschaftschuldner kann der debitor cessus dem Anfechtungsgegner als Zessionar deshalb nicht die Anfechtbarkeit der Forderungsabtretung einwenden<sup>5)</sup>.

Entsprechend der vorliegenden E führt die erfolgreiche Anfechtung im streitigen Zivilprozess über die abgetretene Forderung bei Zustimmung des debitor cessus als „Gegner“ iSd § 234 ZPO zu einem Parteiwechsel vom Anfechtungsgegner (= Zessionar) auf den Masseverwalter. Obwohl sich der debitor cessus wegen der relativen Wirkung der Anfechtung nicht darauf berufen kann, dass der Zessionar infolge Anfechtung nicht mehr forderungsberechtigt sei, so ist der debitor cessus durch Erteilung seiner Zustimmung gem § 234 ZPO doch zumindest in der Lage, im Streitverfahren einen Parteiwechsel vom Zessionar auf den Masseverwalter zu bewirken.

Die Anwendung von § 234 ZPO setzt neben der Zustimmung des Gegners das Vorliegen einer „Veräußerung“ vom ursprünglichen Inhaber der streitverfangenen Sache (Forderung) auf deren Erwerber voraus, worunter die hM aber jede Art von Einzelrechtsnachfolge<sup>6)</sup> versteht. In der vorliegenden E hat der OGH nun zum Ausdruck gebracht, dass auch die urteilsmäßige Feststellung der Unwirksamkeit einer Zession gegenüber den Konkursgläubigern im Rahmen einer erfolgreichen konkursrechtlichen Anfechtung als Veräußerung iSd § 234 ZPO angesehen werden kann bzw eine solche bewirkt. Diese prozessrechtliche Einordnung der Anfechtung ist durchaus konsequent, fällt doch nach der Rsp auch Einzelrechtsnachfolge durch richterliche Verfügung unter den Begriff der Veräußerung iSd § 234 ZPO<sup>7)</sup>. Für die Annahme einer Einzelrechtsnachfolge spricht auch, dass sich der debitor cessus nach rechtskräftiger Unwirksamklärung einer Abtretung

dem Zahlungsverlangen des Masseverwalters nicht mehr widersetzen kann<sup>8)</sup>, worin unzweifelhaft ein gewisser Übergang des Forderungsrechts auf den Masseverwalter liegt. Dem steht die relative Wirkung der Anfechtung keinesfalls entgegen. Diese tritt richtigerweise gegenüber allen Personen ein, soweit das zur Erreichung des Konkurszwecks erforderlich ist<sup>9)</sup>; der debitor cessus kann von der Unwirksamkeit also zwanglos mitumfasst werden.

In weiterer Folge stellt sich die Frage, was zu gelten hat, wenn der debitor cessus seine Zustimmung zum Parteiwechsel gem § 234 ZPO *verweigert*. Nach der gemäß hRsp maßgeblichen Irrelevanztheorie steht die Disposition über den Streitgegenstand weiterhin dem Veräußerer (= Anfechtungsgegner) zu<sup>10)</sup>. Dieser *mus*s als Kl sein Begehren *nicht* auf Leistung an den Rechtsnachfolger (= Masseverwalter) umstellen, allerdings ist er *berechtig*t, Leistung an den Rechtsnachfolger zu verlangen<sup>11)</sup>. Unterbleibt eine Umstellung des Begehrens auf Leistung an den Masseverwalter als Rechtsnachfolger durch den Anfechtungsgegner als Kl, so kann der debitor cessus ggf erst im Exekutionsverfahren einwenden, dass er infolge erfolgreicher Anfechtung bereits an den Masseverwalter geleistet habe (wozu er ja verpflichtet ist). Der debitor cessus ist also aus Gründen der Prozessökonomie gut beraten, dem Parteiwechsel auf den materiell-rechtlich forderungsberechtigten Masseverwalter gemäß § 234 ZPO zuzustimmen.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass es im Anfechtungsverfahren (neben einem allfälligen Zahlungsverlangen) offenbar ausreichend ist, auf Feststellung der Unwirksamkeit der Abtretung gegenüber den Konkursgläubigern zu klagen, um als Masseverwalter folglich anstelle des Anfechtungsgegners in einen Prozess mit dem debitor cessus eintreten zu können. Eines gesonderten Begehrens im Anfechtungsprozess, wonach der Anfechtungsgegner schuldig sei, im Prozess gegen den debitor cessus das Klagebegehren auf Leistung an den Masseverwalter umzustellen, bedarf es also nicht.

Im Übrigen schloss sich der OGH in der E der neueren Lehre an, wonach eine Zustimmung des Rechtsvorgängers bei Anwendung von § 234 ZPO nicht erforderlich sei, da der Rechtsstreit zwischen den sachlegitimierten Personen ausgetragen werden soll<sup>12)</sup>.

3) *König*, Die Anfechtung nach der Konkursordnung<sup>3</sup> Rz 2/11.

4) *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* § 27 KO Rz 52.

5) *Rebernik* in *Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (22. Lfg, 2006) § 27 KO Rz 18.

6) *Klicka* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen<sup>2</sup> III § 234 ZPO Rz 18.

7) *Klicka* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> III § 234 ZPO Rz 18.

8) *König*, Anfechtung<sup>3</sup> Rz 2/12 unter Hinweis auf OGH SZ 61/47 = JBl 1988, 652.

9) Vgl zur Problematik der Unwirksamkeit nach § 3 Abs 1 KO *Schneider*, Kündigung von Bestandverhältnissen durch den Gemeinschaftschuldner, ZIK 2003/106, 83 (86 f).

10) *Rechberger/Klicka* in *Rechberger*, Kommentar zur ZPO<sup>3</sup> § 234 ZPO Rz 4.

11) *Klicka* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> III § 234 ZPO Rz 25.

12) *Rechberger/Klicka* in *Rechberger*, Kommentar zur ZPO<sup>3</sup> § 234 ZPO Rz 3; *Klicka* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> III § 234 ZPO Rz 37 ua.



### Der Autor:

Dr. Stephan Wehrberger ist als Rechtsanwalt in Wien tätig. Der Autor hat zum WEG 2002 publiziert. Er ist unter anderem auf Insolvenz- und Schadenersatzrecht spezialisiert und als Masseverwalter tätig.

## Die Auftraggeberhaftung gem §§ 67a ff ASVG im Konkurs des Subunternehmers

Durch das AuftraggeberInnen-HaftungsG<sup>1)</sup> werden die §§ 67a–67d in das ASVG eingefügt. Diese Bestimmungen sehen eine verschuldensunabhängige, der Höhe nach begrenzte Haftung des einen Bauauftrag weitergebenden Unternehmers für Sozialversicherungsbeiträge vor, die sein Subunternehmer an österr Krankenversicherungsträger zu entrichten hat. Im Weiteren werden Rechtswirkungen dieser Regelung, die voraussichtlich 2009 in Kraft treten wird<sup>2)</sup>, im Konkurs des Subunternehmers anhand dreier Fallvarianten dargestellt.

Mag. Barbara Reisenhofer  
Wien

### 1. Hintergrund: Sozialbetrug in der Baubranche

Hintergrund des AuftraggeberInnen-HaftungsG ist die in der Baubranche existente Praxis der geplanten Insolvenz<sup>3)</sup>, die für überproportionale Beitragsausfälle in diesem Sektor verantwortlich gemacht wird<sup>4)</sup>. Scheinfirmer, die in Wahrheit für andere Unternehmen tätige Arbeitnehmer zur SV anmelden, gehen innerhalb weniger Monate nach Gründung und ohne tatsächlich SV-Beiträge entrichtet zu haben in Konkurs<sup>5)</sup>. Der Versicherungsschutz der Arbeitnehmer in Kranken- und Unfallversicherung ist dennoch gewährleistet<sup>6)</sup>, da dieser weder Anmeldung noch Beitragszahlung, sondern lediglich die Erfüllung der Beitragspflicht auslösenden Tatbestands voraussetzt<sup>7)</sup>. Der zuständige Krankenversicherungsträger (KVTr) ist häufig derjenige, der mangels Einbringlichkeit seiner Forderungen und um weitere Beitragsausfälle zu minimieren den Konkursantrag stellt<sup>8)</sup>.

Eine nicht untypische Form der Abwicklung von Bauaufträgen, nämlich deren Weitergabe in komplexen Subunternehmerketten<sup>9)</sup>, begünstigt diese Betrugspraxis. Sie ermöglicht, sich durch systematische Zwischenschaltung von Scheinfirmer eines beträchtlichen Teils der Sozialabgaben zu entledigen<sup>10)</sup>. Dass die so erzielte Reduktion der Personalkosten einen nicht unerheblichen Wettbewerbsvorteil mit sich bringt, liegt auf der Hand. Gerade der ökonomische Nutzen, den – auch redliche, vor allem aber unredliche – Bauunternehmer aus der solcherart

arbeitsteiligen Durchführung von Bauaufträgen ziehen<sup>11)</sup>, bildet den Ansatzpunkt der vom Gesetzgeber gewählten Konstruktion der Auftraggeberhaftung.

### 2. Grundkonstellation: Vertragsabschluss und Werklohnzahlung vor Konkurseröffnung

Erklärtes Ziel des AuftraggeberInnen-HaftungsG ist die Reduktion der SV-Beitragsausfälle aufgrund von Auftragsvergaben an unseriöse Baufirmen<sup>12)</sup>. Zu diesem Zweck wird Bauunternehmern, die Bauaufträge an andere Unternehmer weitergeben, für den Fall der Insolvenz dieser Subunternehmer eine Haftung für rückständige SV-Beiträge auferlegt. Gleichzeitig bestehen Haftungsbefreiungsoptionen, die einen Anreiz zur Auftragsvergabe an seriöse Unternehmer mit entsprechend geringerer Insolvenzwahrscheinlichkeit bieten sollen<sup>13)</sup>.

Zunächst soll der Mechanismus der Auftraggeberhaftung anhand jenes chronologischen Ablaufs, den der Gesetzgeber prototypisch vor Augen hatte – Vertragsabschluss, Werklohnzahlung, Insolvenz des Subunternehmers –, dargestellt werden.

#### 2.1. Haftungstatbestand: Weitergabe von Bauaufträgen

Jener Tatbestand, an den die Auftraggeberhaftung anknüpft, wird in § 67a ASVG umschrieben: Die Erbringung von Bauleistungen<sup>14)</sup>, die ein Unternehmer schuldet, wird vertraglich – vollständig oder teilweise – an einen anderen Unternehmer weitergegeben. Von der Haftung betroffen sind damit einerseits nur Unternehmer<sup>15)</sup>. Augenfällig ist weiters, dass (was der Gesetzestitel nicht unbedingt nahelegt) die „Auftraggeberhaftung“ nicht die Ersterteilung eines Bauauftrags betrifft, vielmehr erfasst sie erst dessen Weiterleitung von einem Bauunternehmer<sup>16)</sup> (iW

1) BGBl I 2008/91.

2) Die §§ 67a–67d ASVG (mit Ausnahme der Bestimmungen über die Antragstellung auf Aufnahme in die HFU-Liste, s 2.2.1.) treten in Kraft, sobald durch VO des BMSK festgestellt wird, dass die zur Verfügung stehenden technischen Mittel zu deren Vollziehung geeignet sind.

3) Thomas, Auftraggeberhaftung in der Bauwirtschaft für Sozialversicherungsbeiträge, *ecolex* 2008, 506.

4) Die ErläutRV zum AuftraggeberInnen-HaftungsG, 523 BlgNR 23. GP 2, sprechen von systematischer Hinterziehung von SV-Beiträgen durch Schwindelfirmer. Der fiskalische Schaden bewege sich zwischen 800 Mio und 1 Mrd € pro Jahr. S auch Bartos, Millionenschaden durch Sozialbetrug, *SozSi* 2006, 119 (124 ff).

5) Bartos, *SozSi* 2006, 120; Gagawczuk, Sozialbetrugsgesetz, *RdA* 2005, 198.

6) Rebhahn, Grundfragen einer Auftraggeberhaftung für Sozialversicherungsbeiträge, *RdA* 2008, 207.

7) § 10 Abs 1 ASVG. Abweichendes gilt für Versicherungszeiten in der Pensionsversicherung, s § 225 Abs 1 ASVG; Grillberger, Österreichisches Sozialrecht<sup>6</sup> (2005) 15, 78.

8) Derntl, Strafbarkeit gem § 153c StGB nach Zahlungsanfechtung, *ZIK* 2007/9, 9 (10).

9) Bartos, Vorschau: Die neue Auftraggeberhaftung, *SozSi* 2008, 358 (359); Thomas, *ecolex* 2008, 507.

10) Bartos, *SozSi* 2008, 358.

11) ErläutRV AuftraggeberInnen-HaftungsG (FN 4) 3; Rebhahn, *RdA* 2008, 207; Thomas, *ecolex* 2008, 506.

12) ErläutRV AuftraggeberInnen-HaftungsG (FN 4) 2.

13) ErläutRV AuftraggeberInnen-HaftungsG (FN 4) 2; Rebhahn, *Erweiterte Bau-Auftraggeberhaftung in Umgehungs-fällen*, *ecolex* 2008, 503; ders, *RdA* 2008, 210.

14) Unter *Bauleistungen* sind gem § 19 Abs 1a UStG alle Leistungen inkl der Überlassung von Arbeitskräften zu verstehen, die der Herstellung, Instandsetzung, Instandhaltung, Änderung oder Beseitigung von Bauwerken dienen.

15) Zu den Gründen der Beschränkung s ErläutRV AuftraggeberInnen-HaftungsG (FN 4) 3.

16) ErläutRV AuftraggeberInnen-HaftungsG (FN 4) 3 f: Dieser muss seine Niederlassung in Österreich haben.



als „Auftraggeber“ bezeichnet) an einen anderen. Der Bauherr ist, sofern nicht selbst Bauunternehmer, nicht Adressat der Haftung. Jeder Bauunternehmer dagegen haftet in weiterer Folge für das jeweils nächste Glied in der Subunternehmerkette, idR nicht jedoch für deren weitere Stufen<sup>17)</sup>.

Die Auftraggeberhaftung sichert einerseits die Zahlung jener Beiträge und Umlagen<sup>18)</sup>, die der Subunternehmer an österr KVTr zu entrichten hat. Die Haftung beschränkt sich nicht auf Sozialabgaben, die dem weitergegebenen Bauauftrag zuzuordnen sind<sup>19)</sup>, sondern umfasst *sämtliche Beitragsschulden des Subunternehmers*, die bis zum Ende jenes Kalendermonats fällig werden, in dem der Auftraggeber den Werklohn an diesen leistet. Andererseits haftet der Auftraggeber für Verbindlichkeiten, die der Subunternehmer selbst aus Auftraggeberhaftung schuldet. Nicht einbezogen werden hingegen – im Gegensatz zur dt Generalunternehmerhaftung<sup>20)</sup> – die an ausländische Sozialversicherungsträger zu entrichtenden Abgaben<sup>21)</sup>.

Den mangels Auftragsbezogenheit für den Betroffenen potenziell unabsehbaren Haftungsumfang gleicht eine Begrenzung der Höhe nach aus: Der Auftraggeber haftet bis zu einem Maximum von *20 % des geleisteten Werklohns*. Dieser Prozentsatz kann, sollte er sich als unzureichend erweisen, im Verordnungsweg für das jeweils nächste Kalenderjahr angepasst werden<sup>22)</sup>.

## 2.2. Haftungseintritt mit Werklohnzahlung

Abzugrenzen ist der *Eintritt der Auftraggeberhaftung* von der Möglichkeit zu deren Geltendmachung. Ersterer ist gegeben, sobald der Werklohn<sup>23)</sup> an das beauftragte Unternehmen geleistet<sup>24)</sup> wird. Erfolgt die Werklohnzahlung in mehreren Abschnitten, tritt auch die Haftung bzw Haftungsbefreiung etappenweise ein. Der Zeitpunkt der Leistung des Werklohns, der in der hier interessierenden Konstellation vor Konkurseröffnung über das Vermögen des Subunternehmers liegt, determiniert neben dem Haftungsumfang auch das Vorliegen von *Haftungsbefreiungsgründen* zugunsten des Auftraggebers.

### 2.2.1. Eintragung in der HFU-Gesamtliste

Im Gegensatz zum dt Modell, wo sich der Generalunternehmer von seiner Haftung durch den (aufwendigen<sup>25)</sup>)

Nachweis befreien kann, dass ohne Verschulden davon ausgegangen werden konnte, der Nachunternehmer werde seiner Zahlungspflicht nachkommen, ist die österr Auftraggeberhaftung grundsätzlich *verschuldensunabhängig*<sup>26)</sup>. Auch das AuftraggeberInnen-HaftungsG will jedoch die Weitergabe von Bauaufträgen an „punkto Schwarzarbeit unbedenkliche“ Bauunternehmer durch Haftungsbefreiung belohnen<sup>27)</sup>. Der Auftraggeber haftet daher nicht, wenn sein Subunternehmer zum *Zeitpunkt der Leistung des Werklohns*<sup>28)</sup> in der *Gesamtliste der haftungsfreistellenden Unternehmen* (HFU-Gesamtliste) aufscheint; diese wird von der

WGKK<sup>29)</sup> in elektronischer Form durch tagesaktuelles Zusammenführen der Einzellisten der KVTr erstellt<sup>30)</sup>.

Voraussetzung der Aufnahme in die Liste des zuständigen KVTr<sup>31)</sup> ist die Erbringung von Bauleistung iSd § 19 Abs 1a UStG seit mindestens drei Jahren in Österreich, dem übrigen EWR oder der Schweiz<sup>32)</sup>. Weiters darf der Bauunternehmer weder mit der Zahlung von Beiträgen für frühere Perioden als das Kalendermonat der Antragstellung und jenes zuvor im Rückstand sein<sup>33)</sup>, noch dürfen Beitragsnachweisungen für diesen Zeitraum fehlen. Schließlich berechtigt § 67b Abs 4 ASVG den KVTr bei Vorliegen schwerwiegender verwaltungs- oder strafrechtlicher Verstöße sowie wenn zu erwarten sei, dass der Unternehmer seine sozialversicherungsrechtlichen Verpflichtungen nicht erfüllen werde, die Aufnahme in die Liste zu verweigern. Bei späterem Wegfall der Voraussetzungen ist ein Bauunternehmer – im Fall von Beitragsrückständen nach vorhergehender entsprechender Mahnung<sup>34)</sup> – wieder aus der HFU-Liste zu streichen.

### 2.2.2. Zahlung eines Haftungsbetrags

Mangels Eintragung des Subunternehmers in der HFU-Gesamtliste hat der Auftraggeber die Möglichkeit zur Haftungsbefreiung, indem er einen *Haftungsbetrag* in Höhe von *20 % des Werklohns* – gleichzeitig mit der Zahlung der übrigen 4/5 an seinen Subunternehmer – unmittelbar an die WGKK entrichtet. Einer diesbezüglichen vertraglichen Vereinbarung zwischen Auftraggeber und Subunternehmer bedarf es nicht<sup>35)</sup>. Im Verhältnis zwischen diesen wirkt die Zahlung an den KVTr aufgrund expliziter gesetzlicher Anordnung *schuld-befreiend*<sup>36)</sup>.

## Bauunternehmer haften für Sozialabgaben insolventer Subunternehmer.

17) Zur erweiterten Haftung bei mangelnder Auskunftserteilung s § 67a Abs 8 ASVG, zu jener in Umgehungsfällen s § 67a Abs 10 ASVG und ausführlich *Rebhahn*, *ecolex* 2008, 503.

18) Erfasst sind ua Beiträge nach AIVG, IESG sowie die AK-Umlage; s *Rebhahn*, *RdA* 2008, 211.

19) Die dt Generalunternehmerhaftung gem § 28e Abs 3a SGB IV (dBGBl I 2002/2787, idF dBGBl I 2006/926) ist projekt- oder baustellenbezogen. Die resultierende Notwendigkeit der Zuordnung einzelner Arbeitnehmer zu konkreten Bauprojekten vermeidet die österr Regelung bewusst; s ErläutRV AuftraggeberInnen-HaftungsG (FN 4) 4 f.

20) *Seewald in Niesel*, *Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht* (48. Lfg, 2005) § 28e SGB IV RN 29.

21) ErläutRV AuftraggeberInnen-HaftungsG (FN 4) 4. Siehe zu damit verbundenen gemeinschaftsrechtlichen Fragen *Rebhahn*, *RdA* 2008, 216 f; *Thomas*, *ecolex* 2008, 508.

22) § 67d ASVG; *Lanik*, *Bundesgesetz*, mit dem das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz geändert wird (AuftraggeberInnen-Haftungsgesetz), *ASoK* 2008, 225 (230).

23) Als Werklohn gilt das gesamte für die Erfüllung des Auftrags zu leistende Entgelt sowie Teilleistungen davon; s § 67a Abs 2 ASVG.

24) Nach *Rebhahn*, *RdA* 2008, 210, ist unter „Leistung“ neben der genannten Zahlung und Aufrechnung auch jede andere Art der Erfüllung der Werklohnschuld zu verstehen.

25) *Seewald in Niesel*, *SGB IV* § 28e RN 31 f.

26) Siehe zum Vorsatzerfordernis bei der erweiterten Haftung in Umgehungsfällen *Rebhahn*, *ecolex* 2008, 504.

27) ErläutRV AuftraggeberInnen-HaftungsG (FN 4) 2. *Thomas*, *ecolex* 2008, 507.

28) Siehe zum relevanten Zeitpunkt ua *Aubauer/Neumann*, *Die Auftraggeberhaftung*, *taxlex* 2008, 215.

29) Bei der WGKK ist ein Dienstleistungszentrum einzurichten, das als Zentralstelle die Durchführung der Auftraggeberhaftung koordiniert; s § 67c ASVG.

30) *Aubauer/Neumann*, *taxlex* 2008, 216; *Bartos*, *SozSi* 2008, 359.

31) Anträge können ab 1. 11. 2008 gestellt werden und sind an die WGKK zu richten. Zum Verfahren s *Aubauer/Neumann*, *taxlex* 2008, 217; *Lanik*, *ASoK* 2008, 228 f.

32) ErläutRV AuftraggeberInnen-HaftungsG (FN 4) 4. Zu deren Nachweis ua *Aubauer/Neumann*, *taxlex* 2008, 216.

33) Bagatellgrenze: 10 % der letzten monatlichen Beitragsabrechnung vor Antragstellung. Weiters ausgenommen sind vereinbarte Beitragsstundung oder Ratenzahlung.

34) *Aubauer/Neumann*, *taxlex* 2008, 216; *Lanik*, *ASoK* 2008, 228.

35) *Rebhahn*, *RdA* 2008, 214. *Thomas*, *ecolex* 2008, 508, hält den Abzug eines Haftungsbetrags jedoch für vertragswidrig, wenn der Subunternehmer im Zahlungszeitpunkt ohnehin in der HFU-Gesamtliste eingetragen ist.

36) § 67a Abs 4 ASVG.

Die WGKK hat den eingegangenen Haftungsbetrag an den zuständigen KVTr weiterzuleiten<sup>37)</sup>, wo er als Guthaben am Beitragskonto des Subunternehmers verbucht wird. Sofern keiner der gesetzlich aufgezählten Gründe vorliegt, ist dieses dem Subunternehmer auf dessen schriftlichen Antrag auszu zahlen. Gründe für ein *Einbehalten des Haftungsbetrags* stellen das Vorliegen von Beitragsschulden bei (irgend)einem österr KVTr am Ende des Kalendermonats der Antragstellung, das Fehlen von Beitragsnachweisungen sowie ein auffälliger Widerspruch zwischen Beitragsnachweisungen oder Höhe des Werklohns und der Zahl der versicherten Personen dar<sup>38)</sup>. Wird der Haftungsbetrag einbehalten, kommt es zu dessen Verrechnung mit offenen SV-Verbindlichkeiten des Subunternehmers sowie mit Ansprüchen gegen diesen aus dessen Auftraggeberhaftung<sup>39)</sup>.

### 2.3. Geltendmachung der Auftraggeberhaftung und Forderungsanmeldung im Konkurs

Das Geltendmachen der Auftraggeberhaftung setzt neben dem Haftungseintritt entweder die erfolglose Exekutionsführung zur Hereinbringung der offenen SV-Verbindlichkeiten oder das Vorliegen eines *Insolvenztatbestands nach § 1 IESG* voraus. Von hoher praktischer Relevanz ist hier neben der iW ausschließ lich behandelten Konkursöffnung vor allem die Abweisung des Konkursantrags mangels hinreichenden Vermögens. Dass Insolvenztgeltansprüche der Arbeitnehmer, die ein Tatbestand nach § 1 IESG ebenfalls auslöst, die Dienstnehmeranteile an der SV umfassen, reduziert die Haftung des Auftraggebers ausdrücklich nicht<sup>40)</sup>.

Die Auftraggeberhaftung kann sowohl vom jeweiligen KVTr als auch der WGKK *im Zivilrechtsweg* geltend gemacht werden und fällt in die Zuständigkeit jenes Gerichts in Handelssachen, in dessen Sprengel der Auftraggeber seinen Sitz hat<sup>41)</sup>. Dessen ungeachtet hat der KVTr die Möglichkeit, seine bei Konkursöffnung offenen Forderungen *im Konkursverfahren* des Subunternehmers in voller Höhe anzumelden. Der Auftraggeber dagegen kann seinen potentiellen Rückgriffsanspruch gem § 17 Abs 2 KO zunächst bloß bedingt damit, dass der KVTr die entsprechende Forderung im Konkurs des Subunternehmers von vornherein nicht geltend macht<sup>42)</sup>, zur Anmeldung bringen. Nach Inanspruchnahme aus der Auftraggeberhaftung steht es ihm frei, die Regressforderung als unbedingte Konkursforderung anzumelden, seinem Teilnahmeanspruch geht jedoch jener des KVTr vor<sup>43)</sup>.

Hat der Auftraggeber den Haftungseintritt rechtzeitig durch Zahlung eines Haftungsbetrags verhindert, vermeidet er, da er in Summe bloß den geschuldeten Werklohn (schuldbefreiend) geleistet hat, Prozesskosten wie Rückgriffsproblematik. Auch für den KVTr ist diese Vorgangsweise nicht von Nachteil: Unerwünschte anfechtungsrechtliche Konsequenzen bei Zahlung

innerhalb der kritischen Fristen schließt das AuftraggeberInnen-HaftungsG in § 67a Abs 4 ASVG explizit aus. Dass die Leistungserbringung an den Gläubiger hier nicht durch den Gemeinschuldner selbst, sondern durch einen Dritten erfolgt ist, würde nämlich weder einer Konkursanfechtung wegen objektiver Begünstigung gem § 30 KO, noch einer solchen wegen Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit gem § 31 KO entgegenstehen<sup>44)</sup>. Der geleistete Haftungsbetrag gilt jedoch gem § 67a Abs 4 ASVG „als Drittleistung“<sup>45)</sup> und *unterliegt nicht den Vorschriften über die Konkursanfechtung*. Das ist insofern bemerkenswert, als gerade die Anfechtung von vor Konkursöffnung entrichteten SV-Beiträgen extrem praxisrelevant, wenngleich rechtspolitisch umstritten ist<sup>46)</sup>. Teils wird vertreten, die KVTr unterschieden sich als sog „Zwangsgläubiger“<sup>47)</sup> von anderen Konkursgläubigern insofern, als sie nicht in der Lage seien, frei zu disponieren, wer ihr Beitragsschuldner werde und schon die Fortdauer der das Versicherungsverhältnis begründenden Sachverhalte zum Entstehen weiterer Forderungen führe<sup>48)</sup>. Dass die im Rahmen der Auftraggeberhaftung entrichteten Haftungsbeträge der Anfechtung entzogen sind, trägt diesen Bedenken ansatzweise<sup>49)</sup> Rechnung.

### 3. Variante 1: Vertragsabschluss vor Konkursöffnung, Fälligkeit des Werklohns zu einem späteren Zeitpunkt

Etwas anders liegen die Dinge, wenn das Konkursverfahren über das Vermögen des Subunternehmers zu einem Zeitpunkt eröffnet wird, in dem der vereinbarte Werklohn mangels Fälligkeit noch nicht an diesen geleistet wurde. Hier ist zunächst zu berücksichtigen, dass, wenn auch der Subunternehmer seine vertraglich geschuldete Bauleistung noch nicht vollständig erbracht hat, ein Fall des § 21 KO vorliegt<sup>50)</sup>, wobei dem Masseverwalter ein *Wahlrecht* zwischen beiderseitiger vollständiger Erfüllung und Vertragsrücktritt zukommt. Tritt er vom Vertrag zurück, entfallen Werklohnzahlung und Auftraggeberhaftung.

Hat der Gemeinschuldner dagegen bei Konkursöffnung seine eigene Leistung bereits vollständig erbracht oder erklärt der Masseverwalter den Vertragseintritt, stellt sich primär die Frage, ob es dem Auftraggeber weiterhin offensteht, seine Haftung durch *Leistung eines Haftungsbetrags* bei Werklohnzahlung

37) Bei Zuständigkeit mehrerer KVTr wird der Haftungsbetrag relativ zur Anzahl der versicherten Personen auf die zuständigen Kassen aufgeteilt; ErläutRV AuftraggeberInnen-HaftungsG (FN 4) 5; Lanik, ASoK 2008, 226.

38) S im Detail und zu Gegenansätzen § 67a Abs 6 ASVG.

39) Interessanterweise stellt das bloße Vorliegen von offenen Verbindlichkeiten aus Auftraggeberhaftung aber keinen Grund für die Einbehaltung des Guthabens dar.

40) § 67a Abs 2 letzter Satz ASVG; Rebhahn, RdA 2008, 212.

41) § 67a Abs 13 ASVG; ErläutRV AuftraggeberInnen-HaftungsG (FN 4) 6.

42) Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht<sup>4</sup> I § 17 KO Rz 5.

43) Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger, InsR<sup>4</sup> I § 17 KO Rz 3, § 18 KO Rz 5.

44) König, Die Anfechtung nach der Konkursordnung<sup>3</sup> (2003) Rz 10/19, 11/35; Rebernik in Konecny/Schubert, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (23. Lfg, 2006) § 30 Rz 23, § 31 Rz 2.

45) Worunter zu verstehen sein wird, dass die Leistung dem Subunternehmer zuzurechnen ist; so Rebhahn, RdA 2008, 215; unklar die ErläutRV AuftraggeberInnen-HaftungsG (FN 4) 5: Daraus, dass es sich bei der Leistung des Haftungsbetrags um eine Drittleistung handle, ergebe sich, dass diese nicht der Konkursanfechtung unterliege.

46) S ua Bartos, Anfechtung von SV-Beiträgen in Konkursverfahren, SozSi 1994, 478; Derntl, ZIK 2007/9, 10; Kodek, KO-Novelle 2008 – Diskussionsstand und Perspektiven, ÖBA 2008, 91 (98); König, Neues zur Anfechtbarkeit von Steuerleistungen – Bemerkungen zu OGH 6 Ob 37/01m und 6 Ob 339/00x, ZIK 2002/2, 2. Für die dt Rechtslage s Knospel/Gellrich, Notwendiger Korrekturbedarf im Recht der Insolvenzanfechtung aus systematischer Sicht der Gesetzlichen Sozialversicherung, NZS 2006, 303.

47) König, Anfechtung<sup>3</sup> Rz 1/12; ders, ZIK 2002/2, 2.

48) Bartos, SozSi 1994, 478; Knospel/Gellrich, NZS 2006, 309.

49) S zu Bedenken, aus der Formulierung des § 67a Abs 4 ASVG könnte auf eine allgemeine anfechtungsrechtliche Privilegierung der KVTr geschlossen werden, Rebhahn, RdA 2008, 215.

50) Zur Anwendbarkeit des § 21 KO auf Bauverträge s Widhalm-Budak in Konecny/Schubert, KO (26. Lfg, 2007) § 21 Rz 33.

abzuwenden<sup>51)</sup>. Der Gesetzeswortlaut deutet darauf hin, § 67a Abs 3 Z 2 ASVG nennt, ohne weitere Einschränkungen zu treffen, den Zeitpunkt der Leistung des Werklohns als Zahlungszeitpunkt für den Haftungsbetrag. Auch dass die Möglichkeit zur Zahlung eines Haftungsbetrags überwiegend den Interessen des Auftraggebers Rechnung trägt<sup>52)</sup>, spricht dagegen, ihm diese Option nach Konkurseröffnung nicht mehr zuzugestehen. Lässt man die Leistung eines Haftungsbetrags also zu, erfüllt der Auftraggeber einen Teil seiner Werklohnschuld durch Zahlung nicht an die Konkursmasse, sondern unmittelbar an den KVTr und damit evidentermaßen zulasten der übrigen Konkursgläubiger.

*Rebhahn* hält diese Privilegierung des KVTr insofern für möglicherweise unsachlich, als der eingegangene Haftungsbetrag nicht nur zur Deckung von Konkursforderungen, die einen Bezug zu jenem Bauauftrag aufweisen, für den der Werklohn entrichtet wurde, sondern zur Tilgung sämtlicher gegen den Gemeinschuldner bestehender Beitragsforderungen herangezogen werden darf<sup>53)</sup>. Dem lässt sich entgegenhalten, dass sich die Leistung eines Haftungsbetrags aus Auftraggeberhaftung in diesem Punkt nicht signifikant von anderen gesetzlichen Sicherungsrechten unterscheidet. Auch das *Bestandgeberpfandrecht gem § 1101 ABGB*<sup>54)</sup> sichert sämtliche – auch zukünftige – Forderungen, die als Entgelt für die Gebrauchsüberlassung anzusehen sind<sup>55)</sup>. Dass jene Einrichtungsgegenstände, aus denen der Bestandgeber zB seine Forderung auf Heizkostenersatz befriedigt, mit diesen Kosten nicht in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen müssen, wird nicht zu bezweifeln sein. Das Entstehen eines übermäßigen Absonderungsrechts zulasten der übrigen Konkursgläubiger wird dadurch hintangehalten, dass dieses auf die Sicherung von Bestandzinsforderungen, die im Jahr vor Konkurseröffnung entstanden sind, beschränkt wird<sup>56)</sup>. Für die Auftraggeberhaftung erfüllt mE – jedenfalls bei zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung schon bestehenden Bauaufträgen, bei denen die übrigen Gläubiger von der Zahlung eines Haftungsbetrags nicht überrascht werden konnten – dessen Begrenzung mit 20 % des Werklohns diese Funktion ebenso effektiv. Eine zusätzliche Beschränkung der Verwendung des Haftungsbetrags auf die Deckung zugehöriger SV-Beiträge lässt sich also weder dem Gesetz entnehmen, noch erscheint sie in dieser Konstellation sachlich zwingend geboten. Gar nicht zu reden davon, dass man auf diesem Weg erst recht mit jenen Zuordnungsproblemen, die das AuftraggeberInnen-HaftungsG bewusst zu vermeiden versucht<sup>57)</sup>, konfrontiert wäre.

51) Eine Haftungsbefreiung aufgrund Eintragung in der HFU-Gesamtliste kommt zu diesem Zeitpunkt zweifelsohne nicht mehr in Betracht.

52) *Rebhahn*, RdA 2008, 215.

53) *Rebhahn*, RdA 2008, 215, der ebenfalls eine Parallele zu gesetzlichen Pfandrechten sieht.

54) Auch die Privilegierung des Bestandgebers ist nicht unumstritten, s *Reckenzaun*, Das gesetzliche Bestandgeberpfandrecht (1989) 2. Man wird jedoch davon ausgehen können, dass der Gesetzgeber die KVTr insb angesichts des eingeschränkten Anwendungsbereichs des AuftraggeberInnen-HaftungsG zumindest nicht weniger begünstigen wollte als die Bestandgeber.

55) *Binder* in *Schwimmann*, ABGB-Praxiskommentar<sup>3</sup> V (2006) § 1101 Rz 2; *Reckenzaun*, Bestandgeberpfandrecht 3, 7; *Schulyok* in *Konecny/Schubert*, KO (8. Lfg, 1999) § 48 Rz 103; *Würth* in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch<sup>3</sup> I (2000) § 1101 Rz 2.

56) § 48 Abs 4 KO; OGH 13. 7. 2007, 3 Ob 147/07z ZIK 2008/166, 99 = *ecolex* 2007/390, 935; *Reckenzaun*, Bestandgeberpfandrecht 75; *Schulyok* in *Konecny/Schubert*, KO § 48 Rz 104; *Zeitler*, § 48 Abs 4 KO und pfandweise Beschreibung, ZIK 2003/260, 197 (198).

57) S FN 19.

Leistet der Auftraggeber keinen Haftungsbetrag, kommt es mit Werklohnzahlung an die Konkursmasse zum Eintritt und Schlagendwerden der Auftraggeberhaftung. Diese Variante unterscheidet sich im Hinblick auf das Konkursverfahren nicht von der (unter 2.) dargestellten Grundkonstellation.

#### 4. Variante 2: Vertragsabschluss und Werklohnzahlung während des Fortbetriebs des Subunternehmens im Konkurs

Nicht thematisiert wurde bisher, wie sich §§ 67a ff ASVG auf Bauaufträge auswirken, die erst nach Konkurseröffnung während eines allfälligen Fortbetriebs des gemeinschuldnerischen Bauunternehmens angenommen werden. Für die Anwendbarkeit der Auftraggeberhaftung auch auf solche Verträge spricht wiederum der Wortlaut des Gesetzes – ein Tatbestand nach § 1 IESG muss für deren Geltendmachung „vorliegen“, nicht „eintreten“. Den Materialien zufolge muss das beauftragte Subunternehmen für eine Haftung überhaupt bloß „bereits insolvent“ sein<sup>58)</sup>.

Erachtet man daher in dieser Variante die Haftungsvoraussetzungen als im Zeitpunkt der Werklohnzahlung gegeben, stellt sich zunächst die Frage des *Haftungsumfangs*. Auch hier legt eine am Gesetzestext orientierte Auslegung nahe, dass die Haftung für sämtliche bis Ende des Kalendermonats der Werklohnleistung fälligen SV-Beiträge und Umlagen nicht nur jene Forderungen des KVTr erfasst, die nach Konkurseröffnung entstanden und als Masseforderungen zu qualifizieren sind<sup>59)</sup>, sondern auch solche, die bereits der Zeit vor Konkurseröffnung zuzurechnen sind, somit also Konkursforderungen darstellen. Die bloße *Haftung* des Auftraggebers auch für diese Verbindlichkeiten erscheint aus Perspektive der übrigen Konkursgläubiger unproblematisch, da sie weder Konkursmasse noch Gesamthöhe der Konkursforderungen tangiert<sup>60)</sup>.

Hinsichtlich der Verrechnungsmöglichkeit eines geleisteten *Haftungsbetrags*<sup>61)</sup> greift § 20 Abs 1 KO, wonach eine Aufrechnung von Konkursforderung und Gegenforderung der Konkursmasse nur insoweit zulässig ist, als sich die beiden Forderungen bei Konkurseröffnung aufrechenbar gegenüberstanden<sup>62)</sup>. Die Forderung auf Auszahlung des aus dem Haftungsbetrag resultierenden Guthabens an die Konkursmasse gem § 67a Abs 6 ASVG entsteht in dieser Konstellation erst nach Konkurseröffnung<sup>63)</sup> und kann somit nicht zur Tilgung von Konkursforderungen des KVTr herangezogen werden.

Gegen die Anwendbarkeit des § 20 Abs 1 KO ließe sich allenfalls argumentieren, die Aufrechnungsermächtigung des § 67a Abs 6 ASVG sei als speziellere Norm vorrangig. Dem steht

58) Erläuterung AuftraggeberInnen-HaftungsG (FN 4) 4.

59) Das sind SV-Beiträge immer dann, wenn auch die zugehörigen Entgeltsansprüche Masseforderungen darstellen, dh ua für laufendes Entgelt; s *Engelhart* in *Konecny/Schubert*, KO (18. Lfg, 2004) § 46 Rz 65, 252.

60) An die Stelle der Forderung des KVTr würde die Regressforderung des Auftraggebers treten. Zur Nachrangigkeit des Teilnahmeanspruchs im Konkurs s 2.3.

61) Die Option der Zahlung eines Haftungsbetrags wird man dem Auftraggeber – s Variante 1 – jedenfalls zubilligen müssen.

62) *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, InsR<sup>4</sup> I § 19 KO Rz 9; *Schubert* in *Konecny/Schubert*, KO (5. Lfg, 1998) §§ 19, 20 Rz 3, 28.

63) Die Werklohnforderung entsteht nach hA mit Abschluss des Werkvertrags, s *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, InsR<sup>4</sup> I § 20 KO Rz 7; *Schubert* in *Konecny/Schubert*, KO §§ 19, 20 Rz 32. Den Anspruch auf Auszahlung des Guthabens gem § 67a Abs 6 ASVG wird man dem Grunde nach demselben Zeitpunkt zurechnen können, da dessen Entstehung lediglich unter der Bedingung der teilweisen Erfüllung der Werklohnschuld mittels Zahlung eines Haftungsbetrags steht.

einerseits entgegen, dass das AuftraggeberInnen-HaftungsG, obwohl es an anderer Stelle die Anwendung konkursrechtlicher Regelungen ausdrücklich ausschließt<sup>64)</sup>, keinerlei Bezug auf die Aufrechnungsvorschriften der KO nimmt. Dies wäre insb angesichts der analogen Konkurrenzproblematik bei bereits bestehenden sozialversicherungsrechtlichen Aufrechnungsvorschriften<sup>65)</sup> jedenfalls zu erwarten. Ebenso spricht ein Vergleich mit dem funktionell ähnlichen<sup>66)</sup> gesetzlichen Bestandgeberpfandrecht für eine Einschränkung der Kompensationsmöglichkeit des KVTr gem § 20 Abs 1 KO. Wird nämlich für jenes aus Gründen der Gläubigergleichbehandlung vertreten, dass nach Konkurseröffnung vom Masseverwalter in die Bestandsache eingebrachte Gegenstände der Konkursmasse nur mehr solche Bestandzinsforderungen sichern, die nach Konkurseröffnung entstanden sind<sup>67)</sup>, ist nicht ersichtlich, warum für Haftungsbeträge, die aus nach Konkurseröffnung angenommenen Bauaufträgen resultieren, sinngemäß anderes gelten sollte. Diese sind demnach ebenfalls nur mit Masseforderungen, die ohnehin aus der Konkursmasse voll zu erfüllen wären<sup>68)</sup>, verrechnungsfähig.

## 5. Resümee

Die durch das AuftraggeberInnen-HaftungsG ins ASVG eingefügten Haftungsbestimmungen sind im Hinblick auf eine

effektive Bekämpfung des Sozialbetrugs in der Baubranche vielversprechend. Vor allem die für Auftraggeber attraktiven Haftungsbefreiungsgründe scheinen geeignet, eine Verlagerung hin zu einer verstärkten Auftragsweitergabe an seriöse Bauunternehmen mit geringerer Insolvenzwahrscheinlichkeit zu bewirken. Geht ein Subunternehmer dennoch in Konkurs, ergeben sich Folgeprobleme insb hinsichtlich der Verwendung eines Haftungsbetrags, die das Gesetz nicht ausreichend regelt.

Die uneingeschränkte Anwendbarkeit der §§ 67a ff ASVG auf Fälle, in denen bloß die Werklohnzahlung, nicht aber der zugrunde liegende Vertragsabschluss in die Zeit nach Konkurseröffnung fällt, erscheint unter der Prämisse einer bewusst weitgehenden insolvenzrechtlichen Privilegierung der KVTr in diesem Sektor sachlich vertretbar. Hält man die Auftraggeberhaftung auch in Fällen der Unternehmensfortführung im Konkurs für anwendbar, bestehen keine Bedenken hinsichtlich einer Haftung auch für Konkursforderungen des KVTr. Die aus Gründen der Gläubigergleichbehandlung sachlich gebotene Beschränkung der Verrechnungsmöglichkeit von Haftungsbeträgen aus nach Konkurseröffnung angenommenen Bauaufträgen auf Masseforderungen ergibt sich aus § 20 Abs 1 KO.

- 64) S zum Vorrang vor § 13a IESG und zum Ausschluss anfechtungsrechtlicher Bestimmungen oben 2.3.  
 65) S zu § 12a Abs 2 KO OGH 10. 12. 2002, 10 ObS 233/02s ZIK 2003/230, 162 = JBl 2003, 947; *Konecny/Weber*, Aufrechnung durch Sozialversicherungsträger im Privatkonkurs, ZIK 1999, 191.  
 66) S dazu unter 3. und generell zur Ähnlichkeit von Aufrechnung und Absonderungsrecht *Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger*, InsR<sup>4</sup> I § 19 KO Rz 8; *Schubert in Konecny/Schubert*, KO §§ 19, 20 Rz 3.  
 67) *Schulyok in Konecny/Schubert*, KO § 48 Rz 107.  
 68) *Engelhart in Konecny/Schubert*, KO § 46 Rz 14; *Schubert in Konecny/Schubert*, KO §§ 19, 20 Rz 17.



### Die Autorin:

Mag. Barbara Reisenhofer ist Assistentin am Institut für Zivilverfahrensrecht der Universität Wien.

### Impressum:

**Herausgeber und Verleger (Medieninhaber):** LexisNexis Verlag ARD ORAC GmbH & Co KG, 1030 Wien, Marxergasse 25, Tel. 534 52-0, Fax DW 140 (Redaktion) – Geschäftsleitung: Mag. Peter Davies, MBA – Abonentenservice: DW 5555, Fax DW 141 – Anzeigen: Wolfgang Kreissl (E-Mail: wolfgang.kreissl@lexisnexis.at, DW 1116, Fax DW 148) – Derzeit gilt Anzeigenpreisliste Stand Jänner 2007 – Verlags- und Herstellungsort: Wien – Die Zeitschrift erscheint 6-mal im Jahr – Einzelheftpreis 2009: 22 €; Jahresabonnement 2009: 111,- € (für KSV-Mitglieder 94,- €) inkl. 10 % MWSt bei Vorauszahlung; Preisänderungen vorbehalten – Bankverbindungen: Postsparkasse 710610; Raiffeisenlandesbank 494.849 – Abbestellungen sind nur zum Jahresschluss möglich, wenn sie spätestens 1 Monat vorher bekannt gegeben werden – Druck: Prime Rate GmbH, Megyeri út 53, H-1044 Budapest.

**Verlagsrechte:** Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte bleiben vorbehalten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm, Aufnahme in eine Datenbank oder auf Datenträger oder auf andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache übertragen werden. Das gilt auch für die veröffentlichten Entscheidungen und deren Leitsätze, wenn und soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung redigiert, erarbeitet oder bearbeitet wurden und daher Urheberrechtsschutz genießen. Fotokopien für den persönlichen und sonstigen eigenen Gebrauch dürfen nur von einzelnen Beiträgen oder Teilen daraus als Einzelkopie hergestellt werden.

Mit der Einreichung seines Manuskriptes räumt der Autor dem Verlag für den Fall der Annahme das übertragbare, zeitlich und örtlich unbeschränkte ausschließliche Werknutzungsrecht (§ 24 UrhG) der Veröffentlichung in dieser Zeitschrift, einschließlich des Rechts der Vervielfältigung in jedem technischen Verfahren (Druck, Mikrofilm etc) und der Verbreitung (Verlagsrecht) sowie der Verwertung durch Datenbanken oder ähnliche Einrichtungen, einschließlich des Rechts der Vervielfältigung auf Datenträgern jeder Art, der Speicherung in und der Ausgabe durch Datenbanken, der Verbreitung von Vervielfältigungsstücken an die Benutzer, der Sendung (§ 17 UrhG) und sonstigen öffentlichen Wiedergabe (§ 18 UrhG) in allen Sprachen ein.

Mit der Einreichung von Beiträgen von Arbeitsgruppen leistet der Einreichende dafür Gewähr, dass die Publikation von allen beteiligten Autoren genehmigt wurde und dass alle mit der Übertragung sämtlicher Rechte an den Verlag einverstanden sind.

Mit dem vom Verlag geleisteten Honorar ist die Übertragung sämtlicher Rechte abgegolten. Aufgrund der Honorierung erlischt die Ausschließlichkeit des eingeräumten Verlagsrechts nicht mit Ablauf des dem Jahr des Erscheinens des Beitrags folgenden Kalenderjahres (§ 36 UrhG). Für die Verwertung durch Datenbanken gilt dieser Zeitraum keinesfalls.

**Trotz sorgfältigster Bearbeitung erfolgen alle Angaben ohne Gewähr. Eine Haftung des Verlages und der Autoren ist ausgeschlossen.**

■ ZIK 2008/249, 155

## Fortbestehensprognose – Teil II: Checkliste Liquiditätsplanung

Dr. Ronald Tauscher  
Wien

Im Rahmen einer Unternehmenskrise können die Rechtsfolgen eines insolvenzrechtlichen Überschuldungstatbestands durch das Vorliegen einer positiven Fortbestehensprognose ausgeschlossen werden. In dieser ist eine Aussage darüber zu treffen, ob die Überlebensfähigkeit eines Unternehmens, gemessen an der Aufrechterhaltung seiner Zahlungsfähigkeit, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit gegeben ist. Dabei hat die Liquiditätsplanung zur Beurteilung der Zahlungsfähigkeit Bestandteil einer integrierten Unternehmensplanung zu sein. Die Prämissen dieser Unternehmensplanung wurden im ersten Teil dieses Artikels in der Checkliste Unternehmensplanung dargestellt<sup>1)</sup>. Die Checkliste Liquiditätsplanung soll nun daran anknüpfen und aus der praktischen Erfahrung heraus alle wesentlichen Einflussfaktoren aufzeigen, die für den Inhalt einer Liquiditätsplanung und damit für eine fundierte Fortbestehensprognose bedeutend sind.

### 1. Liquiditätsplanung und Fortbestehensprognose

Wie bereits im ersten Teil des Artikels ausführlich dargelegt, ist in einer Fortbestehensprognose aufgrund einer Analyse der Verlustursachen und einer sorgfältigen, auf die Entwicklungen der Vergangenheit Bedacht nehmenden Planung der künftigen Entwicklung eines Unternehmens eine Aussage darüber zu treffen, ob die Überlebensfähigkeit bei Fortführung der wirtschaftlichen Aktivitäten, gemessen an der Aufrechterhaltung seiner Zahlungsfähigkeit, gegeben ist. Entscheidend ist dabei, dass die Liquidität eines Unternehmens aufgrund der vorliegenden Unternehmensplanung mit zumindest überwiegender Wahrscheinlichkeit, das heißt mit mehr als 50 %, aufrechterhalten werden kann. Dadurch kommt der Liquiditätsplanung und ihrer sachgerechten Ableitung aus der übrigen Unternehmensplanung eine wesentliche Bedeutung zu.

### 2. Grundlagen der Liquiditätsplanung

Für alle weiteren Überlegungen im Zusammenhang mit der Liquiditätsplanung ist *unabdingbar und von zentraler Bedeutung*, dass diese hinsichtlich aller Einflussfaktoren von der zuvor erstellten, detaillierten Unternehmensplanung abgeleitet und auch an den Schnittstellen mit dieser kompatibel ist. Dies betrifft die Detailpläne der Unternehmensplanung, wie zB den Personalplan, aus dem eine Aufteilung abzuleiten ist, ob soziale Lasten für Mitarbeiter vom Unternehmen oder zumindest teilweise von einer anderen Institution (zB der Bauarbeiterurlaubs- und -abfertigungskasse) getragen werden sollen oder welche Auszahlungen

die Investitionsplanung des Unternehmens für die Erneuerung oder Erweiterung der Unternehmensstruktur vorsieht.

Ein ausführliches und auch in der Praxis gut geeignetes Beispiel für die Struktur eines derartigen Liquiditätsplans oder auch Finanzplans ist in Anlage III des „Leitfadens Fortbestehensprognose“, einer gemeinsamen Stellungnahme der Kammer der Wirtschaftstreuhänder, der Wirtschaftskammer Österreich und der KMU Forschung Austria enthalten. Wie in weiterer Folge dargelegt werden wird, sind die Positionen dieses Liquiditätsplans entsprechend zu ergänzen und detailliert auszuarbeiten.

### 3. Checkliste Liquiditätsplanung

Die beiliegende Checkliste Liquiditätsplanung (s Ende des Beitrags auf Seite 161) soll nun in Ergänzung und Ausformulierung des Leitfadens Fortbestehensprognose in der Praxis all jenen, die mit der Erstellung, aber auch externen Beurteilung einer solchen Rechnung befasst sind, jene Faktoren leicht und übersichtlich zugänglich machen, die für den Inhalt einer Liquiditätsplanung bedeutend sind. Sie sollen durch die einzelnen Positionen dieser Checkliste rasch in die Lage versetzt werden, in diesem Zusammenhang die richtigen Fragen an das Unternehmen bzw dessen Berater zu stellen. Dabei soll der Inhalt dieser Checkliste aus der praktischen Erfahrung heraus alle wesentlichen Einflussfaktoren aufzeigen, ohne jedoch den Anspruch auf eine abschließende Vollständigkeit zu erheben.

#### Aufbau des Liquiditätsplans

Bevor mit dem Aufbau eines Liquiditätsplans überhaupt begonnen werden kann, ist festzulegen, zu welchem Stichtag dieser erstellt werden soll, da dies einen wesentlichen Einfluss auf

1) Siehe Tauscher, Fortbestehensprognose – Teil I: Checkliste Unternehmensplanung, ZIK 2008/189, 120.

die Zahlungsströme hat, die aus der Vergangenheit wirken. Weiters ist für den Aufbau eines Liquiditätsplans nicht nur die im Folgenden erläuterte horizontale Struktur, sondern auch die vertikale Struktur von Bedeutung, da zuerst hinterfragt werden muss, in welchen Planungsperioden aufgrund des aus der Unternehmensplanung vorhandenen Datenmaterials überhaupt geplant werden kann.

#### Vertikale Struktur

Üblich und sinnvoll ist dabei, die Liquiditätsplanung in *monatlichen* Perioden aufzubauen, da eine derartige Detaillierung in der übrigen Unternehmensplanung zumindest in der Phase der Primärprognose (Prognosezeitraum 6–12 Monate) vorhanden ist. Auch für darüber hinausgehende Zeiträume ist mE eine monatliche Unternehmens- und damit auch Liquiditätsplanung zumindest so lange zu fordern, bis sich die wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens stabilisiert hat. Dabei muss man sich aber bewusst sein, dass mit zunehmendem Zeithorizont die Genauigkeit der zugrunde liegenden Unternehmensplanung und damit auch der davon abgeleiteten Liquiditätsplanung deutlich abnimmt. Dennoch kann erfahrungsgemäß auch aus einer längerfristigen, monatlichen Liquiditätsplanung die Tendenz der Liquiditätsentwicklung in den wesentlichen Punkten durchaus zutreffend abgeleitet werden.

Fallweise werden in der Praxis, vor allem bei Unternehmen mit besonders prekärer Liquiditätslage, Liquiditätspläne auf wöchentlicher Basis erstellt. Dadurch wird der Eindruck einer besonderen Genauigkeit vermittelt, der aber nur dann gegeben ist, wenn die zugrunde liegende Unternehmensplanung auch wochenweise aufgebaut ist, was jedoch selten der Fall ist. Bei der Interpretation von Liquiditätsplänen auf wöchentlicher Basis ist außerdem zu beachten, dass sich hier das auch bei monatlicher Betrachtung vorhandene Problem, dass Ein- oder Auszahlungen sich um einige wenige Tage verschieben können und es dadurch zu einer wesentlichen Abweichung zwischen Realität und Planung kommt, oftmals vervielfacht.

#### Horizontale Struktur

Hinsichtlich des horizontalen Aufbaus eines Liquiditätsplans hat es sich bewährt, sicherzustellen, dass folgende Gruppen von Positionen jedenfalls enthalten sind:

- **Einzahlungen**
  - Zahlungsströme aus der Vergangenheit
  - Zahlungsströme aus dem künftigen Umsatz
  - Sonstige künftige Zahlungsströme
- **Auszahlungen**
  - Zahlungsströme aus der Vergangenheit
  - Zahlungsströme für künftige Aufwendungen
  - Zahlungsströme ohne direkten Ansatz in der Ergebnisplanung

Während in der Praxis idR die Zahlungsströme für den künftigen Geschäftsbetrieb ausführlich dargestellt werden, wird gerne übersehen, dass die Zahlungsströme aus der Vergangenheit, nämlich vor allem die Kundenforderungen (Debitoren) und Lieferantenverbindlichkeiten (Kreditoren), zwingend im Liquiditätsplan berücksichtigt werden müssen, um ein zutreffendes Bild von der tatsächlichen Liquiditätsentwicklung zu geben.

Üblich ist in einem Liquiditätsplan die Ermittlung eines Saldos an Ein- und Auszahlungen pro Periode, sehr bewährt hat sich aber auch die Darstellung des Anfangsbestands an nutzbaren Finanzmitteln, wie zB Kontokorrentkrediten sowie den vorhandenen Kreditrahmen, gegebenenfalls gegliedert auch nach den verschiedenen Gläubigerbanken, sowie die Darstellung des rechnerischen Bedarfs oder Überschusses, um auf einen Blick erkennen zu können, in welchen Perioden ein Liquiditätsbedarf entsteht.

Ein entsprechendes Muster eines nach diesen Kriterien gegliederten Finanzplans stellt nachstehendes Beispiel dar. Dabei hat es sich sehr bewährt, die Vielzahl der Umsatz- und Aufwandspositionen aus der Unternehmensplanung im Liquiditätsplan in einige größere Gruppen zusammenzufassen, damit die Übersicht gewahrt bleibt.

<b>Dienstleistungs GmbH</b>					
<b>FINANZPLAN 05/2008–12/2009</b>					
<b>Monat in €</b>	<b>Mai 08</b>	<b>Juni 08</b>	<b>Juli 08</b>	<b>Aug 08</b>	<b>etc</b>
<b>Stand Kontokorrentkredite</b>					
Bank 1	-120.000				
Bank 2	-80.000				
<b>Einzahlungen</b>					
Debitoren	65.000	25.000	20.000	15.000	
Umsatzerlöse	3.000	45.000	60.000	70.000	
Finanzerträge		2.000			
Sonstige Einzahlungen			5.000	10.000	
<b>Summe Einzahlungen</b>	<b>68.000</b>	<b>72.000</b>	<b>85.000</b>	<b>95.000</b>	
<b>Auszahlungen</b>					
Kreditoren	30.000	25.000	20.000	15.000	
Wareneinsatz	3.000	12.000	20.000	23.000	
Personalkosten	10.000	18.000	10.000	10.000	
Summe Sonstige Kosten	13.000	14.000	15.000	16.000	
Zinsaufwand Bank 1		2.000			
Zinsaufwand Bank 2		1.500			

Kredittilgung Bank 1		3.000			
Kredittilgung Bank 2	1.500	1.500	1.500	1.500	
Investitionen			6.000	3.000	
Körperschaftsteuer/Einkommensteuer	1.500			1.500	
Gewinnausschüttung/Privatentnahme	2.000	2.000	2.000	2.000	
Finanzamt Umsatzsteuer-Zahllast	10.000	12.000	14.000	14.000	
<b>Summe Auszahlungen</b>	<b>71.000</b>	<b>91.000</b>	<b>88.500</b>	<b>86.000</b>	
<b>Saldo Ein-/Auszahlungen</b>	<b>-3.000</b>	<b>-19.000</b>	<b>-3.500</b>	<b>9.000</b>	
<b>Saldo kumuliert</b>	<b>-3.000</b>	<b>-22.000</b>	<b>-25.500</b>	<b>-16.500</b>	
<b>Kreditrahmen Bank 1</b>	<b>110.000</b>				
<b>Kreditrahmen Bank 2</b>	<b>70.000</b>				
<b>Kreditrahmen zusätzlich benötigt</b>	<b>-23.000</b>	<b>-42.000</b>	<b>-45.500</b>	<b>-36.500</b>	

### Planung der Zukunft

Bei der Übernahme der Erlös- und Kostenarten aus der Unternehmensplanung ist zuerst sicherzustellen, dass die einzelnen Positionen der Planung vollständig übernommen werden, was der Ersteller des Liquiditätsplans für den Betrachtungszeitraum in einer Verprobung darstellen muss.

Um nun eine einigermaßen zutreffende Planung der Ein- und Auszahlungen zu erreichen, ist es nötig, in einer Nebenrechnung eine Matrix anzulegen, in der jede einzelne Erlös- und Kostenart nach Planungsperioden, Zahlungszeitpunkten und Umsatzsteuerabhängigkeiten aufgegliedert wird (direkte Methode). Dies ist zwar mühsam, gewährleistet aber, dass sich Unternehmer und Berater intensiv mit dem zu erwartenden Zahlungsverhalten der Kunden für die Einzahlungen sowie dem eigenen Zahlungsverhalten für die Auszahlungen auseinandersetzen müssen, wodurch es erfahrungsgemäß zu durchaus brauchbaren Ergebnissen kommt. Außerdem entspricht diese Methode der Forderung nach einer interdisziplinären Nachvollziehbarkeit aller Ansätze und ist dadurch auch theoretisch gut fundiert. Dagegen vergleichen andere Methoden nur geplante Bilanzstände, in denen viele Positionen für die jeweiligen Perioden zusammengefasst werden müssen (indirekte Ermittlung), und können daher die Zahlungsströme nur aufgrund der Veränderung dieser Bilanzpositionen abbilden, was wesentlich ungenauer ist.

Wie aus diesem Beispiel (s. Seite 158) ersichtlich ist, werden die einzelnen Erlös- und Aufwandspositionen (netto) aus der Umsatz- und Kostenplanung danach analysiert, ob und in welchem Ausmaß sie im selben Monat (0), oder in einem der nächsten Monate (zB 1–3), in welchem Prozentsatz und mit welchem Umsatzsteuer- oder Vorsteuersatz zur Ein- oder Auszahlung (brutto) gelangen werden. Gerne übersehen wird dabei in der Praxis, dass es in manchen Branchen, wie zB der Bauindustrie oder dem Anlagenbau üblich ist, dass Auftraggeber kleine Teile des Erlöses in Form eines Deckungsrücklasses oder Haftrücklasses einbehalten und diese oft erst wesentlich später, manchmal auch erst außerhalb des Planungshorizonts durch Bankgarantien abgelöst werden können oder durch Zeitablauf eingehen und insofern ein zustehender Erlös nicht unmittelbar als Zahlungseingang zur Verfügung steht. Weiters muss in einer derartigen Matrix berücksichtigt werden, dass manche Auszahlungen, welche in der Umsatz- und Kostenplanung für

jede einzelne Planungsperiode abgegrenzt dargestellt werden, zahlungsmäßig in längeren Abständen zu ganz bestimmten Terminen zu leisten sind und dadurch Spitzen in der Liquiditätsbeanspruchung entstehen. Dies betrifft beispielsweise das Urlaubs- und Weihnachtsgeld der Mitarbeiter samt den betreffenden Abgaben oder auch die Zinszahlungen an Kreditgeber. Sind für verschiedene Positionen des Wareneinkaufs Anzahlungen zu leisten, so kann die Matrix entsprechend erweitert werden, wie zB Monat -1 oder -2 für Anzahlungen, die der Lieferung der Waren um ein oder zwei Monate vorangehen. Ebenso kann in dieser Matrix berücksichtigt werden, wenn verschiedene Positionen des Wareneinkaufs aufgrund von natürlichen Gegebenheiten, wie zB Ernten von Nüssen oder Früchten einmal im Jahr, auf Vorrat gelegt werden müssen. Bei der Überleitung der Rechenergebnisse aus dieser Zahlungsmatrix ist es sinnvoll, diese im Liquiditätsplan in einige größere Gruppen zusammenzufassen, damit die Übersicht gewahrt bleibt.

Sind nun die Ein- und Auszahlungen, die sich aus der Umsatz- und Kostenplanung des Unternehmens ergeben, in den Finanzplan übernommen, so ist weiters zu berücksichtigen, dass es Positionen gibt, die ebenfalls erst in Zukunft anfallen, aber in einer Umsatz- und Kostenplanung rein methodisch nicht abgebildet werden können und daher im Finanzplan gesondert berücksichtigt werden müssen.

Es sind dies in erster Linie folgende Positionen:

- Auszahlungen für Investitionen gemäß dem Investitionsplan
- Auszahlungen für Kredittilgungen gemäß den jeweiligen Tilgungsplänen
- Gewinnausschüttungen/Privatentnahmen
- Auszahlungen für die Umsatzsteuer-Zahllast, die sich rechnerisch aus der oben beschriebenen Planungsmatrix ergibt, aber auch:
- Einzahlungen aus Kapitalerhöhungen/Gesellschafterzuschüssen
- Einzahlungen der Eigentümer aus anderen Titeln, wie zB nachrangigen Darlehen.

### Berücksichtigung der Vergangenheit

Durch die Aufnahme der oben beschriebenen Ein- und Auszahlungen wurden zwar wesentliche Positionen in den Liquiditäts-

<b>Dienstleistungs GmbH</b>										
<b>ZAHLUNGSMATRIX</b>										
	fällig im Monat				UST in %	Mai 08	Juni 08	Juli 08	Aug 08	etc
	0	1	2	3						
Erlösart 1 0% Ust		30%	50%	20%	0%	<Detailauswertung>				
Erlösart 2 20% Ust	5%	25%	55%	15%	20%					
Erlösart 3 20% Ust	30%	30%	20%	20%	20%					
Skontoaufwand	30%	30%	20%	20%	20%					
Rechnungsabstriche	30%	30%	20%	20%	20%					
etc										
etc										
<b>Erlöse</b>						<b>68.000</b>	<b>72.000</b>	<b>85.000</b>	<b>95.000</b>	
Wareneinkauf		100%			20%	<Detailauswertung>				
Hilfsmaterial	100%				20%					
Skontoerlöse		100%			20%					
Fremdleistungen		100%			0%					
<b>Wareneinsatz</b>						<b>3.000</b>	<b>12.000</b>	<b>20.000</b>	<b>23.000</b>	
Löhne, Gehälter	100%				0%	<Detailauswertung>				
Lehrlingsförderung	100%				0%					
Leasingpersonal	100%				0%					
kalk. Sonderzahlung	100%				0%					
Abfertigungsaufwand	100%				0%					
Gebietskrankenkasse	100%				0%					
etc										
etc										
<b>Personalkosten</b>						<b>10.000</b>	<b>18.000</b>	<b>10.000</b>	<b>10.000</b>	
Instandhaltung PKW	100%				0%	<Detailauswertung>				
Instandhaltung LKW	100%				20%					
Treibstoffe	100%				0%					
Betankung LKW	100%				20%					
Versicherung	100%				0%					
etc	100%				0%					
etc	100%				15%					

tätsplan aufgenommen, jedoch ist dieser noch in wesentlichen Beträgen unvollständig, da die *Überleitung aus der Vergangenheit* fehlt. Daher ist in diesem Stadium der Betrachtung die Saldenliste des Unternehmens hinsichtlich der Bestände zu dem oben festgelegten Stichtag für den Beginn des Finanzplans zu analysieren.

#### *Einzahlungen aus Aktivpositionen*

##### *Forderungen aus Lieferungen und Leistungen*

Eine wesentliche Position aus der Vergangenheit, welche die Liquidität in Zukunft beeinflusst, sind Einzahlungen, die aus den Forderungen aus Lieferungen und Leistungen (Debitoren) zum gewählten Stichtag der Erstellung des Liquiditätsplans zu erwarten sind. Es empfiehlt sich dabei, die Struktur und auch das Alter der einzelnen Forderungen aufgrund einer Offenen-Posten-Liste dieser Debitoren genau zu analysieren und dadurch die künftigen Zahlungsflüsse abzuleiten. Bei einer derartigen Analyse kommt es in der Praxis oftmals zu einem interessanten Phänomen: Bei genauer Befragung der Mitarbeiter aus dem

Rechnungswesen und/oder des Unternehmers/Geschäftsführers wird von diesen idR sehr genau dargestellt, welche Forderungen wann eingehen werden und welche Forderungen mit Mängeln oder sonstigen Problemen, wie zB Zahlungsproblemen des Kunden, behaftet sind, sodass deren Eingang zumindest im Planungshorizont nur teilweise oder gar nicht zu erwarten ist. Hinterlegt man nun den tatsächlich zu erwartenden Einzahlungen aus Forderungen Prozentsätze für die jeweiligen Monate, so ergibt sich daraus ein wesentlich ungünstigerer Zahlungsverlauf, als von denselben Personen bei der Befragung nach dem Zahlungseingang künftiger Umsätze bei Ausarbeitung der oben dargestellten Planungsmatrix angegeben wurde. Es werden also die Zahlungseingänge für die Zukunft regelmäßig günstiger eingeschätzt als jene für die Vergangenheit. Insofern ist es durchaus lohnend, diesen Sachverhalt aufzuzeigen und entsprechend zu hinterfragen.

##### *Sonstige Aktivpositionen*

Wenn auch die Einzahlungen aus den Forderungen aus Lieferungen und Leistungen zum gewählten Stichtag idR die



zentrale Position darstellen, kann es auch zu Einzahlungen aus anderen Aktivpositionen, wie zB der Rückzahlung von gegebenen Kautionen, von Lohn- und Gehaltsvorschüssen oder von Zahlungseingängen aus Lehrlings- oder Forschungsprämien kommen.

#### *Aktive Rechnungsabgrenzungen*

Unter den aktiven Rechnungsabgrenzungen (ARA) werden im Jahresabschluss üblicherweise eigene Vorauszahlungen verbucht, die sich wirtschaftlich zumindest auf eine weitere (Jahres-)Periode beziehen. Dies ist beispielsweise bei Versicherungsprämien der Fall, die an einem bestimmten Stichtag während des Jahres für 12 Monate im Voraus bezahlt werden, aber auch für Kreditkosten, die bei Einräumung des Kredites einmalig anfallen und dann aufwandmäßig auf die Laufzeit des Kredits verteilt werden. Dies führt dazu, dass in der Ertragsplanung monatliche Aufwendungen angesetzt werden, denen aber keine Auszahlungen mehr gegenüberstehen, weil diese in der Vergangenheit bereits in voller Höhe geleistet wurden. Dieser Sachverhalt ist im Liquiditätsplan entsprechend zu berücksichtigen. Ebenso ist dann aber auch zu berücksichtigen, dass nach Verbrauch dieser bereits geleisteten Zahlung wieder eine Zahlung, zB für den nächsten Zeitraum von 12 Monaten, zu leisten ist.

#### *Auszahlungen aus Passivpositionen*

##### *Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen*

Bei den Auszahlungen aus Passivpositionen sind die Auszahlungen für Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen (Kreditoren) die zentrale Position. Auch hier ist anzuraten, sich anhand einer Offenen-Posten-Liste der Kreditoren zum gewählten Stichtag einen Überblick über die bereits fällig gewordenen bzw im Planungshorizont fällig werdenden Auszahlungen zu verschaffen. Wenn auch der Offenen-Posten-Liste der Kreditoren üblicherweise Zahlungskonditionen hinterlegt sind, so regulieren Unternehmen in einer Liquiditätssenge ihren Zahlungsbedarf dadurch, dass sie die ihnen gewährten Zahlungsziele um viele Wochen überziehen, was dann im Liquiditätsplan durch relativ hohe und bald fällige Auszahlungen sichtbar wird.

##### *Verbindlichkeiten aus Abfertigungen, Jubiläumsgeldern und Pensionen*

Hier sind nicht nur die bereits laufenden und daher bekannten Zahlungen zu berücksichtigen, sondern es ist zu hinterfragen, ob im Planungshorizont künftige Zahlungen für diese Titel anfallen werden.

##### *Rückstellungen*

Unter dieser Position wird beispielsweise für künftig anfallende Kosten für Jahresabschlussstellung, Gewährleistungsaufwendungen, erhaltene (aber noch nicht fakturierte) Leistungen oder Steuerzahlungen vorgesorgt. Es ist daher wichtig zu prüfen, ob im Planungshorizont Beträge aus diesen Positionen auszahlungswirksam werden.

##### *Sonstige Verbindlichkeiten*

Hinsichtlich aller weiteren, in der Saldenliste enthaltenen Positionen, wie zB Verbindlichkeiten gegenüber dem Finanzamt, der Krankenkasse und aus sonstigen Personalabgaben, ist ebenfalls zu analysieren, ob diese im Planungshorizont zu Auszahlungen führen werden. Aus den Erfahrungen der Praxis heraus empfiehlt es sich, zumindest bei wesentlichen Verbindlichkeiten

gegenüber dem Finanzamt und der Krankenkasse eine Kontenabstimmung mit diesen Institutionen zu verlangen, da es nicht immer einen Gleichklang in den verschiedenen Buchhaltungen gibt. Fallweise übersehen werden in einem Liquiditätsplan auch die Verbindlichkeiten aus der Auszahlung von Löhnen und Gehältern, welche dadurch entstehen, dass diese im Vormonat abgerechnet, aber aus mangelnder Liquidität nicht oder nicht zur Gänze ausbezahlt wurden. Weiters ist auch die Verrechnung mit verbundenen Unternehmen zu hinterfragen. Oftmals finden sich hier Verbindlichkeiten in namhafter Größenordnung, die auskunftsgemäß im Planungshorizont nicht bedient werden müssen. Diesbezügliche Vereinbarungen fehlen aber recht häufig.

##### *Passive Rechnungsabgrenzungen*

Unter den passiven Rechnungsabgrenzungen (PRA) werden im Jahresabschluss üblicherweise fremde Vorauszahlungen verbucht, die sich wirtschaftlich zumindest auf eine weitere (Jahres-)Periode beziehen. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn ein Unternehmen Jahreskarten verkauft, die zum Bezug von Leistungen während der nächsten 12 Monate berechtigen, wie dies bei Fitnessstudios und anderen Freizeiteinrichtungen der Fall ist. Dies führt dazu, dass in der Ertragsplanung monatliche Erträge angesetzt werden, denen aber keine Einzahlungen mehr gegenüberstehen, weil diese in der Vergangenheit bereits in voller Höhe geleistet wurden, was im Liquiditätsplan entsprechend zu berücksichtigen ist.

##### *Zahlungen aus der Veränderung von Beständen*

Weiters ist zu prüfen, ob sich aus dem zufällig hohen oder niedrigen Bestand von Vorräten, Halb- und Fertigerzeugnissen oder den zum Stichtag erbrachten oder erhaltenen, noch nicht fakturierten Lieferungen und Leistungen ebenfalls Zahlungswirkungen ergeben können. Dies ist zB dann der Fall, wenn der Bestand an Vorräten zum Stichtag extrem hoch ist (Bevorratung in der Vergangenheit), dieser in den künftigen Perioden laufend verbraucht werden kann und daraus eine viel geringere Liquiditätsbelastung resultiert, als in der Ertragsplanung als Aufwandsposition vorgesehen ist. Umgekehrt ist es durchaus denkbar, dass zB zum Stichtag des Jahresabschlusses überhaupt keine erbrachten, aber noch nicht fakturierten Lieferungen und Leistungen ausgewiesen werden, da diese auf den üblichen Wunsch der Kunden hin am 31. 12. ausfakturiert wurden. Dagegen besteht in den Monaten während des Jahres regelmäßig ein Rückstand bei der Fakturierung, der die Liquidität des Unternehmens negativ beeinflusst und daher zusätzlich berücksichtigt werden muss, da das in der Planungsmatrix vorgesehene Zahlungsziel erst dann Anwendung findet, wenn die Rechnung an den Kunden ausgestellt wurde.

#### **Sonstige Schritte**

Ist ein Liquiditätsplan unter Beachtung der oben genannten Kriterien erstellt, sollte durchaus auch eine rechnerische Verprobung dieser Rechnung in sich, aber nochmals auch mit den Detailplänen der Unternehmensplanung erfolgen, aus denen Informationen in die Liquiditätsrechnung einfließen. Aus der oben beschriebenen Matrix, aus der sich Fristen und Umsatzsteuerabhängigkeit für sämtliche Ein- und Auszahlungen ergeben, lässt sich auch unter Einbeziehung der Saldenliste zum gewählten Stichtag ein rechnerischer Stand der künftigen Kundenforderungen (Debitoren) bzw Lieferantenverbindlich-

keiten (Kreditoren) ermitteln. Um zu hinterfragen, ob die im vorliegenden Liquiditätsplan getroffenen Annahmen und Resultate auch plausibel sind, sollten diese Stände an Debitoren und Kreditoren sowie deren Entwicklung im Zeitablauf mit der Vergangenheitsentwicklung verglichen werden. Auch dabei stellt sich erfahrungsgemäß heraus, dass manche Annahmen in der Zahlungsmatrix zu optimistisch oder pessimistisch getroffen wurden und daher einer Überarbeitung in einem weiteren Arbeitsgang bedürfen.

#### 4. Aussage des Liquiditätsplans

Aus einem derart aufgestellten Liquiditätsplan ergibt sich letztlich die grundsätzliche Aussage, ob sich das Unternehmen im Planungshorizont aus eigener Kraft (Innenfinanzierung) liquide

halten kann oder ob es dazu verschiedener Maßnahmen von dritter Seite, wie der Zufuhr von Eigenkapital oder eigenkapitalähnlicher Mittel, der Gewährung von Gesellschafterdarlehen, der Erhöhung von Lieferantenkrediten oder der Erhöhung von Kreditlinien bei Banken oder der Stundung von Zinsen und Tilgungen bedarf.

Unter Heranziehung all dieser Faktoren muss im Rahmen der Fortbestehensprognose letztlich beurteilt werden, ob die Liquidität eines Unternehmens aufgrund der vorliegenden Ertrags- und Liquiditätsplanung mit zumindest überwiegender Wahrscheinlichkeit, das heißt mit mehr als 50 %, aufrechterhalten werden kann. Nur dann ist ein positiver Fortbestand des Unternehmens gegeben, aufgrund dessen die Rechtsfolgen eines insolvenzrechtlichen Überschuldungstatbestands ausgeschlossen werden können.



#### Der Autor:

Dr. Ronald Tauscher, Betriebswirt, allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger, CTE Turnaround Expert, ist seit 1999 selbstständiger Unternehmensberater und vor allem auf den Gebieten Unternehmenssanierung, Unternehmensplanung und Controlling tätig.

Seicht

*Leitfaden*

# Kostenrechnung und Controlling

 LexisNexis®

Orac-Wirtschaftspraxis

Seicht

## Kostenrechnung und Controlling

„Kostenrechnung und Controlling“ baut auf dem Leitfaden „Kosten- und Erfolgsrechnung – Systeme und Systemelemente“ auf und behandelt die Handhabung der **Kosten- und Erfolgsrechnung als Führungsinstrument des Managements**.

Konkret behandelt werden die Themenkreise Budgetierung und Controlling, Profit-Center und Kostenrechnung sowie Kosten senken und Krisenmanagement. Im Kapitel über **Entscheidungsmodelle** wird die Vorteilhaftigkeit von Grenzkosten- und Deckungsbeitragsrechnungen an Hand von Rechenbeispielen über **konkrete Entscheidungssituationen** gezeigt. Weitere Kapitel befassen sich mit Sensitivitätsanalysen, Grenzpreisrechnung und Lineare Programmierung und mit Plankostenrechnung. Aus der Erfahrung des Verfassers als Unternehmensberater werden Hinweise zur Einführung und zur praktischen Handhabung der Kosten- und Erfolgsrechnung gegeben und **Beispiele für fehlgegangene Kostenrechnung** genannt.

Der dritte in dieser Reihe erscheinende Leitfaden befasst sich mit „Sonderformen der Kostenrechnung“. In allen drei Leitfäden werden **konkrete Problemstellungen aus der Praxis** mittels zahlreicher Rechenbeispiele und Kalkulationsschemata in kompakter Form behandelt.

**Orac Wirtschaftspraxis**

**Wien 2008, 204 Seiten**

**Best.-Nr. 88.53.01 | ISBN 978-3-7007-4003-2**

**Preis € 38,-**

**Bestellen Sie jetzt:**

**Tel.: (01) 534 52-5555, Fax: (01) 534 52-141**

**E-Mail: [bestellung@lexisnexis.at](mailto:bestellung@lexisnexis.at)**

 LexisNexis®

CHECKLISTE LIQUIDITÄTSPLANUNG	
erstellt von Dr. <i>Ronald Tauscher</i> , Unternehmensberater und allgemein beedeter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger	
<b>AUFBAU DES LIQUIDITÄTSPLANS</b>	✓
Festlegung eines Planungsstichtags	
Festlegung der Planungsperioden aufgrund des vorhandenen Datenmaterials	
Festlegung der horizontalen Struktur	
Darstellung der Einzahlungen	
Zahlungsströme aus der Vergangenheit	
Zahlungsströme aus dem künftigen Umsatz	
Sonstige künftige Zahlungsströme	
Darstellung der Auszahlungen	
Zahlungsströme aus der Vergangenheit	
Zahlungsströme für künftige Aufwendungen	
Zahlungsströme ohne direkten Ansatz in der Ergebnisplanung	
Ermittlung des Saldos an Ein- und Auszahlungen pro Periode	
Darstellung des Anfangsbestands an ausnutzbaren Finanzmitteln	
Einbeziehung des vorhandenen Rahmens an ausnutzbaren Finanzmitteln	
Darstellung des rechnerischen Bedarfs oder Überschusses	
<b>PLANUNG DER ZUKUNFT</b>	
Erfassung der Erlöse und Kosten nach den Erlös- und Kostenarten der Unternehmensplanung	
Aufbau einer Zahlungsmatrix	
Analyse des Zahlungsverhaltens der Kunden, Festlegung von Zahlungszielen und Skonto	
Festlegung der Umsatzsteuer-Prozentsätze	
Analyse des eigenen Zahlungsverhaltens für Material, Personal und sonstige Kosten	
Festlegung der Vorsteuer-Prozentsätze für Material und sonstige Kosten	
Berücksichtigung des Liquiditätsbedarfs aus dem Investitionsplan	
Berücksichtigung von Kredittilgungen	
Gewinnausschüttungen/Privatentnahmen	
Ermittlung der rechnerischen Umsatzsteuer-Zahllast	
Einzahlungen aus Kapitalerhöhungen/Gesellschafterzuschüssen	
Einzahlungen von nachrangigen Darlehen der Gesellschafter, etc	
<b>BERÜCKSICHTIGUNG DER VERGANGENHEIT</b>	
Analyse von statischen Werten aus der Saldenliste zum Stichtag des Beginns des Liquiditätsplans	
Einzahlungen aus Aktivpositionen	
Forderungen aus Lieferungen und Leistungen (Debitoren)	
Rückzahlung von Kautionen	
Rückzahlung von Depotzahlungen/Mietvorauszahlungen	

Rückzahlung von Lohn- und Gehaltsvorschüssen	
Auszahlung von Lehrlingsprämien	
Auszahlung von Forschungsprämien	
Verrechnung mit verbundenen Unternehmen	
Sonstige Forderungen	
Einfluss von Aktiven Rechnungsabgrenzungsposten	
Kreditkosten	
Versicherungen	
Sonstige	
Auszahlungen aus Passivpositionen	
Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen (Kreditoren)	
Verbindlichkeiten aus Abfertigungen, Jubiläumsgeldern und Pensionen	
Verbindlichkeiten aus Rückstellungen	
Verbindlichkeiten aus noch nicht verrechneten Lieferungen und Leistungen	
Verbindlichkeiten gegenüber dem Finanzamt (Kontenabstimmung)	
Verbindlichkeiten gegenüber der Krankenkasse (Kontenabstimmung)	
Verbindlichkeiten aus der Verrechnung der Personalabgaben	
Verbindlichkeiten aus der Auszahlung von Löhnen und Gehältern	
Verrechnung mit verbundenen Unternehmen	
Sonstige Verbindlichkeiten	
Einfluss von Passiven Rechnungsabgrenzungsposten	
Fremde Vorauszahlungen	
Gutscheine, Jahreskarten, etc	
Zahlungswirksamkeit der Veränderung von	
Beständen von Vorräten	
Beständen von Halb- und Fertigerzeugnissen	
Beständen von erbrachten, aber noch nicht fakturierten Leistungen	
Beständen von erhaltenen, aber noch nicht fakturierten Leistungen	
<b>SONSTIGE SCHRITTE</b>	
Verprobung des Finanzplans mit den Detailplänen der Unternehmensplanung	
Ermittlung des rechnerischen Bestands an künftigen Debitoren/Kreditoren	
Analyse und Plausibilisierung des Ergebnisses	
Interpretation des Liquiditätsplans und Ermittlung von Bedarf/Überschuss	

**Top informiert mit LexisNexis: [www.lexisnexis.at](http://www.lexisnexis.at)**

## Fachliteratur

### Bücher

#### Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung

Herausgegeben von *Hans-Peter Kirchhof/Hans-Jürgen Lwowski/Rolf Stürner*. 2. Auflage, drei Bände. München 2007 (Band I) und 2008 (Band II und III). Verlag C.H. Beck. Gebunden, XLI/2.468, XI/2.188 und XII/1.883 Seiten, 585 €.

Mit den beiden heuer erschienenen Bänden liegt die zweite Auflage des großen Münchener Kommentars zur Insolvenzordnung vollständig vor. Die erste Auflage aus den Jahren 2001 bis 2003 wurde in ZIK 2004/7, 18 vorgestellt. Bei der Neuauflage fällt gleich einmal der stark angewachsene Umfang auf. Die Voraufgabe war bereits mit ihren über 5.000 Seiten das breiteste Werk zum dt Insolvenzrecht. Nunmehr bringt der Kommentar es auf mehr als 6.500 Seiten. Grund dafür ist einerseits die intensive Behandlung des Insolvenzrechts in Deutschland, wo mehrere, teilweise im Wochen- bzw Zweiwochenabstand erscheinende Zeitschriften und zahllose Bücher für kaum erfassbaren Materialzuwachs sorgen, von diversen Gesetzesreformen ganz abgesehen. Andererseits hat das Europäische Insolvenzrecht deutliche Spuren in der Neuauflage hinterlassen. Rund die Hälfte des Seitenzuwachses hat Band III beigesteuert. Ging etwa die Kommentierung der EuInsVO im Jahr 2003 mit knapp 70 Seiten noch wenig über den Normtext hinaus, hat *Reinhardt* sie nunmehr auf 300 Seiten ausgebaut. Auch die Informationen zu nationalen Insolvenzrechten (für Österreich von *Norbert Abel* verfasst) wurden deutlich ausgeweitet. Nicht ganz so stark, aber durchgehend erheblich angewachsen sind die Bearbeitungen der dt InsO. Die Autorinnen und Autoren haben alle Entwicklungen seit der Voraufgabe aufgegriffen und verarbeitet.

Weiterhin ist der MünchKommInsO den österr Leserinnen und Lesern uneingeschränkt zu empfehlen. Das gilt einmal für alle, die theoretisch mit dem dt Insolvenzrecht zu tun haben. Wer – wie der Verfasser – bei Vorträgen, Publikationen oder im Zusammenhang mit Insolvenzrechtsreformen häufig auf die dt Rechtslage blickt, kommt um den Großkommentar ohnedies nicht herum. Aber auch für die österr Praktikerinnen und Praktiker wird wegen der engen wirtschaftlichen und rechtlichen Verknüpfung der beiden Staaten eine ausgezeichnete Auskunftsquelle zur dt Insolvenzrechtswelt immer wichtiger. So scheint der Missstand der „Firmenbestattungen“ auch in Österreich Einzug zu halten, also der Kauf insolventer Gesellschaften und die Abwicklung ihrer Insolvenz tunlichst weit ab von den Gläubigern (s „Unternehmen still zu Grabe getragen“, *Kurier* vom 15. 8. 2008) – Auskunft zum in Deutschland leidigen Problem erhält man bei *Ganter*, § 3 InsO Rz 40 ff. Kurz danach schreibt dieser übrigens über die Kostenprobleme bei dt Verbraucherinsolvenzverfahren (s Vorbemerkungen vor §§ 4a bis 4d InsO Rz 1 ff), die die wahre Ursache für die massiven dt Schwierigkeiten in diesem Insolvenzbereich sind. Wer mit dt vorläufigen Verwaltern konfrontiert ist (wie zB das OLG Innsbruck 8. 7. 2008, 1 R 176/08d bei der Frage, ob dessen Einsetzung die Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens nach sich zieht), kann sich über diese in Deutschland ständig angeordnete Sicherungsmaßnahme bei *Haarmeyer*, §§ 21 ff InsO informieren (wobei *Reinhardt*, Art 16 EuInsVO Rz 2 mE das EuGH-Urteil in der Sache *Eurofood* nicht richtig interpretiert, wenn er die Einsetzung eines vorläufigen Verwalters nicht unter art 16 EuInsVO subsumieren will). Die Beispiele für wichtige Informationen ließen sich noch beliebig fortsetzen.

Fazit: Auch in seiner zweiten Auflage beeindruckt der MünchKommInsO in jeder Hinsicht. Innerhalb von zwei Jahren ist es den Herausgebern gelungen, drei Bücher vorzulegen, in denen auf rund 6.500 Seiten das dt Insolvenzrecht in durchwegs hoher Qualität dargestellt ist. Der MünchKommInsO hat damit seinen Rang als Standardwerk unterstrichen.

*Andreas Konecny*

■ ZIK 2008/250, 163

### Aufsätze

#### Insolvenzrecht

**Griehser/Likar**, *Die angemessene Entlohnung des Notgeschäftsführers – Probleme in der Praxis*, RdW 2008/470, 508:

Die Autoren setzen sich ua mit der Entlohnung des Notgeschäftsführers im Konkursverfahren und der Bewertung seines Entlohnungsanspruches als Masse- oder Konkursforderung auseinander. Darüber hinaus bejahen sie einen Insolvenz-Entgeltanspruch für Notgeschäftsführer, die erst nach Konkurseröffnung oder sehr kurz vor der Konkurseröffnung bestellt wurden.

■ ZIK 2008/251, 163

**Hausmann**, *Was bringt die BTVG-Novelle 2008?* Nova & Varia 2008, 53:

Von den Änderungen, die mit der BTVG-Novelle 2008 einhergehen, werden vor allem der Umfang und die Sicherungspflichten für Sonder- und Zusatzleistungen, Vertragsinhalt und Belehrungspflichten, Rücktrittsrecht des Erwerbers und Sicherungsmodelle besprochen.

■ ZIK 2008/252, 163

**Hergenröder**, *Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers/In einem gerichtlichen Vergleich vereinbarte Abfindungszahlung wegen rechtswidriger Kündigung*, ZWSAR 2008, 355:

In der Anm zu EuGH 17. 1. 2008, Rs C-246/06, Velasco Navarro, setzt sich der Autor mit der unmittelbaren Anwendbarkeit der Änderungsrichtlinie 2002/74/EG zum Schutz von Arbeitnehmern bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers bei Nichtumsetzung ins nationale Recht auseinander.

■ ZIK 2008/253, 163

**König**, *Anfechtung des Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfts; Hemmung der Anfechtungsfristen durch Vergleichsverhandlungen*, JBl 2008, 531:

In der Anm zu OGH 2 Ob 53/07v spricht sich der Autor für eine Differenzierung bei der Hemmung der Frist des § 9 AnFO durch Vergleichsverhandlungen aus. Unverzüglichkeit der Klageeinbringung und gehörige Fortsetzung der Titelklage seien nicht gegeben, wenn der potentielle Anfechtungskläger lediglich mit seinem Schuldner über die Titelforderung verhandle. Zudem sei für die Kenntnis der anfechtbaren Rechtshandlung seitens des Anfechtungsklägers auch die Kenntnis von der Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners Voraussetzung.

■ ZIK 2008/254, 163

**Kothbauer**, *Die Informationspflicht des Bauträgers über die Gesamtlage*, *immolex 2008*, 256:

Der Artikel geht auf die Informationspflichten des Bauträgers in Form erhöhter inhaltlicher Ausgestaltungspflichten des Bauträgervertrags ein und setzt sich insb mit § 4 Abs 1 Z 1 BTVG auseinander.

■ ZIK 2008/255, 164

**Murko**, *Eröffnung eines Insolvenzverfahrens und Erlöschen der Berechtigung zur Ausübung der Rechtsanwaltschaft – Eine Replik*, *AnwBl 2008*, 354:

Replizierend auf den Beitrag Reckenzauns (s unten) führt der Autor aus, dass die Entschuldung eines RA während eines Konkurs- oder Ausgleichsverfahrens bei aufrechter Berufsbefugnis nicht zulässig sein könne. Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens müsse unweigerlich zum Erlöschen der Berechtigung zur Ausübung der Rechtsanwaltschaft führen. Eine Wiedereintragung des RA sei nach erfolgreicher Sanierung durchaus möglich.

■ ZIK 2008/256, 164

**Paintner**, *Slowenien: Gesetz über das Finanzverhalten, die Verfahren wegen Insolvenz und die zwangsweise Beendigung – Teil 1a und 1b: Allgemeine Bestimmungen*, *WiRO 2008*, 242, 270:

Dieses slowenische Gesetz ist seit 15. 1. 2008 in Kraft und stellt eine komplette Neukodifikation des Insolvenzrechts dar. Der Autor stellt die Neuerungen vor, zB dass zum ersten Mal auch Freiberufler und Verbraucher konkursfähig sind und ein Nachlasskonkursverfahren eingeführt wurde. Eine dt Textübersetzung ist angeschlossen.

■ ZIK 2008/257, 164

**Peter**, *Le point sur le droit des poursuites et des faillites/ Entwicklungen im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, *SJZ 2008*, 368:

In diesem in französischer Sprache abgefassten Artikel wird auf konkrete Entwicklungen in der Rsp der Schweizer Gerichte zu Bestimmungen des Konkursrechts, des Einleitungsverfahrens, über Pfändungen, des Arrestes und Nachlassvertrags eingegangen. Literatur, Gesetzesänderungen und die Schweizer Insolvenzstatistik werden ebenfalls angeführt.

■ ZIK 2008/258, 164

**Pittl**, *Die Novelle zum Bauträgervertragsgesetz*, *wobl 2008*, 186:

Der Autor bietet einen allgemeinen Überblick über die BTVG-Novelle 2008 und beschäftigt sich mit der grundbücherlichen Sicherstellung, der Lastenfreistellung und dem Ratenplan im Falle der Insolvenz des Bauträgers sowie mit den neuen Aufklärungs- und Überwachungspflichten der Treuhänder.

■ ZIK 2008/259, 164

**Pittl/Niedrist**, *Die Absicherung des Gewährleistungsrisikos beim Bauträgervertrag*, *wobl 2008*, 197:

Der Artikel setzt sich insb mit den geänderten Sicherungspflichten des Bauträgers für Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche des Erwerbers auseinander.

■ ZIK 2008/260, 164

**Reckenzaun**, *Eröffnung eines Insolvenzverfahrens und Erlöschen der Berechtigung zur Ausübung der Rechtsanwaltschaft*, *AnwBl 2008*, 351:

Der Autor kritisiert als nicht mehr zeitgemäß, dass bei Insolvenz eines Rechtsanwalts die Berechtigung zur Berufsausübung erlischt,

da das von den Sanierungsmöglichkeiten ausschließe. Er plädiert für die Anpassung des anwaltlichen Berufsrechts an die insolvenzrechtlichen Bestimmungen.

■ ZIK 2008/261, 164

**Rüffler**, *Zweifelsfragen zu gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten für den Fall des Konkurses eines GmbH-Gesellschafters*, *wbl 2008*, 353:

Der Autor beschäftigt sich mit Aufgriffsrechten anderer Gesellschafter am Geschäftsanteil des Gemeinschuldners und vertritt, dass sie aus konkursrechtlicher Sicht wirksam seien. Er geht weiters auf eine mögliche Gläubigerbenachteiligung durch Beschränkung des Aufgriffspreises ein.

■ ZIK 2008/262, 164

**Vögerl**, *Das neue Bauträgervertragsrecht aus rechtsökonomischer Sicht*, *immolex 2008*, 235:

Die Autorin analysiert die Novelle zum BTVG aus rechtsökonomischer Sicht, begrüßt die Regelungen, meint aber, dass eine Auseinandersetzung mit potenziellen Kosten aufgrund der Risikoverschiebung zulasten des Bauträgers nur teilweise erfolgt sei.

■ ZIK 2008/263, 164

**Vonkilch**, *Das Bauträgervertragsrecht nach der BTVG-Novelle 2008*, *wobl 2008*, 203:

Der Beitrag setzt sich mit der BTVG-Novelle 2008 und den damit einhergehenden Änderungen auch zur Insolvenzabsicherung sowie dem neuen Ratenplanmodell auseinander. Ua weist der Autor darauf hin, dass es der Gesetzgeber verabsäumt habe, die Insolvenzsicherheit des Ratenplanmodells zweifelsfrei sicherzustellen.

■ ZIK 2008/264, 164

**Wedde**, *Insolvenzeröffnung durch nicht ordnungsgemäß bestellten Vorstand*, *eastlex 2008*, 159:

In der Anm zur E des russischen OWG 9168/2007 wird auf die Problematik einer Insolvenzeröffnung aufgrund eines Insolvenzantrags eines nicht berechtigten Vorstands in Russland eingegangen. Stellt sich dabei erst nach Konkurseröffnung heraus, dass der Antrag von einer nicht berechtigten Person gestellt wurde, ist das Verfahren einzustellen. Die E wird als überaus positiv bewertet, da sehr häufig das russische Insolvenzrecht rechtsmissbräuchlich zur Machtübernahme in einer Gesellschaft herangezogen wird.

■ ZIK 2008/265, 164

**Wilhelm**, *Versicherungs-Senat dreht eigene Rsp zur Vinkulierung*, *ecolex 2008*, 701:

Der Autor zeichnet die Rechtsprechungswende, eine vinkulierte Versicherungsforderung nicht mehr zur vorzugsweisen Befriedigung von Vinkulierungsgläubigern heranzuziehen, anhand der E 7 Ob 228/07s nach. Er setzt sich dabei mit der analogen Anwendung des § 10 KO sowie dem ZessRÄG auseinander und kritisiert die Entscheidung.

■ ZIK 2008/266, 164

## Kreditschutz

**von Bernstorff**, *Der Europäische Zahlungsbefehl*, *RIW 2008*, 548:

Der Beitrag beschäftigt sich im Speziellen mit dem grenzüberschreitenden Mahnverfahren nach der EuMahnVO, das ab 12. 12. 2008 in Kraft treten wird. Anwendungsbereich, Zuständigkeiten, Verfahren und Rechtsbehelfe des Schuldners werden vorgestellt.

■ ZIK 2008/267, 164

**Bodzási**, *Neuregelung der Kreditsicherheiten im neuen ungarischen Zivilgesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung des Pfandrechts*, ÖBA 2008, 548:

Der Beitrag informiert über die geplanten wesentlichen Änderungen im ungarischen Kreditsicherheitenrecht.

■ ZIK 2008/268, 165

**Bollenberger**, *Drittpfandbestellung und Verbraucherschutz nach §§ 25c und 25d KSchG*, ÖBA 2008, 650:

Der Autor stellt die Rsp zur Informationsobliegenheit des Gläubigers nach § 25c KSchG und zum Mäßigungsrecht des § 25d KSchG vor, die entgegen zahlreichen Stimmen in der Lehre nicht auf die Interzession durch Drittpfandbesteller angewendet wird, und schlägt einen eigenen differenzierenden Lösungsansatz vor.

■ ZIK 2008/269, 165

**Butschek/Cech**, *Immobilienicherheiten nach Basel II*, ÖBA 2008, 567:

Die Autoren besprechen die neuen Eigenmittelvorschriften für Immobilienicherheiten, setzen sich dabei mit Auslegungsfragen auseinander und zeigen Handlungsalternativen für Kreditinstitute auf.

■ ZIK 2008/270, 165

**Gahleitner**, *Unternehmensrechts-Änderungsgesetz 2008 (Teil I und Teil II)*, *ecolex* 2008, 536, 642:

Der Beitrag behandelt insb die vom URÄG 2008 mit 1. 6. 2008 geschaffenen Neuerungen bei der Abschlussprüfung. Zudem wird auf Änderungen in der Berichtspflicht von Unternehmen hingewiesen.

■ ZIK 2008/271, 165

**Gurmann/Sakowitsch**, *Vinkulierung von Geschäftsanteilen und Rechtsfolgen der Umgehung*, *GeS* 2008, 136:

Vinkulierungen von Geschäftsanteilen sichern den Gesellschaftern die Ausübung der Kontrolle über die Beteiligungsverhältnisse und den Einfluss auf die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft. Der Beitrag zeigt auf, wie zB durch Treuhand-Vereinbarungen und mittelbare Anteilsverschiebungen versucht wird, Vinkulierungsklauseln zu umgehen.

■ ZIK 2008/272, 165

**Koch**, *Anm zu OGH 22. 2. 2007 8 Ob 92/06x*, ÖBA 2008/1294, 585:

Der Autor setzt sich anhand der Entscheidung mit der Streitfrage auseinander, welche Kompensationsmöglichkeiten der Schuldner einer künftigen Forderung hat, die bereits an einen Dritten abgetreten wurde.

■ ZIK 2008/273, 165

**Lanfermann/Richard**, *Kapitalschutz der Europäischen Privatgesellschaft*, *BB* 2008, 1610:

Am 25. 6. 2008 legte die Europäische Kommission einen Entwurf für eine Europäische Privatgesellschaft = Societas Privata Europaea (SPE) vor. Die Autoren behandeln das niedrige Mindestkapitalerfordernis von 1 €, die erleichterte Kapitalaufbringung, die Ausschüttungsregeln, den fakultativen Solvenztest und die Haftungsregeln.

■ ZIK 2008/274, 165

**Maul/Röhrich**, *Die Europäische Privatgesellschaft – Überblick über eine neue supranationale Rechtsform*, *BB* 2008, 1574:

Die Autorinnen besprechen – unter Vorschlag von Verbesserungsmöglichkeiten – den Verordnungsentwurf über die Europäische Privatgesellschaft (SPE), ua Gründung, Kapitalausstattung und Gläubigerschutz, Solvenz und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall.

■ ZIK 2008/275, 165

**Mayerhöfer**, *Zentrale Diskussionspunkte der Europäischen Privatgesellschaft (EPG) anlässlich des offiziellen VO-Vorschlags der Kommission*, *GeS* 2008, 176:

Der Beitrag setzt sich neben der Haftung der Mitglieder der Unternehmensleitung auch mit der Liquidation, Insolvenz und Zahlungseinstellung der vorgeschlagenen EPG bzw SPE auseinander und zeigt Kritikpunkte auf.

■ ZIK 2008/276, 165

**Mayr**, *Das europäische Mahnverfahren und Österreich*, *JBl* 2008, 503:

Am 12. 12. 2008 wird die EuMahnVO in Kraft treten. Der Autor stellt sie vor, zeigt Problembereiche auf und setzt sich mit den Auswirkungen der EuMahnVO auf das österr Zivilprozessrecht auseinander.

■ ZIK 2008/277, 165

**Potyka/Weber**, *Der Prüfungsausschuss nach dem URÄG 2008*, *GesRZ* 2008, 190:

Das URÄG 2008 bringt einschneidende Änderungen im Bereich der Abschlussprüfung, der Rechnungslegung und der Corporate Governance. Der Artikel setzt sich mit der Neuregelung des Prüfungsausschusses auseinander und geht ua auf die Berichtspflichten des Abschlussprüfers ein.

■ ZIK 2008/278, 165

**Rassi**, *Die Grundbuchsnovelle 2008: Ein Überblick*, *NZ* 2008/61, 225:

Der Autor geht auf die sA nach nicht unproblematische Einführung eines Verbesserungsverfahrens, die Abschaffung von Haupt- und Nebeneinlage bei Simultanhypotheken und die Möglichkeit eines Grundbuchsgerichts, in einer fremden Einlage zu vollziehen, ein. Er stellt zudem technologische Neuerungen und Änderungen im LiegTeilG, VermG, UHG, GUG und ABGB vor.

■ ZIK 2008/279, 165

**Ruhm**, *Der Vorschlag der Europäischen Kommission über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft*, *GeS* 2008, 224:

Die vorgeschlagene Europäische Privatgesellschaft (SPE) wird vom Autor mit der österr GmbH verglichen, auch auf die Corporate Governance Bestimmungen zur Ersterer wird eingegangen.

■ ZIK 2008/280, 165

**Schoenfeld**, *Überwachung von Kapitalgesellschaften in einer globalen Wirtschaft – Erfüllen Rechnungswesen und Corporate Governance diese Aufgabe?* *RWZ* 2008/57, 193:

Der Autor setzt sich mit der Funktionsfähigkeit von Corporate Governance Regelungen auseinander, beschreibt deren unterschied-

liche Ausgestaltung in den USA und in Europa und zeigt Notwendigkeiten zur Weiterentwicklung auf.

■ ZIK 2008/281, 165

**Sujecki**, Vereinheitlichung des Erkenntnisverfahrens in Europa: Das Europäische Verfahren für geringfügige Forderungen, EWS 2008, 323:

Durch die EuGFVO (auch EuBagatellVO genannt), die am 1. 1. 2009 in Kraft tritt, schuf der europäische Gesetzgeber ein europaweit einheitliches Erkenntnisverfahren für geringfügige For-

derungen bis 2000 €. Der Autor informiert über Anwendungsbereich und Verfahren und setzt sich zudem mit sA nach problematischen Regelungen auseinander.

■ ZIK 2008/282, 166

**Verweijen**, (R)Evolution im Grundbuch, immolex 2008, 230:

Der Autor stellt die wesentlichsten Neuerungen der GBG-Nov 2008 dar, die mit 1. 1. 2009 in Kraft tritt.

■ ZIK 2008/283, 166

## Judikatur

### Gemeinschuldner kann Masseverwertung nicht klageweise anfechten

Die Klage des Gemeinschuldners auf Nichtigerklärung eines Kaufvertrags, mit dem Massevermögen verwertet wurde, ist unzulässig. Der Gemeinschuldner kann nur bei behaupteten Verfehlungen im Konkurs und einem sonst bestehenden Rechtsschutzdefizit einen Prozess über Massevermögen führen (8 Ob 263/00k). Die Klage auf Anfechtung des Kaufvertrags strebt nicht bloß eine den Interessen der Konkursgläubiger nicht widerstreitende Erhaltung und Vermehrung der Masse an, sondern soll deren Verwertung rückabwickeln. Zudem wird nicht nur die Tätigkeit des Masseverwalters vom KonkursG überwacht, sondern ist die konkrete Verwertung vom Gläubigerausschuss zu genehmigen.

■ ZIK 2008/284, 166

KO: §§ 1, 3, 81

OGH 28. 4. 2008, 8 Ob 50/08y

### Bloß Einschränkung der Gehaltsexekution wegen Unterhaltsrückständen bei Konkurseröffnung

Grundsätzlich wird das gesamte der Exekution unterworfenen Vermögen des Gemeinschuldners seiner freien Verfügung entzogen. Der unpfändbare Teil der Bezüge des Schuldners ist nicht der Exekution unterworfen und fällt daher nicht in die Konkursmasse. Bezüge, die das Existenzminimum nicht übersteigen, bleiben in seiner Rechtszuständigkeit und sind dem Zugriff der Gläubiger gesetzlicher Unterhaltsansprüche ausgesetzt (3 Ob 206/00s; 3 Ob 205/00v; 3 Ob 204/93). Eine Gehaltsexekution von Unterhaltsgläubigern bleibt daher durch die Konkurseröffnung jedenfalls insoweit unberührt, als sie für die nicht vom Konkurs erfassten, dh laufenden Unterhaltsansprüche erwirkt wurde und sich auf den nur für Unterhaltsforderungen pfändbaren Teil des Arbeitseinkommen bezieht, also auf die Differenz zwischen den beiden Existenzminima (3 Ob 2376/96z). Aber auch für die zur Zeit der Konkurseröffnung rückständigen Konkursforderungen aus einem gesetzlichem Unterhaltsanspruch kann die Exekution mit dieser Beschränkung bewilligt werden (3 Ob 206/00s; 3 Ob 205/00v). Ähnlich wie bei Absonderungsgläubigern setzt die Geltendmachung des nur den Unterhaltsgläubigern zustehenden Rechts auf Befriedigung aus dem konkursfreien Vermögen den Verzicht auf die Anmeldung der Konkursforderung nicht voraus. Wenn aber nach Konkurseröffnung die Gehaltsexekution zur Hereinbringung von davor angelautenen Unterhaltsrückständen und damit für Konkursforderungen mit der Beschränkung auf die Differenz zwischen den beiden Existenzminima bewilligt werden kann und ein Unterhaltsgläubiger dabei die Konkursforderung auch im Konkurs anmelden kann, dann erlischt auch ein vor Konkurseröffnung erwirktes exekutives Pfandrecht am Schuldnerereinkommen gem § 12a KO nur so weit, als es sich auf den für alle Gläubiger pfändbaren Teil des Bezugs erstreckt. Die Exekution bleibt

■ ZIK 2008/285, 166

KO: §§ 1, 10, 12a

EO: §§ 291a, 291b, 292a, 292b, 294

LG Wels 23. 4. 2008, 22 R 128/08t



hingegen aufrecht, und zwar auch zur Hereinbringung des vor Konkurseröffnung aufgelaufenen Unterhaltsrückstands, soweit sie sich auf die nur für Unterhaltsforderungen pfändbare Differenz zwischen den Existenzminima bezieht.

Die Einschränkung der Exekution auf die Differenz zwischen den Existenzminima tritt bei Konkurseröffnung ex nunc und ipso iure ein, ohne dass es einer Rechtshandlung des Masseverwalters, bei Eigenverwaltung des Schuldners, oder einer anderen Person (auch nicht des Exekutionsgerichts) bedarf.

#### ANMERKUNG

*Siehe dazu den Beitrag von B i r e k in dieser Ausgabe, ZIK 2008/246, 146.*

## Sonderzahlungsansprüche der Arbeitnehmer als Masse-/Konkursforderung

■ ZIK 2008/286, 167

Ansprüche der Arbeitnehmer auf laufendes Entgelt einschließlich Sonderzahlungen für die Zeit nach Konkurseröffnung sind Masseforderungen (8 ObA 24/05w). Davon erfasst sind jene Ansprüche des Dienstnehmers, die für die Zurverfügungstellung seiner Arbeitskraft für diesen Zeitraum gebühren. Es soll jener Vorteil, der der Masse durch das Zurverfügungstehen des Arbeitnehmers im Rahmen des Arbeitsvertrags zukommt, auch als Masseforderung abgegolten werden. Sonderzahlungen erfahren nach dem Gesetz keine andere insolvenzrechtliche Behandlung als das laufende Entgelt (8 Ob 30/95). Die auf den Zeitraum nach Konkurseröffnung bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses entfallenden und „verdienten“ Sonderzahlungsanteile stellen somit eine Masseforderung dar.

Dies gilt aber nicht für jenen Teil der Sonderzahlungen, auf die zwar ein arbeitsvertraglicher Anspruch besteht, die aber mangels aufrechten Bestands eines Dienstverhältnisses nicht mehr „verdient“ werden können. Der Terminus „laufendes Entgelt“ setzt schon begrifflich das Bestehen eines aufrechten Dienstverhältnisses voraus. Ähnlich wie der Anspruch auf Urlaubersatzleistung, der unter den Voraussetzungen des § 10 URLG zusteht, wenn der Arbeitnehmer wegen Beendigung des Dienstverhältnisses während des Urlaubsjahrs seinen Urlaub nicht in natura verbrauchen konnte, ist auch der Anspruch auf vorzeitig fälligen, überproportionalen Urlaubszuschuss, der mangels Bestehens eines aufrechten Dienstverhältnisses schon begrifflich nicht mehr „verdient“ werden kann, als Beendigungsanspruch anzusehen.

Treten die Arbeitnehmer gem § 25 KO vorzeitig aus, wird das Arbeitsverhältnis sofort aufgelöst, Beendigungsansprüche stellen Konkursforderungen dar. Die sofortige Auflösung begründet Ansprüche, die zwar betragsmäßig dem laufenden Entgelt bis zum Ende der Kündigungsfrist entsprechen, doch handelt es sich bei dieser „Kündigungsentschädigung“ nach hA um einen aus der Beendigung des Arbeitsverhältnisses entstehenden Ersatzanspruch. Dies gilt auch für den auf die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses entfallenden „überproportionalen“ Teil des Urlaubszuschusses, hinsichtlich dessen sich ein allfälliger Anspruch unmittelbar aus dem anzuwendenden Kollektivvertrag ergibt. Im Hinblick auf das Anwartschaftsprinzip (8 Ob 30/95), wonach der Teil der Sonderzahlungen, der auf die Zeit vor Konkurseröffnung entfällt, als Konkursforderung anzusehen ist, jener Teil, der auf die Zeit nach der Konkurseröffnung bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses fällt, als laufendes Entgelt und damit als Masseforderung anzusehen ist, ist es nur konsequent, einen auf den Zeitraum nach Beendigung des Dienstverhältnisses entfallenden Anspruch an Urlaubszuschuss als Beendigungsanspruch und daher als Konkursforderung zu qualifizieren.

**KO: §§ 25, 46 Abs 1 Z 3 und Z 3a**

**ABGB: § 1162**

**AngG: §§ 16, 29**

**URLG: § 10**

OGH 28. 2. 2008, 8 ObA 11/08p

Top informiert mit LexisNexis: [www.lexisnexus.at](http://www.lexisnexus.at)

## Anfechtung der Zession einer eingeklagten Forderung und Prozesseintritt des Masseverwalters

■ ZIK 2008/287, 168

Die erfolgreiche Konkursanfechtung einer Zession während eines bereits anhängigen Prozesses zwischen Zessionar und debitor cessus auf Zahlung der abgetretenen Forderung berechtigt den Masseverwalter, anstelle des Kl in den Prozess einzutreten. Einer Zustimmung des Zessionars bedarf es nicht.

KO: § 28 Z 3, § 39 Abs 2  
ZPO: §§ 234, 528 Abs 2 Z 2  
EO: §§ 303 ff

OGH 9. 7. 2008, 7 Ob 49/08v

Am 15. 10. 1998 wurde über das Vermögen der H-GmbH und der H-GmbH & Co KG das Ausgleichsverfahren eröffnet und der Nebenintervenient aufseiten der Bekl zum Masseverwalter bestellt. Der in den Verfahren angebotene Zwangsausgleich wurde mit 6. 4. 1999 angenommen und vom KonkursG bestätigt. Mangels Erfüllung wurden die Konkursverfahren mit Beschluss des KonkursG vom 7. 3. 2000 aufgehoben. Noch während aufrechten Konkursverfahrens trat der Geschäftsführer der Komplementärin die gegenständlichen Forderungen der Gemeinschuldnerinnen an seine beiden Söhne, Günther H jun und den Kl, ab. Nach Aufhebung der Konkurse wurde diese Abtretung „zur Vorsicht“ wiederholt. Günther H jun trat in der Folge die ihm zedierten Ansprüche an den Kl ab.

Am 19. 7. 2001 wurde neuerlich das Konkursverfahren über die Gesellschaften eröffnet und der Nebenintervenient aufseiten des Kl zum Masseverwalter bestellt. Er erhob gegen den Kl und seinen Bruder eine auf § 28 Z 3 KO gestützte Anfechtungsklage. Es wurde rechtskräftig erkannt, dass die Zession an den Kl und seinen Bruder den Gläubigern der Gemeinschuldnerinnen gegenüber unwirksam ist.

Der Masseverwalter erklärte mit Schriftsatz vom 8. 2. 2006 seinen Beitritt als Nebenintervenient. In der Tagsatzung vom 1. 3. 2007 erklärte er nach rechtskräftiger Beendigung der beiden Anfechtungsprozesse, anstelle des Kl in den Prozess eintreten zu wollen. Die Bekl sprach sich ausdrücklich nicht dagegen aus, wohl aber der Kl. Das ErstG fasste in der Tagsatzung den Beschluss, den Masseverwalter anstelle des bisherigen Kl als P im Verfahren zuzulassen, wodurch Markus H als Kl ausscheidet. Daraufhin schloss der Masseverwalter mit der Bekl einen durch die Rechtskraft der Entscheidung über den Parteieintritt bedingten Vergleich, in welchem sich die Bekl zur Bezahlung von 120.000 € verpflichtete.

Das ErstG fertigte in seiner Entscheidung zunächst den Beschluss auf Zulassung des Beitritts des Masseverwalters als Nebenintervenient aufseiten des Kl aus. Weiters sprach es aus, dass der Eintritt des Nebenintervenienten als Kl in das Verfahren wirksam sei und wies gleichzeitig das Klagebegehren des bisherigen Kl ab.

Das OLG Wien bestätigte als RekursG die Beschlüsse des ErstG und wies als Be-

rufungsG die vom Kl gegen die Abweisung seines Klagebegehrens erhobene Berufung zurück.

Die Rechtsmittel des Kl hatten keinen Erfolg.

### Aus der Begründung des OGH:

Der Revisionsrekurs gegen den Eintritt des Nebenintervenienten als Hauptpartei nach § 234 ZPO ist im Sinne des § 528 Abs 2 Z 2 ZPO zulässig, weil die Zulassung des Eintritts und Abweisung des Klagebegehrens des ausscheidenden Kl der Zurückweisung einer Klage ohne Sachentscheidung aus formellen Gründen gleichzuhalten ist (vgl RIS-Justiz RS0120211); der Revisionsrekurs ist aber nicht berechtigt.

Der Anfechtungsanspruch ist ein Forderungsanspruch eigener Natur, sein Ziel ist daher nicht bloß die Wiederherstellung des Zustands der Masse vor der Rechtshandlung, sondern die Herstellung des Zustands, in dem sich die Masse befände, wenn die anfechtbare Rechtshandlung nicht vorgenommen worden wäre (RIS-Justiz RS0050372; König, Die Anfechtung nach der Konkursordnung<sup>3</sup> Rz 15/6; Rebernik in Konecny/Schubert, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen § 39 KO Rz 1). Die erfolgreiche Anfechtung einer Zession im Konkurs bewirkt lediglich deren relative Unwirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern, sie lässt die Wirksamkeit der Zession im Verhältnis zwischen den unmittelbar Beteiligten unberührt (RIS-Justiz RS0032816, RS0064454). Die im Anfechtungsprozess ausgesprochene Unwirksamkeit der Zession den Konkursgläubigern gegenüber entfaltet auch eine Tatbestands- oder Reflexwirkung (vgl RIS-Justiz RS0041401) insofern, als die Tatsache, dass ein Urteil zwischen den P des Vorprozesses ergangen ist, auch von jedem Dritten – nach Maßgabe des Spruchs dieser Entscheidung – in jenem Umfang hingenommen werden muss, als damit neue rechtliche Voraussetzungen, sei es für die Bildung neuer Privatrechtsansprüche, sei es für deren Änderung oder Erlöschen, geschaffen wurden (7 Ob 723/87, SZ 61/47 = JBl 1988, 652 mwN). Die Unwirksamklärung der Zession wirkt damit insoweit auch gegen den Schuldner, als er sich der Konkursmasse gegenüber nicht mehr auf die angefochtene Forderungsabtretung berufen kann (7 Ob 723/87, RIS-Justiz RS0032649; König, Anfechtung<sup>3</sup>

Rz 2/12). Der Anfechtungsgegner ist als unredlicher Besitzer anzusehen (§ 39 Abs 2 KO). Diese Stellung als unredlicher Besitzer kommt dem Anfechtungsgegner kraft Gesetzes zu, auf andere Voraussetzungen kommt es nicht an. Dies bedeutet, dass er nach § 335 ABGB haftet und nur nach § 336 ABGB Aufwändersatz verlangen kann (vgl König, Anfechtung<sup>3</sup> Rz 15/13 ff). Ein Aufwand ist dem Anfechtungsgegner allgemein dann zu ersetzen, wenn er ohne die anfechtbare Handlung auch bei der Masse angefallen wäre. Im Übrigen kann der Anfechtungsgegner nur Ersatz für die objektiv den Wert der Masse erhöhenden Aufwendungen begehren, sofern dieser Vorteil noch fortwirkt und daher für die Masse objektiv vorhanden ist (Rebernik in Konecny/Schubert, KO § 39 Rz 56).

Die hier zu beantwortende Frage ist, ob die erfolgreiche Anfechtung einer Zession nach der KO während eines bereits anhängigen Prozesses zwischen dem Zessionar und dem Zessus auf Zahlung der abgetretenen Forderungen einen Fall des § 234 ZPO darstellt.

§ 234 ZPO dient sowohl dem Kläger- als auch dem Beklagenschutz. Seine Aufgabe liegt primär in einem Schutz der Gegenseite des Veräußerers vor einem Verlust effektiven Rechtsschutzes und einem Wertloswerden des bisherigen Verfahrensaufwands unter Vermeidung von ungerechtfertigten Mehrfachprozessen. Darüber hinaus dient § 234 ZPO aber auch einer Erhaltung der freien Verfügungsmöglichkeit des Kl über den eingeklagten Anspruch (Klicka in Fashing/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen<sup>2</sup> § 234 ZPO Rz 3; Rebernik/Klicka in Rebernik, ZPO<sup>3</sup> § 234 Rz 1; vgl RIS-Justiz RS0039314). § 234 ZPO stellt nach der herrschenden Irrelevanztheorie insofern eine Ausnahme gegenüber § 406 ZPO dar, als für die Frage der Aktivlegitimation und Passivlegitimation der Zeitpunkt der Streitanhängigkeit entscheidet, während für die anderen Entscheidungsgrundlagen der Zeitpunkt des Schlusses der Verhandlung erster Instanz maßgeblich bleibt (RIS-Justiz RS0109183). Grundsätzlich ist daher auf eine Zession während eines anhängigen Rechtsstreits nicht Rücksicht zu nehmen, sondern in der Sache so zu entscheiden, als ob die Zession überhaupt nicht erfolgt wäre (RIS-Justiz RS0039242).

§ 234 ZPO ist nach der Rsp nicht nur auf die vom Gesetz genannte „Veräußerung“

anzuwenden, sondern auch auf jede Art von Einzelrechtsnachfolge (RIS-Justiz RS0039231 und RS0039282) bzw. Rechtszuständigkeitswechsel (3 Ob 129/05z, 2 Ob 509/96, RIS-Justiz RS0039302). So fallen unter § 234 ZPO nicht nur die Einzelrechtsnachfolge kraft Vertrags oder Gesetzes, sondern auch Rechtsübergänge aufgrund richterlicher Verfügung (1 Ob 65/98k, RIS-Justiz RS0039231 [T5]). Es wurde bereits ausgesprochen, dass auch eine exekutive Überweisung von Forderungen nach den §§ 303 ff EO iSd § 234 ZPO keinen Einfluss auf die Sachlegitimation hat. Es müsse aber infolge der Forderungspfändung das Leistungsbegehren statt auf Zahlung an den Schuldner auf gerichtlichen Erlag umgestellt werden (2 Ob 509/96, 6 Ob 89/03m).

Die (bloß) relative Wirkung der Anfechtung einer Zession im Konkurs ist im hier relevanten Aspekt mit der Wirkung der exekutiven Pfändung und Überweisung zur Einziehung nach §§ 303 ff EO vergleichbar. Auch bei der Überweisung zur Einziehung kann zwar der betreibende Gläubiger die ihm übertragene Forderung im eigenen Namen geltend machen, es wird ihm aber wegen der ihm durch § 308 EO auferlegten Beschränkungen (wie Verbot des Abschlusses von Vergleichen und des Erlassens von Schulden) nicht die volle Rechtsposition eines Zessionars übertragen (vgl. *Oberhammer* in *Angst*, Kommentar zur Exekutionsordnung § 308 EO Rz 3). Bei der Anfechtung einer Zession tritt einerseits (auch) nur eine relative Unwirksamkeit ein, nämlich den Gläubigern des Gemeinschuldners gegenüber, andererseits liegt keine willentliche Rechtsübertragung vor, sondern es lebt nur den Gläubigern des Gemeinschuldners gegenüber wieder jene Rechtsposition auf, wie sie vor der angefochtenen Zession bestanden hat. Da aber von § 234 ZPO – wie dargelegt – nicht nur willkürliche (Voll-)Rechtsübertragungen, sondern alle Formen des Rechtszuständigkeitswechsels umfasst sein sollen, stellt auch die erfolgreiche Anfechtung einer Zession während des bereits vor Rechtskraft des Rechtsgestaltungsurteils anhängigen Prozesses zwischen dem Zessionar und dem Zessus einen Fall des § 234 ZPO dar. Die Irrelevanztheorie kann hier aber nur soweit wirken, als – wie auch im Fall des § 308 EO – das Klagebegehren

von Leistung an den Zessionar auf Leistung an den Masseverwalter bzw. gerichtlichen Erlag umzustellen ist.

Im vorliegenden Fall erklärte der Masseverwalter, der dem Verfahren zunächst als Nebenintervenient beigetreten war, nach § 234 zweiter Satz ZPO seinen Eintritt in den Prozess anstelle des Kl. Dies ist nach § 234 zweiter Satz ZPO nur mit Zustimmung des Gegners der Hauptpartei zulässig. Der Gegner der Hauptpartei, also die Bekl., stimmt dem Eintritt des Masseverwalters als Kl. zu. Fraglich ist hier, ob dies ausreicht, um den Eintritt wirksam zu machen, oder ob – entgegen dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut – dazu auch die Zustimmung des ausscheidenden Kl. notwendig ist. Nach neuerer Lehre ist eine Zustimmung des Rechtsvorgängers nicht erforderlich (*Rechberger/Klicka* in *Rechberger*, ZPO<sup>3</sup> § 234 Rz 3; *Klicka* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 234 ZPO Rz 37; *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts<sup>6</sup> Rz 234; *Oberhammer*, Die Offene Handelsgesellschaft im Zivilprozess 201 ff; aA *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III 101 [Anm 6]; *ders*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts<sup>2</sup> Rz 1206). Der Rechtsstreit solle zwischen den sachlegitimierten Personen ausgetragen werden und es solle der nicht mehr sachlegitimierte Veräußerer durch Verweigerung seiner Zustimmung dies nicht verhindern können (*Klicka* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 234 ZPO Rz 37). Der Kl. wendet dagegen im Wesentlichen ein, dass der Eintritt ohne seine Zustimmung nicht zulässig sei, weil gegen seinen Willen in sein Eigentumsrecht eingegriffen werde und er seine potenzielle Kostenersatzberechtigung im Prozess verlieren könnte. Diese Argumente vermögen, jedenfalls in einem Fall wie dem vorliegenden nicht zu überzeugen. Der Rechtsübergang erfolgte durch erfolgreiche Anfechtung einer Zession nach der KO durch den Masseverwalter. Nach § 39 Abs 2 KO ist der Anfechtungsgegner – wie bereits dargelegt – ex lege unredlicher Besitzer und nicht mehr berechtigt, Leistung an sich selbst zu begehren (im Gegensatz etwa zur Einzelrechtsnachfolge durch Veräußerung [vgl. RIS-Justiz RS0039258]). Von einer „Enteignung“ bzw. einem „Eingriff in das Eigentumsrecht“ kann im Hinblick darauf, dass der Kl. unredlicher Besitzer ist, keine

Rede sein. Die Zession ist ja gerade wegen der verpönten Vermögensverschiebung zum Nachteil der Gläubiger der Gemeinschuldnerinnen und der erwiesenen Kenntnis der Benachteiligungsabsicht den Gläubigern gegenüber unwirksam. Die Anfechtung soll den Eingriff in die vom Kl. (den Gläubigern der Gemeinschuldnerinnen gegenüber) zu Unrecht erworbene Position gerade bewirken. Dem wäre jedenfalls auch durch Umstellung des Klagebegehrens auf Zahlung an den Masseverwalter Rechnung zu tragen gewesen. Zum potenziellen Kostenersatzanspruch des Kl. im von ihm eingeleiteten Verfahren ist zu bedenken, dass der Masseverwalter im Fall seines Eintritts als Hauptpartei und Verwendung des bisherigen Verfahrensaufwands auch berechtigt sein muss, die zur zweckmäßigen Rechtsverfolgung notwendigen Kosten des ausscheidenden bisherigen Kl. in seinem Kostenverzeichnis geltend zu machen. Ähnliches ist in § 308a Abs 2 EO für den eintretenden betreibenden Gläubiger vorgesehen. Sollte vom Masseverwalter ein nach einem Prozesserfolg zustehender Kostenersatzanspruch des ausscheidenden Kl. schuldhaft/pflichtwidrig nicht geltend gemacht werden, wäre der gegen seinen Willen geschiedene Zessionar auf allfällige Schadenersatzansprüche gegen den Masseverwalter zu verweisen. Da es auf die Zustimmung des Kl. zum Eintritt des Masseverwalters an seiner Stelle im vorliegenden Fall also nicht ankommt, muss der Rekurs erfolglos bleiben. (...)

Im Gegensatz zum Zeitpunkt der Entscheidung des BerufungsG ist nunmehr der Eintritt des Masseverwalters als Kl. rechtskräftig und der bisherige Kl. Markus H daher nicht mehr P des Verfahrens. Damit kann er aber durch die „Abweisung seines Klagebegehrens“ nicht mehr beschwert sein. Nach ständiger Rsp setzt aber jedes Rechtsmittel eine Beschwer, also ein Anfechtungsinteresse, voraus, ist es doch nicht Sache der Rechtsmittelinstanzen, rein theoretische Fragen zu entscheiden (*Kodek* in *Rechberger*, ZPO<sup>3</sup> Vor § 461 ZPO Rz 9). Außerdem haben der Masseverwalter und die Bekl. bereits einen nur durch die vorliegende Entscheidung bedingten Vergleich in der Rechtssache abgeschlossen, sodass durch die Entscheidungen der Vorinstanzen keiner der Beteiligten beschwert ist.

#### ANMERKUNG

Siehe dazu den Beitrag von *W e h r b e r g e r* in dieser Ausgabe, ZIK 2008/247, 148.

Top informiert mit LexisNexis: [www.lexisnexus.at](http://www.lexisnexus.at)

## Keine Einzelanfechtung während des Konkursverfahrens

Anfechtungsansprüche, die von Konkursgläubigern außerhalb des Konkurses erhoben worden sind, können während des Konkurses nur vom Masseverwalter verfolgt werden (1 Ob 818/76 SZ 50/39; 8 Ob 140/99t SZ 72/177); der Einzelanfechtungsgläubiger verliert während der Konkursdauer die Ausübungsbefugnis seines Anfechtungsrechts. Bereits anhängige Anfechtungsprozesse werden ex lege durch die Konkursöffnung unterbrochen. Dies gilt nur dann nicht, wenn ein Aussonderungsgläubiger eine Einzelanfechtung vor Konkursöffnung anhängig gemacht hat.

Im Fall, dass der Masseverwalter den Eintritt in den bereits anhängigen Anfechtungsstreit ablehnt, kann der Einzelgläubiger den Prozess nicht in der Hauptsache, sondern nur „in Ansehung der Prozesskosten“ fortsetzen. Das geschützte Kosteninteresse betrifft nicht nach Konkursöffnung entstandene Verfahrenskosten. Dem Einzelanfechtungsgläubiger verbleiben bei Pflichtenverletzungen durch Masseverwalter oder KonkursG allfällige Schadenersatzansprüche.

Die Unterbrechung anhängiger Rechtsstreitigkeiten durch die Konkursöffnung tritt ex lege ein, daher ist die Unterbrechung eines später eingeleiteten Verfahrens durch das G wegen vorangegangener Konkursöffnung nicht denkbar.

■ ZIK 2008/288, 170

KO: § 37

AnfO: § 9

OGH 11. 6. 2008, 3 Ob 25/08k

## Fehlüberweisung nach Konkursöffnung und Aussonderungsanspruch

Der Masseverwalter unterliegt einer umfassenden Pflichtbindung auch gegenüber den Aussonderungsgläubigern. Dementsprechend hat er das Entstehen einer Zugehörigkeit von Forderungen zur Masse, wenn diese Forderungen keinerlei Bezug zur Masse oder zum Gemeinschuldner haben, zu unterbinden. Er hat abgrenzbare Forderungen, soweit die Zugehörigkeit zur Masse entgegen dieser allgemeinen Verpflichtung des Masseverwalters nach der Konkursöffnung begründet wurde, wieder auszuscheiden.

Ein Aussonderungsanspruch liegt vor, wenn bloß durch das irrtümliche Anführen einer unrichtigen Kontonummer eine unstrittig nicht dem Gemeinschuldner zustehende und für diesen bestimmte Geldforderung auf das Konkursanderkonto des Masseverwalters gelangt, seit dem Eingang der Fehlüberweisung auf dem Konkursanderkonto keine Ein- und Ausgänge mehr verzeichnet wurden und der Kontostand den irrtümlich überwiesenen Betrag übersteigt.

■ ZIK 2008/289, 170

KO: §§ 44, 46

ABGB: §§ 414 ff

OGH 10. 7. 2008, 8 Ob 131/07h

Über das Vermögen des Gemeinschuldners (Schlossermeister) wurde am 2. 11. 2005 der Konkurs eröffnet und der Bekl zum Masseverwalter bestellt. Mit Beschluss vom 10. 8. 2006 wurde die Schließung des Unternehmens angeordnet. Mit Beschluss vom 21. 8. 2006, der am 25. 9. 2006 in der Insolvenzdatei veröffentlicht wurde, stellte das KonkursG fest, der Masseverwalter habe Masseunzulänglichkeit angezeigt.

Die Kl befand sich sowohl mit dem Gemeinschuldner als auch mit einer ihrer Firma ähnlich lautenden Schlosserei GmbH, bei der der Gemeinschuldner allerdings weder Organ noch Gesellschafter oder Prokurist ist, in Geschäftsbeziehung. Die Schlosserei GmbH legte am 20. 10. 2006 eine zweite Teilrechnung über 12.000 € brutto, die in weiterer Folge auf den nunmehrigen Klagsbetrag von 9.847,68 € brutto korrigiert wurde. Die Kl überwies diesen Betrag am 10. 11. 2006, verwendete dabei jedoch irrtümlich die in ihrem System gespeicherte Kontonummer des Gemein-

schuldners, sodass der Betrag am Konkursanderkonto des bekl Masseverwalters einlangte. Der Bekl lehnte eine Rücküberweisung mit der Begründung ab, der Kl stehe nur eine Masseforderung zu, die aber wegen Massearmut nicht befriedigt werden könne. Seit dem Eingang der Fehlüberweisung gab es auf dem Konkursanderkonto keine Ein- und Ausgänge mehr. Der Kontostand übersteigt jedenfalls den von der Kl geforderten Betrag.

Mit ihrer am 7. 2. 2007 eingebrachten Klage begehrt die Kl zuletzt, den Bekl schuldig zu erkennen, den von der Kl am 10. 11. 2006 irrtümlich auf das Konkursanderkonto überwiesenen Betrag von 9.847,68 € samt Zinsen herauszugeben. Hilfsweise stellte sie ein entsprechendes Zahlungsbegehren in selber Höhe, gestützt auf eine Quantitätsvindikation. Das Geld sei noch abgrenzbar und unterscheidbar, da auf dem Konkursanderkonto keine anderen Ein- oder Ausgänge mehr verbucht worden seien.

Das ErstG gab dem Klagebegehren in der Hauptsache zur Gänze statt, wies jedoch das Zinsenbegehren, soweit es 4 % übersteigt, unbekämpft ab.

Das BerufungsG gab der Berufung des Bekl Folge und änderte das Urteil dahingehend ab, dass es das Hauptklagebegehren abwies und nur dem eventualiter erhobenen Zahlungsbegehren stattgab. Ein Aussonderungsanspruch setze ein dingliches oder persönliches Recht zur Aussonderung der in der Konkursmasse befindlichen Sachen voraus. Die Kl habe durch Giroüberweisung geleistet. Buchgeld bedeutet lediglich eine Forderung des Kontoinhabers gegenüber der Bank, von einem Eigentum Dritter könne daher nicht die Rede sein. Die Überweisung sei außerdem nicht auf ein Treuhandkonto erfolgt. Die irrtümliche Zahlung habe zu einer ungerichtfertigten Bereicherung der Masse geführt, sodass der Kl nur eine Kondiktion gem § 1431 ABGB zustehe. Gem § 46 Abs 1 Z 6 KO sei ein solcher Anspruch

eine Massenforderung, die auf Geldzahlung gerichtet sei. Die Masseunzulänglichkeit bewirke eine Exekutionssperre. Da die Kl den Anspruch erst nach Eintritt der Masseunzulänglichkeit erworben habe, sei sie als Neumassegläubigerin anzusehen, deren Ansprüche jedoch nur dann vorrangig voll zu bezahlen seien, wenn diese im Zusammenhang mit der Restabwicklung stünden. Das treffe auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nicht zu.

Die Revision der Kl hatte Erfolg.

### Aus den Entscheidungsgründen des OGH:

Allgemein ist vorweg festzuhalten, dass sich der Massegläubiger iSd §§ 46, 47 KO vom Aussonderungsberechtigten nach § 44 KO dadurch unterscheidet, dass der Massegläubiger die Zugehörigkeit zur Sollmasse (*Bartsch/Pollak*, Österreichisches Insolvenzrecht [1973] § 44 Anm 3) nicht bestreitet, sondern lediglich eine bevorzugte Befriedigung vor den anderen Konkursgläubigern aus der Verwertung der Masse geltend macht (Näheres s ua *Engelhart in Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen § 46 KO Rz 14 ff).

Nach der Rsp sind Guthaben auf einem Giro- oder Sparkonto Geldscheinen in den hier wesentlichen Aspekten gleichzusetzen und ist die Quantitätsvindikation nach den Miteigentumsregeln des § 415 ABGB auch auf Buchgeld anzuwenden, weil der Gemeinschuldner daran nicht originär Eigentum erworben hat, soweit es nicht infolge Vermengung nicht mehr der Eigentumsklage unterliegt (RIS-Justiz RS0010924 mwN; 8 Ob 4/94 JBl 1995, 520; 8 Ob 29/95 JBl 1996, 662; 6 Ob 2352/96t SZ 70/63). In der Entscheidung 6 Ob 2352/96t (SZ 70/63) wurde etwa festgehalten, dass der Aussonderungsanspruch voraussetzt, dass sich ein bestimmter Anteil am Gemenge feststellen ließe (allgemein zum Erfordernis der Unterscheidbarkeit RIS-Justiz RS0064764 mwN).

*Schulyok* (in *Konecny/Schubert*, KO § 44 Rz 16) kritisiert die Rsp und weist darauf hin, dass es bei der Überweisung von Buchgeld nicht zu einem Eigentumserwerb durch den Kontoinhaber komme, sondern bloß die kontoführende Bank Eigentümerin werde. Eine sachenrechtliche Betrachtung scheidet aus; der Gemeinschuldner könne nur ein Forderungsrecht gegen die kontoführende Bank erwerben. Ein auf einem Forderungsrecht gründender Aussonderungsanspruch könne aber nur dann Bestand haben, wenn der Gemeinschuldner im Falle der Insolvenz der kontoführenden Bank einen Aussonderungsanspruch habe. Da eine diesbezügliche Forderung jedoch nur eine Konkursforderung darstelle, könne der Gläubiger des Ge-

meinschuldners nicht besser gestellt sein als dieser selbst.

*Rabl* (Die Aussonderung von Buchgeld, ÖBA 2006, 575 [580 ff]) lehnt diese Argumentation *Schulyoks* als nicht überzeugend ab. Die Aussonderung der Forderung gegen die Bank im Konkurs des Gemeinschuldners setze nicht zwingend voraus, dass die Forderung auch im Verhältnis zur Bank Aussonderungsqualität besitze, da sonst Forderungen stets als Aussonderungsobjekt auszuschließen wären. *Rabl* spricht sich allerdings ebenfalls gegen eine Gleichsetzung von Bar- und Buchgeld aus. Eine Aussonderung von Buchgeld sei aus dem materiellen Recht heraus nicht zu begründen. Die Aussonderung nach § 44 KO setze grundsätzlich voraus, dass das Buchgeld als Forderung gegen die Bank dem Kl nach den allgemeinen Grundsätzen iSd § 44 Abs 1 KO oder über § 44 Abs 2 KO zugewiesen sei.

Unter Berücksichtigung der Besonderheiten des vorliegenden Falls ist aber hier ein Aussonderungsanspruch im Konkursverfahren iSd bisherigen Rsp weiter zu bejahen.

Voraussetzung für einen Aussonderungsanspruch nach § 44 KO ist, dass sich in der Konkursmasse eine „Sache“ befindet, die dem Gemeinschuldner nicht (oder nur teilweise nicht) gehört und deshalb nicht zur Sollmasse zählt. Der Aussonderungsanspruch kann sich auf Sachen und Rechte im weiteren Sinne beziehen und ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen (*Schulyok* in *Konecny/Schubert*, KO § 44 Rz 3 mwN). Zweck der Bestimmung ist es, vom Konkursverfahren nur solche Vermögenswerte zu erfassen, die dem Gemeinschuldner tatsächlich gehören. Das vom Masseverwalter bei Eröffnung des Konkursverfahrens vorgefundene Vermögen (Istmasse) entspricht im Regelfall nicht der Sollmasse, weil zur Sollmasse zählende Vermögenswerte sich bei Dritten befinden oder von diesen beansprucht werden bzw Vermögen der Istmasse dem Gemeinschuldner weder rechtlich noch wirtschaftlich zuzuordnen ist, aus diesem Grunde obliegt es dem Masseverwalter, die Istmasse der Sollmasse anzugleichen und nicht zur Konkursmasse gehörende Vermögenswerte auszusondern (*Schulyok* in *Konecny/Schubert*, KO § 44 Rz 1).

Andererseits sieht § 46 Abs 1 Z 6 KO vor, dass zu begünstigten Massenforderungen auch Ansprüche aus einer „grundlosen Bereicherung“ der Konkursmasse, die auf einen der Bereicherungsstatbestände des ABGB gestützt werden können, gehören (RIS-Justiz RS0065108 mwN). Der historische Gesetzgeber wollte dem Berechtigten gem § 46 Abs 1 Z 6 KO einen Bereicherungsanspruch als Massenforderung etwa für den Fall einräumen, dass der Masseverwalter eine fremde Sache veräußert und den Erlös ununterscheidbar mit der Masse ver-

mennt hat (*Schulyok* in *Konecny/Schubert*, KO § 44 Rz 75; *Rabl*, ÖBA 2006, 557 f; 8 Ob 157/99t EvBl 2000/103 mwN).

Im vorliegenden Fall kam es erst nach Konkurseröffnung zur irrtümlichen Überweisung des der Höhe nach unstrittigen Betrags. § 44 KO bestimmt nicht ausdrücklich, ob der (Aussonderungs-)Anspruch vor oder nach Konkurseröffnung entstanden sein muss. In den bisher entschiedenen Fällen betreffend Aussonderungsansprüche bei Buchgeld wurden die Überweisungen freilich regelmäßig vor Konkurseröffnung getätigt (*Rabl*, ÖBA 2006, 581 f).

In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass auch *Rabl* und *Schulyok* die Aussonderungsmöglichkeit jedenfalls bei treuhändig gehaltenen Forderungen bejahen (*Rabl*, ÖBA 2006, 581; *Schulyok* in *Konecny/Schubert*, KO § 44 Rz 3 mit Hinweis auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise; ferner RIS-Justiz RS0107635 und RS0010499 jeweils mwN; vgl zur Inkassozession auch RIS-Justiz RS0113774 und 3 Ob 229/99v SZ 73/99).

Der bekl Masseverwalter ist – wie bereits ausgeführt – verpflichtet, Sachen, die nicht zur Masse gehören, auszuschneiden. Dies umfasst aber auch die Verpflichtung, Sachen, die sich nie in der Masse befunden haben und auch nicht zur Masse gehören, nach Konkurseröffnung gar nicht in diese aufzunehmen.

Dass im hier zu behandelnden Fall der Überweisungsbetrag direkt auf dem Konto des Gemeinschuldners in dessen Verfügung gelangt wäre, wurde nicht festgestellt. Der Kontovertrag des Gemeinschuldners erlischt regelmäßig mit der Konkurseröffnung (*Weber-Wilfert/Widhalm-Budak* in *Konecny/Schubert*, KO § 26 Rz 40 mwN; *Lovrek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht IV<sup>4</sup> § 114 Rz 3; RIS-Justiz RS0033010), jedoch kann der Masseverwalter die Kontoverbindung fortsetzen (*G. Kodek*, Handbuch Privatkonkurs Rz 222) und damit wohl auch die Überweisung auf sein „Anderkonto“ verfügen. Es geht hier also um den Anspruchserwerb des Masseverwalters selbst. Der Masseverwalter unterliegt einer umfassenden Pflichtbindung auch gegenüber den Aussonderungsgläubigern (*Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollack/Buchegger* III<sup>3</sup> § 81 Rz 81; RIS-Justiz RS0110546; zur unzulässigen Berücksichtigung von Sonderinteressen RIS-Justiz RS0065386). Dementsprechend hat er das Entstehen einer Zugehörigkeit von Forderungen zur Masse, wenn diese Forderungen keinerlei Bezug zur Masse oder zum Gemeinschuldner haben – also unstrittig eine Grundlage dafür, dass der Gemeinschuldner diese Forderung iSd § 1 Abs 1 KO nach Konkurseröffnung noch „erlangt“ (*Buchegger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* I<sup>4</sup> § 1 KO Rz 117; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Das österreichische Insolvenzrecht [1973] 228 ff), nicht besteht – zu unterbinden. Er hat ab-

grenzbare Forderungen, soweit die Zugehörigkeit zur Masse entgegen dieser allgemeinen Verpflichtung des Masseverwalters nach der Konkursöffnung begründet wurde, wieder auszuschneiden. Dies gilt daher fallbezogen auch, soweit bloß durch das irrtümliche Anführen einer unrichtigen Konto-

nummer eine unstrittig nicht dem Gemeinschuldner zustehende und für diesen bestimmte Geldforderung auf das Anderkonto („Treuhandkonto“) des Masseverwalters gelangt. Das die Vereinbarungen des Kontovertrags diesem Ergebnis hier entgegenstehen würden (*Rabl*, ÖBA 2006, 583), rele-

viert der Bekl nicht. Dass es seit dem Eingang der Fehlüberweisung auf dem Konkursanderkonto keine Ein- und Ausgänge mehr gab und der Kontostand jedenfalls den von der Kl geforderten Betrag übersteigt, steht fest. Der Aussonderungsanspruch ist daher zu bejahen.

## Zwangsausgleich und Voraussetzungen für das Wiederaufleben

Eine vor der Rechtskraft des Beschlusses, mit dem der Konkurs aufgehoben wird, zugegangene qualifizierte schriftliche Mahnung führt keine Säumnisfolgen herbei, da Verzug des Gemeinschuldners nicht vor diesem Zeitpunkt eintreten kann.

Die Entgegennahme des Mahnschreibens durch die ehemalige Masseverwalterin der Gemeinschuldnerin ersetzt nicht die Zustellung an jene. Die Zustellung an den Prozessbevollmächtigten im Konkursverfahren ist nur dann ausreichend, wenn dem Schuldnervertreter eine auch außerhalb des Konkursverfahrens wirksame Vollmacht zur Bewirkung eines außergerichtlichen Ausgleichs erteilt wurde.

Die Bekl schuldete der Kl aus der Endabrechnung hinsichtlich dreier zwischen den Streitparteien geschlossener, inzwischen aufgelöster Leasingverträge ursprünglich 9.601,63 €. Über das Vermögen der Bekl wurde mit Beschluss des LG Wiener Neustadt vom 29. 12. 2001 der Anschlusskonkurs eröffnet. Mit Beschluss des KonkursG vom 1. 3. 2001 wurde die Fortführung des Unternehmens auf einweilen unbestimmte Zeit genehmigt. Am 1. 3. 2001 wurde ein von der Bekl persönlich erstatteter Zwangsausgleichsvorschlag von der erforderlichen Gläubigermehrheit angenommen. Dieser wurde mit Beschluss des KonkursG vom 8. 5. 2001 bestätigt. Dieser Beschluss wurde ebenso wie der im Folgenden wiedergegebene wesentliche Inhalt des Zwangsausgleichs am 28. 5. 2001 im Edikt bekannt gemacht.

Danach erhalten die Konkursgläubiger zur Befriedigung ihrer Forderungen eine 59%ige Quote, zahlbar wie folgt: Eine Barquote von 15 % binnen 14 Tagen ab rechtskräftiger Bestätigung des Zwangsausgleichs, wobei der Erlag hierfür einschließlich sämtlicher Masseforderungen sowie die Vorlage einer abstrakten Bankgarantie über einen Betrag von 8 Mio S bei sonstiger Versagung der Bestätigung bis spätestens 30. 4. 2001 beim Masseverwalter zu erfolgen hat. Diese Gesamtquote ist mit einer weiteren Quote von 20 % bis spätestens 30. 9. 2001 und einer restlichen Quote von 24 % bis spätestens 31. 5. 2002 zur Zahlung fällig.

Der Bestätigung des Zwangsausgleichs war ein Bericht der Masseverwalterin vom 8. 5. 2001 vorangegangen, wonach das Barerfordernis von 15 % bei ihr hinterlegt worden sei. Mit Beschluss vom 20. 9. 2001, bekannt gemacht am 5. 10. 2001, wurde der Konkurs nach rechtskräftiger Bestätigung des Zwangsausgleichs aufgehoben. Mit Beschluss vom 20. 11. 2001, bekannt gemacht am 21. 11. 2001, bestätigte das

KonkursG die Rechtskraft der Konkursaufhebung.

Die Kl hatte ihre Gesamtforderung aus der Leasing-Endabrechnung im Konkursverfahren nachträglich angemeldet. In der Schlussrechnungs- und nachträglichen Prüfungstagsatzung am 20. 9. 2001 bestritten sowohl die Masseverwalterin als auch die Gemeinschuldnerin die Forderung. Es wurde eine Klagefrist von sechs Wochen bestimmt.

Die Kl forderte die Bekl mit Einschreiben vom 20. 11. 2001 unter Bezugnahme auf den geschlossenen Zwangsausgleich auf, auf ihre Gesamtforderung die mit 8. 5. 2001 fällige 15%ige Barquote und die mit 30. 9. 2001 fällige 20%ige Teilquote binnen vierzehn Tagen bei der Kl einlangend zu bezahlen, widrigenfalls der Nachlass und die sonstigen Begünstigungen nach Maßgabe des § 156 KO hinfällig würden. Das Schreiben war an die Geschäftsleitung der Bekl unter deren bisheriger Anschrift adressiert. Eine Änderung der Geschäftsanschrift der Bekl war am 1. 11. 2001 im Firmenbuch eingetragen worden. Das Mahnschreiben der Kl wurde am 22. 11. 2001 von einer Mitarbeiterin der ehemaligen Masseverwalterin, die zu diesem Zeitpunkt ihres Amtes bereits enthoben war, übernommen. Das Zustellpostamt war jedoch von der Aufhebung der Postsperrung infolge rechtskräftiger Aufhebung des Konkurses noch nicht in Kenntnis gesetzt, der Nachsendeauftrag an die Masseverwalterin war daher nach wie vor aufrecht. Die Masseverwalterin leitete das Schreiben am 28. 11. 2001 an den Rechtsvertreter der Bekl im Insolvenzverfahren weiter.

Mit Schreiben vom 17. 12. 2001 teilte die Kl der Bekl mit, dass mangels Zahlung Terminverlust eingetreten sei und der Nachlass und die sonstigen Begünstigungen nach Maßgabe des § 156 KO hinfällig geworden seien.

■ ZIK 2008/290, 172

KO: § 58 Z 1, §§ 79, 141 Z 3, § 150 Abs 3 und 4, § 152 Abs 2 aF, §§ 156, 157 aF

AO: § 66

ABGB: §§ 903, 1333 Abs 2

OGH 28. 4. 2008, 8 Ob 53/08i

Die Kl begehrt zuletzt – nachdem die Bekl während des Verfahrens am 16. 1. 2003 eine Zahlung von 3.905,19 € geleistet hatte – Zahlung von 5.696,44 € samt 14,4 % Zinsen. Die Bekl habe das Mahnschreiben der Kl vom 20. 11. 2001 unberücksichtigt gelassen. Es sei daher Terminverlust und Wiederaufleben der Gesamtforderung eingetreten. Die Mahnung sei dem Vertreter, der die Bekl sowohl im Konkursverfahren als auch außerhalb des Konkurses vertreten habe, zugegangen. In den Leasingverträgen seien Verzugszinsen von 1,2 % monatlich vereinbart worden.

Das ErstG gab dem eingeschränkten Klagebegehren zur Gänze statt.

Das BerufungsG wies die dagegen von der Bekl erhobene Berufung ab.

Die Revision der Bekl hatte zum Teil Erfolg.

### Aus den Entscheidungsgründen des OGH:

Vorauszuschicken ist, dass der Umstand, dass die nun im Revisionsverfahren der Höhe nach unstrittige Forderung im Konkursverfahren von der Masseverwalterin und der Bekl bestritten wurde, nicht entscheidungswesentlich ist. Zwar hat eine Sicherstellung gem § 150 Abs 3 und 4 KO nicht zu erfolgen, wenn der Gläubiger einer bestrittenen Forderung diese nicht anmeldet oder die Klage nicht (fristgerecht) einbringt. Auch in solchen Fällen drohen dem Schuldner aber die Verzugsfolgen, wenn sich später herausstellt, dass die Forderung doch zu Recht besteht (8 Ob 132/01x SZ 74/172; 3 Ob 157/06v ZIK 2007/106, 62 = ÖBA 2007/1417, 405). Einem Schuldner ist zwar die Möglichkeit einer Antragstellung analog § 66 AO auf Feststellung der „mutmaßlichen Höhe der bestrittenen Forderung“ zuzubilligen (vgl dazu *Riel* in *Konecny/Schubert*, Kommentar zu den In-

solvenzgesetzen § 150 KO Rz 71 f mwN). Macht der Schuldner aber – wie hier – von dieser Möglichkeit nicht Gebrauch, kann Wiederaufleben der bestrittenen Forderung auch dann eintreten, wenn der Gläubiger keine Klage eingebracht hat.

Gem § 156 Abs 1 KO wird der Gemeinschuldner durch den rechtskräftig bestätigten Ausgleich von der Verbindlichkeit befreit, seinen Gläubigern den Ausfall, den sie erleiden, nachträglich zu ersetzen. Der Schuldner muss daher seine Verbindlichkeiten nur nach Maßgabe des Zwangsausgleichsinhalts erfüllen (1 Ob 343/71 SZ 45/5; 8 Ob 74/07a EvBl 2007/164 = ZIK 2007/322, 199 ua). Nach hM erlischt die Forderung des Gläubigers im Umfang des Ausfalls nicht gänzlich. Es bleibt eine Naturalobligation bestehen (*Bartsch/Pollak*, Konkurs-, Ausgleichs-, Anfechtungsordnung, Einführungsverordnung und Geschäftsaufsichtsgesetz<sup>3</sup> I 651; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Das österreichische Insolvenzrecht 653; 8 Ob 2334/96k SZ 70/253; 6 Ob 165/05s ua). Gerät nun der Schuldner mit der Zwangsausgleichserfüllung in Verzug und leistet auch nach qualifizierter schriftlicher Mahnung unter mindestens vierzehntägiger Nachfristsetzung nicht, verliert er die Begünstigungen des Zwangsausgleichs. Die ursprüngliche Ausgleichsforderung, soweit sie noch nicht getilgt ist (§ 156 Abs 5 KO), lebt wieder auf. Der durch den Zwangsausgleich auf eine Naturalobligation gesenkte Unterschiedsbetrag zwischen Quote und Forderung wird wieder klagbar. Voraussetzung für das Eintreten des Wiederauflebens gem § 156 Abs 4 Satz 2 KO ist, dass der Schuldner eine fällige Verbindlichkeit trotz einer vom Gläubiger unter Einräumung einer mindestens vierzehntägigen Nachfrist an ihn gerichteten schriftlichen Mahnung nicht gezahlt hat. Gem § 156 Abs 4 Satz 5 KO idF der KO-Nov 1993 ist für den Fall, dass die Ausgleichsquote in Raten zu zahlen ist, deren Laufzeit ein Jahr übersteigt, Verzug erst dann anzunehmen, wenn der Schuldner eine seit mindestens sechs Wochen fällige Verbindlichkeit trotz einer vom Gläubiger unter Einräumung einer mindestens vierzehntägigen Nachfrist an ihn gerichteten schriftlichen Mahnung nicht gezahlt hat. Der Revision ist zunächst darin zu folgen, dass die im Zwangsausgleich festgelegten Zahlungsfristen nicht vor Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses über die Aufhebung des Konkurses zu laufen beginnen können. Vorher kann es nicht zum Verzug des Schuldners kommen. Der Gläubiger kann daher auch die Zahlung jener Raten, für die der aus dem Zwangsausgleich zu entnehmende Zeitpunkt schon verstrichen ist, erst ab dem Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses, mit dem der Konkurs aufgehoben wurde, fordern. Eine vor diesem Zeitpunkt zugegangene Mahnung vermag Säumnisfolgen nicht herbeizuführen (3 Ob 86/80 JBl

1981, 602; 8 Ob 4/91 SZ 64/25; zum Ausgleich 3 Ob 28/91 JBl 1992, 193 [*Buchegger*] mit der Abweichung, dass die Frist für die Zahlungen mit der Bestätigung zu laufen beginnt). Da der Gemeinschuldner erst mit rechtskräftiger Konkursaufhebung wieder die freie Position über sein Vermögen erhält, kann er auch erst ab diesem Zeitpunkt die im Zwangsausgleich vereinbarten Zahlungen leisten. Vor diesem Zeitpunkt kann somit Wiederaufleben iSd § 156 Abs 4 KO nicht eintreten. Eine verfrüht, somit vor Rechtskraft der Konkursaufhebung, ausgesprochene Mahnung ist deshalb wirkungslos, weil der Beginn der damit eingeräumten Nachfrist ungewiss ist. Es stünde mit dem mit der Mahnung verfolgten Zweck, den Schuldner dadurch vor Versäumnisfolgen zu bewahren, dass auf die Zahlungspflicht aufmerksam gemacht wird, nicht im Einklang, wenn die vorzeitige Mahnung als wirksam erkannt würde (3 Ob 28/91 JBl 1992, 193 [*Buchegger*]; 3 Ob 157/06v ZIK 2007/106, 62 = ÖBA 2007/1417, 405). Nach der hier noch maßgeblichen Rechtslage vor Inkrafttreten der GIN 2006 war gem § 157 Abs 2 KO der Konkurs erst mit der Rechtskraft der Zwangsausgleichsbestätigung mit Beschluss aufzuheben. Erst ab Rechtskraft der Konkursaufhebung (Beschluss des KonkursG vom 20. 9. 2001) konnte die Bekl in Verzug geraten. Die von den Vorinstanzen getroffene „Feststellung“, dass die Rechtskraft der Konkursaufhebung am 21. 11. 2001 eintrat, stellt sich inhaltlich als unrichtige rechtliche Beurteilung dar. Die vom KonkursG beschlossene Konkursaufhebung wurde am 5. 10. 2001 in der Insolvenzdatei bekannt gemacht. Gem § 157 Abs 4 KO idF vor der GIN 2006 galt für die Aufhebung des Konkurses nach Abschluss eines Zwangsausgleichs § 79 KO. Die Konkursaufhebung war daher öffentlich bekannt zu machen.

Die öffentliche Bekanntmachung hat die Wirkung der Zustellung und setzt die Rechtsmittelfristen in Lauf. Die Zustellung an die Beteiligten ist eine Ersatzzustellung und ohne rechtliche Wirkung (RIS-Justiz RS0036582; zum Konkursaufhebungsbeschluss ausdrücklich 8 Ob 334/98w). Da gegen die Konkursaufhebung Rechtsmittel nicht erhoben wurden, wurde sie mit Ablauf des 19. 10. 2001 rechtskräftig. Demgegenüber hat die vom KonkursG erteilte Bestätigung der Rechtskraft, die am 20. 11. 2001 erging und am 21. 11. 2001 öffentlich bekannt gemacht wurde, auf den tatsächlichen Eintritt der Rechtskraft keinen Einfluss.

Für die Beurteilung der zeitgerechten Erfüllung des Zwangsausgleichs sind die allgemeinen Verzugsregeln des Zivilrechts maßgeblich (*Bartsch/Pollak*, KO<sup>3</sup> II 439 f). Nach dem Zwangsausgleichsinhalt war die erste, beim Masseverwalter zu hinterlegende Barquote von 15 % binnen vierzehn Tagen ab rechtskräftiger Bestätigung des Zwangsaus-

ausgleichs, eine weitere Zahlung von 20 % bis spätestens 30. 9. 2001 und eine restliche Quote von 24 % bis spätestens 31. 5. 2002 zu bezahlen. Unter Berücksichtigung, dass der Verzug der Bekl vor Rechtskraft der Konkursaufhebung nicht eintreten konnte, geriet die Bekl erst am 23. 10. 2001 in Verzug (Eintritt der Rechtskraft mit Ablauf des 19. 10. 2001, einem Freitag; weshalb gem § 903 ABGB iVm BGBl 1961/37 erst mit Ablauf des darauf folgenden Montags, also dem 22. 10. 2001, Verzug eintreten konnte – vgl dazu *Bollenberger* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar zum ABGB<sup>2</sup> § 903 Rz 3). Unberechtigt ist der Einwand der Bekl, § 156 Abs 4 Satz 5 KO sei anzuwenden.

Der Bestätigungsbeschluss des KonkursG vom 8. 5. 2001 wurde am 28. 5. 2001 bekannt gemacht. Rechtskraft trat somit erst 14 Tage nach der Bekanntmachung ein (§ 152 Abs 2 KO idF vor der InsNov 2002 und der GIN 2006). Unter Berücksichtigung der Fälligkeit der letzten Quotenzahlung am 31. 5. 2002 überstieg daher die vereinbarte Laufzeit der in Raten zu zahlenden Ausgleichsquote nicht ein Jahr. Der Umstand, dass der Zwangsausgleichsvorschlag wegen der für die erste Zahlung festgelegten Frist („binnen 14 Tagen ab rechtskräftiger Bestätigung“) unzulässig war, weil wegen der Ungewissheit des Zeitpunkts der Bestätigung die gebotene Einhaltung der in § 141 Z 3 KO normierten Zweijahresfrist unüberprüfbar blieb (*Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 141 Rz 26; 8 Ob 4/89 RdW 1989, 303 [*Schumacher*]), ändert an dieser Beurteilung im Hinblick auf die rechtskräftige Bestätigung nichts. Auf die Lösung der vom BerufungsG als erheblich bezeichneten Rechtsfrage, ob für die Beurteilung, ob eine Mahnung „verfrüht“ erfolgte, auf die Absendung oder den Zugang des Mahnschreibens abzustellen ist, kommt es somit nicht an, weil aus den dargelegten Gründen zum Zeitpunkt der Absendung des Mahnschreibens Verzug der Bekl bereits eingetreten war.

Für die Mahnung gilt die Empfangstheorie, nach der es ausreicht, dass der Brief in den Machtbereich des Adressaten gelangt ist, mag er ihn auch persönlich nicht erhalten haben. Der Adressat muss nur die Möglichkeit haben, die Erklärung zur Kenntnis zu nehmen. Der Schuldner, der einen (Zwangs-)Ausgleich geschlossen hat, muss aber dafür sorgen, dass ihm ein richtig adressiertes Mahnschreiben zukommt (RIS-Justiz RS0031624; 3 Ob 53/68 SZ 41/64). Einen Zugang der Mahnung an den Rechtsvertreter der Bekl nach Verzugseintritt stellen die Vorinstanzen nicht konkret fest. Es steht nur fest, dass die frühere Masseverwalterin die irrtümlich übermittelte Mahnung an den Rechtsvertreter der Bekl im Konkursverfahren mit Schreiben vom 28. 11. 2001 weiterleitete. Nach dem bisherigen Verfahrensstand ist es der behaupt-

tungs- und beweispflichtigen Kl (3 Ob 188/78 JBl 1979, 551) somit nicht gelungen, einen Zugang der Mahnung an den Rechtsvertreter der Bekl im Konkursverfahren nachzuweisen. Zu diesem Thema fehlt es somit in Wahrheit an ausreichenden Feststellungen.

Dieser Frage kommt aber deshalb keine entscheidende Bedeutung zu, weil die von der Kl ausgesprochene Mahnung die Voraussetzungen des § 156 Abs 4 zweiter Satz KO auch aus einem anderen Grund nicht erfüllte.

Schon an der ordnungsgemäßen Adressierung des Mahnschreibens fehlt es hier: Die Änderung der Geschäftsanschrift der Bekl war am 1. 11. 2001 im Firmenbuch eingetragen worden. Dennoch adressierte die Kl ihr Mahnschreiben an die bisherige Adresse der Bekl. Auch ein tatsächliches Zugehen des Mahnschreibens an die Bekl steht nicht fest. Die Entgegennahme des Mahnschreibens durch die ehemalige Masseverwalterin – die wegen der bereits erfolgten Konkursaufhebung nicht mehr zur Entgegennahme von Schriftstücken bevollmächtigt war – ersetzt ebenfalls keine Zustellung an die Bekl. Aber auch die Weiterleitung dieses Schreibens an den „Rechtsvertreter der Bekl im Konkursverfahren“ reicht nicht aus, weil die Prozessvollmacht grundsätzlich keine Berechtigung zum Empfang privatrechtlicher Willenserklärungen für den Mandanten enthält. Wenn der Gläubiger lediglich den Prozessbevollmächtigten gemahnt hat, hat er dem Erfordernis einer an den Schuldner gerichteten schriftlichen Mahnung iSd § 156 Abs 4 Satz 2 KO nicht Genüge getan (3 Ob 510/88 JBl 1988, 654 zur Entgegennahme einer Auflösungserklärung nach § 1118 ABGB; 3 Ob 350/97k zur Mahnung nach Abschluss eines Zwangsausgleichs). Nur dann, wenn dem Schuldnervertreter eine auch außerhalb des Konkursverfahrens wirksame Vollmacht zur Bewirkung eines außergerichtlichen Ausgleichs erteilt wurde (3 Ob 350/97k), wird diese Vollmacht als ausreichend zur Entgegennahme eines Mahnschreibens nach § 156 Abs 4 Satz 2 KO angesehen. Entsprechendes wurde weder festgestellt noch behauptet. Die Kl bezog sich nur darauf, dass der Rechtsvertreter der Bekl diese „innerhalb und außerhalb des Konkurses“ vertrat. Dass zum kon-

kreten Zeitpunkt des – hier im Übrigen gar nicht feststehenden – Zugangs der Mahnung des Rechtsvertreters der Bekl im Konkurs Vollmacht hatte, über die Quotenzahlungen zu disponieren – wie es im Anlassfall der Entscheidung 3 Ob 350/97k festgestellt und für eine Bevollmächtigung zur Entgegennahme der Mahnung als ausreichend befunden wurde – hat die Kl hingegen nicht behauptet. Die Auffassung des BerufungsG, der frühere Rechtsvertreter der Bekl sei „maßgeblich am Zustandekommen des Zwangsausgleichs“ beteiligt gewesen, ist weder durch ein Vorbringen der Kl noch durch die Aktenlage gedeckt. So ist etwa dem Konkursakt zu entnehmen, dass die Bekl den Zwangsausgleichsvorschlag persönlich bei G einbrachte.

Die von der Kl ausgesprochene Mahnung erfüllte daher jedenfalls die Voraussetzungen des § 156 Abs 4 zweiter Satz KO nicht. Ob ein Verzug hinsichtlich der beim Masseverwalter erlegten (ersten) Barquote von 15 %, deren Auszahlung nach dem Zwangsausgleichsinhalt offenbar vom Masseverwalter vorzunehmen war, überhaupt zu einem Wiederaufleben führen könnte (vgl dazu einerseits 3 Ob 61/87 JBl 1987, 587; andererseits 3 Ob 13/91 SZ 64/46), muss daher nicht geprüft werden.

Mangels wirksamer Mahnung ist somit Wiederaufleben der Gesamtforderung nicht eingetreten.

Darauf, dass die Bekl – die erst im Verfahren eine (Teil-)Zahlung von 3.905,19 € leistete – im Umfang des Differenzbetrags zwischen der insgesamt zu leistenden Quote von 59 % (5.664,96 €) und den tatsächlich bezahlten 3.905,19 € in Verzug war und in diesem Umfang vergeblich unter Nachfristsetzung gemahnt wurde, hat die Kl ihr Klagebegehren nicht begründet. Die Klageführung allein ersetzt eine ordnungsgemäße Mahnung nicht (3 Ob 197/88 RZ 1989/44). Daraus folgt rechnerisch, dass der Kl lediglich die Differenz zwischen der Gesamtquote von 5.664,96 € (59 % von 9.601,63 €) und der im Verfahren geleisteten Teilzahlung von 3.905,19 € gebührt, somit der zugesprochene Betrag von 1.759,77 €.

Damit erweist sich aber auch das auf die behauptete Vereinbarung im Leasingvertrag gestützte Zinsenbegehren von 14,4 %

als unberechtigt: Da Wiederaufleben aus den dargelegten Gründen nicht eingetreten ist, sind die seit der Konkursöffnung laufenden Zinsen, deren Geltendmachung als Konkursforderung durch § 58 Z 1 KO ausgeschlossen war, gem § 156 Abs 7 Satz 1 KO mit dem Zwangsausgleich „mitausgeglichen“ worden (*Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 107; *Bartsch/Heil*, Grundriß des Insolvenzrechts<sup>4</sup> Rz 162; *Reckenzaun/Isola*, Die Geltendmachung von Zinsen im Konkursverfahren, ZIK 1996, 109 [110]).

Die Quote schuldet die Bekl nur nach Maßgabe des Zwangsausgleichsinhalts, somit ohne die nach dem Vorbringen der Kl ursprünglich vereinbarten vertraglichen Verzugszinsen. Mangels Wiederauflebens kann die Kl daher nur gesetzliche Zinsen ab der jeweiligen Fälligkeit der Quotenzahlungen (im Umfang der im Verfahren erfolgten Teilzahlung bis zu dieser Teilzahlung) fordern.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Streitteile Unternehmer sind. Die Leasingverträge sind als beiderseitige Handelsgeschäfte nach der Rechtslage vor dem ZinsRÄG bzw als unternehmerische Geschäfte zwischen Unternehmern iSd § 1333 Abs 2 ABGB idF des ZinsRÄG 2002 zu beurteilen. Der Abschluss des Zwangsausgleichs diente der Sanierung des – fortgeführten – Unternehmens der Bekl. Auch wenn der Zwangsausgleich selbst, nach dessen Inhalt die Quote geschuldet wird, nach in Österreich hA jedenfalls nicht ausschließlich als privatrechtliches Rechtsgeschäft zu qualifizieren ist (zum Meinungsstand s *Riel in Konecny/Schubert*, KO § 140 Rz 12 f), ist es sachgerecht, der Kl in sinngemäßer Anwendung der einschlägigen Bestimmungen bis Inkrafttreten des ZinsRÄG am 1. 8. 2002 5 % Zinsen und ab diesem Zeitpunkt Zinsen gem § 1333 Abs 2 ABGB idF des ZinsRÄG 2002 zuzusprechen (Art VI ZinsRÄG; s auch *Reischauer in Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch<sup>3</sup> II/2b § 1333 Rz 1). § 352 UGB ist hingegen hier nicht anwendbar (Art XXXII Abs 1 BGBl I 2005/120). Zur Fassung des Zinsenbegehrens s *Rassi in Burgstaller/Deixler-Hübner*, Exekutionsordnung § 63 Änderungen durch die EO-Novelle 2003 Rz 3 ff.

## Zur Akteneinsicht eines Konkursgläubigers

Der Ausschluss der Öffentlichkeit im Insolvenzverfahren betrifft nur die Volksöffentlichkeit, während für jeden Beteiligten unausschließbar und unverzichtbar Parteipublicität für jeden mündlichen oder schriftlichen Akt des Verfahrens besteht, womit auch das Recht auf alsbaldige Akteneinsicht verbunden ist (ZIK 1995, 193 mwN). Daher steht auch jedem Konkursgläubiger als Beteiligtem des Konkursverfahrens das Recht auf Akteneinsicht zu (OLG Wien 28 R 175/98f mwN = RIS-Justiz RW0000308). Vom Einsichtsrecht der Parteien sind lediglich Entscheidungsentwürfe, Beratungsprotokolle und Disziplinarverfügungen erweitert um datenschutzrechtliche Bestimmungen ausgenommen (RdW 1999, 79; EvBl 2002/200; 8 Ob 4/03a).

■ ZIK 2008/291, 174

KO: § 69 Abs 2, §§ 95, 171

ZPO: § 219 Abs 1

EMRK: Art 6

OLG Wien 1. 10. 2007, 28 R 148/07a



Das Akteneinsichtsrecht zählt als besondere Form des Parteiengehörs zu den wesentlichen und anerkannten Einrichtungen des Rechtsstaats. Das Grundrecht des „fair trial“ macht für die am Verfahren Beteiligten eine generelle Verweigerung des Rechts auf Akteneinsicht und Entnahme von Aktenabschriften, etwa durch Beschluss des Gläubigerausschusses oder Weisung des KonkursG, unzulässig.

Die in § 219 Abs 1 ZPO enthaltene Aufzählung der von der Einsicht ausgenommenen Aktenteile ist daher an sich als taxativ anzusehen, jedoch um datenschutzrechtliche Bestimmungen zu erweitern (RdW 1999, 79; EvBl 2002/200; 8 Ob 4/03a). In insolvenzrechtlichen Verfahren können daher Aktenteile, die für den Einsicht Begehrenden ohne Bedeutung sind, deren Geheimhaltung aber im Interesse der Unternehmensfortführung und/oder eines Unternehmenserwerbs erforderlich ist, von der Einsicht ausgenommen werden (OLG Linz ZIK 1995, 193). Kein berücksichtigungswürdiges Geheimhaltungsinteresse liegt aber vor, wenn (wie im Anlassfall) Einsicht in ein Gutachten über die Zahlungsströme der gemeinschuldnerischen Gesellschaft begehrt wird und einerseits das gemeinschuldnerische Unternehmen bereits mehr als ein Jahr geschlossen ist und damit nur mehr die Verwertung durch Liquidation erfolgen kann, andererseits die Einsicht begehrenden Konkursgläubiger ein evidentes rechtliches Interesse an der Akteneinsicht insb zur Klärung allfälliger Anfechtungs- und Haftungsansprüche haben. Die Organe einer Gesellschaft sind verpflichtet, dann, wenn die Voraussetzungen für die Konkurseröffnung vorliegen, grundsätzlich spätestens binnen 60 Tagen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit die Verfahrenseröffnung zu beantragen. Diese Schutznorm auch zugunsten aller durch die nicht rechtzeitige Konkurseröffnung geschädigten späteren Gläubiger räumt diesen eine rechtlich geschützte Position ein, womit ein rechtliches Interesse am Inhalt des Gutachtens über die Zahlungsströme vorliegt.

Gläubigerausschusssitzungen sind nicht öffentlich, teilnahmeberechtigt ist neben den Ausschussmitgliedern und dem Masseverwalter nur der Konkursrichter, nicht aber die übrigen Konkursgläubiger. Daher sind die darüber aufgenommenen Protokolle von der Akteneinsicht der Konkursgläubiger, die nicht Mitglieder des Gläubigerausschusses sind, ausgenommen. Konkursgläubiger, die keine Mitglieder des Gläubigerausschusses sind, können durch Akteneinsicht lediglich Kenntnis vom Ergebnis der Beschlussfassung des Gläubigerausschusses erlangen, nicht aber vom Inhalt der Beratungen und dem Stimmverhalten der Ausschussmitglieder.

## Konkurseröffnung und Geltendmachung der sachlichen Unzuständigkeit

Nach Streitanhängigkeit getroffene Entscheidungen, mit denen das G seine sachliche Zuständigkeit bejaht, sind nicht anfechtbar. Im Konkursverfahren wird mit der Zustellung des Konkurseröffnungsantrags an den Schuldner ein der Streitanhängigkeit vergleichbares Verfahrensstadium erreicht. Der danach gefasste Konkurseröffnungsbeschluss ist eine Entscheidung in der Hauptsache. Darin liegt gleichzeitig eine schlüssige zu bejahende Entscheidung des G über seine sachliche Zuständigkeit (SZ 51/101; RIS-Justiz RS0042095; OLG Wien 28 R 71/03x; 28 R 176/07v uva), deren Bindung sich auf sämtliche G erstreckt (OLG Wien 28 R 71/03x; 28 R 30/04v; 28 R 176/07v; vgl auch 8 Ob 20/02b).

Im Konkursverfahren ist die sachliche Unzuständigkeit des angerufenen G in jeder Lage des Verfahrens wahrzunehmen und nach Möglichkeit durch Überweisung an das zuständige G zu beenden. Dies kann jedoch nicht mehr geschehen, wenn dem eine bindende Entscheidung entgegensteht.

■ ZIK 2008/292, 175

**KO: § 70 Abs 2, § 171**  
**JN: § 42 Abs 3, § 44 Abs 1, § 45**  
OLG Wien 28. 1. 2008, 28 R 7/08t

## Haftungsklage gegen Masseverwalter und Berichtigung der Parteienbezeichnung

Die Richtigstellung der Parteibezeichnung ist zulässig, wenn das Rechtssubjekt vor und nach Richtigstellung das gleiche ist. In der Einbeziehung eines anderen Rechtssubjekts liegt keine Klageänderung iS eines unzulässigen Parteiwechsels, wenn sich

■ ZIK 2008/293, 175

**KO: § 81 Abs 3**  
**ZPO: § 235 Abs 5**  
OLG Linz 26. 9. 2008, 1 R 131/08b

aus der Klagserzählung auch für den zu Unrecht als Bekl Bezeichneten eindeutig ergibt, wer Bekl sein soll (RIS-Justiz RS0039300, RS0039337, 1 Ob 107/07b). Das Rekursverfahren gegen Beschlüsse über Berichtigungsfragen ist einseitig (RIS-Justiz RS0118432, 9 ObA 14/01a, OLG Linz 1 R 35/06g).

Die persönliche Haftung des Masseverwalters wegen Verletzung konkurrenzspezifischer Pflichten kann nicht bloß subsidiär, sondern mangels Befriedigung aus der Masse primär direkt gegen den Masseverwalter durchgesetzt werden; sie besteht wahlweise neben der Haftung der Masse. Die Klagserzählung richtet sich eindeutig nicht gegen die Masse, sondern gegen den Masseverwalter, wenn diesem eine Pflicht- bzw Sorgfaltswidrigkeit vorgeworfen wird, nämlich die zu lange Unternehmensfortführung und eine verspätete Unternehmensschließung. Damit wird eine Verantwortlichkeit des Masseverwalters für Vermögensnachteile durch die pflichtwidrige Führung seines Amtes, also ein „Kunstfehler“ durch die Unternehmensfortführung, geltend gemacht. Daher ist eine Berichtigung der unrichtigen Beklagtenbezeichnung im Klagskopf „X als Masseverwalter im Konkursverfahren über das Vermögen der Y“ durch Streichung des Hinweises auf die Masseverwaltertätigkeit in einem Konkursverfahren vorzunehmen.

Ist der Masseverwalter von Beginn des Prozesses an nie in Vertretung der Konkursmasse eingeschritten, sondern hat er Einwendungen gegen seine persönliche Inanspruchnahme erhoben, ist sein rechtliches Gehör bei Berichtigung der irreführenden Parteibezeichnung gewahrt.

## Zu den Kosten des Masseverwalters für eine Drittschuldneräußerung

Für die mit der Abgabe der Erklärung verbundenen Kosten stehen dem Drittschuldner 25 € zu. Der Kostenersatz für die Abgabe der Drittschuldnererklärung gebührt dem Drittschuldner unabhängig davon, ob die Erklärung richtig und vollständig war (LGZ Wien EvBl 1937/385; LGZ Wien RPfISlgE 1987/107), es sei denn, die „Erklärung“ des Drittschuldners enthält keine der vorgesehenen Angaben (LGZ Wien RPfISlgE 1985/51).

Der Drittschuldner hat sich darüber zu erklären, ob und inwieweit er die gepfändete Forderung als begründet anerkenne und Zahlung zu leisten bereit sei, ob und von welchen Gegenleistungen seine Leistung abhängig sei, ob und welche Ansprüche andere Personen auf die gepfändete Forderung erheben und ob und wegen welcher Ansprüche zugunsten anderer Gläubiger an der Forderung ein Pfandrecht bestehe sowie über die vom Verpflichteten bekannt gegebenen Unterhaltspflichten.

Beschränkt sich ein Masseverwalter, der im Konkurs des Arbeitgebers die Erklärung abgibt, darauf, seine Zahlungsbereitschaft unter Hinweis auf die Konkurseröffnung zu verneinen, ohne Angaben zu den angeführten, auch nach Eröffnung des Konkurses möglichen Umständen zu machen, bleibt die Drittschuldnererklärung inhaltsleer. Ein Anspruch auf Kostenersatz besteht in diesem Fall nicht.

## Verfahren zur Enthebung des Masseverwalters

Seit der InsNov 2002 steht dem Gemeinschuldner ein ausdrückliches Antragsrecht und daher auch implizit ein Rekursrecht im Verfahren zur Enthebung des Masseverwalters zu. Im Konkursverfahren ist grundsätzlich jeder zum Rekurs befugt, der in seinem Recht verletzt wird, ein bloßes wirtschaftliches Interesse genügt nicht (8 Ob 125/99m; 8 Ob 137/00f; 8 Ob 159/01t; RIS-Justiz RS0065135). Wird der Antrag eines Gemeinschuldners auf Enthebung des Masseverwalters abgewiesen, liegen die Voraussetzungen für die Erhebung des Rekurses zweifellos vor.

Das KonkursG kann den Masseverwalter aus wichtigen Gründen von Amts wegen oder auf Antrag entheben. Vor seiner Entscheidung hat es die Mitglieder des Gläubigerausschusses und, wenn tunlich, den Masseverwalter zu vernehmen. Die Unterlassung dieser gesetzlich angeordneten Einvernahme stellt eine Mangelhaftigkeit des Verfahrens dar.

■ ZIK 2008/294, 176

KO: § 82

EO: § 301 Abs 1, § 302

LG Klagenfurt 21. 12. 2007, 1 R 334/07y

■ ZIK 2008/295, 176

KO: §§ 87, 173 Abs 3

EO: § 59

OGH 28. 4. 2008, 8 Ob 49/08a

## Rekursfrist beginnt stets mit öffentlicher Bekanntmachung des Eröffnungsbeschlusses

Die Rechtsmittelfrist wird bereits mit der öffentlichen Bekanntmachung des Konkurs-eröffnungsbeschlusses in Lauf gesetzt (RIS-Justiz RS0065237; RS0110969; 8 Ob 121/01d; 8 Ob 139/01a; 8 Ob 66/07z). Die Folgen der Zustellung treten, wenn neben der öffentlichen Bekanntmachung eine besondere Zustellung vorgeschrieben ist, durch die öffentliche Bekanntmachung auch dann ein, wenn die besondere Zustellung unterblieben ist. Voraussetzung der „öffentlichen Bekanntmachung“ ist nicht, dass eine große Anzahl von Gläubigern vorliegt. Im Konkurs von Unternehmern mit einer ungewöhnlich großen Anzahl von Gläubigern kann bloß nach Ermessen des Gerichts die besondere Zustellung an die Gläubiger unterbleiben, wenn der wesentliche Inhalt des zuzustellenden Schriftstücks öffentlich bekannt gemacht wird. Diese Anordnung ist aber unabhängig von den Rechtsfolgen des § 174 Abs 2 KO.

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 174 KO bestehen nicht (8 Ob 231/98y). Diese Bestimmung verstößt nicht gegen Art 6 Abs 1 EMRK.

■ ZIK 2008/296, 177

**KO: § 174 Abs 2 und Abs 3**  
**EMRK: Art 6 Abs 1**

OGH 28. 4. 2008, 8 Ob 56/08f

## Abschöpfungsverfahren: Kriterien für die sofortige Restschuldbefreiung/Verfahrensverlängerung

Bei einer erzielten Gesamtquote von 1,85 % am Ende der Laufzeit der Abtretungserklärung hat der Schuldner die Mindestquote von 10 % nicht nur geringfügig verfehlt. Für eine sofortige Restschuldbefreiung wird als Maßstab angesehen, dass die Konkursgläubiger wenigstens 9 % ihrer Forderungen erhalten haben. Auch wenn dieser Prozentsatz keine starre Grenze darstellt, kann bei einer Quote von nicht einmal 2 % von einem nur geringfügigen Unterschreiten der Mindestanforderungen für die Restschuldbefreiung keine Rede mehr sein.

Auch in diesem Fall ist die Restschuldbefreiung nicht völlig ausgeschlossen. Es wäre jedoch Sache des Schuldners, Umstände zu behaupten und zu bescheinigen, die trotz der gravierenden Verfehlung der zehnpromzentigen Quote die Erteilung der Restschuldbefreiung rechtfertigen. Dabei kann er sich auf sämtliche in § 213 KO genannten Gründe oder andere gleichwertige Erwägungen stützen (8 Ob 342/98x mwN).

Ähnliches gilt für ein Aussetzen der Entscheidung über die Restschuldbefreiung. Auch hier ist das Vorliegen der im Gesetz genannten Gründe vom Schuldner zu behaupten.

Das KonkursG kann schließlich das Abschöpfungsverfahren um höchstens drei Jahre verlängern, wenn der Schuldner für diese Dauer eine Abtretungserklärung abgibt. Wird auch nach Verlängerung des Abschöpfungsverfahrens auf insgesamt zehn Jahre die Mindestquote verfehlt, kommt eine Restschuldbefreiung aus Billigkeitsgründen nicht mehr in Frage (8 Ob 84/06w). Für das Erreichen der Mindestquote müssen daher Anhaltspunkte gegeben sein.

Im Rekursverfahren ist die Sachlage zum Zeitpunkt der Beschlussfassung erster Instanz und die Bescheinigungslage im Zeitpunkt der Rechtsmittelentscheidung maßgebend (RIS-Justiz RS0065013). Auf Neuerungen im Rekurs ist Bedacht zu nehmen. Eine (wie im Anlassfall) im Rekurs vorgelegte Bestätigung, wonach die Hausbank zu einem Zeitpunkt nach Ablauf des Verlängerungszeitraums „bei entsprechendem Einkommen und Sicherheiten“ einen Kredit in Aussicht stellt, ist ungeeignet, die Voraussetzungen für die Verlängerung des Abschöpfungsverfahrens nachzuweisen.

■ ZIK 2008/297, 177

**KO: § 176 Abs 2, § 213**

OLG Wien 5. 2. 2008, 28 R 255/07m

## Zum Verfahren für die amtswegige Löschung einer Gesellschaft

Eine Kapitalgesellschaft, die kein Vermögen besitzt, kann von Amts wegen gelöscht werden. Sofern das Vorhandensein von Vermögen nicht offenkundig ist, gilt eine Kapitalgesellschaft bis zum Beweis des Gegenteils auch dann als vermögenslos, wenn sie trotz Aufforderung durch das G die Jahresabschlüsse und gegebenenfalls die Lageberichte von zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren nicht vollständig vorlegt. Die Gesellschaft ist im Lösungsverfahren aufzufordern, sich zur beabsichtigten Löschung zu äußern (6 Ob 23/03f).

Unter Aufforderung zur Vorlage der Jahresabschlüsse ist weder die Androhung noch die Verhängung von Zwangsstrafen zu verstehen; diese sind nicht Voraussetzung für die Vermutung der Vermögenslosigkeit (OLG Wien 28 R 127/02f NZ 2003/81).

Der Umstand, dass die Gesellschaft dem Firmenbuchstand zufolge eine Forderung gegen den Alleingesellschafter auf Volleinzahlung der Stammeinlage hat, stellt kein offenkundiges Vermögen dar.

■ ZIK 2008/298, 178

**FBG: § 40**

**UGB: § 283**

OGH 7. 7. 2008, 6 Ob 4/08v

## Außergerichtlicher Vergleich und Sicherheitsausschluss

Die InsolvenzschutzRL ermächtigt die Mitgliedstaaten, die zur Vermeidung von Missbräuchen notwendigen Maßnahmen zu treffen. Ein Ausschluss von der Zahlungsgarantie kann nicht als notwendig zur Vermeidung von Missbräuchen angesehen werden, wenn die Garantieeinrichtung über ausreichende Möglichkeiten verfügt, Missbrauch zu verhindern. Dies ist der Fall, wenn Ansprüche in einem von einem Gericht überwachten Güteverfahren eingeräumt werden (EuGH Rs C-442/00, *Rodríguez Caballero*, Slg 2002, I-11915 RN 36 und 37; sowie Rs C-520/03, *Olaso Valero*, Slg 2004, I-12065 RN 37).

Ein Mitgliedstaat kann Entschädigungen, die wegen rechtswidriger Kündigung gewährt werden, von der durch die Garantieeinrichtung geleisteten Zahlungsgarantie ausschließen, wenn die Entschädigungen durch einen außergerichtlichen Vergleich zuerkannt werden und der Ausschluss eine objektiv gerechtfertigte und zur Vermeidung von Missbrauch notwendige Maßnahme ist. Das ist der Fall, wenn eine Vereinbarung über Kündigungsentschädigungen in einem (im Anlassfall spanischen) außergerichtlichen Güteverfahren getroffen wird, und zwar ohne jegliches Eingreifen eines Gerichts, ohne Beteiligung der Garantieeinrichtung am außergerichtlichen Güteverfahren, ohne gerichtliche Genehmigung der in einem außergerichtlichen Vergleich getroffenen Vereinbarung, und wenn in der Praxis keine Möglichkeit besteht, dass die Garantieeinrichtung durch einen mit Gründen versehenen Bescheid den Antrag auf Zahlung einer Kündigungsentschädigung ablehnt.

■ ZIK 2008/299, 178

**RL 80/987/EWG: Art 1 Abs 1, Art 2 Abs 2, Art 3 Abs 1, Art 10 lit a und lit b**

EuGH 21. 2. 2008, Rs C 498/06

Robledillo Núñez/Fogasa

## Voraussetzungen der Nachlassseparation

Für eine Nachlassabsonderung gem § 812 ABGB genügt jede hinreichende, wenngleich bloß subjektiv motivierte Besorgnis des Antragstellers, dass der Erbe den Nachlass und damit den Befriedigungsfonds für die Nachlassforderung schmälern könnte. Der Nachlassgläubiger, Legatar oder Noterbe muss nur jene Umstände angeben, die eine solche Besorgnis bei vernünftiger Auslegung rechtfertigen. Es obliegt ihm die Behauptung, nicht auch die formelle Bescheinigung, konkreter Umstände, die die geltend gemachte Besorgnis wenigstens subjektiv nachvollziehbar begründet erscheinen lassen, wozu die bloß abstrakte Möglichkeit von Verfügungen der Erben über den Nachlass, die in jedem Fall gegeben ist, nach stRsp nicht ausreicht (RIS-Justiz RS0013068; 6 Ob 226/06h mwN).

Eine nur abstrakte Möglichkeit, der Erbe könnte Verfügungen über die Nachlassgegenstände treffen, ist in jedem Fall gegeben. Daher rechtfertigt sie für sich allein noch nicht die Absonderung des Nachlasses (SZ 56/28; RIS-Justiz RS0013072; 10 Ob 317/02v; 6 Ob 250/05s; 2 Ob 226/06h).

■ ZIK 2008/300, 178

**ABGB: § 812**

OGH 23. 1. 2008, 7 Ob 5/08y

## Zur Haftung des Gründungsprüfers

Ist von vornherein die Aufbringung der Einlage eines Aktionärs in eine AG durch Aufrechnung mit einer diesem gegen die AG zustehenden Forderung vorgesehen, ist dies als Sacheinlage zu behandeln. Die bei Kapitalerhöhung mittels Sacheinlage durchzuführende Prüfung hat sich – wie bei der Einbringung von Forderungen gegen Dritte – nicht darauf zu beschränken, ob die eingebrachte Forderung tatsächlich besteht; darüber hinaus ist zu ermitteln, ob sie auch insoweit „vollwertig“ ist, als der Schuldner in der Lage ist, diese vollständig zu erfüllen. Im Fall der Aufrechnung bezieht sich die Vollwertigkeitsprüfung auch auf die hypothetische Zahlungsfähigkeit der AG bei einem Wegdenken der Aufrechnung, was sich aus dem aktienrechtlichen Gebot der realen Kapitalaufbringung, die insb dem Gläubigerschutz dient, ergibt. Mangels Vollwertigkeit ist die Aufrechnung unzulässig.

Der Prüfer ist vom G zu bestellen, dem es auch obliegt, einen klaren Prüfungsauftrag zu erteilen. Ein im Ergebnis positiver Prüfbericht darf vom G seiner Entscheidung nicht zugrunde gelegt werden, wenn er erkennbar unschlüssig oder unvollständig ist. Ist der Prüfungsauftrag unklar, ist der Prüfer verpflichtet, beim FirmenbuchG rückzufragen und einen klareren Prüfungsauftrag einzufordern.

Der Gründungsprüfer hat im Fall eines unrichtigen Prüfberichts der AG im Rahmen der gesetzlichen Haftungshöchstbeträge im Wege einer garantieähnlichen Haftung jenen Ausfall zu ersetzen, der nicht eingetreten wäre, wenn die eingebrachte, überbewertete Sache den ihr zugeschriebenen Wert gehabt hätte. Sowohl die anderen Aktionäre als auch die Gesellschaftsgläubiger sollen dadurch geschützt werden, partizipieren daran aber nur indirekt, nämlich insofern, als sich durch die Ersatzleistung an die AG deren Vermögen erhöht, womit der Wert der Aktien der Altaktionäre bzw der Haftungsfonds für die Gesellschaftsgläubiger steigt.

■ ZIK 2008/301, 179

**AktG: §§ 25, 26 Abs 1, § 42 Abs 1, §§ 60, 150**

**GmbHG: § 10**

OGH 3. 4. 2008, 1 Ob 128/07s

## Bekämpfung/Entkräftung eines Überbots bei der Zwangsversteigerung

Das ExekutionsG ist nicht verpflichtet, den Ersteher zusammen mit seiner Verständigung von einem Überbot darüber zu belehren, dass es ihm freistehe, dieses Überbot „innerhalb dreier Tage, nachdem ihm das letzte rechtzeitig eingelangte Überbot mitgeteilt wurde“ auf den Betrag des höchsten Überbots zu erhöhen. Das Fehlen der nach den anzuwendenden zivilverfahrensrechtlichen Normen vorgeschriebenen Rechtsmittelbelehrung ändert nichts am Ablauf der jeweiligen Rechtsmittelfrist (2 Ob 97/56 uva; RIS-Justiz RS0109747). Dies gilt auch für die Frist zur Entkräftung eines Überbots, selbst wenn dem Exekutionsverfahren eine Wiedereinsetzung fremd ist.

Der Ersteher ist nicht von jeglichen Überboten zu verständigen. Unzulässige, etwa zu niedrige oder verspätete Überbote sind ohne Verständigung des Erstehers sofort zurückzuweisen. Erst die Mitteilung des letzten rechtzeitigen Überbots löst die Frist zur Erhöhung des Meistbots aus. Wegen der Kürze der bloß dreitägigen Frist kann dem Ersteher eine Akteneinsicht innerhalb dieser nicht zugemutet werden, weshalb, da der Ersteher ja nicht wissen kann, ob noch andere spätere Überbote vorliegen, der Fristbeginn voraussetzt, dass dem Ersteher die Eigenschaft des bekanntgegebenen Überbots als letztes oder auch als einziges und damit zwangsläufig auch letztes ausdrücklich mitgeteilt wird. Erst eine solche Mitteilung löst nach dem Gesetz die Frist zur Entkräftung durch Erhöhung des Meistbots aus.

Dieses System, nur wirksame Überbote dem Ersteher mitzuteilen, unwirksame dagegen sofort zurückzuweisen, nachträglich vom Ersteher entkräftete dagegen danach, vermeidet überflüssige Zustellungen von Überboten an den Ersteher. Auch Verständigungen von erkennbar nach dem jeweiligen GVG noch nicht wirksamen Überboten lösen die Entkräftungsfrist nicht aus.

■ ZIK 2008/302, 179

**EO: § 58 Abs 2, §§ 78, 195 Abs 2, § 197 aF, § 198 Abs 1**

OGH 19. 12. 2007, 3 Ob 160/07m

**Top informiert mit LexisNexis: [www.lexisnexus.at](http://www.lexisnexus.at)**

## In die Masse fallendes Fruchtgenussrecht und Zwangsversteigerung

■ ZIK 2008/303, 180

Gegenstand eines Fruchtgenussrechts kann auch ein ideeller Liegenschaftsanteil sein (3 Ob 318/01p SZ 2002/55 ua; RIS-Justiz RS0011833). Wird ein mit einem Fruchtgenussrecht belasteter Liegenschaftsanteil versteigert und kommt dem Fruchtgenussrecht der Vorrang vor dem Befriedigungsrecht des betreibenden Gläubigers oder einem eingetragenen Pfandrecht zu, ist es vom Ersteher ohne Anrechnung auf das Meistbot zu übernehmen.

Bei Zustimmung des Berechtigten besteht jedoch die Möglichkeit, festzulegen, dass das Fruchtgenussrecht vom Ersteher nicht oder nur unter Anrechnung auf das Meistbot zu übernehmen ist. Voraussetzung für die Änderung der gesetzlichen Versteigerungsbedingungen sind 1. ein entsprechender Antrag, 2. die Einvernahme der P des Exekutionsverfahrens und 3. die Zustimmung des Buchberechtigten. Dann muss ein gesonderter Beschluss ergehen, der an die zur Änderung einzuvernehmenden Personen zuzustellen ist, denen ein Rekursrecht dagegen zusteht. Dieser Beschluss kann auch in das Versteigerungsedikt aufgenommen werden und ist mit diesem zuzustellen.

Ab Konkurseröffnung über das Vermögen des Fruchtnießers liegt das Zustimmungsrecht beim Masseverwalter, wenn das Fruchtgenussrecht vor Konkurseröffnung einverleibt wurde und nicht dem Gemeinschuldner zur freien Verfügung überlassen wurde. Ohne seine Zustimmungserklärung ist eine Änderung der Versteigerungsbedingungen unzulässig.

Werden die gesetzlichen Versteigerungsbedingungen ohne entsprechendes Verfahren geändert, können jene Teile des Versteigerungsedikts, in denen das ExekutionsG erstmals etwas festlegt und die zwar nicht die Form, aber den Inhalt eines Beschlusses haben, mit Rekurs angefochten werden (3 Ob 208/03i; 3 Ob 291/05y; RIS-Justiz RS0118675). Sieht das ExekutionsG ein bücherliches erstrangiges Fruchtgenussrecht irrig als ein Recht an, das „unberücksichtigt zu bleiben“ hat, ist dieser Teil des Versteigerungsedikts der Rechtskraft fähig und kann vom Masseverwalter mit Rekurs angefochten werden, weil damit erstmals in die Rechte des Fruchtnießers massiv eingegriffen wird. Mangels Anfechtung werden jedoch die Versteigerungsbedingungen rechtskräftig abgeändert. Der Gegenstand der Versteigerung wird durch den Inhalt der Versteigerungsbedingungen und des Versteigerungsedikts festgelegt (3 Ob 30/00h SZ 73/42 ua, zuletzt 3 Ob 141/05i SZ 2005/107; RIS-Justiz RS0002851). Ihr Inhalt ist für den Umfang des Eigentumserwerbs des Erstehers maßgeblich. Nur die in den Versteigerungsbedingungen angeführten Lasten übernimmt ein Ersteher, nicht aber das belastete Eigentum des Verpflichteten. Sind die Versteigerungsbedingungen bzw die rechtskräftigen Teile des Versteigerungsedikts rechtskräftig, kommt es auch auf die Zustimmung des berechtigten Fruchtnießers (bzw des Masseverwalters) nicht mehr an (3 Ob 81-83/92 SZ 65/161; 3 Ob 217/99d SZ 73/85).

Der Zuschlagsbeschluss kann dann nicht wegen Aktenwidrigkeit angefochten werden. Da die gesetzlichen Versteigerungsbedingungen kein Aktenbestandteil sind, sondern Gesetzesinhalt, und da die gesetzliche Übernahme des Fruchtgenussrechts ohne Anrechnung auf das Meistbot durch das rechtskräftige Versteigerungsedikt abgeändert wurde, wengleich nicht in der dafür vorgesehenen Form, liegt kein Widerspruch zwischen Versteigerungsedikt und Versteigerungsbedingungen vor. Dem Ersteher, der ja das Fruchtgenussrecht eben nicht übernehmen muss, fehlt auch die Beschwer zur Bekämpfung des Zuschlags.

EO: §§ 146, 150, 170

KO: § 1

OGH 16. 8. 2007, 3 Ob 85/07g



