

Linde
www.lindeverlag.at

Wiesinger | Kurz | Haiböck (Hrsg)

HAFTUNGSFALLE INSOLVENZ

HANDBUCH FÜR MANAGEMENT UND PRAXIS

Wiesinger/Kurz/Haiböck (Hrsg)

Haftungsfalle Insolvenz

Haftungsfalle Insolvenz

Handbuch für Management und Praxis

herausgegeben von

Dr. Bernd Wiesinger

Rechtsanwalt

Mag. Thomas Kurz

Rechtsanwalt

Mag. Michael Haiböck

Rechtsanwalt

Linde

Zitiervorschlag: Autor*in in Wiesinger/Kurz/Haiböck (Hrsg), Haftungsfalle Insolvenz (2023) Seite

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Hinweis: Aus Gründen der leichten Lesbarkeit wird auf eine geschlechtsspezifische Differenzierung verzichtet. Entsprechende Begriffe gelten im Sinne der Gleichbehandlung für alle Geschlechter.

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte, insbesondere die Rechte der Verbreitung, der Vervielfältigung, der Übersetzung, des Nachdrucks und der Wiedergabe auf fotomechanischem oder ähnlichem Wege, durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere elektronische Verfahren sowie der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, dem Verlag vorbehalten.

Es wird darauf verwiesen, dass alle Angaben in diesem Fachbuch trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr erfolgen und eine Haftung der Herausgeber, der Autorinnen und Autoren oder des Verlages ausgeschlossen ist.

ISBN 978-3-7073-4751-7

© Linde Verlag Ges.m.b.H., Wien 2023
1210 Wien, Scheydgasse 24, Tel.: 01/24 630
www.lindeverlag.at

Druck: Hans Jentsch & Co GmbH
1210 Wien, Scheydgasse 31
Dieses Buch wurde in Österreich hergestellt.



Gedruckt nach der Richtlinie des
Österreichischen Umweltzeichens
„Druckerzeugnisse“, Druckerei
Hans Jentsch & Co GmbH,
UW-Nr. 790



Vorwort

Wirtschaftstreibende und ManagerInnen sehen sich ständig rechtlich komplexen Fragestellungen ausgesetzt. Im Falle einer (drohenden) Insolvenz ist das – mitunter auch strafrechtliche – Haftungsrisiko jedoch erhöht und guter Rat teuer.

Mit diesem Werk wollten wir ein Nachschlagewerk für UnternehmerInnen schaffen, die sich dieser „Haftungsfalle“ ausgesetzt sehen oder bereits im Vorfeld Präventionsmaßnahmen setzen wollen. Dafür konnten wir hochkarätige AutorInnen gewinnen, die – aus verschiedenen Fachbereichen kommend – die Haftungsfälle für PraktikerInnen einfach und verständlich darstellen. Das Gemeinschaftsprojekt zog sich im Hause Haslinger/Nagele über einige Jahre, in denen es sich entwickeln und wachsen konnte. Zuletzt blieb noch die Annahme der Restrukturierungsordnung (ReO) in der Praxis abzuwarten.

Wir danken allen AutorInnen für die Einsatzbereitschaft und für die spannenden Diskussionen, die im Zuge der Aufarbeitungen der einzelnen Themen entstanden sind. Unser besonderer Dank ergeht an Herrn *Mag. Dominik Surböck*, der stets den Überblick über das Gesamtwerk gewahrt hat und mit kritischen Anmerkungen maßgeblich für die Qualitätssicherung verantwortlich war.

Februar 2023

Die Herausgeber

Autorenverzeichnis

Mag. Teresa Simone Braunschmid, derzeit karenziert, war Rechtsanwältin bei Haslinger/Nagele Rechtsanwälte GmbH mit Tätigkeitsschwerpunkten im Gesellschafts- und Strafrecht. Sie publiziert zu gesellschafts- und strafrechtlichen Themenstellungen in einschlägigen Fachmedien.

MMag. Dr. Johanna Fischer ist Rechtsanwältin und Partnerin bei Haslinger/Nagele Rechtsanwälte GmbH. Sie berät in- und ausländische Unternehmen und Unternehmer*innen bei gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen und begleitet nationale und internationale Transaktionen (zB Finanzierungen, M&A). Weiters ist sie auf die Betreuung von Start-Ups spezialisiert, unter anderem die umfassende Beratung von Gründern bei Aufbau der jeweiligen rechtlichen Strukturen oder die Begleitung von Finanzierungsrunden (Crowdfunding, Private Equity, Venture Capital).

Univ.-Prof. Dr. Andreas Geroldinger ist Vorstand des Instituts für Zivilrecht sowie des Instituts für Anwaltsrecht an der Johannes Kepler Universität Linz. Zuvor war er Rechtsanwaltsanwärter, Universitätsassistent am Institut für Zivilverfahrensrecht an der Universität Wien und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Obersten Gerichtshof. Er ist Schriftleiter der Juristischen Blätter und Mitherausgeber des von Rummel begründeten Kommentars zum ABGB sowie eines Kommentars zum Internationalen Zivilverfahrensrecht.

Mag. Julia Goth ist Rechtsanwältin und Partnerin bei Haslinger/Nagele Rechtsanwälte GmbH. Sie ist auf die Bereiche Gesellschafts- und Unternehmensrecht sowie M&A spezialisiert und berät daher auch laufend zu Fragen der Geschäftsführerhaftung. Außerdem ist sie im Stiftungsvorstand einer österreichischen Privatstiftung und berät in Zusammenarbeit mit akostart oder anderen Initiativen sowie in Kooperation mit der Johannes Kepler Universität Linz Start-Ups bei der Gründung von Unternehmen.

Mag. Michael Haiböck ist Rechtsanwalt bei Haslinger/Nagele Rechtsanwälte GmbH mit Tätigkeitsschwerpunkten im Bereich Insolvenzrecht und Unternehmensreorganisation sowie im streitigen Zivilrecht. Er referiert und publiziert zu insolvenz- und sanierungsrechtlichen Themen und ist Mitglied der Interessengemeinschaft Sanierungsrecht.

MMag. Dr. Daniela Huemer, LL.M. (Harvard) ist als Rechtsanwältin und Partnerin bei Haslinger/Nagele Rechtsanwälte GmbH mit den Schwerpunkten Gesellschafts-, Immobilien- und Stiftungsrecht tätig. Zuvor war sie als Universitätsassistentin an der Johannes Kepler Universität Linz beschäftigt. Umfangreiche Publikations- und Vortragstätigkeit, insbesondere im Gesellschafts- und Immobilienrecht. Überdies ist sie Aufsichtsrats- und Stiftungsvorstandsmitglied in verschiedenen namhaften österreichischen Unternehmen und Privatstiftungen.

Dr. Christian Jetzinger, LL.B. LL.M. MA ist Rechtsanwaltsanwärter bei Haslinger/Nagele Rechtsanwältinnen GmbH mit Tätigkeitsschwerpunkten in den Bereichen Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, M&A, Stiftungsrecht und Wirtschaftsvertragsrecht. Vor dem Eintritt in die Kanzlei war er Universitätsassistent am Institut für Zivilprozessrecht, Insolvenzrecht und Vergleichendes Prozessrecht der Johannes Kepler Universität Linz.

Mag. Thomas Kurz ist Rechtsanwalt und Partner bei Haslinger/Nagele Rechtsanwältinnen GmbH mit Tätigkeitsschwerpunkt im Insolvenzrecht und Unternehmensreorganisation. Er referiert und publiziert zu insolvenz- und sanierungsrechtlichen Themenstellungen und ist Obmann der Interessengemeinschaft Sanierungsrecht sowie Gründungsmitglied des Vereins ReTurn – Forum für Restrukturierung und TurnAround-Management.

Dr. Alexander Müller ist Rechtsanwaltsanwärter bei Haslinger/Nagele Rechtsanwältinnen GmbH. Seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen in den Bereichen Unternehmens-, Gesellschafts-, Immobilien- und Wirtschaftsvertragsrecht. Zuvor war er als Universitätsassistent am Institut für Zivilrecht an der Johannes Kepler Universität Linz beschäftigt. Publikations- und Vortragstätigkeit insbesondere im Gesellschafts-, Wohn- und Immobilienrecht.

Mag. Laura Viechtbauer studierte Rechtswissenschaften an der Universität Wien und ist (geprüfte) Rechtsanwaltsanwarterin bei Haslinger/Nagele Rechtsanwältinnen GmbH im Bereich Straf- und Wirtschaftsstrafrecht. Sie publiziert im Bereich des Strafrechts und Wirtschaftsstrafrechts.

Dr. Bernd Wiesinger ist Rechtsanwalt und Partner bei Haslinger/Nagele Rechtsanwältinnen GmbH. Seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen im Strafrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Compliance. Zusätzlich fungiert er in diesen Fachbereichen als Lektor an der Johannes Kepler Universität Linz und publiziert regelmäßig in einschlägigen Fachmedien.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Autorenverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XI
<i>Andreas Geroldinger</i>	
Einleitung: Mehr Insolvenzen, weniger Makel, schärfere Haftung?	1
<i>Thomas Kurz</i>	
Kapitel 1: Wann wird's kritisch?	7
<i>Julia Goth</i>	
Kapitel 2: Du sollst deine Gläubiger gleich behandeln!	39
<i>Michael Haiböck</i>	
Kapitel 3: Was darf man noch machen/was ist zu tun?	63
<i>Bernd Wiesinger/Laura Viechtbauer</i>	
Kapitel 4: Wann bin ich im Kriminal?	99
<i>Teresa Simone Braunschmid</i>	
Kapitel 5: Das schreiben wir auf die Firma!	131
<i>Christian Jetzinger</i>	
Kapitel 6: D&O-Versicherung – keine Sorgen?	157
<i>Johanna Fischer/Daniela Huemer/Alexander Müller</i>	
Kapitel 7: Unternehmer dürfen scheitern	183
Stichwortverzeichnis	209

Abkürzungsverzeichnis

aaO	am angeführten Ort
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
BAO	Bundesabgabenordnung
BB	(d) Der Betriebsberater
BFG	Bundesfinanzgericht
BFH	(d) Bundesfinanzhof
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	(d) Bundesgerichtshof
BlgNR	Beilage, -n zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BUAG	Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz
BUAK	Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse
BVwG	Bundesverwaltungsgericht
BWG	Bankwesengesetz
D&O	Directors' and Officers' Liability
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EGT	Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit
EKEG	Eigenkapitalersatz-Gesetz
EStG	Einkommensteuergesetz
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in ÖJZ
f	und der, die folgende
FN	Fußnote
FS	Festschrift
GES (GeS)	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und angrenzendes Steuerrecht
GesRZ	Der Gesellschafter
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung

GP	Gesetzgebungsperiode
hA	herrschende Ansicht
HGB	(d) Handelsgesetzbuch
hL	herrschende Lehre
Hrsg	Herausgeber
idgF	in der geltenden Fassung
ieS	im engeren Sinn
IRÄ-BG	Insolvenzrechtsänderungs-Begleitgesetz
IRÄG	Insolvenzrechtsänderungsgesetz
iSd	im Sinne des/der
IO	Insolvenzordnung
iVm	in Verbindung mit
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JBl	Juristische Blätter
JSt	Journal für Strafrecht
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
KO	Konkursordnung
mE	meines Erachtens
mwN	mit weiteren Nachweisen
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
ÖStZ	Österreichische Steuer-Zeitung
ÖStZB	Die finanzrechtlichen Erkenntnisse des VwGH und des VfGH, Blg zur ÖStZ
PSG	Privatstiftungsgesetz
RÄG	Rechnungslegungs-Änderungsgesetz
RAO	Rechtsanwaltsordnung
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
ReO	Restrukturierungsordnung
RIS	Rechtsinformationssystem
Rn	Randnummer
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage

Rz	Randziffer
SanB	(d) Der Sanierungsberater
StGB	Strafgesetzbuch
SV	Sozialversicherung
SZ	Entscheidungen des OGH in Zivilsachen
UGB	Unternehmensgesetzbuch
URG	Unternehmensreorganisationsgesetz
VersVG	Versicherungsvertragsgesetz
vgl	vergleiche
VVG	(d) Versicherungsvertragsgesetz
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WBl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
Z	Ziffer
ZFR	Zeitschrift für Finanzmarktrecht
ZIK	Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz
ZVers	Zeitschrift für Versicherungsrecht
ZWF	Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzstrafrecht

Einleitung: Mehr Insolvenzen, weniger Makel, schärfere Haftung?

Andreas Geroldinger

- 1. Mehr Insolvenzen, weniger Makel**
- 2. Schärfere Haftung?**
- 3. Orientierungshilfe**

1. Mehr Insolvenzen, weniger Makel

Die Zahl der Insolvenzverfahren stieg 2022 in Österreich rasant an. Nimmt man die prozentuelle Entwicklung gegenüber dem Vorjahr in den Blick, so kann man in manchen Bundesländern – wie in Vorarlberg (plus 122 %) oder Oberösterreich (plus 75 %) – mit Fug und Recht von einem „**exorbitanten**“ **Anstieg der eröffneten Insolvenzverfahren** über Unternehmen sprechen.¹ Bei näherem Hinsehen sind die Zahlen aber nicht ganz so alarmierend, wie es manche Schlagzeile (zB „Der Handel blutet, Zahl der Insolvenzen explodiert“)² nahelegt. Schließlich kehrt die Insolvenzstatistik damit im Wesentlichen bloß auf das Niveau zurück, das vor der COVID-19-Pandemie herrschte.³ Während dieser Phase haben offenkundig zahlreiche Unternehmen trotz Vermögenslosigkeit **staatliche Stundungen und Corona-Unterstützungsmaßnahmen** in Anspruch genommen, wodurch es zu einem erheblichen **Rückstau** bei den Firmeninsolvenzen gekommen ist. Das ungewohnt **hohe Inflationsniveau** und die damit einhergehende **Abkehr von der Nullzinspolitik** tragen das Ihre zum Anstieg der Insolvenzzahlen bei. Inzwischen stellt auch die öffentliche Hand wieder vermehrt Anträge auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens.⁴

Damit ist aber keineswegs alles beim Alten. Im Jahr 2022 gingen in etwa zwei Drittel der neu eröffneten Insolvenzverfahren auf Gläubigeranträge zurück. Vor der COVID-19-Pandemie war die Eröffnung von Firmeninsolvenzverfahren noch weitgehend gleichmäßig auf Eigen- und Gläubigeranträge verteilt.⁵ Bereits in den Jahren 2020 und 2021 – und damit in der Hochphase der COVID-19-Pandemie – war eine drastische **Verlagerung von Eigen- zu Gläubigeranträgen** feststellbar. Dies dürfte unter anderem auf ein ausgeprägtes Vertrauen auf staatliche Stützungsmaßnahmen zurückzuführen sein, deutet aber auch auf eine abnehmende Bereitschaft der Unternehmer hin, ihr wirtschaftliches Scheitern einzugestehen.

Speziell das letztgenannte Verhaltensmuster ist altbekannt. Schon die Denkschrift zur KO aus dem Jahr 1914 wusste Folgendes zu berichten:⁶

„Hier ist vor allem auf den **psychologisch begreiflichen Umstand** Rücksicht zu nehmen, dass der Schuldner eine eintretende Zahlungsunfähigkeit **nicht sich selbst, geschweige denn seinen Gläubigern leicht zugesteht**, dass er vielmehr alle Mittel in Bewegung setzt, um den Konkurs zu vermeiden. Er verschleudert sein Vermögen, um sich den **Schein der Zahlungsfähigkeit zu erhalten**, er sucht Kreditquellen, die sich ihm in seiner Lage oft nur unter den verderblichsten Bedingungen eröffnen, er stellt einzelne besonders drängende Gläubiger sicher, er vermehrt die Last seiner Schulden und ver-

1 AKV, Insolvenzstatistik 2022 (2023) 3.

2 Heute 13.8.2022, Der Handel blutet, Zahl der Insolvenzen explodiert.

3 KSV 1870, Insolvenzstatistik Unternehmen 2022 (2023) 1.

4 AKV, Insolvenzstatistik 2022, 4

5 AKV, Insolvenzstatistik 2022, 3.

6 Denkschrift zur Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung (1914) 6 (eigene Hervorhebungen).

mindert sein Vermögen oder wenigstens das für die unbedeckten Gläubiger übrig bleibende Vermögen, so dass durch das Treiben des Schuldners das **ganze Vermögen aufgezehrt** ist, wenn es zum **Antrag auf Konkursöffnung** kommt.“

Etwas eleganter und bündiger formulierte *Goethe* in „Wilhelm Meisters theatralische Sendung“:⁷

„[...] man entschließt sich so ungern zum Bankrotte wie zum Tode und sucht mit Bor-gen und Zahlen und Vertrösten, mit Paktieren und Flickern so lange hinzuhalten als möglich.“

Dieses **Hinauszögern des Antrags** um (fast) jeden Preis hat nicht zuletzt mit dem „**Makel des Konkurses**“⁸ zu tun, der in unseren Breitengraden tief im kollektiven Bewusstsein wurzelt. Wirtschaftliches Scheitern wurde über tausende Jahre hinweg stigmatisiert, brachte den „Concursanten“ oder „Bankrotteur“ nicht selten ins Gefängnis, bedeutete Schuldknechtschaft oder gar den (Frei-)Tod.⁹ So lässt *Honoré (de) Balzac* vor rund 200 Jahren die Romanfigur Vater Grandet, einen reich gewordenen „*fleißigen und geizigen Kleinbürge[r]*“¹¹, über seinen Bruder Guillaume, der als Pleitier Selbstmord begeht, sagen:

„Bankrott machen [...] heißt: von allen ehrlosen Handlungen, die ein Mann begehen kann, die ehrloseste begehen. [...] Bankrott machen [...] ist ein Diebstahl, den bedauerlicher Weise das Gesetz begünstigt. Die Leute haben Guillaume Grandet ihr Geld anvertraut, weil sie ihn für ehrenhaft und redlich hielten; er aber hat ihnen alles genommen und läßt ihnen nichts als die Augen zum Weinen. Der Straßenräuber ist dem Bankrotteur noch immer vorzuziehen: jener fällt euch an, ihr könnt euch wehren, er wagt sein Leben; dieser aber ...“¹²

Immerhin tadelt *Balzac* als Erzähler, dass Vater Grandet den **Unterschied zwischen verschuldetem und unverschuldetem Bankrott** übersieht. Der – nach altem Recht vielfach nur auf Zerschlagung und Verteilung des Erlöses an die Gläubiger abzielende – Konkurs war außerdem als „**Wertvernichter schlimmster Art**“¹³ berüchtigt.

Erfreulicherweise hat sich in den letzten 200 Jahren viel verändert. Das Insolvenzverfahren erscheint deutlich **entstigmatisiert**, verstärkt rücken der insolvente Schuldner und seine **Chancen für einen „fresh start“** in den Fokus des Gesetzgebers. In Österreich und Deutschland wurden in den letzten Jahrzehnten gezielt zahlreiche „Makelvorschriften“¹⁴ entschärft und, nicht zuletzt getragen von Initi-

7 *Goethe*, Wilhelm Meisters theatralische Sendung (Nachdruck 1986).

8 *Paulus*, Ein Kaleidoskop aus der Geschichte des Konkursrechts, in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2008 (2009) 105 (105 ff); *Uhlenbruck*, Zur Geschichte des Konkurses, DZWIR 2007, 1 (1).

9 *Paulus*, Gedankensplitter zur Bedeutung des Insolvenzrechts, in FS *Konecny* (2022) 409 (410); *Uhlenbruck*, DZWIR 2007, 1.

10 Zum „selbstverliehenen“ Adelsprädikat siehe *Zweig*, Balzac – eine Biographie (1946, Nachdruck 1979).

11 FAZ 12.12.2007, Lesen Sie Balzac!

12 *Balzac*, Eugénie Grandet (1834; deutsche Übersetzung von Gisela Etzel, Nachdruck 1988).

13 *Jaeger*, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts⁸ (1932) 216.

14 *Uhlenbruck*, DZWIR 2007, 3.

ativen der EU, **Instrumentarien zur Sanierung** ausgebaut. *Paulus* weiß in diesem Zusammenhang eine Anekdote aus Griechenland zu berichten, das 2020 ein grundlegend überarbeitetes Insolvenzrecht verabschiedet hat:¹⁵ Als der Gesetzesentwurf dem zuständigen Minister vorgelegt wurde, soll dieser den geplanten Namen „Insolvenzgesetz“ durchgestrichen und durch die Bezeichnung „Gesetz zur Schuldenbereinigung und Gewährung einer zweiten Chance sowie weitere Regelungen“ ersetzt haben.¹⁶ Nicht immer belegen derartige Etikettierungen tatsächlichen Wandel. Auf verschiedensten Ebenen wird aber mit Nachdruck an einem **Wandel der „Insolvenzkultur“** in Europa gearbeitet,¹⁷ wozu mitunter die Reorganisationsrichtlinie und deren Umsetzung in den Mitgliedstaaten beitragen sollen. Damit wird das Insolvenzrecht auch in gewissem Maße zur „**Dauerbaustelle der Gesetzgebung**“.¹⁸ Hierzulande ist am 17.7.2021 das RIRUG¹⁹ in Kraft getreten, welches das österreichische Insolvenzrecht ergänzt und ändert: Die damit erlassene **Reorganisationsordnung (ReO)** etabliert ein weiteres Verfahren zur Entschuldung bestandfähiger Unternehmer, um die Zahlungsunfähigkeit abzuwenden (§ 1 Abs 1 ReO).

2. Schärfere Haftung?

Ist der **Rubikon**, also die Schwelle der **Zahlungsunfähigkeit** (§ 66 IO) oder der **Überschuldung** (§ 67 IO), allerdings einmal überschritten, dann muss der insolvente Schuldner (die Geschäftsleitung) den **Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens** stellen. Dies hat „ohne schuldhaftes Zögern“ zu geschehen, spätestens 60 Tage oder – wenn der Grund in einer „Naturkatastrophe“ (wie der COVID-19-Pandemie) besteht – 120 Tage nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (§ 69 IO). Ganz offenkundig werden diese **Fristen** in praxi aber vielfach bei weitem überschritten, mit anderen Worten wird die **Antragspflicht häufig verletzt**. Dieser Verdacht speist sich unter anderem aus folgenden Zahlen: 2022 musste in rund 40 % aller Unternehmensinsolvenzen (was dem Niveau vor der COVID-19-Pandemie entspricht)²⁰ der Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens abgewiesen werden; das heißt, in der Masse war nicht einmal ein Vermögen von 4.000 € zur Deckung der An-

15 Siehe dazu *Metallinos/Portokallis/Potamitis/Rokas*, The new Greek Insolvency Framework, EIRJ 2021, 1.

16 *Paulus* in FS Konecny 409.

17 Zu den Hintergründen der „rescue culture“ siehe *Zipperer*, Die Insolvenz – historische, literarische und philosophische Aspekte des wirtschaftlichen Scheiterns, NJW 2016, 750 (751); ferner *Klöhn/Franke*, Grund- und Gegenwartsfragen des Sanierungsrechts – Ein Beitrag zu der europäischen Restrukturierungsrichtlinie und dem deutschen SanInsFoG, ZEuP 2022, 44 (50 ff).

18 Für Deutschland siehe etwa *Klinck* in *Fridgen/Geiwitz/Göpfert*, BeckOK Insolvenzrecht²⁹ (15.10.2022) Geschichte und Chronik Rz 113 mwN.

19 Restrukturierungs- und Insolvenz-Richtlinie-Umsetzungsgesetz, BGBl I 2021/147.

20 AKV, Insolvenzstatistik 2018 (2019) 3 (2148 Fälle von 5172 Firmeninsolvenzen [41,5 %] im Jahr 2017; 2233 Fälle von 5205 Firmeninsolvenzen [42,9 %] im Jahr 2018); AKV, Insolvenzstatistik 2019 (2020) 3 (2247 Fälle von 5292 Firmeninsolvenzen [42,5 %] im Jahr 2019).

laufkosten des Insolvenzverfahrens vorhanden.²¹ Etwa 28 % aller Insolvenzverfahren endeten im Jahr 2022 mit einem Totalausfall für die Gläubiger.²²

Was zunächst vor allem als Problem der Gläubiger erscheinen mag, wächst sich immer öfter zu einem **ernsthaften Problem für die Geschäftsleitung** aus. Denn unter bestimmten Voraussetzungen haften Geschäftsführer den Gläubigern für erlittenen Schaden und deren Bereitschaft, derartige **Haftungsansprüche** „scharf zu stellen“, nimmt ganz offenkundig zu.²³ Geprüft wird in solchen Fällen unter anderem, ob die Geschäftsleitung den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu spät gestellt, Gläubigerinteressen grob fahrlässig beeinträchtigt, einzelne Gläubiger begünstigt, die Vermögenslage des Unternehmens in Jahresabschlüssen unrichtig dargestellt oder Gesellschaftern unzulässige Vorteile gewährt hat. Ebenso werden **Abgabemeldungen** gegenüber der Finanz und der Sozialversicherung unter die Lupe genommen. Die Konsequenzen können von einer persönlichen Haftung bis hin zu Haftstrafen (wegen strafrechtlich relevanter „Kridadelikte“) reichen.

Diese (**Haftungs-**)**Risiken** für die Geschäftsleitung sind keineswegs neu. Die gegenwärtige **Ballung von Krisenszenarien**, die sich (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) schlagwortartig mit „COVID-19-Pandemie, Lieferengpässe, Inflation, Energiekrise, Ukraine-Krieg, Klimawandel“ zusammenfassen lässt, und der damit einhergehende **Verlust an Planbarkeit** erhöhen aber das Risiko für Maßnahmen, die sich letzten Endes als nachteilig erweisen.²⁴ Sich laufend wandelnde rechtliche Vorgaben (Stichwort: „Corona-Gesetzgebung“) erschweren die Orientierung. Der Grat zwischen dem erlaubten Eingehen eines unternehmerischen Risikos einerseits und haftungsbegründendem oder gar strafrechtlich relevantem Verhalten andererseits ist oder erscheint mitunter besonders schmal, das **Haftungsrisiko scheint sich zu verschärfen**.

3. Orientierungshilfe

Nicht selten erweist sich bei der Prüfung der eben skizzierten Vorwürfe, dass sich die Geschäftsleitung **zu spät mit den rechtlichen Implikationen einer wirtschaftlichen Schiefelage auseinandergesetzt** hat. Vor wenigen Wochen konnte man in der Tageszeitung „Die Presse“ einen Artikel mit der Überschrift „Firmenpleiten: Manager in der Haftungsfalle“ lesen.²⁵ Die darin zu findende Aufzählung an Problemfeldern liest sich wie das Inhaltsverzeichnis des vorliegenden Buches.

21 AKV, Insolvenzstatistik 2022, 4 (2067 Fälle von 4967 Firmeninsolvenzen [41,6 %] im Jahr 2022); KSV 1870, Insolvenzstatistik Unternehmen 2022, 3 (1871 Fälle von 4775 Firmeninsolvenzen [39,2 %] im Jahr 2022). Die Ursache für die unterschiedlichen Zahlen konnte nicht festgestellt werden.

22 AKV, Insolvenzstatistik 2022, 3.

23 Die Presse 13.10.2022, Firmenpleiten: Manager in der Haftungsfalle.

24 Die Presse 13.10.2022, Firmenpleiten: Manager in der Haftungsfalle.

25 Die Presse 13.10.2022, Firmenpleiten: Manager in der Haftungsfalle.

Manchem Betroffenen fehlt es in der kritischen Phase schlicht an einer **kompakten Orientierungshilfe**.

Denn, ab wann ist man insolvent und läuft die Frist zur Antragstellung? Im Gesetz sucht man vergebens nach einer klaren Definition der Zahlungsunfähigkeit. Selbst der Oberste Gerichtshof hat sich erst im Jahr 2011 – nach knapp 100 Jahren der Geltung von KO bzw IO – zu einer einigermaßen **klar konturierten Definition** durchgerungen.²⁶ Wer diese nicht in einer (einigermaßen komplexen und langen) Entscheidung zum Anfechtungsrecht suchen, sondern sie praxisgerecht aufgearbeitet haben möchte, liest im Beitrag von *Thomas Kurz* nach. Die drängenden Fragen, aus „welcher Ecke“ **Haftungsrisiken** drohen und was ab dem Zeitpunkt, zu dem eine **wirtschaftliche Schieflage erkennbar** wird, eigentlich zu tun bzw noch **erlaubt** ist, beantworten *Michael Haiböck (Zivilrecht)* einerseits und *Bernd Wiesinger mit Laura Viechtbauer (Strafrecht)* andererseits. Diese Themen sind eng mit dem **Gebot zur Gläubigergleichbehandlung** verwoben, dem *Julia Goth* auf den Grund geht. *Johanna Fischer, Daniela Huemer* und *Alexander Müller* verdeutlichen in ihrem Beitrag, dass es einen Bereich des **erlaubten wirtschaftlichen Risikos** gibt – mit anderen Worten, dass Unternehmer auch scheitern dürfen. Gilt es eine **Insolvenz aufzuarbeiten**, werden Rechts- und Geschäftsbeziehungen zwischen Gesellschaften und ihren Gesellschaftern besonders kritisch beäugt, um allfällige Verstöße gegen das **Verbot der Einlagenrückgewähr** aufzudecken; den breiten Anwendungsbereich und die Rechtsfolgen erläutert *Teresa Simone Braunschmid* anhand einprägsamer Judikaturbeispiele. Und schließlich nimmt *Christian Jetzinger* die in der Praxis weit verbreiteten „**D&O-Versicherungen**“ unter die Lupe und zeigt, welche Risiken sich damit abdecken lassen und welche nicht.

Damit reichen Herausgeber und Autor:innen dieses Buches der Praxis einen **kompakten Leitfaden** an die Hand, um Haftungsrisiken zu identifizieren und **zivil- wie strafrechtlich relevante Fehlritte zu vermeiden**.

26 OGH 3 Ob 99/10w JBl 2011, 458 = EvBl 2011/105 (*Konecny*).

Kapitel 1: Wann wird's kritisch?

Thomas Kurz

1. Ausgangssachverhalte
2. Krise = materielle Insolvenz
3. Zahlungsunfähigkeit (Fall A)
 - 3.1. Allgemeines/Definition
 - 3.1.1. Problematische Liquiditätssituation
 - 3.1.2. Zum Begriff der Zahlungsunfähigkeit
 - 3.2. Exkurs „Prognose“
 - 3.2.1. „Prognosen sind schwierig, besonders, wenn sie die Zukunft betreffen“
 - 3.2.2. Überprüfbarkeit der Prognose
 - 3.2.3. Juristische Umsetzung
 - 3.3. Prognosezeitraum/-ziel
 - 3.3.1. „Leading Case“ OGH 19.1.2011, 3 Ob 99/10w
 - 3.3.2. Zur Liquiditätslücke (Deckungslücke)
 - 3.3.3. Zum „Illiquiditätszeitraum“
 - 3.3.4. Inhalt der Prognose
 - 3.4. Liquiditätsbetrachtung
 - 3.4.1. Ergebnisskizze Fall A
4. Überschuldung (Fall B)
 - 4.1. Allgemeines/Definition
 - 4.1.1. Drohende Illiquidität
 - 4.1.2. Gesetzliche Normierung und Grundsatzentscheidung des OGH
 - 4.2. Überschuldungsstatus (zu Liquidationswerten)
 - 4.2.1. Rechnerische Überschuldung
 - 4.2.2. Rangrücktritt
 - 4.2.3. Zwischenergebnis
 - 4.3. Fortbestehensprognose
 - 4.3.1. Was ist eine Fortbestehensprognose?
 - 4.3.2. Wann ist eine Fortbestehensprognose zu erstellen?
 - 4.3.3. Prognoseziel und -zeitraum
 - 4.3.3.1. Kernaussage des OGH
 - 4.3.3.2. Was sagt der Leitfaden?
 - 4.3.3.3. Primärprognose

- 4.3.3.4. Sekundärprognose
- 4.3.3.5. Prognoseziel (eigene Ansicht)
- 4.3.3.6. Prognosezeitraum
- 4.3.4. Prognosewahrscheinlichkeit
- 4.3.5. Sanierungsmaßnahmen
- 4.3.6. Form, Aufbau und Mindestinhalt der Fortbestehensprognose
- 4.3.7. Beweislast/Dokumentation

5. Was hat Vorrang: Überschuldungsstatus oder Fortbestehensprognose?

6. Resümee

1. Ausgangssachverhalte

Fall A (Zahlungsunfähigkeit)

Die A GmbH befindet sich in Liquiditätsproblemen. Deren Geschäftsführung hofft, die Lieferanten in den nächsten drei bis vier Monaten bezahlen zu können. Es existieren bereits Ratenvereinbarungen mit der ÖGK und dem Finanzamt. Weiters gelang es der Geschäftsführung, mit der Hausbank eine Stundungsvereinbarung zu einem offenen Abstattungskredit zu treffen.

Fall B (Überschuldung)

Die B GmbH erwirtschaftete im abgelaufenen Geschäftsjahr einen erfreulichen Jahresgewinn und verfügt über gute Liquidität für die Finanzierung des aktuellen Geschäftsbetriebes, aber

- es besteht die drohende Gefahr des Verlustes des Hauptkunden, mit welchem etwa 50 % des letzten Jahresumsatzes erzielt wurden; oder
- der Produktzyklus des langjährigen Erfolgsproduktes steht vor dem Ende und es ist nach wie vor kein Nachfolgeprodukt in Sicht; oder
- bei einem exportorientierten Unternehmen mit einer Exportquote von mehr als 90 % zeichnen sich dramatische Umsatzeinbrüche auf den wesentlichen Auslandsmärkten ab.

In allen Fallkonstellationen stellt sich für die Geschäftsführung des Unternehmens die dringende Frage: „Befindet sich mein Unternehmen in der Krise?“

2. Krise = materielle Insolvenz

Um den Rahmen dieses Beitrags nicht zu sprengen, wird hier von einem eingeschränkten Begriffsverständnis der „Krise“ dahingehend ausgegangen, dass diese als **materielle Insolvenz** verstanden wird.¹

Der Eintritt der materiellen Insolvenz, welcher plastischer auch als „Insolvenz-/Konkurs-Reife“ bezeichnet werden kann, ist ein dramatischer, krisenhafter Zustand eines Unternehmens, der bei Kapitalgesellschaften, wie den im Fokus dieser Untersuchung stehenden Gesellschaften mit beschränkter Haftung, in zwei Dimensionen auftreten kann:

- a) **Zahlungsunfähigkeit** und
- b) (rechnerische/insolvenzrechtliche) **Überschuldung**.

Zunächst soll das Augenmerk auf den Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit gerichtet werden.

¹ Weitere haftungsrelevante Krisenszenarien wie etwa das Haftungsregime nach dem Unternehmensreorganisationsgesetz (BGBl I 1997/114 idGF) werden in Kapitel 3 behandelt.

3. Zahlungsunfähigkeit (Fall A)

3.1. Allgemeines/Definition

3.1.1. Problematische Liquiditätssituation

Nach dem Fall A zugrundeliegenden Ausgangssachverhalt kann die A GmbH aufgrund von Liquiditätsproblemen aktuell nicht alle Gläubiger befriedigen. Die Situation sei dahingehend präzisiert, dass einige Lieferanten bereits mit Klage gedroht haben und die Ratenvereinbarung mit der zuständigen Gebietskrankenkasse zustande kam, nachdem diese die Exekutionsführung auf Basis eines erlassenen Rückstandsausweises angekündigt hat. Bedeutet diese problematische Liquiditätssituation bereits eine Zahlungsunfähigkeit im technischen Sinn?

3.1.2. Zum Begriff der Zahlungsunfähigkeit

Die Insolvenzordnung definiert den Begriff der Zahlungsunfähigkeit nicht. Sie legt lediglich fest, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit voraussetzt (§ 66 Abs 1 IO) und dass diese Zahlungsunfähigkeit insbesondere anzunehmen ist, wenn der Schuldner seine Zahlungen einstellt (§ 66 Abs 2 IO).

Die herrschende Meinung, insbesondere die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, nimmt Zahlungsunfähigkeit an, „(...) wenn der Schuldner mangels bereiter Zahlungsmittel nicht in der Lage ist, seine fälligen Schulden zu bezahlen und er sich die erforderlichen Zahlungsmittel voraussichtlich auch nicht alsbald verschaffen kann“.²

Zunächst ist von Bedeutung, dass bei der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit **nur** die **fälligen** Verbindlichkeiten von Bedeutung sind; erst künftig fällig werdende Schulden sind nicht zu berücksichtigen.³ Auf unseren Ausgangsfall bezogen bedeutet dies, dass aufgrund der Ratenvereinbarung mit der ÖGK und der vereinbarten Stundung mit der Hausbank diese Verbindlichkeiten für die Frage, ob die Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist, nicht relevant sind.⁴ Weiters ist **nur** die **Fälligkeit** der Forderungen maßgeblich, **nicht** aber auch, dass die **Gläubiger** schon „**andrängen**“.⁵ Es spielt also bei der konkreten Fallkonstellation keine Rolle,

2 Vgl etwa OGH 19.1.2011, 3 Ob 99/10w; vgl auch SZ 38/61; SZ 55/65; SZ 60/207 = ÖBA 1988, 270 (Koziol mwN aus dem Schrifttum); RIS-Justiz RS0064528; Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 66 KO Rz 5 mwN.

3 Vgl OGH 8 Ob 624/88 SZ 63/124 = WBl 1990, 348; ebenso Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 66 KO Rz 23. **Achtung:** Aus Haftungsgründen sollten **Fälligkeiten** in der OP-Liste Kreditoren **korrekt** ausgewiesen werden, da sich Insolvenzverwalter und Prozessgutachter erfahrungsgemäß primär an den in der Finanzbuchhaltung ausgewiesenen Daten orientieren.

4 Zu dieser Thematik darf im Detail auf die Ausführungen unter Punkt 3.4. verwiesen werden.

5 Vgl bereits Sprung/Schumacher, Die Zahlungsunfähigkeit als Konkurseröffnungsgrund (§ 68 KO), JBl 1978, 122 (131).

dass einzelne Lieferantengläubiger bereits in dem Sinne andrängen, dass sie der Geschäftsführung der GmbH die klagsweise Durchsetzung ihrer Ansprüche angedroht haben. Selbiges gilt für die Exekutionsandrohung durch die zuständige Gebietskrankenkasse. Andererseits ist Zahlungsunfähigkeit aber auch dann gegeben, wenn der Schuldner zwar die andrängenden Gläubiger befriedigt, aber nicht alle fälligen Forderungen. Fällige, aber nicht eingemahnte oder betriebene Forderungen außer Betracht zu lassen, würde nämlich nach hA⁶ die Möglichkeit einer „schleichenden Liquidation“ durch Insolvenzverschleppung in Verletzung der Verpflichtung zur **Gläubigergleichbehandlung** eröffnen.⁷

Der oben erwähnte **Mangel an bereiten Zahlungsmitteln** liegt dann vor, wenn liquide Zahlungsmittel (Bargeld, Buchgeld, offene Kreditlinien etc) nicht vorhanden sind oder/und leicht und kurzfristig verwertbares Vermögen nicht zur Verfügung steht.⁸ Unser Ausgangssachverhalt soll dahingehend präzisiert werden, dass Grund der Liquiditätsprobleme der GmbH eben das Fehlen von liquiden Zahlungsmitteln im angeführten Sinne ist.

Schließlich ergibt sich aus obiger, von der hA vorgenommenen Begriffsdefinition der Zahlungsunfähigkeit auch diejenige der unschädlichen **Zahlungsstockung**. Eine die materielle Insolvenz und damit den Krisenfall nicht begründende Zahlungsstockung liegt nämlich dann vor, wenn der Schuldner „**voraussichtlich**“ und „**alsbald**“ seine fälligen Schulden zur Gänze bezahlen wird können.⁹ Die Klärung dieser Frage hängt von der Erstellung einer **Prognose** ab,¹⁰ welche im Folgenden näher beleuchtet werden soll.

3.2. Exkurs „Prognose“

3.2.1. „Prognosen sind schwierig, besonders, wenn sie die Zukunft betreffen“

Obige Worte soll der dänische Physiker *Niels Bohr* (1885–1962) in einer Rede während eines Kopenhagener Seminars zum Thema Quantenphysik geäußert haben.¹¹ Wie auch immer! Ungeachtet aller Unwägbarkeiten sind Prognosen als Grundlage für wirtschaftliche und unternehmenspolitische Entscheidungen zwingend notwendig. Im konkreten Fall ist die Geschäftsführung trotz der Problematik von Aussagen über die Zukunft **rechtlich verpflichtet, Prognosen** zu erstellen.

6 Vgl etwa OGH 19.1.2011, 3 Ob 99/10w.

7 Es sei bereits jetzt darauf hingewiesen, dass die materielle Insolvenz (Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung) dazu führt, dass die Gläubiger gleich zu behandeln sind; Näheres dazu im Kapitel 2.

8 OGH 4 Ob 624/75 JBl 1977, 209 (*Schumacher*).

9 Vgl OGH 19.1.2011, 3 Ob 99/10w.

10 OGH 3 Ob 99/10w EvBl 2011, 726 (*Konecny*); 11.10.2012, 2 Ob 117/12p.

11 Das „geflügelte Wort“ wird im Übrigen auch anderen prominenten Personen wie *Mark Twain*, *Winston Churchill*, *Kurt Tucholsky*, *Karl Valentin* ua zugeschrieben.

3.2.2. Überprüfbarkeit der Prognose

Bereits vorweg sei klargestellt, dass eine (Erfolgs-)Haftung dafür, dass sich die zum **Erstellungszeitpunkt (ex ante)** errichtete **Prognose im Nachhinein (ex post)** als **richtig** erweist, **nicht** besteht.

Wesentlich sind aber aus meiner Sicht die **Überprüfbarkeit** und **Nachvollziehbarkeit** von Prognosen. Diese werden durch nachstehende Aspekte gewährleistet:¹²

- Ausnützung (wirtschaftlich) **zumutbarer Informationsbeschaffungsmöglichkeiten**;
- erweiterter **Begründungszwang**, wobei ein angemessener „Mix“ aus Zahlenmaterial und verbaler Begründung zweckmäßig sein wird;
- Durchführung eines laufenden **Soll-Ist-Vergleiches**;
- **Bekanntgabe der Randbedingungen/Prognoseprämissen**

In diesem Zusammenhang ist zunächst besonders auf den Aspekt der Anführung der **Prognoseprämissen** hinzuweisen, da diese Grundannahmen der Prognose im Regelfall feststehende Fakten sind, deren Zutreffen objektiv beurteilt werden kann. Konkret wird die Geschäftsführung der A GmbH darstellen müssen, wie die erforderlichen liquiden Mittel beschafft werden können, um voraussichtlich und alsbald die Verbindlichkeiten der A GmbH abzudecken.

Bedeutend ist auch der durchzuführende **Soll-Ist-Vergleich**; sollte sich herausstellen, dass Prognoseprämissen im Nachhinein wegfallen, wird die gesamte Prognose nur mehr schwer haltbar sein! Als Beispiel kann dazu ein von Gesellschafterseite avisiertes Gesellschafterdarlehen angeführt werden, welches letztendlich dann doch nicht innerhalb der zugesagten Frist gewährt wird.

3.2.3. Juristische Umsetzung

Im Folgenden soll auf eine in **jüngerer Zeit** zur konkreten Ausgestaltung dieser Zahlungs(un-)fähigkeits**prognose** ergangene **Grundsatzentscheidung** des Obersten Gerichtshofes („Leading Case“) näher eingegangen werden.

3.3. Prognosezeitraum/-ziel

3.3.1. „Leading Case“ OGH 19.1.2011, 3 Ob 99/10w

Der Grundsatzentscheidung des OGH¹³ lag im Wesentlichen nachstehender **Sachverhalt** zugrunde:

12 Vgl dazu näher *Kurz*, Prognosetatbestände und Bestandssicherung: Anforderungen an das Controlling aus rechtlicher Sicht, in *Feldbauer-Durstmüller/Schwarz/Wimmer* (Hrsg), FS Stiegler (2005) 289 (292 f) mwN.

13 Bestätigt durch Folgeentscheidungen wie OGH 11.10.2012, 2 Ob 117/12p; zuletzt etwa auch OLG Graz 3 R 29/17k.