

# ZIK

INSOLVENZRECHT UND KREDITSCHUTZ

---

zik.lexisnexus.at

*Spezial*

## Insolvenzrecht und Kreditschutz 2015

22 Beiträge führender  
Insolvenzrechtsexpert/-innen

- » Anfechtungsrecht
- » Gesellschaft bürgerlichen Rechts NEU
- » Forderungsprüfung
- » Sanierungs- und Zahlungsplan
- » Gewaltschutz und Schuldenberatung

herausgegeben von  
Univ.-Prof. Dr. Andreas Konecny

LexisNexis® Österreich vereint das Erbe der österreichischen Traditionsverlage Orac und ARD mit der internationalen Technologiekompetenz eines der weltweit größten Medienkonzerne, Reed Elsevier. Als führender juristischer Fachverlag deckt LexisNexis® mit einer vielfältigen Produktpalette die Bedürfnisse der Rechts-, Steuer- und Wirtschaftspraxis ebenso ab wie die der Lehre.

Bücher, Zeitschriften, Loseblattwerke, Skripten, die Kodex-Gesetzestexte und die Datenbank LexisNexis® *Online* garantieren nicht nur die rasche Information über neueste Rechtsentwicklungen, sondern eröffnen den Kunden auch die Möglichkeit der eingehenden Vertiefung in ein gewünschtes Rechtsgebiet. Nähere Informationen unter [www.lexisnexus.at](http://www.lexisnexus.at)



### **Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek**

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

**ISBN 978-3-7007-6050-4**

---

LexisNexis Verlag ARD Orac GmbH & Co KG, Wien

<http://www.lexisnexus.at>

Wien 2015

Best.-Nr. 92.102.001

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlags reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

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

Foto Konecny: Fotostudio Wilke

Druckerei: Prime Rate GmbH, Budapest

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Autorenverzeichnis.....	IX
Insolvenzanfechtung und Solidarhaftung <i>Raimund Bollenberger</i> .....	1
Eigenverwaltung des Schuldners und Verfahrensunterbrechung (§ 7 IO) <i>Herbert Fink</i> .....	7
Vererbliche Unterhaltsansprüche und Restschuldbefreiung im Verlassenschaftsinsolvenzverfahren <i>Andreas Geroldinger</i> .....	15
Die Funktion der Schuldenberatungen und die Chancengleichheit im Abschöpfungsverfahren <i>Hans Grohs</i> .....	31
Hauptwirkungen der insolvenzrechtlichen Forderungsfeststellung <i>Wolfgang Jelinek</i> .....	41
Steuerliche Probleme in der Insolvenz – ein Rechtsvergleich zwischen Österreich und Deutschland <i>Sabine Kanduth-Kristen</i> .....	53
Drei Jubiläen in einem Jahr: 145 Jahre Gläubigerschutz in Österreich – 100 Jahre Ausgleich – 20 Jahre ZIK <i>Hans-Georg Kantner</i> .....	63
Zweifelsfragen beim Zahlungsplan <i>Georg Kodek</i> .....	77
Forderungsanmeldung und Anmeldeverzeichnis <i>Andreas Konecny</i> .....	87
Das Bankkonto der GesbR im Konkurs eines ihrer Gesellschafter <i>Michael Lentsch</i> .....	101
Die Nichtigkeit des Zahlungsplans bei Nichtzahlung von Masseforderungen <i>Franz Mohr</i> .....	117
Haftungsrechtliche Unwirksamkeit infolge Insolvenzanfechtung und ihre Tragweite in der Insolvenz des Anfechtungsgegners <i>Bettina Nunner-Krautgasser</i> .....	129
Die Barquote im Sanierungsplanvorschlag <i>Reinhard Rebernick/Thomas Zeitler</i> .....	147
Insolvenzverfahren der Personengesellschaft und ihrer Gesellschafter <i>Axel Reckenzaun</i> .....	161

Spannungsverhältnis Eigenkapitalersatz – Insolvenz im Konzern <i>Ulla Reisch</i> .....	171
Kommunikation und Öffentlichkeit im Insolvenzverfahren <i>Stephan Riel</i> .....	189
Bekanntes Vermögen und Nachtragsverteilung <i>Birgit Schneider</i> .....	203
Soll die Versagung des Sanierungsplans im richterlichen Ermessen liegen? <i>Hubertus Schumacher</i> .....	215
GesbR-Reform 2015 und Insolvenz <i>Martin Spitzer</i> .....	227
Sicherstellung bestrittener Forderungen im Sanierungsverfahren <i>Romana Weber-Wilfert</i> .....	239
Fortbestehensprognose und Überschuldung <i>Katharina Widhalm-Budak</i> .....	247
Unternehmensinsolvenzen 1995 bis 2014 in Österreich <i>Otto Zotter</i> .....	259

# GesbR-Reform 2015 und Insolvenz

Martin Spitzer

Der Beitrag untersucht die Rechtsfolgen des Konkurses eines GesbR-Gesellschafters im Lichte der GesbR-Reform 2015.

## 1. Einleitung

Wird ein GesbR-Gesellschafter insolvent, stellen sich zahlreiche Fragen an der Schnittstelle von Insolvenzrecht, Zivilrecht – die GesbR ist schließlich in den §§ 1175 ABGB geregelt und sattelt in ihrer ursprünglichen Konzeption auf der Miteigentumsgemeinschaft auf – und Gesellschaftsrecht.

Diese Fragen standen die längste Zeit nicht im Fokus der Lehre,<sup>1</sup> die Alpine-Insolvenz hat das praktische und wissenschaftliche Interesse aber erheblich ansteigen lassen. Parallel dazu hat der Gesetzgeber den lang gehegten Wunsch einer GesbR-Reform<sup>2</sup> erfüllt, sodass sich die Frage nach der Halbwertszeit der im Zuge der Alpine-Insolvenz gewonnenen Erkenntnisse stellt. Dass im Gesetzgebungsprozess die längste Zeit kein besonderes Augenmerk auf das Problem der Insolvenz eines GesbR-Gesellschafters gelegt wurde, ließ Kontinuität erwarten. Die Hoffnung währte freilich nicht lang: Was der Gesetzgeber bei seiner im November 2014 beschlossenen und mit 1.1.2015 in Kraft getretenen GesbR-Reform<sup>3</sup> vorsieht, führt zu einer völligen Neuordnung dieses Problemkreises.

Allen aus Anlass der Reform angestellten, folgenden Überlegungen<sup>4</sup> ist vorauszuschicken, dass die GesbR nach schon bisher völlig hA, die der Gesetzgeber nunmehr ausdrücklich bestätigt hat (§ 1175 Abs 2 ABGB neu), keine juristische Person ist. Zurechnungssubjekt von Rechten und Pflichten sind daher stets die Gesellschafter selbst, niemals aber die GesbR. Dass die Gesellschafter Eigentümer, Gläubiger und Schuldner sind, ist daher immer mit zu bedenken, wenn vom Gesellschaftsvermögen oder von Gesellschaftsverbindlichkeiten die Rede ist.

In der Insolvenz stellt sich vor allem die Frage des Schicksals des Gesellschaftsvermögens. Bevor dem nachgegangen werden kann, ist freilich die Auswirkung der Insolvenzeröffnung auf die Gesellschaft zu klären. Dabei werden die Streitfragen zum alten Recht aus Platzgründen ausgeklammert. Für sie ist ebenso auf einen anderen Beitrag zu verweisen, wie für die insolvenzrechtliche Behandlung „besonderer“ Einbringungsarten wie der Einbringung *quoad usum* und *quoad sortem*, die hier aus Platzgründen beide ausgeklammert bleiben.<sup>5</sup> Die Überlegungen zur Vermögensordnung beschränken sich daher auf körperliche Sachen, die der Gesellschaft

<sup>1</sup> Es ist freilich nicht verwunderlich, dass zentrale Erkenntnisse ausgerechnet in der ZIK erschienen sind (vgl insb König, Das „Gesellschaftsvermögen“ im Konkurs der GesbR, ZIK 1996, 73), deren Jubiläum durch den vorliegenden Band gefeiert wird und zu dem der Verfasser sehr herzlich gratuliert.

<sup>2</sup> Vgl zur Reformdiskussion *Harrer/Pira*, Gewinn, Verlust und Mitarbeit der Gesellschafter, GES 2012, 43; *Krejci*, Zur Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, in FS Hopf (2007) 115; *ders*, GesbR-Reform: Zum ministeriellen Diskussionsentwurf, GES 2012, 4; *Rüffler/Told*, Rechtsfolgen des Ausscheidens eines GesbR-Gesellschafters, in FS Reich-Rohrwig (2014) 141 (142 f); *Schauer*, Strukturmerkmale des Diskussionsentwurfes zur GesbR und Reflexionen über Kritik, GES 2012, 51; *K. Schmidt*, Reform des GesbR-Rechts in Österreich, GES 2012, 22; *U. Torggler*, Grundfragen der GesbR-Reform, GES 2012, 32.

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

<sup>4</sup> Der Beitrag greift Teile eines Vortrages auf, der vom Verfasser am 21. Insolvenz-Forum am Grundsee gehalten wurde.

<sup>5</sup> *Spitzer*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Insolvenz. Ein vertikaler Rechtsvergleich vor und nach der GesbR-Reform, in FS N.N. (2015, in Druck).

*quoad dominium* gewidmet wurden, und das Schicksal von Forderungen im Allgemeinen und Konten im Besonderen.

## 2. Auswirkungen der Insolvenzeröffnung auf die GesbR

Nach § 1208 ABGB neu wird die Gesellschaft *ipso iure* aufgelöst „durch die rechtskräftige<sup>6</sup> Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters, durch die Abänderung der Bezeichnung Sanierungsverfahren in Konkursverfahren oder durch die rechtskräftige Nichteröffnung oder Aufhebung des Insolvenzverfahrens mangels kostendeckenden Vermögens“.<sup>7</sup>

Die GesbR wandelt dabei auf den Spuren der OG (§ 131 UGB); wie bei dieser führt nur das Konkursverfahren, nicht aber die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens, zur Auflösung der GesbR. Der von *König* im Begutachtungsverfahren erstattete – und von *Trenker* literarisch unterstützte – Vorschlag, die Auflösung eher an das Scheitern eines Sanierungsplanantrages zu knüpfen,<sup>8</sup> wurde vom Gesetzgeber nicht aufgegriffen. Wurde also einmal ein Konkursverfahren eröffnet, ist es zu spät.

Besondere Härten verhindert im Zusammenhang mit der Anknüpfung an die Konkurseröffnung jedenfalls die Ausgestaltung des Insolvenzverfahrens: Immerhin hat der Schuldner ja die Möglichkeit, den Konkursantrag eines Gläubigers, der ihm nach § 70 IO gemeinsam mit einer Belehrung über die Möglichkeit eines Sanierungsplanes zuzustellen ist, abzuwehren, indem er rechtzeitig ein Sanierungsverfahren beantragt (§ 167 IO), sodass die Eröffnung des gesellschaftszerstörenden Konkurses verhindert werden kann.

Die automatische Auflösung der GesbR durch die Konkurseröffnung hat eine notwendige Kehrseite: Wie bei der OG (§ 141 UGB) besteht natürlich nunmehr auch bei der GesbR die Möglichkeit, die Fortsetzung der Gesellschaft ohne den Konkursanten zu beschließen (§ 1214 ABGB neu), der somit aus der Gesellschaft ausscheidet.<sup>9</sup>

## 3. Insolvenz und Gesellschaftsvermögen

Durch das Konkursverfahren wird die GesbR also aufgelöst. Die Frage nach dem Schicksal des Gesellschaftsvermögens stellt sich nur, wenn die GesbR dann auch ohne den Konkursanten

<sup>6</sup> Hier unterscheidet sich die Formulierung (nicht aber der Inhalt) vom Vorbild des § 131 UGB, der ebenso interpretiert wird; *Koppensteiner/Auer* in *Straube*, Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch<sup>4</sup> I (2009) § 131 Rz 12.

<sup>7</sup> Die Formulierung geht auf einen Vorschlag von *König* zurück; Stellungnahme zum Entwurf zu einem Bundesgesetz mit dem das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und das Unternehmensgesetzbuch zur Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts geändert werden, 1/SN-34/ME 25. GP. Alle Stellungnahmen zum Reformgesetz zur GesbR finden sich unter: <http://www.parlament.gv.at>.

<sup>8</sup> Der Grund für den restriktiveren Vorschlag liegt in der nachvollziehbaren Vermutung von *König* (s FN 7), dass, wenn in einem solchen Fall noch ein Sanierungsplan zustande kommt, das Interesse des insolventen Gesellschafters am Erhalt der GesbR unter seiner Beteiligung höher zu bewerten ist, als das Interesse der Mitgesellschafter, sich von ihm zu trennen. Der Einwand, dass ein Sanierungsplanantrag aber bis zur Aufhebung des Verfahrens gestellt werden könne (§ 140 Abs 1 IO) und damit eine lange Phase der Unsicherheit drohe, liegt auf der Hand. Das Problem einer solchen Phase der Unsicherheit hätte sich aber zweifellos in den Griff bekommen lassen. Vgl in diesem Sinn auch *Trenker*, Vermögensstruktur einer Bau-ARGE und ihre insolvenzrechtlichen Probleme, ZRB 2014, 111 (113) und die Stellungnahme des OGH, 9/SN-34/ME 25. GP 2.

<sup>9</sup> Soll die GesbR mit dem Konkursanten selbst fortgesetzt werden, liefert die OG das passende Vorbild; es bedarf dann zwingend der Zustimmung des Masseverwalters: OGH 7 Ob 183/03t; OGH 6 Ob 11/91; OGH 3 Ob 450/56 SZ 29/68.

fortgesetzt wird (§ 1214 ABGB neu). Ist das nicht der Fall, ändert sich an der Vermögensordnung nichts, da die Auflösung zur Liquidation führt (§§ 1216a ff ABGB neu).

## 3.1. Sachenrechtliche Vermögensordnung

### 3.1.1. Einbringungsarten

Für das sachenrechtliche Schicksal des Gesellschaftsvermögens sind zunächst verschiedene Widmungen des Gesellschaftsvermögens zu unterscheiden. Es gibt wie erwähnt *illationes quoad dominium, quoad usum* und *quoad sortem*.

Wird eine Sache *quoad dominium* eingebracht, ändert sich das Eigentum daran. Der Einbringende gibt sein Alleineigentum auf, die Mitgesellschafter erwerben Anteile.<sup>10</sup> Durch eine Einbringung *quoad usum* ändert sich an der sachenrechtlichen Zuordnung hingegen nichts. Die GesbR hat ein Gebrauchsrecht an der Sache. Die Einbringung *quoad sortem* steht zwischen diesen beiden Einbringungsarten. Der einbringende Gesellschafter bleibt nach außen Eigentümer, im Innenverhältnis haben die anderen Gesellschafter aber „wirtschaftliches Eigentum“, was eine gewisse Nähe zur Treuhand nahelegt.<sup>11</sup>

Über die Art der Einlage entscheiden die Gesellschafter; fehlt eine entsprechende Einigung, ist der Gesellschaftszweck maßgebend, somit die Parteienabsicht unter Berücksichtigung aller Umstände.<sup>12</sup> Nach hA werden alle vertretbaren Sachen im Zweifel *quoad dominium* eingebracht.<sup>13</sup> § 1180 Abs 1 ABGB neu könnte – darüber hinausgehend – eine generelle Zweifelsregel *pro domino* für körperliche Sachen vorsehen: „Soweit nichts anderes vereinbart ist, stehen körperliche Sachen, die von Gesellschaftern in das Gesellschaftsvermögen übertragen oder für das Gesellschaftsvermögen (§ 1178 Abs. 1 ABGB) erworben worden sind, im Miteigentum der Gesellschafter; unkörperliche Sachen, insb schuldrechtliche Forderungen, sind den Gesellschaftern zur gesamten Hand zugeordnet.“

Auch wenn *prima facie* der Eindruck entsteht, erscheint es aber dennoch zweifelhaft, dass der Gesetzgeber hier wirklich eine solche Zweifelsregel für Miteigentum der Gesellschafter normieren wollte. Die Mat deuten einen solchen Wunsch nirgendwo an und messen der Wendung „soweit nichts anderes vereinbart ist“ nur die Bedeutung bei, dass die Gesamthandbindung (bei Forderungen) abgedungen werden kann.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> Zum Vorgang vgl *Told*, Grundfragen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (2014) 42 ff.

<sup>11</sup> *Jabornegg/Resch/Slezak*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts (2012) § 1183 ABGB Rz 2 ff; *Told*, Grundfragen 42 ff. *W. Jud*, Das Kreditkonsortium im Spannungsfeld zwischen Gelegenheits-Gesellschaft und Treuhandgesellschaft, GesRZ 1981, 129 (138) meint, dass sich GesbR-Gesellschafterstellung und Treuhand ausschließen, dafür ist kein Grund ersichtlich. Selbst mit einer Bejahung der Treuhand (für eine Vereinbarkeit *Kastner*, Kreditkonsortium, Gelegenheitsgesellschaft und Treuhandgesellschaft, GesRZ 1982, 1 [2 f], der aufgrund der übereinstimmenden Zwecke ein Überschneiden regelmäßig annimmt; diesem folgend *Strasser* in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch<sup>3</sup> I [2000] § 1102 Rz 42) ist aber noch nicht zwingend eine insolvenzrechtliche Privilegierung verbunden; vgl *Butschek*, Treuhand, Treuhandmissbrauch und Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ÖBA 2012, 820 (821 f); *Jabornegg*, JBl 2000, 238 (242) (Entscheidungsanmerkung) und *Wittmann-Tiwald* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1,02</sup> (2014) § 1183 Rz 5, die ein Aussonderungsrecht der Mitgesellschafter verneinen. Eine Privilegierung wurde in Österreich vor allem von *König*, ZIK 1996, 77, dem *Riedler*, Treuhandmissbrauch bei quoad sortem in eine GesbR eingebrachten Sachen, wbl 2007, 218 ff und *Trenker*, ZRB 2014, 117 ff folgen, befürwortet. Vgl weiterführend und zur neuen Rechtslage *Spitzer* in FS N.N. (in Druck).

<sup>12</sup> *Told*, Grundfragen 44.

<sup>13</sup> Vgl *Grillberger* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> II/1 (2002) § 1183 Rz 2; *Wahle* in *Klang*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch<sup>2</sup> V (1954) 584; dabei ist aber zu bedenken, dass die Analogie zu Art 7 Nr 2 Abs 2 EVHG seit längerem nicht mehr trägt; s dazu *Jabornegg/Resch/Slezak*, GesbR § 1183 ABGB Rz 5 f.

<sup>14</sup> ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 11.

Die Frage ist daher, ob § 1180 Abs 1 ABGB erst die Frage beantwortet, was zu gelten hat, wenn Sachen *quoad dominium* eingebracht wurden (nämlich: Miteigentum, freilich ohne privatautonome Gestaltungsmöglichkeit) oder auch schon die vorgelagerte Frage, ob sie *quoad dominium* eingebracht wurden. ME trifft die Norm keine Zweifelsregel für eine Einbringung ins Miteigentum, die Mat sprechen auch nur davon, dass „die Übertragung in das Miteigentum nicht die einzige Möglichkeit [ist], eine Sache dem Gesellschaftszweck zu widmen [...]“. Welche Form der Einbringung vorliegt, besagt der Gesellschaftsvertrag oder kann in der Folge durch einstimmigen Gesellschafterbeschluss festgelegt werden.“<sup>15</sup>

### 3.1.2. Quoad dominium eingebrachte Sachen

Sachen, die der Gesellschaft gehören sollen (also von der GesbR *quoad dominium* erworbene und in die GesbR *quoad dominium* eingebrachte Sachen),<sup>16</sup> können aufgrund der mangelnden Rechtsfähigkeit der GesbR (§ 1175 Abs 2 ABGB neu) nur den Gesellschaftern zugerechnet werden. Das derart gewidmete Gesellschaftsvermögen steht im gemeinsamen Eigentum der Gesellschafter, es handelt sich um das dem ABGB bekannte Miteigentum nach den §§ 825 ff ABGB, nicht etwa um Gesamthandeigentum,<sup>17</sup> wie der Gesetzgeber nun klargestellt hat (§ 1189 Abs 1 ABGB neu). Die (früheren) Befürworter einer Gesamthand wollten durch diese Lösung vor allem den mangelnden Vermögenszusammenhalt der GesbR ausgleichen, da bei klassischem römischrechtlich geprägtem Miteigentum nach ideellen Anteilen jeder Gesellschafter über seinen Miteigentumsanteil sachenrechtlich wirksam verfügen kann, er darf es seinen Mitgesellschaftern gegenüber aber nicht.<sup>18</sup> Erwirbt ein Dritter den Anteil dennoch, kann er Teilungsklage erheben.<sup>19</sup> Außerdem können dritte Privatgläubiger des Gesellschaftern auf dessen Miteigentumsanteil Exekution führen. Dies nimmt der Gesetzgeber zwar weiterhin in Kauf,<sup>20</sup> allerdings lässt sich an manchen durchaus zentralen Stellen eine Art „Vergesamthandung“ der miteigentumsrechtlichen Konstruktion feststellen.

Dies gilt es im Hinterkopf zu behalten, wenn ein Blick auf die §§ 1201 und 1215 ABGB neu geworfen wird. § 1215 ABGB neu ordnet an: „Verbleibt nur noch ein Gesellschafter, so erlischt die Gesellschaft ohne Liquidation. Das Gesellschaftsvermögen geht im Weg der Gesamtnachfolge auf diesen über. Büchlerliche Rechte sind nach den dafür geltenden Vorschriften zu übertragen.“ Die knappen Mat erklären: „§ 1215 ABGB neu übernimmt § 142 UGB.“

An gänzlich anderer Stelle findet sich eine wesentliche Ergänzung des Konzepts, die es mit zu bedenken gilt.<sup>21</sup> § 1201 ABGB neu regelt nämlich den Eintritt oder das Ausscheiden eines Gesellschaftern sowie den Gesellschafterwechsel. Nun stellt sich als erste Frage, ob die Konstellation der Auflösung der GesbR mit Fortsetzung ohne den Konkursanten ein Ausscheiden des Gesellschaftern iSd § 1201 ABGB neu darstellt. Grundsätzlich würde das allgemeine Be-

<sup>15</sup> ErläutRV 270 B1gNR 25. GP 11.

<sup>16</sup> Dabei ist freilich zu beachten, dass die verschiedenen Widmungsarten auch beim neu erworbenen Vermögen der Gesellschaft „wiederkehren“, sodass etwa eine Widmung neu erworbener Sachen *quoad usum* unproblematisch möglich ist; König, ZIK 1996, 73 f.

<sup>17</sup> Riedler in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkomentar zum ABGB<sup>4</sup> (2014) § 1183 Rz 1; vgl Reformüberlegungen bei Krejci, Miteigentum und Vermögensordnung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts de lege ferenda, in FS 200 Jahre ABGB (2011) 1191.

<sup>18</sup> Torggler, Die Mitunternehmer-GesbR nach geltendem und künftigen Recht, JBl 2011, 353 (358) weist aber sehr plausibel darauf hin, dass das Problem aufgrund der beschränkten Verkehrsfähigkeit von Miteigentumsanteilen wohl geringer ist als man meinen könnte und dass die Mitgesellschafter sich das Risiko immerhin ausgesucht haben.

<sup>19</sup> Zur Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte (der übrigen Gesellschafter) vgl Told, Grundfragen 49 f.

<sup>20</sup> ErläutRV 270 B1gNR 25. GP 12.

<sup>21</sup> Dies ist bei der Kritik von Trenker, ZRB 2014, 117 zu bedenken.



griffsverständnis diesen Fall erfassen.<sup>22</sup> Im neuen Recht findet sich aber auch ein alle Zweifel beseitigender systematischer Anknüpfungspunkt. § 1214 Abs 3 ABGB neu normiert, dass die Fortsetzung im Konkursfall durch Erklärung gegenüber dem Masseverwalter zu erfolgen hat „und der Schuldner mit dem Zeitpunkt der Konkurseröffnung als aus der Gesellschaft ausgeschieden gilt“, sodass gegen eine Anwendung von § 1201 ABGB neu über das Ausscheiden keine Bedenken bestehen.

§ 1201 Abs 2 ABGB neu normiert allerdings, dass „bei Sachen des Gesellschaftsvermögens, die im Miteigentum der Gesellschafter stehen, die Übergabe als vollzogen [gilt], sobald der Eintritt, Austritt oder Wechsel wirksam geworden ist“. Dass das Gesetz hier nicht mehr vom Ausscheiden, sondern vom Austritt spricht, ist überraschend und unerfreulich, dürfte aber ein Redaktionsversehen und damit ein überwindbares Hindernis sein, da § 1201 Abs 1 ABGB neu noch ganz allgemein an das Ausscheiden anknüpft und auch die Mat von einer Zusammenfassung der Sukzessionsfrage für „folgende Fälle“ sprechen, womit eben explizit der Eintritt, das Ausscheiden und der Gesellschafterwechsel gemeint sind.<sup>23</sup> Auch sonst ist undifferenziert davon die Rede, dass Abs 1 und 2 dasselbe Regelungsanliegen teilen, wobei wiederum auf Eintritt und Ausscheiden rekurriert wird.<sup>24</sup> Austritt in § 1201 Abs 2 ABGB neu wird man daher nicht wörtlich – iSd § 1184 Abs 2 ABGB über die Verweigerung von Nachschüssen – verstehen müssen, sondern dem Regelungsanliegen entsprechend als Synonym für Ausscheiden verstehen dürfen.

Im Fall des Ausscheidens gilt die Übergabe von Sachen des Gesellschaftsvermögens also als vollzogen, was im Konkurs zu einer Immunisierung solcher Sachen durch einen Rechtsübergang an der Masse vorbei führt. § 1201 ABGB neu regelt in seinen Abs 1 und 2 schon ausweislich der Mat die Verfügungsgeschäfte, „Grundlage dieser Verfügungen ist das nicht näher geregelte Verpflichtungsgeschäft“. Für den Eigentumserwerb braucht es also nicht nur einen (hier fingierten) Modus, sondern auch einen Titel (§ 380 ABGB). Interessant ist, dass § 1201 ABGB neu diesen (mit etwas Interpretationsarbeit) wohl gleich mitliefert. Zumindest wird in Abs 1 davon gesprochen, dass Rechtsverhältnisse der Gesellschaft, sofern nichts anderes vereinbart wurde, ebenfalls übergehen, der Titel dürfte also im Gesellschaftsvertrag liegen. Eine solche Auskunft gibt das Gesetz für körperliche Sachen zwar nicht, es ist aber in Anbetracht der Gesamtanlage davon auszugehen, dass Abs 1 und 2 parallel laufen sollen. Dementsprechend ist in den Mat auch von der Änderung des Gesellschaftsvertrages durch das Ausscheiden eines Gesellschafters die Rede, weiters wird ein weites Verständnis von Abs 1 angedeutet, wenn es heißt, dass der Übergang der Rechtsverhältnisse bedeute, „dass der Miteigentumsanteil am Gesellschaftsvermögen und die schuldrechtlichen Beziehungen mit Wirksamwerden des Grundgeschäftes auf den bzw die Nachfolger übergehen“.<sup>25</sup>

Auch körperliche Sachen gehen also – wenn nichts anderes vereinbart wurde – automatisch über, indem sie als übergeben gelten. Auch in § 1201 ABGB neu macht das Gesetz – wie in § 1215 ABGB neu – eine Ausnahme für Liegenschaften.

Der Gesamtbefund fällt somit erstaunlich aus:

Das Gesetz ordnet mit Blick auf körperliche Sachen zweimal das Gleiche an. Einmal spricht es von einer Gesamtrechtsnachfolge in das Gesellschaftsvermögen (§ 1215 ABGB neu), einmal wird eher schamhaft die Übergabe der Miteigentumssachen fingiert (§ 1201 ABGB neu),

<sup>22</sup> So – wenngleich zur alten Rechtslage – die Behandlung des Ausscheidens von Gesellschaftern bei *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 2/66 ff.

<sup>23</sup> ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 18.

<sup>24</sup> ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 18 f.

<sup>25</sup> ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 19.

wobei der Titel dafür im Zweifel im Gesellschaftsvertrag liegen soll. Beide Phänomene sind, was das Miteigentum anlangt, identisch.<sup>26</sup>

Spontan denkt man an *Torggler* und *Told*, die eine solche Regelung – damals noch *de lege ferenda* – ganz zu Recht als merkwürdigen und unschlüssigen<sup>27</sup> Fremdkörper abgelehnt haben, weil er im Miteigentumsrecht nichts verloren habe.<sup>28</sup> § 1215 und § 1201 Abs 2 ABGB neu sind allerdings nicht nur ein Systembruch, das Konzept erscheint insgesamt nicht geglückt. Die knappen Mat verraten, dass der Gesetzgeber trotz Universalsukzession „am Grundsatz fest[hält], dass verbücherte Rechte nach den dafür geltenden Vorschriften zu übertragen sind“.<sup>29</sup> Dieser vermeintliche Grundsatz ist nun nicht dem Recht der Gesamtrechtsnachfolge entnommen und auch nicht wie vieles andere aus dem OG-Recht geborgt, sondern eine neue Erfindung des Gesetzgebers. Diese kann man anders als die Mat nicht erfolgversprechend dadurch stützen, dass bei bücherlichen Rechten ohne Intabulation Publizitätsprobleme bestünden, denn das ist eben die Konsequenz einer Gesamtrechtsnachfolge.<sup>30</sup>

Bei Liegenschaften findet jedenfalls nach der klaren Entscheidung des Gesetzgebers weder eine Gesamtrechtsnachfolge noch eine Anwachsung statt. Ob zu den bücherlichen Rechten iSd § 1201 Abs 2 und § 1215 Abs 1 ABGB neu auch Superädifikate gehören, ist unklar. Der Wortlaut von § 9 GBG spricht dagegen. Geht man bei teleologischer Betrachtung vom in den Mat zum Ausdruck gebrachten Publizitätsbedürfnis des Gesetzgebers aus,<sup>31</sup> müsste im Hinblick auf die für die Übertragung von Superädifikaten notwendige Urkundenhinterlegung aber auch dafür die Gesamtrechtsnachfolge wohl verneint werden. Unklar könnte auch das Schicksal von Zubehör unbeweglicher Sachen scheinen, das nach § 293 ABGB als unbeweglich gilt, sodass dingliche Rechte daran durch Intabulation erworben werden. Hier obwalten freilich einerseits keine Publizitätsbedenken, andererseits verhindert die Fiktion des § 293 ABGB eine körperliche Übergabe ja nicht, sondern macht sie nur überflüssig. Wenn das Gesetz die Übergabe fingiert, ist das mE für einen Eigentumserwerb genug.

Bei allen anderen Sachen gibt es eine Gesamtrechtsnachfolge vom vorletzten auf den letzten Gesellschafter (§ 1215 ABGB neu) und eine Anwachsung beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer mehrgliedrigen GesbR (§ 1201 ABGB neu).

### 3.1.3. Aufrechnungslage

Was gilt nun hinsichtlich jener Sachen, für die es keine Anwachsung oder Gesamtrechtsnachfolge gibt?

Es kommt zu einem Gegenüberstehen verschiedener Ansprüche. Dem Anspruch auf Übertragung des Miteigentumsanteiles an die Mitgesellschafter gegen den Ausgeschiedenen einerseits, dem Anspruch des Ausgeschiedenen gegen die Mitgesellschafter auf Auszahlung seines Abschichtungsguthabens andererseits.<sup>32</sup> Da in der Insolvenz der Anspruch auf Übertragung der Miteigentumsanteile zur Insolvenzforderung wird, stellt sich die Frage, ob (wenigstens)

<sup>26</sup> Vgl schon *Rüffler/Told*, Stellungnahme zum Ministerialentwurf zu einem Bundesgesetz mit dem das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und das Unternehmensgesetzbuch zur Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts geändert werden, 9/SN-34/ME 25. GP 4.

<sup>27</sup> *Told*, Grundfragen 95 f; *Torggler*, JBl 2011, 358 f; *ders*, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts vor der Reform, wbl 2011, 517 (520), der für die Mitunternehmer-GesbR auf §§ 38 f UGB verweist.

<sup>28</sup> *Torggler*, wbl 2011, 521.

<sup>29</sup> ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 23.

<sup>30</sup> *Rüffler/Told* in FS Reich-Rohrwig 154.

<sup>31</sup> ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 19.

<sup>32</sup> Zur Abschichtung vgl *Graff*, Insolvenzzrechtliche Probleme der Bau-Arge, in *Krejci*, Das Recht der Arbeitsgemeinschaften in der Bauwirtschaft (1979) 331 (333 ff).

eine Aufrechnungslage gegeben ist. Wäre das nicht der Fall, fürchtet *Trenker* „verheerende“ Ergebnisse.<sup>33</sup>

Diese Befürchtung ist durchaus berechtigt, wenn man sich die Grundzüge der Durchführung der gesellschaftsrechtlichen Abschichtung ins Gedächtnis ruft, wobei ein Blick in die Lit hier den Eindruck erweckt, dass noble (?) Zurückhaltung der Juristen ein Rechtsinstitut geschaffen hat, das eingängige Regeln und durchgängige Wertungen vermissen lässt.

Zunächst ist der mit der Abschichtung verfolgte Wunsch der einleuchtende Versuch, eine Gesamtregelung zu finden. § 1203 Abs 2 ABGB neu normiert in Anlehnung an § 137 Abs 2 UGB: „Dem ausscheidenden Gesellschafter ist in Geld auszuzahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhielt, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre. Der Wert des Gesellschaftsvermögens ist, soweit erforderlich, durch Schätzung zu ermitteln.“ Dazu verraten die Mat: „Der Wert des Auseinandersetzungsguthabens orientiert sich am aliquoten Gesellschaftswert; betreibt die GesBR ein Unternehmen, so kommt es auf den Unternehmenswert an. Der Gesellschaftswert wird entweder nach jenen Grundsätzen bestimmt, die im Gesellschaftsvertrag vorgesehen sind, oder die Bewertung erfordert eine sachverständige Schätzung.“ Somit ist der Wert der einzelnen Gegenstände zu ermitteln, allerdings als Bestandteil des fortzuführenden Unternehmens.<sup>34</sup>

Umstritten ist die Miteinbeziehung von Forderungen gegen den Konkursanten, die vom Ausscheiden unabhängig sind, die von der hA aber befürwortet wird.<sup>35</sup> Das ist praktisch, in der Insolvenz aber durchaus bemerkenswert und keineswegs zwingend. Das Hauptproblem, das sich in diesem Zusammenhang stellt, ist, dass in das Abschichtungsguthaben aufgrund des Zwecks als Gesamtlösung auch jene Posten einfließen sollen, auf die die Mitgesellschafter nur einen Anspruch haben. Das ist außerhalb der Insolvenz sicher praktisch, in der Insolvenz – die in der einschlägigen Lit aber nicht erwähnt wird – aber tatsächlich problematisch. Konkret: Steht eine Liegenschaft im Miteigentum, könnte es passieren, dass die übrigen Gesellschafter für den Anteil des Konkursanten daran im Rahmen des Abschichtungsguthabens bezahlen sollen, obwohl sie ihn insolvenzbedingt nie bekommen würden. Diese mE nicht zwingende, aber gesellschaftsrechtlich wohl hA zur Abschichtung ist nunmehr auf ihre insolvenzrechtlichen Folgen zu prüfen.

Dabei lässt sich festhalten, dass eine Situation, in der die übrigen Gesellschafter im Wege der Abschichtung bezahlen müssen, was sie nicht bekommen werden, mE nicht vertretbar ist. Es ist daher gut verständlich, dass nach Lösungen gesucht wird, wovon die Aufrechnung eine sein könnte.

Für die Aufrechenbarkeit ist nach § 19 IO allerdings maßgebend, ob die Forderungen zur Zeit der Insolvenzeröffnung bereits aufrechenbar waren; eine Aufrechnung soll ausgeschlossen sein, wenn die Forderung gerade durch die Konkurseröffnung entsteht.<sup>36</sup> Dies ist beim Abfindungsanspruch zweifellos der Fall, woraus abgeleitet wird, dass eine Aufrechnung mit dem Abfindungsanspruch ausgeschlossen sein soll.<sup>37</sup> *König* und ihm folgend jüngst *Nunner-Krautgasser* haben dem entgegengehalten, dass hiebei die sonst weite Auslegung des Begriffes

<sup>33</sup> *Trenker*, ZRB 2014, 115.

<sup>34</sup> *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> I (2010) § 137 Rz 14.

<sup>35</sup> *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> I § 137 Rz 20; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/583; *Koppensteiner/Auer* in *Straube*, WK-UGB<sup>4</sup> §§ 137, 138 Rz 9, 16.

<sup>36</sup> *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht<sup>1</sup> I (2000) § 20 KO Rz 12.

<sup>37</sup> *Ausf Dullinger*, Handbuch der Aufrechnung (1995) 328 ff; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht<sup>1</sup> I § 20 KO Rz 12; *Jabornegg/Resch/Slezak*, GesBR § 1215 ABGB Rz 10; *Schubert* in *Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (5. Lfg; 1998) §§ 19, 20 KO Rz 51; OGH 8 Ob 25/89 RdW 1991, 13; OGH 3 Ob 504/86 wbl 1987, 65; OGH 6 Ob 621/83 SZ 56/128; RIS-Justiz RS0061727.

der bedingten Forderung in § 19 Abs 2 IO, die darauf abstelle, ob der Anspruch im Kern entstanden sei (Kerntheorie), außer Acht gelassen werde. Sie befürworten dementsprechend eine Aufrechnung,<sup>38</sup> wogegen sich wiederum *Dullinger* wendet, die befürchtet, dass sonst viele gesetzliche Ansprüche vor Eintritt sämtlicher Tatbestandsmerkmale als bedingte Forderungen anzusehen wären und so gegen die *par conditio* verstoßen würde.<sup>39</sup>

Damit gelangt man an einem Punkt an, wo die gesellschaftsrechtliche auf insolvenzrechtliche Unsicherheit trifft, weil über das Kriterium der „Bedingtheit der Forderung“ iSd Kerntheorie ganz augenscheinlich keine Einigkeit besteht. Hinzu kommt, dass diese „Bedingtheit im Kern“ eher als begriffliches Kriterium erscheint und die dahinterstehenden Wertungen nicht klar hervortreten lässt. Das zeigt sich eindrucksvoll daran, dass nicht einmal darüber Einigkeit besteht, ob Regressansprüche nach § 896 ABGB – keine *rarissima* – bedingte Ansprüche sind. Eine abschließende Klärung dieser Fragen setzt die Beantwortung grundsätzlicher Fragen der Aufrechnung in der Insolvenz voraus, die hier nicht erfolgen kann.

Den Gegnern der Aufrechenbarkeit ist jedenfalls zuzugeben, dass die Annahme kernbedingter Forderungen ein wenig konstruiert wirkt. Jeder Gesellschafter schleppt mit sich danach (durchaus auch über Jahre hinweg) eine bedingte Forderung herum, die, für den Fall, dass er einmal aus der Gesellschaft ausgeschlossen wird – niemand weiß, ob und wann das der Fall sein wird –, dann zur wirklichen Forderung erstarkt, damit anschließend gegen diese aufgerechnet werden kann.

Bei näherer Betrachtung stellt sich zudem die Frage, was passiert, wenn das hypothetische Abschichtungsguthaben zu irgendeinem Zeitpunkt nicht einmal abstrakt bedingt vorhanden ist, nämlich wenn kein Abfindungsguthaben bestünde. Das Bestehen der Forderung wäre durch Phasen, in denen der Wert der „Beteiligung“ unter null sinkt, unterbrochen.

Es erscheint daher fraglich, ob die Aufrechnung der richtige Mechanismus zur Lösung dieses Problems ist, zumal selbst bei Bejahung einer Aufrechnungslage die verbleibenden Gesellschafter die Sache selbst nicht bekommen. ME könnte man in diesem Zusammenhang eher an das Zug-um-Zug-Prinzip denken. § 1052 ABGB ist dabei insofern keine taugliche Grundlage, als die Einrede zwar möglich,<sup>40</sup> eine Zurückbehaltung jedoch nur bis zur Zahlung der Quote erlaubt ist. Die übrigen GesbR-Gesellschafter würden also immer noch voll leisten müssen und könnten die Zahlung gem § 1052 ABGB nur bis zur Leistung der Quote Zug um Zug zurückhalten.<sup>41</sup>

Eine Einrede der übrigen Gesellschafter gegen den Ausgeschlossenen ist aber gem § 21 Abs 3 IO zu überlegen. Danach wird dem Vertragspartner des Schuldners bei zweiseitigen nicht erfüllten Verträgen ein Zurückbehaltungsrecht Zug um Zug bis zur Erbringung der Gegenleistung gewährt. Problematisch könnte dabei der Begriff „zweiseitige Verträge“ sein, allerdings ist eine kausale Verknüpfung von Abschichtungsguthaben und Anteilsübertragung unzweifelhaft gegeben.<sup>42</sup> Die Ansprüche, auf Abschichtung einerseits und auf Übertragung der

<sup>38</sup> *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenrecht<sup>4</sup> I § 20 KO Rz 12; *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht<sup>4</sup> II (1993) 237; *König*, Aufrechnung mit dem gesellschaftsrechtlichen Abfindungsanspruch im Konkurs des Gesellschafters, wbl 1987, 52 (52); *Nunner-Krautgasser*, Aufrechnung in der Insolvenz: Grundlagen und aktuelle Rechtsfragen, in *Nunner-Krautgasser/Kapp/Clavora*, Jahrbuch Insolvenz- und Sanierungsrecht 2014 (2014) 163 (178); ebenso jüngst *Trenker*, ZRB 2014, 115 f.

<sup>39</sup> *Dullinger*, Aufrechnung 329.

<sup>40</sup> So wohl *Jabornegg/Resch/Slezak*, GesbR § 1215 ABGB Rz 10; OGH 8 Ob 630/91.

<sup>41</sup> *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenrecht<sup>4</sup> I § 21 KO Rz 2; *Welser/Graff*, Zum Rücktrittsrecht des Masseverwalters gem § 21 KO im Konkurs eines ARGE-Partners, GesRZ 1984, 121 (124); *Widhalm-Budak* in *Konecny/Schubert*, KO (26. Lfg; 2007) § 21 Rz 5.

<sup>42</sup> Zur Zweiseitigkeit allg *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenrecht<sup>4</sup> I § 21 KO Rz 3.

Miteigentumsanteile andererseits, ergeben sich aus dem Gesellschaftsvertrag. Das Recht der übrigen Gesellschafter auf Herausgabe der Miteigentumsanteile wird dabei im Rahmen der Abschichtungsbilanz berücksichtigt.<sup>43</sup> Der Anspruch der GesbR-Gesellschafter auf den Miteigentumsanteil erhöht unter Zugrundelegung der hA zur Berechnung des Abschichtungsguthabens also unmittelbar den Abschichtungsanspruch; die Ansprüche sind somit gegenseitig. §§ 21 ff IO anerkennen aber jedenfalls das Sicherungsinteresse von Vertragspartnern: Diese sollen nicht voll leisten müssen, selbst aber der quotenmäßigen Befriedigung unterfallen.<sup>44</sup> Dies sollte mE auch für den Abschichtungsanspruch gelten. Die Wertung des § 21 IO, der ja „auch den Vertragspartner des GSs, der davor bewahrt werden soll, voll an die Masse leisten zu müssen, selbst aber nur die Quote zu bekommen“,<sup>45</sup> schützt, umfasst daher auch das Verhältnis zwischen Herausgabeanpruch der GesbR-Gesellschafter und Abschichtungsanspruch der Masse.<sup>46</sup>

## 3.2. Forderungen und Verbindlichkeiten

### 3.2.1. Rechtsnatur

Bevor die Frage des Schicksals von Forderungen der Gesellschaft (genauer: gemeinschaftliche Forderungen der Gesellschafter) und gegen die Gesellschaft (genauer: gemeinschaftliche Verbindlichkeiten der Gesellschafter) beantwortet werden kann, bedarf es Klarheit über eine wesentliche Vorwertung: Was für Forderungen sind Forderungen der Gesellschaft und gegen die Gesellschaft?<sup>47</sup>

§ 1180 Abs 1 ABGB neu ordnet an, dass mangels anderer Vereinbarung unkörperliche Sachen, insb schuldrechtliche Forderungen, den Gesellschaftern zur gesamten Hand zugeordnet sind. Gesamthandforderungen sind solche Forderungen, die nur allen Gläubigern gegenüber erfüllt werden können.<sup>48</sup> Bei Gesellschaftsverbindlichkeiten liegt nach § 1199 ABGB neu Gesamtschuldnerschaft, also Solidarschuldnerschaft, vor. Für solche Verbindlichkeiten haftet daher jeder Gesellschafter voll und persönlich.<sup>49</sup>

Beide Einordnungen sind im Hinblick auf die Gegenseitigkeit und damit auf allfällige Aufrechnungslagen relevante Vorwertungen.<sup>50</sup>

<sup>43</sup> *Jabornegg/Resch/Slezak*, GesbR § 1215 ABGB Rz 10.

<sup>44</sup> *Iro*, Das Zug-um-Zug-Prinzip im Insolvenzverfahren, RdW 1985, 101 (102 f).

<sup>45</sup> *Gamerith in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht<sup>4</sup> I § 21 KO Rz 2.

<sup>46</sup> Nicht hier behandelt werden können in der Praxis gar nicht seltene Vereinbarungen über die Berechnung des Abschichtungsguthabens (zB Buchwertklauseln); vgl die Übersicht bei *Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> I § 137 Rz 27. Dabei – und an manch anderer Stelle – drängt sich der Eindruck auf, dass, was dem Gesellschaftsrechtler selbstverständlich erscheint, für den Insolvenzrechtler höchst bedenkliche Klauseln zur Aushöhlung der Masse sind.

<sup>47</sup> Dazu ausf *Perner*, Zur Qualifikation von Forderungen einer Gesellschaft Bürgerlichen Rechts, NZ 2004, 101; *ders in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang Kommentar<sup>3</sup> (2008) § 890 ABGB Rz 48 ff; *Welser*, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Gläubiger und Schuldner, GesRZ 1978, 131, GesRZ 1979, 15.

<sup>48</sup> Ob auch nur alle Gläubiger gemeinsam fordern können, ist umstritten, historische und teleologische Gründe sprechen freilich für eine Einzelklagebefugnis jedes Gesamthandgläubigers auf Leistung an alle; so *Perner*, Glaubensfragen bei Gläubigermehrheiten im ABGB, JBI 2006, 400 (401); aA *Riedler*, Gesamt- und Teilgläubigerschaft (1998) 249 FN 1259; *ders*, Gesellschafterkompetenz bei Forderungen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 1203 S 2 ABGB), JBI 1999, 638 (647 FN 104).

<sup>49</sup> Daraus folgt auch, dass ein Gesellschafter mit einer Eigenforderung gegen die Forderung, die gegen die GesbR gerichtet ist, aufrechnet; *Jabornegg/Resch/Slezak*, GesbR § 1203 ABGB Rz 8.

<sup>50</sup> Forderungen im Verhältnis zwischen GesbR und Gesellschafter sind gegenseitige Forderungen, die Aufrechnung ist daher zulässig; *Dullinger in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 1441 Rz 15; *Wittmann-Tiwald in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1/02</sup> § 1203 Rz 18.

### 3.2.2. Forderungen außer Konten

§ 1201 ABGB neu hat die Aufgabe, das Ausscheiden eines Gesellschafters so friktionsfrei wie möglich zu gestalten. Dessen Rechtsverhältnisse gehen – wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht und die Gesellschaft fortgesetzt wird – auf die übrigen Gesellschafter über, wozu § 1201 Abs 1 ABGB neu die Verfügungsgeschäfte erleichtert. Die Norm knüpft damit an § 38 UGB an. Das bedeutet für den konkursanten Gesellschafter, dass er aus der Gemeinschaft ausscheidet. Die übrigen Gesellschafter bilden nun die Gläubigergemeinschaft. War der ausscheidende der vorletzte Gesellschafter (§ 1201 ABGB neu), kommt es zur Gesamtrechtsnachfolge auf den letzten (§ 1215 ABGB neu).

Da von den Umwälzungen in der GesbR Dritte nicht notwendig wissen, installiert § 1201 ABGB neu ein Vertrauensschutzregime. Anders als der Übergang von Rechtsverhältnissen (Abs 1) soll dieses jedoch nur für Vertragsverhältnisse gelten (Abs 3, 4); kein Synonym, wie ein Blick in § 38 UGB und die einschlägige Lit zeigt,<sup>51</sup> sodass das auf Vertragsverhältnisse abstellende Vertrauensschutzkonzept wie seine ebenso lückenhafte Vorbildbestimmung des § 38 UGB<sup>52</sup> einzelne Forderungen dem Wortlaut nach nicht erfasst.<sup>53</sup>

Dass es auch hier Vertrauensschutz braucht, ist ebenso klar wie, dass der von Abs 4 gewährleistete Schutz nicht reicht, weil danach der Dritte „sowohl gegenüber dem ausscheidenden als auch gegenüber dem nachfolgenden Gesellschafter auf das Vertragsverhältnis bezogene Erklärungen abgeben und seine Verbindlichkeiten erfüllen“ kann. Dies bleibt wiederum hinter dem zessionsrechtlichen Schutz des § 1395 ABGB zurück, weil Vereinbarungen mit dem Scheingläubiger (Stundung, Vergleich) vom Gesetzeswortlaut nicht erfasst werden.

Zu § 38 UGB ist hA, dass „diese unverständliche Lücke daher durch eine Analogie geschlossen werden“<sup>54</sup> muss. Die Frage, ob man § 1201 ABGB neu analog anwendet oder den zessionsrechtlichen Vertrauensschutz – immerhin erleichtert § 1201 ABGB neu ja ausweislich der Mat die Verfügungsgeschäfte<sup>55</sup> – ist dabei nur eine Geschmacksfrage.

Jedenfalls muss Vertrauensschutz auch bei der GesbR erzielt werden,<sup>56</sup> bei der das Problem freilich weniger gravierend ist. Weil die Gesellschaftsforderungen ja Gesamthandforderungen sind, wäre eine Leistung an nur einen (und damit auch den ausgeschiedenen) Gesellschafter ohnehin nicht schuldbefreiend gewesen, sodass es kein diesbezügliches Vertrauen gibt. Die Zahlung wird vielmehr idR auf ein Gemeinschaftskonto erfolgen, was nahtlos zum Schicksal von Bankkonten überleitet.

<sup>51</sup> Statt aller *Karollus in Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> I § 38 Rz 22 ff.

<sup>52</sup> *Karollus in Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> I § 38 Rz 46, der konstatiert, dass trotz einer ersten Reparatur durch das URÄG 2008 die Regelung immer noch nicht alle Fälle eines legitimen Vertrauensschutzbedürfnisses erfasse und daher einer mehrfachen Erweiterung durch Analogie bedürfe.

<sup>53</sup> *Krejci*, § 38 UGB: Zurück ins Trockendock? ÖJZ 2007, 841 (850). Vielleicht sieht der Gesetzgeber das aber nicht so eng, immerhin sprechen die Erläuterungen 34/ME 25. GP 20 unkritisch („Abs 3 und 4 regeln das Schicksal von Rechtsverhältnissen mit Dritten“) von Rechtsverhältnissen (wie in Abs 1), wo das Gesetz von Vertragsverhältnissen spricht.

<sup>54</sup> *Artmann*, Offene Fragen zum Unternehmensübergang nach §§ 38 f UGB, wbl 2007, 253 (259); *Dellinger*, Von wechselnden Kreditnehmern und widersprechenden Bürgen, ÖBA 2008, 176 (183); *Karollus in Jabornegg/Artmann*, UGB<sup>2</sup> I § 38 Rz 51.

<sup>55</sup> ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 18.

<sup>56</sup> Auch nach § 1201 ABGB neu ist nämlich wohl davon auszugehen, dass § 1395 ABGB nicht direkt zur Anwendung kommt. Die ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 19 sprechen eigens davon, dass „eigene Verfügungsgeschäfte [...] nicht mehr erforderlich“ sind. Im Ergebnis spielt es freilich auch keine Rolle, mit welchem methodischen Kniff das Vertrauensschutzkonzept auf solide Beine gestellt wird.

### 3.3. Konten

Beim Konto einer GesbR handelt es sich natürlich um ein gemeinschaftliches Konto der Gesellschafter. Allerdings kennt das Bankrecht verschiedene Ausgestaltungen solcher gemeinschaftlicher Konten, die sich nach der Vereinbarung zwischen der Bank und den Kontoinhabern richten.<sup>57</sup> Unterschieden werden Und-Konten sowie Oder-Konten. „Wurde nicht ausdrücklich anderes vereinbart, so ist jeder Kontomitinhaber allein berechtigt, über die Kontoforderung zu disponieren“<sup>58</sup> (Z 35 ABB); im Zweifel liegt also ein Oder-Konto vor<sup>59</sup> und damit das Pendant gerade nicht zur Gesamthandforderung (gegen die Bank), sondern zur Gesamt(Solidar-)forderung (§§ 892 ff ABGB).<sup>60</sup>

Die Gesamthandforderung gegen den Dritten wird also durch Überweisung an alle auf ein gemeinschaftliches Konto getilgt. Das Guthaben dieses Kontos ist eine Gesamtforderung der Gesellschafter gegen die Bank. Jeder Kontoinhaber kann daher allein über das gesamte Guthaben verfügen, es entscheidet das Zutvorkommen.<sup>61</sup> Wurde – ausnahmsweise – ein Und-Konto vereinbart, können demgegenüber nur alle Kontoinhaber gemeinsam über die Kontoforderung verfügen, es liegt das Pendant zur Gesamthandforderung vor.<sup>62</sup>

Nach neuem Recht wird auch die Rechtslage bei Konten durch §§ 1201, 1215 ABGB neu geprägt, wobei hier nicht nur die Kontoforderung auf die Mitgesellschafter übergeht, sondern das gesamte Vertragsverhältnis,<sup>63</sup> wobei die Privatautonomie der beteiligten Dritten durch Widerspruchsrechte gewährt wird. Voraussetzung für diesen Übergang ist wiederum, dass nichts anderes vereinbart wurde.

Der ausgeschiedene Gesellschafter ist – wenn die Bank nicht widerspricht – daher nicht mehr Gesamtgläubiger und auch nicht mehr Vertragspartner der Bank.<sup>64</sup> Eine Kontosperrung kommt daher mE in dieser Situation nicht in Betracht.

Für den Insolvenzverwalter bedeutet dies, dass er rund um das Konto keinerlei Verfügungsbefugnis hat.

<sup>57</sup> *Rüffler/Told*, GES 2014, 228 f ventilieren die Frage der Zulässigkeit einer anderen Vereinbarung als einer Gesamthand.

<sup>58</sup> Davon zu unterscheiden sind Verfügungen über das Konto selbst (Eröffnung, Schließung, Erteilung von Zeichnungsberechtigungen), die auch beim Oder-Konto nur von allen Inhabern gemeinsam getroffen werden können.

<sup>59</sup> *Koziol* in *Iro/Koziol*, Allgemeine Bedingungen für Bankgeschäfte (2001) Z 35 Rz 1.

<sup>60</sup> *K. Schmidt*, Das Gemeinschaftskonto: Rechtsgemeinschaft am Rechtsverhältnis, in FS Hadding (2004) 1093 (1098 ff).

<sup>61</sup> *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht<sup>2</sup> II (2008) Rz 1/136 mit Hinweis auf die hA in Deutschland, wonach die Bank auch die letzte Weisung ausführen kann.

<sup>62</sup> Vgl zur Rechtsnatur *Perner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 890 ABGB Rz 55 ff. Wesentlich ist, dass das Oder-Konto durch einseitigen Widerruf des Dispositionsrechts durch jeden Kontoinhaber zum Und-Konto gemacht werden kann (Z 35 Abs 3 ABB), sodass die Gesellschafter dann nur mehr gemeinsam berechtigt sind; *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht<sup>2</sup> II Rz 1/141 ff; *Perner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 892 ABGB Rz 22; *K. Schmidt* in FS Hadding 1100 f. Schwierig ist die Frage zu beantworten, wie sich das auf Aufrechnungslagen auswirkt. Einerseits könnte man argumentieren, § 892 ABGB akzeptiere, dass die Aufrechnung dann nur mehr mit Forderungen gegen die Gesellschaft und gegen den Konzentrierenden möglich und somit die Verengung der Aufrechnungslagen im Konzept der Norm angelegt sei (aA *Koch*, Die Gegenseitigkeit und deren Nachbildung durch Aufrechnungsvertrag, JBl 1989, 222 [228 ff]); andererseits überlegt *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht<sup>2</sup> I Rz 1/335 FN 592–596, ob in diesen Fällen die Aufrechnungslagen nicht in analoger Anwendung von § 1442 ABGB zu erhalten sind. Schließlich ist zu bedenken, dass bei der Verwandlung in ein Und-Konto überhaupt nur mehr eine Aufrechnung mit Forderungen gegen die Gesellschaft möglich wäre.

<sup>63</sup> So zu § 38 UGB *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht<sup>2</sup> II Rz 1/9.

<sup>64</sup> Die Kontinuität lässt – anders als bei der insolvenzbedingten Beendigung des Kontokorrentverhältnisses – auch keine zwingende Notwendigkeit für eine Saldoziehung erkennen.

Schon zu Forderungen im Allgemeinen wurde gezeigt, dass der Schutzzumfang aus der Perspektive des Drittschuldners durch einen Übergang nach § 1201 ABGB neu nicht verändert werden kann, sodass Aufrechnungsmöglichkeiten der Bank durch die Anwachsung nach § 1201 ABGB neu nicht beeinträchtigt werden. Konstruktiv schwieriger ist die Beurteilung bei einem Übergang des Rechtsverhältnisses im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nach § 1215 ABGB neu. Diese gilt nur für Gesellschaftsvermögen, „Privatverbindlichkeiten“ des Gesellschafters, die aber nach dem Konzept der Gesamtschuld Aufrechnungslagen begründen, gehen nicht über. In Ermangelung einer zessionsrechtlichen Anknüpfung stellt sich die Frage, ob und wie sich solche Aufrechnungslagen erhalten lassen. ME ist jedenfalls zwingend, dass sie erhalten werden. Ob man das aus den Grundsätzen der Gesamtrechtsnachfolge ableitet oder das zessionsrechtliche Verschlechterungsverbot analog anwendet, spielt dabei keine Rolle.

## 4. Ergebnisse

1. Die GesbR-Reform setzt auch insolvenzrechtlich kräftige, neue Akzente.
2. Die Konkureröffnung über einen Gesellschafter führt zur Auflösung der Gesellschaft. Die übrigen Gesellschafter können die Fortsetzung beschließen.
3. §§ 1201 und 1215 ABGB neu führen dazu, dass der konkursante Gesellschafter nicht nur seine Gesellschafterstellung, sondern auch seine Gemeinschafterstellung verliert. Insgesamt kann damit ein Trend festgestellt werden, mit dem Gesellschaftsband auch das Gemeinschaftsband zu zerschneiden, wobei – systemwidrig – Ausnahmen für bürgerliche Rechte bestehen.
4. Auch wenn der Gesetzgeber sich gegen die Normierung von Gesamthand Eigentum entschieden hat und beim Miteigentum bleiben wollte, sieht er somit gleichzeitig doch eine gewisse Vergesamthandung der GesbR vor.
5. Dritte genießen sowohl bei der Anwachsung als auch bei der Gesamtrechtsnachfolge Vertrauensschutz, was insb darin zum Ausdruck kommt, dass die Aufrechnungslagen erhalten bleiben.
6. Aus spezifisch insolvenzrechtlicher Sicht erspart man sich in jenen Bereichen Komplikationen, in denen die Vermögenszuordnung an der Masse vorbei gestaltet wird. Dabei stellt sich freilich die Frage, um welchen Preis diese Unkompliziertheit erkaufte wird. Jedenfalls werden die Einflussmöglichkeiten des Insolvenzverwalters geringer.