



## BEITRÄGE

Dr. Martin Trenker • Innsbruck

# Die „führungslose GmbH“ im Insolvenz(eröffnungs)-verfahren

Anmerkungen zu OLG Wien 28 R 300/15s<sup>1</sup>

» ZIK 2016/108

Mit dem GesRÄG 2013<sup>2</sup> wurde in § 69 Abs 3a IO eine subsidiäre Insolvenzantragspflicht des Mehrheitsgesellschafters einer insolvenzreifen Kapitalgesellschaft geschaffen. Trotz Kritik aus der Lehre hält das OLG Wien in der vorliegenden Entscheidung an seiner Ansicht fest, wonach dem Mehrheitsgesellschafter einer GmbH durch § 69 Abs 3a IO auch eine Vertretungsbefugnis für das Insolvenzeröffnungsverfahren eingeräumt wurde. Auf ein bereits eröffnetes Insolvenzverfahren erstreckte sich die Vertretungsmacht indes nicht, weshalb es ab diesem Zeitpunkt einer organschaftlichen Vertretung bedürfe. Vorliegend wurde folglich einem Antrag auf Bestellung eines Notgeschäftsführers (NotGF) gem § 15a GmbHG stattgegeben, wobei dessen Vertretungsbefugnis auf das anhängige Konkursverfahren beschränkt wurde. All das wirft sowohl praktisch als auch dogmatisch interessante Fragen nach dem Verhältnis von § 69 Abs 3a IO zum Prinzip der Fremdorganschaft, dem Rechtsinstitut des NotGF sowie der „sinngemäßen Anwendung“ (§ 252 IO) der Regeln der ZPO über die Prozessfähigkeit im Insolvenzverfahren auf.

### 1. Problemstellung

Das österr Kapitalgesellschaftsrecht ist dem Prinzip der Fremdorganschaft verhaftet:<sup>3</sup> Gesellschaftern kommt kraft ihrer Gesellschafterstellung keine Vertretungsmacht zu, weshalb auch das Recht und die Pflicht zur Insolvenzantragstellung bei einer insolvenzreifen GmbH konsequenterweise seit jeher allein deren Geschäftsführern oblag. Mit dem GesRÄG 2013 wurde dieses Prinzip im Interesse des Gläubigerschutzes<sup>4</sup> und in offensichtlicher Anlehnung an § 15 dInsO insofern aufgeweicht, als § 69 Abs 3a IO den Mehrheitsgesellschafter einer Kapitalgesellschaft, die kei-

nen organschaftlichen Vertreter hat, ebenfalls zur Antragstellung verpflichtet. Implizit wird damit nämlich klargestellt, dass er insoweit auch über Vertretungsmacht für die Gesellschaft verfügt und es sich folgerichtig bei seinem Antrag um einen Eigenantrag des Schuldners mit allen Konsequenzen des § 69 IO handelt.<sup>5</sup>

Ungeachtet dessen, dass schon der Tatbestand viele Fragen offen lässt,<sup>6</sup> hat der Gesetzgeber die insolvenzrechtlichen Folgen eines gesetzeskonformen Antrags völlig ungeregelt gelassen: Es fragt sich etwa, ob die Vertretungsmacht des Mehrheitsgesellschafters mit dem Antrag endet oder er die GmbH als Schuldnerin auch im Eröffnungsverfahren, praktisch besonders bedeutend als Zustellempfänger und hinsichtlich der Rekursbefugnis, oder möglicherweise sogar im gesamten Insolvenzverfahren vertritt.

### 2. OLG Wien 28 R 300/15s

In 28 R 411/13m<sup>7</sup> hatte das OLG Wien die Meinung vertreten, dass der Mehrheitsgesellschafter im „Insolvenz(eröffnungs)verfahren“ die GmbH jedenfalls dann vertreten könne, wenn er nach dem Gesellschaftsvertrag über die Befugnis zur Geschäftsführerbestellung verfügt. Es müsse daher kein NotGF bestellt werden.

Trotz Ablehnung dieser Entscheidung durch *Pucher*<sup>8</sup> wurde in der vorliegenden E 28 R 300/15s an der Vertretungskompetenz im Insolvenzeröffnungsverfahren festgehalten, wobei sich die mögliche (arg: „jedenfalls“) Einschränkung, dass der Mehrheitsgesellschafter die Geschäftsführer bestellen können müsse, nirgends mehr findet. Noch wichtiger ist aber die Klarstellung,

1 OLG Wien 13. 1. 2016, 28 R 300/15s; in diesem Heft der ZIK 2016/141, 108. Im gleichen Sinn OLG Wien 14. 12. 2015, 28 R 280/15z.

2 BGBI I 2013/109.

3 Siehe nur *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht AT und Personengesellschaften (2013) Rz 496.

4 *Jaufer/Wrann*, Die GmbH light in der Krise, RdW 2013, 443.

5 Richtig OLG Wien 28 R 411/13m ZIK 2014/113, 82; vgl auch *Trummer*, Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2013 – Insolvenzantragspflicht des „Mehrheitsgesellschafters“, ZIK 2013, 126 (129).

6 Zur konzernrechtlichen Problematik zB *Schopper*, Der Konzern in der Krise und Insolvenz, in *Haberer/Krejci*, Konzernrechts-Handbuch (in Druck) B.3.b; zur Führungslosigkeit *Pucher*, Zur Insolvenzantragspflicht des Mehrheitsgesellschafters, GES 2013, 493 (493 f) je mwN.

7 ZIK 2014/144, 103; ebenso *Fruhstorfer*, Insolvenzantragspflicht des Mehrheitsgesellschafters – Durchbrechung des Trennungsprinzips, ZIK 2013, 212 (213).

8 Aus § 69 Abs 3a IO ergibt sich keine Vertretungsbefugnis des Mehrheitsgesellschafters nach Insolvenzantragstellung, ZIK 2014, 82 (83 f); vgl idS bereits *Trummer*, ZIK 2013, 129.



dass der Mehrheitsgesellschafter im bereits eröffneten Verfahren nicht mehr zur Vertretung der GmbH befugt sei.<sup>9</sup> Begründet wird dies damit, dass § 69 Abs 3a IO zwar eine Vertretungsbefugnis im Eröffnungsverfahren im Interesse der Gewährleistung einer raschen Insolvenzeröffnung zu entnehmen sei; für das restliche Insolvenzverfahren ginge eine solche Annahme mangels expliziter legislativer Anordnung aber zu weit, wofür auch ein rechtsvergleichender Blick nach Deutschland spreche (§ 10 Abs 2 S 2 dInsO; § 35 Abs 1 S 2 dGmbHG).

Mangels gesetzlicher Vertretung der Schuldnerin bedürfe es daher einer „Beseitigung ihrer Führungslosigkeit“, weshalb der dem Verfahren zugrunde liegende Antrag auf Bestellung eines NotGF mit beschränkter Vertretungsbefugnis für das anhängige Konkursverfahren vollinhaltlich bewilligt wurde. Wie bereits andernorts entschieden<sup>10</sup> stehe dem die Möglichkeit der Bestellung eines Prozesskurators gem § 8 ZPO mangels dessen Eignung als Vertreter für das Insolvenzverfahren nicht entgegen.

### 3. Stellungnahme

#### 3.1. Problemgliederung

Es erscheint zweckmäßig, die Stellungnahme auf zwei Fragestellungen aufzuteilen: 1. Wie weit reicht die Vertretungsbefugnis des Mehrheitsgesellschafters? 2. Was passiert bei fehlender Vertretungsbefugnis, also kann oder muss – möglicherweise von Amts wegen – ein NotGF oder doch ein Prozesskurator bestellt werden und wie weit reichen deren Befugnisse? Vorauszuschicken ist noch, dass sich die folgenden Ausführungen auf die GmbH als Schuldnerin beschränken, obwohl § 69 Abs 3a IO nach seinem klaren Wortlaut auch auf andere Kapitalgesellschaften, insb AG, anzuwenden ist.<sup>11</sup>

#### 3.2. Reichweite der Vertretungsbefugnis des Mehrheitsgesellschafters

##### 3.2.1. Insolvenzeröffnungsverfahren

Weder dem Wortlaut von § 69 Abs 3a IO noch den Gesetzesmaterialien ist zu entnehmen, ob sich aus § 69 Abs 3a IO über die Antragstellung hinaus eine Vertretungsbefugnis im Insolvenzeröffnungsverfahren ergibt. Da dem Gesetzgeber aber auch nicht kurzerhand „beredtes Schweigen“ zugunsten eines Umkehrschlusses unterstellt werden darf, ist von einer Lücke auszugehen. Aus methodischer Sicht ist nun entscheidend, ob diese planwidrig ist und durch analoge Anwendung von § 69 Abs 3a IO geschlossen werden kann oder insofern die allgemeine Vertretungsregelung

gilt. Letzteres würde in der von § 69 Abs 3a IO vorausgesetzten Situation der „Führungslosigkeit“ bedeuten, dass die Schuldnerin unvertreten und daher prozessunfähig wäre.

*Pucher* verneint eine (analoge) Anwendung von § 69 Abs 3a IO auf das Insolvenzeröffnungsverfahren nach dem Motto „*singularia non sunt extendenda*“,<sup>12</sup> weil damit das Prinzip der Rechtssphärentrennung zwischen juristischen Personen und ihren Mitgliedern noch stärker durchbrochen würde. Abgesehen davon, dass es nicht um das Trennungsprinzip iSv,<sup>13</sup> sondern eine – zugegebenermaßen nicht minder systemwidrige – Etablierung begrenzter Selbstorganschaft geht, sind mE auch Ausnahmebestimmungen entgegen dem genannten Sprichwort nicht pauschal möglichst restriktiv, sondern genau so weit auszulegen (und allenfalls analog anzuwenden), wie es ihr Normzweck verlangt.<sup>14</sup> Aus diesem Blickwinkel ist es durchaus überzeugend, wenn das OLG Wien aufgrund des *telos* von § 69 Abs 3a IO, eine ehestmögliche Insolvenzeröffnung im Gläubigerinteresse zu gewährleisten (oben 1.), für eine Vertretungsmacht des Mehrheitsgesellschafters plädiert.<sup>15</sup> Andernfalls müsste der Insolvenzantrag nämlich zurückgewiesen werden (vgl näher 3.3.3.), wenn nicht für eine Vertretung der GmbH gesorgt wird.<sup>16</sup> *Pucher*<sup>17</sup> selbst erachtet dabei weder eine amtswegige NotGF- noch Prozesskuratorbestellung für zulässig (s noch unten 3.3.3.); der von ihm erwogene Ausweg, dass ein einstweiliger Verwalter iSv § 73 IO bestellt wird, der wiederum einen NotGF beantragen könne, ist aber kompliziert und mit weiteren Verzögerungen verbunden. Im Übrigen ist die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, dass sich kein NotGF finden könnte,<sup>18</sup> die Bestellung eines solchen aber jedenfalls weitere Kosten verursacht,<sup>19</sup> was beides den Gläubigerinteressen zuwiderliefe.

Diesen am Normzweck orientierten Praktikabilitätsabwägungen stehen keine durchgreifenden Interessen der Betroffenen entgegen. Den Mehrheitsgesellschafter treffen im Eröffnungsverfahren keine nennenswerten Lasten; vielmehr wird das Verfahren wie bei sonstigen Eigenanträgen grundsätzlich „sofort“ eröffnet (§ 69 Abs 1 S 1 IO). Auch spezifische Nachteile für die Minderheitsgesellschafter ergeben sich kaum, zumal der Mehrheitsgesellschafter auch sonst va aufgrund der Weisungsmacht der Gesellschafterversammlung<sup>20</sup> maßgebende Weichenstellun-

<sup>12</sup> ZIK 2014, 82 (84 und in FN 29).

<sup>13</sup> So aber auch *Fantur*, Zur GmbH-Reform, GES 2011, 49; *Fruhstorfer*, ZIK 2013, 212; *Trummer*, ZIK 2013, 129.

<sup>14</sup> Siehe nur RIS-Justiz RS0008937, zB 4 Ob 67/74; *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 6 Rz 22 mwN.

<sup>15</sup> Ebenso zu § 15 dInsO *Berger*, Insolvenzantragspflicht bei Führungslosigkeit der Gesellschaft nach § 15a Abs 1 InsO, ZInsO 2009, 1977 (1979); *Horstkotte*, Die führungslose GmbH im Insolvenzantragsverfahren, NZI 2009, 209 (212).

<sup>16</sup> Zur früheren dInsO noch: OLG Köln 2 W 214/99 NZI 2000, 134; OLG Dresden 7 W 1754/99 NZI 2000, 136.

<sup>17</sup> ZIK 2014, 84.

<sup>18</sup> Vgl *Artmann* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Gesellschafterpflichten 45 (55).

<sup>19</sup> *Fruhstorfer*, ZIK 2013, 213. Dazu noch bei und in FN 41.

<sup>20</sup> Diese gilt auch gegenüber dem NotGF, zB *Koppensteiner/Rüffler*, Kommentar zum GmbHG<sup>3</sup> (2007) § 15a Rz 11; *Pöltner*, Der Notgeschäftsführer in der GmbH (2002) 108.

<sup>9</sup> Ebenso kurz zuvor OLG Wien 28 R 280/15z.

<sup>10</sup> OLG Wien 28 R 81/11d ZIK 2012/99, 72; 28 R 250/15z; *Fruhstorfer*, ZIK 2013, 213.

<sup>11</sup> *Artmann*, Haftungsrisiken für Gesellschafter, in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Gesellschafterpflichten in der Krise (2015) 45 (54 f); *Rauter*, GesRÄG 2013: Die GmbH im „Ausverkauf“, JAP 2013/14, 31 (33) uam; aA *Pucher*, GES 2013, 494; möglicherweise auch *Fantur*, Kritisches zur künftigen Insolvenzantragspflicht für GmbH-Gesellschafter, GES 2013, 225.



gen veranlassen, insb einen Sanierungsplan<sup>21</sup> blockieren kann. Die vom OLG Wien erwähnte Judikaturlinie, wonach *jedem* Gesellschafter einer unvertretenen GmbH das Rekursrecht zustehe,<sup>22</sup> dürfte im (analogen) Anwendungsbereich von § 69 Abs 3a IO zwar überholt sein. Die damit verbundenen Gefahren einer unberechtigten Insolvenzeröffnung halten sich jedoch praktisch in Grenzen.<sup>23</sup> Außerdem: Obwohl mE auch § 69 Abs 4 IO nicht (analog) angewendet werden kann, was *de lege ferenda* durchaus diskussionswürdig scheint (vgl § 15 Abs 2 S 1, 3 dInsO), wird ein Minderheitsgesellschafter ggf durch „Initiativeingabe“ beim Insolvenzgericht begründete Zweifel am Vorliegen eines Insolvenzgrunds wecken und damit eine entsprechende Untersuchungspflicht auslösen können.<sup>24</sup> Ferner ist der Mehrheitsgesellschafter vor dem Insolvenzantrag im Innenverhältnis verpflichtet, so kurzfristig wie möglich eine außerordentliche Gesellschafterversammlung gem § 37 Abs 2 GmbHG einzuberufen, bei der außerdem über die Möglichkeit eines Sanierungsverfahrensantrags entschieden werden kann.

Zusammengefasst hat das OLG Wien eine Vertretungsbefugnis des Mehrheitsgesellschafters für das Eröffnungsverfahren zu Recht bejaht, mE analog § 69 Abs 3a IO. Aus diesem methodischen Ansatz ergibt sich zweierlei: Da es im unmittelbaren Anwendungsbereich der Norm ausweislich der Materialien<sup>25</sup> nicht darauf ankommt, ob der Gesellschafter die „Führungslosigkeit“ beheben kann, gilt auch für diese Vertretungskompetenz nichts anderes (vgl aber oben 2.). Analogiefähig ist § 69 Abs 3a IO ferner nur beim Eigenantrag des Mehrheitsgesellschafters, sodass bei einem Gläubigerantrag weiterhin für eine anderweitige Vertretung der GmbH gesorgt werden muss:<sup>26</sup> Der Gläubiger ist vom Gericht dazu aufzufordern (§ 6 Abs 2 ZPO iVm § 252 IO) einen NotGF oder Prozesskurator zu beantragen (s noch unten 3.3.3.).<sup>27</sup>

### 3.2.2. Eröffnetes Insolvenzverfahren

Ob die Vertretungsmacht des Mehrheitsgesellschafters mit Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses endet, wie das OLG Wien meint, ist dagegen nicht so eindeutig: *Fruhstorfer*<sup>28</sup> will aus § 69 Abs 3a IO auch eine Kompetenz zur Passivvertretung während

des eröffneten Insolvenzverfahrens ableiten. Die dt Lehre zum vergleichbaren § 15 dInsO ist gespalten.<sup>29</sup>

Auf den ersten Blick mag es sinnlos scheinen, dass jemand zwar ein Verfahren für eine Partei einleiten kann, dieses aber anschließend mangels Verfahrensfähigkeit dieser Partei nicht durchgeführt werden kann.<sup>30</sup> Bei näherer Betrachtung ist es aber durchaus naheliegend, dass § 69 Abs 3a IO eben einzig die rechtzeitige Eröffnung des Insolvenzverfahrens als „safe harbour“ für bereits vorhandene und potenzielle Gläubiger bezweckt. Aus demselben Grund ist es auch nicht verwunderlich, dass zwar jeder Gläubiger einen Insolvenzantrag stellen kann, ihm aber im eröffneten Verfahren lediglich sehr begrenzte Parteistellung zukommt. § 69 Abs 3a IO kann demnach wohl mangels Lücke schwerlich als hinreichende Analogiegrundlage für eine Vertretungsmacht im eröffneten Insolvenzverfahren herhalten. Im Übrigen könnte die vorgeschlagene Kompetenz zur Passivvertretung, also quasi als bloßer „Zustellbevollmächtigter iES“, das Problem mangelnder Prozessfähigkeit kaum beheben (zu dessen gar nicht so gravierenden Folgen im Insolvenzverfahren s freilich unten 3.3.3.).<sup>31</sup>

### 3.3. Die „führungslose GmbH“ im eröffneten Insolvenzverfahren

#### 3.3.1. Antrag auf NotGF-Bestellung

Unabhängig davon, ob die (passive) Vertretungsmacht des Mehrheitsgesellschafters im rechtskräftig eröffneten Insolvenzverfahren endet oder nicht (3.2.2.), ist dem OLG Wien dahin gehend Recht zu geben, dass eine NotGF-Bestellung gem § 15a GmbHG zulässig ist, um die in der Insolvenz einer Kapitalgesellschaft fortbestehenden Kompetenzen im „Schuldnerbereich“<sup>32</sup> wahrzunehmen. Dagegen spricht auch nicht jene Rsp, die unter Hinweis auf die Option eines Prozesskurators keine „Dringlichkeit“ iSd § 15a GmbHG annimmt, wenn ein NotGF nur für ein streitiges Verfahren bestellt werden soll.<sup>33</sup> Das Institut des Prozesskurators ist nämlich für das Insolvenzverfahren, namentlich die im Hinblick auf einen möglichen Sanierungsplan mitunter erforderlichen wirtschaftlichen Ermessensentscheidungen primär im Interesse der Gesellschafter, nicht ausgerichtet. Das zeigt sich schon an der mangelnden Weisungsgebundenheit des Prozesskurators gegenüber der Gesellschafterversammlung.<sup>34</sup> Ein Bedürfnis nach einer NotGF-Bestellung im Insolvenzverfahren

**21** Dieser erfordert im Innenverhältnis nämlich einen Gesellschafterbeschluss, s U. *Torggler/Trenker*, Kompetenzverteilung bei der Kapitalgesellschaft im Insolvenzverfahren, in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2014 (2015) 73 (90 f).

**22** 5 Ob 313/79 GesRz 1980, 92; 5 Ob 317/87, ohnehin jeweils nur als *obiter dictum*; RIS-Justiz RS0059843.

**23** Anderes mag wegen der erweiterten Umstrukturierungsmöglichkeiten in Deutschland seit dem ESUG (Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen, dBGBl I 2011, 2582) gelten, wie die „Suhrkamp-Insolvenz“ verdeutlicht hat.

**24** 8 Ob 133/08d; RIS-Justiz RS0064982; *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht<sup>4</sup> II/2 (2004) § 69 KO Rz 31.

**25** ErlRV 2356 BlgNR 24. GP 17.

**26** Ebenso *Berger*, ZInsO 2009, 1979.

**27** *Übertsroider* in *Konecny*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (42. Lfg; 2010) § 70 IO Rz 15.

**28** ZIK 2013, 213.

**29** Gegen Vertretungsmacht *Berger*, ZInsO 2009, 1979; *Ganter/Lohmann* in *Kirchhof/Eidenmüller/Stürner*, Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung<sup>3</sup> I (2013) § 4 InsO Rz 45a; aA *Rüther* in A. *Schmidt*, Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht (2012) § 4 InsO Rz 20a.

**30** So *Rüther* in A. *Schmidt*, Insolvenzrecht § 4 InsO Rz 20a.

**31** Vgl iSd BGH II ZR 115/09 ZInsO 2010, 2404 mwN; aA *Horstkotte*, NZI 2009, 213.

**32** Dazu näher U. *Torggler/Trenker* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2014, 88 ff.

**33** 6 Ob 79/11b; OLG Wien 28 R 81/11d ZIK 2012, 72; *Zib* in U. *Torggler*, GmbHG (2014) § 15a Rz 17.

**34** Vgl *Zib*, Der Notgeschäftsführer – Geschäftsführer oder Supersheriff? in FS Aicher (2012) 895 (901) sowie oben FN 20.



ren ist daher stets zu bejahen.<sup>35</sup> Das heißt trotzdem nicht, dass die Bestellung eines Prozesskurators ausgeschlossen wäre, sofern der Antragsteller im Einzelfall einen solchen, warum auch immer, vorzieht.

### 3.3.2. Keine Beschränkung der Vertretungsbefugnis

Nicht zuzustimmen ist dem OLG Wien darin, dass die Vertretungsbefugnis des NotGF auf das Insolvenzverfahren beschränkt werden kann. Es ist zwar anerkannt, dass dessen Tätigkeitsbereich im Innenverhältnis begrenzt ist,<sup>36</sup> das ändert aber nichts an seiner unbeschränkten Vertretungsmacht im Außenverhältnis gem § 20 Abs 2 GmbHG.<sup>37</sup> Auf den vorliegenden Antrag hätte das OLG Wien somit jedenfalls mit einem Verbesserungsauftrag (§ 17 FBG), allenfalls sogar einer amtswegigen Umdeutung des Begehrens<sup>38</sup> auf Bestellung des NotGF mit begrenzter Geschäftsführungsbefugnis reagieren müssen.

### 3.3.3. Verfahrensdurchführung mit „führungsloser GmbH“

Geht man nun davon aus, dass der Mehrheitsgesellschafter im eröffneten Insolvenzverfahren keine Vertretungsmacht hat (3.2.2.), drängt sich als letzte, aber sicherlich schwierigste Frage auf, was passiert, wenn kein Antrag gem § 15a GmbHG gestellt wird, die GmbH also führungslos bleibt. Man wird zwar auch den Insolvenzverwalter als antragslegitimierten „Beteiligten“ ansehen müssen,<sup>39</sup> der aber möglicherweise kein Interesse daran hat, einen NotGF auf Kosten der Masse analog § 10 ZPO<sup>40</sup> zu bestellen.<sup>41</sup> Das OLG Wien hatte über diese Probleme zwar nicht zu entscheiden, aber sprach immerhin *obiter* aus, dass eine Behebung der „Führungslosigkeit“ notwendig sei. Ob das bedeutet, dass das Gericht von Amts wegen vorgehen muss, und bejahendenfalls, wie dies zu geschehen hat, zumal sowohl die Bestellung eines NotGF<sup>42</sup> als auch eines Prozesskurators zumindest im Anwendungsbereich der ZPO<sup>43</sup> und im Insolvenzeröffnungsverfahren<sup>44</sup> einen Antrag erfordert, bleibt offen. Eine Antwort setzt zunächst die Beantwortung der Vorfrage voraus, welche Auswirkungen es auf ein mangelfrei eröffnetes Insolvenzverfahren hat, wenn ein Schuldner – das kann auch eine natürliche Person betreffen – in dessen Verlauf prozessunfähig wird.

Die IO liefert hierzu keine Antworten, weshalb grundsätzlich ein Blick in die ZPO geboten ist (§ 252 IO): Trotz § 158 ZPO hat der OGH den Tod des Schuldners während des laufenden Verfahrens aber nicht als Unterbrechungsgrund gesehen.<sup>45</sup> Dies kann wiederum nur überzeugen, wenn nicht alle in weiterer Folge bis zu einer möglichen „Mangelbehebung“ gesetzten Verfahrensschritte wegen der Prozessunfähigkeit des Schuldners nichtig sind. Nichtigkeit dürfte aber jene Lehrmeinung vertreten, die beim Mangel der Prozessfähigkeit pauschal ein Vorgehen nach § 6 ZPO befürwortet, wenngleich nur die Vornahme eines Heilungsversuchs explizit angesprochen wird.<sup>46</sup> Nichtigkeit als Sanktion fehlender Prozessfähigkeit ist für das Eröffnungsverfahren, das besonders eklatant und in einer Art 6 MRK unterfallenden Weise<sup>47</sup> in die Rechtssphäre des Schuldners eingreift, auch sicherlich zutreffend (s oben 3.2.1.).<sup>48</sup> Daran ändert es grundsätzlich nichts, dass die im Hinblick auf § 21 ABGB ohnehin Überprüfungsbedürftige<sup>49</sup> hM eine Nichtigkeitsklage bzw einen „Nichtigkeitsantrag“<sup>50</sup> gem § 529 Abs 1 Z 2 ZPO iVm § 252 IO dem „Bestandschutz“ der in mannigfache Rechtssphären eingreifenden Verfahrenseröffnung unterordnet und deshalb für unstatthaft hält.<sup>51</sup>

Stellt sich das Problem der mangelnden Prozessfähigkeit aber wie bei der führungslosen GmbH erst im mangelfrei eröffneten Insolvenzverfahren, gilt anderes.<sup>52</sup> Es darf nämlich nicht übersehen werden, dass die „Parteistellung“ des Schuldners im Insolvenzverfahren nicht allumfassend ist, schon weil es nur eingeschränkt auf gerichtlichen Entscheidungen aufbaut. Insb kann die Prozessunfähigkeit des Schuldners keinen Einfluss auf die Wirksamkeit gewöhnlicher Verwertungshandlungen des Insolvenzverwalters haben. Im Übrigen sind allfällige Mitwirkungsrechte zumeist auf eine bloße Anhörung (§§ 114, 114a, 118, 121, 125, 130 IO), in vielen Fällen nur nach Tunlichkeit, beschränkt. Dementsprechend dürfte eine Missachtung dieses Gehörs, sei es auch infolge fehlender Prozessfähigkeit, bei sinngemäßer Anwendung der ZPO, wenn überhaupt, einen (wesentlichen)<sup>53</sup> Verfahrensmangel begründen.<sup>54</sup>

<sup>35</sup> Das gilt auch im Insolvenzeröffnungsverfahren. Mit Bestellung eines NotGF endet somit die Vertretungsmacht des Mehrheitsgesellschafters (OLG Wien 28 R 411/13m ZIK 2014, 103).

<sup>36</sup> Zur Eintragungsmöglichkeit ausführlich *Zib*, in FS Aicher 905 mwN.

<sup>37</sup> 6 Ob 31/85; 3 Ob 318/99g; 6 Ob 292/06v; 6 Ob 79/11b.

<sup>38</sup> Dies ist nach der Rsp bei Verfehlen des erweislichen Rechtsschutzziels sogar im streitigen Verfahren zulässig, zB 8 Ob 25/93; 10 Ob 120/97p.

<sup>39</sup> Vgl 6 Ob 125/99: Antragsbefugnis eines Prozesskurators.

<sup>40</sup> Konkret zur Insolvenz OLG Wien 28 R 81/11d ZIK 2012, 72; allgemein 3 Ob 71/00p; OLG Graz 4 R 140/08b NZ 2009, V 41; *Pöltner*, Notgeschäftsführer 154 f.

<sup>41</sup> *K. Schmidt*, Vom Sonderrecht der „führungslosen GmbH“ zur subsidiären Selbstorganschaft? in FS U. Schneider (2011) 1157 (1174).

<sup>42</sup> Ausführlich jüngst zB *Oberhammer*, Heilung von Mängeln der organschaftlichen Vertretung des Klägers im Zivilprozess, in FS Aicher 505 (509 f mwN).

<sup>43</sup> RIS-Justiz RS0035314, OGH 5 Ob 533/82.

<sup>44</sup> OLG Wien 28 R 103/99v; 28 R 109/99a (zit nach *Mohr*, Insolvenzzordnung<sup>11</sup> [2012] § 70 E 209); *Pucher*, ZIK 2014, 84 f.

<sup>45</sup> 5 Ob 87/63 SZ 36/85; *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, Konkurs-, Ausgleichs-, Anfechtungsordnung, Einführungsverordnung und Geschäftsaufsichtsgesetz<sup>3</sup> I (1937) 691; aA aber zur AO *Pollak*, KO<sup>3</sup> II (1937) 20.

<sup>46</sup> *Deixler-Hübner* in *Konecny/Schubert*, KO (10. Lfg; 2000) § 171 Rz 25; vgl auch *Petschek/Reimer/Schiemer*, Das österreichische Insolvenzrecht (1973) 20.

<sup>47</sup> *Puschner*, Konkurs und Europäische Menschenrechtskonvention (2000) 10 ff mwN.

<sup>48</sup> Vgl OLG Innsbruck 1 R 258/01h ZIK 2002/190, 133; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzzrecht<sup>3</sup> (2014) Rz 240; s auch bereits *König*, Rechtliches Gehör des Schuldners im österreichischen Konkurseröffnungsverfahren? KTS 1973, 55.

<sup>49</sup> Siehe nur die gegenteilige Ansicht des BGH IX ZB 257/05 ZIP 2007, 144.

<sup>50</sup> So *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO<sup>3</sup> II 44 allerdings zu § 529 Abs 1 Z 1 ZPO.

<sup>51</sup> OLG Innsbruck 1 R 178/88 EvBl 1989/42, 148; 8 Ob 37/95 (*obiter dictum*); 8 Ob 268/00w (*obiter dictum*); *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzzrecht 19 f; vgl auch OLG Wien 4 R 7/47 EvBl 1947, 175.

<sup>52</sup> Vgl im Hinblick auf Art 6 MRK *Kodek*, Gehörprobleme im Konkurs, in *Konecny*, Insolvenzz-Forum 2003 (2004) 19 (54).

<sup>53</sup> Siehe unten bei und in FN 63.

<sup>54</sup> OLG Wien 28 R 294/09z ZIK 2010/217, 149 mit Hinweis auf die Neuerungs-erlaubnis beim Rekurs; erwägend 8 Ob 328/99i; gegen Nichtigkeit auch



Dass ein Prozessunfähiger sein Recht auf Bestreitung angemeldeter Forderungen nicht ausüben kann, stößt ebenfalls auf keine rechtsstaatlichen Bedenken, weil diesfalls in Folge teleologischer Reduktion einfach kein Exekutionstitel gem § 61 IO entsteht. Auch die Gefahr einer Verwertung unpfändbaren Vermögens<sup>55</sup> stellt sich bei juristischen Personen bekanntlich nicht. Ungleich problematischer ist es jedoch, dass gerade dem unter dem besonderen Schutz der Gesetze stehenden Prozessunfähigen (§ 21 ABGB) die Inanspruchnahme der Entschuldungsmöglichkeiten der IO verwehrt bleiben könnte, wenn das Verfahren nicht unterbrochen und amtswegig für eine Vertretung gesorgt wird. Denn all diese „Wohltaten“ setzen einen Schuldnerantrag voraus (§§ 140, 193, 199 IO). Bei geschäftsunfähigen natürlichen Personen führt deshalb mE kein Weg daran vorbei, so rechtzeitig nach § 6a ZPO vorzugehen, dass von diesen Möglichkeiten noch Gebrauch gemacht werden kann.<sup>56</sup> Bei „führungslosen Kapitalgesellschaften“ verfängt das „Entschuldungsargument“ indessen nicht, weil es die Gesellschafter als maßgebende Entscheidungsträger darüber, ob eine Sanierung angestrebt werden soll, selbst in der Hand haben, den Mangel zu beheben.<sup>57</sup> Sogar im unmittelbaren Anwendungsbereich von § 158 ZPO wird ganz idS eine Unterbrechung mangels Schutzwürdigkeit der Gesellschaft für ausgeschlossen erachtet, wenn der Verlust der Prozessfähigkeit auf einer Abberufung der vertretungsbefugten Organe beruht.<sup>58</sup>

Das leitet über zum stärksten Argument gegen eine Nichtigkeit des Verfahrens bei Führungslosigkeit der schuldnerischen GmbH: die Interessenlage. Denn nützt es irgendwem, wenn auf Kosten der Masse *pro forma* ein NotGF bestellt wird, solange die Gesellschafter als eigentliche Interessenträger des Schuldners offensichtlich an keiner Sanierung interessiert sind (andernfalls würde ein Gesellschafter den Vertretungsmangel ja *qua* § 15a GmbHG beheben)? Die Frage stellen, heißt sie verneinen. Erstens hört die schuldnerische GmbH „am Ende des Tages“ nämlich zu existieren auf, wenn es zu keiner Verfahrensbeendigung in Folge eines angenommenen Sanierungsplans kommt (vgl § 215 Abs 2 AktG; § 40 FBG). Zweitens wird der Kenntnisstand eines NotGF oder Prozesskurators hinsichtlich der Schuldnerin nicht über jenen des Insolvenzverwalters hinausreichen und seine Bestellung daher auch im Hinblick auf §§ 99 f IO wenig hilfreich sein.

Zusammengefasst ist eine amtswegige Behebung der „Führungslosigkeit“ einer insolventen GmbH im wirksam und mangelfrei eröffneten Insolvenzverfahren entgegen der Andeutung

des OLG Wien und einzelner Lehrmeinungen aus Deutschland<sup>59</sup> mE nicht zwingend geboten. Aufgrund der bloß sinngemäßen Anwendung der ZPO muss das Insolvenzverfahren weder unterbrochen werden, noch steht es bzw stehen die darin ergehenden Beschlüsse unter dem „Damoklesschwert“ der Nichtigkeit.

Ein Wermutstropfen dürfte aber zurückbleiben: Der Schuldnerin können allfällige Entscheidungen zwar mE analog § 258 IO wirksam zugestellt werden (vgl auch § 41 FBG).<sup>60</sup> Ob damit aber wegen Evidenz der Prozessunfähigkeit des Schuldners die Rekursfrist ausgelöst wird, ist durchaus fraglich.<sup>61</sup> Selbst wenn das der Fall wäre, räumt der OGH – wenn ich es richtig verstehe – einem zunächst Prozessunfähigen in sinngemäßer Anwendung von § 529 Abs 1 Z 2 ZPO, funktional aber eher ähnlich einer Wiedereinsetzung, die Möglichkeit ein, auch nachträglich die Unrichtigkeit einer Entscheidung aufzuzeigen.<sup>62</sup> Insb die so wichtigen, weil außenwirksamen Beschlüsse nach § 117 IO könnten deshalb wohl zumindest während eines noch aufrechten Insolvenzverfahrens zu Fall gebracht werden; nämlich dann, wenn die Gesellschafter plötzlich doch noch vor Verfahrensschluss einen Geschäftsführer bestellen, der den Beschluss – freilich nicht nur mit der Behauptung fehlenden rechtlichen Gehörs, sondern aufgrund sonstiger Mängel<sup>63</sup> – anfight, mag diese Gefahr auch in vielen Fällen gering sein.

Aus diesem Grund und auch weil die hier vertretene Ansicht keineswegs unbestreitbar ist, sollte *de lege ferenda* die Vertretungsmacht des Mehrheitsgesellschafters auch auf das eröffnete Insolvenzverfahren ausgedehnt werden; um den Mangel der Prozessfähigkeit wirksam beheben zu können, darf sie aber mE nicht auf eine bloße Passivvertretung beschränkt bleiben (vgl oben 3.2.2.).

#### 4. Konsequenzen für die Praxis

Zu Recht hat das OLG Wien nunmehr klargestellt, dass sich die Vertretungsbefugnis des Mehrheitsgesellschafters einer „führungslosen GmbH“ zwar analog § 69 Abs 3a IO auf das Insolvenzeröffnungs-, wohl aber nicht auf das weitere Insolvenzverfahren erstreckt. Im eröffneten Insolvenzverfahren *kann* daher auf An-

*Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> IV (2006) § 118 KO Rz 18; aA Riel in Konecny/Schubert, KO (11. Lfg; 2001) § 118 Rz 3 aE.*

<sup>55</sup> Vgl *Kodek in Konecny, Insolvenz-Forum 2003, 54 f.*

<sup>56</sup> IdS ist es mE umgekehrt bedenklich, den Einwand, der Zahlungsplanantrag wurde von einem Prozessunfähigen gestellt, selbst nach Beendigung des Insolvenzverfahrens abzuschneiden (so aber 8 Ob 268/00w).

<sup>57</sup> Allfällige Bedenken bezüglich – dem möglicherweise in gewissen Bereichen anwendbaren (dazu *Kodek in Konecny, Insolvenz-Forum 2003, 49 ff*) – Art 6 MRK werden damit stark relativiert.

<sup>58</sup> *Oberhammer, Die OHG im Zivilprozeß (1998) 245 ff; Schumacher, Die Prozessvollmacht (2015) Rz 359; Zib, Zum Vertrauensschutz nach § 15 HGB im Zivilprozeß, GesRZ 1988, 96 (100).*

<sup>59</sup> *Ganter/Lohmann, MünchKommInsO<sup>3</sup> I § 4 Rz 45a; idS wohl auch K. Schmidt, in FS U. Schneider 1157 (1174).*

<sup>60</sup> Abw aber OLG Wien 28 R 280/15z. Die dort angeführten Nachweise (*Übersroider in Konecny, IO [42. Lfg; 2010] § 70 Rz 13*) für die fehlende Anwendung von § 258 IO bei Prozessunfähigkeit beziehen sich freilich nur auf das Insolvenzeröffnungsverfahren, für das auch mE andere Grundsätze gelten (oben bei FN 48).

<sup>61</sup> Formelle Rechtskraft iSd § 529 Abs 1 Z 2 ZPO kann zwar auch gegenüber einem Prozessunfähigen eintreten (RIS-Justiz RS0116036, grundlegend 1 Ob 6/01 [verst Senat]), nicht aber, wenn die Prozessunfähigkeit offenkundig, insb aus den Akten ersichtlich ist (2 Ob 128/12f).

<sup>62</sup> 8 Ob 37/95; 8 Ob 328/99i; 8 Ob 268/00w; RIS-Justiz RS0081633; aA *Nunner, Die Freigabe von Konkursvermögen (1998) 225 f*, die sich zum Freigabeverfahren für eine „echte“ Nichtigkeitsklage ausspricht.

<sup>63</sup> So 8 Ob 37/95; 8 Ob 328/99i. Auch wenn man nämlich aus der Nichtbeziehung des Schuldners einen Verfahrensmangel ableiten wollte (oben bei FN 54), müsste dieser doch jedenfalls „wesentlich“ sein, wofür der Schuldner bisher unberücksichtigt gebliebene Gründe aufzeigen muss, deren Missachtung geeignet war, einen inhaltlich falschen Beschluss bewirkt zu haben.

trag eines Beteiligten, auch des Insolvenzverwalters, ein NotGF bestellt werden, dessen Geschäftsführungs-, nicht aber Vertretungsbefugnis auch auf dieses begrenzt werden kann. Offen lassen konnte das OLG Wien dagegen, ob das Insolvenzgericht den Mangel sogar *ex officio* beheben muss. ME ist eine vollständige Durchführung des Insolvenzverfahrens gegenüber einer führungswilligen GmbH wegen der bloß sinngemäßen Anwendung der ZPO möglich, ohne dass es nichtig wäre.



#### Der Autor:

Univ.-Ass. MMag. Dr. **Martin Trenker** ist Mitarbeiter am Institut für Zivilgerichtliches Verfahren der Universität Innsbruck und Autor zahlreicher Publikationen zum Zivil-, Zivilprozess-, Gesellschafts- und Insolvenzrecht.

✉ [martin.trenker@uibk.ac.at](mailto:martin.trenker@uibk.ac.at)

🌐 [lesen.lexisnexis.at/autor/Trenker/Martin](http://lesen.lexisnexis.at/autor/Trenker/Martin)

Foto: privat

Dr. Romana Weber-Wilfert • Wien

## BAG-Novelle 2015: Auswirkungen auf Lehrverhältnisse in der Insolvenz

» ZIK 2016/109

Das Lehrverhältnis ist ein befristetes Vertragsverhältnis, das gem § 14 Abs 2 lit d BAG ex lege bei Wegfall der Gewerbeberechtigung endet. Mit der BAG-Novelle 2015,<sup>1</sup> die mit 10. 7. 2015 in Kraft trat, wurde der Fall, dass der Lehrling von diesem Beendigungsgrund keine Kenntnis erlangt, ausdrücklich in § 14 Abs 4 BAG geregelt. Im Folgenden werden daher die Rechtslage zu den Lehrverhältnissen in der Insolvenz kurz dargestellt und die Auswirkungen dieser Novelle näher beleuchtet.

### 1. Beendigungsmöglichkeiten in der Insolvenz

Abgesehen von den in §§ 14 ff BAG genannten Beendigungsmöglichkeiten steht dem Lehrling überdies das Austrittsrecht gem § 25 IO zu. Der Insolvenzverwalter hat jedoch kein Kündigungsrecht gem § 25 IO.<sup>2</sup> Weder die Insolvenzverfahrensöffnung noch die faktische Einstellung des Betriebes führt zu einer Ex-lege-Beendigung.<sup>3</sup> Er ist auf die Beendigungsmöglichkeiten gem §§ 14 ff BAG beschränkt.

Von besonderer Relevanz ist daher der Auflösungsgrund des Wegfalls der Gewerbeberechtigung. In der Insolvenz tritt diesbezüglich das Fortbetriebsrecht des Insolvenzverwalters an die Stelle der Gewerbeberechtigung. Es ist zwar bei seiner Entstehung vom Ursprungsrecht abhängig und gewährt dieselben Rechte, wie sie dem Gewerbeinhaber aufgrund seiner Gewerbeberechtigung zustanden. Beim Fortbestand ist es jedoch vom Ursprungsrecht völlig losgelöst. Das Fortbetriebsrecht wird durch

die Zurücklegung der Gewerbeberechtigung nicht berührt.<sup>4</sup> Das Lehrverhältnis endet mit Einlangen der Zurücklegung des Fortbetriebsrechts durch den Insolvenzverwalter bei der Gewerbebehörde.<sup>5</sup> Auf einen späteren Zeitpunkt der Zurücklegung der Gewerbeberechtigung durch den insolventen Dienstgeber kommt es nicht an.

Der Insolvenzverwalter kann gem § 43 Abs 3 GewO innerhalb eines Monats auf das Fortbetriebsrecht mit der Wirkung verzichten, dass es als überhaupt nicht entstanden gilt. Der Wille, die Sonderregelung in Anspruch zu nehmen und die Rückwirkungsfiction herbeizuführen, muss aber in der Verzichtserklärung des Fortsetzungsberechtigten hinreichend zum Ausdruck gebracht werden. Fehlt ein solcher Hinweis, wirkt die Zurücklegung des Fortbetriebs *ex nunc*.<sup>6</sup>

### 2. Beendigungsansprüche

Tritt der Lehrling gem § 25 IO aus und kommt es in der Folge nicht zu einer Zurücklegung des Fortbetriebsrechts, so steht dem Lehrling eine Kündigungsschädigung bis zum letzten Tag der Behaltspflicht zu.<sup>7</sup> Bei Wegfall der Fortbetriebsberechtigung steht dem Lehrling bis zum Zeitpunkt des Einlangens des Verzichts auf das Fortbetriebsrecht bei der Gewerbebehörde eine Kündigungsschädigung inkl anteiliger Sonderzahlungen und Schadenersatz für den in der Kündigungsfrist angefallenen weiteren Urlaub zu.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> BGBl I 2015/78.

<sup>2</sup> Vgl OGH 20. 10. 1981, 4 Ob 93–95/81.

<sup>3</sup> Vgl OGH 22. 11. 2011, 8 ObS 3/11s; 26. 4. 1983, 4 Ob 31/83.

<sup>4</sup> Hanusch in Hanusch, Kommentar zur Gewerbeordnung (2005) § 44 Rz 1.

<sup>5</sup> OGH 30. 8. 2013, 8 ObS 9/13a.

<sup>6</sup> OGH 19. 12. 2012, 8 ObS 14/12k, zu dieser Entscheidung auch Engelhart, Nochmals: Fortbetriebsrecht und Lehrverhältnis bei Insolvenzeröffnung, ZIK 2013/125, 86; OGH 30. 8. 2013, 8 ObS 9/13a.

<sup>7</sup> OGH 23. 3. 2010, 8 ObS 4/10m.

<sup>8</sup> OGH 30. 8. 2013, 8 ObS 9/13a; 17. 3. 2005, 8 ObS 2/05k.