

DER GLÄUBIGERAUSSCHUSS IM KONKURSVERFAHREN

DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades
Doktor der Rechtswissenschaften
an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien

vorgelegt von

Mag. Bernd Schneider

Matr.Nr. 0101590

Betreuer: Univ.-Prof. Dr. Andreas Konecny

DANKESWORT

Die vorliegende Dissertation wäre nicht zustande gekommen, wenn ich nicht breite Unterstützung und Hilfe gehabt hätte.

An erster Stelle gilt mein Dank Herrn Professor Dr. Andreas Konecny für die Übernahme und Betreuung dieser Arbeit sowie für die umfangreiche Unterstützung und Beratung bei inhaltlich schwierigen Fragen.

Weiters möchte ich mich bei Dr. Ulla Reisch bedanken, bei der ich während des Verfassens dieser Dissertation unzählbare Praxiserfahrung auf dem Gebiet des Konkursrechts sammeln konnte.

Schließlich möchte ich an dieser Stelle auch meinen Eltern danken, die mir aufgrund der finanziellen und moralischen Unterstützung während der Zeit meines Studiums stets eine hilfreiche und ermunternde Stütze waren.

Wien, September 2008

INHALTSVERZEICHNIS

INHALTSVERZEICHNIS	1
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	4
1. EINLEITUNG.....	7
2. ORGANE DER GLÄUBIGER IM KONKURSVERFAHREN	8
2.1. GLÄUBIGERAUSSCHUSS	8
2.2. GLÄUBIGERVERSAMMLUNG	9
2.3. FUNKTION DER GLÄUBIGERSCHUTZVERBÄNDE	9
3. GESCHICHTLICHE ENTWICKLUNG	13
3.1. VON DER CO 1868 ZUR KO 1914.....	13
3.2. IRÄG 1982	14
3.3. IRÄG 1997.....	15
3.4. INSNOV 2002	15
4. BESTELLUNG DES GLÄUBIGERAUSSCHUSSES.....	17
4.1. ALLGEMEINES	17
4.2. BESTELLUNG IM GERINGFÜGIGEN KONKURS BZW IM SCHULDENREGULIERUNGSVERFAHREN	21
4.3. RECHTSMITTELLEGITIMATION BEZÜGLICH DER VORAUSSETZUNGEN DES § 88 ABS 1 KO.....	23
4.4. ZEITPUNKT DER BESTELLUNG	27
4.5. BESTELLUNGSERFORDERNISSE DER MITGLIEDER.....	28
4.5.1. Allgemeines.....	28
4.5.2. Negative Voraussetzungen.....	30
4.5.3. Rechtsfolgen bei Mangel eines gesetzlichen Erfordernisses	33
4.6. MITGLIEDER	35
4.6.1. Allgemeines.....	35
4.6.2. Präsentationsrecht	36
4.6.2.1. der Gläubiger.....	37
4.6.2.2. von anderen Institutionen	37
4.6.2.3. Rechtsmittel gegen die Bestellung eines Mitglieds des Gläubigerausschusses	38
4.6.2.4. EXKURS: Gläubigerausschussmitglieder als Gegenstand einer Ablehnung?.....	38
4.6.3. Zusammensetzung	44
4.6.3.1. Allgemeines.....	44
4.6.3.2. Erfordernis der Gläubigerstellung.....	46
4.6.3.3. Belange der Arbeitnehmer	46
4.6.3.4. Zusammensetzung in der Praxis	47
4.7. ABLEHNUNG DER ÜBERNAHME DER TÄTIGKEIT	48
5. TÄTIGKEIT DES GLÄUBIGERAUSSCHUSSES.....	50
5.1. ALLGEMEINES	50
5.2. INTERNE WILLENSBILDUNG.....	50
5.2.1. Einberufung und Ladung	51
5.2.2. Teilnahmeberechtigung und -verpflichtung	53
5.2.2.1. Allgemeines.....	53
5.2.2.2. Teilnahmerecht des Gemeinschuldners	54
5.2.3. Vorsitz im Gläubigerausschuss und Tagesordnung.....	57
5.2.4. Beschlussfassung.....	58
5.2.4.1. Allgemeines.....	58
5.2.4.2. Abstimmungspflicht.....	60
5.2.4.3. Form der Abstimmung	61
5.2.4.4. Folgen bei Verletzung von Formvorschriften	65
5.2.5. Sonderfall: Stimmverbot in eigener Sache.....	66
5.2.5.1. Allgemeines.....	66
5.2.5.2. „In eigener Sache“	68
5.2.5.3. Folgen bei Nichteinhaltung	71

5.2.6. Protokoll.....	72
5.2.7. Geschäftsordnung	74
5.2.8. Minderheitsbericht	75
5.3. VERSCHWIEGENHEITSPFLICHT DER AUSSCHUSSMITGLIEDER	76
5.4. ZULÄSSIGKEIT DER VERTRETUNG VON AUSSCHUSSMITGLIEDERN	78
5.4.1. Allgemeines.....	78
5.4.2. Haftung des Vertretenen für Handlungen des Vertreters.....	79
5.4.3. Haftung des Vertreters und Regress.....	81
5.5. REKURSLEGITIMATION	82
5.5.1. Allgemeines.....	82
5.5.2. Rekursmöglichkeiten	82
5.6. ÜBERWACHUNG DURCH DAS KONKURSGERICHT NACH § 95 KO.....	87
5.6.1. Allgemeines.....	87
5.6.2. Mitteilungspflicht des Masseverwalters.....	89
5.6.3. Überprüfung durch das Konkursgericht.....	89
5.6.3.1. Allgemeines.....	89
5.6.3.2. Kriterien der konkursgerichtlichen Kontrolle	91
5.6.3.3. Antragsrecht der Mitglieder des Gläubigerausschusses nach § 95 Abs 2 KO	94
5.6.3.4. Rechtsmittel und –legitimation gegen Beschlüsse des Konkursgerichts nach § 95 KO.....	96
6. RECHTE UND PFLICHTEN DES GLÄUBIGERAUSSCHUSSES SOWIE SEINER MITGLIEDER.....	101
6.1. ALLGEMEINES	101
6.2. „WAHRUNG DER GEMEINSAMEN INTERESSEN“	103
6.3. ÜBERWACHUNG DES MASSEVERWALTERS	106
6.3.1. Allgemeines.....	106
6.3.2. Auskunfts-, Berichts- und Einsichtsrecht	107
6.3.3. Folgen bei Weigerung des Masseverwalters.....	108
6.3.4. Weisungsrecht gegenüber dem Masseverwalter?.....	110
6.3.5. Sonderfall „Kassenprüfung“	112
6.3.5.1. Allgemeines.....	112
6.3.5.2. Betrauung von Sachverständigen	114
6.3.6. Enthebungsantrag gegen den Masseverwalter.....	116
6.4. UNTERSTÜTZUNG DES MASSEVERWALTERS UND DES KONKURSGERICHTS	118
6.4.1. Allgemeines.....	118
6.4.2. Anhörungsrechte	120
6.4.3. Äußerungsrecht bei „wichtigen Vorkehrungen“ iSd § 114 Abs 1 KO.....	122
6.4.3.1. Allgemeines.....	122
6.4.3.2. „Wichtige Vorkehrungen“ iSd § 114 Abs 1 KO	123
6.4.3.3. Verfahren	126
6.4.4. Äußerungsrecht nach § 116 KO.....	128
6.4.4.1. Allgemeines.....	128
6.4.4.2. Mitteilungspflichtige Geschäfte iSd § 116 KO	129
6.4.4.2.1. Vergleichsabschlüsse (§ 116 Abs 1 Z 1).....	129
6.4.4.2.2. Anerkenntnisse von strittigen Aussonderungs-, Absonderungs- und Aufrechnungsansprüchen sowie von strittigen Masseforderungen (§ 116 Abs 1 Z 2 KO) ..	131
6.4.4.2.3. Erhebung von Anfechtungsklagen und Eintritt in Anfechtungsprozesse (§ 116 Abs 1 Z 3 KO).....	133
6.4.4.2.4. Erfüllung oder Aufhebung von zweiseitigen Verträgen (§ 116 Abs 1 Z 4 KO).....	133
6.4.4.3. Verfahren	134
6.4.5. Beschlussfassung des Gläubigerausschusses.....	136
6.4.5.1. Bestimmung der günstigsten Art der Verwertung gemäß § 114a Abs 4 KO.....	136
6.4.5.1.1. Allgemeines.....	136
6.4.5.1.2. Zeitpunkt der Beschlussfassung.....	137
6.4.5.1.3. Verfahren.....	140
6.4.5.1.4. Systemwidrigkeit.....	141
6.4.5.1.5. Abgrenzung zu § 117 KO.....	142
6.4.5.2. Ausscheidung nach § 119 Abs 5 KO.....	143
6.4.5.2.1. Allgemeines.....	143
6.4.5.2.2. Anwendungsbereich des § 119 Abs 5 KO	144
6.4.5.2.3. Verfahren.....	148
6.4.5.2.4. Wirkung der Ausscheidung	151
6.4.5.3. Zustimmung zur Unterhaltsgewährung an den Gemeinschuldner aus der Masse nach § 5 Abs 2 KO	153
6.4.5.3.1. Allgemeines.....	153

6.4.5.3.2. Verfahren.....	153
6.4.5.3.3. Ausmaß der Unterhaltsgewährung.....	154
6.4.5.3.4. Wirkung der Überlassung.....	154
6.4.5.4. Zustimmung zur formlosen Verteilung und Genehmigung des Verteilungsentwurfs gemäß § 129 KO.....	155
6.4.5.4.1. Allgemeines.....	155
6.4.5.4.2. Formlose Verteilung gemäß § 129 Abs 1 KO.....	155
6.4.5.4.3. Verteilung nach einem Verteilungsentwurf gemäß § 129 Abs 2 KO.....	156
6.4.5.5. Genehmigungspflichtige Geschäfte nach § 117 KO.....	157
6.4.5.5.1. Allgemeines.....	157
6.4.5.5.2. Veräußerung oder Verpachtung des Unternehmens oder von Unternehmensanteilen.....	159
6.4.5.5.3. Veräußerung oder Verpachtung des gesamten beweglichen Anlage- und Umlaufvermögens oder eines für den Betrieb notwendigen Teils davon.....	161
6.4.5.5.4. Freihändige Verwertung von Liegenschaften.....	164
6.4.5.5.5. Verfahren.....	165
6.4.5.5.6. Rekursmöglichkeit.....	167
6.5. SCHADENERSATZRECHTLICHE VERANTWORTLICHKEIT DER AUSSCHUSSMITGLIEDER.....	168
6.5.1. Allgemeines.....	168
6.5.2. Haftungsgrundlage.....	169
6.5.3. „Beteiligte“ im Konkursverfahren.....	171
6.5.3.1. Allgemeines.....	171
6.5.3.2. Kreis der Beteiligten.....	174
6.5.4. Sonstige Fragen im Zusammenhang mit der schadenersatzrechtlichen Verantwortlichkeit.....	177
6.5.4.1. Beweislastumkehr.....	177
6.5.4.2. Gehilfenhaftung.....	177
6.5.4.3. Sorgfaltsmaßstab.....	179
6.5.4.4. Verschulden.....	180
6.5.4.5. Deliktische Verantwortlichkeit.....	180
6.5.4.6. culpa in contrahendo.....	181
6.5.4.7. Kausalität.....	182
6.5.4.8. Solidarschuld und Schadensaufteilung zwischen mehreren Schädigern.....	184
6.5.4.9. Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen.....	186
6.5.4.10. Verjährung.....	187
6.5.5. Einzelne Haftungssachverhalte.....	187
6.5.5.1. Erwerb von Massegegenständen durch Ausschussmitglieder.....	187
6.5.5.2. Vernachlässigung der Überwachungspflicht.....	188
6.5.5.3. Haftung aufgrund des Stimmverhaltens.....	189
6.5.5.4. Haftung wegen Verletzung der Teilnahmepflicht.....	195
6.5.5.5. Kommerzielle Ausnützung oder Weitergabe vertraulicher Informationen.....	196
6.6. STRAFRECHTLICHE VERANTWORTLICHKEIT.....	197
6.7. ENTLOHNUNG DER AUSSCHUSSMITGLIEDER.....	198
6.7.1. Allgemeines.....	198
6.7.2. Entlohnung bei Besorgung „besonderer Geschäfte“.....	199
6.7.3. Unzulässigkeit von Vereinbarungen über die Entlohnung.....	201
7. ENDE DER TÄTIGKEIT.....	203
7.1. ALLGEMEINES.....	203
7.2. ENTHEBUNG EINZELNER AUSSCHUSSMITGLIEDER.....	204
7.2.1. Allgemeines.....	204
7.2.2. Wichtige Gründe im Sinne des § 88 Abs 3 KO.....	205
7.2.3. Rekurslegitimation gegen einen Enthebungsbeschluss des Konkursgerichts.....	207
7.3. VERZICHT & RÜCKTRITT.....	209
7.4. „NACHBESETZUNGSPFLICHT“ DES KONKURSGERICHTS?.....	210
LITERATURVERZEICHNIS.....	212
ENTSCHEIDUNGSVERZEICHNIS.....	219
SONSTIGE QUELLEN.....	227

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aA	andere Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
AHG	Amtshaftungsgesetz
AktG	Aktiengesetz 1965
aM	andere Meinung
Anm	Anmerkung
AnfO	Anfechtungsordnung
Anm	Anmerkung
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
AO	Ausgleichsordnung
Arb	Sammlung von arbeitsrechtlichen Entscheidungen
arg	argumento (folgt aus)
Art	Artikel
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
BAO	Bundesabgabenordnung
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Deutscher Bundesgerichtshof
BlgNR	Beilage(n) zu den stenografischen Protokollen des Nationalrats
bzw	beziehungsweise
dh	das heißt
E	Entscheidung
EO	Exekutionsordnung
Erläut	Erläuterungen
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen
f, ff	folgende(r)
FN	Fußnote
GesRZ	„Der Gesellschafter“ – Zeitschrift für Gesellschaftsrecht

GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GP	Gesetzgebungsperiode
hA	herrschende Ansicht
HGB	Handelsgesetzbuch
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
hRsp	herrschende Rechtsprechung
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
IEG	Insolvenzrechtseinführungsgesetz
infas	Informationen aus dem Arbeits- und Sozialrecht
insb	insbesondere
InsNov	Insolvenzrechts-Novelle
InsO	deutsche Insolvenzordnung
IRÄG	Insolvenzrechts-Änderungsgesetz
iSd	im Sinne des, der
IVEG	Insolvenzverwalter-Entlohnungsgesetz
iVm	in Verbindung mit
JA	Justizausschuss
JB1	Juristische Blätter
JN	Jurisdiktionsnorm
Kap	Kapitel
KG	1) Kreisgericht 2) Kommanditgesellschaft
KO	Konkursordnung
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht
LG	Landesgericht
lit	litera
mE	meines Erachtens
MietSlg	Mietrechtliche Entscheidungen
mMn	meiner Meinung nach
mwN	mit weiteren Nachweisen
NZ	Österreichische Notariatszeitung

ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
RdA	Recht der Arbeit
RdW	Recht der Wirtschaft
RGBI	Reichsgesetzblatt
RpflSlgE	Entscheidungssammlung Grundbuchsachen
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer
RZ	Richterzeitung
sog	so genannte, -r, -s
StGB	Strafgesetzbuch
stRsp	ständige Rechtsprechung
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofs in Zivilsachen
UGB	Unternehmensgesetzbuch
URG	Unternehmensreorganisationsgesetz
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadenersatzrecht
vgl	vergleiche
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WBI	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WoBI	Wohnrechtliche Blätter
Z	Ziffer
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
zB	zum Beispiel
ZIK	Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

1. EINLEITUNG

Der Gläubigerausschuss ist neben dem Gemeinschuldner, dem Masseverwalter, dem Konkursgericht sowie der Gläubigerversammlung ein zusätzliches Organ im Konkursverfahren, dem vornehmlich die Aufgabe der Unterstützung und Überwachung des Masseverwalters sowie in manchen Fällen die Verbreiterung der Entscheidungsgrundlagen des Konkursgerichts zukommt.

Nach einem kurzen Überblick über die Organe der Gläubiger im Konkursverfahren, in dem auch die Gläubigerversammlung sowie die Gläubigerschutzverbände (kurz) vorgestellt werden, sowie einem Querschnitt betreffend die Entwicklung des Gläubigerausschusses beginnt der eigentliche Kern der Arbeit, nämlich die umfassende Darstellung des Gläubigerausschusses und seiner Tätigkeit. Das reicht von dessen Bestellung über die täglichen Geschäfte, wo vor allem die interne Willensbildung sowie die konkursgerichtliche Überwachung dieses Organs besprochen werden, bis hin zu den Rechten und Pflichten der einzelnen Ausschussmitglieder, wo neben der schadenersatz- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit seiner Mitglieder insbesondere die Überwachungs- und Unterstützungsaufgaben hinsichtlich des Masseverwalters ausführlich präsentiert werden. Abschließend wird neben der Entlohnung der Ausschussmitglieder noch das Ende der Tätigkeit des Gläubigerausschusses bzw einzelner Mitglieder behandelt.

2. ORGANE DER GLÄUBIGER IM KONKURSVERFAHREN

2.1. GLÄUBIGERAUSSCHUSS

Sofern die Eigenart oder der besondere Umfang des gemeinschuldnerischen Unternehmens dies erfordern, ist dem Masseverwalter im Konkursverfahren ein Gläubigerausschuss beizuordnen. Um Unternehmensverschleuderungen zu verhindern, ist ein solcher seit der InsNov 2002 bei beabsichtigter Veräußerung oder Verpachtung des Unternehmens oder eines Unternehmensteils zwingend erforderlich. Er besteht aus drei bis sieben vom Gericht ernannten Mitgliedern, die im Optimalfall die Struktur der Gläubigerschaft widerspiegeln sollten. Einberufen wird der Gläubigerausschuss durch das Konkursgericht oder den Masseverwalter, der auch den Vorsitz führt.

Zu den Aufgaben des Gläubigerausschusses zählen unter „Wahrung der gemeinsamen Interessen“¹ die Überwachung und Unterstützung des Masseverwalters sowie in den im Gesetz geregelten Fällen die Verbreiterung der Entscheidungsgrundlagen des Konkursgerichts. Hinsichtlich der internen Beschlussfassung gelangt das Mehrheitsprinzip zur Anwendung. Diese Beschlüsse können infolge der konkursgerichtlichen Kontrolle von diesem aufgehoben oder in dringenden Fällen zur Unterbindung eines offenbaren Nachteils durch eine andere Verfügung ersetzt werden. Bezüglich ihrer Tätigkeit können die Ausschussmitglieder schließlich auch schadenersatzrechtlich bzw strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden.

¹ Siehe Punkt 6.2.

2.2. GLÄUBIGERVERSAMMLUNG

Die Gläubigerversammlung besteht aus allen am Verfahren beteiligten Konkursgläubigern, wobei jedoch keine Teilnahmepflicht besteht. Sie dient der Wahrung der gemeinsamen Gläubigerinteressen und der Überwachung des Masseverwalters und des Gläubigerausschusses. Die Gläubigerversammlung wird in den gesetzlich angeordneten Fällen zwingend² gemäß § 91 Abs 1 KO vom Konkursgericht einberufen und geleitet, wobei gemäß § 74 Abs 3 KO die erste in der Regel nicht über 14 Tage und die allgemeine Prüfungstagsatzung, in der die weitere Vorgangsweise, also etwa Fortführung oder Schließung eines Unternehmens bzw Zwangsausgleich, festgelegt wird, auf 60 bis 90 Tage nach der Konkurseröffnung anzuordnen ist. Beschlussfähig ist die Gläubigerversammlung gemäß § 92 Abs 1 KO bei Anwesenheit von zumindest zwei Konkursgläubigern, deren stimmberechtigte Forderungen 25% der gesamten Konkursforderungen erreichen, wobei für die Abstimmung über einen Zwangsausgleich oder Zahlungsplan andere Quoren gelten³.

Zu den in der KO erschöpfend⁴ geregelten Kompetenzen der Gläubigerversammlung zählen insbesondere die Befugnis, die Einsetzung eines Gläubigerausschusses (§ 88 Abs 1 KO) sowie die Enthebung des Masseverwalters (§ 87 Abs 2 KO) oder einzelner Ausschussmitglieder (§ 88 Abs 3 KO) beim Konkursgericht zu beantragen, wobei hier gemäß § 92 Abs 2 KO die absolute Mehrheit der Stimmen, die nach dem Betrag der Forderungen berechnet wird, ausschlaggebend ist.

2.3. FUNKTION DER GLÄUBIGERSCHUTZVERBÄNDE⁵

Historisch gesehen vertraten die Gläubigerschutzverbände vornehmlich die Interessen der Gläubiger im Insolvenzfall⁶. Ihre Bedeutung hinsichtlich des

² Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 91 Rz 2.

³ Vgl §§ 147 Abs 1, 193 Abs 1 KO.

⁴ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 91 Rz 2; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 91 Rz 3; Feil, KO⁵ § 91 Rz 1.

⁵ Dellinger/Oberhammer folgend zählen die Gläubigerschutzverbände zu den „Organen“ des Konkursverfahrens: Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht² Rz 152

Schutzes der Gläubiger wurde vom Gesetzgeber schon bei der Ausgleichsnovelle 1925 bedacht und festgestellt, dass ihr Wirken und ihre Erfahrung „für gerichtliche Insolvenzverfahren genutzt werden kann und bei der zweckmäßigen und zivilgerichtlichen Abwicklung von Insolvenzen dienlich ist.“⁷ Schon damals wurden auch die Bedingungen für die Erlangung der Bevorrechtung und die Belohnung der Gläubigerschutzverbände in Grundzügen geregelt⁸. Das Tätigkeitsgebiet von Gläubigerschutzverbänden hat sich im Lauf des 20. Jahrhunderts weiterentwickelt und umfasst nunmehr sowohl die Erhebung und Sammlung von wirtschaftlich relevanten Daten über Kreditnehmer, um (potentiellen) Kreditgebern Bonitätsauskünfte geben zu können, als auch (weiterhin) die Unterstützung von Gläubigern im Insolvenzverfahren, wobei ihre Mitwirkungsrechte durch Novellierungen des österreichischen Insolvenzrechts bedeutend erweitert wurden. Weiters leisten sie auch Hilfestellung im Mahn- und Inkassowesen. Als Unterstützung des Konkursgerichts können sie von diesem vor Konkurseröffnung gemäß § 71 Abs 3 KO um Stellungnahmen hinsichtlich des Vorhandenseins von kostendeckendem Vermögen ersucht werden. Hinsichtlich der Möglichkeit eines Zwangsausgleichs prüfen sie die Angemessenheit des Vorschlags und versorgen die Konkursgläubiger mit zusätzlichen Informationen, weshalb sie bisweilen ein entscheidender Faktor für die Bildung der erforderlichen Mehrheiten sind⁹.

Im insolvenzrechtlichen Zusammenhang sind üblicherweise lediglich die *bevorrechteten* Gläubigerschutzverbände gemeint, da nur diese zur Vertretung von Gläubigern im Insolvenzverfahren berechtigt sind¹⁰ und gesetzliche Begünstigungen in der Konkursordnung sowie der Ausgleichsordnung genießen. Sie sind auch regelmäßig in den Gläubigerausschüssen vertreten¹¹. Gemäß § 11 Abs 1 IEG kann der Bundesminister Vereinen bei Bedarf, insbesondere unter Berücksichtigung der Erfordernisse eines umfassenden, wirksamen Schutzes der

⁶ Vgl. *Marte*, RZ 1982, 213, der unter anderem darauf hinweist, dass der ursprüngliche Name des KSV 1870 „Creditorenverein zum Schutze von Forderungen bei Insolvenzen“ lautete.

⁷ *König/Hager-Rosenkranz*, Nationalbericht Österreich 42.

⁸ Vgl. *König/Hager-Rosenkranz*, Nationalbericht Österreich 42.

⁹ Vgl. OLG Wien 29.05.1998, 28 R 64/98g, 65/98d.

¹⁰ OGH 24.09.1991, 4 Ob 82/91 = EvBl 1992/18, 60 = JBI 1992, 397.

¹¹ Siehe Punkt 4.6.3.4.

Gläubigerinteressen, deren zweckmäßigen Wahrnehmung in den Verfahren nach den Insolvenzgesetzen und einer damit verbundenen Unterstützung der Gerichte, mit Verordnung die Stellung eines bevorrechteten Gläubigerschutzverbandes zuerkennen. Nach § 11 Abs 2 IEG muss dieser österreichweit tätig sein und darf nicht auf Gewinn gerichtet sein.

In Österreich haben bislang vier Vereine den Status als „bevorrechteter Gläubigerschutzverband“ erhalten. Es handelt sich dabei zum einen um den Kreditschutzverband von 1870 (KSV 1870), der neben Bonitätsauskünften und Inkasso-Dienstleistungen „als größter Gläubigerschutzverband Österreichs [seine Mitglieder] bei Insolvenzen von Privat- und Kommerzkunden“ vertritt¹². Weiters zählt der Alpenländische Kreditorenverband (AKV) zum Kreis der bevorrechteten Gläubigerschutzverbände. Dieser unterstützt Gläubiger im Mahn- und Inkassowesen, erteilt Wirtschaftsauskünfte und ist ebenfalls in Insolvenzverfahren vertretend tätig¹³. Seit 2007¹⁴ hat auch der Österreichische Verband der Vereine Creditreform (ÖVC) die Stellung als bevorrechteter Gläubigerschutzverband. Ziel des ÖVC ist „einerseits die Unterstützung der sanierungsfähigen Unternehmen im (Zwangs-) Ausgleichsverfahren sowie die rasche und kostengünstige Abwicklung der Konkursfälle unter bestmöglicher Befriedigung der Gläubigerinteressen.“¹⁵ Schließlich ist in diesem Zusammenhang auch der Insolvenzschutzverband für ArbeitnehmerInnen (ISA) zu nennen, der diese bei der Durchsetzung ihrer Ansprüche im Insolvenzverfahren vertritt und bei der Beantragung von Insolvenz-Entgelt behilflich ist.

Gemäß § 87a Abs 1 KO – eingefügt durch das Insolvenzverwalter-Entlohnungsgesetz¹⁶ – haben die bevorrechteten Gläubigerschutzverbände für ihre Tätigkeit zur Unterstützung des Gerichts sowie für die Vorbereitung

¹² <http://www.ksv.at/KSV/1870/de/1wirbieten/index.html>.

¹³ <http://www.akv.at/leistungen/insolvenz.html>.

¹⁴ Gemäß § 11 Abs 3 IEG tritt die am 17.11.2006 erlassene Verordnung erst nach einem sechsmonatigen Zeitraum in Kraft.

¹⁵

http://www.creditreform.at/home/aktuelles/crefoaktuell/Presseinformation_Bevorrechtung.pdf.

¹⁶ BGBl I 1999/73.

eines Zwangsausgleichs bzw für die Ermittlung und Sicherung des Vermögens zum Vorteil aller Gläubiger einen Anspruch auf Belohnung.

3. GESCHICHTLICHE ENTWICKLUNG

3.1. VON DER CO 1868 ZUR KO 1914

Im Gegensatz zu der durch die Dominanz des Konkursgerichts gekennzeichneten CO 1781¹⁷ war deren Nachfolger, die CO 1868¹⁸, vom Grundsatz der Gläubigerherrschaft geprägt¹⁹. Dies spiegelte sich etwa im fehlenden Sistierungsrecht, wodurch das Konkursgericht einen Beschluss der Gläubiger aussetzen konnte, wider, womit dem Grundsatz der Selbstbestimmung der Gläubiger entsprochen werden sollte, die „ohnehin durch ihr eigenes Interesse stets veranlasst sein würden, für das Beste der Konkursmasse zu sorgen.“²⁰ Allerdings sollte sich bald herausstellen, dass dem nicht so war und sowohl im Gläubigerausschuss als auch in der Gläubigerversammlung Sonderinteressen verfolgt wurden²¹ sowie einige wenige einflussreiche Gläubiger das Verfahren dominieren konnten²². Deshalb wurden diese beiden Organe die Gläubigerautonomie beschränkend im Zuge der KO 1914 der Aufsicht des Konkursgerichts unterstellt und vor allem die konkursgerichtliche Kontrolle nach § 95 KO modifiziert, wobei jedoch das Gesetz nicht auf die „wertvolle Mitwirkung der Konkursgläubiger bei der Abwicklung des Verfahrens“ verzichtet hat²³. Die Gläubigermacht wurde somit – wie *Jelinek*²⁴ dies treffend formuliert – durch eine „Gläubigermitwirkung“ ersetzt.

Weiters wurde die in der früheren Konkursordnung geltende obligatorische Einsetzung eines Gläubigerausschusses in der KO 1914 – entgegen der Ansicht von *Frankl*²⁵ – lediglich fakultativ gestaltet²⁶.

¹⁷ Allgemeine Josephinische Concurs-Ordnung vom 01.05.1781, JGS 14.

¹⁸ Concurs-Ordnung vom 25.12.1868, RGBI 1869/1.

¹⁹ Vgl den Überblick in *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 214ff.

²⁰ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 95 Rz 1.

²¹ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 95 Rz 1.

²² *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 216.

²³ *Denkschrift* 81.

²⁴ *Jelinek* in *Leipold*, Insolvenzrecht 23.

²⁵ *Frankl*, Revision 33.

3.2. IRÄG 1982

Nachdem die Bestimmungen über den Gläubigerausschuss nach Einführung der KO 1914 lange Zeit weitgehend unverändert blieben, wurden diese im Rahmen des IRÄG 1982 einer tiefgreifenden Umgestaltung unterzogen²⁷. Nunmehr werden die Gläubigerausschussmitglieder nicht mehr durch die Konkursgläubiger in der Gläubigerversammlung gewählt²⁸, sondern durch das Konkursgericht bestellt. Somit wurde deren Einfluss erneut reduziert und zugleich der Kompetenzbereich des Konkursgerichts erweitert²⁹. Zusätzlich ist keine Bestellung oder Wahl von Ersatzmitgliedern notwendig³⁰. Durch diese Regelung wollte man den durch die Wahlen verursachten Einfluss einzelner Großgläubiger auf den Gläubigerausschuss vermindern³¹.

Weiters benötigte der Masseverwalter vor dem IRÄG 1982 für die Schließung bzw Fortführung eines Unternehmens einen Beschluss des Gläubigerausschusses, der ihn im Innenverhältnis gebunden hatte³². Mit der neu normierten Fortführungsverpflichtung des Masseverwalters wurde die Entscheidung über die Betriebsfortführung oder Schließung dem Konkursgericht (damals noch: Konkurskommissär) übertragen.

Schließlich wurde der Minderheitenschutz im Gläubigerausschuss, vor allem durch die verpflichtende Bestellung eines Mitglieds für die Belange der Arbeitnehmer³³, verbessert und das Dirimierungsrecht des Masseverwalters bei Stimmengleichheit im Ausschuss beseitigt³⁴.

²⁶ Vgl. *Rintelen*, Handbuch 75; *Hora*, Konkurskommissär 21.

²⁷ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 2.

²⁸ Vgl. § 88 Abs 1 idF KO 1914, RGBI 1914/337.

²⁹ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 2.

³⁰ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 2.

³¹ *Jelinek* in *Leipold*, Insolvenzrecht 23 und 27.

³² Vgl. *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 532 Anm 3.

³³ ErläutRV zum IRÄG 1982, 1147 BlgNR 15. GP 23.

³⁴ ErläutRV zum IRÄG 1982, 1147 BlgNR 15. GP 23.

3.3. IRÄG 1997

Das IRÄG 1997 brachte zwar ein neues konkursrechtliches Verfahrensgebäude im Hinblick auf die Konkurseröffnung über noch lebende Unternehmen, jedoch lediglich geringfügige Veränderungen im Hinblick auf die Kompetenzen des Gläubigerausschusses. Erwähnenswert ist insbesondere die Erweiterung der in § 117 KO festgelegten Mitwirkungsbefugnis³⁵, indem nunmehr nicht (nur) die Veräußerung des Warenlagers oder einzelner Partien von Waren genehmigungspflichtig sein sollte, sondern eine „Veräußerung oder Verpachtung des gesamten beweglichen Anlage- und Umlaufvermögens.“ Hintergrund dieser Umgestaltung war die Überlegung, dass „es nicht einsichtig sei, dass zwar eine Genehmigungspflicht für die Veräußerung des Warenlagers oder sogar einzelner Partien von Waren, nicht aber für Maschinen und maschinelle Anlagen bestehe.“³⁶

3.4. INSNOV 2002

Durch die InsNov 2002 sollte vor allem der in den vergangenen Jahren aufgekommene Insolvenzmissbrauch beseitigt werden³⁷. Den Schwerpunkt der Änderungen bilden Regelungen, die verhindern sollen, dass die Unternehmensinsolvenz planmäßig angestrebt und dazu genützt wird, „das gemeinschuldnerische Unternehmen schuldenfrei auf eine ausschließlich aus Mitgliedern der familia suspecta bestehende Auffanggesellschaft zu übertragen.“³⁸ Wie *Riel* treffend formuliert geht es darum, „durch die Vergrößerung des Kreises der mit wesentlichen Entscheidungen im Konkursverfahren befassten Personen ein System wechselseitiger Kontrolle und Überwachung, das in der KO bereits angelegt war, noch zu vertiefen bzw

³⁵ Vgl. *Mohr*, Insolvenzrecht 48.

³⁶ ErläutRV zum IRÄG 1997, 734 BlgNR 20. GP 48; *Mohr*, Insolvenzrecht 48; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 117 Rz 8.

³⁷ *Riel*, ZIK 2002/259, 188.

³⁸ ErläutRV zur InsNov 2002, 988 BlgNR 21. GP 27; vgl. auch *Mohr*, ZIK 2001/186, 116.

auszuschließen, dass eines der handelnden Organe (das Konkursgericht durch Nichtbestellung eines Gläubigerausschusses) bestimmen kann, ob ein (weiteres) Überwachungsorgan tätig wird.“³⁹

Eine detaillierte Darstellung der Änderungen ist an dieser Stelle entbehrlich, da die Rechtslage der InsNov 2002 dieser Arbeit zugrunde liegt und somit in den nachfolgenden Abschnitten ohnehin eingehend erläutert werden wird.

³⁹ *Riel*, ZIK 2002/259, 189.

4. BESTELLUNG DES GLÄUBIGERAUSSCHUSSES

4.1. ALLGEMEINES

Beim Gläubigerausschuss handelt es sich nicht um ein Organ, welches im Konkursverfahren zwingend erforderlich ist, wobei diese bloß fakultative Bildung⁴⁰ in den Anfängen der KO 1914 „Gegenstand eines rechtspolitischen Streites“ war⁴¹. Darüber hinaus darf es in jedem Konkursverfahren immer nur einen Gläubigerausschuss geben⁴². Dieses Konkursorgan wird dem Masseverwalter vom Konkursgericht nach pflichtgemäßem Ermessen beigeordnet, „wenn die Eigenart oder der besondere Umfang des Unternehmens des Gemeinschuldners dies geboten erscheinen lässt“ (§ 88 Abs 1 Satz 1 KO). Hingegen besteht kein direkter Zusammenhang zwischen der Erforderlichkeit eines Gläubigerausschusses und der aufgrund der Komplexität des Konkurses aufgetretenen Notwendigkeit der Bestellung eines besonders erfahrenen Masseverwalters gemäß § 80 Abs 3 Satz 2 KO⁴³.

In zwei Fällen ist die Bestellung eines Gläubigerausschusses gemäß § 88 Abs 1 Satz 2 KO zwingend erforderlich, nämlich dann, wenn

- eine Veräußerung oder Verpachtung des Unternehmens des Gemeinschuldners oder des gemeinschuldnerischen Anteils an einem Unternehmen im Sinne des § 228 Abs 1 und 2 HGB (§ 117 Abs 1 Z 1 KO – jetzt wohl: § 228 Abs 1 und 2 UGB) oder
- die Veräußerung oder Verpachtung des gesamten beweglichen Anlage- und Umlaufvermögens oder eines für den Betrieb notwendigen Teils davon (§ 117 Abs 1 Z 2 KO)

⁴⁰ *Denkschrift* 78; *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 429 Anm 3; *Lehmann*, Kommentar zur KO, AO und AnFO, Band I 548; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 192; *Holzhammer*, Insolvenzrecht⁵, 105; *Feil*, KO⁵ § 88 Rz 2; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 88 Rz 4; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 8.

⁴¹ *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 429 Anm 3; vgl auch *Denkschrift* 78.

⁴² *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 430 Anm 4.

⁴³ Vgl ErläutRV zum IRÄG 1982, 3 BlgNR 15. GP 38.

beabsichtigt ist. Der obligatorische Gläubigerausschuss soll in diesen Fällen insbesondere verhindern, dass ein Insolvenzverfahren planmäßig angestrebt und missbräuchlich dazu genutzt wird, das gemeinschuldnerische Unternehmen unter Ausschluss der Haftung für vorhandene Schulden (vgl § 1409a ABGB) kostengünstig auf dem Gemeinschuldner nahe stehende Personen bzw Auffanggesellschaften zu übertragen⁴⁴. Jedoch ist auch nach der neuen Rechtslage der Erwerb durch Nahestehende nicht gänzlich ausgeschlossen, sondern lediglich einer stärkeren Kontrolle durch die Gläubiger⁴⁵ unterworfen. Hingegen ist die vom KSV nunmehr vertretene gegenteilige Ansicht, nämlich dass eine Veräußerung oder Verpachtung an Mitglieder der „familia suspecta“ dezitiert und in jedem Fall ausgeschlossen sein soll, nicht nachvollziehbar, da – auch durch die verstärkte Einbindung des Gläubigerausschusses – ein derartiges Rechtsgeschäft nur in jenen Fällen vermieden werden sollte, wo das Unternehmen (deutlich) unter dem erzielbaren Erlös veräußert wird, nicht jedoch etwa im Fall einer Veräußerung zum in einem Schätzgutachten ermittelten Verkehrswert.

Richtig ist, dass es durch den verpflichtend zu bestellenden Gläubigerausschuss zu einer Häufung dieser Konkursorgane vor allem auch in wertmäßig nicht gerechtfertigten Fällen kommt⁴⁶, weil der erzielbare Verkaufs- oder Verpachtungserlös des Gegenstands gemäß § 117 KO keine Rolle spielt. Wohl auch aufgrund des Vorschlags sowohl der bevorrechteten Gläubigerschutzverbände AKV, KSV sowie ISA als auch der Finanzprokuratur, die in der Praxis regelmäßig in den Gläubigerausschüssen vertreten sind⁴⁷ und die Mehrbelastung nicht abgegolten erhalten, wäre die Einführung einer Wertgrenze in den Fällen des § 117 KO – wie *Bock/Muhri*⁴⁸ richtig ausführen – „sinnvoll, um unnötige Verfahrensverzögerungen und zusätzlichen Verwaltungsaufwand bei der Verwertung von geringfügigen Vermögensbestandteilen zu vermeiden.“ Dabei gilt es jedoch zu beachten, dass die Verfahrensvorschriften, insb die Einbindung des

⁴⁴ ErläutRV zur InsNov 2002, 988 21. GP 25; vgl auch *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.2/1.

⁴⁵ Und wegen der notwendigen Verlautbarung der Verkaufsgelegenheit auch einem stärkeren marktwirtschaftlichen Regulativ: *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.2/2.

⁴⁶ Vgl die Stellungnahme der Arbeiterkammer hinsichtlich der mangelnden Zweckmäßigkeit beim Verkauf eines insolventen Imbissstandes: *Bock/Muhri*, Insolvenzrecht 259.

⁴⁷ Vgl Punkt 4.6.3.4.

⁴⁸ *Bock/Muhri*, Insolvenzrecht 259.

Gläubigerausschusses, strikt beachtet werden müssen, da vor allem bei Kleinunternehmen aufgrund mangelnder Kaufinteressenten letzten Endes der Verkauf an ein Mitglied der „familia suspecta“ in Frage kommen wird.

Die Bestellung eines Gläubigerausschusses kann förmlich nur von der Gläubigerversammlung beantragt werden, wobei dieses Antragsrecht in der Praxis jedoch bloß eine untergeordnete Rolle spielt⁴⁹. Nach hA hat der Masseverwalter kein derartiges Antragsrecht⁵⁰; er kann die Bestellung eines Gläubigerausschusses – wie auch andere Beteiligte, zB einzelne Gläubiger⁵¹ – bloß anregen. Nach Ansicht von *Reisch*⁵² wäre es seit der InsNov 2002 sachgerecht, auch von einem Antragsrecht des Masseverwalters auszugehen. Dies wäre vor allem im Hinblick darauf von Vorteil, dass das Gericht eine Bestellungsanregung des Masseverwalters zwar zu prüfen hat, aber weder zu einer sachlichen Erledigung der Anregung noch zur Befassung der Gläubigerversammlung mit dieser Anregung verpflichtet ist, wenn es eine solche nicht für zweckmäßig erachtet⁵³. In gewissem Sinn ist der Masseverwalter somit in der Wahrnehmung seiner Verwertungsaufgaben, die jedenfalls einen zentralen Bestandteil vieler Konkursverfahren darstellen, oft blockiert. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn zwischen Konkursgericht und Masseverwalter unterschiedliche Auffassungen bezüglich der zwingenden Bestellungsnotwendigkeit herrschen, und deshalb ein Gläubigerausschuss nicht oder nur zögerlich beigeordnet wird. Allein aus diesem Grund sollte ihm richtigerweise ein Antragsrecht auf Beilegung eines Gläubigerausschusses zugestanden werden und auf diese Weise der Streitpunkt einer sachlichen Erledigung zugeführt werden. Einen zusätzlichen Aspekt stellt das der Gläubigerversammlung gemäß § 88 Abs 1 Satz 1 KO eingeräumte Antragsrecht hinsichtlich der Beilegung dar. Die Tagesordnung der ersten Gläubigerversammlung ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz (vgl etwa § 87 Abs 2 Satz 2 KO). Dies ist auch hinsichtlich § 88 Abs 1 und 3 KO der Fall, wo normiert wird, dass die Mitglieder der Gläubigerversammlung einen Antrag auf

⁴⁹ *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.2/4.

⁵⁰ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 8; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.2/4.

⁵¹ Präsentationsrecht – siehe Punkt 4.6.2.1.

⁵² *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.2/4.

⁵³ Vgl im Hinblick auf das Anregungsrecht der Konkursgläubiger OGH 24.01.2002, 8 Ob 281/01h = ZIK 2002/138, 100 = EvBl 2002/103, 389.

Begebung eines Gläubigerausschusses an das Konkursgericht stellen können. Da der Masseverwalter zur Teilnahme an den Gläubigerversammlungen verpflichtet⁵⁴ und auch persönlich zu laden ist⁵⁵, hat er in dieser ersten Gläubigerversammlung die Möglichkeit, die anwesenden Konkursgläubiger sowie das die Gläubigerversammlung gemäß § 91 Abs 1 KO leitende Konkursgericht davon zu überzeugen, dass die Voraussetzungen für die Bestellung eines Gläubigerausschusses – etwa in einem Bericht über die beabsichtigte Veräußerung oder Verpachtung⁵⁶ – vorliegen. Zusätzlich muss das Konkursgericht jene Punkte in die Tagesordnung aufnehmen, über die der Masseverwalter als ein gemäß § 91 Abs 1 Satz 2 KO für die Einberufung einer Gläubigerversammlung antragsberechtigtes Konkursorgan eine Beschlussfassung wünscht⁵⁷. Fehlt einer dieser Punkte, so steht dem Masseverwalter gegen die lückenhafte Tagesordnung das Rechtsmittel des Rekurses zu⁵⁸. Sollte somit das Konkursgericht nicht von Amts wegen einen Gläubigerausschuss bestellen, so könnte doch der Masseverwalter den/die Gläubiger von der Notwendigkeit überzeugen, einen entsprechenden Antrag einzubringen, zumal die hL bereits bei Anwesenheit bloß eines stimmberechtigten Konkursgläubigers von der Beschlussfähigkeit der ersten Gläubigerversammlung ausgeht⁵⁹. Dieser „Umweg“ gestaltet sich jedoch schwerfällig und für die schnelle Verwertung nachteilig, sodass dem Masseverwalter hinsichtlich der Beiordnung eines Gläubigerausschusses jedenfalls ein Antragsrecht zuzuerkennen ist. Dies ist auch im Hinblick auf die neue Rechtslage geboten, nach der dem Masseverwalter im Fall einer beabsichtigten Veräußerung oder Verpachtung nach § 117 Abs 1 Z 1 oder 2 KO stets ein Gläubigerausschuss beizuordnen ist. Ist jedoch das Vorliegen eines Unternehmens in diesem Sinn strittig und

⁵⁴ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, *Insolvenzrecht*⁴ III § 91 Rz 26; Feil, KO⁵ § 91 Rz 4; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 91 Rz 9; Petschek/Reimer/Schiemer, *Insolvenzrecht* 186.

⁵⁵ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, *Insolvenzrecht*⁴ III § 91 Rz 19; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 91 Rz 7.

⁵⁶ Muhri/Stortecky, *Insolvenzrecht*⁴ 125.

⁵⁷ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, *Insolvenzrecht* III § 91 Rz 23.

⁵⁸ Pollak in Bartsch/Pollak, KO³ I 448 Anm 15; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/

Buchegger, *Insolvenzrecht*⁴ III § 91 Rz 23.

⁵⁹ Petschek/Reimer/Schiemer, *Insolvenzrecht* 187; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 92 Rz 2; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, *Insolvenzrecht*⁴ III § 91 Rz 34, § 92 Rz 6; Wegan, *Insolvenzrecht* 21.

stellt ihm das Konkursgericht aus diesem Grund keinen Gläubigerausschuss zur Seite, den er um Genehmigung des Kauf- bzw Pachtvertrages ersuchen könnte, ist er in seinen (rasch zu erfolgenden) Verwertungshandlungen gehemmt.

Im Vordergrund steht somit (noch) eine amtswegige Bestellung durch das Konkursgericht, die entweder zwingend aufgrund beabsichtigter Verwertungshandlungen des Masseverwalters oder aber nach eigenem, pflichtgemäßem Ermessen aufgrund der Eigenart oder dem besonderen Umfang des gemeinschuldnerischen Unternehmens vorzunehmen ist. Die Bestellung eines Gläubigerausschusses erfolgt mit Beschluss⁶⁰. Die Beiordnung eines Gläubigerausschusses und die Namen der Mitglieder sind gemäß § 88 Abs 1 letzter Satz KO öffentlich bekannt zu machen. Solange kein Gläubigerausschuss bestellt ist, hat das Konkursgericht gemäß § 90 Satz 1 KO dessen Tätigkeiten wahrzunehmen.

4.2. BESTELLUNG IM GERINGFÜGIGEN KONKURS BZW IM SCHULDENREGULIERUNGSVERFAHREN

Dem Gesetzeswortlaut des § 88 Abs 1 Satz 1 KO folgend ist ein Gläubigerausschuss – abgesehen von der zwingenden Bestellung gemäß § 117 Abs 1 Z 1 oder 2 KO – somit lediglich in komplexeren bzw großen Konkursverfahren (arg: „wenn die Eigenart oder der besondere Umfang des Unternehmens des Gemeinschuldners dies geboten erscheinen lässt“) zu bestellen. Ein überwiegender Teil der Lehre⁶¹ sieht es jedoch als zulässig an, dass selbst im geringfügigen Konkurs oder im Schuldenregulierungsverfahren ein Gläubigerausschuss bestellt wird, auch wenn dies nicht besonders zweckmäßig erscheint. So sollte etwa nach Ansicht von *Bartsch/Heil* vor allem

⁶⁰ Vgl das Muster eines solchen Bestellungsbeschlusses bei *Chalupsky/Ennöckl/Holzapfel*, Handbuch 223.

⁶¹ *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 276; *Heil*, Insolvenzrecht, Rz 146; *Mohr*, Privatkonkurs 30f; *Jelinek*, KO⁷ § 88; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 88 Rz 4; *Kodek*, Privatkonkurs, Rz 33; *Nunner*, Freigabe 215.

in geringfügigen Konkursen „von der Bestellung abgesehen werden.“⁶² *Jelinek* schließt die Bestellung nicht schon allein deshalb aus, weil ein Bezirksgericht einen Konkurs eröffnet⁶³. *Mohr* wiederum hält die Bestellung eines Gläubigerausschusses im Schuldenregulierungsverfahren „ausnahmsweise“ für zulässig⁶⁴. *Pollak* erachtet – der Intention des Gesetzgebers vorausgehend – die Bestellung eines dem Gläubigerausschuss im Konkursverfahren ähnlichen Gläubigerbeirats gemäß § 36 AO für nicht zulässig, wenn der „Geschäftsumfang“ nicht so groß ist⁶⁵, obwohl eine bereits erfolgte Bestellung seiner Ansicht zufolge nicht nichtig sein soll⁶⁶. Die hL widerspricht damit zwar eindeutig den Bestrebungen des IRÄG 1982, wonach in sehr kleinen Verfahren die Bestellung eines Gläubigerausschusses zu unterbleiben hat⁶⁷. Jedoch besagt § 88 Abs 1 KO lediglich, in welchen Fällen zwingend ein Gläubigerausschuss zu bestellen ist, ohne gleichzeitig dessen Bestellung in anderen Fällen auszuschließen⁶⁸, weshalb auch ausnahmsweise im geringfügigen Konkurs bzw im Schuldenregulierungsverfahren aufgrund des Vorliegens besonderer Umstände dem Masseverwalter vom Konkursgericht ein Gläubigerausschuss beigegeben werden kann.

In der Praxis wird ein Gläubigerausschuss immer dann bestellt, wenn Eigenart oder Umfang des Verfahrens dies erfordern, also etwa bei schwierigen Tat- und Rechtsfragen oder wenn eine breitere Entscheidungsbasis aufgrund des Verhaltens beteiligter Personen wünschenswert erscheint⁶⁹. Im Schuldenregulierungsverfahren ist ein Gläubigerausschuss zumindest in Wien nicht praxisüblich⁷⁰.

⁶² *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 276; ebenso *Heil*, Insolvenzrecht, Rz 146.

⁶³ *Jelinek*, KO⁷ § 88; vgl auch *Nunner*, Freigabe 215 FN 134.

⁶⁴ *Mohr*, Privatkonkurs 30f.

⁶⁵ OLG Wien 21.06.1916, R II 193/16 zit nach *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ II 349 Anm 2.

⁶⁶ *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ II 349 Anm 2.

⁶⁷ ErläutRV zum IRÄG 1982, 1147 BlgNR 15. GP 11.

⁶⁸ *Kodek*, Privatkonkurs, Rz 33.

⁶⁹ *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.2/4.

⁷⁰ *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.2/1.

4.3. RECHTSMITTELLEGITIMATION BEZÜGLICH DER VORAUSSETZUNGEN DES § 88 ABS 1 KO

Ob die Eigenart oder der besondere Umfang des Unternehmens des Gemeinschuldners die Beiordnung eines Gläubigerausschusses gemäß § 88 Abs 1 KO geboten erscheinen lässt, wird vom Konkursgericht im Einzelfall nach pflichtgemäßem Ermessen beurteilt⁷¹.

Strittig ist, ob der Gemeinschuldner, die Konkursgläubiger bzw der Masseverwalter legitimiert sind, gegen die Entscheidung des Konkursgerichts auf Bestellung bzw bei zu Unrecht erfolgter Nichtbestellung Rekurs zu erheben. Gleichgelagert ist in diesem Zusammenhang die Frage, wer gegen die Bestellung eines bestimmten Mitglieds in den Gläubigerausschuss rechtsmittellegitimiert ist. Zusammenfassend geht es somit um ein Rekursrecht gegen den Bestellungsbeschluss generell. Nach hL und stRsp⁷² steht sowohl dem Gemeinschuldner als auch jedem einzelnen Konkursgläubiger hinsichtlich dieser beiden Fragen ein Rekursrecht zu, *nicht* so hingegen dem Masseverwalter. Begründet wurde dies in der Entscheidung des OLG Linz aus dem Jahr 1995 folgendermaßen⁷³: Da das Antragsrecht der Gläubigerversammlung hinsichtlich der *Enthebung* einzelner Ausschussmitglieder gesetzlich ausdrücklich geregelt sei, stehe dem einzelnen Konkursgläubiger sowie dem Gemeinschuldner in dieser Angelegenheit lediglich ein Anregungsrecht zu, weshalb auch deren Rekurslegitimation zu verneinen sei. Da hinsichtlich der *Bestellung* eines Ausschussmitglieds keine ausdrückliche gesetzliche Beschränkung vorläge, müsste dies im Zweifel bedeuten, dass allen Verfahrensbeteiligten ein Rekursrecht dagegen zustünde⁷⁴. Jedoch habe dies hinsichtlich der Rechtslage vor dem IRÄG 1982 gegolten, wo die Bestellung des Gläubigerausschusses noch in die primäre Kompetenz der

⁷¹ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 8; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 88 Rz 4; Feil, KO⁵ § 88 Rz 2; Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch, Sanierung III Kap 12.2/3.

⁷² Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 88 Rz 4; OLG Linz 06.02.1995, 2 R 272, 274/94 = ZIK 1995, 190; Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch, Sanierung III Kap 12.2/8.

⁷³ OLG Linz 06.02.1995, 2 R 272, 274/94 = ZIK 1995, 190.

⁷⁴ Vgl OGH 12.09.1928, 2 Ob 644/28 = SZ 10/128: Gemeinschuldner, Masseverwalter und Konkursgläubiger.

Gläubigerversammlung fiel und das Konkursgericht diese Entscheidung lediglich bestätigen musste. Da jedoch zum einen die Neuregelung im Jahr 1982 laut den ErläutRV der Verbesserung des Minderheitenschutzes im Ausschuss dienen sollte⁷⁵, zum anderen der Justizausschuss auch eine legislative Annäherung an den Gläubigerbeirat⁷⁶ versuchte⁷⁷, kann nicht angenommen werden, dass mit dieser Neuregelung eine Beseitigung oder Einschränkung der Kontrollrechte der Verfahrensbeteiligten angestrebt wurde. Nachdem die Gläubigerautonomie hinsichtlich der Auswahl der Repräsentanten aus Gründen der Rechtsangleichung der Konkursordnung mit der Ausgleichsordnung beschnitten wurde, sei nicht zu erwarten, dass dies auch hinsichtlich der Kontrollrechte gelte, weshalb auch der einzelne Gläubiger ein Rechtsmittel gegen den Bestellungsbeschluss ergreifen dürfe. Was jedoch für einzelne Gläubiger gelte, müsse auch den Gemeinschuldner betreffen, sofern das Gesetz nicht ausdrücklich anderes anordne. Als zusätzliche Begründung wurde noch angeführt, dass auch der Bestellungsmodus nach § 36 Abs 1 AO den einzelnen Gläubigern wie dem Ausgleichsschuldner eine Anfechtungsmöglichkeit offen ließe⁷⁸, was im Sinne der durch das IRÄG 1982 beabsichtigten Angleichung auch für das Konkursrecht gelten müsse.

Eine andere Auffassung vertreten hingegen *Chalupsky/Duursma-Kepplinger*⁷⁹, die ein Rekursrecht der Konkursgläubiger, des Gemeinschuldners sowie auch des Masseverwalters ablehnen. Diese Personen hätten zum einen nach hA kein Recht zur Stellung eines Antrags auf Bestellung eines Gläubigerausschusses, weshalb ihnen auch ein Rekursrecht gegen einen solchen Beschluss verwehrt werden müsse. Zum anderen könne mangels öffentlicher Bekanntmachung bzw mangels individueller Zustellung des Beschlusses über die Bestellung eines Gläubigerausschusses an die einzelnen Konkursgläubiger und den Gemeinschuldner dessen Rechtskraft nicht festgestellt werden bzw eintreten.

⁷⁵ ErläutRV zum IRÄG 1982, 3 BlgNR 15. GP 55.

⁷⁶ Geregelt in § 36 AO - dieser war schon nach damaligem Recht vom Gericht beizuordnen.

⁷⁷ Vgl ErläutRV zum IRÄG 1982, 1147 BlgNR 15. GP 23.

⁷⁸ Vgl OGH 25.02.1925, Ob I 128/25 = SZ 7/62.

⁷⁹ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 8.

Zudem dürfe die oben erläuterte „Einzelfallentscheidung“ des OLG Linz⁸⁰ nicht verallgemeinert werden.

Zwar stimmt es, dass einzelne Konkursgläubiger kein Antragsrecht hinsichtlich der Bestellung eines Gläubigerausschusses haben und ihnen in der gleich gelagerten Situation hinsichtlich der Enthebung von Ausschussmitgliedern, wo lediglich die Gläubigerversammlung antragsberechtigt ist, ebenfalls kein Rekursrecht zuerkannt wird. Jedoch wird man – der Entscheidung des OLG Linz folgend – sagen müssen, dass die durch das IRÄG 1982 erfolgte gänzliche Verlagerung der Auswahlbefugnis auf das Konkursgericht, wobei den Konkursgläubigern nunmehr lediglich ein Präsentationsrecht zusteht, eine eingreifende Änderung dargestellt hat und im Sinne einer Angleichung an die AO richtigerweise davon ausgegangen werden muss, dass den Konkursgläubigern und dem Gemeinschuldner ein Rekursrecht zusteht. Der Gläubigerbeirat im Ausgleichsverfahren erfüllt im Wesentlichen die gleichen Funktionen wie der Gläubigerausschuss im Konkursverfahren, weshalb es mE widersprüchlich wäre, in dem einen Verfahren eine Rechtsmittelbefugnis anzunehmen, im anderen aber nicht. Darüber hinaus stellt dieses Rekursrecht gegen die Bestellung einzelner Ausschussmitglieder die einzige Möglichkeit für die Konkursgläubiger dar, gegen die Bestellung eines bestimmten Mitglieds vorzugehen, da eine nachfolgende Enthebung durch das Konkursgericht ex lege (vgl § 88 Abs 3 KO) nur durch Antrag der Gläubigerversammlung in Frage kommen kann. Der Gläubigerausschuss hat zwar primär die Interessen aller Verfahrensbeteiligten zu wahren⁸¹, jedoch dient das Konkursverfahren vornehmlich der bestmöglichen Befriedigung der geschädigten Konkursgläubiger⁸², dh hauptsächlich deren Interessen wie auch jenen des Gemeinschuldners. Deshalb muss für diese auch die Möglichkeit bestehen, die Zusammensetzung wie auch die Zweckmäßigkeit eines Organs, das über so wesentliche Belange, wie etwa die bestmögliche Verwertung des Unternehmens, entscheidet und als Überwachungsorgan für Handlungen des

⁸⁰ OLG Linz 06.02.1995, 2 R 272, 274/94 = ZIK 1995, 190.

⁸¹ Siehe hiezu Punkt 6.2.

⁸² Vgl § 1 Abs 2 KO: „Die Konkursmasse ist [...] zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Konkursgläubiger zu verwenden“; siehe auch *Schubert* in *Konecny/Schubert*, KO § 6 Rz 1, §§ 19, 20 Rz 36; *Senoner* in *Konecny/Schubert*, KO § 167 Rz 1.

Masseverwalters fungiert, zu hinterfragen. ME ist dieser Fall ähnlich gelagert wie hinsichtlich der Bestellung des das Konkursverfahren abwickelnden Masseverwalters, wo den Konkursgläubigern wie auch dem Gemeinschuldner unumstritten ein Rekursrecht gegen die Bestellung einer bestimmten Person zukommt⁸³.

Dass hingegen dem Masseverwalter (noch) kein Rekursrecht gegen den Bestellungsbeschluss zugestanden wird, hängt mit der derzeitigen Rechtslage zusammen, nach der ihm auch kein Antragsrecht auf Einsetzung eines Gläubigerausschusses zukommt⁸⁴. Begründet wird dies von *Reisch* damit, dass er sein Amt grundsätzlich selbst ohne Anspruch auf Unterstützung, aber auch ohne Anspruch auf bloß richterliche Kontrolle auszuüben hat⁸⁵. Nimmt man richtigerweise nunmehr seit der InsNov 2002 ein echtes Antragsrecht des Masseverwalters an, wird man ihm somit folgerichtig auch ein Rekursrecht zuerkennen müssen.

Richtigerweise wird man – wie *Reisch* ebenfalls zutreffend ausführt⁸⁶ – dem Argument der mangelnden Feststellbarkeit der Rechtskraft entgegenhalten müssen, dass mit der seit der InsNov 2002 vorgeschriebenen öffentlichen Bekanntmachung der Beiordnung eines Gläubigerausschusses sowie seiner Mitglieder gemäß § 174 Abs 2 KO die Wirkung der Zustellung des Beschlusses eintritt. Aus diesem Grund lässt sich der genaue Tag des Eintritts der Rechtskraft problemlos von jedem Konkursgläubiger wie auch dem Gemeinschuldner ermitteln.

⁸³ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ III § 80 Rz 47; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 80 Rz 8; *Petschek/Reimer/Schiemer*, *Insolvenzrecht* 155; *Feil*, KO⁵ § 80 Rz 2.

⁸⁴ Vgl vorher Punkt 4.1.

⁸⁵ *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, *Sanierung* III Kap 12.2/9.

⁸⁶ *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, *Sanierung* III Kap 12.2/9.

4.4. ZEITPUNKT DER BESTELLUNG

§ 88 Abs 1 KO ordnet an, dass das Konkursgericht dem Masseverwalter bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen *unverzüglich* einen Gläubigerausschuss beizuordnen hat. Folgt man den Materialien⁸⁷, so ist grundsätzlich nicht bis zur ersten Gläubigerversammlung zuzuwarten, sondern sogleich bei Konkurseröffnung ein Gläubigerausschuss zu bestellen⁸⁸.

Sollte die Bestellung nicht zu diesem Zeitpunkt erfolgen, besteht auch später noch die Möglichkeit, dem Masseverwalter einen Gläubigerausschuss beizustellen, sobald es geboten erscheint. Ein diesbezüglicher Antrag kann gemäß § 88 Abs 1 Satz 1 KO sowohl von der ersten Gläubigerversammlung als auch von einer späteren zur Verhandlung dieses Gegenstands einberufenen Gläubigerversammlung gestellt werden, wobei im zweiten Fall die Tagesordnung eine entsprechende Ankündigung zu enthalten hat. Das Konkursgericht trifft bei Vorliegen eines solchen Antrags die Pflicht zur Prüfung, ob die Voraussetzungen zur Bestellung eines Gläubigerausschusses vorliegen. Der obligatorische Gläubigerausschuss hingegen ist vor allem von Amts wegen bei bevorstehenden, ausschusspflichtigen Verwertungshandlungen zu bestellen, somit spätestens dann, wenn der Masseverwalter anzeigt, eine (nach dem Verfahrensgegenstand zulässige, nicht durch das Fortführungsgebot oder durch Verwertungsverbote gehinderte⁸⁹) ausschusspflichtige Verwertung vornehmen zu wollen.

Bezüglich des Gebots der unverzüglichen Bestellung ist mE die Schlussfolgerung, dass ein Gläubigerausschuss bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen grundsätzlich *sogleich* bei Konkurseröffnung

⁸⁷ ErläutRV zum IRÄG 1982, 1147 BlgNR 15. GP 23.

⁸⁸ Siehe auch *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 276; *Heil*, Insolvenzrecht, Rz 146; *Feil*, KO⁵ § 88 Rz 2; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 9; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 88 Rz 5.

⁸⁹ *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.2/5.

zu bestellen ist⁹⁰, in der Praxis schwierig umzusetzen, weil dies eine Kenntnis der für die Bestellung eines Gläubigerausschusses maßgeblichen Umstände schon bei Konkurseröffnung voraussetzen würde. Dies ist jedoch nur in Ausnahmefällen der Fall, so vor allem dann, wenn Gemeinschuldner Anträge auf Konkurseröffnung stellen, die professionell und mit allen für die Beurteilung der Begebung eines Gläubigerausschusses erforderlichen Informationen ausgearbeitet sind. Als Lösung könnte man auch eine Prüfung dieser Voraussetzungen schon im Eröffnungsverfahren fordern, wo zusätzlich den Gläubigern das nach dem IRÄG 1982 als einziges Mittel der Beteiligung an der Bestellung übrig gebliebene Präsentationsrecht⁹¹ vorab gewährt werden kann⁹². Sollte dies hingegen nicht möglich sein, ist sinnvollerweise bis zur ersten Gläubigerversammlung zuzuwarten, wobei das Gesetz selbst diesem Umstand Rechnung trägt und in § 74 Abs 3 KO eine erste Gläubigerversammlung in allen nicht geringfügigen Konkursen (vgl §§ 169, 170 KO) binnen 14 Tagen ab Konkurseröffnung fordert.

In der Praxis regt zumindest bei größeren Insolvenzen zumeist der Masseverwalter sofort nach seiner Bestellung und einer ersten Prüfung der vorliegenden (Unternehmens-)Verhältnisse die Begebung eines Gläubigerausschusses an⁹³.

4.5. BESTELLUNGSERFORDERNISSE DER MITGLIEDER

4.5.1. Allgemeines

Das Gesetz legt keine besonderen Bestellungserfordernisse hinsichtlich der Mitglieder des Gläubigerausschusses fest. Dennoch ist hM, dass im Hinblick auf seine Aufgaben, wozu vor allem die Überwachung und

⁹⁰ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 9; Bartsch/

Heil, Grundriß⁴ Rz 276; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 88 Rz 5.

⁹¹ Vgl Punkt 4.6.2.1.

⁹² Vgl Bartsch/Heil, Grundriß⁴ Rz 276.

⁹³ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 9.

Unterstützung des Masseverwalters sowie die Kassen- und Rechnungsprüfung zählen⁹⁴ wie auch in Anbetracht der in § 89 Abs 2 Satz 2 KO geregelten Haftung⁹⁵ ein Mindestmaß an Sachkunde der Ausschussmitglieder zu fordern ist⁹⁶. Im Hinblick auf die Unentgeltlichkeit der Tätigkeit im Gläubigerausschuss und die eingeschränkte Aufgabenstellung übertrieben erscheint die Forderung von *Petschek/Reimer/Schiemer*, die für den Masseverwalter geltenden Bestellungs Voraussetzungen auch auf die Mitglieder des Gläubigerausschusses zu übertragen⁹⁷. Ebenso unerheblich – wenngleich hinsichtlich der Überwachungstätigkeit durchaus praktisch – ist es, ob die Mitglieder des Gläubigerausschusses ihren Wohnsitz in der Nähe des Sitzes des Konkursgerichts haben⁹⁸. Zusätzlich muss man davon ausgehen, dass die Mitglieder – unbeachtlich, ob es sich um physische Personen oder um Vertreter von juristischen Personen handelt (§ 88 Abs 2 KO) – während der gesamten Tätigkeit im Ausschuss voll handlungsfähig sein müssen, um dessen Aufgaben in gehöriger Weise erfüllen zu können⁹⁹. Wie § 88 Abs 2 Satz 1 KO klarstellt, ist es hingegen nicht erforderlich, dass die Mitglieder des Gläubigerausschusses auch tatsächlich Gläubiger des Gemeinschuldners sind.

Tatsächlich sollte das Anforderungsprofil für Gläubigerausschussmitglieder nicht überspannt werden, wobei jedoch zumindest einschlägige Sachkunde und auch Grundkenntnisse auf dem Gebiet des Insolvenzrechts gefordert werden dürfen. Diese Eigenschaften

⁹⁴ Siehe dazu unter Punkt 6.3., 6.4. bzw 6.3.5.

⁹⁵ Siehe dazu unter Punkt 6.5.

⁹⁶ *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 277; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 11; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 88 Rz 10; *Feil*, KO⁵ § 88 Rz 5; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.6/1; vgl auch *Shamiyeh*, Haftung 195 FN 65, der aus § 88 Abs 1 Satz 1 KO („wenn die Eigenart oder der besondere Umfang des Unternehmens des Gemeinschuldners dies geboten erscheinen lässt“) ableitet, dass sich der Gesetzgeber von der Unterstützung durch den Ausschuss eine Verfahrenserleichterung erwartet, was wiederum entsprechende Kenntnisse und Fähigkeiten seiner Mitglieder voraussetze. Die mangelnde Sachkunde hat auf die Gültigkeit der Stimmabgabe hingegen keinen Einfluss: *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.6/8.

⁹⁷ *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 199.

⁹⁸ Vgl noch *Frankl*, Revision 34.

⁹⁹ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 13; *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 430 Anm 7; OLG Wien 30.06.1925, R II 420/25 („schon Psychopathie schließe vom Amt aus“) zit nach *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 430 Anm 7 FN 11.

werden vom Konkursgericht – welches sich durch die Bestellung des Gläubigerausschusses eine Verfahrenserleichterung erwartet – im eigenen Interesse vor der Bestellung zu untersuchen sein. Die vor allem im Hinblick auf Großinsolvenzen unschätzbare Praxiserfahrung ist durch die österreichische Bestellungspraxis in den meisten Fällen ohnehin vorhanden, weil hauptsächlich Gläubigerschutzverbände bzw die Finanzprokuratur zu Mitgliedern bestellt werden und somit die Zusammensetzung des Gläubigerausschusses oft identisch ist¹⁰⁰.

4.5.2. Negative Voraussetzungen

Ein bestimmter Personenkreis darf unstrittig *nicht* zu einem Mitglied des Gläubigerausschusses bestellt werden:

- der Konkursrichter¹⁰¹,
- der Masseverwalter¹⁰² wie auch sein allfälliger Stellvertreter oder ein besonderer Verwalter¹⁰³ sowie
- der Gemeinschuldner¹⁰⁴ sowie sein gesetzlicher Vertreter¹⁰⁵, wozu auch allfällige Geschäftsführer sowie die im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bestellten Vorstandsmitglieder zu zählen sind. Hingegen sind *ehemalige* Vorstandsmitglieder von diesem Ausschluss grundsätzlich nicht

¹⁰⁰ Siehe Punkt 4.6.3.4.

¹⁰¹ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzzrecht⁴ III § 88 Rz 12; Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch, Sanierung III Kap 12.6/2.

¹⁰² Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 88 Rz 10; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzzrecht⁴ III § 88 Rz 12; Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch, Sanierung III Kap 12.6/1.

¹⁰³ Pollak in Bartsch/Pollak, KO³ I 430 Anm 7; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzzrecht⁴ III § 88 Rz 12; Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch, Sanierung III Kap 12.6/1.

¹⁰⁴ Pollak in Bartsch/Pollak, KO³ I 430 Anm 7: arg § 1 KO; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 88 Rz 10; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzzrecht⁴ III § 88 Rz 12; Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch, Sanierung III Kap 12.6/1.

¹⁰⁵ OLG Wien 13.05.1996, 28 R 62/96k zit nach Mohr, KO¹⁰ § 88 E 5; Pollak in Bartsch/Pollak, KO³ I 430 Anm 7; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzzrecht⁴ III § 88 Rz 12.

betroffen¹⁰⁶. Diese Ansicht ist zu befürworten, weil solche Personen als ehemalige wirtschaftliche Leitfiguren des Unternehmens oft einen besonderen Einblick in die Struktur und Funktionsweise eines Großunternehmens haben und auf diese Weise sowohl dem Masseverwalter mit ihren Informationen seine Aufgaben erleichtern als auch die restlichen Ausschussmitglieder bei ihrer Überwachungsaufgabe unterstützen und bei einem etwaigen Verkauf des Unternehmens mit ihrem Insider-Wissen den für alle Beteiligten bestmöglichen Kaufpreis ermitteln können.

Im Hinblick auf die unabhängige Stellung des Gläubigerausschusses problematisch wird nach hM zu Recht auch die Bestellung von Personen angesehen, die in einem solchen Verhältnis zum Gemeinschuldner stehen, das ihre Bestellung zum Masseverwalter gemäß § 80b Abs 1 KO (früher: § 80 Abs 3 KO) ausschließen würde¹⁰⁷. Dabei handelt es sich bei analoger Anwendung dieser Bestimmung um nahe Angehörige im Sinne des § 32 KO, worunter der Ehegatte und sonstige Personen zu verstehen sind, die mit dem Gemeinschuldner oder dessen Ehegatten in gerader Linie oder bis zum vierten Grad der Seitenlinie verwandt oder verschwägert sind, ferner Wahl- und Pflegekinder sowie Personen, die mit dem Gemeinschuldner in außerehelicher Gemeinschaft leben. Zusätzlich können aber auch andere, nicht in § 32 KO genannte Angehörigenverhältnisse, wie etwa Verwandtschaft zum Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin, ein Hindernis für die Bestellung zum Masseverwalter – und somit auch zu einem Ausschussmitglied – darstellen¹⁰⁸. Für den Mitgliedswerber erschwerend sind diese Verwandtschaftsverhältnisse auch in Bezug zum Masseverwalter oder Konkursrichter in diesem Konkursverfahren¹⁰⁹. Jedoch sind all diese Personen nicht ex lege von der Mitgliedschaft ausgeschlossen, sodass die Vereinbarkeit mit einer Mitgliedschaft im Gläubigerausschuss im Einzelfall vom

¹⁰⁶ OLG Wien 20.11.1925, R II 994/25 zit nach Pollak in Bartsch/Pollak, KO³ I 430 Anm 7 FN 10; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 12.

¹⁰⁷ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 88 Rz 10; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 12.

¹⁰⁸ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 80 Rz 7; Pollak in Bartsch/Pollak, KO³ I 393 Anm 4.

¹⁰⁹ Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch, Sanierung III Kap 12.6/2.

Konkursgericht zu prüfen ist¹¹⁰. Aus diesem Grund ist der Kreis der von der Bestellung zum Mitglied des Gläubigerausschusses ausgeschlossenen Personen auch nicht auf die zur Auslegung durchaus heranzuziehende Bestimmung des § 32 KO beschränkt, sondern wird nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen sein, wann das Verhältnis eines Ausschussmitglieds zum Gemeinschuldner bzw einer Gerichtsperson generell die Ausübung seiner Funktion zum Interesse aller Beteiligten im Ausschuss unmöglich macht¹¹¹. Um sich dem Vorwurf subjektiver Meinungsbildung dieser Mitglieder hinsichtlich der im Ausschuss gefassten Beschlüsse zu entziehen, wird wohl aus Zweckmäßigkeitsgründen von einer Bestellung von Angehörigen im Sinne des § 32 KO abzusehen sein.

Die Gefahr von Interessenkollisionen¹¹², die sich im Hinblick auf den Reorganisationsprüfer als potentiellen Masseverwalter ergeben können, ist hingegen bei einer Bestellung desselben als Ausschussmitglied ausgeschlossen. Zwar kann der Reorganisationsprüfer vom Masseverwalter zur persönlichen Haftung für die Verletzung seiner Pflichten nach dem URG herangezogen werden¹¹³, jedoch zählt die Überprüfung und Betreibung dieses Schadenersatzanspruchs nicht zu den vornehmlichen Aufgaben des Gläubigerausschusses, sondern fällt eben in die Kompetenz des Masseverwalters. Aus diesem Grund ist die analoge Anwendung (auch) von § 80b Abs 1 Satz 2 letzter Teilsatz KO im Zusammenhang mit der Mitgliedschaft im Gläubigerausschuss nicht unbedingt geboten.

Im Sinne einer analogen Anwendung des § 32 Abs 2 KO ebenfalls ausgeschlossen für eine potentielle Bestellung zu einem Mitglied des Gläubigerausschusses sind die Gesellschafter und frühere Gesellschafter einer gemeinschuldnerischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die im letzten Jahr vor der Konkurseröffnung aus der Gesellschaft ausgeschieden sind. Das gleiche gilt für die nahen Angehörigen dieser Gesellschafter. Damit sollte durch die Novelle 1925 mit der Erweiterung des Begriffs der nahen

¹¹⁰ *Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.6/2.

¹¹¹ Vgl etwa den Fall, dass ein Großgläubiger sowohl in den Gläubigerausschuss der in Konkurs geratenen Muttergesellschaft als auch in den Gläubigerausschuss einer ihrer Tochtergesellschaften bestellt wird. Auch hier können wechselseitige Ansprüche bestehen, die eine Interessenkollision bewirken.

¹¹² ErläutRV zum IRÄG 1997, 734 BlgNR 20. GP 44.

¹¹³ *Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert*, KO § 80 Rz 11; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 80 Rz 7.

Angehörigkeit dem Umstand Rechnung getragen werden, dass bei einer GmbH die Gesellschafter wirtschaftlich die Träger des Gesellschaftsvermögens sind¹¹⁴. Nicht als naher Angehöriger eingestuft wurde hingegen eine andere GmbH, bei der ein Gesellschafter der gemeinschuldnerischen GmbH Gesellschafter-Geschäftsführer ist¹¹⁵.

Zwar wurde auf eine Regelung, wonach kein direkter Konkurrent des Gemeinschuldners in den Gläubigerausschuss berufen werden sollte, bewusst verzichtet¹¹⁶, doch wird man nach eingehender Prüfung der Umstände oft zu dem Schluss kommen, dass insbesondere eine erfolgreiche Fortführung durch diese Personengruppe gehemmt werden könnte¹¹⁷.

4.5.3. Rechtsfolgen bei Mangel eines gesetzlichen Erfordernisses

Aus Gründen der Rechtssicherheit ist die Bestellung eines Mitglieds, dem ein gesetzliches Erfordernis hierfür fehlt, trotzdem grundsätzlich gültig¹¹⁸. Jedoch kann dieser Mangel als Enthebungsgrund gemäß § 88 Abs 4 KO betrachtet werden, dessen Aufgreifen – sofern er nicht von Amts wegen wahrgenommen wird – von jedem Beteiligten *angeregt* werden kann¹¹⁹. Lediglich die Gläubigerversammlung hat gemäß § 88 Abs 3 KO die Möglichkeit, bei Vorliegen wichtiger Gründe einen *Antrag* auf Enthebung zu stellen¹²⁰.

¹¹⁴ Amtsblatt der österreichischen Justizverwaltung 1934, Stück 10, Seite 103 zit nach *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ I § 32 Rz 19 FN 25.

¹¹⁵ OGH 18.03.1987, 3 Ob 573/86 = WBI 1987, 157.

¹¹⁶ Vgl ErläutRV zum IRÄG 1982, 3 BlgNR 15. GP 38 im Hinblick auf den Gläubigerbeirat nach § 36 AO.

¹¹⁷ Vgl *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 12, die eine Bestellung direkter Konkurrenten ebenfalls ablehnen; siehe auch *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.6/2, wonach eine Bestellung von Konkurrenten in der Praxis aus Zweckmäßigkeitsgründen tunlichst vermieden werden sollte.

¹¹⁸ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 15; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.6/5.

¹¹⁹ *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 431 Anm 8; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.6/5.

¹²⁰ Siehe zu diesem Thema eingehend unter Punkt 7.2.1.

Dieser aus Gründen der Rechtssicherheit aufgestellte allgemeine Grundsatz der Gültigkeit der Bestellung wird jedoch richtigerweise im (unwahrscheinlichen) Fall durchbrochen, wenn entweder der Gemeinschuldner oder sein gesetzlicher Vertreter unzulässigerweise in den Gläubigerausschuss berufen wurden¹²¹. Dies wird von *Pollak*¹²² mit § 1 KO begründet, welcher jedoch – wie *Buchegger*¹²³ zutreffend ausführt – lediglich die Masse umschreibt. Deshalb ist der Ansicht von *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* zu folgen, die zur Begründung der Ungültigkeit der Bestellung dieser Personen zusätzlich § 3 KO heranziehen, der die Rechtsfolgen bei Zuwiderhandeln des Gemeinschuldners gegen § 1 KO normiert und sämtliche massebezogene Geschäfte des Gemeinschuldners nach Konkurseröffnung den Konkursgläubigern gegenüber relativ für unwirksam erklärt¹²⁴. Eine neuere Entscheidung des OLG Wien¹²⁵ bestätigt jedenfalls, dass die Bestellung des gesetzlichen Vertreters des Gemeinschuldners zum Mitglied des Gläubigerausschusses unwirksam ist. Daraus kann man zum einen schließen, dass dies nach wie vor eine Ausnahme von der grundsätzlichen Gültigkeit der Bestellung eines Ausschussmitglieds darstellt. Zum anderen muss diese Ungültigkeit argumentum a minori ad maius auch dann der Fall sein, wenn der Gemeinschuldner selbst als Mitglied bestellt werden sollte.

Ebenfalls als ungültig muss die Bestellung des Konkursrichters oder Masseverwalters in den Gläubigerausschuss betrachtet werden, obwohl dieser Fall in der Praxis kaum vorkommen wird.

Wenn die Bestellung nun gültig ist, stellt sich die Frage, ob in weiterer Folge auch Beschlüsse eines unrichtig zusammengesetzten

¹²¹ *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 431 Anm 9; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak*/

Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 15; eine andere Ansicht vertraten noch *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 198, nach denen die Bestellung des Gemeinschuldners ebenfalls als gültig erachtet wurde, jedoch bei dessen Mitstimmen Beschlüsse eines derart fehlbesetzten Gläubigerausschusses ähnlich wie bei der Teilnahme eines Nichtrichters in einem Richtersenat automatisch schlechthin unwirksam gewesen wären.

¹²² *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 431 Anm 9.

¹²³ *Buchegger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ I § 3 Rz 17, wonach § 1 KO lediglich den Konkursbeschluss verfügt und das betroffene Vermögen des Gemeinschuldners umschreibt, ohne etwaige Rechtsfolgen bei Zuwiderhandlungen aufzustellen.

¹²⁴ *Buchegger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ I § 3 Rz 17; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 15; vgl. zum Meinungsstand auch *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.6/7.

¹²⁵ OLG Wien 13.05.1996, 28 R 62/96k zit. nach *Mohr*, KO¹⁰ § 88 E 5.

Gläubigerausschusses gültig sind bzw ob es einen Unterschied macht, ob sich der Bestellungsfehler im Stimmverhalten niederschlug oder nicht. Diese Frage wurde bislang in Rechtsprechung und Literatur wegen der offenbar geringen praktischen Bedeutung nicht näher behandelt. Aufgrund der allgemein herrschenden Ansicht, dass die fälschliche Bestellung zu einem Mitglied des Gläubigerausschusses – ausgenommen es handelt sich um den Gemeinschuldner bzw seinen Stellvertreter, den Masseverwalter oder den Konkursrichter – grundsätzlich (vorerst) gültig ist, ist davon auszugehen, dass auch aufgrund einer unrichtigen Zusammensetzung gefasste Beschlüsse gültig sind¹²⁶. Sinnvollerweise wird man jedoch zusätzlich auch in anderen gravierenden Fällen, wie etwa Organidentität oder wenn sich ein Naheverhältnis in einer konkret beabsichtigten, vorsätzlichen Schädigung der Konkursmasse niederschlägt¹²⁷, von einer (offensichtlichen) Ungültigkeit von Ausschussbeschlüssen ausgehen müssen, wobei hier der Aufsichtspflicht des Konkursgerichts nach § 95 KO erneut große Bedeutung zukommt.

Aus Gründen der Rechtssicherheit ist das Vertrauen Dritter auf einen gültigen Ausschussbeschluss mit Außenwirkung nach Ablauf der achttägigen Frist des § 95 Abs 2 KO geschützt, sodass nach diesem Zeitpunkt lediglich Haftungsfolgen im Innenverhältnis vorliegen können.

4.6. MITGLIEDER

4.6.1. Allgemeines

Die Mitglieder des Gläubigerausschusses werden nicht willkürlich ausgewählt. In § 88 Abs 1 Satz 3 KO ist statuiert, dass das Konkursgericht bei ihrer Bestellung, wenn tunlich, auf Vorschläge der Gläubiger, der im Unternehmen errichteten Organe der Belegschaft sowie der gesetzlichen und der freiwilligen Interessenvertretungen der Gläubiger Bedacht zu nehmen hat.

¹²⁶ Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch, Sanierung III Kap 12.6/7.

¹²⁷ Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch, Sanierung III Kap 12.6/8.

Diese „Vorschläge“ – bei deren Nichteinholung sich die Gläubiger wohl lediglich beim Konkursgericht gemäß § 84 Abs 3 KO beschweren können – dienen jedoch nur der Information des Gerichts, welches bei der Auswahl der Mitglieder daran in keiner Weise gebunden ist¹²⁸. Ein weitergehender Einfluss der Gläubiger auf die Zusammensetzung des Gläubigerausschusses – wie die in § 88 Abs 2 KO aF vorgesehene (praktisch nie bedeutsam gewordene) Möglichkeit der Bestellung eines Minderheitsvertreters – wurde unter Hinweis auf die Verantwortung des Gerichts für die Auswahl der Gläubigerausschussmitglieder im Zuge des IRÄG 1982 beseitigt¹²⁹. Das Konkursgericht ist insofern in der Bestellung der Mitglieder des Gläubigerausschusses nicht völlig frei, da von Gesetzes wegen gemäß § 88 Abs 1 Satz 1 KO zwingend ein Mitglied für die Belange der Arbeitnehmer zu bestellen ist¹³⁰.

4.6.2. Präsentationsrecht

Wie bereits dargelegt ist vom Konkursgericht gemäß § 88 Abs 1 Satz 3 KO auf Vorschläge verschiedener Personen bzw Institutionen „Bedacht zu nehmen“. Im Einzelnen handelt es sich um ein Präsentationsrecht:

¹²⁸ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 17; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 88 Rz 6; Feil, KO⁵ § 88 Rz 3; OGH 24.01.2002, 8 Ob 281/01h = ZIK 2002/138, 100 = EvBl 2002/103, 389.

¹²⁹ ErläutRV zum IRÄG 1982, 1147 BlgNR 15. GP 23; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 88 Rz 6; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 17; Heil, Insolvenzrecht, Rz 147; Chalupsky/Ennöckl/Holzapfel, Handbuch 225: nach § 88 Abs 2 KO aF konnte eine Minderheit von Gläubigern, deren Wahlvorschlag keine Berücksichtigung fand, verlangen, dass neben den Gewählten eine von ihnen namhaft gemachte Person als Mitglied und eine als dessen Ersatzmann in den Gläubigerausschuss aufgenommen werden. Dieses Minderheitenwahlrecht wurde durch das IRÄG 1982 ersatzlos beseitigt, weil der JA im Hinblick auf die Hauptverantwortung des Konkursgerichts für die Auswahl der Gläubigerausschussmitglieder entgegen dem Vorschlag der RV eine derartige Regelung für entbehrlich hielt.

¹³⁰ Siehe dazu ausführlich Punkt 4.6.3.3.

4.6.2.1. der Gläubiger

Die Konkursgläubiger haben lediglich das Recht, Vorschläge betreffend die Auswahl der Gläubigerausschussmitglieder zu machen¹³¹. Sie haben jedoch kein subjektives Recht darauf, zu einem Mitglied des Gläubigerausschusses bestellt zu werden, wobei dem Betreffenden gegen den einen solchen Antrag ablehnenden Beschluss auch die Rekurslegitimation fehlt¹³². Die Vorschläge müssen nicht unbedingt in einer Gläubigerversammlung gemacht werden, weil das Konkursgericht gemäß § 88 Abs 1 Satz 1 KO bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen unverzüglich einen Gläubigerausschuss zu bestellen hat und somit nicht bis zur ersten Versammlung zuzuwarten ist¹³³. Dies widerspricht zwar dem Ausschussbericht¹³⁴, wo bloß davon gesprochen wird, dass die Gläubiger „in der Gläubigerversammlung Vorstellungen über den Gläubigerausschuss darlegen können“, ist aber hL und entspricht auch dem eindeutigen Gesetzeswortlaut¹³⁵. Würde man § 88 KO anders interpretieren, hätte dies zur Folge, dass eine Äußerungsmöglichkeit der Gläubiger praktisch entfallen würde, da ein Gläubigerausschuss in vielen Fällen bereits vor Abhaltung der ersten Gläubigerversammlung sogleich bei Konkurseröffnung eingesetzt wird.

4.6.2.2. von anderen Institutionen

Neben den Gläubigern haben gemäß § 88 Abs 1 Satz 3 KO auch die im Unternehmen errichteten Organe der Belegschaft sowie die gesetzlichen und freiwilligen Interessenvertretungen der Gläubiger einschließlich der bevorrechteten Gläubigerschutzverbände ein Vorschlagsrecht. Von Gesetzes

¹³¹ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 88 Rz 6; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/

Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 16; Feil, KO⁵ § 88 Rz 3.

¹³² Feil, KO⁵ § 88 Rz 3; OGH 24.01.2002, 8 Ob 281/01h = ZIK 2002/138, 100 = EvBl 2002/103, 389.

¹³³ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 88 Rz 6; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/

Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 16.

¹³⁴ ErläutRV zum IRÄG 1982, 1147 BlgNR 15. GP 23.

¹³⁵ Vgl Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 88 Rz 6.

wegen sind die Organe der Belegschaft und die gesetzlichen Interessenvertretungen jedenfalls zu vernehmen, sofern dies rechtzeitig möglich ist, um sicherzustellen, dass das die Belange der Arbeitnehmer wahrnehmende Ausschussmitglied unter Berücksichtigung der innerbetrieblichen Willensbildung ausgewählt wird¹³⁶.

4.6.2.3. Rechtsmittel gegen die Bestellung eines Mitglieds des Gläubigerausschusses

Ob den Konkursgläubigern, dem Gemeinschuldner und dem Masseverwalter ein Rekursrecht gegen die Bestellung eines Gläubigerausschussmitglieds zusteht, wurde bereits oben unter Punkt 4.3. ausführlich dargelegt¹³⁷. Nach hM steht jedenfalls jedem einzelnen Konkursgläubiger sowie dem Gemeinschuldner gegen die Bestellung eines Ausschussmitglieds der Rekurs offen.

4.6.2.4. EXKURS: Gläubigerausschussmitglieder als Gegenstand einer Ablehnung?

Bislang wurde die Frage, ob ein einzelnes Mitglied des Gläubigerausschusses Gegenstand einer Ablehnung im Sinne der §§ 19ff, 26f JN sein könne, lediglich in einer Entscheidung des OLG Linz aus dem Jahr 1995¹³⁸ erörtert. Der OGH wurde bislang mit diesem Problem noch nicht befasst. In der gegenständlichen Entscheidung sprach das OLG aus, dass im Falle des Vorliegens von Gründen für Interessenskonflikte oder für ein Tätigwerden eines Mitglieds des Gläubigerausschusses in eigener Sache die

¹³⁶ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 88 Rz 7; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 22; Feil, KO⁵ Rz 4; ErläutRV zum IRÄG 1982, 1147 BlgNR 15. GP 11.

¹³⁷ Vgl. Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 88 Rz 6; Feil, KO⁵ § 88 Rz 3; OLG Linz 06.02.1995, 2 R 272, 274/94 = ZIK 1995, 190; aA Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 8, 18.

¹³⁸ OLG Linz 06.02.1995, 2 R 272, 274/94 = ZIK 1995, 190.

Zulässigkeit einer Ablehnung analog der von Gerichtspersonen zu erwägen sei. Begründet wurde dies folgendermaßen:

Auch wenn der Gemeinschuldner keinen verfahrensrechtlichen Anspruch habe, die Enthebung eines Ausschussmitglieds zu verlangen, könne daraus nicht auch geschlossen werden, dass von vornherein das Recht jedes Verfahrensbeteiligten abgeschnitten werde, in Ansehung eines Organs, dessen verfahrensrechtliche Mitbestimmungsgewalt in die Rechtssphäre von Verfahrensbeteiligten eindringen könne, Behinderungsgründe geltend zu machen, die den Ausschließungsgründen des § 20 JN in Ansehung von Richtern gleichkämen. Zwar könne der Gemeinschuldner nach herrschender Meinung gewisse Umstände als Rekursgründe gegen die Bestellung eines Gläubigerausschussmitglieds ins Treffen führen, jedoch dürfe dadurch ein allenfalls zusätzliches Ablehnungsrecht nicht beseitigt werden, denn wenn dem Gemeinschuldner der Ausschließungsgrund erst nach Ablauf der Rekursfrist bekannt werden sollte, dann könnte er – falls er in dieser Hinsicht nur auf das Kontrollrecht des Rekurses beschränkt wäre – diesen Ausschließungsgrund nicht mehr geltend machen. Ausschließungsgründe seien grundsätzlich in Form eines Ablehnungsantrages geltend zu machen¹³⁹. Sei der Ablehnungsantrag nicht aus formellen Gründen zurückzuweisen, habe das Konkursgericht das in den §§ 22ff JN geregelte Verfahren einzuleiten, wobei dieses Verfahren für Richter gelte, während hingegen für alle anderen gerichtlichen Organe, sofern sie nicht in § 26 JN aufgezählt seien, § 27 JN gelten müsse. Der VwGH habe allerdings in seinem Erkenntnis vom 21.01.1966¹⁴⁰ den Anwendungsbereich dieser Gesetzesstelle auf solche gerichtliche Organe eingeschränkt, denen eine bloß untergeordnete Funktion zukomme, wobei der Masseverwalter jedenfalls nicht darunter falle. Ebenso stelle ohne Zweifel die organschaftliche Mitwirkung im Gläubigerausschuss nach dessen ihm in der Konkursordnung zugewiesenen Kompetenzen keine bloß untergeordnete gerichtliche Funktion dar. Sie übersteige sogar die organschaftliche Bedeutung der Funktion des Masseverwalters insoweit, als der Gläubigerausschuss nach der Konkursordnung gleichsam gerichtliche Entscheidungen zu treffen hätte, die – auch wenn sie einer Kontrolle durch den Konkursrichter unterliegen würden – tief in materielle Rechte von

¹³⁹ OLG Linz 06.08.1991, 2 R 197, 198/91 = RZ 1992/88, 264.

¹⁴⁰ VwGH 21.01.1966 Slg NF 6844 (A) = ÖJZ 1966, 613.

Verfahrensbeteiligten eingreifen könnten, zB wenn der Gläubigerausschuss gemäß § 119 Abs 5 KO Ausscheidungen beschließen oder verweigern würde. Sohin dränge sich die Frage auf, ob nicht hier mit den Mitteln der Gesetzesauslegung gemäß §§ 6, 7 ABGB eine Lücke im System des Verfahrensrechts geschlossen werden müsse, denn es erscheine undenkbar, dass die Parteien Richter und Rechtspfleger, aber auch Schriftführer, Kanzleibedienstete und Gerichtsvollzieher (§ 26 JN), ja sogar Gerichtsdienster und Ausrufer ablehnen könnten, nicht aber ein Mitglied des Gläubigerausschusses mit dessen ihm gesetzlich überbürdeten Entscheidungsgewalt. Sogar für Sachverständige, denen keinerlei Entscheidungsgewalt eines Gerichtsorgans zustehe, sehe die ZPO ein Ablehnungsverfahren mit Rechtsmittelmöglichkeiten vor (§ 355, 356 ZPO). Natürlich sei es diskutabel, beim Gläubigerausschussmitglied die Geltendmachung von Ablehnungsgründen in den Bereich der Enthebungsmöglichkeiten zu verlagern, wie dies der VwGH in seinem zitierten Erkenntnis in Ansehung des Masseverwalters dargelegt hätte. Beim Gläubigerausschussmitglied würde diese Rechtsschutzmöglichkeit schon deshalb nicht ausreichen, weil Gläubiger und Gemeinschuldner die Enthebung eines Gläubigerausschussmitglieds nur anregen, aber nicht beantragen könnten. Die trotz des IRÄG 1982 dem Gemeinschuldner belassene Möglichkeit, die Bestellung des Gläubigerausschussmitglieds mit Rekurs anzufechten, reiche auch nicht aus. Denkbar wäre es, die Geltendmachung des in diesem Zusammenhang wohl wichtigsten Ausschlussgrundes, der organschaftlichen Tätigkeit in eigener Sache, in den Bereich der Anfechtung von Beschlüssen des Gläubigerausschusses zu verlagern, bei denen ein Ausschussmitglied entgegen dem Verbot nach § 89 Abs 3 letzter Satz KO mitgestimmt hat. Schließlich wurde dem Erstgericht in teilweiser Stattgebung des Rekurses aufgetragen, über die Ablehnung des Gläubigerausschussmitglieds durch die Gemeinschuldnerin förmlich abzusprechen.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Argumentation von *Chalupsky/Duursma-Kepplinger*¹⁴¹:

Eine Anwendung dieser Ausschluss- bzw Ablehnungsgründe auf den Masseverwalter sei von der Rechtsprechung bisher zu Recht abgelehnt worden¹⁴². Eine solche (analoge) Anwendung dieser Vorschriften der JN wäre nicht nur systemfremd, sondern brächte erhebliche praktische Probleme mit sich, da dies zu einer Unterscheidung von „konkursspezifischen Kernpflichten“ und „bloß konkursspezifischen Pflichten“ des Masseverwalters veranlassen würde. Eine Ablehnung des Masseverwalters sei nämlich nur dann denkbar, wenn es um solche Aufgaben ginge, die vor dem Konkursgericht zu tätigen seien bzw dessen Jurisdiktion im engeren Sinn (nicht bloß dessen umfassender Überwachung gemäß § 84 KO) unterlägen, wie etwa die Ausübung des Wahlrechts gemäß §§ 21ff KO oder Verwaltungshandlungen im Rahmen der Unternehmensfortführung. Handle es sich jedoch um Fälle, in denen der Masseverwalter als Kläger oder Beklagter in einem die Masse betreffenden Rechtsstreit vor einem Zivilgericht tätig werden würde, sei eine Ablehnung des Masseverwalters durch den Prozessgegner undenkbar, da hier der Masseverwalter zwar konkursspezifische Pflichten ausübe, aber keine unmittelbare Eingriffsmöglichkeit in das Vermögen oder die Rechte des anderen hätte. Abgesehen davon träfen weder §§ 19f JN noch §§ 26, 27 JN auf den Masseverwalter zu. Im Gegensatz zum Richter käme dem Masseverwalter auch keine endgültige Entscheidungsbefugnis zu, da er unter der Aufsicht sowohl des Gläubigerausschusses als auch des Konkursgerichts stehe und er insbesondere bei den wichtigsten und schwerwiegendsten Eingriffen (§ 117 KO) deren Genehmigung bzw Zustimmung bedürfe.

Wie bereits vom VwGH ausgeführt sei eine Ablehnung des Masseverwalters unter Heranziehung der Vorschriften des § 26 JN oder § 27 JN ebenfalls nicht möglich, da dem Masseverwalter im Gegensatz zu den dort genannten Personen nicht bloß eine untergeordnete Funktion zukäme¹⁴³. Eine analoge oder sinngemäße Anwendung käme daher bei der

¹⁴¹ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ III § 88 Rz 38ff.

¹⁴² VwGH 21.01.1966 Slg NF 6844 (A) = ÖJZ 1966, 613; vgl ebenfalls *Ballon* in *Fasching*, I² § 27 JN, Rz 2.

¹⁴³ VwGH 21.01.1966 Slg NF 6844 (A) = ÖJZ 1966, 613.

derzeitigen Rechtslage für keine der genannten Bestimmungen in Frage. De lege ferenda werde ein solches Ablehnungsrecht für den Masseverwalter diskutiert, dass eine derartige Rechtsänderung jedoch tatsächlich sinnvoll und aus Gründen des Rechtsschutzes unbedingt erforderlich sei, könne bezweifelt werden, da im Konkursverfahren ohnehin der Untersuchungsgrundsatz gelte und das Konkursgericht bei Vorliegen wichtiger Gründe den Masseverwalter gemäß § 87 Abs 1 KO zu entheben habe. Auch wenn § 87 Abs 1 KO nur davon spräche, dass das Konkursgericht den Masseverwalter entheben „kann“, sei bei Vorliegen eines wichtigen Grundes von einer diesbezüglichen Pflicht des Gerichts auszugehen¹⁴⁴.

Eine Ablehnung des Gläubigerausschusses als Kollegium sei in der betreffenden Entscheidung offenbar nicht erwogen worden, sodass es verwundere, dass gerade die rechtlichen Eingriffsmöglichkeiten dieses Konkursorgans einen wesentlichen Teil in der Begründung ausmachten. Hinsichtlich des einzelnen Mitglieds herrsche jedoch ebenso wenig ein Rechtsschutzdefizit wie in Bezug auf den Masseverwalter. Liege ein wichtiger Grund vor, so habe das Konkursgericht schon von Amts wegen dessen Enthebung auszusprechen (§ 88 Abs 3 KO). Des Weiteren bestehe ein diesbezügliches Antragsrecht der Gläubigerversammlung sowie die Möglichkeit für jeden Beteiligten, eine Enthebung anzuregen. Darüber hinaus lege § 89 Abs 3 letzter Satz KO fest, dass niemand in eigener Sache mitstimmen könne¹⁴⁵. Aus diesem Grund sei bei der geltenden Rechtslage mangels Vorliegens einer Lücke eine Ablehnung von einzelnen Mitgliedern des Gläubigerausschusses oder des Ausschusses als Kollegialorgan sowie des Masseverwalters nicht möglich¹⁴⁶.

Die Entscheidung des OLG Linz ist auch mE als mangelhaft zu beurteilen und es darf bezweifelt werden, ob der OGH diese Ansicht ebenfalls vertreten hätte. In der Begründung wird unter anderem die Ansicht vertreten, dass der Gläubigerausschuss eine höhere organschaftliche Bedeutung als der

¹⁴⁴ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, *Insolvenzrecht*⁴ III § 88 Rz 38.

¹⁴⁵ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, *Insolvenzrecht*⁴ III § 88 Rz 39.

¹⁴⁶ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, *Insolvenzrecht*⁴ III § 88 Rz 40.

Masseverwalter hätte, weil er gleichsam gerichtliche Entscheidungen treffen müsse, die tief in materielle Rechte von Verfahrensbeteiligten eingreifen können. Jedoch übersieht das OLG Linz, dass der Gläubigerausschuss zwar für den weiteren Fortgang des Unternehmens sowie für die Verwertung wesentliche Entscheidungen treffen kann, diese jedoch in allen Fällen noch dem Einfluss des Konkursgerichts¹⁴⁷ unterworfen sind, sei es, dass sie – wie in den Fällen des § 117 KO sowie § 119 Abs 5 KO – schon dem Wortlaut des Gesetzes nach einer ausdrücklichen konkursgerichtlichen Genehmigung bedürfen, sei es, dass sie der allgemeinen konkursgerichtlichen Beschlusskontrolle nach § 95 KO unterliegen, die von diesem von Amts wegen wahrgenommen werden muss. Sofern also die für den Masseverwalter geltende Rechtsprechung hinsichtlich der Anwendung der in der JN normierten Ausschluss- bzw Ablehnungsgründe im Hinblick auf die Mitglieder des Gläubigerausschusses mit dem Argument abgelehnt wird, dass dem Masseverwalter eine im organschaftlichen Gefüge des Konkursverfahrens unter den Gläubigerausschusses zu stellende Position zukommt, ist die Begründung mangelhaft.

Auch die Argumentation, dass der Gemeinschuldner etwa nach Ablauf der Rekursfrist gegen den Bestellungsbeschluss keinen Ausschließungsgrund mehr geltend machen könne, läuft ins Leere. Wie schon *Chalupsky/Duursma-Kepplinger*¹⁴⁸ richtig ausführen, gibt es im System der Konkursordnung sowohl für den Gemeinschuldner als auch für die anderen Beteiligten des Konkursverfahrens ausreichend Mittel, die Unbefangenheit eines Gläubigerausschussmitglieds in Zweifel zu ziehen (vgl insbesondere die Möglichkeit eines Enthebungsantrags durch die Gläubigerversammlung in § 88 Abs 3 KO) und den unter dessen Beteiligung getroffenen Beschluss einer konkursgerichtlichen Kontrolle zu unterziehen. Das Konkursgericht ist im Rahmen der Überwachung des Gläubigerausschusses von Amts wegen verpflichtet, ein Mitglied gemäß § 88 Abs 3 KO aus wichtigen Gründen zu entheben, wobei dem Gemeinschuldner hiezu zwar kein Antragsrecht zusteht, er jedoch eine diesbezügliche Überprüfung durch das Konkursgericht anregen kann, woraufhin dieses – dem im Konkursrecht geltenden

¹⁴⁷ Gemäß dem Grundsatz der Gerichtsherrschaft – vgl Punkt 6.

¹⁴⁸ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ III § 88 Rz 39.

Untersuchungsgrundsatz (vgl. § 173 Abs 5 KO) folgend – zur Überprüfung dieser Gründe verpflichtet ist und das Mitglied allenfalls entheben muss.

Falls die Bedenken betreffend die Ausschließung eines Gläubigerausschussmitglieds mögliche Beschlussfassungen in eigener Sache betreffen, kann dem entgegengehalten werden, dass für das Unternehmen und die Konkursmasse insgesamt wichtige Entscheidungen – vor allem solche nach § 117 KO – zusätzlich der gerichtlichen Genehmigung bedürfen, weshalb der Beschluss des Gläubigerausschusses automatisch vom Konkursgericht überprüft werden muss. Wie schon die Rechtsprechung gezeigt hat, betreffen eben die Fälle der Beschlussfassung in eigener Sache hauptsächlich unternehmensbezogene Entscheidungen¹⁴⁹, sodass eine zusätzliche Kontrolle durch das Konkursgericht nicht einmal angeregt werden muss. Zusätzlich ist auch der Masseverwalter verpflichtet, bei Bedenken hinsichtlich einer „eigenen Sache“ eines Ausschussmitglieds diese in seiner (unverzöglichen) Weiterleitung des Ausschussbeschlusses an das Konkursgericht gemäß § 95 Abs 1 KO darzulegen, um auf diese Weise eine Kontrolle des Konkursgerichts anzuregen.

Aufgrund der eben dargelegten Umstände ist die Ausschließung von einzelnen Mitgliedern des Gläubigerausschusses – wie auch die (wenn auch unrealistische) Ausschließung des gesamten Kollegialorgans – nach den Bestimmungen der JN nicht möglich¹⁵⁰.

4.6.3. Zusammensetzung

4.6.3.1. Allgemeines

Gemäß § 88 Abs 1 Satz 1 KO besteht der Gläubigerausschuss aus drei bis sieben Mitgliedern, wobei es dem Konkursgericht innerhalb dieser

¹⁴⁹ Siehe Punkt 5.2.5.

¹⁵⁰ Siehe jedoch zu den Möglichkeiten der Enthebung unter Punkt 7.2.

Grenzen freisteht, die Anzahl der Ausschussmitglieder festzusetzen¹⁵¹. Allerdings wird im Hinblick auf das für die Beschlüsse des Gläubigerausschusses geltende Mehrheitsprinzip zu Recht von einem Teil der Lehre und Praxis gefordert, eine ungerade Zahl von Mitgliedern zu bestellen¹⁵². Bei einer geraden Anzahl von Ausschussmitgliedern (dh vier bzw sechs) könnten des öfteren Pattsituationen entstehen, die der Tätigkeit des Ausschusses schaden, vor allem wenn es um die bestmögliche (rasche) Verwertung des gemeinschuldnerischen Vermögens geht und sich die Mitglieder erst zu einem späteren Zeitpunkt auf einen gleichen Standpunkt einigen können.

Eine nachträgliche Erweiterung der Anzahl der Ausschussmitglieder ist innerhalb der gesetzlichen Grenzen zulässig. Einzelnen Konkursgläubigern wird darauf jedoch ebenso wenig ein Antragsrecht zugestanden wie einzelnen Personen ein subjektives Recht auf ihre Bestellung in den Gläubigerausschuss¹⁵³.

Weiters ist es möglich, dass nach Abzug eines Mitglieds – sei es durch Enthebung gemäß § 88 Abs 4 KO, sei es durch Ungültigkeit der Bestellung im Fall des Gemeinschuldners bzw seines gesetzlichen Vertreters – der Gläubigerausschuss nicht mehr über die in § 88 Abs 1 KO festgesetzte Mindestzahl von drei Mitgliedern verfügt. Dann ist er unrichtig zusammengesetzt und seine Beschlüsse sind wirkungslos, was auch für die Beschlüsse nach § 117 KO gelten muss¹⁵⁴. Sollte nach Abzug des Mitglieds die Mitgliederzahl den gesetzlichen Erfordernissen dennoch entsprechen, so sind nur jene Beschlüsse unwirksam, die durch die entscheidende Stimme des Gemeinschuldners bzw seines gesetzlichen Vertreters zustande gekommen sind¹⁵⁵.

¹⁵¹ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ III § 88 Rz 19; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 88 Rz 9; *Fink*, *Insolvenzrecht*³, 16.

¹⁵² *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 88 Rz 9; *Fink*, *Insolvenzrecht*³, 16; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, *Sanierung* III Kap 12.5/1.

¹⁵³ *Feil*, KO⁵ § 88 Rz 3; OLG Linz 06.02.1995, 2 R 272, 274/94 = ZIK 1995, 190.

¹⁵⁴ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ III § 88 Rz 15.

¹⁵⁵ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ III § 88 Rz 15.

4.6.3.2. Erfordernis der Gläubigerstellung

§ 88 Abs 2 Satz 1 KO bestimmt zum einen, dass sowohl physische als auch juristische Personen, die *nicht* Gläubiger sind, zu Mitgliedern des Gläubigerausschusses bestellt werden können. Dies hat insbesondere Bedeutung für die Bestellung der bevorrechteten Gläubigerschutzverbände und der Finanzprokurator, welche die Interessen des Fiskus und des Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds wahrnimmt¹⁵⁶. Darüber hinaus ist gemäß § 88 Abs 2 Satz 1 KO auch die Mitgliedschaft von Dienststellen der Gebietskörperschaften im Gläubigerausschuss zulässig¹⁵⁷.

4.6.3.3. Belange der Arbeitnehmer

Ein wesentliches Anliegen des IRÄG 1982 war die Wahrung der Interessen der Dienstnehmer eines in Konkurs geratenen Gemeinschuldners im Allgemeinen und deren Vertretung im Gläubigerausschuss im Besonderen¹⁵⁸. Aus diesem Grund wurde in § 88 Abs 1 Satz 1 KO die Bestimmung aufgenommen, dass zumindest ein Mitglied des Gläubigerausschusses die Belange der Arbeitnehmer zu vertreten hat. Darüber hinaus können die im Unternehmen errichteten Organe der Belegschaft, wie etwa ein Betriebsrat, sowie die gesetzlichen und freiwilligen Interessenvertretungen der Dienstnehmer, also Arbeiterkammer und Gewerkschaften, dem Konkursgericht Vorschläge unterbreiten, woran dieses aber – wie bereits dargestellt – nicht gebunden ist. Zusätzlich sind diese Organe zu vernehmen, falls dies rechtzeitig möglich sein sollte. Damit soll sichergestellt werden, dass das für die Belange der Arbeitnehmer zuständige

¹⁵⁶ Vgl Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 20; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 88 Rz 8.

¹⁵⁷ Hierzenberger/Riel zufolge wurde dabei vor allem an die Bestellung von Dienststellen der Arbeitsmarktverwaltung gedacht: Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 88 Rz 8; vgl ErläutRV zum IRÄG 1982, 1147 BlgNR 15. GP 12.

¹⁵⁸ ErläutRV zum IRÄG 1982, 3 BlgNR 15. GP 38; ErläutRV zum IRÄG 1982, 1147 BlgNR 15. GP 11.

Ausschussmitglied unter Berücksichtigung der innerbetrieblichen Willensbildung ausgesucht wird¹⁵⁹.

Das Ausschussmitglied sollte demnach über besondere Sachkunde auf arbeitsrechtlichem Gebiet verfügen, jedoch muss dieses Mitglied – auch wenn es sich als nahe liegend empfiehlt¹⁶⁰ – nicht aus dem Kreis der Arbeitnehmer oder Arbeitnehmersvertretungen kommen. Zusätzlich ist es, wie auch seine Kollegen, zur objektiven Wahrnehmung der Interessen *aller* Beteiligten verpflichtet¹⁶¹.

4.6.3.4. Zusammensetzung in der Praxis

Zweckmäßig ist es, wenn sich in der Zusammensetzung des Gläubigerausschusses die Struktur der Gläubigerschaft widerspiegelt¹⁶². Aus diesem Grund sollten daher vor allem die bevorrechteten Gläubigerschutzverbände (Kreditschutzverband 1870 [KSV], Alpenländischer Kreditorenverband [AKV], Österreichischer Verband der Vereine Creditreform [ÖVC]), ein Bankenvertreter, ein oder mehrere Großgläubiger, die Arbeiterkammer als Organ für die Belange der Arbeitnehmer sowie ein Mitglied aus dem Bereich der öffentlichen Hand, wie zum Beispiel die Finanzprokurator bzw ein Finanzamt, als Mitglied des Gläubigerausschusses bestellt werden¹⁶³. Die bisherige Bestellungspraxis – zumindest in Wien – hat diese Struktur bestätigt, indem neben der Finanzprokurator nahezu immer der KSV und der AKV zu Mitgliedern bestellt werden¹⁶⁴. Aufgrund der Mitgliederzugehörigkeit – der KSV repräsentiert eher die Großgläubiger während hingegen der AKV vorwiegend die Klein- und Mittelbetriebe (KMU's)

¹⁵⁹ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 88 Rz 7; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 22; Feil, KO⁵ Rz 4; ErläutRV zum IRÄG 1982, 1147 BlgNR 15. GP 11.

¹⁶⁰ Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch, Sanierung III Kap 12.6/3.

¹⁶¹ Siehe Punkt 6.2.

¹⁶² Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 23; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 88 Rz 9; Fink, Insolvenzrecht³, 16.

¹⁶³ Vgl Fink, Insolvenzrecht³, 16; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 23; vgl zur Zusammensetzung auch Heil, Insolvenzrecht, Rz 147.

¹⁶⁴ Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch, Sanierung III Kap 12.6/4.

bzw Kleingläubiger zu den von ihm vertretenen Mitgliedern zählt – wird erreicht, dass auf diese Weise die durchschnittliche Gläubigerstruktur eines Konkursverfahrens indirekt vertreten ist¹⁶⁵. Diese Zusammensetzung dient – wie *Chalupsky/Duursma-Kepplinger*¹⁶⁶ treffend formulieren – „der Förderung des vom Gesetzgeber gewünschten Ausgleichs der entgegengesetzten Interessen der Verfahrensbetroffenen im Rahmen dieses Konkursorgans.“

4.7. ABLEHNUNG DER ÜBERNAHME DER TÄTIGKEIT

Aus § 88 Abs 4 KO kann abgeleitet werden, dass es den Mitgliedern des Gläubigerausschusses – ebenso wie auch dem Masseverwalter gemäß § 80 Abs 1 Satz 2 KO – freisteht, die Übernahme der Tätigkeit ohne Angabe besonderer Gründe¹⁶⁷ abzulehnen, da keine Pflicht zur Annahme der Bestellung besteht. Daher kann die Übernahme der Tätigkeit als Ausschussmitglied auch nicht mit Zwang durchgesetzt werden¹⁶⁸. Die noch von *Wegan*¹⁶⁹ vertretene Ansicht, dass das Ablehnungsrecht nur bei Vorliegen erheblicher Gründe bestehe, wobei die Frage, ob die angeführten Gründe erheblich seien und daher die Ablehnung rechtfertigen würden, durch das Konkursgericht zu entscheiden sei, kann aufgrund des eindeutigen Gesetzeswortlauts als überholt betrachtet werden.

Ob eine Verpflichtung des bestellten Mitglieds dem Konkursgericht gegenüber besteht, sich über die Nichtannahme oder Annahme der Bestellung zu äußern, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen, wird aber heute

¹⁶⁵ Vgl *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.6/4.

¹⁶⁶ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 23; vgl auch *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 88 Rz 9; *Heil*, Insolvenzrecht, Rz 147; vgl zur Zusammensetzung in Deutschland § 67 Abs 2 Satz 1 InsO: „Im Gläubigerausschuss sollen die absonderungsberechtigten Gläubiger, die Insolvenzgläubiger mit den höchsten Forderungen und die Kleingläubiger vertreten sein“.

¹⁶⁷ Vgl die hL hinsichtlich des Masseverwalters: *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 80 Rz 5; *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 105; *Holzhammer*, Insolvenzrecht⁵, 111; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 80 Rz 39.

¹⁶⁸ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 34; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.6/9.

¹⁶⁹ *Wegan*, Insolvenzrecht 21.

überwiegend bejaht¹⁷⁰. Jedoch wird diese Äußerungspflicht als nicht erzwingbar angesehen¹⁷¹. In Anlehnung an die vergleichbare Rechtslage beim Masseverwalter, bei welchem ebenfalls eine nicht erzwingbare Verpflichtung zur unverzüglichen Äußerung hinsichtlich der (Nicht-) Übernahme der Tätigkeit angenommen wird¹⁷², ist somit eine derartige Verpflichtung auch bei den Mitgliedern des Gläubigerausschusses gegeben¹⁷³. Hingegen vertrat noch *Pollak* unter Berufung auf § 173 Abs 6 aF die Ansicht, dass nicht nur eine Verpflichtung zur Äußerung des Bestellten gegenüber dem Konkursgericht bestehe, sondern diese auch erzwingbar sei¹⁷⁴. Im Ergebnis besteht somit eine – allerdings nicht erzwingbare – Verpflichtung des vom Konkursgericht bestellten Mitglieds des Gläubigerausschusses, diesem gegenüber bekannt zu geben, ob die Funktion angenommen oder abgelehnt wird.

Eine Annahme der Bestellung unter Vorbehalten ist unzulässig und wirkt wie eine Ablehnung der Bestellung¹⁷⁵.

¹⁷⁰ *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.6/8; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 34.

¹⁷¹ *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.6/8; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 34.

¹⁷² *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 80 Rz 5; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 80 Rz 38.

¹⁷³ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 34.

¹⁷⁴ *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 431 Anm 10.

¹⁷⁵ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 35; *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 431 Anm 10; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.6/9.

5. TÄTIGKEIT DES GLÄUBIGERAUSSCHUSSES

5.1. ALLGEMEINES

Die Hauptaufgabe des Gläubigerausschusses liegt in der Überwachung und Unterstützung des Masseverwalters, wobei er bei der Erfüllung dieser Tätigkeit stets die gemeinsamen Interessen sämtlicher am Konkursverfahren Beteiligten zu wahren hat¹⁷⁶. Der Masseverwalter hat bei allen wichtigen Vorkehrungen den Gläubigerausschuss zu befassen, wobei dieser entweder bloß als überwachendes bzw unterstützendes oder aber als ein bei gewissen Handlungen des Masseverwalters mitwirkendes Organ¹⁷⁷ auftritt. Zu diesem Zweck kann er durch gemeinschaftliche Beratung und Beschlussfassung in einer eigens zu diesem Zweck anberaumten Gläubigerausschusssitzung tätig werden¹⁷⁸. Möglich – und in § 89 Abs 3 Satz 4 KO auch ausdrücklich normiert – ist aber ebenso eine allfällige Erfüllung dieser Pflicht zur Beschlussfassung auf schriftlichem Weg als Rundschreiben bzw Umfrage¹⁷⁹.

5.2. INTERNE WILLENSBILDUNG

Damit der Gläubigerausschuss gültige Beschlüsse im Konkursverfahren fassen kann, müssen verschiedene Vorschriften eingehalten werden:

¹⁷⁶ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 1; dazu ausführlich Punkt 6.2.

¹⁷⁷ Siehe Punkte 6.3. und 6.4.

¹⁷⁸ Siehe sogleich zur Willensbildung in Punkt 5.2.

¹⁷⁹ Siehe dazu ausführlich Punkt 5.2.4.3.

5.2.1. Einberufung und Ladung

Der Gläubigerausschuss wird entweder durch das Konkursgericht¹⁸⁰ oder den Masseverwalter bzw bei Verhinderung desselben durch dessen Vertreter einberufen¹⁸¹. Als Verstärkung des Minderheitenschutzes hat die Einberufung jedenfalls schriftlich zu erfolgen¹⁸². Falls in der Ausschusssitzung Angelegenheiten eines besonderen Verwaltungszweigs abgehandelt werden – wobei die hL dies danach beurteilt, ob das schuldnerische Unternehmen mehrere, nach Objekten abgrenzbare Verwaltungszweige aufweist¹⁸³ – ist auch ein gemäß § 86 KO bestellter „besonderer Verwalter“ zur Einberufung berechtigt¹⁸⁴. Dagegen ist der Gläubigerausschuss nicht befugt, sich selbst einzuberufen¹⁸⁵. Jedes Ausschussmitglied kann die Einberufung einer Sitzung gemäß § 89 Abs 3 Satz 2 KO unter Angabe der Gründe beantragen, wobei diese Vorschrift ebenfalls dem Minderheitenschutz im Ausschuss dient¹⁸⁶. Aufgrund eines derartigen Antrages haben die zur Einberufung berechtigten Organe nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, ob eine Sitzung stattfinden soll oder nicht¹⁸⁷. Wenn die Mehrheit der Mitglieder es verlangt, ist der Ausschuss zwingend einzuberufen, wobei in diesem Fall kein Ermessen besteht und keine besonderen Gründe darzulegen sind¹⁸⁸.

¹⁸⁰ Dies soll dem Konkursgericht die Kontrolle des Masseverwalters erleichtern: *Denkschrift* 80; *Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 14.

¹⁸¹ *Pollak in Bartsch/Pollak*, KO³ I 436 Anm 3; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 207; *Wegan*, Insolvenzrecht 22; *Chalupsky/Ennöckl/Holzapfel*, Handbuch 226; *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 278; *Holzhammer*, Insolvenzrecht⁵, 108; *Isola in Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, Praxishandbuch², 530; *Feil*, KO⁵ § 89 Rz 4; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 7; *Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 14; *Fink*, Insolvenzrecht³, 17; *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht² Rz 151.

¹⁸² ErläutRV zum IRÄG 1982, 1147 BlgNR 15. GP 23.

¹⁸³ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 86 Rz 7 mwN; *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 268; *Heil*, Insolvenzrecht, Rz 139; *Jelinek*, RdW 1984, 333 mwN; *Holzapfel*, RdW 1992, 300; siehe auch OGH 18.12.1979, 5 Ob 310, 311/79 = SZ 52/193; aA *König*, JBI 1994, 343; *Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert*, KO § 86 Rz 4.

¹⁸⁴ *Pollak in Bartsch/Pollak*, KO³ I 436 Anm 3; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 207.

¹⁸⁵ *Pollak in Bartsch/Pollak*, KO³ I 436 Anm 3 mwN; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 7; *Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.5/1.

¹⁸⁶ ErläutRV zum IRÄG 1982, 1147 BlgNR 15. GP 23.

¹⁸⁷ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 8; *Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 14; *Lehmann*, Kommentar zur KO, AO und AnfO, Band I 560; *Chalupsky/Ennöckl/Holzapfel*, Handbuch 226; *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 278; *Feil*, KO⁵ § 89 Rz 4; *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht² Rz 151.

¹⁸⁸ *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 207; *Wegan*, Insolvenzrecht 22; *Chalupsky/Ennöckl/*

Versammeln sich die Mitglieder des Gläubigerausschusses *ohne* eine Einberufung, werden sie nicht als das kollegiale Konkursorgan „Gläubigerausschuss“ tätig¹⁸⁹. Aus diesem Grund können bei dieser „Versammlung“ – ein derartiges Zusammenkommen stellt nämlich keine förmliche Gläubigerausschusssitzung dar¹⁹⁰ – richtigerweise auch keine wirksamen Beschlüsse gefasst werden¹⁹¹, es sei denn, dass alle Ausschussmitglieder sowie der den Vorsitz führende Masseverwalter¹⁹² gleichzeitig anwesend und mit dieser Vorgangsweise einverstanden wären¹⁹³.

Alle Ausschussmitglieder – und nicht (bloß) deren Vertreter – sind zur Ausschusssitzung zu laden¹⁹⁴. Sollte ein Ausschussmitglied einen Vertreter bestellt haben¹⁹⁵, hat es dafür im eigenen Interesse Sorge zu tragen, dass auch dieser von einer bevorstehenden Sitzung in Kenntnis gesetzt wird¹⁹⁶, da sonst unter Umständen eine Haftung gemäß § 89 Abs 2 Satz 2 KO wegen Verletzung der Teilnahmepflicht vorliegen kann¹⁹⁷. Zusätzlich können aus Zweckmäßigkeitsgründen – wie etwa zur Klärung von Sachfragen – sowohl der Gemeinschuldner als auch sonstige Dritte – etwa Sachverständige oder Kaufinteressenten – einer Ausschusssitzung beigezogen und jederzeit wieder

Holzapfel, Handbuch 226; *Fink*, Insolvenzrecht³, 17; *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 278; *Isola in Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, Praxishandbuch², 530; *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht² Rz 151; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 8; *Feil*, KO⁵ § 89 Rz 4; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 14.

¹⁸⁹ *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 14; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 9.

¹⁹⁰ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 9.

¹⁹¹ Vgl. *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 210, die Wirkungslosigkeit der nach Selbsteinberufung des Ausschusses durch einen mehr oder minder großen Teil der Ausschussmitglieder gefassten Beschlüsse ebenso wie hinsichtlich jener Beschlüsse annehmen, die nicht unter dem Vorsitz des Masseverwalters oder seines Stellvertreters gefasst wurden, da es in solchen Fällen an den unentbehrlichen Grundlagen fehle, die die Summe der Ausschussmitglieder zu einem Kollegium gestalten würden.

¹⁹² Siehe Punkt 5.2.3.

¹⁹³ Vgl. sinngemäß *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 436 Anm 3; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 14; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 9; *Feil*, KO⁵ § 89 Rz 4; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.5/1.

¹⁹⁴ *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 278; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 9; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 14.

¹⁹⁵ Siehe zur Zulässigkeit Punkt 5.4.

¹⁹⁶ *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 278.

¹⁹⁷ Siehe Punkt 6.5.5.4.

ausgeschlossen werden¹⁹⁸. In den Fällen des § 117 KO ist seit der InsNov 2002 gemäß § 89 Abs 3 Satz 1 KO sogar zwingend auch der Gemeinschuldner von einer Sitzung zu verständigen, wobei ihm die Teilnahme freisteht.

5.2.2. Teilnahmeberechtigung und -verpflichtung

5.2.2.1. Allgemeines

Die Sitzungen des Gläubigerausschusses sind nicht öffentlich. Hingegen sind alle Mitglieder berechtigt¹⁹⁹ – wollen sie einer möglichen Haftung wegen Verletzung der Teilnahmepflicht vorbeugen: verpflichtet –, daran teilzunehmen²⁰⁰. Darüber hinaus dürfen in der Praxis auch die Rechtsvertreter der Teilnahmeberechtigten den Sitzungen beiwohnen²⁰¹. Selbst wenn es sich um eine Abstimmung in eigener Sache²⁰² handelt, darf das betreffende Mitglied bei den Sitzungen anwesend sein, jedoch nicht mitstimmen. Der Vertreter eines Ausschussmitglieds darf nur dann teilnehmen, wenn das von ihm vertretene Mitglied verhindert ist²⁰³, wobei in diesem Fall eine ausreichende Vollmacht vorzuweisen ist²⁰⁴. Zusätzlich trifft auch den Masseverwalter als Vorsitzenden²⁰⁵ die Pflicht, bei den Ausschusssitzungen anwesend zu sein²⁰⁶. Außer den eben Genannten hat nur der Konkursrichter Anspruch auf eine Teilnahme an den Sitzungen; hingegen ist er *nicht* verpflichtet, den Sitzungen beizuwohnen, selbst wenn er

¹⁹⁸ OLG Linz 21.06.1995, 2 R 129/95 = ZIK 1996, 32; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 15; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzzrecht⁴ III § 89 Rz 10.

¹⁹⁹ Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzzrecht 207.

²⁰⁰ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzzrecht⁴ III § 89 Rz 10; Chalupsky/Ennöckl/Holzapfel, Handbuch 227; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 15; Pollak in Bartsch/Pollak, KO³ I 436 Anm 2.

²⁰¹ Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch, Sanierung III Kap 12.5/3.

²⁰² Siehe dazu Punkt 5.2.5.

²⁰³ Wegan, Insolvenzzrecht 22.

²⁰⁴ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 15; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzzrecht⁴ III § 89 Rz 10.

²⁰⁵ Siehe Punkt 5.2.3.

²⁰⁶ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 15; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzzrecht⁴ III § 89 Rz 10.

diese selbst einberufen hat, weil der Vorsitz immer dem Masseverwalter zukommt und es sich um keine Gerichtsverhandlung handelt²⁰⁷.

Kein Teilnahmerecht haben Konkursgläubiger, sofern sie nicht Mitglieder des Gläubigerausschusses sind. Einer Entscheidung des OLG Wien zufolge können diese lediglich durch Einsicht in den Konkursakt Kenntnis vom Ergebnis der Beschlussfassung des Ausschusses, nicht aber vom Inhalt der Beratungen und der dort behandelten Stellungnahmen erlangen²⁰⁸.

5.2.2.2. Teilnahmerecht des Gemeinschuldners

Hingegen haben der Gemeinschuldner und sein allfälliger Vertreter keinen generellen verfahrensrechtlichen Anspruch auf Teilnahme, weil der Gläubigerausschuss ein gesetzliches Organ der Mitbestimmung der Gläubiger im Konkurs ist, womit eine (ständige) Teilnahme des Gemeinschuldners grundsätzlich unvereinbar wäre. Ein (kooperativer) Gemeinschuldner wird jedoch vor allem dann den Sitzungen beigezogen werden, wenn die Unternehmensverhältnisse sehr komplex sind, sodass es mitunter zu lange dauern könnte, bis das Konkursgericht, der Masseverwalter sowie die Mitglieder des Gläubigerausschusses nach eingehender Untersuchung der vorliegenden Unterlagen einen ausreichenden Einblick in die wirtschaftliche Situation und „Lebensfähigkeit“ eines Unternehmens erhalten haben. Der Gemeinschuldner könnte in solchen Fällen derartige Kenntnisse vermitteln, die unerlässlich für die Beurteilung sind, inwieweit ein Unternehmen fortgeführt werden kann oder aber ehestmöglich geschlossen und verwertet werden sollte, um einen noch höheren Ausfall der Konkursgläubiger zu vermeiden. In solchen Fällen könnte eine stärkere Einbindung des Gemeinschuldners in den Gläubigerausschuss eine schnellere und kostengünstigere Abwicklung des Konkursverfahrens bewirken. Eine ständige Einbindung des Gemeinschuldners ist aber – wie auch die Entscheidung des

²⁰⁷ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 15; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 11.

²⁰⁸ OLG Wien 25.01.1999, 28 R 175/98f = Mohr, KO¹⁰ § 89 E 16.

OLG Linz richtigerweise zum Ausdruck gebracht hat²⁰⁹ – nicht geboten, da der *Gläubigerausschuss* ausschließlich die Interessen der Gläubiger zu wahren hat. Der Gemeinschuldner hat die Möglichkeit, durch ständigen und intensiven Kontakt mit dem die Ausschusssitzungen leitenden Masseverwalter seinen Standpunkt und seine Überlegungen zu einem geplanten Vorhaben darzulegen und auf diese Weise seine Argumente in den Ausschuss einzubringen. Zwar ist der Masseverwalter nicht stimmberechtigt²¹⁰, jedoch nimmt er als Vorsitzender verpflichtend an den Sitzungen teil und kann den Gläubigern somit wichtige Informationen weiterleiten, um ihnen eine fundierte Entscheidungsbasis zu bieten. Ein – durch einen kooperativen Gemeinschuldner – umfassend informierter Masseverwalter im Gläubigerausschuss hat die Möglichkeit, manche Entscheidungen des Ausschusses in die – für die Gläubiger günstigste, aber vom Gläubigerausschuss durch unklare Vermögensverhältnisse und verwirrende Unternehmensstrukturen nicht immer erkennbare – Richtung zu leiten, die eine bestmögliche Verwertung des gemeinschuldnerischen Vermögens darstellt und somit den Ausfall der Gläubiger (stark) verringern kann.

Ein Teilnahmerecht besteht hingegen seit der InsNov 2002 gemäß § 89 Abs 3 Satz 1 KO zwingend an jenen Sitzungen, in denen Beschlüsse in unternehmens- oder liegenschaftsbezogenen Verwertungsfragen nach § 117 KO²¹¹ getroffen werden. Richtigerweise hat er allerdings nur so lange ein Recht auf Anwesenheit, wie derartige Fragen im Ausschuss tatsächlich besprochen werden. Er erlangt damit in den Fällen des § 117 KO die Stellung eines „kontrollierenden Teilnehmers an der Entscheidungsfindung.“²¹² Wie jedoch *Riel* festgestellt hat, ist dieses erst nach dem Begutachtungsverfahren aus Gründen der Transparenz aufgenommene²¹³ Recht des Gemeinschuldners zur Teilnahme insofern problematisch, als bisher alle Teilnehmer einer Gläubigerausschusssitzung zur Vermeidung von Nachteilen für die Konkursmasse bei sonstiger Haftung zum Stillschweigen verpflichtet

²⁰⁹ OLG Linz 21.06.1995, 2 R 129/95 = ZIK 1996, 32.

²¹⁰ Siehe Punkt 5.2.3.

²¹¹ Siehe Punkt 6.4.5.5.

²¹² *Riel*, ZIK 2002/259, 189.

²¹³ ErläutRV zur InsNov 2002, 988 BlgNR 21. GP 26.

waren²¹⁴. Zu denken ist in diesem Zusammenhang beim Gemeinschuldner insbesondere an eine mögliche Haftung aufgrund der kommerziellen Ausnützung oder Weitergabe vertraulicher Informationen, etwa dann, wenn hinter dem Kaufinteressenten einer § 117 KO betreffenden Sache eine dem Gemeinschuldner nahe stehende Person steht. Aus diesem Grund muss von den teilnahmeberechtigten Organen, allen voran dem den Vorsitz führenden Masseverwalter, sorgfältig abgewogen werden, inwieweit derartige dem Gemeinschuldner in diesen Sitzungen zur Verfügung gestellte Informationen das allgemeine Konkursinteresse und den weiteren Verlauf des Konkursverfahrens gefährden könnten. Auch eine vom Gemeinschuldner vor Beginn der Sitzung zu unterzeichnende Verschwiegenheitsverpflichtung wäre unter Umständen hilfreich, wobei hier allerdings im Endeffekt eine Schadenersatzpflicht bei Verstoß zahnlos sein würde.

Da das Teilnahmerecht des Gemeinschuldners rein formeller Natur ist²¹⁵ und lediglich seinem und dem Informationsbedürfnis der übrigen Teilnehmer dienen soll, wird eine Nichtteilnahme des Gemeinschuldners mangels Verständigung, soweit dessen Aufenthaltsort bekannt wäre, keine rechtlichen Konsequenzen für die in dieser Sitzung getroffenen Beschlüsse haben²¹⁶. Der Gemeinschuldner hat ohnehin gemäß § 118 KO die Gelegenheit, Äußerungen zu den in den §§ 116f KO bezeichneten Angelegenheiten abzugeben, welche lediglich entfallen kann, wenn dessen Einholung nicht rechtzeitig möglich wäre.

²¹⁴ Riel, ZIK 2002/259, 189 FN 25; diesem folgend Feil, KO⁵ § 117 Rz 1.

²¹⁵ Der RV (GP XXI RV 988 AB 1048 S 97) zufolge scheint es lediglich aus Gründen der Transparenz *geboten*, dem Gemeinschuldner bei so weitreichenden Entscheidungen wie der Veräußerung des Unternehmens und den anderen in § 117 Abs 1 KO genannten Geschäften, ein Teilnahmerecht an den Sitzungen des Gläubigerausschusses zu gewähren. Er *soll* daher in diesen Fällen bei Einberufung einer Gläubigerausschusssitzung ebenfalls vom Termin verständigt werden.

²¹⁶ Muhri/Stortecky, Insolvenzrecht⁴ 127; Bock/Muhri, Insolvenzrecht 262.

5.2.3. Vorsitz im Gläubigerausschuss und Tagesordnung

Da die Gläubigerausschusssitzung keine gerichtliche Verhandlung ist, führt der Masseverwalter – selbst bei Teilnahme des Konkursrichters²¹⁷ – den Vorsitz²¹⁸, wenngleich er weder Mitglied des Ausschusses ist noch ein Stimm- oder Dirimierungsrecht hat²¹⁹. Nach Ansicht von *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* könne der Konkursrichter deshalb in diesen Sitzungen auch keine wirksamen (Gerichts-) Beschlüsse fassen, vor allem da das Teilnahmerecht hier wesentlich eingeschränkter sei als etwa bei Tagsatzungen oder Gläubigerversammlungen²²⁰. Diese Ansicht widerspricht jedoch der gängigen Praxis, dass vor allem Geschäfte nach § 117 KO oft nach Erörterung im Gläubigerausschuss bei Anwesenheit des Konkursrichters sogleich von diesem beschlussmäßig genehmigt werden. Darüber hinaus können wirksame richterliche Beschlüsse nicht nur im Verhandlungssaal, sondern durchaus auch bei derartigen, für den weiteren Verlauf eines Verfahrens wesentlichen Versammlungen gefasst werden²²¹.

Da der Masseverwalter den Vorsitz im Gläubigerausschuss führt, legt er auch grundsätzlich die Tagesordnung fest. Sollten dagegen Einwände bestehen, ist vor Behandlung der angesetzten Punkte ein Beschluss über die Tagesordnung zu fassen²²².

²¹⁷ *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 18; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 11; OLG Wien 25.01.1999, 28 R 175/98f zit nach *Mohr*, KO⁹ § 89 E 8.

²¹⁸ *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 207; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 15; *Feil*, KO⁵ § 89 Rz 4; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 11; *Isola* in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, Praxishandbuch², 539; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.5/4.

²¹⁹ Eine abweichende Ansicht – allerdings noch bei etwas anderer Rechtslage – vertrat *Pollak*, wonach den Vorsitz nach seinem Ermessen der Konkurskommissär, sonst der Masseverwalter oder hilfsweise ein Ausschussmitglied zu führen hat: *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 436 Anm 2.

²²⁰ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 11.

²²¹ Vgl *Bydlinski* in *Fasching/Konecny*, III² § 427 ZPO, Rz 2.

²²² *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 12; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 15; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.5/4.

5.2.4. Beschlussfassung

5.2.4.1. Allgemeines

Der Gläubigerausschuss verhandelt und beschließt als Kollegium. Er bildet seinen Willen durch Beschlüsse, die in der Regel in mündlicher, nicht öffentlicher Sitzung gefasst werden²²³. Erforderlich ist die nach Köpfen gezählte absolute Mehrheit *aller*, nicht bloß der anwesenden oder abstimmenden, Gläubigerausschussmitglieder²²⁴. *Pollak*²²⁵ forderte zur Beschlussfähigkeit noch die Beteiligung von mehr als der Hälfte der Zahl aller Ausschussmitglieder an der Abstimmung und zum Beschluss selbst die Mehrheit der abgegebenen Stimmen. *Kornfeld* hingegen beantragte damals (erfolgreich) die heute immer noch gültige, in § 89 Abs 3 Satz 3 KO enthaltene Bestimmung. Widersprüchlich ist die Ansicht von *Feil* insoweit, als er einmal die Stimmenmehrheit der anwesenden oder abstimmenden Mitglieder für erforderlich hält (trotz Zitierung der gegenteiligen Leitentscheidung des OGH²²⁶), im darauffolgenden Satz jedoch unter Zitierung derselben höchstgerichtlichen Entscheidung feststellt, dass es auf die Mehrheit aller, nicht bloß der Anwesenden oder Abstimmenden ankäme²²⁷. Im Endeffekt ist hier aufgrund Zitierung der genannten Leitentscheidung davon auszugehen, dass auch *Feil* der hL und stRsp den Vorzug gibt. ME ist diese Ansicht auch die einzig sinnvolle Lösung und wurde vom Gesetzgeber vom Wortlaut her eindeutig in § 89 Abs 3 Satz 3 KO normiert: Nur die Entscheidung der Mehrheit *aller* Gläubigerausschussmitglieder stellt sicher, dass ein solcher Beschluss gefasst wird, der tatsächlich eine Mehrheitsentscheidung darstellt

²²³ *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 16; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 13.

²²⁴ *Lehmann*, Kommentar zur KO, AO und AnfO, Band I 560f; *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 436 Anm 4; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 207; *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 278; *Holzhammer*, Insolvenzrecht⁵, 108; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 16; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 13; *Isola* in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, Praxishandbuch², 539; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.5/7; OGH 27.03.1997, 8 Ob 17/97a = SZ 70/58 = RdW 1998, 19 = ZIK 1998, 67.

²²⁵ Sitzung 28.11.1913, lith Prot 112.

²²⁶ OGH 27.03.1997, 8 Ob 17/97a = SZ 70/58 = RdW 1998, 19 = ZIK 1998, 67.

²²⁷ *Feil*, KO⁵ § 89 Rz 5.

und somit den mehrheitlichen Willen der Repräsentanten der Gläubiger zum Ausdruck bringt.

Bei Stimmengleichheit kommt hingegen kein gültiger Beschluss zustande²²⁸. Das früher dem Masseverwalter eingeräumte „Dirimierungsrecht“ wurde durch das IRÄG 1982 beseitigt²²⁹, weshalb ihm nach derzeitiger Rechtslage niemals ein Stimmrecht im Gläubigerausschuss zusteht²³⁰. Dies ist zweckmäßig, zudem das Dirimierungsrecht des Masseverwalters laut Ausschussbericht²³¹ auf einem der Stammfassung unterlaufenen Redaktionsversehen beruhte²³². Der einzig mögliche Fall war nämlich der, dass bei einer geraden Anzahl von Gläubigerausschussmitgliedern sämtliche Stimmberechtigte anwesend waren und sich gleichgeteilte Stimmen ergaben. Unverständlich war zum einen, weshalb das Gesetz mit dem Entscheidungsrecht des Masseverwalters das Erfordernis der nach der Ausschussstärke berechneten Mehrheit verlassen hatte. Darüber hinaus konnten zudem Situationen entstehen in denen trotz Vorliegen von Stimmengleichheit der Masseverwalter nicht entscheiden durfte: so etwa, wenn bei einem sechsgliedrigen Ausschuss drei Mitglieder positiv und zwei negativ stimmten, eines aber gar nicht anwesend war – womit dies als Gegenstimme gezählt wurde. Bei dieser Konstellation würde der Beschluss aufgrund von „Stimmengleichheit“ nicht zustande kommen, und der Masseverwalter hätte auch nicht die Möglichkeit, die drei positiven Stimmen zum Beschluss zu erheben. Umgekehrt könnte er dies eigenartigerweise aber dann, wenn alle Mitglieder anwesend gewesen wären und sich auf diese Weise eine Stimmengleichheit ergeben hätte, obwohl im vorliegenden Fall dann die Zahl der Gegner gewachsen wäre. Schließlich ist es nach derzeitiger Rechtslage primär ausschlaggebend, dass der Gläubigerausschuss selbst überhaupt zu einer Entscheidung gelangt. Als „letzte Instanz“ entscheidet nämlich gemäß § 95 KO ohnedies das Konkursgericht, welches die

²²⁸ *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 278; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 16; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.5/7; *Feil*, KO⁵ § 89 Rz 5.

²²⁹ ErläutRV zum IRÄG 1982, 1147 BlgNR 15. GP 23; OGH 27.03.1997, 8 Ob 17/97a = SZ 70/58 = RdW 1998, 19 = ZIK 1998, 67.

²³⁰ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 13; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 16; *Isola* in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, Praxishandbuch², 540; *Feil*, KO⁵ § 89 Rz 5.

²³¹ ErläutRV zum IRÄG 1982, 1147 BlgNR 15. GP 23.

²³² *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 208.

Beschlüsse des Gläubigerausschusses – nicht nur im Fall der Stimmengleichheit – aufheben oder durch eine eigene Verfügung ersetzen kann²³³.

Aufgrund der Tatsache, dass ein wirksamer Beschluss die Zustimmung der absoluten Mehrheit sämtlicher Ausschussmitglieder erfordert, ergibt sich indirekt auch ein Präsenzquorum im Gläubigerausschuss, ohne dass dies im Gesetz ausdrücklich erwähnt wäre²³⁴.

5.2.4.2. Abstimmungspflicht

Die Mitglieder des Gläubigerausschusses trifft die Pflicht, an den Abstimmungen im Ausschuss teilzunehmen²³⁵. Eine Stimmenthaltung ist – ausgenommen das Stimmverbot in eigener Sache²³⁶ – unzulässig²³⁷. Sollte sich ein Mitglied dennoch seiner Stimme enthalten, kann dieses den geschädigten Gläubigern gegenüber schadenersatzrechtlich verantwortlich²³⁸ bzw. bei wiederholter Stimmenthaltung enthoben²³⁹ werden. Aus der im Gesetz angeordneten Art der Ermittlung der erforderlichen Mehrheit lässt sich ableiten, dass eine dennoch vorgenommene Stimmenthaltung als Gegenstimme zu werten ist²⁴⁰. Auch eine bedingte Erklärung – die vor allem von der Zustimmung Dritter (zB Gremien, Vorgesetzte) abhängig sein kann – ist unzulässig und zählt als Gegenstimme²⁴¹. Aus diesem Grund ist eine ausreichende Vollmacht des abstimmenden Vertreters erforderlich. Diese Wertung als Gegenstimme stellt wohl die einzig richtige Auslegung dar, da es

²³³ Siehe hierzu eingehend unter Punkt 5.6.

²³⁴ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 16.

²³⁵ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 14; Isola in Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola, Praxishandbuch², 540; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 16; Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch, Sanierung III Kap 12.5/7.

²³⁶ Siehe dazu Punkt 5.2.5.

²³⁷ Isola in Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola, Praxishandbuch², 540; Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch, Sanierung III Kap 12.5/7.

²³⁸ Siehe dazu Punkt 6.5.

²³⁹ Siehe dazu Punkt 7.2.

²⁴⁰ Feil, KO⁵ § 89 Rz 5; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 16; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 14; Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch, Sanierung III Kap 12.5/7.

²⁴¹ Feil, KO⁵ § 89 Rz 5.

dem klaren Gesetzeswortlaut des § 89 Abs 3 Satz 3 KO zufolge zu einem (gültigen) Beschluss der Mehrheit *aller* Mitglieder des Gläubigerausschusses bedarf. Somit muss eine nicht bzw lediglich bedingt abgegebene Stimme – da sie nicht als positive für einen derartigen Beschluss gewertet werden kann – als negative Stimme aufgefasst werden. Zudem ist der Zweck des Gläubigerausschusses, eine möglichst umfassende Repräsentation der Gläubigerinteressen zu erreichen, weshalb seine Besetzung darauf abzielt, dass für möglichst jede Gläubigerschicht ein Mitglied im Ausschuss vertreten ist²⁴². Wie bereits dargelegt konzentrieren sich vor allem für die Gläubiger wichtige Entscheidungsfragen auf den Gläubigerausschuss, weshalb es mE durchaus vertretbar wäre, eine „echte“ Anwesenheits- und Abstimmungspflicht –ausgenommen in eigenen Angelegenheiten – im Gesetz zu normieren, um so die Effizienz des Ausschusses zu steigern. In diesem Zusammenhang sollte dann explizit auf die – bereits bestehenden – Ordnungsstrafen bzw Haftungsfolgen hingewiesen werden. Speziell in den Geschäftsordnungen des Masseverwalters könnten etwa derartige Konsequenzen detaillierter, als es legislatisch tatsächlich möglich wäre, geregelt werden.

5.2.4.3. Form der Abstimmung

Die Beratung und Beschlussfassung im Gläubigerausschuss erfolgt in der Regel mündlich in den Ausschusssitzungen.

Um den Bedürfnissen der Praxis zu entsprechen, kann die Abstimmung über eine bestimmte Angelegenheit gemäß § 89 Abs 3 Satz 4 KO jedoch auch schriftlich erfolgen²⁴³. Dies geschieht überwiegend in Form von Umlaufbeschlüssen im Sinne des § 34 GmbHG. Um eine schriftliche Abstimmung durchführen zu können, muss diese von einem zur Einberufung legitimierten Organ angeordnet werden²⁴⁴. Hingegen stellt der OGH zwar

²⁴² Siehe zur Zusammensetzung des Gläubigerausschusses in der Praxis Punkt 4.6.3.4.

²⁴³ Siehe schon *Denkschrift* 80; *Wegan*, Insolvenzrecht 23; *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 278.

²⁴⁴ *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 206; *Holzhammer*, Insolvenzrecht⁵, 108; *Feil*, KO⁵ § 89 Rz 5; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 16; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.5/7; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in

generell fest, dass die Willensentschlüsse des Gläubigerausschusses durch Abstimmung in der Sitzung selbst oder aber auch auf schriftlichem Weg gefasst werden können, lässt dies in weiterer Folge jedoch fälschlicherweise nicht für einen Genehmigungsbeschluss gelten, da dies in der KO nicht vorgesehen sei²⁴⁵. Jedoch übersieht diese Entscheidung, dass in § 89 Abs 3 Satz 4 KO keine Unterscheidung zwischen Genehmigungsbeschlüssen und sonstigen Beschlüssen getroffen wird. An der Zulässigkeit schriftlicher Abstimmungen hinsichtlich *sämtlicher* Beschlussinhalte ändert auch die Tatsache nichts, dass der Gemeinschuldner in den Fällen des § 117 KO – aus Gründen der Transparenz²⁴⁶ – ein Recht zur Teilnahme an den Gläubigerausschusssitzungen hat, welches durch eine allfällige schriftliche Beschlussfassung nicht unterlaufen werden darf. Ein in einer kontradiktorischen Sitzung (einstimmig) gefasster Beschluss des Gläubigerausschusses kann einer Entscheidung des OLG Linz zufolge nicht durch einen mehrheitlich zustande gekommenen Umlaufbeschluss überholt werden, weil der allgemeine Rechtsgrundsatz zu beachten sei, dass der Formzwang für Entscheidungen auch für jene gelte, mit denen eine frühere Entscheidung widerrufen wird²⁴⁷. Dieser Argumentation ist mE nicht zu folgen, da zum einen ein Beschluss des Gläubigerausschusses keine „förmliche gerichtliche Entscheidung“ ist, die – dem vom OLG genannten Rechtsgrundsatz folgend – lediglich in derselben Form widerrufen werden könnte. Zum anderen – und das ist für den Ausgang des Konkursverfahrens und vor allem für die Quote der Konkursgläubiger entscheidend – darf diese starre Auslegung nicht dazu führen, dass, vor allem in den Fällen des § 117 KO, ein nachträglich einlangendes, besseres Angebot vom Gläubigerausschuss lediglich aus dem Grund nicht mehr genehmigt werden kann, weil ein ersteres, schlechteres Angebot bereits in mündlicher Verhandlung genehmigt wurde. Hier bietet gerade die schriftliche Beschlussfassung im Umlaufweg Abhilfe, um relativ rasch auf ein derartiges Angebot reagieren zu können, bevor der Masseverwalter dem Konkursgericht

Bartsch/Pollak/

Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 15.

²⁴⁵ OGH 30.10.1996, 3 Ob 2214/96a, wobei in diesem Fall unerheblich ist, dass diese Entscheidung noch die alte Rechtslage vor der InsNov 2002 betraf, wo die Genehmigung des Gläubigerausschusses auch in den Fällen des § 116 KO erforderlich war.

²⁴⁶ ErläutRV zur InsNov 2002, 988 BlgNR 21. GP 26.

²⁴⁷ OLG Linz 23.09.2002, 2 R 166/02y = ZIK 2003/190, 137.

gemäß § 95 KO Mitteilung erstattet bzw. dieses seine (endgültige) Entscheidung getroffen hat. In diesem Zusammenhang gilt es m.Mn. auch zu beachten, dass eine „Revotation“, d.h. eine Beschlussfassung, von der gefällten Entscheidung wieder abzugehen und die Sache erneut zu beraten, im Hinblick auf den Konkurszweck der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung²⁴⁸ zulässig sein muss. Dies kann gerade auch im oben genannten Fall in Frage kommen, dass der Gläubigerausschuss ein Rechtsgeschäft des Masseverwalters nach § 117 KO bereits genehmigt hat, jedoch – *bevor* das Konkursgericht über die Sache entschieden hat – ein neues, lukrativeres Angebot vorliegt, welchem tendenziell der Vorzug zu geben wäre. Hier muss es die Möglichkeit geben, die frühere Entscheidung beschlussmäßig zu widerrufen, um das Angebot einer neuerlichen Beratung unterziehen zu können.

Fraglich ist weiters, ob – wie in der genannten Bestimmung der Konkursordnung eindeutig normiert – nur die *Abstimmung* auf schriftlichem Weg erfolgen darf oder ob auch schon die Beratung über den zu behandelnden Gegenstand, insbesondere dann, wenn der Gemeinschuldner mit dem Hinweis zu verständigen ist, dass auch ihm eine Teilnahme an der Sitzung freisteht (vgl. § 89 Abs. 3 Satz 1 KO), im Umlaufweg möglich ist. Nach *Mohr* ist etwa in jenen Fällen, in denen eine Genehmigung des Gläubigerausschusses verlangt wird (vor allem bei für das Konkursverfahren äußerst bedeutsamen Entscheidungen nach § 117 KO), zwingend eine Sitzung erforderlich, wobei die Abstimmung letztendlich auch auf schriftlichem Weg erfolgen kann²⁴⁹. Folgt man hingegen der Ansicht von *Riel*, kommt eine Trennung der Ausschusssitzung in eine „Beratung“, an welcher der Gemeinschuldner teilnehmen, und eine „Beschlussfassung“, die ohne ihn erfolgen könnte, nicht in Betracht, weil dies einerseits dem Gesetzeswortlaut, der dem Gemeinschuldner die „Teilnahme an der Sitzung“ freistellt, und andererseits wohl auch dem Regelungszweck widersprechen würde²⁵⁰.

Richtigerweise ist davon auszugehen, dass die Abstimmung – wie dies ja eindeutig in der Konkursordnung normiert ist – auf schriftlichem Weg

²⁴⁸ Vgl. etwa *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 243ff.

²⁴⁹ *Mohr*, Insolvenzrecht 60.

²⁵⁰ *Riel*, ZIK 2002/259, 190 FN 27.

stattfinden darf. In (seit der InsNov 2002 überschaubaren) Fällen, in denen eine Genehmigung des Gläubigerausschusses erforderlich ist, wird eine Ausschusssitzung jedoch sinnvoll sein, um in gleichzeitiger Beratung und Diskussion zwischen den Ausschussmitgliedern und dem Masseverwalter die für das Konkursverfahren günstigste Lösung zu finden. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des dem Gemeinschuldner gemäß § 89 Abs 3 Satz 1 KO eingeräumten Teilnahmerechts betreffend Entscheidungen nach § 117 KO. Durch die Teilnahme des Gemeinschuldners steht den Ausschussmitgliedern nämlich eine zusätzliche Informationsquelle zur Verfügung, sodass unter umfassender Erörterung der gegebenen Umstände letztendlich die für die Beteiligten vorteilhafteste Lösung hinsichtlich des Unternehmens bzw der allenfalls vorhandenen Liegenschaften beschlossen werden kann. Es spricht auch nichts dagegen, die anschließende Beschlussfassung auf schriftlichem Weg zuzulassen, denn aus dem Teilnahmerecht des Gemeinschuldners nach § 89 Abs 3 Satz 1 KO kann mE kein entgegenstehendes Verbot der Beschlussfassung auf schriftlichem Weg abgeleitet werden.

Das allseitige Einverständnis der Ausschussmitglieder für die Abstimmung auf schriftlichem Weg ist im Hinblick auf das Antragsrecht zur Einberufung²⁵¹, weiters im Hinblick auf das Recht zum Minderheitsbericht²⁵² und das Recht, die konkursgerichtliche Aufhebung eines Beschlusses zu beantragen²⁵³, nicht erforderlich²⁵⁴, jedoch empfehlenswert²⁵⁵. Eine andere Ansicht vertritt jedoch die Praxis, wo es im Hinblick auf die dort vorherrschende Verwendung der Modalitäten des Umlaufbeschlusses im Sinne des § 34 GmbHG für sinnvoll erachtet wird, dass ein solcher nur dann zulässig ist, wenn sämtliche Mitglieder dieser Abstimmungsmodalität zustimmen²⁵⁶. Jedoch ist richtigerweise – wie auch *Chalupsky/Duursma-Kepplinger*²⁵⁷ feststellen – ein allseitiges Einverständnis zur Abstimmung auf schriftlichem Weg im Hinblick auf andere Mittel, die den einzelnen Mitgliedern

²⁵¹ Siehe Punkt 5.2.1.

²⁵² Siehe Punkt 5.2.8.

²⁵³ Siehe Punkt 5.6.3.3.

²⁵⁴ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 15.

²⁵⁵ *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 16.

²⁵⁶ *Isola* in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, Praxishandbuch², 539.

²⁵⁷ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 15.

bezüglich der Willensbildung des Gläubigerausschusses zur Verfügung stehen, nicht notwendig. Sollte sich ein Ausschussmitglied durch diese Vorgangsweise nicht ausreichend informiert bzw sogar beschwert fühlen, so hat es immer noch die Möglichkeit, gemäß § 89 Abs 3 Satz 2 KO die Einberufung des Gläubigerausschusses unter Darlegung der Gründe – welche hier insbesondere bessere Information und gebotene Diskussion sein werden – zu beantragen, um über diesen Gegenstand eine mündliche Verhandlung herbeizuführen²⁵⁸. Außerdem steht den Ausschussmitgliedern das Mittel des Minderheitsberichtes gemäß § 89 Abs 4 KO zur Verfügung, welcher dem Konkursgericht vorgelegt werden kann²⁵⁹.

5.2.4.4. Folgen bei Verletzung von Formvorschriften

Alle Beschlüsse des Gläubigerausschusses müssen zu ihrer Gültigkeit unter Einhaltung der in § 89 Abs 3 KO festgelegten Vorschriften über Einberufung und Abstimmung gefasst werden²⁶⁰. Sollte ein Beschluss unter Verletzung dieser Formvorschriften zustande kommen, stellt sich die Frage, ob entweder – wie noch *Hora*²⁶¹ annahm – gar kein Beschluss vorliegt oder ob mit *Shamiyeh* davon auszugehen ist, dass der Masseverwalter auf die Aufhebung des Beschlusses durch das Konkursgericht hinzuwirken hat²⁶². Richtigerweise wird man aufgrund der Prüfpflicht des Konkursgerichts nach § 95 KO, die sich auch auf das gesetzmäßige Zustandekommen eines Ausschussbeschlusses bezieht²⁶³, dessen vorläufige Gültigkeit annehmen müssen, wobei der Masseverwalter in diesen Fällen in die Pflicht genommen

²⁵⁸ *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 206 FN 58; siehe Punkt 5.2.1.

²⁵⁹ Siehe Punkt 5.2.8.

²⁶⁰ *Shamiyeh*, Haftung 185.

²⁶¹ Vgl *Hora*, Konkurskommissär 33, der sich aufgrund der seit damals unveränderten Wortfolge in § 89 Abs 3 KO „Zu einem Beschluss bedarf es“ (Anm: so vieler Stimmen als der Mehrheit aller Mitglieder des Gläubigerausschusses entspricht) darauf beruft, dass dann, wenn sich die „Mehrheit der Mitglieder für den Beschluss nicht ausgesprochen hat“, gar kein Beschluss vorliegt.

²⁶² *Shamiyeh*, Haftung 185 FN 7; im Ergebnis ähnlich *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 210, die dem Beschluss Dritten gegenüber – vor allem in den Fällen des § 117 KO – volle Gültigkeit zusprechen und den Masseverwalter bei sonstiger Haftung verpflichten, auf einen formgültig zustande gekommenen Ausschussbeschluss zu drängen.

²⁶³ Vgl Punkt 5.6.3.2.

wird, klar die gegenteiligen Umstände darzulegen und dem Konkursgericht eindringlich dessen Aufhebung zu empfehlen.

Jedenfalls ist *Shamiyeh* insoweit zu folgen, als der Masseverwalter einen unter Verletzung der Formvorschriften des § 89 Abs 3 KO zustande gekommenen Beschluss (vorerst) nicht ausführen muss²⁶⁴. Sollte in weiterer Folge das Konkursgericht im Rahmen seiner Beschlusskontrolle nach § 95 KO jedoch zu dem Schluss kommen, dass keine Verletzung der Beschlussfassungsmodalitäten vorlag und den Ausschussbeschluss deshalb nicht aufheben, ist der Masseverwalter nach Ablauf der achttägigen Frist des § 95 Abs 2 KO dennoch verpflichtet, diesen auszuführen. Dies kann zu ungewollten „Verschweigungen“ mit der Folge führen, dass ein formell ungültig entstandener Beschluss – bei (geteilter) Haftung des Masseverwalters und des Konkursgerichts sowie der Mitglieder des Gläubigerausschusses, falls einem oder mehreren Beteiligten des Konkursverfahrens durch diesen Beschluss Schäden erwachsen wären – nichtsdestotrotz ausgeführt werden muss.

5.2.5. Sonderfall: Stimmverbot in eigener Sache

5.2.5.1. Allgemeines

Gemäß § 89 Abs 3 letzter Satz KO darf in eigener Sache niemand mitstimmen. Dadurch soll „der Gefahr, dass die mit dem Gesamtinteresse in Widerspruch stehenden Sonderinteressen des einzelnen Ausschussmitglieds bei Abstimmungen den Ausschlag geben“, vorgebeugt werden²⁶⁵. Mit dieser Vorschrift wird somit die Objektivität der Beschlüsse des Gläubigerausschusses gesichert und die Ausnutzung der Stellung als Ausschussmitglied zur Verfolgung eigennütziger Ziele gehindert²⁶⁶. Das

²⁶⁴ *Shamiyeh*, Haftung 185 FN 7.

²⁶⁵ *Denkschrift* 80.

²⁶⁶ *Shamiyeh*, Haftung 200.

Stimmverbot des § 89 Abs 3 KO betrifft auch die Vertreter von Ausschussmitgliedern, womit das „Vorschieben von Strohmännern“ ausgeschlossen werden soll²⁶⁷. In § 89 Abs 3 letzter Satz KO ist jedoch lediglich normiert, dass in eigener Sache niemand *mitstimmen* kann, weshalb das betroffene Ausschussmitglied von der Stellung von Anträgen analog zur Gläubigerversammlung (§ 92 Abs 4 KO²⁶⁸) und der Teilnahme an der Diskussion nicht ausgeschlossen ist²⁶⁹. Aus diesem Grund wäre es unzulässig, das von der Interessenkollision betroffene Ausschussmitglied auch bereits von der Verhandlung über seine Sache auszuschließen. Dies wirft in der Praxis durchaus Probleme auf. Man stelle sich bloß vor, dass in einer Sitzung des Gläubigerausschusses die Aussichten eines Anfechtungsprozesses gegen einen Gläubiger, der zugleich Ausschussmitglied ist, erörtert werden. In diesen Fällen kann die zulässige Teilnahme kontraproduktiv sein, weshalb sich die Betroffenen in der Praxis oft vorübergehend freiwillig entfernen²⁷⁰. Man könnte auch in Erwägung ziehen, das Teilnahmerecht generell dort einzuschränken, wo das Geheimhaltungsinteresse zum Schutz der Konkursmasse eindeutig Vorrang hat. Andernfalls besteht nämlich die Möglichkeit, dass gewisse Hintergrundinformationen und Erwägungen entgegen dem Gesetz schon in Einzelgesprächen vorweggenommen werden und in der Sitzung nicht mehr zur Sprache kommen, um dem Gemeinschuldner bzw dem befangenen Mitglied einige entscheidungserhebliche Erwägungen nicht mitteilen zu müssen.

²⁶⁷ *Denkschrift* 80: „Gegen die Umgehung des Abstimmungsverbotes durch das Vorschieben von Strohmännern muss § 89 Abs 4 KO (Anm: aF) versagen“, wobei zur Abhilfe § 95 KO herangezogen werden soll; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 207; *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 278.

²⁶⁸ Offenbar versehentlich *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 17, die eine analoge Anwendung von § 91 Abs 4 KO für richtig erachten.

²⁶⁹ *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 17; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 20; *Feil*, KO⁵ § 89 Rz 6.

²⁷⁰ *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.5/2.

5.2.5.2. „In eigener Sache“

Es gibt vielfältige Konstellationen, wo ein Gegenstand der Abstimmung die „eigene Sache“ des Abstimmenden betrifft. Primär wird eine eigene Sache nach den unmittelbaren oder – etwa durch erhebliche Beteiligungen begründeten – mittelbaren Auswirkungen der Beschlussfassung in der Person des Gläubigerausschussmitglieds bestimmt. Wegen der Gefahr voreingenommener Abstimmung sind aber auch die potentiellen Vor- bzw Nachteile eines Vertreters für die Beurteilung einer Abstimmung in eigener Sache relevant²⁷¹. Die herrschende Lehre²⁷² und stRsp²⁷³ bedient sich dabei einer Analogie zu § 39 Abs 4 GmbHG²⁷⁴. Somit besteht ein Stimmverbot betreffend jener Beschlüsse, welche die Rechtssphäre des Abstimmenden bzw der von ihm vertretenen Person berühren. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Abstimmende von einer Verpflichtung befreit oder ihm ein Vorteil zugewendet werden soll, sowie dann, wenn mit ihm ein Geschäft abgeschlossen oder ein Prozess geführt bzw beendet werden soll²⁷⁵.

In der Rechtsprechung des OGH wurden bislang in dieser Richtung hauptsächlich Fälle entschieden, in denen mit einem Ausschussmitglied selbst bzw einer Gesellschaft, an der dieses beteiligt ist, Geschäfte abgeschlossen werden sollten. In der Entscheidung 8 Ob 17/97a wurde etwa ein Ausschussmitglied vom Stimmrecht ausgeschlossen, weil es eine belastete Liegenschaft aus der Konkursmasse erwerben wollte²⁷⁶. Anders wurde jedoch hinsichtlich der darauffolgenden Abstimmung über den Ausscheidungsantrag des Masseverwalters nach § 119 Abs 5 KO entschieden, weil dieser schließlich keine „eigene Sache“ des Ausschussmitglieds betreffe. Dass das Ausschussmitglied aufgrund seiner Gläubigerstellung durch diese Beschlussfassung in seiner wirtschaftlichen Sphäre berührt werde, könne

²⁷¹ Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch, Sanierung III Kap 12.5/8.

²⁷² Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 21; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 17; Feil, KO⁵ § 89 Rz 6.

²⁷³ OGH 11.07.1996, 8 Ob 2116/96 = ecolex 1997, 165 = RdW 1997, 280 = ZIK 1997, 102; OGH 27.03.1997, 8 Ob 17/97a = SZ 70/58 = RdW 1998, 19 = ZIK 1998, 67.

²⁷⁴ Siehe zu dieser Bestimmung Koppensteiner, GmbH-Gesetz² § 39 Rz 31ff.

²⁷⁵ Isola in Petsch/Reckenzaun/Berti/Isola, Praxishandbuch², 540; Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch, Sanierung III Kap 12.5/8f; OGH 11.07.1996, 8 Ob 2116/96 = ecolex 1997, 165 = RdW 1997, 280 = ZIK 1997, 102.

²⁷⁶ OGH 27.03.1997, 8 Ob 17/97a = SZ 70/58 = RdW 1998, 19 = ZIK 1998, 67.

einen Stimmrechtsausschluss allein nicht rechtfertigen. Dem Umstand, dass bei dieser Abstimmung auch Eigeninteressen mitverfolgt würden, trage die Konkursordnung nämlich mit dem Aufsichtsrecht des Konkursgerichts nach § 95 KO Rechnung, welches dem Gericht die Möglichkeit gebe, die Beschlüsse des Gläubigerausschusses auf ihre Gesetz- und Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen. Zusätzlich könnten bei Verfolgung von Eigeninteressen gegen das betreffende Ausschussmitglied zivil- und strafrechtliche Folgen ausgelöst werden²⁷⁷. Gegen diese Entscheidung wendet sich zu Recht *Reisch*, weil formalistisch lediglich auf mögliche rechtliche Auswirkungen und nicht auf die wirtschaftliche (oder familiäre) Gesamtbetrachtung abgestellt werde²⁷⁸. Es widerspricht dem Sinn der Regelung des Stimmverbots in eigener Sache, das betroffene Ausschussmitglied zwar von der Ausübung seines Stimmrechts hinsichtlich der „direkten“ Entscheidung über die Verwertung der Liegenschaft auszuschließen, ihm in weiterer Folge jedoch das Stimmrecht über einen Ausscheidungsantrag des Masseverwalters nach § 119 Abs 5 KO zuzuerkennen. § 89 Abs 3 letzter Satz KO will unter anderem verhindern, dass mit der Beschlussfassung Eigeninteressen verfolgt werden, welche die bestmögliche Verwertung des dem Konkurs unterworfenen Vermögens verhindern. Schon allein aus diesem Grund ist daher in diesem Zusammenhang eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geboten, bei welcher man davon ausgehen kann, dass die Ausscheidung von Vermögenswerten ebenso schädlich für das allgemeine Konkursinteresse ist, wie etwa der Verkauf zu einem niedrigen Preis an ein Mitglied des Gläubigerausschusses. Differenzieren muss man dennoch im Hinblick auf den Grad der Interessenskollision, denn allein der Umstand, dass die eigenen Interessen eines Mitglieds in irgendeiner Weise berührt werden, wird den Ausschluss noch nicht rechtfertigen können, da dies bei allen Konkursgläubigern per se der Fall ist, der Gläubigerausschuss in der Praxis aber gerade aus solchen besteht. Der Ausschluss von der Abstimmung wird somit eine über das normale Gläubigerinteresse hinausgehende persönliche Beteiligung am Ergebnis der Abstimmung gestellten Beschlusses erfordern, wie dies

²⁷⁷ OGH 27.03.1997, 8 Ob 17/97a = SZ 70/58 = RdW 1998, 19 = ZIK 1998, 67.

²⁷⁸ *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.5/8.

jedoch wiederum bei Insichgeschäften üblicherweise vorliegt²⁷⁹. Aber auch im konkreten Fall ist dieses im weitesten Sinn gegeben, denn die Intention der Ausscheidung der Liegenschaft nach § 119 Abs 5 KO ist in diesem Fall offensichtlich: Das vom Stimmrecht ursprünglich ausgeschlossene Ausschussmitglied stimmt für eine Ausscheidung, damit es anschließend das Grundstück vom Gemeinschuldner erwerben kann. Es wäre somit widersprüchlich, diese Vorgangsweise zu billigen und dem Mitglied das Stimmrecht bezüglich einer allfälligen Ausscheidung zuzuerkennen. Die Argumentation des OGH, dass in diesem Zusammenhang eben das Aufsichtsrecht des Konkursgerichts bzw eventuell zivil- oder strafrechtliche Folgen ausgelöst werden könnten, ist auch insoweit nicht zielführend, als diese Rechtsfolgen zusätzlich zum eigentlichen Verbot der Abstimmung in eigener Sache vorliegen bzw vorliegen könnten. Würde man allein auf diese möglichen Rechtsfolgen vertrauen, wäre der Bestimmung des § 89 Abs 3 letzter Satz KO nämlich ebenso die Grundlage entzogen und würde sich das Stimmrechtsverbot als gegenstandslos erweisen.

Sollte die Beteiligungsquote eines Ausschussmitglieds als Gesellschafter einer mit der Masse kontrahierenden Erwerbsgesellschaft (= Drittgesellschaft) höher liegen als sein Anteil an den gesamten Konkursforderungen, ist dieses Mitglied ebenfalls vom Stimmrecht gemäß § 89 Abs 3 letzter Satz KO ausgeschlossen, weil hier die Gefahr besteht, dass sich der Betreffende von den Interessen dieser Drittgesellschaft leiten lässt²⁸⁰.

Schließlich besteht auch ein Stimmrechtsverbot hinsichtlich von Beschlüssen nach § 127 Abs 1 KO über die Ansprüche der bevorrechteten Gläubigerschutzverbände, wenn ein solcher Verband selbst Mitglied des Gläubigerausschusses ist²⁸¹.

²⁷⁹ In Anlehnung an die deutsche Literatur; vgl *Uhlenbruck*, InsO¹², § 72 Rz 6; *Pape*, ZInsO 1999, 678; *Kübler* in *Kübler/Prütting*, InsO, Band I § 72 Rz 7.

²⁸⁰ OGH 11.07.1996, 8 Ob 2116/96a = *ecolex* 1997, 165 = *RdW* 1997, 280 = *ZIK* 1997, 102; ähnlich OGH 12.05.1992, 4 Ob 7/92 = *WBI* 1992, 406 = *RdW* 1992, 371.

²⁸¹ *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 17; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ III § 89 Rz 21.

5.2.5.3. Folgen bei Nichteinhaltung

Ein Verstoß gegen das Stimmverbot des § 89 Abs 3 letzter Satz KO bewirkt, dass die abgegebene Stimme ungültig und bei der Berechnung der Mehrheit nicht als positive Stimme zu berücksichtigen ist²⁸².

In der Praxis enthält sich ein vom Stimmverbot betroffenes Mitglied meist selbst der Stimme²⁸³. Sollte das Vorliegen einer eigenen Sache jedoch strittig sein, ist der Masseverwalter *nicht* zur Entscheidung dieser Frage berufen. Das betroffene Mitglied darf daher zunächst faktisch mitstimmen. Dem Masseverwalter obliegt es in weiterer Folge, im Bericht an das Konkursgericht nach § 95 Abs 1 KO auf die Problematik der Stimmabgabe hinzuweisen²⁸⁴. Soweit die abgegebene, aber ungültige Stimme mehrheitsentscheidend gewesen sein sollte, ist es Aufgabe des Konkursgerichts, den (bloß) formal mehrheitlichen Beschluss gemäß § 95 Abs 2 KO aufzuheben bzw gemäß § 95 Abs 3 KO in dringenden Fällen durch eine eigene Verfügung zu ersetzen²⁸⁵. Falls hingegen das Konkursgericht eine mehrheitsentscheidende ungültige Stimmabgabe nicht behandelt – etwa weil das Vorliegen einer eigenen Sache unbekannt geblieben ist –, bleibt der Beschluss des Gläubigerausschusses mangels Aufhebung rechtswirksam²⁸⁶.

Eine Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit des Ausschussbeschlusses gibt es nach hM nicht²⁸⁷. Nach *Petschek/Reimer/Schiemer* würde es nämlich einer Klage auf Feststellung der Ungültigkeit eines Ausschussbeschlusses wegen Formwidrigkeit an der Rechtsschutzfähigkeit mangeln, weil die Rechtskraft des Urteils des

²⁸² *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 17 mwN; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 24; *Feil*, KO⁵ § 89 Rz 6; *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 436 Anm 4; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.5/9.

²⁸³ *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.5/9.

²⁸⁴ *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.5/9.

²⁸⁵ OGH 11.07.1996, 8 Ob 2116/96 = *ecolex* 1997, 165 = *RdW* 1997, 280 = *ZIK* 1997, 102; OGH 27.03.1997, 8 Ob 17/97a = *SZ* 70/58 = *RdW* 1998, 19 = *ZIK* 1998, 67; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.5/9.

²⁸⁶ *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.5/10.

²⁸⁷ *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 212; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 17; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 25; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.5/10.

Prozessgerichts nicht ohne gesetzliche Erlaubnis die Organe eines anderen Verfahrens binden kann. Sohin wäre dieses Urteil wirkungslos²⁸⁸.

Ebenfalls unzulässig ist ein Rekurs gegen diesen (wie auch jeden anderen) Ausschussbeschluss, da keine gerichtliche Entscheidung vorliegt²⁸⁹.

5.2.6. Protokoll

Über die Beschlüsse des Gläubigerausschusses ist nach nunmehr einhelliger Ansicht stets ein Protokoll zu errichten²⁹⁰. Eine andere Auffassung vertrat noch *Pollak*²⁹¹, der meinte, dass über die Beschlüsse zwar nicht zwingend ein Protokoll aufgenommen werden müsse, wohl aber der Masseverwalter diese dem Konkursgericht zur Ausübung des Aufsichtsrechts unverzüglich mitzuteilen habe, wobei dies jedoch ohnehin auch nach damaliger Rechtslage in § 95 Abs 1 KO im Hinblick auf den Konkurskommissär gesetzlich vorgeschrieben war. Die Erstellung eines Protokolls fällt in den Aufgabenbereich des die Sitzung leitenden Masseverwalters, denn die Ausschusssitzung ist selbst bei Teilnahme des Konkursgerichts keine gerichtliche Verhandlung²⁹². Das Protokoll muss jedenfalls den Inhalt der Beschlüsse wiedergeben, weil diese gemäß § 95 Abs 1 KO vom Masseverwalter dem Konkursgericht unverzüglich mitzuteilen sind²⁹³ und in den Fällen des § 117 KO auch Wirkungen im Außenverhältnis entfalten²⁹⁴. Zusätzlich ist es zweckmäßig, Informationen über die

²⁸⁸ *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 212; diesen folgend *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 92 Rz 29.

²⁸⁹ *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 17; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 212; unklar *Holzhammer*, Insolvenzrecht⁵, 151, der einen Rekurs der überstimmten Ausschussmitglieder sowie des Gemeinschuldners im Hinblick auf Genehmigungsbeschlüsse in den Fällen des § 116 KO aF für jedenfalls zulässig erachtete.

²⁹⁰ *Lehmann*, Kommentar zur KO, AO und AnfO, Band I 561; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 208; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 18; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 16.

²⁹¹ *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 436 Anm 4.

²⁹² *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 207; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 15; *Feil*, KO⁵ § 89 Rz 7; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 11; *Isola* in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, Praxishandbuch², 539; OLG Wien 25.01.1999, 28 R 175/98f zit nach *Mohr*, KO¹⁰ § 89 E 13.

²⁹³ Siehe Punkt 5.6.2.

²⁹⁴ *Feil*, KO⁵ § 89 Rz 7; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 208; siehe eingehend in Punkt 6.4.5.5.

Anwesenheit, die Diskussion in ihren Grundzügen sowie den Abstimmungsvorgang bzw das Abstimmungsverhalten der einzelnen Ausschussmitglieder möglichst umfassend wiederzugeben²⁹⁵. Dies dient vor allem dazu, die gerichtliche Kontrolle der Gläubigerausschussbeschlüsse gemäß § 95 KO mit ausreichender Kenntnis der Sachlage zu ermöglichen und erleichtert so deren Überprüfung²⁹⁶. Zusätzlich dient diese Mitteilungspflicht auch dem für den Verfahrensfortgang notwendigen Evidenthalten solcher Beschlüsse²⁹⁷. Informationen dieser Art, die dem Konkursgericht ergänzend zu dem ohnehin verpflichtend mitzuteilenden Inhalt von Beschlüssen des Gläubigerausschusses übermittelt werden, ermöglichen diesem, einen besseren Einblick in die Positionen und Sichtweisen der verschiedenen Mitglieder zu erhalten und dadurch zugleich eine breitere Entscheidungsbasis für seine Vorgehensweise zu gewinnen. Zweckmäßig und optimal wäre es meiner Ansicht nach, dass der Konkursrichter – sofern über grundlegende Dinge beraten wird – zusätzlich bei den Sitzungen persönlich anwesend ist, weil dadurch sein Hintergrundwissen durch die Möglichkeit, selbst ergänzende Fragen zu stellen und mit den Ausschussmitgliedern in eine Diskussion zu treten, erheblich erweitert wird, womit das Kontrollrecht des Konkursgerichts (noch) sinnvoller und effizienter ausgeübt werden könnte.

Zusätzlich dient diese Weitergabe wesentlicher Informationen dem Konkursgericht dazu, eine etwaige schadenersatzrechtliche Verantwortlichkeit der einzelnen Mitglieder des Gläubigerausschusses nach § 89 Abs 2 Satz 2 KO bzw einen allfälligen Enthebungsgrund – etwa wegen Nichtanwesenheit bei Sitzungen²⁹⁸ – zu ermitteln²⁹⁹.

Diese Protokolle sind von der Akteneinsicht der Konkursgläubiger ausgenommen³⁰⁰. Diese haben bloß das Recht zur Einsichtnahme in den –

²⁹⁵ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 18; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 16; Feil, KO⁵ § 89 Rz 7.

²⁹⁶ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 16; Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch, Sanierung III Kap 12.5/4.

²⁹⁷ Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch, Sanierung III Kap 12.5/4.

²⁹⁸ Siehe zur Haftung wegen Verletzung der Teilnahmepflicht Punkt 6.5.5.4.

²⁹⁹ Pollak in Bartsch/Pollak, KO³ I 438 Anm 10; Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzrecht 213f.

³⁰⁰ OLG Linz 06.03.1995, 2 R 16, 17/95 = ZIK 1995, 193; OLG Wien 25.01.1999, 28 R 175/98f zit nach Mohr, KO¹⁰ § 89 E 15.

parteiöffentlichen – Konkursakt zwecks Kenntnisnahme vom Ergebnis der Beschlussfassung. In einer Entscheidung des OLG Wien wurde von der Rekurswerberin die Ansicht vertreten, dass zwar die Protokolle des Gläubigerausschusses von der allgemeinen Akteneinsicht „schlechthin“ ausgeschlossen seien, die Arbeitsunterlagen des Gläubigerausschusses den Protokollen jedoch nicht gleichzuhalten seien und somit ohne rechtliche Grundlage gemeinsam mit den Protokollen geführt würden. Es müsse eine Trennung dieser Unterlagen vorgenommen werden, sodass diese Stellungnahmen als Teil des Konkursaktes anzusehen wären. In der Folge stellte das OLG zwar klar, dass jede Partei des Konkursverfahrens – und somit auch jeder Konkursgläubiger als Beteiligter des Konkursverfahrens – gemäß § 171 KO iVm § 219 Abs 1 ZPO in diesen Konkursakt unausschließbar und unverzichtbar Akteneinsicht nehmen könne. Jedoch seien Gläubigerausschusssitzungen nicht öffentlich, weshalb sowohl in die darin aufgenommenen Protokolle als auch in den Inhalt der Beratungen und der dort behandelten Stellungnahmen keine Einsicht zu gestatten sei. Das Erstgericht habe die Protokolle des Gläubigerausschusses samt den dazu gehörenden Unterlagen nämlich zu Recht in einen Sonderband aufgenommen, der von der allgemeinen Akteneinsicht „schlechthin“ ausgeschlossen wäre, weil sein Inhalt gar nicht Bestandteil des Konkursaktes geworden sei³⁰¹.

5.2.7. Geschäftsordnung

Da die Konkursordnung keine genauen Regelungen über die Geschäftsordnung des Gläubigerausschusses enthält, ist dieser befugt, sich innerhalb der durch die Konkursordnung vorgegebenen gesetzlichen Grenzen selbst eine Geschäftsordnung zu geben³⁰². In der Praxis werden derartige Geschäftsordnungen vom Masseverwalter erstellt, worüber der Ausschuss

³⁰¹ OLG Wien 25.01.1999, 28 R 175/98f zit nach *Mohr*, KO¹⁰ § 89 E 15.

³⁰² *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 17; *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 436 Anm 2; *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 278; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 20.

einen Beschluss zu fassen hat. Das Konkursgericht hat auf diese Geschäftsordnung nur im Rahmen seiner Beschlusskontrolle nach § 95 KO Einfluss³⁰³.

Zweckmäßig ist es, in den Geschäftsordnungen Regelungen, die im Gesetz nur im Umriss vorgegeben sind, in der Praxistätigkeit des Gläubigerausschusses jedoch für dessen Entscheidungsfindung bzw – Überprüfung unbedingt erforderlich sind, aufzustellen. Dazu zählen insbesondere³⁰⁴:

- die Einberufungsmodalitäten (insbesondere die Einberufungsfrist);
- die Art und Weise der Protokollierung (zB Führen von Anwesenheitslisten, Unterfertigung des Protokolls durch die Anwesenden, Einspruchsfrist gegen das Protokoll);
- das Abstimmungsverhalten (zB mündliche oder schriftliche Abstimmung, Art der Zeichen bei der mündlichen Abstimmung, Möglichkeit zur Stimmenthaltung)
- Vertretung von Ausschussmitgliedern (zB Pflicht zur vorherigen Bekanntgabe des Vertreters an den Masseverwalter).

5.2.8. Minderheitsbericht

In § 89 Abs 4 KO wurde durch das IRÄG 1982 zur Verbesserung des Minderheitenschutzes im Gläubigerausschuss für jedes Ausschussmitglied, welches mit seiner Auffassung hinsichtlich eines Beschlusses des Gläubigerausschusses nicht durchdringen sollte, die Möglichkeit eingefügt, einen schriftlichen Minderheitsbericht abzufassen und dem Gericht vorzulegen. Dies ermöglicht dem Mitglied, allfällige Bedenken gegen einen

³⁰³ Pollak in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 436 Anm 2; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 17.

³⁰⁴ *Isola* in *Petsch/Reckenzaun/Berti/Isola*, Praxishandbuch², 530; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 20; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 18.

vom Gläubigerausschuss gefassten Beschluss aktenkundig zu machen³⁰⁵ und zusätzlich eine gerichtliche Überprüfung nach § 95 KO herbeizuführen³⁰⁶. Im Mittelpunkt steht auch hier – wie in allen Fällen, in denen das IRÄG 1982 den Ausschussmitgliedern Individualrechte einräumte – der Dienstnehmervertreter im Gläubigerausschuss³⁰⁷. Das Recht auf Abfassung eines Minderheitsberichts ist nicht auf anwesende oder stimmberechtigte Ausschussmitglieder beschränkt, weshalb auch abwesende oder nicht stimmberechtigte Gläubigerausschussmitglieder vom Recht des § 89 Abs 4 KO Gebrauch machen und einen Minderheitsbericht abfassen können³⁰⁸.

5.3. VERSCHWIEGENHEITSPFLICHT DER AUSSCHUSSMITGLIEDER

Eine Verpflichtung der Ausschussmitglieder zur Verschwiegenheit hinsichtlich der ihnen aufgrund ihrer Tätigkeit im Ausschuss bekannt gewordenen Tatsachen ist im Gesetz nicht ausdrücklich angeordnet. Nach – auch in Deutschland³⁰⁹ – herrschender Ansicht besteht dennoch eine Verschwiegenheitsverpflichtung der Mitglieder³¹⁰, welche aus der Verpflichtung zur Unterstützung des Masseverwalters abgeleitet wird³¹¹. Dies ermöglicht eine sachgerechte Einschränkung, denn die Pflicht zur Verschwiegenheit bzw zur Nichtverwendung der im Gläubigerausschuss erlangten Informationen für eigene Vorteile besteht nur insoweit, als es das gemeinsame Interesse aller Beteiligten erfordert. Verschwiegenheit über Umstände, von denen sie als Mitglieder des Gläubigerausschusses Kenntnis

³⁰⁵ ErläutRV zum IRÄG 1982, 1147 BlgNR 15. GP 23.

³⁰⁶ ErläutRV zum IRÄG 1982, 1147 BlgNR 15. GP 24; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 19; siehe Punkt 5.6.

³⁰⁷ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ III § 89 Rz 26; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 19; siehe Punkt 4.6.3.3.

³⁰⁸ *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 19; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ III § 89 Rz 26.

³⁰⁹ *Kübler* in *Kübler/Prütting*, *InsO*, Band I § 69 Rz 20; *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, *ZInsO* 2006, 69.

³¹⁰ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ III § 89 Rz 35; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 4; *Feil*, *KO*⁵ § 89 Rz 1.

³¹¹ *Kübler* in *Kübler/Prütting*, *InsO*, Band I § 69 Rz 20.

erlangt haben, ist vor allem auch von jenen Mitgliedern gefordert, zu deren außerverfahrensrechtlichen Aufgaben die Erteilung von Bonitätsauskünften gehört³¹².

Jedoch steht das Einsichtsrecht des Gläubigerausschusses in die Unterlagen des Masseverwalters in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Grundsatz der Wahrung der gemeinsamen Interessen³¹³, denn es ist nicht unwahrscheinlich, dass ein Gläubigerausschussmitglied, welches im Rahmen seiner Tätigkeit im Ausschuss einen Informationsvorsprung erlangt hat, versuchen wird, diesen unter Umständen für sich auszunützen, selbst wenn das dem gemeinsamen Konkursinteresse entgegensteht. In der Praxis hat sich – vor allem in Deutschland, wo der Gläubigerausschuss eine vom Konkursgericht wesentlich unabhängigere Stellung aufweist und nicht derart umfassenden Kontrollinstrumenten unterworfen ist – gezeigt, dass die Verpflichtung zur Verschwiegenheit ergänzt um das zusätzliche Verbot, Insider-Kenntnisse (zB Wissen über den Verlauf von Verwertungshandlungen wird zum Schaden der Masse an Dritte weitergegeben) für sich kommerziell zu nutzen, in der Regel nicht ausreicht, um eigennützige Vorgehensweisen von Mitgliedern im Konkurs zu verhindern. Eine ordnungsgemäße Überwachung und Unterstützung des Masseverwalters ist zwar nur bei entsprechender Kenntnis der Sachlage möglich, weshalb die Ausschussmitglieder grundsätzlich über alle wichtigen Umstände informiert werden müssen und auch in Unterlagen Einsicht nehmen dürfen. Dennoch darf dieser Grundsatz nicht uneingeschränkt gelten, sodass der Masseverwalter einzelnen oder sämtlichen Ausschussmitgliedern bestimmte Informationen vorenthalten kann, wenn es das allgemeine Konkursinteresse gebietet bzw die Einsicht dem Zweck des Konkursverfahrens zuwiderlaufen würde³¹⁴. Hier ist darauf Bedacht zu nehmen, dass den Ausschussmitgliedern dadurch keine wesentlichen Entscheidungsgrundlagen vorenthalten werden

³¹² Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch, Sanierung III Kap 12.6/19.

³¹³ Siehe dazu Punkt 6.2.

³¹⁴ Vgl zur Rechtslage in Deutschland Kübler in Kübler/Prütting, InsO, Band I § 69 Rz 20 mwN; Hess in Hess/Weis/Wienberg, Kommentar zur InsO² I § 69 Rz 9 im Hinblick auf Tatsachen, die sich auf einen gerade gegen ein Auskunft begehrendes Ausschussmitglied geplanten oder anhängigen Anfechtungsprozess beziehen.

bzw dem Gläubigerausschuss seine Überwachungs- und Unterstützungstätigkeit nicht unmöglich gemacht wird.

Sollte ein Ausschussmitglied einen Informationsvorsprung, den es durch seine Tätigkeit im Gläubigerausschuss gewonnen hat, dennoch unzulässigerweise zu seinem Vorteil ausnutzen, kann es bei Verschulden gemäß § 89 Abs 2 Satz 2 KO für die Schäden von Beteiligten zur Haftung herangezogen werden³¹⁵.

5.4. ZULÄSSIGKEIT DER VERTRETUNG VON AUSSCHUSS-MITGLIEDERN

5.4.1. Allgemeines

Obwohl die Ausübung der Tätigkeit im Gläubigerausschuss grundsätzlich dem dafür bestellten Mitglied obliegt, kann sich dieses bei der Erfüllung seiner Pflichten gemäß § 88 Abs 2 letzter Satz KO auf eigene Gefahr und Kosten vertreten lassen³¹⁶, wobei der Vertreter ebenfalls die entsprechenden Voraussetzungen für das Amt – also auch die nach herrschender Ansicht geforderte, für die Erfüllung dieser Aufgaben notwendige Sachkunde – erfüllen muss³¹⁷. Die Tätigkeit im Gläubigerausschuss ist demnach – im Gegensatz zum Amt selbst, welches vom jeweiligen Amtsinhaber nicht auf einen Dritten übertragbar ist – keine höchstpersönliche³¹⁸. Die Möglichkeit der Vertretung von Ausschussmitgliedern entspricht den Bedürfnissen der Praxis, insbesondere

³¹⁵ Vgl etwa *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.6/19; siehe dazu Punkt 6.5.

³¹⁶ *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 279.

³¹⁷ Vgl zu den Voraussetzungen eingehend unter Punkt 4.5.1.

³¹⁸ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 24; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 206; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 88 Rz 11; *Feil*, KO⁵ § 88 Rz 6.

jenen der bevorrechteten Gläubigerschutzverbände sowie der gesetzlichen Interessenvertretungen³¹⁹.

Nach der – veralteten – Ansicht von *Pollak*³²⁰ hatte der Vertreter eines Ausschussmitglieds für die Dauer seiner Funktion die Rechtsstellung des Ausschussmitglieds, weshalb er kraft eigenen Rechts und nicht als Bevollmächtigter des von ihm Vertretenen handelte. Dieser Ansicht ist nicht zu folgen, da nur dem Konkursgericht die Befugnis zur Bestellung von Ausschussmitgliedern zukommt und diese den bereits bestellten Mitgliedern nicht übertragen werden darf. Die hL³²¹ geht somit richtigerweise davon aus, dass der Vertreter mit seiner Entsendung nicht selbst zum Ausschussmitglied wird. Demzufolge hat dieser auch allfällige Weisungen des von ihm vertretenen Ausschussmitglieds gemäß § 1009 ABGB zu befolgen³²². Zwar ist die in § 88 Abs 1 aF KO noch normierte Möglichkeit der gerichtlichen Bestellung von Ersatzmännern seit dem IRÄG 1982 nicht mehr vorgesehen, doch kann sich die Dauer der Vertretung auch über einen längeren Zeitraum erstrecken³²³. Zusätzlich hat der bestellte Vertreter dann ein Recht auf Unterermächtigung, wenn sie ihm vom Funktionsinhaber klar gestattet wurde oder wenn sie – wie in § 1010 ABGB normiert – durch die Umstände unvermeidlich ist³²⁴; in diesem Fall haftet der Vertreter jedoch lediglich für Auswahlverschulden nach § 1315 ABGB.

5.4.2. Haftung des Vertretenen für Handlungen des Vertreters

Da der Vertreter selbst nach hL somit nicht die Rechtsstellung eines Ausschussmitglieds erlangt, ist er als Gehilfe des vertretenen

³¹⁹ *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 434 Anm 19; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 88 Rz 11.

³²⁰ *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 433 Anm 19.

³²¹ *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 88 Rz 11; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 206; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 24; *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 277; *Feil*, KO⁵ § 88 Rz 6.

³²² *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 277.

³²³ *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 433 Anm 19 mwN; *Denkschrift* 79.

³²⁴ *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 207.

Gläubigerausschussmitglieds anzusehen³²⁵. Die Haftung des Gläubigerausschussmitglieds beruht wie jene des Masseverwalters gemäß § 81 Abs 3 KO auf einem gesetzlichen Schuldverhältnis zu den Beteiligten, in welches das jeweilige Gläubigerausschussmitglied durch die Übernahme seiner Tätigkeit im Gläubigerausschuss eintritt³²⁶. Aus diesem Grund muss das Mitglied bei schuldhafter Verletzung seiner Pflichten persönlich nach den Grundsätzen der Vertragshaftung für Schäden der Beteiligten eintreten, weshalb er für seinen Vertreter gemäß § 1313a ABGB und nicht bloß nach § 1315 ABGB haftet³²⁷. Den Grundsätzen der Gehilfenhaftung nach § 1313a ABGB folgend trägt das Ausschussmitglied daher nicht nur den durch die Untüchtigkeit des Gehilfen entstandenen, sondern auch jenen Schaden, der bei persönlicher Funktionserfüllung ausgeblieben wäre³²⁸. Allerdings gilt diese strenge Haftung nur für schädigende Handlungen, die mit der Erfüllung der Tätigkeit im Gläubigerausschuss in einem inneren Zusammenhang stehen³²⁹.

Zu einer anderen Art der Haftung gelangt man, wenn man der Auffassung von *Pollak* folgt, der hinsichtlich der Rechtsstellung des Vertreters davon ausgeht, dass der Vertreter für die Zeit seiner Tätigkeit selbst die Stellung eines Ausschussmitglieds erlangt³³⁰. In diesem Fall würde den Vertreter nämlich die Haftung nach § 89 Abs 2 KO treffen, die auch für die etatmäßigen Gläubigerausschussmitglieder gilt. Zusätzlich ist das jeweilige Ausschussmitglied solidarisch allen Beteiligten verantwortlich, da es – bedingt durch die Formulierung des § 88 Abs 2 letzter Satz KO („auf eigene Gefahr“) –

³²⁵ *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 206; *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 277; *Hierzenberger*/

Riel in *Konecny/Schubert*, KO § 88 Rz 11, § 89 Rz 21; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch*/

Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 24, 26.

³²⁶ *Welser* in *Jelinek*, Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrecht 32; *Shamiyeh*, Haftung 207; *Hierzenberger*/

Riel in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 21; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 49; *Feil*, KO⁵ § 89 Rz 8.

³²⁷ *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 206; *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 277; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 88 Rz 11, § 89 Rz 21; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 26; *Feil*, KO⁵ § 88 Rz 6.

³²⁸ *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 207.

³²⁹ *Kozioł/Welser*, Grundriß¹² II 323; vgl zur schadenersatzrechtlichen Verantwortlichkeit der Ausschussmitglieder eingehend unter Punkt 6.5.

³³⁰ *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 433 Anm 19.

selbst bei einer sorgfältigen Auswahl seines Vertreters von seiner Haftung nicht frei würde³³¹.

Meiner Meinung nach ist hier der herrschenden Lehre der Vorzug zu geben. Mit der Bestellung in den Gläubigerausschuss übernimmt das zukünftige Mitglied bewusst Verpflichtungen, denen es sich auch durch die Möglichkeit der Entsendung eines Vertreters nicht entziehen darf. Das vertretene Ausschussmitglied muss eben eine sorgfältige und gewissenhafte Auswahl seines Vertreters vornehmen, dem er zusätzlich auch Weisungen erteilen kann³³².

5.4.3. Haftung des Vertreters und Regress

Der Gehilfe selbst haftet – ausgenommen der Ansicht *Pollaks* folgend – den zu Schaden gekommenen Beteiligten in der Regel nicht nach den Grundsätzen der Vertragshaftung, da er grundsätzlich nicht in einer gesetzlichen Sonderbeziehung zu ihnen steht³³³. In Betracht kommt somit lediglich eine deliktische Haftung des Vertreters, wenn sein Verhalten unabhängig von den Verpflichtungen aus der gesetzlichen Sonderbeziehung rechtswidrig ist³³⁴.

Das vertretene Ausschussmitglied kann sich bei seinem Vertreter intern nach den Grundsätzen des § 1313 ABGB schadlos halten, wenn es dem geschädigten Beteiligten den Schaden ersetzt hat³³⁵.

³³¹ *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 433 Anm 19.

³³² Siehe zur Möglichkeit des internen Regresses zwischen Vertretenem und Vertreter sogleich unter Punkt 5.4.3.

³³³ *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 207; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak*/

Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 26.

³³⁴ *Kozio/Welser*, Grundriss¹² II 325; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 26.

³³⁵ Zutreffend *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 26.

5.5. REKURSLEGITIMATION

5.5.1. Allgemeines

Der Gläubigerausschuss als solcher ist im Konkursverfahren nicht rekursberechtigt, weshalb die Rekurslegitimation ausschließlich bei den einzelnen Ausschussmitgliedern liegt³³⁶. Das Höchstgericht führte dazu aus, dass das Rekursrecht nach § 176 KO nur Personen zustünde, die durch den angefochtenen Beschluss in ihren Rechten oder Interessen beschwert sind. Der Gläubigerausschuss als solcher hätte daher kein Rekursrecht, weil nur der einzelne Konkursgläubiger, aber nicht der Gläubigerausschuss – der die Aufgabe der Überwachung und Unterstützung des Masseverwalters wahrnehmen soll – sich durch einen Beschluss in seinen Rechten und Interessen beschwert fühlen könne. Ein Rekursrecht einer nicht beschwerten Person könne nur dann angenommen werden, wenn das Gesetz ihr nichtsdestoweniger das Recht zuerkennen würde, zur Wahrnehmung der Interessen dritter Personen einzuschreiten, wie dies etwa beim Masseverwalter nach § 81 KO der Fall sei.

5.5.2. Rekursmöglichkeiten

Die einzelnen Ausschussmitglieder sind in folgenden Fällen zur Erhebung eines Rekurses legitimiert:

- gegen den Beschluss des Konkursgerichts bei der Entscheidung über die Ansprüche des Masseverwalters (§ 125 Abs 2 KO³³⁷), des Sachwalters beim Zwangsausgleich (§ 157b Abs 3 KO iVm § 125 Abs 2 KO) oder des

³³⁶ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, *Insolvenzrecht*⁴ III § 89 Rz 47; Isola in Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola, *Praxishandbuch*², 535; OGH 25.04.1951, 1 Ob 221/51 = SZ 24/109 = EvBl 1951/226, 279.

³³⁷ Durch die InsNov 2002 wurde den Mitgliedern des Gläubigerausschusses nach § 125 Abs 2 Satz 6 KO im Rekursfall eines anderen Rekursberechtigten zusätzlich das Recht zur Anbringung einer Rekursbeantwortung gewährt. Gemäß § 125 Abs 2 letzter Satz KO entscheidet das Rekursgericht endgültig.

Treuhänders im Abschöpfungsverfahren (§ 204 Abs 2 KO iVm § 125 Abs 2 KO). Hingegen erfasst dieses Rekursrecht jene Fälle nicht, in denen das Gericht über die Gewährung von Vorschüssen an den Masseverwalter entscheidet³³⁸.

- gegen den Beschluss des Konkursgerichts über die Höhe des von den Mitgliedern des Gläubigerausschusses beanspruchten Barauslagenersatzes oder einer besonderen Vergütung für ein dem Gläubigerausschussmitglied durch Beschluss des Gläubigerausschusses oder Verfügung des Konkursgerichts übertragenes besonderes Geschäft (§ 126 KO iVm § 125 Abs 2 KO).
- gegen den Beschluss über die Vergütung der bevorrechteten Gläubigerschutzverbände nach § 127 Abs 1 KO (§ 127 Abs 2 KO iVm § 125 Abs 2 KO).
- gegen sämtliche Beschlüsse, welche die Verwertung der Konkursmasse betreffen. Wenngleich in der Praxis hievon kaum Gebrauch gemacht wird, ist dieses Recht von entscheidungswesentlicher Bedeutung. Großgläubiger sind darauf hinzuweisen, dass ihnen als einfache Konkursgläubiger – sofern sie durch den angefochtenen Beschluss nicht in ihren Rechten verletzt werden sollten³³⁹, wobei allerdings rein wirtschaftliche Interessen an der Rekuserhebung *nicht* ausreichend sind³⁴⁰ – kein Rekursrecht zustehen würde und eine Einflussnahme auf die Modalitäten der Verwertung nur als Mitglied des Gläubigerausschusses in effizienter Weise möglich ist³⁴¹. Dies betraf in der jüngeren Rechtsprechung etwa die Möglichkeit der Anfechtung eines Ausscheidungsbeschlusses gemäß § 119 Abs 5 KO³⁴² sowie auch die

³³⁸ *Isola* in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, Praxishandbuch², 536.

³³⁹ OGH 25.02.1970, 5 Ob 36/70 = SZ 43/51 = EvBl 1970/269, 464 = JBI 1973, 47.

³⁴⁰ OGH 18.10.1967, 5 Ob 191/67 = EvBl 1968/165, 273; OGH 09.09.1986, 5 Ob 315/86 = EvBl 1987/196, 728 = JBI 1987, 327; OGH 20.03.1984, 5 Ob 304/84; OGH 18.08.1988, 8 Ob 27/88 ua.

³⁴¹ *Isola* in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, Praxishandbuch², 536.

³⁴² OGH 31.10.1991, 8 Ob 33/90; OGH 31.08.1992, 8 Ob 10/92 = RdW 1993, 246 = MietSlg 44.906 = WoBl 1993/74; siehe hiezu eingehend unter Punkt 6.4.5.2.3.

Anfechtung von nach § 117 KO ergangenen Beschlüssen des Konkursgerichts³⁴³.

- gegen die Ausführung von Beschlüssen des Gläubigerausschusses seitens des überstimmten Mitglieds³⁴⁴. Hier wird die Rekurslegitimation vom OGH bejaht, weil im Verwertungsverfahren die Wahrung des Minderheitenschutzes im Kreis der Gläubiger³⁴⁵ nur dann gewährleistet sei, wenn jedem einzelnen Mitglied des Gläubigerausschusses neben einem Antrags- und Mitwirkungsrecht³⁴⁶ auch ein Anfechtungsrecht bezüglich der Ausführung von Gläubigerausschussbeschlüssen gestattet würde, falls es überstimmt werden sollte³⁴⁷. Dieses Rekursrecht ist jedoch lediglich aus dem Grund entstanden, weil die hRsp³⁴⁸ von einer Unanwendbarkeit des § 95 KO in den Fällen des § 117 KO ausgeht. Derartige Beschlüsse würden für ihre Wirksamkeit ohnedies der konkursgerichtlichen Genehmigung bedürfen. Zudem würde die Abfassung eines Minderheitsberichts nach § 89 Abs 4 KO³⁴⁹ womöglich zu spät kommen. Es wäre nach Ansicht des OGH in weiterer Folge ein Wertungswiderspruch, wenn man dem einzelnen Mitglied des Gläubigerausschusses zwar gegen die Ausführung eines Beschlusses gemäß § 95 Abs 3 KO aF den Rekurs einräumen würde, nicht aber in den schwerwiegenden Fällen des § 117 KO. Zudem wäre nach Ansicht des Höchstgerichts die durch das zugestandene Rekursrecht verursachte Verfahrensverzögerung im Hinblick auf einen effektiven Schutz der Gläubigerminderheiten vertretbar³⁵⁰.

Jedoch wenden sich *Shamiyeh*, *Hierzenberger/Riel* und auch *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* zu Recht gegen diese Ansicht, da nämlich etwa in den Fällen der §§ 117, 119 Abs 5, 129 Abs 1 KO die Verweigerung der Zustimmung bzw Genehmigung des Gläubigerausschusses zu dem

³⁴³ OGH 12.03.1992, 8 Ob 2, 3/92 = EvBl 1992/152, 622; siehe Punkt 6.4.5.5.6.

³⁴⁴ OGH 12.03.1992, 8 Ob 2, 3/92 = EvBl 1992/152, 622; OGH 27.03.1997, 8 Ob 17/97a = SZ 70/58 = RdW 1998, 19 = ZIK 1998, 67.

³⁴⁵ ErläutRV zum IRÄG 1982, 1147 BlgNR 15. GP 24.

³⁴⁶ OGH 07.12.1988, 8 Ob 33/88 = WBl 1989, 132; OGH 23.05.1991, 8 Ob 12/91 = EvBl 1992/9, 30 = ecolex 1991, 847; OGH 31.10.1991, 8 Ob 33/90.

³⁴⁷ OGH 12.03.1992, 8 Ob 2, 3/92 = EvBl 1992/152, 622.

³⁴⁸ OGH 27.03.1997, 8 Ob 17/97a = SZ 70/58 = RdW 1998, 19 = ZIK 1998, 67 mit Verweis auf EvBl 1992/152, 622.

³⁴⁹ Siehe dazu Punkt 5.2.8.

³⁵⁰ OGH 27.03.1997, 8 Ob 17/97a = SZ 70/58 = RdW 1998, 19 = ZIK 1998, 67.

vom Masseverwalter geplanten Vorhaben dazu führen würde, dass das Gericht mit der Frage überhaupt nur dann befasst werden könne, wenn auch solche Beschlüsse der Kontrolle nach § 95 KO unterliegen würden³⁵¹. Somit ist lediglich fraglich, auf welche Rechtsgrundlage das – den Ausschussmitgliedern gegen Gerichtsbeschlüsse in den Fällen der §§ 117, 119 Abs 5, 129 Abs 1 KO nach diesen Ansichten jedenfalls zustehende – Recht zur Rekuserhebung gestützt wird. Richtigerweise ist ein eigenständiges Rekursrecht für überstimmte Ausschussmitglieder in den „genehmigungspflichtigen Fällen“ nicht erforderlich, da jeder Beschluss des Gläubigerausschusses ohnehin vom Masseverwalter dem Konkursgericht einerseits eben zur Wahrung dessen Genehmigungsrechts, andererseits zur Ermöglichung der konkursgerichtlichen Kontrolle über den Gläubigerausschuss nach § 95 Abs 1 KO mitgeteilt werden muss³⁵², welches dann in weiterer Folge durch Gerichtsbeschluss über die Entscheidung des Ausschusses befindet. Das Konkursgericht kann einen Beschluss des Masseverwalters, obwohl sich der Gläubigerausschusses gegen die geplante Maßnahme ausspricht, nach herrschender Lehre und Rechtsprechung dennoch genehmigen³⁵³. Sollte ein Mitglied des Gläubigerausschusses jedoch gegen eine Maßnahme des Masseverwalters gestimmt haben, welche in weiterer Folge vom Konkursgericht dennoch „genehmigt“ wird, wäre der Ansicht des OGH folgend fraglich, wie man ein allfälliges Rekursrecht dieses Mitglieds begründen will. In dem einen Fall wäre es gestützt auf ein eigenständiges Rekursrecht in den Fällen der §§ 117, 119 Abs 5, 129 Abs 1 KO, in den anderen Fällen könnte man lediglich über die Mitteilungspflicht an das Konkursgericht und dessen darauffolgende Entscheidung zu einer Rekursmöglichkeit gelangen. Dass jedoch im Endeffekt ein und dasselbe Rekursrecht auf zwei im Grunde verschiedene Rechtsgrundlagen gestützt werden soll, ist nicht begreiflich und kann wohl auch nicht im Sinne des Gesetzgebers gelegen sein. In diesem Sinne

³⁵¹ *Shamiyeh*, Haftung 192 mwN; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 95 Rz 9; diesen Autoren folgend *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 95 Rz 31.

³⁵² Siehe sogleich Punkt 5.6.2.

³⁵³ Siehe hierzu die Nachweise unter Punkt 6.4.

wäre eine Änderung der Rechtsprechung des OGH mE zur Beseitigung dieses Widerspruchs wünschenswert.

Unabhängig davon, welcher Rechtsgrundlage man sich bedient, besteht kein Rekursrecht überstimmter Mitglieder, wenn das betroffene Gläubigerausschussmitglied wegen Befangenheit (dh Abstimmung in eigener Sache) vom Stimmrecht überhaupt ausgeschlossen war. In diesem Fall ist das Gläubigerausschussmitglied nicht als überstimmt zu qualifizieren und daher auch nicht rekurslegitimiert³⁵⁴.

- nach hM gegen den Enthebungsbeschluss des Konkursgerichts gemäß § 88 Abs 3 KO seitens des betroffenen Mitglieds³⁵⁵. *Hierzenberger/Riel* verweisen zur Begründung des Rekursrechts auf § 87 KO, der die Enthebung des Masseverwalters regelt. Da der Masseverwalter ebenso wie ein Ausschussmitglied keinen Rechtsanspruch auf dieses Amt hätte, dem Masseverwalter jedoch nach hL³⁵⁶ ein Rekursrecht gegen einen ihn seines Amtes enthebenden Beschluss eingeräumt werde, müsse dies auch für die Mitglieder des Gläubigerausschusses gelten³⁵⁷. Dagegen wenden sich *Chalupsky/Duursma-Kepplinger*³⁵⁸ unter Hinweis darauf, dass zwar weder der Masseverwalter noch die Mitglieder des Gläubigerausschusses einen Rechtsanspruch auf ihr Amt hätten, jedoch die rechtlich und haftungsmäßig bedeutsamere Stellung des Masseverwalters sowie dessen ihm für seine Tätigkeit zustehende Entlohnung ein rechtliches Interesse viel eher rechtfertigen würde, weshalb nicht von dessen Rekursrecht gegen den Enthebungsbeschluss zugleich auch auf ein solches der Ausschussmitglieder geschlossen werden dürfe. Dem ist mE nicht zu folgen, weil die Unabhängigkeit eines Gläubigerausschussmitglieds auch dadurch gewahrt wird, dass eine Enthebung nur bei Vorliegen wichtiger Gründe möglich ist, die das

³⁵⁴ *Isola* in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, Praxishandbuch², 540.

³⁵⁵ *Isola* in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, Praxishandbuch², 536; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 88 Rz 12; *Feil*, KO⁵ § 88 Rz 7; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.6/12; OLG Wien 04.10.1937, 2 R 563/37 = EvBl 1937/1010, II 352.

³⁵⁶ *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 87 Rz 10; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 87 Rz 16; *Feil*, KO⁵ § 87 Rz 4; *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 270.

³⁵⁷ *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 88 Rz 12 unter Verweis auf § 87 Rz 10.

³⁵⁸ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 31.

Konkursgericht zu prüfen hat³⁵⁹. Dem Gläubigerausschussmitglied muss jedenfalls Gelegenheit gegeben werden, seinen Ausschluss – und somit auch das Vorliegen wichtiger Gründe – durch eine zweite Instanz überprüfen zu lassen, weshalb das Rekursrecht gegen den Enthebungsbeschluss zu bejahen ist.

- generell gegen einen Beschluss des Konkursgerichts, wenn sich ein Gläubigerausschussmitglied in seinem Teilnahme- oder Abstimmungsrecht verletzt erachtet³⁶⁰.

5.6. ÜBERWACHUNG DURCH DAS KONKURSGERICHT NACH § 95 KO

5.6.1. Allgemeines

Die durch die InsNov 2002 eingehend geänderte Bestimmung des § 95 KO ist von grundlegender Bedeutung, weil sie das Konkursgericht in der Hierarchie der Konkursorgane über den Gläubigerausschuss und die Gläubigerversammlung stellt. Dies ist Ausdruck des die (heutige) Konkursordnung beherrschenden Grundsatzes der Gerichtsherrschaft über das Konkursverfahren³⁶¹. Der Gläubigerausschuss übt (wie im Übrigen auch die Gläubigerversammlung) als Organ des Konkursverfahrens keine subjektiven Rechte, sondern vielmehr Pflichten aus³⁶², wobei er dabei nicht ausschließlich an das Gesetz gebunden, sondern auch verpflichtet ist, die gemeinsamen Interessen aller am Konkursverfahren Beteiligten zu wahren³⁶³. Ebenso wie dem Gläubigerausschuss obliegt auch dem Konkursgericht im

³⁵⁹ Siehe Punkt 7.2.2.

³⁶⁰ Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch, Sanierung III Kap 12.6/12.

³⁶¹ Pollak in Bartsch/Pollak, KO³ I 458 Anm 1; Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzrecht 211; Feil, KO⁵ § 95 Rz 1; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 95 Rz 2; OLG Wien 16.09.1935, 2 R 626/35 = EvBl 1935/994, II 325; OGH 27.09.1962, 5 Ob 214/62 = JBl 1963, 323; Lehmann, Kommentar zur KO, AO und AnfO, Band I 576.

³⁶² Vgl etwa Pollak in Bartsch/Pollak, KO³ I 458 Anm 1.

³⁶³ Siehe Punkt 6.2.

Rahmen seiner Überwachungstätigkeit die Wahrung der gemeinsamen Interessen aller am Konkursverfahren Beteiligten. Um dieser Aufgabe nachkommen zu können, wurde mit § 95 KO eine Bestimmung in die Konkursordnung aufgenommen, die es dem Konkursgericht ermöglicht, auch eine ordnungsgemäß gebildete Mehrheit des Gläubigerausschusses (wie auch der Gläubigerversammlung – vgl § 95 KO) dann zu durchbrechen, wenn die gemeinsamen Interessen der Beteiligten gefährdet scheinen. Durch diese gerichtliche Kontrolle sollen Nachteile, die durch einzelne, aktive Gläubiger aufgrund Verfolgung ihrer Einzelinteressen unter Zurücksetzung des gemeinsamen Konkursinteresses verursacht wurden, verhindert werden³⁶⁴.

Jedoch ist in diesem Zusammenhang stets zu beachten, dass die Beschlüsse des Gläubigerausschusses – ausgenommen hinsichtlich der erforderlichen gerichtlichen Bestätigung des Zwangsausgleichs nach § 152 KO³⁶⁵ – sofort wirksam und durchführbar sind, wobei das Gericht den Beschlüssen diese Gültigkeit und Wirksamkeit jedoch jederzeit nehmen kann³⁶⁶.

³⁶⁴ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 95 Rz 1; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger⁴ III § 95 Rz 2; Denkschrift 86; vgl ebenfalls Frankl, Revision 19ff, wo es heißt: „Die Zuweisung von Verfügungsrechten an eine Personenmehrheit, wie sie die Gläubigerversammlung darstellt, bringt immer die Gefahr einer ungerechten Majorisierung mit sich und zwar einer Majorisierung in zweifacher Richtung: einmal die der berechtigten Teilnehmer durch Unberechtigte und sodann die der Minderheit durch die Mehrheit. Keine dieser Gefahren hat unsere Concursordnung zu vermeiden oder in ihren Folgen zu bekämpfen gewusst. Gläubigermehrheit ist immer geprägt durch Motive des Egoismus oder des Mitleids; oft werden die Interessen der Einzelnen mehr gewahrt als jene der Masse selbst und ein betriebsamer Cridatar oder auch ein reger Gläubiger leicht eine Mehrheit für seine Vorschläge findet, wenn er den um ihre Zustimmung ersuchten Gläubigern die Mühe persönlichen Erscheinens bei der Versammlung abnimmt.“

³⁶⁵ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 95 Rz 1.

³⁶⁶ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 95 Rz 1; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/

Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 95 Rz 4; Pollak in Bartsch/Pollak, KO³ I 458 Anm 1; Feil, KO⁵ § 95 Rz 1; Rintelen, Handbuch 87 – im Hinblick auf Beschlüsse des Gläubigerversammlung, die durch § 95 Abs 2 KO ebenfalls dem Aufhebungsrecht des Konkursgerichts unterworfen sind und daher die Aussage von Rintelen auch für den Gläubigerausschuss verwendet werden kann; OLG Wien 16.09.1935, 2 R 626/35 = EvBl 1935/994, II 325; OGH 27.09.1962, 5 Ob 214/62 = JBl 1963, 323.

5.6.2. Mitteilungspflicht des Masseverwalters

Der Masseverwalter ist gemäß § 95 Abs 1 KO verpflichtet, jeden Beschluss des Gläubigerausschusses unverzüglich dem Konkursgericht mitzuteilen. Dies geschieht entweder durch Vorlage eines Sitzungsprotokolls³⁶⁷ oder bei Umlaufbeschlüssen durch Übermittlung der dem Masseverwalter retournierten und unterfertigten Entscheidungen der einzelnen Ausschussmitglieder. Zweck der Vorlegung durch den Masseverwalter ist zum einen die Wahrung der Zustimmungsmöglichkeiten des Konkursgerichts zu Beschlüssen des Gläubigerausschusses (vor allem in den Fällen der §§ 117, 119 Abs 5 KO)³⁶⁸. Zum anderen wird damit die Wahrnehmung der in § 95 KO vorgesehenen konkursgerichtlichen Kontrolle über den Gläubigerausschuss ermöglicht³⁶⁹.

5.6.3. Überprüfung durch das Konkursgericht

5.6.3.1. Allgemeines

Im Rahmen seiner Überwachungspflicht hat das Konkursgericht die Verpflichtung, jeden Beschluss des Gläubigerausschusses von Amts wegen zu prüfen³⁷⁰. Erhielte das Gericht somit etwa von dritter Seite Informationen,

³⁶⁷ Chalupsky/Ennöckl/Holzapfel, Handbuch 227f; Feil, KO⁵ § 95 Rz 2; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 95 Rz 2.

³⁶⁸ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 95 Rz 5; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 95 Rz 2; Hora, Konkurskommissär 32 – hier handelte es sich noch um die Zustimmung des „Konkurskommissärs“ – diese Funktion ist jedoch nunmehr ident mit der des Konkursgerichts.

³⁶⁹ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 95 Rz 2; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 95 Rz 5; Lehmann, Kommentar zur KO, AO und AnfO, Band I 576.

³⁷⁰ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 95 Rz 6; Lehmann, Kommentar zur KO, AO und AnfO, Band I 576; Pollak in Bartsch/Pollak, KO³ I 458 Anm 2; Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzrecht 211; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 95 Rz 3; Fink, Insolvenzrecht³, 15; Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch, Sanierung III Kap 12.4/5; Feil, KO⁵ § 95 Rz 2; OGH 11.07.1996, 8 Ob 2116/96

wonach ein Beschluss die gemeinsamen Interessen aller Beteiligten verletze, so wäre es verpflichtet, diesen Hinweisen nachzugehen³⁷¹. Dies gilt auch für Beschlüsse über Weisungen, die der Gläubigerausschuss auf Anordnung des Konkursgerichts nach § 84 Abs 1 letzter Satz KO dem Masseverwalter erteilt³⁷². Die dafür notwendigen Informationen verschafft sich das Konkursgericht einerseits durch Berichte des Masseverwalters und andererseits durch entsprechende Erhebungen gemäß § 173 Abs 5 KO³⁷³. An dieser amtswegigen Prüfpflicht des Gerichts ändert sich auch dann nichts, wenn der zu kontrollierende Beschluss einstimmig oder zumindest mit großer Mehrheit zustande gekommen ist³⁷⁴, denn durch das IRÄG 1982 ist es bewusst zum Schutz der Konkursgläubiger zu einer Erweiterung der Prüfpflicht des Konkursgerichts zu Lasten ihrer Privatautonomie gekommen³⁷⁵.

Darüber hinaus haben nach § 95 Abs 2 KO sowohl der Masseverwalter als auch – im Interesse des Minderheitenschutzes im Gläubigerausschuss³⁷⁶ – jedes Mitglied des Gläubigerausschusses das Recht, die Aufhebung eines Gläubigerausschussbeschlusses zu beantragen. Die Mitglieder des Gläubigerausschusses können die Kontrolle des Konkursgerichts auch durch Abfassung eines Minderheitsberichts nach § 89 Abs 4 KO auslösen³⁷⁷. Zusätzlich besteht für sämtliche Verfahrensbeteiligte – somit auch für den

= ecolex 1997, 165 = RdW 1997, 280 = ZIK 1997, 102; OGH 27.09.1962, 5 Ob 214/62 = JBI 1963, 323; zu den Kriterien siehe Punkt 5.6.3.2.

³⁷¹ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ III § 95 Rz 3; *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 458 Anm 2; *Feil*, KO⁵ § 95 Rz 2.

³⁷² *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 95 Rz 3; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ III § 95 Rz 6.

³⁷³ *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 95 Rz 3; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ III § 95 Rz 6; *Feil*, KO⁵ § 95 Rz 2.

³⁷⁴ OGH 13.02.1997, 8 Ob 2294/96b = SZ 70/31 = ÖBA 1997, 833 = RdW 1997, 662 = ZIK 1997, 226; *Zehetner*, ecolex 1997, 165; *Feil*, KO⁵ § 95 Rz 4; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ III § 95 Rz 13; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 95 Rz 5.

³⁷⁵ *Zehetner*, ecolex 1997, 165; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ III § 95 Rz 13; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 95 Rz 5; *Fink*, Insolvenzzrecht³, 15.

³⁷⁶ ErläutRV zum IRÄG 1982, 1147 BlgNR 15. GP 24.

³⁷⁷ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ III § 89 Rz 26, § 95 Rz 7; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 19, § 95 Rz 3; *Feil*, KO⁵ § 95 Rz 2; ErläutRV zum IRÄG 1982, 1147 BlgNR 15. GP 24.

Gemeinschuldner³⁷⁸ – die Möglichkeit, eine Überprüfung durch das Konkursgericht anzuregen³⁷⁹.

Die Überwachungstätigkeit des Konkursgerichts darf jedoch nicht zu einer Lähmung wirtschaftlicher Initiative oder einer bürokratischen Behinderung der Verwaltung führen. Es ist auch nicht die Aufgabe des Konkursrichters, die Tätigkeit des Masseverwalters faktisch zu übernehmen³⁸⁰.

5.6.3.2. Kriterien der konkursgerichtlichen Kontrolle

Die konkursgerichtliche Kontrolle hinsichtlich der Beschlüsse des Gläubigerausschusses erstreckt sich nicht nur auf ihre *Gesetzmäßigkeit*, sondern auch auf ihre *Zweckmäßigkeit* und *Angemessenheit*³⁸¹. Die Untersuchung der Gesetzmäßigkeit beinhaltet sowohl die Überprüfung des formell richtigen Zustandekommens des Beschlusses als auch seine Vereinbarkeit mit zwingenden Rechtsvorschriften³⁸². Als Maßstab zur Prüfung der Zweckmäßigkeit eines Ausschussbeschlusses dienen gemäß § 95 Abs 2 KO sowohl das gemeinsame Interesse der Konkursgläubiger als auch „andere gleich gewichtige Gründe“. Das gemeinsame Interesse ist jedenfalls dann verletzt, wenn durch den getroffenen Beschluss der Gemeinschuldner,

³⁷⁸ Wegan, Insolvenzzrecht 27; OGH 02.10.1968, 5 Ob 197/68.

³⁷⁹ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzzrecht⁴ III § 95 Rz 7; Lehmann, Kommentar zur KO, AO und AnFO, Band I 576; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 95 Rz 3; Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch, Sanierung III Kap 12.4/5; Feil, KO⁵ § 95 Rz 2; vgl OGH 25.11.1999, 8 Ob 199/99v = ZIK 2000/164, 137.

³⁸⁰ OGH 26.07.1996, 1 Ob 2050/96v = SZ 69/170 = ZIK 1997, 24 = RdW 1997, 201 = JBI 1997, 49.

³⁸¹ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzzrecht⁴ III § 95 Rz 8; Denkschrift 87; Lehmann, Kommentar zur KO, AO und AnFO, Band I 576; Pollak in Bartsch/Pollak, KO³ I 458 Anm 3; Wegan, Insolvenzzrecht 5; Heil, Insolvenzzrecht, Rz 151; Isola in Petsch/Reckenzaun/Berti/Isola, Praxishandbuch² 541; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 95 Rz 4; Feil, KO⁵ § 95 Rz 4; OGH 10.09.1969, 5 Ob 181/69 = JBI 1970, 206; OGH 11.07.1996, 8 Ob 2116/96 = ecolex 1997, 165 = RdW 1997, 280 = ZIK 1997, 102; OGH 13.02.1997, 8 Ob 2294/96b = SZ 70/31 = ÖBA 1997, 833 = RdW 1997, 662 = ZIK 1997, 226.

³⁸² Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 95 Rz 4; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzzrecht⁴ III § 95 Rz 9; OGH 11.07.1996, 8 Ob 2116/96 = ecolex 1997, 165 = RdW 1997, 280 = ZIK 1997, 102.

einzelne Gläubiger oder auch dritte Personen begünstigt werden bzw der Beschluss für niemanden von Nutzen ist³⁸³. Da angenommen werden darf, dass jeder Konkursgläubiger durch seine Beteiligung am Konkursverfahren das Interesse verfolgt, für seine (ungesicherte) Konkursforderung die bestmögliche Befriedigung aus der Konkursmasse zu erlangen, besteht somit ein Widerspruch zum gemeinsamen Interesse jedenfalls dann, wenn ein Beschluss des Gläubigerausschusses einseitig dem Sonderinteresse eines Gläubigers oder einer Gläubigergruppe auf Kosten des Gesamtinteresses aller Konkursgläubiger Rechnung trägt. Zwar droht bei einem Beschluss, der lediglich einen einzelnen Konkursgläubiger, den Gemeinschuldner oder einen Massegläubiger schädigt, keine Verletzung der *gemeinsamen* Interessen³⁸⁴, jedoch kann eine derartige Benachteiligung in bestimmten Fällen einen „gleich gewichtigen“ Grund darstellen und dadurch einer Entscheidung durch das Konkursgericht unterliegen³⁸⁵.

Unter „gleich gewichtigen Gründen“ sind insbesondere Eingriffe in die Rechte des Gemeinschuldners, der Ab- und Aussonderungsgläubiger oder der Massegläubiger zu verstehen³⁸⁶. Durch diese im Zuge des IRÄG 1982 in die Konkursordnung aufgenommene Generalklausel und die daraus folgende Interpretation dieser Bestimmung verschiebt sich das Gewicht des Gläubigerausschusses immer mehr von einem Organ zu Wahrung der gemeinsamen Interessen aller Konkursgläubiger hin zu einem Organ, welches die Interessen sämtlicher Verfahrensbeteiligter, insbesondere auch jene der Dienstnehmer, zu beachten hat³⁸⁷. Allgemeine Einigkeit besteht darin, dass durch diese Bestimmung die Verantwortung des Konkursgerichts erhöht

³⁸³ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 95 Rz 5; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/

Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 95 Rz 10; vgl zum Begriff „gemeinsames Interesse“ auch die deutsche Lehre: Kübler in Kübler/Prütting, InsO, Band I § 78 Rz 7; OGH 29.03.1962, 5 Ob 69/62 = SZ 35/39 = JBI 1963, 44.

³⁸⁴ Vgl hierzu erneut die deutsche Lehre: Kübler in Kübler/Prütting, InsO, Band I § 78 Rz 8.

³⁸⁵ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 95 Rz 5; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/

Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 95 Rz 10.

³⁸⁶ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 95 Rz 5; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 95 Rz 12.

³⁸⁷ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 95 Rz 12; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 95 Rz 5; siehe Punkt 6.2.

wurde³⁸⁸. Zudem liegt in der Verwendung dieses unbestimmten Gesetzesbegriffs durchaus eine Erschwerung der Tätigkeit des Konkursgerichts, da es sich häufig mit Auslegungsfragen hinsichtlich der Bestimmung des § 95 Abs 2 KO auseinanderzusetzen hat³⁸⁹. Wie schon *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* zutreffend darlegen, wird jedoch durch diese Bestimmung „auch die Flexibilität des Gerichts bei seiner Entscheidungsfindung gefördert und somit gewährleistet, dass Härtefälle, die häufig Folge einer zu starren Legistik sind, weitgehend vermieden werden können.“³⁹⁰ Durch den erhöhten Umfang der Interessenabwägung, der durch die erforderliche Rücksichtnahme auf die Interessen sämtlicher Beteiligten verursacht wird, gewinnt das Gericht einen breiteren Entscheidungsspielraum bei seiner Kontrolltätigkeit und kann auch Interessen berücksichtigen, die ohne diese Generalklausel nicht aufgegriffen hätten werden dürfen. Dadurch kann mE zum einen auch den Wünschen des Gemeinschuldners in erhöhtem Maß Rechnung getragen werden, wenn dieser eine Fortführung seines insolventen Unternehmens anstrebt, die Mitglieder des Gläubigerausschusses jedoch auf eine rasche Zerschlagung bzw Unternehmensveräußerung bedacht sind und das Unternehmen auf diese Weise einer Verwertung zuführen wollen. Zum anderen besteht durch diese Formulierung die Möglichkeit, Gesichtspunkte in die Entscheidung einfließen zu lassen, welche Schicksale von Einzelpersonen zwar nicht ausschließlich, jedoch in erhöhtem Maße aufgreifen können, sodass das Konkursgericht durch eine Abwägung der Interessen sämtlicher Verfahrensbeteiligten Härtefälle vermeiden und eine bessere Abwicklung des Konkursverfahrens gewährleisten kann.

³⁸⁸ *Denkschrift* 87; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht*⁴ III § 95 Rz 12; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert, KO § 95 Rz 5; Zehetner, ecolex* 1997, 165.

³⁸⁹ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht*⁴ III § 95 Rz 12.

³⁹⁰ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht*⁴ III § 95 Rz 12.

5.6.3.3. Antragsrecht der Mitglieder des Gläubigerausschusses nach § 95 Abs 2 KO

Das den Ausschussmitgliedern gemäß § 95 Abs 2 KO eingeräumte Recht, beim Konkursgericht die Aufhebung eines Beschlusses des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung zu beantragen, wurde durch eine Entscheidung des OGH aus dem Jahr 1997³⁹¹ neu definiert. Sollten Mitglieder im Rahmen der Genehmigung einer Unternehmensveräußerung Zweifel an der Zweckmäßigkeit einer vom Masseverwalter angekündigten Maßnahme oder an einem von diesem präsentierten Konzept haben, müssen sie dem Konkursgericht entweder ein überprüfbares besseres Konzept entgegenstellen oder zumindest in nachvollziehbarer Weise darlegen, dass die beabsichtigte Maßnahme auch bei einer Gesamtbetrachtung nachteilig für die Masse ist. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass unter beträchtlichem Zeit- und Kostenaufwand zwar Klarheit über die Zweckmäßigkeit einzelner Vorgänge gewonnen werden könnte, die Umsetzung dieser Erkenntnisse jedoch daran scheitern müsste, dass entweder mittlerweile das Unternehmen zugrunde gegangen oder das bei den Anbietern bestehende Interesse – etwa aufgrund einer (weiteren) Reduzierung des vorhandenen Kundenstocks – verflogen wäre. Dass diese von den Mitgliedern zu erwartende Vorgangsweise dem Sinn des Gesetzes entspricht, ließe sich aus der Bestimmung des § 120 Abs 2 KO ableiten, welche die Absonderungsgläubiger verpflichte, beim Widerspruch gegen die freihändige Veräußerung von Sachen, an denen sie ein Absonderungsrecht geltend machen, entsprechende Gründe für die größere Vorteilhaftigkeit der gerichtlichen Veräußerung darzulegen³⁹². Der widersprechende Absonderungsgläubiger sei verpflichtet, konkret darzulegen, warum die gerichtliche Veräußerung für ihn erheblich vorteilhafter wäre, sodass die allgemeine Behauptung, es könne erwartet werden, dass ein potentieller Käufer oder auch ein Dritter im Fall einer gerichtlichen Veräußerung ein

³⁹¹ OGH 13.02.1997, 8 Ob 2294/96b = SZ 70/31 = ÖBA 1997, 833 = RdW 1997, 662 = ZIK 1997, 226.

³⁹² Vgl etwa OGH 17.10.1996, 8 Ob 2114/96 = ZIK 1996, 213 = RdW 1997, 280.

höheres Anbot stellen würde, nicht ausreiche³⁹³. Deshalb würde auch die bloße Behauptung, es hätten sich bei Ankündigung des beabsichtigten Verkaufs in den Medien und Durchführung neuerlicher Schätzungen bessere Angebote ergeben, bei weitem nicht ausreichen, Zweifel an der Zweckmäßigkeit der vom Gläubigerausschuss mehrheitlich beschlossenen Maßnahme zu erwecken. Durch dieses Vorbringen würden nämlich wesentliche Überlegungen, welche die besonders rasche Durchführung des Verkaufs begründeten, wie etwa die Unerschwinglichkeit der Betriebsfortführung durch die Masse und der drohende Verlust des Kundenstockes völlig außer Acht gelassen. Jedoch ist seit der InsNov 2002 eine Übergehung des Gläubigerausschusses hinsichtlich seiner Genehmigungsbefugnis bei einer Unternehmensveräußerung nach § 117 KO in dringenden Fällen gemäß § 118 Abs 2 KO aF – wie noch in dieser Entscheidung vorgebracht – nicht mehr vorgesehen. Im Rekursverfahren gegen die letztlich doch genehmigte Maßnahme könne das überstimmte Gläubigerausschussmitglied schließlich keine Einwände nachtragen.

ME ist hier die Ansicht des OGH insoweit zuzustimmen, als generell ein Antrag auf Aufhebung iSd § 95 Abs 2 KO inhaltlich substantiiert sein sollte und auch ausführlich begründet werden muss, warum eine Maßnahme bei Gesamtbetrachtung Nachteile für die Masse mit sich bringen würde. Letztendlich wird es jedoch eine Ermessensentscheidung des Konkursgerichts bleiben, inwieweit im konkreten Fall einer „bloßen Behauptung“ eines Ausschussmitglieds über angebliche bessere Angebote Glauben zu schenken sein wird.

³⁹³ Chalupsky, RdW 1991, 351.

5.6.3.4. Rechtsmittel und –legitimation gegen Beschlüsse des Konkursgerichts nach § 95 KO

Gegen einen konkursgerichtlichen Aufhebungsbeschluss nach § 95 Abs 2 KO ist ein Rechtsmittel zulässig³⁹⁴. Es macht keinen Unterschied, ob die angefochtene Entscheidung aufgrund eines förmlichen Antrags des Masseverwalters oder eines Ausschussmitglieds nach § 95 Abs 2 KO zustande gekommen ist oder von Amts wegen aufgrund einer Beschwerde, einer Anregung sowie infolge von Bedenken, die von einem Beteiligten gegen den Beschluss des Gläubigerausschusses geltend gemacht wurden, getroffen wurde³⁹⁵.

Da hinsichtlich der Rechtsmittellegitimation mangels gegenteiliger Bestimmungen die allgemeinen Regeln gelten, ist jeder zur Anfechtung berechtigt, der durch den gegenständlichen Beschluss in seinen Rechten verletzt wird³⁹⁶, wobei rein wirtschaftliche Interessen außer Betracht zu bleiben haben. Dies läuft darauf hinaus, dass jeder Beteiligte, dem Mitwirkungsrechte im gegenständlichen Konkursverfahren zukommen, zur Erhebung eines Rekurses gegen nach § 95 KO getroffene Beschlüsse des Konkursgerichts berechtigt ist³⁹⁷.

³⁹⁴ OGH 27.09.1962, 5 Ob 214/62 = JBI 1963, 323; OGH 29.03.1962, 5 Ob 69/62 = SZ 35/39 = JBI 1963, 44; OGH 05.11.1964, 5 Ob 263, 264/64 = EvBI 1965/151, 211; OGH 27.09.1962, 5 Ob 169/62; OGH 14.06.1963, 5 Ob 207/63; OGH 10.09.1969, 5 Ob 181/69 = JBI 1970, 206; OGH 04.04.1973, 5 Ob 1/73 = EvBI 1973/269, 553; *Lehmann*, Kommentar zur KO, AO und AnfO, Band I 578; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 95 Rz 45; *Deixler-Hübner* in *Konecny/Schubert*, KO § 176 Rz 14; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 95 Rz 13.

³⁹⁵ OGH 26.04.1950, 2 Ob 240, 249/50 = SZ 23/113.

³⁹⁶ *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 95 Rz 13; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 95 Rz 45.

³⁹⁷ *Deixler-Hübner* in *Konecny/Schubert*, KO § 176 Rz 14; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 95 Rz 45; OGH 07.12.1988, 8 Ob 33/88 = WBI 1989, 132; vgl auch OGH 29.08.1996, 8 Ob 5/96 = ZIK 1997, 147 = RdW 1996, 530.

Erstens ist der Gemeinschuldner rekursberechtigt³⁹⁸, weil diesem im Rahmen des Verwertungsverfahrens die Wahrnehmung seiner Interessen – im Gegensatz zu denen der Gläubiger, welche durch die in der Konkursordnung vorgesehenen Organe der Gläubigerversammlung und des Gläubigerausschusses wahrgenommen werden – selbst überlassen bleibt und er nur durch Einräumung eines Rekursrechts auf rechtsstaatlich unbedenkliche Art vor der im Konkurs immer bestehenden Gefahr einer Vermögensverschleuderung geschützt werden kann³⁹⁹. Dies war kurzfristig unklar, als in einer Entscheidung des OGH aus dem Jahr 1991⁴⁰⁰ dem Gemeinschuldner lediglich das Recht zur Beschwerde über den Masseverwalter nach § 84 Abs 3 KO und die Möglichkeit, die Verletzung des ihm im Rahmen der Verwertung seines Vermögens zustehenden Anhörungsrechts zu rügen, eingeräumt wurde, nicht jedoch ein Rekursrecht gegen einen Beschluss des Konkursgerichts nach § 95 KO. Begründet wurde dies damit, dass eine außerhalb des kridamäßigen Versteigerungsverfahrens stattfindende Verwertung des dem Konkurs unterworfenen Vermögens unter voller Verantwortung der dafür in der Konkursordnung vorgesehenen Organe – ohne weiteren Einfluss des Gemeinschuldners – nach rein marktorientierten geschäftlichen Grundsätzen möglichst rasch und frei von bürokratischen Hemmnissen erfolgen müsse. Dies wäre mit der Einräumung einer umfassenden gerichtlichen Kontrolle wirtschaftlicher Entscheidungen im Instanzenzug grundsätzlich nicht vereinbar, weshalb der Gemeinschuldner letztlich auf den ihm bei haftungsbegründenden schuldhaften Pflichtverletzungen der mit dem Verwertungsverfahren betrauten Personen zustehenden Rechtsschutz im Rahmen der schadenersatzrechtlichen Verantwortlichkeit angewiesen sei.

Doch schon kurze Zeit später änderte der OGH seine Ansicht⁴⁰¹ und legte dar, dass gemäß § 171 KO iVm § 514 Abs 1 ZPO Rekurse – soweit

³⁹⁸ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 95 Rz 13; Deixler-Hübner in Konecny/Schubert, KO § 176 Rz 14; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 95 Rz 45; Feil, KO⁵ § 95 Rz 4; Pollak in Bartsch/Pollak, KO³ I 458 Anm 4; OGH 05.11.1964, 5 Ob 263, 264/64 = EvBl 1965/151, 211; OGH 26.05.1994, 8 Ob 7, 8/94 = SZ 67/98 = JBl 1995, 384 = RdW 1995, 100 = ZIK 1995, 30; OGH 14.12.1995, 8 Ob 34, 35/95 = ZIK 1996, 138 = ecolex 1996, 363; OGH 29.06.2000, 8 Ob 137/00f = ZIK 2001/110, 60.

³⁹⁹ OGH 16.09.1993, 8 Ob 15/93 = ecolex 1994, 818; OGH 29.06.2000, 8 Ob 137/00f = ZIK 2001/110, 60; vgl auch OGH 12.11.1998, 8 Ob 236/98h = ZIK 1999, 66.

⁴⁰⁰ OGH 28.11.1991, 8 Ob 26/91 = ecolex 1992, 160.

⁴⁰¹ OGH 16.09.1993, 8 Ob 15/93 = ecolex 1994, 818.

nicht ausdrücklich ausgeschlossen – prinzipiell auch im Konkursverfahren zulässig seien. Aus diesem Grund sei auch dem Gemeinschuldner gegen Beschlüsse im Konkursverfahren grundsätzlich ein Rekursrecht zuzubilligen, soweit dieses nicht ausdrücklich ausgeschlossen wäre oder sich ein solcher Ausschluss aus anderen Gründen zwingend ergäbe. Der Ausschluss eines Rekursrechtes des Gemeinschuldners im Verwertungsverfahren könne zwar der Straffung des Konkursverfahrens dienlich sein, jedoch dürfe dieser nicht Vorrang vor dem Recht des Gemeinschuldners, dem im Konkurs jede Verfügung über sein Vermögen entzogen ist, auf sein faires Verfahren und ausreichendes rechtliches Gehör bei der Verwertung der Konkursmasse, zuerkannt werden, auch wenn diese mit Genehmigung des Gläubigerausschusses und gerichtlicher Billigung erfolgen sollte. Zudem könne aus dem Recht des Gemeinschuldners nach § 118 Abs 1 KO zur Einvernahme vor Beschlussfassung über die in den §§ 116 und 117 KO bezeichneten Angelegenheiten ebenso auf ein Rekursrecht geschlossen werden, wie sich dieses aus dem Antragsrecht des Masseverwalters oder jedes Mitglieds des Gläubigerausschusses nach § 95 Abs 3 KO aF (nun: § 95 Abs 2 KO) ergäbe.

Weiters hat der Masseverwalter ein Rekursrecht⁴⁰². Einer Entscheidung des OGH aus dem Jahr 1993⁴⁰³ ist zu entnehmen, dass dieser die Rekurslegitimation des Masseverwalters aus seinem ihm nach § 95 Abs 2 KO zustehenden Recht, die Aufhebung eines Beschlusses des Gläubigerausschusses bzw der Gläubigerversammlung beim Konkursgericht zu beantragen, ableitet. Dem Masseverwalter als demjenigen, der für den Ausgang und den Ablauf des Konkursverfahrens hauptsächlich verantwortlich ist, muss mE ein Rekursrecht gegen jegliche Entscheidung des Konkursgerichts – somit auch für eine nach § 95 KO getroffene – eingeräumt werden, wobei seine Position als Begründung für dieses „Privileg“ ausreichen sollte. Er kann eine perfekte Abwicklung des Verfahrens eben nur dann

⁴⁰² Pollak in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 458 Anm 4; *Feil*, KO⁵ § 95 Rz 4; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/*

Schubert, KO § 95 Rz 13; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ III § 95 Rz 45; OGH 27.09.1962, 5 Ob 214/62 = JBI 1963, 323; OGH 10.09.1969, 5 Ob 181/69 = JBI 1970, 206; OGH 16.09.1993, 8 Ob 15/93 = *ecolex* 1994, 818; OGH 29.08.1996, 8 Ob 5/96 = ZIK 1997, 147 = RdW 1996, 530.

⁴⁰³ OGH 16.09.1993, 8 Ob 15/93 = *ecolex* 1994, 818.

erreichen, wenn ihm ermöglicht wird, eine zweite, höhere Instanz von seiner Auffassung gegen eine seiner Ansicht nach für die Konkursgläubiger nachteilige Entscheidung des Konkursgerichts zu überzeugen versuchen. Dass ein derart umfassendes Rekursrecht nicht zu einer Verschleppung des Konkursverfahrens führen darf, ist selbstverständlich, doch darf dieses Problem nicht zu einem Entzug dieses Rechts führen, sondern sollte durch effiziente Arbeit der Gerichte beseitigt werden.

Auch Ausschussmitgliedern, die überstimmt wurden, dh die für einen vom Gericht schließlich untersagten Beschluss bzw gegen einen vom Gericht genehmigten Beschluss gestimmt haben, wird ein Rekursrecht zugestanden⁴⁰⁴.

Laut OGH haben indes auch Ausschussmitglieder, die zu Unrecht vom Stimmrecht ausgeschlossen wurden, ein Rekursrecht⁴⁰⁵. Nach dieser Entscheidung könne die Wertung, dass einem überstimmt Mitglied des Ausschusses ein Rekursrecht gegen Beschlüsse des Konkursgerichts eingeräumt werde, auch auf den Fall übertragen werden, dass einem – wenngleich widerspruchslös – zu Unrecht ausgeschlossenen Mitglied des Gläubigerausschusses das Stimmrecht entzogen wurde, sodass es in seinen wie auch den von ihm vertretenen Rechten der Gläubigerminderheiten beschnitten ist. Die Zahl dieser zum Rekurs berechtigten Mitglieder sei ebenso überblickbar wie jene der überstimmt Mitglieder, weshalb die allenfalls auftretenden Verfahrensverzögerungen um den Preis eines effektiven Schutzes der Gläubigerminderheiten in Kauf genommen werden müssten. Dieser Ansicht des OGH ist mMn beizupflichten, da die Bestimmung des § 89 Abs 3 letzter Satz KO den Zweck verfolgt, Mitglieder von der Beschlussfassung im Gläubigerausschuss auszuschließen, die ihre Stellung zur Verfolgung eigennütziger Ziele verwenden könnten. Wenn dieser Zweck jedoch aufgrund tatsächlich mangelnder eigener Interessen nicht erreicht wird,

⁴⁰⁴ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 95 Rz 13; Deixler-Hübner in Konecny/Schubert, KO § 176 Rz 14; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 95 Rz 45; Feil, KO⁵ § 95 Rz 4; OGH 12.03.1992, 8 Ob 2, 3/92 = EvBl 1992/152, 622; in Anlehnung an ein Rekursrecht der in der Gläubigerversammlung überstimmt Konkursgläubiger: OGH 11.07.1996, 8 Ob 2116/96 = ecolex 1997, 165 = RdW 1997, 280 = ZIK 1997, 102.

⁴⁰⁵ OGH 27.03.1997, 8 Ob 17/97a = SZ 70/58 = RdW 1998, 19 = ZIK 1998, 67.

muss dem Mitglied im Interesse des Minderheitenschutzes die Möglichkeit gegeben werden, gegen die Entscheidung des Konkursgerichts Rekurs zu erheben und auf diese Weise sowohl seine Rechte als auch jene der von ihm vertretenen Gläubiger zu wahren – obwohl das vom Stimmrecht ausgeschlossene Mitglied bei der Strittigkeit des Vorliegens einer eigenen Sache vorerst faktisch mitstimmen dürfte und der Masseverwalter das Konkursgericht von dieser Problematik erst im Rahmen seiner Berichtspflicht nach § 95 Abs 1 KO unterrichten müsste.

Folgt man der Ansicht von *Deixler-Hübner* sind schließlich auch Massegläubiger gemäß § 124 Abs 3 KO rekursberechtigt⁴⁰⁶. ME ist diese Argumentation anzuzweifeln, weil diese Bestimmung als Sonderfall in die allgemeine Überwachungspflicht des Konkursgerichts nach § 84 KO fällt⁴⁰⁷, wobei § 84 Abs 3 Satz 2 KO einen Rechtsmittelausschluss gegen die Entscheidung enthält.

Gegen Beschlüsse des Konkursgerichts nach § 95 KO nicht rechtsmittellegitimiert sind einzelne Konkursgläubiger⁴⁰⁸, der Gläubigerausschuss als Kollegialorgan⁴⁰⁹ sowie bloß wirtschaftlich betroffene Vertragspartner der Konkursmasse⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ *Deixler-Hübner* in *Konecny/Schubert*, KO § 176 Rz 14; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 95 Rz 45.

⁴⁰⁷ *Bachmann*, Befriedigung 73f; OGH 22.12.1988, 8 Ob 49/88 = RdW 1990, 16; OGH 20.07.1989, 8 Ob 38/89 = RZ 1992/80, 241; OGH 26.07.1996, 1 Ob 2050/96v = SZ 69/170 = ZIK 1997, 24 = RdW 1997, 201 = JBI 1997, 49; OGH 07.09.2000, 8 Ob 67/00m = ZIK 2001/170, 103; OGH 20.10.2004, 8 Ob 98/04a = ZIK 2005/102, 101.

⁴⁰⁸ *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 95 Rz 13; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 95 Rz 45; *Feil*, KO⁵ § 95 Rz 4; OGH 23.05.1991, 8 Ob 12/91 = EvBl 1992/9, 30 = ecolex 1991, 847; OGH 12.03.1992, 8 Ob 2, 3/92 = EvBl 1992/152, 622; OGH 14.12.1995, 8 Ob 34, 35/95 = ZIK 1996, 138 = ecolex 1996, 363.

⁴⁰⁹ *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 95 Rz 13; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 95 Rz 45; *Feil*, KO⁵ § 95 Rz 4; OGH 25.04.1951, 1 Ob 221/51 = SZ 24/109 = EvBl 1951/226, 279.

⁴¹⁰ *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 53; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 95 Rz 13; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 95 Rz 45; *Feil*, KO⁵ § 95 Rz 4; OGH 18.10.1967, 5 Ob 191/67 = EvBl 1968/165, 273.

6. RECHTE UND PFLICHTEN DES GLÄUBIGERAUSSCHUSSES SOWIE SEINER MITGLIEDER

6.1. ALLGEMEINES

Der Gläubigerausschuss als (fakultatives) Organ des Konkursverfahrens übt ein Amt aus und hat keine subjektiven Rechte, dafür aber Pflichten, die sich aus seiner Funktion ergeben und in der Konkursordnung normiert sind⁴¹¹. Diese Schlussfolgerung lässt sich zum einen aus der Überschrift zu § 89 KO sowie aus § 88 Abs 2 letzter Satz KO (argumentum „Pflichten“), zum anderen aus § 90 KO (argumentum „Obliegenheiten“) ableiten. Durch diese Auferlegung von Pflichten ist es möglich, dass die gehörige Pflichterfüllung erzwungen und gegen gesetz- oder zweckwidrige Beschlüsse vom Gericht gemäß § 95 KO vorgegangen werden kann⁴¹².

Eine zentrale Vorschrift stellt in diesem Zusammenhang § 89 Abs 1 Satz 1 KO dar, wonach der Gläubigerausschuss die Pflicht hat, den Masseverwalter (wie auch seinen Stellvertreter und etwaige besondere Verwalter⁴¹³) zu überwachen und zu unterstützen. Aus dieser allgemeinen Überwachungs- und Unterstützungsaufgabe lassen sich sämtliche Rechte und Pflichten des Gläubigerausschusses ableiten⁴¹⁴. Diese speziellen Befugnisse und Pflichten des Gläubigerausschusses sind in der Konkursordnung

⁴¹¹ Pollak in Bartsch/Pollak, KO³ I 437 Anm 6; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/

Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 1.

⁴¹² Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 1.

⁴¹³ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 5; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 27.

⁴¹⁴ Lehmann, Kommentar zur KO, AO und AnfO, Band I 557; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 5; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 27.

abschließend geregelt⁴¹⁵. Dies hat zur Folge, dass er weder eigenmächtig Aufgaben an sich ziehen kann noch dass ihm vom Konkursgericht oder vom Masseverwalter andere Funktionen übertragen werden können⁴¹⁶.

Der Gläubigerausschuss als Kollegium ist hinsichtlich seiner Pflichten, Befugnisse und Verantwortlichkeit von den einzelnen Mitgliedern des Ausschusses zu trennen⁴¹⁷. Zwar betreffen die im Gesetz geregelten Pflichten, wie etwa die Überwachung und Unterstützung des Masseverwalters⁴¹⁸, ebenso wie seine Befugnisse grundsätzlich den Gläubigerausschuss als Kollegialorgan⁴¹⁹. Allerdings sind diese Aufgaben von den einzelnen Mitgliedern des Gläubigerausschusses wahrzunehmen, die für die ordnungsgemäße Erfüllung dieser Pflichten sowohl strafrechtlich⁴²⁰ als auch privatrechtlich⁴²¹ im Gegensatz zum Gläubigerausschuss als Kollegialorgan zur Verantwortung gezogen werden können. Daraus kann man ableiten, dass die primär dem Gläubigerausschuss vom Gesetz zugeordneten Aufgaben letztendlich die einzelnen Ausschussmitglieder betreffen, die diese ausführen⁴²². Im Gegensatz zum Gläubigerausschuss selbst räumt die KO den einzelnen Ausschussmitgliedern auch verschiedene Individualrechte – wie etwa sämtliche Minderheitsrechte⁴²³ – ein, welche außerhalb des Gläubigerausschusses als solchem wahrgenommen werden und in den meisten Fällen im Gesetz besonders hervorgehoben sind⁴²⁴.

⁴¹⁵ Pollak in Bartsch/Pollak, KO³ I 437 Anm 5; Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzzrecht 204; Feil, KO⁵ § 89 Rz 2; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 5; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzzrecht⁴ III § 89 Rz 27.

⁴¹⁶ Pollak in Bartsch/Pollak, KO³ I 437 Anm 5; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzzrecht⁴ III § 89 Rz 36.

⁴¹⁷ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzzrecht⁴ III § 89 Rz 3.

⁴¹⁸ Siehe Punkte 6.3. sowie 6.4.

⁴¹⁹ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 1; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzzrecht⁴ III § 89 Rz 3.

⁴²⁰ Siehe Punkte 6.6.

⁴²¹ Siehe Punkt 6.5.

⁴²² Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 1; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzzrecht⁴ III § 89 Rz 3.

⁴²³ Vgl etwa Punkte 5.2.8. und 5.6.3.3.

⁴²⁴ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzzrecht⁴ III § 89 Rz 3; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 1.

6.2. „WAHRUNG DER GEMEINSAMEN INTERESSEN“

An der Praxis unter der CO 1868 wurde unter anderem kritisiert, dass es „nicht an Mißverständnissen darüber [fehlte], dass es hier Pflichten im gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger auszuüben galt“⁴²⁵. Somit war es der erklärte Wille des Gesetzgebers der Konkursordnung 1914, die Gläubigerausschussmitglieder zur Objektivität und zur Wahrung der gemeinsamen Interessen aller Beteiligten vor den Individualinteressen zu verpflichten. Verstärkt wurde dieser Gedanke zusätzlich durch die Übertragung der Bestellungsbefugnis der Mitglieder des Gläubigerausschusses von der Gläubigerversammlung auf das Konkursgericht durch das IRÄG 1982.

Somit ist heute selbstverständlich, dass die Mitglieder des Gläubigerausschusses ein selbstständiges Amt ausüben. Dies bedeutet, dass sie weder zu den einzelnen Konkursgläubigern oder Gläubigergruppen noch zum Gemeinschuldner in einem Auftrags- oder Abhängigkeitsverhältnis stehen⁴²⁶. Es besteht demnach zu keiner dieser Personen oder Gruppen – auch nicht bezüglich spezieller Gläubigergruppen wie zum Beispiel die der Arbeitnehmer – eine Weisungsbindung⁴²⁷. Leitlinie für die Tätigkeit der Mitglieder im Gläubigerausschuss ist – wie bereits vorher kurz angedeutet – das gemeinsame Interesse aller Gläubiger sowie aller anderen Verfahrensbetroffenen, die nicht Gläubigerstellung besitzen⁴²⁸. Sie dürfen sich somit weder von subjektiven Interessen noch von Anliegen der von ihnen im Gläubigerausschuss vertretenen Interessengruppen leiten lassen und auch

⁴²⁵ *Denkschrift* 79.

⁴²⁶ *Pollak in Bartsch/Pollak*, KO³ I 429 Anm 2, 441 Anm 28; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/*

Pollak/Buchegger, *Insolvenzrecht*⁴ III § 89 Rz 4; *Bartsch/Heil*, *Grundriß*⁴ Rz 277; *Shamiyeh*, *Haftung* 199f mwN zur deutschen Lehre und Rsp; *Feil*, KO⁵ § 89 Rz 1.

⁴²⁷ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ III § 89 Rz 4; *Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 2.

⁴²⁸ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ III § 89 Rz 4; *Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 2; *Feil*, KO⁵ § 89 Rz 1; *Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, *Sanierung* III Kap 12.1/2; OLG Linz 06.03.1995, 2 R 16, 17/95 = ZIK 1995, 193; OGH 12.03.1992, 8 Ob 2, 3/92 = EvBl 1992/152, 622.

nicht nach freiem Ermessen handeln⁴²⁹. Diese Schlussfolgerung kann man aus verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen wie § 89 Abs 2 (Verantwortlichkeit für Vermögensnachteile *aller* Beteiligten) und Abs 3 letzter Satz KO (Abstimmungsverbot in eigener Sache), § 95 Abs 2 KO („wenn er dem *gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger* widerspricht oder andere gleich gewichtige Gründe vorliegen“) sowie aus § 160 Abs 2 StGB (Strafbarkeit der passiven Bestechung) ziehen⁴³⁰. Somit obliegt dem Gläubigerausschuss als Kollegialorgan wie auch seinen einzelnen Mitgliedern – wie *Petschek/Reimer/Schiemer* treffend feststellen – die Pflicht zur Wahrung des „allgemeinen Konkursinteresses.“⁴³¹ Als Auslegungsgrundlage für das „allgemeine Konkursinteresse“ sind die sich aus der Konkursordnung ergebenden vorherrschenden Konkursziele wie möglichst vollständige Befriedigung der Gläubiger durch Verwertung des gemeinschuldnerischen Vermögens sowie das allgemeine bzw schuldnerische Interesse an einer Sanierung des Unternehmens maßgebend. Aus § 88 Abs 1 KO, wo die Belange der Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der Besetzung des Gläubigerausschusses ausdrücklich erwähnt werden, lässt sich ableiten, dass wohl vor allem diese Personengruppe als im allgemeinen Konkursinteresse liegend geschützt werden soll.

Allerdings darf die Verpflichtung der Ausschussmitglieder zur Wahrung der gemeinsamen Interessen aller Beteiligten des Konkursverfahrens – wie *Hierzenberger/Riel*⁴³² zutreffend feststellen – in der Praxis nicht überspannt werden. Bei der praktischen Ausübung der Tätigkeit als Gläubigerausschussmitglied kann es nämlich durchaus zu Konstellationen in der Zusammensetzung kommen, wo die Grenzen zwischen der

⁴²⁹ *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 2; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/*

Pollak/Buchegger, Insolvenzzrecht⁴ III § 89 Rz 4.

⁴³⁰ *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzzrecht 204; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 2; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ III § 89 Rz 4; OGH 23.05.1991, 8 Ob 12/91 = EvBl 1992/9, 30 = ecolex 1991, 847; OLG Linz 06.03.1995, 2 R 16, 17/95 = ZIK 1995, 193.

⁴³¹ *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzzrecht 204; diesen folgend *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/*

Schubert, KO, § 89 Rz 2; vgl ebenfalls *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.1/2; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ III § 89 Rz 4.

⁴³² *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 3; diesen folgend *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ III § 89 Rz 6.

Wahrnehmung von subjektiven Interessen bzw Interessen eines (in einem speziellen Verhältnis zum Ausschussmitglied stehenden) Dritten und der Wahrung der gemeinsamen Interessen fließend sind. Diese Möglichkeit besteht etwa dann, wenn der Rechtsanwalt eines Großgläubigers in den Gläubigerausschuss bestellt wird: in dieser Situation wäre es „realitätsfremd“⁴³³, zu verlangen, dass er die Interessen seines Mandanten im Gläubigerausschuss nicht wahrnehmen dürfe. Deshalb muss in solchen oder ähnlich gelagerten Fällen durch Diskussion in einer Ausschusssitzung versucht werden, zu einer für alle Beteiligten sachgerechten Entscheidung zu gelangen. Durch die in Österreich herrschende Praxis, bei der die Kleingläubiger in den meisten Fällen durch KSV, AKV bzw ÖVC repräsentiert sind, die Arbeitnehmer häufig durch den ISA und die öffentliche Hand durch die Finanzprokurator vertreten werden, sowie einzelne Großgläubiger, wie etwa die Hausbank des Gemeinschuldners, oft selbst in den Ausschuss bestellt werden, wird ein gewisser Interessensausgleich erreicht. Aufgrund der Homogenität der bestellten Gläubigerausschüsse sowie der damit vertretenen Erfahrung hinsichtlich des Ablaufs von Konkursverfahren und der bestehenden Möglichkeiten, wie vor allem Ausgleich und Zwangsausgleich, kann mitunter ein Konflikt hinsichtlich der Realisierung des „kleinsten gemeinsamen Mindestinteresses“ der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung⁴³⁴ vermieden bzw einfacher gelöst werden.

Weiters wird das Erreichen des Ziels, die gemeinsamen Interessen der Konkursgläubiger zu wahren, durch das Prinzip der Mehrheitsentscheidungen im Gläubigerausschuss gefördert. Somit wird gewissermaßen zusätzlich ein Ausgleich der verschiedenen Interessensphären durch eine mehrheitliche Beschlussfassung aller (im Idealfall auch tatsächlich anwesenden) Mitglieder gewährleistet. Dies führt wiederum zum bereits behandelten Thema der Beschlussfassung im Gläubigerausschuss⁴³⁵: zum einen sollten – wie bereits eingehend dargelegt – alle Mitglieder des Gläubigerausschusses bei einer Sitzung des Organs anwesend sein und ihre Argumente für bzw gegen eine Entscheidung in die Diskussion einbringen, sodass eine umfassende Erörterung des Beschlussgegenstands erfolgen kann. Auf diese Weise kann

⁴³³ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 3.

⁴³⁴ Vgl etwa Nunner-Krautgasser, Vermögenshaftung 243ff.

⁴³⁵ Siehe dazu eingehend unter Punkt 5.2.4.

ermittelt werden, ob ein allfälliger Beschluss tatsächlich im gemeinsamen Interesse aller Beteiligten liegt. Zum anderen trägt das in § 89 Abs 3 Satz 3 KO normierte Prinzip der Mehrheitsentscheidung im Gläubigerausschuss – wo zusätzlich eine (nicht normierte, aber praktizierte) Stimmenthaltung bzw eine Abwesenheit eines oder gar mehrerer Mitglieder als Gegenstimme zu zählen ist – dem gemeinsamen Interesse dadurch Rechnung, indem es das Zustandekommen von Beschlüssen erschwert, die nicht im gemeinsamen Interesse liegen⁴³⁶.

Sollten dennoch von einem Mitglied des Gläubigerausschusses eigene Interessen unter Zurückdrängung des gemeinsamen Konkursinteresses durchgesetzt werden können, bleibt dem Konkursgericht noch das Untersagungsrecht gemäß § 95 Abs 2 KO bzw in dringenden Fällen die ersatzweise Verfügung⁴³⁷. Dies verdeutlicht wiederum die Bedeutung der Funktion des Konkursgerichts in der österreichischen Konkursordnung, dem – unter dem Blickpunkt der Beachtung des gemeinsamen Konkursinteresses aller Beteiligten – die wichtige Möglichkeit zusteht, für die Gläubiger nachteilige Beschlüsse des Gläubigerausschusses zu verhindern.

6.3. ÜBERWACHUNG DES MASSEVERWALTERS

6.3.1. Allgemeines

Die Pflicht zur Überwachung des Masseverwalters bezieht sich sowohl auf die Gesetzmäßigkeit als auch auf die Zweckmäßigkeit seiner Handlungen und Unterlassungen⁴³⁸. Aus § 89 Abs 1 Satz 2 KO lässt sich ableiten, dass das Hauptaugenmerk auf der Kontrolle der ordnungsgemäßen Geldgebarung

⁴³⁶ Vgl jedoch zum Verbot der Abstimmung in eigener Sache Punkt 5.2.5.

⁴³⁷ Siehe dazu Punkt 5.6.

⁴³⁸ Hierzenberger/Riel in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 6; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 28; *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 438 Anm 12.

liegt⁴³⁹. Vor allem in den Fällen der Fortführung eines gemeinschuldnerischen Unternehmens hat der Gläubigerausschuss den Gang der Geschäfte sowie alle sonst wesentlichen Verwaltungshandlungen zu überwachen⁴⁴⁰. Diese Aufgabe wird dem Kollegialorgan dadurch erleichtert, dass der Masseverwalter gemäß § 114 Abs 1 Satz 2 KO verpflichtet ist, bei „allen wichtigen Vorkehrungen“ die Äußerung des Gläubigerausschusses einzuholen⁴⁴¹.

6.3.2. Auskunfts-, Berichts- und Einsichtsrecht

Der Gläubigerausschuss kann seine Überwachungstätigkeit nur dann effizient wahrnehmen, wenn er über entsprechende Informationen verfügt weshalb er als Kollegialorgan nach hA⁴⁴² vom Masseverwalter Auskünfte und Berichte verlangen kann. Außerdem darf er in die Papiere der Konkursverwaltung, insbesondere in die Aufzeichnungen und die Korrespondenz des Masseverwalters, sowie in Lagerverzeichnisse, Gehaltslisten und dergleichen Einsicht nehmen⁴⁴³. Diese Rechte ergeben sich – ohne dass dies ausdrücklich in der Konkursordnung normiert wäre – eben aus der Überwachungspflicht des Gläubigerausschusses, die anders nicht erfüllt werden könnte⁴⁴⁴. Einzelne Ausschussmitglieder können nur dann vom Masseverwalter derartige Informationen beanspruchen, wenn sie dazu vom Gläubigerausschuss beauftragt werden⁴⁴⁵. Der Informationsanspruch des

⁴³⁹ Vgl. Pollak in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 438 Anm 12; Feil, KO⁵ § 89 Rz 2; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 28; Hierzenberger/Riel in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 6.

⁴⁴⁰ Hierzenberger/Riel in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 6; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 28; so auch die deutsche Lehre: vgl. nur Kübler in *Kübler/Prütting*, InsO, Band I § 69 Rz 18.

⁴⁴¹ Vgl. hierzu eingehend unter Punkt 6.4.3.

⁴⁴² Pollak in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 439 Anm 14; Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzrecht 202; Bartsch/Heil, Grundriß⁴ Rz 279; Shamiyeh, Haftung 201; Lehmann, Kommentar zur KO, AO und AnfO, Band I 558: Befugnis, in die Rechnungen und sonstigen Schriftstücke des Masseverwalters Einsicht zu nehmen; Hierzenberger/Riel in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 7; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 29; Feil, KO⁵ § 89 Rz 2.

⁴⁴³ Isola in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, Praxishandbuch², 531.

⁴⁴⁴ Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzrecht 202.

⁴⁴⁵ Hierzenberger/Riel in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 7; Pollak in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 439 Anm 13; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 29; Feil, KO⁵ § 89 Rz 2.

Gläubigerausschusses gegenüber dem Masseverwalter besteht jedoch nicht unbegrenzt. So ist dieser unter der Voraussetzung, dass es das gemeinsame Interesse aller Beteiligten erfordert, berechtigt, dem Gläubigerausschuss bestimmte Informationen vorzuenthalten⁴⁴⁶. Wieder entscheidet jedoch letztendlich das Konkursgericht, welches gemäß § 84 Abs 3 KO um Abhilfe angerufen werden kann, inwieweit dem Gläubigerausschuss vom Masseverwalter Auskunft gegeben werden muss.

Ein derartiges Auskunfts-, Berichts- und Einsichtsrecht des Gläubigerausschusses besteht lediglich gegenüber dem Masseverwalter, nicht hingegen gegenüber dem Gemeinschuldner bzw seinen (ehemaligen) Dienstnehmern⁴⁴⁷. Dies lässt sich daraus begründen, dass der Gemeinschuldner durch § 99 KO verpflichtet wird, dem Masseverwalter alle zur Geschäftsführung erforderlichen Aufklärungen zu erteilen. Da somit grundsätzlich der Masseverwalter über sämtliche für den möglichst erfolgreichen Abschluss des Konkursverfahrens relevanten Informationen verfügen sollte, wird es als ausreichend angesehen, dass der Gläubigerausschuss die Möglichkeit hat, sich an den Masseverwalter zu wenden, um nähere Grundlagen für seine Äußerungen und Beschlüsse zu erhalten.

6.3.3. Folgen bei Weigerung des Masseverwalters

Für den Gläubigerausschuss bzw seine Mitglieder besteht keine gesetzlich geregelte Möglichkeit, die mit der Überwachung des

⁴⁴⁶ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 4; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/

Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 29; nach der deutschen Lehre betrifft dies etwa Informationen im Zusammenhang mit einem geplanten Anfechtungsprozess gegen ein Gläubigerausschussmitglied: Hess in Hess/Weis/Wienberg, Kommentar zur InsO² I § 69 Rz 9.

⁴⁴⁷ Pollak in Bartsch/Pollak, KO³ I 439 Anm 13; Bartsch/Heil, Grundriß⁴ Rz 279; Feil, KO⁵ § 89 Rz 2, Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 7; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 29; Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzrecht 207.

Masseverwalters zusammenhängenden Befugnisse exekutiv gegenüber diesem durchzusetzen⁴⁴⁸.

Von dem in § 84 Abs 3 KO normierten allgemeinen Beschwerderecht gegen einzelne Maßnahmen oder das Verhalten des Masseverwalters kann neben dem Gemeinschuldner sowie jedem Gläubiger jedoch auch jedes einzelne Mitglied des Gläubigerausschusses Gebrauch machen. Über die Beschwerde entscheidet das Konkursgericht gemäß § 84 Abs 3 letzter Satz KO endgültig mit Beschluss⁴⁴⁹. Es liegt dann am Konkursgericht, aufgrund dieser Beschwerde entsprechende Maßnahmen zu ergreifen, welche von einer Weisung, den Gläubigerausschuss die gewünschten Informationen zur Verfügung zu stellen, über eine Geldstrafe bis hin zu einer Enthebung des Masseverwalters gemäß § 87 Abs 1 KO bei beharrlicher Weigerung führen können.

Dieses Recht, welches durch das IRÄG 1982 in die Konkursordnung eingebettet wurde, räumt den in dieser Bestimmung genannten Personen somit ein allgemeines Beschwerderecht mit Erledigungsanspruch⁴⁵⁰ gegen eine Maßnahme oder das Verhalten des Masseverwalters ein⁴⁵¹. Den Materialien folgend wurde der in § 84 Abs 3 letzter Satz KO normierte Rechtsmittelausschluss als ausreichend angesehen, um Verfahrensverzögerungen zu unterbinden⁴⁵². Ebenso war es die Intention des Gesetzgebers, zur Verstärkung des Minderheitenschutzes dieses Beschwerderecht nicht dem Gläubigerausschuss als Kollegialorgan, sondern jedem einzelnen Mitglied zu gewähren⁴⁵³.

⁴⁴⁸ Pollak in Bartsch/Pollak, KO³ I 439 Anm 14; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 31; Bartsch/Heil, Grundriß⁴ Rz 279; Feil, KO⁵ § 89 Rz 2.

⁴⁴⁹ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ § 84 Rz 38; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 84 Rz 16; Feil, KO⁵ § 84 Rz 3; Bartsch/Heil, Grundriß⁴ Rz 270; OGH 05.03.1985, 5 Ob 301/85 = EvBl 1986/22, 91 = JBl 1986, 56; OGH 30.06.1987, 5 Ob 332/87 = WBl 1987, 315; OGH 27.10.1989, 8 Ob 56/89 = EvBl 1990/77, 340; OLG Wien 30.05.1995, 6 R 25, 26/95 = ZIK 1996, 31.

⁴⁵⁰ Feil, KO⁵ § 84 Rz 3.

⁴⁵¹ OGH 24.08.1998, 8 Ob 55/98s = SZ 71/135 = ZIK 1999, 57.

⁴⁵² ErläutRV zum IRÄG 1982, 1147 BlgNR 15. GP 11 und 23.

⁴⁵³ ErläutRV zum IRÄG 1982, 1147 BlgNR 15. GP 23.

6.3.4. Weisungsrecht gegenüber dem Masseverwalter?

Die Aufgabe der Überwachung des Masseverwalters schließt ein Weisungsrecht gegenüber diesem grundsätzlich nicht ein⁴⁵⁴. Es finden sich auch im Zusammenhang mit den Bestimmungen betreffend den Gläubigerausschuss bzw die Gläubigerversammlung (§ 88ff KO) keine Hinweise auf die Möglichkeit einer Weisungserteilung durch Organe der Gläubiger.

Eine Ausnahme ist jedoch an anderer Stelle, nämlich bei der Pflicht des Konkursgerichts nach § 84 KO zur Überwachung des Masseverwalters, normiert. Demnach besteht gemäß § 84 Abs 1 letzter Satz KO die Möglichkeit, dass das Konkursgericht im Rahmen seiner Amtspflicht zur umfassenden Kontrolle der Gesetzmäßigkeit des Handelns des Masseverwalters und der Zweckmäßigkeit der Amtsführung in Verfolgung gemeinsamer Interessen der Beteiligten anordnet, dass der Masseverwalter über bestimmte Fragen Weisungen des Gläubigerausschusses einholen muss.

Abweichend von der früheren Rechtslage und der Ansicht *Pollaks*, dass das Konkursgericht aufgrund von § 84 Abs 1 letzter Satz KO (früher: § 84 Abs 2 KO) gleichsam präzisieren konnte, welche Maßnahmen als „wichtige Vorkehrungen“ im Sinne des § 114 Abs 1 KO (früher: § 115 Abs 1 KO) anzusehen waren⁴⁵⁵, besteht seit der gleichzeitigen bedeutenden Änderung dieser beiden Bestimmungen durch das IRÄG 1982 jedenfalls kein derartiger Zusammenhang mehr⁴⁵⁶. Nunmehr ist nämlich – wie *Löb*⁴⁵⁷ zutreffend ausführt – nach § 114 Abs 1 KO bei wichtigen Vorkehrungen lediglich eine *Äußerung* des Gläubigerausschusses einzuholen, während hingegen nach § 115 Abs 1 aF ein *Beschluss* gefällt werden musste. Dies hatte nach der alten Rechtslage zur Konsequenz, dass sowohl die übertragene

⁴⁵⁴ *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 6; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 32; *Feil*, KO⁵ § 89 Rz 2; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.4/1.

⁴⁵⁵ *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 416 Anm 4.

⁴⁵⁶ Vgl *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 84 Rz 21.

⁴⁵⁷ *Löbl*, Überwachung 38.

Weisungsbefugnis nach § 84 Abs 2 KO aF als auch die notwendige Einholung eines Beschlusses des Gläubigerausschusses nach § 115 Abs 1 KO bindende Wirkung für den Masseverwalter erzeugen konnten und die Bestimmung des § 84 Abs 2 KO aF lediglich eine Präzisierung bzw Determinierung der wichtigen Vorkehrungen im Sinne des § 114 Abs 1 KO darstellte⁴⁵⁸. Die Unterscheidung zwischen der der Ansicht *Pollaks* zugrunde liegenden alten und der heute geltenden Rechtslage ergebe sich aus der Tatsache, dass ein Weisungsrecht, wie es in § 84 Abs 1 letzter Satz KO normiert ist, ein stärkeres Gewicht als ein bloßes Äußerungsrecht wie in § 114 Abs 1 KO hat. Außerdem sei der Masseverwalter unabhängig von einer Übertragung der Weisungsbefugnis durch das Konkursgericht ohnehin verpflichtet, bei wichtigen Vorkehrungen im Sinne des § 114 Abs 1 KO die Äußerung des Gläubigerausschusses einzuholen⁴⁵⁹. Hintergrund dieser Änderung des Gesetzestextes durch das IRÄG 1982 war die Befürchtung, „dass die im Gläubigerausschuss vertretenen Konkurrenten nicht jene Lösung genehmigen würden, welche einer Fortführung besonders dienlich“ wäre⁴⁶⁰. Jetzt ist der Masseverwalter lediglich verpflichtet, eine – unverbindliche – Äußerung des Ausschusses einzuholen⁴⁶¹. Selbst wenn die interne Willensbildung im Gläubigerausschuss in weiterer Folge mit Beschluss erfolgen sollte, hat dies keine bindende Wirkung für den Masseverwalter⁴⁶².

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass nach heutiger Rechtslage durch die Anordnung des § 84 Abs 1 letzter Satz KO das Konkursgericht bestimmen kann, dass der Masseverwalter über bestimmte Fragen eine Weisung des Gläubigerausschusses einzuholen habe, bei welcher davon auszugehen ist, dass sie der Gesetzgeber mit Bindungswirkung im Innenverhältnis zwischen Gläubigerausschuss und Masseverwalter ausstatten wollte⁴⁶³. Das Konkursgericht kann deshalb – unabhängig von § 114 KO – bei bestimmten Angelegenheiten, in welchen es

⁴⁵⁸ *Löbl*, Überwachung 38.

⁴⁵⁹ *Shamiyeh*, Haftung 194; *Löbl*, Überwachung 38.

⁴⁶⁰ ErläutRV zum IRÄG 1982, 3 BlgNR 15. GP 56.

⁴⁶¹ Vgl *Chalupsky/Ennöckl* in *Berti/Mandl/Mandl*, Handbuch 491; *Shamiyeh*, Haftung 193.

⁴⁶² ErläutRV zum IRÄG 1982, 3 BlgNR 15. GP 56f; vgl hierzu Punkt 6.4.3.

⁴⁶³ *Lehmann*, Kommentar zur KO, AO und AnfO, Band I 530; *Shamiyeh*, Haftung 193; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 84 Rz 21; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 84 Rz 10; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.4/1.

dies für sinnvoll oder erforderlich hält, nach eigenem Ermessen, dem Masseverwalter verpflichtend vorschreiben, eine Weisung des Gläubigerausschusses einzuholen, an die er auch gebunden ist⁴⁶⁴. Jedoch kann dadurch keine endgültige Überwälzung der Kompetenz bzw Verantwortung vom Konkursgericht auf den Gläubigerausschuss bewirkt werden. Dem Masseverwalter bleibt schließlich noch die Möglichkeit, gemäß § 95 Abs 2 KO die Aufhebung des Weisungsbeschlusses beim Konkursgericht zu beantragen⁴⁶⁵. Somit ist auch bei derartigen Weisungen im Endeffekt das Konkursgericht die „letzte Instanz“.

Die praktische Bedeutung dieser Möglichkeit der Weisungsübertragung vom Konkursgericht auf den Gläubigerausschuss ist äußerst gering.

6.3.5. Sonderfall „Kassenprüfung“

6.3.5.1. Allgemeines

In § 89 Abs 1 Satz 2 KO wird mit der Pflicht zur regelmäßigen Kassenprüfung eine spezielle Überwachungspflicht des Gläubigerausschusses dem Masseverwalter gegenüber normiert. Unter „Kassa“ sind sämtliche in den Händen des Masseverwalters befindlichen Geldmittel (vor allem Bargeld, Sparbücher, Wertpapiere) und die Belege über deren Verwendung zu verstehen⁴⁶⁶. Das Element „von Zeit zu Zeit“ bedeutet, dass der Gläubigerausschuss nach den Umständen des Einzelfalls von sich aus tätig werden soll, jedenfalls aber über Anordnung des Konkursgerichts⁴⁶⁷.

⁴⁶⁴ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 84 Rz 21; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 84 Rz 10.

⁴⁶⁵ Vgl hiezu Riel, Befugnisse 45 mwN; Shamiyeh, Haftung 194: im Fall einer schädigenden Weisung ist der Masseverwalter sogar verpflichtet, nach § 95 KO das Konkursgericht einzuschalten; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 84 Rz 10, § 95 Rz 3; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 84 Rz 22; Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch, Sanierung III Kap 12.4/1.

⁴⁶⁶ Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzrecht 201; Shamiyeh, Haftung 200 mwN; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 8; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 37.

⁴⁶⁷ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 8.

Aus der Interpretation der im ursprünglichen Reformentwurf vorgesehenen Regelung „ungefähr einmal im Monat unvermutet“ kann mE auf die heutige Praxis übertragen werden, dass zumindest einmal im Monat eine ordentliche Prüfung der gesamten Kasse erfolgen sollte, welche jedoch vor allem nach Abschluss wichtiger Geschäfte auch in kürzeren Zeitabständen je nach Ermessen des Ausschusses stattfinden kann. Letztlich trägt der Gläubigerausschuss ohnehin die Verantwortung für eine pflichtwidrige Nichtvornahme der Kassenprüfung⁴⁶⁸, sodass es in seinem eigenen Interesse liegt, die Überprüfung nicht zu vernachlässigen und sie laufend vorzunehmen. Die Art und Intensität dieser Prüfung wird durch den Gläubigerausschuss bzw. das Konkursgericht nach pflichtgemäßem Ermessen festgelegt⁴⁶⁹. In der Praxis werden die gemäß § 81 Abs 1 KO vom Masseverwalter laufend geführte Einnahmen- und Ausgabenrechnung oder sonstige buchhalterische Aufzeichnungen in regelmäßigen Abständen in der Gläubigerausschusssitzung vorgelegt⁴⁷⁰.

Die gesetzliche Festlegung, dass die Prüfung durch mindestens zwei Ausschussmitglieder erfolgen muss, bedeutet nicht, dass dadurch die übrigen Mitglieder von ihrer Pflicht entbunden werden, sich trotzdem über die Ergebnisse der Untersuchung zu informieren und zu prüfen, ob diese den an derartige Kontrollen üblicherweise gestellten Anforderungen auch tatsächlich entsprechen⁴⁷¹. Nach Ansicht von *Shamiyeh*⁴⁷² dürfen allerdings bei der letztgenannten Pflicht keine allzu strengen Maßstäbe angelegt werden, da von Mitgliedern, welche über keine oder nur geringe Kenntnisse im Revisionswesen verfügen, höchstens erwartet werden könne, dass sie grobe Verstöße gegen die Mindeststandards einer ordnungsgemäßen Prüfung erkennen. Dieser Ansicht ist mE zuzustimmen, da der Gläubigerausschuss – wie bereits an anderer Stelle ausgeführt wurde – eine Kombination der Vertreter verschiedenster Interessengruppen ist, die jeweils auf ihrem Gebiet

⁴⁶⁸ Siehe hierzu Punkt 6.5.

⁴⁶⁹ *Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 8.

⁴⁷⁰ *Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 8; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 37.

⁴⁷¹ *Shamiyeh*, Haftung 200f mwN; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 37.

⁴⁷² *Shamiyeh*, Haftung 201 FN 98.

spezialisiert sind. So wird etwa der verpflichtend vorgesehene Arbeitnehmersvertreter auf dem Gebiet der Kassaprüfung weniger Kenntnisse besitzen als ein Vertreter einer Bank als Großgläubiger. Sollte die Kassaprüfung überhaupt einem Sachverständigen übertragen werden⁴⁷³, wird sich die Kompetenz eines Großteils der Ausschussmitglieder zur „Feinprüfung“ des Gutachtens des Sachverständigen ebenfalls in Grenzen halten.

6.3.5.2. Betrauung von Sachverständigen

Insbesondere die Kassaprüfung bei der Unternehmensfortführung wird oftmals – sollte nicht ein Mitglied besondere fachspezifische Kenntnisse auf diesem Gebiet besitzen – ohne Beiziehung eines Sachverständigen nicht möglich sein⁴⁷⁴. Zudem könnte es vor allem im Konkurs von Großunternehmen im Hinblick auf eine ordnungsgemäße und vollständige Überwachung der Buchführung erforderlich sein, ein oder mehrere Mitglieder des Gläubigerausschusses dauernd mit der Aufgabe der Kassaprüfung zu betrauen. Damit die vollständige Funktionsfähigkeit sowie fundierte Entscheidungsfindung auch in allen anderen Aufgabenbereichen des Gläubigerausschusses abseits der Kassaprüfung sichergestellt wird, ist die Betrauung eines Sachverständigen anstelle eines oder mehrerer Ausschussmitglieder nahezu unumgänglich. Damit wären dann bestimmte Mitglieder nicht vorwiegend mit der Aufgabe der Kassaprüfung betraut, womit auch ihnen die Möglichkeit bliebe, ihren Pflichten hinsichtlich der anderen wichtigen Kontrollen und Entscheidungen des Ausschusses in der Weise nachzukommen, dass ihnen nicht eine Pflichtverletzung und damit zusammenhängend ein Haftungstatbestand unterstellt werden könnte.

In diesem Zusammenhang stellt sich im Hinblick auf die Voraussetzungen des § 81 Abs 4 KO die Frage, ob der Gläubigerausschuss

⁴⁷³ Siehe sogleich unter Punkt 6.3.5.2.

⁴⁷⁴ Shamiyeh, Haftung 201; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 9; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 38.

eigenmächtig einen Sachverständigen beiziehen kann. Gemäß § 81 Abs 4 Satz 2 KO kann nämlich der Masseverwalter für einzelne Tätigkeiten, zu denen insbesondere die Prüfung der Bücher zu zählen ist, Dritte mit Zustimmung des Konkursgerichts heranziehen⁴⁷⁵, wobei diese gemäß § 81 Abs 4 Satz 3 KO nur erteilt werden darf, wenn die betreffende Tätigkeit besondere Schwierigkeiten bietet, der zu Betrauende zur Erfüllung der Aufgabe geeignet und verlässlich ist und eine wesentliche Schmälerung der Masse nicht zu gewärtigen ist. Unter den gleichen Voraussetzungen wäre auch der Gläubigerausschuss berechtigt, eine Prüfung durch Sachverständige zu beantragen, wobei jedoch über den Antrag letztendlich gemäß § 81 Abs 4 Satz 4 KO das Konkursgericht zu entscheiden hätte. Nach hM kann der Gläubigerausschuss jedoch ebenfalls eigenständig durch Beschluss einen Sachverständigen insbesondere zur Prüfung der Bücher beiziehen.

Nach hM stellt das Honorar des Sachverständigen eine Masseforderung dar⁴⁷⁶. Zumindest sind die Kosten eines derartigen Dritten gemäß § 89 Abs 5 KO als Barauslagen des Gläubigerausschusses zu ersetzen⁴⁷⁷, sodass jedenfalls eine Deckung dieser Kosten zu erwarten ist.

Da jedoch durch die Bestimmung des § 95 Abs 2 KO das Konkursgericht verpflichtet ist, einen derartigen Beschluss des Gläubigerausschusses zu untersagen, falls die Voraussetzungen nach § 81 Abs 4 KO nicht vorliegen sollten, wäre es von vornherein sinnvoller, wenn der Gläubigerausschuss bei entsprechendem Bedarf eines Sachverständigen sogleich einen Antrag gemäß § 81 Abs 4 Satz 4 KO an das Konkursgericht stellen würde⁴⁷⁸. Dies ist auch im Hinblick auf die Tatsache angebracht, dass letztlich die Entscheidung über die Zuziehung eines Sachverständigen auf diese Weise immer beim Konkursgericht liegt, unabhängig davon, ob dieses

⁴⁷⁵ Welser, NZ 1984, 92; Bartsch/Heil, Grundriß⁴ Rz 105; Shamiyeh, Haftung 175.

⁴⁷⁶ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 9; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/

Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 38; vgl auch Shamiyeh, Haftung 201.

⁴⁷⁷ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 9; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 38.

⁴⁷⁸ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 9; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 38.

einen Gläubigerausschussbeschluss nach § 95 Abs 2 KO untersagt oder den gemäß § 81 Abs 4 Satz 4 KO gestellten Antrag des Ausschusses abweist.

Die einzelnen Mitglieder des Gläubigerausschusses haften im Fall der Beiziehung Dritter – die im Endeffekt letztlich durch das Konkursgericht entschieden wird – ebenso wie der Masseverwalter, wenn er Dritte mit Zustimmung des Konkursgerichts nach § 81 Abs 4 Satz 2 KO beizieht⁴⁷⁹, lediglich für die sorgfältige Auswahl der bestellten Sachverständigen. Dies ergibt sich auch aus dem Zweck, unzureichende bzw fehlende Spezialkenntnisse der Ausschussmitglieder zu substituieren⁴⁸⁰. Bei dieser Vorgehensweise werden meiner Ansicht nach gleich wie beim Masseverwalter die konkursspezifischen Pflichten selbst und nicht bloß deren Erfüllung auf bestimmte „Gehilfen“ übertragen, sodass die Ausschussmitglieder lediglich die Pflicht zur sorgfältigen Auswahl dieser Sachverständigen trifft⁴⁸¹.

6.3.6. Enthebungsantrag gegen den Masseverwalter

Gemäß § 87 Abs 2 KO hat jedes einzelne Mitglied des Gläubigerausschusses das Recht, an das Konkursgericht einen Antrag auf Enthebung des Masseverwalters zu stellen. Damit sollte – folgt man den Materialien – für Fälle vorgesorgt werden, in denen zur Frage der Enthebung des Masseverwalters im Gläubigerausschuss unterschiedliche Auffassungen vertreten werden⁴⁸². Somit dient auch diese Bestimmung wiederum dem Minderheitenschutz⁴⁸³. Zwar ist in § 87 Abs 2 KO lediglich das Antragsrecht eines jeden Ausschussmitglieds normiert, doch muss auch dem

⁴⁷⁹ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 81, 81a Rz 29, 40; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 81 Rz 203, 237; Welser, NZ 1984, 97; Shamiyeh, Haftung 175.

⁴⁸⁰ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 81, 81a Rz 40; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 81 Rz 237.

⁴⁸¹ Im Hinblick auf den Masseverwalter: Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 81, 81a Rz 29, 40; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 81 Rz 237; Welser in Jelinek, Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrecht 36, Shamiyeh, Haftung 175.

⁴⁸² ErläutRV zum IRÄG 1982, 1147 BlgNR 15. GP 23.

⁴⁸³ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 87 Rz 4; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 87 Rz 5.

Gläubigerausschuss als solchem kraft Größenschluss ein solches Recht zuerkannt werden⁴⁸⁴. Der Enthebungsantrag des Gläubigerausschusses bzw eines Ausschussmitglieds ist unbefristet möglich⁴⁸⁵.

Der Enthebungsantrag muss begründet sein, dh es muss ein wichtiger Grund behauptet werden⁴⁸⁶. Ob ein wichtiger Grund im Sinne des § 87 Abs 1 KO vorliegt, hat das Konkursgericht schließlich nach eigenem pflichtgemäßem Ermessen zu beurteilen⁴⁸⁷, wobei hier als Leitlinie vor allem die in § 80 Abs 2 und 3 KO genannten Bestellungserfordernisse gelten⁴⁸⁸.

Die Enthebung selbst erfolgt durch einen Beschluss des Konkursgerichts, welcher von jedem an sich Anfechtungsberechtigten – und somit auch jedem Mitglied des Gläubigerausschusses, welches die Enthebung nicht begehrt hat – mit Rekurs angefochten werden kann⁴⁸⁹. Gemäß § 87 Abs 3 KO sind vor der Entscheidung über eine Enthebung des Masseverwalters die Mitglieder des Gläubigerausschusses zu vernehmen.

⁴⁸⁴ Vgl ErläutRV zum IRÄG 1982, 1147 BlgNR 15. GP 11; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 87 Rz 5; *Feil*, KO⁵ § 87 Rz 2.

⁴⁸⁵ Vgl ErläutRV zum IRÄG 1982, 1147 BlgNR 15. GP 11; *Feil*, KO⁵ § 87 Rz 2; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 87 Rz 5; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 87 Rz 4 mwN.

⁴⁸⁶ *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 87 Rz 3; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 87 Rz 9.

⁴⁸⁷ *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 87 Rz 8; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 87 Rz 10; *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 270.

⁴⁸⁸ Vgl zur Beurteilung, ob ein wichtiger Grund vorliegt, eingehend etwa *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 87 Rz 8f mwN; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 87 Rz 9ff mwN.

⁴⁸⁹ *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 87 Rz 10 mwN; *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 270; *Heil*, Insolvenzrecht, Rz 141; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 87 Rz 16; *Feil*, KO⁵ § 87 Rz 4.

6.4. UNTERSTÜTZUNG DES MASSEVERWALTERS UND DES KONKURSGERICHTS

6.4.1. Allgemeines

Der Gläubigerausschuss hat gemäß § 89 Abs 1 KO neben der Überwachung des Masseverwalters gleichzeitig die Pflicht, diesen bei seinen Aufgaben zu unterstützen, wobei die Art und Intensität dieser Unterstützung von den Umständen des Einzelfalls abhängen⁴⁹⁰. Da diese Unterstützungspflicht in der Konkursordnung nicht ausdrücklich begrenzt wurde, hat der Gläubigerausschuss den Masseverwalter über dessen Aufforderung oder der des Konkursgerichts bzw von sich aus, wenn der Gläubigerausschuss dies im Einzelfall für erforderlich hält, mit Ratschlägen und Auskünften sowie seiner Erfahrung zu unterstützen⁴⁹¹. Dabei kommt dem Gläubigerausschuss im Hinblick auf die Ermittlung und Verzeichnung der Aktiven, bei der Verwaltung und Verwertung bzw der Verteilung besondere Bedeutung zu⁴⁹².

Obwohl der Gläubigerausschuss grundsätzlich bei der Ermittlung und Feststellung der Konkursforderungen nicht mitwirkt, kann er über Aufforderung durch den Masseverwalter oder das Konkursgericht dennoch unterstützend auch auf diesem Gebiet tätig werden⁴⁹³.

Strittig ist, ob diese Unterstützungspflichten auch einzelne Mitglieder des Ausschusses treffen. Während *Hierzenberger/Riel* von einer grundsätzlichen Unterstützungspflicht auch der einzelnen

⁴⁹⁰ *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 10.

⁴⁹¹ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 33; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 200f; *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 439 Anm 16; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 10.

⁴⁹² *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 439 Anm 16; *Isola* in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, Praxishandbuch², 531.

⁴⁹³ *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 440 Anm 17 mwN; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 34.

Ausschussmitglieder ausgehen⁴⁹⁴, vertreten sowohl *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* als auch *Pollak* die Ansicht, dass diese lediglich dann unterstützend tätig werden dürfen, wenn sich dies im Zuge ihrer Tätigkeit im Ausschuss ergeben sollte⁴⁹⁵. Richtigerweise sollten auch einzelne Mitglieder nicht zuletzt aus Zweckmäßigkeitsgründen die Kompetenz haben, den Masseverwalter bei seinen Aufgaben zu unterstützen, da dies zum einen wesentlich rascher gelingen wird als eine Beratung des Gläubigerausschusses, wo erst nachdem alle Mitglieder zumindest gehört wurden, eine Entscheidung über die Unterstützung fallen wird. Die Beiziehung des Gläubigerausschuss als Kollegium und die Behandlung der für die Gläubiger aussichtsreichsten Problemlösung und Unterstützungstätigkeit wird nämlich längere Zeit in Anspruch nehmen, weil möglicherweise einige Mitglieder darunter sind, die nicht den gleichen Informationsstatus aufgrund mangelnder Erfahrung haben werden als diejenigen, die laufend in den Ausschuss gewählt werden und somit über einen gewissen Erfahrungsschatz in Sachen Unterstützung des Masseverwalters verfügen. Zudem befinden sich im Gläubigerausschuss immer einige „Spezialisten“, welche auch mit schnellen Auskünften Informationsproblemen des Masseverwalters Abhilfe geben können. In vielen Fällen – zu denen nicht die Äußerungsrechte nach §§ 114, 116 KO zu zählen sind – wird es sich um eine Auskunft kleineren Umfangs handeln, die von einem Mitglied schneller erledigt werden kann als vom Gläubigerausschuss als Kollegium nach Anhörung aller seiner Mitglieder. Im Endeffekt sollte es vom jeweiligen Masseverwalter abhängigen, inwieweit er sich unterstützend von einem Mitglied des Ausschuss beraten lässt oder aber den Rat des gesamten Kollegiums in Anspruch nehmen möchte.

Die Pflicht zur Unterstützung des Masseverwalters durch den Gläubigerausschuss gilt auch hinsichtlich seiner Stellvertreter (§ 85 Satz 2 KO) und der besonderen Verwalter (§ 86 Abs 1 Satz 2 KO).

Die Mitwirkungsrechte des Gläubigerausschusses reichen von bloßen Anhörungs- und Äußerungsrechten, wobei erstere die Entscheidungsfindung

⁴⁹⁴ *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 10.

⁴⁹⁵ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 33; *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 439 Anm 14.

des Konkursgerichts erleichtern sollen, während hingegen letztere dem Masseverwalter bei der Vornahme von Rechtsgeschäften bzw bei der Verteilung (vgl etwa § 128 Abs 3 KO) unterstützen sollen, zu „echten“ Beschlussfassungsrechten, die in § 117 KO und der Außenwirksamkeit dieser Bestimmung ihren „Höhepunkt“ finden. Der Gläubigerausschuss kann auch gemäß § 81 Abs 4 Satz 4 KO insbesondere für die Prüfung der Bücher, die Schätzung des Anlage- und Umlaufvermögens und die vorausschauende Beurteilung der Erfolgsaussichten einer Unternehmensfortführung die Beiziehung von Sachverständigen beantragen, die den Masseverwalter in diesen Punkten unterstützen sollen.

Darüber hinaus haben die Ausschussmitglieder ein gesetzliches Teilnahmerecht an bestimmten Tagsatzungen. So sind sie gemäß § 100 Abs 5 KO zur Unterfertigung des Vermögensverzeichnisses durch den Gemeinschuldner zu laden. Weiters können gemäß § 121 Abs 2 KO einzelne Mitglieder des Gläubigerausschusses vom Konkursgericht für die Prüfung der Rechnung des Masseverwalters zugezogen werden. Jedenfalls sind sie wiederum gemäß § 121 Abs 3 KO zur anschließenden Verhandlung über die Rechnung, in die sie auch Einsicht nehmen können, zu laden. Schließlich sind sie gemäß § 200 Abs 2 KO der vor Beschlussfassung über den Antrag auf Durchführung des Abschöpfungsverfahrens durchzuführenden Tagsatzung beizuziehen.

Letzten Endes kommt es jedoch – wie in den nachfolgenden Punkten zu zeigen sein wird – vielfach auf die abschließende Beschlussfassung des Konkursgerichts an.

6.4.2. Anhörungsrechte

Als geringste Form der Unterstützung durch den Gläubigerausschuss sind in der Konkursordnung mehrere (bloße) Anhörungsrechte vorgesehen. Diese dienen zum einen der Gewährung des rechtlichen Gehörs, zum

anderen der Verbreiterung der Entscheidungsbasis des *Konkursgerichts*⁴⁹⁶. Durch diese Vorschriften soll die Sachkunde der Ausschussmitglieder für die Entscheidung des Konkursgerichts nutzbar gemacht werden⁴⁹⁷. Da die Anhörungsrechte als Information für das Konkursgericht dienen, ist ein Vorgehen nach § 90 KO bei Nichtbestehen eines Gläubigerausschusses in diesen Fällen ausgeschlossen. Durch die gesetzlich festgelegte Mitwirkung des Gläubigerausschusses bei den nachfolgenden Beschlüssen des Konkursgerichts haben dessen Mitglieder auch ein Rekursrecht gegen die gerichtliche Entscheidung.

Eines der wichtigsten Anhörungsrechte besteht bei einer beabsichtigten Unternehmensschließung (§§ 78 Abs 1, 114a Abs 2 KO), wo das Konkursgericht vor der Beschlussfassung hierüber obligatorisch⁴⁹⁸ den Gläubigerausschuss (sowie, wenn es rechtzeitig möglich ist, den Gemeinschuldner) zu vernehmen hat.

Bei einem allfälligen Unterbleiben der Verwertung im Zusammenhang mit einem Zwangsausgleich bestehen weitere Anhörungsrechte des Gläubigerausschusses, so etwa gemäß § 140 Abs 2 KO vor der Anordnung der Innehaltung der Verwertung bis zur Beschlussfassung durch die Gläubigerversammlung aufgrund eines zulässigen Zwangsausgleichsantrags und gemäß § 142 KO vor Zurückweisung eines Zwangsausgleichsantrags.

Im Hinblick auf die Tätigkeit des Masseverwalters besteht ein Anhörungsrecht vor Enthebung desselben durch das Konkursgericht (§ 87 Abs 3 KO), vor der Entscheidung über seine Entlohnung (§ 125 Abs 2 KO) sowie vor Bewilligung eines Kostenvorschusses an ihn (§ 125 Abs 3 KO).

Weiters ist der Gläubigerausschuss gemäß § 127 Abs 1 KO vor der Bestimmung der Belohnung der Gläubigerschutzverbände zu vernehmen.

⁴⁹⁶ Lovrek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 114 Rz 9.

⁴⁹⁷ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 40; Hierzenberger/Riel in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 11.

⁴⁹⁸ Lovrek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 114a Rz 66; Reisch in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap. 12.4/27.

Schließlich bestehen auch fakultative Anhörungsrechte, etwa gemäß § 101 Abs 3 KO im Fall der Einholung einer Stellungnahme des Gläubigerausschusses nach Tunlichkeit vor Verhängung der Haft über den Gemeinschuldner sowie deren Aufhebung und gemäß § 138 Abs 3 KO bei Absehen von einer geringfügigen nachträglichen Verteilung.

6.4.3. Äußerungsrecht bei „wichtigen Vorkehrungen“ iSd § 114

Abs 1 KO

6.4.3.1. Allgemeines

§ 114 Abs 1 Satz 3 KO bestimmt dass der Masseverwalter bei seiner Geschäftsführung bei allen wichtigen Vorkehrungen die Äußerung des Gläubigerausschusses einzuholen hat. Zweck dieser Bestimmung ist die Verbreiterung der Entscheidungsgrundlage des Masseverwalters, der auf diesem Weg bei ‚wichtigen Vorkehrungen‘ das Fachwissen der Ausschussmitglieder für sich nutzbar machen kann⁴⁹⁹. Außerdem soll dem Gläubigerausschuss die Wahrnehmung seiner Überwachungsaufgabe⁵⁰⁰ erleichtert werden⁵⁰¹.

Dass die nun bei wichtigen Vorkehrungen einzuholende Äußerung den Masseverwalter weder im Außen- noch im Innenverhältnis bindet, entspricht der herrschenden Ansicht⁵⁰² und dem klaren Willen des Gesetzgebers, der verhindern wollte, „dass die im Gläubigerausschuss etwa vertretenen Konkurrenten nicht diejenigen Lösungen genehmigen werden, welche einer

⁴⁹⁹ Lovrek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 114 Rz 5; Riel in *Konecny/Schubert*, KO § 114 Rz 6; Hierzenberger/Riel in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 11.

⁵⁰⁰ Siehe hierzu Punkt 6.3.

⁵⁰¹ Riel in *Konecny/Schubert*, KO § 114 Rz 6.

⁵⁰² Lovrek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 114 Rz 5; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 39; Riel in *Konecny/Schubert*, KO § 114 Rz 7f; Shamiyeh, Haftung 194.

Fortführung besonders dienlich sind.“⁵⁰³ Daraus ergibt sich aber auch, dass den Masseverwalter keine Verpflichtung trifft, das Konkursgericht einzuschalten, wenn er eine wichtige Vorkehrung trotz ablehnender Äußerung setzen will. Da die Äußerung des Gläubigerausschusses einem Beschluss nicht gleichzusetzen ist, kommt ein Vorgehen des Konkursgerichts nach § 95 KO nicht in Betracht⁵⁰⁴. Damit wird eine Straffung des Konkursverfahrens erreicht: Das Konkursgericht ist zwar gemäß § 84 Abs 1 KO zur Überwachung der Tätigkeit des Masseverwalters verpflichtet. Es ist allerdings nicht Aufgabe des Konkursgerichts, die Tätigkeit des Masseverwalters faktisch selbst zu übernehmen und ihn „auf Schritt und Tritt“ zu überwachen⁵⁰⁵. Sollten beim Masseverwalter aufgrund der Äußerung des Gläubigerausschusses Zweifel im Hinblick auf das geplante Rechtsgeschäft ergeben, kann er das Konkursgericht um Weisung ersuchen⁵⁰⁶.

6.4.3.2. „Wichtige Vorkehrungen“ iSd § 114 Abs 1 KO

Zunächst muss der Masseverwalter beurteilen, ob eine beabsichtigte Geschäftsführungshandlung als wichtige Vorkehrung iSd § 114 Abs 1 KO zu qualifizieren ist⁵⁰⁷. Geschäftsführungshandlungen, die inhaltlich unter § 116 Abs 1 fallen, die dort normierte Wertgrenze von €100.000,00 aber nicht erreichen, können als Orientierungshilfe herangezogen werden⁵⁰⁸. Weiters können jene Geschäfte als Anhaltspunkt dienen, die vor der InsNov 2002 dem Verfahren nach § 116 KO unterworfen waren, durch die Novelle jedoch aus dessen Katalog gestrichen wurden⁵⁰⁹. Insbesondere wurde die Erfüllung oder Aufhebung von anderen als in § 21 KO genannten Rechtsgeschäften nicht

⁵⁰³ ErläutRV zum IRÄG 1982, 3 BlgNR 15. GP 56.

⁵⁰⁴ Vgl. Riel in Konecny/Schubert, KO § 114 Rz 16.

⁵⁰⁵ OGH 26.07.1996, 1 Ob 2050/96v = SZ 69/170 = ZIK 1997, 24 = RdW 1997, 201 = JBI 1997, 49; Shamiyeh, Haftung 199.

⁵⁰⁶ Lovrek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ IV § 114 Rz 18.

⁵⁰⁷ Lovrek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ IV § 114 Rz 10; Denkschrift 100; Pollak in Bartsch/Pollak, KO³ I 539 Anm 32; Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzrecht 163; Riel in Konecny/Schubert, KO § 114 Rz 10.

⁵⁰⁸ Lovrek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ IV § 114 Rz 10; Riel in Konecny/Schubert, KO § 114 Rz 10; Denkschrift 103; Bachmann, Befriedigung 68f.

⁵⁰⁹ Riel in Konecny/Schubert, KO § 114 Rz 10; Lovrek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ IV § 114 Rz 10; vgl. ebenfalls ErläutRV zur InsNov 2002, 988 BlgNR 21. GP 29.

mehr dem Verfahren des § 116 KO unterworfen, weil entsprechend der hA die Anwendung einer Wertgrenze auf die davon betroffenen Rechtsgeschäfte, dh Bestand- und Arbeitsverträge, nicht in Betracht komme⁵¹⁰. Daraus kann richtigerweise geschlossen werden, dass eine wichtige Vorkehrung iSd § 114 Abs 1 Satz 3 KO vorliegt, wenn der Erfüllung oder Aufhebung dieser Rechtsgeschäfte erhebliche wirtschaftliche Bedeutung zukommt⁵¹¹. So können im Einzelfall die Kündigung eines Bestandvertrages über ein für die Unternehmensfortführung unerlässliches Objekt sowie die Kündigung einer Schlüsselarbeitskraft oder einer größeren Anzahl von Arbeitnehmern wichtige Vorkehrungen im Sinne dieser Bestimmung darstellen⁵¹². Weiters wurden auch die freiwillige Veräußerung von Seeschiffen und von Gerechtsamen – eine altertümliche Bezeichnung für vererbliche und veräußerliche Nutzungsrechte an Grundstücken⁵¹³ – sowie der Abschluss von Schiedsverträgen, die Verwertung von Ansprüchen auf fortlaufende Bezüge, Renten und wiederkehrende Leistungen von unbestimmter Dauer und die Einlösung von Pfändern aus dem ehemaligen Katalog des § 116 KO gestrichen, wobei diese jedoch in der Praxis lediglich von untergeordneter Bedeutung sind⁵¹⁴. Schließlich hat der Masseverwalter dem Gesetzeszweck entsprechend eine Äußerung des Gläubigerausschusses nach § 114 Abs 1 KO auch einzuholen, wenn er eine als wichtige Vorkehrung zu betrachtende Maßnahme unterlassen will⁵¹⁵.

§ 114 Abs 1 Satz 3 KO beinhaltet eine demonstrative Aufzählung (arg: ‚insbesondere‘) von Rechtsgeschäften, die vom Masseverwalter als ‚wichtige Vorkehrung‘ betrachtet werden sollten, wobei diese Beurteilung nicht zwingend ist und sich nach den Umständen des Einzelfalls ergeben kann, dass es sich bei einem konkreten Rechtsgeschäft nicht um eine äusserungspflichtige Vorkehrung handelt⁵¹⁶.

⁵¹⁰ Vgl ErläutRV zur InsNov 2002, 988 BlgNR 21. GP 29.

⁵¹¹ Zutreffend Lovrek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 114 Rz 11.

⁵¹² Lovrek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 114 Rz 11.

⁵¹³ zB Bergbaugerechtsame.

⁵¹⁴ Vgl ErläutRV zur InsNov 2002, 988 BlgNR 21. GP 28f.

⁵¹⁵ Vgl Lovrek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 114 Rz 12, die die wegen des Prozesskostenrisikos unterlassene Erhebung einer Millionenklage als Beispiel nennt.

⁵¹⁶ Vgl Riel in *Konecny/Schubert*, KO § 114 Rz 10.

Erstens werden *freiwillige Veräußerungen von beweglichen Sachen, die nicht durch die Fortführung des Unternehmens veranlasst werden*, als wichtige Vorkehrung iSd § 114 Abs 1 Satz 3 KO angesehen⁵¹⁷. Somit ist der Warenumsatz im Rahmen einer Unternehmensfortführung nicht umfasst⁵¹⁸. Bei Pauschalverkäufen der beweglichen Teile der Masse ist ebenfalls eine Äußerung des Gläubigerausschusses einzuholen⁵¹⁹. Jedoch ist das Äußerungsrecht bei der Veräußerung beweglicher Sachen einschränkend auszulegen, sodass Sachen mit lediglich geringfügigem Wert nicht davon erfasst sind⁵²⁰. Wie *Lovrek* und *Riel* zutreffend ausführen, fällt die freiwillige Veräußerung beweglicher Sachen auch dann nicht unter § 114 KO, wenn der in einem Sachverständigengutachten ermittelte Schätzwert erreicht wird⁵²¹.

Weiters stellt die *gerichtliche Geltendmachung zweifelhafter Forderungen* eine wichtige Vorkehrung iSd § 114 Abs 1 Satz 3 KO dar, wobei – dem Zweck der Regelung entsprechend – wohl auch die Geltendmachung von Forderungen, bei denen der Prozeßerfolg ungewiss ist, dazu zu zählen ist⁵²². Der *Denkschrift* folgend soll dadurch verhindert werden, dass der Masseverwalter aus Eigennutz prozessiert⁵²³.

Auch die *Erhebung von Anfechtungsklagen* und der *Eintritt in Anfechtungsprozesse* unterliegen, sofern der Streitwert € 100.000,00 nicht übersteigen sollte (vgl § 116 Abs 1 Z 3 KO), dem Regime des § 114 Abs 1 KO.

Schließlich stellt auch die Aufnahme von Darlehen und Krediten, sohin die „Liquiditätsbeschaffung für die Unternehmensfortführung“⁵²⁴, eine wichtige Vorkehrung dar.

⁵¹⁷ Zu beachten ist jedoch § 117 Abs 1 Z 2 KO als *lex specialis* – hiezu eingehend unter Punkt 6.4.5.5.

⁵¹⁸ *Lovrek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ IV § 114 Rz 13; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 114 Rz 11; *Denkschrift* 101.

⁵¹⁹ *Reckenzaun* in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, *Praxishandbuch*², 587.

⁵²⁰ Vgl *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 114 Rz 11; *Lovrek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ IV § 114 Rz 13.

⁵²¹ *Lovrek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ IV § 114 Rz 13; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 114 Rz 11.

⁵²² So auch *Lovrek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ IV § 114 Rz 14; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 114 Rz 12.

⁵²³ *Denkschrift* 101.

⁵²⁴ *Lovrek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ IV § 114 Rz 17; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 114 Rz 14; vgl schon ErläutRV zum IRÄG 1982, 3 BlgNR 15. GP 57.

6.4.3.3. Verfahren

Die beabsichtigte Maßnahme ist dem Gläubigerausschuss vom Masseverwalter inhaltlich detailliert und mit allen für eine unterstützende Äußerung erforderlichen Informationen mitzuteilen⁵²⁵. Wie bereits dargelegt, ist diese Äußerung für den Masseverwalter nicht bindend und muss dem Konkursgericht auch nicht vorgelegt werden. Zusätzlich ist vor der Entscheidung des Masseverwalters gemäß § 114 Abs 1 Satz 4 KO der Gemeinschuldner anzuhören, sofern dies rechtzeitig möglich sein sollte, wobei diese Vernehmung jedoch gemäß § 114 Abs 2 KO in dringenden Fällen mit gerichtlicher Erlaubnis entfallen kann.

Nach herrschender Auffassung ist § 114 Abs 2 KO zusätzlich dahingehend zu interpretieren, dass das Konkursgericht dem Masseverwalter auch gestatten kann, Vorkehrungen nach § 114 Abs 1 KO *ohne Äußerung des Gläubigerausschusses* vorzunehmen⁵²⁶. Trotz des – scheinbar eindeutigen – Wortlauts von § 114 Abs 2 KO, der sich auf die in § 114 Abs 1 Satz 4 KO normierte Vernehmung des Gemeinschuldners bezieht (arg: „kann das Gericht gestatten, dass der Masseverwalter solche Vorkehrungen ohne Vernehmung trifft“), ist dieser Ansicht zuzustimmen, weil andernfalls der Masseverwalter dem Gläubigerausschuss auch in dringenden Fällen eine Gelegenheit zur Äußerung geben müsste, wodurch sich aufgrund der Verzögerungen Nachteile für die Masse ergeben könnten⁵²⁷. Vor allem bei einer größeren Anzahl von Gläubigerausschussmitgliedern wird daher eine Verfügung des Konkursgerichts nach § 114 Abs 2 KO schneller zu erwirken sein.

Sollte kein Gläubigerausschuss bestellt sein, stellt sich die Frage, ob nach § 90 KO vorzugehen ist und eine Äußerung des Konkursgerichts

⁵²⁵ Lovrek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ IV § 114 Rz 18; Riel in *Konecny/Schubert*, KO § 114 Rz 15.

⁵²⁶ Lovrek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ IV § 114 Rz 20; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ III § 89 Rz 39; Riel in *Konecny/Schubert*, KO § 114 Rz 18; Isola in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, *Praxishandbuch*², 531.

⁵²⁷ Vgl. Lovrek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ IV § 114 Rz 20, die als Beispiel den unter Umständen raschen Handlungsbedarf zur Wahrung der Anfechtungsfrist nennt.

eingeholt werden muss⁵²⁸ oder aber in diesen Fällen eine Genehmigungspflicht des Konkursgerichts besteht, die Bindungswirkung im Innenverhältnis erzeugen soll⁵²⁹.

Der Annahme einer Genehmigungspflicht des Konkursgerichts ist entgegenzuhalten, dass dies weder dem Gesetzeszweck des § 114 KO entspricht noch aus dem Wortlaut von § 90 KO zu interpretieren ist. Die Konsequenz dieser Interpretation wäre eine Genehmigungspflicht des Konkursgerichts, die jedoch am Zweck des § 114 KO, nämlich der Möglichkeit des Masseverwalters, Fachkenntnisse der Gläubigerausschussmitglieder zur Entscheidungsfindung nutzen zu können, völlig vorbeigeht. Das Ergebnis wäre – wie *Lovrek*⁵³⁰ richtig ausführt – ein Wertungswiderspruch zu jenen Fällen, in denen ein Gläubigerausschuss tatsächlich eingerichtet ist.

Der Auslegung des OLG Wien ist insofern beizupflichten, als bei Nichtbestehen eines Gläubigerausschusses die Bestimmung des § 114 Abs 1 KO mit dem dort normierten Äußerungsrecht des Gläubigerausschusses zu wichtigen Vorkehrungen nicht anwendbar ist⁵³¹. Somit wird es in derartigen Fällen zu einer – wie *Riel*⁵³² dies treffend formuliert – „dem Einzelfall angepasste[n] Ausübung der allgemeinen Überwachungspflicht des Konkursgerichts“ kommen. Diese wird im Rahmen der Kontrolle des Masseverwalters nach § 84 Abs 1 KO und der damit verbundenen Berichterstattung an das Konkursgericht über wesentliche das Konkursverfahren betreffende Umstände – zu denen wichtige Vorkehrungen iSd § 114 Abs 1 KO jedenfalls zu zählen sind – ausgeübt⁵³³.

⁵²⁸ Vgl. *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 272; *König*, Anfechtung³ Rz 18/5.

⁵²⁹ *Kodek*, Privatkonkurs, Rz 277; *Chalupsky/Ennöckl*, Unternehmensfortführung 65 FN 128.

⁵³⁰ *Lovrek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 114 Rz 21.

⁵³¹ OLG Wien 28.03.2002, 28 R 24/02h = ZIK 2002/137, 97; diesem folgend *Lovrek* in *Bartsch/Pollak/*

Buchegger, Insolvenzrecht⁴ IV § 114 Rz 22.

⁵³² *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 114 Rz 17.

⁵³³ So auch *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 114 Rz 17.

6.4.4. Äußerungsrecht nach § 116 KO

6.4.4.1. Allgemeines

Bei den in § 116 Abs 1 KO aufgezählten bedeutsamen Rechtsgeschäften muss der Masseverwalter zunächst eine Äußerung des Gläubigerausschusses einholen und sodann das Konkursgericht mindestens acht Tage im Vorhinein zusammen mit der Äußerung eines allenfalls bestellten Gläubigerausschusses unterrichten. Die Einhaltung der in dieser Bestimmung festgelegten Vorgangsweise ist im Außenverhältnis nicht entscheidend⁵³⁴, weil der Masseverwalter im Verhältnis zu Dritten gemäß § 83 Abs 1 KO lediglich in den Fällen des § 117 KO in seiner Befugnis, alle für die Erfüllung der Obliegenheiten seines Amtes erforderlichen Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen vorzunehmen, beschränkt ist. Im Innenverhältnis ist die Beachtung der in § 116 Abs 1 KO festgelegten Förmlichkeiten hingegen durchaus von Bedeutung⁵³⁵.

Im Unterschied zu § 114 KO sind die in § 116 KO angeführten Geschäfte dem Konkursgericht mitzuteilen⁵³⁶. Sollte ein Rechtsgeschäft sowohl in den Anwendungsbereich von § 116 KO als auch in den von § 117 KO fallen, ist letztere Bestimmung *lex specialis*⁵³⁷.

Die in § 116 Abs 1 KO angeführten Rechtsgeschäfte sind nur dann zusammen mit einer Äußerung des Gläubigerausschusses dem Konkursgericht mitzuteilen, wenn sie die in § 116 Abs 2 KO festgelegte Wertgrenze von € 100.000,00 überschreiten. Es gelten die §§ 303ff ABGB, weshalb grundsätzlich der gemeine Wert maßgeblich ist⁵³⁸. Einige

⁵³⁴ ErläutRV zur InsNov 2002, 988 BlgNR 21. GP 24, 29; *Mohr*, Insolvenzzrecht 75f; *Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ IV § 116 Rz 1 und 3; *Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap. 12.4/23f.

⁵³⁵ *Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ IV § 116 Rz 1.

⁵³⁶ Vgl ErläutRV zur InsNov 2002, 988 BlgNR 21. GP 28.

⁵³⁷ *Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ IV § 116 Rz 6; so auch die Rechtslage vor der InsNov 2002: *Riel in Konecny/Schubert*, KO § 117 Rz 1.

⁵³⁸ *Pollak in Bartsch/Pollak*, KO³ I 543 Anm 5; *Bachmann*, Masseforderungen 56; *Isola in Petsch/*

Rechtsgeschäfte wurden durch die InsNov 2002 aus dem taxativen⁵³⁹ Katalog des § 116 KO entfernt; diese können zum einen Anhaltspunkte für ‚wichtige Vorkehrungen‘ iSd § 114 Abs 1 KO bieten⁵⁴⁰, zum anderen wurde die freiwillige Veräußerung von Liegenschaften aufgrund der oft hohen wertmäßigen Bedeutung der Genehmigungspflicht durch den Gläubigerausschuss und das Konkursgericht dem § 117 KO unterstellt (vgl § 117 Abs 1 Z 3 KO).

6.4.4.2. Mitteilungspflichtige Geschäfte iSd § 116 KO

6.4.4.2.1. Vergleichsabschlüsse (§ 116 Abs 1 Z 1)

Zunächst unterliegen wegen deren besonderer „Gefährlichkeit“⁵⁴¹ Vergleichsabschlüsse dem Regime des § 116 KO (§ 116 Abs 1 Z 1 KO). Dies gilt richtigerweise sowohl für von der Konkursmasse erhobene Ansprüche wie auch für gegen die Konkursmasse erhobene Ansprüche⁵⁴², weil zum einen im Gesetzestext keine Einschränkung vorgenommen wurde und es zum anderen nicht einsichtig ist, warum bei Vergleichen hinsichtlich gegen die Konkursmasse erhobener Ansprüche, die wertmäßig für die Konkursgläubiger ebenso bedeutsam sein können, dem Gläubigerausschuss keine zwingende Mitwirkungsbefugnis einzuräumen wäre. Neben gerichtlichen und außergerichtlichen Vergleichen⁵⁴³ fällt wohl auch ein Verzicht in den

Reckenzaun/Bertl/Isola, Praxishandbuch², 533; Riel in Konecny/Schubert, KO § 116 Rz 4; Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 Rz 28; vgl zur Berechnung der Wertgrenzen eingehend die nachfolgenden Unterkapitel.

⁵³⁹ Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 Rz 7; ebenso die Rechtslage vor der InsNov 2002: Pollak in Bartsch/Pollak, KO³ I 544 Anm 7; Riel in Konecny/Schubert, KO § 116 Rz 3.

⁵⁴⁰ ErläutRV zur InsNov 2002, 988 BlgNR 21. GP 29.

⁵⁴¹ Riel in Konecny/Schubert, KO § 116 Rz 10; Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 Rz 7.

⁵⁴² Vgl Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 Rz 8; Riel in Konecny/Schubert, KO § 116 Rz 9.

⁵⁴³ OGH 11.11.1999, 8 Ob 140/99t = SZ 72/177 = ZIK 2000/26, 24 = ÖBA 2000, 714 = RdW 2000/138, 159 = ecolex 2000, 355.

Anwendungsbereich von § 116 Abs 1 Z 1 KO⁵⁴⁴. Zwar spricht hier auf den ersten Blick § 116 Abs 1 Z 2 KO dagegen, wo das Anerkenntnis ausdrücklich geregelt wird, jedoch handelt es sich bei Vergleichsabschlüssen im Wesentlichen um *Teilverzichte*, weshalb ein Größenschluss auch die Einbeziehung des Verzichts in § 116 Abs 1 Z 1 KO zulässt. Weiters sind auch Vergleiche über Aktivforderungen oder Anfechtungsansprüche erfasst⁵⁴⁵.

Hingegen sind (Zwangs-)Ausgleichsvorschläge eines Schuldners des Gemeinschuldners nicht unter diese Bestimmung zu subsumieren⁵⁴⁶. Ebenso wenig fallen Vergleichsabschlüsse über Konkursforderungen zur Beendigung oder Vermeidung eines Prüfungsprozesses⁵⁴⁷ in den Anwendungsbereich von § 116 Abs 1 Z 1 KO, weil der Masseverwalter hinsichtlich des Inhalts der Prüfungserklärung nicht an die Zustimmung oder Weisung anderer Konkursorgane gebunden ist⁵⁴⁸.

Bei der Berechnung der Wertgrenze ist die Rsp uneinheitlich: einmal wird der Betrag als maßgeblich erachtet, auf den der Masseverwalter verzichtet⁵⁴⁹, eine andere Entscheidung spricht vom „Vergleichsgegenstand“, ohne dass dieser näher definiert werden würde⁵⁵⁰. Nach *Riel* ist die Höhe des strittigen oder ungewissen Teils eines Anspruchs ausschlaggebend⁵⁵¹. Teilweise wird auf den gesamten vergleichsgegenständlichen Anspruch abgestellt⁵⁵². ME ist hier letzterer Ansicht der Vorzug zu geben. Zum einen wird dadurch der Gläubigerausschuss stärker in die Verwertungs- und Verwaltungsaufgaben des Masseverwalters eingebunden, wodurch dem Konkursgericht, welches das Rechtsgeschäft letztendlich untersagen kann,

⁵⁴⁴ *Mohr*, Insolvenzrecht 78; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 Rz 8; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 116 Rz 10; *Isola* in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, Praxishandbuch² 532; OLG Linz 23.08.1994, 2 R 172/94 zit nach *Mohr*, KO¹⁰ § 116 E 6.

⁵⁴⁵ *Mohr*, Insolvenzrecht 78; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 Rz 11; *Isola* in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, Praxishandbuch², 532; OGH 11.11.1999, 8 Ob 140/99t = SZ 72/177 = ZIK 2000/26, 24 = ÖBA 2000, 714 = RdW 2000/138, 159 = ecolex 2000, 355.

⁵⁴⁶ *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 Rz 10; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 116 Rz 11 mwN zur vergleichbaren deutschen Rechtslage.

⁵⁴⁷ Vgl zu deren Zulässigkeit *Konecny* in *Konecny/Schubert*, KO § 110 Rz 51; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 589.

⁵⁴⁸ *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 Rz 11; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 116 Rz 12; *Konecny* in *Konecny/Schubert*, KO § 105 Rz 16; *Mohr*, Insolvenzrecht 78; *Isola* in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, Praxishandbuch², 532.

⁵⁴⁹ OLG Linz 25.07.1997, 2 R 164/97v zit nach *Mohr*, KO¹⁰ § 116 E 13.

⁵⁵⁰ OGH 11.03.1992, 3 Ob 126/91 = EvBl 1992/150, 621.

⁵⁵¹ *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 116 Rz 9 mwN zur deutschen Rechtslage.

⁵⁵² *Mohr*, Insolvenzrecht 78; LG Linz 07.12.1995, 15 R 253/95 zit nach *Mohr*, KO⁹ § 116 E 9a; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 Rz 13.

eine breitere Entscheidungsbasis geboten wird. Zum anderen wurde während der Ausarbeitung der InsNov 2002 die Frage der Wertberechnung ebenfalls diskutiert, wobei der Vorschlag, auf den strittigen Anspruch abzustellen, keine Mehrheit gefunden hat⁵⁵³. Zusätzlich wurde durch diese Novelle ohnehin die Wertgrenze für Rechtsgeschäfte nach § 116 KO auf €100.000,00 erhöht, sodass Verfahrensverzögerungen durch eine Befassung des Gläubigerausschusses in diesen Fällen gerechtfertigt sind. Weiters sprechen – wie *Kodek*⁵⁵⁴ richtig ausführt – auch teleologische Erwägungen für die Berechnung anhand des gesamten vergleichsgegenständlichen Anspruchs, weil dessen Höhe ein „geeignetes Maß für die Bedeutung bzw „Gefährlichkeit“ des Vergleichsabschlusses“ darstellt.

6.4.4.2.2. Anerkenntnisse von strittigen Aussonderungs-, Absonderungs- und Aufrechnungsansprüchen sowie von strittigen Masseforderungen (§ 116 Abs 1 Z 2 KO)

Im Hinblick auf ihre „wirtschaftliche Tragweite“⁵⁵⁵ sind Anerkenntnisse von strittigen Aussonderungs-, Absonderungs- und Aufrechnungsansprüchen sowie von strittigen Masseforderungen dem Verfahren nach § 116 KO unterworfen, weil damit die wichtigsten voll zu erfüllenden Ansprüche erfasst werden⁵⁵⁶ (§ 116 Abs 1 Z 2 KO). Aufgrund der ausdrücklichen Aufzählung fällt das Anerkenntnis anderer Ansprüche, etwa die Anerkennung von Konkursforderungen, nicht unter diese Bestimmung⁵⁵⁷. Die Bestreitung von Aussonderungs-, Absonderungs- und Aufrechnungsansprüchen sowie von Masseforderungen ist nicht umfasst⁵⁵⁸. Durch die InsNov 2002 wurde weiters klargestellt, dass § 116 Abs 1 Z 2 KO lediglich bei der Anerkennung *strittiger*

⁵⁵³ *Mohr*, Insolvenzrecht 78f.

⁵⁵⁴ *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 Rz 13.

⁵⁵⁵ *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 Rz 14; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 116 Rz 24.

⁵⁵⁶ *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 116 Rz 24; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 Rz 14.

⁵⁵⁷ Vgl *Mohr*, Insolvenzrecht 78; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 116 Rz 23; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/*

Buchegger, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 Rz 14.

⁵⁵⁸ *Bachmann*, Befriedigung 58 FN 78; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 116 Rz 23; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 Rz 14.

Ansprüche anwendbar ist⁵⁵⁹. Der Anwendungsbereich umfasst sowohl gerichtliche als auch außergerichtliche Anerkenntnisse unabhängig davon, ob es sich um ein Teil- oder um ein vollständiges Anerkenntnis handelt⁵⁶⁰. Ebenfalls in diese Kategorie fallen Klagsrücknahmen unter Anspruchsverzicht⁵⁶¹. Nach *Kodek*⁵⁶² ist dies vorwiegend im Zusammenhang mit einer gegen die Masse erklärten Aufrechnung von Bedeutung, wobei seiner richtigen Ansicht folgend in diesem Fall eine Klagsrücknahme im Ergebnis die Wirkung einer Anerkennung der Gegenforderung hätte, weshalb aus teleologischen Erwägungen die Mitteilungspflicht nach § 116 KO auf diesen Fall zu erstrecken ist. Ebenfalls bedeutsam ist diese Einordnung auch im Hinblick auf – häufig vorkommende – negative Feststellungsklagen, bei denen die Klagsrücknahme auf ein Anerkenntnis hinausläuft.

Wie schon bei Vergleichsabschlüssen nach § 116 Abs 1 Z 1 KO besteht Uneinigkeit bei der Berechnung der Wertgrenze von Anerkenntnissen. Teilweise wird auf die Höhe des strittigen bzw ungewissen Teil des Anspruchs abgestellt⁵⁶³, während bei Absonderungsansprüchen einmal die Höhe des „Deckungswerts“⁵⁶⁴ oder des Werts der betreffenden Sache⁵⁶⁵, andererseits der „Tauschwert“⁵⁶⁶, entscheidend sein soll. Durch die InsNov 2002 wurde ausdrücklich das Erfordernis der „Strittigkeit“ hervorgehoben, weshalb hier *Kodek* zufolge auf die Höhe des strittigen Teils abzustellen wäre⁵⁶⁷. ME ist jedoch auch hier aufgrund der beim Vergleich angeführten Argumente auf den Gesamtbetrag der anerkannten Forderung abzustellen, auch weil dieser Betrag – die Verkehrssicherheit fördernd – leichter zu ermitteln sein wird. Bei Anerkenntnis eines Absonderungsrechts ist nicht auf die Höhe der Forderung abzustellen, sondern auf den Wert des Pfandrechts, wobei „der voraussichtlich für die Masse aus der Anerkennung des Pfandrechts

⁵⁵⁹ ErläutRV zur InsNov 2002, 988 BlgNR 21. GP 29.

⁵⁶⁰ Pollak in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 545 Anm 12; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 Rz 15; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 116 Rz 24.

⁵⁶¹ *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 495; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 116 Rz 24; aA noch Pollak in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 545 Anm 12.

⁵⁶² *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 Rz 15.

⁵⁶³ *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 116 Rz 25.

⁵⁶⁴ Pollak in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 543 Anm 5; vgl ebenfalls *Isola* in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, Praxishandbuch², 533 im Hinblick auf Absonderungsansprüche.

⁵⁶⁵ *Wegan*, Insolvenzrecht 43.

⁵⁶⁶ Pollak in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 543 Anm 5; *Isola* in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, Praxishandbuch², 533 mit Ausnahme von Absonderungsansprüchen.

⁵⁶⁷ *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 Rz 17.

resultierende Deckungsentgang“ entscheidend ist⁵⁶⁸. Im Hinblick auf Aussonderungsrechte ist mMn der Wert der auszusondernden Sache ausschlaggebend.

6.4.4.2.3. Erhebung von Anfechtungsklagen und Eintritt in Anfechtungsprozesse (§ 116 Abs 1 Z 3 KO)

In § 116 Abs 1 Z 3 KO sind die Erhebung von Anfechtungsklagen und der Eintritt in Anfechtungsprozesse, die zur Zeit der Konkurseröffnung anhängig sind, genannt. Hingegen ist die Unterlassung der Erhebung einer Anfechtungsklage von dieser Bestimmung nicht umfasst. Obwohl für die Konkursmasse vorrangig die durch die Prozeßführung verursachte Kostenbelastung entscheidend ist, wird als Wert iSd § 116 Abs 2 KO – wiederum aus Verkehrsschutzüberlegungen – der Streitwert anzusehen sein⁵⁶⁹.

6.4.4.2.4. Erfüllung oder Aufhebung von zweiseitigen Verträgen (§ 116 Abs 1 Z 4 KO)

Schließlich besteht auch hinsichtlich der Erfüllung oder Aufhebung von zweiseitigen Verträgen, die vom Gemeinschuldner und dem anderen Teil zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht oder nicht vollständig erfüllt worden sind, nach § 116 Abs 1 Z 4 KO ein Äußerungsrecht des Gläubigerausschusses und eine Mitteilungspflicht an das Konkursgericht, wenn der Wert €100.000,00 übersteigen sollte. Im Ergebnis bedeutet dies, dass nur mehr die Erfüllung oder Aufhebung von in § 21 KO angeführten Geschäften weiterhin unter § 116 KO fällt⁵⁷⁰. Zweck dieser Bestimmung ist die Einbeziehung des Gläubigerausschusses in wirtschaftlich bedeutende Entscheidungen bezüglich Vertragserfüllungen, weil durch einen Eintritt in das

⁵⁶⁸ Vgl. Kodek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ IV § 116 Rz 17.

⁵⁶⁹ Vgl. Kodek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ IV § 116 Rz 19.

⁵⁷⁰ ErläutRV zur InsNov 2002, 988 BlgNR 21. GP 29.

Rechtsgeschäft die Erfüllungsverpflichtung des Masseverwalters gemäß § 46 Abs 1 Z 4 KO eine Masseforderung begründet⁵⁷¹.

Schwierigkeiten entstehen bei der Ermittlung des Werts des Rechtsgeschäfts. Wiederum werden verschiedene Ansichten vertreten, dh teilweise stellt man auf den Wert des Kaufgegenstands ab⁵⁷², ein anderes Mal hingegen auf den Kaufpreis *oder* den Wert des Kaufgegenstands⁵⁷³. Sollte der Masseverwalter in einen drittfinanzierten Vertrag eintreten wollen, so ist nach einer höchstgerichtlichen Entscheidung maßgeblich, „in welchem Ausmaß die Konkursmasse durch die Durchführung des Geschäfts letztlich belastet oder begünstigt wird.“⁵⁷⁴ Aus teleologischen Erwägungen wird auch vertreten, dass der Wert der aus der Konkursmasse zu erfüllenden Verpflichtung maßgeblich sein soll⁵⁷⁵. Hier vermag mE die Argumentation von *Kodek* zu überzeugen, dass aufgrund der ratio des § 116 Abs 2 KO, nämlich für wirtschaftlich besonders bedeutsame Dispositionen eine Mitteilungspflicht vorzusehen, das Erreichen der Wertgrenze *entweder* vom (Schätz-)Wert der Gegenleistung *oder* vom Preis abhängig zu machen⁵⁷⁶. Dies gilt vor allem seit der durch die InsNov 2002 bewirkten Erhöhung der Wertgrenze von umgerechnet €36.336,42 auf €100.000,00. Hier ist es deshalb gerechtfertigt, entweder auf den Wert der Gegenleistung oder auf den Preis abzustellen, weil das abzuschließende Rechtsgeschäft jedenfalls für die Konkursmasse bedeutsam ist⁵⁷⁷.

6.4.4.3. Verfahren

Die (zwingende) Einholung der Äußerung des Gläubigerausschusses ist Aufgabe des Masseverwalters, der somit auch zu beurteilen hat, ob ein

⁵⁷¹ *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 Rz 21; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 116 Rz 16.

⁵⁷² *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 543 Anm 5; *Wegan*, Insolvenzrecht 105f; *Bollenberger*, ÖBA 1994, 68 FN 10; *Konecny* in *Buchegger*, BeitrZPR V 63; OGH 09.03.1955, 7 Ob 12/55 = SZ 28/72; OGH 11.06.1991, 5 Ob 62/91 = SZ 64/75 = NZ 1992, 157 = ecolex 1991, 610.

⁵⁷³ *Apathy*, ÖBA 1996, 956; nur auf den Kaufpreis abstellend OGH 27.05.1970, 5 Ob 123/70 = SZ 43/92 = JBI 1971, 194.

⁵⁷⁴ OGH 14.05.1996, 4 Ob 2119/96p = SZ 69/117 = EvBl 1996/158, 949 = JBI 1996, 663 = ÖBA 1996, 953 = ZIK 1996, 207 = ecolex 1996, 913 = RdW 1996, 411.

⁵⁷⁵ *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 116 Rz 16.

⁵⁷⁶ *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 Rz 24.

⁵⁷⁷ Vgl *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 Rz 24 zur Diskussion, ob das Wort „Wert“ in § 116 Abs 2 KO ein Abstellen auf den *Preis* ausschließen kann.

Geschäft zum einen überhaupt in den Katalog des § 116 KO fällt, und zum anderen, ob die Wertgrenze von €100.000,00 erreicht wird. Der Gläubigerausschuss hat in weiterer Folge zu prüfen, ob die beabsichtigte Rechtshandlung gesetz- und zweckmäßig ist⁵⁷⁸. Dem Gemeinschuldner ist gemäß § 118 KO Gelegenheit zu geben, sich ebenfalls zum Vorhaben zu äußern. Sollte sich der Masseverwalter aufgrund der Äußerung des Gläubigerausschusses nicht gegen die Durchführung des Rechtsgeschäfts entschließen, muss er dem Konkursgericht das Geschäft gemäß § 116 KO *mindestens acht Tage im Vorhinein* zusammen mit der Äußerung mitteilen, welches allerdings an diese nicht gebunden ist⁵⁷⁹. Das Konkursgericht bekommt auf diese Weise die Möglichkeit zur Untersagung des Rechtsgeschäfts. Selbst wenn der Gläubigerausschuss einen ausdrücklichen Beschluss fassen sollte, hat dieser nur die Wirkung einer Äußerung und steht einer (gegenteiligen) Weisung des Gerichts nicht entgegen⁵⁸⁰. Weiters kann (ausschließlich) der Masseverwalter nach hA die Weisung des Konkursgerichts anfechten⁵⁸¹.

Nach Ablauf der Acht-Tages-Frist, die nach Einlangen der Mitteilung an das Konkursgericht zu laufen beginnt⁵⁸², ist der Masseverwalter berechtigt, das Rechtsgeschäft abzuschließen. Trotz der Acht-Tage-Regelung in § 116 KO hat der Masseverwalter die Möglichkeit, das Geschäft schon vorher unter der aufschiebenden Bedingung der Nichtuntersagung bzw unter Rücktrittsvorbehalt abzuschließen⁵⁸³. Sollte nach Ablauf der achttägigen Frist, jedoch vor Abschluss des Rechtsgeschäfts und bevor Dritte Rechte daraus erlangt haben, eine konkursgerichtliche Weisung an den Masseverwalter ergehen, ist diese von ihm dennoch zu beachten⁵⁸⁴.

⁵⁷⁸ Riel in Konecny/Schubert, KO § 116 Rz 27; Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 Rz 32.

⁵⁷⁹ Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 Rz 32.

⁵⁸⁰ Dieses müsste bei Beschlüssen des Gläubigerausschusses ansonsten nach § 95 KO vorgehen; vgl ebenfalls Mohr, Insolvenzrecht 77; Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 Rz 31.

⁵⁸¹ Mohr, Insolvenzrecht 77; Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 Rz 41; Riel, Befugnisse 49 mwN; Shamiyeh, Haftung 40, 188f.

⁵⁸² Vgl Mohr, Insolvenzrecht 77.

⁵⁸³ Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 Rz 35.

⁵⁸⁴ Mohr, Insolvenzrecht 77; Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ IV § 116 Rz 37.

6.4.5. Beschlussfassung des Gläubigerausschusses

6.4.5.1. Bestimmung der günstigsten Art der Verwertung gemäß § 114a Abs 4 KO

6.4.5.1.1. Allgemeines

Gemäß § 114a Abs 4 KO hat der Gläubigerausschuss – falls ein Unternehmen bzw einzelne Unternehmensbereiche nicht fortgeführt werden können – auf Vorschlag des Masseverwalters und mit Genehmigung des Konkursgerichts die für die Beteiligten günstigste Art der Verwertung des Unternehmens oder einzelner Unternehmensbereiche zu bestimmen. Dabei ist vor allem abzuschätzen, inwieweit statt der Abwicklung des Vermögens eine andere Art der Verwertung, insbesondere die Gesamtveräußerung des Unternehmens oder einzelner Unternehmensbereiche, vorteilhafter ist. Unterstützt durch begleitende Rechtsnormen, die vorwiegend die Haftung der Käufer von im Konkurs befindlichen Unternehmen ausschließen⁵⁸⁵, soll diese Regelung klarstellen, dass die Konkursordnung bei Unmöglichkeit eines Zwangsausgleichs anstelle der Zerschlagung und Liquidierung eines Unternehmens dessen Gesamtveräußerung (sog „übertragende Sanierung“) vorsieht⁵⁸⁶. Das Unternehmen soll demnach „vornehmlich als Ganzes durch Übertragung auf einen Dritten veräußert“ werden⁵⁸⁷, weil die Gesamtveräußerung durch Realisierung des „Gefüge- beziehungsweise Organisationswertes“⁵⁸⁸ in der Mehrzahl der Fälle für die Gläubiger günstiger ist als deren Befriedigung nach einer Einzelverwertung des gemeinschuldnerischen Unternehmens⁵⁸⁹.

⁵⁸⁵ Vgl insbesondere § 1409a ABGB, § 38 Abs 5 UGB, § 14 Abs 2 BAO, § 67 Abs 5 ASVG.

⁵⁸⁶ Riel, ZIK 2002/259, 188; vgl ErläutRV zum IRÄG 1982, 3 BlgNR 15. GP 57; Lovrek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ IV § 114a Rz 103; Lentsch, Unternehmensfortführung 13f; Riel in Konecny/Schubert, KO § 114a Rz 77; Nadler, Unternehmensverkauf 77; vgl weiters OLG Wien 03.12.1997, 28 R 74/97a = ZIK 1998, 206; vgl auch Riel/Waidhofer, ecolex 1997, 740.

⁵⁸⁷ ErläutRV zum IRÄG 1997, 734 BlgNR 20. GP 47.

⁵⁸⁸ Nadler, Unternehmensverkauf 69.

⁵⁸⁹ Baumgartner, Unternehmensschließung 59.

Neben der Präferenz für eine Gesamtveräußerung stellt die Konkursordnung keine zusätzlichen Schranken auf. Neben den Möglichkeiten der Versteigerung bzw. Freihandveräußerung kommt somit die Einbringung von Teilbetrieben in eine Tochtergesellschaft⁵⁹⁰ sowie auch die „Zwischenschaltung“ von Verwertungsgesellschaften und sog. „Masseverwalterauffanggesellschaften“⁵⁹¹ in Betracht⁵⁹². Hingegen stellt eine Ausscheidung nach § 119 Abs 5 KO keine „Verwertung“ iSd § 114a Abs 4 KO dar⁵⁹³.

War das Unternehmen bereits vor Konkurseröffnung geschlossen, ist § 114a Abs 4 KO jedenfalls nicht anwendbar⁵⁹⁴.

6.4.5.1.2. Zeitpunkt der Beschlussfassung

Während Einigkeit darüber besteht, dass der Gläubigerausschuss vom Masseverwalter obligatorisch *nach* erfolgter Unternehmensschließung zu befassen ist⁵⁹⁵, bestehen unterschiedliche Auffassungen bezüglich einer allfälligen Verpflichtung des Masseverwalters zur Befassung des Gläubigerausschusses gemäß § 114a Abs 4 KO bereits *vor* diesem Zeitpunkt.

So geht *Riel* etwa davon aus, dass § 114a Abs 4 KO nicht erst bei Vorliegen eines Schließungsgrunds iSd § 115 Abs 1 bzw. Abs 4 KO erfüllt wäre, sondern aufgrund der systematischen Stellung dieser Bestimmung der Schluss gezogen werden müsse, dass die günstigste Art der Verwertung bereits dann zu bestimmen sei, „wenn der Gemeinschuldner den durch das ‚Verfahrensgebäude‘ des IRÄG 1997 vorgezeichneten Weg zum Zwangsausgleich verlässt“, weil in diesem Fall eine andere Lösung gefunden werden müsse bzw. das Unternehmen – auch bei Mangel der

⁵⁹⁰ *Nadler*, Unternehmensverkauf 76; *Chalupsky* in *Feldbauer/Stiegler*, Krisenmanagement 269ff; *Stiegler* in *Seicht*, Jahrbuch 98, 395ff.

⁵⁹¹ *Chalupsky* in *Feldbauer/Stiegler*, Krisenmanagement 313ff.

⁵⁹² *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 114a Rz 80.

⁵⁹³ OGH 27.03.1997, 8 Ob 17/97a = SZ 70/58 = RdW 1998, 19 = ZIK 1998, 67.

⁵⁹⁴ OLG Wien 28.03.2002, 28 R 24/02h = ZIK 2002/137, 97; *Feil*, KO⁵ § 114a Rz 12.

⁵⁹⁵ *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 114a Rz 73; *Lovrek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 114a Rz 96.

Vorraussetzungen zur Schließung nach § 115 Abs 1 oder Abs 4 KO - zu verwerten sei⁵⁹⁶. Andernfalls wäre die vom Gesetzgeber – abgesehen vom Zwangsausgleich – eingeräumte Präferenz der Gesamtveräußerung nicht mehr möglich, da diese in der Regel eine Fortführung des Unternehmens bis zur Übergabe voraussetzen würde⁵⁹⁷. *Lovrek* hingegen geht davon aus, dass das Verfahren des § 114a Abs 4 KO lediglich *nach* bereits erfolgter Unternehmensschließung zur Anwendung gelangt. Der Ansicht von *Riel* stellt *Lovrek* entgegen, dass dessen Auslegung angesichts der obligatorischen Befassung des Gläubigerausschusses nach § 114a Abs 4 KO zu einer Verkomplizierung und Verursachung von Verfahrensverzögerungen führen würde⁵⁹⁸. Eine verpflichtende Klärung der Frage der günstigsten Verwertungsart bereits *vor* Schließung des Unternehmens noch in der Prüfphase vor der Berichtstagsatzung würde nämlich bedeuten, dass der Masseverwalter eine Schließung erst nach dieser Beschlussfassung des Gläubigerausschusses (und des Konkursgerichts) erreichen könnte, auch wenn es im Sinne des § 114a Abs 1 KO offenkundig wäre, dass eine weitere Unternehmensfortführung einen Ausfall für die Konkursgläubiger brächte⁵⁹⁹. Diese Vorgehensweise würde jedoch eine erhebliche Verzögerung mit sich bringen, da der Masseverwalter zusätzliche Informationen zur Möglichkeit einer Unternehmensveräußerung einholen und dem Gläubigerausschuss präsentieren müsste⁶⁰⁰. Aus diesem Grund sei § 114a Abs 4 KO auf jene Fälle zu beschränken, in denen bereits aufgrund eines Schließungsbeschlusses des Konkursgerichts klar ist, dass das gemeinschuldnerische Unternehmen nicht fortgeführt wird, wobei *Lovrek* hier betont, dass durch die tatsächliche Schließung bzw durch den Schließungsbeschluss die betriebliche Leistungsbereitschaft (noch) nicht beendet sein muss und somit die Veräußerung eines „lebenden“ Unternehmens nach wie vor möglich wäre⁶⁰¹.

Grundsätzlich ist hier mE eine Art „Mittelweg“ zwischen diesen beiden Ansichten zu bevorzugen: Der Argumentation von *Riel* ist einerseits zu folgen,

⁵⁹⁶ *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 114a Rz 73.

⁵⁹⁷ *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 114a Rz 73.

⁵⁹⁸ *Lovrek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 114a Rz 98.

⁵⁹⁹ *Lovrek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 114a Rz 98.

⁶⁰⁰ *Lovrek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 114a Rz 98.

⁶⁰¹ *Lovrek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 114a Rz 98; *Mohr*, Insolvenzrecht 50.

wenn man die systematische Stellung von § 114a Abs 4 KO betrachtet, der sich noch *vor* der Regelung über das Schließungsverfahren bezüglich Unternehmen bzw Unternehmensbereichen befindet und folglich auf eine Pflicht zur Befassung des Gläubigerausschusses hindeutet, noch bevor etwaige Schließungsgründe nach § 115 Abs 1 bzw Abs 4 KO erfüllt wären⁶⁰². Zusätzlich ist auch der Gesetzeswortlaut in dieser Hinsicht zu beachten, der lediglich von einer Beschlussfassung in Fällen spricht, in denen „ein Unternehmen oder einzelne Unternehmensbereiche nicht fortgeführt werden“ können, jedoch nicht das Vorliegen von Schließungsgründen iSd § 115 KO voraussetzt bzw keinen formalen Schließungsbeschluss verlangt. Andererseits kann – wie *Konecny* klarstellt – durchaus auch *nach* einem formalen Schließungsbeschluss des Konkursgerichts die betriebliche Leistungsbereitschaft (noch) nicht beendet sein, womit die Veräußerung eines „lebenden“ Unternehmens nach wie vor möglich wäre⁶⁰³. Dies hätte zur Folge, dass die Bestimmung der günstigsten Art der Verwertung durch den Gläubigerausschuss erst nach erfolgtem Schließungsbeschluss bei Erhaltung der betrieblichen Arbeitsfähigkeit keinen negativen Einfluss auf eine potentielle Gesamtveräußerung des Unternehmens nehmen würde. Somit muss zwischen der Schließung eines Unternehmens bei grundsätzlicher Aufrechterhaltung der Leistungsbereitschaft (zumindest für einen kurzen Zeitraum) und der Schließung eines Unternehmens, welches der Masseverwalter prognostiziert am Gesamtergebnis des Konkursverfahrens⁶⁰⁴, dh nach einer Gegenüberstellung der Quote bei Stilllegung und Liquidation mit jener bei Fortführung des Unternehmens⁶⁰⁵, als nicht fortführungstauglich beurteilt hat, unterschieden werden. Während der Masseverwalter im ersten Fall somit ein „lebendes Unternehmen“ veräußern kann und es im Hinblick auf den Veräußerungserlös lediglich eine untergeordnete Rolle spielt, ob der Gläubigerausschuss über eine Gesamtveräußerung vor oder nach formeller Schließung des Unternehmens zu entscheiden hat, ist im letzteren Fall durch

⁶⁰² *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 114a Rz 73.

⁶⁰³ *Konecny*, ZIK 1998, 73; vgl ebenfalls *Lovrek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 114a Rz 98; *Mohr*, Insolvenzrecht 50.

⁶⁰⁴ *Nadler*, Unternehmensverkauf 68.

⁶⁰⁵ *Nadler*, Unternehmensverkauf 68; *Rothner*, ZIK 1997, 194; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO §§ 81, 81a Rz 4; *Feil*, KO⁵ § 114a Rz 7; *Kosch*, Betriebsfortführung 11ff; *Chalupsky/Ennöckl*, Unternehmensfortführung 41; *Chalupsky/Ennöckl/Holzapfel*, Handbuch 235f; *Feldbauer-Durstmüller* in *Seicht*, Gläubigerschutz 261.

stetigen Rückgang des „Gefüge- bzw Organisationswertes“⁶⁰⁶ ein rasches Vorgehen durch den Masseverwalter vorteilhaft. Hier bietet sich die von *Lovrek* vorgeschlagene gleichzeitige Darstellung der günstigsten Art der Verwertung mit einem allfälligen Schließungsantrag durch den Masseverwalter an, wobei der Gläubigerausschuss unter der Bedingung der nachfolgenden Schließung einen entsprechenden Beschluss über die Verwertung bereits vor dem endgültigen Schließungsbeschluss fassen könnte⁶⁰⁷.

6.4.5.1.3. Verfahren

Das Vorschlagsrecht – und somit die Initiative – zur Entscheidung über die günstigste Art der Verwertung liegt dem Wortlaut des § 114a Abs 4 KO folgend beim Masseverwalter, der den Gläubigerausschuss umfangreich über die verschiedenen in Betracht kommenden Möglichkeiten im Rahmen des konkreten Konkursverfahrens zu informieren und anschließend auf die aus seiner Sicht attraktivste Variante hinzuweisen hat⁶⁰⁸. Der Gemeinschuldner ist vor der Beschlussfassung anzuhören⁶⁰⁹, hat aber im Unterschied zu § 117 iVm § 89 Abs 3 KO kein Teilnahmerecht an der Ausschusssitzung⁶¹⁰. Nach der – autonomen – Beschlussfassung des Gläubigerausschusses teilt der Masseverwalter deren Ergebnis dem Konkursgericht gemäß § 95 Abs 1 KO mit, welches endgültig über die Verwertungsart entscheidet und den Beschluss des Gläubigerausschusses genehmigen, aufheben bzw durch eine andere Verfügung ersetzen kann⁶¹¹, wobei hier die achttägige Frist des § 95 Abs 2 KO nicht zur Anwendung gelangt⁶¹². Sollte kein Gläubigerausschuss bestellt sein, entscheidet das Konkursgericht auf Vorschlag des Masseverwalters gemäß § 90 KO.

⁶⁰⁶ *Nadler*, Unternehmensverkauf 69.

⁶⁰⁷ *Lovrek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 114a Rz 99.

⁶⁰⁸ Vgl *Lovrek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 114a Rz 102; *Lentsch*, Unternehmensfortführung 98; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 114a Rz 83.

⁶⁰⁹ OLG Wien 03.12.1997, 28 R 74/97a = ZIK 1998, 206.

⁶¹⁰ *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 114a Rz 83.

⁶¹¹ *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 114a Rz 83; *Lovrek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 114a Rz 102.

⁶¹² Ebenso *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 114a Rz 83; vgl ebenfalls ErläutRV zur InsNov 2002, 988 BlgNR 21. GP 26.

Im Gegensatz zu § 117 iVm § 83 KO hat § 114a Abs 4 KO keine Außenwirksamkeit, sondern ist lediglich für allfällige Haftungsfolgen im Innenverhältnis bedeutsam⁶¹³.

6.4.5.1.4. Systemwidrigkeit

Die Zuständigkeit des Gläubigerausschusses erscheint – wie die hM zutreffend ausführt⁶¹⁴ – systemwidrig. *Riel* begründet dies mit der Entstehungsgeschichte der Konkursordnung: Vor dem IRÄG 1982 war der Gläubigerausschuss noch sowohl für die Entscheidung über die Unternehmensfortführung bzw –schließung als auch über die Verwertung entscheidungsberechtigt⁶¹⁵. Die erstere Zuständigkeit wurde jedoch in weiterer Folge durch das IRÄG 1982 auf das Konkursgericht (bzw damals noch den Konkurskommissär) übertragen (und dem Gläubigerausschuss lediglich ein Äußerungsrecht zuerkannt), die ursprüngliche Zuständigkeit des Gläubigerausschusses hinsichtlich der Verwertung des Unternehmens hingegen bewusst beibehalten⁶¹⁶. Vergleicht man § 114a Abs 4 KO mit § 117 KO, der dem Gläubigerausschuss lediglich eine Genehmigungsbefugnis einräumt, so ist die Formulierung, dass der Gläubigerausschuss die günstigste Art der Verwertung *bestimmen* soll (also primär entscheidungsbefugt ist), ebenfalls problematisch⁶¹⁷. Aus diesem Grund sollte § 114a Abs 4 KO mE dahingehend adaptiert werden, als der Gesetzgeber das „Bestimmungsrecht“ des Gläubigerausschuss auf ein (bloßes) Äußerungsrecht reduzieren und die Befugnis über die Entscheidung bezüglich der günstigsten Art der Verwertung dem Konkursgericht übertragen sollte, da dieses letztendlich - wie allgemein bei Beschlüssen des Gläubigerausschusses üblich – ohnehin das letzte Wort

⁶¹³ *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 114a Rz 82; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.4/21.

⁶¹⁴ *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 114a Rz 82; *Riel*, AnwBl 1997, 897 FN 58; diesem folgend *Lentsch*, Unternehmensfortführung 97; *Lovrek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 114a Rz 98.

⁶¹⁵ Vgl § 115 KO idF vor dem IRÄG 1982.

⁶¹⁶ ErläutRV zum IRÄG 1982, 3 BlgNR 15. GP 57.

⁶¹⁷ Vgl *Lentsch*, Unternehmensfortführung 98.

hat. Damit würde eine klare Abgrenzung geschaffen werden, mit der die Entscheidung über die Unternehmensfortführung bzw –schließung und die gleichzeitige Bestimmung der günstigsten Art der Verwertung bei allfälliger Schließung dem Konkursgericht obliegt, welches – versorgt durch unternehmensbezogene Informationen durch den Masseverwalter und nach Vernehmung des Gläubigerausschusses – dadurch in die Lage versetzt wird, rasch die passende Lösung zu finden.

6.4.5.1.5. Abgrenzung zu § 117 KO

Falls ein Gläubigerausschuss bereits bestellt sein sollte, geht § 114a Abs 4 KO über die günstigste Art der Verwertung dem § 117 KO, wo ein konkretes Geschäft genehmigt werden soll, zeitlich voraus. Der Anwendungsbereich der ersteren Bestimmung ist jedoch auf die Verwertung von Unternehmen bzw Unternehmensbereichen beschränkt und somit enger als der des § 117 KO, da Anlage- und Umlaufvermögen nicht erfasst sind⁶¹⁸. Hingegen ist § 114a Abs 4 nicht nur für die Genehmigung der konkreten Verwertung bedeutsam, sondern stellt eine für den weiteren Verfahrensverlauf bedeutsame „Richtungsentscheidung“⁶¹⁹ dar, wie nach Scheitern einer Unternehmensfortführung vorgegangen werden soll. Es wird lediglich beschlossen, ob das Unternehmen bzw Teile des Unternehmens veräußert oder zerschlagen werden sollen. Jedoch schadet es „wegen der weitgehenden Übereinstimmung bei der Kompetenzverteilung“ auch nicht, wenn kein formeller Beschluss nach § 114a Abs 4 KO gefasst wird, sondern nur die Veräußerung eines Unternehmens nach § 117 Abs 1 Z 1 KO genehmigt wird⁶²⁰.

In der Praxis werden die Fragen über die günstigste Art der Verwertung und über die Genehmigung von konkreten Verwertungshandlungen oft gemeinsam behandelt⁶²¹.

⁶¹⁸ Riel in Konecny/Schubert, KO § 114a Rz 74.

⁶¹⁹ Riel in Konecny/Schubert, KO § 114a Rz 74.

⁶²⁰ Riel in Konecny/Schubert, KO § 114a Rz 83; vgl jedoch zur Systemwidrigkeit Punkt 6.4.5.1.4.

⁶²¹ Riel in Konecny/Schubert, KO § 114a Rz 74.

6.4.5.2. Ausscheidung nach § 119 Abs 5 KO

6.4.5.2.1. Allgemeines

Der Gläubigerausschuss kann gemäß § 119 Abs 5 KO – seit Art I Z 9 lit b IVEG⁶²² auch wieder im Konkurs von juristischen Personen⁶²³ – mit Genehmigung des Konkursgerichts beschließen, dass von der Veräußerung von Forderungen, deren Eintreibung keinen ausreichenden Erfolg verspricht, und von der Veräußerung von Sachen unbedeutenden Wertes abzusehen sei und dass diese Forderungen und Sachen dem Gemeinschuldner zur freien Verfügung überlassen werden. Ausgehend von der Überlegung, dass (auch) eine gerichtliche Veräußerung ohne zusätzlichen Erlös für die Masse unzweckmäßig sei⁶²⁴, soll durch die Möglichkeit der Ausscheidung dem Konkurszweck der bestmöglichen gemeinschaftlichen Haftungsverwirklichung unmittelbar entsprochen werden⁶²⁵. Deshalb ist es für die Beurteilung einer allfälligen Ausscheidung auch nicht bedeutsam, ob der ausgeschiedene Vermögenswert für den Gemeinschuldner weiterhin von Nutzen ist⁶²⁶.

Zum einen soll mit dieser Bestimmung erreicht werden, dass der Masseverwalter jene Vermögensgegenstände aus der Konkursmasse ausscheiden kann, „deren Verwertung [...] beim Vergleich des Aufwandes mit dem Erfolg für die Masse offenkundig unwirtschaftlich erscheint, weil kein oder doch kein nennenswerter Ertrag zu erwarten ist“⁶²⁷, bzw die Konkursmasse „von überflüssigem Ballast“ befreien kann⁶²⁸. Zum anderen kann durch eine

⁶²² BGBl I 1999/73.

⁶²³ Vgl ErläutRV zum IVEG, 1589 BlgNR 20. GP 17; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 119 Rz 38 mwN; *Riel*, ZIK 1999, 117; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ IV § 119 Rz 139.

⁶²⁴ *Denkschrift* 105.

⁶²⁵ *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ IV § 119 Rz 140; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 119 Rz 35; *Nunner*, Freigabe 18.

⁶²⁶ *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 119 Rz 37; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ IV § 119 Rz 146; aA OLG Innsbruck 24.06.1991, 1 R 171/91 zit nach *Mohr*, KO¹⁰ § 119 E 128.

⁶²⁷ OGH 14.12.1982, 5 Ob 304/82 = SZ 55/188; vgl auch OGH 12.11.1998, 8 Ob 272/98b = ZIK 1999, 167 = NZ 2000, 146: „Konkursmasse nicht mit den Kosten der Verfolgung und Einbringlichmachung einer zweifelhaften Forderung [...] belasten“.

⁶²⁸ OLG Wien 13.05.2004, 28 R 420/03w, 28 R 421/03t = ZIK 2005/68, 73.

zielgerichtete Ausscheidung zusätzlich die Abwicklung des Konkursverfahrens beschleunigt werden⁶²⁹.

Obwohl der Gemeinschuldner nach hM grundsätzlich keinen Rechtsanspruch auf Ausscheidung hat⁶³⁰, sind die Konkursorgane generell dennoch zur Schonung der Rechtsposition des Gemeinschuldners verpflichtet, woraus sich zutreffenderweise unter Umständen die Verpflichtung zur Ausscheidung uneinbringlicher Forderungen vor deren Verjährung ableiten lässt⁶³¹.

Neben der in § 119 Abs 5 KO enthaltenen Möglichkeit der Ausscheidung von konkursunterworfenem Vermögen aus der Konkursmasse gibt es zusätzliche Bestimmungen, die ebenfalls eine Ausscheidung von Vermögenswerten vorsehen, weil diese entweder für die Erreichung des Konkurszwecks ungeeignet sind (§ 4 Abs 2, § 8, § 138 Abs 3 KO) oder soziale Hintergründe haben⁶³².

6.4.5.2.2. Anwendungsbereich des § 119 Abs 5 KO

Im Anwendungsbereich des § 119 Abs 5 KO ist der weite Sachbegriff des § 285 ABGB maßgeblich⁶³³. Aus diesem Grund sind – von einer frühen gegenteiligen Entscheidung des OLG Wien⁶³⁴ und einer Mindermeinung⁶³⁵ abgesehen – nach hM auch Bestandrechte⁶³⁶ (siehe jedoch im Hinblick auf

⁶²⁹ Riel in Konecny/Schubert, KO § 119 Rz 35; Feil, KO⁵ § 119 Rz 7; OGH 12.11.1998, 8 Ob 272/98b = ZIK 1999, 167 = NZ 2000, 146.

⁶³⁰ Vgl OLG Innsbruck 12.12.1994, 1 R 336/94 = ZIK 1995, 120; Nunner, Freigabe 190; Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ IV § 119 Rz 144; Riel in Konecny/Schubert, KO § 119 Rz 37.

⁶³¹ Riel in Konecny/Schubert, KO § 119 Rz 37; Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ IV § 119 Rz 144.

⁶³² Vgl zu dieser Abgrenzung eingehend Nunner, Freigabe 1, 5ff mwN; ebenfalls Riel in Konecny/Schubert, KO § 119 Rz 36 mwN; Feil, KO⁵ § 119 Rz 13; Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ IV § 119 Rz 139 mwN; siehe zu § 5 KO unter Punkt 6.4.5.3.

⁶³³ Nunner, Freigabe 21 mwN; Riel in Konecny/Schubert, KO § 119 Rz 42; Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ IV § 119 Rz 145; vgl hinsichtlich Sachverbindungen Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ IV § 119 Rz 146.

⁶³⁴ OLG Wien 31.03.1992, 6 R 49/92 zit nach Mohr, KO¹⁰ § 119 E 125.

⁶³⁵ Reckenzaun in Petsch/Reckenzaun/Berti/Isola, Praxishandbuch², 598.

⁶³⁶ Nunner, Freigabe 43f mwN; Feil, KO⁵ § 119 Rz 13; Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ IV § 119 Rz 145, 159ff; Kodek, Privatkonkurs, Rz 213; vgl ebenfalls Riel,

den Gemeinschuldner als *lex specialis* § 5 Abs 4 KO) sowie Gesellschaftsanteile⁶³⁷ einer Ausscheidung zugänglich. Nicht unter § 119 Abs 5 KO fällt hingegen eine Klagsrückziehung⁶³⁸.

Die auszuscheidenden Vermögensgegenstände sind detailliert zu beschreiben, um Probleme bei der Abgrenzung zwischen dem konkursfreien und dem konkursunterworfenen Vermögen zu vermeiden⁶³⁹.

Einige Autoren vertreten die Ansicht, dass unter dem Begriff der „Sachen unbedeutenden Wertes“ nicht auch gänzlich wertlose Sachen, also solche die „ihrer Natur nach“ in der vorhandenen Menge keinen Wert besitzen, zu verstehen sind⁶⁴⁰. Mittlerweile scheint es jedoch hM zu sein, dass auch derartige Sachen prinzipiell zum konkursunterworfenen Vermögen gezählt werden und daher (erst) gemäß § 119 Abs 5 KO ausgeschieden werden müssen⁶⁴¹. Dieser Ansicht ist zuzustimmen, da ansonsten – wie *Riel* zutreffend ausführt – die in gewissen Fällen schwierige Abgrenzungsfrage geklärt werden müsste, welche Sachen tatsächlich als „gänzlich wertlos“ einzustufen sind und welche lediglich im konkreten Fall für die Konkursmasse wertlos sind⁶⁴². Während *Riel* ein Vorgehen nach § 119 Abs 5 KO hier jedoch nur im Streitfall für notwendig hält, weil der Gemeinschuldner die Verfügungsbefugnis über seine wertlosen Sachen nach faktischem Zuwarten bis zur Konkursaufhebung ohnehin wiedererlangen würde⁶⁴³, erachtet *Kodek* dieses Vorgehen für unzulässig⁶⁴⁴. Bezogen auf die oben erwähnte Rechtssicherheit wäre hier mE ein formeller Ausscheidungsbeschluss sinnvoll und entspräche auch dem Zweck des § 119 Abs 5 KO.

WoBI 1995, 40 FN 3 mwN; OGH 31.08.1992, 8 Ob 10/92 = RdW 1993, 246 = MietSlg 44.906 = WoBI 1993/74; LGZ Wien 27.05.1980, 41 R 5/80 = MietSlg 32.867; LGZ Wien 22.09.1981, 41 R 524/81 = MietSlg 33.797; LGZ Wien 19.11.1985, 41 R 1007/85 = MietSlg 37.848.

⁶³⁷ OLG Wien 13.05.2004, 28 R 420/03w, 28 R 421/03t = ZIK 2005/68, 73.

⁶³⁸ OLG Wien 09.05.2005, 28 R 61/05d = ZIK 2005/256, 212.

⁶³⁹ *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 119 Rz 59; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 119 Rz 202; OLG Linz 30.08.1990, 2 R 149-166, 227-234/90 zit nach *Mohr*, KO¹⁰ § 119 E 118.

⁶⁴⁰ *Nunner*, Freigabe 21; vgl schon *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 221 mwN.

⁶⁴¹ *Riel*, Befugnisse 24 mwN; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 119 Rz 43; ebenso *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 119 Rz 147.

⁶⁴² Vgl *Berger/Riel*, RdW 1995, 90; *Riel*, Befugnisse 24 mwN; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 119 Rz 43; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 119 Rz 147.

⁶⁴³ *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 119 Rz 43.

⁶⁴⁴ *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 119 Rz 147.

Nach einer Prognose des Masseverwalters (idR nach Einholung eines Schätzgutachtens⁶⁴⁵) über die Aussichten einer Verwertung⁶⁴⁶, muss der Gläubigerausschuss mit Genehmigung des Konkursgerichts nach pflichtgemäßem Ermessen⁶⁴⁷ beurteilen, ob eine Sache von „unbedeutendem Wert“ ist oder die Eintreibung einer Forderung „keinen ausreichenden Erfolg verspricht“, wobei auch allfällige Verfahrensverzögerungen zu berücksichtigen sind⁶⁴⁸. Orientieren muss sich diese Beurteilung jedoch nicht objektiv am Wert einer Sache bzw Forderung, sondern am vom Masseverwalter im vorliegenden Konkurs angestrebten Verfahrensausgang, der zur bestmöglichen Befriedigung der Konkursgläubiger führen soll⁶⁴⁹. In jedem Fall dürfen jedoch die Anforderungen an diese Prognoseentscheidung nicht überfordert werden, wobei hier – wie *Kodek* dies zutreffend ausführt – „keine volle oder auch nur annähernde Gewissheit erforderlich ist.“⁶⁵⁰

Zu „Sachen unbedeutenden Wertes“, die im Rahmen des § 119 Abs 5 KO einer Ausscheidung aus der Konkursmasse zugänglich sind, können mitunter nach hA auch (offenkundig⁶⁵¹) pfandrechtsüberlastete Liegenschaften zählen, auch wenn der lastenfreie Wert nicht unbedeutend wäre⁶⁵². Jedoch ist gerade bei derartigen Liegenschaften eine voreilige

⁶⁴⁵ *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 119 Rz 44; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 119 Rz 149; vgl OLG Wien 30.07.1991, 6 R 157/90, 31/91, 46/91 zit nach *Mohr*, KO¹⁰ § 119 E 132, wo eine mehr als zwei Jahre zurückliegende, „bankinterne Schätzung“ nicht als ausreichend angesehen wurde, um den Wert einer Liegenschaft zu ermitteln.

⁶⁴⁶ Vgl OLG Innsbruck 24.06.1991, 1 R 171/91 zit nach *Mohr*, KO¹⁰ § 119 E 129; OGH 30.03.2006, 8 Ob 8/06v = ZIK 2006/225, 172; *Nunner*, Freigabe 24; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 119 Rz 44; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 119 Rz 149.

⁶⁴⁷ *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 538 Anm 26; *Nunner*, Freigabe 190; OLG Innsbruck 12.12.1994, 1 R 336/94 = ZIK 1995, 120; OLG Linz 28.12.1995, 2 R 278/95 = ZIK 1996, 175.

⁶⁴⁸ *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 119 Rz 149; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 119 Rz 44.

⁶⁴⁹ Vgl *Nunner*, Freigabe 19.

⁶⁵⁰ *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 119 Rz 149; vgl in diesem Zusammenhang *Nunner*, Freigabe 25, und *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 119 Rz 46 hinsichtlich dubioser Forderungen.

⁶⁵¹ *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 119 Rz 45; *Feil*, KO⁵ § 119 Rz 8; OLG Wien 28.05.1993, 6 R 30, 47, 48/93 zit nach *Mohr*, KO¹⁰ § 119 E 130.

⁶⁵² *Holzhammer*, Insolvenzrecht⁵, 12 sowie 153; eingehend *Nunner*, Freigabe 26ff mwN; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 119 Rz 150; *Reckenzaun* in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, Praxishandbuch², 596; OLG Wien 16.12.1935, 2 R 775/35 = EvBl 1936/115, I 39; OGH 14.12.1982, 5 Ob 304/82 = SZ 55/188; OGH 13.07.1988, 3 Ob 59/88 = SZ 61/172 = ÖBA 1989/133, 92 = WBl 1988, 440 = RdW 1988, 424; OLG Wien 30.12.1998, 28 R 88/98m = ZIK 1999, 102; eine abweichende Ansicht vertritt *Rechberger*, JBl

Ausscheidung zu vermeiden⁶⁵³. Der hA ist jedoch generell zuzustimmen, da bei richtiger Interpretation des § 119 Abs 5 KO lediglich darauf abzustellen ist, ob ein Erlös des auszuschheidenden Gegenstandes die Situation der Konkursgläubiger durch Erhöhung ihrer Quote verbessern kann. Eine an sich wertvolle Liegenschaft kann durch eine Überlastung mit Pfandrechten keinen Vorteil für die Konkursquote bewirken, wobei hier die Anforderungen an eine genaue Prüfung der Überbelastung hoch sein sollten⁶⁵⁴.

„Keinen ausreichenden Erfolg“ verspricht die Eintreibung einer Forderung dann, wenn etwa die Forderung selbst zweifelhaft ist⁶⁵⁵ (dies vor allem bei einer substantiierten Bestreitung der Forderung⁶⁵⁶), wenn die mit der Betreibung verbundenen Kosten⁶⁵⁷ oder Verfahrensverzögerungen unverhältnismäßig sind⁶⁵⁸ oder wenn die Einbringlichkeit beim Schuldner des Gemeinschuldners generell zweifelhaft ist⁶⁵⁹. Keiner Ausscheidung zugänglich sind unübertragbare⁶⁶⁰ Anfechtungsansprüche⁶⁶¹ und gegen die Konkursmasse geltend gemachte Ansprüche⁶⁶².

1973, 460, der eine solche Vorgangsweise zwar für zweckmäßig, vom Gesetz her aber nicht ohne weiteres begründbar hält, zumal § 119 Abs 5 KO nicht den Fall der überlasteten Liegenschaft vor Augen habe. Da sich der wahre Wert einer Liegenschaft erst nach der Befriedigung der Absonderungsgläubiger herausstelle, müssten überlastete Liegenschaften in der Masse verbleiben.

⁶⁵³ OGH 30.03.2006, 8 Ob 8/06v = ZIK 2006/225, 172.

⁶⁵⁴ Eingehend Kodek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ IV § 119 Rz 151ff; *Nunner*, Freigabe 30ff.

⁶⁵⁵ *Nunner*, Freigabe 25; OGH 28.08.1997, 8 Ob 161/97b = SZ 70/170 = EvBl 1998/16, 63 = JBI 1998, 189 = ZIK 1998, 60 = RZ 1998/32, 113.

⁶⁵⁶ *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 119 Rz 46.

⁶⁵⁷ Vgl OGH 27.07.1995, 1 Ob 18, 19/95 = SZ 68/133 = ZIK 1996, 64.

⁶⁵⁸ *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 119 Rz 46.

⁶⁵⁹ Kodek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ IV § 119 Rz 156; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 119 Rz 46; *Feil*, KO⁵ § 119 Rz 7; *Nunner*, Freigabe 24f; OGH 28.08.1997, 8 Ob 161/97b = SZ 70/170 = EvBl 1998/16, 63 = JBI 1998, 189 = ZIK 1998, 60 = RZ 1998/32, 113.

⁶⁶⁰ *Kozioł/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ I § 27 Rz 56.

⁶⁶¹ OLG Wien 02.10.1996, 28 R 128/96s zit nach *Mohr*, KO¹⁰ § 119 E 122, weil dies aus der Unveräußerlichkeit des Anfechtungsanspruchs folge.

⁶⁶² *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 119 Rz 46; Kodek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ IV § 119 Rz 157.

6.4.5.2.3. Verfahren

Beschlossen wird eine Ausscheidung nach § 119 Abs 5 KO vom primär zuständigen Gläubigerausschuss, dessen Entscheidung wiederum einer „Genehmigungspflicht“ durch das Konkursgericht unterworfen ist⁶⁶³.

Einen Antrag auf Ausscheidung von Vermögensgegenständen können nach hL und stRsp der Masseverwalter, der Gemeinschuldner und die Mitglieder des Gläubigerausschusses stellen⁶⁶⁴. Zwingend erforderlich ist eine derartige Antragstellung jedoch nicht, denn der Gläubigerausschuss kann auch „von sich aus“ einen Beschluss auf Ausscheidung fassen⁶⁶⁵. Einzelne Konkursgläubiger und Dritte, etwa Vertragspartner des Gemeinschuldners, können aufgrund des mangelnden Mitwirkungsrechts im Verwertungsverfahren ein Vorgehen nach § 119 Abs 5 KO lediglich anregen, haben aber keinen Erledigungsanspruch⁶⁶⁶. Auch „Anträge“ der Gläubigerversammlung auf Ausscheidung von Vermögenswerten sind als bloße Anregungen zu deuten, die weder den Masseverwalter noch das Konkursgericht binden würden⁶⁶⁷.

Der Beschluss des Gläubigerausschusses ist gemäß § 119 Abs 5 KO vom Konkursgericht zu genehmigen, wobei vor der Entscheidung auch der Gemeinschuldner zu vernehmen ist, weil hier vorrangig dem gemeinschuldnerischen Recht auf rechtliches Gehör bei der Verwertung anstelle einer Straffung des Verwertungsverfahrens entsprochen werden

⁶⁶³ Kodek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 119 Rz 206; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 119 Rz 60; *Nunner*, Freigabe 197; OLG Linz 28.12.1995, 2 R 278/95 = ZIK 1996, 175.

⁶⁶⁴ *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 119 Rz 59; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 119 Rz 202ff; *Reckenzaun* in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, Praxishandbuch², 597; *Nunner*, Freigabe 198f mwN; *Feil*, KO⁵ § 119 Rz 10; OGH 23.05.1996, 8 Ob 2085/96t = SZ 69/124 = JBI 1997, 120 = ZIK 1997, 186 = ecolex 1996, 673 = RdW 1996, 476; OLG Wien 30.12.1998, 28 R 88/98m = ZIK 1999, 102.

⁶⁶⁵ *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 119 Rz 204; *Nunner*, Freigabe 199; OGH 23.05.1996, 8 Ob 2085/96t = SZ 69/124 = JBI 1997, 120 = ZIK 1997, 186 = ecolex 1996, 673 = RdW 1996, 476.

⁶⁶⁶ *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 119 Rz 205; *Reckenzaun* in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, Praxishandbuch², 597; *Nunner*, Freigabe 199; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 119 Rz 59; OGH 23.05.1996, 8 Ob 2085/96t = SZ 69/124 = JBI 1997, 120 = ZIK 1997, 186 = ecolex 1996, 673 = RdW 1996, 476.

⁶⁶⁷ OLG Wien 30.12.1998, 28 R 88/98m = ZIK 1999, 102.

soll⁶⁶⁸. Dies trifft auch auf den Masseverwalter als das für die Durchführung der Verwaltung und Verwertung zuständige Organ zu, wenn er sich zur Ausscheidung bisher nicht geäußert hat⁶⁶⁹.

Nach richtiger Ansicht kommt – entgegen § 90 KO – die primäre Entscheidungsbefugnis bei Fehlen eines Gläubigerausschusses nicht dem Konkursgericht, sondern – genehmigungspflichtig⁶⁷⁰ – dem Masseverwalter zu⁶⁷¹. Wie *Nunner* überzeugend ausführt, dürfe in diesem Fall das Konkursgericht nicht als „Doppelorgan“ tätig werden und die Freigabe von Massegegenständen ohne Antrag beschließen, weil § 90 KO lediglich jene Fälle erfasse, in denen dem Gläubigerausschuss Genehmigungs- bzw. Aufsichtskompetenzen zukommen, nicht jedoch § 119 Abs 5 KO, wo der Gläubigerausschuss Primärkompetenz habe⁶⁷². Die Bestimmung des § 119 Abs 5 KO betrifft – wie schon aus seiner Stellung im Rahmen des § 119 KO generell hervorgeht – Verwertungsfragen. Die allgemeine Kompetenzverteilung sieht jedoch für Verwertungsfragen grundsätzlich die Zuständigkeit des Masseverwalters vor. Er verfügt – schon durch seinen persönlichen Kontakt mit dem Gemeinschuldner sowie das Vorliegen der nötigen Unterlagen – über einen ausreichenden Informationsstand betreffend die Ausscheidung von Vermögenswerten, sodass er von allen Konkursorganen am besten und schnellsten beurteilen kann, ob eine derartige Ausscheidung stattfinden sollte. Aus der Systematik der Positionierung des Ausscheidungstatbestandes sowie aus der damit verbundenen allgemeinen Aussagekraft hinsichtlich der Kompetenzverteilung wie auch aufgrund seines Informationsstandes ist für die Ausscheidung gemäß § 119 Abs 5 KO mE

⁶⁶⁸ *Nunner*, Freigabe 200; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 119 Rz 61; vgl ebenfalls OGH 26.05.1994, 8 Ob 7, 8/94 = SZ 67/98 = JBI 1995, 384 = RdW 1995, 100 = ZIK 1995, 30; aA OLG Wien 29.04.1997, 28 R 226/96b zit nach *Mohr*, KO¹⁰ § 119 E 149, wonach eine Anhörung des Gemeinschuldners in § 119 Abs 5 KO nicht vorgesehen ist, weil durch die Neuerungserlaubnis des § 176 Abs 2 KO das rechtliche Gehör ausreichend gewahrt sei.

⁶⁶⁹ *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 119 Rz 61; *Nunner*, Freigabe 200; OGH 28.01.1999, 8 Ob 332/98a, 8 Ob 333/98y = EvBl 1999/109, 473 = ZIK 1999, 62 = WoBl 1999, 246.

⁶⁷⁰ Vgl OLG Wien 30.12.1998, 28 R 88/98m = ZIK 1999, 102.

⁶⁷¹ *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 119 Rz 209; *Nunner*, Freigabe 211f mwN; *Bartsch* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 29 Anm 36; *Rechberger*, JBI 1973, 458; OGH 28.01.1999, 8 Ob 332/98a, 8 Ob 333/98y = EvBl 1999/109, 473 = ZIK 1999, 62 = WoBl 1999, 246; OLG Wien 30.12.1998, 28 R 88/98m = ZIK 1999, 102; vgl auch § 32 Abs 3 Satz 1 InsO und die Rechtslage in Deutschland, wo die „Freigabe“ von vornherein in den Zuständigkeitsbereich des (wirtschaftlich selbständigen) Masseverwalters fällt: *Holzer* in *Kübler/Prütting*, InsO, Band I § 32 Rz 26f mwN sowie § 35 Rz 21ff mwN.

⁶⁷² *Nunner*, Freigabe 211.

deshalb bei Mangel eines Gläubigerausschusses der Masseverwalter primär zuständig.

Letztlich führt jedoch auch die von einem Teil der Lehre und Rechtsprechung vertretene Gegenansicht, dass § 90 Satz 1 KO in solchen Fällen anwendbar sei⁶⁷³, zum selben Ergebnis, denn das Konkursgericht ist im Grunde auch bei ersterer Ansicht aufgrund der Genehmigungspflicht „letzte Instanz“⁶⁷⁴. Dem ist auch der OGH in seiner bislang – soweit überblickbar – letzten Entscheidung, die diesen Problembereich tangierte, gefolgt und hat ausgeführt, dass diese Frage in Österreich strittig sei, jedoch auf die Lösung dieses Problems nicht näher eingegangen werden müsste, weil der Masseverwalter – wollte man von dessen Primärzuständigkeit ausgehen – ohnehin der Genehmigung des Konkursgerichts bedürfe⁶⁷⁵. Somit ist die Unterscheidung der Primärzuständigkeit praktisch – wenn auch nicht wissenschaftlich – irrelevant, weil letztendlich das Konkursgericht in beiden Fällen als „letztes Konkursorgan“ endgültig über die Ausscheidung entscheidet. Dieses kann demnach gemäß § 95 Abs 3 KO in dringenden Fällen einen vom Gläubigerausschuss abgelehnten Ausscheidungsantrag dennoch genehmigen⁶⁷⁶.

Gegen den Beschluss des Gläubigerausschusses nach § 119 Abs 5 KO ist kein Rechtsmittel zulässig, da keine gerichtliche Entscheidung vorliegt⁶⁷⁷. Hingegen kann der Beschluss des Konkursgerichts, mit dem der Ausscheidungsbeschluss genehmigt wird oder nicht, angefochten werden. Rekurslegitimiert sind der Masseverwalter⁶⁷⁸, der Gemeinschuldner⁶⁷⁹ sowie

⁶⁷³ Riel in Konecny/Schubert, KO § 119 Rz 60; Feil, KO⁵ § 119 Rz 10; OGH 23.05.1996, 8 Ob 2085/96t = SZ 69/124 = JBI 1997, 120 = ZIK 1997, 186 = ecolex 1996, 673 = RdW 1996, 476; Reckenzaun in Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola, Praxishandbuch², 597; Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzrecht 439 (Konkurskommissär).

⁶⁷⁴ Vgl Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ IV § 119 Rz 209.

⁶⁷⁵ OGH 17.03.2005, 8 Ob 135/04t = ZIK 2005/106, 103 = RdW 2005/565, 490.

⁶⁷⁶ Mohr, Insolvenzrecht 79; Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ IV § 119 Rz 212; Nunner, Freigabe 203; Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ IV § 119 Rz 213; Riel in Konecny/Schubert, KO § 119 Rz 61.

⁶⁷⁷ Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ IV § 119 Rz 215; Riel in Konecny/Schubert, KO § 119 Rz 60.

⁶⁷⁸ Kodek in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ IV § 119 Rz 215; Nunner, Freigabe 205; Riel in Konecny/Schubert, KO § 119 Rz 62; OGH 29.08.1996, 8 Ob 5/96 = ZIK 1997, 147 = RdW 1996, 530; OGH 23.05.1996, 8 Ob 2085/96t = SZ 69/124 = JBI 1997, 120 = ZIK 1997, 186 = ecolex 1996, 673 = RdW 1996, 476; OGH 28.01.1999, 8 Ob 332/98a, 8 Ob 333/98y = EvBl 1999/109, 473 = ZIK 1999, 62 = WoBl 1999/127, 246; aA im Hinblick auf eine

einzelne Gläubigerausschussmitglieder⁶⁸⁰. *Riel* und *Reckenzaun* wollen die Rekurslegitimation lediglich jenen Mitgliedern zugestehen, die gegen den Beschluss gestimmt haben⁶⁸¹. Wie *Kodek* und *Nunner* jedoch zutreffend ausführen ist hier analog zum Masseverwalter wegen des Grundsatzes der materiellen Beschwer jedes einzelne Mitglied des Gläubigerausschusses rekurslegitimiert⁶⁸².

Nach nunmehr einhelliger Rsp und hL haben hingegen Konkursgläubiger – auch in jenen Fällen, in denen kein Gläubigerausschuss bestellt ist – hinsichtlich der Entscheidung des Konkursgerichts kein Rekursrecht⁶⁸³. Auch der Gläubigerausschuss als Kollegialorgan sowie wirtschaftlich betroffene Vertragspartner der Konkursmasse oder des Gemeinschuldners können gegen den Beschluss des Konkursgerichts keinen Rekurs erheben⁶⁸⁴. Gemäß § 171 KO iVm § 524 ZPO hat der Rekurs gegen den Entscheidung des Konkursgerichts keine aufschiebende Wirkung.

6.4.5.2.4. Wirkung der Ausscheidung

Die Ausscheidung eines Vermögenswertes bedeutet dessen Überlassung „zur freien Verfügung“ des Gemeinschuldners und ist mit den Wirkungen der Konkursaufhebung nach § 59 KO vergleichbar, weshalb das betroffene Vermögen konkursfrei wird und in die unbeschränkte

Genehmigung der vom Masseverwalter beantragten Ausscheidung
Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzzrecht 439.

⁶⁷⁹ *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ IV § 119 Rz 215; *Nunner*, Freigabe 207; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 119 Rz 62; OGH 16.09.1993, 8 Ob 15/93 = ecolex 1994, 818; OGH 26.05.1994, 8 Ob 7, 8/94 = SZ 67/98 = JBI 1995, 384 = RdW 1995, 100 = ZIK 1995, 30; OGH 24.10.1995, 8 Ob 27/95 = ZIK 1996, 102; OGH 23.05.1996, 8 Ob 2085/96t = SZ 69/124 = JBI 1997, 120 = ZIK 1997, 186 = ecolex 1996, 673 = RdW 1996, 476; OGH 22.12.1999, 8 Ob 163/99z = SZ 72/212 = ZIK 2000/157, 131 = MietSlg 51.808.

⁶⁸⁰ *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ IV § 119 Rz 215; *Nunner*, Freigabe 210.

⁶⁸¹ Vgl. *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 119 Rz 62; *Reckenzaun* in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, Praxishandbuch², 597.

⁶⁸² *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ IV § 119 Rz 215; *Nunner*, Freigabe 210.

⁶⁸³ *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ IV § 119 Rz 215; *Nunner*, Freigabe 208; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 119 Rz 63; *Feil*, KO⁵ § 119 Rz 10; OGH 23.05.1996, 8 Ob 2085/96t = SZ 69/124 = JBI 1997, 120 = ZIK 1997, 186 = ecolex 1996, 673 = RdW 1996, 476; OGH 17.10.2002, 8 Ob 80/02a = ZIK 2003/93, 69 = RdW 2003/128, 146 = NZ 2003/64, 237; aA *Holzhammer*, Insolvenzzrecht⁵, 24 sowie 153.

⁶⁸⁴ *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ IV § 119 Rz 215; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 119 Rz 63.

Verfügungsmacht des Gemeinschuldners zurückfällt⁶⁸⁵. In diesem Zusammenhang wird von einer „Teilaufhebung“ des Konkurses gesprochen⁶⁸⁶. Die rechtskräftige Ausscheidung bewirkt somit, dass der Gemeinschuldner über die ausgeschiedenen Vermögenswerte so verfügen kann, als wäre kein Konkursverfahren anhängig und dass die Verwaltungs- und Verwertungsbefugnis des Masseverwalters endgültig beendet ist⁶⁸⁷. Strittig ist nach wie vor, inwieweit Konkurs- bzw. Massegläubiger auf die ausgeschiedenen Vermögenswerte Zugriff haben⁶⁸⁸. Sobald ein Vermögenswert rechtskräftig aus der Konkursmasse ausgeschieden und dem Gemeinschuldner zur freien Verfügung überlassen wurde, kann dieser – infolge der materiellen Rechtskraft des Ausscheidungsbeschlusses⁶⁸⁹ – nicht wieder in die Konkursmasse einbezogen werden⁶⁹⁰.

⁶⁸⁵ OGH 13.07.1988, 3 Ob 59/88 = SZ 61/172 = ÖBA 1989/133, 92 = WBI 1988, 440 = RdW 1988, 424; OGH 30.03.2000, 2 Ob 340/98h = ZIK 2001/48, 27; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 119 Rz 47; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 119 Rz 166; *Holzhammer*, Insolvenzrecht⁵, 154.

⁶⁸⁶ OGH 13.07.1988, 3 Ob 59/88 = SZ 61/172 = ÖBA 1989/133, 92 = WBI 1988, 440 = RdW 1988, 424; OGH 18.06.1997, 3 Ob 181/97g = ZIK 1998, 68; OGH 25.11.1998, 3 Ob 215/98h = ZIK 1999, 100 = JBI 1999, 396; OGH 30.03.2000, 2 Ob 340/98h = ZIK 2001/48, 27; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 119 Rz 47; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 119 Rz 166; *Holzhammer*, Insolvenzrecht⁵, 154; *Riel*, WoBI 1995, 41; *Berger/Riel*, RdW 1995, 90; *Nunner*, Freigabe 112; *Feil*, KO⁵ § 119 Rz 7; *Reckenzaun* in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, Praxishandbuch², 596.

⁶⁸⁷ *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 119 Rz 49f mwN; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 119 Rz 166f mwN; OGH 14.11.1996, 2 Ob 2368/96s = SZ 69/255 = ZIK 1997, 147 = RdW 1997, 726.

⁶⁸⁸ Vgl. als Überblick in *Nunner*, Freigabe 137ff mwN; *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 319ff mwN.

⁶⁸⁹ OGH 08.07.1959, 5 Ob 260/59 = SZ 32/90 = EvBl 1959/303, 522; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 439 FN 2, 500 FN 1; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 119 Rz 181; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 119 Rz 56; *Rechberger*, JBI 1973, 459f; vgl. ebenfalls *Nunner*, Freigabe 105ff.

⁶⁹⁰ *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 201; *Riel*, Befugnisse 25; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 119 Rz 181; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 119 Rz 56; *Nunner*, Freigabe 105; *Nunner-Krautgasser*, WBI 2000, 112; *Feil*, KO⁵ § 119 Rz 8; *Reckenzaun* in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, Praxishandbuch², 597; OGH 08.07.1959, 5 Ob 260/59 = SZ 32/90 = EvBl 1959/303, 522; OGH 08.07.1959, 5 Ob 315/59; KG Wr. Neustadt 15.03.1965, R 43/65 = RpfISlGE 1966/3; KG Wr. Neustadt 15.03.1965, R 106/65 = RpfISlGE 1966/45; OGH 13.07.1988, 3 Ob 59/88 = SZ 61/172 = ÖBA 1989/133, 92 = WBI 1988, 440 = RdW 1988, 424; OGH 30.03.1995, 8 Ob 6/95 = ZIK 1995, 156; OGH 17.10.2002, 8 Ob 80/02a = ZIK 2003/93, 69 = RdW 2003/128, 146 = NZ 2003/64, 237; vgl. zu Sonderformen wie der „modifizierten“ oder „erkauften“ Freigabe eingehend *Nunner*, Freigabe 96ff; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 119 Rz 190ff; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 119 Rz 57f.

6.4.5.3. Zustimmung zur Unterhaltsgewährung an den Gemeinschuldner aus der Masse nach § 5 Abs 2 KO

6.4.5.3.1. Allgemeines

Gemäß § 5 Abs 1 Satz 1 KO hat der Gemeinschuldner grundsätzlich keinen Anspruch auf Unterhalt aus der Masse. Vor dem Hintergrund des insolvenzrechtlichen Anspannungsgrundsatzes⁶⁹¹ entsteht jedoch gemäß § 5 Abs 2 KO ausnahmsweise ein Anspruch⁶⁹² auf Überlassung des für eine bescheidene Lebensführung Unerlässlichen für den Gemeinschuldner und seine Familie⁶⁹³, falls er nach seinen Kräften zu einem Erwerb durch eigene Tätigkeit nicht imstande sein sollte⁶⁹⁴.

Bei einer Verletzung des familienrechtlichen Anspannungsgrundsatzes⁶⁹⁵ durch den Gemeinschuldner – etwa bei mangelnder Erwerbstätigkeit, durch Unterlassung der Antragstellung oder durch Flüchtigkeit – können subsidiär dessen Familienmitglieder einen Antrag auf Unterhaltsgewährung nach § 5 Abs 2 KO stellen⁶⁹⁶.

6.4.5.3.2. Verfahren

Die Unterhaltsgewährung geschieht durch den Masseverwalter mit Zustimmung des Gläubigerausschusses. Ist kein Gläubigerausschuss bestellt, kommt hier wiederum die allgemeine Regelung des § 90 KO zum Einsatz,

⁶⁹¹ Vgl ErläutRV zum IRÄG 1982, 3 BlgNR 15. GP 46.

⁶⁹² Vgl Schubert in Konecny/Schubert, KO § 5 Rz 16, die in diesem Zusammenhang auf das Spannungsverhältnis zu der Aussage in § 5 Abs 1 KO hinweisen, dass der Gemeinschuldner eben *keinen* Anspruch auf Unterhalt aus der Masse hat.

⁶⁹³ Zum Kreis der Anspruchsberechtigten siehe Schubert in Konecny/Schubert, KO § 5 Rz 17; Bartsch in Bartsch/Pollak, KO³ I 66 Anm 16; Buchegger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ I § 5 Rz 33.

⁶⁹⁴ Schubert in Konecny/Schubert, KO § 5 Rz 19; Buchegger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ I § 5 Rz 28; Bartsch/Heil, Grundriß⁴ Rz 193.

⁶⁹⁵ Dieser trifft den Gemeinschuldner nur gegenüber den gesetzlich Unterhaltsberechtigten: Buchegger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ I § 5 Rz 5.

⁶⁹⁶ Buchegger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ I § 5 Rz 29; Bartsch/Heil, Grundriß⁴ Rz 193; Schubert in Konecny/Schubert, KO § 5 Rz 18; vgl auch Bartsch in Bartsch/Pollak, KO³ I 66 Anm 17.

sodass das Konkursgericht der Gewährung zustimmen muss⁶⁹⁷. In jedem Fall aber hat das Konkursgericht den Beschluss des Gläubigerausschusses gemäß § 95 KO zu überprüfen.

6.4.5.3.3. Ausmaß der Unterhaltsgewährung

Das Höchstmaß iSd § 5 Abs 2 KO bilden jene Ausgaben, die zur Bestreitung einer bescheidenen Lebensführung für ihn und seine Familie unerlässlich sind, wobei dies jedoch durchaus mehr sein kann als das Existenzminimum⁶⁹⁸. Bei der Bestimmung ist hier auch alles einzurechnen, was der Gemeinschuldner an konkursfreiem Einkommen bezieht bzw sind alle Einkünfte der von ihm zu erhaltenden Personen bei der Ermittlung des Unterhalts zu berücksichtigen⁶⁹⁹.

6.4.5.3.4. Wirkung der Überlassung

Erst nach der konstitutiven Überlassung scheiden diese aus der Konkursmasse aus und werden massefrei⁷⁰⁰. Da jedoch der Zweck der Überlassung die Sicherung des notwendigen Unterhalts des Gemeinschuldners und seiner Familie ist, wird die Exekution auf dieses massefreie Vermögen lediglich unter Beschränkungen zugelassen⁷⁰¹.

⁶⁹⁷ OLG Linz 02.07.1990, 2 R 173, 174/90 = EvBl 1991/102, 447.

⁶⁹⁸ Vgl Buchegger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ I § 5 Rz 32.

⁶⁹⁹ Buchegger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ I § 5 Rz 22; vgl ebenfalls OGH 03.09.1958, 5 Ob 298/58; Schubert in Konecny/Schubert, KO § 5 Rz 12 und 16.

⁷⁰⁰ Schubert in Konecny/Schubert, KO § 5 Rz 20; Buchegger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ I § 5 Rz 26; Bartsch in Bartsch/Pollak, KO³ I 63 Anm 5; OGH 29.03.1955, 4 Ob 194/54 = SZ 28/86 = EvBl 1955/296, 484 = JBl 1955, 479; OGH 24.02.1966, 5 Ob 28/66 = SZ 39/38; OGH 22.05.1973, 3 Ob 97/73 = SZ 46/52; OGH 25.05.1976, 5 Ob 558/76 = JBl 1977, 272; OGH 17.06.1980, 4 Ob 139/79 = SZ 53/92 = EvBl 1981/103, 322; OGH 15.12.1993, 3 Ob 204/93 = SZ 66/171.

⁷⁰¹ Schubert in Konecny/Schubert, KO § 5 Rz 20f mwN; Buchegger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ I § 5 Rz 26f.

6.4.5.4. Zustimmung zur formlosen Verteilung und Genehmigung des Verteilungsentwurfs gemäß § 129 KO

6.4.5.4.1. Allgemeines

Im Konkursverfahren obliegt die Durchführung der Verteilung der realisierten Vermögenswerte des Gemeinschuldners primär dem Masseverwalter. Es gibt zwei Arten der Verteilung: die formlose Verteilung in „einfachen Fällen“ gemäß § 129 Abs 1 KO sowie die Verteilung aufgrund eines Verteilungsentwurfs gemäß § 129 Abs 2 und 3 KO, die in der Praxis auch als „förmliche“ Verteilung bezeichnet wird. Für die Schlussverteilung kommt gemäß § 136 Abs 2 KO allerdings immer nur eine förmliche Verteilung in Betracht. Die Unterscheidung zwischen den beiden Formen der Verteilung ist materiellrechtlich ohne Bedeutung, sondern betrifft nur das zugrundeliegende Verfahren⁷⁰². Bei beiden Verteilungsarten trifft den Gläubigerausschuss eine Mitwirkungspflicht, die in den nachstehenden beiden Punkten dargelegt werden soll.

6.4.5.4.2. Formlose Verteilung gemäß § 129 Abs 1 KO

Wie bereits oben erwähnt ist die formlose Verteilung nur für Abschlagsverteilungen vorgesehen und § 136 Abs 2 KO zufolge bei Schlussverteilungen unzulässig⁷⁰³. Ob ein „einfacher Fall“ gemäß § 129 Abs 1 KO vorliegt, ist eine Rechtsfrage, die grundsätzlich von den Konkursorganen nach Ermessen zu entscheiden ist⁷⁰⁴. Gesetzlich vorgegeben ist in § 129 Abs 2 KO lediglich, dass es sich um eine „schwierige“ Verteilung handelt, wenn daran Konkursgläubiger beteiligt sind, die nur mit dem Ausfall ihrer Forderungen zu berücksichtigen wären (vgl § 132 Abs 4 KO).

⁷⁰² Kodek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 129,130 Rz 3.

⁷⁰³ Vgl ebenfalls *Mayr*, RZ 1969, 144.

⁷⁰⁴ Kodek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 129, 130 Rz 10.

Eine formlose Verteilung muss vom Masseverwalter nach dessen Ermessen beim Konkursgericht beantragt werden⁷⁰⁵, wobei der Antrag sogleich den zu verteilenden Betrag und die daraus resultierende Quote enthalten muss⁷⁰⁶. Im Antrag ist zusätzlich die gesetzlich geforderte *Zustimmung des Gläubigerausschusses* nachzuweisen. Sollte der Gläubigerausschuss diese Zustimmung verweigern, muss der Masseverwalter einen Verteilungsentwurf ausarbeiten⁷⁰⁷.

In weiterer Folge kann das Konkursgericht der vorgeschlagenen formlosen Verteilung seine Genehmigung erteilen oder aber den Masseverwalter anweisen, einen förmlichen Verteilungsentwurf vorzulegen⁷⁰⁸. Gegen die Entscheidung des Konkursgerichts haben auch die Mitglieder des Gläubigerausschusses ein Rekursrecht⁷⁰⁹.

6.4.5.4.3. Verteilung nach einem Verteilungsentwurf gemäß § 129

Abs 2 KO

Sollten die Konkursorgane zu der Auffassung gelangen, dass kein „einfacher Fall“ iSd § 129 Abs 1 KO vorliegt, so ist mit der förmlichen Verteilungsart vorzugehen. Nachdem der Masseverwalter⁷¹⁰ einen Verteilungsentwurf erstellt hat (vgl § 129 Abs 3 KO), muss er zunächst die Genehmigung des Gläubigerausschusses einholen, bevor der Entwurf dem Konkursgericht vorgelegt werden kann. Sollten zwischen dem Gläubigerausschuss und dem Masseverwalter Diskrepanzen hinsichtlich des Verteilungsentwurfs bestehen und können diese durch entsprechende Abänderungen nicht behoben werden, ist nach hA in diesem Fall *nicht* nach § 95 KO vorzugehen, sondern hat das Konkursgericht mittels eines (anfechtbaren) Beschlusses den Inhalt des Entwurfs anzupassen⁷¹¹.

⁷⁰⁵ OGH 10.10.1972, 5 Ob 172/72 = SZ 45/106 = JBI 1974, 104.

⁷⁰⁶ Kodek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 129, 130 Rz 11.

⁷⁰⁷ Vgl Kodek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 129, 130 Rz 11.

⁷⁰⁸ OLG Graz 11.07.1995, 3 R 136/95 zit nach *Mohr*, KO¹⁰ § 129 E 3.

⁷⁰⁹ Vgl Kodek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 129, 130 Rz 17.

⁷¹⁰ Und nicht das Konkursgericht: OGH 11.06.2001, 8 Ob 310/00x = ZIK 2002/41, 26.

⁷¹¹ *Lehmann*, Kommentar zur KO, AO und AnfO, Band I 668; *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 586 Anm 10; aA Kodek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 129, 130 Rz 27, der die Erteilung einer – unanfechtbaren – Weisung in Betracht zieht.

Schließlich entscheidet das Konkursgericht nach Abhaltung einer Tagsatzung (vgl § 130 Abs 1 Satz 2 KO) mit Beschluss abschließend über die Verteilung⁷¹².

6.4.5.5. Genehmigungspflichtige Geschäfte nach § 117 KO

6.4.5.5.1. Allgemeines

Im Unterschied zu den bereits behandelten Mitwirkungspflichten, die den Masseverwalter lediglich im Innenverhältnis binden, normiert § 83 Abs 1 KO ausdrücklich, dass die Genehmigung des Gläubigerausschusses und des Konkursgerichts in den Fällen des § 117 KO – unabhängig vom Wert des Gegenstands – Voraussetzung für die Wirksamkeit der Geschäfte im *Außenverhältnis* ist⁷¹³. Hintergrund dieser Bestimmung ist insbesondere der Schutz vor Verschleuderung von Unternehmen⁷¹⁴. Die Aufzählung der genehmigungspflichtigen Geschäfte in § 117 KO ist taxativ⁷¹⁵. Im Unterschied zur Veräußerung von Liegenschaften im Allgemeinen, wo ausdrücklich nur die freihändige Variante der Genehmigungspflicht unterliegt, ist bei einem Unternehmen als Bestandteil einer Liegenschaft auch die Zwangsversteigerung bzw beim Anlage- und Umlaufvermögen eine kridamäßige Veräußerung genehmigungspflichtig⁷¹⁶.

Auch mündlich abgeschlossene Rechtsgeschäfte können nach § 117 KO genehmigt werden, wobei diesfalls vom Konkursgericht der gesamte Inhalt

⁷¹² Vgl Kodek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 129, 130 Rz 44.

⁷¹³ Vgl Kodek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 117 Rz 1.

⁷¹⁴ ErläutRV zur InsNov 2002, 988 BlgNR 21. GP 25; vgl ebenfalls Kodek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 117 Rz 1; *Riel*, ZIK 2002/259, 189.

⁷¹⁵ Kodek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 117 Rz 10; *Isola* in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, Praxishandbuch², 534; *Muhri/Stortecky*, Insolvenzrecht⁴ 163; dies war auch die hL und stRsp zur alten Rechtslage: *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO, § 117 Rz 1; OLG Wien 15.02.1991, 6 R 91/90 zit nach *Mohr*, KO¹⁰ § 117 E 20; OLG Linz 05.07.1990, 2 R 168/90 zit nach *Mohr*, KO¹⁰ § 114a E 11.

⁷¹⁶ Vgl Kodek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 117 Rz 10; *Mohr*, Insolvenzrecht 47; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 117 Rz 9; *Riel*, ZIK 2002/259, 192; *Mohr*, Insolvenzrecht 47, 63; *Muhri/Stortecky*, Insolvenzrecht⁴ 164.

des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts festzustellen ist⁷¹⁷. Zu Recht bezweifelt *Kodek* aus Beweisgründen die Zweckmäßigkeit dieser Vorgangsweise⁷¹⁸.

Ein Genehmigungsbeschluss nach § 117 KO umfasst gleichzeitig auch eine Entscheidung über die günstigste Art der Verwertung gemäß § 114a Abs 4 KO, weshalb eine separate Beschlussfassung diesfalls nicht (mehr) erforderlich ist⁷¹⁹. Im Verhältnis zu § 116 KO ist § 117 KO aufgrund der besonderen Verfahrensvoraussetzungen und der verstärkten Einbindung des Gläubigerausschusses *lex specialis*; dies kann unter anderem von Bedeutung sein, wenn eine Veräußerung iSd § 117 KO in Form eines Vergleichs vorgenommen werden soll⁷²⁰. Nicht in den Anwendungsbereich von § 117 Abs 1 Z 1 und 2 KO fällt ein Unternehmen dann, wenn es nicht mehr existiert⁷²¹, wobei eine vorübergehende Stilllegung an der Existenz des Unternehmens noch nichts ändert⁷²² und es auch nicht auf das Vorliegen eines Schließungsbeschlusses nach § 115 KO ankommt⁷²³. Die Unternehmenseigenschaft – und damit die Anwendbarkeit von § 117 Abs 1 Z 1 und 2 KO – geht nach hA mit der endgültigen und tatsächlichen Schließung verloren⁷²⁴. Dadurch wird auch die Zugehörigkeit von Gegenständen zum ehemaligen Anlage- und Umlaufvermögen beseitigt⁷²⁵. Tatsächlich wird es jedoch – wie *Kodek* zutreffend ausführt – bei der

⁷¹⁷ OLG Innsbruck 23.08.1996, 1 R 193/96h zit nach *Mohr*, KO¹⁰ § 117 E 4.

⁷¹⁸ *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 117 Rz 8.

⁷¹⁹ *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 117 Rz 4; aA offenbar OLG Linz 05.07.1990, 2 R 168/90 zit nach *Mohr*, KO¹⁰ § 114a E 11.

⁷²⁰ *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 117 Rz 5; so auch die Rechtslage vor der InsNov 2002: *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 117 Rz 1.

⁷²¹ *Mohr*, Insolvenzrecht 49.

⁷²² *Mohr*, Insolvenzrecht 49; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 117 Rz 20; *Feil*, KO⁵ § 117 Rz 2; *Muhri/Stortecky*, Insolvenzrecht⁴ 166; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.4/12f; OLG Graz 10.06.1997, 1 R 107/97p zit nach *Mohr*, KO¹⁰ § 117 E 12; OLG Linz 02.10.1995, 2 R 186-189/95 zit nach *Mohr*, KO¹⁰ § 117 E 13.

⁷²³ *Mohr*, ZIK 2001/186, 117; *Mohr*, Insolvenzrecht 49; *Riel*, ZIK 2002/259, 191; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 117 Rz 20; vgl ebenfalls *Konecny*, ZIK 1998, 74f.

⁷²⁴ OLG Wien 15.02.1991, 6 R 91/90 zit nach *Mohr*, KO¹⁰ § 117 E 12; OLG Graz 10.06.1997, 1 R 107/97p zit nach *Mohr*, KO¹⁰ § 117 E 12; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 117 Rz 5; *Riel*, ZIK 2002/259, 191; *Muhri/Stortecky*, Insolvenzrecht⁴ 164; vgl ebenfalls OLG Wien 28.03.2002, 28 R 24/02h = ZIK 2002/137, 97.

⁷²⁵ OLG Wien 28.03.2002, 28 R 24/02h = ZIK 2002/137, 97; OLG Wien 25.06.2003, 28 R 26/03d = ZIK 2004/82, 64; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 117 Rz 24; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 117 Rz 10; *Muhri/Stortecky*, Insolvenzrecht⁴ 164; *Feil*, KO⁵ § 117 Rz 7.

Beurteilung der Existenz eines Unternehmens entscheidend sein, ob Dinge wie der „good will“, die Organisation der Produktionsmittel, Kundenstock sowie Erwerbschancen mitveräußert werden, weil bei Vorhandensein dieser immateriellen Unternehmensbestandteile im Regelfall ein „lebendes Unternehmen“ vorliegt⁷²⁶. In solchen Fällen muss der Masseverwalter unter Berücksichtigung dieser Komponenten nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden, ob das Genehmigungsverfahren nach § 117 KO einzuleiten ist, wobei hier im Sinne des Gläubigerschutzes und des Schutzes vor Unternehmensverschleuderungen im Zweifel eine Genehmigung des Gläubigerausschusses und des Konkursgerichts einzuholen ist.

Ebenfalls nicht erfasst von § 117 KO ist die Zerschlagung des Unternehmens. Zum einen kommt Z 1 nicht in Betracht, weil diesfalls kein Verkauf eines Unternehmens vorliegt⁷²⁷. Zum anderen ist auch Z 2 in solchen Fällen nicht anwendbar, weil die ratio des § 117 KO lediglich Vorgänge betrifft, „die für die Existenzfähigkeit eines lebenden Unternehmens von Bedeutung sind.“⁷²⁸ Wie *Kodek* weiters richtig ausführt, wird bei einem derartigen Verkauf dem Einzelerwerber die Bedeutung des Vorgangs nicht immer erkennbar sein, sodass eine Anwendung von § 117 Abs 1 Z 2 KO auch aus Verkehrsschutzerwägungen ausscheiden müsse⁷²⁹.

6.4.5.5.2. Veräußerung oder Verpachtung des Unternehmens oder von Unternehmensanteilen

§ 117 Abs 1 Z 1 KO sieht eine Genehmigungspflicht bei der Veräußerung oder Verpachtung des Unternehmens des Gemeinschuldners oder seines Anteils an einem Unternehmen iSd § 228 Abs 1 und 2 HGB⁷³⁰

⁷²⁶ *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ IV § 117 Rz 21.

⁷²⁷ *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ IV § 117 Rz 22.

⁷²⁸ *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ IV § 117 Rz 22; vgl ebenfalls *Mohr*, *Insolvenzrecht* 51; *Feil*, *KO*⁵ § 117 Rz 8.

⁷²⁹ *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ IV § 117 Rz 22.

⁷³⁰ Im Zuge des HaRÄG 2005, mit dem einige jener Bestimmungen der KO verändert wurden, die einen handelsrechtlichen Bezug aufweisen, wurde eine Adaptierung auch des § 117 KO unterlassen. Obwohl § 228 Abs 2 *UGB* dem *Wortlaut* nach Unterschiede zu § 228 Abs 2 *HGB* aufweist, ist dennoch davon auszugehen, dass im Rahmen des § 117 KO nunmehr die

vor. Bei einer Veräußerung sind somit sowohl „asset deals“ (§ 117 Abs 1 Z 1 Fall 1 und Z 3 KO) als auch „share deals“ (§ 117 Abs 1 Z 1 Fall 2 KO) umfasst⁷³¹. Durch die Einbeziehung der Verpachtung in § 117 KO wollte der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung tragen, dass eine darauffolgende Veräußerung an jemand anderen als den Pächter in der Mehrzahl der Fälle unwahrscheinlich sei und somit eine entscheidende Weichenstellung erfolge⁷³².

Nach Ansicht von *Riel* umfasst § 117 Abs 1 Z 1 KO auch die Veräußerung selbständiger Unternehmens- bzw Betriebsteile⁷³³. Diesbezüglich wird jedoch in vielen Fällen ohnehin eine Genehmigungspflicht nach § 117 Abs 1 Z 2 KO vorliegen⁷³⁴, weil es sich dabei um für den Betrieb notwendige Teile handelt, sodass diese Unterscheidung in der Praxis soweit ersichtlich bisher noch unbedeutend war. Hingegen kann ein *einzelner* Gegenstand – trotz der in der Rsp teilweise zu § 1409 ABGB vertretenen Gegenauffassung⁷³⁵ – nicht als Unternehmen iSd § 117 KO angesehen werden, jedoch eine Genehmigungspflicht nach § 117 Abs 1 Z 2 KO auslösen⁷³⁶. Mehrere Gegenstände fallen nur dann unter den Unternehmensbegriff des § 117 KO, wenn auch immaterielle Unternehmensbestandteile (good will, Kundenstock etc) mitveräußert werden⁷³⁷ oder vom Erwerber genutzt werden können⁷³⁸.

Durch Einbeziehung von Unternehmensanteilen in den Anwendungsbereich des § 117 KO wurde die Genehmigungspflicht auch auf

Bestimmungen des § 228 Abs 1 und 2 UGB relevant sind, weil eine einschneidende *inhaltliche* Änderung *nicht* stattgefunden hat.

⁷³¹ Kodek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 117 Rz 12; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 117 Rz 2; *Muhri/Stortecky*, Insolvenzrecht⁴ 163.

⁷³² ErläutRV zur InsNov 2002, 988 BlgNR 21. GP 30; vgl ebenfalls *Mohr*, Insolvenzrecht 74; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 117 Rz 13.

⁷³³ *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 117 Rz 6.

⁷³⁴ *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 117 Rz 6; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 117 Rz 14.

⁷³⁵ Vgl OGH 13.10.1954, 1 Ob 739/54 = SZ 27/255 = JBl 1955, 250.

⁷³⁶ *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 117 Rz 15; *Mohr*, Insolvenzrecht 47f.

⁷³⁷ *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 117 Rz 15; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 117 Rz 5; *Mohr*, Insolvenzrecht 48.

⁷³⁸ *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 117 Rz 15; *Mohr*, Insolvenzrecht 48, der in diesem Fall § 117 KO auch auf Umgehungsgeschäfte anwenden will; vgl ebenfalls OGH 13.09.2001, 8 Ob 51/01k = JBl 2002, 256 = RdW 2002/10, 19.

jene Fälle der Unternehmensverwertung ausgedehnt, die durch Veräußerung oder Verpachtung von Anteilen an einer Gesellschaft anstelle des Unternehmens als Gesamtsache bewirkt werden⁷³⁹. „Anteil“ iSd § 117 KO ist eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung des Gemeinschuldners⁷⁴⁰. Nicht von diesem Begriff umfasst sind hingegen Verkäufe von Forderungen gegen ein Unternehmen⁷⁴¹. „Klargestellt“⁷⁴² wurde durch die InsNov 2002, dass unter Anteilen iSd § 117 Abs 1 Z 1 KO lediglich solche verstanden werden, welche die Voraussetzungen des § 228 Abs 1 und 2 HGB⁷⁴³ erfüllen⁷⁴⁴, wobei deren Wert jedoch unerheblich ist⁷⁴⁵. Es ist deshalb iSd § 228 Abs 1 UGB erforderlich, dass die Beteiligungen „dem eigenen Geschäftsbetrieb durch eine dauernde Verbindung zu diesem Unternehmen“ dienen, weshalb bloß als Wertanlage gehaltene Aktien bzw Kleinanteile an Publikums-KGs nicht nach § 117 Abs 1 Z 1 KO genehmigungspflichtig sind⁷⁴⁶. § 228 Abs 2 UGB qualifiziert jede Beteiligung als unbeschränkt haftender Gesellschafter an einer unternehmerisch tätigen eingetragenen Personengesellschaft als Beteiligung.

6.4.5.5.3. Veräußerung oder Verpachtung des gesamten beweglichen Anlage- und Umlaufvermögens oder eines für den Betrieb notwendigen Teils davon

Durch das IRÄG 1997 wurde die Genehmigungspflicht für die „Veräußerung des Warenlagers“ auf die „Veräußerung (oder Verpachtung) des Anlage- und Umlaufvermögens“ erweitert, weil nicht nachvollziehbar war, dass eine Genehmigungspflicht für die Veräußerung des Warenlagers oder

⁷³⁹ Kodek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ IV § 117 Rz 17; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 117 Rz 15.

⁷⁴⁰ Kodek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ IV § 117 Rz 17; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 117 Rz 16.

⁷⁴¹ Kodek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ IV § 117 Rz 17; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 117 Rz 16; *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 546 Anm 17.

⁷⁴² Vgl ErläutRV zur InsNov 2002, 988 BlgNR 21. GP 29.

⁷⁴³ Vgl oben FN 730 hinsichtlich der Umbenennung des HGB in UGB.

⁷⁴⁴ Vgl ebenfalls Kodek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ IV § 117 Rz 17; *Mohr*, Insolvenzzrecht 48; *Isola* in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, Praxishandbuch², 534.

⁷⁴⁵ *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 117 Rz 15; Kodek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ IV § 117 Rz 17.

⁷⁴⁶ Kodek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ IV § 117 Rz 18; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 117 Rz 17.

sogar einzelner Partien von Waren, nicht aber etwa für einzelne Maschinen und maschinelle Anlagen, die vor allem für Produktionsbetriebe von gleicher Bedeutung sei, bestand⁷⁴⁷. Durch die beabsichtigte Ausdehnung der Genehmigungspflicht muss das „und“ in § 117 Abs 1 Z 2 KO als „oder“ gelesen werden⁷⁴⁸. Die etwas unklare Formulierung „des gesamten beweglichen Anlage- und Umlaufvermögens oder eines wesentlichen Teils davon“ ist bei richtiger sprachlicher Interpretation⁷⁴⁹ dahingehend auszulegen, dass dieser „wesentliche Teil“ ebenfalls beweglich sein muss, um von dieser Bestimmung erfasst zu werden⁷⁵⁰. Aus diesem Grund sind Liegenschaften vom Anwendungsbereich des § 117 Abs 1 Z 2 KO ausgenommen; deren (freihändige) Verwertung ist ausschließlich in § 117 Abs 1 Z 3 KO geregelt.

Eine Definition von Anlage- und Umlaufvermögen findet sich in § 198 UGB über die Vorschriften betreffend den Inhalt einer Bilanz. Demnach ist das Anlagevermögen dazu bestimmt, dauernd dem Geschäftsbetrieb zu dienen (§ 198 Abs 2 UGB) während hingegen das Umlaufvermögen aus jenen Gegenständen besteht, die nicht für diesen Zweck vorgesehen sind (§ 198 Abs 4 UGB). In die erstere Kategorie fallen sohin Vermögenswerte, „die zur Fortführung des Betriebs bestimmt sind und deren Veräußerung ohne Ersatzinvestition die Kontinuität des Betriebsgeschehens betreffen würde.“⁷⁵¹ Hingegen sollen die Gegenstände des Umlaufvermögens „als Verbrauchsgüter im betrieblichen Fertigungsprozeß untergehen oder veräußert werden“, wobei eine derartige zweckentsprechende Verwendung nicht nach § 117 Abs 1 Z 2 KO genehmigungspflichtig ist⁷⁵². Das Verfahren nach § 117 KO ist nur dann einzuleiten, wenn die Veräußerung des

⁷⁴⁷ ErläutRV zum IRÄG 1997, 734 BlgNR 20. GP 48; *Mohr*, Insolvenzrecht 48; ebenfalls *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 117 Rz 23; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 117 Rz 8.

⁷⁴⁸ *Mohr*, Insolvenzrecht 48; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 117 Rz 23; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 117 Rz 10; *Isola* in *Petsch/Reckenzaun/Berti/Isola*, Praxishandbuch², 534.

⁷⁴⁹ Vgl *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 117 Rz 28.

⁷⁵⁰ Siehe auch *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 117 Rz 10 zur ähnlichen Rechtslage („oder eines wesentlichen Teils davon“) vor der InsNov 2002; aA *Mohr*, Insolvenzrecht 49.

⁷⁵¹ *Nowotny/M. Tichy* in *Straube*, HGB² § 198 Rz 26; vgl ebenfalls *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 117 Rz 25; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 117 Rz 13.

⁷⁵² *Nowotny/M. Tichy* in *Straube*, HGB² § 198 Rz 30; vgl ebenfalls *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 117 Rz 26; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 117 Rz 14.

Umlaufvermögens eine größere Dimension erreicht und in einer Weise durchgeführt wird, die eine weitere Fortführung des gemeinschuldnerischen Unternehmens unmöglich macht, wie dies etwa bei einem Ausverkauf bzw. einem Abverkauf des Warenlagers in Bausch und Bogen der Fall wäre⁷⁵³. Wie bereits oben dargelegt, beseitigt die rechtliche und faktische Schließung die Zugehörigkeit von Vermögenswerten zum Anlage- und Umlaufvermögen.

Weiters wird in § 117 Abs 1 Z 2 KO konkretisiert⁷⁵⁴, dass das zu veräußernde Anlage- und Umlaufvermögen – sofern nicht das Gesamte veräußert wird – einen *für den Betrieb* des Unternehmens *notwendigen Teil* darstellen muss. Während *Riel* – allerdings noch nach der alten Rechtslage vor der InsNov 2002 – davon ausgeht, dass es sich um Gegenstände handeln muss, denen „im Verhältnis zu den übrigen Vermögenswerten eine solche Bedeutung zukommt, dass ohne sie eine Unternehmensfortführung schlichtweg ausgeschlossen wäre“⁷⁵⁵, vertritt *Mohr* die Ansicht, dass dieses Tatbestandselement schon dann gegeben ist, wenn bei Veräußerung des betreffenden Teils die Verwertung des restlichen Unternehmens erschwert ist oder aber der Unternehmenswert erheblich reduziert wird⁷⁵⁶. Begründet wird dies mit dem Zweck des § 117 KO und des strikten Genehmigungsverfahrens, einen möglichst hohen Erlös für die bestmögliche Befriedigung der Konkursgläubiger zu erreichen. Angesichts von bereits oben erwähnten Verkehrsschutzüberlegungen wäre hier mE dennoch der (restriktiven) Ansicht von *Riel* der Vorzug zu geben, da es oft für den Masseverwalter sowie für die Vermögensgegenstände erwerbende Außenstehende nicht erkennbar sein wird, ob eine Verwertung des Unternehmens nun erschwert wird oder ob sich der Wert des Unternehmens durch diese Veräußerung drastisch verringert hat.

Zusätzlich stellen auch solche Teile von Unternehmen, die den Kernbereich des Betriebs erfassen und mit dessen Hilfe die Aufnahme eines Betriebes für einen Dritten wesentlich erleichtert wird – insbesondere im

⁷⁵³ Vgl. *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ IV § 117 Rz 26; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 117 Rz 14.

⁷⁵⁴ *Mohr*, *Insolvenzrecht* 49; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ IV § 117 Rz 26.

⁷⁵⁵ *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 117 Rz 13.

⁷⁵⁶ *Mohr*, *Insolvenzrecht* 49; diesem folgend *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ IV § 117 Rz 27.

Hinblick auf die Vermeidung von Insolvenzmißbräuchen durch aus Mitgliedern der familia suspecta bestehende Auffanggesellschaften – einen betriebsnotwendigen Teil iSd § 117 Abs 1 Z 2 KO dar⁷⁵⁷.

6.4.5.5.4. Freihändige Verwertung von Liegenschaften

Als letzte Kategorie der genehmigungspflichtigen Geschäfte ist in § 117 Abs 1 Z 3 KO die freihändige Veräußerung oder Verpachtung von Liegenschaften genannt. Bei Vorliegen eines Unternehmens ist hingegen - auch wenn es Bestandteil einer Liegenschaft sein sollte (wie dies etwa insbesondere bei Betriebsliegenschaften der Fall ist) – § 117 Abs 1 Z 1 KO anzuwenden, wenn dieses veräußert oder verpachtet werden soll⁷⁵⁸. Wie bereits oben dargelegt, ist hier lediglich die freihändige Verwertung erfasst, sodass von dieser Bestimmung die kridamäßige Versteigerung von Liegenschaften ausgenommen ist⁷⁵⁹. Diese durch die InsNov 2002 bewirkte Verstärkung der Einbindung der Gläubigerschaft war „im Hinblick auf den Vorrang der freiwilligen Veräußerung [vgl § 119 Abs 1 KO] gegenüber der exekutiven Versteigerung geboten, weil es nur bei dieser ausdrückliche Regelungen über ein geringstes Gebot und die Durchführung der Versteigerung“ gäbe⁷⁶⁰. Wesentliche Verfahrensverzögerungen würden sich mit dieser Umstellung nicht ergeben, weil schon bisher die Grundbuchsgerichte für die grundbücherliche Durchführung des Verkaufs in den meisten Fällen einen konkursgerichtlichen Genehmigungsbeschluss verlangten⁷⁶¹.

Veräußerungen oder Verpachtungen von Superädifikaten sind ebenfalls analog § 117 Abs 1 Z 3 KO an die Genehmigung des

⁷⁵⁷ *Mohr*, Insolvenzrecht 49; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 117 Rz 27; siehe auch OGH 13.09.2001, 8 Ob 51/01k = JBI 2002, 256 = RdW 2002/10, 19.

⁷⁵⁸ Vgl *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 117 Rz 29, der diesfalls auch von einer allfälligen Anwendbarkeit von § 117 Abs 1 Z 2 KO ausgeht, obwohl in der vorangehenden Rz 28 die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf das *bewegliche* Vermögen eingeschränkt wurde.

⁷⁵⁹ *Mohr*, Insolvenzrecht 63; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 117 Rz 29.

⁷⁶⁰ ErläutRV zur InsNov 2002, 988 BlgNR 21. GP 30.

⁷⁶¹ ErläutRV zur InsNov 2002, 988 BlgNR 21. GP 30.

Gläubigerausschusses und des Konkursgerichts gebunden⁷⁶², da sie nunmehr im Zuge der EO-Novelle 2008 den Bestimmungen hinsichtlich der Exekution auf das unbewegliche Vermögen unterworfen wurden⁷⁶³.

Im Unterschied zu den in 6.4.5.5.2. und 6.4.5.5.3. behandelten Fällen ist jedoch im Anwendungsbereich des § 117 Abs 1 Z 3 KO die Bestellung eines Gläubigerausschusses nicht zwingend (e contrario § 88 Abs 1 Satz 2 KO), weshalb auch dessen Genehmigung nur bei bereits erfolgter Bestellung Voraussetzung für die Wirksamkeit im Außenverhältnis ist.

6.4.5.5.5. Verfahren

Sobald der Masseverwalter entsprechende Angebote vorliegen bzw einen Vertrag abgeschlossen hat⁷⁶⁴, der in den Anwendungsbereich des § 117 KO fällt – wobei hier die aufschiebende Bedingung der Genehmigung durch Gläubigerausschuss und Konkursgericht inkludiert sein sollte – hat er dies entweder einem bereits bestehenden Gläubigerausschuss zu unterbreiten oder ansonsten beim Konkursgericht in den Fällen des § 117 Abs 1 Z 1 und 2 KO die Bestellung eines Gläubigerausschusses zu *beantragen*⁷⁶⁵. Von der Befassung des Gläubigerausschusses kann auch bei Dringlichkeit nicht abgesehen werden⁷⁶⁶. Gemäß § 117 Abs 3 KO setzt die Genehmigung voraus, dass seit dem Beginn der Bekanntmachung der beabsichtigten Veräußerung oder Verpachtung mindestens 14 Tage – in dringenden Fällen 8 Tage – vergangen sind. Jedoch werden sowohl der Gläubigerausschuss als auch das Konkursgericht durch diese Fristsetzung

⁷⁶² *Konecny/Rathauscher*, ZIK 2003/205, 151; OLG Wien 13.05.2004, 28 R 33/04k = ZIK 2004/173, 138; anders noch OLG Wien 26.11.2002, 28 R 230/02b = ZIK 2003/88, 67, wo das Superädifikat in Anlehnung an ältere Judikatur schlicht und einfach als bewegliche Sache eingestuft wurde.

⁷⁶³ Vgl §§ 87, 97 EO idF EO-Novelle 2008, BGBl I 2008/37.

⁷⁶⁴ Vgl *Mohr*, Insolvenzrecht 51; siehe ebenfalls *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 117 Rz 48: „Der Gläubigerausschuss muss erst mit der Genehmigung des Vertragsabschlusses befasst werden. Daher schadet eine Bestellung erst nach Vertragsabschluss nicht.“

⁷⁶⁵ Siehe zum „Antragsrecht“ des Masseverwalters in Punkt 4.1.

⁷⁶⁶ ErläutRV zur InsNov 2002, 988 BlgNR 21. GP 30; vgl ebenfalls *Riel*, ZIK 2002/259, 189; *Mohr*, Insolvenzrecht 51.

nicht von der Verpflichtung entbunden, die Angemessenheit des Kaufpreises zu prüfen⁷⁶⁷.

Der Masseverwalter ist verpflichtet, dem Gläubigerausschuss die bestmögliche Entscheidungsvielfalt zu bieten, weshalb diesem grundsätzlich auch jedes Angebot unterbreitet werden muss⁷⁶⁸. Nach Genehmigung durch den Gläubigerausschuss ist dessen Befassung mit nachträglichen Angeboten zur Vermeidung von unnötigen Verfahrensverzögerungen nur mehr erforderlich, wenn diese für die Konkursgläubiger tatsächlich vorteilhafter wären⁷⁶⁹.

Der Masseverwalter hat die Entscheidung des Gläubigerausschusses in jedem Fall – somit auch bei Nichtgenehmigung⁷⁷⁰ – gemäß § 95 Abs 1 KO dem Konkursgericht mitzuteilen⁷⁷¹, dessen Genehmigung ebenfalls im Außenverhältnis Wirksamkeitsvoraussetzung ist⁷⁷². Unzutreffend ist in dieser Hinsicht die von *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* zu § 95 KO vertretene Ansicht, dass durch die InsNov 2002 die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf Beschlüsse nach § 117 KO beseitigt wurde⁷⁷³. Die endgültige Entscheidung über Genehmigung oder Nicht-Genehmigung eines vom Masseverwalter beabsichtigten Geschäfts liegt auch in den für das Konkursverfahren äußerst bedeutsamen Fällen des § 117 KO letzten Endes beim Konkursgericht⁷⁷⁴. Da dieses auf Basis der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Beschlussfassung entscheiden muss⁷⁷⁵, ist ein nach Genehmigung des Kaufvertrags durch den Gläubigerausschuss gestelltes

⁷⁶⁷ *Mohr*, Insolvenzzrecht 60; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ IV § 117 Rz 53.

⁷⁶⁸ *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ IV § 117 Rz 46; vgl ebenfalls *Mohr*, Insolvenzzrecht 61; *Muhri/Stortecky*, Insolvenzzrecht⁴ 166.

⁷⁶⁹ Vgl *Riel*, ZIK 2002/259, 189 FN 13.

⁷⁷⁰ *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ IV § 117 Rz 61; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 117 Rz 20.

⁷⁷¹ Siehe zu § 95 KO eingehend unter Punkt 5.6.

⁷⁷² *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ IV § 117 Rz 52, 59; *Mohr*, Insolvenzzrecht 61; vgl zur Situation vor der InsNov 2002: *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 117 Rz 20.

⁷⁷³ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ III § 95 Rz 29, 31.

⁷⁷⁴ *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ IV § 117 Rz 61; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 117 Rz 20; *Riel*, ZIK 2002/259, 189.

⁷⁷⁵ *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ IV § 117 Rz 55.

nachträgliches Kaufanbot zu berücksichtigen⁷⁷⁶. Das Konkursgericht kann durchaus auch einen Beschluss des Gläubigerausschusses über die Nichtgenehmigung nach § 95 Abs 2 KO aufheben und diesem eine nochmalige Überprüfung auftragen⁷⁷⁷. Außerdem kann das Konkursgericht den (negativen) Genehmigungsbeschluss des Gläubigerausschusses in dringenden Fällen durch eine andere Verfügung ersetzen⁷⁷⁸, wobei daran richtigerweise – auch aufgrund der Mindestbekanntmachungsdauer – strenge Anforderungen zu stellen sind⁷⁷⁹. Der Eintritt der Rechtskraft des konkursgerichtlichen Genehmigungsbeschlusses heilt auch jene Mängel, die im Genehmigungsverfahren, etwa durch die Nichtbefassung/Nichtbestellung eines Gläubigerausschusses oder durch fehlende Bekanntmachung, entstanden sind⁷⁸⁰.

6.4.5.5.6. Rekursmöglichkeit

Gegen die Entscheidung des Konkursgerichts sind der Masseverwalter, die Mitglieder des Gläubigerausschusses und der Gemeinschuldner⁷⁸¹ rekursberechtigt⁷⁸². Hingegen steht dieses Rechtsmittel einzelnen Konkursgläubigern als solchen oder Absonderungsgläubigern nicht zu⁷⁸³, weil sie von der Entscheidung lediglich *wirtschaftlich* betroffen sind⁷⁸⁴. Weiters kommt auch Dritten im Verfahren nach § 117 KO keine Parteistellung und

⁷⁷⁶ Kodek in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 117 Rz 55; vgl ebenfalls vor der InsNov 2002 *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 116 Rz 28.

⁷⁷⁷ *Mohr*, Insolvenzrecht 61.

⁷⁷⁸ Vgl *Nadler*, Unternehmensverkauf 86; *Riel*, ZIK 2002/259, 189; *Muhri/Stortecky*, Insolvenzrecht⁴ 167.

⁷⁷⁹ *Mohr*, Insolvenzrecht 61f; *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 117 Rz 60.

⁷⁸⁰ *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 117 Rz 52; *Mohr*, Insolvenzrecht 62; *Isola* in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, Praxishandbuch², 535; *Feil*, KO⁵ § 117 Rz 1; aA *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap. 12.4/19; *Muhri/Stortecky*, Insolvenzrecht⁴ 167.

⁷⁸¹ Dieser jedoch aufgrund fehlender Beschwer nicht gegen die Versagung der Genehmigung eines Kaufvertrags mangels gehöriger Bekanntmachung, weil damit nicht inhaltlich darüber entschieden wurde, an wen und zu welchen Konditionen die Liegenschaft veräußert werden soll: OGH 24.04.2003, 8 Ob 42/03i = ZIK 2003/192, 137.

⁷⁸² *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 117 Rz 62; *Mohr*, Insolvenzrecht 62; *Muhri/Stortecky*, Insolvenzrecht⁴ 166f.

⁷⁸³ OGH 16.04.2007, 8 Ob 45/07m = ZIK 2007/286, 171.

⁷⁸⁴ Vgl *Nadler*, Unternehmensverkauf 87f; *Mohr*, Insolvenzrecht 62; *Feil*, KO⁵ § 117 Rz 14; *Muhri/Stortecky*, Insolvenzrecht⁴ 167; OGH 16.09.1993, 8 Ob 15/93 = ecolex 1994, 818; OLG Innsbruck 18.05.1995, 1 R 141/95 = ZIK 1996, 31.

damit keine Rekurslegitimation zu, was insbesondere für den Freihandkäufer von Bedeutung sein kann⁷⁸⁵.

6.5. SCHADENERSATZRECHTLICHE VERANTWORTLICHKEIT DER AUSSCHUSSMITGLIEDER

6.5.1. Allgemeines

Die ordnungsgemäße Funktionsausübung des Gläubigerausschusses durch seine Mitglieder ist für den raschen Ablauf des Konkursverfahrens ebenso wichtig wie für die korrekte Abwicklung aller mit dem Konkurs in Zusammenhang stehenden Geschäfte. Aus diesem Grund können neben dem Masseverwalter sowie dem Konkursgericht (im Wege der Amtshaftung⁷⁸⁶) auch die einzelnen Ausschussmitglieder, nicht hingegen der Gläubigerausschuss als Kollegialorgan – wie dies durch die Überschrift zu § 89 KO verstanden werden könnte –, bei etwaigem Fehlverhalten zur Haftung herangezogen werden⁷⁸⁷.

Schadenersatzansprüche gegen Ausschussmitglieder sind stets im Klageweg geltend zu machen⁷⁸⁸. Die Ersatzpflicht besteht sowohl während des Konkursverfahrens als auch danach⁷⁸⁹ und richtet sich nach allgemeinem Zivilrecht und nicht nach Unternehmensrecht, auch wenn der

⁷⁸⁵ Vgl. *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ IV § 117 Rz 67; *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 116 Rz 27; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 95 Rz 13; *Nadler*, Unternehmensverkauf 86; *Kodek* in *Konecny*, Insolvenzforum 2003, 57ff; *Kodek*, ÖJZ, 2004, 596; OGH 18.04.1963, 5 Ob 98/63 = SZ 36/59 = EvBl 1963/367, 497 = RZ 1963, 136; OGH 18.10.1967, 5 Ob 191/67 = EvBl 1968/165, 273; OLG Wien 21.06.1996, 28 R 46/96g = ZIK 1997, 104; OGH 21.02.2002, 8 Ob 251/01x = JBI 2002, 465 = ZIK 2002/142, 101; aA *Klicka*, JBI 2002, 466.

⁷⁸⁶ Siehe zu diesem Themenbereich *Shamiyeh*, Haftung 201ff.

⁷⁸⁷ *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 21; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 49.

⁷⁸⁸ *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 438 Anm 9; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 214; *Wegan*, Insolvenzrecht 23; *Feil*, KO⁵ § 89 Rz 8.

⁷⁸⁹ *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 437 Anm 9.

Gemeinschuldner oder das verantwortliche Gläubigerausschussmitglied Unternehmer sein sollten⁷⁹⁰.

6.5.2. Haftungsgrundlage

Die Haftungsgrundlage für die schadenersatzrechtliche Verantwortlichkeit findet sich in § 89 Abs 2 Satz 2 KO, wo statuiert wird, dass die Mitglieder des Gläubigerausschusses allen Beteiligten⁷⁹¹ für Vermögensnachteile, die sie durch pflichtwidriges Verhalten verursachen, verantwortlich sind. Die Haftung der Ausschussmitglieder beruht – ebenso wie die Haftung des Masseverwalters nach § 81 Abs 3 KO – auf einem gesetzlichen Schuldverhältnis zu den Beteiligten, in welches das einzelne Mitglied durch die Übernahme des Amtes tritt⁷⁹². Dieses gesetzliche Schuldverhältnis zu den in § 89 Abs 2 Satz 2 KO angesprochenen Personen löst eine persönliche schadenersatzrechtliche Verantwortung der einzelnen Gläubigerausschussmitglieder nach den Grundsätzen der Vertragshaftung aus⁷⁹³. Das hat zur Folge, dass auch das bloße Vermögen der Beteiligten geschützt ist, leichte Fahrlässigkeit für die Haftung ausreicht, die Beweislastumkehr zur Anwendung gelangt sowie die Gehilfenhaftung nach § 1313a ABGB herangezogen werden kann⁷⁹⁴.

Da die Rechtsprechung eine Haftung des Masseverwalters nach dem AHG ablehnt, weil nicht der Staat, sondern die Gläubiger unter Aufsicht des Gerichtes über das wirtschaftliche Ergebnis des Verfahrens bestimmen würden und die Tätigkeit des Masseverwalters aus diesem Grund nicht

⁷⁹⁰ Vgl. Pollak in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 438 Anm 9.

⁷⁹¹ Siehe Punkt 6.5.3.

⁷⁹² Welser in *Jelinek*, Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrecht 32; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 21; *Shamiyeh*, Haftung 207 mwN zur deutschen hM und Rsp; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 49; vgl. auch *Kozioł*, JBI 1994, 218; *Oberhofer*, RdA 1996/11.

⁷⁹³ *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 213; *Feil*, KO⁵ § 89 Rz 8; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 50; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 21; *Isola* in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, Praxishandbuch², 542; *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 278; Welser in *Jelinek*, Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrecht 33; OGH 21.01.1959, 6 Ob 343/58 = JBI 1959, 416.

⁷⁹⁴ Siehe dazu eingehend unter Punkt 6.5.4.

allgemein als Vollziehung der Gesetze oder als Besorgung hoheitlicher Aufgaben angesehen werden könne⁷⁹⁵, muss dies auch für Ausgleichsverwalter, Sachwalter und Mitglieder des Gläubigerausschusses gelten, da diese Personen ebenfalls nicht aus eigenem in hoheitlicher Funktion tätig sind⁷⁹⁶. Eine Haftung der Ausschussmitglieder nach den Bestimmungen des AHG ist somit – wie auch beim Masseverwalter – nach hL und stRsp ausgeschlossen, weil mit der Mitgliedschaft im Ausschuss nicht die für eine Anwendung des AHG vorausgesetzte (öffentlich-rechtliche) Organstellung im Sinne des § 1 Abs 2 AHG verbunden ist⁷⁹⁷. Dass der Anwendungsbereich des AHG im Hinblick auf die Haftung des Masseverwalters ausnahmsweise dann gegeben sein kann, wenn er auf eine ausdrückliche Weisung des Gerichts tätig werden würde⁷⁹⁸, braucht im Zusammenhang mit der Haftung der Ausschussmitglieder nicht näher erläutert zu werden, da weder der Gläubigerausschuss als Kollegialorgan noch die einzelnen Mitglieder den Weisungen des Konkursgerichts unterliegen⁷⁹⁹.

Jedoch kann neben der Haftung nach § 89 Abs 2 Satz 2 KO wegen Verletzung konkursspezifischer Pflichten auch eine deliktische Haftung der Gläubigerausschussmitglieder in Frage kommen⁸⁰⁰. Dagegen ist wiederum eine Haftung aus culpa in contrahendo der deutschen Rechtsprechung folgend auch in Österreich abzulehnen⁸⁰¹.

⁷⁹⁵ OGH 04.04.1963, 5 Ob 23/63 = EvBl 1963/348, 471 = JBl 1964, 42.

⁷⁹⁶ Welser in *Jelinek*, Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrecht 34.

⁷⁹⁷ Welser in *Jelinek*, Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrecht 34; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 21; *Holzhammer*, Insolvenzrecht⁵, 114; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 53; OGH 18.05.1988, 3 Ob 522/88 = SZ 61/128 = RdW 1988, 394 = RZ 1988/53, 225.

⁷⁹⁸ OGH 18.05.1965, 1 Ob 68/65 = EvBl 1965/420, 632 = JBl 1974, 545; OGH 12.01.1967, 1 Ob 235/66 = EvBl 1967/333, 467.

⁷⁹⁹ *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.6/10.

⁸⁰⁰ *Shamiyeh*, Haftung 208 mwN zur deutschen hM und Rsp; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 21; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 54; siehe hierzu unter Punkt 6.5.4.5.

⁸⁰¹ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 54; *Shamiyeh*, Haftung 211; vgl Punkt 6.5.4.6.

6.5.3. „Beteiligte“ im Konkursverfahren

6.5.3.1. Allgemeines

Unter „Beteiligte“ im Sinne des § 89 Abs 2 Satz 2 KO versteht man alle Personen, welche durch Handlungen der Ausschussmitglieder in ihrem Vermögen geschädigt werden können, dh alle Personen, denen gegenüber die Mitglieder des Gläubigerausschusses konkursspezifische Pflichten zu erfüllen haben⁸⁰². Es handelt sich bei diesem Personenkreis nach hA im Wesentlichen um denselben, welcher auch bei der Haftung des Masseverwalters aufgrund pflichtwidriger Amtsführung gemäß § 81 Abs 3 KO zur Anwendung gelangt⁸⁰³. Die Aufsichtspflicht des Gläubigerausschusses⁸⁰⁴ dient ebenso wie die des Masseverwalters nach § 81 Abs 3 KO der Verhinderung von Schäden, weshalb sie gegenüber all jenen besteht, die auch durch Pflichtverletzungen des Masseverwalters Vermögensnachteile erleiden können⁸⁰⁵. Aus diesem Grund bestehen die Aufsichtspflichten dieser beiden Konkursorgane im Großen und Ganzen gegenüber allen Beteiligten im Sinne des § 81 Abs 3 KO und somit hinsichtlich aller Personen, denen gegenüber sie im Konkursverfahren Pflichten zu erfüllen haben, wobei die Verantwortlichkeit der Ausschussmitglieder aber auch nicht über den zu überwachenden Bereich hinausgeht⁸⁰⁶. Im Ergebnis deckt sich somit der Kreis der „Beteiligten“ bezüglich einer allfälligen Haftung der Ausschussmitglieder, wenn man ihren Pflichtenkreis weit auslegt und auch Aus- und Absonderungsgläubiger miteinbezieht, mit dem des Masseverwalters iSd § 81 Abs 3 KO und ist deshalb auch die zu dieser Norm ergangene Rechtsprechung und Literatur maßgeblich.

⁸⁰² *Shamiyeh*, Haftung 207; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 21; *Chalupsky*/

Duursma-Kepplinger in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 50; *Reisch* in *Hamerle*/

Lahodny-Karner/Reisch, Sanierung III Kap 12.6/15.

⁸⁰³ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 50; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 22; *Shamiyeh*, Haftung 211; vgl ebenfalls *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 437 Anm 9.

⁸⁰⁴ Siehe vor allem Punkt 6.3.

⁸⁰⁵ *Shamiyeh*, Haftung 211.

⁸⁰⁶ *Shamiyeh*, Haftung 211.

Somit sind – wenn man die stRsp im Hinblick auf die Haftung des Masseverwalters auf den Gläubigerausschuss anwendet – geschädigte „Beteiligte“ alle Personen, deren Rechtsstellung einschließlich ihres wirtschaftlichen Gehalts von der Gestaltung des Konkursverfahrens beeinflusst wird, sofern der Gläubigerausschuss bei seinen Handlungen oder Unterlassungen zur Verhütung ihrer Schädigung verpflichtet erscheint⁸⁰⁷. Darunter sind bei näherer Betrachtung jene Personen zu verstehen, die einen Rechtsanspruch auf ein entsprechendes, pflichtgemäßes Verhalten der Mitglieder des Gläubigerausschusses bei Ausübung ihrer konkurspezifischen Pflichten (Überwachung des Masseverwalters, Genehmigungspflichten nach § 117 KO usw) haben⁸⁰⁸. Eine Beteiligtenstellung und auch die Anspruchsberechtigung ergeben sich somit aus den Pflichten, welche die Gläubigerausschussmitglieder nach den Bestimmungen der KO gegenüber einer bestimmten Person in einer bestimmten Situation zu erfüllen haben. Jeder, der einen durch Auslegung der Bestimmungen der Konkursordnung zu ermittelnden Anspruch auf ein bestimmtes Verhalten der Ausschussmitglieder in einer bestimmten Situation hat, kann bei erlittenem Schaden diese ihre Pflichten vernachlässigenden Mitglieder zur Haftung heranziehen.

Der OGH⁸⁰⁹ sowie ein Teil der Lehre⁸¹⁰ stellen zusätzlich darauf ab, dass dem Beteiligten ein "Teilnahmeanspruch" zusteht. Der für den Bereich des Konkursrechts bedeutsame Begriff des „Konkursteilnahmeanspruchs“ lässt sich auf die Theorie vom (materiellen) Rechtsschutzanspruch zurückführen. Diese von *Wach*⁸¹¹ begründete Lehre, wonach jeder ein subjektives öffentliches Recht gegen den Staat auf ein günstiges Urteil hat,

⁸⁰⁷ Vgl OGH 03.07.1974, 5 Ob 102/74 = SZ 47/84 = EvBl 1975/138, 269 im Anschluss an *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 171; *Welser* in *Jelinek*, Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrecht 36.

⁸⁰⁸ Vgl *Rintelen*, Handbuch 73; *Federsel*, RdW 1987, 78; *Riel*, ecolex 1997, 484.

⁸⁰⁹ OGH 30.09.1986, 2 Ob 519/85 = JBl 1987, 53 = RdW 1987, 78; OGH 11.03.1993, 8 Ob 4/92 = SZ 66/33 = JBl 1994, 52 = EvBl 1993/172, 703 = RdW 1993, 306 = ecolex 1993, 382 = AnwBl 1993, 622; OGH 31.08.1994, 8 Ob 1013/94 = ZIK 1995, 53; OLG Wien 19.12.1994, 6 R 39/94 = ZIK 1995, 119; OGH 20.04.1995, 8 Ob 22/94 = ecolex 1995, 556 = WBl 1995, 378 = ZIK 1996, 25; OGH 12.10.1995, 8 Ob 15/95 = SZ 68/187 = JBl 1996, 262 = ZIK 1996, 57.

⁸¹⁰ *Holzhammer*, Insolvenzrecht⁵, 114; *Oberhofer*, RdA 1996/11; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 171; *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 292; *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 476 Anm 1; *Wegan*, Insolvenzrecht 123, 127.

⁸¹¹ *Wach*, Handbuch 19; *Wach*, ZZP 1904, 1.

wird jedoch von der in Österreich herrschenden Lehre als überholt betrachtet und bietet keinen Anhaltspunkt für die Annahme einer *allgemeinen* Prozessvoraussetzung⁸¹². Ist die Theorie vom materiellen Rechtsanspruch schon im Zivilprozessrecht als Mindermeinung zu betrachten, kann sie im Konkursrecht mit der (heute) herrschenden Lehre als praktisch nicht vorhanden eingestuft werden⁸¹³. Zudem findet diese Einschränkung, dass Beteiligte im Konkursverfahren zusätzlich einen Teilnahmeanspruch an selbigem haben müssen, in der Konkursordnung keine Grundlage⁸¹⁴. In dieser wird an mehreren Stellen deutlich, dass es sich um die Geltendmachung eines materiell-rechtlichen Anspruchs handelt und nicht um einen öffentlich-rechtlichen Anspruch auf eine „günstige Forderungserledigung“. So ist etwa geregelt, dass die Konkursgläubiger ihre „Forderung“ geltend machen müssen und diese im Prüfungsverfahren nach §§ 102 KO festzustellen sei, weshalb es sich um einen materiell-rechtlichen Anspruch handeln müsse⁸¹⁵. Zudem wären weitere Hinweise auf einen materiell-rechtlichen Anspruch in den §§ 103 und 110 KO gegeben⁸¹⁶. Dieser Ansicht ist zu folgen, da zudem in der Konkursordnung weder der Ausdruck „Konkursteilnahmeanspruch“ noch andere Formulierungen existieren, welche auf das Vorhandensein eines derartigen Anspruchs hindeuten würden. Die in der älteren Lehre⁸¹⁷ sowie in der Rechtsprechung⁸¹⁸ verwendete Formulierung eines „Teilnahmeanspruchs“ am Konkursverfahren kann – wie *Konecny* dies treffend formuliert hat – lediglich „insofern hilfreich sein, als sie klarmacht, dass die Anmeldung einer Konkursforderung mehr verfolgt als nur die gewöhnliche Durchsetzung eines Leistungsanspruchs“, weil der Gläubiger nämlich durch die Forderungsanmeldung und -feststellung umfassend am Konkursverfahren beteiligt wird und insbesondere durch die (erfolgreiche) Feststellung seiner

⁸¹² *Fasching*, Lehrbuch² Rz 740; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ Rz 21; *Böhm*, JBI 1974, 25; OGH 15.12.1993, 3 Ob 505/94 = SZ 66/173 = JBI 1994, 624; aA *Dolinar/Holzhammer*, Zivilprozessrecht I⁶, 89.

⁸¹³ *Konecny*, ZIK 1996, 146 mwN; *Ballon*, Zivilprozeßrecht⁸ Rz 31; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ Rz 13; *Rechberger* in *Rechberger*, Kommentar zur ZPO² Rz 9 vor § 226.

⁸¹⁴ Vgl. *Shamiyeh*, Haftung 58 FN 17; *Federsel*, RdW 1987, 78.

⁸¹⁵ *Konecny*, ZIK 1996, 146.

⁸¹⁶ *Konecny*, ZIK 1996, 146.

⁸¹⁷ *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 476f Anm 1; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 110ff, 558ff; *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 292.

⁸¹⁸ OGH 19.01.1972, 1 Ob 343/71 = SZ 45/5 = EvBl 1972/208, 402 = JBI 1973, 38; OGH 25.11.1986, 5 Ob 321/86 = SZ 59/208; OGH 20.04.1995, 8 Ob 22/94 = ecolex 1995, 556 = WBI 1995, 378 = ZIK 1996, 25; OGH 26.04.2001, 8 Ob 72/00x = ecolex 2002/9, 25 = GesRZ 2001, 191 = ZIK 2002/26, 19; OGH 26.02.2004, 8 Ob 154/03k = ZIK 2004/267, 210.

Forderung auch ein Stimmrecht erhält⁸¹⁹. Dass Gläubigern, deren Forderung festgestellt wurde, Beteiligtenrechte eingeräumt werden, hat aber mit einem eigenen „Teilnahmeanspruch“ nichts gemeinsam, da deren Teilnahme am Konkursverfahren eben von einer „Festigung“ ihrer Rechtsposition abhängig ist. Eine moderne Position vertritt in diesem Zusammenhang schließlich *Nunner-Krautgasser*, nach deren Ansicht im Konkurs nicht ein öffentlich-rechtlicher Anspruch auf günstige Forderungserledigung bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen geltend gemacht wird, sondern der „konkursspezifische Haftungsanspruch des Gläubigers, der auf dem individuellen Anteil des Gläubigers an der haftungsrechtlichen Zuweisung der Masse gegründet ist.“⁸²⁰

Im Ergebnis ist somit für die Stellung als „Beteiligter“ im Sinne des § 81 Abs 3 KO – und somit auch für die Stellung als Beteiligter hinsichtlich der Verantwortlichkeit einzelner Ausschussmitglieder – kein expliziter Teilnahmeanspruch am Konkursverfahren erforderlich, sondern lediglich die Betroffenheit in einer Rechtsposition, welche durch pflichtwidriges Verhalten eines Mitglieds des Gläubigerausschusses im Hinblick auf die Erfüllung seiner konkursspezifischen Pflichten verursacht wurde.

6.5.3.2. Kreis der Beteiligten

Zum Kreis der Beteiligten zählen somit der Gemeinschuldner hinsichtlich seines nicht durch den Konkurs gebundenen Vermögens⁸²¹, Konkurs- und Massegläubiger⁸²² sowie Absonderungs- und Aussonderungsberechtigte⁸²³. Die beiden Letztgenannten haben wegen der

⁸¹⁹ *Konecny*, ZIK 1996, 146.

⁸²⁰ *Nunner-Krautgasser*, Vermögenshaftung 353; im Ergebnis auch *Konecny*, ZIK 1996, 148.

⁸²¹ OGH 03.07.1974, 5 Ob 102/74 = SZ 47/84 = EvBl 1975/138, 269; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 171.

⁸²² OGH 08.03.1995, 9 ObA 2/95 = Arb 11.377 = JBI 1995, 739 = infas 1995, A 79 = ZIK 1995, 55 = ZASB 1995, 14 = RdW 1995, 312 = RdA 1995, 424; *Isola* in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, Praxishandbuch², 542; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 171; *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 437 Anm 9.

⁸²³ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 50 mwN zur deutschen Rechtslage; *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 437 Anm 9; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 171; *Isola* in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, Praxishandbuch², 542; *Welser*, NZ 1984, 92; OGH 10.01.1933, 2 Ob 1152/32 = SZ 15/7 =

bevorzugten Behandlung ihrer Rechte zwar keine verfahrensrechtliche Parteistellung (welche aber – wie zuvor ausgeführt – für die Zugehörigkeit zum Kreis der Beteiligten nach hM auch nicht erforderlich ist), sind aber „materiell Beteiligte“, deren Rechte der Masseverwalter wie auch der Gläubigerausschuss und das Konkursgericht zu wahren haben⁸²⁴.

Nach *Welser*⁸²⁵ sind zusätzlich auch mögliche Garanten im Zwangsausgleichsverfahren⁸²⁶, die wegen der Beitragsberechnung beteiligten Genossenschafter im Genossenschaftskonkurs⁸²⁷, Gläubiger ausgeschlossener Forderungen sowie Einzelanfechtungsgläubiger⁸²⁸, deren Anfechtungsanspruch der Masseverwalter gemäß § 37 Abs 2 und 3 KO nicht genügend betreut hat⁸²⁹, Beteiligte im Sinne des § 81 Abs 3 KO. Hinsichtlich dieser Beteiligtenstellungen muss im Einzelfall untersucht werden, inwieweit der Gläubigerausschuss im Rahmen seiner Überwachungs- und Unterstützungspflicht den durch den Masseverwalter verursachten Schaden hätte verhindern können. Besteht etwa – wie bei den Anfechtungsansprüchen – ein Äußerungsrecht des Gläubigerausschusses (hier: § 116 Abs 1 Z 3 KO), so wird es vom Inhalt der Äußerung abhängen, ob eine Haftung gegenüber diesen Gläubigern allenfalls in Frage kommen kann. Bei einem bloßen Äußerungsrecht wird man zusätzlich davon ausgehen müssen, dass die Schadensaufteilung zwischen dem Masseverwalter und den Ausschussmitgliedern sowie dem Konkursgericht – sofern dieses in den Prozess eingebunden ist (wie dies ebenfalls für die Fälle des § 116 Abs 1 Z 3 KO der Fall ist) – ungleich ausfällt und der Masseverwalter den Hauptteil auf sich nehmen muss⁸³⁰.

JB1 1933, 146; OGH 30.09.1986, 2 Ob 519/85 = JB1 1987, 53 = RdW 1987, 78; OGH 08.03.1990, 7 Ob 501/90 = AnwBI 1990, 653 = NZ 1992, 64; OGH 27.11.1997, 8 Ob 2287/96y = ecolex 1998, 314 = MietSlg 49.741 = JB1 1998, 320 = ZIK 1998, 101 = RdW 1998, 342; OGH 07.07.1998, 5 Ob 169/98h = ecolex 1999/15, 22 = JB1 1999, 393 = RZ 1999/29, 126 = ZIK 1998, 171 = MietSlg 50.857.

⁸²⁴ *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 76.

⁸²⁵ *Welser*, NZ 1984, 92.

⁸²⁶ OGH 08.03.1990, 7 Ob 501/90 = AnwBI 1990, 653 = NZ 1992, 64.

⁸²⁷ Siehe auch *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 171.

⁸²⁸ OGH 08.03.1990, 7 Ob 501/90 = AnwBI 1990, 653 = NZ 1992, 64.

⁸²⁹ Siehe auch *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 171.

⁸³⁰ Siehe Punkt 6.5.4.8.

Nicht als Beteiligter iSd § 81 Abs 3 KO eingestuft wurde vom OGH der Gesellschafter einer in Konkurs verfallenen GmbH allein aufgrund seiner Eigenschaft als Gesellschafter und soweit für ihn kein anderer Anspruchsgrund besteht⁸³¹. Ebenso hat der OGH die Beteiligtenstellung des Erstehers einer Liegenschaft verneint, dem gegenüber der Masseverwalter fälschlicherweise die Bestandfreiheit angezeigt hat. Da es sich um eine kridamäßige Versteigerung von unbeweglichem Konkursvermögen handelte, unterliege diese gemäß § 119 Abs 2 KO dem Exekutionsrecht im Sinne der EO und sei mit einem Freihandverkauf des Masseverwalters nicht vergleichbar. Aus diesem Grund komme dem Masseverwalter kein Einfluss auf die dem Exekutionsrichter allein vorbehaltene Verfahrensabwicklung zu und würden Prozessbehauptungen – sofern sie nicht in Irreführungsabsicht erfolgten oder das Ergebnis einer mutwilligen Prozessführung darstellten – keine Beratung im Sinne des § 1300 ABGB darstellen. Wurde in dieser Entscheidung noch der Unterschied zu einem Freihandverkauf des Masseverwalters betont, zählt nach der jüngeren Rechtsprechung der Erwerber im Fall einer „freihändigen Versteigerung“ einer Liegenschaft aus dem Konkursvermögen ebenfalls nicht zum Kreis der vom Masseverwalter und den Mitgliedern des Gläubigerausschusses zu schützenden Beteiligten im Sinne des § 81 Abs 3 KO⁸³². Zu den Beteiligten zählt weiters nicht der Zedent, der dem Gemeinschuldner eine Forderung abgetreten hat, auch wenn die nicht gehörige Prozessführung des Masseverwalters für den Zedenten die Gefahr einer Regressklage nach sich zieht⁸³³. Schließlich ist der Vertragsgenosse des Gemeinschuldners bei nicht sachgemäßer Entschließung des Masseverwalters für Geschäftseintritt oder dessen Ablehnung kein Beteiligter im Sinne der KO, weil der Masseverwalter hiebei nur die Masseinteressen zu berücksichtigen hat und ihn eine Verantwortung solange nicht treffen kann, als er nicht durch wissentlich oder fahrlässig unrichtige Angaben versucht, den Kläger zum Abschluss des Geschäftes zu veranlassen⁸³⁴. Im Hinblick auf die Mitglieder des Gläubigerausschusses gilt auch hier wiederum, dass auf den jeweiligen Einzelfall abzustellen ist und eine

⁸³¹ OGH 03.07.1974, 5 Ob 102/74 = SZ 47/84 = EvBl 1975/138, 269.

⁸³² OGH 17.03.1998, 10 Ob 70/98m = ZIK 1998, 131.

⁸³³ *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 171.

⁸³⁴ OGH 01.12.1954, 1 Ob 737/54 = SZ 27/305.

Verantwortlichkeit gegenüber diesen Personen ebenso wie beim Masseverwalters grundsätzlich in Frage kommen kann, sofern sie die Rechtshandlungen des Masseverwalters den Bestimmungen der Konkursordnung zufolge zu kontrollieren hatten.

6.5.4. Sonstige Fragen im Zusammenhang mit der schadenersatzrechtlichen Verantwortlichkeit

6.5.4.1. Beweislastumkehr

Für die schadenersatzrechtliche Haftung der Mitglieder des Gläubigerausschusses gilt den Grundsätzen der Vertragshaftung entsprechend bezüglich des Verschuldens die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB⁸³⁵. Somit liegt es an den Ausschussmitgliedern, zu beweisen, dass sie an der Erfüllung ihrer konkursspezifischen Pflichten ohne ihr Verschulden gehindert wurden.

6.5.4.2. Gehilfenhaftung

Die Mitglieder des Gläubigerausschusses haben auch für das Fehlverhalten der von ihnen zur Erfüllung ihrer konkursspezifischen Pflichten eingesetzten Gehilfen einzustehen. Derartige Vertreter erlangen – wie bereits unter Punkt 5.4. dargestellt – nicht selbst die Rechtsstellung des von ihnen vertretenen Ausschussmitglieds, sondern sind nach herrschender Ansicht als Gehilfen des vertretenen Mitglieds anzusehen⁸³⁶. Als Anspruchsgrundlage ist

⁸³⁵ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, *Insolvenzrecht*⁴ III § 89 Rz 51; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 21 unter Hinweis auf §§ 81, 81a Rz 12; Petschek/Reimer/Schiemer, *Insolvenzrecht* 213; Isola in Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola, *Praxishandbuch*², 542; Koziol, JBI 1994, 209; Riel, *ecolex* 1997, 484; Welser in Jelinek, *Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrecht* 33.

⁸³⁶ Petschek/Reimer/Schiemer, *Insolvenzrecht* 206; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 88 Rz 11; Bartsch/Heil, *Grundriß*⁴ Rz 277; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in

nach den Grundsätzen der Vertragshaftung in diesem Zusammenhang § 1313a ABGB (und nicht bloß § 1315 ABGB) maßgeblich⁸³⁷. Diese strenge Haftung findet in der Konkursordnung selbst ihre Begründung, denn § 88 Abs 2 Satz 2 KO normiert, dass sich die Mitglieder des Gläubigerausschusses „auf eigene Gefahr und Kosten“ vertreten lassen können. Zwar kann sich somit das betreffende Ausschussmitglied vor dem Vorwurf, seine Pflichten zu vernachlässigen, durch die Entsendung eines Vertreters schützen; jedoch soll das Mitglied der Intention des Gesetzgebers folgend nicht schon durch die Entsendung eines Vertreters von seinen konkurrenzspezifischen Pflichten den Beteiligten gegenüber entlastet werden, sondern insbesondere auch jeden Schaden ersetzen, der bei persönlicher Funktionsausübung ausgeblieben wäre. Die Haftung nach § 1313a ABGB gilt nach hM⁸³⁸ und stRsp⁸³⁹ allerdings nur für solche schädigende Handlungen, die mit der Erfüllung auch tatsächlich in einem inneren Zusammenhang stehen. Dieser Grundsatz muss auch für die Gehilfenhaftung der Ausschussmitglieder gelten, sodass diese nicht nach § 1313a ABGB für Nachteile haftbar gemacht werden können, die der Gehilfe einem Beteiligten sonst (dh anlässlich der Erfüllung) zugefügt hat.

Hat ein Mitglied des Gläubigerausschusses einem geschädigten Beteiligten den Schaden tatsächlich ersetzt, kann er von seinem Gehilfen nach stRsp⁸⁴⁰ und hL⁸⁴¹ gemäß § 1313 ABGB Rückersatz verlangen.

Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 24, § 89 Rz 59; *Feil*, KO⁵ § 88 Rz 6; aA *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 433 Anm 19.

⁸³⁷ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 59; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 21; *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 277; *Isola* in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, Praxishandbuch², 542; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 213; *Welser* in *Jelinek*, Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrecht 33; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.6/15.

⁸³⁸ *Koziol/Welser*, Grundriß¹² II 333; *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 343; *Harrer* in *Schwimann*, ABGB² VII § 1313a Rz 22.

⁸³⁹ OGH 25.04.1978, 5 Ob 555/78 = SZ 51/55; OGH 04.07.1978, 3 Ob 606/78 = SZ 51/108; OGH 12.12.1984, 1 Ob 643, 644/84 = JBl 1986, 101 = RdW 1985, 209; OGH 14.11.1990, 1 Ob 711/89 = SZ 63/201 = EvBl 1991/44, 204 = ecolex 1991, 312.

⁸⁴⁰ OGH 20.02.1973, 4 Ob 3, 4/73 = SZ 46/19 = EvBl 1973/180, 399; OGH 13.01.1976, 4 Ob 72/75 = EvBl 1976/178, 353 = JBl 1977, 49 = Arb 9.432; OGH 27.06.1978, 3 Ob 529/77 = SZ 51/97; OGH 16.01.1985, 1 Ob 685/84 = SZ 58/6 = RdW 1985, 243; OGH 26.03.1996, 4 Ob 2017/96p = SZ 69/78; OGH 09.07.2001, 2 Ob 168/01x = SZ 74/119.

⁸⁴¹ *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 350; *Gamerith* in *Rummel*, ABGB³ § 896 Rz 2-4; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1313 Rz 4; *Harrer* in *Schwimann*, ABGB² VII § 1313 Rz 2; *Koziol/Welser*, Grundriß¹² II 336.

6.5.4.3. Sorgfaltsmaßstab

Hinsichtlich der durch die Ausschussmitglieder anzuwendenden Sorgfalt ist ein objektiver Verschuldensmaßstab nach § 1299 ABGB heranzuziehen⁸⁴². Eine genaue Definition dessen, was unter der „Sorgfalt eines durchschnittlichen Ausschussmitglieds“ zu verstehen ist, gestaltet sich jedoch noch schwieriger als beim Masseverwalter, für dessen Tätigkeit ebenfalls Angehörige verschiedener Berufsbereiche – wie in etwa Rechtsanwalt, Wirtschaftstreuhänder oder Notar – in Frage kommen⁸⁴³. Um dem Zweck und der Aufgabe des Gläubigerausschusses als ein den Masseverwalter überwachendes und unterstützendes Mitglied des Konkursverfahrens in ausreichender Weise gerecht zu werden, wird teilweise gefordert, dass Mitglieder mit möglichst unterschiedlichen Fähigkeiten und Kenntnissen bestellt werden, um das gesamte Spektrum der sich im Zuge eines Konkursverfahrens ergebenden rechtlichen sowie wirtschaftlichen Aufgaben abdecken zu können⁸⁴⁴. Angesichts der in Österreich vorherrschenden Bestellungspraxis⁸⁴⁵ ist jedoch davon auszugehen, dass der Gläubigerausschuss üblicherweise ohnehin eine äußerst homogene Personengruppe bildet, die ausreichend Erfahrung hinsichtlich des Ablaufs von Konkursverfahren hat. In jedem Fall dürfen jedoch die Sorgfaltsanforderungen – nach hL⁸⁴⁶ und stRsp⁸⁴⁷ bei den rechtsberatenden Berufen generell sowie speziell überdies beim Masseverwalter⁸⁴⁸ – auch bei den Mitgliedern des Gläubigerausschusses nicht überspannt werden⁸⁴⁹.

⁸⁴² *Shamiyeh*, Haftung 209; *Welser* in *Jelinek*, Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrecht 32; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 213 (unter Verweis auf die Ausführungen zum Masseverwalter); *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 52; *Isola* in *Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola*, Praxishandbuch², 542; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.6/15

⁸⁴³ *Shamiyeh*, Haftung 156.

⁸⁴⁴ *Shamiyeh*, Haftung 209; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 52.

⁸⁴⁵ Siehe Punkt 4.6.3.4.

⁸⁴⁶ *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB² VII § 1300 Rz 11; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1299 Rz 2; *Fenzl/Völkl/Völkl*, ÖJZ 1989, 513; *Graf*, Anwaltshaftung 41.

⁸⁴⁷ Vgl etwa OGH 10.11.1965, 8 Ob 308/65 = JBI 1966, 524; OGH 21.03.1977, 5 Ob 519/77 = EvBl 1977/238, 552; OGH 05.03.1987, 7 Ob 534/87 = NZ 1987, 284 = WBI 1987, 243.

⁸⁴⁸ *Papis*, RdW 1990, 282; *Shamiyeh*, Haftung 162; OGH 30.09.1986, 2 Ob 519/85 = JBI 1987, 53 = RdW 1987, 78; OGH 18.05.1988, 3 Ob 522/88 = SZ 61/128 = RZ 1988/53, 225 = RdW 1988, 394.

⁸⁴⁹ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 52.

Sollte eine zum Mitglied bestellte Person diesen Anforderungen nicht gerecht werden, besteht die Möglichkeit das Amt abzulehnen⁸⁵⁰. Die schadenersatzrechtliche Verantwortlichkeit ist hingegen nicht durch die (grundsätzliche) Unentgeltlichkeit der Tätigkeit im Gläubigerausschuss⁸⁵¹ ausgeschlossen oder eingeschränkt⁸⁵².

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass auch der Gläubigerausschuss für die Erfüllung bestimmter konkurrenzspezifischer Pflichten – so vor allem im Hinblick auf die Kassenprüfung nach § 89 Abs 1 Satz 2 KO – einen Sachverständigen beiziehen kann⁸⁵³.

6.5.4.4. Verschulden

Da es sich bei der Haftung der Ausschussmitglieder um eine Haftung nach den Grundsätzen des Vertragsrechts handelt, haben diese bereits bei leichter Fahrlässigkeit auch für bloße Vermögensschäden einzustehen⁸⁵⁴.

6.5.4.5. Deliktische Verantwortlichkeit

Sollte jemandem durch die Amtsausübung eines oder mehrerer Gläubigerausschussmitglieder ein Schaden entstehen, ohne dass dieser in Erfüllung konkurrenzspezifischer Pflichten aufgrund der Sonderbeziehung

⁸⁵⁰ Siehe Punkt 4.7.

⁸⁵¹ Siehe Punkt 6.7.

⁸⁵² Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 21 mwN; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 52.

⁸⁵³ Siehe Punkt 6.3.5.2.

⁸⁵⁴ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 57; Welser in Jelinek, Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrecht 33; Isola in Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola, Praxishandbuch², 542.

zwischen den Beteiligten und jenen entstanden wäre, kommt auch eine deliktische Verantwortlichkeit der Ausschussmitglieder in Frage⁸⁵⁵.

6.5.4.6. culpa in contrahendo

In Österreich existiert bislang keine höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage, ob ein Mitglied des Gläubigerausschusses auch aus culpa in contrahendo zur Haftung herangezogen werden kann. Der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) hatte jedoch im Jahr 1981 dieses Problem zu lösen⁸⁵⁶: Ein Mitglied des Gläubigerausschusses war maßgeblich an Kaufvertragsverhandlungen beteiligt und hatte auch eine Provision erhalten. Da sich die Erwartung der Fortführung schließlich nicht erfüllt hatte, war dem Verkäufer in der Folge ein Schaden entstanden, woraufhin er das betreffende Ausschussmitglied unter anderem aus culpa in contrahendo in Anspruch nehmen wollte. Der BGH führte dazu aus, dass es für eine derartige Haftung wesentlich sei, ob der Kläger dem Beklagten sein Vertrauen schenken durfte. Dies sei jedoch nur dann der Fall, wenn derjenige, dem der Vertragspartner vertraut, im Rahmen seines gesetzlich oder vertraglich umschriebenen Aufgabenbereichs tätig ist. Es gehöre jedoch nicht zu den Aufgaben des Gläubigerausschusses, nach außen hin aufzutreten, Vertragsverhandlungen zu führen oder gar Masseschulden durch Geschäftsabschlüsse mit Lieferanten zu begründen, denn dies falle in den Zuständigkeitsbereich des (Masse)Verwalters. Somit sei eine Haftung dieses Mitglieds aus culpa in contrahendo abzulehnen, weil ihm nicht eine Verletzung der ihm durch die Insolvenzordnung zugeteilten Pflichten vorgeworfen werden kann. Wird jedoch ein Gläubigerausschussmitglied im Rahmen seiner ihm nach § 88 dKO (jetzt: § 69 InsO) gesetzlich zugewiesenen Aufgaben tätig und durfte der Vertragspartner auf korrektes Handeln vertrauen, dann kommt auch eine Haftung aus culpa in contrahendo in Betracht. In Anlehnung an diese Entscheidung unter Anwendung derselben Begründung lehnt *Shamiyeh* eine

⁸⁵⁵ *Shamiyeh*, Haftung 208 mwN zur vergleichbaren deutschen Rechtslage; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 21; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 54.

⁸⁵⁶ BGH 22.04.1981, VIII ZR 34/80 = ZIP 1981, 1001 = KTS 1982, 111.

Haftung der Gläubigerausschussmitglieder aus culpa in contrahendo auch für den österreichischen Rechtsbereich ab⁸⁵⁷. Auch nach *Chalupsky/Duursma-Kepplinger*⁸⁵⁸ ist eine derartige Haftung – mit Verweis auf die Entscheidung des BGH - kaum denkbar. Jedoch darf nicht übersehen werden, dass diese Entscheidung des BGH die bislang einzige zu diesem Problembereich darstellt und eine mögliche Haftung der Ausschussmitglieder aus culpa in contrahendo nicht gänzlich ablehnt wurde, sondern lediglich für den zu entscheidenden Einzelfall nicht herangezogen werden konnte. In anderen Fällen kann eine Haftung aus culpa in contrahendo nach der zitierten Entscheidung dann in Betracht kommen, wenn ein Gläubigerausschussmitglied aktiv durch Beratung, Unterstützung oder eigene Verhandlungen am Zustandekommen einer Masseverbindlichkeit mitwirkt, sofern dies im Rahmen seiner ihm nach § 88 dKO (jetzt: § 69 InsO) gesetzlich zugewiesenen Aufgaben geschieht und der Vertragspartner auf korrektes Handeln vertrauen durfte⁸⁵⁹.

Im Ergebnis kann daher eine Haftung von Mitgliedern des Gläubigerausschusses aus culpa in contrahendo in solchen Fällen in Frage kommen, in denen vor dem Zustandekommen von Verträgen in der Konkursordnung normierte Pflichten verletzt werden und der Vertragspartner auf korrektes Handeln des Ausschussmitglieds innerhalb seines ihm durch Gesetz zugewiesenen Aufgabenbereichs vertrauen durfte.

6.5.4.7. Kausalität

Eine Pflichtverletzung eines Mitglieds des Gläubigerausschusses kann – wie allgemein bei Fragen der schadenersatzrechtlichen Verantwortlichkeit üblich – nur dann zur Haftung führen, wenn bei pflichtgemäßer Verhaltensweise der Schaden nicht eingetreten wäre⁸⁶⁰. Somit kann es aber

⁸⁵⁷ *Shamiyeh*, Haftung 211.

⁸⁵⁸ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 54.

⁸⁵⁹ *Uhlenbruck*, InsO¹² § 71 Rz 1.

⁸⁶⁰ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 55; siehe auch die vergleichbare Rechtslage in Deutschland: *Kübler* in *Kübler/Prütting*, InsO, Band I § 71 Rz 18.

zu Fällen kommen, in denen sich ein Ausschussmitglied von seiner Haftung befreien könnte, weil der Schaden auch ohne sein Zutun (oder Unterlassen) aufgrund des (ebenfalls rechtswidrigen und schuldhaften) Verhaltens der anderen Ausschussmitglieder eingetreten wäre. Diese Möglichkeit bestünde etwa dann, wenn der Gläubigerausschuss fünf Mitglieder umfasst, von denen vier für einen schädigenden Beschluss stimmen. In weiterer Folge könnte sich jedes einzelne positiv stimmende Mitglied mit dem Argument zu entlasten versuchen, der Beschluss wäre auch dann zustande gekommen, wenn es dagegen gestimmt hätte⁸⁶¹. Gelöst wird dieser Problembereich mit der These der kumulativen Kausalität. Dies bedeutet, dass nach hL das Verhalten jedes einzelnen Täters in Richtung auf den eingetretenen Schadenserfolg in der konkreten Situation gefährlich und für den entstandenen Schaden zumindest potentiell kausal ist⁸⁶².

Sollten an der schädigenden Handlung bzw an der Herbeiführung des Schadenserfolges mehrere Konkursorgane in verschiedener Weise beteiligt sein, wird auch in solchen Fällen auf die Theorie der kumulativen Kausalität zurückgegriffen werden, sodass wiederum das Verhalten jedes Täters in Richtung auf den eingetretenen Schadenserfolg in der konkreten Situation gefährlich und für den entstandenen Schaden zumindest potentiell kausal war⁸⁶³. Somit bereitet auch in solchen Fällen die Begründung der Kausalität nach sorgfältiger Prüfung aller für den Schadenseintritt relevanten Umstände keine Schwierigkeiten.

Dadurch, dass der Kreis der Beteiligten im Hinblick auf eine Haftung der Gläubigerausschussmitglieder nach § 89 Abs 2 Satz 2 KO nach hM ähnlich umfangreich ist wie der des Masseverwalters nach § 81 Abs 3 KO⁸⁶⁴, kommt insbesondere bei Prüfung der Kausalität einer Verletzung der

⁸⁶¹ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ III § 89 Rz 55; *Shamiyeh*, Haftung 209, der allerdings zusätzlich von der unzutreffenden (siehe Punkt 5.2.4.2.) Ansicht ausgeht, dass eine Stimmenthaltung generell zulässig sei.

⁸⁶² *Shamiyeh*, Haftung 209; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.6/15f; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ III § 89 Rz 55; *Bydlinski*, Schadensverursachung 70; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ 75.

⁸⁶³ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ III § 89 Rz 56.

⁸⁶⁴ Siehe Punkt 6.5.3.

Überwachungspflicht für den durch eine Handlung des Masseverwalters eingetretenen Schaden große Bedeutung zu⁸⁶⁵.

6.5.4.8. Solidarschuld und Schadensaufteilung zwischen mehreren Schädigern

In diesem Zusammenhang sind zwei verschiedene Fallvarianten denkbar, welche jedoch beide durch Anwendung derselben allgemeinen Regeln des Zivilrechts zu einem einheitlichen Ergebnis führen: Zum einen können zugleich mehrere Mitglieder des Gläubigerausschusses gleichzeitig für einen entstandenen Schaden verantwortlich sein. Diese Konstellation kann sich vor allem bei einer Haftung aufgrund des Stimmverhaltens⁸⁶⁶ ergeben. Zum anderen kann eine Schädigung von am Konkursverfahren Beteiligten zusätzlich durch das schädigende Zusammenwirken verschiedener Konkursorgane – wie etwa Gläubigerausschuss, Masseverwalter und Konkursgericht – eintreten, wobei die Schadenersatzpflichten in diesem Fall miteinander konkurrieren⁸⁶⁷.

Unabhängig, welche der beiden genannten Varianten vorliegt, haften die betreffenden Organe im Außenverhältnis für einen rechtswidrig und schuldhaft verursachten Schaden zur ungeteilten Hand nach den Regeln des allgemeinen Zivilrechts, wobei den Bestimmungen der §§ 1301f ABGB iVm § 896 ABGB in diesem Zusammenhang besondere Bedeutung zukommt⁸⁶⁸. Da der Schaden nur einmal zu ersetzen ist, bleibt demjenigen, der vom Geschädigten schließlich in Anspruch genommen wird, nach allgemeinen

⁸⁶⁵ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 22.

⁸⁶⁶ Siehe Punkt 6.5.5.3.

⁸⁶⁷ Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzrecht 173; Welser in Jelinek, Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrecht 32.

⁸⁶⁸ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 58; Pollak in Bartsch/Pollak, KO³ I 438 Anm 9; Shamiyeh, Haftung 210, 212 mwN zur solidarischen Haftung nach §§ 1301ff ABGB; Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch, Sanierung III Kap 12.6/17; Petschek/Reimer/Schiemer, Insolvenzrecht 214; siehe zur vergleichbaren Rechtslage in Deutschland Kübler in Kübler/Prütting, InsO, Band I § 71 Rz 9 mwN.

Regeln der Rückgriff gegen die übrigen – nach nun hL⁸⁶⁹ und stRsp⁸⁷⁰ somit auch gegen den Rechtsträger - gemäß § 1302 ABGB vorbehalten⁸⁷¹.

Der Umfang des Rückersatzanspruchs ist nicht näher festgelegt. Die hL⁸⁷² und stRsp⁸⁷³ ziehen zur Abhilfe § 896 ABGB heran. Demnach haften alle Mittäter im Innenverhältnis zu gleichen Teilen. Sollte jedoch bei den einzelnen zur Haftung heranzuziehenden Mitgliedern ein unterschiedlich hoher Verschuldensgrad festzustellen sein, wird auch bei der Bemessung des internen Ausgleichs der bei der Aufteilung der Schadenstragung allgemeine Grundsatz, dass im Innenverhältnis die Schwere der Zurechnungsgründe, insbesondere das Verschulden, eine Rolle spielt, angewendet⁸⁷⁴.

Bei einer Haftung der Gläubigerausschussmitglieder aufgrund des Stimmverhaltens wird es im Innenverhältnis hauptsächlich zu einer Schadenstragung zu gleichen Teilen kommen, weil jedes Mitglied, welches für einen rechtswidrigen Beschluss gestimmt hat, in gleicher Weise zu diesem Schaden beigetragen hat. Sollte man bei dieser Haftungsvariante eine Verpflichtung von überstimmten Ausschussmitgliedern, auf einen anderslautenden Beschluss hinzuwirken⁸⁷⁵, bejahen, bestünde mE die Möglichkeit, die Haftung im Innenverhältnis zugunsten der (lediglich) überstimmten Mitglieder zu verlagern. Dies würde im Ergebnis bedeuten, dass die Ausschussmitglieder, welche für einen schädigenden Beschluss gestimmt haben, ein höheres Verschulden am entstandenen Schaden trifft und diese

⁸⁶⁹ Koziol, Haftpflichtrecht II² 383; Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1302 Rz 8.

⁸⁷⁰ OGH 10.09.1975, 1 Ob 147/75 = RZ 1976/81, 154 = VersR 1976, 1171; OGH 29.08.1979, 1 Ob 26/79 = SZ 52/119 = JBI 1980, 485; OGH 28.01.1981, 1 Ob 33/80 = SZ 54/12 = JBI 1982, 154.

⁸⁷¹ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 58; Shamiyeh, Haftung 212 mwN; Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch, Sanierung III Kap 12.6/17.

⁸⁷² Weiss, JBI 1947, 532; Fenzl, ÖJZ 1949, 415; Koziol, Haftpflichtrecht I³ 14/23; Koziol/Welser, Grundriss¹² II 306; Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1302 Rz 10.

⁸⁷³ OGH 21.01.1953, 1 Ob 29/53 = SZ 26/18 = JBI 1953, 415; OGH 08.02.1966, 4 Ob 2/66 = SZ 39/25 = ZAS 1967, 142 = RdA 1966, 130 = EvBl 1966/279, 351 = Arb 8.190; OGH 03.05.1966, 4 Ob 29/66 = SZ 39/82 = EvBl 1966/444, 568 = JBI 1967, 94 = Arb 8.278; OGH 26.03.1987, 7 Ob 723/86 = SZ 60/55 = EvBl 1987/191, 723 = JBI 1987, 721.

⁸⁷⁴ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 58; Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch, Sanierung III Kap 12.6/17; Weiss, JBI 1947, 532; Gamerith in Rummel, ABGB³ § 896 Rz 6; Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1302 Rz 10; OGH 20.02.1958, 5 Ob 20/58 = EvBl 1958/162, 272; OGH 20.12.1973, 2 Ob 212/73 = SZ 46/128.

⁸⁷⁵ Siehe Punkt 6.5.5.3.

somit auch in einem stärkeren Ausmaß zur Wiedergutmachung beitragen müssen, als diejenigen, die im Grunde die Gesetz- bzw Zweckwidrigkeit des Beschlusses erkannt haben und gegen einen solchen gestimmt haben, es in weiterer Folge jedoch unterlassen haben, den restlichen Mitgliedern von diesem Umstand zu berichten bzw diese zu überzeugen.

Generell ist mit *Shamiyeh* festzuhalten, dass eine Vernachlässigung der Aufsichtspflicht der Gläubigerausschussmitglieder geringer zu bewerten sein wird als die schädigende Handlung eines Masseverwalters oder des Konkursgerichts⁸⁷⁶. So vertritt er die völlig richtige Ansicht, dass bei Entstehung eines Schadens durch (vorsätzliches) Verhalten des Masseverwalters und fahrlässigem Handeln eines Aufsichtsorgans (Konkursgericht oder Gläubigerausschuss) aufgrund der Schwere der Verfehlung des Verwalters diesem der Schaden intern wohl alleine zuzurechnen ist⁸⁷⁷.

6.5.4.9. Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen

Sämtliche Schadenersatzansprüche gegen Ausschussmitglieder sind im Klageweg geltend zu machen, unabhängig davon, ob es sich um Individualansprüche oder um eine Verringerung des gemeinsamen Befriedigungsfonds handelt⁸⁷⁸. Somit ist es unzulässig, diese Ersatzpflicht eines Ausschussmitglieds im Konkursverfahren mittels eines Beschlusses festzustellen⁸⁷⁹. Während bei Einzelschäden der einzelne Geschädigte zur Klageerhebung berechtigt ist, sind Gemeinschaftsschäden vom

⁸⁷⁶ *Shamiyeh*, Haftung 213.

⁸⁷⁷ *Shamiyeh*, Haftung 213 mwN zur hM hinsichtlich der alleinigen Schadenstragung.

⁸⁷⁸ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 62; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 214; *Wegan*, Insolvenzrecht 23; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 21; *Feil*, KO⁵ § 89 Rz 8; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.6/17.

⁸⁷⁹ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 62; *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 438 Anm 9; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.6/17.

Masseverwalter geltend zu machen⁸⁸⁰. Nach Beendigung des Konkursverfahrens sind diese Schadenersatzansprüche ebenfalls klagsweise durchzusetzen⁸⁸¹.

6.5.4.10. Verjährung

Auch hinsichtlich der Verjährung der gegen die Mitglieder des Gläubigerausschusses entstandenen Schadenersatzansprüche gilt die allgemeine Regelung des § 1489 ABGB⁸⁸². Der Anspruch verjährt somit nach drei Jahren ab dem Zeitpunkt, in welchem dem Geschädigten der Schaden und die Person des Schädigers bekannt wurden.

6.5.5. Einzelne Haftungssachverhalte

6.5.5.1. Erwerb von Massegegenständen durch Ausschussmitglieder

Um Missbräuche zu verhindern, die noch unter dem Regime der CO 1868 aufgetreten sind⁸⁸³, normiert § 89 Abs 2 Satz 1 KO, dass die Mitglieder des Gläubigerausschusses zur Konkursmasse gehörige Sachen selbst oder durch Dritte anders als durch Übernahmsantrag oder bei einer öffentlichen Versteigerung nur mit Genehmigung der Gläubigerversammlung an sich bringen dürfen. Das betreffende Ausschussmitglied wird schadenersatzpflichtig, wenn der Masse durch das mit ihm abgeschlossene Geschäft ein Schaden entstanden ist. Dieser kann vor allem darin liegen, dass

⁸⁸⁰ Feil, KO⁵ § 89 Rz 8; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 21; Pollak in Bartsch/Pollak, KO³ I 438 Anm 9; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 62; Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch, Sanierung III Kap 12.6/17.

⁸⁸¹ Welser in Jelinek, Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrecht 40.

⁸⁸² Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 63; Shamiyeh, Haftung 245 mwN; Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch, Sanierung III Kap 12.6/17.

⁸⁸³ Denkschrift 80.

Sachen zu einem (deutlich) niedrigeren Preis verkauft werden als es womöglich bei einer öffentlichen Versteigerung der Fall gewesen wäre, wobei der Schätzwert hier als Beurteilungshilfe herangezogen werden kann.

Bei dieser Regelung handelt es sich jedoch nicht um eine eigenständige Haftungsgrundlage, sondern bloß um einen besonders hervorgehobenen Tatbestand, der dieselben schadenersatzrechtlichen Folgen wie jede andere Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 89 Abs 2 Satz 2 KO auslöst⁸⁸⁴. Dies hat insbesondere zur Folge, dass – aus Rücksicht auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs – die Gültigkeit des mit dem Gläubigerausschussmitglied abgeschlossenen Kaufvertrags nicht beeinflusst wird⁸⁸⁵.

6.5.5.2. Vernachlässigung der Überwachungspflicht

Wie bereits ausgeführt zählt es zur Hauptaufgabe des Gläubigerausschusses, den Masseverwalter zu überwachen⁸⁸⁶. „Überwachen“ bedeutet in diesem Zusammenhang sowohl eine eingehende Überprüfung der Richtigkeit der vom Masseverwalter erstellten Berichte und Unterlagen als auch, sofern das gemeinschuldnerische Unternehmen durch den Masseverwalter fortgeführt wird, die Kontrolle dieser Fortführung⁸⁸⁷. Als Beispiel kann hier die im Gesetz normierte Möglichkeit der (ständigen) Betrauung von wenigstens zwei Ausschussmitgliedern mit der Prüfung der Kasse des Masseverwalters dienen: Diese entbindet die übrigen Mitglieder

⁸⁸⁴ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 24; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 66; Pollak in Bartsch/Pollak, KO³ I 438 Anm 11.

⁸⁸⁵ Pollak in Bartsch/Pollak, KO³ I 438 Anm 11; Riel, Befugnisse 52 mwN; Denkschrift 80; gemäß § 83 Abs 1 KO wird die Vertretungsbefugnis des Masseverwalters im Außenverhältnis lediglich für die Fälle des § 117 KO beschränkt – siehe zu diesem Thema eingehend unter Punkt 6.4.5.5.

⁸⁸⁶ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 22; Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 68; siehe hierzu Punkt 6.3.

⁸⁸⁷ Vgl Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 68 mwN.

nicht von der „Pflicht, das Ergebnis kritisch zu hinterfragen, insbesondere dann, wenn Zweifel an seiner Richtigkeit bestehen.“⁸⁸⁸

Bei dieser Überwachungspflicht des Gläubigerausschusses wird auch deutlich, warum sich der Kreis der Beteiligten mit dem des Masseverwalters im Großen und Ganzen deckt⁸⁸⁹, denn sie dient gerade der Verhinderung von Schäden, für die der Masseverwalter gemäß § 81 Abs 3 KO einzustehen hat. Dies gilt nach *Shamiyeh* auch hinsichtlich der Haftung gegenüber Neugläubigern, aber wiederum nur unter der Voraussetzung, dass den Ausschussmitgliedern bei Überprüfung der Geschäftsführung durch den Masseverwalter erkennbar war, dass die aus neu abgeschlossenen Verträgen resultierenden Verbindlichkeiten nicht gedeckt werden können⁸⁹⁰.

6.5.5.3. Haftung aufgrund des Stimmverhaltens

Aus dem Stimmverhalten der Mitglieder im Gläubigerausschuss kann sich ebenfalls eine Haftung ergeben⁸⁹¹. So haften diejenigen Ausschussmitglieder, die für einen gesetz- oder zweckwidrigen Beschluss gestimmt haben, soweit sie nicht ohne Verschulden durch unrichtige Informationen seitens des Masseverwalters, eines Berichterstatters oder sonstigen Ausschussfunktionärs in die Irre geführt worden sind⁸⁹². Ein Verschulden kann vor allem „auch in einem zu geringen Verlangen nach Information oder einer unkritischen Hinnahme der Darstellung des

⁸⁸⁸ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ III § 89 Rz 68 mwN; vgl ebenfalls *Shamiyeh*, Haftung 200; so auch die hM in Deutschland: vgl *Kübler* in *Kübler/Prütting*, *InsO*, Band I § 69 Rz 26 mwN zur deutschen Rsp.

⁸⁸⁹ Siehe Punkt 6.5.3.

⁸⁹⁰ *Shamiyeh*, Haftung 212.

⁸⁹¹ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ III § 89 Rz 70; *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, *KO*³ I 438 Anm 10; *Petschek/Reimer/Schiemer*, *Insolvenzrecht* 213; *Shamiyeh*, Haftung 208; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, *KO* § 89 Rz 23; *Feil*, *KO*⁵ § 89 Rz 8.

⁸⁹² *Petschek/Reimer/Schiemer*, *Insolvenzrecht* 213; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, *KO* § 89 Rz 23; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ III § 89 Rz 70; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, *Sanierung* III Kap 12.6/18; *Isola* in *Bertl/Isola*, *Praxishandbuch*², 542.

Masseverwalters“ gesehen werden⁸⁹³. Dieser Ansicht ist jedenfalls zuzustimmen, da jedes Mitglied durch die Übernahme seiner Position im Gläubigerausschuss generell nach § 89 Abs 2 Satz 2 KO für die in diesem Kollegialorgan getroffenen Beschlüsse verantwortlich ist. Soweit ein Beschluss gegen ein Gesetz oder den Zweck des Konkursverfahrens verstößt, muss auch jedes einzelne Mitglied, welches an dessen Zustandekommen beteiligt gewesen ist, die Verantwortung für die sich gegenüber den Gläubigern ergebenden nachteiligen Folgen übernehmen.

Jedoch existieren auch Meinungen⁸⁹⁴, wonach zusätzlich ein Verschulden jener Ausschussmitglieder bejaht wird, die gegen einen pflichtwidrigen und schädigenden Beschluss gestimmt haben, wenn diese die übrigen Mitglieder bzw auch den Masseverwalter oder das Konkursgericht nicht auf die Gesetz- oder Zweckwidrigkeit des Beschlusses aufmerksam gemacht haben. Denn jedes einzelne Mitglied dieses Kollegialorgans treffe die Pflicht, die gemeinsamen Konkursinteressen zu wahren⁸⁹⁵. Daraus ergebe sich die Verpflichtung, Schädigungen der Masse nach Möglichkeit zu verhindern. Sofern eine Schmälerung durch die bloße Abgabe einer Gegenstimme nicht verhindert werden könne, sei das Ausschussmitglied verpflichtet, seine Zweifel darzulegen, um den restlichen Mitgliedern die Möglichkeit zu geben, sich ihm anzuschließen⁸⁹⁶. *Shamiyeh*⁸⁹⁷ nimmt auch Bezug auf die (deutsche) Ansicht von *Weber*, nach der ein Ausschussmitglied seinen Pflichten unter anderem auch dann nachkommt, wenn es gegen einen pflichtwidrigen Beschluss stimmt und „das Seine tut, um die Ausführung des Beschlusses zu hindern.“⁸⁹⁸ Dies deutet darauf hin, dass zusätzlich zu einer Gegenstimme zur Abwendung einer möglichen Haftung noch weitere Maßnahmen seitens des betroffenen Mitglieds ergriffen werden müssen, wobei jedoch offen bleibt, wie weit diese reichen müssen. Darüber hinaus verweist er auf das ähnlich gelagerte Problem bei der Beschlussfassung

⁸⁹³ *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.6/18.

⁸⁹⁴ *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 438 Anm 10; *Shamiyeh*, Haftung 208 mwN; vgl auch *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.6/19.

⁸⁹⁵ Siehe Punkt 6.2.

⁸⁹⁶ *Shamiyeh*, Haftung 208; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.6/19.

⁸⁹⁷ *Shamiyeh*, Haftung 208 FN 156.

⁸⁹⁸ Siehe ebenfalls *Kübler* in *Kübler/Prütting*, InsO, Band I § 71 Rz 14 mwN.

kollegialer Gemeindeorgane im Zusammenhang mit § 337 ABGB⁸⁹⁹. Zudem könne hinsichtlich dieser Situation auch eine Parallele zur hL im Gesellschaftsrecht betreffend der Haftung einzelner Mitglieder eines Kollegialorgans für schadenstiftende Mehrheitsbeschlüsse gezogen werden⁹⁰⁰. So muss etwa ein überstimmtes Vorstandsmitglied im Rahmen einer Aktiengesellschaft, welches gemäß § 84 Abs 1 AktG bei seiner Tätigkeit die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden hat, gegen rechtswidrige Vorstandsbeschlüsse alle zumutbaren Schritte unternehmen, wobei sogar unter Umständen eine Pflicht zur Verständigung des Aufsichtsratsvorsitzenden bestehen kann, wenn es sich um schwerwiegende Nachteile für die Gesellschaft handelt. Außerdem wird ein überstimmtes Mitglied bei besonders gewichtigen Fragen auf die Befassung der Hauptversammlung zu drängen haben und allenfalls sein Ausscheiden aus dem Vorstand erwägen müssen⁹⁰¹. Eine ähnliche Situation findet sich bei der Tätigkeit des Aufsichtsrats einer GmbH. Hier haftet das gegen einen schädigenden Beschluss stimmende Aufsichtsratsmitglied, wenn es schuldhaft unterlassen haben sollte, den Aufsichtsrat auf seine Bedenken hinzuweisen⁹⁰². Diese Pflicht kann sogar so weit reichen, dass es – sollten weniger weit reichende Maßnahmen kein anderes Ergebnis bewirken – durch Niederlegung seines Mandates darauf einzuwirken hat, dass der Aufsichtsrat als Kollegialorgan pflichtgemäß handelt⁹⁰³.

Eine gewissermaßen „gemäßigte“ Ansicht im Hinblick auf das Konkursrecht findet sich in bei *Reisch*⁹⁰⁴, wo von nicht zu überspannenden Aufklärungspflichten ausgegangen wird, wenn das Gericht oder der Masseverwalter erkennbar einer Fehleinschätzung unterliegen sollten.

Eine andere Ansicht vertraten noch *Petschek/Reimer/Schiemer*⁹⁰⁵, die für den durch einen Ausschussbeschluss entstandenen Schaden lediglich alle

⁸⁹⁹ *Shamiyeh*, Haftung 208 FN 159.

⁹⁰⁰ *Shamiyeh*, Haftung 208 FN 159 unter Hinweis auf *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß⁵, 237; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rn 4/431; *Koppensteiner*, GmbH-Gesetz² § 33 Rz 2.

⁹⁰¹ *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß⁵, 237.

⁹⁰² *Koppensteiner*, GmbH-Gesetz² § 33 Rz 2.

⁹⁰³ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rn 4/431.

⁹⁰⁴ *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.6/19.

⁹⁰⁵ *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 213 FN 90.

dadür Stimmenden haftbar machen wollen. Es ginge zu weit, wolle man einem gegen einen schädigenden Beschluss stimmenden Ausschussmitglied die Haftung auferlegen, wenn er nicht den Masseverwalter oder das Konkursgericht auf die Gesetz- oder Zweckwidrigkeit dieses Beschlusses aufmerksam gemacht hätte. Darin liege kein Verschulden, weil die Mitglieder des Gläubigerausschusses keine Verhinderungspflicht im Sinne des § 1301 ABGB treffe. Allerdings nehmen diese Autoren auf eine mögliche Verpflichtung des überstimmten Ausschussmitglieds, auch den restlichen Mitgliedern seine Bedenken mitzuteilen, keinen Bezug, sodass diese Frage vorerst offen bleibt. Auch *Chalupsky/Duursma-Kepplinger*⁹⁰⁶ lehnen eine durch die Wahrung der gemeinsamen Interessen begründete Verpflichtung des überstimmten Ausschussmitglieds zur Unterrichtung des Konkursgerichts oder des Masseverwalters ab. Es gäbe zwar die Möglichkeit zur Verfassung eines Minderheitsberichts nach § 89 Abs 4 KO⁹⁰⁷ oder zur Stellung eines Antrags auf Aufhebung des Beschlusses an das Konkursgericht gemäß § 95 Abs 2 KO⁹⁰⁸, jedoch dienten diese Vorschriften dem Minderheitenschutz im Ausschuss und dürften nicht als Verpflichtung der Ausschussmitglieder zu verstehen sein, deren Nichteinhaltung in weiterer Folge zu einer Haftung nach § 89 Abs 2 Satz 2 KO führen könnte. Es wäre unverhältnismäßig, ein Ausschussmitglied, welches selbst bei seiner Stimmabgabe auf die gemeinsamen Interessen Rücksicht nimmt, aber gegen einen entgegengesetzten Beschluss keine weiteren Maßnahmen einleitet, nach § 89 Abs 2 Satz 2 KO haften zu lassen, weil dies einer sanktionierbaren Aufsichtspflicht des einzelnen Ausschussmitglieds gegenüber den übrigen Mitgliedern gleichkäme, welche der Konkursordnung in dieser Form nicht entnommen werden könne. Darüber hinaus lehnen diese Autoren auch dezitiert eine Verpflichtung des überstimmten Mitglieds gegenüber den für einen gesetz- oder zweckwidrigen Beschluss stimmenden Ausschussmitgliedern mit dem Hinweis der mangelnden Verhinderungspflicht im Sinne des § 1301 ABGB ab. Zudem käme es zu einer Überspannung der Sorgfaltspflichten der Ausschussmitglieder, wenn diese zusätzlich zur Pflicht

⁹⁰⁶ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ III § 89 Rz 71.

⁹⁰⁷ Siehe Punkt 5.2.8.

⁹⁰⁸ Siehe Punkt 5.6.3.3.

zur Wahrung des Konkursinteresses bei ihrem eigenen Stimmverhalten auch zur Beeinflussung der Willensbildung der übrigen Mitglieder verpflichtet wären.

ME liegt die optimale Lösung in der Mitte der zuvor dargestellten Positionen. Einerseits wäre es tatsächlich unverhältnismäßig, würde man einem Ausschussmitglied, welches der mit der Tätigkeit im Ausschuss übernommenen Verpflichtung zur Wahrung des allgemeinen Konkursinteresses insoweit nachgekommen ist, als es gegen einen Beschluss gestimmt hat, welcher für die Konkursmasse nachteilig oder sogar gesetzwidrig ist, zusätzlich noch die Verpflichtung auferlegen, die Willensbildung auch der übrigen Kollegen zu beeinflussen. Dies würde – wie *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* richtig ausführen – wie eine Aufsichtspflicht jedes einzelnen Ausschussmitglieds wirken, welche der österreichischen Konkursordnung hinsichtlich dieses Kollegialorgans jedenfalls nicht entnommen werden kann. Jedoch spricht auf der anderen Seite auch nichts gegen eine Interpretation des § 89 Abs 2 Satz 2 KO dahingehend, dass ein überstimmtes Mitglied den Masseverwalter und insb das Konkursgericht als „letzte Instanz“ darauf aufmerksam machen *muss*, dass ein vom Gläubigerausschuss gefasster Beschluss gesetz- oder zweckwidrig ist. Dies ist meiner Meinung nach schon deswegen notwendig, weil es durch die vielfältige Zusammensetzung dieses Kollegialorgans auch dazu kommen kann, dass Personen in den Gläubigerausschuss gewählt werden, die mit gewissen Bereichen des österreichischen Rechts, welche bei Beschlüssen des Gläubigerausschusses durchaus berührt werden können, nicht in einer Weise vertraut sind, wie andere. Zwar darf dies nicht als Ausrede gegenüber den Haftungsfolgen gelten. Jedoch ist im Hinblick auf eine für die Gläubiger bestmögliche Verwertung des Konkursvermögens sowie einen raschen Abschluss des Konkursverfahrens doch zu fordern, dass zumindest ein „Aufmerksammachen“ bei sonstiger Haftung gefordert werden kann.

Im Hinblick auf eine Pflicht zur „Warnung“ der anderen Ausschussmitglieder kann man zwar verlangen, dass Mitglieder, welche die Rechtswidrigkeit eines (potentiellen) Ausschussbeschlusses erkannt haben, dies in der Diskussionsrunde zur Sprache bringen. Dies darf jedoch zum

einen nicht zu streng ausgelegt werden, da dieser Weg sonst in Richtung einer Beeinflussung tendiert. Zum anderen können sich durch Unterlassen dieser Hinweise mMn auch keine Haftungsfolgen ergeben, weil sich die (gefestigten) Positionen von – oft in unterschiedlichen Bereichen tätigen – Ausschussmitgliedern nicht leicht verändern lassen. Hier wird es ausreichend sein, wenn im Protokoll einer Gläubigerausschusssitzung⁹⁰⁹ vermerkt wird, dass das gegen einen rechtswidrigen Beschluss stimmende Mitglied die anderen auf jene Überlegungen hingewiesen hat, die zu seiner Gegenstimme geführt haben. Somit besteht für die restlichen Ausschussmitglieder immer noch die Möglichkeit, ihren Beschluss erneut zu überdenken, womit auch das überstimmte Mitglied durch diesen Hinweis seiner Pflicht zur Wahrung der gemeinsamen Interessen aller Beteiligten genüge getan hätte. Die Mitglieder des Gläubigerausschusses trifft eben – *Petschek/Reimer/Schiemer* und *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* folgend – auch keine Verhinderungspflicht nach § 1301 ABGB, denn diese Haftung setzt eine Pflicht zum Tun voraus⁹¹⁰. Dieses Tun kann jedoch nicht darin gesehen werden, dass die Ausschussmitglieder das allgemeine Konkursinteresse zu wahren haben. Hier kann auch der Argumentation von *Shamiyeh* hinsichtlich der Parallele zur Tätigkeit anderer Kollegialorgane, va im Gesellschaftsrecht, nicht gefolgt werden, um eine derartige Verpflichtung eines überstimmten Ausschussmitglieds zu begründen. Die Tätigkeit der Ausschussmitglieder ist im Gegensatz zum Gesellschaftsrecht, wo die Mitglieder von Kollegialorganen direkt – und nicht lediglich indirekt durch eine (mögliche) höhere Konkursquote – von den getroffenen Entscheidungen profitieren, unentgeltlich. Zwar hat dies grundsätzlich keinen Einfluss auf die Haftung der Mitglieder des Gläubigerausschusses nach § 89 Abs 2 Satz 2 KO, jedoch darf eine strenge Auslegung eben auch aufgrund der Unentgeltlichkeit der Tätigkeit nicht ins Uferlose reichen, sodass eine derart weitreichende Verpflichtung der Gläubigerausschussmitglieder nicht angenommen werden darf.

⁹⁰⁹ Siehe Punkt 5.2.6.

⁹¹⁰ *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1301 Rz 3.

6.5.5.4. Haftung wegen Verletzung der Teilnahmepflicht

Ebenfalls strittig ist die Frage, ob die Haftung eines Gläubigerausschussmitglieds aufgrund einer Verletzung der Teilnahmepflicht eintreten kann. Grundsätzlich ist jedes Ausschussmitglied zur Teilnahme an den Sitzungen verpflichtet⁹¹¹, wobei zusätzlich die Möglichkeit besteht, einen Vertreter zu bestellen⁹¹². Ein Teil der Lehre vertritt in diesem Zusammenhang die Ansicht, dass generell auch eine Haftung wegen Verletzung der Teilnahmepflicht in Frage kommen kann⁹¹³. Nach *Petschek/Reimer/Schiemer* und – diesen Autoren folgend – *Shamiyeh* haftet ein unentschuldig von einer Ausschusssitzung ferngebliebenes Mitglied dann nach § 89 Abs 2 Satz 2 KO, „wenn dadurch die Mehrheit für den schädigenden Beschluss ermöglicht wurde oder wenn die Sachkenntnis des Säumigen bei der Beratung offenbar die Erschienenen zu anderer Auffassung bekehrt hätte.“⁹¹⁴ Wie jedoch *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* zutreffend darstellen, ist die Begründung dieser beiden Lehrmeinungen teils mangelhaft ausgeführt, teils widersprüchlich⁹¹⁵. Zum einen kann die Möglichkeit, dass die Mehrheit für einen schädigenden Beschluss ermöglicht wurde, nur in der Hinsicht kausal sein, wenn die Abwesenheit dieses Mitglieds Ursache dafür ist, dass ein an sich im Interesse aller am Konkursverfahren Beteiligten stehender Beschluss nicht zustande kommt. In anderer Weise kann eine „Mehrheit für einen schädigenden Beschluss“ nicht zustande kommen, weil für einen gültigen Beschluss die Mehrheit aller Gläubigerausschussmitglieder ausschlaggebend ist und somit die nicht abgegebene Stimme eines (auch pflichtwidrig) abwesenden Mitglieds gleichsam eine „Gegenstimme“ darstellt⁹¹⁶. Zum anderen besteht hinsichtlich der Haftung von Gläubigerausschussmitgliedern keine Verhinderungspflicht im Sinne des § 1301 ABGB, sodass ein abwesendes Mitglied nicht allein aufgrund der Tatsache haftbar gemacht werden kann, dass es versäumt hat, in der Ausschusssitzung die übrigen

⁹¹¹ Siehe Punkt 5.2.2.

⁹¹² Siehe Punkt 5.4.

⁹¹³ *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 213; *Shamiyeh*, Haftung 208; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 23.

⁹¹⁴ *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 213; *Shamiyeh*, Haftung 209.

⁹¹⁵ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 72.

⁹¹⁶ Vgl Punkt 5.2.4.

Ausschussmitglieder zu „bekehren“. Insoweit ist auch die Ansicht von *Petschek/Reimer/Schiemer* widersprüchlich: Wie bereits unter Punkt 6.5.5.3. beschrieben verneinen sie auf der einen Seite die Haftung, wenn ein Ausschussmitglied bei der Beschlussfassung die übrigen Mitglieder nicht auf die Gesetz- oder Zweckwidrigkeit eines Beschlusses hinweist, da die einzelnen Mitglieder keine Verhinderungspflicht im Sinne des § 1301 ABGB treffe. Zum anderen bejahen sie nun wiederum die Haftung eines abwesenden Mitglieds, wenn es eben dieser Verpflichtung zur Bekehrung der übrigen Mitglieder nicht nachgekommen ist.

Wie bereits ausführlich dargelegt kommt mE eine Verhinderungspflicht im Sinne des § 1301 ABGB im Zusammenhang mit der Haftung von Ausschussmitgliedern nicht in Betracht, womit auch die mögliche Haftung eines abwesenden Mitglieds, welches „verabsäumt“ hat, die anderen Ausschussmitglieder von der Richtigkeit „seiner“ Stimme zu überzeugen, automatisch wegfallen muss. Eine Haftung wegen Verletzung der Teilnahmepflicht kann sich jedoch andererseits ausnahmsweise dann ergeben, wenn durch die Abwesenheit eines Ausschussmitglieds ein Beschluss nicht zustande kommt, welcher für das allgemeine Interesse aller am Konkursverfahren Beteiligten vorteilhaft gewesen wäre, und auf diese Weise einem oder mehreren Beteiligten ein Schaden zugefügt wird⁹¹⁷. In diesem Fall muss ein unentschuldigtes Fernbleiben zu einer Haftung dieses Ausschussmitglieds nach § 89 Abs 2 Satz 2 KO führen.

6.5.5.5. Kommerzielle Ausnützung oder Weitergabe vertraulicher Informationen

Sollte ein Mitglied des Gläubigerausschusses seine Verpflichtung zur Verschwiegenheit bzw zur Nichtverwendung von im Rahmen seiner Tätigkeit im Ausschuss erlangten Informationen für eigene Vorteile verletzen und diese kommerziell nutzen, so haftet das betreffende Ausschussmitglied nach § 89

⁹¹⁷ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 72; vgl auch *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.6/19.

Abs 2 Satz 2 KO, wenn dadurch die Konkursmasse geschmälert oder ein sonstiger Beteiligter am Vermögen geschädigt wird⁹¹⁸.

Diese Haftung besteht darüber hinaus auch dann, wenn das Ausschussmitglied derartige Informationen an Dritte – zu denken ist etwa an Arbeitgeber oder Klienten – weitergibt und diese das erlangte Wissen in einer Weise nutzen, die entweder den gesamten Befriedigungsfonds oder einen sonstigen Beteiligten am Vermögen schädigen⁹¹⁹.

6.6. STRAFRECHTLICHE VERANTWORTLICHKEIT

Ein Mitglied des Gläubigerausschusses kann nach § 160 Abs 2 StGB strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, wenn es für sich oder einen Dritten zum Nachteil der Gläubiger einen ihm nicht gebührenden Vermögensvorteil annimmt oder sich einen solchen versprechen lässt, wobei hier der Strafraum bei Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr liegt. Diese Bestimmung stellt ein Erfolgsdelikt dar, sodass eine Schädigung der Gläubiger – dh ein gänzlicher oder teilweiser Ausfall ihrer Forderungen – durch passive Bestechung⁹²⁰ bereits eingetreten sein muss⁹²¹. Vermögensvorteil im Sinne des § 160 Abs 2 StGB bedeutet eine in Geld bewertbare Zuwendung, wie etwa Bargeld oder Sachwerte, aber auch die Finanzierung eines Urlaubs oder die Gestattung der unentgeltlichen Benutzung einer Wohnung⁹²².

⁹¹⁸ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ III § 89 Rz 73.

⁹¹⁹ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ III § 89 Rz 73; siehe zu diesem Haftungstatbestand auch die deutsche Rsp, wonach ein Gläubigerausschussmitglied, welches Informationen aus dem Ausschuss an seinen Arbeitgeber weitergibt und dieser sie zu Maßnahmen nutzt, welche die Insolvenzmasse schädigen, ausschließlich haftet: *Uhlenbruck*, *InsO*¹² § 71 Rz 5; *Kübler* in *Kübler/Prütting*, *InsO*, Band I § 71 Rz 9.

⁹²⁰ *Bachner-Foregger*, *StGB*¹⁹ § 160.

⁹²¹ *Rainer* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, *Salzburger Kommentar* § 160 Rz 3.

⁹²² *Rainer* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, *Salzburger Kommentar* § 160 Rz 10.

Eine Haftung für Geschenkkannahme nach § 304 StGB kommt dagegen nicht in Betracht, da die Ausschussmitglieder – wie auch der Masseverwalter⁹²³ – keine Beamten im Sinne des § 74 Z 4 StGB sind⁹²⁴.

6.7. ENTLOHNUNG DER AUSSCHUSSMITGLIEDER

6.7.1. Allgemeines

Anders als im deutschen Insolvenzrecht, wo die Mitglieder des Gläubigerausschusses gemäß § 73 InsO einen Anspruch auf Vergütung für Ihre Tätigkeit haben, wobei dem Zeitaufwand und dem Umfang ihrer Tätigkeit Rechnung zu tragen ist, gebührt den einzelnen Mitgliedern des Gläubigerausschusses in Österreich gemäß § 89 Abs 5 Satz 1 KO – es sei denn, dass ihnen besondere Geschäfte übertragen werden⁹²⁵ – keine Belohnung. Auch der Gläubigerausschuss als Kollegialorgan hat keinen Anspruch auf Entlohnung⁹²⁶, obwohl dies im Gesetz nicht ausdrücklich festgelegt ist. Jedoch entspricht die unentgeltliche Arbeitsform dieses Konkursorgans zum einen der österreichischen Rechtstradition (vgl § 85 Abs 3 CO 1868), die Kosten des Konkursverfahrens möglichst gering zu halten⁹²⁷. Zum anderen rechtfertigt dies bei Tätigwerden von Gläubigern bzw deren Vertretern der Grundgedanke hinter § 58 Z 1 KO, dass etwaige Kostenersatzansprüche nicht die Konkursmasse sowie damit die Befriedigung der Gläubiger schmälern sollen⁹²⁸. Zudem erhalten die Gläubigerschutzverbände ihre Tätigkeiten gesondert gemäß § 87a KO abgegolten⁹²⁹.

⁹²³ Jerabek/Reindl/Schroll in Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar² § 74 Rz 11.

⁹²⁴ Vgl Rainer in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, Salzburger Kommentar § 160 Rz 13.

⁹²⁵ Dazu sogleich unter Punkt 6.7.2.

⁹²⁶ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 79.

⁹²⁷ OLG Wien 17.06.2005, 28 R 111/05g = ZIK 2005/204, 179; OLG Wien 05.07.2005, 28 R 126/05p = ZIK 2005/258, 213; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 26.

⁹²⁸ Konecny/Riel, Entlohnung, Rz 440; ebenfalls Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 26.

⁹²⁹ Vgl Konecny/Riel, Entlohnung, Rz 440.

Die Ausschussmitglieder haben gemäß § 89 Abs 5 Satz 1 KO jedoch einen Anspruch gegen die Konkursmasse auf Ersatz ihrer notwendigen Auslagen. Darüber entscheidet gemäß § 126 KO das Konkursgericht nach Vernehmung des Masseverwalters. Die Entscheidung ist gemäß § 126 iVm § 125 Abs 2 KO dem Masseverwalter, dem Gemeinschuldner und den Ausschussmitgliedern zuzustellen, welche diese mit Rekurs anfechten können. Die zweite Instanz entscheidet schließlich endgültig. Da hinsichtlich der Definition der „Barauslagen“ in § 89 Abs 5 KO keine näheren Angaben gemacht werden, muss eine Parallele zum Auslagenersatz des Masseverwalters gezogen werden, wonach lediglich solche Auslagen zu ersetzen sind, „die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Tätigkeit des einzelnen Mitglieds im konkreten Verfahren entstanden sind und die über normale Ausgaben hinausreichen.“⁹³⁰ Darunter fallen etwa Fahrtkosten, aber auch jene Auslagen, die für die Erfüllung der Aufgaben des Gläubigerausschusses unerlässlich sind (vor allem Sachverständigenkosten bei sinngemäßigem Vorliegen der Voraussetzungen des § 81 Abs 4 KO)⁹³¹.

6.7.2. Entlohnung bei Besorgung „besonderer Geschäfte“

Jenen Ausschussmitgliedern, welchen durch Beschluss des Gläubigerausschusses oder Verfügung des Konkursgerichts „besondere Geschäfte“ übertragen werden, kann jedoch gemäß § 89 Abs 5 Satz 2 KO mit Genehmigung des Konkursgerichts eine besondere Vergütung gewährt werden. Um derartige Fälle handelt es sich etwa bei einem Beschluss des Gläubigerausschusses, die Kassaprüfung einem einzelnen Ausschussmitglied zu übertragen⁹³² bzw bei einer Verfügung des Konkursgerichts, gemäß § 96 Abs 2 Satz 2 KO ein Ausschussmitglied anstelle eines Sachverständigen

⁹³⁰ Konecny/Riel, Entlohnung, Rz 441.

⁹³¹ Konecny/Riel, Entlohnung, Rz 441; Shamiyeh, Haftung 201; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 89 Rz 26.

⁹³² OLG Wien 14.12.1995, 6 R 89/95, 203/95 zit nach Konecny/Riel, Entlohnung, Rz 442 FN 752; OLG Wien 17.06.2005, 28 R 111/05g = ZIK 2005/204, 179; siehe Punkt 6.3.5.

bezüglich der Schätzung des Inventars beizuziehen⁹³³. Wie das OLG Wien ausgeführt hat, „handelt es sich um nicht typischerweise mit der Mitgliedschaft im Gläubigerausschuss verbundene Zusatzleistungen, die ohne Beiziehung eines Gläubigerausschussmitglieds die (regelmäßig kostenpflichtige) Heranziehung Dritter erfordern würden.“⁹³⁴ „Besondere Geschäfte“ iSd § 89 Abs 5 Satz 2 KO sind daher Tätigkeiten, die besondere, beim Ausschussmitglied gegebene Sachkenntnisse erfordern, wobei bei der „angemessenen Vergütung“ auf die konkreten Umstände des Einzelfalls Bedacht zu nehmen ist, „die durch den Inhalt des dem Ausschussmitglied erteilten Auftrages bestimmt werden.“⁹³⁵ Als Orientierungshilfe sind auch bestehende Tarife heranzuziehen⁹³⁶. Jedoch kann das RATG etwa nur im Hinblick auf die Ausübung typisch anwaltlicher Tätigkeiten angewendet werden⁹³⁷.

Handlungen, die zum Kernbereich der Aufgaben von Ausschussmitgliedern zählen, wie die Teilnahme an Besprechungen mit dem Masseverwalter, fallen hingegen *nicht* unter diese Bestimmung⁹³⁸.

Die Entscheidung über den von einem Mitglied geltend gemachten Honoraranspruch obliegt nach § 126 KO allein dem Konkursgericht, wobei ein zusätzlicher Beschluss des Gläubigerausschusses in dieser Sache dagegen nicht notwendig ist⁹³⁹. Dies könnte missverständlich aus der unklaren Formulierung des § 89 Abs 5 KO abgeleitet werden, denn würde man diese Bestimmung wörtlich interpretieren, müsste einer möglichen *Genehmigung* des Konkursgerichts ein Beschluss des Gläubigerausschusses vorangehen, welcher vom Konkursgericht auch gemäß § 95 Abs 2 KO aufgehoben bzw gemäß § 95 Abs 3 KO ersetzt werden könnte⁹⁴⁰, wobei die letztgenannte

⁹³³ *Konecny/Riel*, Entlohnung, Rz 442; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 27.

⁹³⁴ OLG Wien 17.06.2005, 28 R 111/05g = ZIK 2005/204, 179; vgl ebenfalls *Konecny/Riel*, Entlohnung, Rz 442.

⁹³⁵ OLG Wien 05.07.2005, 28 R 126/05p = ZIK 2005/258, 213.

⁹³⁶ OLG Wien 05.07.2005, 28 R 126/05p = ZIK 2005/258, 213; vgl ebenfalls *Konecny/Riel*, Entlohnung, Rz 442.

⁹³⁷ OLG Wien 17.06.2005, 28 R 111/05g = ZIK 2005/204, 179; OLG Wien 05.07.2005, 28 R 126/05p = ZIK 2005/258, 213.

⁹³⁸ OLG Wien 17.06.2005, 28 R 111/05g = ZIK 2005/204, 179.

⁹³⁹ *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 578 Anm 3; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 27; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 80.

⁹⁴⁰ Siehe Punkt 5.6.

Variante aufgrund der gewöhnlich nicht vorliegenden Dringlichkeit wohl ausscheiden würde. Wie auch schon bei der Höhe des Barauslagenersatzes⁹⁴¹ entscheidet somit auch in diesem Fall gemäß § 126 KO das Konkursgericht nach Vernehmung des Masseverwalters über die Höhe einer besonderen Vergütung. Auch hier ist die Entscheidung dem Masseverwalter, dem Gemeinschuldner und allen Mitgliedern des Gläubigerausschusses zuzustellen. Nur die genannten Personen können diese Entscheidung gemäß § 125 Abs 1 Satz 4 iVm § 126 Satz 2 KO anfechten, nicht jedoch ein – nicht im Gläubigerausschuss vertretener – Konkursgläubiger, der Geschäftsführer, ein Gesellschafter und/oder ein in der Rechtsform einer GmbH organisierter Gemeinschuldner⁹⁴². Die zweite Instanz entscheidet auch hier endgültig. Das mit besonderen Geschäften beauftragte Ausschussmitglied muss die von ihm erbrachten Leistungen verzeichnen und eine Vergütung begehren⁹⁴³.

6.7.3. Unzulässigkeit von Vereinbarungen über die Entlohnung

Sämtliche Vereinbarungen der Ausschussmitglieder mit dem Gemeinschuldner oder den Gläubigern über die Höhe des Barauslagenersatzes sowie über eine besondere Vergütung sind gemäß § 126 iVm § 125 Abs 5 KO unzulässig. Fraglich ist, ob in diesem Zusammenhang auch eine Vereinbarung mit dem Masseverwalter ungültig ist, denn bei einer sinngemäßen Anwendung des § 125 Abs 5 KO wird auf diese Problemstellung nicht Bezug genommen. Nach zutreffender Ansicht von *Chalupsky/Duursma-Kepplinger*⁹⁴⁴ sind zusätzlich zur Ungültigkeit von Vereinbarungen mit dem Gemeinschuldner und den Konkursgläubigern auch privatautonome Vereinbarungen mit dem Masseverwalter unzulässig. Durch die Bestimmung des § 126 KO wollte der Gesetzgeber bezwecken, dass das Konkursgericht allein über die Höhe eines beanspruchten

⁹⁴¹ Siehe Punkt 6.7.1.

⁹⁴² OLG Wien 12.11.1996, 28 R 15/96y zit nach *Mohr*, KO¹⁰ § 89 E 18.

⁹⁴³ *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 89 Rz 27; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 80; *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 278.

⁹⁴⁴ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 80.

Barauslagenersatzes entscheidet, womit die Ungültigkeit von Vereinbarungen, die zwischen den Mitgliedern des Gläubigerausschusses und allen anderen Konkursorganen, also auch dem Masseverwalter, geschlossen werden, evident ist.

Ein zweiter Problemkreis betrifft generell Vereinbarungen von Ausschussmitgliedern mit anderen Konkursorganen hinsichtlich einer – im Wortlaut des § 89 Abs 5 Satz 1 KO deutlich ausgeschlossenen – Entlohnung. Von *Pollak*⁹⁴⁵ wird argumentiert, dass es sich bei der Vorschrift des § 89 Abs 5 KO um zwingendes Recht handle, sodass jede vertragliche Vereinbarung eines Honoraranspruchs zwischen den Ausschussmitgliedern auf der einen und dem Masseverwalter auf der anderen Seite ungültig sein müsse. Dieser Ansicht ist mE zu folgen, denn der Zweck dieser Bestimmung ist ja gerade, die Kosten des Konkursverfahrens möglichst in Grenzen zu halten. Somit müssen aber jegliche Vereinbarungen von Ausschussmitgliedern über Honoraransprüche, unabhängig davon, mit wem diese geschlossen werden, ungültig sein. Zusätzlich entspricht die Unentgeltlichkeit der Tätigkeit im Gläubigerausschuss auch der österreichischen Rechtstradition, sodass mE letztendlich der Schluss nahe gelegt wird, dass die Bestimmung des § 89 Abs 5 KO zwingenden Charakter hat.

⁹⁴⁵ *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 442 Anm 32; ihm folgend *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 89 Rz 79.

7. ENDE DER TÄTIGKEIT

7.1. ALLGEMEINES

Die Tätigkeit des Gläubigerausschusses endet grundsätzlich mit der rechtskräftigen Aufhebung des Konkursverfahrens⁹⁴⁶.

Eine Enthebung des Gläubigerausschusses als Kollegialorgan ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen, wird aber nach herrschender Meinung für zulässig erachtet⁹⁴⁷. Diese wird vor allem dann in Betracht gezogen werden, wenn seine Tätigkeit nicht mehr länger erforderlich ist, weil etwa das Unternehmen bereits veräußert werden konnte und nur noch ein wenig bedeutsames Restvermögen zu verwerten ist⁹⁴⁸, wobei die Praxis dazu neigt, einen einmal bestellten Gläubigerausschuss auch in solchen Fällen beizubehalten, da seine den Masseverwalter überwachende Funktion weiterhin aufrecht bleibt⁹⁴⁹. Die Überwachungsfunktion wird bei hohen Einnahmen im Zuge der Vermögensverwertung hinsichtlich sinnvoller Anlegung und Verwendung des Verwertungserlöses vielmehr durchaus zweckmäßig sein, sodass der Gläubigerausschuss auch in solchen Fällen beibehalten werden sollte⁹⁵⁰. Hingegen wird bei einem lediglich geringen Verwertungsumfang die Enthebung des Gläubigerausschusses eher sinnvoll sein, da ansonsten sachlich nicht gerechtfertigte, formal aber notwendige Verfahrensschritte gesetzt werden müssen, die in der Folge zu Verfahrensverzögerungen ohne bedeutende Wirkung führen.

⁹⁴⁶ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, *Insolvenzrecht*⁴ III § 88 Rz 29; Pollak in Bartsch/Pollak, *KO*³ I 434 Anm 20; Petschek/Reimer/Schiemer, *Insolvenzrecht* 214; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, *KO* § 88 Rz 12; Feil, *KO*⁵ § 88 Rz 8.

⁹⁴⁷ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, *Insolvenzrecht*⁴ III § 88 Rz 29; Pollak in Bartsch/Pollak, *KO*³ I 434 Anm 20; Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, *KO* § 88 Rz 12; Bartsch/Heil, *Grundriß*⁴ Rz 277; Heil, *Insolvenzrecht*, Rz 147; Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch, *Sanierung* III Kap 12.2/8; OLG Wien 09.09.2005, 28 R 215/05a = ZIK 2006/119, 99.

⁹⁴⁸ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, *KO* § 88 Rz 12; Bartsch/Heil, *Grundriß*⁴ Rz 277.

⁹⁴⁹ Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch, *Sanierung* III Kap 12.2/8.

⁹⁵⁰ Vgl. Reisch in Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch, *Sanierung* III Kap 12.2/8.

Schließlich stellt auch der Tod eines Funktionärs einen (automatischen) Endigungsgrund seiner Mitgliedschaft im Ausschuss dar⁹⁵¹, wobei diese Variante wohl als „sonstiger Wegfall“ im Sinne des § 88 Abs 4 KO verstanden werden kann. Nach *Petschek/Reimer/Schiemer* ist während der Vakanz eines verstorbenen Funktionärs dessen einstige Stimme nicht in die Gesamtzahl der Ausschussmitglieder einzurechnen⁹⁵², wobei dies nur in jenen Fällen möglich ist, in denen der Gläubigerausschuss noch eine ausreichende Zahl an Mitgliedern – nämlich mindestens drei⁹⁵³ – aufweist, weil er ansonsten beschlussunfähig wäre.

7.2. ENTHEBUNG EINZELNER AUSSCHUSSMITGLIEDER

7.2.1. Allgemeines

Einzelne Mitglieder des Gläubigerausschusses können durch das Konkursgericht gemäß § 88 Abs 3 KO aus wichtigen Gründen enthoben werden. Dies kann von Amts wegen geschehen oder aber auf Antrag der ersten oder einer späteren gemäß § 91 Abs 1 KO zur Verhandlung dieses Gegenstands einberufenen Gläubigerversammlung. Um die Unabhängigkeit des Gläubigerausschussmitglieds zu sichern, hat das Konkursgericht zu prüfen, ob ein wichtiger Grund im Sinne des § 88 Abs 3 KO vorliegt⁹⁵⁴. Ein Enthebungsantrag der Gläubigerversammlung muss analog § 87 Abs 2 Satz 3 KO begründet werden⁹⁵⁵. Hingegen haben die übrigen Verfahrensbeteiligten sowie der Gemeinschuldner und der Masseverwalter nach der Konkursordnung kein Recht zur Stellung eines Antrags auf

⁹⁵¹ *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzzrecht 215; *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 434 Anm 21.

⁹⁵² *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzzrecht 215.

⁹⁵³ Siehe Punkt 4.6.3.1.

⁹⁵⁴ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ III § 88 Rz 30; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 88 Rz 12.

⁹⁵⁵ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ III § 88 Rz 30; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 88 Rz 12.

Enthebung eines Ausschussmitglieds, sondern können diese bloß beim Konkursgericht *anregen*⁹⁵⁶.

Kommt der Richter einer begründeten Anregung auf Enthebung eines Ausschussmitglieds nicht nach, obwohl die unbefangene Wahrnehmung der Interessen aller Beteiligten durch dessen Mitgliedschaft gefährdet scheint – insbesondere wegen zu befürchtender Rücksichtnahme auf den Gemeinschuldner oder wirtschaftlicher Auswirkungen künftig anstehender Entscheidungen auf das Ausschussmitglied –, stellt dies eine Pflichtverletzung des Richters dar, die Zweifel an seiner Unvoreingenommenheit erwecken und letztlich eine Befangenheitsanzeige nach sich ziehen könnte⁹⁵⁷.

7.2.2. Wichtige Gründe im Sinne des § 88 Abs 3 KO

Als wichtiger Grund wird in § 88 Abs 3 KO insbesondere genannt, dass die Mitglieder ihren Obliegenheiten nicht oder nicht rechtzeitig nachkommen⁹⁵⁸. Dazu zählt vor allem das Fernbleiben von Ausschusssitzungen⁹⁵⁹, auch wenn das (wiederholt) ferngebliebene Ausschussmitglied kein Verschulden trifft, da das Vorliegen eines wichtigen Grundes verschuldensunabhängig ist⁹⁶⁰. *Petschek/Reimer/Schiemer*⁹⁶¹ vertraten noch die Ansicht, dass bloß wiederholtes, nicht genügend entschuldigtes unvertretenes Fernbleiben von den Ausschusssitzungen eine Enthebung nach sich ziehen könne, doch kann diese Ansicht heute mE mit

⁹⁵⁶ OLG Linz 06.02.1995, 2 R 272, 274/94 = ZIK 1995, 190; *Bartsch/Heil*, Grundriß⁴ Rz 277; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.6/9; *Heil*, Insolvenzrecht, Rz 147; *Chalupsky/*

Duursma-Kepplinger in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 30; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 88 Rz 12.

⁹⁵⁷ *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.6/6.

⁹⁵⁸ Vgl zur vergleichbaren Rechtslage in Deutschland: *Kübler* in *Kübler/Prütting*, InsO, Band I § 70 Rz 6.

⁹⁵⁹ *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 88 Rz 12; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.6/9.

⁹⁶⁰ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 30; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 88 Rz 12; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.6/9; so nunmehr auch die Rechtslage in Deutschland: *Kübler* in *Kübler/Prütting*, InsO, Band I § 70 Rz 7.

⁹⁶¹ *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 213.

der herrschenden Meinung zu Recht als überholt betrachtet werden, denn vor allem auch – etwa wegen unerwarteter längerer oder schwerer Krankheit – unentschuldigtes Fernbleiben von Sitzungen beeinträchtigt die Funktionalität des Gläubigerausschusses in seiner Entscheidungsfindung, da die Mehrheit aller Ausschussmitglieder für das Zustandekommen eines Beschlusses maßgeblich ist und ein nicht in der Sitzung vertretenes Mitglied gleichsam als Gegenstimme zählt⁹⁶², wodurch die ordentliche Meinungsbildung beeinflusst wird. In diesen Fällen wird die Enthebung eines Ausschussmitglieds und eine Neubesetzung dieser Stelle sinnvoll sein. Als weitere wichtige Gründe werden in Literatur und Rechtsprechung vor allem erwähnt:

- Kollusionen mit anderen Gläubigergruppen und andere gravierende Interessenkonflikte⁹⁶³;
- Konkurseröffnung über das Vermögen eines Mitglieds⁹⁶⁴;
- Tätigwerden des Gläubigerausschussmitglieds in eigener Sache⁹⁶⁵;
- ursprünglicher oder nachträglicher Mangel der Funktionseignung⁹⁶⁶, weil andernfalls die Funktion des Gläubigerausschuss – vor allem als ein den Masseverwalter überwachendes Organ – nicht gewährleistet ist. Im Gegensatz zur früheren Ansicht von *Pollak*⁹⁶⁷, der noch einen derartigen Mangel selbst – etwa bei (wenn auch nur beschränkter) Entmündigung – als Endigungsgrund betrachtete, vertreten *Petschek/Reimer/Schiemer* die Ansicht, dass auch in solchen Fällen das Ausschussmitglied erst durch das Konkursgericht enthoben werden muss;
- in Anlehnung an die deutsche Literatur⁹⁶⁸ eine strafgerichtliche Verurteilung, wobei jedoch in diesen Fällen mE hinsichtlich der Schwere der Tat differenziert werden muss und nur besonders schwere Straftaten, die mit einem Mindeststrafmaß von einem Jahr bedroht sind, einen wichtigen Grund darstellen sollten.

⁹⁶² Siehe Punkt 5.2.4.

⁹⁶³ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ III § 88 Rz 30; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, *Sanierung* III Kap 12.6/9f; *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 434 Anm 21; vgl auch Andeutungen in OLG Linz 06.02.1995, 2 R 272, 274/94 = ZIK 1995, 190.

⁹⁶⁴ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ III § 88 Rz 30; *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 434 Anm 21.

⁹⁶⁵ OLG Linz 06.02.1995, 2 R 272, 274/94 = ZIK 1995, 190.

⁹⁶⁶ *Petschek/Reimer/Schiemer*, *Insolvenzrecht* 214.

⁹⁶⁷ *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 434 Anm 21.

⁹⁶⁸ *Kübler* in *Kübler/Prütting*, *InsO*, Band I § 70 Rz 7 mwN.

Bisher nicht als wichtiger Grund anerkannt ist eine gegenüber den Gläubigern übernommene Verpflichtung eines Mitglieds des Ausschusses, das Amt niederzulegen⁹⁶⁹. Zudem stellt das Enthebungsverlangen des Mitglieds selbst, auch wenn diesem seinerzeit die freie Ablehnung der Übernahme zugestanden wäre, keinen wichtigen Grund dar⁹⁷⁰.

7.2.3. Rekurslegitimation gegen einen Enthebungsbeschluss des Konkursgerichts

Nach (älterer) Auffassung konnten sowohl der Enthebungsbeschluss als auch der Beschluss, mit dem die Enthebung abgelehnt wurde, zwar nicht vom betroffenen Ausschussmitglied selbst, dafür jedoch vom Masseverwalter bzw dessen Stellvertreter (nicht jedoch von einem besonderen Verwalter), vom Gemeinschuldner sowie von jeder „konkurrierenden“ Person, der das Gläubigerstimmrecht zustand, mit Rekurs bekämpft werden⁹⁷¹. Jedoch musste diese Auffassung vor dem Hintergrund der damaligen Rechtslage verstanden werden, nach der die Mitglieder des Gläubigerausschusses zunächst von der Gläubigerversammlung gewählt wurden und anschließend noch vom Konkursgericht bestätigt werden mussten⁹⁷². Da diesen Personen nach der heutigen Rechtslage jedoch keine Legitimation zur Stellung eines Antrags auf Enthebung mehr zukommt, wäre es nach einer Entscheidung des OLG Linz unverständlich, ihnen in dieser Angelegenheit ein Rechtsmittel zukommen zu lassen⁹⁷³. Nach dieser Entscheidung muss auch die – ebenfalls vor dem Hintergrund der damals geltenden Rechtslage zu beurteilende – Ansicht von *Petschek/Reimer/Schiemer* als teilweise überholt betrachtet werden: Diese Autoren schränkten die Ansicht von *Pollak* insofern ein, als nach deren

⁹⁶⁹ OLG Wien 20.05.1935, 2 R 361/35 = EvBl 1935/689, II 231; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ III § 88 Rz 30.

⁹⁷⁰ *Petschek/Reimer/Schiemer*, *Insolvenzrecht* 214.

⁹⁷¹ *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 434 Anm 22.

⁹⁷² Vgl RGBI 1914/337.

⁹⁷³ OLG Linz 06.02.1995, 2 R 272, 274/94 = ZIK 1995, 190: in dieser Entscheidung wird allerdings auch darauf hingewiesen, dass deshalb ein Vorgehen nach § 20 JN nicht ebenfalls ausgeschlossen sein müsse, sondern – im Gegenteil – daher erst recht von Bedeutung sein könne – siehe dazu Punkt 4.6.2.4.

Ansicht nicht „alle konkurrierenden Konkursgläubiger“ ein Rekursrecht hätten, sondern lediglich der Masseverwalter sowie sein allfälliger Stellvertreter, der Gemeinschuldner und jene Konkursteilnahmeberechtigten, die nicht ihre Stimme im Sinne des angefochtenen Beschlusses abgegeben haben.

Jedoch ist im Sinne der Entscheidung des OLG Linz⁹⁷⁴ sowie der heute hM nach geltender Rechtslage davon auszugehen, dass nur das enthobene Ausschussmitglied gegen den Enthebungsbeschluss des Konkursgerichts mit Rekurs vorgehen kann⁹⁷⁵, nicht jedoch der Masseverwalter, der Gemeinschuldner oder einzelne Konkursgläubiger. Begründet wird dies von *Hierzenberger/Riel*⁹⁷⁶ mit einer Analogie zu § 87 KO, der die Enthebung des Masseverwalters regelt. Da sowohl der Masseverwalter als auch ein Mitglied des Gläubigerausschusses keinen Rechtsanspruch auf ihr Amt hätten, dem Masseverwalter von der hM jedoch ein Rekursrecht gegen seine Enthebung zugestanden würde⁹⁷⁷, müsste auch jedes Mitglied des Gläubigerausschusses eine allfällige Enthebung aus seinem Amt mit Rekurs bekämpfen können. Nach einer Entscheidung des OLG Wien⁹⁷⁸ bestünde zwar kein Anspruch auf die Wahl in den Gläubigerausschuss, weshalb auch dem in den Gläubigerausschuss Gewählten gegen die Verweigerung der Bestätigung ein Rechtsmittel nicht zustehe. Dies gelte aber nicht für den Fall der Enthebung, weil durch die Bestätigung der Wahl das Mitglied ein Recht auf Ausübung des ihm übertragenen Amtes erlangen würde, welches ihm nur unter den Voraussetzungen des § 88 KO – somit bei Vorliegen eines wichtigen Grundes – entzogen werden könne. Das Mitglied könne daher seine Enthebung mit Rekurs anfechten. Zwar ist diese Entscheidung ebenfalls vor dem Hintergrund der zu dieser Zeit geltenden Konkursordnung zu betrachten, nach der die Mitglieder des Gläubigerausschusses durch die Gläubigerversammlung gewählt und anschließend durch das Konkursgericht

⁹⁷⁴ OLG Linz 06.02.1995, 2 R 272, 274/94 = ZIK 1995, 190.

⁹⁷⁵ *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 88 Rz 12; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 215; *Feil*, KO⁵ § 88 Rz 7; *Isola* in *Petsch/Reckenzaun/Berti/Isola*, Praxishandbuch², 536; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.6/10; OLG Wien 04.10.1937, 2 R 563/37 = EvBl 1937/1010, II 352.

⁹⁷⁶ *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 88 Rz 12.

⁹⁷⁷ *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 87 Rz 10; *Heil*, Insolvenzrecht, Rz 141; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 156f; OLG Wien 24.06.1935, 2 R 403/35 = EvBl 1935/688, II 231: Dem enthobenen Masseverwalter muss gegen seine Enthebung ein Rekurs zugebilligt werden.

⁹⁷⁸ OLG Wien 04.10.1937, 2 R 563/37 = EvBl 1937/1010, II 352.

bestätigt wurden, doch lässt sich die Schlussfolgerung mE auch auf die heutige Rechtslage übertragen, sodass mit der rechtskräftigen Bestellung zu einem Mitglied des Gläubigerausschusses auch eine allfällige Enthebung vom betroffenen Ausschussmitglied mit Rekurs bekämpft werden kann.

Gegen die hL sowie im Besonderen gegen die Argumentation von *Hierzenberger/Riel* richtet sich nunmehr soweit ersichtlich lediglich die Auffassung von *Chalupsky/Duursma-Kepplinger*⁹⁷⁹, wonach zwar dem Masseverwalter trotz mangelnden Rechtsanspruchs auf sein Amt gegen seine allfällige Enthebung ein Rekursrecht zuerkannt würde⁹⁸⁰, daraus jedoch nicht auch auf ein Rekursrecht der Mitglieder des Gläubigerausschusses geschlossen werden dürfte, da hinsichtlich des Masseverwalters infolge seiner rechtlich und haftungsmäßig bedeutsameren Stellung und der ihm für seine Tätigkeit zustehenden Entlohnung ein rechtliches Interesse eher zu bejahen sei. Somit könne der Enthebungsbeschluss nach Ansicht von *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* weder von den Konkursgläubigern noch vom Gemeinschuldner noch vom enthobenen Mitglied des Gläubigerausschusses angefochten werden.

7.3. VERZICHT & RÜCKTRITT

Wie der Masseverwalter können auch die Mitglieder des Gläubigerausschusses nicht nach Aufnahme der Tätigkeit im Gläubigerausschuss auf ihr Amt „verzichten“. Ein solcher Verzicht wäre daher wirkungslos und hätte für den Verzichtenden nicht die Beendigung seiner Stellung als Gläubigerausschussmitglied zur Folge⁹⁸¹. Das gilt auch für den Fall, dass ein Ausschussmitglied unzulässigerweise seinen Rücktritt erklärt; auch dieser wäre demnach ebenso ohne rechtliche Bedeutung für die Stellung

⁹⁷⁹ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ III § 88 Rz 31.

⁹⁸⁰ Vgl. *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ III § 87 Rz 16.

⁹⁸¹ *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ III § 88 Rz 33; *Pollak* in *Bartsch/Pollak*, KO³ I 434 Anm 21.

als Gläubigerausschussmitglied⁹⁸². Dies ergibt sich nach *Hierzenberger/Riel* richtigerweise aus der Formulierung des § 88 Abs 4 KO, wo normiert ist, dass Mitglieder des Gläubigerausschusses die Übernahme der Tätigkeit sowohl ablehnen können als auch die Möglichkeit besteht, dass sie enthoben werden oder „sonst wegfallen“ – womit wohl das Ableben eines Ausschussmitglieds gemeint ist –, eine Rücktritts- oder Verzichtsmöglichkeit jedoch nicht erwähnt wird⁹⁸³.

Allerdings spielt die mangelnde Rücktrittsmöglichkeit kaum eine Rolle, weil ein rücktrittswilliges Mitglied in der Praxis – mangels Bereitschaft zur Mitarbeit, womit eine Pflichtwidrigkeit indiziert wird – vom Konkursgericht zwecks Vermeidung einer Erschwerung des Konkursverfahrens seines Amtes enthoben wird, anstelle dieses durch Ordnungsstrafen nach § 89 Abs 2 Satz 2 KO zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten⁹⁸⁴.

7.4. „NACHBESETZUNGSPFLICHT“ DES KONKURSGERICHTS?

Gemäß § 88 Abs 4 KO hat das Konkursgericht eine andere Person zum Mitglied des Gläubigerausschusses zu bestellen, falls ein Mitglied die Übernahme der Tätigkeit ablehnt, seines Amtes enthoben wird oder sonst wegfällt.

Nach – nicht näher begründeter – Ansicht von *Hierzenberger/Riel* besteht – anders als nach Enthebung des Masseverwalters – bei Enthebung eines oder mehrerer Mitglieder des Gläubigerausschusses sowie bei Ablehnung der Übernahme der Tätigkeit durch ein Mitglied⁹⁸⁵ keine grundsätzliche Verpflichtung für das Konkursgericht, die Stelle(n) des oder der

⁹⁸² *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 88 Rz 12; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 33; vgl *Feil*, KO⁵ § 88 Rz 8; *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.6/9.

⁹⁸³ Vgl *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO § 88 Rz 12.

⁹⁸⁴ *Reisch* in *Hamerle/Lahodny-Karner/Reisch*, Sanierung III Kap 12.6/9.

⁹⁸⁵ Siehe Punkt 4.7.

enthobenen Mitglieder wieder nachzubesetzen⁹⁸⁶. Diese Auffassung ist mit der herrschenden Lehre wegen des eindeutigen Wortlauts des § 88 Abs 4 KO abzulehnen⁹⁸⁷. Zudem muss von einer zwingenden Nachbesetzungspflicht des Konkursgerichts in jenen Fällen ausgegangen werden, in denen der Gläubigerausschuss nach Enthebung eines seiner Mitglieder nicht mehr die erforderliche Mindestanzahl an Ausschussmitgliedern, dh drei Mitglieder, aufweist und infolgedessen beschlussunfähig wäre⁹⁸⁸. Eine derartige Differenzierung, wonach in gewissen Fällen – vor allem bei Unterbesetzung, aber auch bei sonstiger Erforderlichkeit eines Ersatzes, zB in jenen Fällen, wo das Konkursgericht die Anzahl der Gläubigerausschussmitglieder wegen der erforderlichen Beschlussmehrheiten ungerade halten will – ein neues Mitglied anstelle des enthobenen in den Ausschuss bestellt wird, in anderen Fällen jedoch nicht, ist mE nicht sachgerecht und widerspricht auch – wie bereits ausgeführt – dem klaren Gesetzeswortlaut des § 88 Abs 4 KO. Somit ist im Ergebnis von einer Pflicht des Konkursgerichts zur Neubesetzung der vakant gewordenen Stelle auszugehen.

⁹⁸⁶ Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert, KO § 88 Rz 12; vgl auch Isola in Petsch/Reckenzaun/Bertl/Isola, Praxishandbuch², 528: „kann das Konkursgericht ... „weggefallene“ Mitglieder ersetzen“.

⁹⁸⁷ Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 32; Chalupsky/Ennöckl/Holzapfel, Handbuch 225: „hat nachzubesetzen“; Bartsch/Heil, Grundriß⁴ Rz 277; Heil, Insolvenzrecht, Rz 147: „... hat das Gericht ...“.

⁹⁸⁸ Vgl Chalupsky/Duursma-Kepplinger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ III § 88 Rz 32.

LITERATURVERZEICHNIS

- *Apathy*, Peter, Anmerkung zu OGH 4 Ob 2119/96p, ÖBA 1996, 955
- *Bachmann*, Christian, Befriedigung der Masseforderungen (1993)
- *Bachner-Foregger*, Helene, Strafgesetzbuch, 19. Auflage (2005)
- *Ballon*, Oskar J., Einführung in das österreichische Zivilprozeßrecht, 8. Auflage (1999)
- *Bartsch*, Robert/*Heil*, Rudolf, Grundriß des Insolvenzrechts, 4. Auflage (1983)
- *Bartsch*, Robert/*Pollak*, Rudolf, Kommentar zur Konkursordnung, 3. Auflage, Band I+II (1937)
- *Bartsch*, Robert/*Pollak*, Rudolf/*Buchegger*, Walter (Hrsg.), Österreichisches Insolvenzrecht, Band I-IV, 4. Auflage (2000-2006)
- *Baumgartner*, Andreas, Unternehmensschließung oder –fortführung. Zur Beurteilung der Fortführbarkeit im Konkurs befindlicher Unternehmen und zur Haftung des Masseverwalters (2003)
- *Berger*, Kurt/*Riel*, Stephan, Gefährliche Abfälle im Konkurs, Anmerkung zu OGH 8 Ob 7/94, RdW 1995, 90
- *Bertl*, Romuald/*Mandl*, Dieter/*Mandl*, Gerwald, Handbuch für Wirtschaftstreuhänder. Die Praxis des Steuerberaters, Buchprüfers und Wirtschaftsprüfers (1989)
- *Bock*, Gerhard/*Muhri*, Georg, Das neue Insolvenzrecht (2002)
- *Böhm*, Peter, Die Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, JBl 1974, 1
- *Bollenberger*, Raimund, Anmerkung zu OGH 6 Ob 509/93, ÖBA 1994, 67
- *Buchegger*, Walter (Hrsg.), Beiträge zum Zivilprozeßrecht V (1995)
- *Bydlinski*, Franz, Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht (1977)
- *Chalupsky*, Ernst/*Ennöckl*, Wolfgang, Unternehmensfortführung im Konkurs. Entscheidungsgrundlagen und Fortführungsgarantie (1985)
- *Chalupsky*, Ernst/*Ennöckl*, Wolfgang/*Holzapfel*, Werner, Handbuch des österreichischen Insolvenzrechts. Insolvenzverfahren – Grundzüge, Muster und Formulare. Abgabenrechtliche Sonderprobleme (1986)

- *Chalupsky, Ernst, Die Lastenfreistellung von Liegenschaften bei freihändiger Veräußerung im Konkurs, RdW 1991, 350*
- *Chalupsky, Ernst, Sanierung durch Auffanggesellschaften, in Feldbauer, Birgit/Stiegler, Harald (Hrsg.), Krisenmanagement (1994)*
- *Dellinger, Markus/Oberhammer, Paul, Insolvenzrecht, 2. Auflage (2004)*
- *Denkschrift zur Einführung einer Konkursordnung, Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung (1914)*
- *Dolinar, Hans/Holzhammer, Richard, Zivilprozessrecht, Band I, 6. Auflage (2005)*
- *Fasching, Hans W., Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts, 2. Auflage (1990)*
- *Fasching, Hans W./Konecny, Andreas, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, Band I, 2. Auflage (2000)*
- *Fasching, Hans W./Konecny, Andreas, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, Band III, 2. Auflage (2004)*
- *Federsel, Alois, Haftung des Masseverwalters wegen zu Unrecht verweigerter Räumung eines Bestandobjekts?, RdW 1987, 78*
- *Feil, Erich, Konkursordnung, 5. Auflage (2004)*
- *Feldbauer-Durstmüller, Birgit, Praktische Bedeutung der Unternehmensfortführung im Konkurs. Dargestellt am Bundesland Oberösterreich, in Seicht, Gerhard (Hrsg.), Gläubigerschutz, Betriebswirtschaftslehre und Recht. Festgabe für Otmar Koren zum 75. Geburtstag (1993)*
- *Fenzl, Friedrich jun, Der Rückersatz nach den Haftpflichtgesetzen, ÖJZ 1949, 413*
- *Fenzl, Friedrich/Völkl, Wolfgang/Völkl, Evelyn, Die Haftung der rechtsberatenden Berufe im Spiegel der Rechtsprechung, ÖJZ 1989, 513*
- *Fink, Herbert, Insolvenzrecht, 3. Auflage (2002)*
- *Frankl, Otto, Zur Revision des österreichischen Concursrechts (1896)*
- *Graf, Ferdinand, Anwaltshaftung (1991)*
- *Gundlach, Ulf/Frenzel, Volkhart/Schmidt, Nikolaus, Die Verschwiegenheitspflicht des Gläubigerausschussmitglieds, ZInsO 2006, 69*

- *Hamerle, Vinzenz/Lahodny-Karner, Andrea/Reisch, Ulla*, Sanierung von Unternehmen. Handbuch zur zivil- und steuerrechtlichen Beratung. Sanierungskonzepte. Durchführung des Reorganisationsverfahrens (1997)
- *Heil, Rudolf*, Insolvenzrecht (1989)
- *Hess, Harald/Weis, Michaela/Wienberg, Rüdiger* (Hrsg.), Kommentar zur Insolvenzordnung mit EGIInsO, 2. Auflage (2001)
- *Hofmeister, Herbert/Rechberger, Walter/Zitta, Rudolf* (Hrsg.), Bauten auf fremdem Grund. Bauwerke iSd BauRG und Superädifikate (1996)
- *Holzapfel, Werner*, Zur Zulässigkeit kollektiver Verwaltungssysteme im Insolvenzverfahren, RdW 1992, 299
- *Holzhammer, Richard*, Österreichisches Insolvenzrecht, 5. Auflage (1996)
- *Höpfel, Frank/Ratz, Eckart* (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage (1999)
- *Hora, Wenzel*, Der Konkurskommissär nach der österreichischen Konkursordnung (1916)
- *Jaeger, Ernst*, KO Band II §§ 71-206, 8. Auflage (1973)
- *Jelinek, Wolfgang*, Besondere Verwalter im Insolvenzverfahren, RdW 1984, 330
- *Jelinek, Wolfgang* (Hrsg.), Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrecht (1987)
- *Jelinek, Wolfgang* (Hrsg.), Konkursordnung, 7. Auflage (2004)
- *Kastner, Walther/Doralt, Peter/Nowotny, Christian*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts, 6. Auflage (1997)
- *Klicka, Thomas*, Anmerkung zu OGH 8 Ob 251/01x, JBI 2002, 465
- *Kodek, Georg*, Handbuch Privatkonkurs (2002)
- *Kodek, Georg*, Zur Zweiseitigkeit des Rekursverfahrens, ÖJZ 2004, 589
- *Konecny, Andreas*, Vorzeitiger Austritt im Konkurs wegen eines Entgeltrückstands, ZIK 1996, 146
- *Konecny, Andreas/Schubert, Günter* (Hrsg.), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (1997)
- *Konecny, Andreas*, Zur Abgrenzung Unternehmensschließung – befristete Unternehmensfortführung, ZIK 1998, 73
- *Konecny, Andreas/Riel, Stephan*, Die Belohnung der bevorrechteten Gläubigerschutzverbände, ZIK 1999, 151

- *Konecny, Andreas/Riel, Stephan*, Entlohnung im Insolvenzverfahren (1999)
- *Konecny, Andreas*, Belohnung der bevorrechteten Gläubigerschutzverbände bei Unternehmensfortführung, ZIK 2000/50, 43
- *Konecny, Andreas/Rathauscher, Susi*, Verwertung von Superädifikaten im Konkurs, ZIK 2003/205, 151
- *Konecny, Andreas* (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2003. Vorträge anlässlich des 10. Insolvenz-Forums Grundlsee im November 2003 (2004)
- *König, Bernhard*, Anmerkung zu OGH 7 Ob 578/93, JBI 1994, 343
- *König, Bernhard*, Die Anfechtung nach der Konkursordnung, 3. Auflage (2003)
- *König, Bernhard/Hager-Rosenkranz, Caroline*, Nationalbericht Österreich zum Thema „New Trends in Insolvency Proceedings“ (International Association of Procedural Law, World Congress Salvador – Bahia – Brazil 2007),
verfügbar unter <http://www.uibk.ac.at/zivilverfahren/mitarbeiterinnen/nationalbericht.pdf>
- *Koppensteiner, Hans-Georg*, GmbH-Gesetz, 2. Auflage (1999)
- *Kosch, Norbert*, Die Betriebsfortführung im Konkurs (1981)
- *Koziol, Helmut*, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I, 3. Auflage (1997)
- *Koziol, Helmut*, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band II, 2. Auflage (1984)
- *Koziol, Helmut*, Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich, JBI 1994, 209
- *Koziol, Helmut/Welser, Rudolf*, Bürgerliches Recht, 12. Auflage (2002)
- *Kübler, Bruno M./Prütting, Hanns* (Hrsg.), Kommentar zur Insolvenzordnung (1998)
- *Lehmann, Arnold*, Kommentar zur österreichischen Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung, Band I (1916)
- *Leipold, Dieter* (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch (1991)
- *Lentsch, Michael*, Unternehmensfortführung durch den Masseverwalter (1998)
- *Löbl, Walter*, Die Überwachung der Geschäftsführung des Masseverwalters im regulären Konkurs (1999)

- *Lücke, Wolfgang*, Persönliche Haftung des Verwalters in der Insolvenz, 2. Auflage (1996)
- *Marte, Volker*, Die Stellung der Gläubigerschutzverbände im Insolvenzverfahren, RZ 1982, 213
- *Mayr, Peter*, Formlose Verteilung als Schlußverteilung im Konkursverfahren?, RZ 1969, 144
- *Mohr, Franz*, Privatkonkurs (1994)
- *Mohr, Franz*, Der Ministerialentwurf der Insolvenzrechts-Novelle 2002. Ein Überblick über die geplanten Änderungen des Unternehmensinsolvenzrechts, ZIK 2001/186, 114
- *Mohr, Franz*, Insolvenzrecht 2002 (2002)
- *Muhri, Georg/Stortecky, Felix*, Das neue Insolvenzrecht, 4. Auflage (2006)
- *Nadler, Andreas*, Unternehmensverkauf durch den Masseverwalter. Der asset deal im Konkursverfahren (2001)
- *Nunner, Bettina*, Die Freigabe von Konkursvermögen. Grundfragen des Massebegriffes und der Haftungsordnung im Konkurs (1998)
- *Nunner-Krautgasser, Bettina*, Endgültigkeit der Freigabe? Zur Frage der Wiedereinbeziehung ausgeschiedenen Vermögens in die Konkursmasse, WBI 2000, 107
- *Nunner-Krautgasser, Bettina*, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz. Wechselwirkungen zwischen materiellem und formellem Recht und ihr Einfluss auf den Inhalt und die Durchsetzung von Rechten (2007)
- *Oberhofer, Bernd A.*, Anmerkung zu OGH 9 ObA 2-4/95, RdA 1996/11
- *Pape, Gerhard*, Rechtliche Stellung, Aufgaben und Befugnisse des Gläubigerausschusses im Insolvenzverfahren, ZInsO 1999, 675
- *Papis, Walter*, Anfechtbarkeit bedingt erloschener Absonderungsrechte, RdW 1990, 282
- *Petsch, Wolfgang/Reckenzaun, Axel/Bertl, Romuald/Isola, Alexander* (Hrsg.), Praxishandbuch Konkursabwicklung, 2. Auflage (2003)
- *Petschek, Georg/Reimer, Otto/Schiemer, Karl*, Das österreichische Insolvenzrecht (1973)
- *Pollak, Rudolf*, Gutachten über die Reform des Konkursrechts (1908)
- *Rechberger, Walter*, Einige Fragen beim Ausscheidungsbeschluß nach § 119 Abs 5 KO, JBI 1973, 457

- *Rechberger*, Walter H., Kommentar zur ZPO, 2. Auflage (2000).
- *Rechberger*, Walter H./*Simotta*, Daphne-Ariane, Zivilprozessrecht, 6. Auflage (2003)
- *Rechberger*, Walter H./*Thurner*, Mario, Insolvenzrecht, 2. Auflage (2004)
- *Reich-Rohrwig*, Johannes, Das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung, Band I, 2. Auflage (1997)
- *Riel*, Stephan, Die Mietwohnung des Gemeinschuldners, WoBI 1995, 40
- *Riel*, Stephan, Die Befugnisse des Masseverwalters im Zivilverfahrensrecht (1995)
- *Riel*, Stephan, Zur Haftung des Masseverwalters bei Unternehmensfortführung im Konkurs, ecolex 1997, 484
- *Riel*, Stephan, Die Neuregelung der Unternehmensfortführung im Konkurs durch das IRÄG 1997, AnwBI 1997, 891
- *Riel*, Stephan, Die nicht entlohnungsrechtlichen Bestimmungen des IVEG, ZIK 1999, 116
- *Riel*, Stephan, Neuerungen bei der Unternehmensveräußerung durch die InsNov 2002, ZIK 2002/259, 188
- *Riel*, Stephan/*Waidhofer*, Thomas, Das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 1997 im Überblick, ecolex 1997, 736
- *Rintelen*, Anton, Handbuch des österreichischen Konkurs- und Ausgleichsrechts (1915)
- *Rothner*, Gerhard, Unternehmensfortführung erleichtert?, ZIK 1997, 193
- *Rummel*, Peter, Kommentar zum ABGB, 1. Band, §§ 1-1174 ABGB, 3. Auflage (2000)
- *Rummel*, Peter, Kommentar zum ABGB, 2. Band, Teil 2a, §§ 1293-1312 ABGB, 3. Auflage (2007)
- *Rummel*, Peter, Kommentar zum ABGB, 2. Band, Teil 2b, §§ 1313-1341 ABGB, 3. Auflage (2004)
- *Schmidt*, Karsten, Insolvenzgesetze, 17. Auflage (1997)
- *Schwimann*, Friedrich (Hrsg.), Praxiskommentar zum ABGB, Band VII, 2. Auflage (1997)
- *Shamiyeh*, Peter, Die zivilrechtliche Haftung des Masseverwalters (1995)
- *Stiegler*, Harald, Sanierungsmanagement. Controllingbeiträge zu Reorganisation und Sanierung marktwirtschaftlicher (= konkursfähiger)

Unternehmungen, in *Seicht*, Gerhard (Hrsg.), Jahrbuch für Controlling und Rechnungswesen '98 (1998)

- *Straube*, Manfred (Hrsg.), Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Band: Rechnungslegung (2000)
- *Thurner*, Mario, Rahmenbedingungen einer Insolvenzrechtsordnung, verfügbar unter <http://www.europainstitut.hu/pdf/beg17-2/thurner.pdf> 77-85
- *Triffterer*, Otto/*Rosbaud*, Christian/*Hinterhofer*, Hubert (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (1992)
- *Uhlenbruck*, Wilhelm, Insolvenzordnung, 12. Auflage (2002)
- *Wach*, Adolf, Handbuch des Deutschen Civilprocessrechts (1885)
- *Wach*, Adolf, Der Rechtsschutzanspruch, ZZP 1904, 1
- *Wegan*, Josef, Österreichisches Insolvenzrecht (1973)
- *Weiss*, Egon, Der Rückgriff im Schadenersatzrecht, JBl 1947, 529
- *Welser*, Rudolf, Sachverständigenhaftung und Insolvenzverfahren, NZ 1984, 92
- *Zehetner*, Jörg, Anmerkung zu OGH 8 Ob 2116/96a, ecolex 1997, 165
- *Zotter*, Otto, Gläubigerausschüsse: Abstimmungsmaschine Gläubigerschutzverbände?, ZIK 2006/93, 89

ENTSCHEIDUNGSVERZEICHNIS

(chronologisch geordnet)

- OLG Wien 21.06.1916, R II 193/16
- OGH 25.02.1925, Ob I 128/25 = SZ 7/62
- OLG Wien 30.06.1925, R II 420/25
- OLG Wien 20.11.1925, R II 994/25
- OGH 12.09.1928, 2 Ob 644/28 = SZ 10/128
- OGH 10.01.1933, 2 Ob 1152/32 = SZ 15/7 = JBI 1933, 146
- OLG Wien 20.05.1935, 2 R 361/35 = EvBI 1935/689, II 231
- OLG Wien 24.06.1935, 2 R 403/35 = EvBI 1935/688, II 231
- OLG Wien 16.09.1935, 2 R 626/35 = EvBI 1935/994, II 325
- OLG Wien 16.12.1935, 2 R 775/35 = EvBI 1936/115, I 39
- OLG Wien 04.10.1937, 2 R 563/37 = EvBI 1937/1010, II 352
- OGH 26.04.1950, 2 Ob 240, 249/50 = SZ 23/113
- OGH 25.04.1951, 1 Ob 221/51 = SZ 24/109 = EvBI 1951/226, 279
- OGH 21.01.1953, 1 Ob 29/53 = SZ 26/18 = JBI 1953, 415
- OGH 13.10.1954, 1 Ob 739/54 = SZ 27/255 = JBI 1955, 250
- OGH 01.12.1954, 1 Ob 737/54 = SZ 27/305
- OGH 09.03.1955, 7 Ob 12/55 = SZ 28/72
- OGH 29.03.1955, 4 Ob 194/54 = SZ 28/86 = EvBI 1955/296, 484 = JBI 1955, 479
- OGH 20.02.1958, 5 Ob 20/58 = EvBI 1958/162, 272
- OGH 03.09.1958, 5 Ob 298/58
- OGH 21.01.1959, 6 Ob 343/58 = JBI 1959, 416
- OGH 08.07.1959, 5 Ob 260/59 = SZ 32/90 = EvBI 1959/303, 522
- OGH 08.07.1959, 5 Ob 315/59
- OGH 29.03.1962, 5 Ob 69/62 = SZ 35/39 = JBI 1963, 44
- OGH 27.09.1962, 5 Ob 169/62
- OGH 27.09.1962, 5 Ob 214/62 = JBI 1963, 323
- OGH 04.04.1963, 5 Ob 23/63 = EvBI 1963/348, 471 = JBI 1964, 42

- OGH 18.04.1963, 5 Ob 98/63 = SZ 36/59 = EvBl 1963/367, 497 = RZ 1963, 136
- OGH 14.06.1963, 5 Ob 207/63
- OGH 05.11.1964, 5 Ob 263, 264/64 = EvBl 1965/151, 211
- KG Wr. Neustadt 15.03.1965, R 43/65 = RpfISlgE 1966/3
- KG Wr. Neustadt 15.03.1965, R 106/65 = RpfISlgE 1966/45
- OGH 18.05.1965, 1 Ob 68/65 = EvBl 1965/420, 632 = JBl 1974, 545
- OGH 10.11.1965, 8 Ob 308/65 = JBl 1966, 524
- VwGH 21.01.1966 Slg NF 6844 (A) = ÖJZ 1966, 613
- OGH 08.02.1966, 4 Ob 2/66 = SZ 39/25 = ZAS 1967, 142 = RdA 1966, 130 = EvBl 1966/279, 351 = Arb 8.190
- OGH 24.02.1966, 5 Ob 28/66 = SZ 39/38
- OGH 03.05.1966, 4 Ob 29/66 = SZ 39/82 = EvBl 1966/444, 568 = JBl 1967, 94 = Arb 8.278
- OGH 12.01.1967, 1 Ob 235/66 = EvBl 1967/333, 467
- OGH 18.10.1967, 5 Ob 191/67 = EvBl 1968/165, 273
- OGH 02.10.1968, 5 Ob 197/68
- OGH 10.09.1969, 5 Ob 181/69 = JBl 1970, 206
- OGH 25.02.1970, 5 Ob 36/70 = SZ 43/51 = EvBl 1970/269, 464 = JBl 1973, 47
- OGH 27.05.1970, 5 Ob 123/70 = SZ 43/92 = JBl 1971, 194
- OGH 19.01.1972, 1 Ob 343/71 = SZ 45/5 = EvBl 1972/208, 402 = JBl 1973, 38
- OGH 10.10.1972, 5 Ob 172/72 = SZ 45/106 = JBl 1974, 104
- OGH 20.02.1973, 4 Ob 3, 4/73 = SZ 46/19 = EvBl 1973/180, 399
- OGH 04.04.1973, 5 Ob 1/73 = EvBl 1973/269, 553
- OGH 22.05.1973, 3 Ob 97/73 = SZ 46/52
- OGH 20.12.1973, 2 Ob 212/73 = SZ 46/128
- OGH 03.07.1974, 5 Ob 102/74 = SZ 47/84 = EvBl 1975/138, 269
- OGH 10.09.1975, 1 Ob 147/75 = RZ 1976/81, 154 = VersR 1976, 1171
- OGH 13.01.1976, 4 Ob 72/75 = EvBl 1976/178, 353 = JBl 1977, 49 = Arb 9.432
- OGH 25.05.1976, 5 Ob 558/76 = JBl 1977, 272

- OGH 21.03.1977, 5 Ob 519/77 = EvBl 1977/238, 552
- OGH 25.04.1978, 5 Ob 555/78 = SZ 51/55
- OGH 27.06.1978, 3 Ob 529/77 = SZ 51/97
- OGH 04.07.1978, 3 Ob 606/78 = SZ 51/108
- OGH 29.08.1979, 1 Ob 26/79 = SZ 52/119 = JBl 1980, 485
- OGH 18.12.1979, 5 Ob 310, 311/79 = SZ 52/193
- LGZ Wien 27.05.1980, 41 R 5/80 = MietSlg 32.867
- OGH 17.06.1980, 4 Ob 139/79 = SZ 53/92 = EvBl 1981/103, 322
- OGH 28.01.1981, 1 Ob 33/80 = SZ 54/12 = JBl 1982, 154
- LGZ Wien 22.09.1981, 41 R 524/81 = MietSlg 33.797
- OGH 14.12.1982, 5 Ob 304/82 = SZ 55/188
- OGH 20.03.1984, 5 Ob 304/84
- OGH 12.12.1984, 1 Ob 643, 644/84 = JBl 1986, 101 = RdW 1985, 209
- OGH 16.01.1985, 1 Ob 685/84 = SZ 58/6 = RdW 1985, 243
- OGH 05.03.1985, 5 Ob 301/85 = EvBl 1986/22, 91 = JBl 1986, 56
- LGZ Wien 19.11.1985, 41 R 1007/85 = MietSlg 37.848
- OGH 09.09.1986, 5 Ob 315/86 = EvBl 1987/196, 728 = JBl 1987, 327
- OGH 30.09.1986, 2 Ob 519/85 = JBl 1987, 53 = RdW 1987, 78
- OGH 25.11.1986, 5 Ob 321/86 = SZ 59/208
- OGH 05.03.1987, 7 Ob 534/87 = NZ 1987, 284 = WBl 1987, 243
- OGH 18.03.1987, 3 Ob 573/86 = WBl 1987, 157
- OGH 26.03.1987, 7 Ob 723/86 = SZ 60/55 = EvBl 1987/191, 723 = JBl 1987, 721
- OGH 30.06.1987, 5 Ob 332/87 = WBl 1987, 315
- OGH 18.05.1988, 3 Ob 522/88 = SZ 61/128 = RZ 1988/53, 225 = RdW 1988, 394
- OGH 13.07.1988, 3 Ob 59/88 = SZ 61/172 = ÖBA 1989/133, 92 = WBl 1988, 440 = RdW 1988, 424
- OGH 18.08.1988, 8 Ob 27/88
- OGH 07.12.1988, 8 Ob 33/88 = WBl 1989, 132
- OGH 22.12.1988, 8 Ob 49/88 = RdW 1990, 16
- OGH 20.07.1989, 8 Ob 38/89 = RZ 1992/80, 241
- OGH 27.10.1989, 8 Ob 56/89 = EvBl 1990/77, 340

- OGH 08.03.1990, 7 Ob 501/90 = AnwBI 1990, 653 = NZ 1992, 64
- OLG Linz 02.07.1990, 2 R 173, 174/90 = EvBI 1991/102, 447
- OLG Linz 05.07.1990, 2 R 168/90
- OLG Linz 30.08.1990, 2 R 149-166, 227-234/90
- OGH 14.11.1990, 1 Ob 711/89 = SZ 63/201 = EvBI 1991/44, 204 = ecolex 1991, 312
- OLG Wien 15.02.1991, 6 R 91/90
- OGH 23.05.1991, 8 Ob 12/91 = EvBI 1992/9, 30 = ecolex 1991, 847
- OGH 11.06.1991, 5 Ob 62/91 = SZ 64/75 = NZ 1992, 157 = ecolex 1991, 610
- OLG Innsbruck 24.06.1991, 1 R 171/91
- OLG Wien 30.07.1991, 6 R 157/90, 31/91, 46/91
- OLG Linz 06.08.1991, 2 R 197, 198/91 = RZ 1992/88, 264
- OGH 24.09.1991, 4 Ob 82/91 = EvBI 1992/18, 60 = JBI 1992, 397
- OGH 31.10.1991, 8 Ob 33/90
- OGH 28.11.1991, 8 Ob 26/91 = ecolex 1992, 160
- OGH 11.03.1992, 3 Ob 126/91 = EvBI 1992/150, 621
- OGH 12.03.1992, 8 Ob 2, 3/92 = EvBI 1992/152, 622
- OLG Wien 31.03.1992, 6 R 49/92
- OGH 12.05.1992, 4 Ob 7/92 = WBI 1992, 406 = RdW 1992, 371
- OGH 31.08.1992, 8 Ob 10/92 = RdW 1993, 246 = MietSlg 44.906 = WoBI 1993/74
- OGH 11.03.1993, 8 Ob 4/92 = SZ 66/33 = JBI 1994, 52 = EvBI 1993/172, 703 = RdW 1993, 306 = ecolex 1993, 382 = AnwBI 1993, 622
- OLG Wien 28.05.1993, 6 R 30, 47, 48/93
- OGH 16.09.1993, 8 Ob 15/93 = ecolex 1994, 818
- OGH 15.12.1993, 3 Ob 204/93 = SZ 66/171
- OGH 15.12.1993, 3 Ob 505/94 = SZ 66/173 = JBI 1994, 624
- OGH 26.05.1994, 8 Ob 7, 8/94 = SZ 67/98 = JBI 1995, 384 = RdW 1995, 100 = ZIK 1995, 30
- OLG Linz 23.08.1994, 2 R 172/94
- OGH 31.08.1994, 8 Ob 1013/94 = ZIK 1995, 53
- OLG Innsbruck 12.12.1994, 1 R 336/94 = ZIK 1995, 120

- OLG Wien 19.12.1994, 6 R 39/94 = ZIK 1995, 119
- OLG Linz 06.02.1995, 2 R 272, 274/94 = ZIK 1995, 190
- OLG Linz 06.03.1995, 2 R 16, 17/95 = ZIK 1995, 193
- OGH 08.03.1995, 9 ObA 2/95 = Arb 11.377 = JBI 1995, 739 = infas 1995, A 79 = ZIK 1995, 55 = ZASB 1995, 14 = RdW 1995, 312 = RdA 1995, 424
- OGH 30.03.1995, 8 Ob 6/95 = ZIK 1995, 156
- OGH 20.04.1995, 8 Ob 22/94 = ecolex 1995, 556 = WBI 1995, 378 = ZIK 1996, 25
- OLG Innsbruck 18.05.1995, 1 R 141/95 = ZIK 1996, 31
- OLG Wien 30.05.1995, 6 R 25, 26/95 = ZIK 1996, 31
- OLG Linz 21.06.1995, 2 R 129/95 = ZIK 1996, 32
- OLG Graz 11.07.1995, 3 R 136/95
- OGH 27.07.1995, 1 Ob 18, 19/95 = SZ 68/133 = ZIK 1996, 64
- OLG Linz 02.10.1995, 2 R 186-189/95
- OGH 12.10.1995, 8 Ob 15/95 = SZ 68/187 = JBI 1996, 262 = ZIK 1996, 57
- OGH 24.10.1995, 8 Ob 27/95 = ZIK 1996, 102
- LG Linz 07.12.1995, 15 R 253/95
- OGH 14.12.1995, 8 Ob 34, 35/95 = ZIK 1996, 138 = ecolex 1996, 363
- OLG Wien 14.12.1995, 6 R 89/95, 203/95
- OLG Linz 28.12.1995, 2 R 278/95 = ZIK 1996, 175
- OGH 26.03.1996, 4 Ob 2017/96p = SZ 69/78
- OLG Wien 13.05.1996, 28 R 62/96k
- OGH 14.05.1996, 4 Ob 2119/96p = SZ 69/117 = EvBI 1996/158, 949 = JBI 1996, 663 = ÖBA 1996, 953 = ZIK 1996, 207 = ecolex 1996, 913 = RdW 1996, 411
- OGH 23.05.1996, 8 Ob 2085/96t = SZ 69/124 = JBI 1997, 120 = ZIK 1997, 186 = ecolex 1996, 673 = RdW 1996, 476
- OLG Wien 21.06.1996, 28 R 46/96g = ZIK 1997, 104
- OGH 11.07.1996, 8 Ob 2116/96 = ecolex 1997, 165 = RdW 1997, 280 = ZIK 1997, 102
- OGH 26.07.1996, 1 Ob 2050/96v = SZ 69/170 = ZIK 1997, 24 = RdW 1997, 201 = JBI 1997, 49
- OLG Innsbruck 23.08.1996, 1 R 193/96h

- OGH 29.08.1996, 8 Ob 5/96 = ZIK 1997, 147 = RdW 1996, 530
- OLG Wien 02.10.1996, 28 R 128/96s
- OGH 17.10.1996, 8 Ob 2114/96 = ZIK 1996, 213 = RdW 1997, 280
- OGH 30.10.1996, 3 Ob 2214/96a
- OLG Wien 12.11.1996, 28 R 15/96y
- OGH 14.11.1996, 2 Ob 2368/96s = SZ 69/255 = ZIK 1997, 147 = RdW 1997, 726
- OGH 13.02.1997, 8 Ob 2294/96b = SZ 70/31 = ÖBA 1997, 833 = RdW 1997, 662 = ZIK 1997, 226
- OGH 27.03.1997, 8 Ob 17/97a = SZ 70/58 = RdW 1998, 19 = ZIK 1998, 67
- OLG Wien 29.04.1997, 28 R 226/96b
- OLG Graz 10.06.1997, 1 R 107/97p
- OGH 18.06.1997, 3 Ob 181/97g = ZIK 1998, 68
- OLG Linz 25.07.1997, 2 R 164/97v
- OGH 28.08.1997, 8 Ob 161/97b = SZ 70/170 = EvBl 1998/16, 63 = JBl 1998, 189 = ZIK 1998, 60 = RZ 1998/32, 113
- VwGH 19.09.1997, 95/19/0679 = WBl 1998/313, 419
- OGH 27.11.1997, 8 Ob 2287/96y = ecolex 1998, 314 = MietSlg 49.741 = JBl 1998, 320 = ZIK 1998, 101 = RdW 1998, 342
- OLG Wien 03.12.1997, 28 R 74/97a = ZIK 1998, 206
- OGH 17.03.1998, 10 Ob 70/98m = ZIK 1998, 131
- OLG Wien 29.05.1998, 28 R 64/98g, 65/98d
- OGH 07.07.1998, 5 Ob 169/98h = ecolex 1999/15, 22 = JBl 1999, 393 = RZ 1999/29, 126 = ZIK 1998, 171 = MietSlg 50.857
- OGH 24.08.1998, 8 Ob 55/98s = SZ 71/135 = ZIK 1999, 57
- OGH 12.11.1998, 8 Ob 236/98h = ZIK 1999, 66
- OGH 12.11.1998, 8 Ob 272/98b = ZIK 1999, 167 = NZ 2000, 146
- OGH 25.11.1998, 3 Ob 215/98h = ZIK 1999, 100 = JBl 1999, 396
- OLG Wien 30.12.1998, 28 R 88/98m = ZIK 1999, 102
- OLG Wien 25.01.1999, 28 R 175/98f
- OGH 28.01.1999, 8 Ob 332/98a, 8 Ob 333/98y = EvBl 1999/109, 473 = ZIK 1999, 62 = WoBl 1999/127, 246

- OGH 11.11.1999, 8 Ob 140/99t = SZ 72/177 = ZIK 2000/26, 24 = ÖBA 2000, 714 = RdW 2000/138, 159 = ecolex 2000, 355
- OGH 25.11.1999, 8 Ob 199/99v = ZIK 2000/164, 137
- OGH 22.12.1999, 8 Ob 163/99z = SZ 72/212 = ZIK 2000/157, 131 = MietSlg 51.808
- OGH 30.03.2000, 2 Ob 340/98h = ZIK 2001/48, 27
- OGH 29.06.2000, 8 Ob 137/00f = ZIK 2001/110, 60
- OGH 07.09.2000, 8 Ob 67/00m = ZIK 2001/170, 103
- OGH 26.04.2001, 8 Ob 72/00x = ecolex 2002/9, 25 = GesRZ 2001, 191 = ZIK 2002/26, 19
- OGH 11.06.2001, 8 Ob 310/00x = ZIK 2002/41, 26
- OGH 09.07.2001, 2 Ob 168/01x = SZ 74/119
- OGH 13.09.2001, 8 Ob 51/01k = JBI 2002, 256 = RdW 2002/10, 19
- OGH 24.01.2002, 8 Ob 281/01h = ZIK 2002/138, 100 = EvBl 2002/103, 389
- OGH 21.02.2002, 8 Ob 251/01x = JBI 2002, 465 = ZIK 2002/142, 101
- OLG Wien 28.03.2002, 28 R 24/02h = ZIK 2002/137, 97
- OLG Linz 23.09.2002, 2 R 166/02y = ZIK 2003/190, 137
- OGH 17.10.2002, 8 Ob 80/02a = ZIK 2003/93, 69 = RdW 2003/128, 146 = NZ 2003/64, 237
- OLG Wien 26.11.2002, 28 R 230/02b = ZIK 2003/88, 67
- OGH 24.04.2003, 8 Ob 42/03i = ZIK 2003/192, 137
- OLG Wien 25.06.2003, 28 R 26/03d = ZIK 2004/82, 64
- OGH 26.02.2004, 8 Ob 154/03k = ZIK 2004/267, 210
- OLG Wien 13.05.2004, 28 R 33/04k = ZIK 2004/173, 138
- OLG Wien 13.05.2004, 28 R 420/03w, 28 R 421/03t = ZIK 2005/68, 73
- OLG Wien 31.08.2004, 28 R 157/04w = ZIK 2005/103, 101
- OGH 20.10.2004, 8 Ob 98/04a = ZIK 2005/102, 101
- OGH 17.03.2005, 8 Ob 135/04t = ZIK 2005/106, 103 = RdW 2005/565, 490
- OLG Wien 09.05.2005, 28 R 61/05d = ZIK 2005/256, 212
- OLG Wien 17.06.2005, 28 R 111/05g = ZIK 2005/204, 179
- OLG Wien 05.07.2005, 28 R 126/05p = ZIK 2005/258, 213

- OLG Wien 09.09.2005, 28 R 215/05a = ZIK 2006/119, 99
- OGH 30.03.2006, 8 Ob 8/06v = ZIK 2006/225, 172
- OLG Wien 17.08.2006, 28 R 116/06v = ZIK 2006/277, 208
- OGH 16.04.2007, 8 Ob 45/07m = ZIK 2007/286, 171

SONSTIGE QUELLEN

Homepages

<http://www.ksv.at>

<http://www.akv.at>

<http://www.creditreform.at>

Gesetzblätter

RGBl 1869/1

RGBl 1914/337

BGBI I 1999/73

BGBI I 2008/37

Parlamentarische Materialien

ErläutRV zum IRÄG 1982, 3 BlgNR 15. GP

ErläutRV zum IRÄG 1982, 1147 BlgNR 15. GP

ErläutRV zum IRÄG 1997, 734 BlgNR 20. GP

ErläutRV zum IVEG, 1589 BlgNR 20. GP

ErläutRV zur InsNov 2002, 988 BlgNR 21. GP

Entscheidungen deutscher Gerichte

BGH 22.04.1981, VIII ZR 34/80 = ZIP 1981, 1001 = KTS 1982, 111