

Dokument 1 von 1

Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz

**ZIK 2013/301****ZIK 2013, 212**

Heft 6 v. 31.12.2013

Aufsätze

## **Insolvenzantragspflicht des Mehrheitsgesellschafters - Durchbrechung des Trennungsprinzips**

**Dr. Susanne Fruhstorfer**

Zur weiteren Stärkung der Gläubigerinteressen und sozusagen als Ausgleich zur "GmbH-light" führte das am 1. 7. 2013 in Kraft getretene Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz<sup>1</sup> eine Insolvenzantragspflicht des Mehrheitsgesellschafters einer in- oder ausländischen Kapitalgesellschaft bei Fehlen eines organschaftlichen Vertreters ein. Bereits 2010 wurde im Zuge des IRÄG der Mehrheitsgesellschafter neben den organschaftlichen Vertretern zur Tragung der Anlaufkosten eines Insolvenzverfahrens verpflichtet. In der verfahrensrechtlichen Praxis stellen sich insb die Fragen, ob nunmehr Insolvenzverfahren ohne organschaftliche Vertreter abgewickelt werden können und welche Besonderheiten für ausländische Gesellschaften, deren "Center of Main Interest", im Folgenden "COMI" iSd Art 3 Abs 1 EulnsVO in Österreich liegt, gelten. Aus Gründen der Praxisrelevanz wird in diesem Artikel bei inländischen Gesellschaften nur auf die GmbH und nicht auch auf vom Wortlaut des § 69 Abs 3a IO ebenfalls umfasste Aktiengesellschaften und Genossenschaften eingegangen.

### **1. Eigenantrag**

Die Antragspflicht des Mehrheitsgesellschafters wurde in § 69 IO als Abs 3a eingefügt. Es handelt sich somit um einen Eigenantrag, bei welchem das Insolvenzverfahren nach § 69 Abs 1 S 1 IO grds sofort zu eröffnen ist. Zahlungsunfähigkeit bzw Überschuldung sind beim Eigenantrag nach hM weder zu behaupten noch zu bescheinigen. Nur wenn Zweifel am Vorliegen des Insolvenzgrundes bestehen, muss das Insolvenzgericht weitere Erhebungen vornehmen.<sup>2</sup> Die Verpflichtung zur Einbringung des Insolvenzantrages trifft den Gesellschafter, der mit einem Anteil von mehr als der Hälfte am Stammkapital beteiligt ist.<sup>3</sup> Nach den ErläutRV besteht die Pflicht "*unabhängig davon, ob ein solcher Gesellschafter - wie es der vom Gesetz vorgesehene Regelfall ist - ohne Zutun eines weiteren Gesellschafters die vertretungsbefugten Organe bestellen kann und es daher in der Hand hat, die Führungslosigkeit zu beenden, oder ob im Gesellschaftsvertrag andere Mehrheitserfordernisse oder Bestellungsrechte einzelner Gesellschafter vorgesehen sind*". Nach dem Willen des Gesetzgebers ist der Mehrheitsgesellschafter bei sonstiger Haftung für die Folgen der Insolvenzverschleppung selbst verpflichtet, bei Eintritt von Zahlungsunfähigkeit oder insolvenzrechtlich bedeutsamer Überschuldung ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber innerhalb von 60 Tagen, den Insolvenzantrag zu stellen. Es kommt gerade nicht darauf an, ob und wie schnell es dem Mehrheitsgesellschafter möglich ist, den Zustand der Führungslosigkeit zu beenden.

### **2. Rechte des antragstellenden Mehrheitsgesellschafters**

## 2.1. Passive Vertretungsbefugnis

Die Insolvenzantragsverpflichtung des Mehrheitsgesellschafters führt zur Frage, welche Rechte ihm im Insolvenzeröffnungsverfahren zustehen. Kann ihm wirksam zugestellt werden? Hat er das Recht, Rekurs gegen die Abweisung seines Antrages zu erheben? Kann er Erklärungen zu Forderungsanmeldungen abgeben? Steht ihm das Recht zu, sich zu den in §§ 116 und 117 IO bezeichneten Angelegenheiten zu äußern? Kann er einen Rekurs gegen die Festsetzung der Entlohnungsansprüche des Insolvenzverwalters einbringen?

*Dr. Susanne Fruhstorfer: Insolvenzantragspflicht des Mehrheitsgesellschafters - Durchbrechung des Trennungsprinzips -- ZIK Heft 6, 213*

Eine ausdrückliche Regelung dieser aufgeworfenen Fragen wurde vom österr Gesetzgeber unterlassen. Im Vergleich dazu traf der dt Gesetzgeber, der im Zuge des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechtes und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG 2008) bei Führungslosigkeit ein Antragsrecht (§ 15 Abs 1 dInsO) und eine Antragspflicht (§ 15a Abs 3 dInsO) jedes einzelnen Gesellschafters einer GmbH einführte, zusätzliche Regelungen.<sup>4</sup> Nach § 35 Abs 1 S 2 des dGmbHG können bei Führungslosigkeit einer Gesellschaft jedem Gesellschafter gegenüber Willenserklärungen abgegeben oder Schriftstücke zugestellt werden. § 10 Abs 2 dInsO sieht vor, dass bei Führungslosigkeit anstelle der organschaftlichen Vertreter einer juristische Person "die an ihm beteiligten Personen" gehört werden, soweit die dInsO eine Anhörung des Schuldners vorschreibt.<sup>5</sup>

Das Unterlassen einer ausdrücklichen Regelung durch den österr Gesetzgeber kann nicht bedeuten, dass den Mehrheitsgesellschafter zwar die Insolvenzantragspflicht trifft, das Verfahren aber mangels der Möglichkeit einer Zustellung an ein vertretungsbefugtes Organ nicht eröffnet wird. Eine Ediktalzustellung iSd § 115 ZPO iVm § 25 ZustG kommt nicht in Betracht, da es sich bei Führungslosigkeit nicht um den Fall einer unbekanntem Abgabestelle handelt.<sup>6</sup> Ein Prozesskurator ist nicht ausreichend, da zu seinen Vertretungsagenden nur die konkrete Prozessführung gehört, ein Insolvenzeröffnungsverfahren ist nicht auf eine vom Gläubiger behauptete Forderung beschränkt.<sup>7</sup> Als einschneidender Eingriff in die Willensbildung der Gesellschaft ist die Bestellung eines Notgeschäftsführers nur als ultima ratio zulässig.<sup>8</sup> Ein Mehrheitsgesellschafter wird im Regelfall<sup>9</sup> ohne größere Schwierigkeiten einen Geschäftsführer bestellen können, ein Antrag auf Bestellung eines Notgeschäftsführers ist vom Firmenbuchgericht nur bei Vorliegen besonderer Umstände zu bewilligen.

Da der Gesetzgeber jedoch gerade nicht darauf abstellt, ob die Führungslosigkeit durch den Mehrheitsgesellschafter schnell oder weniger schnell oder gar nicht behoben werden kann, verbleibt zur Schließung dieser Lücke nur die Möglichkeit, die passive Vertretungsbefugnis des Mehrheitsgesellschafters im Insolvenzeröffnungsverfahren anzunehmen. Eine solche passive Vertretungsbefugnis von Gesellschaftern wurde vom OGH bislang nur in einer vereinzelt gebliebenen Entscheidung mit einer besonderen Sachverhaltskonstellation angenommen.<sup>10</sup> Eine Durchbrechung des Grundsatzes der Trennung von Gesellschaftervermögen und dem Vermögen der Gesellschaft erfolgte bereits durch das IRÄG 2010 mit der Einführung der Haftung des Mehrheitsgesellschafters für die Insolvenzanlaufkosten. Zweck der Auferlegung der Anlaufkosten war die Verringerung der Abweisung von Insolvenzanträgen wegen Masselosigkeit. Zweck der Insolvenzantragspflicht des Mehrheitsgesellschafters ist eine *Beschleunigung der Insolvenzeröffnung und die Vermeidung von unnötigen Kosten für die Gläubiger* (wie der Kosten der Bestellung eines Notgeschäftsführers). Vereinzelt geäußerten europarechtlichen Bedenken<sup>11</sup> ist zu entgegenen, dass dem Gesellschafter nicht eine Haftung auferlegt wird, welche nicht vermieden werden kann. Es ist noch immer Angelegenheit der Gesellschafter, für die Vertretung der Gesellschaft zu sorgen. Für den Fall, dass Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages oder ein Mitgesellschafter Schwierigkeiten bei der Bestellung eines "regulären" Geschäftsführers bereiten, besteht subsidiär die Möglichkeit zur gerichtlichen Bestellung eines Notgeschäftsführers.

Es kann aber auch Sachverhalte geben, in denen weder die Bestellung eines Geschäftsführers noch eines Notgeschäftsführers rechtzeitig möglich ist oder tunlich erscheint. § 69 IO sieht eine Maximalfrist zur Antragstellung von 60 Tagen nach Eintritt des Insolvenzgrundes vor, allerdings darf diese nur für aussichtsreiche Sanierungsversuche ausgenützt werden.<sup>12</sup> Bei der Bestellung eines neuen Geschäftsführers

oder Notgeschäftsführers handelt es sich im Regelfall nicht um ein taugliches Sanierungsmittel, denn diese Maßnahme vermag für sich allein nicht die eingetretene Insolvenz zu beseitigen. Weiters werden bei Insolvenzureife einer Gesellschaft Schwierigkeiten bestehen, jemanden zu finden, der die Rolle des Geschäftsführers und die damit verbundene Haftung für die Anlaufkosten des Insolvenzverfahrens übernehmen will. Besonders deutlich wird die Problematik dann, wenn sich auch der Mehrheitsgesellschafter in einem Insolvenzverfahren befindet und den Masseverwalter des Mehrheitsgesellschafters die Insolvenzantragspflicht trifft. Zusätzlich zur Haftung für die Anlaufkosten<sup>13</sup> müsste der Masseverwalter einen Geschäftsführer bestellen und die damit verbundenen Kosten tragen.

All diese Gründe sprechen dafür, dass eine passive Vertretungsbefugnis des *Mehrheitsgesellschafters im Insolvenzeröffnungsverfahren unumgänglich erscheint*. Eine Pflicht zur Antragsstellung ohne die Möglichkeit der Eröffnung und Durchführung eines Insolvenzverfahrens würde dem Zweck der Bestimmung selbst zuwiderlaufen. Auch ein Recht, gegen die Abweisung seines Insolvenzantrages zu rekurrieren, muss dem Mehrheitsgesellschafter zur Vermeidung einer Haftung für Insolvenzverschleppung zugestanden werden. Darüber hinaus wäre es wohl auch zweckmäßig, dass die passive Vertretungsbefugnis zur Erleichterung der Verfahrensabwicklung während des gesamten Insolvenzverfahrens bestehen bleibt.

Generell wäre *de lege ferenda* eine *ausdrückliche Bestimmung* über die passive Vertretungsbefugnis des Mehrheitsgesellschafters bei Führungslosigkeit (ähnlich § 35 Abs 1 S 2 dGmbHG) wünschenswert. Führungslosigkeit kann auch während eines Insolvenzverfahrens eintreten. Ein Rücktritt des Geschäftsführers nach § 16a GmbHG wird selbst dann für zulässig erachtet, wenn es sich um den Alleingesellschafter handelt.<sup>14</sup> Durch eine Regelung der passiven Vertretungsbefugnis eines Mehrheitsgesellschafters bei Führungslosigkeit während eines Insolvenzverfahrens ließen sich unnötige Kosten der Masse für die Bestellung eines Notgeschäftsführers vermeiden.

## 2.2. Anhörungs- und Mitwirkungsrechte des Mehrheitsgesellschafters?

Trotz der obigen Ausführungen wäre es dennoch zu weitgehend, dem Mehrheitsgesellschafter ohne eine ausdrückliche gesetzliche Anordnung Anhörungs- und Mitwirkungsrechte (zB bei der Forderungsprüfung, den Geschäften der §§ 116, 117 IO, der Unternehmensschließung gem § 115 IO) oder sogar das Recht

*Dr. Susanne Fruhstorfer: Insolvenzantragspflicht des Mehrheitsgesellschafters - Durchbrechung des Trennungsprinzips -- ZIK Heft 6, 214*

zur Beantragung eines Sanierungsplanes einzuräumen. Zweck des § 69 Abs 3a IO ist es, in Fällen der Führungslosigkeit möglichst rasch ein Insolvenzverfahren zu eröffnen und den Gläubigern zusätzliche Kosten aus Anlass des Eröffnungsverfahrens zu ersparen. Eine aktive Mitwirkung des Mehrheitsgesellschafters im weiteren Verfahrensverlauf ist nur im Wege der Bestellung eines vertretungsbefugten Organs möglich.<sup>15</sup> Infolge der beschränkten Handlungsmöglichkeiten und Haftung eines Geschäftsführers nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens wird es dann auch leichter sein, jemanden zu finden, der bereit ist, die Position zu übernehmen. Eine Verpflichtung des Insolvenzverwalters zur Bestellung eines Notgeschäftsführers zB bei den Angelegenheiten der §§ 115 (Schließung), 116, 117 IO (mitteilungspflichtige und genehmigungspflichtige Geschäfte) besteht mE aber nicht, wofür auch die Unmöglichkeit der Bestellung eines Notgeschäftsführers für eine ausländische Gesellschaft (s unten Punkt 3.) spricht. Der Schuldner hat kein unbedingtes Recht auf Anhörung; die Anhörung hat nur zu erfolgen, soweit sie tunlich ist, ein nicht gerechtfertigtes Unterbleiben der Anhörung bewirkt keine Nichtigkeit.<sup>16</sup>

Will der Mehrheitsgesellschafter rechtliches Gehör eingeräumt erhalten, so liegt es an ihm, die Führungslosigkeit zu beenden.

## 3. Ausländische Kapitalgesellschaften

§ 69 Abs 3a IO gilt für in- und ausländische Kapitalgesellschaften. Eine internationale Zuständigkeit österr Gerichte für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer ausländischen Gesellschaft besteht dann, wenn sich der Mittelpunkt ihrer hauptsächlichen Interessen (COMI)<sup>17</sup> iSd Art 3 Abs 1 EulnsVO in Österreich befindet.

Aus europarechtlicher Sicht ist die Eintragung einer Zweigniederlassung in einem anderen EU-Staat trotz fehlendem wirtschaftlichen Substrats am Ort der Hauptniederlassung zulässig. Es genügt alleine die Registrierung im Gründungsstaat und der sprichwörtliche Briefkasten.<sup>18</sup> Die Insolvenzantragspflicht des Mehrheitsgesellschafters der ausländischen Kapitalgesellschaft besteht unabhängig davon, ob in das österr Firmenbuch eine Zweigniederlassung eingetragen wurde oder nicht, die Eintragung in das Firmenbuch ist rein deklarativ. Die Insolvenzantragspflicht besteht auch in Fällen von nachträglicher "COMI-Verschiebung" nach Österreich, so zB wenn die ursprünglich am Satzungssitz ausgeübte Geschäftstätigkeit zur österr Muttergesellschaft verlagert wird.

Unanwendbar ist § 69 Abs 3a IO auf Kapitalgesellschaften mit Satzungssitz in einem nicht EU/EWR-Staat und tatsächlichem Sitz der Hauptverwaltung in Österreich. Während für EU/EWR- Auslandsgesellschaften die europarechtliche Gründungstheorie, auch Anerkennungstheorie oder kollisionsrechtliches Herkunftslandprinzip genannt,<sup>19</sup> gilt, kommt bei Gesellschaften aus nicht EU/EWR-Staaten die Sitztheorie des § 10 IPRG ohne europarechtliche Überlagerungen zur Anwendung.<sup>20</sup> Nach österr Gesellschaftsrecht entstehen Kapitalgesellschaften mit Eintragung in das Firmenbuch; mangels Eintragung ist die nach dem Recht eines EWR-Drittstaates gegründete Kapitalgesellschaft mit tatsächlichem Sitz der Hauptverwaltung in Österreich nicht rechtsfähig, es liegt keine Kapitalgesellschaft iSd § 69 Abs 3a IO, sondern eine Gesellschaft nach bürgerlichem Recht vor.<sup>21</sup>

*Insolvenzantragspflicht* und Insolvenzverschleppungshaftung werden nach herrschender, allerdings nicht unbestrittener, Ansicht an die *lex fori concursus* angeknüpft.<sup>22</sup> Der insolvenzrechtlichen Qualifikation ist aus Gründen des Gläubigerschutzes der Vorzug zu geben, sie führt zu keiner Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, da es sich um tätigkeitsbezogene und nicht den Marktzugang betreffende Vorschriften handelt.<sup>23</sup> Der österr Gesetzgeber ging bei der Anordnung der Insolvenzantragspflicht des Mehrheitsgesellschafters einer EU/EWR-ausländischen Kapitalgesellschaft mit COMI in Österreich (stillschweigend) von der Maßgeblichkeit der *lex fori concursus* aus.

Ob Führungslosigkeit vorliegt und wer als Mehrheitsgesellschafter anzusehen ist, beurteilt sich hingegen nach dem Gesellschaftsstatut, welches bei EU/EWR-Gesellschaften vom Recht des Registrierungsstaates bestimmt wird. Der antragstellende Mehrheitsgesellschafter hat seine Stellung als Mehrheitsgesellschafter nach dem anwendbaren Recht und das Vorliegen von Führungslosigkeit darzulegen. Eine Hilfe bei der Überprüfung durch das Insolvenzgericht können die (deklarativen) Eintragungen in das Firmenbuch gem § 12 FBG iVm § 107 Abs 2 GmbHG und § 254 Abs 2 AktG sein, maßgeblich ist aber letztlich der ausländische Registerstand, sofern Gesellschafter überhaupt im jeweiligen Register des Satzungsstaates aufscheinen. Umstritten ist, ob der ständige Vertreter gem § 107 Abs 2 GmbHG und § 254 Abs 2 AktG, welcher bei EU/EWR-Auslandsgesellschaften fakultativ bestellt und eingetragen werden kann, zur Insolvenzbeantragung befugt ist.<sup>24</sup> *Koppensteiner/Rüffler* befürworten die Insolvenzantragspflicht mit dem Hinweis auf die Insolvenzfähigkeit der Zweigniederlassung. *Schättgen*<sup>25</sup> verneint die Pflicht mit dem Argument, dass der ständige Vertreter keine einem inländischen Organ vergleichbare Stellung aufweist. Im Falle einer EU-Gesellschaft mit COMI in Österreich muss ein Hauptverfahren und kann kein Partikularverfahren eröffnet werden, daher ist die Insolvenzfähigkeit der Zweigniederlassung<sup>26</sup> kein taugliches Kriterium. Ein ständiger Vertreter ist nur für die Belange der Zweigniederlassung zuständig und deshalb nicht zur Beantragung eines Hauptverfahrens befugt. Führungslosigkeit kann demnach auch dann vorliegen, wenn ein ständiger Vertreter in das österr Firmenbuch eingetragen ist.

Die passive Vertretungsbefugnis des Mehrheitsgesellschafters im Insolvenzeröffnungsverfahren und während der Dauer des Insolvenzverfahrens ist grds an die österr *lex fori concursus* anzuknüpfen. Eine Beurteilung nach dem Gesellschaftsstatut würde dem Insolvenzgericht unzumutbare, zeitaufwendige und mit der Dringlichkeit der Insolvenzeröffnung nicht vereinbare Prüfungspflichten auferlegen. Eine Anknüpfung an das Gesellschaftsstatut könnte auch zum vom Gesetzgeber nicht beabsichtigten Ergebnis führen, dass ein Insolvenzverfahren nicht wirksam eröffnet werden kann, da eine Abhilfe durch die

*Dr. Susanne Fruhstorfer: Insolvenzantragspflicht des Mehrheitsgesellschafters - Durchbrechung des Trennungsprinzips -- ZIK Heft 6, 215*

Bestellung eines Notgeschäftsführers durch das österr Firmenbuchgericht nicht möglich ist. Ein

Notgeschäftsführer kann nur wirksam am Satzungssitz eingetragen werden; nicht alle EU-Rechtsordnungen kennen das Institut der Notgeschäftsführung; eine Zuständigkeit des österr Firmenbuchgerichts ist auch bei eingetragenen Zweigniederlassungen nicht gegeben.<sup>27</sup>

#### 4. Erfordernisse des Antrages

Der Antragsteller hat darzulegen und zu bescheinigen, dass er Mehrheitsgesellschafter<sup>28</sup> ist und Führungslosigkeit vorliegt. *Führungslosigkeit* ist gegeben bei Rücktritt, ersatzloser Abberufung, Tod oder dauernder Geschäftsunfähigkeit des einzigen Geschäftsführers (formelles Fehlen).<sup>29</sup> Ein Rücktritt des Geschäftsführers nach § 16a GmbHG ist bereits mit Zugang der Rücktrittserklärung an die Generalversammlung oder an alle Gesellschafter bzw an den Alleingesellschafter wirksam; die Löschung im Firmenbuch, die der rückgetretene Geschäftsführer seit dem IRÄG 1997 nach § 17 Abs 2 GmbHG selbst veranlassen kann, ist bloß deklarativ.<sup>30</sup> Fraglich ist, ob Führungslosigkeit auch bei einem rein faktischen Fehlen eines Geschäftsführers, wie bei Amtsverweigerung, Verhinderung, unbekanntem Aufenthaltsort oder Unerreichbarkeit anzunehmen ist.<sup>31</sup> Gegen eine Antragspflicht in den Fällen des faktischen Fehlens spricht, dass ein Geschäftsführer vorhanden ist, der nur seinen Pflichten nicht nachkommen will oder kann. Die Pflicht zum aktiven Handeln des Mehrheitsgesellschafters durch Einbringung des Insolvenzantrages muss die ultima ratio sein. Kann die Vertretungsunwilligkeit oder -unfähigkeit des einzigen Geschäftsführers durch ein gelinderes Mittel wie die Bestellung eines neuen Geschäftsführers oder Notgeschäftsführers<sup>32</sup> behoben werden, ist Führungslosigkeit zu verneinen.<sup>33</sup> Bei Auslandsgesellschaften wird im Regelfall auch bei einem rein faktischen Fehlen eines Geschäftsführers Führungslosigkeit vorliegen, da - wie oben unter Punkt 3. aufgezeigt - eine Notgeschäftsführerbestellung im Inland nicht möglich ist.

Nicht erst die positive Kenntnis des Insolvenzeröffnungsgrundes, sondern bereits die *objektive Erkennbarkeit* löst die Insolvenzantragspflicht aus.<sup>34</sup> Den Mehrheitsgesellschafter trifft die Verpflichtung, sich bei Führungslosigkeit unverzüglich einen Überblick über die finanzielle Lage der Gesellschaft zu verschaffen.<sup>35</sup> Kann er dies nicht, weil es an einer ordnungsgemäßen Buchführung mangelt und er am Bankgeheimnis und sonstigen Verschwiegenheitspflichten scheitert, wird er im Antrag die Umstände darzustellen haben, die für das Vorliegen eines Insolvenzgrundes sprechen. Zu denken ist zB an die in der Praxis immer wieder vorkommenden Fälle, dass sich der Mehrheits- oder Alleingesellschafter selbst in Konkurs befindet und der (eher weniger kooperative) Geschäftsführer der Tochtergesellschaft gegenüber dem Masseverwalter als "Organ" des Allein-/Mehrheitsgesellschafters den Rücktritt erklärt.

Da ein Eigenantrag vorliegt, bei welchem nach hM Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung nicht zu bescheinigen sind, reicht die Darlegung der die Insolvenz indizierenden Umstände.<sup>36</sup> Ausführungen empfehlen sich zur Frage der Kostendeckung, wobei zu berücksichtigen ist, dass der Mehrheitsgesellschafter nach § 72d IO für den zur Deckung der Anlaufkosten erforderlichen Kostenvorschuss haftet. Im Falle einer ausländischen Gesellschaft sind Angaben zur internationalen Zuständigkeit, dh zum COMI der Gesellschaft in Österreich, erforderlich.

#### 5. Resümee

Die Insolvenzantragspflicht des Mehrheitsgesellschafters einer in- oder ausländischen Kapitalgesellschaft ohne vertretungsbefugtes Organ besteht unabhängig davon, ob er den Zustand der Führungslosigkeit rasch oder nur mit Schwierigkeiten beheben kann. Die Insolvenzantragspflicht setzt keine subjektive Kenntnis des Insolvenzgrundes voraus, die objektive Erkennbarkeit genügt. Da es sich um einen Eigenantrag handelt, sind die Anforderungen an die Darlegung der Insolvenzgründe im Eröffnungsantrag gering, zu bescheinigen sind aber die Stellung als Mehrheitsgesellschafter und die Führungslosigkeit. Das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip ist insofern durchbrochen, als der Mehrheitsgesellschafter jedenfalls während des Insolvenzeröffnungsverfahrens passiv vertretungsbefugt sein muss und auch einen Rekurs gegen die Abweisung seines Antrages erheben kann. Mehrheitsgesellschafter von ausländischen Kapitalgesellschaften sind erfasst, sofern die Gesellschaft ihr "Center of Main Interest" in Österreich hat und sich der Registersitz in einem EU/EWR-Staat befindet.

1 BGBl I 2013/109.

2 Dellinger in Konecny/Schubert, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (19. Lfg; 2005) § 69 KO Rz 58 f; Schumacher in

- Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht<sup>4</sup> II/2 (2004) § 69 KO Rz 24 ff.
- 3 Zu Treuhandverhältnissen *Trummer*, Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2013 - Insolvenzantragspflicht des "Mehrheitsgesellschafters", ZIK 2013/182, 126; zur Dazurechnung von Treuhandanteilen und mittelbaren Beteiligungen *Warto*, GmbH-Novelle 2013 - Die Neuerungen im Überblick, wbl 2013, 361.
- 4 Im Falle einer AG oder Genossenschaft ist nach dt Recht jedes Mitglied des Aufsichtsrates berechtigt und verpflichtet.
- 5 Dazu ausführlich *Horstkotte*, Die führungslose GmbH im Insolvenzantragsverfahren, ZInsO 2009, 209.
- 6 OGH 9 ObA 83/12i Zak 2012, 358.
- 7 OLG Wien 28 R 81/11d ZIK 2012, 72.
- 8 *Ratka* in *Straube*, Wiener Kommentar zum GmbHG-Gesetz (62. Lfg; 2013) § 15a Rz 7 mwN.
- 9 Nach *Fantur*, Kritisches zur künftigen Insolvenzantragspflicht für GmbH-Gesellschafter, GES 2013/5 sind allerdings in Satzungen oft Erschwernisse enthalten.
- 10 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz<sup>3</sup> (2007) § 15a Rz 1; *Ratka* in *Straube*, WK-GmbHG § 15a Rz 3; OGH 9 ObA 78/79d GesRZ 1979,261.
- 11 *Fantur*, GES 2013/5; zu den europarechtlichen Bedenken auch *Warto*, wbl 2013, 361.
- 12 *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, KO § 69 Rz 20; *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht<sup>4</sup> II/2 § 69 KO Rz 86 ff.
- 13 Wobei fraglich ist, inwieweit auch eine Haftung bei Masseunzulänglichkeit des Mehrheitsgesellschafterverfahrens besteht.
- 14 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 16a Rz 4; *Ratka* in *Straube*, WK-GmbHG § 16a Rz 4.
- 15 So auch *Trummer*, ZIK 2013/182, 126.
- 16 *Kodek* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht<sup>4</sup> IV (2006) § 118 KO Rz 4, 18; aA zur Nichtigkeit *Riel* in *Konecny/Schubert*, KO (11. Lfg; 2001) § 119 Rz 3 aE.
- 17 Ausführlich zum COMI *Schneider* in *Konecny/Schubert*, IO (49. Lfg; 2012) § 63 Rz 20 ff.
- 18 *Ratka* in *Straube*, WK-GmbHG §§ 107-114 Rz 36 ff und 59 f.
- 19 *Ratka* in *Straube*, WK-GmbHG §§ 107-114 Rz 30; *Schättgen*, Die EU-ausländische Gesellschaft mit Inlandssitz (2008) 77 mwN.
- 20 *Ratka* in *Straube*, WK-GmbHG §§ 107-114 Rz 19 ff; *Verschraegen* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB<sup>3</sup> (2007) § 10 IPRG Rz 2f.
- 21 *Ratka* in *Straube*, WK-GmbHG §§ 107-114 Rz 26 f.
- 22 *Ratka* in *Straube*, WK-GmbHG §§ 107-114 Rz 137; *Schättgen*, Gesellschaft 202 ff mwN; für Anknüpfung an das Gesellschaftsstatut *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007) Rz 2127 mwN.
- 23 *Schättgen*, Gesellschaft 208 mwN; aA offenbar *Fantur*, GES 2013/5.
- 24 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> §§ 107, 112-114 Rz 25.
- 25 Gesellschaft 204 mwN.
- 26 Siehe *Ratka* in *Straube*, WK-GmbHG §§ 107-114 Rz 132 mwN.
- 27 *Ratka* in *Straube*, WK-GmbHG §§ 107-114 Rz 76; *Schättgen*, Gesellschaft, 160 ff.
- 28 Zu Treuhandverhältnissen und der Anwendung von § 69 Abs 3a IO auf AGs und Genossenschaften *Trummer*, ZIK 2013/182, 126; zu Syndikatsverträgen und mittelbaren Beteiligungen *Warto*, wbl 2013, 361.
- 29 *Ratka* in *Straube*, WK-GmbHG § 15a Rz 13.
- 30 *Ratka* in *Straube*, WK-GmbHG § 16a Rz 3, 12 und zur Haftung bei Rücktritt bei Vorliegen eines Insolvenzgrundes Rz 13 mwN.
- 31 Unentschieden *Trummer*, ZIK 2013/182, 126.
- 32 Zur Zulässigkeit bei faktischen Fehlen *Pöltner*, Der Notgeschäftsführer in der GmbH (2002) 30 f; *Ratka* in *Straube*, WK-GmbHG § 15a Rz 14.
- 33 So auch nach dt Recht: *Roth/Altmeyden*, GmbHG<sup>7</sup> (2012) § 35 Rz 10; *Stephan/Tieves*, MünchKomm zum GmbHG (2011) § 35 Rz 240; AG Hamburg 67c IN 478/08 NZI 2009, 63.
- 34 *Jaufer/Wrann*, Die GmbH light in der Krise. Das Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2013 aus insolvenzrechtlicher Perspektive, RdW 2013, 443; in Deutschland entlastet Unkenntnis den Gesellschafter, allerdings besteht nach § 15a dInsO Antragspflicht für jeden Gesellschafter.
- 35 *Warto*, wbl 2013, 361.
- 36 *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, KO § 69 Rz 58 ff; *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht<sup>4</sup> II/2 § 69 KO Rz 24 ff.