

■ ZIK 2008/5, 2

Die verbotene Sonderbegünstigung

RA Dr. Stephan Riel
Wien

Gem § 150 Abs 5 KO ist eine Vereinbarung des Gemeinschuldners oder anderer Personen mit einem Gläubiger, wodurch diesem vor Abschluss des Zwangsausgleiches oder in der Zeit zwischen dem Abschluss und der Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses besondere Vorteile eingeräumt werden, ungültig. Mit dieser Regelung will das Gesetz Umtrieben in Gestalt sog Sonderbegünstigungen begegnen. Der Beitrag soll die Tatbestandsvoraussetzungen und die Rechtsfolgen einer solchen verbotenen Sonderbegünstigung für die Praxis darstellen.

1. Einleitung und Zweck der Regelung

Die Antragsgebundenheit des Zwangsausgleiches und das Erfordernis der mehrheitlichen Gläubigerzustimmung¹⁾ führen zur Notwendigkeit von Verhandlungen über den Ausgleichsvorschlag. Diese finden meist nicht (nur) in der Zwangsausgleichstagsatzung statt und bergen das Risiko, dass der unterschiedlich starke Druck, den einzelne Gläubiger ausüben oder auszuüben in der Lage sind, Abhängigkeiten oder schlicht Sympathien den Gemeinschuldner (oder diesem nahe stehende Dritte) zur Sonderbegünstigung besonders „lästiger“ oder für das Zustandekommen des Zwangsausgleiches „wichtiger“ oder dem Gemeinschuldner aus welchem Grund immer „bevorzugungswürdig“ erscheinender Gläubiger und damit zu einem *Verstoß gegen das Gebot der Gläubigergleichbehandlung* veranlassen²⁾. Solche Sonderbegünstigungen sind (zumeist) nicht Bestandteil des Zwangsausgleichsvorschlages, sondern werden vor den übrigen Gläubigern, dem Konkursgericht und dem Masseverwalter geheim gehalten. Mit dem Ziel, „Umtrieben“ dieser Art möglichst wirksam entgegenzutreten³⁾, erklärt das Gesetz in § 150 Abs 5 KO solche Sonderbegünstigungen für ungültig. Zweck der Regelung ist die Durchsetzung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung⁴⁾ und damit insb der *Schutz der nicht zustimmenden Minderheit*⁵⁾. Der Bestimmung geht es aber auch und vor allem um den Schutz der Institution des Zwangsausgleiches bzw des *Vertrauens des Geschäftsverkehrs in die Fairness des Zwangsausgleichsverfahrens* oder, mit anderen Worten, die „*Reinheit des Ausgleichs*“⁶⁾. Gläubiger, die keinen Sondervorteil anstreben, sollen nicht nur damit rechnen können, dass andere Gläubiger nicht besser behandelt werden dürfen, sondern sollen auch erwarten können, dass die Gläubiger, die sich eine Sonderbegünstigung verschafft haben, konkret zu befürchten haben, diese nicht behalten zu dürfen.

2. Tatbestand

2.1. Vereinbarung mit einem Gläubiger

Der Begriff der *Vereinbarung* iSd § 150 Abs 5 Satz 1 KO ist nach dem Zweck der Vorschrift, die sich gegen typischerweise verheimlichte Sonderabreden richtet, *weit zu verstehen*⁷⁾. Erfasst sind Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte⁸⁾. Meist geht es um die Zusicherung oder Zahlung einer zusätzlichen Quote oder die Einräumung einer Sicherheit. Aus § 150 Abs 5 Satz 2 KO ergibt sich, dass auch *zur Verdeckung einer verbotenen Vereinbarung eingegangene Verpflichtungsverhältnisse* erfasst sind. „Es kommt (...) *nicht darauf an, auf welchem Weg der Vorteil verwirklicht wird, sondern nur darauf, dass der Vorteil eintritt*“⁹⁾.

Die Vereinbarung muss – wie sich aus dem Gesetzeswortlaut ergibt (arg „wodurch diesem“) – *mit dem durch sie begünstigten Gläubiger* abgeschlossen worden sein. Gläubiger iSd § 150 Abs 5 Satz 1 KO sind nur *Konkursgläubiger*¹⁰⁾, da nur für diese der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung gilt. Erfasst werden aber auch die Gläubiger, die wegen der Sonderbegünstigung nicht mehr Konkursgläubiger sind¹¹⁾, und Vereinbarungen mit Aus- und Absonderungsgläubigern, die diese in ihrer Eigenschaft als Konkursgläubiger, also unabhängig vom konkursfesten Anspruch, begünstigen¹²⁾. Meist erfolgt die Begünstigung *durch den späteren Gemeinschuldner*. Wer die Vereinbarung mit dem Gläubiger abschließt oder aus dessen Vermögen der Sondervorteil versprochen oder gewährt wird, ist aber für § 150 Abs 5 KO nicht relevant¹³⁾. Auch Vereinbarungen Dritter mit einem Gläubiger sind erfasst (arg „oder anderer Personen“). Andere Personen iSd § 150 Abs 5 Satz 1 KO sind meist nahe Angehörige oder Freunde des Schuldners, das Gesetz macht aber keine Einschränkung¹⁴⁾. *Jeder beliebige Dritte* kann an einer gem § 150 Abs 5 KO verbotenen Sonderbegünstigung mitwirken. Der Gemeinschuldner muss nicht einmal von der Sonderbegünstigung wissen¹⁵⁾.

1) Vgl dazu allgemein Riel in Konecny/Schubert, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (29. Lfg; 2007) § 140 KO Rz 7 f.

2) Vgl Jelinek, Gerichtliche Sanierungshilfen – Ausgleichsverfahren und Vorverfahren, in Ruppe, Rechtsprobleme der Unternehmenssanierung (1983) 47 ff, 86 f.

3) Denkschrift zur Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung (1914) 130.

4) OGH 9 Ob A 188/87 wbl 1988, 161 = RdW 1988, 165; OGH 9 Ob 284/01g ZIK 2002/196, 139.

5) Pollak, § 150 KO, GZ 1916, 89 ff, 91; Bartsch/Pollak, Konkurs-, Ausgleichs-, Anfechtungsordnung, Einführungsverordnung und Geschäftsaufsichtsgesetz³ (1937) II 408.

6) Treffend meint Pollak, GZ 1916, 92, dass es „von entscheidender Bedeutung für die Einrichtung der Zwangsausgleiche (ist), dass Sonderbegünstigungen (...) nicht stattfinden“.

7) Vgl Kilger/K. Schmidt, Insolvenzgesetze¹⁷ (1997) § 8 VglO Anm 4a.

8) Bley/Mohrbutter, Vergleichsordnung⁴ (1979) I § 8 Rz 36.

9) OGH 1 Ob 129/75 SZ 48/84 = EvBl 1976/96; ebenso F. Riel, Das Zwangsausgleichsverfahren (2005) 119 FN 512.

10) OGH 3 Ob 547/80 EvBl 1980/219; ausdrücklich iSd § 206 Abs 2 KO.

11) Pollak, Der Gläubigerschutz in der Ausgleichsordnung, GZ 1915, 41 ff, 52.

12) Vgl OGH 1 Ob 129/75 SZ 48/84 = EvBl 1976/96: „formelle“ Absonderungsgläubiger.

13) Vgl Pollak, GZ 1916, 91.

14) Vgl Bley/Mohrbutter, VglO⁴ I § 8 Rz 40.

15) Pollak, GZ 1916, 91; Schartner, Die Sonderbegünstigung nach der Ausgleichsordnung (Diplomarbeit Innsbruck 1986) 6; F. Riel, Zwangsausgleichsverfahren 120 FN 516.

2.2. Besondere Vorteile

Besondere Vorteile iSd § 150 Abs 5 KO werden nach hA durch jede objektive, mittelbare oder unmittelbare, rechtliche oder wirtschaftliche Besserstellung eines vom Zwangsausgleich betroffenen Gläubigers eingeräumt¹⁶. Allerdings erfasst § 150 Abs 5 KO nach ebenfalls hA nur Vereinbarungen, die im Hinblick auf einen bevorstehenden gerichtlichen Ausgleich oder aus Anlass eines solchen getroffen wurden, mit ihm also in einem, wenn auch nur losen Zusammenhang stehen¹⁷.

Ein besonderer Vorteil iSd § 150 Abs 5 KO setzt daher *zwei Tatbestandselemente* voraus: Einerseits die objektive Begünstigung und andererseits einen Zusammenhang mit dem Zwangsausgleich.

2.2.1. Objektive Begünstigung

Die objektive Begünstigung ergibt sich aus einer *Abweichung zum Zwangsausgleichsvorschlag durch Zusage oder Leistung eines aliud oder plus*. Ein Minus ist hingegen unter dem Aspekt des § 150 Abs 5 KO unbedenklich¹⁸. Ob eine Abweichung vom Zwangsausgleichsvorschlag vorliegt, ist in *wirtschaftlicher Betrachtung* zu beurteilen¹⁹. Auch eine Gegenleistung des begünstigten Gläubigers muss daher wohl berücksichtigt werden²⁰. Erheblich muss die Abweichung aber nicht sein, um unter das Verbot des § 150 Abs 5 KO zu fallen²¹.

Eine objektive Begünstigung liegt etwa vor, wenn dem Gläubiger eine höhere Quote, frühere Zahlung oder eine besondere Sicherstellung gewährt wird²², wenn eine zusätzliche Quote durch einen Dritten bezahlt wird²³, ein Dritter die Haftung für die Konkursforderung übernimmt²⁴ oder wenn für diese ein Pfand bestellt wird²⁵, wenn sich der Schuldner oder Dritte in unüblichem Umfang zur Abnahme von Waren beim Gläubiger verpflichten²⁶ oder bei Abgeltung eines objektiv nicht bestehenden Aus- oder Absonderungsrechts²⁷.

2.2.2. Zusammenhang mit dem Zwangsausgleich

Aus dem Wortlaut (arg „vor Abschluss des Zwangsausgleiches oder in der Zeit zwischen dem Abschluss und der Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses“) und der systematischen Stellung

Eine verbotene Sonderbegünstigung setzt voraus, dass entweder der Sondervorteil kausal für das Zustandekommen des Zwangsausgleiches war oder zumindest die Auslegung der Vereinbarung ergibt, dass der Sondervorteil dem Gläubiger im Hinblick auf den Zwangsausgleich versprochen oder gewährt wurde, dh die Vereinbarung nach dem Willen der Parteien neben dem Zwangsausgleich gelten soll.

des § 150 Abs 5 KO ist abzuleiten, dass das Gesetz von einer im Zusammenhang mit dem Zwangsausgleich stehenden Vereinbarung ausgeht. Wie „eng“ der nach der Jud notwendige zumindest „lose“ Zusammenhang sein muss, erscheint freilich durchaus unklar²⁸.

Eine Lösung kann – wie erwähnt – davon ausgehen, dass Gesetzeswortlaut und systematische

Stellung des § 150 Abs 5 KO von einem Zusammenhang zwischen dem Verbot der Sonderbegünstigung und einem Zwangsausgleich ausgehen. Dies wird durch die Entstehungsgeschichte untermauert, wonach zunächst Vereinbarungen, die „nicht im Hinblick auf einen Zwangsausgleich getroffen“ wurden, ausdrücklich vom Verbot ausgenommen sein sollten und in der Folge offenbar nur mehr eine textliche Umarbeitung erfolgte²⁹. Weiters ist unstrittig, dass ein ausreichender Zusammenhang zum Zwangsausgleich besteht, wenn dieser *durch die Sonderbegünstigung „zustande gebracht“* wurde, wenn also der Sondervorteil kausal für den Abschluss des Zwangsausgleiches war³⁰. § 150 Abs 5 KO erfasst aber – arg e contrario aus § 153 Z 3 KO und weil auch Sonderbegünstigungen nach Annahme verboten sind – darüber hinaus auch *Fälle, in denen die Sonderbegünstigung die Mehrheitsbildung nicht beeinflusst hat bzw nicht kausal für das Zustandekommen des Zwangsausgleiches* war³¹.

Das Gesetz will „Sonderbegünstigungen im größtmöglichen Umfang erfassen“³² und ist daher objektiv, dh *ohne subjektive Tatbestandsmerkmale*, formuliert³³. Eine *Begünstigungsabsicht* der Beteiligten ist damit nach hA *nicht Voraussetzung* für die Anwendung des § 150 Abs 5 KO³⁴. Gleichgültig ist jedenfalls auch, ob die Vereinbarung dem Zweck des Verfahrens entsprach, eine Sanierung herbeizuführen³⁵.

Umgekehrt kann nicht jede vor Konkurseröffnung abgeschlossene Vereinbarung, die ex post zu einer objektiven Bes-

28) So hat der OGH in einem Fall eine Sonderbegünstigung verneint, wenn der spätere Schuldner zum Zeitpunkt der Vereinbarung „noch nicht die Absicht (hatte), einen Antrag auf Eröffnung des Ausgleichsverfahrens zu stellen“, wobei es nicht schadete, dass es dem Gläubiger „darum ging, sich gegenüber weniger aktiven Gläubigern für den Fall der späteren Eröffnung eines Insolvenzverfahrens noch ein Absonderungsrecht zu sichern und damit einen Vorteil zu verschaffen“ (OGH 3 Ob 30/85 SZ 58/99 = JBl 1986, 463). In einem anderen Fall scheint der OGH für eine Sonderbegünstigung iSd § 150 Abs 5 KO überhaupt zu verlangen, dass die Vereinbarung keinen „anderen Vertragszweck als nur den der Vorteilsverschaffung“ erreichen sollte, und Verpflichtungen aus einem „eigenen, nicht verpönten Rechtsgrund“ für unbedenklich zu halten (OGH 9 Ob 284/01g ZIK 2002/196, 139; vgl dazu *F. Riel*, Zwangsausgleichsverfahren 119). Umgekehrt wurde es wieder in einem anderen Fall offenbar für ausreichend gehalten, dass der Begünstigte wusste, dass ihm Vorteile, die anderen Gläubigern nicht gewährt wurden, „im Zusammenhang mit dem Ausgleichsverfahren“ zukamen (OGH 1 Ob 129/75 SZ 48/84 = EvBl 1976/96).

29) Vgl *Petschek*, Entscheidungsbesprechung, ZBl 1928, 69 f.

30) Siehe nur Denkschrift 131.

31) Vgl *Lehmann*, I 761; auch die ErläutRV zur KO-Nov 1993, 1218 BlgNR 18. GP 24 gehen (zu § 195 Z 3) offenbar davon aus, dass es Sonderbegünstigungen gibt, die „für die Mehrheitsbildung gleichgültig“ waren; ebenso *Jaeger/Weber*, KO⁸ II/1 § 181 Anm 7; *Bley/Mohrbutter*, VgIO⁴ I § 8 Rz 38.

32) OGH 1 Ob 129/75 SZ 48/84 = EvBl 1976/96.

33) Vgl *Pollak*, GZ 1916, 90 bei und in FN 20.

34) *Lehmann*, I 761; *Pollak*, GZ 1916, 90; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Das Österreichische Insolvenzrecht (1973) 674 f; *Bley/Mohrbutter*, VgIO⁴ I § 8 Rz 38; *Schartner*, Sonderbegünstigung 6; *F. Riel*, Zwangsausgleichsverfahren 120; OGH SZ 16/13.

35) AA möglicherweise die bedenkliche E OGH 9 Ob A 280/93 SZ 67/15 = EvBl 1994/160 = DRDA 1994, 496.

16) So *Bartsch/Pollak*³, II 407; ebenso *F. Riel*, Zwangsausgleichsverfahren 116 f; *Mohr*, Privatkonkurs² (2007) 75; OGH 1 Ob 129/75 SZ 48/84 = EvBl 1976/96; OGH 3 Ob 547/80 EvBl 1980/219; OGH 9 Ob A 188/87 wbl 1988, 161 = RdW 1988, 165; OGH 9 Ob 284/01g ZIK 2002/196, 139.

17) So OGH 9 Ob A 188/87 wbl 1988, 161 = RdW 1988, 165; OGH 9 Ob 284/01g ZIK 2002/196, 139; ähnlich OGH 3 Ob 30/85 SZ 58/99 = JBl 1986, 463 mwN zur älteren Rsp.

18) Vgl etwa OGH 5 Ob 346/71 SZ 45/3 zum Verzicht einzelner Gläubiger auf einen Teil der Quote; s *Bley/Mohrbutter*, VgIO⁴ I § 8 Rz 34.

19) *Kuhn/Uhlenbruck*, Konkursordnung¹¹ (1994) § 181 Rz 5; *F. Riel*, Zwangsausgleichsverfahren 119.

20) AA *Lehmann*, Kommentar zur österreichischen Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung (1916) I 761; *Jaeger/Weber*, Konkursordnung⁸ (1973) II/1 § 181 Anm 7; *Bley/Mohrbutter*, VgIO⁴ I § 8 Rz 34.

21) *Pollak*, GZ 1916, 91 f; *Kilger/K. Schmidt*, KO¹⁷ § 8 VgIO Anm 4a.

22) OGH SZ 15/216.

23) OLG Linz ZIK 1995, 158.

24) OGH ZBl 1936/271; OGH 4 Ob 507/95 ZIK 1995, 157 = ÖBA 1995, 808 = ecolx 1995.

25) OGH 9 Ob A 188/87 wbl 1988, 161 = RdW 1988, 165.

26) Vgl *Jelinek in Ruppe*, Rechtsprobleme 81; OGH SZ 16/13; OGH SZ 17/19; OGH SZ 20/161.

27) Vgl 6 Ob 584/84 (nv) zu einem Zurückbehaltungsrecht.

serstellung des „begünstigten“ Gläubigers führt, wie etwa die anfechtungsrechtlich völlig „unverdächtige“ Bestellung einer Sicherheit vor Konkurseröffnung, zeitlich unbefristet als Sonderbegünstigung iSd § 150 Abs 5 KO verboten sein, nur weil sie dem Sicherungsnehmer im Zwangsausgleich letztlich einen „besonderen Vorteil“ gegenüber anderen, ungesicherten Gläubigern einräumt. Käme es allein und unbefristet auf die objektive Begünstigung an, wäre § 150 Abs 5 KO (und insb § 47 AO) eine Art „Generalklausel“ zur Durchsetzung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung, was zu unüberbrückbaren Wertungswidersprüchen mit den befristeten Anfechtungstatbeständen führen würde³⁶⁾. Ein Abstellen allein auf einen engen zeitlichen Zusammenhang als Abgrenzungskriterium³⁷⁾ liegt daher zwar nahe, findet aber keine ausreichende Grundlage im Gesetzestext, der gerade keinen Anfangstermin der kritischen Frist enthält.

Dem Zweck der Regelung, die „Reinheit des Ausgleiches“ abzusichern, und den dargestellten Ergebnissen der Auslegung am ehesten entsprechend erscheint die Auffassung, den notwendigen Zusammenhang zwischen der verbotenen Sonderbegünstigung und dem Zwangsausgleich darin zu sehen, dass entweder die Sonderbegünstigung kausal für das Zustandekommen des Zwangsausgleiches war oder zumindest die Auslegung der Vereinbarung ergibt, dass der Sondervorteil dem Gläubiger im Hinblick auf den Zwangsausgleich versprochen oder gewährt wurde, dh die Vereinbarung nach dem Willen der Parteien neben dem Zwangsausgleich gelten soll³⁸⁾. Die ungleiche Befriedigung oder Sicherstellung von Gläubigern des zahlungsunfähigen Schuldners ist damit noch nicht in jedem Fall eine verbotene Sonderbegünstigung³⁹⁾. Die Ungleichbehandlung ist vielmehr nur dann ein besonderer Vorteil iSd § 150 Abs 5 KO, wenn sie sich erkennbar auf den bevorstehenden oder schon vorliegenden Zwangsausgleich bezieht^{40),41)}.

2.2.3. Annahme des Zwangsausgleiches

Aus dem notwendigen Zusammenhang zwischen dem Verbot der Sonderbegünstigung und dem Zwangsausgleich sowie aus Wortlaut („vor Abschluss“ und „Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses“) und Zweck der Vorschrift, die überstimmte Minderheit und die „Reinheit des Ausgleiches“ zu schützen, ergibt sich auch, dass § 150 Abs 5 KO nicht greift, wenn ein Zwangsausgleich nicht zustande kommt⁴²⁾. Abzustellen ist dabei aber nicht auf die (rechtskräftige) Bestätigung, sondern auf die Annahme des Zwangsausgleiches iSd § 147 Abs 1 KO, da § 153 Z 3 KO voraussetzt, dass das Verbot des § 150 Abs 5

KO schon vor Bestätigung Rechtsfolgen zeitigt. Umtrieben des Gemeinschuldners im Zusammenhang mit einem gescheiterten Zwangsausgleich kann über die Konkursanfechtung oder § 3 KO begegnet werden, und Dritte, die einem Konkursgläubiger im Hinblick auf einen nicht zustande gekommenen Zwangsausgleich Sondervorteile einräumen, erscheinen nicht schutzwürdig. Die gegenteilige Auffassung müsste § 150 Abs 5 KO im Übrigen auch außerhalb eines Insolvenzverfahrens, insb bei außergerichtlichen Ausgleichen, gelten lassen, bei denen § 150 Abs 5 KO aber nach zutr hA nicht anwendbar ist⁴³⁾.

2.3. Kritische Frist

2.3.1. Anfang

§ 150 Abs 5 KO erfasst „vor Abschluss des Zwangsausgleiches oder in der Zeit zwischen dem Abschluss und der Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses“ abgeschlossene Vereinbarungen. Ein gesetzlicher Anfangstermin, vor dem Vereinbarungen jedenfalls gültig wären, ist somit nicht vorgesehen⁴⁴⁾. Der „Kreis der mit Ungültigkeit bedrohten Vereinbarungen (ergibt sich vielmehr) durch deren Inhalt von selbst“⁴⁵⁾. Wenn der notwendige Zusammenhang zwischen der verbotenen Vereinbarung und dem Zwangsausgleich besteht, sind auch vor Konkurseröffnung getroffene Vereinbarungen von § 150 Abs 5 KO erfasst⁴⁶⁾. Da es um einen Verstoß gegen den erst ab Eintritt der Insolvenz geltenden⁴⁷⁾ Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung geht, muss der Gemeinschuldner aber im Zeitpunkt der Vereinbarung bereits zahlungsunfähig bzw gem § 67 Abs 2 KO überschuldet gewesen sein⁴⁸⁾.

2.3.2. Ende

Um zu verhindern, dass „Gläubiger Rechtsmittel gegen die Bestätigung des Zwangsausgleiches nur zu dem Zwecke ergreifen, um sich für deren Rückziehung eine Prämie zahlen zu lassen“⁴⁹⁾, erfasst § 150 Abs 5 KO auch Vereinbarungen nach Abschluss des Zwangsausgleiches bis zur Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses. Nach Rechtskraft der Bestätigung ist eine Vereinbarung, die inhaltlich eine Sonderbegünstigung darstellt, hingegen zulässig und wirksam⁵⁰⁾. Ungültig ist bzw bleibt aber eine Vereinbarung, die bloß die Verwirklichung einer schon innerhalb der kritischen Frist in Aussicht genommenen Sonderbegünstigung darstellt oder nur Wiederholung oder Bestätigung einer verbotenen Vereinbarung ist⁵¹⁾.

36) OGH 3 Ob 30/85 SZ 58/99 = JBl 1986, 463.

37) In diese Richtung OGH 9 Ob A 188/87 wbl 1988, 161 = RdW 1988, 165.

38) Vgl Bley/Mohrbutter, VgIO⁴ I § 8 Rz 33; RGZ 136, 288; BGHZ 99, 36 = ZIP 1987, 626 zu § 8 Abs 3 dVerglO.

39) AA wohl Pollak, GZ 1916, 91.

40) OGH 3 Ob 30/85 SZ 58/99 = JBl 1986, 463.

41) Indizien für eine verbotene Sonderbegünstigung in diesem Sinn können sein, dass der Gläubiger seine, wenn auch nicht „entscheidende“, Zustimmung zum Zwangsausgleich vom Sondervorteil abhängig macht (vgl OGH 4 Ob 507/95 ZIK 1995, 157 = ÖBA 1995, 808 = ecoclex 1995) oder sich sonst aus der Vereinbarung selbst eine unmittelbare Verknüpfung (etwa eine Bedingung) mit dem Zwangsausgleich ergibt, dass ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen der Vereinbarung und dem Konkursverfahren oder dem Zwangsausgleich besteht (vgl Bley/Mohrbutter, VgIO⁴ I § 8 Rz 39; 9 Ob A 188/87 wbl 1988, 161 = RdW 1988, 165) oder dem begünstigten Gläubiger die (bevorstehende) Insolvenzeröffnung oder der Zwangsausgleichsantrag bekannt sind, dass eine § 30 Abs 1 Z 3 entsprechende Begünstigungsabsicht der Parteien feststellbar oder ein anderer Vertragszweck als der der Sonderbegünstigung nicht erkennbar ist (vgl OGH 9 Ob 284/01g ZIK 2002/196, 139).

42) Vgl Jaeger/Weber, KO⁸ II/1 § 181 Anm 8; Bley/Mohrbutter, VgIO⁴ I § 8 Rz 42; Kilger/K. Schmidt, KO¹⁷ § 8 VgIO Anm 4b; aA Bartschl/Pollak³, II 409; Wegan, Österreichisches Insolvenzrecht (1973) 258 f.

43) Vgl Jaeger/Weber, KO⁸ II/1 § 181 Anm 15 f; OGH 6 Ob 681/82 SZ 55/135 = EvBl 1983/14 sowie die bei Mohr, KO¹⁹ (2006) § 150 E 106 nachgewiesene ältere Jud.

44) Vgl Lehmann, I 761: „wann immer vor Abschluss des Zwangsausgleiches“.

45) Zutr OGH 3 Ob 30/85 SZ 58/99 = JBl 1986, 463.

46) Pollak, GZ 1916, 91; Petschek/Reimer/Schiemer, 675; F. Riel, Zwangsausgleichsverfahren 118 FN 508; ZBl 1931/290; OGH 3 Ob 30/85 SZ 58/99 = JBl 1986, 463; ebenso Jaeger/Weber, KO⁸ II/1 § 181 Anm 7; Bley/Mohrbutter, VgIO⁴ I § 8 Rz 39; Kuhn/Uhlenbruck, KO¹¹ § 181 Rz 5.

47) Vgl nur Denkschrift 31, 39; Rebernig in Konecny/Schubert, KO (23. Lfg; 2006) § 30 Rz 1 mwN.

48) Insofern zutr Pollak, GZ 1916, 91.

49) Denkschrift 131.

50) Vgl etwa zur Zusicherung der Vollzahlung OGH 8 Ob 2334/96k SZ 70/253 = ZIK 1998, 207 = HS 28.711 = ÖBA 1998, 482 = RdW 1998, 344 = ecoclex 1998, 200 mwN; vgl auch OGH SZ 17/140; OGH 8 Ob 258/02b.

51) Jaeger/Weber, KO⁸ II/1 § 181 Anm 9; OGH ZBl 1936/ 271; OGH SZ 18/164.

3. Rechtsfolgen⁵²⁾

3.1. Ungültigkeit der Vereinbarung

Die Vereinbarung einer Sonderbegünstigung ist gem § 150 Abs 5 Satz 1 KO ungültig. „Der zugesicherte *Sondervorteil darf nicht eingefordert, nicht eingeklagt, nicht zur Aufrechnung verwendet* werden“⁵³⁾. Die Regelung schafft kein Anfechtungsrecht, sondern ist eine im öffentlichen Interesse aufgestellte zwingende Rechtsvorschrift⁵⁴⁾. Die Ungültigkeit kann ohne Weiteres von jedermann, insb auch vom Schuldner selbst⁵⁵⁾ und von dem Dritten, der einen Sondervorteil verspricht oder leistet⁵⁶⁾, geltend gemacht werden, sie ist *nicht heilbar*⁵⁷⁾, auch nicht durch Bestätigung des Zwangsausgleiches⁵⁸⁾, und im Prozess *von Amts wegen wahrzunehmen*⁵⁹⁾.

3.2. Rückforderung des Geleisteten

Gem § 150 Abs 5 Satz 2 KO kann das als verbotene Sonderbegünstigung Geleistete zurückgefordert werden. Das Gesetz „gewährt somit *auch für vollzogene Begünstigungen* (...) eine wirksame Sanktion“⁶⁰⁾. Nicht nur das Zusichern, sondern auch das Gewähren von verbotenen Sondervorteilen soll zur „*Abschreckung vor Sonderbegünstigungen*“⁶¹⁾ unterbunden werden. § 1174 ABGB steht der Rückforderung nicht entgegen⁶²⁾. *Legitimiert*

52) Ausgeklammert bleiben in der Folge die strafrechtlichen Sanktionen; vgl dazu neben der Lit zu § 160 StGB insb Löffler in Bartsch/Pollak, Konkurs-, Ausgleichs-, Anfechtungsordnung, Einführungsverordnung und Geschäftsaufsichtsgesetz¹ (1916) II 566 ff.

53) Bartsch/Pollak³, II 409.

54) OGH 1 Ob 129/75 SZ 48/84 = EvBl 1976/96; OGH 9 Ob A 188/87 wbl 1988, 161 = RdW 1988, 165; OGH 9 Ob 284/01g ZIK 2002/196, 139; OGH 8 Ob 258/02b; ebenso F. Riel, Zwangsausgleichsverfahren 125.

55) OGH 3 Ob 30/85 SZ 58/99 = JBl 1986, 463.

56) OGH 9 Ob 284/01g ZIK 2002/196, 139.

57) Bartsch/Pollak³, II 409; Mohr, Privatkonkurs², 75; OGH 9 Ob 284/01g ZIK 2002/196, 139.

58) F. Riel, Zwangsausgleichsverfahren 120, 125; OGH 1 Ob 129/75 SZ 48/84 = EvBl 1976/96; OGH 9 Ob A 188/87 wbl 1988, 161 = RdW 1988, 165.

59) Pollak, GZ 1916, 92; Bartsch/Pollak³, II 409; Wegan, 259; F. Riel, Zwangsausgleichsverfahren 125; OGH SZ 18/164; OGH 1 Ob 129/75 SZ 48/84 = EvBl 1976/96; OGH 4 Ob 507/95 ZIK 1995, 157 = ÖBA 1995, 808 = ecolex 1995, 404; OGH 9 Ob 284/01g ZIK 2002/196, 139; OGH 8 Ob 258/02b.

60) Denkschrift 131.

61) Pollak, GZ 1916, 92. Aus diesem Grund müssen die an sich durchaus berechtigten Zweifel an der Schutzbedürftigkeit des Gebers bei *Wilburg* in Klang/Gschnitzer, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch² V (1954) 469 zurücktreten.

62) Denkschrift 131; Lehmann, I 765; Bartsch/Pollak³, II 409; Wegan, 259; Schartner, Sonderbegünstigung 42 ff; F. Riel, Zwangsausgleichsverfahren

zur Rückforderung ist, wer geleistet hat, also der Zwangsausgleichsschuldner⁶³⁾, bzw bei aufrehtem Konkursverfahren der Masseverwalter oder ein begünstigender Dritter⁶⁴⁾. Der von einem Dritten geleistete Sondervorteil kann damit niemals der Masse zugute kommen. *Inhalt und Umfang des Rückforderungsanspruches* richten sich nach Bereicherungsrecht⁶⁵⁾. Es ist daher primär die geleistete Sache zurückzustellen oder Wertersatz zu leisten⁶⁶⁾. Der Anspruch muss *binnen drei Jahren ab Leistung* geltend gemacht werden⁶⁷⁾.

3.3. Auswirkungen auf den Zwangsausgleich

Nur ein im Zwangsausgleichsvorschlag enthaltener Verstoß gegen den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung macht den Zwangsausgleich gem § 141 Z 3 KO unzulässig⁶⁸⁾. Die Ungültigkeitssanktion des § 150 Abs 5 Satz 1 KO trifft hingegen nur die (typischerweise versteckte) Vereinbarung, nicht den Zwangsausgleich an sich⁶⁹⁾. Die verbotene Sonderbegünstigung macht daher außerhalb einer Nichtigkeit des Zwangsausgleiches gem § 158 KO den *Zwangsausgleich weder unzulässig noch nichtig*, sondern kann nur gem § 153 Z 3 KO zur *Versagung der Bestätigung* und gem § 161 zur *Unwirksamklärung des Zwangsausgleiches*⁷⁰⁾ führen, wenn der Zwangsausgleich durch die Sonderbegünstigung zustande gebracht wurde⁷¹⁾. Da das Verbot der Sonderbegünstigung die „Reinheit des Ausgleichs“ schützen soll, greift die Sanktion des § 153 Z 3 KO auch dann, wenn die Versagung der Bestätigung nicht im gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger liegt, weil bei Abwicklung des Konkursverfahrens mit einer niedrigeren Quote zu rechnen ist.

ren 126; OGH SZ 17/100 = ZBl 1935/452; OGH 1 Ob 129/75 SZ 48/84 = EvBl 1976/96.

63) OGH ZBl 1931/290.

64) Bartsch/Pollak³, II 410; F. Riel, Zwangsausgleichsverfahren 125.

65) So wohl auch Bartsch/Pollak³, II 410.

66) Vgl allgemein Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts¹³ (2007) II 292 ff mwN.

67) Bartsch/Pollak³, II 410; F. Riel, Zwangsausgleichsverfahren 125.

68) Vgl Riel in Konecny/Schubert, KO § 141 Rz 14.

69) Vgl Bartsch/Pollak³, II 409; Bley/Mohrbutter, VglO⁴ I § 8 Rz 41.

70) Die Erwartung, dass so der dem begünstigten Gläubiger „abgenommene“ Vorteil dem „geschädigten“ Gläubiger zukommt (idS *Wilburg* in Klang/Gschnitzer² V 469), erscheint aber eher unrealistisch.

71) Vgl dazu F. Riel, Zwangsausgleichsverfahren 122 ff.



Der Autor:

Dr. Stephan Riel, Rechtsanwalt in Wien mit dem Tätigkeitsschwerpunkt Insolvenz- und Sanierungsrecht, Partner in der Kanzlei Jaksch Schoeller & Riel, Masse- und Ausgleichsverwalter in Wien und Niederösterreich, Mitglied der im BMJ tagenden Insolvenzrechtsreformkommission, Mitglied des Beirats der ZIK, zahlreiche Publikationen zum Insolvenzrecht (ua Kommentierung der §§ 80 bis 101, 114 bis 123 KO und 140 bis 148a KO in Konecny/Schubert, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen [1997 ff]; Konecny/Riel, Entlohnung im Insolvenzverfahren [1999]).