

Ass.-Prof. MMag. Dr. **Martin Trenker**, Innsbruck

Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k

(1. Teil)

Die rechtzeitige Insolvenzantragsstellung wird als eine der Kardinalpflichten der Geschäftsleiter¹⁾ zugleich als eine der größten Risiken für deren persönliche Haftung identifiziert. Vor diesem Hintergrund überrascht es vielleicht,²⁾ dass eine der zentralen Anspruchsgrundlagen für die Haftung gegenüber der Gesellschaft bzw der Insolvenzmasse, nämlich § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG bzw § 84 Abs 3 Z 6 AktG, anders als ihr deutsches Pendant³⁾ erst mit einer brandaktuellen Entscheidung des 6. Senats des OGH aus ihrem „Dornröschenschlaf“ geweckt worden sein dürfte. Nicht zuletzt diese ausführliche Entscheidung entpuppt die generelle Frage nach dem Haftungsausmaß gegenüber dem Masseverwalter als Wespennest ungeklärter Probleme: Die potenziellen Schadenspositionen Betriebsverlust, Quotenschaden und eben die im Wortlaut des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG angelegte Kumulation der Zahlungen nach Insolvenzreife werden in Literatur und Rsp kaum je voneinander abgegrenzt, geschweige denn teleologisch systematisiert. In der Praxis der Insolvenzverwaltung herrscht daher dem Vernehmen nach große Unklarheit, was denn aus Sicht der Insolvenzmasse der vom Verwalter liquidationsfähige Schaden ist. Der vorliegende Beitrag geht dieser Frage mit ihren zahlreichen Detailproblemen nach.

Deskriptoren: Insolvenzverschleppungshaftung; Insolvenzantragspflicht; Geschäftsführerhaftung; Business-Judgement-Rule; Quotenschaden; Betriebsverlust; Zahlungsverbot nach Insolvenzreife; Reflexschaden; Debitorisches Konto.
§ 1311 ABGB; § 84 AktG; §§ 27 ff, 69 IO; § 25 GmbHG; § 273 ZPO.

Übersicht:

- A. Konkurrenz von Gesellschafts- und Gläubigerschaden als Ausgangsproblem
I. Haftungsgrundlage: Verspätete/unterlassene Insolvenzantragsstellung

¹⁾ *Honsell*, Haftung der Geschäftsführer gegenüber Gesellschaftsgläubigern bei GmbH-Insolvenz, GesRZ 1984, 134, 207 (208); *Harrer*, Haftungsprobleme bei der GmbH (1990) 95; *Straube/Rauter*, Strategien der Haftungsvermeidung für GmbH-Geschäftsführer, JAP 2007/08, 168 (170); *U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG (2014) § 20 Rz 3; *C. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) Rz 4/232.

²⁾ Freilich dürfte Hauptgrund dafür der oftmals unzureichende Haftungsfonds der Geschäftsleiter gerade von KMU sein.

³⁾ Die Haftung nach § 64 S 1 dGmbHG beschäftigt den BGH nun schon seit Jahrzehnten in dutzenden Entscheidungen (zB BGH II ZR 61/92 = NJW 1994, 2149; II ZR 273/98 = NZG 2000, 370; II ZR 88/99 = NZG 2001, 361 [*Habersack/Mayer*]; II ZR 235/03 = ZIP 2005, 1550; 5 StR 67/05 = NZG 2005, 892; II ZR 51/06 = NZG 2007, 678; II ZR 48/06 = NJW 2007, 2118 [*Altmeppen*]; II ZR 258/08 = NZI 2010, 313 [*Stapper/Schädlich*]; II ZR 231/13 = NZI 2015, 133; II ZR 394/13 = ZIP 2016, 1119; II ZR 319/15 = NZI 2017, 809 [*Schädlich*]). Die Bedeutung der Norm spiegelt sich ferner darin wider, dass sie jüngst sogar Anlass zweier EuGH-Urteile war (EuGH 04.12.2014, Rs C-295/13 [H./H.K.]; 10.12.2015, Rs C-594/14 [Kornhaas/Dithmar]). Auf die damit angesprochenen Fragen der internationalen Zuständigkeit und der kollisionsrechtlichen Qualifikation wird vorliegend aber nicht eingegangen (siehe dazu zB *Trenker*, Anwendung der EuInsVO auf Organhaftungsansprüche wegen Gläubigerbevorzugung – Anmerkungen zu EuGH C-295/13, ZIK 2015, 8; zur kollisionsrechtlichen Anknüpfung ferner *Epicoco*, Anmerkung zu EuGH C 594/14, NZ 2016, 424).

- II. Ausnahmsweise Ersatzfähigkeit des Reflexschadens der Gläubiger
III. Vermeidung der doppelten Liquidation durch § 69 Abs 5 IO
IV. Unterschied von Gesellschafts- und Gläubigerschaden
V. Zahlungsverbot nach Insolvenzreife als Gläubigerschutznorm
B. Problemaufriss im Anschluss an bisherige Ergebnisse
C. Ersatzfähigkeit des Betriebsverlusts als Gesellschaftsschaden
I. Ergebnis konkreter Schadensberechnung
II. Problem der Überschuldung der geschädigten Gesellschaft
III. Keine Einschränkung auf Schädigung des Gläubigerkollektivs
IV. Rechtswidrigkeitszusammenhang und Business-Judgement-Rule
V. Berechnung
1. Ausgangspunkt der Berechnung
2. Berücksichtigung „werterhellender“ Ergebnisse des Insolvenzverfahrens
3. Problem ausständiger Verwertungs- und Prozessergebnisse
VI. Fazit
D. Keine (unmittelbare) Ersatzfähigkeit des Quotenschadens als Gläubigerschaden
I. Umkehrschluss zu § 69 Abs 5 IO als Anspruchsgrundlage?
II. Grammatikalische, systematische und historische Gegenargumente
III. Teleologie: Zahlungsverbot als ausreichender Schutz vor reinen Gläubigerschäden
E. Zwischenergebnis
F. Zahlungsverbot nach Insolvenzreife als Vermutung des Gesamtgläubigerschadens
I. Überschießende Haftung bei isolierter Zahlungsbetrachtung

- II. Tatbestandsimmanente Korrektur
 1. Teleologischer Zahlungsbegriff
 2. Exkurs: Zahlung vom debitorischen Konto
 3. Entlastung bei Einhaltung gebotener Sorgfalt (§ 84 Abs 3 Z 6 S 2 AktG analog)
- III. Begrenzung auf Quotenschaden als zusätzliches Korrektiv
 1. Überschießende Haftungssanktion bei Unternehmensfortführung?
 2. BGH: Kumulation isolierter Zahlungen sachgerecht
 3. OGH: Begrenzung durch Quotenschaden
- IV. Stellungnahme und Bewertung
 1. Sinnvolle und *de lege lata* vertretbare Haftungsbegrenzung
 2. Entlastung mit geringerem Quotenschaden als *probatio diabolica*
 3. Schätzung der tatsächlichen Insolvenzquote gemäß § 273 ZPO
 4. Präklusion trotz nachträglicher Erkenntnis der Unrichtigkeit der Schätzung
 5. Keine Differenzierung zwischen Alt- und Neugläubigern
 6. Exkurs: Hypothetische Quote des Zahlungsempfängers
 7. Zwischenresümee: Verteidigung des beklagten Geschäftsleiters
- G. Keine kumulierte Ersatzpflicht für Betriebsverlust und Zahlungen *in statu cridae*
- H. Zusammenfassung

A. Konkurrenz von Gesellschafts- und Gläubigerschaden als Ausgangsproblem

I. Haftungsgrundlage: Verspätete/unterlassene Insolvenzantragstellung

§ 69 Abs 2 iVm Abs 3 IO verpflichtet die organschaftlichen Vertreter einer juristischen Person, also im vorliegend interessierenden Kontext die Geschäftsführer einer GmbH sowie die Vorstandsmitglieder einer AG (= Geschäftsleiter), bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft zur Stellung eines Insolvenzantrags. Die Verpflichtung greift grundsätzlich sofort, die Geschäftsleiter können aber bei Vornahme aussichtsreicher gerichtlicher oder außergerichtlicher Sanierungsbemühungen bis zu maximal 60 Tage zuwarten.

Der Beginn dieser 60-Tages-Frist ist umstritten: Nach überzeugender hL beginnt die 60-Tagesfrist zwar erst mit Kenntnis vom Insolvenzgrund;⁴⁾ das ändert aber nichts daran, dass die Insolvenzantragspflicht bereits begonnen hat und die Nichtantragstellung ab Erkennbarkeit bis zur Kenntniserlangung folglich sehr wohl einen haftungsträchtigen Verstoß gegen § 69 IO begründet.⁵⁾ Der Ge-

⁴⁾ Honsell, GesRZ 1984, 138; Harrer, Haftungsprobleme 38 f; Dellinger, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall (1991) 41; derselbe in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze (2005) § 69 KO Rz 19; Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz³ (2007) § 25 Rz 37; Jaufer, Das Unternehmen in der Krise³ (2014) 159 je mwN; aA insbesondere Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht⁴ (2004) § 69 KO Rz 68 ff.

⁵⁾ Honsell, GesRZ 1984, 138; Harrer, Haftungsprobleme 38; Dellinger, Vorstandshaftung 41; Karollus, Pflichten und Haftung der Organe von Kapitalgesellschaften in der Krise und bei Sanierung, in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz (2002) 1145

schäftsleiter kann somit trotz objektiv früherer Erkennbarkeit des Insolvenzgrunds ab positiver Kenntnis noch für maximal 60 Tage Sanierungsversuche starten; die bereits eingetretene Insolvenzverschleppung ist ihm aber jedenfalls als Pflichtverletzung mit allen Konsequenzen zuzurechnen. Fallen Eintritt des Insolvenzgrunds und die subjektive Kenntnis somit auseinander, kann die 60-Tagesfrist im Ergebnis (nur) zu einer Art vorübergehender Unterbrechung der bereits begonnen Antragspflicht führen.⁶⁾

II. Ausnahmsweise Ersatzfähigkeit des Reflexschadens der Gläubiger

Verletzt der organschaftliche Vertreter diese Pflicht zur rechtzeitigen Antragstellung, die bei Gesamtvertretungsorganen unabhängig von der Ressortverteilung jedes einzelne Organmitglied trifft (vgl § 69 Abs 4 IO),⁷⁾ führt dies erfahrungsgemäß sehr häufig zu einer weiteren Verschlechterung der Vermögenslage der Gesellschaft („Weiterwurseln“). Die Grundlage für eine Ersatzpflicht des Geschäftsleiters für diesen Schaden liegt im Schutzgesetz des § 69 Abs 3 IO iVm den „Haftungsgeneralklauseln“ der § 25 Abs 1, 2 GmbHG bzw § 84 Abs 1, 2 AktG (näher unten C.IV.).

Da im Zeitpunkt der Überschuldung jeder weitere Verlust der Gesellschaft auch zulasten ihrer Gläubiger wirkt, treten ebenso reflexartige Schäden⁸⁾ der Gläubiger auf, deren Befriedigungsaussichten sich

(1161); Jaufer, Unternehmen³ 159; Dellinger/Oberhammer/Koller, Insolvenzrecht³ (2014) Rz 230.

⁶⁾ Dass es damit möglicherweise zu einer Insolvenzverschleppung „nur“ vor Beginn und nach Ablauf der 60-Tagesfrist kommt (vgl Honsell, GesRZ 1984, 210; Dellinger/Oberhammer/Koller, Insolvenzrecht³ Rz 231), bereitet gewisse Schwierigkeiten bei der Schadensberechnung. Da man den Fristenlauf entgegen dem Gesetzeswortlaut zugunsten des Geschäftsleiters erst mit positiver Kenntnis laufen lässt, ist es jedoch gerechtfertigt, dem Geschäftsleiter diese Schwierigkeiten aufzubürden: Ihn hat mE die Behauptungs- und Beweislast dafür zu treffen, dass bzw welcher Anteil des Verschleppungsschadens während zulässiger Ausschöpfung der 60-Tages-Frist entstanden und folglich nicht ersatzfähig ist.

⁷⁾ Statt vieler OGH 3 Ob 622/79 = JBI 1980, 38; 1 Ob 526/89 (Entscheidungen, die im RIS-Justiz im Volltext abrufbar sind, werden im Folgenden ohne Fundstelle zitiert); 6 Ob 88/13d; RIS-Justiz RS0065174; RS0023825; Harrer, Haftungsprobleme 95; Dellinger, Vorstandshaftung 45; derselbe in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 45; Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht I² (1997) Rz 2/400; derselbe in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (2015) § 25 Rz 144; Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ § 69 KO Rz 50.

⁸⁾ Der weite Schadensbegriff des ABGB umfasst bekanntlich jeden Zustand, an dem ein geringeres rechtliches Interesse als am bisherigen besteht (RIS-Justiz RS0022537, zB OGH 10 Ob 88/11f; vgl auch RIS-Justiz RS0022477; kritisch Reischauer in Rummel, ABGB³ [2007] § 1293 Rz 1; antikritisch Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ [1997] Rz 2/1 f; G. Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} [2016] § 1293 Rz 2), jedenfalls soweit dieser Nachteil eine vermögensrechtliche Dimension erreicht und nicht bloß immaterieller Natur ist.

(weiter) verschlechtern bzw deren Insolvenzquote verringert wird. Sowohl die Gesellschaft als auch ihre Gläubiger können somit durch die Vermögensverschlechterung im Verschleppungszeitraum einen Schaden im Rechtssinn erleiden.

Da ein- und derselbe Schaden aber nicht von mehreren Personen liquidiert werden darf/soll, bereitet eine solche Konkurrenz eines unmittelbar Geschädigten (Gesellschaft) und vieler reflexartig Geschädigter (Gläubiger) gewisse dogmatische Schwierigkeiten. Allgemein lassen sich diese über den fehlenden Rechtswidrigkeitszusammenhang gegenüber dem bloß reflexartig Geschädigten in den Griff kriegen, indem Ersatzansprüche für reine Vermögensschäden des mittelbaren „Opfers“ grundsätzlich von vornherein ausscheiden.⁹⁾ Es bleibt daher bei der Konzentration des Ersatzanspruchs bei der unmittelbar geschädigten Gesellschaft. Bei der Insolvenzverschleppung ist indes gerade anerkannt und durch § 69 Abs 5 IO indirekt bestätigt worden, dass die Insolvenzantragspflicht ein Schutzgesetz iS des § 1311 ABGB ist, dessen Zweck gerade auch im Schutz des reinen Vermögens der – reflexartig geschädigten – Gesellschaftsgläubiger bestehe; namentlich geht es um den Schutz ihres materiellen Haftungsrechts hinsichtlich der Insolvenzmasse.¹⁰⁾ Hinreichender Rechtswidrigkeitszusammenhang ist damit hergestellt, der prinzipiellen Ersatzfähigkeit von reinen Vermögensschäden der Gläubiger steht nichts im Wege, womit bei der Insolvenzverschleppung das Dilemma eines primär geschädigten und vieler reflexartig geschädigter Rechtsträger zu bewältigen ist.¹²⁾

⁹⁾ Instrukтив U. Torggler, Gesellschaftsrecht AT und Personengesellschaften (2013) Rz 480 ff; ausführlich Trenker, „Reflexvorteil“ und „Reflexschaden“ im Gesellschaftsrecht, GesRZ 2014, 10 (12 ff mwN) im Kontext der reflexartigen Schädigung von Gesellschaftern durch Schädigung „ihrer“ Gesellschaft.

¹⁰⁾ Vgl zum materiellen Haftungsrecht als Grundlage der „Teilnahmeberechtigung“ im Insolvenzverfahren Nunner-Krautgasser, Schuld, Vermögenshaftung, Insolvenz (2007) 275 ff, 333. Die Beeinträchtigung dieses materiellen Haftungsrechts äußert sich in einer Verringerung des Werts dieses „Teilhaberechts“, einem „Quotenschaden“.

¹¹⁾ OGH 5 Ob 603/84; 8 Ob 29/87; 5 Ob 259/02b; Dellinger, Vorstandshaftung 52; derselbe in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetz § 69 KO Rz 70; K. Schmidt, Insolvenzverschleppungshaftung – Haftungsrechtsprechung zwischen Gesellschafts-, Insolvenz- und Zivilrecht, JBl 2000, 477 (478 f); Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ § 69 KO Rz 107; C. Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 4/509; vgl auch RIS-Justiz RS0027521; aA Harrer, Haftungsprobleme 68 f; Schummer, Haftung des GmbH-Geschäftsführers wegen Konkursverschleppung – ebenfalls ein Irrweg?, in FS Koppensteiner (2001) 211 (214 ff), mit sehr beachtlichen Gründen, die allerdings seit Einführung von § 69 Abs 5 IO überholt sind; für Deutschland siehe auch Altmeyden/Wilhelm, Quotenschaden, Individualschaden und Klagebefugnis bei der Verschleppung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH, NJW 1999, 673 (679 f).

¹²⁾ Ein vergleichbares Problem kann sich zumindest nach aktueller Judikatur des OGH wegen dem weit gefassten § 81 Abs 3 IO bei einer Schädigung der Insolvenzmasse durch den Insolvenzverwalter ergeben (OGH 1 Ob 235/16i = ZIK 2017, 229 [ablehnend Riel]; zustimmend Bollenberger,

III. Vermeidung der doppelten Liquidation durch § 69 Abs 5 IO

Der Gesetzgeber musste hierzu also einen neuen – im Schrifttum schon lange zuvor eingeschlagenen¹³⁾ – Weg beschreiten, um einer „Doppelliquidation“ durch Gesellschaft bzw Insolvenzverwalter einerseits und Gesellschaftsgläubiger andererseits einen Riegel vorzuschieben (näher unten D.): Nach § 69 Abs 5 IO können Insolvenzgläubiger Schadenersatzansprüche wegen einer Verschlechterung der Insolvenzquote infolge einer Verletzung der Antragspflicht erst nach rechtskräftiger Aufhebung des Insolvenzverfahrens geltend machen. Während des Insolvenzverfahrens besteht somit ausweislich der Gesetzesmaterialien zum GIRÄG 2003 eine exklusive Haftung gegenüber der Gesellschaft, also gegenüber dem Masseverwalter.

Diese „Durchsetzungssperre“ gilt jedoch nur für den Quotenschaden, nicht hingegen für potenzielle Vertrauensschäden von Neugläubigern.¹⁴⁾ Diese sind zwar nach hM ebenfalls vom Schutzzweck des § 69 IO erfasst und daher ersatzfähig.¹⁵⁾ Sie sind aber von den Schäden der Gesellschaft und auch dem Schaden des Gläubigerkollektivs unabhängig, weshalb ihre individuelle Verfolgung zu keinen „Doppelgleisigkeiten“ führt. Aus diesem Grund können Vertrauensschäden der Neugläubiger für die hier interessierende Bemessung des Schadens der Masse weitgehend außer Betracht bleiben.

IV. Unterschied von Gesellschafts- und Gläubigerschaden

Als Ausgangspunkt und -problem ist somit festzuhalten, dass eine schuldhafte Insolvenzverschleppung den Geschäftsleiter sowohl gegenüber der Gesellschaft als auch den reflexartig geschädigten Gläubigern ersatzpflichtig macht. Was bei der Untersuchung des Verhältnisses beider Ansprüche

Zur Haftung des Insolvenzverwalters gegenüber Insolvenzgläubigern, ZIK 2017, 206).

¹³⁾ Erstmals P. Doralt, Unbeschränkte Haftung bei Insolvenz der GmbH, GesRZ 1982, 88 (97); zustimmend Honsell, GesRZ 1984, 212; Harrer, Haftungsprobleme 62 ff; vgl auch Koppensteiner, Haftung des GmbH-Gesellschafters, wbl 1988, 7 (9 Fn 50).

¹⁴⁾ ErlRV 124 BlgNR XXII. GP 17; Dellinger in Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatz-Gesetz (2004) § 69 KO Rz 9; derselbe in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetz § 69 KO Rz 81; Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ § 69 KO Rz 146; Richter, Zur Geltendmachung des Quotenschadens durch den Masseverwalter, ZIK 2007, 42 (43 Fn 11).

¹⁵⁾ RIS-Justiz RS0027441 mit Beisatz T 3, 5; RS0122035; OGH 7 Ob 2339/96p; 4 Ob 31/07y; 8 Ob 124/07d; BGH II ZR 292/91 = BGHZ 126, 181; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I² Rz 2/473 ff; Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ § 69 KO Rz 112 ff; aA Dellinger, Vorstandshaftung 64 ff; derselbe in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetz § 69 KO Rz 87 ff, der mit einer Haftung über den Vertrauensschaden jedoch mitunter zu ähnlichen Ergebnissen gelangt (zustimmend Told in Gruber/Harrer, GmbHG [2014] § 25 Rz 227; vgl in diesem Sinn auch K. Schmidt, JBl 2000, 481 ff); gegen eine Erfassung des Vertrauensschadens vom Schutzzweck des § 69 Abs 2, 3 IO auch noch Honsell, GesRZ 1984, 211; Harrer, Haftungsprobleme 63 f.

weit zu wenig Beachtung findet,¹⁶⁾ ist die Erkenntnis, dass die Höhe des Schadens der Gesellschaft/Masse aus einem durch die Insolvenzverschleppung bedingten „Weiterwursteln“ höchstens zufällig einmal identisch ist mit der Höhe des Gesamtgläubigerschadens. Im Grundsatz ist der Schaden sämtlicher Gläubiger, der in der Verringerung ihrer Quote besteht, aber ein gänzlich anderer Wert als die Vermögensverringerung der Gesellschaft, dies trotz des Reflexzusammenhangs beider Schadenspositionen. Der Gläubigerschaden wird zumeist als Quotenschaden bezeichnet, der Gesellschaftsschaden als Betriebsverlust – beides ist in weiterer Folge streng zu trennen. Der Unterschied zwischen Betriebsverlust (Gesellschaftsschaden) und Quotenschaden (Gläubigerschaden) lässt sich anhand zweier einfacher, aber für die weitere Untersuchung sehr erkenntnisreicher Beispiele beweisen.

Beispiel: Betriebsverlust versus Quotenschaden

Szenario 1:

Gebotene Antragstellung	Aktiva 100	Passiva 400	EK - 300	Quote 25 %
Tatsächliche Antragstellung	Aktiva 80	Passiva 640	EK - 560	Quote 12,5 %
Differenz	-20	+240	-260	-12,5 % (= 80)

Szenario 2:

Gebotene Antragstellung	Aktiva 200	Passiva 400	EK - 200	Quote 50 %
Tatsächliche Antragstellung	Aktiva 50	Passiva 200	EK - 150	Quote 25 %
Differenz	-150	-200	+50	-25 % (= 50)

Im ersten Szenario beträgt der Betriebsverlust 260, obwohl der Quotenschaden von 12,5 % bereits durch eine Zahlung von 80 an das Gläubigerkollektiv auszugleichen wäre. Der Schaden des Gläubigerkollektivs ist somit weit geringer als jener der Gesellschaft. Das zweite Beispiel beweist die für die weiteren Überlegungen so zentrale Tatsache, dass ein Quotenschaden auch ohne Betriebsverlust, also ohne Schädigung der Gesellschaft möglich ist.¹⁷⁾ Während sich der Vermögensstand (= EK) der Gesellschaft *in statu cridae* sogar verbessert hat, wurde die Gläubigerschaft empfindlich geschädigt und um die Hälfte ihrer Quote gebracht. Der Quotenschaden von 25 % wäre durch eine Zahlung von 50 ausgleichbar.¹⁸⁾

¹⁶⁾ Zutreffend lediglich *Dellinger*, Vorstandshaftung 234; implizit wohl auch *Schummer* in FS Koppensteiner 229. Im Kontext der Anfechtung freilich ausführlich in diesem Sinn *Bollenberger*, Anfechtung von Finanzierungsgeschäften gemäß § 31 Abs 1 Z 2 Fall 2 KO, ÖBA 1999, 409 (418 ff); vgl auch *Paul Doralt*, Zur Gläubigeranfechtung wegen mittelbar nachteiliger Rechtsgeschäfte, ÖBA 1995, 113 (114).

¹⁷⁾ *Dellinger*, Vorstandshaftung 234.

¹⁸⁾ Das entspricht übrigens im Beispiel nur zufällig dem Betriebsgewinn von 50.

Dieses kontraintuitive Ergebnis ist mathematisch einfach damit zu begründen, dass der Betriebsverlust aus der Entwicklung des Eigenkapitals, sohin der *Differenz* zwischen Aktiva und Passiva, resultiert, während die für den Quotenschaden zu vergleichenden Insolvenzquoten aus dem *Quotienten* von Aktiva und Passiva zu errechnen sind. Während für die Entwicklung des Eigenkapitals eine Senkung der Aktiva gleich viel schadet, wie eine Senkung der Passiva nützt *et vice versa*, fällt beim Quotenschaden jede Verringerung der Aktiva – abhängig vom Grad der Überschuldung – weit stärker ins Gewicht als eine damit möglicherweise einhergehende Verringerung der Passiva. Der Prototyp der Bilanzverkürzung, die Tilgung einer Verbindlichkeit, begründet damit als ergebnisneutraler Vorgang keinen Betriebsverlust, führt aber sehr wohl zu einem Quotenschaden. Obwohl der Schaden des Gläubigerkollektivs eigentlich nur ein Reflex des Schadens der Gesellschaft ist, kann ersterer bei der Insolvenzverschleppung also höher, aber auch weit geringer sein.¹⁹⁾

V. Zahlungsverbot nach Insolvenzreife als Gläubigerschutznorm

Diese Erkenntnis von der ungleichen Auswirkung einer Aktivminderung auf Gesellschafts- und Gläubigerebene liefert nun die teleologische Grundlage für die Haftung der Geschäftsleiter wegen nach Eintritt der materiellen Insolvenz geleisteter Zahlungen gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 6 AktG,²⁰⁾ die Gegenstand der jüngsten

¹⁹⁾ Auf einer mangelnden Differenzierung zwischen beiden Schadenspositionen könnte indes die Feststellung der älteren Rsp beruhen, der Betriebsverlust als Schaden der Gesellschaft sei mit der Verringerung der Konkursmasse gleichzusetzen (RIS-Justiz RS0059751; OGH 1 Ob 144/01k; vgl auch 5 Ob 38/72; zustimmend *Told* in Gruber/Harrer, GmbHG § 25 Rz 228 bei und in Fn 868). Das ist schlicht unrichtig, weil die Entstehung eines Gesellschaftsschadens letztlich (auch) davon abhängt, inwieweit die Masseschmälerung mit einer Senkung von Verbindlichkeiten einhergeht. Hingegen führt die Schmälerung der Konkursmasse im Überschuldungsstadium wie gezeigt geradezu zwangsläufig zu einem – wenn auch nicht unbedingt identisch hohen – Quotenschaden, sodass der OGH bei seiner Aussage möglicherweise diese Schadensposition vor Augen hatte.

Auch der Ansatz von *Altmeyen* in Roth/Altmeyen, GmbHG⁸ (2015) § 64 Rz 36 (siehe auch schon *Altmeyen/Wilhelm*, NJW 1999, 679 ff) nimmt auf die unterschiedliche Höhe von Gesellschafts- und Gläubigerschaden mE nicht hinreichend Bezug, wenn *Altmeyen* eine Haftung für den Verlust im Zeitraum der Insolvenzverschleppung für ausgleichsfähig hält, andererseits aber davon spricht, dass es allein um den Schaden der Gläubigergemeinschaft gehe. Nach *Altmeyen* (Was bleibt von den masseschmälernden Zahlungen?, ZIP 2015, 949 [952 ff]) dürfte möglicherweise überhaupt – iS der skizzierten OGH-Rsp – nur gemeint sein, dass ein „Verlustausgleichsanspruch“ in Höhe der aktivseitigen Verkürzung der Masse bestehe, was aber wiederum die Frage aufwirft, warum passivseitige Verschlechterungen gänzlich außer Acht bleiben sollen.

²⁰⁾ In weiterer Folge wird zur besseren Lesbarkeit primär nur auf § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG Bezug genommen. Die Ausführung gelten *mutatis mutandis* aber genauso für § 84 Abs 3 Z 6 AktG.

Entscheidung des 6. Senats war.²¹⁾ Die Norm will nämlich gerade verhindern, dass *in statu cridae* durch „Zahlungen“ der Aktivbestand verringert wird, weil dadurch das Gläubigerkollektiv im Wege einer Quotenverschlechterung geschädigt wird. Dass die Bestimmung dennoch als Schadenersatzanspruch zugunsten der Gesellschaft ausgestaltet ist, verdeckt ihr ausschließlich gläubigerschutzorientiertes *telos*. Gerade das Paradebeispiel für die Haftung, die Zahlung einer offenen Schuld, beweist eben, dass der Gesellschaft selbst gar kein Schaden entstehen muss. Ein solcher wird somit lediglich im Gläubigerinteresse *fingiert*, weil jeder Abfluss an Aktiva die Befriedigungsaussichten der Gläubiger verringert.²²⁾

Die paradigmatische Zahlung einer Altschuld zeigt überdies die enge teleologische Verwandtschaft dieser Norm zur Deckungsanfechtung nach §§ 30, 31 Z 1, 2 je Fall 1 IO.²³⁾ Beide Anspruchsgrundlagen bezwecken primär die Gleichbehandlung der Gläubiger, indem sie die Befriedigung jener Gläubiger sanktionieren, die gerade nicht genug Vorsicht an den Tag legen, dass sie mit dem Schuldner nur Zug-um-Zug kontrahieren, sondern in Vorleistung getreten sind. Dennoch geht § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG über dieses *telos* der *par condicio creditorum* hinaus.²⁴⁾ Deckungen im Zug-um-Zug-Verhältnis sind nach ganz hM bekanntlich nicht nach §§ 30, 31 Z 1, 2 je Fall 1 IO anfechtbar.²⁵⁾ Hingegen haftet der Geschäftsleiter – wie der OGH in Abkehr vom zugrunde liegenden Beschluss des OLG Linz nunmehr klarstellt²⁶⁾ – nicht nur für Zahlungen an „Altgläubiger“, die ihre Forderungen vor Eintritt der materiellen Insolvenz erworben haben, oder an solche Gläubiger, die ohne Sicherheit vorgeleistet haben, sondern grundsätzlich sogar bei Zug-um-Zug-Leistungen. Soweit solche Zahlungen *per saldo*²⁷⁾ zu einer Minderung der Aktiva als der verteilungsfähigen Masse führen, sind

sie im Ausmaß dieses „Nettoabflusses“²⁸⁾ sehr wohl haftungsbegründend, eben weil sie das Gläubigerkollektiv unabhängig von einer Ungleichbehandlung der Altgläubiger schädigen.

Jene teleologische Facette, die eine Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife auch für Konstellationen gebietet, die über eine „echte Gläubigerungleichbehandlung“ hinausgehen, weist somit wiederum durchaus Ähnlichkeiten zur Anfechtung nachteiliger Rechtsgeschäfte gemäß § 31 Abs 1, 2 je Fall 2, Abs 3 IO auf. Denn auch nach dieser Norm kommt es allein auf eine Gläubigerbenachteiligung *in statu cridae* an, weshalb nachteilige Zug-um-Zug-Geschäfte²⁹⁾ sehr wohl unter *diesen* Anfechtungstatbestand subsumiert werden können.³⁰⁾

§ 25 Abs 3 Z 2 GmbHG will zusammengefasst – ähnlich wie die Anfechtungstatbestände der §§ 30, 31 IO – verhindern, dass der Schuldner die Befriedigungsaussichten des Gläubigerkollektivs *in statu cridae* verschlechtert, indem er entweder einzelne Gläubiger bevorzugt oder sonst masseschmälernde nachteilige Rechtshandlungen setzt. Insoweit soll – wie es zu § 31 IO anerkannt ist³¹⁾ – auch das Gebot der rechtzeitigen Stellung des Insolvenzantrags umfassend abgesichert werden.³²⁾ Es geht um die Kompensation des typischen Risikos, das eine Unternehmensfortführung *in statu cridae* für die Gesellschaftsgläubiger birgt.

Ausgehend von diesem *telos* ist es ferner verständlich, wenn die hM den Begriff der „Zahlung“ iS des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG weit versteht und darunter jede dem Geschäftsleiter zurechenbare Handlung oder Unterlassung subsumiert, die zu einer Schmälerung der Aktiva bzw der Masse führt.³³⁾ Nicht erforderlich ist, dass der Geschäftsleiter die Zahlung selbst vornimmt. Dafür spricht neben dem skizzier-

ganz hM – wenn auch mit unterschiedlicher Begründung – entsprechend begrenzt wird (ausführlich unten F.II.1.).

²⁸⁾ U. Torggler/Trenker, JBl 2013, 616 f.

²⁹⁾ Freilich ist umstritten, ob § 31 Abs 1, 2 je Fall 2, Abs 3 IO nur den Abschluss nachteiliger Verpflichtungsgeschäfte inkriminiert oder auch Verfügungsgeschäfte, also Zahlungen ein Rechtsgeschäft iS der Norm darstellen (für Letzteres König, Anfechtung⁵ Rz 11/54 ff mwN auch der Gegenansicht; aA zB Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzzrecht⁴ [2000] § 31 KO Rz 18; Rebernik in Konecny/Schubert, Insolvenzzesetze § 31 KO Rz 23). Die Diskussion hat allerdings eher für den zu § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG umgekehrten Fall Relevanz, dass an den Schuldner geleistet wird.

³⁰⁾ Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzzrecht⁴ § 31 KO Rz 26; König, Anfechtung⁵ Rz 11/51; Trenker, Insolvenzanfechtung 39.

³¹⁾ ErlRV 612 BlgNR XXIV. GP 6 f; König, Anfechtung⁵ Rz 11/2.

³²⁾ Vgl OGH 6 Ob 164/16k (Punkt 1.1.); U. Torggler/Trenker, JBl 2013, 615; ferner OGH 5 Ob 38/72; Schummer in FS Koppensteiner 214 f.

³³⁾ Vgl statt vieler OGH 6 Ob 164/16k (Punkt 3.1.); Schummer, Das Eigenkapitalersatzrecht – notwendiges Rechtsinstitut oder Irrweg? (1998) 397 f; Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement 1168; Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzzrecht⁴ § 69 KO Rz 164; Binder in Ratka/Rauter, Handbuch Geschäftsführerhaftung² (2011) Rz 3/48; U. Torggler/Trenker, JBl 2013, 626 f; P. Csoklich, ZIK 2018, 9.

²¹⁾ OGH 6 Ob 164/16k.

²²⁾ Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement 1171; U. Torggler/Trenker, Zur Organhaftung für Gläubigerbevorzugung gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG, § 84 Abs 3 Z 6 AktG, JBl 2013, 613 (614 f) mwN; abweichend Dellinger, Vorstandshaftung 235 f, der den Schaden darin sieht, dass die befriedigte Forderung nicht mehr werthaltig war (dagegen U. Torggler/Trenker, aaO 614 f).

²³⁾ Ausführlich auch Schummer in FS Koppensteiner 215 f.

²⁴⁾ In diesem Sinn wohl auch Schummer, in FS Koppensteiner 215, wenn er betont, dass sich die Hintanhaltung von Masseschmälerungen und die Gleichbehandlung der Gläubiger als Zwecke nicht widersprechen.

²⁵⁾ Statt so vieler RIS-Justiz RS0064426; RS0064859; OGH 7 Ob 531/84; 3 Ob 8/10p uva; Rebernik in Konecny/Schubert, Insolvenzzesetze (2006) § 30 KO Rz 57 ff, § 31 KO Rz 14; König, Anfechtung⁵ Rz 10/2 ff, 11/34; Trenker, Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen (2012) 35, 38.

²⁶⁾ OGH 6 Ob 164/16k (Punkt 2.2.2.); zustimmend P. Csoklich, Gesellschaftsrechtliches Zahlungsverbot nach Insolvenzeintritt, ZIK 2018, 8 (9).

²⁷⁾ Eine Masseminderung tritt diesfalls ja nur insoweit ein, als die Gegenleistung keinen äquivalenten und gleichermaßen befriedigungstauglichen Vorteil für die Masse bringt, weshalb die Haftung des Geschäftsleiters von der

ten Normzweck der im Passiv formulierte Gesetzeswortlaut: Die Ersatzpflicht tritt bereits ein, wenn Zahlungen „geleistet werden“. Gefordert wird also lediglich, dass der Zahlungsvorgang in einer ihm in irgendeiner Weise zurechenbaren Weise vorgenommen wird.³⁴⁾ Das ist richtigerweise ebenfalls weit zu verstehen, sodass auch eine Duldung von Zahlungen durch Mitarbeiter oder sogar die Duldung einer Lastschrift kraft Einziehungsermächtigung³⁵⁾ darunter fällt. Nicht zurechenbar sind einem Geschäftsleiter somit im Regelfall nur solche Aktivschmälerungen, die auf eine Zwangsvollstreckung seitens einzelner Gläubiger zurückgehen.³⁶⁾

Dagegen ist die vom Geschäftsleiter, insbesondere durch Angabe der entsprechenden Kontodaten auf einer Rechnung oder einem sonstigen Geschäftspapier, im weitesten Sinn veranlasste Einzahlung auf einem debitorischen Konto der Gesellschaft auch als Zahlung an diese Bank zu verstehen, wie nunmehr auch der OGH klarstellt.³⁷⁾ Denn im Ausmaß der Einzahlung wird zugleich die durch den Debetsaldo ausgedrückte Schuld gegenüber der Bank zurückgezahlt. Allerdings wird die Haftung auf die Masseschmälerung *per saldo* im Verschleppungszeitraum begrenzt, wie der 6. Senat³⁸⁾ ebenfalls konstatiert: Haftungsbegründend ist „nur die Verringerung des Schuldsaldos vom Eintritt der materiellen Insolvenz bis zur Insolvenzeröffnung“. Darauf (unten F.II.2.) sowie auf viele weitere Probleme im Kontext des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG wird noch zu sprechen zu kommen sein (unten F.). Die bisherigen Ausführungen sollen lediglich dem in weiterer Folge notwendigen Verständnis des Zwecks der Bestimmung dienen.

B. Problemaufriss im Anschluss an bisherige Ergebnisse

Die einführenden Gedanken haben ergeben, dass zur Berechnung des Schadens der Masse, den der Insolvenzverwalter liquidieren kann, drei potenzielle Schadenspositionen in Frage kommen: Der Betriebsverlust, der Quotenschaden sowie die einzelnen schadensbegründenden Zahlungen iS von masseschmälernden Abflüssen an Aktiva.

Der Betriebsverlust stellt den Schaden der Gesellschaft nach allgemeinen Grundsätzen der konkreten Schadensberechnung dar.³⁹⁾ Er ist Ergebnis einer

Differenzrechnung aus der Gegenüberstellung des Vermögens der geschädigten Gesellschaft nach der Schädigung und des hypothetischen Vermögens bei Ausbleiben der rechtswidrigen Handlung (= unterlassene oder verspätete Insolvenzantragstellung).⁴⁰⁾ Der Ausgleich des Quotenschadens sowie der Ersatz der Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife verfolgen hingegen beide den Zweck, den eigentlichen Schaden des Gläubigerkollektivs zu liquidieren. Zu beachten ist lediglich, dass im Quotenschaden auch ein Ansteigen der Passiva enthalten ist. § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG begründet demgegenüber nur eine Haftung für aktivseitige Abflüsse. Nicht tatbildlich ist das Eingehen neuer Verbindlichkeiten.⁴¹⁾ Das fällt freilich deshalb nicht allzu sehr ins Gewicht, weil sich eine passivseitige Vermögensminderung für die Gläubiger in weit geringerem Ausmaß als ein Abfluss an Aktiva auswirkt und eine Erhöhung der Verbindlichkeiten ohnehin im Betriebsverlust enthalten ist (oben A.IV.).

Quotenschaden und Kumulation der Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife verfolgen somit zwar dieselbe Stoßrichtung, nämlich den Schadensausgleich des Gläubigerkollektivs, sind aber in ihrer exakten Höhe nicht deckungsgleich. Zu völlig anderen Ergebnissen führt die Berechnung des Betriebsverlusts, die von vornherein einen anderen Vermögensschaden abzubilden sucht. Haftungsbegründendes Ereignis ist dennoch in allen Fällen die Insolvenzverschleppung iwS, wobei § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG nur an eine daran anschließende spezifische Handlung, nämlich die Vornahme von Zahlungen anknüpft. Auch dies ist aber nur als eine Art Fortsetzung des Verstoßes gegen die Antragspflicht zu verstehen.⁴²⁾

Es drängt sich hiervon ausgehend zunächst die Frage auf, ob unterschiedliche Vermögensmassen überhaupt durch Ersatzansprüche *eines* Anspruchsberechtigten geschützt werden können, nämlich des Insolvenzverwalters bzw der Insolvenzmasse? Dies ist grundsätzlich zu bejahen, und zwar wegen der ambivalenten Funktion des Insolvenzverwalters, die nicht umsonst seit jeher jedes zivilrechtliche Erklärungsmodell seiner Position zum Scheitern verurteilt.⁴³⁾ Der Insolvenzverwalter handelt zwar primär im Interesse der Insolvenzgläubiger, er hat hierzu aber nicht nur originäre

³⁴⁾ U. Torggler/Trenker, JBl 2013, 626 f mwN.

³⁵⁾ BGH IX ZR 217/06 = WM 2007, 2246.

³⁶⁾ BGH II ZR 32/08 = NJW 2009, 1598; U. Torggler/Trenker, JBl 2013, 626 f mwN; aA Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG⁹ § 64 Rz 14.

³⁷⁾ OGH 6 Ob 164/16k; Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement 1168; Binder in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung² Rz 3/47 f; U. Torggler/Trenker, JBl 2013, 626; vgl auch schon Dellinger, Vorstandshaftung 236.

³⁸⁾ OGH 6 Ob 164/16k (Punkt 3.2.3.).

³⁹⁾ Richtig Truckenthanner, Bedenken zur Geltendmachung von Quotenschäden durch den Masseverwalter – Dogmatik und Praxis, ZIK 2007, 116 (118). Auf einer unrichtigen Prämisse basiert hingegen die Behauptung von Harrer, Haftungsprobleme 39 f, die Errechnung des Quotenschadens sei die „konsequente Anwendung der für das Schadensrecht maßgeblichen Differenzhypothese“,

weil der Quotenschaden eben nur den Gläubigerschaden abbildet (oben A.IV.).

⁴⁰⁾ Allgemein RIS-Justiz RS0022818; Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 2/72; G. Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1293 Rz 21.

⁴¹⁾ OGH 6 Ob 164/16k (Punkt 3.1.); Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement 1169; Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 68; Binder in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung² Rz 3/49; U. Torggler/Trenker, JBl 2013, 626; aA ein Teil der deutschen Lehre, siehe nur Schulze-Osterloh, Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife (§ 64 Abs 2 GmbHG; § 92 Abs 3, § 93 Abs 3 Nr 6 AktG), in FS Bezenberger (2000) 415 (417 mwN).

⁴²⁾ Koppensteiner, wbl 1988, 5; Felzl, Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, GesRZ 2017, 405 (406).

⁴³⁾ Vgl gegen eine Einheitstheorie zutreffend Hierzenberger/Riel in Konecny/Schubert (1997) § 80 KO Rz 45 mwN.

Ansprüche der Gläubigerschaft zu verfolgen, namentlich insbesondere Anfechtungsansprüche gemäß §§ 27 ff IO, sondern – weit wichtiger – auch das exekutionsunterworfenen Vermögen des Schuldners, inklusive seiner offenen Ersatzansprüche,⁴⁴⁾ zu verwalten und zu verwerten. Folglich würde es durchaus einleuchten, wenn der Insolvenzverwalter sowohl den originären Anspruch der Gläubiger als auch den Schaden der Masse liquidieren könnte.

Die Schadensliquidation des originären Gläubigerschadens, des Quotenschadens, durch den Insolvenzverwalter bedarf freilich – wie sich aus der Regelung der Anfechtung in §§ 27 ff IO schließen lässt – einer gesetzlichen Grundlage. Es bestehen allerdings von vornherein systematische Zweifel, ob der Gesetzgeber wirklich zwei Ansprüche, einmal auf Ersatz des Quotenschadens, einmal auf Ersatz der kumulierten Zahlungen (§ 25 Abs 3 Z 2 GmbHG), zum kollektiven Ausgleich derselben Geschädigten (Gläubiger) gewährt. Währenddessen entspricht die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen des Schuldners, also der Gesellschaft, durch den Masseverwalter zwar allgemeinen Grundsätzen; die Ersatzfähigkeit des gesamten Betriebsverlusts *in statu cridae* ist dennoch nicht selbstverständlich, läuft sie doch auf eine Art Erfolgshaftung im Verschleppungszeitraum für Schäden einer ohnehin bereits „dem Tode geweihten“ Gesellschaft hinaus. Diesen Problemen gilt es daher bei der Frage nach der Ersatzfähigkeit von Betriebsverlust und Quotenschaden nachzugehen (C. und D.), bevor das genaue Ausmaß des einzig gesetzlich geregelten und daher dem Grunde nach unzweifelhaften Ersatzanspruchs gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG unter Bezugnahme auf die aktuelle Entscheidung 6 Ob 164/16k eruiert werden kann (unten F.).

C. Ersatzfähigkeit des Betriebsverlusts als Gesellschaftsschaden

I. Ergebnis konkreter Schadensberechnung

Der Betriebsverlust ist das Ergebnis eines umfassenden Vergleichs des Vermögens zum Zeitpunkt der tatsächlichen und der hypothetisch gebotenen Antragstellung. Da der Vorwurf gegenüber den Geschäftsleitern lautet, sie hätten eine rechtzeitige Antragstellung unterlassen, ist der Betriebsverlust wie gesagt⁴⁵⁾ der richtige Anknüpfungspunkt, um den Schaden iS der konkreten Berechnungsmethode abzubilden. Der Vermögensstand bei hypothetisch gebotener Antragstellung ist nämlich jener Zustand, der sich aus dem Hinzudenken der pflichtwidrig unterlassenen Handlung ergibt, und daher nach allgemeinen Grundsätzen als Bezugsgröße für den Vergleich mit dem aktuellen Vermögensstand zu dienen hat.

II. Problem der Überschuldung der geschädigten Gesellschaft

Bilanziell gesprochen geht es um die Erhöhung des negativen Eigenkapitals. Das deckt sich mit der Aussage des OGH, der Schaden der Gesellschaft

bestehe *in statu cridae* darin, dass eine vorhandene Überschuldung vergrößert wurde.⁴⁶⁾ Aus dieser Warte liegt auf den ersten Blick allerdings der Einwand nahe, die Gesellschaft könne im Stadium der Überschuldung doch gar nicht mehr geschädigt werden. Salopp formuliert: Auf weniger als auf Nichts könne ihr Vermögen ja nicht mehr sinken. Indessen beweist schon ein mögliches Sanierungsplanszenario die Untauglichkeit dieses Ansatzes. Ist nämlich die Sanierung der Gesellschaft bezweckt, kann es evidentermaßen einen erheblichen Unterschied machen, *wie hoch* die Überschuldung ist.⁴⁷⁾ Im Übrigen ist zu beachten, dass eben auch die Liquidation des unmittelbaren Schadens der Gesellschaft reflexartig zu einem Ausgleich der Gläubigerschädigung führt (auch wenn beide Schäden nicht identisch sind). Es ist aber kein Grund ersichtlich, warum ein rechtswidrig und schuldhaft handelnder Schädiger auf Kosten der – im Stadium der Überschuldung primär geschädigten – Gläubiger haftungsfrei werden soll. Es hat wohl auch noch niemand ernstlich vertreten, dass sich ein außenstehender Dritter, der etwa Eigentum einer GmbH beschädigt, nicht ersatzpflichtig machen würde, wenn und weil das Eigenkapital des Geschädigten ohnehin bereits negativ ist. Die Vergrößerung der Überschuldung einer Person ist somit mit der ganz hM durchaus als ersatzfähiger Schaden anzusehen.⁴⁸⁾

III. Keine Einschränkung auf Schädigung des Gläubigerkollektivs

Dennoch wirft der mitunter erforderliche Perspektivenwechsel auf die Gläubiger als die primär Leidtragenden doch die Frage auf, ob eine Haftung auf den gesamten Betriebsverlust nicht unverhältnismäßig hoch ist und stattdessen nur eine Haftung für den Schaden der Gläubiger als den „wahren“ Geschädigten gerechtfertigt wäre.⁴⁹⁾ Das obige (A.IV.) Szenario 1 zeigt nämlich, dass der Betriebsverlust erheblich höher sein kann als der Quotenschaden der Gläubiger, und das sogar – wie die Praxis zeigt – zumeist so ist (Szenario 2 ist insoweit eher die Ausnahme). Der Grund dafür liegt darin, dass sich eine Erhöhung der Passiva auf den Betriebsverlust der Gesellschaft nach allgemeinen Grundsätzen auswirkt (nämlich 1:1), während eine

⁴⁶⁾ RIS-Justiz RS0059733; OGH 5 Ob 202/59 = HS 365/33; 8 Ob 505/80 = HS 11.465; 2 Ob 568/87; 6 Ob 164/16k.

⁴⁷⁾ *Thiessen*, Geschäftsführerhaftung für Zahlungen nach der Insolvenzreife – eine unendliche (Rechts-)Geschichte, in Schröder/Kanzleiter, 3 Jahre nach dem MoMiG (2012) 72 (103 f).

⁴⁸⁾ *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990) 396; *Lehner*, Die Beweislastverteilung bei der GmbH-Geschäftsführerhaftung, GesRZ 2005, 128 (129); *Dellinger* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetz § 69 KO Rz 67; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 21; *Truckenthanner*, ZIK 2007, 119; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in U. Torggler, GmbHG § 25 Rz 14; *Reich-Rohrwig* in WK GmbHG § 25 Rz 150.

⁴⁹⁾ So offenbar *Harrer*, Haftungsprobleme 39 f; für Deutschland wohl auch *Altmeyden*, ZIP 2015, 952 ff, wenn er den Verlustausgleich auf die Schmälerung der Masse reduzieren will.

⁴⁴⁾ Siehe unten C.VI. bei Fn 88.

⁴⁵⁾ Oben B. bei Fn 39 f.

passivseitige Vermögensverschlechterung die Quote der Gläubiger nur viel geringfügiger senkt. Liegt die Eigenkapitalquote ohnehin weit unter 100 %, fällt der Schaden für das Gläubigerkollektiv durch weitere konkurrierende Gläubiger nicht mehr so stark ins Gewicht. Ebenso wie die Senkung der Aktiva für das Gläubigerkollektiv unverhältnismäßig schädlich ist, bringt die Erhöhung der Passiva umgekehrt nur geringfügige Nachteile mit sich. Das führt zu merkwürdigen Ergebnis, dass ein Geschäftsführer, der im Verschleppungszeitraum besonders viele Neugläubiger zur Einbringung „frischer“ Aktiva bewegt, den Quotenschaden drastisch reduzieren kann, ohne den Betriebsverlust zu verringern.⁵⁰⁾

Freilich soll der Geschäftsführer durch das Schadenersatzrecht keineswegs zu einer solchen Überwälzung des Schadens der Alt- auf die Neugläubiger durch „Weiterwursteln“ motiviert werden soll, sondern im Gegenteil dazu, die insolvente Gesellschaft ehestmöglich aus dem Verkehr zu ziehen. Ihm darf dieser Effekt der Überschuldung, wonach der Quotenschaden zumeist geringer als der Betriebsverlust ist, hinsichtlich der Ersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft⁵¹⁾ schon aus diesem Grund (Präventivfunktion!) nicht zu Gute kommen. Für ein Abstellen auf den Betriebsverlust spricht zudem die bereits dargelegte Überlegung, dass die Gläubiger ja auch bei Überschuldung keineswegs die allein wirtschaftlich Geschädigten sind: Verhindert der zusätzlich erwirtschaftete Betriebsverlust einen ansonsten möglichen Sanierungsplan, trifft das pflichtwidrige Verhalten nicht mehr (primär) die Gläubiger, sondern die Gesellschaft bzw ihre Gesellschafter; bei noch mittelbarer Betrachtung können auch die sonstigen Stakeholder der schuldnerischen Gesellschaft geschädigt werden, wie Lieferanten, Abnehmer und Arbeitnehmer in ihrer Eigenschaft als künftige Vertragspartner.

Diese Gedanken belegen einmal mehr die wichtige Erkenntnis, dass eine juristische Person bzw eine Körperschaft letztlich ein juristisches Zurechnungsobjekt bildet, in dem sich eine Vielzahl unterschiedlicher und bei der AG sogar überindividueller Interessen⁵²⁾ (§ 70 Abs 1 AktG) vereinigen, die in verschiedenen Konstellationen unterschiedlich stark betroffen sind.⁵³⁾ Diese Erkenntnis ist das

⁵⁰⁾ Vgl Paul Doralt, ÖBA 1995, 114; Bollenberger, ÖBA 1999, 419 mit Fn 79; U. Torggler/Trenker, JB1 2013, 626.

⁵¹⁾ Anderes mag – wegen des bezweckten Schutzes der Gläubiger – bei der Berechnung der anfechtungsrechtlichen Ersatzpflicht im Rahmen eines nachteiligen Rechtsgeschäfts des § 31 IO gelten (OGH 6 Ob 110/00w; Bollenberger, ÖBA 1999, 419; Paul Doralt, ÖBA 1995, 114; aA König, Anfechtung⁵ Rz 5/32, 11/77).

⁵²⁾ Zur Bedeutung des Gedankens der Interessenverfolgung für die Rechtsfähigkeit einer Körperschaft Ostheim, Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden (1967) 14 ff.

⁵³⁾ Ausführlich (wenn auch primär zur AG) Jabornegg in Jabornegg/Strasser, Kommentar zum Aktiengesetz⁵ (2011) § 1 Rz 20 f mwN. Ob im GmbH-Recht andere Interessen als jene der Gesellschafter anzuerkennen sind, ist allerdings umstritten (dagegen Harrer, Haftungsprobleme 138 ff; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 5 mwN auch der Gegenansicht). Der Streit kreist jedoch vornehm-

Fundament der Anerkennung der Körperschaft als eine der natürlichen Person grundsätzlich gleichwertige („Gleichstellungsthese“ [§ 26 S 2 ABGB]⁵⁴⁾) Trägerin von eigenständigen Rechten und Pflichten, die von jenen der Sphäre ihrer Gesellschafter und sonstigen Stakeholder strikt zu trennen sind („Trennungsthese“ [§ 61 GmbHG]).⁵⁵⁾ Ausgehend von Trennungs- und Gleichstellungsthese verbietet es sich auch im Insolvenzzenario, durch den eigentlich geschädigten Rechtsträger „durchzuschauen“ (*piercing the corporate veil*) und nur auf die Höhe des Schadens der Gläubiger als der wirtschaftlich Geschädigten abzustellen;⁵⁶⁾ das gilt nicht zuletzt weil sie wie gesagt ohnehin nur im Liquidations-, nicht aber im Sanierungsplanszenario die primär Geschädigten wären.⁵⁷⁾ Auch bei der Schädigung einer insolvenzreifen natürlichen Person käme ja niemand auf die Idee, ihren Schadenersatzanspruch auf die Höhe des Quotenschadens ihrer Gläubiger zu kürzen.

IV. Rechtswidrigkeitszusammenhang und Business-Judgement-Rule

Diskussionsbedürftig ist somit lediglich noch, ob der Schutzzweck der Verletzung der Antragspflicht wirklich den Ersatz für sämtliche Verluste der Gesellschaft im Insolvenzverschleppungszeitraum trägt, also ein hinreichender Rechtswidrigkeitszusammenhang besteht. Das wirft die Frage nach der dogmatischen Grundlage der Haftung der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft auf. Bisweilen wird betont, dass diese Grundlage nicht die Verletzung der Gläubigerschutzvorschrift des § 69 Abs 2, 3 IO sei, sondern der allgemeine Haftungs-

lich um die anders gelagerte Frage, ob die GmbH eine eigene Interessensphäre habe, welche dem einstimmigen Willen der Gesellschafter vorgehe. Umstritten ist somit das Rangverhältnis zwischen den *Gesellschafterinteressen* und allenfalls davon losgelösten *Gesellschaftsinteressen*. Richtigerweise ist bereits insoweit beim Schutz zwingender Gläubigerinteressen ein über die Gesellschafterinteressen hinausgehendes Interesse der Gesellschaft anzuerkennen (U. Torggler, Fünf (Anti-)Thesen zum Haftungsdurchgriff, JB1 2006, 95 [97 f]; zustimmend Winkler/Gruber in Gruber/Harrer, GmbHG § 61 Rz 9). Ganz abgesehen davon ist aus dieser Diskussion (zu ihrer ohnehin vornehmlich terminologischen Bedeutung zutreffend Aicher/Kraus in WK GmbHG [2010] § 61 Rz 9) nichts für die ganz anders gelagerte, gegenständliche Frage zu gewinnen: Diese lautet, ob das Ausmaß der konkreten Beeinträchtigung der primären Interessenträger hinter einer Gesellschaft einem „außenstehenden“ Dritten (Schädiger) hinsichtlich seiner Rechtsbeziehungen zur Gesellschaft zum Vor- oder Nachteil gereichen kann. Diese Frage ist mE in konsequenter Befolgung des Trennungsprinzips zu verneinen.

⁵⁴⁾ Dazu instruktiv Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2017) § 26 Rz 17 ff.

⁵⁵⁾ Vgl näher Trenker, GesRZ 2014, 10 ff (insbesondere auch 21 f zur Ein-Personen-Gesellschaft).

⁵⁶⁾ Vgl in strafrechtlicher Hinsicht ganz in diesem Sinn RIS-Justiz RS0108965: „Bei einer Untreue zu Lasten einer AG ist nicht der Schaden der Aktionäre maßgebend, sondern jener, den die AG als eigenes Rechtssubjekt erleidet“.

⁵⁷⁾ Vgl auch Thiessen in Schröder/Kanzleiter, 3 Jahre nach dem MoMiG 103 f.

tatbestand des § 25 Abs 2 GmbHG bzw § 84 Abs 2 AktG.⁵⁸⁾⁵⁹⁾

Dem ist mE allenfalls insofern zuzustimmen, als die Einhaltung von § 69 Abs 2, 3 IO integrierender Bestandteil des von § 25 GmbHG erfassten, allgemeinen Pflichtenkanons der Geschäftsleiter ist, weil sie auch gegenüber der Gesellschaft zur Einhaltung der zwingenden Gesetze verpflichtet sind.⁶⁰⁾ Im Ergebnis ist Fundament der Ersatzpflicht aber sehr wohl die verletzte Insolvenzantragspflicht der organschaftlichen Vertreter einer juristischen Person in § 69 Abs 3 IO. ME dient § 69 Abs 3 IO sogar unmittelbar dem Schutz des materiell insolventen Rechtsträgers und ist folgerichtig entgegen vereinzelter Rsp⁶¹⁾ als Schutzgesetz auch zugunsten der jeweiligen Schuldnerin zu qualifizieren. Es ist aus teleologischer Sicht nicht einsichtig, warum das Vermögen der insolventen Gesellschaft als *der* Person, die durch die mit einer Insolvenzverschleppung geradezu typischerweise einhergehende Verschlechterung ihrer wirtschaftlichen Situation primär geschädigt wird, nicht Schutzsubjekt jener Norm sein soll, welche ein derart schadensträchtiges „Weiterwursteln“ zu verhindern sucht. Weder darf die Einbeziehung der Insolvenzgläubiger in den Schutzzweck von § 69 IO zum systematischen Fehlschluss verleiten, den unmittelbar Geschädigten aus diesem auszugrenzen (vgl oben A.II.), noch die Verortung in der IO seit dem IRÄG 1982 darüber hinwegtäuschen, dass die Antragspflicht der organschaftlichen Vertreter ursprünglich aus § 85 GmbHG aF und § 83 AktG aF kommt.⁶²⁾ Das in der aktuellen Fassung von § 69 IO etwas eigentümlich anmutende Ergebnis, wonach dessen Abs 3 IO den Schutz jener Person bezweckt, um deren Antragspflicht es nach der Überschrift zu § 69 („Antrag des Schuldners“) geht, ist ausgehend von der Entstehungsgeschichte der Norm somit einfach zu erklären.⁶³⁾

Die Bedeutung von § 69 Abs 3 IO ist deshalb zu betonen, weil die Haftung für sämtliche Verluste im Insolvenzverschleppungsstadium den Geschäftsleitern im Ergebnis wie bei einer Erfolgshaftung das volle unternehmerische Risiko aufbürdet und daher auf den ersten Blick den allgemeinen Grundsätzen

des § 25 Abs 2 GmbHG widerspricht.⁶⁴⁾ Geschuldet ist nach dieser Norm nur sorgfältiges Bemühen und kein Erfolg; das unternehmerische Risiko trägt die Gesellschaft.⁶⁵⁾ Ein Verlustgeschäft macht die Geschäftsleitung demnach nur dann ersatzpflichtig, wenn die zugrunde liegende unternehmerische Entscheidung objektiv und subjektiv pflichtwidrig war, wobei die nunmehr in § 25 Abs 1a GmbHG gesetzlich verankerte *Business-Judgement-Rule* (BJR) hierfür sogar ausdrücklich gewisse Maßstäbe vorseht.⁶⁶⁾

Haftungs begründendes Verhalten für die Ersatzpflicht in Höhe des Betriebsverlusts sind aber eben nicht die im Stadium der materiellen Insolvenz gesetzten Handlungen und begründeten Geschäfte, durch die sich das Vermögen der Gesellschaft konkret verschlechtert hat, sondern die Unterlassung der rechtzeitigen Insolvenzantragstellung als Schutzgesetz iS des § 1311 S 2 Fall 2 ABGB.⁶⁷⁾ Die abstrakte Gefahr, vor der § 69 IO schützen will, erfasst sämtliche Schäden, die bei gesetzwidriger Unternehmensfortführung entstehen und im weitesten Sinn mit der wirtschaftlichen Tätigkeit im Zusammenhang stehen (siehe sogleich bei und in Fn 71). Irrelevant ist es demnach, ob diese Schäden auch auf solchen (Einzel-)Entscheidungen beruhen, welche – isoliert betrachtet – iS der BJR objektiv und *ex ante* betrachtet geeignet waren, dem Wohle der Gesellschaft zu dienen und vom Geschäftsleiter nach bestem Wissen und Gewissen sachkundig und unbefangen getroffen wurden.

Für die allein haftungs begründende Entscheidung, ob ein Insolvenzantrag gestellt werden muss oder nicht, welche nach allgemeiner Dogmatik zur Schutzgesetzverletzung auch alleiniger Bezugspunkt des Verschuldens ist,⁶⁸⁾ gilt die BJR indes nicht. Es handelt sich nämlich um keine unternehmerische Entscheidung iS des § 25 Abs 1a GmbHG, sondern es gilt hierfür eine zwingende gesetzliche Vorgabe ohne „Wenn und Aber“.⁶⁹⁾ Außergerichtli-

⁵⁸⁾ Wiederum sind die folgenden Ausführungen zu § 25 Abs 2 GmbHG auf § 84 Abs 2 AktG grundsätzlich übertragbar.

⁵⁹⁾ *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatzgesetz § 69 KO Rz 2.

⁶⁰⁾ So OGH 8 Ob 624/88; *Karollus* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, *Krisenmanagement* 1167; *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG*³ § 25 Rz 7.

⁶¹⁾ OGH 1 Ob 228/99g zu § 159 Abs 1 Z 1 StGB aF, womit freilich nur begründet werden sollte, dass die Gesellschaft keinen deliktischen Anspruch auf den Quotenschaden habe. Das ergibt sich aber einfach daraus, dass der Schaden der Gesellschaft ein anderer als der Quotenschaden ist.

⁶²⁾ ErlRV 3 BlgNR XV. GP 50.

⁶³⁾ In der ursprünglichen Regierungsvorlage zum IRÄG 1982 war eine Insolvenzantragspflicht gar nicht für alle Schuldner vorgesehen, sondern etwa nur für natürliche Personen, die ein Unternehmen betreiben (ErlRV 3 BlgNR XV. GP 13 zu § 70 Abs 5).

⁶⁴⁾ Daher gegen eine solche Verlustabdeckungspflicht *Schulze-Osterloh* in *FS Bezenberger* 422 f.

⁶⁵⁾ Statt aller RIS-Justiz RS0059528; RS0049459; OGH 3 Ob 34/97i; 1 Ob 144/01k; 3 Ob 287/02f; *Reich-Rohrwig* in *WK GmbHG* § 25 Rz 32; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, *GmbHG* § 25 Rz 11; *Feltl* in *Gruber/Harrer*, *GmbHG* § 25 Rz 19.

⁶⁶⁾ Dazu ausführlich *Schima*, *Reform des Untreuetatbestands und Business Judgment Rule im Aktien- und GmbH-Recht - Die Bedeutung der neuen Regelung*, *GesRZ* 2015, 286; *C. Nowotny*, *Unternehmerische Entscheidung und Organhaftung*, in *FS Koppensteiner* (2016) 193; *U. Torggler*, *Wider die Verselbständigung der Begriffe: Compliance, Legalitätspflicht und Business Judgment Rule*, in *Kalss/U. Torggler*, *Compliance* (2016) 97.

⁶⁷⁾ In diesem Sinn OGH 8 Ob 624/88. Siehe ferner konkret zur Entstehungsgeschichte von § 1311 ABGB und der anschließenden Entwicklung der „Verschleppungshaftung“ *Thiessen* in *Schröder/Kanzleiter*, 3 Jahre nach dem MoMiG, 87 ff.

⁶⁸⁾ Ausführlich *Karollus*, *Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung* (1992) 266 ff; *Koziol*, *Haftpflichtrecht* I³ Rz 5/6, 5/31.

⁶⁹⁾ Zutreffend *U. Torggler*, *Von Schnellschüssen, nützlichen Gesetzesverletzungen und spendablen Aktiengesellschaften*, *wbl* 2009, 168 (170).

che Sanierungsmaßnahmen sind nur binnen rechtmäßiger Ausschöpfung der 60-Tagesfrist zulässig. Egal wie aussichtsreich deren weitere Betreibung scheinen mag, das Gesetz verbietet den antragspflichtigen Personen eine Unternehmensfortführung alternativlos. Das kann nur den Sinn haben, dass der Gesetzgeber das von der allgemeinen Lebenserfahrung bestätigte Risiko ausschalten will, dass die Unternehmensfortführung die wirtschaftliche Situation der Schuldnerin typischerweise mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit weiter verschlechtert. Wer ein solches Risiko in Kauf nimmt, hat auch alle daraus resultierenden Nachteile zu kompensieren.⁷⁰⁾

Ausgehend von diesem Schutzzweck ist die Haftung auf den Betriebsverlust somit vom Rechtswidrigkeitszusammenhang gedeckt. Nur ganz ausnahmsweise wird ein solcher dann fehlen, wenn der Verlust in überhaupt keinem Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Tätigkeit des Unternehmens im weiteren Sinn steht (Beispiel: Schädigung des Betriebsgebäudes durch Naturereignis).⁷¹⁾ Für diese Ausnahme von der Regel ist aber wohl der Geschäftsleiter behauptungs- und beweispflichtig.⁷²⁾

V. Berechnung

1. Ausgangspunkt der Berechnung

Vorausgesetzt das Datum der hypothetisch gebotenen Insolvenzantragstellung ist bekannt (Sachverständigenutachten!), so erfordert die Berechnung des Betriebsverlusts „lediglich“ einen Vermögensvergleich zu diesem Zeitpunkt („Soll-EK“) mit jenem zur tatsächlichen Insolvenzantragstellung („Ist-EK“). Auf den ersten Blick ließe sich das einfach durch eine Gegenüberstellung des (negativen) bilanziellen Eigenkapitals zwischen beiden Zeitpunkten bewerkstelligen; gegebenenfalls wären die vorhandenen Schluss- oder Zwischenbilanzen auf den jeweiligen Zeitpunkt fortzuschreiben, um diese Werte zu erhalten. Allerdings entspricht die bilanzielle Darstellung der Vermögenslage bekanntlich selten den realen Verhältnissen; Unrichtigkeiten werden durch das Vorsichtsprinzip und seine Ausprägungen (imparitätisches Realisationsprinzip, Höchst-/Niederstwertprinzip [siehe § 201 Abs 2 Z 4 lit a UGB]) gar systembedingt in Kauf genommen.⁷³⁾

⁷⁰⁾ Ausdrücklich den Rechtswidrigkeitszusammenhang bejahend *Altmeyen*, Insolvenverschleppungshaftung Stand 2001, ZIP 2001, 2201 (2208); siehe auch *denselben* in Roth/Altmeyen, GmbHG⁸ § 64 Rz 41; *Altmeyen/Wilhelm*, NJW 1999, 679.

⁷¹⁾ *Altmeyen*, ZIP 2001, 2208. Denn der Schutzzweck der Insolvenzantragspflicht beschränkt sich mE auf die Verschlechterung der Vermögenslage durch „Weiterwirtschaften“. Dass eine Schädigung durch ein Naturereignis bei rechtzeitiger Insolvenzantragstellung nicht mehr eingetreten wäre, wenn die betroffene Sache rechtzeitig verwertet worden wäre, ist folglich ein Risiko, das § 69 Abs 2, 3 IO nicht zu verhindern sucht. Dagegen sind Werteinbußen in Folge der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung (zB eine Wirtschaftskrise) als Determinanten jeder wirtschaftlichen Tätigkeit noch vom Schutzzweck erfasst.

⁷²⁾ *Altmeyen*, ZIP 2001, 2208.

⁷³⁾ Vgl dazu allgemein *Urnik/Urtz/Rohn* in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch II/RLG³ (2016) § 201 Rz 12/2, 55.

Hinzu kommt, dass die Insolvenzeröffnung selbst typischerweise zu einer Wertreduktion maßgeblicher Positionen führen kann. Diese darf jedoch mE nicht unberücksichtigt bleiben. Ein bloßer Vergleich des bilanziellen Eigenkapitals greift daher zu kurz.

Für einen möglichst wahrheitsgetreuen Vermögensvergleich setzt die Bestimmung des Vermögensstatus jedenfalls im Zeitpunkt hypothetischer Insolvenzeröffnung folglich eine Schätzung nach § 273 ZPO⁷⁴⁾ – in der Regel auf Basis eines Sachverständigenutachtens – voraus, die die jeweiligen Buchwerte lediglich zum ersten Ausgangspunkt nehmen wird. Diese „Schätzung“ ist freilich äußerst problematisch, weil eine Einzelbewertung sämtlicher Vermögenswerte im Zeitpunkt der gebotenen Antragstellung gerade bei Großinsolvenzen praktisch nicht gang- und finanzierbar erscheint. Im Folgenden sei daher der Versuch erlaubt, unter bewusster Inkaufnahme gewisser Ungenauigkeiten ein einigermaßen praktikables, aber dennoch mit § 273 ZPO vereinbares Schema der Vermögensbewertung aufzuzeigen, wenn auch im konkreten Einzelfall stets gewisse Abweichungen hiervon notwendig sein werden.

2. Berücksichtigung „werterhellender“ Ergebnisse des Insolvenzverfahrens

Hierfür ist zunächst auf den Ist-Stand der Vermögenslage der Schuldnerin bei Insolvenzeröffnung zu sprechen zu kommen. Auch diese könnte in Anwendung von § 273 ZPO einfach geschätzt werden. Letzteres ist wohl jener Zugang, welcher *Weissel*⁷⁵⁾ – und ihm folgend die Rsp⁷⁶⁾ – für die Berechnung der Quotenverschlechterung im Rahmen der Anfechtung nachteiliger Rechtsgeschäfte iS des § 31 Abs 1, 2 je Fall 2, Abs 3 IO veranlasst haben dürfte, bei der Schadensberechnung strikt auf den Vermögensstatus im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung abzustellen. Die Ergebnisse des Insolvenzverfahrens will *Weissel*⁷⁷⁾ indes offenbar nicht in die Berechnung der Gläubigerbenachteiligung einfließen lassen, weil sie oftmals auf „unsachgemäße Maßnahmen des Masseverwalters“ zurückzuführen wären.

Auch wenn der Zeitpunkt der tatsächlichen Insolvenzeröffnung der zur Berechnung des Betriebsverlusts (zum Quotenschaden siehe unten F.IV.3.) richtige Zeitpunkt für die Ermittlung des Ist-Stands ist, so sollte dies dennoch nicht dazu führen, die tatsächlich erzielten Ergebnisse des Insolvenzverfahrens als oftmals „werterhellende“ Faktoren zu ignorieren. Denn es entspricht weit eher der Lebenserfahrung, dass die erzielten Verwertungserlöse, sei es durch Veräußerungen oder die Geltendmachung offener Forderungen, dem wirklichen Wert der Aktiva entsprechen, als dass sie auf einer

⁷⁴⁾ Zur Anwendung des vergleichbaren § 287 dZPO auf die Insolvenverschleppungshaftung vgl BGH II ZR 253/07 = NZG 2009, 750; *Klöhn* in Kirchhof/Stürner/Eidenmüller, MünchKomm InsO I³ (2013) § 15a Rz 180.

⁷⁵⁾ Die mittelbare Nachteiligkeit von Kreditgeschäften nach § 31 KO, ÖBA 1992, 630 (634 f).

⁷⁶⁾ OGH 2 Ob 2147/96s; 4 Ob 259/98m; 6 Ob 110/00w; RIS-Justiz RS0064990 mit Beisatz T 1.

⁷⁷⁾ ÖBA 1992, 634.

„schlampigen“ Vorgehensweise des Insolvenzverwalters beruhen. Soweit Verwertungsergebnisse zum Schluss der mündlichen Streitverhandlung bereits bekannt sind, kann die Schadensberechnung daher grundsätzlich aktivseitig bei diesen ansetzen, womit sich eine – in der Regel weit ungenauere und teurere – Schätzung durch den Sachverständigen erübrigt.

Dieser Wert ist es nun auch, der als Ausgangspunkt für die Schätzung des Vermögenswerts (zunächst durch den Sachverständigen und letztendlich durch den Richter⁷⁸) zum Zeitpunkt der hypothetisch gebotenen Antragstellung dienen sollte. Auch der Buchwert zu diesem Zeitpunkt muss ja wie gesagt um die (hypothetische) Fehlbewertung in Folge allgemeiner bilanzrechtlicher Unzulänglichkeiten sowie der insolvenzbedingten Wertverschlechterung berichtigt werden. Insoweit ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, als (widerlegbare) Faustregel iS des § 273 ZPO zu unterstellen, dass die system- und insolvenzbedingte Abweichung der bilanziellen von der wahren Vermögenslage dasselbe prozentuelle Ausmaß beträgt. Es kann dementsprechend für jede Bilanzposition die Abweichung des Buchwerts vom tatsächlichen Verwertungserlös errechnet werden und die Bilanz zum Zeitpunkt der hypothetischen Insolvenzantragstellung in weiterer Folge in demselben Verhältnis gekürzt werden. Dadurch lässt sich das Soll-Aktivvermögen bei hypothetisch gebotener Antragstellung mit vertretbarem Aufwand einigermaßen wahrheitsgetreu ermitteln und anschließend mit dem Ist-Aktivvermögen vergleichen, das sich aus den Verwertungserlösen selbst ergibt.

Beispiel: Bewertung Liegenschaften

Tatsächliche Antragstellung	Buchwert 1000	Verwertungserlös 750 (75 %)
Hypothetische Antragstellung	Buchwert 1200	Wertansatz 900 (75 %)
Differenz	-200 (Buchverlust)	- 150 (maßgeblicher Betriebsverlust)

Dieser Ansatz hat zudem den Vorteil, dass im Einzelfall vorkommende „unsachgemäße Verwertungsschritte“ des Masseverwalters in der Regel weitgehend ohne Einfluss auf das Ergebnis bleiben, weil ihre Auswirkung bei der Berechnung der hypothetischen Quote in gleicher Weise zugrunde gelegt wird. Nur wenn der betroffene Vermögenswert im Zeitpunkt hypothetischer Antragstellung noch nicht im Vermögen des Schuldners war und der be-

⁷⁸) Wenn im Folgenden auf § 273 ZPO verwiesen wird, soll die Einbeziehung des Sachverständigen nicht bedeuten, dass dieser eine Schätzung nach § 273 ZPO vornehmen könne, die selbstverständlich dem Richter vorbehalten bleibt. Allerdings kann und muss sich mE auch der Sachverständige bei der Erstellung seines Gutachtens von den Grundsätzen des § 273 ZPO leiten lassen, wenn eine Feststellung des tatsächlichen Schadens – trotz seiner Sachkunde auch für ihn – nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist.

klagte Geschäftsführer eine unsachgemäße Verwertung als eine für ihn günstige Tatsache⁷⁹) nachweist, ist eine „echte“ Schätzung des wahren Werts unerlässlich. Ferner ist die Annahme einer identischen Fehlbewertung und eines gleichmäßigen insolvenzbedingten Wertverlusts bei gebotener und tatsächlicher Antragstellung unzureichend, wenn die allgemeine Marktentwicklung im Verschleppungszeitraum negativ war oder sonstige besondere Umstände vorliegen. Im Grundsatz ist sie mE aber nicht zu beanstanden.

Passivseitig sind die Buchwerte zwar zuverlässiger. Zur Berechnung der Höhe der Verbindlichkeiten bei tatsächlicher Antragstellung ist aber mE ebenfalls grundsätzlich auf die im Insolvenzverfahren festgestellten Forderungen als den realitätsnahen Wert abzustellen (zu bestrittenen Forderungen sogleich C.V.3.). Die Verbindlichkeiten zum Zeitpunkt der hypothetisch gebotenen Antragstellung sind zwar grundsätzlich auch entsprechend der damaligen Bilanz anzusetzen; gerade im nunmehrigen Insolvenzscenario können sich freilich neue werterhellende Erkenntnisse ergeben (zB Fehlbewertung von Rückstellungen), die zu rückwirkenden Berichtigungen veranlassen. Auch die Veränderung der Höhe nachrangiger Forderungen, insbesondere von EKEG-Krediten, wirkt sich mE auf die Schadensberechnung aus. In dem für den Betriebsverlust allein relevanten Vermögensstatus der Gesellschaft begründen sie nämlich unabhängig von ihrer Nachrangigkeit eine Verbindlichkeit (zum Quotenschaden unten F.IV.3. aE).

Schwierig ist die Frage, ob eine mögliche Divergenz der Höhe von Masseforderungen einzubeziehen ist. ME sind derartige „Schäden“ aus Umständen nach Insolvenzeröffnung schwerlich vom Rechtswidrigkeitszusammenhang gedeckt, sodass sie außer Betracht bleiben dürfen. Auch insoweit ist wiederum grundsätzlich die vereinfachende Annahme heranzuziehen, dass die Massekosten weitgehend gleich hoch gewesen wären. Gute Gründe sprechen aber dafür, dass der Geschäftsführer eine hypothetisch höhere Insolvenzverwalterentlohnung aufgrund des höheren verwertbaren Vermögens bei rechtzeitiger Antragstellung zu seinen Gunsten einwenden darf.⁸⁰)

Fraglich ist ferner, inwieweit Anfechtungsansprüche einzuberechnen sind. Das Ausmaß der möglichen Anfechtungserlöse kann nämlich wegen der zeitlichen Begrenzung der Tatbestände der §§ 28 ff IO stark vom jeweiligen Zeitpunkt der Antragsstellung bzw Insolvenzeröffnung abweichen. Auch Anfechtungsansprüche können sich daher im Rahmen der für den Betriebsverlust notwendigen Vergleichsrechnung auswirken. Der Umstand, dass der Ist-Vermögensstand nach dem Zeitpunkt der

⁷⁹) Entsprechend der im Ergebnis immer noch richtigen *Rosenberg'schen* Formel dürfte deshalb wohl ihm die Behauptungs- und Beweislast hierfür obliegen (vgl dazu nur *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ [2017] Rz 955).

⁸⁰) Das ist insofern stimmig, als der Geschäftsführer im Verschleppungsstadium oftmals bereits erste Schritte für die nachfolgende Sanierung eingeleitet und damit „Arbeit des Insolvenzverwalters“ erledigt haben wird.

Insolvenzeröffnung zu berechnen ist, steht dem nicht entgegen, weil Anfechtungsansprüche (spätestens⁸¹⁾ mit Insolvenzeröffnung entstehen.⁸²⁾ Daher gilt: Sollten durch die verspätete Antragstellung bestimmte Rechtshandlungen durch Zeitablauf „anfechtungsfest“ geworden sein, ist das ein Risiko, das vom Schutzzweck des § 69 IO durchaus erfasst ist. Eine verspätete Antragstellung birgt nämlich gerade die Gefahr, die von §§ 30, 31 IO bezweckte „Vorverlagerung“ der *par condicio creditorum* und der Verfügungssperre des Schuldners im Insolvenzverfahren⁸³⁾ zu vereiteln. Die ursprüngliche Anfechtbarkeit der Rechtshandlung im rechtzeitig eröffneten Insolvenzverfahren ist vom klagenden Insolvenzverwalter zu behaupten und zu beweisen. Umgekehrt sind Betriebsverluste im Verschleppungszeitraum, die durch eine erfolgreiche Anfechtung rückgängig gemacht werden konnten, vom ersatzfähigen Schaden abzuziehen. Diese Grundsätze sind bereits für den Quotenvergleich bei der Anfechtung nach § 31 Abs 1, 2 je Fall 2, Abs 3 anerkannt.⁸⁴⁾ Hinsichtlich der typischerweise anfechtbaren Zahlungen in den letzten 6 Monaten vor Insolvenzeröffnung (§ 31 IO) im Rahmen der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit ist mE im Rahmen der Schadensschätzung gemäß § 273 ZPO (widerlegbar) zumindest bei größeren Unternehmen darüber hinaus noch folgende vereinfachende Annahme erwägenswert: Bei einigermaßen gleichbleibendem Geschäftsvolumen ist wohl davon auszugehen, dass bei rechtzeitiger Antragstellung Beträge in derselben Höhe nach § 39 IO lukriert werden hätten können wie im tatsächlich eröffneten Insolvenzverfahren, ohne dass der Insolvenzverwalter jeden damals hypothetisch anfechtbaren Vorgang im Einzelnen nachweisen muss. Die Anfechtung solcher Zahlungen im Rahmen der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit in den letzten 6 Monaten vor Insolvenzeröffnung bliebe dementsprechend ohne Auswirkung auf die Höhe des Betriebsverlusts *in statu cridae*.

3. Problem ausständiger Verwertungs- und Prozess-ergebnisse

Ausgehend von den Ergebnissen und Informationen des Insolvenzverfahrens lässt sich somit eine hinreichend zuverlässige Berechnung des Betriebsverlusts im Verschleppungszeitraum anstellen. Problematisch ist allerdings die Behandlung noch nicht verwerteter Vermögenswerte und ausständiger Pro-

zessergebnisse, insbesondere von Anfechtungs-⁸⁵⁾ und Prüfungsprozessen. Insofern ist hinsichtlich der ausständigen Verwertungsergebnisse die Beziehung eines Sachverständigen, hinsichtlich der offenen Prozesse eine Schätzung nach § 273 ZPO wohl unerlässlich. Die wenig überzeugende Alternative bestünde nämlich darin, Klagen mangels Bezifferbarkeit des Schadens abzuweisen, wenn das Verwertungsverfahren samt aller „insolvenznahen“ Prozesse nicht bis zum Schluss der mündlichen Streitverhandlung abgeschlossen wäre.

Abgesehen davon, dass diese Radikallösung kaum praktikabel ist, würde sie bei einem angestrebten Sanierungsplan jeglichen Rechtsschutz verweigern: Denn hier soll es ja zu gar keiner Verwertung kommen. Eine Schätzung ist somit für zulässig zu erachten und geboten. Für anhängige Zivilverfahren ist das Ergebnis, bei Aktivprozessen darüber hinaus zumindest bei Zweifeln auch die Einbringlichkeit zu prognostizieren.⁸⁶⁾ Wenn sich die Schätzung nach Ausgang des Rechtsstreits bzw Verwertung des jeweiligen Aktivpostens als unrichtig erweist, ist jedoch fraglich, ob dies die dadurch benachteiligte Partei noch relevieren kann. Darauf wird noch im Rahmen der Berechnung des Quotenschadens zu sprechen zu kommen sein (unten F.IV.3.).

Unabhängig davon steht somit fest, dass der Insolvenzverwalter bei der Geltendmachung des Betriebsverlusts bereits die Höhe seines Klagebegehrens in gewissem Rahmen zu schätzen haben wird, womit ihm auch § 43 Abs 2 ZPO zu Gute kommt. Nach Einlangen des Sachverständigengutachtens und nochmals vor Schluss der mündlichen Streitverhandlung ist er mE vom Richter nach § 182 ZPO (arg: „ungenügende Angaben [...] vervollständigt“) aufzufordern, die Klage entsprechend aktueller Verwertungsergebnisse und nunmehr entschiedener Prozesse zu berichtigen. Alternativ kann der beklagte Geschäftsleiter deren Berücksichtigung durch Fragestellung gemäß § 184 ZPO „provvozieren“.

VI. Fazit

Zusammengefasst haftet der Geschäftsleiter gegenüber der Gesellschaft bei einer Verletzung der Insolvenzantragspflicht für sämtliche Verluste, die der Gesellschaft im Verschleppungszeitraum eingetreten sind. Die hM bringt dies richtig zum Ausdruck, indem sie eine Ersatzpflicht des Geschäftsleiters in Höhe des Betriebsverlusts bejaht.⁸⁷⁾ Die

⁸¹⁾ Richtigerweise entsteht der Anspruch mE sogar bereits mit Vornahme der Handlung aufschiebend bedingt durch die Insolvenzeröffnung (*Koziol/Bollenberger* in Bartsch/Pollak/Buchegger, *Insolvenzrecht*⁴ §§ 39, 40 KO Rz 3; *Rebernig* in Konecny/Schubert, *Insolvenzgesetz* § 27 KO Rz 15; *Trenker*, *Insolvenzanfechtung* 21).

⁸²⁾ OGH 5 Ob 605/80; 7 Ob 184/00k; 2 Ob 177/06b; *König*, *Anfechtung*⁵ Rz 15/4.

⁸³⁾ *Koziol*, *Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung* (1991) 15 ff, 22 ff; *Trenker*, *Insolvenzanfechtung* 37; *König*, *Anfechtung*⁵ Rz 11/2.

⁸⁴⁾ *König*, *Anfechtung*⁵ Rz 11/74; vgl auch OGH 9 Ob 10/07x; *Weissel*, *ÖBA* 1992, 635 f.

⁸⁵⁾ Anders als im Anfechtungsrecht stellt sich das Problem des „*Floriani*-Einwands“ (dazu *König*, *Anfechtung*⁵ Rz 16/43 mwN auch der Gegenansicht) vorliegend nicht. Der Geschäftsführer hat mE nämlich im Rahmen der Haftung für den Betriebsverlust nicht dafür einzustehen, wenn ein Betriebsverlust letztlich wieder rückgängig gemacht werden kann, auch wenn dies noch nicht gewiss ist.

⁸⁶⁾ Dabei wird nicht verkannt, mit welcher mannigfaltigen Schwierigkeiten solche Prognosen verbunden sind (vgl nur *Geroldinger*, *Der mutwillige Rechtsstreit* [2017] 679). Eine Alternative, welche den Rechtsschutz des Geschädigten nicht ungebührlich beschränkt, ist aber mE bedauerlicherweise nicht in Sicht.

⁸⁷⁾ OGH 5 Ob 202/59 = HS 365/33; 5 Ob 38/72; 8 Ob 505/80 = HS 11.465; 2 Ob 568/87; 9 ObA 416/97k; RIS-Justiz RS0059733; *Dellinger*, *Vorstandshaftung* 234; *dersel-*

Geltendmachung dieser Schadenersatzforderung als Aktivum der Gesellschaft obliegt in der Insolvenz wie gesagt (B.) nach allgemeinen Grundsätzen dem Insolvenzverwalter.⁸⁸⁾

D. Keine (unmittelbare) Ersatzfähigkeit des Quotenschadens als Gläubigerschaden

I. Umkehrschluss zu § 69 Abs 5 IO als Anspruchsgrundlage?

Anerkennt man eine Ersatzfähigkeit des Gesellschaftsschadens in Höhe des Betriebsverlusts, schließt das eine alternative Verfolgung der Schäden der Gläubiger (= Quotenschaden) nicht prinzipiell aus. Geradezu evident ist ein Schutzbedürfnis der Gläubiger, wenn der Insolvenzverwalter den Geschäftsleiter – möglicherweise pflichtwidrig – nicht belangt hat. Auch sonst gibt es – wie im obigen Szenario 2 (A.IV.) gezeigt – Fälle, in denen der Quotenschaden der Gläubiger höher ist als der Betriebsverlust oder sogar ohne einen solchen auftreten kann. Der Gläubigerschaden wird also nicht zwangsläufig durch den Ersatz des Gesellschaftsschadens „kompensiert“, sodass eine individuelle Anspruchsverfolgung grundsätzlich zulässig bleibt. Freilich erlaubt § 69 Abs 5 IO die Geltendmachung von Quotenschäden einzelner Gläubiger erstens wie mehrfach betont erst nach rechtskräftigem Abschluss des Insolvenzverfahrens. Zweitens ist der Anreiz zur individuellen Verfolgung des Schadens insbesondere wegen des Prozesskostenrisikos, das in Anbetracht der zumeist eher geringen Quotenschädigung regelmäßig unverhältnismäßig hoch sein wird, enden wollend.⁸⁹⁾

Das mittlerweile überwiegende Schrifttum zieht allerdings aus dieser „Verfolgungssperre“ des § 69 Abs 5 IO den Schluss, dass während aufrechten Verfahrens der Insolvenzverwalter (*auch*) den Quotenschaden geltend machen könne.⁹⁰⁾ Es löst damit zugleich die faktische Schutzlücke, die aufgrund

der geringen Motivation zur individuellen Geltendmachung solcher „Streuschäden“ entsteht.⁹¹⁾ Der OGH hat die Frage ausdrücklich offen gelassen.⁹²⁾ Vor Einführung des § 69 Abs 5 IO hatte er hingegen in stRsp den Standpunkt vertreten, der Quotenschaden der Gläubiger sei kein Schaden der Masse und könne folglich nicht erfolgreich vom Insolvenzverwalter eingeklagt werden.⁹³⁾ Dem war mE uneingeschränkt zuzustimmen, weil eine Person bzw der Verwalter einer bestimmten Vermögensmasse nicht einfach *ohne gesetzliche Grundlage* zur Liquidation der Schäden *anderer* Personen bzw Vermögensmassen befugt sein kann.⁹⁴⁾

II. Grammatikalische, systematische und historische Gegenargumente

Dass diese gesetzliche Anspruchsgrundlage nunmehr § 69 Abs 5 IO zu entnehmen wäre, lässt sich jedoch zumindest aus dem Wortlaut nicht ableiten: § 69 Abs 5 IO verbietet nur den Gläubigern die Geltendmachung ihrer Quotenschäden; von einer Legitimation des Insolvenzverwalters ist hingegen nicht die Rede – wohlgemerkt anders als in § 92 dInsO für Deutschland oder hierzulande in § 56 Abs 2, § 84 Abs 5 letzter Satz AktG.⁹⁵⁾ Die skizzierte Lehrmeinung beruht daher in Wahrheit auf folgendem Umkehrschluss:⁹⁶⁾ Wenn eine Norm nämlich während aufrechten Insolvenzverfahrens die Geltendmachung von Individualschäden der einzelnen Gläubiger verbietet, so müsse doch der Insolvenzverwalter zur kollektiven Durchsetzung dieser Schäden zuständig sein.

Einmal mehr⁹⁷⁾ beweist indessen eine nähere Betrachtung, dass dieser intuitiv so unzweifelhaft anmutende Umkehrschluss alles andere als zwingend ist. Denn es ist keineswegs ausgeschlossen, dass der Zweck von § 69 Abs 5 IO nur darin besteht, die Gläubiger während aufrechten Verfahrens von einer Verfolgung möglicher Quotenschäden abzuhalten, nicht aber darin, den Masseverwalter zu deren Liquidation zu legitimieren. Im Gegenteil legt einen solch „bescheideneren“ Zweck wie gesagt schon der Wortlaut – im systematischen Vergleich mit § 56 Abs 2, § 84 Abs 5 letzter Satz AktG sowie im rechtsvergleichendem Blick auf § 92 dInsO –

be in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 67; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I² Rz 2/386, 2/404; derselbe in WK GmbHG § 25 Rz 150; Schummer, Eigenkapitalersatzrecht 398; derselbe in FS Koppensteiner 223 f, 229; Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement 1171; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 21; Truckenthanner, ZIK 2007, 118 f; Dellinger/Oberhammer/Koller, Insolvenzrecht³ Rz 231; S.-F. Kraus/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 25 Rz 14; Trenker, Treuhänderüberwachung der Sanierungsplanerfüllung (2017) 128 Fn 550.

⁸⁸⁾ RIS-Justiz RS0059592; OGH 5 Ob 38/72; 2 Ob 568/87; 9 ObA 416/97k; Schummer, Eigenkapitalersatzrecht 398; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 26; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ (2010) § 84 Rz 105.

⁸⁹⁾ K. Schmidt, JBl 2000, 479; vgl auch ErlRV 124 BlgNR XXII. GP 17.

⁹⁰⁾ Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ § 69 KO Rz 149; Richter, ZIK 2007, 42; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 35; C. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar zum Aktiengesetz² (2012) § 84 Rz 38a; derselbe in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 4/511; Feil, Insolvenzordnung Praxiskommentar⁸ (2014) § 69 Rz 15 mit unrichtigem Verweis auf Dellinger (siehe Fn 104); Told in Gruber/Harrer, GmbHG § 25 Rz 228; Jauffer, Unternehmen³ 182; Artmann/Rüffler, Gesellschaftsrecht Rz 973.

⁹¹⁾ Vgl insbesondere K. Schmidt, JBl 2000, 477 ff.

⁹²⁾ 6 Ob 72/06s.

⁹³⁾ RIS-Justiz RS0049450, zB OGH 8 Ob 543/87; 8 Ob 624/88; 8 Ob 4/91; 6 Ob 287/00z; 6 Ob 196/05z (die Neuregelung des § 69 Abs 5 IO war gerade noch nicht anwendbar [Konkurseröffnung 22.10.2003, die Neuregelung gilt aber erst bei Verfahrenseröffnung nach 31.12.2003 – Art IV Abs 1, 2 GIRÄG 2003]).

⁹⁴⁾ Zutreffend Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht (1983) 143 f; Dellinger, Vorstandshaftung 223; Wagner/Braun, Quotenschaden und Masseverwalter?, ecolx 2000, 710 (711); vgl auch Schummer in FS Koppensteiner 230.

⁹⁵⁾ Zu diesen Normen noch unten D.III. bei Fn 107 f.

⁹⁶⁾ Richtig Truckenthanner, ZIK 2007, 116.

⁹⁷⁾ Konkret warnt Truckenthanner, ZIK 2007, 118 Fn 37 vor dem Umkehrschluss; allgemein zur Gefahr eines vor-eiligen Umkehrschlusses Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz² (1982) 44 f; F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991) 476 f.

nahe. Noch eindeutiger gegen die Befugnis des Insolvenzverwalters zur Durchsetzung der Quotenschäden sprechen die Gesetzesmaterialien sowie teleologische Überlegungen (zu letzteren D.III.).

Die Materialien zum GIRÄG 2003⁹⁸⁾ begründen die Einführung von § 69 Abs 5 IO damit, dass es unzweckmäßig wäre, wenn die Insolvenzgläubiger ihre Schadenersatzansprüche wegen Quotenverschlechterung geltend machen könnten, obwohl die Höhe ihres Schadens deshalb noch nicht feststehen kann, weil der Schuldnerin (Gesellschaft) selbst – zumindest gleich hohe – Ansprüche gegen die Geschäftsführer, insbesondere gemäß § 25 GmbHG, § 84 AktG zustehen. Der Sinn der gesetzlichen Durchsetzungssperre besteht daher darin, eine parallele Anspruchsverfolgung gegen den Geschäftsführer seitens des Insolvenzverwalters und der einzelnen Gläubiger zu verhindern. Das ist aus mehreren Gründen zweckmäßig: Kann der Insolvenzverwalter den Schaden durch Inanspruchnahme des Geschäftsführers bereits ausgleichen, erübrigen sich nämlich weitere Prozesse. Zudem vermeidet die vorläufig exklusive Anspruchslegitimation des Insolvenzverwalters zugunsten des Kollektivs eine Gläubigerungleichbehandlung, die mit einer individuellen Anspruchsverfolgung wegen des oftmals unzureichenden Haftungsfonds des Geschäftsführers einhergehen könnte.⁹⁹⁾ Ob ein Individualschaden der Gläubiger vor Gewissheit über die Durchsetzbarkeit von Schadenersatzansprüchen der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer wirklich noch gar nicht entstanden ist und § 69 Abs 5 IO folglich nur klarstellenden Charakter habe, wie *Dellinger*¹⁰⁰⁾ meint, oder der Schaden mangels Bezifferbarkeit noch nicht mit Leistungsklage durchsetzbar wäre, wie *Harrer*¹⁰¹⁾ schreibt, kann demgegenüber dahingestellt bleiben (zu letzterem unten F.IV.2. und 3.). Wesentlich ist, dass die zentrale Wertung mE im Bestreben liegt, eine mehrgleisige Anspruchsverfolgung mit der Gefahr einer Gläubigerungleichbehandlung zu vermeiden.

Was die Vertreter der These von der Anspruchsverfolgung durch den Insolvenzverwalter aber übersehen, ist der Umstand, dass der mit den Einzelansprüchen konkurrierende Anspruch der Insolvenzmasse nicht auf den Quotenschaden der Gläubiger gerichtet sein muss. Die Durchsetzungssperre macht nämlich ebenso Sinn, wenn sie den herausgearbeiteten Schadenersatzanspruch auf den Betriebsverlust gemäß §§ 25 Abs 2 GmbHG, § 84 Abs 2 AktG iVm § 69 IO und/oder die gesetzlich verankerte Haftung für Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife nach § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG, § 84 Abs 3 Z 6 AktG vor Augen hat. Auch durch deren erfolgreiche Liquidation wird der individuelle Verschleppungsschaden einzelner Gläubiger ja oftmals ausgeglichen, zumindest aber gemindert. Dafür dass der Gesetzgeber gerade diese Ansprüche und nicht einen von der dama-

ligen Rsp abgelehnten¹⁰²⁾ Anspruch auf Ausgleich des Quotenschadens vor Augen hatte, spricht ganz maßgeblich, dass die Materialien vom „Schaden der Gesellschaft“ reden und auf § 25 GmbHG bzw § 84 AktG verweisen. Denn der Quotenschaden ist weder ein „Schaden der Gesellschaft“, noch kann er auf diese Bestimmungen gestützt werden.¹⁰³⁾ Dass der Gesetzgeber nicht an den Quotenschaden als den vom Insolvenzverwalter zu liquidierenden Schaden gedacht hat, belegt zudem jene Materialienstelle, wonach die Ansprüche der Gesellschaft „zumindest die gleiche Höhe wie die Summe der potentiellen Quotenschäden der Gläubiger“ hätten. Wäre nämlich wirklich der vom Insolvenzverwalter durchzusetzende Anspruch auf den kumulierten Quotenschaden gemeint, hätte die Einschränkung „zumindest“ keinen Sinn. Die Gesetzesmaterialien sprechen damit eindeutig dagegen, § 69 Abs 5 IO im Umkehrschluss eine gesetzliche Grundlage für eine Anspruchsgeltendmachung seitens des Insolvenzverwalters zu entnehmen.¹⁰⁴⁾

III. Teleologie: Zahlungsverbot als ausreichender Schutz vor reinen Gläubigerschäden

Aus systematisch-teleologischer Sicht ist freilich die Frage berechtigt, ob sich aus dem Umstand, dass der Insolvenzverwalter nur zur Verfolgung der Schäden der Gesellschaft legitimiert ist, eine planwidrige Schutzlücke ergibt, die eine Rechtsfortbildung erfordert, wie sie *K. Schmidt*¹⁰⁵⁾ schon vor Einführung des § 69 Abs 5 IO propagiert hat. Denn wie gezeigt und mehrfach betont kann der Gläubigerschaden (Quotenschaden) höher als der Gesellschaftsschaden (Betriebsverlust) sein (oben A.IV. Szenario 2).¹⁰⁶⁾

K. Schmidt bleibt allerdings die Antwort schuldig, womit diese Lücke auszufüllen wäre, um zu dem von ihm befürworteten und in Deutschland mittlerweile in § 92 dInsO gesetzlich verankerten¹⁰⁷⁾ Ergebnis einer Anspruchsverfolgung durch den Masseverwalter in gesetzlicher Prozessstand-

¹⁰²⁾ Oben D.I. bei und in Fn 93.

¹⁰³⁾ Ebenso wohl *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 69 KO Rz 2.

¹⁰⁴⁾ *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 69 KO Rz 3; *derselbe* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 68; *Truckenthanner*, ZIK 2007, 116; *Trenker*, Sanierungsplanerfüllung 128 Fn 550.

¹⁰⁵⁾ JBl 2000, 480.

¹⁰⁶⁾ Dies beachtet auch *Schummer* (in *FS Koppensteiner* 229) nicht hinreichend, wenn er meint, durch Durchsetzung des Ersatzanspruchs der Masse werde ein „Reflexschaden“ der Gläubiger vermieden. Richtig dagegen *Dellinger* (Vorstandshaftung 240), der nur davon spricht, dass der Quotenschaden „im Regelfall“ ausgeglichen wird.

¹⁰⁷⁾ Richtig ist, dass § 92 dInsO nicht einfach – quasi im Umkehrschluss – entnommen werden sollte, dass es unbedingt einer gesetzlichen Grundlage für einen Anspruch der Masse auf Ersatz des Quotenschadens bedarf. Der rechtsvergleichende Blick beweist vielmehr, dass dies auch vor der Einführung dieser Bestimmung hM in Deutschland war (*K. Schmidt*, JBl 2000, 480 mwN). Umgekehrt kann dieser rechtsvergleichende Hinweis auf eine Rechtsfortbildung in Deutschland eine hinreichende Grundlage in Österreich nicht ersetzen.

⁹⁸⁾ ErlRV 124 BlgNR XXII. GP 17.

⁹⁹⁾ So schon *Harrer*, Haftungsprobleme 60.

¹⁰⁰⁾ In *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 77; vgl auch *denselben* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 69 KO Rz 3; siehe ferner *Dellinger*, Vorstandshaftung 238 ff.

¹⁰¹⁾ Haftungsprobleme 59 f.

schaft zu kommen. Ein Erklärungsmodell liefert P. Doralt,¹⁰⁸⁾ der wohl in Analogie zu § 56 Abs 2, § 84 Abs 5 AktG eine Art allgemeinen Rechtsgrundsatz formulieren möchte, dass der Insolvenzverwalter im Insolvenzscenario zur exklusiven Geltendmachung sämtlicher Reflexschäden der Gläubiger zuständig ist. Dagegen spricht jedoch, dass sich der Regelungsgegenstand der genannten Normen grundlegend vom vorliegenden Problem unterscheidet: Sowohl Ansprüche nach §§ 52, 56 als auch nach § 84 AktG sind – sogar primär – Ansprüche der Gesellschaft, die im Insolvenzverfahren schon nach allgemeinen Regeln vom Insolvenzverwalter geltend zu machen sind. § 56 Abs 2, § 84 Abs 5 AktG bewirken daher nur, dass die ausnahmsweise Individuallegitimation der Gläubiger im Insolvenzscenario im Interesse der Gläubigergleichbehandlung weichen muss, schaffen aber keine eigene Anspruchsgrundlage zugunsten des Insolvenzverwalters.¹⁰⁹⁾ Auch das Anfechtungsmonopol des § 37 Abs 1 IO, welches Kozio!¹¹⁰⁾ für die von ihm befürwortete exklusive Anspruchslegitimation des Insolvenzverwalters zur Geltendmachung des „anfechtungsähnlichen“ Anspruchs des § 1409 ABGB als Analogiegrundlage heranziehen will, ist jedenfalls für die völlig anders gelagerte Geschäftsführerhaftung schwerlich fruchtbar zu machen.

Noch wichtiger ist zudem, dass es entgegen erstem Anschein an der erforderlichen Lücke fehlt. Die kanalisierte Durchsetzung des (ausnahmsweise) über den Gesellschaftsschaden hinausgehenden „reinen“ Gläubigerschadens wird nämlich bereits durch eine andere Bestimmung verwirklicht: Die Haftung für Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife in § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG, § 84 Abs 3 Z 6 AktG. Die dieser Norm zugrundeliegende Schadensfiktion versucht wie gezeigt (A.V.) gerade der Gefahr Herr zu werden, dass eine Verringerung der Aktiva *in statu cridae* zwar nicht unbedingt einen Gesellschafts-, aber stets einen Gläubigerschaden verursacht, eine Einzelliquidation aber weit weniger effektiv als die Geltendmachung über die Insolvenzmasse wäre.¹¹¹⁾ Gibt es somit eine Norm, die

die Geltendmachung typischer Gläubigerschäden dem Insolvenzverwalter zuweist, wäre ein zusätzlicher Anspruch der Masse auf den Quotenschaden als doppelte Absicherung desselben Risikos überschießend. Diese Überlegung liefert damit den angekündigten teleologischen Gesichtspunkt, der neben den skizzierten grammatikalischen, systematischen und historischen Argumenten (D.II.) dagegen spricht, in § 69 Abs 5 IO eine Legitimation des Insolvenzverwalters zur Liquidation von Quotenschäden hinein zu interpretieren.

E. Zwischenergebnis

Der Insolvenzverwalter kann bei Insolvenzverschleppung seitens eines Geschäftsleiters erstens den Betriebsverlust als den gesamten der Gesellschaft *in statu cridae* entstandenen Vermögensschaden geltend machen. Haftungsgrundlage ist § 69 Abs 2, 3 IO iVm § 25 Abs 2 GmbHG. Kraft gesetzlicher Fiktion in § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG ist zusätzlich der Anspruch auf Ausgleich der Schmälierung der Aktivmasse durch „Zahlungen“ des Geschäftsleiters als Gesellschaftsschaden konstruiert, weshalb der Insolvenzverwalter auch zu dessen Liquidation legitimiert ist. Da der Zweck dieser Norm darin besteht, einen allenfalls über den Betriebsverlust hinausgehenden Schaden des Gläubigerkollektivs nach dem bewährten Konzept der Innenhaftung auszugleichen, begründen diese beiden Anspruchsgrundlagen ein erschöpfendes Haftungsregime sowohl im Hinblick auf die Kompensation der Gesellschaft als auch ihrer Gläubiger. Es besteht darüber hinaus keine Veranlassung zur Konstruktion einer Anspruchsgrundlage des Insolvenzverwalters auf Ersatz des Quotenschadens im Wege eines weder durch Wortlaut, Systematik noch Entstehungsgeschichte indizierten Umkehrschlusses zu § 69 Abs 5 IO oder einer wie immer gearteten Rechtsfortbildung.

Im Gegenteil: Der teleologische Zusammenhang des Zahlungsverbots zum Quotenschaden als eigentlichem Gläubigerschaden hat den OGH in 6 Ob 164/16k zu einer teleologischen Reduktion der Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife veranlasst. Dem ist im Folgenden nachzugehen, indem die genaue Funktionsweise dieses Zahlungsverbots ausgehend von den vom 6. Senat erstmals umfassend erläuterten Grundsätzen im Detail darzulegen ist.

(Fortsetzung in JBl 2018, Heft 7)

¹⁰⁸⁾ GesRZ 1982, 97.

¹⁰⁹⁾ Zutreffend Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 143 f; Dellinger, Vorstandshaftung 223; vgl auch schon Honsell, GesRZ 1984, 212.

¹¹⁰⁾ Gläubigeranfechtung 109 ff; zustimmend König, Anfechtung³ Rz 18/46.

¹¹¹⁾ Völlig zu Recht attestiert Dellinger (Vorstandshaftung 234) dem Zahlungsverbot daher, dass es zu einer Korrektur des Auseinanderklaffens von Gesellschaftsschaden und Quotenschaden führe.

Ass.-Prof. MMag. Dr. **Martin Trenker**, Innsbruck

Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu 6 Ob 164/16k

(2. Teil)

(Fortsetzung aus JBl 2018, Heft 6)

F. Zahlungsverbot nach Insolvenzreife als Vermutung des Gesamtgläubigerschadens

I. Überschießende Haftung bei isolierter Zahlungsbetrachtung

Nach § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG sind die Geschäftsleiter der Gesellschaft zum Ersatz verpflichtet, wenn *in statu cridae* Zahlungen geleistet werden. Es liegt demgemäß der Schluss nahe, dass die Höhe des Ersatzes *grundsätzlich* dem Ausmaß der geleisteten Zahlungen entspricht.¹¹²⁾ Da die kumulierten Zahlungen allerdings praktisch immer, manchmal sogar um ein Vielfaches, höher als jener Betrag sind, der zur Kompensation des tatsächlichen Schadens des Gläubigerkollektivs notwendig ist, wäre ein solches Ergebnis ausgehend vom Normzweck (oben A.V.) überschießend. Es bedarf daher einer Korrektur dieser wortlautgetreuen Interpretation. Einigkeit herrscht dabei darüber, dass eine tatbestandsimmanente Korrektur möglich ist (F. I.). Im Übrigen besteht in Deutschland seit langem ein fundamentaler Auffassungsunterschied, ob darüber hinaus eine Beschränkung auf den Quotenschaden als den Gesamtgläubigerschaden geboten ist (unten F.III.). Hierzu hat nunmehr auch der OGH Stellung bezogen.

II. Tatbestandsimmanente Korrektur

1. Teleologischer Zahlungsbegriff

Bereits angedeutet wurde, dass die Haftung des Geschäftsleiters nur im Ausmaß der *Nettoverringering* der Aktiva aus dem jeweiligen Geschäftsvorgang eintritt (oben A.V.). Die Zahlung ist nur insoweit haftungsbegründend, als keine mit der Zahlung in hinreichender zeitlicher und sachlicher Beziehung stehende Gegenleistung¹¹³⁾ in die Masse gelangt. Die Gegenleistung muss überdies zugunsten der Insolvenzmasse „liquide verwertbar“ sein,

¹¹²⁾ Ausdrücklich *Schumacher* in Bartsch/Pollak/Buchegger, *Insolvenzrecht*⁴ § 69 KO Rz 171; *Jaufer*, *Unternehmen*³ 165.

¹¹³⁾ Problematisch und nur im Einzelfall zu lösen ist die Frage, wann ein solcher hinreichender Zusammenhang der Gegenleistung zur Zahlung gegeben ist. Eindeutig ist in zeitlicher Hinsicht nur, dass eine Vorleistung des befriedigten Gläubigers nicht auf später geleistete Zahlung anrechenbar ist, weil § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG sonst seines zentralen Anwendungsbereichs (Tilgung von „Altschulden“) beraubt würde (*Dellinger* in Konecny/Schubert, *Insolvenzgesetz* § 69 KO Rz 69; *Röhrich*, *Insolvenzrechtliche Aspekte im Gesellschaftsrecht*, ZIP 2005, 509 [509 f]; *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 616).

das heißt, sie muss sich in einer Massevermehrung niederschlagen.¹¹⁴⁾

Die Anrechnung solcher Gegenleistungen ist schon seit einer Grundsatzentscheidung des RG¹¹⁵⁾ unbestritten, nur der „dogmatische Anker“ wird unterschiedlich gesetzt. Die überwiegende Ansicht bemüht die bislang noch nicht erwähnte Entlastungsmöglichkeit des Geschäftsleiters bei Einhaltung der gebotenen Sorgfalt: Nach § 84 Abs 3 Z 6 S 2 AktG sind nämlich Zahlungen nur dann verboten, wenn sie nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters vereinbar sind; diese Bestimmung wird ganz herrschend auch auf die GmbH angewandt.¹¹⁶⁾ Nach hA schließt eine äquivalente Gegenleistung für die betreffende Zahlung somit die Sorgfaltswidrigkeit aus.¹¹⁷⁾ Weil Zahlungen im Rahmen *in*äquivalenter Austauschgeschäfte aber schwerlich dem Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen Geschäftsleiters entsprechen, müsste die Lösung über § 84 Abs 3 Z 6 S 2 AktG analog jedoch zu einer vollumfänglichen Haftung in Höhe der Zahlung führen, wenn der Masse zumindest eine gewisse, wenn auch zu niedrige Gegenleistung zugeflossen ist („Alles-oder-nichts-Lösung“). Diese Unbilligkeit vermeidet jene Ansicht, die im Ausmaß der Gegenleistung von vornherein keine Zahlung annimmt.¹¹⁸⁾

Ebenfalls nicht haftungsbegründend sind Leistungen an Absonderungsgläubiger: Im Ausmaß der Sicherstellung des Gläubigers liegt schlicht keine „Zahlung“ vor, weil die verteilungsfähige Masse zugunsten der Insolvenzgläubiger unberührt bleibt.¹¹⁹⁾ Entgegen der vom 6. Senat¹²⁰⁾ nunmehr bestätigten

¹¹⁴⁾ BGH II ZR 150/02 = NJW 2003, 2316; II ZR 319/15 = NZI 2017, 809 [*Schädlich*]; *H.-F. Müller* in *Fleischer/Goette*, *MünchKomm GmbHG III*² (2016) § 64 Rz 149; *Casper* in *Ulmer/Habersack/Winter*, *GmbHG* (2008) § 64 Rz 85; *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 616.

¹¹⁵⁾ RG II 39/38 = RGZ 159, 211.

¹¹⁶⁾ OGH 6 Ob 164/16k (Punkt 1.3.); *Karollus* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, *Krisenmanagement* 1169; *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 627; *Binder* in *Ratka/Rauter*, *Geschäftsführerhaftung*² Rz 3/47 uva.

¹¹⁷⁾ *ZB Reich-Rohrwig*, *GmbH-Recht I*² Rz 2/384; *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ § 69 KO Rz 166; *Jaufer*, *Unternehmen*³ 159.

¹¹⁸⁾ *H.-F. Müller* in *MünchKomm GmbHG III*² § 64 Rz 149; *Haas* in *Baumbach/Hueck*, *GmbHG*²¹ (2017) § 64 Rz 75 je mwN; in diesem Sinn auch *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 616, 626; zustimmend *Robertson*, *Der Schadensumfang bei der Insolvenzverschleppungshaftung des GmbH-Geschäftsführers*, *ecolex* 2018, 150 (152); vgl wohl auch BGH II ZR 231/13 = NZG 2015, 149.

¹¹⁹⁾ *P. Csoklich*, *ZIK* 2018, 810.

¹²⁰⁾ 6 Ob 164/16k (Punkt 1.3.).

hL¹²¹) bedarf es daher wiederum keiner Berufung auf den Entlastungsbeweis der Einhaltung der gebotenen Sorgfalt, um eine Haftung für solche Zahlungen an Absonderungsgläubiger auszuschließen. Nicht masserelevant und daher nicht tatbildlich sind zudem Zahlungen an Aussonderungsgläubiger, weil ein Aussonderungsgut richtigerweise nie Bestandteil der Aktiva der Schuldnerin war.¹²²) Letztlich führen aber ohnehin beide Ansätze zum richtigen Ergebnis.¹²³)

2. Exkurs: Zahlung vom debitorischen Konto

Nicht unter den Zahlungsbegriff des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG fallen schließlich – wie der OGH in 6 Ob 164/16k¹²⁴) ebenfalls klarstellt – grundsätzlich Zahlungsabflüsse von einem debitorischen Konto (nicht zu verwechseln mit der Einzahlung auf ein debitorisches Konto der Gesellschaft [dazu oben A.V. aE]).¹²⁵) Sie führen nämlich zu einem bloßen Schuldnerwechsel, bilanziell gesprochen also nur zu einem Passivtausch und keiner gläubigerschädlichen Aktivminderung. Die Zahlung wird ja letztlich fremdfinanziert durch den Kontokorrentkredit der Bank, dessen negativer Saldo sich entsprechend erhöht. Anderes gilt jedoch, wenn die Bank bereits über eine den erhöhten Debetstand deckende Sicherheit verfügt.¹²⁶) Denn wirtschaftlich betrachtet wurde die Zahlung diesfalls durch diese Sicherheit finanziert, die den übrigen Gläubigern im Insolvenzfall nur mehr nachrangig zur Verfügung steht. Die Auszahlung bewirkt somit doch eine Masseschmälerung, die dem Normzweck folgend eine Haftung des Geschäftsleiters begründet.

Freilich sei an dieser Stelle in gebotener Kürze darauf hingewiesen, dass die Haftungsfreistellung von Auszahlungen von unbesicherten Debetkonten im Zusammenspiel mit der erwähnten Begrenzung der Haftung für Einzahlungen auf einem debitorischen Konto in Höhe der Saldoverringerung im Verschleppungszeitraum (oben A.V.) zu zweckwid-

rigen Ergebnissen führen kann. Denn dem Geschäftsleiter wird mitunter ermöglicht, durch Abwicklung des gesamten Zahlungsvorgangs über ein debitorisches Konto einzelne Gläubiger massenschmälernd zu befriedigen, ohne sich einer Haftung auszusetzen. Die Auszahlung selbst ist wie gesagt als Passivtausch keine Zahlung. Der Zufluss der Mittel auf dem debitorischen Konto ist aber ebenfalls nicht haftungsbegründend, soweit der Zahlungseingang durch die anschließende Auszahlung wieder ausgeglichen wird. Der Geschäftsleiter kann somit sämtliche Zahlungseingänge nach Insolvenzreife zur Befriedigung einzelner Gläubiger verwenden; er sollte aus seiner Sicht sogar mindestens so viel ausgeben, dass sich der Debetsaldo nicht verringert.

Jedenfalls wenn die Zahlungseingänge aus Forderungen stammen, die bereits vor materieller Insolvenz begründet wurden, wird damit eine Gläubigerschädigung in Kauf genommen, weil die Zahlungseingänge bei wirtschaftlicher Betrachtung zur Zahlung an einzelne Gläubiger verwendet werden. Die kategorische Begrenzung der Haftung für Zahlungseingänge am debitorischen Konto auf die gesamte Saldoverringerung im Verschleppungszeitraum sollte daher nochmals überdacht und letztlich wohl eingeschränkt werden; sie gilt nicht, soweit die durch Zahlungseingänge eingetretene Verringerung des Debetstands unmittelbar durch eigentlich tatbildliche Auszahlungen an Dritte wieder ausgeglichen wurde.¹²⁷)

Beispiel: Schutzlücke bei Eingängen auf und Auszahlungen von debitorischen Konten

Die schuldnerische GmbH verfügt bei Eintritt der materiellen Insolvenz über zwei offene Forderungen gegen S 1, S 2 von je 50.000,-. Beide werden auf das in den Rechnungen angegebene, debitorische Konto der GmbH mit einem Lastenstand von 150.000,- bezahlt, wodurch sich der Saldo auf 50.000,- senkt. Es handelt sich bei diesen Einzahlungen grundsätzlich um Zahlungen iS des § 25

¹²¹) Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I² Rz 2/384; Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement 1169; Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ § 69 KO Rz 167; Jaufer, Unternehmen³ 159.

¹²²) U. Torggler/Trenker, JBI 2013, 627 mwN.

¹²³) Unterschiede könnten sich auf den ersten Blick hinsichtlich der Verteilung der Beweislast ergeben, weil der Geschäftsleiter nach ganz hM den Nachweis der Einhaltung der gebotenen Sorgfalt zu führen hat (U. Torggler/Trenker, JBI 2013, 627 mwN). Die haftungsbegründenden Zahlungen sind hingegen vom klagenden Insolvenzverwalter zu behaupten und zu beweisen. Weist der Insolvenzverwalter aber den mit der Zahlung verbundenen Nettoabfluss nach, liegt es schon wegen der Schadensvermutung in dessen Höhe wiederum doch am Geschäftsführer, zu behaupten und zu „belegen“, dass die Zahlung an einen Aus- oder Absonderungsgläubiger erfolgt ist (vgl näher schon U. Torggler/Trenker, JBI 2013, 617).

¹²⁴) Punkt 3.2.2.

¹²⁵) Ebenso schon BGH II ZR 273/98 = NZG 2000, 370; II ZR 258/08 = NZI 2010, 313 [Stapper/Schädlich]; U. Torggler/Trenker, JBI 2013, 626; im Ergebnis auch Reich-Rohrwig in WK GmbHG § 25 Rz 141, allerdings wiederum über den Entlastungsbeweis wegen Einhaltung der gebotenen Sorgfalt; zustimmend Feltl, GesRZ 2017, 406.

¹²⁶) 6 Ob 164/16k (Punkt 3.2.2.); P. Csoklich, ZIK 2018, 10.

¹²⁷) Diese auch vom Verfasser (U. Torggler/Trenker, JBI 2013, 615) sowie Dellinger (Vorstandshaftung 238) und P. Csoklich (ZIK 2018, 10) bislang zu wenig beachtete Schutzlücke ergibt sich daraus, dass der Haftungsbegrenzung für Zahlungseingänge im Ausmaß der gesamten Saldoverringerung die Vorstellung zugrunde liegt, dass der Gesellschaft durch die mit einer Einzahlung ermöglichte Neuausschöpfung des Kreditrahmens wiederum Aktivmittel zufließen (vgl OGH 6 Ob 164/16k Punkt 3.2.3.; vgl auch P. Csoklich aaO), womit die Masseminderung in der Tat auf die Verringerung des Debets *per saldo* reduziert würde. Wenn die Neuausschöpfung des Kreditrahmens aber direkt in eine weitere nicht haftungsbegründende Zahlung mündet, erfüllt sich diese Vermutung von der Masseanreicherung nicht.

Die Wertung von § 14 Abs 2 IO steht dem hier vertretenen Ansatz nicht entgegen, weil sie sich nur auf den Umfang einer allfälligen Ersatzpflicht des Kreditgebers bezieht und insoweit zweckmäßigerweise eine Kumulation sämtlicher Rückzahlungen trotz zwischenzeitlicher Wiederausschöpfung eines Kredits verbietet. Auf die ganz anders gelagerte Frage der Geschäftsführerhaftung kann sie nicht eins zu eins übertragen werden.

Abs 3 Z 2 GmbHG. Wenn der Geschäftsleiter anschließend einen Gläubiger G in Höhe von € 100.000,- befriedigt, erhöht er den negativen Saldo allerdings wieder auf den ursprünglichen Stand von € 150.000,-. Das Ergebnis wäre ausgehend von den Ausführungen des OGH, dass diese Auszahlung von € 100.000,- vom debitorischen Konto als bloßer Passivtausch nicht haftungsbegründend wäre und zudem die Einzahlung von € 100.000,- „neutralisiert“ würde. Eine Haftung des Geschäftsleiters wäre zu verneinen! Ein zweckwidriges Ergebnis, weil die Zahlung an G wirtschaftlich durch die beiden Forderungen gegen S 1 und S 2 finanziert wurde, welche bei rechtzeitiger Antragstellung uneingeschränkt der Masse zugeflossen wären.

3. Entlastung bei Einhaltung gebotener Sorgfalt (§ 84 Abs 3 Z 6 S 2 AktG analog)

Ein Rückgriff auf die erwähnte Entlastung des Geschäftsleiters bei Einhaltung der gebotenen Sorgfalt gemäß § 84 Abs 3 Z 6 S 2 AktG (analog) ist bei richtiger Interpretation des Zahlungsbegriffs (oben F.II.1.) nur selten erforderlich, um interessengerechte Ergebnisse zu erzielen. Namentlich ist dies der Fall, wenn die mit der Zahlung finanzierte Gegenleistung keinen unmittelbaren, verwertbaren Massezuwachs begründet, die Zahlung aber trotzdem – auch aus Gläubigersicht – *ex ante* sinnvoll war. Das ist etwa bei der Inanspruchnahme von Dienstleistungen, insbesondere Beratungsleistungen denkbar: Deren Bezahlung ist zwar grundsätzlich tatbildlich und begründet folglich eine Haftung des Geschäftsleiters in voller Höhe der Zahlung, weil das der Gesellschaft als Gegenleistung zuffließende „Know How“ im Insolvenzfall nicht verwertbar ist.¹²⁸⁾ Gerade die Erstellung einer Fortbestehensprognose zur Beurteilung der insolvenzrechtlichen Überschuldung oder betriebswirtschaftliche und/oder rechtliche Beratungsleistungen zur bestmöglichen Sanierung der Gesellschaft dürfen aber im Normalfall auch von einem sorgfältigen Geschäftsleiter *in statu cridae* in Auftrag gegeben werden.

Ausnahmsweise kann sogar die Deckung offener Verbindlichkeiten, die nicht in einem Zug-um-Zug-Verhältnis im weiteren Sinn steht, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters vereinbar sein, wie der OGH nunmehr ebenfalls klarstellt.¹²⁹⁾ Besteht nämlich wie bei der Nichtabführung von Dienstnehmerbeiträgen an die Sozialversicherung die Gefahr einer strafrechtlichen Verantwortung des Geschäftsleiters (§ 153c StGB) und einer zivilrechtlichen Haftung (§ 67 Abs 10 ASVG), so wird deren Bezahlung für gerechtfertigt angesehen.¹³⁰⁾

Ihren wohl wichtigsten Anwendungsbereich hat die Entlastungsmöglichkeit des § 84 Abs 3 Z 6 S 2 AktG (analog) aber im Stadium der rechtmäßigen Ausschöpfung der 60-Tages-Frist des § 69 Abs 2 IO. Eine Entlastung in diesem Stadium ist deshalb not-

wendig, weil nämlich das Zahlungsverbot nach vom OGH nunmehr gebilligter hL¹³¹⁾ bereits ab Eintritt der materiellen Insolvenz und – anders als der Wortlaut von § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG besagt – nicht erst nach Insolvenzantragspflicht eingreift. Die ältere Anordnung des GmbHG wird nämlich von der analogen Anwendung der neueren Norm des § 84 Abs 3 Z 6 AktG verdrängt.¹³²⁾ Eine Zahlung kann daher dem Tatbestand des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG unterfallen, obwohl die Antragspflicht noch gar nicht gilt.¹³³⁾ Um die 60-Tages-Frist des § 69 IO jedoch nicht durch ein unbedingtes Zahlungsverbot zu konterkarieren, geht die hM zu Recht davon aus, dass sämtliche Zahlungen zur Aufrechterhaltung des Betriebs im Rahmen einer zulässigen Ausschöpfung dieser Frist mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters vereinbar sind.¹³⁴⁾ Sogar die Tilgung älterer Schulden kann dementsprechend gerechtfertigt sein, wenn andernfalls die Beendigung essentieller Geschäftsbeziehungen oder ein Lieferstopp betriebsnotwendiger Güter droht.

III. Begrenzung auf Quotenschaden als zusätzliches Korrektiv

1. Überschießende Haftungssanktion bei Unternehmensfortführung?

Außerhalb dieser Frist können Ausgaben zur Aufrechterhaltung des Unternehmensbetriebs allerdings grundsätzlich nicht mehr mit § 84 Abs 3 Z 6 S 2 AktG (analog) gerechtfertigt werden, weil die gesetzliche Wertung des § 69 Abs 2 IO eine Unternehmensfortführung ja gerade verhindern will. Auch verfängt der Einwand nicht, selbst der Insolvenzverwalter hätte diese Zahlungen zur Fortführung des Unternehmens erbringen müssen,¹³⁵⁾ weil erstens nicht gesichert ist, ob und wie lange er das Unternehmen fortgeführt hätte, zweitens die Dauer der Fortführung dann entsprechend kürzer, die insgesamt zu tätigenden Zahlungen somit wiederum geringer gewesen wären.

Der Entlastungsnachweis der gebotenen Sorgfalt kann daher allenfalls die Zahlung gewisser Versicherungsprämien außerhalb der 60-Tagesfrist rechtfertigen, gerade zur Absicherung elementarer Gefahren (Feuerschutz etc), weil deren Anfallen tatsächlich von der Unternehmensfortführung un-

¹³¹⁾ *Karollus* in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement 1167; *Binder* in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung² Rz 3/47; *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 624.

¹³²⁾ 6 Ob 164/16k (Punkt 1.2.); zustimmend *Felzl*, GesRZ 2017, 405; *Reich-Rohrwig*, Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, *ecolex* 2017, 1181.

¹³³⁾ Offenbar abweichend *Robertson*, *ecolex* 2018, 151 f.

¹³⁴⁾ OGH 6 Ob 164/16k (Punkt 1.3.); *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 2/384; *Schumacher* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ § 69 KO Rz 168; *Adensamer/Oelkers/Zechner*, Unternehmenssanierung zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht (2006) 38; *Binder* in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung² Rz 3/49; *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 627; *Jaufer*, Unternehmen³ 162 f, 164 f; *Felzl* in Gruber/Harrer, GmbHG § 25 Rz 114.

¹³⁵⁾ Vgl zu diesem Einwand in anderem Kontext OGH 7 Ob 726/88.

¹²⁸⁾ *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 616; abweichend OLG Wien 6 R 30/88 = NZ 1989, 252.

¹²⁹⁾ OGH 6 Ob 164/16k; zustimmend *Felzl*, GesRZ 2017, 406.

¹³⁰⁾ Erwägend *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 627 f mwN aus der deutschen Rsp.

abhängig ist.¹³⁶) Die Zahlung von Pacht-, Lohn-, Strom-, Wasser- oder Treibstoffkosten ist hingegen grundsätzlich in vollem Umfang haftungsbegründend.¹³⁷) Denn auch eine Anrechnung der unmittelbaren Gegenleistung im Rahmen des Zahlungsbegriffs bringt nach konsequenter Auffassung des BGH¹³⁸) keine Entlastung, weil die Arbeitskraft, die Nutzungsbefugnis des Pachtobjekts oder der bereits verbrauchte Strom kein verwertbares Aktivum bringt. Diese Gegenleistungen sind nicht „liquide verwertbar“. Nur die Aufrechterhaltung der unternehmerischen Tätigkeit als Gesamtes wirft im Regelfall auch Gewinne ab, die sich in Form von Barzahlungen oder Kontoeingängen positiv auf die Insolvenzmasse auswirken können. Jedoch ist überaus zweifelhaft, ob diese Unternehmensgewinne als Gegenleistungen qualifiziert werden können, die mit den einzelnen oft Monate zuvor geleisteten Teilzahlungen zur Aufrechterhaltung der betrieblichen Tätigkeit in *hinreichendem* oder gar – wie es der BGH¹³⁹) fordert – in *unmittelbarem* Zusammenhang stehen. Wird der Unternehmensgewinn zudem in einer dem Geschäftsleiter zurechenbaren Weise (zB Angabe des Kontos als Zahlstelle) auf ein debitorisches Konto bezahlt, kommt es aus seiner Sicht „doppelt dick“: Nicht nur, dass er die Ausgaben für die „Produktionskosten“ zu ersetzen hat, er haftet auch für die Einzahlung des Erlöses auf dem Debetkonto der Gesellschaft.¹⁴⁰) Denn auch dabei handelt es sich wie gesagt¹⁴¹) um eine tatbildliche Zahlung an die kontoführende Bank.

Es zeigt sich, dass gerade bei einer gewöhnlichen Unternehmensfortführung jenseits der 60-Tages-Frist ein Abstellen auf den jeweiligen Zahlungsvorgang als den die Höhe des Ersatzanspruchs determinierenden Betrag trotz gewisser tatbestandsimmanenter Korrekturen rasch zu einer Ersatzpflicht führen kann, welche über den eigentlichen Schaden des Gläubigerkollektivs weit hinausgeht. Es ist nun letztlich wohl zu einem gewissen Grad eine Glaubensfrage, ob man dies aufgrund des insolvenzrechtlichen *telos* für gerechtfertigt hält oder eben

nicht. Eindeutige Antworten liefert das Gesetz nämlich, wie sogleich zu zeigen sein wird, nicht.

2. BGH: Kumulation isolierter Zahlungen sachgerecht

Der BGH¹⁴²) und die wohl hL in Deutschland¹⁴³) befürworten eine solche „Haftungsverschärfung“ und halten dementsprechend trotz vehementer Kritik an der isolierten Betrachtungsweise der jeweiligen Zahlungen als Grundlage der Berechnung des Ersatzanspruchs fest. Plastisch auf den Punkt gebracht wird dies damit, dass es sich bei § 64 GmbHG um keinen Schadenersatzanspruch, sondern einen Erstattungsanspruch *sui generis* handele.¹⁴⁴)

Dafür spricht neben der – freilich schon bis zu Art 241 AHGB zurückreichenden und im Detail nicht ganz eindeutigen – Entstehungsgeschichte¹⁴⁵) des Zahlungsverbots vor allem der Gesetzeswortlaut. Haftungsbegründendes Verhalten ist danach die einzelne Zahlung und nicht die Unterlassung der rechtzeitigen Insolvenzantragstellung, sodass folgerichtig eine Verrechnung der nachteiligen Zahlung mit möglichen positiven Geschäften ausscheiden muss.¹⁴⁶) Auch der Verfasser hat diesem Zugang aus diesen Gründen bereits das Wort geredet.¹⁴⁷)

3. OGH: Begrenzung durch Quotenschaden

Die allen voran von K. Schmidt¹⁴⁸) getragene Gegenansicht, wonach das Zahlungsverbot sehr wohl

¹⁴²) Explizit gegen ein alternatives Verständnis BGH II ZR 151/09 = DSStR 2011, 130 (Goette).

¹⁴³) Goette, Zur systematischen Einordnung des § 64 Abs. 2 GmbHG, ZInsO 2005, 1 (3 f); Röhrich, ZIP 2005, 509 ff; Thiessen in Schröder/Kanzleiter, 3 Jahre nach dem MoMiG 72 ff (insbesondere 106 ff); H.-F. Müller in MünchKomm GmbHG III² § 64 Rz 139 ff; Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG²¹ § 64 Rz 12; Nerlich in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG³ (2017) § 64 Rz 12 f je mwN.

¹⁴⁴) BGH II ZR 2/72 = NJW 1974, 1088; II ZR 88/99 = BGHZ 146, 264; II ZR 204/09 = NJW 2011, 2427. Richtigerweise lässt sich der Rechtsnatur jedoch die Antwort auf die entscheidende Frage nicht entnehmen, ob man Gegenleistungen, welche die Aktivmasse erhöhen, nur im isolierten Zusammenhang zur jeweiligen Zahlung oder jegliche Besserung des Quotenschadens im Rahmen einer ganzheitlichen Betrachtungsweise *in statu cridae* anrechnen muss.

¹⁴⁵) Ausführlich hierzu Thiessen in Schröder/Kanzleiter, 3 Jahre nach dem MoMiG 78 ff; siehe ferner Schulze-Osterloh in FS Bezenberger 418.

¹⁴⁶) ZB Röhrich, ZIP 2005, 509 f; H.-F. Müller in MünchKomm GmbHG III² § 64 Rz 139.

¹⁴⁷) U. Torggler/Trenker, JBI 2013, 616.

¹⁴⁸) K. Schmidt, Übermäßige Geschäftsführerrisiken aus § 64 Abs. 2 GmbHG, § 130a Abs. 3 HGB?, ZIP 2005, 2177 (2182 ff); derselbe, Debitorisches Bankkonto und Insolvenzverschleppungshaftung: Ist Geben seliger denn Nehmen?, ZIP 2008, 1401 (1408); derselbe in Scholz, GmbHG¹¹ § 64 Rz 16, 21, 68 ff; derselbe, Ersatzpflicht bei „verbotenen Zahlungen“ aus insolventen Gesellschaften: Ist der haftungsrechtliche Kampfhund zähmbar?, NZG 2015, 129 uva. Einen anderen Ansatz verfolgt Altmeyen (ZIP 2001, 2206 ff; derselbe, ZIP 2015, 952 ff; derselbe in Roth/Altmeyen, GmbHG⁸ § 64 Rz 35 ff), der umgekehrt nicht das Zahlungsverbot in der allgemeinen Insolvenzverschleppungshaftung aufgehen lässt, sondern eine allgemeine In-

¹³⁶) Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ § 69 KO Rz 169; U. Torggler/Trenker, JBI 2013, 627.

¹³⁷) Ebenso P. Csoklich, ZIK 2018, 10.

¹³⁸) II ZR 319/15 = NZI 2017, 809 [Schädlich]. Dass der BGH in II ZR 231/13 = NZI 2015, 133 nunmehr (anders noch II ZR 2/72 = NJW 1974, 1088; II ZR 150/02 = NJW 2003, 2316) eine Gegenleistung auch dann anrechnet, wenn sie im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung nicht mehr vorhanden ist, bedeutet kein Bekenntnis dazu, dass eine Gegenleistung unabhängig davon anrechenbar ist, ob sie überhaupt jemals verwertungstauglich war, also die Insolvenzmasse erhöht (vgl bereits U. Torggler/Trenker, JBI 2013, 616; H.-F. Müller in MünchKomm GmbHG III² § 64 Rz 149; abweichend aber Altmeyen, ZIP 2015, 949). Nicht umsonst stellt der BGH weiterhin darauf ab, „dass für die Zahlung ein Gegenwert in das Gesellschaftsvermögen gelangt [sein muss], und der Sache nach lediglich ein Aktivtausch vorliegt“.

¹³⁹) II ZR 231/13 = NZI 2015, 133 mwN; Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG²¹ § 64 Rz 71.

¹⁴⁰) Vgl die Beispiele bei Altmeyen, ZIP 2001, 2206 f.

¹⁴¹) Oben A.V. bei und in Fn 37.

als Schadenersatznorm – und nicht als Erstattungsanspruch eigener Art – im jüngeren gesetzlichen Haftungskonzept einer Ersatzpflicht für den Insolvenzverschleppungsschaden aufgehe und dementsprechend durch diesen begrenzt werde, hat nun aber den 6. Senat des OGH¹⁴⁹⁾ überzeugt: Die Höhe des ersatzfähigen Schadens werde zwar in Höhe der Zahlungen widerleglich vermutet. Der Geschäftsleiter könne aber den Gegenbeweis führen, dass die für die Erreichung der hypothetischen Quote bei rechtzeitigem Insolvenzantrag erforderliche Zahlung, also der Quotenschaden der Gesamtgläubigerschaft,¹⁵⁰⁾ geringer als die eingeklagte Summe sei. § 25 Abs 3 Z 2 GmbHHG wird damit zu einer Vermutung des Gläubigerschadens in Höhe der einzelnen Zahlungen zurechtgestutzt.¹⁵¹⁾ Diese Vermutung kann vom beklagten Geschäftsleiter aber nicht nur anhand des einzelnen der Zahlung zugrunde liegenden wirtschaftlichen Vorgangs („anrechenbare Gegenleistung“), sondern auch im Rahmen einer gesamtheitlichen Betrachtungsweise sämtlicher – also auch positiver – Auswirkungen der Verschleppung für das Gläubigerkollektiv entkräftet werden.

IV. Stellungnahme und Bewertung

1. Sinnvolle und *de lege lata* vertretbare Haftungsbegrenzung

Dem lässt sich mE Vieles abgewinnen. Im Ergebnis wird § 25 Abs 3 Z 2 GmbHHG somit doch zu einer Haftung auf den Quotenschaden als dem Schaden der Gläubiger Gesamtheit uminterpretiert, was dem Zweck der Norm entspricht und völlig überzogene Ersatzbeträge vermeidet. Dem Insolvenzverwalter bleibt aber der nicht nur aufwendige, sondern letztlich vor vollständiger Insolvenzabwicklung auch diabolische Nachweis des Quotenschadens erspart. Die Klage ist schlüssig, wenn die Höhe des Klagebegehrens dem Masseabfluss der im Einzelnen behaupteten Zahlungen entspricht.¹⁵²⁾ Damit entzieht sich der OGH zugleich der in Deutschland gegen die *K. Schmidt'sche* Eingliederung des Zahlungsverbots in eine allgemeine Haftung auf den Quotenschaden geäußerten Kritik, sie würde die Norm zum „zahnlosen Tiger“ degradieren.¹⁵³⁾ Die Interpretation der Ersatzpflicht für „Zahlungen“ als einer Schadensvermutung belässt diesem Wort-

laut zudem seinen eigenständigen Bedeutungsgehalt.

Ausgehend vom anderslautenden Wortlaut von § 25 Abs 3 Z 2 GmbHHG liegt zwar die abweichende Ansicht *de lege lata* auf den ersten Blick näher. Dennoch lässt sich die Auffassung des OGH in methodisch einwandfreier Weise begründen. Die Bestimmung bzw ihre bis ins 19. Jahrhundert (Art 241 AHGB!) zurückreichenden Vorgängernormen wurden eingeführt, lange Zeit bevor das moderne Konzept einer Anknüpfung der Rechtswidrigkeit an die unterlassene Insolvenzantragstellung (anstatt der einzelnen Zahlung) und der Schadenshöhe an den Gesamtschaden im Verschleppungszeitraum bekannt war.¹⁵⁴⁾ Auch hat die Komplexität des Wirtschaftslebens zugenommen, womit eine sachgerechte Vorteilsanrechnung bei den einzelnen Zahlungen in hochentwickelten Produktionsstrukturen kaum mehr möglich ist (vgl oben F.III.1.). Ein gewisser Bedeutungswandel sowohl des der Bestimmung typischerweise zugrundeliegenden Lebenssachverhalts als auch des systematisch-funktional „umliegenden Normgefüges“ ist daher unbestreitbar, sodass eine berichtigende Interpretation infolge dieses Funktionswandels durchaus zu überzeugen vermag.¹⁵⁵⁾ Das gilt umso mehr, als an einer solchen teleologischen Korrektur – wie gezeigt – die hM bei isolierter Zahlungsbetrachtung ebenfalls nicht vorbei kommt.¹⁵⁶⁾

2. Entlastung mit geringerem Quotenschaden als *probatio diabolica*

Einziger kleiner Wermutstropfen ist, dass der OGH seine Beweggründe in diesem entscheidenden Punkt nicht offen legt. Primär wird die gesamtheitliche Betrachtungsweise nur auf die Entscheidung 5 Ob 38/72 gestützt. Gerade von dieser ist der 6. Senat im Ergebnis jedoch in einem wesentlichen Punkt abgewichen: In 5 Ob 38/72 wurde zwar implizit ebenfalls einer Vermutung der Schadenshöhe in Höhe der Summe der verbotenen Zahlungen das Wort geredet. Es wurde allerdings offenbar an eine Entlastungsmöglichkeit durch den Nachweis eines entsprechenden *Betriebsgewinns* gedacht. Das ist deshalb unzutreffend, weil der Betriebsgewinn eine Kategorie der Vermögensentwicklung der Gesellschaft ist, die sich auf den Schaden der Gesellschaftsgläubiger als dem von § 25 Abs 3 Z 2 GmbHHG geschützten Adressatenkreis auswirken kann, aber nicht muss (oben A.IV. Szenario 2). Eine Entlastung

solvenzverschleppungshaftung neben dem Zahlungsverbot bestreitet. Freilich legt er das Zahlungsverbot im Endeffekt so aus, dass es eine Haftung für die gesamte Masseschmälerung *in statu cridae* erfasst (ebenso *Bitter/Baschnagel*, Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern in der Insolvenz ihrer GmbH (Teil 1), ZInsO 2018, 557 [581 ff]), womit er zu praktisch zumindest sehr ähnlichen Ergebnissen wie *K. Schmidt* gelangt.

¹⁴⁹⁾ OGH 6 Ob 164/16k (Punkt 2.3.4 f).

¹⁵⁰⁾ So *K. Schmidt* in Scholz, GmbHHG¹¹ § 64 Rz 21, 69.

¹⁵¹⁾ So bereits *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 615 ff.

¹⁵²⁾ *K. Schmidt* in Scholz, GmbHHG¹¹ § 64 Rz 68.

¹⁵³⁾ *H.-F. Müller* in MünchKomm GmbHG III² § 64 Rz 141; ebenso *Goette*, ZInsO 2005, 3 f. Allerdings berücksichtigt dieser Einwand nicht hinreichend, dass auch *K. Schmidt* eine solche Schadensvermutung annimmt (ZIP 2008, 1408; *derselbe* in Scholz, GmbHHG¹¹ § 64 Rz 68 f).

¹⁵⁴⁾ Vgl in diesem Sinn *K. Schmidt*, ZIP 2005, 2183 f; *denselben*, Weg mit den „Zahlungsverboten“ in Insolvenzverschleppungsfällen!, ZHR 175 (2011) 433 (442); *Altmeppen* in Roth/Altmeppen, GmbHG⁸ § 64 Rz 36; aA aber mit beachtlichen Argumenten *Thiessen* in Schröder/Kanzleiter, 3 Jahre nach dem MoMiG 78 ff.

¹⁵⁵⁾ Allgemein zum Funktionswandel und seiner Bedeutung zB *F. Bydlinski*, Methodenlehre 577 ff; *G. Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ (2015) § 6 Rz 206 ff; siehe auch RIS-Justiz RS0008874.

¹⁵⁶⁾ *K. Schmidt* (NZG 2015, 133) hat der bloßen Anrechnung masseerhöhender Gegenleistungen nicht ganz zu Unrecht vorgeworfen, sie sei lediglich ein „Kurieren am Symptom“ (ebenso *Altmeppen*, ZIP 2015, 949).

ist sohin nicht schon dann gerechtfertigt, wenn der Betriebsverlust geringer als die Summe der Zahlungen ist, sondern nur, wenn der „Gesamtgläubigerschaden“, also der Quotenschaden, geringer als die kumulierte Zahlungshöhe ausfällt. Das sieht der 6. Senat ganz offensichtlich ebenso,¹⁵⁷⁾ was sich nicht nur aus der eindeutigen Diktion („Gesamtgläubigerschaden“), sondern auch aus dem Verweis auf *K. Schmidt*¹⁵⁸⁾ ergibt. Eine ausdrückliche Distanzierung von 5 Ob 38/72 wäre in diesem Punkt zur Beseitigung jeglicher Restzweifel allerdings wünschenswert gewesen.

Wie dem auch sei: Der beklagte Geschäftsleiter kann sich mit dem Nachweis eines Quotenschadens entlasten, soweit dieser geringer als die kumulierten Zahlungen ist. Er trägt somit die Behauptungs- und Beweislast,¹⁵⁹⁾ was von ganz wesentlicher Bedeutung ist: Denn der Nachweis des Quotenschadens ist ein wahrlich diabolischer. Die sicherlich schwierige Berechnung der Quote bei hypothetischer Insolvenzantragstellung („Soll-Quote“) sollte sich zwar in ähnlicher Weise wie jene des Betriebsverlusts unter Hinzuziehung eines Sachverständigen und durch Anwendung von § 273 ZPO¹⁶⁰⁾ bewerkstelligen lassen.¹⁶¹⁾ Allerdings wird die tatsächliche Höhe der Quote („Ist-Quote“) regelmäßig bis zur Schlussrechnung des Insolvenzverwalters unbekannt sein.¹⁶²⁾ *Harrer*¹⁶³⁾ hat daraus für den individuellen Quotenschaden der Gläubiger die Konsequenz gezogen, dass dieser als Differenz von Soll- und – noch unbekannter – Ist-Quote nicht endgültig beziffert werden kann und eine Leistungsklage daher abzuweisen wäre. Die

¹⁵⁷⁾ 6 Ob 164/16k (Punkt 2.3.5.)

¹⁵⁸⁾ In Scholz, GmbHG¹¹ § 64 Rz 69. *K. Schmidt* geht allerdings überhaupt nicht auf die Möglichkeit eines abweichenden Betriebsverlusts ein. Er meint, der von *Altmeppen* befürwortete Verlustausgleichsanspruch entspreche in der Regel dem Quotenschaden, was zumindest Zweifel daran erweckt, ob ihm der mögliche Unterschied zwischen beiden Größen bewusst ist. Diese Unklarheit hängt auch mit der Ungewissheit zusammen, ob *Altmeppen* mit dem „Verlustausgleichsanspruch“ den Betriebsverlust, den Quotenschaden oder nur die Massekürzung als Gesamtgläubigerschaden meint (oben A.IV. in Fn 19).

¹⁵⁹⁾ *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG¹¹ § 64 Rz 69, 73.

¹⁶⁰⁾ § 273 ZPO muss mE vorliegend – trotz des insoweit vielleicht zu engen Wortlauts – iS der Waffengleichheit der Parteien auch dem beweispflichtigen Beklagten zu Gute kommen, wenn sein Entlastungsbeweis dem Grunde nach zwar berechtigt wäre, die genaue Höhe aber gar nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten feststellbar ist. Dementsprechend ist in Deutschland die Anwendung des vergleichbaren § 287 dZPO für die Höhe des Mitverschuldensanteils anerkannt (zB BGH III ZR 174/59 = VersR 1961, 368).

¹⁶¹⁾ Dass zB die hypothetischen Masseforderungen faktisch nicht berechenbar sind (so *Schummer* in FS Koppensteiner 230), ist demgemäß mE kein durchgreifendes Hindernis, weil sie im Zweifel einfach gleich hoch wie bei tatsächlicher Antragstellung veranschlagt werden können (§ 273 ZPO).

¹⁶²⁾ Darauf weisen zB *Goette* (ZInsO 2005, 3 f) und *H.-F. Müller* (in MünchKomm GmbHG III² § 64 Rz 141) hin. Vgl für Österreich auch *Harrer*, Haftungsprobleme 60; *Wagner/Braun*, eolex 2000, 711; *U. Torggler/Trenker*, JBI 2013, 617 f.

¹⁶³⁾ Haftungsprobleme 59 f.

Rsp für Anlegerschäden scheint diesen Befund zu bestätigen, wenn sie eine Leistungsklage auf den rechnerischen Ersatzanspruch vor Verkauf eines volatilen Anlageprodukts mangels Bezifferbarkeit abweist.¹⁶⁴⁾ Übertragen auf die gegenständliche Problematik hieße das aufgrund der umgekehrten Beweislastverteilung, dem beklagten Geschäftsleiter den Einwand eines allenfalls geringeren Quotenschadens bis zum Schluss des Insolvenzverfahrens und Feststehen der Quote abzuschneiden. Folglich wäre der Klage zumindest vorerst in mitunter überhöhtem Ausmaß stattzugeben.

Die Alternativlösung besteht hingegen darin, den Schaden vor Feststehen der Insolvenzquote gemäß § 273 ZPO zu schätzen. Sie wird für den Quotenschaden einzelner Gläubiger von *K. Schmidt*¹⁶⁵⁾ befürwortet.¹⁶⁶⁾ Auch die hM zur Quotenverschlechterung bei der Anfechtung nachteiliger Rechtsgeschäfte gemäß § 31 Abs 1, 2 je Fall 2, Abs 3 IO geht offenbar von diesem Ansatz aus.¹⁶⁷⁾ Bei der obigen Feststellung des Ist-Stands als Subtrahend zur Errechnung des Betriebsverlusts wurde dieser Weg ebenfalls gewählt.

3. Schätzung der tatsächlichen Insolvenzquote gemäß § 273 ZPO

Beim Entlastungsbeweis des Geschäftsführers im Kontext des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG kann wohl letztlich nichts anderes gelten. Der Gesamtgläubigerschaden als maximale Schadenshöhe hat sich nämlich ebenfalls am Schaden des Gläubigerkollektivs *im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung* zu orientieren – spätere Entwicklungen sind dem Geschäftsleiter mangels Rechtswidrigkeitszusammenhangs nicht mehr zurechenbar. Der Schaden bzw die Einrede des Geschäftsleiters ist damit im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung dem Grunde und der Höhe nach entstanden und fällig. Die Ergebnisse des Insolvenzverfahrens bzw die tatsächlich festgestellte Insolvenzquote sind daher, soweit sie zum Schluss der mündlichen Streitverhandlung vorhanden sind, *nur*, aber *immerhin* werterhellende Faktoren, die das Ausmaß des bereits entstandenen Schadens theoretisch nicht verändern. Sind die Informationen über die Ergebnisse des Insolvenzverfahrens noch nicht „vollständig“, ändert dies nichts am bereits vollzogenen Schadenseintritt in voller Höhe.

Die – praktisch häufig bestehende – Möglichkeit späterer werterhellender Faktoren sollte der notwendigen Anwendung von § 273 ZPO mE ganz allgemein nicht entgegenstehen, weil eine Anspruchsdurchsetzung sonst häufig illusorisch und der Zweck der Schadensschätzung damit konterkariert

¹⁶⁴⁾ RIS-Justiz RS0120784; OGH 8 Ob 123/05d; 4 Ob 28/10m; 4 Ob 67/12z uva.

¹⁶⁵⁾ JBI 2000, 484.

¹⁶⁶⁾ Ebenso im gegebenen Kontext *Thiessen* in Schröder/Kanzleiter, 3 Jahre nach dem MoMiG 110.

¹⁶⁷⁾ Das zeigt sich schon darin, dass die ganz herrschend angewandte (RIS-Justiz RS0110411; weitgehend zustimmend auch *König*, Anfechtung⁵ Rz 11/76) *Weissel*'sche Formel (siehe dazu *Weissel*, ÖBA 1992, 634) ohne Einbeziehung der tatsächlich erzielten Quote auskommt. Siehe dazu bereits oben C.V.2.

würde. Deren *telos* besteht nämlich gerade bei einer *gar nicht feststellbaren* Anspruchshöhe darin, eine dem Grunde nach berechtigte Klage nicht wegen mangelnder Bezifferbarkeit der Anspruchshöhe abzuweisen.¹⁶⁸⁾ Hinzu kommt, dass die tatsächliche Insolvenzquote ausnahmsweise dann gar nicht *werterhellend*, sondern *wertverzerrend* wirkt, wenn sie – insoweit ist *Weissel*¹⁶⁹⁾ zuzustimmen – Ergebnis einer unsachgemäßen Verwertung seitens des Insolvenzverwalters wäre. Auch aus der – ohnehin zweifelhaften¹⁷⁰⁾ – Rsp zum Anlegerschaden ergibt sich nichts anderes: Die Berufung auf die mangelnde Bezifferbarkeit des Geldersatzanspruchs beim Anlegerschaden beruht auf der Besonderheit, dass dieser bei volatilen Anlageprodukten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zukünftigen Schwankungen unterliege.¹⁷¹⁾ Auf den Gesamtgläubigerschaden trifft das hingegen nicht zu.

Auch wenn die Frage, ob § 273 ZPO dann anwendbar ist, wenn die unverhältnismäßigen oder unüberwindlichen Beweisschwierigkeiten voraussichtlich nur aktuell bestehen, sich jedoch aufgrund werterhellender Faktoren mit hoher Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft beseitigen lassen, an dieser Stelle nicht abschließend untersucht werden kann, ist im gegebenen Problemkontext zusammengefasst folgendes Ergebnis vorzugswürdig: Der beklagte Geschäftsleiter kann sich bereits vor Ende des Insolvenzverfahrens und Feststehen der Insolvenzquote damit entlasten, dass die – in der Regel mit Hilfe eines Sachverständigen – vom Richter gemäß § 273 ZPO geschätzte Differenz der Quoten bei hypothetischer und tatsächlicher Antragstellung geringer als das vom Insolvenzverwalter durch Kumulation einzelner Zahlungen geltend gemachte Klagsbegehren ist. Die Schätzung orientiert sich an den Grundsätzen, die zur Berechnung des Betriebsverlusts aufgestellt wurden (oben C.V.). Bedeutsamer Unterschied ist, dass die hypothetische und tatsächliche Quote jeweils aus dem Quotienten von Aktiva und Passiva und nicht ihrer Differenz errechnet wird. Weil nachrangige Forderungen die Quote der allgemeinen Gläubiger unberührt lassen, ist zudem zu beachten, dass sie bei der Berechnung des Quotenschadens – anders als beim Betriebsverlust (oben C.V.2.) – auszuklammern sind.

4. Präklusion trotz nachträglicher Erkenntnis der Unrichtigkeit der Schätzung

Die evidente Achillesferse dieser Lösung besteht freilich darin, dass sich im Nachhinein mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit herausstellen wird, dass die Schätzung der tatsächlich erzielbaren Insolvenzquote unrichtig war. Gerade wenn ein offener Anfechtungs- oder Prüfungsprozess nachträglich an-

ders ausgeht als vom Richter gemäß § 273 ZPO „prognostiziert“, liegt es auf der Hand, dass nach Kenntnis der ausbezahlten Insolvenzquote eine Partei das Urteil verständlicherweise als ungerecht empfinden wird. Entweder war der zugesprochene Schadenersatz zu hoch oder zu niedrig, wenn der Quotenschaden als Schadensobergrenze falsch geschätzt wurde. Aus rein materiell-rechtlicher Warte ergäbe sich somit nach Bezahlung entweder ein Bereicherungsanspruch des Geschäftsführers (§ 46 Z 6 IO iVm § 1431 ABGB¹⁷²⁾) oder es bestünde eine Nachforderung des Insolvenzverwalters. Prozessual ist aber fraglich, ob dem nicht die Präklusionswirkung der Rechtskraft des Ersturteils entgegensteht.

Dogmatisch spitzt sich das Problem auf die Frage zu, ob es sich bei den werterhellenden Informationen, seien es Prozessergebnisse oder tatsächliche Verwertungserlöse, um Neuerungen handelt. Im Falle der Qualifikation als *novum repertum* wäre mangels Verschuldens der jeweiligen Partei der Wiederaufnahmsgrund des § 530 Abs 1 Z 7 ZPO eröffnet. Die mE eher zutreffende Qualifikation als *novum productum* würde eine neue Klage des durch die Schätzung „Benachteiligten“ erlauben.¹⁷³⁾ Allerdings ist wohl nicht davon auszugehen, dass die nachträgliche Erkenntnis, dass eine ursprüngliche Prognose falsch war, ein *novum* begründet, das nicht von der Präklusionswirkung der Rechtskraft erfasst ist. Der BGH hat entschieden, dass eine Entscheidung, die auf Basis einer Prognose ergangen ist, für die Parteien bindend bleibt, selbst wenn sich diese Prognose nachträglich als falsch erweist.¹⁷⁴⁾ Obwohl die Prognose in dieser Entscheidung bereits im materiellrechtlichen Tatbestand angelegt war,¹⁷⁵⁾ kann dementsprechend wohl auch ein rechtskräftiges Urteil über eine gemäß § 273 ZPO geschätzte Schadensposition nicht mehr neuerlich aufgerollt werden kann.

Die damit in Kauf genommenen Unbilligkeiten nähren zwar wiederum die angesprochenen Zweifel an der Anwendung von § 273 ZPO in der gegenständlichen Konstellation. ME sind diese Unzulänglichkeiten aber wie gesagt allgemein vorzugswürdig gegenüber der Verweigerung jeglichen Rechtsschutzes bis zur endgültigen Bezifferbarkeit der Höhe eines Anspruchs – ein Zeitpunkt der oftmals kaum mit Gewissheit bestimmbar ist. Empfinden beide Parteien eine Schätzung der tatsächlich erzielbaren Quote als unbillig, könnten sie sich ohnehin durch ein Ruhen des Verfahrens bis zum Abschluss der insolvenzrechtlichen Verwertung behelfen, mag ein solches Einverständnis auch selten vorkommen. Eine Unterbrechung nach § 190 ZPO bis zum Ende des Insolvenzverfahrens gegen den

¹⁶⁸⁾ *Leipold* in Stein/Jonas, ZPO IV²² (2008) § 287 Rz 1; vgl auch *Trenker*, § 273 Abs 2 Fall 2 ZPO – Ansätze eines Bagatellverfahrens, RZ 2015, 74 (76).

¹⁶⁹⁾ ÖBA 1992, 634 f. Dazu schon C.V.2. bei Fn 77.

¹⁷⁰⁾ *Schobel/Parzmayr*, Anlegerschaden und Schadensberechnung, ÖBA 2010, 165 (170 ff); *Trenker*, Umfang und Art des Ersatzanspruchs bei fehlerhafter Anlageberatung, wbl 2010, 618 (620).

¹⁷¹⁾ Vgl nur RIS-Justiz RS0120784.

¹⁷²⁾ Zur Notwendigkeit einer eigenständigen Rechtsgrundlage für einen Bereicherungsanspruch nach § 46 IO zB *Engelhart* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze (2012) § 46 IO Rz 309.

¹⁷³⁾ Vgl allgemein *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ Rz 955; *Fasching/Klicka* in Fasching/Konecny, ZPG III² (2004) § 411 Rz 95 ff.

¹⁷⁴⁾ BGH IVa ZR 197/84 = NJW 1986, 2645.

¹⁷⁵⁾ Dies hebt *Leipold* in Stein/Jonas, ZPO IV²² § 322 Rz 238 als maßgeblich hervor.

Willen einer Partei scheidet dagegen aus, schon weil das Insolvenzverfahren vor Abschluss der Schadenersatzklage gegen den Geschäftsführer gar nicht enden darf (arg: § 136 Abs 1 S 1 IO) und im Insolvenzverfahren ohnehin kein Beschluss gefasst wird, der für den Schadenersatzanspruch präjudiziell und bindend wäre.¹⁷⁶⁾

5. Keine Differenzierung zwischen Alt- und Neugläubigern

Ein in Deutschland vieldiskutiertes Problem ergibt sich ferner aus der bei der individuellen Verfolgung von Insolvenzverschleppungsansprüchen bekannten Differenzierung zwischen Alt- und Neugläubigern. Auch der Insolvenzverwalter müsse sich demnach offenbar im Rahmen der Geltendmachung des Quotenschadens gemäß § 92 iVm § 15a dInsO auf den Schaden der Altgläubiger beschränken, was schwierige Rechenoperationen bedingt.¹⁷⁶⁾ Daran ist theoretisch sicherlich richtig, dass die hypothetische Quote der einzelnen Neugläubiger variiert, je nachdem wann sie ihre Gläubigerstellung erlangt haben.¹⁷⁸⁾ Denn ihre Soll-Quote bestimmt sich nach diesem Zeitpunkt. Muss nun auch der Geschäftsführer diesen praktisch kaum durchführbaren Weg gehen, um den exakten Quotenschaden zu berechnen und sich dadurch zu entlasten?

Die undifferenzierte Bezugnahme des OGH auf den „Gesamtgläubigerschaden“ spricht mE eindeutig dagegen, was nicht nur aus praktischer Sicht uneingeschränkt zu begrüßen ist. Da § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG die Erhaltung der im Zeitpunkt der materiellen Insolvenz vorhandenen Masse im Interesse des gesamten Gläubigerkollektivs bezweckt, ist eine Differenzierung zwischen Alt- und Neugläubigern nämlich auch von einem theoretischen Standpunkt aus obsolet.¹⁷⁹⁾

6. Exkurs: Hypothetische Quote des Zahlungsempfängers

Sehr ähnlich, aber nicht zu verwechseln mit dem Problem der Berechnung des Quotenschadens ist eine andere Schwierigkeit bei der Ermittlung der Schadenshöhe nach § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG. Zahlt der Geschäftsführer *in statu cridae* noch einzelne Gläubiger, wird das Gläubigerkollektiv in Wahrheit nicht in voller Höhe der Zahlung geschädigt, weil der befriedigte Gläubiger im Insolvenzverfahren auch ohne rechtswidrige Zahlung die Quote erhalten

hätte. Es besteht daher kein Zweifel, dass der Insolvenzmasse nur die jeweilige Zahlung abzüglich der tatsächlichen Insolvenzquote zu Gute kommen darf, andernfalls sie bereichert wäre. Strittig ist aber, wie dieses Ergebnis bei der Verfolgung des Anspruchs gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG zu bewerkstelligen ist. Geht man mit der hM davon aus, dass sich der Schadenersatzanspruch der Insolvenzmasse um diese Quote reduziert,¹⁸⁰⁾ legt das nahe, dass der Insolvenzverwalter für die exakte Schadenshöhe behauptungs- und beweispflichtig ist. Dann könnte der klagende Insolvenzverwalter den Schaden vor Abschluss des Insolvenzverfahrens und Feststellung der Quote aber kaum beziffern.

Der 6. Senat erachtet diese „Quotenersparnis“ jedoch als anrechenbaren Vorteil, für den nach allgemeinen Grundsätzen der beklagte Schädiger behauptungs- und beweispflichtig ist, womit er diese Hürde sachgerecht umschiffet.¹⁸¹⁾ Wiederum wird der beklagte Geschäftsführer diese *probatio diaboli* häufig nicht erbringen können, sodass er zunächst in voller Höhe der Zahlung leistungspflichtig wird. Sobald die Quote feststeht, muss sie ihm aber von der Masse erstattet werden, auch wenn der OGH hierzu bislang nicht Stellung bezog. Als Anspruchsgrundlage bietet es sich an, ihm analog §§ 896, 1042, 1422 ABGB, §§ 17, 41 IO eine mit dem Anspruch der bezahlten Gläubiger identische Forderung zuzugestehen, die er im Insolvenzverfahren anmelden kann.¹⁸²⁾ Wegen des fehlenden Erfordernisses zur Forderungsanmeldung weniger praktikabel, aber alternativ dazu ebenfalls gangbar scheint es, einfach eine Masseforderung gemäß § 46 Z 6 IO iVm § 1431 ABGB in Höhe der zu viel bezahlten Quote anzunehmen.

7. Zwischenresümee: Verteidigung des beklagten Geschäftsfleiters

Die Ähnlichkeit der ganz anders gelagerten Probleme der mangelnden Beweisbarkeit der tatsächlichen Quote bei der Berechnung des Quotenschadens als einer Entlastungsmöglichkeit und dem Abzug der hypothetischen Quote des Zahlungsempfängers als anderer Minderungsmöglichkeit der Ersatzpflicht gibt Anlass zu einer abschließenden Klarstellung zum Verhältnis der Verteidigungsmöglichkeiten des Geschäftsfleiters.

Die Entlastung durch den Nachweis eines geringeren Quotenschadens ist mit jenen tatbestandsimmanenten Einwendungen, die die Höhe der kumu-

¹⁷⁶⁾ Die hM verlangt nämlich eine Bindungswirkung der Entscheidung im Parallelprozess für eine Unterbrechung nach § 190 ZPO (RIS-Justiz RS0036919; OGH 9 ObA 117/91; Höllwerth in Fasching/Konecny, ZPG II/3³ [2015] § 190 Rz 71 mwN; aA Fasching, Sind die Gerichte an präjudizielle Bescheide der Verwaltungsbehörden gebunden?, JBl 1976, 557 [562 ff]).

¹⁷⁷⁾ Brandes/Gehrlein in MünchKomm InsO II³ § 92 Rz 18 ff.

¹⁷⁸⁾ K. Schmidt, JBl 2000, 484 f; Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 74.

¹⁷⁹⁾ Zutreffend Dellinger, Vorstandshaftung 214 ff; derselbe in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 74; K. Schmidt, JBl 2000, 484 f; siehe für Deutschland ferner Häsemeyer, Insolvenzrecht⁴ (2007) Rz 30.70 f.

¹⁸⁰⁾ RIS-Justiz RS0059751, zB OGH 5 Ob 38/72 = SZ 45/46; 9 ObA 416/97k = ecolex 1998, 772; 1 Ob 144/01k = SZ 2002/26; Dellinger, Vorstandshaftung 235; derselbe in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 69; Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ § 69 KO Rz 171; Binder in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung² Rz 3/51; Adensamer/Oelkers/Zechner, Unternehmensanierung 38.

¹⁸¹⁾ Erwägend und jedenfalls im Ergebnis identisch U. Torggler/Trenker, JBl 2013, 618.

¹⁸²⁾ Ausführlich U. Torggler/Trenker, JBl 2013, 618 f mwN zum Meinungsstand; S.-F. Kraus/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 25 Rz 14; zustimmend P. Csoklich, ZIK 2018, 12.

lierten Zahlungen reduzieren oder eine Haftung für einzelne Zahlungen überhaupt ausschließen sollen, nicht zu vermengen. Beide Verteidigungsstrategien sind alternativ zueinander anwendbar, können aber zu keinem kumulativen Abzug führen. Im Klartext heißt das: Der Geschäftsleiter kann zunächst vorbringen, dass für einzelne Zahlungen liquid verwertbare Gegenleistungen an die Gesellschaft geflossen sind (oben F.II.1) bzw von vornherein keine Zahlungen iS des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG vorlagen (zB Zahlung eines Aus- oder Absonderungsgläubigers oder Zahlung von einem debitorischen Konto [oben F.II.2]), die Zahlungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters vereinbar waren (DN-Beiträge zur Sozialversicherung; Zahlungen im Rahmen zulässiger Ausschöpfung der 60-Tagesfrist; Zahlungen für sinnvolle Dienstleistungen etc [oben F.II.3.]) und zu guter Letzt, dass ihm für jene Zahlungen, die er ersetzen muss und ersetzt hat, die hypothetische Quote des Zahlungsempfängers rückzuvergüten oder die Quote ausnahmsweise sogar im Vorhinein abzuziehen ist (oben F.IV.6.).¹⁸³⁾

Erscheint ihm der sohin verbleibende Schaden immer noch zu hoch, so bleibt ihm die Möglichkeit, alternativ dazu den Nachweis zu führen, dass das so ermittelte Ergebnis höher ist als der eigentliche Quotenschaden. Dieser ist unabhängig von allen Erwägungen zu § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG „einfach“ durch einen Vergleich der bei rechtzeitiger Insolvenzantragstellung hypothetisch erzielbaren und der tatsächlich erzielten/zu erzielenden Insolvenzquote zu ermitteln, wobei beides nach § 273 ZPO geschätzt werden kann. Ist der Quotenschaden geringer als die geltend gemachten Zahlungen, ist die Klage insoweit abzuweisen; ist der Quotenschaden umgekehrt höher, kann der Insolvenzverwalter seine Klage jedoch nicht ohne weiteres auf diesen höheren Betrag ausdehnen. Denn zur Geltendmachung des kumulierten Quotenschadens ist er nicht legitimiert (oben D.). Er muss vielmehr weitere Zahlungen identifizieren oder den allenfalls höhe-

ren Betriebsverlust geltend machen. Ganz ausnahmsweise können somit gewisse Quotenschäden nicht vom Insolvenzverwalter liquidiert werden, welche nach Verfahrensbeendigung aber die einzelnen Gläubiger individuell gemäß § 69 IO iVm § 1311 ABGB verfolgen können.¹⁸⁴⁾

G. Keine kumulierte Ersatzpflicht für Betriebsverlust und Zahlungen *in statu cridae*

Kommt man somit zum Schluss, dass der Insolvenzverwalter sowohl zur Geltendmachung des Betriebsverlusts als auch gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG zur Rückforderung sämtlicher dem Geschäftsleiter zurechenbarer Masseabflüsse, begrenzt durch den Quotenschaden als den maximalen Gesamtgläubigerschaden, legitimiert ist, stellt sich abschließend die Frage, ob er die Höhe beider Schadenspositionen addieren kann.

Theoretisch scheint eine solche Kumulation auf den ersten Blick zwar möglich, weil es sich um zwei unterschiedliche Ersatzansprüche mit unterschiedlicher Schutzrichtung (Gesellschafts- versus Gläubigerschutz) handelt und beide Ansprüche folglich miteinander konkurrieren. Jedoch ist zu beachten, dass sich eine doppelte Liquidation und eine damit verbundene Bereicherung der Masse und/oder der Gläubigerschaft verbietet. Da beide Ersatzansprüche der Masse zu Gute kommen und damit sowohl den Gesellschafts- als auch den Gläubigerschaden auszugleichen vermögen, deckt die Ersatzleistung der jeweils höheren Schadensposition zwangsläufig die niedrigere. Ist der Betriebsverlust daher ausnahmsweise geringer als der Quotenschaden, so führt ein Ersatz der durch den Quotenschaden begrenzten, kumulierten Zahlungen zugleich reflexartig zu einem Ausgleich des Betriebsverlusts. Ist der Betriebsverlust umgekehrt höher als der Quotenschaden, deckt er im Reflex den Gesamtgläubigerschaden ab, sodass keine Rechtfertigung für eine Haftung in Höhe der einzelnen Zahlungen mehr besteht.

Im Ergebnis bedeutet das, dass der Insolvenzverwalter idealerweise die jeweils höhere Schadensposition eingeklagt; die beiden alternativen Anspruchsgrundlagen eröffnen ihm letztlich ein Wahlrecht zum Ausgleich des jeweils schwerer Geschädigten, sei es die Gesellschaft oder die Gesamtgläubigerschaft. Vorsichtshalber wird sich der Insolvenzverwalter regelmäßig alternativ auf beide Anspruchsgrundlagen stützen. Das ist unproblematisch, solange er in der Klage beide Schadensrechnungen (Betriebsverlust als Vergleichsrechnung des hypothetischen und tatsächlichen EK-Status – Quotenschaden [vermutet] als Kumulation

¹⁸³⁾ Schließlich ist noch der Einwand denkbar, dass einzelne Zahlungen anfechtbar waren (dazu ausführlich U. Torggler/Trenker, JBl 2013, 619 ff). Der 6. Senat (6 Ob 164/16k Punkt 2.4.) hat offen gelassen (insoweit unrichtig wiedergegeben von Reich-Rohrwig, ecolex 2017, 1181), ob und unter welchen Voraussetzungen dieser Einwand verfährt, solange der Anfechtungsgegner noch nicht erfolgreich belangt wurde. Letzterenfalls wird der Geschäftsleiter im Ausmaß der Anfechtung zweifellos entlastet (6 Ob 164/16k; Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 69), zuvor wird eine Entlastung von der bisherigen Rsp – mE zu Unrecht (ausführlich U. Torggler/Trenker aaO; König, Anfechtung⁵ Rz 18/49; P. Csoklich, ZIK 2018, 12) – für möglich gehalten, sofern die Anfechtungsfrist noch nicht abgelaufen ist und der Anfechtungsgegner nicht auch insolvent ist (siehe nur RIS-Justiz RS0059751, OGH 5 Ob 38/72; 9 ObA 416/97k [jeweils *obiter dicta*]; offen lassend nunmehr 6 Ob 164/16k Punkt 2.4.). Möglich ist richtigerweise lediglich nachträglicher Regress des Geschäftsführers gegenüber dem Anfechtungsgegner (U. Torggler/Trenker aaO; zustimmend P. Csoklich aaO), wobei zur Wahrung der Jahresfrist des § 43 IO eine bloße Mitteilung in analoger Anwendung von § 9 AnFO für ausreichend gehalten wird (König, aaO Rz 18/50).

¹⁸⁴⁾ Wegen dieser möglichen Diskrepanz zwischen den individuellen Quotenschäden und der Haftung nach § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG sowie der nicht identischen Anspruchsgrundlagen ist es mE überaus fraglich, ob der Insolvenzverwalter wirklich analog § 37 InSO in einen von einem (Insolvenz-)Gläubiger vor Insolvenzeröffnung anhängig gemachten Rechtsstreit eintreten kann (so aber Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 80) – eine Konstellation, die praktisch freilich kaum je vorkommen dürfte.

der massemindernden Zahlungen) anstellt und die jeweiligen Ergebnisse nicht addiert. Andernfalls liegt (zumindest hinsichtlich einer Schadensposition) Unschlüssigkeit vor.

H. Zusammenfassung

- Eine Verletzung der Pflicht zur rechtzeitigen Insolvenzantragstellung begründet für den Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft gegenüber dieser die Haftung für den Betriebsverlust im Verschleppungszeitraum gemäß § 25 GmbHG iVm § 69 IO. Der Geschäftsleiter kann sich weder damit entlasten, dass die Gesellschaft ohnehin bereits überschuldet war, noch mit dem Einwand, der kumulierte Schaden für die Gläubiger (Quotenschaden) sei geringer als der erwirtschaftete Verlust. Auch steht ein solcher Betriebsverlust in hinreichendem Rechtswidrigkeitszusammenhang mit der Insolvenzverschleppung, mögen die einzelnen Verluste auch auf Geschäfte zurückgehen, deren Abschluss bei isolierter Betrachtungsweise mit der BJR vereinbar war. Aktivlegitimiert zur Geltendmachung des Betriebsverlusts als Schadenersatzanspruch der Gesellschaft ist im Insolvenzverfahren nach allgemeinen Grundsätzen der Insolvenzverwalter.
- Indessen fehlt es für eine Liquidation des Quotenschadens als dem Schaden des Gläubigerkollektivs durch den Insolvenzverwalter an einer gesetzlichen Grundlage. § 69 Abs 5 IO will zwar eine individuelle Anspruchsverfolgung der Gläubiger während des Insolvenzverfahrens verhindern. Das bedeutet aber keineswegs, dass dem Insolvenzverwalter *e contrario* die Befugnis hierzu zugewiesen würde. Wie die Materialien andeuten, soll vielmehr „nur“ eine parallele Anspruchsverfolgung durch einzelne Gläubiger und den Insolvenzverwalter hinsichtlich der Ansprüche der Gesellschaft auf Ersatz des Betriebsverlusts (§ 25 GmbHG iVm § 69 IO) und/oder der nach Insolvenzureife geleisteten Zahlungen (§ 25 Abs 3 Z 2 GmbHG) vermieden werden.
- Richtigerweise ist diese Ersatzpflicht für die nach materieller Insolvenz geleisteten Zahlungen (§ 25 Abs 3 Z 2 GmbHG) jener Tatbestand, der eine kanalisierte Liquidation eines über den Gesellschaftsschaden hinausgehenden Gläubigerschadens ermöglicht. Haftungsbegründend sind sämtliche dem Geschäftsleiter zurechenbare Minderungen des Aktivvermögens, weil eine damit verbundene Masseschmälerung den Insolvenzgläubigern unabhängig von einem Verlust der Gesellschaft schadet. Dieses *telos* erfordert im Einzelnen eine Vielzahl tatbestandsimmanenter Korrekturen bzw eine Entlastung für solche „Zahlungen“, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters vereinbar sind (§ 84 Abs 3 Z 6 S 2 AktG analog), um interessengerechte Ergebnisse zu gewährleisten. Darüber hinaus kann der beklagte Geschäftsleiter seiner Haftung den Beweis entgegenhalten, die eingeklagte Summe übersteige den Gesamtgläubigerschaden, den Quotenschaden. § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG wird damit im Ergebnis lediglich als eine widerlegbare Schadensvermutung verstanden, welche die Durchsetzung des Gläubigerschadens durch den Insolvenzverwalter erleichtern soll.
- Es ergibt sich somit ein umfassendes Haftungsregime, bei dem der Insolvenzverwalter grundsätzlich sowohl den Schaden der Gesellschaft (= Betriebsverlust) als auch einen davon unabhängigen Gläubigerschaden (= Quotenschaden) vermutet in Höhe der geleisteten Zahlungen) geltend machen kann. Praktisch kann der Insolvenzverwalter sein Ersatzbegehren zwar auf beide Anspruchsgrundlagen stützen, darf Betriebsverlust und Quotenschaden aber nicht einfach addieren, sondern muss das Klagebegehren mit der jeweils höheren Schadensposition begrenzen.

Korrespondenz: Ass.-Prof. MMag. Dr. Martin Trenker, Institut für Zivilgerichtliches Verfahren, Universität Innsbruck, Innrain 52, 6020 Innsbruck, Österreich; E-Mail: Martin.Trenker@uibk.ac.at.