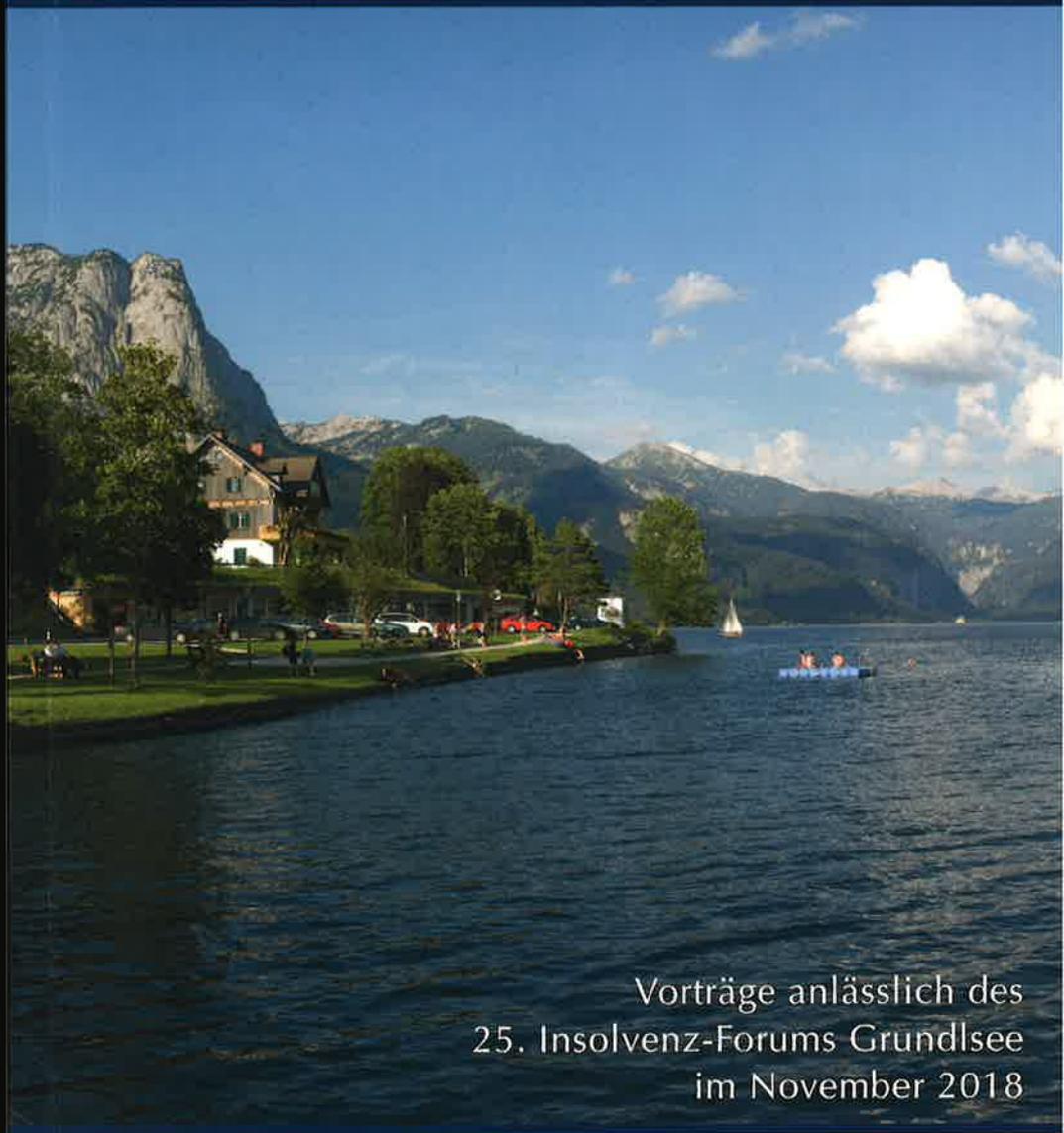


Andreas Konecny (Hg.)

INSOLVENZ-FORUM 2018



Vorträge anlässlich des
25. Insolvenz-Forums Grundlsee
im November 2018



KARNER & DECHOW
INDUSTRIE-AUKTIONEN
INTERNATIONALE VERWERTUNG

Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters nach 6 Ob 164/16k¹

Die rechtzeitige Insolvenzantragstellung wird als eine der Kardinalpflichten der Geschäftsleiter² und zugleich als eine der größten Risiken für deren persönliche Haftung identifiziert. Vor diesem Hintergrund überrascht es vielleicht,³ 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 Pendant⁴ 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 teleolo-

- 1 Der vorliegende Beitrag stellt eine geringfügig adaptierte und aktualisierte Fassung des Artikels *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters nach 6 Ob 164/16k, JBI 2018, 354 und 434 dar. Auf Einzelverweise auf diesen Beitrag wird daher verzichtet.
- 2 *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*, GmbH-Gesetz Kurzkommentar (2014) § 20 Rz 3; *C. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) Rz 4/232.
- 3 Freilich dürfte Hauptgrund dafür der oftmals unzureichende Haftungsfonds der Geschäftsleiter gerade von KMU sein.
- 4 Die Haftung nach § 64 S 1 dGmbHG beschäftigt den BGH nun schon seit Jahrzehnten in dutzenden Entscheidungen (zB BGH II ZR 319/15 NZI 2017, 809 [*Schädlich*]; BGH II ZR 394/13 ZIP 2016, 1119; BGH II ZR 231/13 NZI 2015, 133; BGH II ZR 258/08 NZI 2010, 313 [*Stapper/Schädlich*]; BGH II ZR 48/06 NJW 2007, 2118 [*Altmeyden*]; BGH II ZR 51/06 NZG 2007, 678; 5 StR 67/05 NZG 2005, 892; BGH II ZR 235/03 ZIP 2005, 1550; BGH II ZR 88/99 NZG 2001, 361 [*Habersack/Mayer*]; BGH II ZR 273/98 NZG 2000, 370; BGH II ZR 61/92 NJW 1994, 2149). Die Bedeutung der Norm spiegelt sich ferner darin wider, dass sie jüngst sogar Anlass zweier EuGH-Urteile war (EuGH, C-594/14, *Kornhaas/Dithmar*; EuGH C-295/13, *H./H.K.*). Auf die damit angesprochenen Fragen der internationalen Zuständigkeit und der kollisionsrechtlichen Qualifikation wird vorliegend aber nicht eingegangen (s dazu zB *Trenker*, Anwendung der EulnsVO 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).

gisch 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.

I Konkurrenz von Gesellschafts- und Gläubigerschaden als Ausgangsproblem

A 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-Tages-Frist zwar erst mit Kenntnis vom Insolvenzgrund,⁵ 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.⁶ Der Geschäftsleiter 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-Tages-Frist im Ergebnis (nur) zu einer Art vorübergehenden Unterbrechung der bereits begonnenen Antragspflicht führen.⁷

5 Honsell, GesRZ 1984, 138; Harrer, Haftungsprobleme 38 f; Dellinger, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall (1991) 41; Dellinger in Konecny/Schubert, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (19. Lfg; 2005) § 69 KO Rz 19; Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz³ (2007) § 25 Rz 37; Jaufer, Das Unternehmen in der Krise³ (2014) 159 je mwN; aA insb Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴ (2004) § 69 KO Rz 68 ff.

6 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 (1161); Jaufer, Unternehmen³ 159; Dellinger/Oberhammer/Koller, Insolvenzrecht⁴ (2018) Rz 230.

7 Dass es damit möglicherweise zu einer Insolvenzverschleppung „nur“ vor Beginn und nach Ablauf der 60-Tages-Frist kommt (vgl. Honsell, GesRZ 1984, 210; Dellinger/Oberhammer/Koller, Insolvenzrecht⁴ Rz 231), bereitet gewisse Schwierigkeiten bei der Schadensberechnung. Da man den Fristenlauf entgegen dem Gesetzeswortlaut zugunsten des Geschäftsleiters erst mit

B 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),⁸ führt dies erfahrungsgemäß sehr häufig zu einer weiteren Verschlechterung der Vermögenslage der Gesellschaft („Weiterwursteln“). 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 III D).

Da im Zeitpunkt der Überschuldung jeder weitere Verlust der Gesellschaft auch zulasten ihrer Gläubiger wirkt, treten ebenso reflexartige Schäden⁹ der Gläubiger auf, deren Befriedigungsaussichten sich (weiter) verschlechtern bzw. deren Insolvenzquote verringert wird. Sowohl die Gesellschaft als auch ihre Gläubiger können somit durch die Vermögensverschlechterung im Verschleppungszeitraum einen Schaden im Rechtsinn 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.¹⁰ Es bleibt daher bei der Konzentration

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.

8 Harrer, Haftungsprobleme 95; Dellinger, Vorstandshaftung 45; Dellinger in Konecny/Schubert, KO § 69 Rz 45; Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht¹² (1997) Rz 2/400; Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (71/1. Lfg; 2015) § 25 Rz 144; Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht II/2⁴ § 69 KO Rz 50. Statt vieler OGH 6 Ob 88/13d (Entscheidungen, die im RIS-Justiz im Volltext abrufbar sind, werden im Folgenden ohne Fundstelle zitiert); 1 Ob 526/89; 3 Ob 622/79 JBI 1980, 38; RIS-Justiz RS0065174; RS0023825.

9 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; krit. Reischauer in Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ [2007] § 1293 Rz 1; antikritisch Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht¹³ [1997] Rz 2/1f; Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch¹⁰³ [2018] § 1293 Rz 2), jedenfalls soweit dieser Nachteil eine vermögensrechtliche Dimension erreicht und nicht bloß immaterieller Natur ist.

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

des Ersatzanspruchs bei der unmittelbar geschädigten Gesellschaft. Bei der Insolvenverschleppung ist indes gerade anerkannt und durch § 69 Abs 5 IO indirekt bestätigt worden, dass die Insolvenzantragspflicht ein Schutzgesetz iSd § 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.^{11,12} Hinreichender Rechtswidrigkeitszusammenhang ist damit hergestellt, der prinzipiellen Ersatzfähigkeit von reinen Vermögensschäden der Gläubiger steht nichts im Wege, womit bei der Insolvenverschleppung das Dilemma eines primär geschädigten und vieler reflexartig geschädigter Rechtsträger zu bewältigen ist.¹³

C Vermeidung der doppelten Liquidation durch § 69 Abs 5 IO

Der Gesetzgeber musste hierzu also einen neuen – im Schrifttum schon lange zuvor eingeschlagenen¹⁴ – Weg beschreiten, um einer „Doppelliquidation“ durch Gesellschaft bzw Insolvenzverwalter einerseits und Gesellschaftsgläubiger andererseits einen Riegel vorzuschieben (näher unten IV): 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

- 11 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“.
- 12 *Dellinger*, Vorstandshaftung 52; *Dellinger in Konecny/Schubert*, KO § 69 Rz 70; *K. Schmidt*, Insolvenverschleppungshaftung – Haftungsrechtsprechung zwischen Gesellschafts-, Insolvenz- und Zivilrecht, JBI 2000, 477 (478 f); *Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht II/2⁴ § 69 KO Rz 107; *C. Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 4/509; OGH 5 Ob 259/02b; OGH 8 Ob 29/87; OGH 5 Ob 603/84; 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 s auch *Altmeyden/Wilhelm*, Quotenschaden, Individualschaden und Klagebefugnis bei der Verschleppung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH, NJW 1999, 673 (679 f).
- 13 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 [abl *Riel*]; zust *Bollenberger*, Zur Haftung des Insolvenzverwalters gegenüber Insolvenzgläubigern, ZIK 2017, 206).
- 14 Erstmals *P. Doralt*, Unbeschränkte Haftung bei Insolvenz der GmbH, GesRZ 1982, 88 (97); zust *Honsell*, GesRZ 1984, 212; *Harrer*, Haftungsprobleme 62 ff; vgl auch *Koppensteiner*, Haftung des GmbH-Gesellschafters, wbl 1988, 7 (9 Fn 50).

exklusive Haftung gegenüber der Gesellschaft, also gegenüber dem Masseverwalter.

Diese „Durchsetzungssperre“ gilt jedoch nur für den Quotenschaden, nicht hingegen für potenzielle Vertrauensschäden von Neugläubigern.¹⁵ Diese sind zwar nach hM ebenfalls vom Schutzzweck des § 69 IO erfasst und daher ersatzfähig.¹⁶ 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.

D Unterschied von Gesellschafts- und Gläubigerschaden

Als Ausgangspunkt und -problem ist somit festzuhalten, dass eine schuldhaftige Insolvenverschleppung den Geschäftsleiter sowohl gegenüber der Gesellschaft als auch den reflexartig geschädigten Gläubigern ersatzpflichtig macht. Was bei der Untersuchung des Verhältnisses beider Ansprüche weit zu wenig Beachtung findet,¹⁷ ist die Erkenntnis, dass die Höhe des Schadens der Gesellschaft/Masse aus einem durch die Insolvenverschleppung 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.

- 15 ErläutRV 124 BIGNR 22. GP 17; *Dellinger in Dellinger/Mohr*, Eigenkapitalersatz-Gesetz Kurzkommentar (2004) § 69 KO Rz 9; *Dellinger in Konecny/Schubert*, KO § 69 Rz 81; *Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht II/2⁴ § 69 KO Rz 146; *Richter*, Zur Geltendmachung des Quotenschadens durch den Masseverwalter, ZIK 2007, 42 (43 Fn 11).
- 16 *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 2/473 ff; *Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht II/2⁴ § 69 KO Rz 112 ff; RIS-Justiz RS0027441 mit Beisatz T 3, 5; RIS-Justiz RS0122035; OGH 8 Ob 124/07d; OGH 4 Ob 31/07y; OGH 7 Ob 2339/96p; BGH II ZR 292/91 BGHZ 126, 181; aA *Dellinger*, Vorstandshaftung 64 ff; *Dellinger in Konecny/Schubert*, KO § 69 Rz 87 ff, der mit einer Haftung über den Vertrauensschaden jedoch mitunter zu ähnlichen Ergebnissen gelangt (zust *Told in Gruber/Harrer*, GmbHG² [2018] § 25 Rz 227; vgl idS auch *K. Schmidt*, JBI 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.
- 17 Zutr lediglich *Dellinger*, Vorstandshaftung 234; implizit wohl auch *Schummer* in FS *Koppensteiner* 229. Im Kontext der Anfechtung freilich auf idS *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).

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.¹⁸ 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.¹⁹

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.²⁰

18 *Dellinger*, Vorstandshaftung 234.

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

20 Auf einer mangelnden Differenzierung zwischen beiden Schadenspositionen könnte indes die unrichtige 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 OGH 5 Ob 38/72; zust *Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 228 bei und in Fn 980). Das ist schlicht unrichtig, weil die Entstehung eines Gesell-

E 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 gem § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 6 AktG,²¹ die Gegenstand der jüngsten Entscheidung des 6. Senats war.²² 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 abschließlich 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.²³

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:²⁴ Beide Anspruchsgrundlagen bezwecken

schaftsschadens 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*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG⁹ (2019) § 64 Rz 41 ff (s 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 – iSd 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 (so aber wohl *Dellinger*, ÖBA 2018, 730 [733] [Entscheidungsanmerkung]).

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

22 OGH 6 Ob 164/16k.

23 *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, JBI 2013, 613 (614 f) mWn; vgl auch *Kodek*, Schaden, Anspruchsgrundlagen und Geltendmachung – ein Überblick, in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2017 (2018) 165 (180); abw *Dellinger*, Vorstandshaftung 235 f, der den Schaden darin sieht, dass die befriedigte Forderung nicht mehr werthaltig war (dagegen *U. Torggler/Trenker*, JBI 2013, 614 f).

24 Ausf auch *Schummer* in FS Koppensteiner 215 f.

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.²⁵ Deckungen im Zug-um-Zug-Verhältnis sind nach ganz hM bekanntlich nicht nach §§ 30, 31 Z 1, 2 je Fall 1 IO anfechtbar.²⁶ Hingegen haftet der Geschäftsleiter – wie der OGH in Abkehr vom zugrunde liegenden Beschluss des OLG Linz nunmehr klarstellt²⁷ – 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 saldo²⁸ zu einer Minderung der Aktiva als der verteilungsfähigen Masse führen, sind sie im Ausmaß dieses „Nettoabflusses“²⁹ 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 gem § 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-Geschäfte³⁰ sehr wohl unter diesen Anfechtungstatbestand subsumiert werden können.³¹

§ 25 Abs 3 Z 2 GmbHG will zusammengefasst – ähnlich wie die Anfechtungstatbestände der §§ 30, 31 IO – verhindern, dass der Schuldner

- 25 IdS 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.
- 26 Statt so vieler *Rebernik* in *Konecny/Schubert*, KO (22. Lfg; 2006) § 30 Rz 57 ff, § 31 KO Rz 14; *König*, Die Anfechtung nach der IO⁵ (2014) Rz 10/2 ff, 11/34; *Trenker*, Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen (2012) 35, 38; RIS-Justiz RS0064426; RS0064859; OGH 3 Ob 8/10p; OGH 7 Ob 531/84; uva.
- 27 OGH 6 Ob 164/16k (Pkt. 2.2.2.); zust *P. Csoklich*, Gesellschaftsrechtliches Zahlungsverbot nach Insolvenzeintritt, ZIK 2018, 8 (9).
- 28 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 ganz hM – wenn auch mit unterschiedlicher Begründung – entsprechend begrenzt wird (ausf unten VI B 1).
- 29 *U. Torggler/Trenker*, JBI 2013, 616 f.
- 30 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 iSd Norm darstellen (für Letzteres *König*, Anfechtung⁵ Rz 11/54 ff mwN auch der Gegenansicht; aA zB *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ [2000] § 31 KO Rz 18; *Rebernik* in *Konecny/Schubert*, KO § 31 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.
- 31 *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 31 KO Rz 26; *König*, Anfechtung⁵ Rz 11/51; *Trenker*, Insolvenzanfechtung 39.

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 ist³² – auch das Gebot der rechtzeitigen Stellung des Insolvenzantrags umfassend abgesichert werden.³³ 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“ iSd § 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.³⁴ Nicht erforderlich ist, dass der Geschäftsleiter die Zahlung selbst vornimmt. Dafür spricht neben dem skizzierten 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.³⁵ Das ist richtigerweise ebenfalls weit zu verstehen, sodass auch eine Duldung von Zahlungen durch Mitarbeiter oder sogar die Duldung einer Lastschrift kraft Einziehungsermächtigung³⁶ darunter fällt. Nicht zurechenbar sind einem Geschäftsleiter somit im Regelfall nur solche Aktivschmälerungen, die auf eine Zwangsvollstreckung seitens einzelner Gläubiger zurückgehen.³⁷

Dagegen ist die vom Geschäftsleiter, insb 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.³⁸ Denn im Ausmaß der Einzahlung wird zugleich die durch den Debotsaldo ausgedrückte Schuld gegenüber der Bank zurückgezahlt. Allerdings wird die Haftung auf die Masseschmälerung per saldo im Verschleppungszeitraum begrenzt, wie der 6. Senat³⁹ ebenfalls konstatiert: Haftungsbegründend ist „nur die Veringerung des Schuldsaldos vom Eintritt der materiellen Insolvenz bis zur

- 32 ErläutRV 612 BlgNR 24. GP 6 f; *König*, Anfechtung⁵ Rz 11/2.
- 33 Vgl *U. Torggler/Trenker*, JBI 2013, 615; OGH 6 Ob 164/16k (Pkt. 1.1.); ferner *Schummer* in FS Koppensteiner 214 f; OGH 5 Ob 38/72.
- 34 Vgl statt vieler *Schummer*, Das Eigenkapitalersatzrecht – notwendiges Rechtsinstitut oder Irrweg? (1998) 397 f; *Karollus* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, Krisenmanagement 1168; *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht II/2⁴ § 69 KO Rz 164; *Binder* in *Ratka/Rauter*, Handbuch Geschäftsführerhaftung² (2011) Rz 3/48; *U. Torggler/Trenker*, JBI 2013, 626 f; *P. Csoklich*, ZIK 2018, 9; OGH 6 Ob 164/16k (Pkt. 3.1.).
- 35 *U. Torggler/Trenker*, JBI 2013, 626 f mwN.
- 36 BGH IX ZR 217/06 WM 2007, 2246.
- 37 *U. Torggler/Trenker*, JBI 2013, 626 f mwN; BGH II ZR 32/08 NJW 2009, 1598; aA *Altmeyen* in *Roth/Altmeyen*, GmbHG⁹ § 64 Rz 15.
- 38 *Karollus* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, Krisenmanagement 1168; *Binder* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung² Rz 3/47 f; *U. Torggler/Trenker*, JBI 2013, 626; vgl auch schon *Dellinger*, Vorstandshaftung 236; OGH 6 Ob 164/16k.
- 39 OGH 6 Ob 164/16k (Pkt 3.2.3.).

Insolvenzeröffnung". Darauf (unten VI B 2) sowie viele weitere Probleme im Kontext des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG wird noch zu sprechen zu kommen sein (unten VI). Die bisherigen Ausführungen sollen lediglich dem in weiterer Folge notwendigen Verständnis des Zwecks der Bestimmung dienen.

II 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 iSv masseschmälernden Abflüssen an Aktiva.

Der Betriebsverlust stellt den Schaden der Gesellschaft nach allgemeinen Grundsätzen der konkreten Schadensberechnung dar.⁴⁰ 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).⁴¹ 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 die Eingehung neuer Verbindlichkeiten.⁴² Das fällt freilich deshalb nicht allzu sehr ins Gewicht, weil sich eine passivseitige Vermögensminderung auf die Befriedigungschancen der Gläubiger in weit geringerem Ausmaß als ein Abfluss an Aktiva auswirkt und eine Erhöhung der Verbindlichkeiten ohnehin im Betriebsverlust enthalten ist (oben I D).

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

40 Richtig *Truckenbacher*, 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 I D).

41 Allg *Kozioł*, Haftpflichtrecht I³ Rz 2172; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1293 Rz 21; RIS-Justiz RS0022818.

42 *Karollus* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, Krisenmanagement 1169; *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, KO § 69 Rz 68; *Binder* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung² Rz 3/49; *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 626; OGH 6 Ob 164/16k (Pkt. 3.1.); aA ein Teil der deutschen Lehre, s nur *Schulze-Osterloh*, Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife (§ 64 Abs 2 GmbHG; § 92 Abs 3, § 93 Abs 3 Nr 6 AktG), in FS *Bezzenger* (2000) 415 (417 mwN); so offenbar auch weiterhin für Österreich *Reich-Rohrwig/K. Grossmayer/C. Grossmayer/Zimmermann* in *Artmann/Karollus*, Aktiengesetz II⁶ (2018) § 84 Rz 730.

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 iW, 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.⁴³

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.⁴⁴ Der Insolvenzverwalter handelt zwar primär im Interesse der Insolvenzgläubiger, er hat hierzu aber nicht nur originäre Ansprüche der Gläubigerschaft zu verfolgen, namentlich insb Anfechtungsansprüche gem §§ 27 ff IO, sondern – weit wichtiger – auch das exekutionsunterworfenen Vermögen des Schuldners, inklusive seiner offenen Ersatzansprüche,⁴⁵ 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 (III und IV), bevor das genaue Ausmaß des einzig gesetzlich geregelten und daher dem Grunde nach unzweifelhaften Ersatzanspruchs gem § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG unter Bezugnahme auf die aktuelle Entscheidung OGH 6 Ob 164/16k eruiert werden kann (unten VI).

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

44 Vgl gegen eine Einheitstheorie zutr *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert*, KO (2. Lfg; 1997) § 80 Rz 45 mwN.

45 Siehe unten III F bei Fn 90.

III Ersatzfähigkeit des Betriebsverlusts als Gesellschaftsschaden

A 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 gesagt⁴⁶ der richtige Anknüpfungspunkt, um den Schaden iSd 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.

B 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.⁴⁷ 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.⁴⁸ 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.⁴⁹

46 Oben II bei Fn 40 f.

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

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

49 *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990) 396; *Lehner*, Die Beweislastverteilung bei der GmbH-Geschäftsführerhaftung, *GesRZ* 2005, 128 (129); *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, KO § 69

C 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.⁵⁰ Das obige (I D) 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 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 zum merkwürdigen Ergebnis, dass ein Geschäftsleiter, der im Verschleppungszeitraum besonders viele Neugläubiger zur Einbringung „frischer“ Aktiva bewegt, den Quotenschaden drastisch reduzieren kann, ohne den Betriebsverlust zu verringern.⁵¹

Freilich soll der Geschäftsleiter durch das Schadenersatzrecht keineswegs zu einer solchen Überwälzung des Schadens der Alt- auf die Neugläubiger durch „Weiterwursteln“ motiviert werden, 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 Gesellschaft⁵² schon aus diesem Grund (Präventivfunktion!) nicht zugutekommen. Für ein Abstellen auf den Betriebsverlust spricht 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;

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 *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 150; *Kodek* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2017, 179.

50 So offenbar *Harrer*, Haftungsprobleme 39 f; für Deutschland wohl auch *Altmeppen*, ZIP 2015, 952 ff, wenn er den Verlustausgleich auf die Schmälerung der Masse reduzieren will. Dem hier vertretenen Ansatz explizit zust dagegen *Kodek* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2017, 179.

51 Vgl *Paul Doralt*, ÖBA 1995, 114; *Bollenberger*, ÖBA 1999, 419 mit Fn 79; *U. Torggler/Trenker*, JBI 2013, 626.

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

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 Interessen⁵³ (§ 70 Abs 1 AktG) vereinigen, die in verschiedenen Konstellationen unterschiedlich stark betroffen sind.⁵⁴ Diese Erkenntnis ist das Fundament der Anerkennung der Körperschaft als eine der natürlichen Person grundsätzlich gleichwertige („Gleichstellungsthese“ [§ 26 S 2 ABGB])⁵⁵ Trägerin von eigenständigen Rechten und Pflichten, die von jenen der Sphäre ihrer Gesellschafter und sonstigen Stakeholder strikt zu trennen sind („Trennungsthese“ [§ 61 GmbHG]).⁵⁶ 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,⁵⁷ das gilt nicht zuletzt, weil sie wie gesagt ohnehin nur im Liquidations-, nicht aber im Sanierungsplanszenario die primär Geschä-

- 53 Zur Bedeutung des Gedankens der Interessenverfolgung für die Rechtsfähigkeit einer Körperschaft *Ostheim*, Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden (1967) 14 ff.
- 54 Ausf (wenn auch primär zur AG) *Artmann/Karollus* in *Artmann/Karollus*, Aktienrecht I⁶ (2018) § 1 Rz 16 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 vornehmlich um die anders gelagerte Frage, ob die GmbH eine eigene Interessenssphäre 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, JBl 2006, 95 [97 f]; zust *Winkler/Gruber* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 61 Rz 9). Ganz abgesehen davon ist aus dieser Diskussion (zu ihrer ohnehin vornehmlich terminologischen Bedeutung zutr *Aicher/Kraus* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG [42. Lfg; 2010] § 61 Rz 9) nichts für die ganz anders gelagerte, gegenständliche Frage zu gewinnen: Diese lautet: Kann 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? Die Frage zu stellen, heißt sie – in konsequenter Befolgung des Trennungsprinzips – mE zu verneinen.
- 55 Dazu instruktiv *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON¹⁰² (2017) § 26 Rz 17 ff.
- 56 Vgl näher *Trenker*, GesRZ 2014, 10 ff (insb auch 21 f zur Ein-Personen-Gesellschaft).
- 57 Vgl in strafrechtlicher Hinsicht ganz idS 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“.

digten wären.⁵⁸ 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.

D 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 Geschäftsleiter 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 Haftungstatbestand des § 25 Abs 2 GmbHG bzw § 84 Abs 2 AktG.^{59,60}

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.⁶¹ Im Ergebnis ist Fundament der Ersatzpflicht aber sehr wohl die verletzte Insolvenzantragspflicht der organschaftlichen Vertreter einer juristischen Person in § 69 Abs 3 IO.⁶² ME dient § 69 Abs 3 IO sogar unmittelbar dem Schutz des materiell insolventen Rechtsträgers und ist folgerichtig entgegen vereinzelter Rsp⁶³ 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 I B), 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.⁶⁴ Das in der aktuellen Fassung von

- 58 Vgl auch *Thiessen* in *Schröder/Kanzleiter*, 3 Jahre nach dem MoMiG 103 f.
- 59 Wiederum sind die folgenden Ausführungen zu § 25 Abs 2 GmbHG auf § 84 Abs 2 AktG grundsätzlich übertragbar.
- 60 *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 69 KO Rz 2.
- 61 So *Karollus* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, Krisenmanagement 1167; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 7; OGH 8 Ob 624/88.
- 62 Zust *Kodek* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2017, 179.
- 63 OGH 10 Ob 5/11z; OGH 1 Ob 228/99g. Während erstere Entscheidung dies in einem reinen obiter dictum konstatiert, bezieht sich letztere Entscheidung auf § 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 Gesellschaft ein anderer als der Quotenschaden entstanden ist.
- 64 ErläutRV 3 BlgNR 15. GP 50.

§ 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.⁶⁵

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.⁶⁶ Geschuldet ist nach dieser Norm nur sorgfältiges Bemühen und kein Erfolg; das unternehmerische Risiko trägt die Gesellschaft.⁶⁷ 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 vorsieht.⁶⁸

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 iSd § 1311 S 2 Fall 2 ABGB.⁶⁹ 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 (s sogleich bei und in Fn 73). Irrelevant ist es demnach, ob diese Schäden auch auf solchen (Einzel-)Entscheidungen beruhen, welche – isoliert betrachtet – iSd 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 haftungsbegründende Entscheidung, ob ein Insolvenzantrag gestellt werden muss oder nicht, welche nach allgemeiner Dogmatik

65 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 (ErläutRV 3 BlgNR 15. GP 13 zu § 70 Abs 5).

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

67 Statt aller *Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 32; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 11; *Fell* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 19; RIS-Justiz RS0059528; RS0049459; OGH 3 Ob 287/02f; 1 Ob 144/01k; 3 Ob 34/97i.

68 Dazu auf *Schima*, Reform des Untreuetatbestands und Business Judgement 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 Judgement Rule, in *Kalss/U. Torggler*, Compliance (2016) 97.

69 IdS 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.

zur Schutzgesetzverletzung auch alleiniger Bezugspunkt des Verschuldens ist,⁷⁰ gilt die BJR indes nicht. Es handelt sich nämlich um keine unternehmerische Entscheidung iSd § 25 Abs 1a GmbHG, sondern es gilt hierfür eine zwingende gesetzliche Vorgabe ohne „Wenn und Aber“.⁷¹ Außergerichtliche Sanierungsmaßnahmen sind nur binnen rechtmäßiger Ausschöpfung der 60-Tages-Frist 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.⁷²

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 iWSt steht (Beispiel: Schädigung des Betriebsgebäudes durch Naturereignis).⁷³ Für diese Ausnahme von der Regel ist aber wohl der Geschäftsleiter behauptungs- und beweispflichtig.⁷⁴

E Berechnung

1 Ausgangspunkt der Berechnung

Vorausgesetzt das Datum der hypothetisch gebotenen Insolvenzantragstellung ist bekannt (Sachverständigengutachten!), 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

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

71 Zutr *U. Torggler*, Von Schnellschüssen, nützlichen Gesetzesverletzungen und spendablen Aktiengesellschaften, wbl 2009, 168 (170); ebenso *Gassner/Wabl*, Insolvenzverschleppung und Zahlungsverbot: Aktuelle Entwicklungen und Bedeutung für den Geschäftsführer, *ecolex* 2018, 911 Fn 34.

72 Ausdrücklich den Rechtswidrigkeitszusammenhang bejahend *Altmeyen*, Insolvenzverschleppungshaftung Stand 2001, ZIP 2001, 2201 (2208); s auch *Altmeyen* in *Roth/Altmeyen*, GmbHG³ § 64 Rz 43, 45; *Altmeyen/Wilhelm*, NJW 1999, 679.

73 *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 infolge der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung (zB eine Wirtschaftskrise) als Determinanten jeder wirtschaftlichen Tätigkeit noch vom Schutzzweck erfasst.

74 *Altmeyen*, ZIP 2001, 2208.

Gegenüberstellung des (negativen) bilanziellen Eigenkapitals zwischen beiden Zeitpunkten bewerkstelligen; ggf 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 [s § 201 Abs 2 Z 4 lit a UGB]) gar systembedingt in Kauf genommen.⁷⁵ 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 ZPO⁷⁶ – in der Regel auf Basis eines Sachverständigengutachtens – 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 *Weisse*⁷⁷ – und ihm folgend die *Rsp*⁷⁸ – für die Berechnung der Quotenverschlechterung im Rahmen der Anfechtung nachteiliger Rechtsgeschäfte iSd § 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 *Weisse*⁷⁹ indes offenbar nicht in die Berechnung der Gläubigerbenachteiligung einfließen lassen, weil sie oft-

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

76 Zur Anwendung des vergleichbaren § 287 dZPO auf die Insolvenzverschleppungshaftung vgl *Klöhn* in *Kirchhof/Eidenmüller/Stürmer*, Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung I³ (2013) § 15a Rz 180; BGH II ZR 253/07 NZG 2009, 750.

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

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

79 ÖBA 1992, 634.

mals auf „unsachgemäße Maßnahmen des Masseverwalters“ zurückzuführen wären.

Auch wenn der Zeitpunkt der tatsächlichen Insolvenzeröffnung der zur Berechnung des Betriebsverlusts (zum Quotenschaden s unten VI D 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 „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 Richter)⁸⁰ zum Zeitpunkt der hypothetisch gebotenen Antragstellung dienen sollte. Auch der Buchwert zu diesem Zeitpunkt muss ja wie gesagt um die (hypothetische) Fehlbewertung infolge allgemeiner bilanzrechtlicher Unzulänglichkeiten sowie der insolvenzbedingten Wertverschlechterung berichtigt werden. Insoweit ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, als (widerlegbare) Faustregel iSd § 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 (relevanter Betriebsverlust)

80 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.

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 beklagte Geschäftsführer eine unsachgemäße Verwertung als eine für ihn günstige Tatsache⁸¹ 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 realitätsnahesten Wert abzustellen (zu bestrittenen Forderungen sogleich III E 3). Die Verbindlichkeiten zum Zeitpunkt der hypothetisch gebotenen Antragstellung sind zwar grundsätzlich auch entsprechend der damaligen Bilanz anzusetzen; gerade im nunmehrigen Insolvenzzenario können sich freilich neue werterhellende Erkenntnisse ergeben (zB Fehlbewertung von Rückstellungen), die zu rückwirkenden Berichtigungen veranlassen. Auch die Veränderung der Höhe nachrangiger Forderungen, insb 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 VI D 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 Geschäftsleiter eine hypothetisch höhere Insolvenzverwalterentlohnung aufgrund des höheren verwertbaren Vermögens bei rechtzeitiger Antragstellung zu seinen Gunsten einwenden darf.⁸²

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 Antragstellung bzw Insolvenzeröffnung abweichen.

81 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*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁹ [2017] Rz 955).

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

Auch Anfechtungsansprüche können sich daher im Rahmen der für den Betriebsverlust notwendigen Vergleichsrechnung auswirken. Der Umstand, dass der Ist-Vermögensstand nach dem Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung zu berechnen ist, steht dem nicht entgegen, weil Anfechtungsansprüche (spätestens)⁸³ mit Insolvenzeröffnung entstehen.⁸⁴ 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 Insolvenzverfahren⁸⁵ 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.⁸⁶ Hinsichtlich der typischerweise anfechtbaren Zahlungen in den letzten sechs Monaten vor Insolvenzeröffnung (§ 31 IO) im Rahmen der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit ist mE im Rahmen der Schadensschätzung gem § 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 sechs Monaten vor Insolvenzeröffnung bliebe dementsprechend ohne Auswirkung auf die Höhe des Betriebsverlusts in statu cridae.

3 Problem ausständiger Verwertungs- und Prozessergebnisse

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 Prozessergebnisse, insb von Anfechtungs-⁸⁷ und Prüfungs-

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

84 *König*, Anfechtung⁵ Rz 15/4; OGH 2 Ob 177/06b; OGH 7 Ob 184/00k; OGH 5 Ob 605/80.

85 *Koziol*, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung (1991) 15 ff, 22 ff; *Trenker*, Insolvenzanfechtung 37; *König*, Anfechtung⁵ Rz 11/2.

86 *König*, Anfechtung⁵ Rz 11/74; vgl auch OGH 9 Ob 10/07x; *Weissel*, ÖBA 1992, 635 f.

87 Anders als im Anfechtungsrecht stellt sich das Problem des „Floriani-

prozessen. Insofern ist hinsichtlich der ausständigen Verwertungsergebnisse die Beiziehung 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.⁸⁸ 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 VI D 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 zugutekommt. Nach Einlangen des Sachverständigen-gutachtens 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 gem § 184 ZPO „provozieren“.

F Fazit

Zusammengefasst haftet der Geschäftsleiter gegenüber der Gesellschaft bei einer Verletzung der Insolvenzantragspflicht für sämtliche Verluste, die bei der Gesellschaft im Verschleppungszeitraum eingetreten sind. Die hM bringt dies richtig zum Ausdruck, indem sie eine Ersatzpflicht des Geschäftsleiters in Höhe des Betriebsverlusts bejaht.⁸⁹ Die Geltendmachung

Einwands“ (dazu *König*, Anfechtung⁵ 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.

88 Dabei wird nicht verkannt, mit welch 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.

89 *Dellinger*, Vorstandshaftung 234; *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, KO § 69 Rz 67; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 2/386, 2/404; *Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 150; *Schummer*, Eigenkapitalersatzrecht 398; *Schummer* in FS *Koppensteiner* 223 f., 229; *Karollus* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, Krisenmanagement 1171; *Koppensteiner*/

dieser Schadenersatzforderung als Aktivum der Gesellschaft obliegt in der Insolvenz wie gesagt (s oben) nach allgemeinen Grundsätzen dem Insolvenzverwalter.⁹⁰

IV Keine (unmittelbare) Ersatzfähigkeit des Quotenschadens als Gläubigerschaden

A 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 (I D) 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 insb wegen des Prozesskostenrisikos, das in Anbetracht der zumeist eher geringen Quotenschädigung regelmäßig unverhältnismäßig hoch sein wird, enden wollend.⁹¹

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,⁹² und löst damit zugleich die faktische Schutzlücke, die aufgrund der geringen Motivation zur individuellen Geltend-

Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 21; *Truckenthanner*, ZIK 2007, 118 f.; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 231; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 14; *Trenker*, Treuhänderüberwachung der Sanierungsplanerfüllung (2017) 128 Fn 550; *Reich-Rohrwig/K. Grossmayer/C. Grossmayer/Zimmermann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 728; OGH 9 ObA 416/97k; OGH 2 Ob 568/87; OGH 8 Ob 505/80 HS 11.465; OGH 5 Ob 38/72; OGH 5 Ob 202/59 HS 365/33; RIS-Justiz RS0059733.

90 *Schummer*, Eigenkapitalersatzrecht 398; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 26; *Reich-Rohrwig/K. Grossmayer/C. Grossmayer/Zimmermann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 728, 731; RIS-Justiz RS0059592; OGH 9 ObA 416/97k; 2 Ob 568/87; 5 Ob 38/72.

91 *K. Schmidt*, JBI 2000, 479; vgl auch ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 17.

92 *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht II/2³ § 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; *C. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 4/511; *Feil*, Insolvenzordnung Praxiskommentar⁶ (2014) § 69 Rz 15 mit unrichtigem Verweis auf *Dellinger* (s Fn 106); *Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 228; *Jauffer*, Unternehmen³ 182; *Artmann/Rüffler*, Gesellschaftsrecht (2017) Rz 973.

machung solcher „Streuschäden“ entsteht.⁹³ Der OGH hat die Frage ausdrücklich offen gelassen.⁹⁴ 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.⁹⁵ 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.⁹⁶

B 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.⁹⁷ Die skizzierte Lehrmeinung beruht daher in Wahrheit auf folgendem Umkehrschluss:⁹⁸ 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 mehr⁹⁹ 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 „bescheidenen“ Zweck wie gesagt schon der Wortlaut – im systematischen Vergleich mit § 56 Abs 2, § 84 Abs 5 letzter Satz AktG sowie im rechtsvergleichenden Blick auf § 92 dInsO – nahe. Noch eindeutiger gegen die Befugnis des Insolvenzverwalters zur Durch-

93 Vgl insb K. Schmidt, JBl 2000, 477 ff.

94 OGH 6 Ob 72/06s.

95 RIS-Justiz RS0049450, zB OGH 6 Ob 196/05z; OGH 6 Ob 287/00z; OGH 8 Ob 4/91; OGH 8 Ob 624/88; OGH 8 Ob 543/87 (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]).

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

97 Zu diesen Normen noch unten 0 0 bei Fn 109 f.

98 Richtig Truckenthanner, ZIK 2007, 116.

99 Konkret warnt Truckenthanner, ZIK 2007, 118 Fn 37 vor dem Umkehrschluss; allg zur Gefahr eines voreiligen Umkehrschlusses *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz² (1982) 44 f; F. Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991) 476 f.

setzung der Quotenschäden sprechen die Gesetzesmaterialien sowie teleologische Überlegungen (zu letzteren IV C).

Die Materialien zum GIRÄG 2003¹⁰⁰ begründen die Einführung von § 69 Abs 5 IO damit, dass es unzweckmäßig wäre, wenn die Insolvenzgläubiger ihre Schadenersatzansprüche wegen Quotenverschlechterung geltend machen könnten. Denn während des Insolvenzverfahrens könne die Höhe ihres Schadens deshalb noch nicht feststehen, weil der Schuldnerin (Gesellschaft) selbst – zumindest gleich hohe – Ansprüche gegen die Geschäftsleiter, insb gem § 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.¹⁰¹ 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 Dellinger¹⁰² meint, oder der Schaden mangels Bezifferbarkeit noch nicht mit Leistungsklage durchsetzbar wäre, wie Harrer¹⁰³ schreibt, kann demgegenüber dahingestellt bleiben (zu letzterem unten VI D 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 gem § 25 Abs 2 GmbHG, § 84 Abs 2 AktG iVm § 69 IO und/oder die gesetzliche 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 damaligen Rsp abgelehnten¹⁰⁴ 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.

100 ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 17.

101 So schon Harrer, Haftungsprobleme 60.

102 In *Konecny/Schubert*, KO § 69 Rz 77; vgl auch Dellinger in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 69 KO Rz 3; s ferner Dellinger, Vorstandshaftung 238 ff.

103 Haftungsprobleme 59 f.

104 Oben IV A bei und in Fn 95.

Denn der Quotenschaden ist weder ein „Schaden der Gesellschaft“, noch kann er auf diese Bestimmungen gestützt werden.¹⁰⁵ 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.¹⁰⁶

C 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*¹⁰⁷ 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 I D Szenario 2).¹⁰⁸

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 verankerten¹⁰⁹ Ergebnis einer Anspruchsverfolgung durch den Masseverwalter in gesetzlicher Prozessstandschaft zu kommen. Ein Erklärungsmodell liefert *P. Doralt*,¹¹⁰ der wohl in Analogie zu § 56 Abs 2, § 84 Abs 5 AktG eine Art allgemeinen Rechtsgrundsatz formulieren möchte, dass der Insolvenzverwalter im Insolvenz-szenario zur exklusiven Geltendmachung sämtlicher Reflexschäden der

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

106 *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 69 KO Rz 3; *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, KO § 69 Rz 68; *Truckenthanner*, ZIK 2007, 116; *Trenker*, Sanierungsplanerfüllung 128 Fn 550; *Gassner/Wabl*, *ecolex* 2018, 908 Fn 10; *Kodek* in *Konecny*, *Insolvenz-Forum* 2017, 176 f.

107 JBI 2000, 480.

108 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.

109 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*, JBI 2000, 480 mwN). Umgekehrt kann dieser rechtsvergleichende Hinweis auf eine Rechtsfortbildung in Deutschland eine hinreichende Grundlage in Österreich nicht ersetzen.

110 *GesRZ* 1982, 97.

Gläubiger zuständig ist. Dagegen spricht jedoch, dass sich deren Regelungsgegenstand 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 Insolvenz-szenario im Interesse der Gläubigergleichbehandlung weichen muss, schaffen aber keine eigene Anspruchsgrundlage zugunsten des Insolvenzverwalters.¹¹¹ Auch das Anfechtungsmonopol des § 37 Abs 1 IO, welches *Kozio*¹¹² 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 (I E) 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.¹¹³ 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 (IV B) dagegen spricht, in § 69 Abs 5 IO eine Legitimation des Insolvenzverwalters zur Liquidation von Quotenschäden hinein zu interpretieren.¹¹⁴

V 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 § 25 Abs 2 GmbHG iVm § 69 Abs 2, 3 IO. Kraft gesetzlicher Fiktion in § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG ist zusätzlich der Anspruch

111 Zutr *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 143 f; *Dellinger*, Vorstandshaftung 223; vgl auch schon *Honsell*, *GesRZ* 1984, 212.

112 Gläubigeranfechtung 109 ff; zust *König*, Anfechtung⁵ Rz 18/46.

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

114 Zust *Kodek* in *Konecny*, *Insolvenz-Forum* 2017, 181.

auf Ausgleich der Schmälerung 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.

VI Zahlungsverbot nach Insolvenzreife als Vermutung des Gesamtgläubigerschadens

A 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.¹¹⁵ 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 I E) überschießend. Es bedarf daher einer Korrektur dieser wortlautgetreuen Interpretation. Einigkeit herrscht dabei darüber, dass eine tatbestandsimmanente Korrektur möglich ist (VI B). Im Übrigen besteht in Deutschland seit langem ein fundamentaler Auffassungsunterschied, ob darüber hinaus eine Beschränkung auf den Quotenschaden als den Gesamtgläubigerschaden geboten ist (unten VI C). Hierzu hat nunmehr auch der OGH Stellung bezogen.

¹¹⁵ Ausdrücklich Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht II/2⁴ § 69 KO Rz 171; Jaufer, Unternehmen³ 165.

B Tatbestandsimmanente Korrektur

1 Teleologischer Zahlungsbegriff

Bereits angedeutet wurde, dass die Haftung des Geschäftsleiters nur im Ausmaß der Nettoverringerung der Aktiva aus dem jeweiligen Geschäftsvorgang eintritt (oben I E). Die Zahlung ist nur insoweit haftungsbegründend, als keine mit der Zahlung in hinreichender zeitlicher und sachlicher Beziehung stehende Gegenleistung¹¹⁶ in die Masse gelangt. Die Gegenleistung muss überdies zugunsten der Insolvenzmasse „liquide verwertbar“ sein, dh sie muss sich in einer Massevermehrung niederschlagen.¹¹⁷

Die Anrechnung solcher Gegenleistungen ist schon seit einer Grundsatzentscheidung des RG¹¹⁸ 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.¹¹⁹ Nach hA schließt eine äquivalente Gegenleistung für die betreffende Zahlung somit die Sorgfaltswidrigkeit aus.¹²⁰ Weil Zahlungen im Rahmen inäquivalenter 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.¹²¹

¹¹⁶ Problematisch und nur im Einzelfall zu lösen ist die Frage, wann ein solch hinreichender Zusammenhang der Gegenleistung zur Zahlung gegeben ist. Eindeutig ist in zeitlicher Hinsicht nur, dass eine Vorleistung des befriedigten Gläubigers nicht auf eine 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, KO § 69 Rz 69; Röhrich, Insolvenzzrechtliche Aspekte im Gesellschaftsrecht, ZIP 2005, 509 [509 f]; U. Torggler/Trenker, JBI 2013, 616).

¹¹⁷ Im Ergebnis übereinstimmend Casper in Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG (2016) § 64 Rz 92, 96; H.-F. Müller in Fleischer/Goette, Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung III³ (2018) § 64 Rz 149a; U. Torggler/Trenker, JBI 2013, 616; BGH II ZR 319/15 NZI 2017, 809 (Schädlich); BGH II ZR 150/02 NJW 2003, 2316.

¹¹⁸ II 39/38 RGZ 159, 211.

¹¹⁹ Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement 1169; U. Torggler/Trenker, JBI 2013, 627; Binder in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung² Rz 3/47 uva; OGH 6 Ob 164/16k (Pkt 1.3.).

¹²⁰ ZB Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I² Rz 2/384; Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht II/2⁴ § 69 KO Rz 166; Jaufer, Unternehmen³ 159.

¹²¹ H.-F. Müller, MünchKomm GmbHG III³ § 64 Rz 149; Haas in Baumbach/Hueck, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung; GmbHG²¹ (2017) § 64 Rz 75 je mwN; idS auch U. Torggler/Trenker, JBI 2013, 616, 626; zust Robertson, Der Schadensumfang bei der Insolvenzver-

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.¹²² Entgegen der vom 6. Senat¹²³ nunmehr bestätigten hL¹²⁴ 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.¹²⁵ Letztlich führen aber ohnehin beide Ansätze zum richtigen Ergebnis.¹²⁶

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 164/16k¹²⁷ ebenfalls klarstellt – grundsätzlich Zahlungsabflüsse von einem debitorischen Konto (nicht zu verwechseln mit der Einzahlung auf ein debitorisches Konto der Gesellschaft [dazu oben I E aE]).¹²⁸ 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.¹²⁹ Denn wirtschaftlich betrachtet wurde die Zahlung diesfalls durch diese Sicherheit finanziert, die den übrigen Gläubigern im Insolvenzfall nur mehr nachran-

schleppungshaftung des GmbH-Geschäftsführers, *ecolex* 2018, 150 (152); vgl wohl auch BGH II ZR 231/13 NZG 2015, 149.

122 P. Csoklich, ZIK 2018, 810.

123 OGH 6 Ob 164/16k (Pkt 1.3.).

124 Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I² Rz 2/384; Karollus in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, Krisenmanagement 1169; Schumacher in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht II/2⁴ § 69 KO Rz 167; Jaufer, Unternehmen³ 159.

125 U. Torggler/Trenker, JBI 2013, 627 mwN.

126 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).

127 Pkt. 3.2.2.

128 Ebenso schon U. Torggler/Trenker, JBI 2013, 626; BGH II ZR 258/08 NZI 2010, 313; II ZR 273/98 NZG 2000, 370 (*Stapper/Schädlich*); im Ergebnis auch Reich-Rohrwig in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 141, allerdings wiederum über den Entlastungsbeweis wegen Einhaltung der gebotenen Sorgfalt; zust *Felzl*, GesRZ 2017, 406.

129 P. Csoklich, ZIK 2018, 10; OGH 6 Ob 164/16k (Pkt. 3.2.2.).

gig zur Verfügung steht. Die Auszahlung bewirkt somit doch eine Masse-schmälerung, 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 I E) zu zweckwidrigen Ergebnissen führen kann.¹³⁰ Denn dem Geschäftsleiter wird mitunter ermöglicht, durch Abwicklung des gesamten Zahlungsvorgangs über ein debitorisches Konto einzelne Gläubiger masseschmälernd 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,¹³¹ 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.¹³² Soweit die durch Zahlungseingänge eingetretene Verringerung des Debetstands durch eigentlich tatbildliche Auszahlungen an Dritte wieder ausgeglichen wurde, ist diese Zahlung zur „Gesamtverringerung“ des Debets hinzuzurechnen.¹³³ Ob dies der Fall ist, muss im

130 Zust *Gassner/Wabl*, *ecolex* 2018, 910 mit Fn 31.

131 Letztlich sollte es freilich schon aus Praktikabilitätsgründen nicht darauf ankommen, aus welchem Zeitraum der betreffende Zahlungsfluss stammt.

132 Offenlassend *Gassner/Wabl*, *ecolex* 2018, 910 mit Fn 31.

133 Diese auch vom Verfasser (U. Torggler/Trenker, JBI 2013, 615; s aber nunmehr bereits *Trenker*, JBI 2018, 435 f; offenlassend *Gassner/Wabl*, *ecolex* 2018, 910 mit Fn 31) 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 Pkt 3.2.3.; vgl auch P. Csoklich ZIK 2018, 10), 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, trifft diese Vermutung von der Masseanreicherung nicht zu. Die Wertung von § 14 Abs 2 EKEG 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

Einzelfall, insb anhand des zeitlichen Zusammenhangs zwischen Ein- und Auszahlung beurteilt werden. Irrelevant ist selbstverständlich, wenn die Höhe von Zahlungsein- und -ausgang nicht übereinstimmen.

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 und 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 iSd § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG. Wenn der Geschäftsführer 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 Geschäftsführers 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 Geschäftsführers bei Einhaltung der gebotenen Sorgfalt gem § 84 Abs 3 Z 6 S 2 AktG (analog) ist bei richtiger Interpretation des Zahlungsbegriffs (oben VI B 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, insb Beratungsleistungen denkbar: Deren Bezahlung ist zwar grundsätzlich tatbildlich und begründet folglich eine Haftung des Geschäftsführers in voller Höhe der Zahlung, weil das der Gesellschaft als Gegenleistung zufließende „Know How“ im Insolvenzfall nicht verwertbar ist.¹³⁴ 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 Geschäftsführer in statu cridae in Auftrag gegeben werden.

Ausnahmsweise kann sogar die Deckung offener Verbindlichkeiten, die nicht in einem Zug-um-Zug-Verhältnis iWS steht, mit der Sorgfalt eines

eines Kredits verbietet. Auf die ganz anders gelagerte Frage der Geschäftsführerhaftung kann sie nicht eins zu eins übertragen werden.

134 U. Torggler/Trenker, JBI 2013, 616; abweichend OLG Wien 6 R 30/88 NZ 1989, 252.

ordentlichen Geschäftsführers vereinbar sein, wie der OGH nunmehr ebenfalls klarstellt.¹³⁵ Besteht nämlich wie bei der Nichtabführung von Dienstnehmerbeiträgen an die Sozialversicherung die Gefahr einer strafrechtlichen Verantwortung des Geschäftsführers (§ 153c StGB) und einer zivilrechtlichen Haftung (§ 67 Abs 10 ASVG), so wird deren Bezahlung für gerechtfertigt angesehen.¹³⁶ Ob dies wegen § 67 Abs 10 ASVG auch für die Zahlung der Dienstgeberbeiträge oder wegen §§ 9, 80 BAO iVm § 78 Abs 3 EStG für die Zahlung der Lohnsteuer gilt,¹³⁷ bleibt noch offen. Der BGH hat ersteres – wegen der offensichtlich in Deutschland nicht bestehenden privaten Haftung – verneint, letzteres indes bejaht.¹³⁸ ME spricht indes viel für eine restriktive Handhabung der Entlastungsmöglichkeit in diesem Kontext, weil der Geschäftsführer dem konstatierten Zielkonflikt ja einfach durch rechtzeitige Stellung eines Insolvenzantrags entgehen kann.

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 notwendig, weil nämlich das Zahlungsverbot nach vom OGH nunmehr gebilligter hL¹³⁹ 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.¹⁴⁰ Eine Zahlung kann daher dem Tatbestand des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG unterfallen, obwohl die Antragspflicht noch gar nicht gilt.¹⁴¹ 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 Geschäftsführers vereinbar sind.¹⁴² Sogar die Tilgung älterer Schulden kann dementsprechend gerechtfertigt sein, wenn andernfalls die Beendigung essentieller Geschäftsbeziehungen oder ein Lieferstopp betriebsnotwendiger Güter droht.

135 OGH 6 Ob 164/16k; zust Feltl, GesRZ 2017, 406; Gassner/Wabl, eolex 2018, 911; Dellinger, ÖBA 2018, 734.

136 Erwägend U. Torggler/Trenker, JBI 2013, 627 f mwN aus der deutschen Rsp.

137 Dafür Dellinger, ÖBA 2018, 735; Reich-Rohrwig/K. Grossmayer/C. Grossmayer/Zimmermann in Jabornegg/Strasser, AktG⁶ § 84 Rz 730.

138 BGH II ZR 196/09 NZG 2011, 303.

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

140 OGH 6 Ob 164/16k (Pkt. 1.2.); zust Feltl, GesRZ 2017, 405; Reich-Rohrwig, Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, eolex 2017, 1181.

141 Offenbar abweichend Robertson, eolex 2018, 151 f.

142 Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I² Rz 2/384; Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht II/2⁴ § 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, JBI 2013, 627; Jaufer, Unternehmen³ 162 f, 164 f.; Feltl in Gruber/Harrer, GmbHG² § 25 Rz 114; OGH 6 Ob 164/16k (Pkt 1.3.).

C 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,¹⁴³ weil erstens nicht gesichert ist, ob und wie lange er das Unternehmen fortgeführt hätte, zweitens die Dauer der Fortführung dann entsprechend kürzer und die insgesamt zu tätigen Zahlungen somit wiederum geringer gewesen wären.

Der Entlastungsnachweis der gebotenen Sorgfalt kann daher allenfalls die Zahlung gewisser Versicherungsprämien außerhalb der 60-Tages-Frist rechtfertigen, gerade zur Absicherung elementarer Gefahren (Feuerschutz etc), weil deren Anfallen tatsächlich von der Unternehmensfortführung unabhängig ist.¹⁴⁴ Die Zahlung von Pacht-, Lohn-, Strom-, Wasser- oder Treibstoffkosten ist hingegen grundsätzlich in vollem Umfang haftungsbe gründend.¹⁴⁵ Denn auch eine Anrechnung der unmittelbaren Gegenleistung im Rahmen des Zahlungsbegriffs bringt nach konsequenter Auffassung des BGH¹⁴⁶ 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 BGH¹⁴⁷ fordert – in unmittelbarem Zusammenhang stehen. Wird der Un-

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

144 Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht II/2⁴ § 69 KO Rz 169; U. Torggler/Trenker, JBI 2013, 627; Kodek in Konecny, Insolvenz-Forum 2017, 172.

145 Ebenso P. Csoklich, ZIK 2018, 10.

146 II ZR 319/15 NZI 2017, 809 [Schädlich]. Dass der BGH in II ZR 231/13 NZI 2015, 133 eine Gegenleistung auch dann anrechnet, wenn sie im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung nicht mehr vorhanden ist, bedeutet eben 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, MünchKomm GmbHG III³ § 64 Rz 149a; 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“.

147 BGH II ZR 231/13 NZI 2015, 133; ebenso Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG²¹ § 64 Rz 71 mwN.

ternehmensgewinn zudem in einer dem Geschäftsführer 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.¹⁴⁸ Denn auch dabei handelt es sich wie gesagt¹⁴⁹ 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 BGH¹⁵⁰ und die wohl hL in Deutschland¹⁵¹ 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.¹⁵²

Dafür spricht neben der – freilich schon bis zu Art 241 AHGB zurückreichenden und im Detail nicht ganz eindeutigen – Entstehungsgeschichte¹⁵³ des Zahlungsverbots vor allem der Gesetzeswortlaut. Haftungsbe gründendes Verhalten ist danach die einzelne Zahlung und nicht die Unterlassung der rechtzeitigen Insolvenzantragstellung, sodass folgerich-

148 Vgl die Beispiele bei Altmeyen, ZIP 2001, 2206 f.

149 Oben I E bei und in Fn 38.

150 Explizit gegen ein alternatives Verständnis BGH II ZR 151/09 DStR 2011, 130 (Goette).

151 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 (insb 106 ff); H.-F. Müller, MünchKomm GmbHG III³ § 64 Rz 139 ff; Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG²¹ § 64 Rz 12; Nerlich in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG³ (2017) § 64 Rz 12 f je mwN.

152 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. BGH II ZR 204/09 NJW 2011, 2427; II ZR 2/72 NJW 1974, 1088; II ZR 88/99 BGHZ 146, 264.

153 Ausf hierzu Thiessen in Schröder/Kanzleiter, 3 Jahre nach dem MoMiG 78 ff; s ferner Schulze-Osterloh in FS Bezzemberger 418.

tig eine Verrechnung der nachteiligen Zahlung mit möglichen positiven Geschäften ausscheiden muss.¹⁵⁴ Auch der Verfasser hat diesem Zugang aus diesen Gründen bereits das Wort geredet.¹⁵⁵

3 OGH: Begrenzung durch Quotenschaden

Die allen voran von *K. Schmidt*¹⁵⁶ getragene Gegenansicht, wonach das Zahlungsverbot sehr wohl 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 OGH¹⁵⁷ 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,¹⁵⁸ geringer als die eingeklagte Summe sei. § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG wird damit zu einer Vermutung des Gläubigerschadens in Höhe der einzelnen Zahlungen zurechtgestutzt.¹⁵⁹ 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.

154 ZB *Röhrich*, ZIP 2005, 509 f; *H.-F. Müller*, MünchKomm GmbHG III³ § 64 Rz 139.

155 *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 616.

156 *K. Schmidt*, Übermäßige Geschäftsführerrisiken aus § 64 Abs. 2 GmbHG, § 130a Abs. 3 HGB? ZIP 2005, 2177 (2182 ff); *K. Schmidt*, Debitorisches Bankkonto und Insolvenzverschleppungshaftung: Ist Geben seliger denn Nehmen? ZIP 2008, 1401 (1408); *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbH-Gesetz¹¹ (2013) § 64 Rz 16, 21, 68 ff; *K. Schmidt*, Ersatzpflicht bei „verbotenen Zahlungen“ aus insolventen Gesellschaften: Ist der haftungsrechtliche Kampf hundert zählbar? NZG 2015, 129 uva. Einen anderen Ansatz verfolgt *Altmeyen* (ZIP 2001, 2206 ff; *Altmeyen*, ZIP 2015, 952 ff; *Altmeyen* in *Roth/Altmeyen*, GmbHG⁹ § 64 Rz 41 ff), der umgekehrt nicht das Zahlungsverbot in der allgemeinen Insolvenzverschleppungshaftung aufgehen lässt, sondern eine allgemeine Insolvenzverschleppungshaftung 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 GmbHG – Teil 1, ZInsO 2018, 557 [581 ff]), womit er zu praktisch zumindest sehr ähnlichen Ergebnissen wie *K. Schmidt* gelangt.

157 6 Ob 164/16k (Pkt. 2.3.4 f).

158 So *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG¹¹ § 64 Rz 21, 69.

159 So bereits *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 615 ff; zu verkürzt wiedergegeben bei *Reich-Rohrwig/K. Grossmayer/C. Grossmayer/Zimmermann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁶ § 84 Rz 730.

D 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 GmbHG somit doch zu einer Haftung auf den Quotenschaden als dem Schaden der Gläubigersamtheit 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.¹⁶⁰ 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.¹⁶¹ Die Interpretation der Ersatzpflicht für „Zahlungen“ als eine Schadensvermutung belässt diesem Wortlaut zudem seinen eigenständigen Bedeutungsgehalt.

Ausgehend vom anderslautenden Wortlaut von § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG 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. Jhd (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.¹⁶² Auch hat die Komplexität des Wirtschaftslebens zugenommen, womit eine sachgerechte Vorteilsanrechnung bei den einzelnen Zahlungen in hochentwickelten Produktionsstrukturen kaum mehr möglich ist (vgl oben VI C 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.¹⁶³ Das gilt umso mehr, als an einer solchen teleologischen Korrektur – wie gezeigt – die hM bei isolierter Zahlungsbetrachtung ebenfalls nicht vorbei kommt.¹⁶⁴

160 *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG¹¹ § 64 Rz 68.

161 *H.-F. Müller*, MünchKomm GmbHG III³ § 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; *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG¹¹ § 64 Rz 68 f).

162 Vgl idS *K. Schmidt*, ZIP 2005, 2183 f; *K. Schmidt*, Weg mit den „Zahlungsverboten“ in Insolvenzverschleppungsfällen! ZHR 175 (2011) 433 (442); *Altmeyen* in *Roth/Altmeyen*, GmbHG⁹ § 64 Rz 41; aA aber mit beachtlichen Argumenten *Thiessen* in *Schröder/Kanzleiter*, 3 Jahre nach dem MoMiG 78 ff.

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

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

Nun mag man an diesem Konzept rechtstheoretisch kritisieren, dass es zu einem wohl dogmatisch beispiellosen Ergebnis führt, zumal die vermutete Schadenshöhe und die zur Entlastung dienende Schadenshöhe auf gänzlich anderen Berechnungsprämissen beruhen.¹⁶⁵ Denn wie gezeigt fließen passivseitige Veränderungen zwar – wenn auch mit verhältnismäßig geringeren Auswirkungen – in die Berechnung des Quotenschadens ein, sind hingegen für die Zahlungshöhe irrelevant. In der Sache erscheint es mE aber durchaus interessengerecht, dem Geschäftsführer die Entlastung nur dann zu erlauben, wenn er nachzuweisen vermag, dass das Gläubigerkollektiv überhaupt keinen Schaden erlitten hat.¹⁶⁶ Dazu ist es aber notwendig, sich für den Entlastungsbeweis von der Beschränkung des Zahlungsbegriffs auf die aktivseitige Masseschmälerung zu lösen.

2 Entlastung mit geringerem Quotenschaden als probatio diabolica

Einzig kleiner Wermutstropfen ist, dass der OGH seine Beweggründe in diesem entscheidenden Punkt nicht offenlegt. 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.¹⁶⁷ 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 GmbHG geschützten Adressatenkreis auswirken kann, aber nicht muss (oben I D Szenario 2). Eine Entlastung 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.¹⁶⁸ Das sieht der 6. Senat ganz offensichtlich ebenso,¹⁶⁹ was sich nicht nur aus der eindeutigen Diktion („Gesamtgläubigerschaden“), sondern auch aus dem Verweis auf *K. Schmidt*¹⁷⁰ ergibt. Eine ausdrückliche Distanzierung von 5 Ob 38/72 wäre in diesem Punkt zur Beseitigung jeglicher Restzweifel allerdings wünschenswert gewesen.

165 So *Dellinger*, ÖBA 2018, 733, der aus diesem Grund die Entlastung durch Nachweis einer geringeren aktivseitigen Masseschmälerung erlauben will.

166 AA *Dellinger*, ÖBA 2018, 733.

167 Ebenso weiterhin *Gassner/Wabl*, *ecolex* 2018, 911.

168 Ebenso *Dellinger*, ÖBA 2018, 735.

169 OGH 6 Ob 164/16k (Pkt. 2.3.5.).

170 In *Scholz*, GmbHG¹¹ § 64 Rz 69. *K. Schmidt* geht allerdings überhaupt nicht auf die Möglichkeit eines abweichenden Betriebsverlusts ein. Er meint, der von *Altmeyen* 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 *Altmeyen* mit dem „Verlustausgleichsanspruch“ den Betriebsverlust, den Quotenschaden oder nur die Massekürzung als Gesamtgläubigerschaden meint (oben I D in Fn 20).

Wie dem auch sei: Der beklagte Geschäftsführer kann sich mit dem Nachweis eines Quotenschadens entlasten, soweit dieser geringer als die kumulierten Zahlungen ist. Er trägt somit die Behauptungs- und Beweislast,¹⁷¹ 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 ZPO¹⁷² bewerkstelligen lassen.¹⁷³ Allerdings wird die tatsächliche Höhe der Quote („Ist-Quote“) regelmäßig bis zur Schlussrechnung des Insolvenzverwalters unbekannt sein.¹⁷⁴ *Harrer*¹⁷⁵ 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 Rsp für Anlegerschäden scheint diesen Befund zu bestätigen, wenn sie eine Leistungsklage auf den rechnerischen Ersatzanspruch vor Verkauf eines volatilen Anlageprodukts mangels Bezifferbarkeit abweist.¹⁷⁶ Übertragen auf die gegenständliche Problematik hieße das aufgrund der umgekehrten Beweislastverteilung, dem beklagten Geschäftsführer den Einwand eines allenfalls geringeren Quotenschadens bis zum Schluss des Insolvenzverfahrens und Feststehens 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 gem § 273 ZPO zu schätzen. Sie wird für den Quotenschaden einzelner Gläubiger von *K. Schmidt*¹⁷⁷ befürwortet.¹⁷⁸ Auch die hM zur Quotenverschlechterung bei der Anfechtung nachteiliger Rechtsgeschäfte gem § 31 Abs 1, 2 je Fall 2, Abs 3 IO geht offenbar von diesem Ansatz aus.¹⁷⁹ Bei der obigen Feststellung des Ist-Stands als

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

172 § 273 ZPO muss mE vorliegend – trotz des insoweit vielleicht zu engen Wortlauts – iSd Waffengleichheit der Parteien auch dem beweispflichtigen Beklagten zugutekommen, 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).

173 Dass zB die hypothetischen Massforderungen 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).

174 Darauf weisen zB *Goette* (ZInsO 2005, 3 f) und *H.-F. Müller* (MünchKomm GmbHG III³ § 64 Rz 141) hin. Vgl für Österreich auch *Harrer*, Haftungsprobleme 60; *Wagner/Braun*, *ecolex* 2000, 711; *U. Torggler/Trenker*, JBI 2013, 617 f.

175 Haftungsprobleme 59 f.

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

177 JBI 2000, 484.

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

179 Das zeigt sich schon darin, dass die ganz herrschend angewandte (RIS-

Subtrahend zur Errechnung des Betriebsverlusts wurde dieser Weg ebenfalls gewählt.

3 Schätzung der tatsächlichen Insolvenzquote gem § 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 Geschäftsführer mangels Rechtswidrigkeitszusammenhangs nicht mehr zurechenbar. Der Schaden bzw die Einrede des Geschäftsführers 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 häufige 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 würde. Deren telos besteht nämlich gerade bei einer gar nicht feststellbaren Anspruchshöhe darin, eine dem Grunde nach berechnete Klage nicht wegen mangelnder Bezifferbarkeit der Anspruchshöhe abzuweisen.¹⁸⁰ Hinzu kommt, dass die tatsächliche Insolvenzquote ausnahmsweise dann gar nicht werterhellend, sondern wertverzerrend wirkt, wenn sie – insoweit ist *Weisse*¹⁸¹ zuzustimmen – Ergebnis einer unsachgemäßen Verwertung seitens des Insolvenzverwalters wäre. Auch aus der – ohnehin zweifelhaften¹⁸² – 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.¹⁸³ Auf den Gesamtgläubigerschaden trifft das hingegen nicht zu.

Auch wenn die Frage, ob § 273 ZPO dann anwendbar ist, wenn die unverhältnismäßigen oder unüberwindlichen Beweisschwierigkeiten

Justiz RS0110411; weitgehend zust auch *König*, Anfechtung⁵ Rz 11/76) *Weisse*'sche Formel (s dazu *Weisse*, ÖBA 1992, 634) ohne Einbeziehung der tatsächlich erzielten Quote auskommt. Siehe dazu bereits oben III E 2.

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

181 ÖBA 1992, 634 f. Dazu schon III E 2 bei Fn 79.

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

183 Vgl nur RIS-Justiz RS0120784.

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 Geschäftsführer kann sich bereits vor Ende des Insolvenzverfahrens und Feststehen der Insolvenzquote damit entlasten, dass die – in der Regel mit Hilfe eines Sachverständigen – vom Richter gem § 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 III E). 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 III E 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 anders ausgeht als vom Richter gem § 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 ABGB¹⁸⁴ 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 Wiederaufnahmegrund 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.¹⁸⁵ Aller-

184 Zur Notwendigkeit einer eigenständigen Rechtsgrundlage für einen Bereicherungsanspruch nach § 46 IO zB *Engelhart* in *Konecny/Schubert*, IO (48b. Lfg; 2012) § 46 Rz 309.

185 Vgl allgemein *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ Rz 955; *Klicka* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III/2³ (2017) § 411 ZPO Rz 95 ff.

dings 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.¹⁸⁶ Obwohl die Prognose in dieser Entscheidung bereits im materiellrechtlichen Tatbestand angelegt war,¹⁸⁷ kann dementsprechend wohl auch ein rechtskräftiges Urteil über eine gem § 273 ZPO geschätzte Schadensposition nicht mehr neuerlich aufgerollt werden.

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 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.¹⁸⁸

5 Keine Differenzierung zwischen Alt- und Neugläubigern

Ein in Deutschland viel diskutiertes 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 gem § 92 iVm § 15a dInsO auf den Schaden der Altgläubiger beschränken, was schwierige Rechenoperationen bedingt.¹⁸⁹ Daran ist theoretisch sicherlich richtig, dass die hypothetische Quote der einzelnen Neugläubiger variiert, je nachdem wann sie ihre Gläubigerstellung erlangt haben.¹⁹⁰ 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?

186 BGH IVa ZR 197/84 NJW 1986, 2645.

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

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

189 *Brandes/Gehrlein*, MünchKomm InsO II³ (2013) § 92 Rz 18 ff.

190 *K. Schmidt*, JBI 2000, 484 f; *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, KO § 69 Rz 74.

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.¹⁹¹

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 zugutekommen darf, andernfalls sie bereichert wäre. Strittig ist aber, wie dieses Ergebnis bei der Verfolgung des Anspruchs gem § 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,¹⁹² 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.¹⁹³ Wiederum wird der beklagte Geschäftsführer diese probatio diabolica häufig nicht erbringen können, sodass er zunächst in voller Höhe der Zahlung leistungspflichtig wird.¹⁹⁴ 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.¹⁹⁵ Wegen des fehlenden Erfor-

191 *Zutr Dellinger*, Vorstandshaftung 214 ff; *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, KO § 69 Rz 74; *K. Schmidt*, JBI 2000, 484 f; s für Deutschland ferner *Häsemeyer*, Insolvenzzrecht⁴ (2007) Rz 30.70 f.

192 *Dellinger*, Vorstandshaftung 235; *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, KO § 69 Rz 69; *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht II/2⁴ § 69 KO Rz 171; *Binder* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung² Rz 3/51; *Adensamer/Oelkers/Zechner*, Unternehmensanierung 38; RIS-Justiz RS0059751, zB OGH 1 Ob 144/01k SZ 2002/26; 9 ObA 416/97k ecolex 1998, 772; 5 Ob 38/72 SZ 45/46.

193 Erwägend und jedenfalls im Ergebnis identisch *U. Torggler/Trenker*, JBI 2013, 618.

194 *Zust Kodek* in *Konecny*, Insolvenzz-Forum 2017, 173.

195 *Ausf U. Torggler/Trenker*, JBI 2013, 618 f mwN zum Meinungsstand;

dernisses zur Forderungsanmeldung weniger praktikabel, aber alternativ dazu ebenfalls gangbar scheint es, einfach eine Massforderung gem § 46 Z 6 IO iVm § 1431 ABGB in Höhe der zu viel bezahlten Quote anzunehmen.

7 Zwischenresümee: Verteidigung des beklagten Geschäftsleiters

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 Geschäftsleiters.

Die Entlastung durch den Nachweis eines geringeren Quotenschadens ist mit jenen tatbestandsimmanenten Einwendungen, die die Höhe der kumulierten Zahlungen reduzieren oder eine Haftung für einzelne Zahlungen überhaupt ausschließen sollen, nicht zu vermengen. Beide Verteidigungsstrategien sind alternativ zueinander anwendbar, können aber mE – insoweit wohl entgegen *Dellinger*¹⁹⁶ – 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 VI B 1) bzw von vornherein keine Zahlungen iSd § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG vorlagen (zB Zahlung eines Aus- oder Absonderungsgläubigers oder Zahlung von einem debitorischen Konto [oben VI B 2]), die Zahlungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters vereinbar waren (DN-Beiträge zur Sozialversicherung; Zahlungen im Rahmen zulässiger Ausschöpfung der 60-Tages-Frist; Zahlungen für sinnvolle Dienstleistungen etc [oben VI B 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 VI D 6).¹⁹⁷

S.-F. Kraus/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 25 Rz 14; zust P. Csoklich, ZIK 2018, 12; vorsichtig auch *Kodek in Konecny*, Insolvenz-Forum 2017, 173.
 196 ÖBA 2018, 734, wenn er jene Masseschmälerung, die auf sorgfaltsgemäßen Zahlungen beruht, vom berechneten Quotenschaden zusätzlich abziehen will.
 197 Schließlich ist noch der Einwand denkbar, dass einzelne Zahlungen anfechtbar waren (dazu ausf U. Torggler/Trenker, JBI 2013, 619 ff). Der 6. Senat (OGH 6 Ob 164/16k Pkt 2.4.) hat offengelassen (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 (*Dellinger in Konecny/Schubert*, KO § 69 Rz 69; OGH 6 Ob 164/16k), zuvor wird eine Entlastung von der bisherigen Rsp – mE zu Unrecht (ausf U. Torggler/Trenker, JBI 2013, 619 ff; *König*, *Anfechtung*⁵ 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 (s nur RIS-Justiz RS0059751, OGH 9 ObA 416/97k; OGH 5 Ob 38/72; [jeweils obiter dicta]; offenlassend nunmehr OGH 6 Ob 164/16k Pkt 2.4.; zumindest gute Gründe attestiert dieser Judikatur weiterhin *Kodek in Konecny*, Insolvenz-Forum 2017, 173 ff). Mög-

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 IV). Er muss vielmehr weitere Zahlungen identifizieren oder den allenfalls höheren Betriebsverlust geltend machen. Ganz ausnahmsweise können somit gewisse Quotenschäden nicht vom Insolvenzverwalter liquidiert werden, welche nach Verfahrensbeendigung aber die einzelnen Gläubiger individuell gem § 69 IO iVm § 1311 ABGB verfolgen können.¹⁹⁸

VII 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 gem § 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 ist 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 zugutekommen 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

lich ist richtigerweise lediglich nachträglicher Regress des Geschäftsführers gegenüber dem Anfechtungsgegner (*U. Torggler/Trenker* JBI 2013, 619 ff; zust P. Csoklich ZIK 2018), wobei zur Wahrung der Jahresfrist des § 43 IO eine bloße Mitteilung in analoger Anwendung von § 9 AnFO für ausreichend gehalten wird (*König*, *Anfechtung*⁵ Rz 18/50).

198 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*, KO § 69 Rz 80) – eine Konstellation, die praktisch freilich kaum je vorkommen dürfte.

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 einklagt; 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 Schadensberechnungen (Betriebsverlust als Vergleichsrechnung des hypothetischen und tatsächlichen EK-Status – Quotenschaden [vermutet] als Kumulation der massemindernden Zahlungen) anstellt und die jeweiligen Ergebnisse nicht addiert.¹⁹⁹ Andernfalls liegt (zumindest hinsichtlich einer Schadensposition) Unschlüssigkeit vor.

VIII Zusammenfassung

- Eine Verletzung der Pflicht zur rechtzeitigen Insolvenzantragstellung begründet für den Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft gegenüber dieser die Haftung für den Betriebsverlust im Verschleppungszeitraum gem § 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 Insolvenzzreife geleisteten Zahlungen (§ 25 Abs 3 Z 2 GmbHG) vermieden werden.

¹⁹⁹ Zust *Kodek* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2017, 177.

- 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.²⁰⁰ 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.

²⁰⁰ Diesem Konzept zust *Kodek* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2017, 176 f, 181.