

Herausgegeben von  
em. o. Univ.-Prof. Dr. Dr. h. c. Manfred Burgstaller  
RA Hon.-Prof. Dr. Peter Csoklich  
em. o. Univ.-Prof. Dr. Peter Doralt  
Univ.-Prof. Dr. Anna Gamper  
Univ.-Prof. DDr. Christoph Grabenwarter, Mitglied des VfGH  
Univ.-Prof. Dr. Stefan Griller  
Univ.-Prof. Dr. Clemens Jabloner, Präsident des VwGH  
Univ.-Prof. Dr. Meinhard Lukas  
Univ.-Prof. Dr. Susanne Reindl-Krauskopf  
em. o. Univ.-Prof. Dr. Peter Rummel  
RA Hon.-Prof. DDr. Hellwig Torggler  
Schriftleitung: Peter Rummel und Meinhard Lukas

# Juristische Blätter

Verlag Österreich

Motto: Veritas temporis filia, non auctoritatis

**Heft 10 Oktober 2013 135. Jahrgang**

ISSN 0022-6912 JUBLA7 135 (10) 613-680 (2013)

Juristische Blätter 135, 613-628 (2013)  
Printed in Austria

**JB**

Univ.-Prof. Dr. **Ulrich Torggler**, LL.M. (Cornell), Universität Wien und Univ.-Ass. MMag. Dr. **Martin Trenker**, Universität Innsbruck

## Zur Organhaftung für Gläubigerbevorzugung gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG, § 84 Abs 3 Z 6 AktG

*Die Mitglieder des Leitungsorgans einer Kapitalgesellschaft sind gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG, § 84 Abs 3 Z 6 AktG für „Zahlungen“ ersatzpflichtig, die in statu cridae geleistet werden. Die Regelungen werfen in Bezug auf der Rechtsnatur und Höhe der Ersatzpflicht sowie auf deren Verhältnis zu allfälligen Anfechtungsansprüchen gemäß §§ 27 ff IO gegen den mit der Zahlung befriedigten Gläubiger heikle Fragen auf, die trotz ihrer praktischen Bedeutung uneinheitlich beantwortet werden. Bezeichnend für die vorherrschende Rechtsunsicherheit sind die unterschiedlichen Lösungsansätze, die von der hL und Rsp in Österreich und Deutschland in Kernfragen vertreten werden.*

**Deskriptoren:** Geschäftsführerhaftung, Vorstandshaftung, Insolvenzanfechtung, Anfechtungsanspruch, Abtretbarkeit, Gegenansprüche des Anfechtungsgegners, Legalzession.  
§§ 888, 896, 1293 ff, 1358, 1392 ff, 1422, 1497 ABGB; § 84 Abs 3 Z 6, Abs 4 AktG; § 25 Abs 3 Z 2, Abs 6, § 82 GmbHG; §§ 27 ff, 39, 41, 43, 69, 81 IO; § 153c StGB; § 228 ZPO.

### Übersicht:

- A. Einführung
- B. Rechtsnatur der Haftung nach § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 6 AktG
- C. Umfang der Ersatzpflicht
  - I. Allgemeines
  - II. Schadensvermutung in Höhe des abgeflossenen „Nettovermögens“
  - III. Berücksichtigung der hypothetischen Insolvenzquote des Zahlungsempfängers?
  - IV. Verhältnis zu Anfechtungsansprüchen gegen den befriedigten Gläubiger
    - 1. Keine Entlastung des Geschäftsführers durch allfällige Anfechtungsansprüche
    - 2. Regress des Geschäftsführers gegen Anfechtungsgegner
    - 3. Rechtsschutz des Geschäftsführers gegen Verstreichenlassen der Präklusionsfrist gemäß § 43 Abs 2 IO
- D. Weitere Haftungsvoraussetzungen
  - I. Allgemeines

- II. Zeitlicher Anwendungsbereich
- III. Zahlung
- IV. Ausnahmen gemäß § 84 Abs 3 Z 6 Hs 2 AktG (unmittelbar oder analog)
- E. Zusammenfassung

### A. Einführung

Die zentralen Bestimmungen über die Haftung der Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder gegenüber der GmbH bzw AG, § 25 GmbHG und § 84 AktG, kennen neben einem Auffangtatbestand<sup>1)</sup> in Abs 2 auch einige spezielle Haftungsfälle. Dazu zählt das Verbot der Leistung von „Zahlungen“ nach Eintritt der materiellen Insolvenz der Gesellschaft,<sup>2)</sup> das zumindest gemessen an den bisherigen

<sup>1)</sup> OGH 3 Ob 521/84 = GesRZ 1986, 97; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> (2007) § 25 Rz 4.

<sup>2)</sup> Dazu genauer unten D.II.

höchstrichterlichen Entscheidungen nur geringe praktische Bedeutung erlangt hat. Dies ist verwunderlich, weil zu den vergleichbaren deutschen Parallelbestimmungen eine Vielzahl von Entscheidungen und Aufsätzen ergangen ist. Auch erweist sich die Bestimmung bei eingehender Betrachtung der Voraussetzungen und Rechtsfolgen als scharfe Waflfe des Insolvenzverwalters.

Die Bezugnahme auf den Insolvenzverwalter deutet auch bereits eine gewisse Sonderstellung der Tatbestände im Gefüge der Geschäftsleiterhaftung an. Ihre Verletzung führt nämlich genau genommen regelmäßig zu keiner Schädigung der Gesellschaft, weshalb die Regelungen allein durch insolvenzrechtliche Anliegen erklärbar sind, namentlich die Gewährleistung der *par condicio creditorum*. Diese Besonderheit wirft trotz der *prima facie* eindeutigen, äußeren systematischen Stellung der Ersatzpflicht zunächst die Frage nach der Rechtsnatur der Haftung auf (B.). Besonders problematisch erweist sich die damit zusammenhängende Bestimmung der Höhe des Ersatzanspruchs (C.), kann doch mangels Schadens der Gesellschaft nicht ohne weiteres auf die allgemeinen Lösungen des Schadenersatzrechts zurückgegriffen werden. Erforderlich ist daher die Besinnung auf den primär insolvenzrechtlichen Normzweck. Da dieser ebenso wie die Tatbestandsvoraussetzungen eine erhebliche Ähnlichkeit zu der Anfechtung von Deckungshandlungen aufweist (insbesondere §§ 30 f IO), ist in diesem Zusammenhang auch die schwierige Frage nach dem Verhältnis zu allfälligen Anfechtungsansprüchen gegen die befriedigten Gläubiger zu beantworten. Schließlich werfen auch die weiteren Tatbestandsmerkmale zahlreiche Probleme auf, die im (österreichischen) Schrifttum bislang noch wenig diskutiert wurden.

Nicht behandelt wird demgegenüber die vergleichsweise ausführlich diskutierte Problematik der Haftung der Geschäftsführer bzw Vorstandsmitglieder gegenüber den Gesellschaftsgläubigern wegen Insolvenzverschleppung.<sup>3)</sup> Die Konkurrenz dieser Haftung zum Ersatzanspruch nach § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 6 AktG bereitet deswegen keine allzu großen Probleme, weil die (Alt-)Gläubiger<sup>4)</sup> gemäß § 69 Abs 5 IO während der Dauer eines Insolvenzverfahrens keine eigenen Ersatzansprüche geltend machen können.

## B. Rechtsnatur der Haftung nach § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 6 AktG

Schon die systematische Stellung des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG<sup>5)</sup> legt die Einordnung als Schadener-

satzpflicht nahe. In dieselbe Richtung weist der Wortlaut, nach dem es sich um einen Sonderfall der Haftung gemäß Abs 2 *leg cit* handelt (arg „Insbesondere“; vgl auch § 84 Abs 3 Z 6 AktG: „namentlich“). Nicht zu folgen ist uE daher der zu der Parallelbestimmung des § 64 S 1 dGmbHG vertretenen Auffassung, dass es sich überhaupt um einen „Ersatzanspruch eigener Art“ handle.<sup>6)</sup> Zwar findet sich in den Materialien zu § 25 GmbHG der pauschale Hinweis, dass sich die Bestimmung den durchwegs sachgerechten Normen des deutschen Gesetzes anschließt.<sup>7)</sup> Anders als in Deutschland ist der Haftungstatbestand aber in Österreich in den allgemeinen Haftungstatbestand des Geschäftsführers (§ 25 GmbHG; vgl demgegenüber § 43 dGmbHG) eingebettet. Ferner spricht § 64 dGmbHG explizit von einem „Ersatz von Zahlungen“. Demgegenüber deuten in Österreich wie erwähnt Wortlaut und Systematik deutlich auf eine schadenersatzrechtliche Einordnung hin. Die kollisionsrechtliche Einordnung ist dadurch uE nicht präjudiziert. Diesbezüglich spricht vieles für eine Anknüpfung am Insolvenzstatut (Art 4 Abs 1 EuInsVO), insbesondere der Normzweck und das Erfordernis der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens (unten D.II.3.).

Der bereits erwähnten Besonderheit, dass nämlich ein Schaden des Anspruchsberechtigten (der Gesellschaft) im vorliegenden Kontext regelmäßig nicht erfüllt ist, kann und muss allerdings auch auf Grundlage dieser Einordnung Rechnung getragen werden. Denn die Tilgung einer Verbindlichkeit ist aus Sicht der Gesellschaft keine Vermögensverringerung und auch kein „Betriebsverlust“<sup>8)</sup>,<sup>9)</sup> sondern eine bloße ergebnisneutrale Bilanzverkürzung. Vermindert wird nur der „Kuchen“, der für die anderen Gläubiger übrig bleibt, und damit das Stück davon für jeden einzelnen von ihnen. Allenfalls könnte der Schaden der gemäß § 25 Abs 3 GmbHG anspruchsberechtigten Gesellschaft darin gesehen werden, dass die Forderung des Gläubigers in *statu cridae* der Gesellschaft nicht mehr werthaltig ist, sodass die Tilgung

Z 2 GmbHG in den Vordergrund. Die Ausführungen gelten *mutatis mutandis* auch für die Haftung der Vorstandsmitglieder gemäß § 84 Abs 3 Z 6 AktG.

<sup>6)</sup> BGH II ZR 2/72 = NJW 1974, 1088; BGH II ZR 235/03 = ZIP 2005, 1550, 1552; BGH II ZR 88/99 = NZG 2001, 361 (*Habersack/Mayer*); zum Meinungsstand siehe zB *Haas*, Der Erstattungsanspruch nach § 64 II GmbHG, NZG 2004, 737; *Altmeyen* in G. H. Roth/Altmeyen (Hg), GmbHG<sup>7</sup> (2012) § 64 Rz 4; *H. F. Müller* in *Fleischer/Goette* (Hg), MünchKomm GmbHG (2011) § 64 Rz 126.

<sup>7)</sup> ErlRV 236 BlgHH XVII. Session 66.

<sup>8)</sup> So aber RIS-Justiz RS0059751 mit Beisatz T2, zB OGH 1 Ob 144/01k = SZ 2002/26.

<sup>9)</sup> Zutreffend *Dellinger*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall (1991) 234; *derselbe* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 68; *Karolus*, Pflichten und Haftung der Organe von Kapitalgesellschaften in der Krise und bei Sanierung, in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager* (Hg), Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz (2002) 1145 (1168).

<sup>3)</sup> Dazu ausführlich *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hg), WK GmbHG (2009) § 25 Rz 307 ff; *Dellinger* in *Konecny/Schubert* (Hg), Insolvenzgesetze (2005) § 69 KO Rz 70 ff; *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* (Hg), Insolvenzrecht<sup>4</sup> (2004) § 69 KO Rz 107 ff je mwN.

<sup>4)</sup> Zur Klagebefugnis der Neugläubiger siehe *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 81 mwN.

<sup>5)</sup> Nur zur Entlastung des Texts stellt die folgende Erörterung die Geschäftsführerhaftung gemäß § 25 Abs 3

aus Gesellschaftssicht eine inäquivalente Leistung ist.<sup>10)</sup> Aus Sicht einer überschuldeten und nicht sanierbaren Gesellschaft ist es aber egal, welcher Gläubiger wie viel des vorhandenen Vermögens erhält, bleibt doch jedenfalls am Ende nichts mehr übrig. Und in dem (zugegebenermaßen eher theoretischen Fall) bloßer Zahlungsunfähigkeit erscheint es keineswegs zwingend, dass die Forderung des befriedigten Gläubigers nicht werthaltig ist. UE ist daher zumindest in vielen Fällen zweifelhaft, ob die referierte Einbeziehung der Bonität der leistenden Gesellschaft in die Beurteilung ihres eigenen Schadens mit dem Schadensbegriff des § 1293 ABGB vereinbar ist. Vor allem würde sie die Beurteilung der Zulässigkeit der Zahlung ebenso wie einen folgenden Schadenersatzprozess mit Unsicherheiten und Verzögerungen belasten, die dem Normzweck zuwiderlaufen würden, durch die Inpflichtnahme der Geschäftsführer *qua* Haftungskanalisation<sup>11)</sup> für eine einfach durchsetzbare Wiederauffüllung der Masse zu sorgen (vgl unten C.III.). UE ist daher das Verständnis vorzugswürdig, dass § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG im Gläubigerinteresse den Schaden *der Gesellschaft* fingiert.<sup>12)</sup> Daher kann sich der Geschäftsführer nicht mit dem Hinweis auf den fehlenden Verlust am Buchvermögen entlasten.<sup>13)</sup> Diese dogmatische Einordnung entspricht auch der Parallelregelung des § 10 GmbHG, die ebenfalls mit einer Fiktion arbeitet.<sup>14)</sup>

Grund für diese Fiktion ist, dass sich mit jedem, auch bloß bilanzkürzenden Abgang von Aktiven die Befriedigungschancen der verbleibenden Gläubiger und damit auch deren hypothetische Insolvenzquote verringern. In Wahrheit sind also diese die Geschädigten, nur wird die Wiedergutmachung über das Gesellschaftsvermögen abgewickelt. Der Haftungstatbestand dient somit nicht den Interessen der Gesellschaft, sondern dem Schutz der Gläubiger: Einerseits soll durch die Erhaltung der verteilungsfähigen Masse die Gleichbehandlung der Gläubiger erreicht werden,<sup>15)</sup> an-

dererseits werden die Geschäftsführer zu einer rechtzeitigen Insolvenzeröffnung angehalten. Beides sind auch anerkannte Zwecke der Insolvenzanfechtung,<sup>16)</sup> was die teleologische Nähe des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG zu den §§ 27 ff IO zeigt.<sup>17)</sup> Es handelt sich uE daher um einen besonderen/modifizierten Schadenersatzanspruch im Gläubigerinteresse, bei dem zur Haftungskanalisation und Sicherstellung der *par condicio creditorum* der Schaden der Gesellschaft fingiert wird.

## C. Umfang der Ersatzpflicht

### I. Allgemeines

Aus dem Umstand, dass der Schaden der Gesellschaft uE fingiert wird, ist allerdings nicht abzuleiten, dass die Gesellschaft bzw ihr Insolvenzverwalter von jedem Nachweis hinsichtlich des Schadens eintritts- bzw der Schadenshöhe befreit würde.<sup>18)</sup> Andernfalls wäre der Umfang der Ersatzpflicht der Geschäftsführer gar nicht feststellbar. Fingiert wird lediglich, dass die Beeinträchtigung der Befriedigungsaussichten der Gläubiger einen Schaden der Gesellschaft beinhaltet, um die „haftungskanalisierende“ Liquidation dieser „Schädigung“ über das Gesellschaftsvermögen zu ermöglichen. Die Fiktion hat indessen nicht den Zweck, den Geschäftsführer unabhängig von einer Gläubigerbenachteiligung zur Haftung heranzuziehen. Daraus folgt, dass für die Berechnung des Schadens auf den insolvenzspezifischen Normzweck abzustellen ist, die Erhaltung der Masse im Interesse der Gleichbehandlung der Gläubiger sicherzustellen.<sup>19)</sup> Dementsprechend ist uE der Nachweis eines massemindernden Abflusses von Vermögen durch einzelne Zahlungen erforderlich, aber auch ausreichend.<sup>20)</sup> Das entspricht im Ergebnis der hM, die den Gesellschaftsschaden darin erblickt, dass die aufgrund der verspäteten Insolvenzanmeldung geleisteten Zahlungen die Insolvenzmasse geschmälert haben.<sup>21)</sup>

<sup>10)</sup> Dellinger, Vorstandshaftung 235 f; sympathisierend Truckenthanner, Bedenken zur Geltendmachung von Quotenschäden durch den Masseverwalter – Dogmatik und Praxis, ZIK 2007, 116 (119).

<sup>11)</sup> Siehe U. Torggler, Unbeschränkte Dritthaftung des Abschlussprüfers?, wbl 2001, 545 (546, 548); denselben, Zum deliktsrechtlichen Schutz der Mitgliedschaft (-srechte), JBl 2003, 747 (754).

<sup>12)</sup> Ebenso Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement 1171; derselbe, Entscheidungsanmerkung, ÖBA 2004, 628 (630); zustimmend Reisch/Winkler, Haftung in der Unternehmenskrise, in Lichtkoppler/Reisch (Hg), Handbuch Unternehmenssanierung (2010) 205; dagegen Binder in Ratka/Rauter (Hg), Handbuch Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> (2011) Rz 3/50.

<sup>13)</sup> Im Ergebnis unstrittig, statt vieler OGH 5 Ob 38/72 = SZ 45/46; Binder in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 3/50; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 25 Rz 21.

<sup>14)</sup> Vgl RIS-Justiz RS0059448.

<sup>15)</sup> Jüngst OGH 21.02.2013, 9 ObA 138/12b; Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement 1168.

<sup>16)</sup> Zur Gleichbehandlung der Gläubiger zB Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 27 KO Rz 9; zur Hintanhaltung der Insolvenzverschleppung jüngst ErlRV 612 BlgNR XXIV. GP 7; König, Änderungen im Anfechtungsrecht, in Konecny (Hg), ZIK Spezial – IRÄG 2010 (2010) 79 (80); ablehnend Koziol, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung (1991) 40 f.

<sup>17)</sup> Ebenso Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement 1168; Thiessen, Geschäftsführerhaftung für Zahlungen nach der Insolvenzreife – eine unendliche (Rechts-)Geschichte, in Schröder/Kanzleiter (Hg), 3 Jahre nach dem MoMiG (2012) 72 (101 ff).

<sup>18)</sup> VwGH 09.10.1990, 89/11/0271; insoweit zutreffend auch RIS-Justiz RS0059751, zB OGH 5 Ob 38/72 = SZ 45/46; OLG Wien 6 R 30/88 = NZ 1989, 252.

<sup>19)</sup> Vgl Paefgen in Ulmer/Habersack/Winter (Hg), GmbHG (2006) § 43 Rz 149.

<sup>20)</sup> Vgl BGH II ZR 51/06 = NZG 2007, 678, 679: „Danach liegt der ‚Schaden‘ schon im Abfluss der Mittel.“

<sup>21)</sup> OGH 9 ObA 416/97k = ecolex 1998, 772; 5 Ob 38/72 = SZ 45/46; Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 69 KO Rz 166; Schummer, Das Eigenkapitalersatzrecht – notwendiges Rechtsinstitut oder Irrweg? (1998) 398.

Entsprechend dem eindeutigen Wortlaut der Bestimmung, der auf jeweils einzelne Zahlungen abgestellt, ist dieses Verständnis uE vorzugswürdig gegenüber der deutschen (Minder-)Meinung, wonach § 64 S 1 dGmbHG den Ausgleich des (aggregierten) Insolvenzverschleppungsschadens der Gläubigersamtheit erfasse, der daher anhand eines Quotenvergleichs zu ermitteln sei.<sup>22)</sup> Dagegen spricht auch, dass diesfalls alle mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters vereinbaren und daher erlaubten Geschäfte (dazu unten D.IV.) mit verbotenen Zahlungen saldiert würden,<sup>23)</sup> obwohl zwischen diesen Gruppen von Zahlungen kein notwendiger Zusammenhang besteht. Dies überschreitet die Grenzen zulässiger Vorteilsanrechnung, wenn man sich die gesetzgeberische Wertung<sup>24)</sup> vergegenwärtigt, dass die Zahlung und nicht die Unterlassung der Insolvenzantragstellung das gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG verpönte Verhalten ist.

Massemindernd ist die Zahlung allerdings nur insofern, als nicht eine mit ihr verknüpfte Gegenleistung an die Gesellschaft geflossen ist.<sup>25)</sup> Bis zum Wert der Gegenleistung liegt daher gar kein „Schaden“ vor;<sup>26)</sup> weil insoweit der Zweck der Schadensfiktion nicht greift, die Beeinträchtigung der Befriedigungsaussichten der Gläubiger zu verhindern. Eine rein isolierte Betrachtung der Aus-

zahlung führte somit zu einer nicht gerechtfertigten Haftungsausweitung zulasten des Geschäftsführers. Dies fügt sich auch in die Berechnungsmethode des Schadensumfangs gemäß § 25 Abs 3 Z 1 GmbHG ein, wo bei (verdeckten) Ausschüttungen nach zutreffender Ansicht ebenfalls auf die Minderung des Vermögens, also den Nettoverlust, abzustellen ist.<sup>27)</sup>

Eine Vorleistung des Gläubigers ist allerdings grundsätzlich nicht zugunsten des Geschäftsführers anzurechnen, weil der Wert dieser Leistung auch ohne Zahlung in der Masse verblieben wäre, die Deckungshandlung daher im maßgeblichen Zahlungszeitpunkt in voller Höhe massemindernd war.<sup>28)</sup> Eine Ausnahme ist allerdings für jene Fälle zu machen, in denen die Rückzahlung eines Kredits Voraussetzung für die Inanspruchnahme weiterer Kredite ist, zB im Rahmen eines revolvingkreditverhältnisses; diesfalls sind die neuen Auszahlungen des Kreditgebers, obwohl es sich dabei für sich betrachtet um Vorleistungen handelt, insoweit zu berücksichtigen, als der Geschäftsführer uE nicht für die Summe der Zahlungen haftet, sondern lediglich im Umfang der Verringerung des Schuldsaldos im relevanten Zeitraum (dazu unten D.II.).<sup>29)</sup> Jedenfalls schließt eine Vorleistung seitens der GmbH die Berücksichtigung später geleisteter Gegenleistungen nicht aus.<sup>30)</sup>

Der anzurechnende Wert der Gegenleistung richtet sich uE aufgrund des am Normzweck des Gläubigerschutzes zu orientierenden Schadensbegriffs allerdings nach der Befriedigungstauglichkeit für die Gläubiger.<sup>31)</sup> Mit anderen Worten ist ähnlich wie bei der Beurteilung der Gläubigerbenachteiligung im Anfechtungsrecht die Verwertbarkeit des Vermögensgegenstands relevant.<sup>32)</sup> Daher ist etwa bei der Inanspruchnahme von Dienstleistungen (zB Beratungsverträge) in der Regel das gesamte, bezahlte Honorar als Schaden anzusehen (zur Rechtfertigungsmöglichkeit gemäß § 84 Abs 3 Z 6 Hs 2 AktG [unmittelbar oder analog] siehe unten D.IV.).<sup>33)</sup> Umgekehrt stellt die Erbringung von Dienstleistungen seitens der Gesellschaft mangels Verminderung der Masse keine haftungsbegründende „Zahlung“ dar.

Für die Beurteilung der Werthaltigkeit der Leistung kommt es uE auf den Zeitpunkt des Leistungsaustauschs an. Hingegen sind Zuflüsse in

<sup>22)</sup> Mit Abweichungen K. Schmidt in Scholz (Hg), GmbHG<sup>10</sup> (2010) § 64 Rz 18; Altmeyen in G. H. Roth/Altmeppen, GmbHG<sup>7</sup> § 64 Rz 26 ff je mwN; siehe auch Harrer, Haftungsprobleme bei der GmbH (1990) 40.

<sup>23)</sup> Thiessen in Schröder/Kanzleiter, 3 Jahre nach dem MoMiG 107.

<sup>24)</sup> Ausführlich zur komplexen historischen Genese der deutschen Vorbildregelung des § 64 S 1 dGmbHG Thiessen in Schröder/Kanzleiter, 3 Jahre nach dem MoMiG 78 ff.

<sup>25)</sup> Vgl auch OGH 5 Ob 38/72 = SZ 45/46: „Der Umfang des Schadens entspricht der Summe dieser Zahlungen, da die Weiterführung des Unternehmens einen diesen Zahlungen entsprechenden Betriebsgewinn nicht brachte.“

<sup>26)</sup> Dass Gegenleistungen zugunsten des Geschäftsführers zu veranschlagen sind, ist unstrittig (zB VwGH 09.10.1990, 89/11/0271; OLG Wien 6 R 30/88 = NZ 1989, 252; Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 69 KO Rz 166; Schummer, Eigenkapitalersatzrecht 398). Dogmatisch werden Gegenleistungen allerdings entgegen der hier vertretenen Ansicht entweder beim Tatbestandsmerkmal der „Zahlung“ (zB Haas in Baumbach/Hueck [Hg], GmbHG<sup>20</sup> [2013] § 64 Rz 70a; H. F. Müller in MünchKomm GmbHG § 64 Rz 126, je mwN) oder bei der Entlastungsmöglichkeit gemäß § 84 Abs 3 Z 6 Hs 2 AktG (analog) (Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement 1169; Schumacher aaO; Dellinger, Vorstandshaftung 234 f) angesiedelt. Gegen die zweite Alternative spricht uE auch, dass sie konsequenterweise insofern zu bedenklichen Alles-oder-Nichts-Lösungen führen müsste, als Gegenleistungen auch nicht einmal teilweise anrechenbar wären, wenn das Rechtsgeschäft insgesamt nicht dem erforderlichen Sorgfaltsmaßstab entspricht (siehe allerdings im Ergebnis zutreffend Karollus, aaO 1171; Dellinger, aaO 236 Fn 78).

<sup>27)</sup> Kleindiek in Lutter/Hommelhoff (Hg), GmbHG<sup>18</sup> (2012) § 43 Rz 58.

<sup>28)</sup> Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 69.

<sup>29)</sup> Vgl BGH IX ZR 7/12 = NJW-Spezial 2013, 375 zur Insolvenzanfechtung.

<sup>30)</sup> Ebenso Strohn, Organhaftung im Vorfeld der Insolvenz, NZG 2011, 1161 (1165).

<sup>31)</sup> Vgl RIS-Justiz RS0050660, zB OGH 7 Ob 616/89 = HS 20.627; Rebernig in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 27 KO Rz 64.

<sup>32)</sup> Casper in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG § 64 Rz 85.

<sup>33)</sup> Insofern aA OLG Wien 6 R 30/88 = NZ 1989, 252.

die Masse nach dem BGH<sup>34)</sup> nur dann anzurechnen, wenn sie in der Insolvenzmasse noch vorhanden sind.<sup>35)</sup> Nachträgliche Wertminderungen oder Verluste stehen aber uE in aller Regel nicht mehr im Rechtswidrigkeitszusammenhang mit der ursprünglichen Zahlung. Allerdings kann der spätere Abfluss der Mittel seinerseits auf einer pflichtwidrigen Handlung beruhen.

## II. Schadensvermutung in Höhe des abgeflossenen „Nettovermögens“

Als Bestandteil des Schadensbegriffs ist der Insolvenzverwalter uE nach allgemeinen Grundsätzen behauptungs- und beweispflichtig, dass der Gesellschaft keine derartigen Vorteile zugeflossen sind.<sup>36)</sup> Wie in anderen Fällen der Beweislast für Negativa genügt neben dem Nachweis der Zahlung die bloße, uE auch implizite Behauptung einer fehlenden Gegenleistung; daraufhin hat der Geschäftsführer – zumindest im Ergebnis – deren Vorliegen zu belegen, weil es für den Insolvenzverwalter ausreicht, den Richter von der Unwahrscheinlichkeit jener Umstände zu überzeugen, die für das Vorliegen einer massesteigernden Gegenleistung sprechen.<sup>37)</sup> Eine Beweislastumkehr hinsichtlich des Schadensnachweises für die im Katalog des § 84 Abs 3 AktG aufgezählten Sondertatbestände findet uE indes entgegen einer vereinzelt gebliebenen Entscheidung des 2. Senats<sup>38)</sup> keine Deckung im Gesetz.

Während also in Bezug auf anrechenbare Vorteile keine „echte“ Beweislastumkehr eintritt, besteht uE im Einklang mit dem Normzweck und mit der hM zu den teleologisch ähnlich gelagerten Fällen des § 25 Abs 3 Z 1 GmbHG<sup>39)</sup> und den sons-

tigen Tatbeständen gemäß § 84 Abs 3 AktG<sup>40)</sup> sehr wohl eine Vermutung des Schadenseintritts in Höhe des abgeflossenen *Nettovermögens*.<sup>41)</sup> Bedeutung und sachliche Berechtigung der resultierenden Beweislastumkehr zeigen sich anhand von zwei besonders umstrittenen Problemen:

## III. Berücksichtigung der hypothetischen Insolvenzquote des Zahlungsempfängers?

Erstens ist fraglich, inwieweit die Tatsache zu berücksichtigen ist, dass sich die Masse eine Zahlung nach Maßgabe der Insolvenzquote an den befriedigten Gläubiger erspart. Denn ohne rechtswidrige Auszahlung hätte der Insolvenzverwalter diesen Gläubiger quotenmäßig befriedigen müssen. Nahe liegt daher die Lösung der hM, dass sich der Schaden um das vermindert, was der vom Geschäftsführer unstatthafterweise befriedigte Gläubiger im Insolvenzverfahren erhalten hätte.<sup>42)</sup> Ein rechtsvergleichender Blick nach Deutschland zeigt jedoch, dass dies keineswegs selbstverständlich ist: Der BGH geht nämlich in mittlerweile gefestigter Rsp<sup>43)</sup> davon aus, dass der Geschäftsleiter zum Rückersatz der Zahlung in voller Höhe verpflichtet ist. Im Urteil sei ihm aber vorzubehalten, seinen nach Rang und Höhe mit dem Anspruch des befriedigten Gläubigers deckungsgleichen Gegenanspruch gegen die Masse zu verfolgen.

In der Tat zeigt sich, dass die Möglichkeit einer sofortigen (vollständigen) Geltendmachung durch den Insolvenzverwalter mit dem *telos* der Bestimmung, einer bestmöglichen Absicherung der Masse und daher generell mit insolvenzrechtlichen Wertungen, besser vereinbar ist. Die hM führt nämlich dazu, dass der Insolvenzverwalter mit der Geltendmachung seines Anspruchs bis zur Ermittlung der exakten Quote zuwarten müsste. Abgesehen von der empfindlichen Störung einer zügigen Verfahrensabwicklung und den damit verbundenen Berechnungsschwierigkeiten<sup>44)</sup> hätte dies zur Fol-

<sup>34)</sup> BGH II ZR 2/72 = NJW 1974, 1088, 1089; II ZR 150/02 = NJW 2003, 2316, 2317; ebenso *Schumacher* in Bartsch/Pollak/Buchegger, *Insolvenzrecht*<sup>4</sup> § 69 KO Rz 166.

<sup>35)</sup> Ebenso *H. F. Müller* in MünchKomm GmbHG § 64 Rz 137 mwN; *Thiessen* in Schröder/Kanzleiter, 3 Jahre nach dem MoMiG 105.

<sup>36)</sup> VwGH 09.10.1990, 89/11/0271; aA BGH II ZR 2/72 = NJW 1974, 1088, 1089; *Karollus* in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, *Krisenmanagement* 1171; zu dem hier vertretenen Ergebnis müssten auch jene gelangen, die entstandene Vorteile in den Begriff der Zahlung einbeziehen, vgl. *Schmidt-Leithoff/Baumert* in Rowedder/Schmidt-Leithoff (Hg), *GmbHG*<sup>5</sup> (2013) § 64 Rz 47; aA allerdings *Casper* in Ulmer/Habersack/Winter, *GmbHG* § 64 Rz 82 f, 85; ebenso *Thiessen* in Schröder/Kanzleiter, 3 Jahre nach dem MoMiG 104.

<sup>37)</sup> OGH 4 Ob 29/00v = EvBl 2000/123, 560; *Rechberger* in Fasching/Konecny (Hg), *Zivilprozessgesetz*<sup>2</sup> (2004) Vor § 266 ZPO Rz 36; *Rosenberg*, *Die Beweislast*<sup>3</sup> (1965) 331.

<sup>38)</sup> OGH 2 Ob 356/74 = GesRZ 1976, 26; *Kastner/Doralt/Nowotny*, *Gesellschaftsrecht*<sup>5</sup> (1990) 237; wohl auch *Gellis/Feil*, *GmbHG*<sup>7</sup> (2009) § 25 Rz 12; offenlassend OGH 5 Ob 38/72 = SZ 45/46.

<sup>39)</sup> *U. Torggler/Kraus* in *U. Torggler* (Hg), *GmbHG* (2013/14) § 25 Rz 13; *Fleischer* in MünchKomm GmbHG § 43 Rz 293 f; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, *GmbHG*<sup>18</sup> § 43 Rz 58; *Paefgen* in Ulmer/Habersack/Winter, *GmbHG* § 43 Rz 150.

<sup>40)</sup> *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, *AktG*<sup>2</sup> (2012) § 84 Rz 33; *Strasser* in Jabornegg/Strasser (Hg), *AktG*<sup>5</sup> (2010) §§ 77 bis 84 Rz 4.

<sup>41)</sup> Abweichend *Koppensteiner/Gruber* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, *GmbHG*<sup>5</sup> § 43 Rz 25.

<sup>42)</sup> RIS-Justiz RS0059751, zB OGH 5 Ob 38/72 = SZ 45/46; 9 ObA 416/97k = eclex 1998, 772; 1 Ob 144/01k = SZ 2002/26; *Dellinger*, *Vorstandshaftung* 235; *derselbe* in Konecny/Schubert, *Insolvenzgesetze* § 69 KO Rz 69; *Binder* in Ratka/Rauter, *Geschäftsführerhaftung*<sup>2</sup> Rz 3/51; *Adensamer/Oelkers/Zechner*, *Unternehmenssanierung zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht* (2006) 38; *Schumacher* in Bartsch/Pollak/Buchegger, *Insolvenzrecht*<sup>4</sup> § 69 KO Rz 171; *Reisch/Winkler* in Lichtkoppler/Reisch, *Unternehmenssanierung* 205.

<sup>43)</sup> BGH II ZR 51/06 = NZG 2007, 678, 679; II ZR 235/03 = ZIP 2005, 1550, 1551 f; II ZR 88/99 = NZG 2001, 361, 365 (*Habersack/Mayer*); anders noch II ZR 61/92 = NJW 1994, 2149; II ZR 273/98 = NZG 2000, 370.

<sup>44)</sup> Da sowohl die endgültige Quote von der Höhe des Ersatzanspruchs als auch die Höhe des Ersatzanspruchs von der endgültigen Quote abhängt, handelt es sich vor Abschluss der Insolvenzabwicklung um eine Gleichung mit zwei Unbekannten.

ge, dass der Masse das Risiko einer nachträglichen Bonitätsverschlechterung des Geschäftsführers aufgebürdet würde, ohne dass der Insolvenzwertwahrer über effektive Sicherungsmöglichkeiten verfügt.<sup>45)</sup> Umgekehrt stehen der sofortigen Inanspruchnahme in voller Höhe keine schutzwürdigen Interessen des Geschäftsführers entgegen.

Dass die hM von der Anrechnung der fiktiven Quote auf den Schaden nicht den Normzwecken entspricht, zeigt nicht zuletzt auch ein Blick auf die gesetzliche Lösung des Parallelproblems bei der teleologisch nahestehenden Anfechtung:<sup>46)</sup> Ein in anfechtbarer Weise befriedigter Gläubiger kann den Anfechtungsanspruch gemäß § 39 IO nämlich ebenfalls nicht um seine fiktive Quote kürzen. Vielmehr ist er mit seiner Rückersatzpflicht vorleistungspflichtig und kann seine durch die Anfechtung wieder auflebende Forderung nur gemäß § 41 Abs 2 Fall 2 IO als Insolvenzanspruch anmelden.<sup>47)</sup> Wie *Karollus*<sup>48)</sup> hervorhebt, dient diese Lösung der realen Konkursabwicklung, einer Zielsetzung, die wegen desselben *telos* auch auf den Tatbestand der Geschäftsführerhaftung gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG übertragbar ist. Anders ist die Rechtslage lediglich, wenn die Insolvenzquote bereits festgestellt ist; diesfalls kann der Anfechtungsgegner nach hM gegen den Anfechtungsanspruch aufrechnen.<sup>49)</sup> Dies ist stimmig, weil dann auch keine Gefahr mehr für die Masse besteht.

Im Kontext des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG ist dies uE wie bereits angedeutet (oben B. aE) durch eine widerlegliche Vermutung des Schadensumfangs in Höhe des massemindernden Vermögensabflusses umzusetzen. Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang ein Urteil, das dem wegen Insolvenzverschleppung beklagten Geschäftsführer den Einwand der noch nicht feststellbaren Insolvenzquote gegenüber einem Neugläubiger verwei-

gerte.<sup>50)</sup> Der OGH begründete dies damit, dass die Ersatzpflicht gegenüber dem Neugläubiger „materiell in der Verpflichtung zur Einlösung der höchst unsicheren Entgeltforderung“ gegen die Gemeinschuldnerin bestehe; im Gegenzug sei der „entsprechende Forderungsübergang“ zu bewirken, um eine Bereicherung des Neugläubigers zu vermeiden.<sup>51)</sup>

Der gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG belangte Geschäftsführer kann demnach die Quotensparnis durch die unzulässige Befriedigung des Gläubigers nur dann erfolgreich einwenden, wenn er deren Höhe nachweisen kann. Vor endgültiger Feststellung der Quote ist eine diesbezügliche Einwendung des Geschäftsführers daher nur insoweit möglich, als er aus den bisherigen Verwertungserlösen mit hoher Wahrscheinlichkeit<sup>52)</sup> ableiten kann, dass eine bestimmte Mindestquote erzielt werden wird. Praktisch wird ihm das nur ausnahmsweise gelingen. Zu diesem Ergebnis könnten im Übrigen auch die Grundsätze über die Vorteilsanrechnung führen; das setzt allerdings die nicht gesicherte Bejahung der Vorfrage voraus,<sup>53)</sup> dass es sich bei der ersparten Quote um einen vom Schädiger zu beweisenden<sup>54)</sup> anrechenbaren Vorteil und nicht um ein Element der Schadenshöhe handelt.

Wie in dem erwähnten Urteil zur Haftung gegenüber Neugläubigern<sup>55)</sup> stellt sich damit die Frage, ob und auf welcher Grundlage der Geschäftsführer eine Forderung in Höhe der getilgten Verbindlichkeit des befriedigten Gläubigers in der Insolvenz der Gesellschaft anmelden kann, wenn und weil ihm die „probatio diabolica“ der Höhe der Quote kaum bereits im Schadenersatzprozess gelingen wird. Dass dies sachgerecht ist, folgt schon daraus, dass andernfalls die Insolvenzmasse ohne sachliche Berechtigung bereichert wäre. Un-

<sup>45)</sup> Denkbar wäre die Erwirkung eines Feststellungsurteils, was allerdings keine Abhilfe schafft, weil Feststellungsurteile nicht mittels Exekution zur Sicherstellung (§§ 370 ff EO) vorläufig gesichert werden können. Auch eine einstweilige Verfügung zur Sicherung der Geldforderung setzt den schwierigen Nachweis einer konkreten, vom Schuldner selbst ausgehenden Gefahr voraus (§ 379 Abs 2 Z 1 EO; dazu zB *König*, Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren<sup>4</sup> [2012] Rz 3/7 ff; *Sailer* in Burgstaller/Deixler-Hübner [Hg], Exekutionsordnung [7. EL 2002] § 379 Rz 10 ff, je mwN), wofür die bloße Gefahr drohender Zahlungsunfähigkeit nicht ausreicht (RIS-Justiz RS0005411, zB OGH 25.06.1996, 1 Ob 2009/96i).

<sup>46)</sup> Im Ergebnis ebenso *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 25 Rz 21.

<sup>47)</sup> *Karollus*, Konkursanfechtung: Muss der Anfechtungsgegner vorleisten?, ÖBA 1988, 123 (132); *Rebermig* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetz § 42 KO Rz 3.

<sup>48)</sup> *Karollus*, ÖBA 1988, 132.

<sup>49)</sup> OGH 3 Ob 222/59 = JBl 1959, 635; 3 Ob 242/74 = EvBl 1975/248, 555; *Rebermig* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetz § 42 KO Rz 3; allgemein RIS-Justiz RS0064330; aA *Karollus*, ÖBA 1988, 132. § 42 IO gilt für diesen Fall nicht, weil es sich um eine Forderung gegen die Masse und nicht „an den Schuldner“ handelt.

<sup>50)</sup> OGH 6 Ob 656/90 = wbl 1993, 225; insofern zustimmend *Dellinger*, Zur Kridahaftung der GmbH-Gesellschafter sowie zur Ersatzfähigkeit und Berechnung des Vertrauensschadens der Neugläubiger, wbl 1993, 201 (211 ff).

<sup>51)</sup> Dazu zB *Dellinger*, wbl 1993, 211 ff; *derselbe*, Vorstandshaftung 244.

<sup>52)</sup> Allgemeines Beweismaß, zB *Klicka*, Die Beweislastverteilung im Zivilverfahrensrecht (1995) 30 ff; *Rechberger* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetz<sup>2</sup> Vor § 266 ZPO Rz 11.

<sup>53)</sup> Soweit ersichtlich haben Literatur und Rsp zur Vorteilsanrechnung bislang keine trennscharfe, allgemein anerkannte Abgrenzungsformel entwickelt; vielmehr steht derzeit (noch) die Bildung von Fallgruppen im Vordergrund, vgl zB *Reischauer* in Rummel (Hg), ABGB<sup>3</sup> (2007) § 1312 Rz 9 ff; *Oetker* in Säcker/Rixecker (Hg), MünchKomm BGB<sup>6</sup> (2012) § 249 Rz 241 ff; vgl zum Problem in anderem Zusammenhang *Trenker*, Die hypothetische Alternativveranlagung, ÖJZ 2013, 5 (7 f, bei und in Fn 35).

<sup>54)</sup> So RIS-Justiz RS0036710; *Kodek* in Kletečka/Schauer (Hg), ABGB-ON 1.00 (2010) § 1295 Rz 42; *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1312 Rz 8; *Oetker* in MünchKomm BGB<sup>6</sup> § 249 Rz 279.

<sup>55)</sup> Oben bei und in Fn 50.

mittelbare Anspruchsgrundlagen sind allerdings nicht ersichtlich.<sup>56)</sup> Der BGH stützt den Anspruch auf entsprechende/analoge Anwendung von § 255 BGB,<sup>57)</sup> wonach Schadenersatz für den Verlust einer Sache oder eines Rechts nur gegen Abtretung von Ersatzansprüchen gegen Dritte zusteht. Ob diesem Analogieschluss zuzustimmen ist, kann für das österreichische Recht mangels vergleichbarer Regelung<sup>58)</sup> dahingestellt bleiben.

Eine planwidrige Lücke ist aufgrund der Besserstellung der Gesellschaft gegenüber rechtmäßigem Verhalten des Geschäftsführers kaum zu verkennen. Eine mögliche Analogie muss uE an dem Umstand ansetzen, dass der Geschäftsführer bei wirtschaftlicher Betrachtung die Verbindlichkeit der Insolvenzmasse gegenüber dem befriedigten Gläubiger getilgt hat. Formell betrachtet hat der Geschäftsführer den Gläubiger zwar ursprünglich aus dem Vermögen der GmbH befriedigt, damit zugleich aber seine Rückersatzpflicht gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG begründet. Indem er der Gesellschaft nachträglich ebenjenen Betrag ersetzt, hat er aus Ex-post-Sicht die Schuld des Gläubigers getilgt. Materiell hat der Geschäftsführer also eine fremde Schuld bezahlt. Zwar sind die hierfür einschlägigen §§ 896, 1042, 1358, 1422 ABGB allesamt nicht unmittelbar anwendbar. Denn zum einen tilgt der Geschäftsführer formell eine eigene Schuld; zum anderen ist die befriedigte Forderung nicht zwangsläufig inhaltsgleich mit der Ersatzpflicht des Geschäftsführers. Den genannten Bestimmungen liegt jedoch der gemeinsame, in §§ 17, 41 Abs 2 Fall 2 IO<sup>59)</sup> auch im Verhältnis zur Insolvenzmasse zum Ausdruck gekommene Gedanke zugrunde, eine ungerechtfertigte Bereicherung desjenigen zu vermeiden, der eine Verpflichtung im Endeffekt tragen muss.<sup>60)</sup> Er verdient nach dem Gesagten auch im vorliegenden Zusammenhang Gefolgschaft, sodass uE eine Gesamtanalogie geboten ist. Als Rechtsfolge kann der Geschäftsleiter somit eine mit dem Anspruch

des befriedigten Gläubigers identische Forderung in der Insolvenz der Gesellschaft anmelden.<sup>61)</sup>

#### IV. Verhältnis zu Anfechtungsansprüchen gegen den befriedigten Gläubiger

##### 1. Keine Entlastung des Geschäftsführers durch allfällige Anfechtungsansprüche

Die zweite uE noch bedeutendere Implikation der Schadensvermutung betrifft das Verhältnis zu allfälligen Anfechtungsansprüchen gegenüber dem befriedigten Gläubiger. Da die haftungsbe gründende Zahlung nämlich nach ihrem Tatbestand nach Eintritt der materiellen Gesellschafts insolvenz geleistet worden sein muss, ist die Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber wegen Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit (§ 31 IO) auch anfechtbar, sofern dieser den Eintritt der Insolvenzreife kannte oder kennen musste.<sup>62)</sup> Unter der Voraussetzung, dass der Geschäftsführer – und qua Wissens- bzw Willenszurechnung<sup>63)</sup> auch die Gesellschaft – die materielle Insolvenz kannte, sind ferner eine Begünstigungsanfechtung (§ 30 IO) und sogar eine Absichtsanfechtung (§ 28 IO) möglich, sofern er nicht ernsthaft an die wirtschaftliche Erholung der GmbH glaubte;<sup>64)</sup> Voraussetzung dafür ist allerdings, dass auch der begünstigte Gläubiger diese Umstände kannte oder (auch nur in Folge leichter Fahrlässigkeit)<sup>65)</sup> kennen konnte. (Weitere) Voraussetzung ist in allen Fällen, dass das Insolvenzverfahren binnen einer gewissen Frist nach der Zahlung eröffnet wird, namentlich binnen sechs Monaten gemäß § 31 Abs 2 IO, einem Jahr gemäß § 30 Abs 2 IO, zwei Jahren gemäß § 28 Z 2, 3 IO oder sogar zehn Jahren gemäß § 28 Z 1 IO. Die unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen sowie die mitunter erhebliche „zeitliche Rückwirkung“ führen dazu, dass Anfechtungsansprüche der Insolvenzmasse gegen den befriedigten Gläubiger bei „Zahlungen“ gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG keinen Ausnahmefall darstellen. Die Auswirkungen der Anfechtbarkeit auf die Geschäftsführerhaftung haben daher eine große praktische Bedeutung.

<sup>56)</sup> Eine Anwendung von § 1435 ABGB erweist sich insofern als problematisch, als die „causa finita“ im vorliegenden Fall die Nichtfeststellbarkeit der Höhe der Insolvenzquote ist, nicht aber ein rechtlicher Grund wegfällt, namentlich also nicht die Schuld des Entreicherten entfällt (vgl. *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 [2012] § 1435 Rz 2; *Koziol* in *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger* [Hg], ABGB<sup>3</sup> [2010] § 1435 Rz 1). § 1431 ABGB scheidet sowohl an der mangelnden Irrtümlichkeit der Leistung als auch am Umstand, dass die Schuld im Zeitpunkt der Leistung bestand. Zu weiteren denkbaren Anspruchsgrundlagen siehe sogleich im Text.

<sup>57)</sup> Siehe die Nachweise in Fn 43.

<sup>58)</sup> *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> (1997) Rz 14/18.

<sup>59)</sup> Nach Teilen der deutschen Lehre ist § 144 Abs 1 dInsO (entspricht § 41 Abs 2 Fall 2) sogar für sich ausreichende Analogiebasis, so zB *Haas* in *Baumbach/Hueck, GmbHG*<sup>20</sup> § 64 Rz 88; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff, GmbHG*<sup>18</sup> § 64 Rz 19.

<sup>60)</sup> Zutreffend *Perner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hg), *Klang*<sup>3</sup> (2008) § 896 ABGB Rz 7.

<sup>61)</sup> Soweit der Geschäftsführer bereits eine bestimmte Mindestquote nachweisen konnte und sich seine Ersatzpflicht daher entsprechend verkürzt hat, geht die Forderung allerdings nur verhältnismäßig auf ihn über. Die Höhe des Forderungsübergangs bestimmt sich nach dem Verhältnis der tatsächlichen zur bereits angerechneten Quote.

<sup>62)</sup> Dazu *König*, *Anfechtung*<sup>4</sup> Rz 11/17 ff mwN.

<sup>63)</sup> Ausführlich dazu *Trenker*, *Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen* (2012) 89 ff, insbesondere 98 ff.

<sup>64)</sup> HM, RIS-Justiz RS0064185, zB OGH 3 Ob 8/10p = ÖBA 2010, 848; *König*, *Anfechtung*<sup>4</sup> Rz 7/12; *Widhalm*, *Die Absichtsanfechtung in der Rsp*, *ecolx* 2000, 787; zur Abgrenzung der einzelnen Tatbestände *Trenker*, *Insolvenzanfechtung* 40 ff mwN.

<sup>65)</sup> Zu § 28 IO zB *König*, *Anfechtung*<sup>4</sup> Rz 7/40; *Ehrenzweig*, *Kommentar zur Anfechtungsordnung und zu den Anfechtungsnormen der Konkursordnung* (1916) 130 f; konkret OLG Oldenburg 15 U 13/03 = ZIP 2005, 317.



Nach hM hat der Geschäftsführer ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn und solange die Rechts-handlung gegenüber dem Dritten noch anfechtbar ist.<sup>66)</sup> Das bedeutet, dass eine Inanspruchnahme erst dann möglich wäre, wenn die Jahresfrist des § 43 IO abgelaufen oder der Zahlungsempfänger inzwischen selbst insolvent geworden ist. Letzteres ist konsequent, weil diesfalls mangels aussondernder Wirkung der Anfechtung<sup>67)</sup> keine (vollständige) Befriedigung vom Anfechtungsgegner zu erwarten ist.

Diese Lösung überzeugt uE dennoch nicht: Für Verstöße gegen § 82 GmbHG gilt nach zutreffender Ansicht, dass die Haftung des Geschäftsführers gemäß § 25 Abs 3 Z 1 GmbHG nicht durch die Rückersatzpflicht des begünstigten Gesellschafters oder sonstiger Dritter entlastet wird.<sup>68)</sup> Normzweck ist vielmehr, einen zweiten Solidarschuldner zu schaffen, um die Durchsetzbarkeit der Rückersatzpflicht zu erleichtern. Die Vermutung des Schadenseintritts kann vom Geschäftsführer dementsprechend nur dadurch entkräftet werden, dass die Gesellschaft die abgeflossenen Mittel endgültig wiedererlangt hat.<sup>69)</sup> Dies belegen bei Verstößen gegen § 82 GmbHG bereits die Gesetzesmaterialien, wonach ausdrücklich eine primäre, gesamtschuldnerische Haftung des Geschäftsführers festgehalten wird.<sup>70)</sup> Nicht nur aus Gründen der systematischen Kohärenz zwischen § 25 Abs 3 Z 1 und Z 2 GmbHG, sondern auch wegen teleologischer Erwägungen ist dasselbe Verständnis für den Ersatzanspruch gemäß Z 2 *leg cit* bei Zahlungen *in statu cridae* geboten. Die hM hält den Insolvenzverwalter geradezu dazu an, mit der Geltendmachung des Ersatzanspruchs gegenüber dem Geschäftsführer zuzuwarten, um den wegen der zahlreichen subjektiven Erfordernisse oftmals schwie-

rigen Anfechtungsprozess zu vermeiden. Diese Verzögerung ist aber keinesfalls im Interesse der Insolvenzgläubiger.

Dieses bedenkliche Ergebnis vermeidet *Schumacher*<sup>71)</sup>, nach dem der Geschäftsführer der Insolvenzmasse auch nach Ablauf der Frist die Unterlassung eines aussichtsreichen Anfechtungsprozesses entgegenhalten kann. Das zwingt den Insolvenzverwalter allerdings dazu, einen teuren und von vielen Ungewissheiten abhängigen Anfechtungsprozess zu führen, um sich im Verfahren gegen den Geschäftsführer nicht der Gefahr zahlreicher Einwendungen über hypothetische Prozessverläufe aussetzen zu müssen. Auch ist vor dem Hintergrund des Normzwecks der Parallelregelung des § 25 Abs 3 Z 1 GmbHG, im Interesse der Gesellschaftsgläubiger einen Solidarschuldner bereitzustellen, kein stichhaltiger Grund ersichtlich, warum der rechtswidrig und schuldhaft handelnde Geschäftsleiter durch die Rückersatzpflicht des Anfechtungsgegners gegenüber der Gesellschaft entlastet werden soll. Dagegen spricht nicht nur der in den erwähnten Materialien zu § 82 GmbHG zum Ausdruck kommende Normzweck, sondern auch die mit jener bei § 1302 ABGB vergleichbare Interessenlage, haben doch Geschäftsführer und Anfechtungsgegner gemeinsam zum Schaden der Gesellschaft bzw ihrer Gläubiger beigetragen. Da sich ihre Anteile an diesem Schaden nicht bestimmen lassen, ist die zutreffende Rechtsfolge wie bei Solidarschuldnern eine nach außen unbeschränkte Haftung gegenüber der geschädigten Gesellschaft.<sup>72)</sup> Schließlich spricht wegen der teleologischen Verwandtschaft auch wieder die Rechtslage im Anfechtungsrecht für die hier vertretene Ansicht: Dort ist der sogenannte „Floriani“-Einwand, also die Einrede eines Anfechtungsgegners, dass ein (anfechtungsrechtlicher) Rückersatzanspruch auch gegenüber einer anderen Person besteht, nach hM unbeachtlich,<sup>73)</sup> solange der Masse der Erlös aus der Anfechtung gegenüber einem der Anfechtungsgegner noch nicht tatsächlich zugeflossen ist.<sup>74)</sup>

Zu folgen ist uE daher der von der deutschen hM<sup>75)</sup> und einer Mindermeinung in Österreich<sup>76)</sup>

<sup>66)</sup> RIS-Justiz RS0059751, zB OGH 5 Ob 38/72 = SZ 45/46; *Rebernik* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetz § 27 KO Rz 36; *Adensamer/Oelkers/Zechner*, Unternehmenssanierung 39; *Schummer*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers wegen Konkursverschleppung – ebenfalls ein Irrweg?, in Kramer (Hg), Beiträge zum Unternehmensrecht: Festschrift für Hans-Georg Koppensteiner zum 65. Geburtstag (2001) 211 (216); wohl auch *Dellinger* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetz § 69 KO Rz 69; *Nerlich* in Michalski (Hg), GmbHG<sup>2</sup> (2010) § 64 Rz 50.

<sup>67)</sup> OGH 7 Ob 624/89 = RdW 1990, 709; *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 305 f; *Koziol*, Grundlagen 39 f, 54; *König*, Anfechtung<sup>4</sup> Rz 2/19; ausführlich *Spitzer*, Aussonderung nach Insolvenzanfechtung in Deutschland und Österreich, ZInsO 2012, 308; aA BGH IX ZR 252/01 = NJW 2004, 414.

<sup>68)</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 25 Rz 21; *Altmeppen* in G. H. Roth/Altmeppen, GmbHG<sup>7</sup> § 64 Rz 118; *Paefgen* in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG § 43 Rz 149; vgl allerdings OGH 3 Ob 287/02f = wbl 2004, 192, 194, im Verhältnis zum Rückersatzanspruch gegen Dritte, denen sich die Verbotswidrigkeit geradezu aufdrängen musste.

<sup>69)</sup> *Koppensteiner/Gruber* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG<sup>5</sup> § 43 Rz 24; *Paefgen* in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG § 43 Rz 149; vgl RG II 39/38 = RGZ 159, 211, 230.

<sup>70)</sup> ErlRV 236 BlgHH XVII. Session 89.

<sup>71)</sup> *Schumacher* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 69 KO Rz 170; dagegen BGH II ZR 277/94 = NJW 1996, 850.

<sup>72)</sup> Vgl RIS-Justiz RS0006361, OGH 9 Ob 10/07x = ÖBA 2008, 806 (*Bartlmä*); 9 Ob 24/04a = ZIK 2005, 139.

<sup>73)</sup> OGH 9 Ob 24/04a = ZIK 2005, 139; *König*, Anfechtung<sup>4</sup> Rz 16/30; BGH IX ZR 121/06 = ZIP 2008, 190, 192.

<sup>74)</sup> OGH 9 Ob 10/07x = ÖBA 2008, 806 (*Bartlmä*).

<sup>75)</sup> BGH II ZR 88/99 = NZG 2001, 361 (*Habersack/Mayer*); OLG Oldenburg 15 U 13/03 = ZIP 2005, 317; *Haas* in Baumbach/Hueck, GmbHG<sup>20</sup> § 64 Rz 86; *Altmeppen* in G. H. Roth/Altmeppen, GmbHG<sup>7</sup> § 64 Rz 16; *Schmidt-Leithoff/Baumert* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG<sup>5</sup> § 64 Rz 50 uam; insofern offenlassend BGH II ZR 277/94 = NJW 1996, 850.

<sup>76)</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 25 Rz 21; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I<sup>2</sup> (1997) Rz 2/404; wohl auch *Reisch/Winkler* in Lichtkoppler/Reisch, Unternehmenssanierung 205.



vertretenen Auffassung, wonach die Ersatzpflicht des Geschäftsleiters gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG unabhängig von möglichen Anfechtungsansprüchen der Masse eintritt. Auch hier kann die Vermutung des Schadensumfangs im Ausmaß des massemindernden Vermögensabflusses (oben B. aE) nur dadurch entkräftet werden, dass der Geschäftsführer die bereits (notfalls exekutiv) durchgesetzte Inanspruchnahme des Anfechtungsgegners gemäß § 39 IO nachweist. Dasselbe gilt uE für das Verhältnis zu sonstigen zivilrechtlichen Ansprüchen, die der Gesellschaft gegenüber Dritten aus der Vornahme der ersatzpflichtigen Zahlung entstehen können. Konsequenterweise kann auch umgekehrt der Anfechtungsgegner seiner Haftung nicht dadurch entgehen, dass er mit Verweis auf die Ersatzpflicht des Geschäftsführers die fehlende Gläubigerbenachteiligung einwendet.<sup>77)</sup>

## 2. Regress des Geschäftsführers gegen Anfechtungsgegner

Damit ist noch nicht gesagt, dass der Geschäftsführer den Schaden endgültig zu tragen hat. In derartigen Fällen einer Haftung mehrerer Personen, von denen eine auf schadenersatzrechtlicher Grundlage basiert, kann die Frage nach allfälligen Regressansprüchen nach *Koziol*<sup>78)</sup> „nur auf Grund einer umfassenden Wertung, die insbesondere den Zweck der Haftung berücksichtigen muss, beantwortet werden“. Entscheidend ist die Nähe des Leistenden zur getilgten Schuld im Vergleich zum potentiell Regresspflichtigen.<sup>79)</sup> Eine diesbezügliche Interessenbewertung ergibt uE, dass der durch die Insolvenz der Gesellschaft bedingte Ausfall im Endeffekt den Anfechtungsgegner trifft, der (unbesichert) Kredit geleistet hat.<sup>80)</sup> Der auf die Gläubigersamtheit gerichtete Schutzzweck der Zusatzhaftung des Geschäftsführers besteht nämlich nicht darin, (Alt-)Gläubiger von ihrem Insolvenzrisiko in Bezug auf die Gesellschaft zu befreien. Der Gläubiger hat durch den Verstoß gegen § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG finanzielle Mittel erhalten, die ihm in *statu cridae* der Gesellschaft nur mehr im Ausmaß seiner Insolvenzquote zustehen würden; es fehlt ihm aufgrund der Verwirklichung eines Anfechtungstatbestands an Schutzwürdigkeit, die darüber hinausgehenden Mittel zu behalten.<sup>81)</sup> Es erscheint daher allemal billiger, dessen „Bereicherung“ abzuschöpfen, statt dem Geschäftsführer die endgültige Tragung des Schadens aufzuerlegen, zumal dieser zwar im Verhältnis zur Gesellschaft rechtswidrig gehandelt, aber keinen eigenen Vorteil aus der Verletzung von § 25 Abs 3 Z 2

GmbHG gezogen hat.<sup>82)</sup> Auch bei Verstößen gegen § 82 GmbHG steht die (deutsche) hM zu Recht auf dem Standpunkt, dass der Geschäftsführer im Innenverhältnis Regress gegen den begünstigten Gesellschafter nehmen kann.<sup>83)</sup>

Dogmatisch bietet sich uE eine zumindest analoge Anwendung von § 896 ABGB an. Gegen das Vorliegen einer Gesamtschuld lässt sich nicht einwenden, dass die Haftung des Geschäftsführers schadenersatzrechtlicher und jene des befriedigten Gläubigers anfechtungsrechtlicher Natur ist, weil ein gemeinsamer Rechtsgrund nach hM nicht Anwendungsvoraussetzung der §§ 888 ff ABGB ist.<sup>84)</sup> Auch besteht zwar keine zwangsläufige Identität zwischen schadenersatzrechtlicher und anfechtungsrechtlicher Rückersatzverbindlichkeit, insbesondere weil der Anfechtungsgegner in der Regel zum Ersatz *in natura* (§ 39 IO) verpflichtet ist, während der Geschäftsführer mangels Tunlichkeit (§ 1323 ABGB) nur Geldersatz leisten kann;<sup>85)</sup> nach dem Gesagten richtet sich der Umfang der Geschäftsführerhaftung aber ebenso wie die anfechtungsrechtliche Rückersatzpflicht nach dem Ausmaß der Gläubigerbenachteiligung, was eine zumindest analoge Anwendung des § 896 ABGB rechtfertigt.

Ebenfalls naheliegend ist zwar eine (analoge) Anwendung von § 1358 ABGB. Immerhin hat der OGH die Analogie für den vergleichbaren Fall des Regressanspruchs eines gemäß § 10 Abs 4 GmbHG belangten Geschäftsführers gegen die begünstigten Gesellschafter bejaht.<sup>86)</sup> Grenzt man § 896 ABGB mit der hM jedoch insofern von § 1358 ABGB ab, als die zweitgenannte Bestimmung die Tilgung einer – im Verhältnis zum Gläubiger – materiell fremden Verbindlichkeit erfordert,<sup>87)</sup> liegt eine Anwendung von § 896 ABGB uE zumindest näher. Anders als bei § 10 Abs 4 GmbHG besteht die Haftung des Geschäftsführers gemäß § 25 Abs 3 Z 1 GmbHG nämlich unabhängig

<sup>82)</sup> Eine Ausnahme könnte im Verhältnis zur Sozialversicherung bzw zum Fiskus als Anfechtungsgegner insofern bestehen, als der Geschäftsführer für die angefochtenen Beitragsschulden der Gesellschaft gemäß § 67 Abs 10 ASVG und §§ 9 iVm 80 BAO persönlich haftet; vgl dazu zB VwGH 98/08/0191, 0192 = ARD 5190/10/2001.

<sup>83)</sup> *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG<sup>20</sup> § 43 Rz 49; *Haas/Ziemons* in Michalski, GmbHG<sup>3</sup> § 43 Rz 219a; *Paefgen* in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG § 43 Rz 152; für Österreich lediglich *U. Torggler/Kraus* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 13.

<sup>84)</sup> OGH 4 Ob 539/89 = SZ 62/66; *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 14/17; *Gamerith* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> (2000) § 896 Rz 1 mwN; aA *Perner* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 888 ABGB Rz 10.

<sup>85)</sup> Vgl zu diesem Problem *Perner* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 888 ABGB Rz 12 einerseits sowie *Gamerith* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 888 Rz 3 andererseits.

<sup>86)</sup> OGH 4 Ob 284/99i = ÖBA 2000/883 (*Koppensteiner*).

<sup>87)</sup> *Gamerith* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 896 Rz 5, § 1358 Rz 1; *Kodek* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 896 Rz 5; abweichend *Apathy/Riedler* in Schwimann (Hg), ABGB<sup>3</sup> (2005) § 896 Rz 6: freies Wahlrecht.

<sup>77)</sup> *Fleischer* in Spindler/Stilz (Hg), AktG<sup>2</sup> (2010) § 92 Rz 34.

<sup>78)</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 14/31.

<sup>79)</sup> *Perner* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 896 ABGB Rz 7.

<sup>80)</sup> So auch *Haas* in Baumbach/Hueck, GmbHG<sup>20</sup> § 64 Rz 87.

<sup>81)</sup> Vgl allgemein *Trenker*, Insolvenzanfechtung 12 f.

von der Anfechtbarkeit gegenüber dem befriedigten Gläubiger, weshalb kaum eine „materiell fremde Schuld“ im Verhältnis zur Gesellschaft vorliegt. Gegen eine Anwendbarkeit von § 896 ABGB – und damit wohl für § 1358 ABGB – würde lediglich die teilweise geforderte Gleichstufigkeit<sup>88)</sup> der Haftung sprechen, wenn man damit auch jene Fälle ausgrenzt, in denen eine Person im Innenverhältnis endgültig zur vollständigen Haftungstragung verpflichtet sei.<sup>89)</sup> Dieses ohnehin mehr als umstrittene<sup>90)</sup> Kriterium schließt eine Gesamtschuld uE<sup>91)</sup> aber nur in solchen Situationen aus, in denen ein Schuldner, wie zB bei einer Bürgschaft, lediglich für die Liquidität eines anderen einstehen soll.<sup>92)</sup>

Fraglich ist allerdings, ob dieser Konstruktion das Dogma der Unabtretbarkeit des Anfechtungsanspruchs entgegensteht. § 896 ABGB spricht zwar davon, dass der Anspruch „auch ohne geschehene Rechtsabtretung“ übergehen könne. Zumindest nach Teilen der Lehre beruht der Regress dennoch rechtstechnisch auf einer Legalzession wie nach § 1358 ABGB.<sup>93)</sup> Aber selbst auf Grundlage der hM, die den Regressanspruch nach § 896 ABGB als solchen *sui generis* qualifiziert,<sup>94)</sup> ist bei wertender Betrachtung fraglich, ob ein Regressanspruch auch aus der Befriedigung einer unabtretbaren Forderung entstehen kann. In Österreich ist bislang nämlich soweit ersichtlich unbestritten, dass der Anfechtungsanspruch lediglich vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden und nicht zediert werden kann.<sup>95)</sup> Dies verwundert

insofern, als diese Ansicht in Deutschland spätestens mit Einführung der InsO als überholt anzusehen ist<sup>96)</sup> und in vielen Fällen wohl ein erhebliches praktisches Bedürfnis nach einer Abtretbarkeit besteht, insbesondere bei Ansprüchen, deren Bestand von (beweisintensiven) Tatsachen abhängt.<sup>97)</sup> Auch sind keine zwingenden Gründe ersichtlich, die gegen eine Abtretung sprechen: Das bisweilen angeführte Anfechtungsmonopol des Insolvenzverwalters<sup>98)</sup> schließt eine Zession nicht aus, weil es sich uE lediglich auf das Verhältnis zur Einzelanfechtung bezieht, um die *par condicio creditorum* sicherzustellen.<sup>99)</sup> Der Umstand, dass die Anfechtung ihre Berechtigung ausschließlich aus den Interessen der Gläubigersamtheit ableitet,<sup>100)</sup> steht einer Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs gemäß § 39 IO durch einen Außenstehenden ebenfalls nicht entgegen, jedenfalls sofern dieser zuvor eine gleichwertige Gegenleistung an die Insolvenzmasse erbringt.<sup>101)</sup> Denn dadurch steht die Durchsetzbarkeit der Anfechtung mittelbar wiederum primär im Interesse der Gläubiger. Das Erfordernis gerichtlicher Geltendmachung<sup>102)</sup> dient ebenfalls allein dem Bedürfnis des Verkehrs nach Rechtssicherheit, nicht jedoch dem (Über-eilungs-)Schutz des Insolvenzverwalters.<sup>103)</sup> Für den Rechtsverkehr ist es aber unerheblich, ob durch die Klage des Insolvenzverwalters oder eines Dritten für klare Verhältnisse gesorgt wird.

Aufgrund dieser Erwägungen bestehen uE gegen eine (analoge) Anwendung von § 896 ABGB keine durchgreifenden Bedenken, selbst unter Zugrundelegung der Mindermeinung, wonach der Regressanspruch auf einer Legalzession beruhe.

<sup>88)</sup> Ausführlich *Perner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*<sup>3</sup> § 891 ABGB Rz 29 ff; *P. Bydlinski* in *KBB*, *ABGB*<sup>3</sup> § 891 Rz 2; *derselbe* in *MünchKommBGB*<sup>6</sup> § 421 Rz 12 mwN zum Meinungsstand in Deutschland.

<sup>89)</sup> *Selb*, *Mehrheiten von Gläubigern und Schuldnern* (1984) 137 ff; *Perner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*<sup>3</sup> § 891 ABGB Rz 25.

<sup>90)</sup> Dagegen *Koziol*, *Haftpflichtrecht* I<sup>3</sup> Rz 14/18 (arg: § 1347 ABGB); *Lukas*, *Von liquidierbaren Drittschäden, anzurechnenden Vorteilen und unechten Gesamtschulden*, *JBl* 1996, 567 (572), der die Gleichstufigkeit allerdings anders als die hM auf dasselbe Maß interner Haftungsbeiträge bezieht.

<sup>91)</sup> Undeutlich *Perner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*<sup>3</sup> § 891 ABGB Rz 29 einerseits (Gesamtschuld scheidet aus, wenn ein Schuldner im Innenverhältnis endgültig verpflichtet wird) und aaO Rz 34 andererseits (endgültige Verpflichtung eines Schädigers bzw Möglichkeit eines Mitschuldners zum vollen Regress mit dem Wesen der Gesamtschuld nicht unvereinbar).

<sup>92)</sup> So *Perner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*<sup>3</sup> § 891 ABGB Rz 29; *P. Bydlinski* in *KBB*, *ABGB*<sup>3</sup> § 891 Rz 2.

<sup>93)</sup> *Koziol*, *Haftpflichtrecht* I<sup>3</sup> Rz 14/21; *derselbe*, *Über den Anwendungsbereich des Bürgschaftsrechts*, *JBl* 1964, 306 (310 f); *P. Bydlinski/Coors*, *Gesamtregress, Freistellungsansprüche und Legalzession unter Mitschuldnern?*, *ÖJZ* 2007, 275 (280); ausführlich zum Meinungsstand *Perner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*<sup>3</sup> § 896 ABGB Rz 4.

<sup>94)</sup> OGH 7 Ob 723/86 = *JBl* 1987, 721; 2 Ob 75/55 = *SZ* 28/52; *Gamerith* in *Rummel*, *ABGB*<sup>3</sup> § 896 Rz 1 mwN.

<sup>95)</sup> *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollack/Buchegger*, *Insolvenzrecht*<sup>4</sup> § 27 KO Rz 56; *Petschek/Reimer/Schie-*

*mer*, *Das österreichische Insolvenzrecht* (1973) 379; *Ehrenzweig*, *Anfechtungsordnung* 344; *Krasnopolski*, *Das Anfechtungsrecht der Gläubiger* (1889) 109; referierend *König*, *Anfechtung*<sup>4</sup> Rz 15/27.

<sup>96)</sup> BGH IX ZR 91/10 = NZI 2011, 486; *Kreft* in *Kreft* (Hg), *InsO*<sup>6</sup> (2011) § 129 Rz 91 f; *Henckel* in *Jaeger/Henckel/Gerhardt* (Hg), *InsO* (2008) § 143 Rz 101 f; zur deutschen Konkursordnung bereits *Eckardt*, *Zur Abtretbarkeit anfechtungsrechtlich begründeter Ansprüche im Konkurs*, *KTS* 1993, 585; *Braun*, *Die Unabtretbarkeit konkursrechtlicher Anfechtungsansprüche – ein unverrückbares Dogma?*, *ZIP* 1985, 786.

<sup>97)</sup> *Eckardt*, *KTS* 1993, 588 f; *Braun*, *ZIP* 1985, 786; zweifelnd *König*, *Anfechtung*<sup>4</sup> Rz 15/27 Fn 115.

<sup>98)</sup> So *Bartsch/Pollack*, *Konkursordnung* I<sup>3</sup> (1937) § 37 Anm 7.

<sup>99)</sup> Zutreffend *Eckardt*, *KTS* 1993, 597.

<sup>100)</sup> So *Bartsch/Pollack*, *Konkursordnung* I<sup>3</sup> § 27 Anm 27; tendenziell wohl auch *Petschek/Reimer/Schiemer*, *Insolvenzrecht* 379: „Der Anfechtungsanspruch ist ein höchstpersönliches Recht der Konkursmasse, weil er ihren Umfang künstlich nur für die Dauer des Konkursverfahrens vermehrt.“

<sup>101)</sup> BGH IX ZR 91/10 = NZI 2011, 486, 487.

<sup>102)</sup> Dieses ist im Übrigen nicht unumstritten: Dafür hM, zB *König*, *Anfechtung*<sup>4</sup> Rz 15/2 mwN; *Petschek/Reimer/Schiemer*, *Insolvenzrecht* 381 ff; aA *Konecny*, *Zum Klagebegehren und zum Inhalt der Anfechtungsklagen im Konkurs*, *ÖBA* 1987, 311 (312); *Koziol*, *Grundlagen* 106.

<sup>103)</sup> *Eckardt*, *KTS* 1993, 599.

Denn *erstens* werden Interessen der Insolvenzmasse nicht beeinträchtigt, weil diese – anders als bei einem factoringähnlichen Verkauf des Anfechtungsanspruchs<sup>104)</sup> – vollen Wertersatz erlangt. Nicht überzeugend wäre uE auch der Gegeneinwand, dass immerhin der Vorrang der Naturalrestitution gemäß § 39 IO unterlaufen würde. Denn die Insolvenzgläubiger haben kein schützenswertes eigenständiges Interesse am Rückersatz des anfechtbar übertragenen Vermögensgegenstands *in natura*, erhalten sie ihre Quote doch ohnehin in bar. Und *zweitens* hat auch der Schuldner wie in sonstigen Fällen der Übertragung von Gestaltungsrechten keine schutzwürdige „Hoffnung“ darauf, dass das Gestaltungsrecht<sup>105)</sup> nicht ausgeübt wird.<sup>106)</sup> Gegen eine (Legal-)Zession lässt sich daher nicht einwenden, dass der Geschäftsführer allenfalls eher geneigt ist, die Anfechtung auszuüben als der Insolvenzverwalter. Allgemein ist ferner darauf hinzuweisen, dass selbst ausdrückliche gesetzliche Zessionsverbote (zB § 293 Abs 2 EO) einer Legalzession nach hM nicht zwangsläufig entgegenstehen; die Zulässigkeit ist vielmehr nach dem Verbotszweck zu beurteilen.<sup>107)</sup>

Der Umfang des Regressanspruchs entspricht nach allgemeinen Grundsätzen zu § 39 IO und § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG dem, was der Masse durch die Zahlung entgangen ist (vgl oben A.). Abziehen ist allerdings die hypothetische Insolvenzquote des befriedigten Gläubigers. Denn insoweit ist der befriedigte Gläubiger durch die Zahlung nicht zu Unrecht bedient worden. Ein diesbezüglicher Regress wäre auch mit dem oben (C.) herausgearbeiteten Ergebnis unvereinbar, dass der Geschäftsführer die Quote ohnehin aus der Masse erhält.

Selbstverständlich ist zu beachten, dass der Anfechtungsgegner durch die Legalzession nicht schlechter gestellt werden darf: Daraus folgt, dass (mangels besonderen Innenverhältnisses) hinsichtlich des Inhalts des Regressanspruchs auf die bezahlte Forderung abzustellen ist, was insbesondere für die Verjährung relevant ist.<sup>108)</sup> Daher muss der Geschäftsführer auch das Erfordernis der gerichtlichen Geltendmachung seines Regressanspruchs

binnen Jahresfrist gemäß § 43 Abs 2 IO beachten. Die Frist beginnt selbstverständlich wie für den Insolvenzverwalter nicht erst im Zeitpunkt der Tilgung der Schuld gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und der damit verbundenen Entstehung des Regressanspruchs, sondern bereits mit Insolvenzeröffnung zu laufen. Demgegenüber verjährt der Ersatzanspruch gegen den Geschäftsleiter gemäß § 25 Abs 6 GmbHG, § 84 Abs 6 AktG erst nach fünf Jahren, wobei uE entgegen hRsp<sup>109)</sup> für den Beginn der Frist auf das schädigende Ereignis und nicht auf die Kenntnisnahme durch die Gesellschaft abzustellen ist.<sup>110)</sup> Als schädigendes Ereignis ist die Zahlung anzusehen, mag der Anspruch – ähnlich wie uE der Anspruch auf Insolvenzanfechtung<sup>111)</sup> – nach der hier vertretenen Auffassung (unten D.II.) auch aufschiebend bedingt durch den Eintritt der Insolvenz sein.<sup>112)</sup>

Aus dem genannten „Verschlechterungsverbot“ zulasten des Anfechtungsgegners folgt uE nicht, dass der Regressanspruch mit Aufhebung des Insolvenzverfahrens unterginge. Denn obwohl der Anfechtungsanspruch grundsätzlich an die Dauer des Insolvenzverfahrens geknüpft ist, können Anfechtungsansprüche vom Insolvenzverwalter unter der Voraussetzung einer gesonderten Betrauung durch das Insolvenzgericht (§ 138 IO, vgl auch § 157i IO) auch noch nach Insolvenzeröffnung geltend gemacht werden. Ein schützenswertes Interesse des Anfechtungsgegners, dass der Anfechtungsprozess während des Insolvenzverfahrens anhängig gemacht oder gar beendet wird, besteht daher nicht. Vor allem dient das Erfordernis der gerichtlichen Betrauung allein dem Schutz der Insolvenzgläubiger, nicht aber jenem des Anfechtungsgegners.

### 3. Rechtsschutz des Geschäftsführers gegen Verstreichenlassen der Präklusionsfrist gemäß § 43 Abs 2 IO

Diese Unterschiede bei der Dauer der Haftung werfen schließlich die Frage auf, ob und in welcher Weise der Insolvenzverwalter zur rechtzeitigen Inanspruchnahme des Geschäftsführers verhalten werden kann und welche Möglichkeiten dem Geschäftsführer zustehen, von sich aus seinen Regressanspruch gemäß § 896 ABGB (analog) rechtzeitig durchzusetzen. Letzteres ist in der Theorie

<sup>104)</sup> Die Frage nach der Zulässigkeit einer Abtretung des Anspruchs mit (Risiko-)Abschlägen braucht daher an dieser Stelle nicht beantwortet werden. Dafür spricht, dass der Insolvenzverwalter über den Anfechtungsanspruch auch einen Vergleich abschließen kann (zB OGH 8 Ob 140/99t = SZ 72/177).

<sup>105)</sup> Zum Erfordernis der gerichtlichen Geltendmachung siehe bei und in Fn 102.

<sup>106)</sup> P. Bydlinski, Die Übertragung von Gestaltungsrechten (1986) 48; vgl zur Zulässigkeit der Abtretung von Ansprüchen aus § 871 ABGB OGH 6 Ob 20/68 = SZ 41/57 und aus § 932 Abs 1 Fall 4 ABGB OGH 6 Ob 639/88 = JBI 1989, 241; 4 Ob 2341/96k = eclex 1997, 344.

<sup>107)</sup> ZB Eigner/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1358 Rz 42; Reischauer in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1422 Rz 26.

<sup>108)</sup> OGH 7 Ob 71/05z = VersE 2111; 4 Ob 284/99i = ÖBA 2000/883 (Koppensteiner); Eigner/Th. Rabl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1358 Rz 32; Gamerith in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1358 Rz 7a.

<sup>109)</sup> OGH 9 ObA 148/05p = SZ 2006/139; 2 Ob 356/74 = SZ 48/79; 5 Ob 306/76 = JBI 1978, 158 (Sprung); 3 Ob 536/77 = GesRZ 1978, 36.

<sup>110)</sup> U. Torggler, Entscheidungsanmerkung, GesRZ 2013, 38 (44); Artmann, Entscheidungsanmerkung, GesRZ 2013, 52 (56); ausführlich Schopper/Walch, Unternehmensrechtliche Verjährungsregeln und ihr Verhältnis zum allgemeinen Zivilrecht, ÖBA 2013, 418 (420 ff).

<sup>111)</sup> Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> §§ 39, 40 KO Rz 3; Trenker, Insolvenzanfechtung 21 mwN; aA hRsp, RIS-Justiz RS0064617, zB OGH 2 Ob 177/06b = ZIK 2007, 203.

<sup>112)</sup> Ebenso im Ergebnis BGH II ZR 32/08 = NZI 2009, 486; IX ZB 204/09 = NZI 2011, 73.

einfach damit zu beantworten, dass der Geschäftsführer seiner Ersatzpflicht freiwillig binnen Jahresfrist nachkommt. Praktisch ist dies freilich keine taugliche Option, wenn Tatsachen- und Rechtslage nicht ausnahmsweise völlig unstrittig sind, und zwar sowohl hinsichtlich der Haftung des Geschäftsführers als auch der Anfechtbarkeit gegenüber dem befriedigten Gläubiger.

*Ex-post*, also nach unterlassener Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs binnen Jahresfrist, sind die Möglichkeiten des Geschäftsführers indes begrenzt: Denn eine daraus resultierende unmittelbare Haftung des Insolvenzverwalters gegenüber dem Geschäftsführer für den erlittenen reinen Vermögensschaden setzt erstens voraus, dass der haftpflichtige Geschäftsführer „Beteiligter“<sup>113)</sup> iS des § 81 Abs 3 IO ist.<sup>114)</sup> Dies hat der BGH<sup>115)</sup> im vorliegenden Zusammenhang explizit verneint. „Beteiligt“ seien nämlich nur solche Personen, gegenüber denen der Insolvenzverwalter insolvenzspezifische Pflichten zu erfüllen hat.<sup>116)</sup> Damit verwandt ist die weitere Frage, ob die Unterlassung der Geltendmachung aus Sicht des Insolvenzverwalters überhaupt eine „pflichtwidrige Führung seines Amtes“ darstellt. Der haftungsbewehrte Pflichtenkatalog des Insolvenzverwalters muss sich an den in der IO vorgeschriebenen Aufgaben orientieren;<sup>117)</sup> namentlich sind die Interessen der Insolvenzgläubiger zu wahren. Da Gläubigerinteressen aber dann nicht tangiert werden, wenn sich eine Inanspruchnahme des Geschäftsführers als erfolgreich erweist, ist uE zumindest zweifelhaft, dass das Verstreichenlassen der Präklusivfrist gemäß § 43 Abs 2 IO rechtswidrig sein kann. Dementsprechend muss auch der Lösungsvorschlag scheitern, dass die Insolvenzmasse dem Geschäftsführer Schadenersatzansprüche gegen den Insolvenzverwalter aus der unterlassenen Geltendmachung der Anfechtung binnen der Jahresfrist abzutreten habe.<sup>118)</sup> Derartige Ansprüche existieren nämlich nicht, wenn der Insolvenzmasse kein Schaden entstanden ist und/oder der Insolvenzverwalter ihr gegenüber nicht pflichtwidrig handelt. Zudem könnte sich der Geschäftsführer dem Einwand aussetzen, dass er nicht von sich aus binnen Jahresfrist bezahlt habe, um seinen Rückgriffsanspruch aufrecht zu erhalten.

In jedem Fall wäre eine Ersatzpflicht im praktisch relevanten Fall zu verneinen, dass der Insol-

venzverwalter den Geschäftsführer – in jeder Hinsicht pflichtkonform – binnen Jahresfrist klagt, das Verfahren aber erst nach Eintritt der Präklusion endet, sodass der Geschäftsführer keine Regressmöglichkeit mehr hat. Als einzige Möglichkeit zur Wahrung des Regressanspruchs bleibt uE daher eine Feststellungsklage des Geschäftsführers auf Bestehen seines Anspruchs gemäß § 896 ABGB (analog) für den Fall der erfolgreichen Inanspruchnahme durch den Insolvenzverwalter. Dies muss freilich binnen Jahresfrist geschehen, um eine Schlechterstellung des Anfechtungsgegners zu vermeiden, die mit seinem durch § 43 Abs 2 IO<sup>119)</sup> anerkannten Rechtssicherheitsbedürfnis unvereinbar wäre. Dem steht uE auch nicht entgegen, dass die hM<sup>120)</sup> davon ausgeht, dass die Frist des § 43 Abs 2 IO durch die Erhebung einer Feststellungsklage nicht unterbrochen wird. Denn wie sich aus der zugrunde liegenden Entscheidung 3 Ob 584/84<sup>121)</sup> ergibt, beruht diese Ansicht wohl nur darauf, dass eine Feststellungsklage wegen der Möglichkeit der Gestaltungsklage<sup>122)</sup> stets wegen Subsidiarität abzuweisen wäre.<sup>123)</sup> Das Rechtssicherheitsbedürfnis des Anfechtungsgegners bleibt durch ein Feststellungsurteil auch ebenso gewahrt wie durch ein Rechtsgestaltungsurteil. Dies gilt uE unabhängig davon, dass die Existenz des Anfechtungsanspruchs im gegebenen Zusammenhang nur Vorfrage für den Feststellungsgegenstand ist, nämlich für den bedingten Regressanspruch gemäß § 896 ABGB (analog). Nach hM sind auch bedingte Ansprüche feststellungsfähig iS des § 228 ZPO, sofern nur die bereits bestimmt festgesetzte Bedingung noch nicht eingetreten ist.<sup>124)</sup> Dementsprechend erkennt die ganz hRsp an, dass die Möglichkeit des Entstehens von Regressansprüchen des Legalzessionars die Erhebung einer Feststellungsklage rechtfertigt.<sup>125)</sup> Gerade im vorliegenden Zusammenhang kann das rechtliche Interesse des Geschäftsführers wegen der Gefahr der Präklusion nicht zweifelhaft sein.

Zusammengefasst kann der Geschäftsleiter einem zu langen Zuwarten seitens des Insolvenzverwalters durch Feststellungsklage gegen den po-

<sup>119)</sup> *Rebernig* in Konecny/Schubert, Insolvenzzesetze § 43 KO Rz 22; *König*, Anfechtung<sup>4</sup> Rz 17/53.

<sup>120)</sup> OGH 3 Ob 584/84 = EvBl 1985/158, 724; *König*, Anfechtung<sup>4</sup> Rz 17/66; zustimmend *Rebernig* in Konecny/Schubert, Insolvenzzesetze § 43 KO Rz 5.

<sup>121)</sup> OGH 3 Ob 584/84 = ÖBA 1987, 424.

<sup>122)</sup> Die Rsp geht zwar davon aus, dass es sich beim Anfechtungsanspruch um einen Gestaltungsanspruch handelt, sieht aber das Rechtsgestaltungsbegehren von der Erhebung einer Leistungsklage mitumfasst; statt vieler OGH 1 Ob 655/86 = EvBl 1987/104.

<sup>123)</sup> Die Rsp behandelt das fehlende Feststellungsinteresse entgegen wohl hL als Abweisungsgrund, dazu zB *Rechberger/Klicka* in Rechberger (Hg), ZPO<sup>3</sup> (2010) § 228 Rz 3 mwN.

<sup>124)</sup> *Fasching* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetz<sup>2</sup> § 228 ZPO Rz 42 f.

<sup>125)</sup> RIS-Justiz RS0038976, zB OGH 7 Ob 49/77 = ZVR 1978/200; 2 Ob 212/73 = SZ 46/128; 2 Ob 311/69 = SZ 42/172 uvm.

<sup>113)</sup> Ausführlich zu diesem Begriff *Duursma-Kepplinger*, Die Haftungsordnung im Gesellschaftskonkurs III (2009) 165 ff.

<sup>114)</sup> Vgl *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert, Insolvenzzesetze § 81 KO Rz 12.

<sup>115)</sup> BGH II ZR 277/94 = NJW 1996, 850, 851.

<sup>116)</sup> OGH 5 Ob 102/74 = SZ 47/84; *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert, Insolvenzzesetze § 81 KO Rz 15; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzzesetze 171.

<sup>117)</sup> BGH IX ZR 80/83 = NJW 1985, 1159; *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert, Insolvenzzesetze § 81 KO Rz 14.

<sup>118)</sup> So *Schmidt-Leithoff/Baumert* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG<sup>3</sup> § 64 Rz 50; *Altmeppen* in G. H. Roth/Altmeppen, GmbHG<sup>7</sup> § 64 Rz 19.

tentiellen Anfechtungsgegner begegnen und so die Präklusivfrist gemäß § 43 Abs 2 IO unterbrechen. Praktisch könnte der Geschäftsführer freilich in die prekäre Situation geraten, dass er im Feststellungsprozess zumindest in die Nähe der Behauptung gerät, dass die GmbH im Zeitpunkt der Leistung bereits insolvenzreif war (vgl oben C.IV.1.). Wenngleich die Feststellungen dieses Prozesses für einen möglichen Folgeprozess wegen der Haftung gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG nicht bindend sind, würde er damit zugleich seinen eigenen Prozessstandpunkt im Folgeverfahren torpedieren. Denn dort wird ihm vor allem an dem Nachweis gelegen sein, dass die Gesellschaft im Zeitpunkt der Zahlung eben noch nicht zahlungsunfähig oder überschuldet war und er aus diesem Grund nicht haftet (siehe unten D.II.).

## D. Weitere Haftungsvoraussetzungen

### I. Allgemeines

Als Schadenersatzanspruch setzt § 25 Abs 3 Z 1 GmbHG neben dem soeben erörterten Schaden (C.) nach allgemeinen Grundsätzen Kausalität, Rechtswidrigkeit und Verschulden voraus. Der Nachweis der Kausalität der Auszahlung für den Schaden, das heißt die Minderung der Masse, dürfte in der Regel unschwer zu erbringen sein. Das rechtswidrige Verhalten liegt in der Verwirklichung des Tatbestands gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG bzw § 84 Abs 3 Z 6 AktG, das heißt einer Zahlung in der „kritischen Phase“ (dazu sogleich II. und III.). Auf Verschuldensebene ist relevant, dass die Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung für den Geschäftsführer erkennbar gewesen sein muss.<sup>126)</sup> Dabei gilt der objektive Sorgfaltsmaßstab des § 25 Abs 1 GmbHG, für dessen Einhaltung der Geschäftsführer beweispflichtig ist (§ 84 Abs 2 S 2 AktG [bei GmbH analog]).<sup>127)</sup>

### II. Zeitlicher Anwendungsbereich

1. Auffallend ist, dass nach dem GmbHG Zahlungen verboten sind, die „nach dem Zeitpunkt, in dem [die Geschäftsführer] die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu begehren verpflichtet waren“, vorgenommen wurden. Dieser implizite Verweis auf § 69 Abs 2 iVm Abs 4 IO hieße, dass uU erst Zahlungen verboten wären, die 60 Tage nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung geleistet werden. Dagegen knüpft § 84 Abs 3 Z 6 AktG unmittelbar an den Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung an. Für eine Differenzierung zwischen beiden Rechtsformen gibt

es jedoch keine sachlichen Argumente; das spricht uE für eine analoge Anwendung von § 84 Abs 3 Z 6 AktG auf das GmbHG, weil die vom Normzweck geschützte *par condicio creditorum* bereits im Zeitpunkt der materiellen Insolvenz zu beachten ist (vgl §§ 30 f IO).<sup>128)</sup> Praktisch spielt das allerdings keine allzu große Rolle, weil ein Insolvenzantrag nur bei „ernsthaften Sanierungsbemühungen“ 60 Tage lang hinausgeschoben werden darf und nur dann, wenn eine Überwindung der materiellen Insolvenz binnen dieser Frist realistisch ist.<sup>129)</sup> Zahlungen im Rahmen derartiger Konzepte entsprechen in aller Regel ohnehin der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters. Sie sind somit durch § 84 Abs 3 Z 6 Hs 2 AktG gerechtfertigt (dazu unten D.IV.) und daher auch im Aktienrecht nicht haftungsbegründend.

2. Wegen der Möglichkeit einer Eigenverwaltung im Sanierungsverfahren (§§ 169 ff IO) können Geschäftsführer nach dem Wortlaut der Norm auch noch während eines laufenden Insolvenzverfahrens gegen § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG verstoßen. Eine Haftung für die Befriedigung von Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften, die nach Verfahrenseröffnung eingegangen wurden, kommt allerdings nicht in Betracht, weil es sich dabei um die Erfüllung von Masseforderungen handelt (§ 174 IO). Es liegt somit keine Verletzung der *par condicio creditorum* vor, weshalb die Zahlung uE wie die Befriedigung eines Absonderungsgläubigers schon keinen Schaden iS des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG verursacht (vgl oben C.); zumindest ist sie aber sorgfaltsgemäß und daher gemäß § 84 Abs 3 Z 6 Hs 2 AktG analog (dazu unten D.IV.) nicht haftungsbegründend. Dasselbe gilt für die Befriedigung von Altgläubigern in Höhe der im Sanierungsplan festgesetzten Quote. Soweit darüber hinaus oder vor Annahme des Sanierungsplans Zahlungen geleistet werden, haftet der Geschäftsführer hingegen auch für „Zahlungen“ nach Verfahrenseröffnung, was auch aus systematisch-teleologischer Sicht konsequent ist. Die Kompetenz zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG liegt uE analog § 56 Abs 2, § 84 Abs 5, § 101 Abs 1 AktG und § 28 Abs 1 Unternehmensreorganisationsgesetz (URG) beim Sanierungsverwalter.<sup>130)</sup>

3. Soweit ersichtlich in Österreich noch nicht diskutiert ist, ob der Ersatzanspruch gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens oder zumindest die Abweisung eines Insolvenzantrags mangels Masse sogar voraussetzt. Im

<sup>126)</sup> *Schumacher* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 69 KO Rz 171; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG<sup>18</sup> § 64 Rz 14; *Ulmer* in Hachenburg (Hg), GmbHG<sup>9</sup> (1997) § 64 Rz 41.

<sup>127)</sup> BGH II ZR 2/72 = NJW 1974, 1088, 1089; *Nerlich* in Michalski, GmbHG<sup>2</sup> § 64 Rz 49 uam; allgemein RIS-Justiz RS0059608 mit Beisatz T5, OGH 6 Ob 34/07d = GesRZ 2007, 271 (U. Torggler); *Reich-Rohrwig* in WK GmbHG § 25 Rz 200; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/410.

<sup>128)</sup> So *Binder* in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 3/47; im Ergebnis auch *Karollus* in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement 1167; vgl auch BGH II ZR 280/07 = NZG 2009, 550, 551; *Jaufer*, Entscheidungsanmerkung, GeS 2009, 270 (270).

<sup>129)</sup> OGH 6 Ob 532/90 = ÖBA 1990, 942 (*Karollus*); ausführlich zB *Dellinger* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 14 ff; *Schumacher* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 69 KO Rz 86 f.

<sup>130)</sup> *Mohr*, Sanierungsplan und Sanierungsverfahren (2010) Rz 645.

Wortlaut der Bestimmung findet sich hierfür zwar kein Anhaltspunkt; die ganz hM in Deutschland bejaht die Voraussetzung dennoch aus teleologischen Erwägungen, weil die Haftungspflicht den Schutz des verteilungsfähigen Vermögens gerade für ein allfälliges Insolvenzverfahren bezwecke.<sup>131)</sup> Dem ist zuzustimmen. Auch würde eine Inanspruchnahme des Geschäftsführers vor Insolvenzeröffnung zu untragbaren Ergebnissen führen, falls es letztlich zur erfolgreichen Sanierung kommt. Denn der Normzweck verfährt nach Überwindung der Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung nicht mehr, sodass eine Haftung des Geschäftsführers durch kein berechtigtes Interesse – weder der Gesellschaft noch der Gläubiger – zu rechtfertigen wäre. Auch würde die Möglichkeit der früheren Geltendmachung durch einzelne Gläubiger im Wege der Pfändung und Überweisung den Zweck der Bestimmung konterkarieren, die *par condicio creditorum* herzustellen. Nur bei Abweisung mangels Masse ist diese Möglichkeit im Interesse der Verhaltenssteuerung hinzunehmen.<sup>132)</sup> § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG ist somit auf die Fälle der Insolvenzeröffnung und der Abweisung mangels Masse teleologisch zu reduzieren. Das dürfte auch dem praktischen Bedürfnis nach der Haftung entsprechen; soweit ersichtlich sind die einschlägigen höchstrichterlichen Urteile nämlich auch allesamt nach Insolvenz der Gesellschaft ergangen.<sup>133)</sup>

### III. Zahlung

Der Begriff der „Zahlung“ ist nach hM<sup>134)</sup> weit zu verstehen. Es fallen darunter zunächst nicht bloß Geldzahlungen, sondern jede kongruente oder inkongruente Befriedigung eines Gläubigers, etwa auch die Lieferung von Waren<sup>135)</sup> oder die Überweisung von einem Bankkonto.<sup>136)</sup> Nach dem Normzweck sind außerdem auch vergleichbare Ungleichbehandlungen erfasst, mag dies nun auf einer extensiven Interpretation des Begriffs „Zahlung“ oder auf einem Analogieschluss beruhen. Darunter fallen etwa die nachträgliche Sicherstellung durch Pfandrechtsbestellung (vgl §§ 30 f IO) und die Schaffung einer Aufrechnungslage.<sup>137)</sup>

<sup>131)</sup> BGH II ZR 370/99 = NJW 2000, 304, 305; *Nerlich* in Michalski, GmbHG<sup>2</sup> § 64 Rz 47; *Schmidt-Leithoff/Baumert* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG<sup>5</sup> § 64 Rz 22; *H. F. Müller* in MünchKomm GmbHG § 64 Rz 126; aA *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG<sup>10</sup> § 64 Rz 59.

<sup>132)</sup> Vgl *Casper* in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG § 64 Rz 95.

<sup>133)</sup> Siehe zB die in RIS-Justiz RS0059751 enthaltenen Judikate.

<sup>134)</sup> *Adensamer/Oelkers/Zechner*, Unternehmenssanierung 38; *Schummer* in FS Koppensteiner 215; *Spindler* in Goette/Habersack (Hg), MünchKomm AktG<sup>3</sup> (2008) § 92 Rz 59.

<sup>135)</sup> OLG Düsseldorf 6 U 272/93 = BB 1996, 1428.

<sup>136)</sup> OLG Celle 9 U 189/96 = GmbHR 1997, 901, 902.

<sup>137)</sup> *Dellinger*, Vorstandshaftung 236 ff; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 25 Rz 9; *Karollus* in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement 1168; *Schumacher* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 69 KO Rz 165.

Auch die Einreichung von Kundenschecks auf ein debitorisches Gesellschaftskonto ist eine „Zahlung“ an die Bank.<sup>138)</sup> Ein bloßer Gläubigerwechsel ist dagegen unschädlich, wie zB die Überweisung von einem debitorischen Konto.<sup>139)</sup> Nach zutreffender Ansicht ist auch die Eingehung neuer Verbindlichkeiten nicht erfasst.<sup>140)</sup> Dafür spricht bereits, dass sich die Quote der Gläubiger zunächst sogar verbessert, wenn der GmbH neue liquide Mittel zufließen.<sup>141)</sup> Dem Schutzbedürfnis des durch die Kreditgewährung geschädigten Neugläubigers wird durch die unmittelbare Haftung des Geschäftsführers auf den Vertrauensschaden<sup>142)</sup> gemäß § 69 IO iVm § 1311 ABGB und/oder Verletzung einer Aufklärungspflicht ausreichend Rechnung getragen. Überhaupt ist der Spezialtatbestand des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG uE nur auf den Abfluss von Aktiven,<sup>143)</sup> nicht hingegen auf die Begründung oder Aufrechterhaltung nachteiliger (Verpflichtungs-)Geschäfte anwendbar. Die Schadensfiktion gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG greift ihrem Normzweck entsprechend nur insoweit ein, als die *par condicio creditorum* beeinträchtigt wird, was zwar wie erwähnt bei der Besicherung eines Altgläubigers, nicht aber bei der Eingehung neuer (auch besicherter) Verbindlichkeiten der Fall ist. Soweit diese als unmittelbare Schädigung der Gesellschaft für die Masse dennoch nachteilig sind, kommt immer noch eine Haftung nach der Generalklausel des § 25 Abs 2 GmbHG (das heißt ohne Schadensfiktion) in Betracht.<sup>144)</sup>

Fraglich ist, ob der Geschäftsführer die Zahlung selbst vorgenommen haben muss. Der neutrale Wortlaut („geleistet werden“) ist wenig ergiebig. Nach zutreffender deutscher hM muss die Zahlung dem Geschäftsführer zurechenbar sein, was dessen Veranlassung oder Duldung erfordert.<sup>145)</sup> Daher ist

<sup>138)</sup> BGH II ZR 273/98 = NJW 2000, 668.

<sup>139)</sup> *Casper* in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG § 64 Rz 86.

<sup>140)</sup> *Haas* in Baumbach/Hueck, GmbHG<sup>20</sup> § 64 Rz 71; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG<sup>18</sup> § 64 Rz 10 mwN (anders noch *derselbe* in der 15. Auflage); vgl auch BGH II ZR 146/96 = NJW 1998, 2667, 2668; aA *Diekmann/Marsch-Barner* in Priester/Mayer/Wicke (Hg), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts III: Gesellschaft mit beschränkter Haftung<sup>4</sup> (2012) § 46 Rz 51; wohl auch *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I<sup>2</sup> Rz 2/386.

<sup>141)</sup> Zutreffend *Dellinger* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 69.

<sup>142)</sup> So die hM, RIS-Justiz RS0027441 mit Beisatz T3, 5; RS0122035; OGH 7 Ob 2339/96p = ÖBA 1998, 488; 4 Ob 31/07y = GesRZ 2007, 266 (*Schopper*); 8 Ob 124/07d = GesRZ 2008, 159 (*Luschin*); *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I<sup>2</sup> Rz 2/473 ff; BGH II ZR 292/91 = BGHZ 126, 181.

<sup>143)</sup> Zutreffend *Haas*, NZG 2004, 739; *Spindler* in MünchKomm AktG<sup>3</sup> § 92 Rz 60.

<sup>144)</sup> *Karollus* in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement 1169; *Ulmer* in Hachenburg, GmbHG<sup>8</sup> § 64 Rz 40; vgl auch die Unterscheidung zwischen Deckungshandlungen und nachteiligen Rechtsgeschäften in § 31 IO.

<sup>145)</sup> BGH II ZR 32/08 = NJW 2009, 1598, 1599; *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG<sup>10</sup> § 64 Rz 43.



insbesondere die Zwangsvollstreckung durch einzelne Gläubiger nicht erfasst, wohl aber die Unterlassung des Widerspruchs gegen eine Lastschrift nach erteilter Einziehungsermächtigung.<sup>146)</sup> Der Empfänger der „Zahlung“ muss selbstverständlich kein Gesellschafter sein; vielmehr zielt die Norm gerade auf die Begünstigung Dritter.<sup>147)</sup>

**IV. Ausnahmen gemäß § 84 Abs 3 Z 6 Hs 2 AktG (unmittelbar oder analog)**

Gemäß § 84 Abs 3 Z 6 Hs 2 AktG sind von der Ersatzpflicht solche Zahlungen ausgenommen, die „auch nach diesem Zeitpunkt [nach Eintritt der materiellen Insolvenz] mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsführers vereinbar sind“. Diese Einschränkung ist nach einhelliger Ansicht analog auf GmbH-Geschäftsführer anwendbar.<sup>148)</sup> Die Erfüllung dieser Vorgabe lässt uE unter Zugrundelegung der Verhaltensunrechtslehre<sup>149)</sup> nicht erst das Verschulden, sondern bereits die Rechtswidrigkeit entfallen.<sup>150)</sup> Beweispflichtig ist wiederum der Geschäftsführer.<sup>151)</sup> Aus der Formulierung „auch nach diesem Zeitpunkt“ lässt sich ableiten, dass sich der Sorgfaltsmaßstab nicht an einem maßgerechten Geschäftsleiter einer werbenden Gesellschaft orientiert, sondern vielmehr nur solche Leistungen privilegiert sind, die auch ein „besonnener Insolvenzverwalter“ getätigt hätte.<sup>152)</sup>

Unter die Ausnahmebestimmung wird regelmäßig die Befriedigung von Aus-, Absonderungs- oder Aufrechnungsberechtigten in Höhe des Werts des Aussonderungs-/Sicherungsguts bzw der Gegenforderung subsumiert.<sup>153)</sup> UE ist die Befriedigung von Aussonderungsgläubigern von vornherein kein massemindernder Vermögensabfluss, also kein Schaden iS des § 25 Abs 1 Z 2 GmbHG. Auch Gegenleistungen aus Zug-um-Zug-Geschäften

sind uE bereits bei der Ermittlung der Schadenshöhe zu berücksichtigen (oben A.I. bei und in Fn 26). § 84 Abs 3 Z 6 Hs 2 AktG ist in diesem Zusammenhang daher nur insofern relevant, als bei Erfüllung des Sorgfaltsmaßstabs die Ersatzpflicht des Geschäftsführers auch bei inäquivalenten<sup>154)</sup> Gegenleistungen zur Gänze ausgeschlossen wird. Ferner sind Zahlungen binnen der 60-Tagesfrist des § 69 IO zulässig, die im Rahmen eines realistischen Sanierungskonzepts zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs im Interesse zweckmäßiger Unternehmensfortführung in der Insolvenz (§ 114a IO) unerlässlich sind (zB Miete, Strom, Sozialversicherung, Steuer).<sup>155)</sup> Dies gilt unter den genannten Voraussetzungen auch im Zeitraum zwischen Insolvenzantrag und -eröffnung.<sup>156)</sup> Generell sind solche Zahlungen gerechtfertigt, die auch bei rechtzeitiger Stellung des Insolvenzantrags von einem gewissenhaften Insolvenzverwalter zu leisten gewesen wären (zB Feuerversicherung etc).<sup>157)</sup>

Nicht vollständig geklärt ist das Verhältnis der Ersatzpflicht der Geschäftsführer zum strafrechtlich verbotenen Vorenthalten der sozialversicherungsrechtlich gebotenen Dienstnehmerbeiträge (§ 153c StGB). Diese Problematik stellt sich auch bei der Begleichung der Steuerpflichten in ähnlicher Weise (siehe insbesondere §§ 33 f FinStrG). In Deutschland geht der II. Zivilsenat des BGH mittlerweile davon aus, dass die Erfüllung der straf- und in Österreich auch ausdrücklich haftungsrechtlich (siehe § 67 Abs 10 ASVG<sup>158)</sup>) sanktionierten Pflicht zur Abführung der Sozialversicherungsbeiträge aufgrund der Einheit der Rechtsordnung stets dem Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen Geschäftsführers entsprechen.<sup>159)</sup>

Jedenfalls sind Zahlungen solange zulässig, wie der Geschäftsführer die 60-Tagesfrist gemäß § 69 IO berechneterweise ausschöpft. Nach diesem Zeitpunkt ist die Einheit der Rechtsordnung, auf die der BGH entscheidend abstellt, allerdings streng genommen nicht mehr gefährdet, weil sich – wie der 5. Strafsenat des BGH betont hat – ein

<sup>146)</sup> BGH IX ZR 217/06 = WM 2007, 2246, 2247; *Nerlich* in Michalski, GmbHG<sup>2</sup> § 64 Rz 41; *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG<sup>10</sup> § 64 Rz 43; kritisch *Haas* in Baumbach/Hueck, GmbHG<sup>20</sup> § 64 Rz 80.

<sup>147)</sup> RIS-Justiz RS0059751, zB OGH 5 Ob 38/72 = SZ 45/46.

<sup>148)</sup> *Binder* in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 3/47; *Karollus* in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement 1169; *Schumacher* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 69 KO Rz 168; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I<sup>3</sup> Rz 2/384 uam.

<sup>149)</sup> Allgemein dazu zB *Kodek* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1294 Rz 21 ff; *Reischauer* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1294 Rz 7 ff.

<sup>150)</sup> *Fleischer* in Spindler/Stilz, AktG<sup>2</sup> § 92 Rz 30; *Haas* in Baumbach/Hueck, GmbHG<sup>20</sup> § 64 Rz 71; *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG<sup>10</sup> § 64 Rz 38; vgl in anderem Zusammenhang *Schopper/Walch*, Vorstandshaftung bei Vertrauen auf unrichtigen Rechtsrat, GeS 2012, 215 (218 f mwN).

<sup>151)</sup> BGH II ZR 48/06 = NJW 2007, 2118, 2119 (*Altmep-pen*); II ZR 51/06 = NZG 2007, 678; II ZR 88/99 = NJW 2001, 1280.

<sup>152)</sup> *Casper* in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG § 64 Rz 90.

<sup>153)</sup> *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I<sup>3</sup> Rz 2/384; *Karollus* in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement 1169.

<sup>154)</sup> Zum besonderen Maßstab der Beurteilung der Äquivalenz siehe oben C.I.

<sup>155)</sup> *Binder* in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 3/49; *Strohn*, NZG 2011, 1166; *Haas* in Baumbach/Hueck, GmbHG<sup>20</sup> § 64 Rz 73; dies gilt für das GmbHG freilich nur, sofern man nicht ohnehin Zahlungen vor dem Zeitpunkt der Insolvenzantragspflicht auf Tatbestandsebene ausnimmt, dazu oben D.II.

<sup>156)</sup> Vgl *Karollus* in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement 1170; *Schumacher* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 69 KO Rz 169.

<sup>157)</sup> *Schumacher* in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 69 KO Rz 169; *Altmep-pen* in G. H. Roth/Altmep-pen, GmbHG<sup>7</sup> § 64 Rz 21; *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG<sup>10</sup> § 64 Rz 42; vgl OGH 7 Ob 726/88 = wbl 1989, 155.

<sup>158)</sup> Dazu zB VwGH 2005/08/0129 = ARD 5867/10/2008; 98/08/0191 = ARD 5190/10/2001. Zur Abgabepflicht siehe § 9 iVm § 80 BAO.

<sup>159)</sup> BGH II ZR 196/09 = NZG 2011, 303; II ZR 48/06 = NJW 2007, 2118, 2119 (*Altmep-pen*).



allfälliger Normenkonflikt dadurch lösen lässt, dass der Geschäftsführer pflichtgemäß den Insolvenzantrag stellt.<sup>160)</sup> Dagegen lässt sich ebenso wie gegen den Einwand, dass die Bevorzugung der Sozialversicherungsträger auf eine Durchbrechung des grundsätzlich auch für öffentlich-rechtliche „Zwangsgläubiger“ geltenden Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung hinauslaufe,<sup>161)</sup> freilich argumentieren, dass Dienstnehmerbeiträge nach der Wertung des § 153c StGB im Vermögen des Arbeitgebers eine zumindest treuhandähnliche Stellung einnehmen. Die Konsequenz eines Aussonderungsanspruchs dürfte allerdings nicht der Praxis entsprechen. Schon gemäß § 84 Abs 3 Z 6 Hs 2 AktG entfällt die Haftung jedenfalls mangels Handlungsalternative, soweit zwischen rechtzeitigem Insolvenzantrag und -eröffnung noch weitere Beiträge zu entrichten sind,<sup>162)</sup> die Krankenkasse also auch nicht wegen der Gefahr der Anfechtung<sup>163)</sup> auf eine Einforderung verzichtet.

### E. Zusammenfassung

Im Interesse der Gesellschaftsgläubiger fingieren § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 6 AktG den massemindernden Abfluss von Aktiven *in statu cridae* als Schaden der Gesellschaft. Der Umfang dieses insofern modifizierten Schadenersatzanspruchs wird in Höhe der Masseminderung vermutet, sodass der Insolvenzverwalter das Risiko des *non liquet* in Bezug auf die Existenz anrechenbarer Gegenleistungen trägt. Die Höhe der Insolvenzquote, die der befriedigte Gläubiger hypothetisch erlangt hätte, vermindert den Ersatzan-

spruch allerdings nur, wenn der Geschäftsführer deren Höhe beweisen kann, was praktisch kaum vorkommen dürfte, bevor die Insolvenzquote feststeht. Er kann jedoch die Forderung des befriedigten Gläubigers aufgrund einer Gesamtanalogie zu §§ 896, 1042, 1358, 1422 ABGB und §§ 17, 41 IO als Insolvenzforderung gegen die Gesellschaft anmelden.

Der Geschäftsführer kann sich ferner nicht durch den Nachweis bestehender Anfechtungsansprüche (§§ 27 ff IO) gegen den befriedigten Gläubiger entlasten, solange dieser seine Verbindlichkeit nicht tatsächlich beglichen hat. Ersetzt der Geschäftsführer in der Präklusivfrist gemäß § 43 Abs 2 IO die pflichtwidrigen Leistungen, geht der Anfechtungsanspruch der Insolvenzmasse gemäß § 896 ABGB (analog) auf ihn über. Das Dogma der Unabtretbarkeit des Anfechtungsanspruchs widerspricht einem solchen Übergang nicht, selbst wenn man mit der Mindermeinung zu § 896 ABGB von einem Forderungsübergang *qua* Legalzession ausgeht. Der Gefahr einer (präkludierenden) Unterlassung der rechtzeitigen Anfechtung durch den Insolvenzverwalter kann der Geschäftsleiter durch eine Feststellungsklage über seinen bedingten Regressanspruch gegen den potentiellen Anfechtungsgegner begegnen.

Nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen setzt der Ersatzanspruch Kausalität, Rechtswidrigkeit und Verschulden voraus. Die Rechtswidrigkeit besteht in der Vornahme von Zahlungen in der kritischen Phase. Ist die Zahlung jedoch mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters vereinbar (§ 84 Abs 3 Z 6 Hs 2 AktG unmittelbar oder analog), entfällt die Rechtswidrigkeit. Dies ist insbesondere für Handlungen im Rahmen zulässiger Sanierungsmaßnahmen relevant. Schließlich sind § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 6 AktG insofern teleologisch zu reduzieren, als eine Haftung nur nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens oder Abweisung der Verfahrenseröffnung mangels Masse in Betracht kommt.

**Korrespondenz:** Univ.-Prof. Dr. Ulrich Torggler, LL.M. (Cornell), Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht, Universität Wien, Schottenbastei 10–16, 1010 Wien, Österreich; E-Mail: ulrich.torggler@univie.ac.at.

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

<sup>160)</sup> BGH 5 StR 67/05 = NZG 2005, 892, 893 f; Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG<sup>20</sup> § 64 Rz 82.

<sup>161)</sup> Goette, Entscheidungsanmerkung, DStR 2007, 1174 (1176 f); Casper in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG § 64 Rz 92; Spindler in MünchKomm AktG<sup>3</sup> § 92 Rz 65.

<sup>162)</sup> Ein Vorenthalten ist erst ab Verstreichen der Frist gemäß § 59 Abs 1 ASVG anzunehmen, sodass sich der Geschäftsführer bis zum Ablauf dieser Frist zumindest nicht strafbar macht, siehe zB OGH 10 Os 170/80 = SSt 53/45; 11 Os 11/87 = SSt 58/82.

<sup>163)</sup> Zur Diskussion der Strafbarkeit für die Leistung bloß anfechtbarer Beiträge siehe einerseits *Derntl*, Strafbarkeit gem § 153c StGB nach Zahlungsanfechtung, ZIK 2007, 9; *denselben*, Nochmals: Strafbarkeit gem § 153c StGB nach Zahlungsanfechtung, ZIK 2007, 78; andererseits *E. Mayer*, Keine Tatbestandsmäßigkeit des § 153c StGB nach Zahlungsanfechtung, ZIK 2007, 44.