

Zusammenfassung

Sowohl die ÖNORM B 2110 als auch die ÖNORM B 2118 unterscheiden zwischen gewöhnlichen und außergewöhnlichen Witterungsbedingungen. Die beiden Normen unterscheiden sich jedoch bei den Kriterien für außergewöhnliche Witterungsbedingungen. Bei außergewöhnlichen Witterungsbedingungen stehen dem Auftragnehmer nach beiden Normen eine Verlängerung der Bauzeit im

Umfang der ausgefallenen Tage bzw Ausfallsfolgetage zu. Bei gewöhnlichen Witterungsbedingungen steht dem Auftragnehmer ein Anspruch auf Bauzeitverlängerung und damit verbunden auf Anpassung des Entgeltes zu, wenn diese Witterungsbedingungen die vertragsgemäße Ausführung objektiv unmöglich machen.

Insolvenzverschleppungshaftung bei Schäden aus mangelhafter Bauleistung

Umfasst der Schutzbereich der Insolvenzantragspflicht auch solche Schäden eines Gläubigers, die durch eine fehlerhafte Bauleistung einer insolvenzreifen GmbH am Bauwerk verursacht werden und von dieser infolge fehlender Mittel nicht mehr behoben werden können? Mit dieser Frage war der BGH in einem aktuellen Beschluss befasst. Der Beitrag untersucht die Problematik für die Rechtslage in Österreich.

Deskriptoren: Insolvenzverschleppungshaftung, Insolvenzantrag, Überschuldung, Vertrauensschaden, Erfüllungsinteresse, Gewährleistung, Verbesserung, Schadenersatz, sekundäre Leistungspflichten, Altgläubiger, Neugläubiger; §§ 14, 21, 51, 69 IO, §§ 922 ff, 1019, 1165 ff, 1167, 1295 ff, 1311 ABGB, § 159 StGB aF.

Von Alexander Schopper

1. Ausgangsfall des BGH

Etwas vereinfacht lag einem Beschluss des BGH¹ vom 14.5.2012 folgender Sachverhalt zu Grunde:

Die Kläger beauftragten eine GmbH im Rahmen eines Werkvertrags mit Fassadenarbeiten an ihrem in Holzrahmenbauweise errichteten Haus. Das Haus der Kläger sollte von der GmbH mit einem „*Inthermo-Wärmedämm-Verbundsystem*“ ausgestattet werden. Im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses war die GmbH bereits im insolvenzrechtlichen Sinn überschuldet. Nach Durchführung der Arbeiten bezahlten die Kläger die Schlussrechnung. Später stellte sich heraus, dass die GmbH die geschuldete Leistung mangelhaft erbracht hatte. Entge-

gen ihrem eigenen Angebot hat sie bei den Fassadenarbeiten eine „*Putzbewehrung*“ verwendet, die nicht Teil des „*Inthermosystems*“ ist und für dieses auch nicht zugelassen ist. Der Klage gegen die GmbH auf Schadenersatz wegen Schlechterfüllung wurde stattgegeben. Noch bevor es zur Befriedigung des titulierten Anspruches der Kläger kam, wurde über das Vermögen der GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet. Daraufhin nahmen die Kläger den Geschäftsführer der GmbH persönlich auf Schadenersatz wegen Verletzung der Insolvenzantragspflicht in Anspruch. Sie beehrten vom Geschäftsführer im Wesentlichen so gestellt zu werden, als hätte die GmbH ihre Leistung mangelfrei erbracht.²

Das Erstgericht gab der Klage statt. Das Berufungsgericht wies die Klage mit der Begründung ab, dass der geltend gemachte Schaden nicht in den Schutzbereich der Insolvenzantragspflicht falle. Der BGH hat das Berufungsurteil aufgehoben und an die erste Instanz zurückverwiesen. Die Ansprüche aus Insolvenzverschleppungshaftung würden zwar keinen Ersatz des geltend gemachten positiven Interesses (Erfüllungsinteresses) bieten. Als deliktsrechtlicher Anspruch sei diese Haf-

1 BGH 14.5.2012 – II ZR 130/10, BauR 2012, 1644 = NZG 2012, 864 = ZIP 2012, 1455 = GmbHR 899 (Anm Wenzler).

2 Das Klagebegehren war gerichtet auf den titulierten Betrag samt angefallenen Kosten des Rechtsstreits.

tung auf das negative Interesse gerichtet. Die Kläger hätten aber bei einem Vertragsschluss nach Eintritt der Insolvenzreife der Gesellschaft einen Anspruch gegen die Geschäftsführer auf Ausgleich des Schadens, der ihnen dadurch entsteht, dass sie in Rechtsbeziehungen zu einer überschuldeten oder zahlungsunfähigen Gesellschaft getreten sind. Sie seien daher so zu stellen, wie sie stünden, wenn der Geschäftsleiter seiner Insolvenzantragspflicht rechtzeitig nachgekommen wäre. Konkret sei das geschützte und durch die Verletzung der Insolvenzantragspflicht beeinträchtigte negative Interesse der Kläger darauf gerichtet, den Zustand wiederherzustellen, der bestand, bevor die Kläger mit der insolvenzreifen Gesellschaft den Werkvertrag über die Fassadenarbeiten an ihrem Haus geschlossen haben.

2 Relevanz für Österreich

Der Beschluss des BGH ist aus mehreren Gründen auch für Österreich interessant: Erstens hat das Thema auch hierzulande praktische Bedeutung, besteht doch auch in der österreichischen Baubranche eine erhebliche Insolvenzanfälligkeit.³ Eine Insolvenzverschleppungshaftung der Geschäftsführer (bzw der Vorstandsmitglieder bei der AG) für Ansprüche auf Grund mangelhafter Bauleistungen hätte auch in Österreich einen potenziellen praktischen Anwendungsbereich.

Zweitens liegen die zwei Entscheidungen, in denen der OGH eine Insolvenzverschleppungshaftung im Zusammenhang mit der insolvenzbedingten Nichterfüllbarkeit sekundärer Leistungspflichten⁴ behandelte, bereits über 25 Jahre zurück. Seither hat sich die Rsp des OGH insbesondere im Zusammenhang mit dem Schutzzweck der Insolvenzantragspflicht und der damit zusammenhängenden Frage, welche Schäden ersatzfähig sind, geändert.

Drittens stellt sich daher die Frage, ob der aktuelle BGH-Beschluss Vorbild für die künftige Rsp in Österreich sein sollte. Die Frage liegt auch deshalb nahe, weil der OGH in seiner bisherigen Rsp zur Geschäftsführer- und Vorstandshaftung für Insolvenzverschleppung be-

reits mehrfach die höchstgerichtliche Judikatur aus Deutschland berücksichtigt hat.⁵

3 Rsp und Lehre in Österreich

Soweit ersichtlich war der OGH zwei Mal mit der Frage befasst, ob Schäden, die aus der insolvenzbedingten Nichterfüllung sekundärer Leistungspflichten resultieren, vom Schutzzweck der Insolvenzantragspflicht (bzw vom Schutzzweck des früheren Tatbestands der fahrlässigen Krida gem § 159 StGB) erfasst sind. Einer Entscheidung aus dem Jahre 1985 entstammt der Rechtsatz, dass der durch die insolvenzbedingte Nichterfüllung sekundärer Leistungspflichten⁶ dem Käufer erwachsende Schaden nur dann in den vom Schutzzweck des § 69 KO⁷ erfassten Bereich fällt, „wenn die Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung dieses Risikos im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses so groß war, dass bei vernünftiger kaufmännischer Beurteilung unter Beachtung der gebotenen kaufmännischen Sorgfalt nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge damit gerechnet werden musste“.⁸ Nur bei Vorliegen einer solch hohen Eintrittswahrscheinlichkeit von Gewährleistungs- bzw Schadenersatzansprüchen bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses kommt eine persönliche Vorstands- oder Geschäftsführerhaftung der insolvenzreifen Gesellschaft überhaupt in Betracht. Dieser Rechtssatz wurde in einer Entscheidung aus dem Jahre 1987 bestätigt, dort jedoch nur für den früheren Tatbestand der fahrlässigen Krida gem § 159 StGB.⁹

Bis heute wird diese restriktive Haltung des OGH in der österreichischen Lehre überwiegend billigend referiert.¹⁰ Kritik findet sich bei *Strigl*¹¹, der den Ansatz des OGH bereits 1987 als zu restriktiv bezeichnete und eine Insolvenzverschleppungshaftung des Geschäftsführers für alle adäquat verursachten Schäden befürwortete. Ausgenommen seien lediglich jene Schäden, deren Entstehen nach allgemeiner Lebenserfahrung als völlig unwahrscheinlich angesehen werden muss und die infolge einer ganz außergewöhnlichen Verkettung von Umständen eintreten. Demgegenüber schließt sich *Del-*

3 In der aktuellen Insolvenzstatistik des KSV 1870 für die Quartale I.-III. 2012, Seite 3 wird die Baubranche zu den „üblichen Verdächtigen“ gezählt. Sie zählt – neben dem Gastgewerbe und den unternehmensbezogenen Dienstleistungen – zu jenen Branchen, die zahlenmäßig „fast immer“ auf den ersten drei Plätzen der insolvenzanfälligsten Branchen zu finden sind.

4 „Primärpflichten“ bzw „primäre Leistungspflichten“ sind die Haupt- und Nebenleistungspflichten des Schuldverhältnisses. „Sekundärpflichten“ oder „sekundäre Leistungspflichten“ bezeichnen die aus der Verletzung von Primärpflichten entstehenden Pflichten, zB Gewährleistungs- oder Schadenersatzpflichten wegen Schlechterfüllung; vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 6; *Dullinger*, Schuldrecht AT⁴ Rz 1/14; *Larenz*, Schuldrecht¹⁴ AT 8 f; *Schopper*, Nachvertragliche Pflichten (2009) 6 bei FN 5.

5 Vgl zB OGH 23.9.1987, 1 Ob 608/87, ÖBA 1988, 165 (Anm *Karrollus*); OGH 20.3.2007, 4 Ob 31/07y, GesRZ 2007, 266 (Anm *Schopper*).

6 Der Fall betraf den Anspruch des Käufers auf Rückzahlung des Kaufpreises infolge einer Wandlung des Kaufvertrages wegen Sachmängel der Ware.

7 Vormals § 85 GmbHG, nunmehr § 69 IO.

8 OGH 2.7.1985, 5 Ob 603/84, EvBl 1986/129.

9 OGH 7.4.1987, 2 Ob 625/86, wbl 1987, 186.

10 Siehe *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht⁴ II/2 § 69 Rz 139; *Reich-Rohrwig* in *Straube*, GmbHG § 25 Rz 315; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 38.

11 *Strigl*, Kridahaftung des Geschäftsführers wegen Uneinbringlichkeit von Gewährleistungsforderungen gegen die insolvente GmbH, wbl 1987, 203.

*linger*¹² grundsätzlich der vom OGH geforderten hohen Eintrittswahrscheinlichkeit einer Gewährleistungs- oder Schadenersatzpflicht bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses an, bemängelt jedoch in rechtsdogmatischer Hinsicht, dass der OGH dieses Kriterium unter dem Titel des Schutzzwecks der Insolvenzantragspflicht behandelt und nicht unter dem Aspekt der Verletzung einer (vorvertraglichen) Aufklärungspflicht.

4 Persönlicher Schutzbereich der Insolvenzantragspflicht

Der jüngste Beschluss des BGH und auch die Entscheidung des OGH aus dem Jahre 1985 betreffen zunächst die Grenzen des persönlichen Schutzbereichs der Insolvenzantragspflicht. Beide Entscheidungen werfen die Frage auf, ob ein Gläubiger, dessen Forderung gegen die insolvente Gesellschaft auf einer sekundären Leistungspflicht – also einer Gewährleistungs- oder Schadenersatzpflicht wegen Schlechterfüllung – beruht, vor dem Hintergrund des Schutzzwecks der Insolvenzantragspflicht anders zu behandeln ist als ein Gläubiger, dessen Forderung aus einer primären Leistungspflicht der insolventen Gesellschaft, wie zB dem Anspruch des Kreditgebers auf Rückzahlung des Kredits samt Zinsen, resultiert. Fraglich ist, ob Gewährleistungs- und (vertragliche) Schadenersatzgläubiger gar nicht oder evtl nur bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen vom persönlichen Schutzbereich des § 69 Abs 2 IO erfasst sind.

Ein Vergleich der beiden höchstgerichtlichen Entscheidungen zeigt deutliche Unterschiede bei der Beantwortung dieser Frage: Der BGH sieht auch solche Schäden eines Gläubigers vom Schutzbereich der Insolvenzantragspflicht erfasst, die dadurch entstehen, dass ein insolvenzreifes Bauunternehmen auf Grund fehlender Mittel keine Gewährleistungs- oder Schadenersatzansprüche des Werkbestellers erfüllen kann.¹³ Eine Differenzierung nach dem Grad der Eintrittswahrscheinlichkeit eines späteren Gewährleistungs- oder Schadenersatzfalles bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ist der Entscheidungsbegründung nicht zu entnehmen. Demgegenüber verlangt der OGH bei der insolvenzbedingten Nichterfüllung sekundärer Leistungspflichten, dass die Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung dieses Risikos im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses so groß war, dass bei vernünftiger kaufmännischer Beurteilung unter Beachtung der gebotenen kaufmännischen Sorgfalt nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge damit gerechnet werden musste. Im Ergebnis sieht der OGH

somit auch Gewährleistungs- und Schadenersatzgläubiger zwar vom persönlichen Schutzbereich der Insolvenzantragspflicht erfasst, im Unterschied zu Gläubigern, deren Forderungen aus primären Leistungspflichten resultieren, aber nur bei Vorliegen zusätzlicher Voraussetzungen.

Begründet wird diese Differenzierung in der aus dem Jahre 1985 stammenden Entscheidung mit einem Verweis auf die Grundsätze zur Bildung von Rückstellungen: „*Da es keineswegs üblich und geboten ist, bei jedem Verkauf von Ware für den möglichen Gewährleistungsfall sofort Rückstellungen zu bilden, und von der Klägerin kein anspruchserzeugender Sachverhalt (Klagegrund) vorgetragen wurde, der Anlass zur Vermutung geben könnte, hier habe ein besonderes Risiko der Verwirklichung eines Gewährleistungsfalles bereits bei Vertragsabschluss bestanden, ist das Klagebegehren abzuweisen*“.¹⁴

Dieser Verweis auf Grundsätze zur Bildung von Verbindlichkeitsrückstellungen ist mE nicht geeignet, sekundäre Leistungspflichten der insolventen Gesellschaft im Hinblick auf den Schutzzweck der Insolvenzantragspflicht gem § 69 IO anders zu behandeln als primäre Leistungspflichten. Zum einen stellt der OGH auf die Eintrittswahrscheinlichkeit im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ab. Das Kriterium kann daher – wenn überhaupt – nur in jenen Fällen relevant sein, in denen die Gesellschaft bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses insolvenzreif war, dh für Schäden von sog Neugläubigern¹⁵. Wird die Erfüllung von Gewährleistungs- oder Schadenersatzpflichten erst durch eine nach der Übergabe des mangelhaften Bauwerks eintretende Insolvenz der Gesellschaft vereitelt, also bei Schäden von sogenannten Altgläubigern, kann die Eintrittswahrscheinlichkeit von Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses mE überhaupt nichts zur möglichen Insolvenzverschleppungshaftung der Geschäftsführer oder der Vorstandsmitglieder beitragen. Zum anderen ist der Verweis auf Grundsätze der Bildung von Rückstellungen mE generell wegen der jüngeren Rsp des OGH zur Insolvenzverschleppungshaftung überholt, was im Folgenden aufgezeigt wird.

In Österreich ist die Insolvenzantragspflicht gem § 69 IO nach völlig hA ein Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger.¹⁶ Der Schutzbereich ist daher anhand der allgemeinen Kriterien zur Haftung wegen Schutzgesetzverletzung abzugrenzen. Ein Verweis

12 *Dellinger*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall (1991) 146 ff.

13 Gleichzeitig hält der BGH an seiner bisherigen Rsp fest, wonach Neugläubiger nur Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens haben. Dazu sogleich unten 6.1.

14 OGH 2.7.1985, 5 Ob 603/84, EvBl 1986/129.

15 Dazu unten 5.1 und 6.1.

16 Jüngst etwa OGH 11.10.2012, 2 Ob 117/12p; vgl auch RIS-Justiz RS0027441.

auf die Grundsätze zur Bildung von Rückstellungen hilft hier nicht weiter.¹⁷ Wie der OGH in einer jüngeren Entscheidung zutreffend festgehalten hat, ist vielmehr der Normzweck der Insolvenzantragspflicht gem § 69 Abs 2 IO, der durch teleologische Auslegung zu ermitteln ist, für den „*personalen, gegenständlichen und modalen Schutzbereich*“ bedeutsam.¹⁸ Sowohl der Geschädigte als auch die Art des Schadens und die Form seiner Entstehung müssen vom Schutzzweck erfasst sein. Dabei genüge es, dass die Verhinderung des Schadens bloß mitbezweckt ist. Die Norm müsse aber die Verhinderung eines Schadens wie des später Eintretenden beabsichtigt haben.

Die Insolvenzantragspflicht soll Gläubiger vor (weiteren) Schäden durch die nicht rechtzeitige Insolvenzeröffnung schützen. Vor dem Hintergrund des anerkannt weiten Schutzzwecks der Insolvenzantragspflicht ist die Rechtsnatur der Forderung (vertraglich oder gesetzlich) grundsätzlich unerheblich.¹⁹ Ein Beispiel liefert die Rsp des OGH zu den auf Gesetz beruhenden Beitragsschulden gegenüber Sozialversicherungsträgern, die in den Schutzbereich der Insolvenzantragspflicht einbezogen werden.²⁰ Das Entstehen von Beitragsschulden infolge Weiterbeschäftigung von Dienstnehmern nach Eintritt der Insolvenzreife bei der Gesellschaft ist nach der Judikatur als „*Eingehung weiterer Schulden*“ zu beurteilen, sodass dem Sozialversicherungsträger insofern die Stellung eines Neugläubigers²¹ zukomme. Der Sozialversicherungsträger sei dann im Rahmen der Außenhaftung

der Organe einer Kapitalgesellschaft für die schuldhaft verursachte Insolvenzverschleppung so zu stellen, als hätte er die im Gesetz für die Gewährung des Versicherungsschutzes vorgesehenen Beiträge zur Gänze erhalten.

Bei vertraglichen Forderungen gegen die insolvenzreife Gesellschaft ist im Hinblick auf den persönlichen Schutzbereich der Insolvenzantragspflicht gem § 69 Abs 2 IO irrelevant, auf welchem Vertragstyp die Forderung des Gesellschaftsgläubigers beruht. Erfasst sind etwa Forderungen gegen die Gesellschaft auf Darlehensrückzahlung aus einem mit der insolvenzreifen Gesellschaft abgeschlossenen Kreditvertrag, der Zahlungsanspruch des vorleistenden Lieferanten sowie Ansprüche auf Entgelt aus Dienstverträgen oder sonstigen Dauerschuldverhältnissen. In einer rezenten Entscheidung des OGH wurden sogar *Neugesellschafter*, die sich nach Eintritt der Insolvenzreife an einer Kapitalerhöhung beteiligten, in den Schutzbereich der Insolvenzantragspflicht miteinbezogen.²²

Der Schutzzweck der Insolvenzantragspflicht verlangt auch keine Differenzierung nach dem Inhalt der vertraglichen Forderung des Gläubigers gegen die Gesellschaft. Demnach fällt eine Geldforderung ebenso in den Schutzbereich, wie grundsätzlich Forderungen, die auf eine Sach- oder Dienstleistung der Gesellschaft gerichtet sind.

Die teleologische Auslegung des § 69 Abs 2 IO liefert mE auch keine Hinweise darauf, dass Gewährleistungs- und Schadenersatzgläubiger, die durch eine verspätete Insolvenzantragstellung geschädigt wurden, eine Sonderstellung im Hinblick auf den Schutzzweck des § 69 Abs 2 IO einnehmen. Die Art des Schadens besteht auch hier in der insolvenzbedingten Beeinträchtigung der Erfüllung einer schuldrechtlichen Forderung und unterscheidet sich insoweit nicht vom Schaden, den die Gläubiger primärer Leistungspflichten der insolventen Gesellschaft erleiden. Auch in der Form der Entstehung des Schadens lässt sich mE kein Unterschied ausmachen, der im Lichte des Schutzzwecks der Insolvenzantragspflicht eine Differenzierung zwischen Gewährleistungs- und Schadenersatzgläubigern auf der einen und Gläubigern auf Grund von primären Leistungspflichten auf der anderen Seite rechtfertigt. Dass hinsichtlich der Schadensart und Schadensentstehung zwischen Alt- und Neugläubigern zu unterscheiden ist, stellt keine Besonderheit von Gewährleistungs- und Schadenersatzgläubigern dar, sondern gilt auch für Gläubiger auf Grund von primären Leistungspflichten.²³

17 Das Abstellen auf die Wahrscheinlichkeit des Eintritts von späteren Gewährleistungs- oder Schadenersatzansprüchen bei Vertragsabschluss deutet vielmehr darauf hin, dass die Rechtswidrigkeit des Handelns der organschaftlichen Vertreter einer insolvenzreifen Gesellschaft darin besteht, den Vertragspartner beim Vertragsabschluss nicht über die bestehende Insolvenzreife und über die Gefahr, dass die Gesellschaft ihre bereits vorhersehbaren Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche insolvenzbedingt nicht erfüllen können wird, aufzuklären. Nach der neueren Rsp handeln die organschaftlichen Vertreter einer Kapitalgesellschaft gegenüber Neugläubigern aber nicht rechtswidrig, weil sie eine gebotene Aufklärung (über die Insolvenzreife der Gesellschaft) unterlassen, sondern weil sie die gebotene Insolvenzantragstellung unterlassen und die insolvenzreife Gesellschaft somit nicht rechtzeitig „*vom Markt genommen haben*“. Die Frage der Eintrittswahrscheinlichkeit von späteren Gewährleistungs- und/oder Schadenersatzansprüchen wegen Schlechterfüllung hat mit der Pflicht zur Stellung des Insolvenzantrags nichts zu tun. Der vom OGH in 5 Ob 603/84 vorgenommene Verweis auf die Bildung von Rückstellungen hat auch im Hinblick auf den Überschuldungsstatus der Gesellschaft keine Bedeutung, weil und sofern die materielle Insolvenz im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereits ganz unabhängig davon vorliegt.

18 OGH 20.3.2007, 4 Ob 31/07y, GesRZ 2007, 266 (Anm *Schopper*).

19 Siehe die Darstellung des diesbezüglichen Meinungsstreits in der deutschen Lehre bei *Bayer/Lieder*, Ersatz des Vertrauensschadens wegen Insolvenzverschleppungshaftung und Haftung des Teilnehmers, WM 2006, 1 (5 ff).

20 Vgl OGH 12.7.2007, 2 Ob 241/06i, *ecolex* 2007, 856.

21 Zum Begriff des Neugläubigers näher unten 5.1.

22 OGH 20.3.2007, 4 Ob 31/07y, GesRZ 2007, 266 (Anm *Schopper*).

23 Dazu unten 6.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden:

Der persönliche Schutzbereich der Insolvenzantragspflicht gem § 69 IO ist auch in Österreich nicht dahingehend eingeschränkt, dass Gläubiger, deren Forderungen gegen die insolvente Gesellschaft auf sekundären Leistungspflichten (wie zB Schadenersatzansprüche nach einer mangelhaft erbrachten Bauleistung) beruhen, von vornherein von der Geltendmachung von Schäden im Rahmen der Insolvenzverschleppungshaftung ausgeschlossen oder nur unter eingeschränkten Voraussetzungen in deren Schutzbereich einzubeziehen wären. Der vom OGH in der Entscheidung 5 Ob 603/84 vom 2.7.1985 geprägte restriktive Ansatz, wonach die Insolvenzverschleppungshaftung für die insolvenzbedingte Nichterfüllbarkeit sekundärer Leistungspflichten eine Eintrittswahrscheinlichkeit späterer Gewährleistungs- oder Schadenersatzpflichten im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses voraussetzt, die so groß sein muss, dass bei vernünftiger unternehmerischer Beurteilung unter Beachtung der gebotenen Sorgfalt nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge damit gerechnet werden musste, findet im nunmehr herrschenden Verständnis des persönlichen Schutzbereichs der Insolvenzantragspflicht gem § 69 IO keine Deckung.

Das in Österreich – ebenso wie in Deutschland – vertretene weite Verständnis des Schutzzwecks der Insolvenzantragspflicht führt zu einer Gleichstellung in Bezug auf Vertragstypus und Inhalt von Gläubigerforderungen. Dieser Grundsatz gilt für Alt- und Neugläubiger gleichermaßen. Allerdings ist bei der Art und der Höhe des zu ersetzenden Schadens zwischen Alt- und Neugläubigern zu differenzieren. Darauf ist sogleich unter 6. einzugehen.

5 Sachlicher Schutzbereich der Insolvenzantragspflicht und Adäquanz

Die Rsp verlangt auch bei der Haftung wegen Schutzgesetzverletzung das Vorliegen einer adäquaten Schadensverursachung,²⁴ wobei Schutzgesetze üblicherweise adäquaten Folgen ihrer Übertretung vorbeugen wollen.²⁵ Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich daher die Frage, ob die Beeinträchtigung der Erfüllbarkeit von sekundären Leistungspflichten der insolvenzreifen Gesellschaft eine adäquate Folge der verspäteten Stellung eines Insolvenzantrags ist. Zur Beantwortung der Frage ist mE zwischen Neu- und Altgläubigern zu unterscheiden.

24 RIS-Justiz RS0022610.

25 *Reischauer* in Rummel, ABGB³ § 1295 Rz 12.

5.1 Neugläubiger

Unter Neugläubigern versteht die in Österreich hA jene Gläubiger, die erst nach dem Zeitpunkt, in dem die Antragstellung auf Insolvenzeröffnung schuldhaft unterlassen wurde, mit der Gesellschaft kontrahieren.²⁶ Lag die Insolvenzreife der mit einer Bauleistung beauftragten Gesellschaft bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vor, erblickt die neuere Rsp den adäquat verursachten Schaden darin, dass der Neugläubiger mit der bereits insolventen Gesellschaft ein Vertragsverhältnis eingegangen ist, dessen Erfüllung seitens der Gesellschaft in weiterer Folge insolvenzbedingt beeinträchtigt wird. Die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags verfolgt nach nunmehr ständiger und zutreffender Rsp des OGH nämlich auch den Zweck, insolvente Gesellschaften kurzfristig²⁷ aus dem Rechtsverkehr zu ziehen und damit jene zu schützen, die sich sonst mit dieser Gesellschaft nicht einlassen würden.²⁸ Bereits der Vertragsabschluss mit der insolvenzreifen GmbH und dessen insolvenzbedingt beeinträchtigte Erfüllung ist somit der adäquat herbeigeführte Schaden des Neugläubigers. Aus dem Gesichtspunkt der Adäquanz und des sachlichen Schutzzwecks von § 69 Abs 2 IO spielt es bei Neugläubigern daher mE keine Rolle, ob die Gesellschaft in weiterer Folge auf Grund der Insolvenz nicht einmal mehr in der Lage ist, das vereinbarte Werk herzustellen, mithin bereits die Übergabe unterbleibt und die Forderung des Gläubigers auf einer primären Leistungspflicht der Gesellschaft beruht oder ob eine Übergabe des mangelhaften Werkes erfolgt, später aber die Gewährleistungs- und/oder Schadenersatzansprüche des Werkbestellers infolge der Insolvenz nicht mehr erfüllt werden können.²⁹ Beide Konstellationen stellen eine insolvenzbedingte Nichterfüllung durch eine Gesellschaft dar, die bereits vor dem Vertragsabschluss aus dem Rechtsverkehr zu ziehen gewesen wäre.

26 Vgl etwa *Nowotny* in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht 4/510; *Reich-Robrwig* in Straube, GmbHG § 25 Rz 312; OGH 16.12.1996, 1 Ob 2269/96z, HS 27.197; OGH 20.3.2007, 4 Ob 31/07y, GesRZ 2007, 266 (Anm *Schopper*).

27 § 69 Abs 1 Satz 1 IO: „ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber sechzig Tage nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit“.

28 Vgl OGH 22.10.1997, 7 Ob 2339/96p, SZ 70/215; OGH 20.3.2007, 4 Ob 31/07y, GesRZ 2007, 266 (Anm *Schopper*); OGH 22.10.2007, 1 Ob 134/07y, ecolex 2008, 230/77; OGH 11.10.2012, 2 Ob 117/12p; RIS-Justiz RS0122035; zustimmend zB *Schumacher* in Bartsch/Pollak/Buchegger⁴ II/2 § 69 Rz 112 ff; *Karrollus*, Schutz der Neugläubiger bei Konkursverschleppung; Neuorientierung des BGH und Konsequenzen für Österreich, RdW 1994, 100 (101).

29 Kommt es zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft, ist in den hier behandelten Fällen das Wahlrecht des Verwalters gem § 21 IO zu berücksichtigen. Darauf kann hier im Einzelnen aus Platzgründen nicht eingegangen werden. Vgl dazu *Widbalm-Budak* in Konecny/Schubert, KO § 21 Rz 115 ff. Anderes gilt wiederum, wenn das Insolvenzverfahren mangels Masse gar nicht eröffnet wird.

5.2 Altgläubiger

Altgläubiger sind Gläubiger, die ihre Forderungen gegen die Gesellschaft vor dem Zeitpunkt erworben haben, zu dem der Insolvenzantrag pflichtgemäß gestellt werden hätte müssen.³⁰ Im vorliegenden Zusammenhang ist der Werkbesteller ein Altgläubiger, wenn die Insolvenzreife bei der mit einer Bauleistung beauftragten Gesellschaft nicht schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorlag, sondern erst nach der mangelhaften Erfüllung durch die Gesellschaft eintritt. Im Zusammenhang mit den Forderungen von Altgläubigern ist anerkannt, dass der (sachliche) Schutzzweck der Insolvenzantragspflicht darauf gerichtet ist, den Haftungsfonds für die Befriedigung der bereits im Zeitpunkt der Insolvenzreife bestehenden Forderungen nicht durch eine verspätete Insolvenzantragstellung weiter zu schmälern. Forderungen von Altgläubigern auf Grund von sekundären Leistungspflichten der Gesellschaft sind vom sachlichen Schutzbereich der Insolvenzantragspflicht erfasst, weil der Haftungsfonds zu ihrer Befriedigung – ebenso wie für sonstige Forderungen von Altgläubigern – durch eine verspätete Insolvenzantragstellung beeinträchtigt werden kann. Es kann mE kein Zweifel daran bestehen, dass die Schmälerung des Haftungsfonds für die Befriedigung bestehender Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche ein durch die verspätete Insolvenzantragstellung adäquat verursachter Schaden ist.

Im Übrigen vermutet die Rsp³¹ bei der Schutzgesetzverletzung das Vorliegen einer adäquaten Verursachung bzw die Zugehörigkeit des Schadens zum Zweckbereich der Schutznorm,³² sodass in den hier interessierenden Fällen die Geschäftsführer bzw Vorstandsmitglieder zu beweisen haben, dass der Schaden auch ohne die verspätete Insolvenzantragstellung eingetreten wäre.

6 Bemessung des zu ersetzenden Schadens

6.1 Neugläubiger

Der unter 1. dargestellte Beschluss des BGH betraf die Insolvenzverschleppungshaftung gegenüber sog Neugläubigern. Der BGH sah die Kläger als Neugläubiger an, weil die Gesellschaft im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses mit den Klägern bereits insolvenzreif war. Das deckt sich mit dem Begriffsverständnis von Neugläubigern in Österreich. Darunter versteht die in Österreich

hA wie soeben erwähnt jene Gläubiger, die erst nach dem Zeitpunkt, in dem die Antragstellung auf Insolvenzeröffnung schuldhaft unterlassen wurde, mit der Gesellschaft kontrahieren bzw deren Forderungen nach Eintritt der Insolvenzreife der Gesellschaft entstanden sind. War die mit einer Bauleistung beauftragte Gesellschaft bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses insolvenzreif, wäre der Vertragspartner der insolventen Gesellschaft auch in Österreich ein Neugläubiger.

Neugläubiger haben nach nunmehr ständiger und zutreffender Rsp des OGH Anspruch auf den Ersatz des „*Vertrauensschadens*“ bzw des „*negativen Interesses*“, dh sie sind so zu stellen, wie sie stünden, wenn sie mit der insolventen GmbH nicht kontrahiert hätten.³³

In den hier interessierenden Konstellationen umfasst die Geschäftsführer- bzw Vorstandshaftung für Insolvenzverschleppung gegenüber Neugläubigern somit nicht die Herstellung eines mangelfreien Bauwerks, weil das Erfüllungsinteresse (positives Interesse) kein durch die Insolvenzantragspflicht geschütztes und durch deren Verletzung beeinträchtigtes Interesse ist. Die Insolvenzverschleppungshaftung kann auch nicht auf eine Verbesserung iSd § 933a Abs 2 ABGB gerichtet sein. Die Geschäftsführer schulden nicht die Erfüllung der mangelhaften Leistung, sondern haften für jene Schäden, die mit der schuldhaften Unterlassung der rechtzeitigen Antragstellung in Zusammenhang stehen.

Sind Gewährleistungs- oder Schadenersatzansprüche wegen der Insolvenz der Gesellschaft uneinbringlich, ist ein Neugläubiger im Rahmen der Insolvenzverschleppungshaftung so zu stellen, wie er stand, bevor er den betreffenden Werkvertrag mit der insolvenzreifen Gesellschaft abgeschlossen hat.

Nach Ansicht des BGH ist das negative Interesse der Kläger in dem unter 1. dargestellten Fall darauf gerichtet, dass die durch die fehlerhaften Arbeiten beschädigten Fassadenplatten demontiert und entsorgt werden müssen. Zudem können die Kläger die Lieferung neuer Fassadenplatten verlangen. Die Kläger haben jedoch keinen Anspruch auf Zahlung eines Betrages für die Montage neuer Fassadenplatten und das Aufbringen eines neuen Außenputzes einschließlich des Anstrichs, denn dieser Anspruch wäre nach Ansicht des BGH auf den Ersatz des positiven Interesses gerichtet. Darüber hinaus umfasst das negative Interesse der Kläger den Ersatz solcher Kosten, die dem Neugläubiger wegen der

30 Vgl etwa *Reich-Rohrwig* in Straube, GmbHG § 25 Rz 312; *Schumacher* in Bartsch/Pollak/Buchegger⁴ II/2 § 69 Rz 107; *Dellinger* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze KO § 69 Rz 74 (vor dem objektiv erkennbaren Insolvenzeintritt).

31 RIS-Justiz RS0022610.

32 Kritisch zur Vermengung von Schutzzweck und Adäquanz *Reischauer* in Rummel, ABGB³ § 1295 Rz 12.

33 Vgl OGH 22.10.1997, 7 Ob 2339/96p, SZ 70/215; OGH 20.3.2007, 4 Ob 31/07y, GesRZ 2007, 266 (Anm *Schopper*); OGH 22.10.2007, 1 Ob 134/07y, ecolex 2008, 230/77; OGH 11.10.2012, 2 Ob 117/12p; RIS-Justiz RS0122035; zustimmend zB *Schumacher* in Bartsch/Pollak/Buchegger⁴ II/2 § 69 Rz 112 ff; *Karollus*, Schutz der Neugläubiger bei Konkursverschleppung: Neuorientierung des BGH und Konsequenzen für Österreich, RdW 1994, 100 (101).

Verfolgung seiner Zahlungsansprüche gegen die insolvenzreife Gesellschaft entstanden sind. Derartige Kosten für die Durchsetzung eines vermeintlich bestehenden und einbringlichen Anspruchs sind nach hL auch in Österreich vom Vertrauensschaden erfasst.³⁴

Die Ausführungen des BGH zur Bemessung des negativen Interesses im konkreten Fall sind mE zutreffend. Der Schaden wäre in Österreich nicht anders zu bemessen. Hervorzuheben ist jedoch, dass die Fassadenplatten, die nun zu demontieren und zu entsorgen sind, nicht durch die insolvenzreife GmbH geliefert wurden, sondern bereits bei den Klägern vorhanden bzw von diesen zur Verfügung gestellt worden waren. Diese Fassadenplatten wurden offenbar durch die fehlerhafte Arbeit der beauftragten GmbH beschädigt. Insoweit ist es konsequent, deren Demontage, Entsorgung und Ersatz im Rahmen des negativen Vertragsinteresses zuzusprechen. Anderes müsste jedoch gelten, wenn die Lieferung der Fassadenplatten ein Teil jener Leistung wäre, den die insolvenzreife GmbH geschuldet hat. Die Lieferung neuer Fassadenplatten wäre in diesem Fall Teil des positiven Vertragsinteresses.

Allgemeiner formuliert umfasst das geschützte negative Interesse den Anspruch eines Gläubigers auf Rückabwicklung des mit der insolvenzreifen Gesellschaft abgeschlossenen Vertrages. Der Neugläubiger ist so zu stellen, als hätte er die insolvenzreife Gesellschaft von vornherein gar nicht mit der Bauleistung beauftragt. Das kann freilich zu Extremfällen führen: Weist die von der insolvenzreifen Gesellschaft erbrachte Bauleistung lediglich einen geringfügigen Mangel auf und scheitert die Durchsetzung des rechtmäßig bestehenden Anspruchs des Werkbestellers auf Verbesserung gem § 932 ABGB an der Insolvenz der gewährleistungspflichtigen Gesellschaft, trafe die Geschäftsführer infolge der Insolvenzverschleppung eine Haftung gegenüber dem Neugläubiger für die Kosten der Beseitigung der bereits erbrachten Bauleistung und den bereits gezahlten Werklohn. Der Werkbesteller wäre auf dem Umweg der Insolvenzverschleppungshaftung im Wesentlichen so gestellt, wie bei einer Wandlung des Werkvertrages. Die Wandlung stünde ihm jedoch gegenüber dem Werkunternehmer bei Vorliegen eines bloß geringfügigen Mangels schon wegen § 932 Abs 4 ABGB gar nicht zu. Wertungsmäßig schießt damit aber der Ersatz des Vertrauensschadens über den Schutzzweck des § 69 IO iVm § 1311 ABGB hinaus. Der Werkbesteller darf über den Umweg der Insolvenzverschleppungshaftung als Neugläubiger nicht besser gestellt werden, als er im Falle des Vertragsabschlusses mit einer nicht-insolventen Gesellschaft bei vollständiger Vertragserfüllung stünde. Daher ist der

Vertrauensschaden des Neugläubigers mE mit dem hypothetischen Erfüllungsinteresse zu begrenzen.³⁵ In den hier interessierenden Konstellationen ist der Haftungsumfang des negativen Interesses daher mit der Höhe des hypothetischen, in Geld zu bewertenden Gewährleistungs- oder Schadenersatzanspruches, der dem Werkbesteller gegenüber dem insolventen Werkunternehmer zusteht, begrenzt.³⁶

6.2 Altgläubiger

Die in § 69 Abs 2 IO verankerte Pflicht zur Insolvenzantragstellung soll nach einhelliger Auffassung Schmälerungen der Befriedigung der Gläubiger einer insolventen Gesellschaft verhindern.³⁷ Altgläubigern³⁸ ist daher der „*Quotenschaden*“ zu ersetzen.³⁹ Darunter versteht man jenen Schaden, den Gläubiger durch eine Verschlechterung der Konkursquote infolge einer Insolvenzverschleppung erleiden. Der Ersatz des Quotenschadens kompensiert die Differenz zwischen der durch die Insolvenzverschleppung geschmälernten tatsächlichen Konkursquote und der hypothetischen Quote, die bei rechtzeitiger Antragstellung erzielt worden wäre.

Ist eine Kapitalgesellschaft infolge ihrer Insolvenz nicht in der Lage, Gewährleistungs- und/oder Schadenersatzansprüche eines Altgläubigers zu erfüllen, unterscheidet sich der Quotenschaden des betreffenden Gläubigers nicht von dem Schaden jedes sonstigen Altgläubigers.⁴⁰ Die Haftung umfasst auch bei der insolvenzbedingten Nichterfüllung von sekundären Leistungspflichten die Quotenverringerung des betroffenen Gläubigers, dh die Differenz zwischen fiktiver Quote bei rechtzeitiger Konkursanmeldung und der bei verspäteter Konkursanmeldung tatsächlich erzielten Quote. Die Haftung auf den Quotenschaden umfasst niemals einen Anspruch auf Behebung des mangelhaft geleisteten Werkes durch Verbesserung oder Austausch iSd §§ 932 Abs 2, 933a Abs 2 ABGB. Vielmehr handelt es sich stets um einen auf Geldleistung gerichteten Schadenersatzanspruch. Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche wegen Nichterfüllung sind vermögensrechtliche Ansprüche iSd § 51 Abs 1 IO und als Insolvenzforderungen gem § 14

³⁵ § 1019 Satz 2 ABGB analog.

³⁶ Diese Begrenzung des Vertrauensschadens mit dem hypothetischen Erfüllungsinteresse dürfte bei der Insolvenzverschleppungshaftung gegenüber Neugläubigern verallgemeinerungsfähig sein. Dieser Frage kann hier aber aus Platzgründen nicht nachgegangen werden.

³⁷ Vgl *Schumacher* in Bartsch/Pollak/Buchegger⁴ II/2 § 69 Rz 107; *Dellinger* in Konecny/Schubert, KO § 69 Rz 70 jeweils mwN.

³⁸ Zum Begriff bereits oben 5.2.

³⁹ Siehe OGH 23.2.2009, 8 Ob 108/08b, SZ 2009/20; *Schumacher* in Bartsch/Pollak/Buchegger⁴ II/2 § 69 Rz 109, 111 mwN.

⁴⁰ Tendenziell bereits *Dellinger*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall (1991) 149.

³⁴ *Kodek* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1293 Rz 30.

IO in Geld zu bewerten. Das gilt nach zutreffender Ansicht auch für den gewährleistungsrechtlichen Anspruch auf Verbesserung.⁴¹ Gleiches muss dann bei der Berech-

nung des Quotenschadens im Rahmen der Insolvenzverschleppungshaftung gelten.

41 *Apathy* in Bartsch/Pollak/Buchegger⁴ I § 14 Rz 4.

Fazit

Die insolvenzbedingte Nichterfüllung von sekundären Leistungspflichten (Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen wegen Schlechterfüllung) ist im Rahmen der Insolvenzverschleppungshaftung grundsätzlich gleich zu behandeln, wie die Nichterfüllung von primären Leistungspflichten durch die insolvente Gesellschaft.

Der in einer Entscheidung des OGH aus dem Jahre 1985 geprägte und seither von der hL weitgehend übernommene Rechtssatz, wonach sekundäre Leistungspflichten nur dann in den Schutzbereich der Insolvenzverschleppungshaftung fallen, wenn die Wahrscheinlichkeit der Verwirklichung des Eintritts von Gewährleistungs- oder Schadenersatzpflichten bereits im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses so groß war, dass bei vernünftiger kaufmännischer Beurteilung unter Beachtung der gebotenen kaufmännischen Sorgfalt nach

dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge damit gerechnet werden musste, ist aufzugeben.

Auch bei der insolvenzbedingten Nichterfüllung von sekundären Leistungspflichten ist hinsichtlich der Schadensbemessung zwischen Alt- und Neugläubigern zu unterscheiden. Dem Neugläubiger gebührt der Ersatz des Vertrauensschadens (das negative Interesse), dh er ist so zu stellen, als hätte er die insolvenzreife Gesellschaft von vornherein nicht mit der Bauleistung beauftragt. Der Vertrauensschaden ist jedoch mit dem hypothetischen Erfüllungsinteresse zu begrenzen. In den hier untersuchten Fällen ist das negative Interesse daher mit der Höhe des hypothetischen, in Geld zu bewertenden Gewährleistungs- oder Schadenersatzanspruches, der dem Werkbesteller gegen den insolventen Werkunternehmer zusteht, begrenzt.

JUDIKATUR

Erschwernis der Mangelbehebung durch Besteller

1. Erschwert der Besteller die Behebung eines Mangels derart, dass sich die Kosten verfünffachen, so verliert er das Leistungsverweigerungsrecht.
2. Die Klägerin ist zu der jetzt noch möglichen Verbesserung, die etwa das Fünffache kostet, nicht verpflichtet.

OGH 22.06.2012, 6 Ob 77/12k

Deskriptoren: Gewährleistung, Verbesserung, Unmöglichkeit der Verbesserung, Erschwernis der Mangelbehebung; §§ 922, 932 ABGB.

Sachverhalt

Die Beklagte bestellte bei der Klägerin eine Dachgaube um den Bruttopauschalpreis von 23.000 EUR. Nach-

dem die Klägerin ihre Arbeiten beendet hatte, erfuhr die Beklagte, dass die Isolierung nicht ordnungsgemäß war. Die Beklagte verständigte die Klägerin aber nicht davon.

Die Beklagte kaufte in der Folge Gipskartonplatten und beschäftigte ein Maurerunternehmen, wobei sie einen Mitarbeiter dieses Unternehmens anwies, die fehlende Isolierung vorzunehmen, was dieser verweigerte, weil es