

Martin Trenker

Insolvenzanfechtung – Gesellschafter als Anfechtungsgegner

- I. Problemaufriss und Gliederung
- II. Allgemein: Gesellschafter als Anfechtungsgegner
 - A. Definition des Anfechtungsgegners
 - B. Keine Haftung der Gesellschafter für bloße „Reflexvorteile“
 - C. Mitwirkung als haftungsbegründendes Element
 - 1. Problemaufriss
 - 2. Meinungsstand
 - 3. Kritik und Stellungnahme
 - D. Gesellschafter als nahe Angehörige
- III. Anfechtung von Gewinnausschüttungen
 - A. Verhältnis zum Verbot der Einlagenrückgewähr
 - B. Ausschüttungen nach materieller Insolvenz
 - C. Gesellschaftsrechtlich zulässige Ausschüttung
 - 1. Entgeltliche und kongruente Deckung
 - 2. Anfechtung des Gewinnverwendungsbeschlusses
 - 3. Benachteiligungsabsicht im Einzelfall – Fallgruppen
 - D. Gesellschaftsrechtlich unzulässige Ausschüttung
 - 1. Unentgeltliche und inkongruente Deckung
 - 2. Anfechtung trotz gutgläubigen Dividendenbezugs?
- IV. Anfechtung sonstiger Maßnahmen
 - 1. Kapitalherabsetzung
 - 2. Umgründungsvorgänge
- V. Zusammenfassung

I. Problemaufriss und Gliederung

Anfechtungsrechtliche Rückersatzpflichten der Gesellschafter gem § 39 IO stehen wegen ihres zwingenden Bezuges zu einem Insolvenzverfahren chronologisch am Ende des Spektrums der Pflichten (oder besser: Obliegenheiten) von Gesellschaftern in der Krise. Freilich wirkt die Gefahr der Insolvenzanfechtung präventiv auf das Verhalten potenzieller Anfechtungsgegner gerade im Krisenstadium. Denn verständlicherweise versuchen Verkehrsteilnehmer die oftmals empfindlichen Rückzahlungspflichten nach § 39 IO tunlichst zu vermeiden.

Inwieweit nun Gesellschafter – genauer gesagt soll im Folgenden nur von Kapitalgesellschaften die Rede sein – als Anfechtungsgegner belangt werden können, ist bislang in Österreich noch wenig thematisiert worden. Dass die In-

solvenzanfechtung aber auch vor dem Gesellschaftsrecht keinen Halt macht, hat der 3. Senat des OGH vor wenigen Jahren eindrucksvoll bewiesen, als er die Anfechtbarkeit der Einlageleistung eines insolventen Ein-Personen-Gesellschafters an „seine“ GmbH bejahte.¹⁾ Dies ist deshalb bemerkenswert, weil die Anfechtung in dieser Konstellation dazu führt, dass die Einlage zulasten der Gesellschaft und ihrer Gläubiger in die Insolvenzmasse des Gesellschafters fließt. Den naheliegenden Einwand, dies sei als verbotene Einlagenrückgewähr unzulässig, verwarf der OGH im Anschluss an mehrere reichsgerichtliche Entscheidungen, zurückgehend bis ins 19. Jhd.²⁾ Somit wurde sogar die „heilige Kuh“ des Gesellschaftsrechts, der Kapitalerhaltungsgrundsatz, der Insolvenzanfechtung untergeordnet. Zu demselben Ergebnis ist das Höchstgericht hinsichtlich der Leistungen eines Stifters an eine von ihm gegründete Privatstiftung gelangt.³⁾

Thema des vorliegenden Beitrags sind allerdings vornehmlich Konstellationen, die sich umgekehrt zu diesen Fällen verhalten: In den erwähnten Entscheidungen ging es um die Anfechtung in der Insolvenz des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft, also um eine Ausgangssituation, in welcher der gesellschafts- und anfechtungsrechtliche Gläubigerschutz umgekehrte Schutzrichtungen verfolgen. Dagegen soll im Folgenden untersucht werden, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Gesellschafter als Anfechtungsgegner in der Insolvenz der Gesellschaft in Betracht kommt, insbesondere weil er von ihr Zuwendungen erhalten hat, zB in Form von Gewinnausschüttungen. In diesem Fall bezwecken das Gesellschaftsrecht, namentlich das Verbot der Einlagenrückgewähr, und die Insolvenzanfechtung den Schutz desselben Personenkreises, nämlich der Gesellschaftsgläubiger.

Auch die Anfechtung von Gewinnausschüttungen war in jüngerer Zeit Gegenstand einer höchstrichterlichen Entscheidung und dürfte dem Vernehmen nach praktisch zunehmende Bedeutung gewinnen. Im Folgenden liegt daher das Hauptaugenmerk auf der Beurteilung der Anfechtbarkeit von Dividendenzahlungen (III.). Sonstige gesellschaftsrechtliche Maßnahmen sollen dagegen nur kurz gestreift werden, weil sie entweder analog zu Gewinnausschüttungen zu behandeln sind (Kapitalerhaltung) oder keine spezifischen Gefahren für Gesellschafter bergen (Umgründungen) (IV.).

Bevor auf spezifisch gesellschaftsrechtliche Vorgänge eingegangen werden kann, sind aber allgemein die Definition des Anfechtungsgegners sowie dessen

¹⁾ 3 Ob 51/10m ÖBA 2011, 407 (ablehnend *Karollus*); s bereits zuvor *König*, Aus dem Aktualitätenkino des Konkursanfechtungsrechts, in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007 (2008) 141 (146); *König*, Die Anfechtung nach der Konkursordnung⁴ (2009) Rz 2/26; ausführlich zum Ganzen *Trenker*, Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen (2012) 153 ff mit zahlreichen weiteren Nachweisen auch der Gegenansicht.

²⁾ RG V 79/89 RGZ 24, 14; VII 390/09 RGZ 74, 16; VII 286/14 LZ 1915, 300; ebenso BGH IX ZR 153/93 NJW 1995, 659.

³⁾ OGH 3 Ob 1/10h ZfS 2010, 116 (*Hosp*) = GesRZ 2010, 355 (*Widhalm-Budak*); s dazu *Zollner*, Der Stifter in der Krise – Anfechtung von Vermögenswidmungen durch Insolvenzverwalter und Gläubiger, PSR 2010, 116; *Zollner*, Anfechtung im Stiftungs- und Körperschaftsrecht, GES 2010, 210; *König*, Wissenszurechnung bei der Privatstiftung – Bemerkungen zur Entscheidung OGH 3 Ob 1/10h, PSR 2010, 164; *Trenker*, Insolvenzanfechtung 219 ff.

mögliche Implikationen für Gesellschafter darzulegen (II.). Dabei ist einerseits einem möglichen Missverständnis hinsichtlich der Qualifikation mittelbar begünstigter Gesellschafter als Anfechtungsgegner vorzubeugen (II.B); andererseits ist die Tragweite der zumindest für eine Anfechtung gem § 28 IO nach hM hinreichenden „Mitwirkung“ im Gesellschaftsrecht auszuloten (II.C). Schließlich bedarf auch die Einordnung von Gesellschaftern als nahe Angehörige „ihrer“ Gesellschaft einer kurzen Erläuterung (II.D).

II. Allgemein: Gesellschafter als Anfechtungsgegner

A. Definition des Anfechtungsgegners

Im Gesetz fehlt eine Definition des Anfechtungsgegners. Die hM qualifiziert jene Person als Anfechtungsgegnerin, zu deren Gunsten eine Rechtshandlung vorgenommen wurde und die aus ihr einen Vermögensvorteil erlangt,⁴⁾ wobei auch ein bloß mittelbarer Vermögensvorteil ausreichen soll.⁵⁾ Das ist im Grundsatz mit der Maßgabe zutreffend, dass sich aus einzelnen Tatbeständen weitere Einschränkungen ergeben können: Eine Sicherstellung oder Befriedigung gem §§ 30, 31 Abs 1 Z 1, Z 2 Fall 2 IO kann nur gegenüber einem Gläubiger angefochten werden. Auch bei der Anfechtung nachteiliger Rechtsgeschäfte gem § 31 Abs 1 Z 1, 2 je Fall 2, Z 3 IO ist grundsätzlich der Partner des nach hM notwendigerweise (zumindest) zweiseitigen Rechtsgeschäfts⁶⁾ potenzieller Anfechtungsgegner.

In beiden Fällen ist freilich häufig zu beobachten, dass der beabsichtigte Leistungsempfänger gerade durch gezielte Konstruktionen „verschleiert“ werden soll, was aber nichts an seiner „Passivlegitimation“ ändert. So ist bei einem nachteiligen Rechtsgeschäft iSd § 31 IO nicht zwangsläufig der formale Vertragspartner potenzieller Anfechtungsgegner (zB Vertrag zugunsten Dritter⁷⁾) oder kann ein Gläubiger auch befriedigt werden, indem nicht ihm selbst, sondern seinem Gläubiger eine Leistung gewährt wird⁸⁾. Dies ergibt sich schon aus der gerade im Anfechtungsrecht gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise.⁹⁾ Diese ist

⁴⁾ RIS-Justiz RS0064554, zB OGH 7 Ob 723/87 JBl 1988, 652; 2 Ob 554/89 ÖBA 1991, 215 (*Schumacher*); *Ehrenzweig*, Kommentar zur Anfechtungsordnung und zu den Anfechtungsnormen der Konkursordnung (1916) 373 ff; *Bartsch* in *Bartsch/Pollak*, Konkurs-, Ausgleichs-, Anfechtungsordnung, Einführungsverordnung und Geschäftsaufsichtsgesetz I³ (1937) § 28 Anm 6; *König*, Die Anfechtung nach der Insolvenzordnung⁵ (2014) Rz 4/2.

⁵⁾ *Ehrenzweig*, Kommentar 373 f; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* (Hrsg), Österreichisches Insolvenzrecht Kommentar I⁴ (2000) § 38 KO Rz 1; *Rebernik* in *Konecny/Schubert* (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (2006) § 38 KO Rz 3 (24. Lfg).

⁶⁾ *Bartsch* in *Bartsch/Pollak*, Konkursgesetz I³ § 31 Anm 6; *Petschek/Reimer/Schiermer*, Österreichisches Insolvenzrecht (1973) 314.

⁷⁾ *König*, Anfechtung⁵ Rz 4/4 mwN.

⁸⁾ RIS-Justiz RS0124341, zB OGH 3 Ob 116/08t ÖBA 2009, 757.

⁹⁾ OGH 1 Ob 112/01d RdW 2002, 346; 6 Ob 52/04x ZIK 2005, 63; 3 Ob 213/09h ZIK 2010, 107; 3 Ob 1/10h ZfS 2010, 116 (*Hosp*) = GesRZ 2010, 355 (*Widhalm-Budak*); 3 Ob 188/12m ZIK 2013, 64 uvm.

zwar gerade in letzter Zeit allgemein auf insoweit berechtigte Kritik gestoßen, als es sich um keine anerkannte Methode handelt und durch deren Anwendung die relevanten Wertungskriterien oftmals verborgen werden.¹⁰⁾ Soweit darunter aber verstanden wird, dass der betroffene Lebenssachverhalt unabhängig von „Gestaltungen“ und „Benennungen“ auf das wirtschaftliche Ergebnis untersucht wird,¹¹⁾ ist sie unverzichtbar (s auch unten III.C.1). Es darf lediglich nicht verkannt werden, dass die rechtliche Relevanz des so gefundenen Ergebnisses in einem zweiten Schritt abhängig vom *telos* des konkret anzuwendenden Rechtssatzes beurteilt werden muss.¹²⁾

B. Keine Haftung der Gesellschafter für bloße „Reflexvorteile“

Ausgehend von gesellschafts- und anfechtungsrechtlichen Wertungen bedarf die weite Definition des Anfechtungsgegners, die auch mittelbare Vorteile ausreichend lässt, jedoch noch einer Konkretisierung: Die erwähnte weite Auslegung ließe bei oberflächlicher Betrachtung vermuten, dass bei anfechtbaren Leistungen eines Dritten, dem zukünftigen Insolvenzschuldner, an die Gesellschaft auch deren Gesellschafter als Anfechtungsgegner in Betracht kommen können. Denn durch jede Steigerung des Gesellschaftsvermögens profitieren mittelbar auch die Gesellschafter, indem sich der Wert ihrer Beteiligung erhöht.¹³⁾ Zur Klarstellung: Gemeint sind nicht Krisensituationen der Gesellschaft, sondern einer sonstigen Person, die zu Lasten ihrer Gläubiger eine Rechtshandlung zugunsten einer Gesellschaft vornimmt, wovon mittelbar und anteilig auch alle an dieser beteiligten Gesellschafter profitieren.

Eine anfechtungsrechtliche Rückersatzpflicht der Gesellschafter in solchen Fällen wäre indes mit dem gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzip sowie der kapitalgesellschaftsrechtlichen Haftungsbeschränkung (§ 61 Abs 2 GmbHG, § 1 AktG) unvereinbar.¹⁴⁾ Die wirtschaftliche Betrachtungsweise darf insoweit die vom Gesetzgeber bewusst in Kauf genommene Trennung der Rechtsträger nicht ohne weiteres überspielen. Andernfalls wäre ein Gesellschafter plötzlich

¹⁰⁾ Zutreffend OGH 4 Ob 232/12i ÖBA 2013, 663 (*Weber*) = *ecolex* 2013, 978 (*Wilhelm*); *F. Schuhmacher*, Der Gesellschafter als Unternehmer, wbl 2012, 71 (72 ff); *P. Bydlinski*, ÖBA 2012, 613 (615 f) (Anm); *U. Torggler*, Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit im Wirtschaftsprivatrecht, JBl 2011, 762 (770); *Harrer*, Gesellschafter und Manager als Konsumenten, wbl 2010, 605 (608 f); abweichend jüngst wiederum OGH 6 Ob 43/13m wbl 2014, 224.

¹¹⁾ Zutreffend *König*, Anfechtung⁵ Rz 2/29.

¹²⁾ Ähnlich *Henckel* in *Henckel/Gerhardt* (Hrsg), Jaeger, Insolvenzordnung Großkommentar I (2008) § 129 Rz 8; *König*, Anfechtung⁵ Rz 2/29. Insoweit wird die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Anfechtungsrecht zu Recht vornehmlich als „Hilfsmittel zur Erfassung der subsumierbaren Tatsachen“ gesehen (*Henckel* in Jaeger I § 129 Rz 8; *Hirte/Ede* in *Uhlenbruck* [Hrsg], Insolvenzordnung Kommentar¹⁴ [2015] § 129 Rz 3).

¹³⁾ *Rebernik/Schmidberger*, Zur Anfechtung von Kapitalmaßnahmen und Umgründungsvorgängen im Insolvenzverfahren, GES 2009, 182 (185); *Trenker*, Insolvenzanfechtung 121.

¹⁴⁾ So bereits *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht, in *Kodek/Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2007 (2008) 65 (85).

einem mitunter erheblichen Liquiditätsbedarf ausgesetzt, ohne dass effektiv etwas in sein Privatvermögen geflossen ist. In aller Regel hätte er die anfechtbare Handlung nicht einmal verhindern können.¹⁵⁾ Ferner würde eine gegenteilige Auslegung den Kreis potenzieller Anfechtungsgegner ausufern lassen; so wären konsequenterweise auch Gläubiger eines unmittelbaren Zuwendungsempfängers Anfechtungsgegner, wenn und weil sich ihr ansonsten unzureichender Befriedigungsfonds vergrößert hat.¹⁶⁾ Das wurde aber soweit ersichtlich bislang nie vertreten.

Auch eine nähere Analyse der den einschlägigen Rechtssätzen¹⁷⁾ zugrundeliegenden Entscheidungen zeigt, dass die Qualifikation „mittelbar Begünstigter“ als Anfechtungsgegner gänzlich andere Fälle erfassen soll. Zu Recht als Anfechtungsgegner qualifiziert wurde zB der Begünstigte eines Veräußerungs- und Belastungsverbots¹⁸⁾ oder einer ins Grundbuch eingetragenen fideikommissarischen Substitution¹⁹⁾ sowie ein mit dem Schuldner zusammenwirkender Bestandnehmer²⁰⁾. In all diesen Fällen liegt nämlich gar kein mittelbarer Vorteil vor. Das gilt auch für einen Gläubiger, der insofern „mittelbar befriedigt“ wird, als der Insolvenzschuldner einen seiner Gläubiger befriedigt.²¹⁾ Mögen in diesem Fall die Zahlungsmittel auch an eine andere Person fließen, wird zweifellos (auch) eine unmittelbare Begünstigung des Gläubigers des Insolvenzschuldners bewirkt, indem er von einer Verbindlichkeit befreit wird. Gänzlich anders liegt der Fall aber, wenn eine Person nur „reflexartig“, dh ausschließlich aufgrund einer schuldrechtlichen Verbindung mit dem unmittelbaren Zuwendungsempfänger, von dessen Vermögenszuwachs profitiert.²²⁾ Eine Erstattungspflicht für solche Reflexvorteile nach § 39 IO scheidet daher mE wie bei anderen gesetzlichen Schuldverhältnissen aus.²³⁾

Auf den Punkt gebracht ist festzuhalten: Hat die Gesellschaft als unmittelbare Zuwendungsempfängerin von anfechtbaren Rechtshandlungen eines Insolvenzschuldners profitiert, kommt selbstverständlich sie selbst als potenzielle Anfechtungsgegnerin in Betracht. Die Gesellschafter müssen sich aber grundsätzlich nicht den Kopf darüber zerbrechen, alternativ dazu in Anspruch genommen zu werden.²⁴⁾ Das dürfte wohl selbst bei einer Ein-Personen-Gesellschaft gelten.²⁵⁾ Auch wenn der Vorteil zwischen Alleingesellschafter und Gesellschaft bei wirt-

¹⁵⁾ Zur möglichen Rolle der Mitwirkung s sogleich unten C.

¹⁶⁾ *Rebernik/Schmidberger*, GES 2009, 182 (185).

¹⁷⁾ RIS-Justiz RS0064554, RS0050316.

¹⁸⁾ OGH 16. 10. 1986, 6 Ob 572/86.

¹⁹⁾ OGH 2 Ob 95/05t ÖBA 2007, 747.

²⁰⁾ OGH 7 Ob 153/04g JBl 2005, 175.

²¹⁾ RIS-Justiz RS0124341, zB OGH 3 Ob 116/08t ÖBA 2009, 757.

²²⁾ Ausführlich *Trenker*, Insolvenzanfechtung 121 ff; zustimmend *König*, Anfechtung⁵ Rz 4/3.

²³⁾ *Trenker*, Reflexvorteil und Reflexschaden im Gesellschaftsrecht, GesRZ 2014, 10 (15 ff).

²⁴⁾ Im Ergebnis ebenso *Kalss/Eckert* in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007, 65; *Rebernik/Schmidberger*, GES 2009, 182 (185); *Trenker*, Insolvenzanfechtung 121 ff; *König*, Anfechtung⁵ Rz 4/3.

²⁵⁾ *Trenker*, GesRZ 2014, 10 (21 f).

schaftlicher Betrachtung schwer auseinandergehalten werden kann, ist auch für Alleingesellschaften das Prinzip der Trennung der Rechtsträger und der Haftungsbeschränkung gültig.²⁶⁾ Das zeigt sich deutlich in den praktisch interessanten Fällen, in denen die Gesellschaft ihrer (primären) Rückersatzpflicht wegen Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung nicht mehr nachkommen kann: Diesfalls besteht ein Vorteil des Alleingeschafters allenfalls am Papier – letztlich kann der Mittelzufluss wegen des Verbotes der Einlagenrückgewähr²⁷⁾ nämlich allein zur Tilgung der Gesellschaftsschulden verwendet werden. Der Gesellschafter hat also in Wahrheit keinen Vorteil bezogen. Wird aber von einem Gesellschafter mehr als eine effektive „Bereicherung“ abgeschöpft, ist dies mit der kapitalgesellschaftsrechtlichen Haftungsbeschränkung jedenfalls unvereinbar.

Auch auf die naheliegende Umgehungsgefahr, dass die Gesellschaft nur als „Durchlaufposten“ verwendet wird, um den Vorteil im Endeffekt einem (Allein-) Gesellschafter zuzuführen, ist das Gesetz vorbereitet: War die Leistung gegenüber der Gesellschaft anfechtbar, können jene Gesellschafter, die hinsichtlich des anfechtbar erworbenen Vermögensgegenstandes Rechtsnachfolger oder -nehmer²⁸⁾ iSd § 38 Abs 2 IO werden, nach dieser Norm belangt werden. Die Bestimmung des § 38 Abs 2 IO ist sohin ein weiteres (insolvenzrechtliches) Argument gegen eine anfechtungsrechtliche Rückerstattungspflicht für mittelbare „Reflexvorteile“, weil die Norm andernfalls in jenen Fällen überflüssig wäre, in denen der Rechtsnachfolger/-nehmer bereits im Zeitpunkt der anfechtbaren Leistungen eine schuldrechtliche Beziehung zum Primärerwerber hatte.

Zuzugestehen ist freilich, dass eine Rückersatzpflicht nach § 38 Abs 2 IO voraussetzt, dass der Vermögenswert als solcher identifizierbar ist, also nicht vermischt oder vermengt worden sein darf.²⁹⁾ Im Einklang mit dem BGH³⁰⁾ ist aber ein Ersatzanspruch gegen Gesellschafter darüber hinaus dann anzuerkennen, wenn die Gesellschaft nur als „Strohmann“³¹⁾ fungiert hat und ein Zufluss des anfechtbar übertragenen Vermögens an den/die Gesellschafter im Rahmen eines „beabsichtigten Gesamtvorgangs“ von vornherein geplant war. Der Nachweis eines solchen Planes dürfte zwar allgemein selten gelingen; gerade bei personeller Identität der handelnden Organwalter oder 100%-Beteiligungen (Stichwort:

²⁶⁾ Anders wird die Rechtslage allerdings bei Verstößen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr gesehen: Bei Zuwendungen zwischen „Schwestergesellschaften“ soll der an beiden Gesellschaftern beteiligte Gesellschafter, jedenfalls wenn er an der Empfänger-gesellschaft zu 100% beteiligt ist, ohne weiteres rückersatzpflichtig sein (zB *Auer* in *Gruber/Harrer* [Hrsg], GmbHG Kommentar [2014] § 82 Rz 24; *U. Torggler*, Treuepflichten im faktischen GmbH-Konzern [1996/2007] 280; *Köppl*, Das Verbot der „Einlagenrückgewähr“ unter besonderer Berücksichtigung Dritter [2014] 102 f je mwN).

²⁷⁾ Dieses gilt auch bei Ein-Personen-Gesellschaften, zB *Karollus*, Einlagenrückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht, in *Leitner* (Hrsg), Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung (2010) 9 (30); *G. Kodek*, Einlagenrückgewähr – ausgewählte neuere Judikatur, in *Konecny* (Hrsg), Insolvenzforschung 2010 (2011) 188.

²⁸⁾ *König*, Anfechtung⁵ Rz 4/14 ff mwN.

²⁹⁾ BGH IX ZR 59/07 NJW 2008, 3780; *König*, Anfechtung⁵ Rz 4/18; *Trenker*, GesRZ 2014, 10 (18).

³⁰⁾ BGH IX ZR 61/99 NJW 2002, 1342.

³¹⁾ S dazu auch *König*, Anfechtung⁵ Rz 4/31.

Konzern) dürften die Anforderungen daran aber schon kraft ersten Anscheins herabgesetzt sein.

C. Mitwirkung als haftungsbegründendes Element

1. Problemaufriss

Alternativ zu demjenigen, der einen Vorteil erwirbt, wird allerdings – zumindest im Kontext der Absichtsanfechtung (s sogleich 2) – auch derjenige als Anfechtungsgegner angesehen, der an der anfechtbaren Rechtshandlung „mitgewirkt“ hat.³²⁾ Für den vorliegenden Untersuchungsgegenstand wirft das die Frage auf, ob sich ein Gesellschafter allein durch die Mitwirkung an einer für die Gesellschaft (der späteren Insolvenzschuldnerin) nachteiligen Handlung, die sie gegenüber einem Dritten vornimmt, der Gefahr der Anfechtung aussetzen kann, auch wenn der Gesellschafter selbst weder Vertragspartner ist, noch aus dem Geschäft einen persönlichen Vorteil zieht.

Eine solche Mitwirkung im äußersten Wortsinn begründet jedenfalls die Ausführung einer Handlung als Geschäftsführer/Vorstandsmitglied, wenngleich dabei als Organ der Schuldner gehandelt wird;³³⁾ aber auch die Abstimmung in der Gesellschafter-/Hauptversammlung ist „Mitwirkung“, jedenfalls wenn die Stimmabgabe des einzelnen Gesellschafters kausal für das Beschlussergebnis war, das der Umsetzung einer nachteiligen Handlung zugrunde lag.³⁴⁾ Voraussetzung wäre in allen Fällen selbstverständlich, dass der betroffene Gesellschafter die besonderen Tatbestandselemente der jeweils anzuwendenden Norm erfüllt. Im Kontext von § 28 IO setzt das voraus, dass er eine allfällige Benachteiligungsabsicht der Gesellschaft kannte oder kennen musste, wobei nach hM bereits leichte Fahrlässigkeit schadet.³⁵⁾

2. Meinungsstand

Bislang wurde die Anfechtungsgegnerschaft kraft Mitwirkung einfach zugrunde gelegt, ohne zu hinterfragen, auf welcher dogmatischen Grundlage diese Ansicht überhaupt basiert: *Koziol/Bollenberger*³⁶⁾ haben diese alternative Haf-

³²⁾ Zum Meinungsstand s unten 2.

³³⁾ Auch eine Beteiligung durch einen Organwalter an Kartellrechtsverstößen seiner Gesellschaft sei nach der Rsp ohne weiteres möglich – OGH 5 Ob 39/11p SZ 2012/14; vgl auch 17 Ob 15/10w RdW 2011, 218; RIS-Justiz RS0079765 mit Beisatz T 37 zum UWG.

³⁴⁾ Vgl *Trenker*, Insolvenzanfechtung 123 FN 742. Umgekehrt könnten die Gesellschafter einer Vertragspartnerin der späteren Insolvenzschuldnerin auch durch die Willensbildung in „ihrer“ Gesellschaft an einer für die spätere Insolvenzschuldnerin nachteiligen Handlung „mitwirken“.

³⁵⁾ RIS-Justiz RS0064672, zB OGH 3 Ob 99/10w EvBl 2011/105, 726 (*Konecny*); 6 Ob 37/01m ecolex 2001, 829; *Ehrenzweig*, Kommentar 130 f; *König*, Anfechtung⁵ Rz 7/54; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* I⁴ § 28 Rz 17.

³⁶⁾ In *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 28 KO Rz 3, 11; § 38 Rz 1; s auch *Koziol*, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung (1991) 12; *Koziol*, Widerrechtliche Handlungen als anfechtbare Rechtshandlungen im Sinne der §§ 1 AnfO, 27 KO? ZIK 1997, 134 (136).

tungsvoraussetzung mit der deliktischen Einordnung von § 28 IO begründet, offensichtlich in Anlehnung an die Möglichkeit einer Beitragstäterschaft gem § 1301 ABGB. Der OGH³⁷⁾ hat die Formel von der Mitwirkung in einer Entscheidung übernommen, allerdings nur als *obiter dictum*. Auch König³⁸⁾ hält – freilich nicht beschränkt auf § 28 IO – gerade mittelbar begünstigte Gesellschafter für mögliche Anfechtungsgegner, wenn sie an einer anfechtbaren Handlung entscheidend mitgewirkt haben, wobei diese „über eine allenfalls gesellschaftsrechtlich gebotene Mitwirkung etwa in Form eines Gesellschafterbeschlusses hinausgehen muss“.

3. Kritik und Stellungnahme

Abgesehen von der Herleitung aus der deliktischen Einordnung von § 28 IO ist eine rechtliche Grundlage für die Qualifikation einer „Mitwirkung“ von vornherein kaum ersichtlich. Eine Mitwirkung kommt daher mE jedenfalls bei anderen Tatbeständen als der Absichtsanfechtung als haftungsbegründendes Element nicht in Betracht.³⁹⁾ Auch eine Kumulation von mittelbaren Vorteilen eines Gesellschafters und einer Mitwirkung iS eines beweglichen Systems ist entgegen König⁴⁰⁾ schon deshalb unzureichend, weil andernfalls die Konturen der Eingrenzung potenzieller Anfechtungsgegner und damit die Rechts- und Verkehrssicherheit völlig verloren gingen; es mag in derartigen Fällen freilich mitunter ein von vornherein geplanter Gesamtakt (oben B. aE) naheliegen.

Aber auch bei der Absichtsanfechtung ist es keineswegs zwingend, „Mitwirken“ als haftungsbegründendes Element anzusehen. Zunächst ist der deliktische Charakter von § 28 IO trotz eines einschlägigen Hinweises in der Denkschrift⁴¹⁾ mehr als zweifelhaft; insbesondere ist eine gesetzliche Grundlage dafür, dass nur rechtswidrige Handlungen nach § 28 IO anfechtbar sein sollen,⁴²⁾ kaum ersichtlich.⁴³⁾ Gegen eine (quasi-)deliktische Rechtsnatur der Absichtsanfechtung spricht vielmehr, dass eine Rückerstattungspflicht für leicht fahrlässige Handlungen mit allgemeinen Wertungen deliktischer Haftung für reine Vermögensschäden (s §§ 874, 1295 Abs 2, § 1300 ABGB) schlecht harmoniert.⁴⁴⁾

³⁷⁾ 3 Ob 116/08t ÖBA 2009, 757.

³⁸⁾ Anfechtung⁵ Rz 4/3.

³⁹⁾ So auch Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger § 38 KO Rz 1; aA König, Anfechtung⁵ Rz 4/3; ohne explizite Einschränkung auf die Absichtsanfechtung Trenker, Insolvenzanfechtung 123 FN 742.

⁴⁰⁾ Anfechtung⁵ Rz 4/3.

⁴¹⁾ Denkschrift zur Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung (1914) 36.

⁴²⁾ So Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger § 28 KO Rz 2; zustimmend OGH 10 Ob 54/03v ZIK 2005, 32; vgl bereits Koziol, Grundlagen 13 f.

⁴³⁾ König, Anfechtung einer kongruenten Deckung außerhalb des Konkurses (§ 2 Anfo) und Partizipation des Anfechtungsgegners am Anfechtungserfolg, in Apathy/Bollenberger/P. Bydlinski/Iro/Karner/Karollus (Hrsg), FS für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag (2010) 1221 (1226); König, Anfechtung⁵ Rz 7/17; Trenker, Insolvenzanfechtung 32 FN 201.

⁴⁴⁾ Vgl Leupold, Schadenersatzansprüche der Marktgegenseite nach UWG, ÖBl 2010, 164 (167 ff); Rüffler, Organaußenhaftung für Anleger Schäden, JBl 2011, 69 (75 ff).

Zutreffend ist es zwar, dass für eine Mitwirkung als haftungsbegründendes Element ein Hinweis in den Materialien zum AnfG 1884 spricht, wonach „man [...] mit Grund von Jedermann verlangen [kann], daß er zu einer Rechtshandlung seine Theilnahme verweigere, deren betrügerischer Zweck ihm bekannt ist“⁴⁵⁾. Auch dieser Nachweis bezieht sich aber auf die damals ausschließlich haftungsbegründende (s § 2 AnfG 1884) positive Kenntnis der Benachteiligungsabsicht. Wer an einer Handlung in Kenntnis einer Benachteiligungsabsicht gegenüber Dritten kollaboriert, wird sich aber ohnehin gem § 1295 Abs 2 ABGB oder nach den Grundsätzen der Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte⁴⁶⁾ verantworten müssen – eine Schutzlücke ist insofern nicht zu befürchten (beachte auch die mögliche Haftung gem §§ 1301⁴⁷⁾ iVm 1311 iVm 159 Abs 2 StGB⁴⁸⁾). In diese Kerbe schlug auch der OGH, als er einen an einer anfechtbaren Handlung vorsätzlich Mitwirkenden als Beitragstäter iSd § 1301 ABGB auch auf schadenersatzrechtlicher Grundlage zur Haftung herangezogen hat.⁴⁹⁾ In diesem Sinn erscheint mE generell eine Lösung über das Deliktsrecht vorzugswürdig, anstatt über die „Hintertür“ der Einordnung von § 28 IO als deliktischen Tatbestand eine Zahlungspflicht für die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte wegen Mitwirkung in (lediglich) leicht fahrlässiger Unkenntnis zu konstruieren. Denn wie gesagt wäre dies mit allgemeinen Grundsätzen des Haftpflichtrechts, aus dessen Wertungen die Haftung für eine „Mitwirkung“ gerade abzuleiten sein soll, schwer vereinbar.

Konkret im Gesellschaftsrecht sind auch noch weitere Aspekte zu beachten: Gesellschafter-Geschäftsführer/-Vorstandsmitglieder werden für die Ausführung von einer für die Gesellschaft und ihre Gläubiger nachteiligen Handlung zwar unabhängig von einer Anfechtbarkeit ohnehin gem § 25 GmbHG bzw § 84 AktG einstehen müssen. Für Aktionäre geht aus § 100 AktG jedoch hervor, dass sie nur für vorsätzlich schädigende Einflussnahme gegenüber der Gesellschaft haften. Ein Aktionär soll bei der Ausübung seines Einflusses nämlich gerade nicht unter dem „Damokles-Schwert“ einer persönlichen Haftung stets alle erdenkli-

⁴⁵⁾ EB Entwurf AnfG 1884, abgedruckt bei *Kaserer*, Die Gesetze vom 16. März 1884, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner (1884) 59.

⁴⁶⁾ Grundlegend *Koziol*, Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte (1967) 135 ff; instruktiv *Mader in Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} § 440 Rz 3 (Stand 1. 2. 2014, rdb.at) mwN; wohl kaum verallgemeinerungsfähig sind jene Entscheidungen, wonach bei einem „besitzverstärkten Forderungsrecht“ bereits (leichte) Fahrlässigkeit schadet (OGH 1 Ob 674/83 SZ 56/126; 7 Ob 225/03v JBl 2005, 36 uvm; RIS-Justiz RS0011226).

⁴⁷⁾ Vertretungsorgane haften unmittelbar und nicht nur als Beteiligungstäter (s § 161 Abs 1 iVm § 74 Abs 3 StGB).

⁴⁸⁾ Zum Ganzen, insbesondere zum Erfordernis einer delikttypischen Sorgfaltpflichtverletzung von Gesellschaftern zB *Karollus*, Banken-, Gesellschafter- und Konzernleitungshaftung nach den „Eumig“-Erkenntnissen, ÖBA 1990, 337 ff, 438 ff; *Koppensteiner*, Zur Haftung der Gesellschafter bei Zahlungsunfähigkeit der GmbH, JBl 2006, 681 (684 ff); *Koppensteiner/Rüffler*, Kommentar zum GmbH-Gesetz³ (2007) § 61 Rz 32a f je mwN.

⁴⁹⁾ 5 Ob 506/85 JBl 1986, 514.

chen Gefahren für die AG berücksichtigen müssen.⁵⁰) Eine Haftung für das Abstimmungsverhalten eines Aktionärs wird in § 101 Abs 3 AktG sogar gänzlich ausgeschlossen. Da diese spezifischen gesellschaftsrechtlichen Wertungen bei der Konturierung des dem Gesetz nicht zu entnehmenden Tatbestandes der „Mitwirkung“ schwerlich außer Betracht bleiben dürfen, wäre es überaus bedenklich, eine leicht fahrlässige Mitwirkung eines Aktionärs im Wege des Anfechtungsrechts zu „sanktionieren“. ⁵¹) Einzuräumen ist allerdings, dass diese Wertung nicht auf die GmbH übertragbar ist, bei der nach hA bereits leicht fahrlässig treuwidriges Verhalten Schadenersatzpflichten auslösen kann.⁵²)

Es sprechen dennoch generell die besseren Gründe dagegen, Personen allein deshalb als Anfechtungsgegner einzustufen, weil sie an der Handlung mitgewirkt haben. Auch im insoweit überraschenderweise spärlichen deutschen Schrifttum wird bei der Absichtsanfechtung (§ 133 dInsO) nur derjenige als „anderer Teil“ gesehen, der den zum Nachteil der Gläubiger der Insolvenzmasse entgangenen Wert erhalten hat.⁵³)

D. Gesellschafter als nahe Angehörige

Zählen Gesellschafter trotz der vorstehenden Einschränkungen zum Kreis potenzieller Anfechtungsgegner, zB als unmittelbare Zuwendungsempfänger von Gewinnausschüttungen, können sie in der Insolvenz der Gesellschaft als deren nahe Angehörige eine „Sonderbehandlung“ erfahren.

Nahe Angehörigkeit zu einer Kapitalgesellschaft gem § 32 Abs 2 IO setzt voraus, dass Gesellschafter Mitglieder des Vertretungsorgans (Geschäftsführung, Vorstand) oder Aufsichtsrats sind oder über eine Beteiligung iSd § 5 EKEG verfügen. Letzteres erfordert wiederum eine kontrollierende oder zumindest 25 %ige Beteiligung oder beherrschenden Einfluss. Rechtsfolge der nahen Angehörigkeit ist die Beweislastumkehr des § 32 IO: Die Gesellschafter müssen das Nichtvorliegen fast aller subjektiver Tatbestandselemente der §§ 28 ff IO (Ausnahme: Absichtsanfechtung gem § 28 Z 1 IO) beweisen.⁵⁴)

Ausreichend ist es nach dem Wortlaut von § 32 Abs 2 leg cit auch, dass eine solche „Position“ im letzten Jahr vor Insolvenzeröffnung bestanden hat; diese in den Materialien nicht näher begründete Vorwirkung ist mE ein gesetzgeberisches Versehen. Denn die maßgebenden teleologischen Gesichtspunkte für die Beweislastumkehr zulasten naher Angehöriger, ein typischerweise bestehender

⁵⁰) Siehe BGH II ZR 205/94, *Girmes*, NJW 1995, 1739; *Spindler* in *Goette/Habersack* (Hrsg), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz II⁴ (2014) § 117 Rz 80 mwN.

⁵¹) Eine Einschränkung scheint auch *König*, *Anfechtung*⁵ Rz 4/3 für notwendig zu halten, zumal er „gesellschaftsrechtlich gebotene[r] Mitwirkung“ nicht für ausreichend hält.

⁵²) *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG*³ § 61 Rz 14; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler* (Hrsg), *GmbH-Gesetz Kurzkomentar* (2014) § 61 Rz 41 je mwN; *Winkler/Gruber* in *Gruber/Harrer*, *GmbHG* § 61 Rz 29; zweifelnd *Thöni*, *Zur Verantwortlichkeit des GmbH-Gesellschafters*, *GesRZ* 1987, 82 (90).

⁵³) *Kayser* in *MünchKomm InsO*³ § 133 Rz 21; *Hirte/Ede* in *Uhlenbruck*, *InsO*¹⁴ § 133 Rz 25.

⁵⁴) Siehe im Detail *König*, *Anfechtung*⁵ Rz 4/65 ff mwN.

Informationsvorsprung sowie eine höhere Bereitschaft, mit dem Schuldner zu kollaborieren,⁵⁵⁾ sind nicht einschlägig, wenn der Anfechtungsgegner noch nicht zur Zeit der anfechtbaren Handlung, sondern erst im letzten Jahr vor Insolvenzeröffnung eine solche Stellung innegehabt hat. Daher ist die Norm zum einen teleologisch zu reduzieren, wenn zur Zeit der Vornahme der anfechtbaren Handlung noch keine solche Stellung bestand.⁵⁶⁾ Zum anderen sind jene Personen nahe Angehörige, die im Zeitpunkt der Vornahme der Handlung die Voraussetzungen von § 32 Abs 2 IO erfüllt haben, unabhängig vom Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung.⁵⁷⁾ Das lässt sich zwanglos damit begründen, dass die Ausdehnung auf die maßgebende Stellung im letzten Jahr vor Insolvenzeröffnung nicht als Einschränkung der allgemein anerkannten Regel⁵⁸⁾ zu verstehen ist, dass es grundsätzlich auf die Nahebeziehung zur Zeit der anfechtbaren Handlung ankommt. Aus der Wertung von § 32 Abs 2 IO lässt sich schließlich ableiten, dass der Gesetzgeber auch Personen erfassen wollte, die in einer einjährigen Vorphase zum maßgeblichen Ereignis „qualifiziert beteiligt“ waren. Konsequenterweise ist die zweckwidrige Bestimmung des Gesetzgebers daher interpretativ wohl dahingehend zu korrigieren, dass die Beweislastumkehr auch für Personen gilt, die ein Jahr vor der Vornahme der anfechtbaren Handlung „qualifiziert beteiligt“ waren.⁵⁹⁾

III. Anfechtung von Gewinnausschüttungen

A. Verhältnis zum Verbot der Einlagenrückgewähr

Konkret zur Gewinnausschüttung drängt sich wegen der einleitend (oben I.) angedeuteten identischen Zielsetzung der Insolvenzanfechtung und des Verbots der Einlagenrückgewähr die Frage nach ihrem methodischen Verhältnis zueinander auf. Trotz derselben Schutzrichtung unterscheidet sich die Tatbestandsstruktur beider Ansprüche grundlegend: Beispielhaft sei der engere Adressatenkreis der § 82 GmbHG, § 52 AktG erwähnt, die grundsätzlich⁶⁰⁾ nur Gesellschafter erfassen, das Anfechtungserfordernis der Insolvenzeröffnung, das zentrale Tatbestandsmerkmal der Gläubigerbenachteiligung, welches ausschließlich darauf abstellt, ob die Gläubigerbefriedigung vereitelt, erschwert oder nur verzögert wurde,⁶¹⁾ sowie insbesondere die speziellen, zumeist subjektiven Tatbestandsmerkmale der §§ 28 ff IO.⁶²⁾ Von einem *lex-specialis*-Verhältnis in dem Sinn,

⁵⁵⁾ Ehrenzweig, Kommentar 373; König, Anfechtung⁵ Rz 4/37 mwN.

⁵⁶⁾ Trenker, Insolvenzanfechtung 116 f.

⁵⁷⁾ Zutreffend König, Anfechtung⁵ Rz 4/63 mit beachtlichem historischen Argument; unrichtig noch Trenker, Insolvenzanfechtung 116 f.

⁵⁸⁾ HM, zB OGH 5 Ob 649/81 MietSlg 33.795; 2 Ob 662/86 ÖBA 1987, 657; Rebernig in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 32 KO Rz 5; Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht I⁴ § 32 Rz 1.

⁵⁹⁾ König, Anfechtung⁵ Rz 4/63.

⁶⁰⁾ Zur Erfassung Dritter zB Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz³ § 82 Rz 18; Köppl in U. Torggler, GmbHG § 82 Rz 13 ff mwN.

⁶¹⁾ RIS-Justiz RS0050660, zB OGH 7 Ob 616/89 HS 20.627; 8 Ob 580/91 ÖBA 1993, 664; Rebernig in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 27 KO Rz 64 mwN.

⁶²⁾ Ausführlich Trenker, Insolvenzanfechtung 248 ff.

dass das Verbot der Einlagenrückgewähr abschließend sei und die Anfechtung verdrängen würde, kann aufgrund der völlig unterschiedlichen Tatbestandsmerkmale daher schwerlich die Rede sein.⁶³⁾ Vielmehr kommen beide Gläubigerschutzinstrumente kumulativ und einander ergänzend zur Anwendung.

Dennoch darf das Anfechtungsrecht die gerade durch den Kapitalerhaltungsgrundsatz determinierte Systematik und Funktionsweise der österreichischen Kapitalgesellschaften nicht ignorieren. Es wird zu zeigen sein, dass die Zäsur zwischen zulässigen und verbotenen Gewinnausschüttungen auch für das Anfechtungsrecht eine maßgebende Weichenstellung begründet. Das gilt allerdings nur, solange die Gesellschaft noch nicht zahlungsunfähig oder überschuldet ist. Dementsprechend wird auch die folgende Untersuchung aufgebaut, wobei zunächst Ausschüttungen nach Eintritt materieller Insolvenz (B) und anschließend gesellschaftsrechtlich zulässige (C) und unzulässige (D) Dividendenzahlungen vor Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung der Gesellschaft thematisiert werden.

B. Ausschüttungen nach materieller Insolvenz

Da ein Gesellschafter spätestens mit Fassung eines entsprechenden Gewinnverwendungsbeschlusses Gläubigerstellung erlangt,⁶⁴⁾ kann die Gewinnauszahlung als Befriedigung eines Gläubigers wegen Begünstigungsabsicht (§ 30 Abs 1 Z 2, 3 IO) oder Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit (§ 31 Abs 1 Z 1, 2 je Fall 1 IO) angefochten werden.⁶⁵⁾ Ersteres setzt voraus, dass der Schuldner nach Eintritt seiner Zahlungsunfähigkeit/ Überschuldung⁶⁶⁾, nach dem Insolvenzantrag oder in den letzten 60 Tagen vor diesen Zeitpunkten⁶⁷⁾ in Begünstigungsabsicht noch einzelne Schulden begleicht. Für Begünstigungsabsicht ist nach der Rsp in aller Regel Bewusstsein über die eigenen Zahlungsprobleme ausreichend;⁶⁸⁾ der Anfechtungsgegner hätte die Begünstigungsabsicht des Schuldners zumindest kennen müssen. Nach § 31 IO reicht es sogar, dass nur dem Anfechtungsgegner die Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung bekannt ist oder bekannt sein musste, wobei hier keine rückwirkende 60-Tagesfrist existiert. Glaubt ferner der Schuldner nicht einmal mehr selbst in objektiv nachvollziehbarer Weise an seine wirtschaftliche Erholung, nimmt die herrschende Rsp⁶⁹⁾ und ein Teil der Lehre⁷⁰⁾ so-

⁶³⁾ Im Ergebnis ebenso *Haas*, Kapitalerhaltung, Insolvenzanfechtung, Schadenersatz und Existenzvernichtung – wann wächst zusammen, was zusammengehört? ZIP 2006, 1373 (1375).

⁶⁴⁾ Vgl OGH 8 Ob 643/90 *ecolex* 1991, 95.

⁶⁵⁾ Ebenso *Rebernik/Schmidsberger*, GES 2009, 182 (185).

⁶⁶⁾ Für die Gleichstellung statt vieler *Gamerith*, Überschuldung als Anfechtungsvoraussetzung, RdW 1985, 364; *König*, Anfechtung⁵ Rz 10/36; *Rebernik* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzesetze § 30 KO Rz 7.

⁶⁷⁾ Dazu näher *König*, Anfechtung⁵ Rz 10/46.

⁶⁸⁾ Siehe nur RIS-Justiz RS0064495, zB OGH 8 Ob 528/85 SZ 58/205; 4 Ob 99/97f ÖBA 1997, 1020 (*P. Doralt*).

⁶⁹⁾ RIS-Justiz RS0064185, zB OGH 6 Ob 641/93 SZ 67/20; 3 Ob 116/08t ÖBA 2009, 757; 3 Ob 8/10p ÖBA 2010, 848.

⁷⁰⁾ *Widhalm*, Die Absichtsanfechtung in der Rechtsprechung, *ecolex* 2000, 787; *König*, Anfechtung⁵ Rz 7/18; aA *Koziol*, Grundlagen 81 ff; *P. Doralt*, ÖBA 1994, 639 (Anm);

gar Benachteiligungsabsicht iSd § 28 IO an, wenn der Schuldner trotzdem noch einzelne Forderungen tilgt.

All das gilt auch für Dividendenzahlungen und zwar selbst, wenn nur ein tatsächlich vorhandener Bilanzgewinn auf gesellschaftsrechtlich zulässige Weise verteilt wird. Ab dem Zeitpunkt der Insolvenzreife wirkt nämlich im Wege der §§ 30, 31 IO der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gläubiger, der erst recht nicht zugunsten der Gewinnerwartungen der Eigenkapitalgeber durchbrochen werden darf.⁷¹⁾ Praktisch dürfte ein ausschüttungsfähiger Bilanzgewinn im Stadium materieller Insolvenz freilich ohnehin selten genug vorkommen; auch wenn die wirtschaftliche Lage erst nach der Feststellung des Jahresabschlusses eintritt, wird zumindest dessen Ausschüttung gem § 82 Abs 5 GmbHG⁷²⁾ verboten sein.

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten: Ist der Gesellschaft⁷³⁾ ihre Insolvenzreife bewusst und⁷⁴⁾ hätten auch die begünstigten Gesellschafter dies zumindest wissen müssen, sind dennoch geleistete Dividenden anfechtbar, mögen sie auch aus einem ausnahmsweise (noch) vorhandenen Bilanzgewinn finanziert werden.

C. Gesellschaftsrechtlich zulässige Ausschüttung

1. Entgeltliche und kongruente Deckung

Vor Eintritt materieller Insolvenz kommen von vornherein nur die Abichts- (§ 28 IO) und Unentgeltlichkeitsanfechtung (§ 29 IO) in Betracht. Während hinsichtlich der Schenkungsanfechtung zumindest zweifelhaft ist, welches Entgelt die Gesellschafter geleistet haben, ist jede Gewinnausschüttung zwangsläufig nachteilig für die Gesellschaftsgläubiger, weshalb auch die Annahme von Benachteiligungsabsicht nahe liegt. IS der oben (II.A) angesprochenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise darf aber nicht verkannt werden, dass auch im Gesellschaftsrecht ein Synallagma iwS besteht, weshalb sich diese Vermutungen als unzulänglich erweisen:

Gewinne fallen nämlich nicht einfach „vom Himmel“, sondern werden nur demjenigen geleistet, der dafür eine Investition in Form einer – wenn auch üblicherweise als „entgeltfremd“ bezeichneten⁷⁵⁾ – Einlage sowie möglicherweise

P. Doralt, Zur Abgrenzung der Konkursanfechtungstatbestände der Kenntnis der Benachteiligungsabsicht, der Begünstigung und der Zahlungsunfähigkeit, ÖBA 1995, 346; *Bachmann*, Die Anfechtung kongruenter Befriedigungen und Sicherstellungen nach §§ 28, 30 und 31 KO, ZIK 1996, 3 (8); *Schummer*, Ein Dauerbrenner: Die Anfechtung revolvingender Kontokorrentkredite, ÖBA 2002, 173 (185 ff); *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 28 Rz 5.

⁷¹⁾ *Trenker*, Insolvenzanfechtung 262.

⁷²⁾ Die analoge Anwendung der Norm auf das Aktienrecht ist umstritten, dafür *Eckert/Tipold*, Strafbare Dividenden, GES 2013, 59 (62); aA *Artmann* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz I⁵ (2011) § 53 Rz 8 je mwN.

⁷³⁾ Ausführlich zur Wissens- bzw Willenszurechnung *Trenker*, Insolvenzanfechtung 89 ff sowie unten C.3 FN 94.

⁷⁴⁾ Für § 31 IO reicht wie gesagt sogar nur Letzteres.

⁷⁵⁾ *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des Österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990) 17; *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum ABGB I³ (2000) § 917 Rz 2;

sonstiger Beiträge erbracht hat. Insoweit erfolgen zulässige Gewinnausschüttungen nicht aus Freigiebigkeit der Gesellschaft⁷⁶), sondern als verdiente Gegenleistung für den seinerzeitigen Kapitaleinsatz, ohne deren Gewährung jede Motivation zur Gesellschaftsbeteiligung erstickt würde.⁷⁷) Auch im Gesellschaftsrecht ist daher zumindest für die Zwecke anfechtungsrechtlicher Beurteilung ein Synallagma iwS nicht zu leugnen, das sich nicht wesentlich von jenem bei der Gewährung eines Kredites unterscheidet.⁷⁸) Daraus folgt zum einen die in Wahrheit wenig überraschende Erkenntnis, dass Gewinnausschüttungen aus einem tatsächlich vorhandenen Bilanzgewinn nicht unentgeltlich und daher nicht nach § 29 IO anfechtbar sind.⁷⁹)

Zum anderen zeigt der Vergleich mit einem Kreditgeber, dass eine gesellschaftsrechtlich erlaubte Gewinnausschüttung, auch wenn sie zwangsläufig nachteilig für die Gläubiger ist, im Rahmen der Absichtsanfechtung wie die Befriedigung eines Gläubigers zu behandeln ist.⁸⁰) In anfechtungsrechtlicher Terminologie ist eine zulässige Dividende als sogenannte kongruente Deckung zu sehen, dh die Erfüllung einer richtigen und fälligen Schuld.⁸¹) Das bedeutet nach hM⁸²) Folgendes: Bei kongruenten Deckungen vor Eintritt materieller Insolvenz⁸³) ist Benachteiligungsabsicht zwar nicht *per se* ausgeschlossen; es bedarf aber spezifischer Indizien für die Annahme einer solchen; insbesondere sollen „Umtriebe“ oder „Ränke“ gegenüber anderen Zahlungsfordernden Gläubigern⁸⁴) oder sonstige verwerfliche Umstände⁸⁵) erforderlich sein, ohne dass diese Formel bislang

Ch. Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 1/69, der aber zu Recht betont, dass stets in wertender Abwägung entschieden werden muss, ob die Vorschriften für entgeltliche oder unentgeltliche Rechtsgeschäfte Anwendung finden.

⁷⁶) Vgl zutreffend *Reischauer in Rummel I*³ § 917 Rz 2.

⁷⁷) Vgl *Eckert/Tipold*, GES 2013, 59.

⁷⁸) Zutreffend *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH (2006) 165.

⁷⁹) *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung 165 f; *Haas*, ZIP 2006, 1373 (1377 f); *Eckert*, Gesellschaftsrechtliche Fragen der Finanzierung des Beteiligungserwerbs, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence I² (2014) Rz 52; ausführlich *Trenker*, Insolvenzanfechtung 255 f; ebenso wohl *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht (2010) 622; vgl in diesem Sinn auch BGH II ZR 50/11 NZG 2013, 53.

⁸⁰) Vgl zutreffend *Rebernig/Schmidsberger*, GES 2009, 182 (186).

⁸¹) *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung 170 ff; wohl auch *Thole*, Gläubigerschutz 617, 622.

⁸²) RIS-Justiz RS0050696; OGH 6 Ob 641/93 ÖBA 1994, 637 (*P. Doralt*); 4 Ob 1549/95 ZIK 1995, 153; *König*, Anfechtung³ Rz 7/17; *Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 28 Rz 5; *Rebernig in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetz § 28 KO Rz 14; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 362; vgl auch RIS-Justiz RS0050757; s auch bereits EB Entwurf AnfG 1884 (256 BlgAH 9. Sess 53), abgedruckt bei *Kaserer*, Anfechtung 59.

⁸³) Anderes gilt nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit; s oben B bei und in FN 69 f.

⁸⁴) OGH 4 Ob 1549/95 ZIK 1995, 153; *König*, Anfechtung³ Rz 7/17; vgl aber auch OGH 8 Ob 28/00a ÖBA 2000, 1107.

⁸⁵) Vgl RIS-Justiz RS0050696, zB OGH 3 Ob 622/85 ÖBA 1987/198 (AnfO); 5 Ob 589/88 wbl 1989, 68 (AnfO); 4 Ob 103/99x HS 30.768 (AnfO).

eine allzu große Rolle gespielt hätte (dazu unten 3). Benachteiligungsabsicht ist somit wie bei sonstigen kongruenten Zahlungen *prima facie* nicht anzunehmen (zur Person, die über Benachteiligungsabsicht verfügen muss s unten 3 FN 94).

2. Anfechtung des Gewinnverwendungsbeschlusses

Die vorstehenden Ergebnisse sind mE auch auf die Anfechtbarkeit der Feststellung des Jahresabschlusses oder eines allfälligen Gewinnverwendungsbeschlusses⁸⁶⁾ (§ 35 Abs 1 Z 1 GmbHG) übertragbar. Durch diese Maßnahmen wird letztlich nur jener Anspruch formell begründet, der den Gesellschaftern nach dem gesellschaftsrechtlichen Synallagma „materiell“ schon seit Bestehen ihrer Beteiligung zusteht. Daran ändert es nichts, dass der Anspruch dem Grunde und der Höhe nach durch die Erzielung eines Bilanzgewinns bedingt ist und sich die Gesellschafter den Gewinn zumindest in der GmbH (vgl § 96 Abs 4 AktG) im Ergebnis selbst „zuteilen“; zu Recht betont der OGH in anderem Zusammenhang, dass die Gesellschafter mangels abweichender Satzungsregelung Anspruch auf Auszahlung des Gewinnes haben.⁸⁷⁾ Auch wenn es sich natürlich nicht um die Befriedigung eines Gläubigers und damit auch um keine kongruente Deckung handelt, ist die Begründung des Anspruchs auf Ausschüttung eines ordnungsgemäß ermittelten Bilanzgewinns somit weder unentgeltlich noch aus der Warte einer möglichen Absichtsanfechtung anstößiger als die Tilgung einer offenen Schuld. Eine Anfechtung kommt daher wie bei der Auszahlung des Gewinnes (oben 1) nur unter besonders verwerflichen Umständen in Betracht, die im Folgenden zu erörtern sind (3).

3. Benachteiligungsabsicht im Einzelfall – Fallgruppen

Vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung (genauer: mehr als 60 Tage vorher) sind also zulässige Gewinnausschüttungen allenfalls gem § 28 IO anfechtbar und auch das nur, wenn besonders belastende Umstände vorliegen.⁸⁸⁾ Die „Gretchenfrage“ ist nun, was unter diesen besonderen Umständen im Detail zu verstehen ist. Wie bereits angedeutet, hat die Judikatur diesen „Ausnahmetatbestand“ selten herangezogen: Bejaht wurde Benachteiligungsabsicht, wenn ein Schuldner einen Gläubiger trotz zahlreicher anhängiger Exekutionen befriedigt

⁸⁶⁾ Auch dieser ist als Rechtshandlung der Gesellschaft (so *Haas*, ZIP 2006, 1373 [1376]; *Trenker*, Insolvenzanfechtung 84 f; vgl auch *Kirchhof* in MünchKomm InsO³ § 129 Rz 39; aA *Rebernik/Schmidsberger*, GES 2009, 182 [186]) potenzieller Anfechtungsgegenstand von § 28 IO.

⁸⁷⁾ 3 Ob 59/07h SZ 2007/81; RIS-Justiz RS0122186.

⁸⁸⁾ Im Strafrecht dürften zulässige Gewinnausschüttungen dagegen *per se* vom Tatbestand des § 156 StGB ausgenommen sein (überzeugend *Eckert/Tipold*, GES 2013, 59 [60 ff, insbesondere 66]). Dieses Problem unterscheidet sich vom vorliegenden aber schon dadurch, dass es um die Strafbarkeit des zahlenden Geschäftsleiters und nicht bloß um die Rückzahlungspflicht der Gesellschafter für einen bezogenen Vorteil geht. Insofern ist es auch verständlich, dass im Straf- anders als im Anfechtungsrecht (oben bei und in FN 82 ff) kongruente Deckungen von Gläubigern den Tatbestand des § 156 StGB keinesfalls erfüllen sollen (*Eckert/Tipold*, GES 2013, 60 mwN), ein Unterschied, der vorliegend von entscheidender Bedeutung ist.

hat⁸⁹⁾ oder er die getilgte Forderung künstlich fällig gestellt und gleichzeitig die Erwirkung eines Titels durch einen anderen Gläubiger faktisch erschwert hat⁹⁰⁾. In diesen Konstellationen lag die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners somit bereits in der Luft;⁹¹⁾ auch jene ältere Entscheidung⁹²⁾, in der es für ausreichend gehalten wurde, dass ein Geschäftsführer einer Gesellschaft gerade seine eigene Forderung als erstes bedient hat, ist letztlich vor dem Hintergrund eines bereits zum Zeitpunkt der Zahlung unzureichenden Haftungsfonds zu sehen.⁹³⁾

Wenn aber eine nach kaufmännischen Grundsätzen erstellte Bilanz einen ausschüttungsfähigen Gewinn ergibt und die Gewinnausschüttung gesellschaftsrechtlich zulässig ist, handelt es sich um keine vergleichbare Konstellation. Damit steht im Ergebnis auch die unmittelbar einschlägige Entscheidung OGH 20. 2. 2013, 3 Ob 209/12z im Einklang: Der Insolvenzverwalter einer GmbH erhob darin den Vorwurf, dass den beiden beteiligten Gesellschaftern Gewinne in erheblicher Höhe ausgeschüttet worden waren, obwohl der in Wahrheit einzige Auftraggeber der Gesellschaft in Verhandlungen mit einem Konkurrenzunternehmen stand; als nur 14 Tage nach der Dividendenzahlung dem Konkurrenten von diesem Auftraggeber tatsächlich der offenbar exklusive „Zuschlag“ für dessen Aufträge erteilt wurde, fiel in weiterer Folge mehr oder minder der gesamte Geschäftsbereich der Gesellschaft weg, weshalb sie letztlich bald darauf insolvent wurde. Über die Kenntnis der Gesellschafter von den Verhandlungen konnte nur eine Negativfeststellung getroffen werden. Die Gesellschafter waren allerdings als Geschäftsführer bzw. Mehrheitsgesellschafter (75%) gem § 32 Abs 2 Z 1, 3 IO nahe Angehörige der Gesellschaft. Daher mussten sie beweisen, dass die Gesellschaft keine Benachteiligungsabsicht hegte⁹⁴⁾ oder zumindest sie selbst keine (fahrlässige Un-)Kenntnis davon hatten (oben II.D).⁹⁵⁾ Dennoch hielt es der OGH für eine Überspannung ihrer Beweislast, wenn sie den kaum zu erbringenden Nachweis führen müssten, dass es in der gesamten Branche keine Gerüchte über die Vertragsverhandlungen gab. Denn „mit einer Veränderung der Markt-

⁸⁹⁾ OGH 8 Ob 580/85.

⁹⁰⁾ OGH 3 Ob 47/36 SZ 18/21 (*obiter dictum*) (AnfO).

⁹¹⁾ Für die vorliegende Konstellation wenig ergiebig ist die Entscheidung OGH 4 Ob 103/99x HS 30.768, in der die Veräußerung einer Liegenschaft deutlich unter dem Verkehrswert und zwar noch dazu im Kreis der *familia suspecta* (§ 32 IO) zu Recht als Indiz für Benachteiligungsabsicht angesehen wurde.

⁹²⁾ OGH 2 Ob 358/27 SZ 9/96 (AnfO).

⁹³⁾ Ebenso wohl OGH 8 Ob 28/00a ÖBA 2000, 1107: Anfechtung zahlreicher Zahlungen an den Sozialversicherungsträger.

⁹⁴⁾ Bei der Anfechtung von Gewinnausschüttungen in der GmbH kommt es jedenfalls in erster Linie auf die Absicht der beschließenden Gesellschafter an, wobei Benachteiligungsabsicht eines Gesellschafters reicht (zutreffend *Eckert in Althuber/Schopper* I² Rz 51; *Trenker*, Insolvenzanfechtung 260, allgemein 101 ff). Ob auch Benachteiligungsabsicht eines an der Auszahlung beteiligten Geschäftsführers schadet, ist indes strittig (dafür noch *Trenker*, Insolvenzanfechtung 260; aA *Eckert in Althuber/Schopper* I² Rz 51).

⁹⁵⁾ RIS-Justiz RS0064277, RS0064269; OGH 2. 5. 1979, 1 Ob 583/79; 7 Ob 513/80 SZ 53/31 uvm. Beides läuft im konkreten Fall wegen der Zurechnung ihres Wissens (genauer: Willens [*Trenker*, Insolvenzanfechtung 98 ff; ebenso *König*, Anfechtung⁵ Rz 10/148]) an die Gesellschaft (vorige FN) weitestgehend auf dasselbe hinaus.

situation und der Auftragslage muss immer gerechnet werden, ohne dass deshalb eine Gewinnausschüttung unzulässig würde“. Richtungsweisend für andere Fälle dürfte letztlich den Ausschlag gegen die Annahme von Benachteiligungsabsicht gegeben haben, dass es keine ausreichenden Hinweise „auf einen bevorstehenden wirtschaftlichen Zusammenbruch gab“.

Dem ist mE zuzustimmen. Ist aber ausnahmsweise bereits vor Eintritt der materiellen Insolvenz evident, dass die Gesellschaft in ein Insolvenzverfahren schlittern wird, ist Benachteiligungsvorsatz schwer von der Hand zu weisen, wenn dennoch die Gewinne der Gesellschaft abgeschöpft werden;⁹⁶⁾ vielmehr wäre diesfalls vernünftigerweise zu erwarten, die Geschäftstätigkeit einzustellen und die Gläubigerbefriedigung im Rahmen der Liquidation einzuleiten. Eine solche Konstellation wäre etwa denkbar, wenn man den Sachverhalt zu OGH 20. 2. 2013, 3 Ob 209/12z, dahingehend abändert, dass die Vereinbarung des Hauptauftraggebers der GmbH mit ihrem Konkurrenten im Zeitpunkt der Beschlussfassung/Ausschüttung schon feststand, den maßgebenden Akteuren bekannt war und tatsächlich einen Wegfall des gesamten bisherigen Auftragsvolumens bedeutete. Diesfalls hätten die Gesellschafter aber mE die Annahme einer Benachteiligungsabsicht noch immer dadurch widerlegen können, dass sie objektiv nachvollziehbar darlegen, dass die Gesellschaftsfortführung trotz des Verlustes des einzigen Auftraggebers nicht aussichtslos war. Dabei sollten die Anforderungen an die „Rechtfertigung“ der Gesellschafter nicht überspannt werden, weil es nicht Sache der Absichtsanfechtung ist, unternehmerische Entscheidungen auf ihre wirtschaftliche Zweckmäßigkeit zu überprüfen, sondern nur vorsätzlich schädigendes Verhalten hintanzuhalten.

Ähnlich wäre die Rechtslage, wenn die Untergerichte in OGH 20. 2. 2013, 3 Ob 209/12z, die Kenntnis der Gesellschaft bzw ihrer Gesellschafter von den Vertragsverhandlungen mit dem Konkurrenten positiv festgestellt hätten. Wiederum könnten sich die Gesellschafter damit entlasten, dass selbst für den Fall des Verlustes des Hauptauftraggebers ein *ex ante* wirtschaftlich vertretbarer „Plan B“ zur Verfügung gestanden hätte. Zusätzlich könnte in besonderen Fallgestaltungen wohl auch vorgebracht werden, dass das Zustandekommen einer Vereinbarung mit dem Konkurrenten, etwa aufgrund Zusicherungen des Auftraggebers der GmbH und/oder vergleichbarer Erfahrungen in der Vergangenheit, für sie völlig unwahrscheinlich war. War der Vertragsabschluss und der damit verbundene Zusammenbruch der Gesellschaft indes ernsthaft zu befürchten, liegt im Falle dennoch vorgenommener Gewinnausschüttungen die Annahme einer Benachteiligungsabsicht der Gesellschaft bzw deren zumindest fahrlässige Unkenntnis seitens der Gesellschafter sehr nahe.

Interessant ist ferner die Frage, unter welchen Voraussetzungen Benachteiligungsabsicht anzunehmen ist, wenn existenzbedrohende Zahlungsverpflichtungen, zB eine Beihilferückforderung nach Art 107 AEUV, drohen und dennoch Dividenden ausgeschüttet werden. Konkret fällt einem in diesem Kontext auch die aktuelle *Causa Meinl* ein, die bedenkllicherweise⁹⁷⁾ sogar die Strafgerichte

⁹⁶⁾ Vgl auch OGH 8 Ob 28/00a ÖBA 2000, 1107.

⁹⁷⁾ Siehe dazu Die Presse 15. 12. 2014, Meinl Bank Anwalt: „Die Anklage ist eine Chuzpe“, diepresse.com/home/wirtschaft/economist/4620086/MeinlBankAnwalt_Die-An-

beschäftigt. Im Unterschied zur Konstellation eines zu erwarteten Zusammenbruchs künftiger Einnahmen⁹⁸⁾ in OGH 20. 2. 2013, 3 Ob 209/12z, sind für solch ausgabenseitige Gefahren jedoch ohnehin Rückstellungen zu bilden, die einen allfälligen Bilanzgewinn vermindern oder gar ausschließen können. Es ist somit durch das Bilanzrecht, das die Regeln für die Bildung eines Bilanzgewinns vorgibt und damit letztlich die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit einer Gewinnausschüttung determiniert, eine klare gesetzgeberische Wertung vorhanden, dass eine Dividendenzahlung rechtlich zulässig und wirtschaftlich vertretbar ist.⁹⁹⁾ Wird bei der Rückstellungsbildung der Rahmen vernünftiger unternehmerischer Beurteilung iSd § 211 Abs 1 UGB¹⁰⁰⁾ nicht überschritten und bleibt dennoch ein Bilanzgewinn, ist an dessen Verteilung somit nichts anstößig oder gar fraudulös und Benachteiligungsabsicht im absoluten Regelfall zu verneinen.

D. Gesellschaftsrechtlich unzulässige Ausschüttung

1. Unentgeltliche und inkongruente Deckung

Dies leitet zur Frage nach der Anfechtbarkeit gem §§ 28, 29 IO über, wenn notwendige Rückstellungen nicht oder in unzureichendem Ausmaß gebildet werden – oder noch allgemeiner: Sind Dividendenzahlungen auf Basis einer unrichtigen Bilanz sowie generell unzulässige Gewinnausschüttungen auch bei einer nicht insolvenzreifen Gesellschaft anfechtbar?

Die Antwort lautet mE grundsätzlich ja. Das hat den einfachen Grund, dass die Reichweite des zuvor beschriebenen „Synallagmas“ nur unter Zugrundelegung des Konzeptes des österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts abgegrenzt werden kann: Die Gesellschafter haben Anspruch auf den Gewinn der Gesellschaft, während deren sonstiges Vermögen vorrangig für den Zugriff der Gläubiger reserviert ist. Die Einlage ist daher nur insoweit Gegenleistung für das gebundene Vermögen, als die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger durch Einhaltung der jeweiligen gesellschaftsrechtlichen Schutzvorkehrungen im Rahmen der Kapitalherabsetzung (§ 55 Abs 2 GmbHG, § 178 AktG) oder Liquidation (§ 91 Abs 2, 3 GmbHG, §§ 208, 213 AktG) gewährleistet ist. Jeder sonstige Zugriff auf das gebundene Vermögen ist folglich unentgeltlich iSd § 29 IO¹⁰¹⁾ und inkongruent iSd § 30 IO.¹⁰²⁾ Ebenso wenig kommt den Gesellschaftern im Rahmen der

klage-ist-eine-Chuzpe (abgerufen am 20.8.2015). Zum Problemkreis der Strafbarkeit von Gewinnausschüttungen ausführlich *Eckert/Tipold*, GES 2013, 59; s auch oben in FN 88.

⁹⁸⁾ Erwartete Ertragseinbrüche sind grundsätzlich nicht passivierungsfähig. Denkbar wäre allenfalls die Bildung einer Rückstellung wegen drohender Verluste (dazu *Ch. Nowotny* in *Straube* [Hrsg], Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch⁴ [2011] § 198 Rz 144 ff [4. Lfg]; *Hilber* in *U. Torggler* [Hrsg], UGB Unternehmensgesetzbuch Kommentar [2013] § 198 Rz 74 ff), um die künftigen Gefahren abzubilden.

⁹⁹⁾ Vgl *Eckert/Tipold*, GES 2013, 59 (66 f).

¹⁰⁰⁾ Ausführlich dazu *Christian/Hohensinner* in *Zib/Dellinger* (Hrsg), Großkommentar UGB III/1 (2013) § 211 Rz 83 ff; *Leitner/Urnik/Urtz* in *Straube*, WK-UGB⁴ § 211 Rz 20 ff.

¹⁰¹⁾ Ausführlich *Trenker*, Insolvenzanfechtung 256 f; erwägend *Eckert* in *Althuber/Schopper* I² Rz 51.

¹⁰²⁾ Ebenso *Eckert* in *Althuber/Schopper* I² Rz 53.

Absichtsanfechtung das „Privileg“ einer Qualifikation als kongruente Deckung (s oben C.1) bei gesellschaftsrechtlich verbotenen Ausschüttungen zugute. Wenn die handelnden Personen wissen, dass die Dividendenzahlung nicht aus einem gar nicht vorhandenen Bilanzgewinn finanziert wird, ist Benachteiligungsabsicht mehr als indiziert.¹⁰³⁾

Auch das deutsche Schrifttum teilt diese Ansicht.¹⁰⁴⁾ Lediglich der Umstand, dass im deutschen GmbH-Recht anders als in Österreich nur das Stammkapital geschützt ist, hat zur Streitfrage Anlass gegeben, ob jeder Vermögenstransfer an die Gesellschafter, der das Stammkapital unberührt lässt, entgeltlich und damit unanfechtbar ist.¹⁰⁵⁾ In Österreich ist dies aber wegen des strengeren Kapitalerhaltungsregimes von vornherein zu verneinen. Die hier vertretene Ansicht korrespondiert ferner auch damit, dass sowohl der OGH¹⁰⁶⁾ als auch der BGH¹⁰⁷⁾ Gewinnausschüttungen an einen im Rahmen eines „Schneeballsystems“ beteiligten stillen Gesellschafter als unentgeltlich qualifiziert haben, wenn tatsächlich keine Gewinne erzielt wurden („Scheingewinne“).

Dementsprechend unzulässig und grundsätzlich anfechtbar sind Ausschüttungen, die ohne Bezug zu einem Bilanzgewinn ausgezahlt werden.¹⁰⁸⁾ Aber auch die Auszahlung eines Gewinnes, der durch eine formell ordnungsgemäße Bilanz festgestellt wurde, kann gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen, nämlich wenn der Jahresabschluss nichtig iSd § 202 AktG¹⁰⁹⁾ ist.¹¹⁰⁾ Auch insofern ist eine Ausschüttung nicht mehr vom dargestellten Synallagma gedeckt, sofern die Nichtigkeit des Jahresabschlusses nicht nur auf einem Formalfehler beruht (zB § 202 Abs 1 Z 1 AktG),¹¹¹⁾ sondern zur Feststellung eines „Scheingewinns“ führt. Diese Voraussetzung wird insbesondere bei einem Verstoß gegen Bilanzierungs- und Bewertungsvorschriften gegeben sein. Die Verletzung dieser auch im Gläubigerinteresse bestehenden Normen verwirklicht den Nichtigkeitsgrund des § 202 Abs 1 Z 2 AktG nach hM allerdings erst, wenn der Verstoß wesentlich

¹⁰³⁾ Vgl auch BGH IX ZR 198/13 NZI 2015, 222, wonach die Kenntnis vom Betreiben eines Schneeballsystems als wesentliches Beweisanzeichen für die Kenntnis des Gläubigers, der Rückzahlung erhält, vom Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin ist.

¹⁰⁴⁾ *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung 163 ff; *Haas*, ZIP 2006, 1373 (1378).

¹⁰⁵⁾ Dafür *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung 163 ff; dagegen *Thole*, Die Vorsatzanfechtung als Instrument des Gläubigerschutzes – Bestandsaufnahme und Entwicklungsperspektiven nach „Inspire Art“, KTS 2007, 293 (319 ff); *Thole*, Gläubigerschutz 611 ff.

¹⁰⁶⁾ 3 Ob 239/09g JBl 2010, 727; 3 Ob 240/09d, 3 Ob 244/09t RdW 2010, 553; RIS-Justiz RS0125792.

¹⁰⁷⁾ IX ZR 195/07 NJW 2009, 363.

¹⁰⁸⁾ *Artmann in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 52 Rz 9.

¹⁰⁹⁾ Die Bestimmung gilt in der GmbH analog, vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 41 Rz 17; *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in U. Torggler*, GmbHG § 41 Rz 10; *Eckert/Tipold*, GES 2013, 59 (62).

¹¹⁰⁾ *Artmann in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 52 Rz 9; *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) 116; *Henze in Hopt/Wiedemann* (Hrsg), AktG Großkommentar II⁴ (2012) § 57 Rz 26.

¹¹¹⁾ Aus diesem Grund führt auch das Fehlen eines Gewinnverwendungsbeschlusses nicht zur „Unentgeltlichkeit“ einer Ausschüttung, sofern ein ausreichender Gewinn vorhanden gewesen wäre (*Trenker*, Insolvenzanfechtung 257).

war.¹¹²⁾ Dieses ungeschriebene Tatbestandsmerkmal ist zwar insgesamt wenig konturiert.¹¹³⁾ Vorliegend interessieren aber gerade solche Fälle, in denen die unrichtige Bilanzierung eine erhebliche Gewinnauszahlung aus jenem Vermögen ermöglicht, das eigentlich zugunsten der Gesellschaftsgläubiger reserviert ist. In solchen Konstellationen dürfte Wesentlichkeit aus Sicht der Gläubiger nicht zweifelhaft sein.¹¹⁴⁾

2. Anfechtung trotz gutgläubigen Dividendenbezugs?

Resümiert man die vorstehenden Ausführungen, decken sich der gesellschafts- und anfechtungsrechtliche Gläubigerschutz auf Tatbestandsebene weitgehend. Das mag aus systematischer Sicht sicherlich zufriedenstellen, wirft aber aus Sicht eines Insolvenzverwalters die Frage auf, welchen zusätzlichen „Trumpf“ ihm die Anfechtung neben dem Verbot der Einlagenrückgewähr bringt. Denn auch auf Rechtsfolgenebene sind die Unterschiede beider Instrumente überschaubar;¹¹⁵⁾ gerade bei gutgläubigem Dividendenempfang könnte das Anfechtungsrecht jedoch Vorteile bringen.

Bei Ausschüttungen auf Basis eines nichtigen Jahresabschlusses können sich die Gesellschafter gem § 83 Abs 1 Satz 2, § 56 Abs 3 AktG bekanntlich exkulpieren, wenn sie auch im Hinblick auf die ordnungsgemäße Ermittlung des Bilanzgewinns¹¹⁶⁾ gutgläubig¹¹⁷⁾ waren. Diese Norm ist im Anfechtungsrecht nicht, und zwar entgegen einer Literaturmeinung¹¹⁸⁾ auch nicht analog oder als *lex specialis* anwendbar.¹¹⁹⁾ Den §§ 27 ff IO ist nämlich eine Abwägung von Gläubigerinteressen und Verkehrs- bzw Vertrauensschutz in jedem einzelnen Tatbestand immanent, sodass gerade in diesem Punkt keine analogiebedürftige Lücke vorliegt. Bei der Absichtsanfechtung ist der gutgläubige Gesellschafter, der nichts von der Fehlerhaftigkeit der Bilanz wusste oder wissen musste, dementsprechend schon mangels Kenntnis bzw fahrlässiger Unkenntnis einer allfälligen Benachteiligungsabsicht „aus dem Schneider“. Dasselbe gilt aber auch für die Anfechtung

¹¹²⁾ Bertl/Aschauer, Das Kriterium der Wesentlichkeit für die Nichtigkeit des Jahresabschlusses, RWZ 2008, 109 (110); Driegger in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz II² (2012) § 202 Rz 22; OGH 23. 12. 2010, 14 Os 143/09z (*obiter dictum*).

¹¹³⁾ Ausführlich dazu Bertl/Aschauer, RWZ 2008, 109 (111 ff mwN).

¹¹⁴⁾ Vgl Eckert/Tipold, GES 2013, 59 (62).

¹¹⁵⁾ Ausführlich Trenker, Insolvenzanfechtung 264 ff.

¹¹⁶⁾ OGH 1 Ob 2028/96h RdW 1996, 312; EB 236 BlgHH 17. Sess 89; Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung 172; Köppl in U. Torggler, GmbHG § 83 Rz 15.

¹¹⁷⁾ Umstritten ist, ob mit der hM leichte (zB Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht⁵ 294; Artmann in Jabornegg/Strasser⁵ § 56 Rz 16; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss² § 56 Rz 37; Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht [1983] 653) oder erst grobe Fahrlässigkeit (Bauer/Zehetner in Straube [Hrsg], Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz [2009] § 83 Rz 44 [27. Lfg]) schadet (offen lassend OGH 1 Ob 2028/96 ecolx 1997, 262: „grobe Fahrlässigkeit oder gar Kenntnis [...] schließt den guten Glauben jedenfalls aus“).

¹¹⁸⁾ Rebernik/Schmidsberger, GES 2009, 182 (186).

¹¹⁹⁾ In diesem Sinn auch Eckert in Althuber/Schopper I² Rz 53.

wegen Unentgeltlichkeit, sofern man mit dem OGH¹²⁰⁾ und der wohl herrschenden Lehre¹²¹⁾ fordert, dass die Unentgeltlichkeit erkennbar sein müsse.

Mag dieses Resultat im Hinblick auf den gesellschaftsrechtlichen Gutgläubensschutz wertungskonsistent erscheinen, entspricht die Gegenansicht des BGH¹²²⁾, wonach eine „Schenkungsanfechtung“ unabhängig von der Erkennbarkeit des Anfechtungsgegner möglich ist, den gesetzlichen Wertungen besser: § 29 IO beruht auf der Überlegung, dass im „Notfall“ der Insolvenz derjenige, der keine Gegenleistung erbracht hat, jedenfalls weniger schützenswert als sonstige Gläubiger ist.¹²³⁾ Subjektive Erwägungen seitens des Leistungsempfängers, der überhaupt keine oder wie vorliegend zumindest keine solche Gegenleistung erbracht hat, die anhand der gesetzlichen Konzeption mit der angefochtenen Leistung ausreichend verknüpft wäre,¹²⁴⁾ spielen nur insofern eine berechnete Rolle, als der Empfänger möglicherweise darauf vertraut, dass er die Zuwendung behalten darf und entsprechend disponiert. Dieses Vertrauen schützt § 39 Abs 3 IO aber ohnehin, indem der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung nur soweit rückerstattungspflichtig ist, als er zur Zeit der Anfechtung noch bereichert ist.¹²⁵⁾ Für einen weiteren Schutz des gutgläubigen Empfängers einer unentgeltlichen Leistung besteht keine gesetzliche Grundlage und auch keine Veranlassung.¹²⁶⁾ Kommt es demnach richtigerweise auf die Erkennbarkeit der Unentgeltlichkeit nicht an, kann eine Anfechtung wegen § 29 IO nach hier vertretener Ansicht tatsächlich eine größere „Bedrohung“ für die Gesellschafter darstellen als das Verbot der Einlagenrückgewähr.

¹²⁰⁾ 3 Ob 239/09g JBl 2010, 727; 3 Ob 240/09d, 3 Ob 244/09t RdW 2010, 553; offen lassend 2 Ob 225/07p ÖBA 2009, 60 (*Bollenberger*) = RWZ 2008, 260 (*Wenger*) = GesRZ 2008, 310 (*Stingl*) = GES 2008, 315 (*Bauer*).

¹²¹⁾ *König*, Anfechtung⁵ Rz 9/15; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht I⁴ § 29 KO Rz 4 f; *Rebernik* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 29 KO Rz 17.

¹²²⁾ ZB IX ZR 195/07 NJW 2009, 363; IX ZR 198/10 NJW 2014, 305 je mwN.

¹²³⁾ EB Entwurf AnfG 1884, abgedruckt bei *Kaserer*, Anfechtung 60 f: „Wer einen Vortheil unentgeltlich erlangt, muß eben unter allen Umständen Demjenigen weichen, welcher dadurch in seinem entgeltlich erworbenen Rechtsanspruch geschädigt würde“.

¹²⁴⁾ Sehr wohl Bedeutung kommt der Parteiabsicht (zumindest jener des Insolvenzschuldners) jedoch bei der Abgrenzung einer (gemischten) Schenkung von einem gewöhnlichen Austauschgeschäft zu, zumal ungünstige Austauschgeschäfte – anders als bei ganzlichem Fehlen einer Gegenleistung – einfach auf einer wirtschaftlichen Fehleinschätzung des Insolvenzschuldners beruhen können und insofern nicht unter § 29 IO fallen (zutreffend *König*, Anfechtung⁵ Rz 9/13; *Henckel* in *Jaeger* § 134 Rz 20).

¹²⁵⁾ OGH 5 Ob 231/72 EvBl 1973/143, 323 (AnfO); RIS-Justiz RS0125792; EB Entwurf AnfG 1884, abgedruckt bei *Kaserer*, Anfechtung 91 f; vgl auch OGH 28. 8. 1991, 3 Ob 527, 528/91.

¹²⁶⁾ Zutreffend *Thole*, Gläubigerschutz 457. Auch *König*, Anfechtung⁵ Rz 9/16 anerkennt, dass die Auffassung des BGH (FN 122) wegen des Schutzes gem § 39 Abs 3 IO nicht „ganz unüberzeugend“ ist.

IV. Anfechtung sonstiger Maßnahmen

1. Kapitalherabsetzung

Für die Anfechtung von Rückzahlungen im Rahmen einer effektiven Kapitalherabsetzung kann auf die vorstehenden Ergebnisse zurückgegriffen werden, indem wiederum die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit maßgebend ist (s III.C und D). Sofern Rückzahlungen an Gesellschafter auf einer ordnungsgemäß abgewickelten Kapitalherabsetzung beruhen, kann von Unentgeltlichkeit keine Rede sein. Auch Benachteiligungsabsicht ist praktisch undenkbar, weil sich der Vorsatz, Gläubiger zu benachteiligen, schwerlich mit dem zwingend erforderlichen Angebot zur Sicherstellung oder Befriedigung gem § 55 Abs 2 GmbHG, § 178 AktG verträgt. Zu bejahen ist eine Anfechtung dagegen wiederum (oben III.B) nur im praktisch kaum denkbaren Fall, dass die Kapitalherabsetzung gesellschaftsrechtlich zulässig war, aber nach Eintritt der materiellen Insolvenz vorgenommen wurde.¹²⁷⁾

2. Umgründungsvorgänge

Verschmelzungen und Spaltungen sind zwar mE entgegen einem Teil der Lehre¹²⁸⁾ nicht *per se* unanfechtbar, weil der umgründungsrechtliche Gläubigerschutz erstens nicht als speziellerer Normenkomplex abschließend gegenüber dem insolvenzrechtlichen Schutzinstrumentarium ist.¹²⁹⁾ Zweitens steht auch der gesellschaftsrechtliche Bestandschutz der Anfechtung wegen der bloß vermögensrechtlichen Wirkung der Anfechtung und der Möglichkeit des wertmäßigen Ausgleichs der Gläubigerbenachteiligung in Geld (§ 39 Abs 1 Halbsatz 2 IO) nicht unmittelbar entgegen.¹³⁰⁾ Drittens vermag auch die hinter dem Bestandschutz stehende Wertung des firmenbuchrechtlich abgesicherten Vertrauens- und Verkehrsschutzes der Gesellschaftsgläubiger den Anspruch auf Insolvenzanfechtung nicht auszuschließen, wie der OGH iZm der Anfechtung der Einlageleistung (oben I.) überzeugend entschieden hat.¹³¹⁾

Dennoch scheidet eine Anfechtung gegenüber Gesellschaftern grundsätzlich aus, weil sie bei Verschmelzungen und Spaltungen allenfalls mittelbar begünstigt werden, indem sie aus einem Vermögenstransfer auf „ihre“ (bisherige oder nunmehrige) Gesellschaft reflexartig profitieren. Folgt man der oben vertretenen Ansicht (II.B), reicht das nämlich für die Qualifikation als Anfechtungsgegner nicht

¹²⁷⁾ AA *Lwowski/Wunderlich*, Insolvenzanfechtung von Kapitalherabsetzungs- und Umwandlungsmaßnahmen, NZI 2008, 595 (596), die eine Anfechtung nach Firmenbuchanmeldung *per se* verneinen. Ausführlich zum Ganzen *Trenker*, Insolvenzanfechtung 276 ff.

¹²⁸⁾ Zu § 15 SpaltG *Kalss/Eckert* in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007, 65 (88); *B. Jud*, Haftung nach § 15 Abs 1 SpaltG im Konkurs der Hauptschuldnerin, NZ 2003, 161 (168 f); generell *Lwowski/Wunderlich*, NZI 2008, 595 (597 ff).

¹²⁹⁾ *Trenker*, Insolvenzanfechtung von Umgründungen, NZ 2012, 359 (361); *Trenker*, Insolvenzanfechtung 74 ff, 285 ff.

¹³⁰⁾ *Trenker*, NZ 2012, 359 (360 f); *Trenker*, Insolvenzanfechtung 283 ff.

¹³¹⁾ Ausführlich zur Interessenabwägung der unterschiedlichen Gläubigergruppen *Trenker*, Insolvenzanfechtung 153 ff.

aus.¹³²⁾ Anderes gilt natürlich, wenn der Gesellschafter etwa im Rahmen einer *Down-* oder *Up-stream*-Konstellation selbst eine an der Umgründung beteiligte Kapitalgesellschaft ist. Das ist aber kein spezifisches Problem der Anfechtung gegenüber Gesellschaftern, weshalb dessen Erörterung entsprechend der Themenstellung und des begrenzten Rahmens unterbleiben muss.¹³³⁾

V. Zusammenfassung

Die zentrale und aus der Sicht eines Kapitalgesellschafters beruhigende Erkenntnis ist, dass die anfechtungsrechtlichen Gefahren für ihn überschaubar sind. Nur wegen der reflexartigen Steigerung des Beteiligungswerts durch Leistungen des Insolvenzschuldners an eine Gesellschaft werden deren Gesellschafter nicht zu Anfechtungsgegnern. Nicht zuletzt wegen der insgesamt unsicheren Rechtslage ungleich problematischer ist dagegen die von der hM befürwortete Rückersatzpflicht wegen „Mitwirkung“ an einer von der Gesellschaft als späterer Insolvenzschuldnerin vorgenommenen Handlung. Die besseren Gründe sprechen freilich dagegen, den Begriff des Anfechtungsgegners insoweit auszudehnen; vielmehr sind die Regelungen des allgemeinen Deliktsrechts heranzuziehen.

Bei Gewinnausschüttungen ist eine Anfechtung zumeist nur möglich, wenn auch gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen wird: Dividendenzahlungen sind wegen Unentgeltlichkeit (§ 29 IO) nur anfechtbar, wenn sie nicht aus einem vorhandenen Bilanzgewinn finanziert werden. Fordert man mit dem OGH – mE jedoch zu Unrecht – für die „Schenkungsanfechtung“ Erkennbarkeit der Unentgeltlichkeit, fällt es auch nicht ins Gewicht, dass der Gutgläubensschutz gem § 83 Abs 1 Satz 2 GmbHG, § 56 Abs 3 AktG nicht (analog) anwendbar ist. Auch an der gem § 28 IO erforderlichen Benachteiligungsabsicht wird es bei zulässigen Gewinnausschüttungen in aller Regel fehlen. Im Endeffekt reduziert sich die Beurteilung der Anfechtbarkeit von Dividendenzahlungen vor dem Eintritt materieller Insolvenz folglich oftmals auf die Frage, ob die Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung, namentlich insbesondere der Ermessensspielraum für den Umfang von Rücklagenbildungen, eingehalten wurden. Benachteiligungsabsicht kann aber ausnahmsweise auch bei erlaubten Gewinnausschüttungen nicht von der Hand gewiesen werden, wenn trotz voraussichtlich existenzbedrohender Ereignisse, die eine erfolgreiche Fortführung der Gesellschaft *ex ante* als praktisch aussichtslos erscheinen lassen, Gewinne verteilt werden. Zu denken ist etwa an den (wahrscheinlichen) Verlust der bisherigen Einnahmequellen, dessen Folgen vom Bilanzrecht wegen seiner aktivseitig statischen Ausrichtung nicht hinreichend berücksichtigt werden können.

¹³²⁾ Ebenso *Kalss/Eckert* in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007, 65 (86); *Trenker*, NZ 2012, 359 (363 f), insbesondere auch zur (ausgeschlossenen) Haftung der Gesellschafter, die aufgrund einer unrichtigen Bemessung der Umtauschverhältnisse begünstigt wurden.

¹³³⁾ Siehe dazu *Kalss/Eckert* in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007, 65 (86 ff); *Rebernik/Schmidberger*, GES 2009, 182 (186 ff); *Trenker*, NZ 2012, 359; *Trenker*, Insolvenzanfechtung 283 ff.

Gewinne, die im Stadium der Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung der Gesellschaft ausgeschüttet werden, können zwar unabhängig von gesellschaftsrechtlichen Erwägungen nach §§ 30, 31 oder auch § 28 IO anfechtbar sein; im Regelfall sind Dividendenzahlungen in diesem Zeitraum aber ohnehin auch gesellschaftsrechtlich nicht mehr erlaubt.

Für Auszahlungen im Rahmen von Kapitalherabsetzungen gibt grundsätzlich ebenfalls die Einhaltung der gesellschaftsrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen den Ausschlag darüber, ob eine Anfechtung möglich ist. Umgründungen sind zwar nicht *per se* unanfechtbar, bergen aber keine spezifischen Gefahren für die Gesellschafter der beteiligten Gesellschaften.