



MASTER THESIS | MASTER'S THESIS

Titel | Title

Geschäftsführerhaftung bei der GmbH im Falle der
Insolvenzverschleppung
Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Österreich

verfasst von | submitted by

Mag.iur. Thomas Johannes Paul Capek

angestrebter akademischer Grad | in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Master of Laws (LL.M.)

Wien | Vienna, 2024

Studienkennzahl lt. Studienblatt | Degree
programme code as it appears on the
student record sheet:

UA 992 548

Universitätslehrgang lt. Studienblatt |
Postgraduate programme as it appears on
the student record sheet:

Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht

Betreut von | Supervisor:

Dipl.-Jur. Dr. Maria Elisabeth Sturm LL.M.

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung.....	8
2	Die GmbH: Haftungsordnung und Geschäftsführung.....	10
2.1	Die Haftungsordnung der GmbH	12
2.1.1	Der Trennungsgrundsatz und das Haftungsprivileg.....	13
2.1.2	Ökonomische Implikationen des Trennungsgrundsatzes	14
2.1.3	Gesetzliche Gläubigerschutzvorschriften im Lichte des Trennungsgrundsatzes	16
2.1.3.1	Arten von Gläubigerschutzvorschriften	16
2.1.3.2	Mindestkapital und Kapitalaufbringung.....	18
2.1.3.3	Kapitalerhaltung	23
2.1.3.4	Eigenkapitalersatz	24
2.1.3.5	Verhaltenssteuernde Ansätze	25
2.2	Die Geschäftsführung der GmbH.....	26
2.2.1	Die Geschäftsführung der GmbH unter österreichischem Recht	27
2.2.1.1	Person des Geschäftsführers, Bestellung und Abberufung	27
2.2.1.2	Rechte und Pflichten	31
2.2.2	Die Geschäftsführung der GmbH unter deutschem Recht	34
2.2.2.1	Person des Geschäftsführers, Bestellung und Abberufung	34
2.2.2.2	Rechte und Pflichten	38
3	Die Insolvenzantragspflicht.....	39
3.1	Wirtschaftlicher Hintergrund und <i>Agency</i> -Problematik.....	39
3.1.1	Wirtschaftliche Implikationen der Charakteristika von Kapitalgesellschaften.....	39
3.1.2	Die <i>Agency</i> -Problematik im Allgemeinen.....	41
3.1.3	Die <i>Agency</i> -Problematik in Hinblick auf die Insolvenzantragspflicht	43
3.2	Die Insolvenzantragspflicht unter deutschem Recht	47
3.2.1	Normzweck und -mechanik	47

3.2.2	Tatbestand der Norm	49
3.3	Die Insolvenzantragspflicht unter österreichischem Recht	51
3.3.1	Normzweck und -mechanik	52
3.3.2	Tatbestand der Norm	53
3.3.2.1	Antragsverpflichtete	53
3.3.2.2	Antragsfrist	56
4	Haftung der Geschäftsführer bei verspäteter Insolvenzantragstellung	61
4.1	Zweck und Mechanik der Organhaftung bei Insolvenzverschleppung	61
4.2	Die Haftung der GmbH-Geschäftsführer unter österreichischem Recht	62
4.2.1	Einleitung	62
4.2.2	Die verschiedenen Geschädigten im Falle der Insolvenzverschleppung	63
4.2.3	Haftung gegenüber der Gesellschaft	67
4.2.3.1	Prinzip der Innenhaftung	67
4.2.3.2	§ 25 GmbHG: Die Haftungsgeneralnorm	69
4.2.3.2.1	Überblick und systematische Stellung	69
4.2.3.2.2	Adressaten	70
4.2.3.2.3	Haftungsbegünstigte	71
4.2.3.2.4	Sorgfaltsmaßstab	71
4.2.3.3	Haftungsgrundlagen und Schaden	74
4.2.3.3.1	Ersatz des Betriebsverlustes	74
4.2.3.3.1.1	Haftungsgrundlage	74
4.2.3.3.1.2	Betriebsverlust	76
4.2.3.3.2	Ersatz für Zahlungen nach Eintritt der materiellen Insolvenz	79
4.2.3.3.2.1	Haftungsgrundlage	79
4.2.3.3.2.2	Hintergrund und Normzweck	80
4.2.3.3.2.3	Schaden und Zahlungsbegriff	83

4.2.3.3.2.4	Ausnahme: Einhaltung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters.....	88
4.2.3.3.2.5	Geltendmachung und Beweislast.....	91
4.2.4	Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern.....	93
4.2.4.1	Anspruchsgrundlage: § 69 IO iVm § 1311 ABGB.....	94
4.2.4.1.1	Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger	94
4.2.4.1.2	Differenzierung zwischen Alt- und Neugläubigern	94
4.2.4.1.3	Zur Frage der Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters.....	99
4.2.4.2	Exkurs: Haftung bei Verletzung von Aufklärungspflichten	109
4.2.5	Verhältnis der unterschiedlichen Ersatzansprüche zueinander	111
4.3	Die Haftung der GmbH-Geschäftsführer unter deutschem Recht.....	112
4.3.1	Haftung gegenüber den Gläubigern	112
4.3.1.1	§ 15a InsO als Schutzgesetz iSd § 823 BGB	112
4.3.1.1.1	Allgemeines	112
4.3.1.1.2	Persönlicher Schutzbereich	113
4.3.1.1.3	Voraussetzungen des Anspruchs gem § 15a InsO iVm § 823 BGB.....	115
4.3.1.1.3.1	Fehlen des Insolvenzantrags	115
4.3.1.1.3.2	Gläubigereigenschaft	116
4.3.1.1.3.3	Schadenseintritt.....	116
4.3.1.1.3.4	Rechtswidrigkeit	121
4.3.1.1.3.5	Verschulden.....	122
4.3.1.1.3.6	Kausalität	123
4.3.1.1.4	Entstehen des Anspruchs und Fälligkeit	124
4.3.1.1.5	Prozessuale Aspekte	124
4.3.1.1.5.1	Geltendmachung des Quotenschadens	124
4.3.1.1.5.2	Geltendmachung des Individualschadens.....	126
4.3.1.1.5.3	Behauptungs- und Beweislastverteilung.....	127

4.3.1.2	Sonstige Anspruchsgrundlagen	128
4.3.1.2.1	Culpa in Contrahendo	128
4.3.1.2.2	Die Verletzung anderer Schutzgesetze iSv § 823 Abs 2 BGB	128
4.3.1.2.3	Sittenwidrige Schädigung	129
4.3.2	Haftung gegenüber der Gesellschaft	129
4.3.2.1	§ 43 Abs 2 dGmbHG	129
4.3.2.2	§ 15b InsO	131
4.3.2.2.1	Hintergrund und Normzweck.....	132
4.3.2.2.2	Anwendungsbereich.....	132
4.3.2.2.3	Zahlung	133
4.3.2.2.4	Ausnahme: Einhaltung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters	135
4.3.2.2.5	Verschulden.....	137
4.3.2.2.6	Ersatzpflicht	138
4.3.2.2.7	Sonderregelung für Steuerzahlungen	139
4.4	Abschließende vergleichende Gegenüberstellung.....	140

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
AktG	Aktiengesetz
BGBI.....	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BlgNR.....	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
bspw	beispielsweise
bzw	beziehungsweise
dAktG	Aktiengesetz (Deutschland)
dGmbHG	GmbH-Gesetz (Deutschland)
dHGB	Handelsgesetzbuch (Deutschland)
dStGB	Strafgesetzbuch (Deutschland)
ErlRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
etc	et cetera
f.....	folgender, -e, -es
FBG	Firmenbuchgesetz
FN.....	Fußnote
gem	gemäß
GesDigG 2023.....	Gesellschaftsrechtliches Digitalisierungsgesetz 2023
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung
hA	herrschende Ansicht
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber

iaR in aller Regel
 idR in der Regel
 insb insbesondere
 InsO Insolvenzordnung (Deutschland)
 IO Insolvenzordnung
 iSd im Sinne des, der
 iSv im Sinne von
 iVm in Verbindung mit
 Jhdt Jahrhundert
 Jud Judikatur
 KO Konkursordnung
 krit kritisch
 leg cit legis citatae (der zitierten Vorschrift)
 Lit Literatur
 mE meines Erachtens
 MoMiG... Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
 (Deutschland)
 MoPeG Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Deutschland)
 mwN mit weiteren Nachweisen
 OGH Oberster Gerichtshof
 Rn Randnummer
 Rsp Rechtsprechung
 Rz Randziffer
 s siehe
 sog sogenannter, -e, -es
 StGB Strafgesetzbuch
 Str strittig

stRsp.....ständige Rechtsprechung
tw.....teilweise
Z.....Ziffer
zB.....zum Beispiel
zT.....zum Teil

1 Einleitung

Vor dem Hintergrund der gegenwärtigen Zunahme an Insolvenzeröffnungen in Österreich¹ und der beträchtlichen Steigerung der dabei zu Buche stehenden durchschnittlichen (vorläufigen) Passiva² in den jeweiligen Verfahren, rückt die Frage der Verantwortlichkeit von Geschäftsführungsorganen insolventer Gesellschaften zunehmend in den Vordergrund der juristischen Praxis und der dahinterstehenden Lehre. Medienwirksame Verquickungen von Politik und Wirtschaft und eine Liste prominenter Gläubiger im bisher größten Insolvenzverfahren Österreichs taten ihr Übriges, um auch den Scheinwerfer der Öffentlichkeit auf die Frage der Verantwortlichkeit von Führungspersonen insolventer Gesellschaften zu richten.

Die Thematik lässt sich aus vielerlei – nicht nur juristischen – Blickwinkel beleuchten. Unter rechtlichen Gesichtspunkten stellen sich primär Haftungsfragen, wobei sich auch hier diverse Fallkonstellationen auf Grundlage unterschiedlicher Bestimmungen einer rechtlichen Prüfung und Begutachtung unterziehen ließen.

Thema der vorliegenden Arbeit ist die Haftung der Geschäftsführer von Gesellschaften mit beschränkter Haftung im Falle der verspäteten Insolvenzantragstellung. Ausgangspunkt ist dabei die Rechtsnatur der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Bei dieser handelt es sich zwar grundsätzlich um einen eigenen Rechtsträger; im Unterschied zu natürlichen Personen befindet sich die Gesellschaft jedoch im Eigentum anderer (natürlicher oder juristischer) Personen, die von der wirtschaftlichen Entwicklung der Gesellschaft folglich in ihrer eigenen Vermögenssphäre berührt werden.³ Anders als natürliche Personen werden Gesellschaften darüber hinaus von einer anderen Person geleitet, deren persönliches Schicksal auf unterschiedlichste Weise mit der Gesellschaft verknüpft sein kann. Solange eine Gesellschaft ihre Verbindlichkeiten bei Fälligkeit bedient, sind

¹ Redl/Wolf, Wann Prüfer für ihre Fehler haften, Der Standard 2024/14/01.

² <https://www.ksv.at/insolvenzstatistik/insolvenzstatistik-2023-final>.

³ Trenker, "Reflexvorteil" und "Reflexschaden" im Gesellschaftsrecht, GesRZ 2014, 10 (10).

diese organisationsrechtlichen Grundbausteine der GmbH zwar für die gesellschaftsrechtliche Praxis und Lehre von Relevanz, für die Gesellschaftsgläubiger – und damit für das Insolvenzrecht – jedoch nicht von besonderem Interesse.

Ist die Gesellschaft hingegen nicht mehr in der Lage, ihre Verbindlichkeiten bei Fälligkeit zu tilgen oder lässt sich ein positiver Fortbetrieb nicht mehr darstellen, bergen die strukturellen Grundzüge der GmbH erhebliche Risiken für Gesellschaftsgläubiger. Der Schutz der Gesellschaftsgläubiger ist seit der Einführung der juristischen Person und der mit ihr regelmäßig verbundenen Haftungsbeschränkung dementsprechend ein „Dauerbrenner der gesellschafts- und insolvenzrechtlichen Diskussion“.⁴ Die die Regulierungsbandbreite absteckenden Positionen sind dahingehend zusammenzufassen, dass überschießender Gläubigerschutz, der sich durch allzu restriktive Auflagen gegenüber Eigenkapitalgebern äußert, zwar ein investitionsfeindliches Umfeld schafft; nichtsdestoweniger kann das die Gesellschafter begünstigende Trennungsprinzip letztlich nicht dazu führen, dass die handelnden Gesellschaftsorgane frei von jeder Verantwortung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern bleiben.⁵ Von besonderer Bedeutung für einen effektiven Gläubigerschutz ist dabei die rechtzeitige Eröffnung – und damit die rechtzeitige Beantragung der Eröffnung – eines Insolvenzverfahrens⁶, welches jedoch in Hinblick auf die damit verbundenen rechtlichen ebenso wie wirtschaftlichen und persönlichen Konsequenzen oftmals nicht im Interesse sämtlicher relevanter Akteure liegt.

Die gegenständliche Arbeit beleuchtet vor diesem Hintergrund die Haftung der Geschäftsführer einer GmbH im Falle der Insolvenzverschleppung nach österreichischem und nach deutschem Recht. Zwar verfolgen beide Rechtsordnungen dieselbe Stoßrichtung und bedienen sich dabei auch

⁴ Spindler, Der Gläubigerschutz zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht, JZ 17/2006, 839 (839).

⁵ Spindler, Der Gläubigerschutz zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht, JZ 17/2006, 839 (840).

⁶ Kalss/Eckert, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2004) 334.

weitgehend derselben rechtlichen Instrumente; Unterschiede zeigen sich jedoch gerade dort, wo auch in Rsp und Lehre tw noch Uneinigkeit besteht.

Am Anfang der nachfolgenden Ausführungen steht eine kurze Skizzierung der Haftungsordnung der GmbH und ein Überblick über das Gesellschaftsorgan „Geschäftsführer“. Anschließend wird die Insolvenzantragspflicht einerseits vor ihrem wirtschaftlichen Hintergrund, andererseits im Lichte der Agency-Problematik beleuchtet und sodann die konkreten Regelungen in Deutschland und Österreich vorgestellt. Nach der Darlegung dieser Grundlagen widmet sich die Arbeit ihrem eigentlichen Thema, der Haftung der Geschäftsführer bei verspäteter Insolvenzantragstellung. Den Abschluss bildet eine zusammenfassende vergleichende Darstellung der Haftungsfolgen im Falle der Insolvenzverschleppung.

2 Die GmbH: Haftungsordnung und Geschäftsführung

Die als Vehikel zur unternehmerischen Betätigung und zur Bündelung wirtschaftlicher Interessen zu begreifende Kapitalgesellschaftsform der GmbH lässt sich, worauf *Kalss/Eckert* hinweisen, „nur aus ihrer wirtschaftlichen Funktion“ verstehen. Angesichts ihrer Eigenschaft als „marktwirtschaftliche Einrichtungen“ erscheint es den genannten Autoren zufolge zur Erfassung der einzelnen Facetten der Rechtsform GmbH naheliegend, die in der Gesellschaft gebündelten wirtschaftlichen Interessen herauszudestillieren und ihren Einfluss sowohl auf gesellschaftsinterne Vorgänge, als auch auf ihre Beziehungen zu gesellschaftsfremden Dritten (insb Gläubiger) zu analysieren.⁷ Die von *Kalss/Eckert* beschriebene Vorgehensweise erfasst rechtliche Regelungsbereiche aus der Perspektive der Wirtschaftswissenschaften unter Anwendung entsprechender Begrifflichkeiten und Kategorien, wobei insb der „methodologische Individualismus“, das heißt: „die Beurteilung des Verhaltens des Einzelnen und nicht des Kollektivs (zB Unternehmensinteresse) und der Eigennutz jedes Individuums unterstellt [wird], wonach ein Einzelner das Verhalten zeigen

⁷ *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2004) 23 f.

wird, das ihm den größten Nutzen bringt (Eigennutztheorem)“⁸, wobei es gleichzeitig zu berücksichtigen gilt, dass Menschen nicht unentwegt „mechanischrational“ agieren.⁹ Die Anwendung der ökonomischen Analyse ermöglicht die Erarbeitung von „Kosten-Nutzen-Kalkülen“, die, unter Berücksichtigung „anreizstiftender und –beschränkender Normen“, das Verhalten individueller Akteure nachvollziehbar machen.¹⁰ Durch eine eingehende Abwägung der relevanten wirtschaftlichen Faktoren ermöglicht die ökonomische Analyse – der in der Praxis freilich nach wie vor mit einer gewissen Zurückhaltung begegnet wird – in diesem Sinne demnach Rationalitätsgewinne sowohl im Bereich der Rechtssetzung als auch der Gesetzesinterpretation.¹¹

Die in der vorliegenden Arbeit behandelte Thematik der Haftung der Geschäftsleitungsorgane der GmbH im Falle der Insolvenzverschleppung wird in der Praxis in einer Situation relevant, in der sich die wirtschaftlichen Interessen derjenigen Parteien, die mit der oder für die jeweilige(n) Gesellschaft in unterschiedlicher Weise kontrahieren (Gesellschafter, Gesellschaftsorgane, Dritte) angesichts des zunehmenden Risikos der Undurchsetzbarkeit ihrer Interessen intensivieren. Hierdurch werden bereits in der Grundkonzeption der GmbH latent angelegte Interessenwidersprüche der genannten Parteien akut, was in der Praxis bei mangelnder Kompromissbereitschaft oder mangelndem Manövrierspielraum der relevanten Akteure in der Insolvenz der Gesellschaft kulminiert.

Vor diesem Hintergrund erscheint es vielversprechend, dem von *Kalss/Eckert* skizzierten Ansatz auch in der gegenständlichen Arbeit zu folgen und sich dem Regelungsbereich der Geschäftsführerhaftung im Falle der Insolvenzverschleppung durch eine rechtsökonomische Analyse zu nähern. Dabei sollen insb die jeweiligen Interessen der in der Praxis typischerweise involvierten Parteien

⁸ *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2004) 23.

⁹ *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2004) 23; vgl auch *F. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre² (2012) 59.

¹⁰ *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2004) 24.

¹¹ *F. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre² (2012) 59 f.

herausgearbeitet und in eine „Wechselbeziehung“ gesetzt werden, um hierdurch „die gesetzgeberische Wertungsentscheidung offen zu legen und ihr zum Durchbruch zu verhelfen.“¹² Dementsprechend werden nachfolgen zunächst die gesetzlichen Grundstrukturen der Rechtsform GmbH zusammengefasst, sodann die ökonomischen Implikationen derselben analysiert und schließlich die verschiedenen gesetzlichen Abhilfemaßnahmen zur Linderung allfälliger, der gesetzlichen Konzeption der Rechtsform GmbH geschuldeter Härten zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger vorgestellt, wodurch sich schließlich der Bogen zur Geschäftsführerhaftung im Falle der Insolvenzverschleppung spannen lässt.

2.1 Die Haftungsordnung der GmbH

Bei der in der gegenständlichen Arbeit interessierenden Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) handelt es sich um eine weder in der österreichischen¹³, noch der deutschen¹⁴ Rechtsordnung legaldefinierten Gesellschaftsform. Die einzelnen „Wesenselemente“¹⁵ der GmbH ergeben sich vielmehr aus den unterschiedlichen Bestimmungen der ersten beiden Hauptstücke des österreichischen GmbH-Gesetzes (GmbHG) und für Deutschland insb aus § 13 des deutschen GmbH-Gesetzes (dGmbHG).¹⁶ Nach der vom GmbHG vorgezeichneten gesetzlichen Konzeptionierung des Gesellschaftstypus GmbH, handelt es sich bei ihr um eine „juristische Person [...] mit satzungsmäßig festgelegte[m] Nennkapital, an der die Gesellschafter mit Einlagen auf das in Teile zerlegte Stammkapital beteiligt sind, ohne persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften.“¹⁷

¹² Kalss/Eckert, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2004) 24.

¹³ Straube/Ratka in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG Einführung Rz 1 (Stand 1.8.2020, rdb.at).

¹⁴ MüKoGmbHG/Fleischer⁴ (2022), GmbHG Einleitung Rz 1; Fastrich in Noack/Servatius/Haas, GmbH-Gesetz²³ (2022) Einleitung Rz 1.

¹⁵ Straube/Ratka in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG Einführung Rz 1 (Stand 1.8.2020, rdb.at).

¹⁶ Straube/Ratka in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG Einführung Rz 1 (Stand 1.8.2020, rdb.at).

¹⁷ Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 1 Rz 7 (Stand 1.8.2020, rdb.at).

2.1.1 Der Trennungsgrundsatz und das Haftungsprivileg

Charaktergebendes Merkmal der GmbH, sowohl in Österreich als auch in Deutschland (in ihrer strukturellen Ausgestaltung ähnliche, das heißt: eigentümergeführte und nicht börsennotierte Kapitalgesellschaftsformen gibt es heute freilich nahezu auf der ganzen Welt¹⁸), ist die auf dem Trennungsgrundsatz basierende Haftungsordnung der Gesellschaft: Dem Trennungsgrundsatz folgend sind die Vermögenssphären der Gesellschaft einerseits und der Gesellschafter andererseits grundsätzlich (nach Maßgabe der jeweiligen gesetzlichen Vorgaben) zu trennen. Hinsichtlich der Frage der Haftung gegenüber Dritten äußert sich der Trennungsgrundsatz durch die gesetzliche Anordnung, dass Gesellschaftsgläubigern gegenüber für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur das Gesellschaftsvermögen haftet (§ 61 Abs 2 GmbHG, § 13 Abs 1 dGmbHG). Das Privatvermögen der Gesellschafter steht Gesellschaftsgläubigern als Haftungsfonds demgegenüber (von Ausnahmefällen der sogenannten „Durchgriffshaftung“ abgesehen) nicht zur Verfügung.¹⁹

Das Haftungsprivileg und die damit verbundene Beschränkung des Risikos der Gesellschafter wird insofern als volkswirtschaftlich erforderlich betrachtet, als dadurch Anreize für unternehmerische Aktivitäten gesetzt werden, die prinzipiell mit Risiko verbunden sind.²⁰ Die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen findet ihre „rechtspolitische Legitimation und ihr Korrelat in

¹⁸ *Straube/Ratka* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG Einführung Rz 10 (Stand 1.8.2020, rdb.at).

¹⁹ *Bollenberger* in *Bollenberger* (Hrsg), Geschäftsführerhaftung⁶ (2017) 61; *Straube/Ratka* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG Einführung Rz 4 (Stand 1.8.2020, rdb.at), mit dem Hinweis, dass die Bezeichnung „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ insofern als irreführend angesehen wird, als die Gesellschaft unbeschränkt, die Gesellschafter selbst aber (von Ausnahmefällen der Durchgriffshaftung abgesehen) überhaupt nicht haften; der Terminus der „beschränkten Haftung“ hat sohin keinen rechtlichen Anwendungsraum. Beschränkt ist alleine das Risiko der Gesellschafter, deren potenzieller Verlust sich auf den Betrag, der auf Grundlage des Gesellschaftsvertrags zu leistenden Einlagen beschränkt. Für Deutschland *MüKoGmbHG/Fleischer*⁴ (2022), GmbHG Einleitung Rz 18, mit dem Hinweis, dass „Wunsch und Wirklichkeit bei der Haftungsbeschränkung“ insofern weit auseinanderklaffen, als sich Finanzierer iaR (insbesondere bei Gesellschaftern kleiner oder mittlerer Größe) Personalsicherheiten der Gesellschafter einräumen lassen; ähnlich *Hirt*, The Wrongful Trading Remedy in UK Law: Classification, Application and Practical Significance, ECFR 2004, 71 (72, FN 5)).

²⁰ *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2004) 24.

der Aufbringung und dauerhaften Zurverfügungstellung der Einlagen auf das Stammkapital.“²¹ Das Stammkapital der Gesellschaft soll die fehlende persönliche Haftung der Gesellschafter ausgleichen und sohin den „Garantiefonds“²² und die „Kreditbasis“²³ der GmbH bilden; ihm kommt sohin eine zentrale Stellung im Gläubigerschutzkonzept des GmbH-Rechts zu, was sich auch darin äußert, dass sich Vorschriften über die Mindestkapitalhöhe seit der Stammfassung im GmbHG finden.²⁴

2.1.2 Ökonomische Implikationen des Trennungsgrundsatzes

Im Trennungsprinzip und dem damit verbundenen Haftungsprivileg der Gesellschafter liegt aus der Sicht der Gesellschafter der wesentliche Vorteil von Kapitalgesellschaftsformen gegenüber Personengesellschaftsformen.²⁵ Wirtschaftlich betrachtet führt das Trennungsprinzip aus der Perspektive der Gesellschafter zu einer „Externalisierung unternehmerischer Risiken“²⁶; für die Gesellschaftsgläubiger, für die das Haftungsprivileg der Gesellschafter die Einschränkung der ihnen zur Verfügung stehenden Haftungsmasse auf das Gesellschaftsvermögen bedeutet²⁷, führt das Trennungsprinzip zu einer Steigerung des Einbringlichkeitsrisikos in Hinblick auf ihre Forderungen gegen die Gesellschaft²⁸ (wenngleich selbstverständlich auch Gläubiger von Personengesell-

²¹ BeckOK GmbHG/Ziemons⁵⁹ (2023), GmbHG § 5 Rn 2.

²² Feltl/Aicher in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 4 Rz 23 (Stand 1.11.2018, rdb.at).

²³ EBRV 236 BlgHH XVII. Sess, abgedruckt bei Kalss/Eckert in Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2004) 433.

²⁴ van Husen/Krejci in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 6 Rz 1 (Stand 1.1.2017, rdb.at); Kleinszig/Olechowski weisen in Anbetracht aktueller Inflationsraten darauf hin, dass das Mindeststammkapital und die Mindeststammeinlage der österreichischen GmbH seit Inkrafttreten des GmbHG 1906 zwar nur selten geändert wurde, aufgrund wirtschaftlicher Entwicklungen (insbesondere im 20. Jhd) allerdings dennoch erheblichen Schwankungen ausgesetzt war. So hatte beispielsweise das (bis 31.12.2023 geltende) Mindeststammkapital von EUR 35.000,00 bei seiner Einführung mit dem 1. Euro-Justiz-Begleitgesetz (BGBl I 1998/125) noch eine Kaufkraft in Höhe eines Wertes, dem heute in etwa EUR 61.000,00 entsprechen würden (Kleinszig/Olechowski, Das Stammkapital der GmbH, GES 2023, 61 (64)).

²⁵ van Husen/Krejci in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 6 Rz 4 (Stand 1.1.2017, rdb.at).

²⁶ Spindler, Der Gläubigerschutz zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht, JZ 17/2006, 839 (840); das Abwälzen des Risikos entspricht letztlich auch den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers, vgl BT-Drs. 8/3908, 69.

²⁷ van Husen/Krejci in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 6 Rz 4/1 (Stand 1.1.2017, rdb.at).

²⁸ Spindler, Der Gläubigerschutz zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht, JZ 17/2006, 839 (840).

schaften nicht ohne Weiteres darauf vertrauen können, dass die persönlich haftenden Gesellschafter über ausreichend Vermögen verfügen, um die aushaftenden Gesellschaftsverbindlichkeiten zu befriedigen²⁹).

Vor diesem gesetzlich vorgezeichneten Hintergrund ist es aus der Perspektive der Gesellschafter naheliegend, die Gesellschaft, zur persönlichen Risikominimierung, mit so wenig Kapital wie möglich auszustatten und dadurch das Unternehmensrisiko – soweit gesetzlich zulässig – „auf die Gesellschaftsgläubiger abzuwälzen“.³⁰ Darüber hinaus verleitet das Haftungsprivileg Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH in verstärktem Maße zu risikogeneigtem und opportunistischem Verhalten, insb im Krisenfall, da die Gesellschafter diesfalls „nichts mehr zu verlieren haben“.³¹

Die auf das Gesellschaftsvermögen beschränkte Haftung stellt dabei freilich zunächst nur den vom Gesetzgeber konzeptionell vorgezeichneten Standardfall dar³²; den Geschäftspartnern der GmbH steht es jedoch frei (in Form der „Gläubiger-Selbsthilfe“³³) von der Gesellschaft oder ihr nahestehender Personen zur Besicherung von Forderungen gegen die Gesellschaft Sicherheiten zu verlangen. Persönliche Sicherheiten der Gesellschafter sind dabei über den Effekt der Vergrößerung

²⁹ *Spindler*, Der Gläubigerschutz zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht, JZ 17/2006, 839 (840); vgl. dazu bereits die erläuternde Bemerkungen zur Stammfassung des GmbHG: „Unsicherheit der Kreditverhältnisse und Mißbrauch des Kredites durch gewissenlose und frivole Verschleuderung fremder Kapitalien sind aber unter dem System der unbeschränkten Haftung ebenso denkbar und möglich, wie unter dem der beschränkten Haftung.“ (ErläutRV 236 BlgHH 17. Sess 53); vgl. auch *Mülbert*, A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection, or: A High-Level Framework for Corporate Creditor Protection in European Business Organization Law Review 2006/7, 357 (369): „Neither corporations nor natural persons possess unlimited funds. Thus, the net present value of a claim [...] may be less than its nominal value, regardless of the type of debtor, i.e., regardless of whether the debtor is a corporation or a natural person.“ Näher zur Agency-Thematik siehe unter Punkt 3.1.2. f.

³⁰ *van Husen/Krejci* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 6 Rz 4/1 (Stand 1.1.2017, rdb.at).

³¹ *Spindler*, Der Gläubigerschutz zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht, JZ 17/2006, 839 (840); näher zur Agency-Thematik siehe unter Punkt 3.1.2. f.

³² *Mülbert*, A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection, or: A High-Level Framework for Corporate Creditor Protection in European Business Organization Law Review 2006/7, 357 (374).

³³ „Creditor Self-Help“, *Mülbert*, A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection, or: A High-Level Framework for Corporate Creditor Protection in European Business Organization Law Review 2006/7, 357 (377).

des Haftungsfonds hinaus auch insofern vorteilhaft, als sie die Interessenlage zwischen Gläubiger und Gesellschafter angleicht, da diesfalls der Gesellschafter zur Vermeidung einer persönlichen Haftung ebenso vermehrt daran interessiert sein wird, dass die Gesellschaft ihre Verbindlichkeiten erfüllen wird können. Da es in der Praxis allerdings insb kleineren Gläubigern (insb auch aufgrund der erheblichen mit der eingehenden Prüfung des Geschäftspartners verbundenen Kosten) schwer fallen wird, entsprechende Sicherheiten von ihren Geschäftspartnern im Verhandlungsweg zu erlangen und darüber hinaus davon auszugehen ist, dass die im Namen der Gesellschaft handelnden Personen weiterhin zu opportunistischem Verhalten geneigt sein werden, solange der dadurch erwartete Nutzen groß genug ist, sind privatautonome Gläubigerschutzmaßnahmen alleine – wenngleich sie dem jeweiligen einzelnen Gläubiger bei der richtigen Strukturierung doch einen komfortablen Schutzstandard bieten – nicht dazu geeignet, ausreichenden Schutz zugunsten sämtlicher Gesellschaftsgläubiger und des Rechtsverkehrs (das heißt insb: potentieller zukünftiger Gesellschaftsgläubiger) zu gewährleisten.³⁴

2.1.3 Gesetzliche Gläubigerschutzvorschriften im Lichte des Trennungsgrundsatzes

2.1.3.1 Arten von Gläubigerschutzvorschriften

Zur Abfederung des Gläubigerrisikos in Anbetracht der durch den Trennungsgrundsatz vorgezeichneten Haftungsordnung und der damit verbundenen Anreize zur Externalisierung unternehmerischer Risiken bedient sich der Gesetzgeber unterschiedlicher rechtlicher Instrumente.³⁵ Diese

³⁴ Vgl. Mülbert, A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection, or: A High-Level Framework for Corporate Creditor Protection in European Business Organization Law Review 2006/7, 357 (375 ff).

³⁵ Vgl. Mülbert, A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection, or: A High-Level Framework for Corporate Creditor Protection in European Business Organization Law Review 2006/7, 357 (370).

lassen sich, *Spindler*³⁶ und *Mülbert*³⁷ folgend, in (*ex ante*³⁸ oder präventiv wirkende) Strukturvorgaben einerseits, und (*ex post* wirkende³⁹) Verhaltenspflichten für die Gesellschaftsorgane andererseits einordnen. Während sich die gesetzlichen Strukturvorgaben im Wesentlichen auf den Bereich des Gesellschaftsrechts beschränken, finden sich Verhaltensanordnungen an die Gesellschaftsorgane (im Detail mit unterschiedlichen Zielrichtungen) in zahlreichen Teilgebieten des nationalen Rechts,⁴⁰ insb auch – und dies ist in der gegenständlichen Arbeit von Interesse – im Insolvenzrecht.

Die auf die Förderung der Einbringlichkeit von Forderungen von Gesellschaftsgläubigern abzielenden Strukturvorgaben des Gesetzgebers lassen sich mit dem von *Bydlinski* formulierten „Grundsatz der realen Kapitalaufbringung und der (formalen, weil gegenüber schlechtem Geschäftsgang nicht hilfreichen) Kapitalerhaltung“⁴¹ zusammenfassen, der in einer Vielzahl einzelner Regelungen konkretisiert wird. Gesetzgeberischer Anknüpfungspunkt hierbei ist das Stammkapital der Gesellschaft, bei dem es sich in ökonomischer Hinsicht um das „von den Gesellschaftern eingesetzte Risikokapital“⁴² handelt.

³⁶ *Spindler*, Der Gläubigerschutz zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht, JZ 17/2006, 839 (842).

³⁷ *Mülbert*, A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection, or: A High-Level Framework for Corporate Creditor Protection in European Business Organization Law Review 2006/7, 357 (378): “[...] [L]egislators and courts have two basic strategies for creditor protection at their disposal: regulating structure and regulating behavior.”

³⁸ *Spindler*, Der Gläubigerschutz zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht, JZ 17/2006, 839 (840).

³⁹ *Spindler*, Der Gläubigerschutz zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht, JZ 17/2006, 839 (840).

⁴⁰ Für Österreich vgl beispielsweise § 159 StGB, § 9 BAO und § 67 Abs 10 ASVG; s auch *Mülbert*, A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection, or: A High-Level Framework for Corporate Creditor Protection in European Business Organization Law Review 2006/7, 357 (363).

⁴¹ *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996, Nachdruck 2013) 477.

⁴² *Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer* (Hrsg), GmbHG (2017) § 82 GmbHG Rz 6; *Oelkers*, Mindestkapital und Nennkapital - Leistungskraft für den Gläubigerschutz (Teil I), GesRZ 2004, 360.

2.1.3.2 Mindestkapital und Kapitalaufbringung

Der Gesetzgeber unterwirft die Gesellschafter strengen Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsregeln, wodurch zugunsten der Gesellschaftsgläubiger im Gesellschaftsvermögen ein gewisses „Haftungssubstrat“ zur Verfügung gestellt und gesichert werden soll.⁴³ Ob das aufgebrachte Stammkapital in der Praxis die ihm zugedachte Funktion als Haftungsfonds für die Gläubiger tatsächlich erfüllen kann, lässt sich freilich bezweifeln, da es bereits unmittelbar nach Einzahlung für Gesellschaftszwecke verwendet werden kann.⁴⁴ Darüber hinaus fungiert die Aufbringung des Stammkapitals durch die Gesellschaftsgründer jedoch zumindest insofern auch als „Seriositätsschwelle“,⁴⁵ als es den durch den Trennungsgrundsatz haftungsprivilegierten Gesellschaftern zumindest im Ausmaß der von ihnen übernommenen Stammeinlagen das unternehmerische Risiko auferlegt (damit ein „hinreichendes Interesse der Teilnehmer an der Gesellschaft wacherhalten“⁴⁶ soll) und dadurch mitunter auch „vertrauensbildend“ wirkt.⁴⁷

Ausgangspunkt hierbei sind die Regelungen betreffend die Mindestkapitalausstattung (§ 6 Abs 1 GmbHG, § 5 Abs 1 dGmbHG), die gewährleisten sollen, dass die Gesellschaft mit dem für ihre Geschäftstätigkeit erforderlichen Eigenkapital ausgestattet ist. Die Unzulänglichkeiten einer pau-

⁴³ *Spindler*, Der Gläubigerschutz zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht, JZ 17/2006, 839 (841).

⁴⁴ *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung² (2011) Rz 1/6; s auch *van Husen/Krejci* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 6 Rz 4/7 (Stand 1.1.2017, rdb.at), denen zufolge ein Stammkapital von EUR 35.000,00 aufgrund seiner „bescheidenen Dimension“ schwerlich einen „relevanten Haftungsfonds“ darstellen könne.

⁴⁵ *Spindler*, Der Gläubigerschutz zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht, JZ 17/2006, 839 (842); krit *Haas*, Mindestkapital und Gläubigerschutz in der GmbH, DStR 2006, 993 (993 f).

⁴⁶ *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2004) 328, mit Verweis auf EBRV 236 BlgHH XVII. Sess, 57 f.

⁴⁷ *van Husen/Krejci* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 6 Rz 4/9 (Stand 1.1.2017, rdb.at). Die Autoren bringen, wie der folgenden Formulierung zu entnehmen ist, über die Frage der Seriosität hinaus freilich auch Gerechtigkeits-erwägungen ins Spiel: „Wer ein Geschäft beginnt, soll gefälligst auch selbst einen einigermaßen spürbaren Einsatz aus dem eigenen Privatvermögen auf den Spieltisch legen“ (*van Husen/Krejci* aaO); vgl auch *Spindler*: „Keine Herrschaft ohne Haftung.“ (*Spindler*, Der Gläubigerschutz zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht, JZ 17/2006, 839 (840)). *Haas* weist darüber hinaus darauf hin, dass es auch dem Ansinnen des historischen Gesetzgebers entsprach, die Gründer einen Preis für die „Wohltat der beschränkten Haftung“ bezahlen zu lassen (*Haas*, Mindestkapital und Gläubigerschutz in der GmbH, DStR 2006, 993 (995), s BT-Drs. 8/3908, 68).

schal festgelegten Mindeststammkapitalhöhe, die keinerlei Bezug zu den mikro- und makroökonomischen Rahmenbedingungen des von der jeweiligen Gesellschaften betriebenen Unternehmens und dessen tatsächlichen Kapital- und Liquiditätserfordernissen in seinen unterschiedlichen Lebensphasen aufweist⁴⁸, sind offenkundig: Ist der gesetzlich vorgeschriebene Betrag zu hoch, bremst man jene Unternehmer aus, deren Geschäftsmodelle mit einem geringeren Betrag sinnvoll zu bewerkstelligen wären; ist der Betrag zu niedrig, lassen sich die in der Lit vertretenen Vorteile des Mindeststammkapitals (Haftungssubstrat, Seriositätsschwelle) nicht mehr aufrechterhalten.⁴⁹ Aus gesetzesökonomischen Gründen erscheint eine pauschale Festlegung des Mindeststammkapitals – so man ein solches überhaupt vorsehen will – in Ermangelung eines „allgemeingültigen“ Maßstabs für die Festlegung der Höhe des Mindeststammkapitals⁵⁰ allerdings unumgänglich, da die bisweilen vorstellbaren Alternativen – etwa eine Prüfung des jeweils geplanten Geschäftsmodells samt individueller Festlegung des erforderlichen Eigenkapitals durch Sachverständige⁵¹ – in Anbetracht des damit verbundenen Aufwands weder ökonomisch, noch besonders investitionsfreundlich erscheinen. Unabhängig davon stellt sich die Frage der Sinnhaftigkeit eines gesetzlich vorgesehenen Mindeststammkapitals auch vor dem Hintergrund, dass anfänglich gesetzeskonform aufgebracht Mindeststammkapital durch schlechtes Management oder aufgrund allgemein widriger Umstände in völlig gesetzeskonformer Weise rasch aufgezehrt sein kann.⁵²

⁴⁸ Vgl. Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts (1996, Nachdruck 2013) 478; Mülberr, A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection, or: A High-Level Framework for Corporate Creditor Protection in European Business Organization Law Review 2006/7, 357 (386); Haas, Mindestkapital und Gläubigerschutz in der GmbH, DStR 2006, 993 (995).

⁴⁹ Mülberr, A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection, or: A High-Level Framework for Corporate Creditor Protection in European Business Organization Law Review 2006/7, 357 (386).

⁵⁰ Altmeyden, GmbHG¹¹ (2023) § 5 Rn 2; Spindler, Der Gläubigerschutz zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht, JZ 17/2006, 839 (842).

⁵¹ van Husen/Krejci in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 6 Rz 4/3 (Stand 1.1.2017, rdb.at).

⁵² Mülberr, A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection, or: A High-Level Framework for Corporate Creditor Protection in European Business Organization Law Review 2006/7, 357 (386); Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung² (2011) Rz 1/6; so auch im Ansatz F. Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts (1996, Nachdruck 2013) 477.

Über die Höhe des Mindeststammkapitals hinaus regelt der Gesetzgeber auch die Art und Weise, in der das Stammkapital aufzubringen ist, wobei zwischen weitgehend unproblematischen Bargründungen und – aus der Perspektive des Gläubigerschutzes – tendenziell bedenklicheren Sachgründungen unterschieden werden kann. Hintergrund des Regelungsbedarfs bei Sachgründungen ist, dass anders als bei Bargründungen zweifelhaft sein kann, ob die vom Gesellschafter zugunsten der Gesellschaft (reflexiv zugunsten der Gesellschaftsgläubiger) eingebrachte Sache tatsächlich den angegebenen Wert hat. Bleibt der tatsächliche Wert hinter dem angegebenen Wert zurück, wurde das gesellschaftsvertraglich vorgesehene Stammkapital und unter Umständen auch das gesetzlich vorgesehene Mindeststammkapital nicht ordnungsgemäß aufgebracht, was Risiken insb für die Gesellschaftsgläubiger, jedoch auch für die Gesellschaft und die übrigen Gesellschafter birgt.⁵³ Zur Eindämmung der mit Sacheinlagen verbundenen Risiken sieht der österreichische Gesetzgeber zunächst vor, dass grundsätzlich – mit Ausnahme gewisser Fälle der Unternehmensfortführung – zumindest die Hälfte des Stammkapitals durch bar zu leistende Stammeinlagen voll aufgebracht werden muss (§ 6a Abs 1 GmbHG). Diese Regelung gilt jedoch dann nicht, wenn die aktienrechtlichen Vorschriften über Sachgründungen eingehalten werden, was insb eine Gründungsprüfung im Sinne des AktG voraussetzt.⁵⁴ Gem § 6 Abs 4 GmbHG, der grundsätzlich Sachübernahmen regelt, allerdings der hA zufolge gleichermaßen auf Sacheinlagen anzuwenden ist, müssen die jeweiligen Gegenstände der Sacheinlage und deren Wert im Gesellschaftsvertrag vollständig und genau festgelegt sein.⁵⁵ In ähnlicher Weise sieht auch § 5 Abs 4 dGmbHG vor, dass im Falle der Leistung von Sacheinlagen der Gegenstand der Sacheinlage und der Nennbetrag des Geschäftsanteils, auf den sich die Sacheinlage bezieht, im Gesellschaftsvertrag festgesetzt sein müssen. Darüber hinaus müssen die Gründer dem Konzept des dGmbHG folgend allerdings in

⁵³ *van Husen/Krejci in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 6 Rz 31* (Stand 1.1.2017, rdb.at); *Altmeppen, GmbHG*¹¹ (2023) § 5 Rn 13.

⁵⁴ *Winkler/Winkler in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer* (Hrsg), GmbHG (2017) § 6a GmbHG Rz 1.

⁵⁵ *van Husen/Krejci in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 6 Rz 181* (Stand 1.1.2017, rdb.at); *Mader/Brandstätter, GmbH-Gründung mit Sacheinbringung* (Stand 23.2.2023, Lexis Briefings in lexis360.at).

jedem Fall einen Sachgründungsbericht erstatten, der der Anmeldung zum Handelsregister beizulegen ist (§ 5 Abs 4 Satz 2 dGmbHG). Sein Zweck besteht in der Plausibilisierung des Umstandes, dass der Wert der Sacheinlage zumindest dem Nennbetrag des übernommenen Geschäftsanteils entspricht.⁵⁶ Das zuständige Registergericht ist idZ gem § 8 Abs 2 Satz 2 dGmbHG auch berechtigt, weitere Nachweise hinsichtlich des Wertes der jeweiligen Sacheinlage zu verlangen.⁵⁷

Das Mindeststammkapital der österreichischen GmbH betrug bis zum 31.12.2023 gem § 6 Abs 1 GmbHG aF EUR 35.000,00, wovon gem § 6a Abs 1 GmbHG aF grundsätzlich die Hälfte durch bar zu leistende Stammeinlagen voll aufgebracht werden musste. Nachdem die mit dem GesRÄG 2013⁵⁸ vorgenommene Absenkung des Mindeststammkapital auf EUR 10.000,00 aus steuerlichen Gründen bereits nach acht Monaten mit dem AbgÄG 2014⁵⁹ wieder rückgängig gemacht wurde, bestand neben einer regulären Gründung die Möglichkeit der Inanspruchnahme der sogenannten „Gründungsprivilegierung“ des § 10b GmbHG aF, bei der das Mindeststammkapitalerfordernis für die ersten zehn Jahre ab Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch auf EUR 10.000,00 herabgesetzt wurde, wovon EUR 5.000,00 bar einzuzahlen waren. Mit dem Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2023⁶⁰ wurde – gemeinsam mit der Einführung der Gesellschaftsform der flexiblen Kapitalgesellschaft – das Mindeststammkapital der GmbH generell auf EUR 10.000,00 reduziert (§ 6 Abs 1 GmbHG), wovon EUR 5.000,00 einzuzahlen sind (§ 6a Abs 1 GmbHG), womit naturgemäß auch die Möglichkeit (und das Erfordernis) der Gründungsprivilegierung entfiel.⁶¹

⁵⁶ BeckOK GmbHG/Ziemons⁵⁹ (2023), GmbHG § 5 Rn 170.

⁵⁷ BeckOK GmbHG/Ziemons⁵⁹ (2023), GmbHG § 5 Rn 176.

⁵⁸ BGBl I 2013/109.

⁵⁹ BGBl I 2014/13.

⁶⁰ Bundesgesetz, mit dem ein Flexible-Kapitalgesellschafts-Gesetz erlassen wird, sowie das GmbH-Gesetz, das Firmenbuchgesetz, das Rechtspflegergesetz, das Notariatstarifgesetz, das Rechtsanwaltstarifgesetz, das Wirtschaftliche Eigentümer Registergesetz und das Gerichtsgebührengesetz geändert werden (Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2023 – GesRÄG 2023), BGBl I 2023/179.

⁶¹ S dazu A. Reich-Rohrwig/Gerbl, Absenkung des GmbH-Mindeststammkapitals und Ende der Gründungsprivilegierung, *ecolex* 2024/89.

Hintergrund der Herabsetzung des Mindeststammkapitals war die Intention des Gesetzgebers, Unternehmensgründungen in Österreich in der Rechtsform der GmbH (und der flexiblen Kapitalgesellschaft) zu erleichtern, indem man sich, was die Erfordernisse des Mindeststammkapitals betrifft, im europäischen Mittelfeld platzierte.⁶²

Die deutsche Parallelregelung des § 5 Abs 1 dGmbHG sieht demgegenüber grundsätzlich ein Mindeststammkapital in Höhe von EUR 25.000,00 vor. Daneben bietet das dGmbHG Gründern jedoch in § 5a die Möglichkeit, ihre Gesellschaft als eine „Unternehmergesellschaft“ (oder „UG“) und damit als eine „Variante der GmbH“⁶³ zu errichten, die das Stammkapital von EUR 25.000,00 unterschreitet. Wie hoch das Stammkapital der UG zumindest sein muss, legt das dGmbHG nicht ausdrücklich fest⁶⁴; aus § 5 Abs 2 dGmbHG, demzufolge der Nennbetrag jedes Geschäftsanteils auf volle Euro lauten muss, folgt jedoch, dass das Mindeststammkapital der UG abhängig von der Anzahl ihrer Gesellschafter ist und – ausgehend von einer Ein-Mann-Gesellschaft – jedenfalls nicht unter EUR 1,00 liegen kann.⁶⁵ Mit der Einführung der UG versuchte der deutsche Gesetzgeber Abwanderungstendenzen in die englische Rechtsform der Limited, deren Gründung mit wesentlich niedrigeren Anforderungen an das aufzubringende Stammkapital verbunden war, zuvorzukommen;⁶⁶ er schuf mit der UG eine Rechtsform, die die Gesellschafter trotz ihres geringen Stammkapitals in „den Genuss der Haftungsbeschränkung“⁶⁷ kommen lässt.

Gem § 7 Abs 2 dGmbHG darf die Gesellschaft erst dann zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden, wenn auf das Stammkapital mindestens die Hälfte des Mindeststamm-

⁶² ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 2.

⁶³ *Altmeppen*, GmbHG¹¹ (2023) § 5a Rn 4; BeckOK GmbHG/*Miras*⁵⁸ (2023), GmbHG § 5a Rn 3.

⁶⁴ *Altmeppen*, GmbHG¹¹ (2023) § 5a Rn 10.

⁶⁵ BeckOK GmbHG/*Miras*⁵⁸ (2023), GmbHG § 5a Rn 5.

⁶⁶ BeckOK GmbHG/*Miras*⁵⁸ (2023), GmbHG § 5a Rn 1.

⁶⁷ BeckOK GmbHG/*Miras*⁵⁸ (2023), GmbHG § 5a Rn 2.

kapitals gem § 5 Abs 1 dGmbHG geleistet wurde. Abweichend hiervon gilt für die UG das Volleinzahlungsgebot.⁶⁸ Die Anmeldung einer UG darf gem § 5a Abs 2 dGmbHG erst erfolgen, wenn das Stammkapital in voller Höhe einbezahlt ist; Sacheinlagen sind ausgeschlossen.

2.1.3.3 Kapitalerhaltung

Die Regelungen betreffend die Aufbringung des Stammkapitals wären freilich zahnlos, wenn das Stammkapital – so es einmal aufgebracht wurde – in seiner Eigenschaft als Haftungssubstrat zugunsten der Gesellschaftsgläubiger nicht in gewissem Maße vor dem Zugriff der Gesellschafter geschützt würde.⁶⁹ Konsequenterweise bedarf es, wie es *F. Bydlinski*⁷⁰ ausdrückt, neben dem „Einlagezwang“ auch eines „Entfremdungsverbots“, das sowohl in der deutschen als auch in der österreichischen Rechtsordnung in Form von Regelungen zur Kapitalerhaltung umgesetzt wurde, die sich jedoch in ihrer Reichweite erheblich unterscheiden: Während sich das österreichische Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 82 GmbHG) der hA zufolge auf das gesamte Gesellschaftsvermögen⁷¹ bezieht – untersagt sind jegliche Leistungen der Gesellschaft an ihre Gesellschafter, „denen keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht und durch die das Vermögen zum Nachteil der Gesellschaftsgläubiger verringert wird“⁷² –, erfassen die weitaus weniger streng ausgestalteten⁷³

⁶⁸ *Altmeppen*, GmbHG¹¹ (2023) § 5a Rn 16.

⁶⁹ *Mülbert*, A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection, or: A High-Level Framework for Corporate Creditor Protection in *European Business Organization Law Review* 2006/7, 357 (384); *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) § 82 Rz 18.

⁷⁰ *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996, Nachdruck 2013) 477.

⁷¹ *van Husen/Krejci* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 6 Rz 45 (Stand 1.1.2017, rdb.at); *Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer* (Hrsg), GmbHG (2017) § 82 GmbHG Rz 4.

⁷² *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 82 Rz 4 (Stand 1.12.2017, rdb.at).

⁷³ RIS-Justiz RS0105518; *Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer* (Hrsg), GmbHG (2017) § 82 GmbHG Rz 24.

deutschen Kapitalerhaltungsvorschriften (§ 30 dGmbHG) lediglich jenen Teil des Gesellschaftsvermögens, der zur wertmäßigen Erhaltung des Stammkapitals in Höhe der satzungsmäßig festgelegten Stammkapitalziffer erforderlich ist.⁷⁴

2.1.3.4 Eigenkapitalersatz

Ein weiteres Element des Kapitalschutzes zugunsten der Gläubiger stellen schließlich die gesetzlichen Regelungen betreffend eigenkapitalersetzende Darlehen dar.⁷⁵ Dem Kapitalersatzrecht liegt der Gedanke zugrunde, dass ein Gesellschafter im Falle der Krise seiner Gesellschaft nicht durch die Gewährung von Krediten anstelle von Eigenkapital an die Gesellschaft das unternehmerische Risiko (tw) auf die sonstigen Gesellschaftsgläubiger verlagern können soll.⁷⁶ Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen stellen der österreichischen Konzeption nach folglich keine Insolvenzforderungen, sondern eine eigene Forderungskategorie dar, die gem § 57a Abs 1 IO im Falle der Insolvenz erst nach den Insolvenzforderungen zu befriedigen sind. Eigenkapital ersetzend im Sinne des § 57a IO ist gem der gesetzlichen Definition in § 1 EKEG ein Kredit, den eine Gesellschafterin oder ein Gesellschafter der Gesellschaft in der Krise gewährt.⁷⁷

In Deutschland wurde die bis dahin in den §§ 32a und 32b dGmbHG geregelte Rechtsfigur des eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens mit dem Inkrafttreten des MoMiG im Jahr 2008 aufgegeben. Gem § 39 Abs 1 Z 5 InsO sind nunmehr jegliche Forderungen aus Gesellschafterdarlehen (und Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen) in der Insolvenz als nachrangige Forderungen zu behandeln.⁷⁸ Die Regelung gilt gem §

⁷⁴ BeckOK GmbHG/Schmolke⁵⁹ (2024), GmbHG § 30 Rn 1; Koppensteiner in Koppensteiner/Rüffler (Hrsg), GmbH-Gesetz³ (2007) § 82 Rz 1.

⁷⁵ Spindler, Der Gläubigerschutz zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht, JZ 17/2006, 839 (844 f).

⁷⁶ Rieder/Huemer, Gesellschaftsrecht³ (2013) 299; MHLs/Dahl/Linnenbrink, GmbH-Gesetz⁴ (2023), Systematische Darstellung: Das Recht der Gesellschafterdarlehen Rn 3.

⁷⁷ Katzmayr in Koller/Lovrek/Spitzer (Hrsg), IO - Insolvenzordnung² (2022) § 57a IO Rz 1 f.

⁷⁸ BeckOK GmbHG/Koepfen⁵⁹ (2024), GmbHG § 64 Anhang Eigenkapitalersatzrecht Rn 1; K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 39 Rn 26.

39 Abs 4 InsO allerdings nur für Gesellschaften solcherart, die weder eine natürliche Person noch eine Gesellschaft als persönlich haftenden Gesellschafter haben, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.⁷⁹

2.1.3.5 Verhaltenssteuernde Ansätze

Über die genannten strukturellen Regelungen zur Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals als Haftungssubstrat zugunsten der Gläubiger hinaus, deren Zweck im Wesentlichen mit der Reduktion des Risikos des Eintritts einer finanziellen Krise zusammengefasst werden kann, bedient sich der Gesetzgeber insb in Insolvenznähe „situativer Regeln“⁸⁰ als verhaltenssteuernde Ansätze für die Gesellschaftsorgane. Hierunter ist insb die in der gegenständlichen Arbeit interessierende gesetzliche Insolvenzantragspflicht zu zählen, die nach Ansicht des BGH – gemeinsam mit dem durch die Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften bewirkten Gläubigerschutz – die Rechtfertigung für das Haftungsprivileg der Gesellschafter darstellt.⁸¹ Als weiteres Bsp lässt sich die Pflicht der Geschäftsführung zur Einberufung der Generalversammlung bei Verlust der Hälfte des Stammkapitals nennen (§ 36 Abs 2 GmbHG, § 49 Abs 3 dGmbHG).⁸²

Im Vergleich zu strukturellen Vorschriften, deren Anwendungsbereich aufgrund ihrer präventiven Wirkungsweise zunächst sämtliche Gesellschaften umfassen muss, haben verhaltenssteuernde Regelungen den rechtsökonomischen Vorteil, dass sie gezielt jene Gesellschaften und deren Organe erfassen, die von den jeweils relevanten Umständen – etwa der materiellen Insolvenz – auch tatsächlich betroffen sind. Der zentrale Nachteil derartiger Regelungen liegt primär darin, dass die

⁷⁹ BeckOK GmbHG/Koeppen⁵⁹ (2024), GmbHG § 64 Anhang Eigenkapitalersatzrecht Rn 6, mit dem Hinweis, dass der Wortlaut des § 39 Abs 4 InsO insofern zu eng gefasst ist, als er für die mittelbare Beteiligung bloß doppelstöckige Gesellschaftskonstruktionen erwähnt, obwohl § 39 Abs 1 Z 5 InsO aufgrund seines Normzwecks auch bei drei- und mehrstöckigen Gesellschaften nicht anwendbar ist, solange nur „am Ende der Kette eine natürliche Person als persönlich haftender Gesellschafter steht.“

⁸⁰ Spindler, Der Gläubigerschutz zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht, JZ 17/2006, 839 (846).

⁸¹ BGH, 06.06.1994, II ZR 292/91 (Karlsruhe) = NJW 1994, 2220 (2223).

⁸² S dazu Haas, Mindestkapital und Gläubigerschutz in der GmbH, DStR 2006, 993 (997).

pflichtenauslösenden Umstände – etwa der Eintritt der Überschuldung – in der Praxis häufig schwierig feststellbar sind,⁸³ was sich letztlich zum Nachteil der Gesellschaftsgläubiger auswirkt.

2.2 Die Geschäftsführung der GmbH

Als juristische Personen sind GmbH zwar rechtsfähig, nicht aber selbst handlungsfähig. Sie benötigt vielmehr natürliche Personen als Organwalter, die einerseits den Willen der Gesellschaft bilden, andererseits die Gesellschaft nach außen Vertreten und ihre Geschäfte nach innen führen.⁸⁴ Letztere Aufgabe fällt iaR den Geschäftsführern zu.

Dem Prinzip der Fremdorganschaft entsprechend ist die Geschäftsleitung und Vertretung der GmbH nach außen sowohl in Österreich als auch in Deutschland einem bestellten Organ übertragen. Hintergrund der Regelung war (auch für Österreich, dessen GmbHG eng an sein deutsches Pendant angelehnt wurde⁸⁵) die Annahme des deutschen Gesetzgebers, dass die Gesellschaftsform der GmbH regelmäßig für Unternehmungen genutzt werden soll, an der sich eine Vielzahl von Gesellschaftern beteiligen werden.⁸⁶

Wie *Altmeyen* ausführt, handelt es sich beim Geschäftsführer der GmbH nicht nur um einen Geschäftsbesorger der Kapitalgeber (der Gesellschafter), „sondern zugleich der Allgemeinheit [...]“, weil er die Erfüllung nicht disponibler Pflichten der Kapitalgesellschaft im Interesse aktueller und potenzieller Gläubiger zu garantieren hat.“⁸⁷ Insb in Hinblick auf den Trennungsgrundsatz lässt

⁸³ *Spindler*, Der Gläubigerschutz zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht, JZ 17/2006, 839 (846).

⁸⁴ *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht³ (2013) 232; *Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) § 15 Rz 3; *Oetker* in *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht⁵ (2021) § 6 GmbHG Rn 1; *MHLS/Tebben/Kämper*, GmbH-Gesetz⁴ (2023) § 6 Rn 8; *Koppensteiner*, Zur Außenhaftung von Geschäftsführern und Vorständen, GES 2015, 379 (379).

⁸⁵ ErläutRV 236 BlgHH 17. Sess 120.

⁸⁶ *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2004) 98; *Oetker* in *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht⁵ (2021) § 6 GmbHG Rn 24.

⁸⁷ *Altmeyen*, Der GmbH-Geschäftsführer als unabhängiger Treuhänder der Allgemeinheit, NJW 2022, 2785 (2788); vgl auch OGH 26.04.1990, 8 Ob 563/89.

sich die Bedeutung der Rolle des Geschäftsführers als Knotenpunkt der in der GmbH zusammenlaufenden Interessen von Eigen- und Fremdkapitalgebern sowie der sonstigen Gesellschaftsgläubiger kaum überschätzen. Vor diesem Hintergrund erscheint es auch hinsichtlich der Frage der Geschäftsleiterhaftung im Falle der Insolvenzverschleppung zweckmäßig, zunächst die gesetzlichen Grundlagen des Gesellschaftsorgans „Geschäftsführer“ zu beleuchten.

2.2.1 Die Geschäftsführung der GmbH unter österreichischem Recht

2.2.1.1 Person des Geschäftsführers, Bestellung und Abberufung

Grundlegend bestimmt § 15 Abs 1 GmbHG, dass jede GmbH einen oder mehrere Geschäftsführer haben muss; beim Geschäftsführer handelt es sich demnach um ein notwendiges, gemeint: „zwingend zu bildendes“⁸⁸ Organ der GmbH. Der Geschäftsführer ist (als Gesellschaftsorgan) kein Bevollmächtigter der Gesellschaft, da seine Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis unmittelbar aus dem Gesetz abgeleitet wird und die Gesellschafter, von denen der Geschäftsführer im Rahmen eines gesellschaftsrechtlichen Bestellungsaktes bestellt wird, selbst über keine eigenständige Vertretungsbefugnis verfügen, die sie dem Geschäftsführer übertragen könnten.⁸⁹

Als Geschäftsführer kommen nur physische, handlungsfähige⁹⁰ Personen in Betracht, bei denen es sich allerdings nicht gleichzeitig um Gesellschafter der GmbH handeln muss (Prinzip der Fremdorganschaft).⁹¹ Sonstige Qualifikationsmerkmale hinsichtlich der Person des (handelsrechtlichen)

⁸⁸ Ratka/Straube in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 15 Rz 2 (Stand 1.8.2020, rdb.at).

⁸⁹ Rohregger/Kudrna in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer (Hrsg), GmbHG (2017) § 15 GmbHG Rz 5; Ratka/Straube in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 15 Rz 1 (Stand 1.8.2020, rdb.at); vgl OGH 26.09.1991, 6 Ob 607/91.

⁹⁰ Eine nachträgliche Beschränkung der „vollen und unbeschränkten Handlungsfähigkeit einer Person“ führt *ex lege* zum Ende ihrer Organstellung als Geschäftsführer (OGH 09.07.2014, 7 Ob 114/14m = NZ 2014/144).

⁹¹ Ratka/Straube in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 15 Rz 2 (Stand 1.8.2020, rdb.at).

Geschäftsführers sieht das GmbHG nicht vor;⁹² auch die Insolvenz⁹³ schließt die jeweilige Person von der Übernahme der Position eines Geschäftsführers einer österreichischen GmbH nicht aus.⁹⁴

Bislang standen auch strafrechtliche Verurteilungen – noch nicht einmal das „Verbüßen einer mehrjährigen Haftstrafe“⁹⁵ – der Bestellung als Geschäftsführer nicht im Wege. Mit dem Gesellschaftsrechtlichen Digitalisierungsgesetzes 2023⁹⁶ (GesDigG 2023) wurde die Gesetzeslage jedoch durch die Einführung von § 15 Abs 1a und 1b GmbHG dahingehend abgeändert, dass eine Person, die von einem inländischen Gericht rechtskräftig zu einer mehr als sechsmonatigen Freiheitsstrafe verurteilt worden ist, sofern die Verurteilung ausschließlich oder auch wegen zumindest einer der in Abs 1a genannten strafbaren Handlungen erfolgt ist, nicht Geschäftsführer einer GmbH sein darf. Die in § 15 Abs 1a genannten Straftaten umfassen ua die Betrügerische Krida (§ 156 StGB), die Schädigung fremder Gläubiger (§ 157 StGB), die Begünstigung eines Gläubigers (§ 158 StGB) und die grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen (§ 159 StGB). Gem § 15 Abs 1b gilt die Disqualifikation des Abs 1a auch für eine Verurteilung wegen einer vergleichbaren strafbaren Handlung durch ein ausländisches Gericht. Eine bedingte Nachsicht der Disqualifikation gem § 15 GmbHG ist jedoch möglich (§ 44 Abs 2 StGB).⁹⁷

Die Rechtsfolge der Disqualifikation tritt *ex lege* ein; ab dem Zeitpunkt der Rechtskraft der Verurteilung liegt also ein materielles Hindernis für die Bestellung zum Geschäftsführer oder die weitere Ausübung dieser Funktion vor. Personen, die nach § 15 Abs 1a oder 1b GmbHG disqualifiziert sind, dürfen also nicht Geschäftsführer werden oder bleiben. Eine disqualifizierte Person,

⁹² Rohregger/Kudrna in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer (Hrsg), GmbHG (2017) § 15 GmbHG Rz 10 f; Arnold/Pampel in Gruber/Harrer, GmbHG² (2018) § 15 Rz 15.

⁹³ OGH 07.06.1999, 8 Ob 280/98d = JBl 2000, 49; Ratka in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 15 Rz 23 (Stand 1.8.2020 rdb.at).

⁹⁴ Rüffler/Koppensteiner in Koppensteiner/Rüffler (Hrsg), GmbH-Gesetz³ (2007) § 15 Rz 15 mwN.

⁹⁵ OGH 27.10.1994, 6 Ob 28/94 = ecolex 1995, 100.

⁹⁶ BGBl I 2023/178; Umsetzung des mit der Digitalisierungs-Richtlinie (EU) 2019/1152 neu eingefügten Art 13i Abs 1 der Richtlinie (EU) 2017/1132.

⁹⁷ A. Reich-Rohrwig/Gerbl, GesDigG 2023: Disqualifikation von Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern, ecolex 2024/143.

die zum Geschäftsführer bestellt werden soll, hat dies daher – durch Hinweis auf das Bestellungs-
hindernis – zu verhindern. Ist oder wird ein Geschäftsführer nach § 15 Abs 1a oder 1b GmbHG
während seiner Amtszeit als Geschäftsführer einer GmbH disqualifiziert, so hat er gem § 16a
Abs 3 GmbHG unverzüglich seinen Rücktritt zu erklären; dieser wird nach Ablauf von 14 Tagen
wirksam.⁹⁸

Ein Verstoß gegen diese Vorschriften bewirkt allerdings nicht, dass die Bestellung zum
Geschäftsführer unwirksam wäre oder würde; daher sind auch Vertretungshandlungen eines an
sich disqualifizierten Geschäftsführers grundsätzlich wirksam. Die Disqualifikation ist jedoch
vom Firmenbuchgericht amtswegig zu beachten und stellt ein Eintragungshindernis dar; der An-
trag auf die (nur deklarativ wirkende) Eintragung eines disqualifizierten Geschäftsführers ist daher
abzuweisen. Bei einem bereits eingetragenen Geschäftsführer ist seine nachträgliche Disqualifi-
kation ein Grund für ein Vorgehen nach § 19a Abs 5 FBG. Ein disqualifizierter Geschäftsführer
darf daher nicht im Firmenbuch eingetragen werden oder bleiben. Kommt es allerdings dennoch
zu einer solchen Eintragung oder wird sie nicht behoben, muss die Gesellschaft die an sich unrich-
tige oder unrichtig gewordene Eintragung im Geschäftsverkehr mit Dritten gegen sich gelten las-
sen (§ 15 Abs 3 UGB).

Die Disqualifikationsbestimmung ist, den Materialien zum GesDigG 2023 zufolge, als
„Ausübungsschranke“ im öffentlichen Interesse geboten, da sie dem Schutz des Geschäftsverkehrs
sowie der Hintanhaltung von betrügerischem oder anderweitig missbräuchlichem Verhalten dient.
Alle Personen, die mit Gesellschaften interagieren, sollen auf die Verlässlichkeit eines Geschäfts-
führers oder Vorstandsmitglieds vertrauen können.⁹⁹

Für die hier interessierende Frage der Haftung der Geschäftsführer ist an dieser Stelle weiters her-
vorzuheben, dass es sich bei den Geschäftsführern gem § 15 Abs 1 Satz 2 GmbHG um physische

⁹⁸ ErläutRV 2228 BlgNR 27. GP 2 f.

⁹⁹ ErläutRV 2228 BlgNR 27. GP 1 f.

Personen handeln muss; juristische Personen kommen für die Geschäftsleitung daher nicht in Betracht. Hintergrund dieser Regelung ist es (ua), das Abwälzen der Geschäftsführerverantwortung, die sich insb in den Haftungsbestimmungen der §§ 25 GmbHG und 69 IO äußert, auf eine juristische Person zu vermeiden und somit allenfalls eine Beschränkung der Haftung hintanzuhalten. Rechtspraktisch zielt die Bestimmung somit darauf ab, eine effiziente Geschäftsführungssteuerung durch den Hebel der Geschäftsführerhaftung zu gewährleisten.¹⁰⁰ Dass dies keineswegs selbstverständlich ist, lässt sich beispielsweise anhand der Rechtslage im Vereinigten Königreich und in Frankreich nachweisen, wo auch juristische Personen die Rolle des Leitungsorgans in Kapitalgesellschaften übernehmen können, wobei daneben oder als Vertreter der jeweiligen organwaltenden juristischen Person auch natürlichen Personen gewisse Rechte einzuräumen sind.¹⁰¹

Die Geschäftsführerbestellung erfolgt durch einen Beschluss der Gesellschafter (als „körperschaftlicher Organisationsakt“¹⁰²), der entweder im Rahmen einer Generalversammlung oder im Umlaufwege gefasst werden kann (§ 15 Abs 1 Satz 3 iVm § 34 GmbHG).¹⁰³ Da mit der Geschäftsführerrolle auch Verpflichtungen verbunden sind, ist die Bestellung erst mit der Annahme der bestellten Person wirksam, andernfalls man dieser gegen ihren Willen Verpflichtungen aufbürden würde;¹⁰⁴ rechtlich betrachtet hat dem körperschaftlichen Organisationsakt der Bestellung somit ein entsprechendes „Angebot zur Funktionsübernahme“ an den Geschäftsführer nachzufolgen, dessen Annahme durch den (sodann:) Geschäftsführer zum Eintritt in die Organfunktion führt.¹⁰⁵ Die jeweiligen Geschäftsführer sind gem § 17 Abs 1 GmbHG unverzüglich zum Firmenbuch an-

¹⁰⁰ Ratka/Straube in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 15 Rz 21 (Stand 1.8.2020, rdb.at); vgl Arnold/Pampel in Gruber/Harrer, GmbHG² (2018) § 15 Rz 19.

¹⁰¹ Told/Warto in Harrer/Neumayr/Told, Organhaftung 9 mit entsprechenden Nachweisen.

¹⁰² Ratka/Völkl in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 15 Rz 35 (Stand 1.8.2020, rdb.at).

¹⁰³ Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 4/145 (Stand 1.6.2017, rdb.at).

¹⁰⁴ Ratka/Völkl in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 15 Rz 36 (Stand 1.8.2020, rdb.at). Handelt es sich bei der bestellten Person um einen Gesellschafter, der selbst für seine Bestellung gestimmt hat, ist in dieser Stimmabgabe bereits die Zustimmung zu erblicken.

¹⁰⁵ Told/Warto in Harrer/Neumayr/Told, Organhaftung 11.

zumelden, wobei der Eintragung der Bestellung im Firmenbuch lediglich deklarative Wirkung zukommt.¹⁰⁶ Mit der Bestellung werden dem (nunmehrigen) Geschäftsführer jene Rechte verliehen und diejenigen Pflichten auferlegt, die mit der Organstellung verbunden sind; diese Rechtsfolge kann gesellschaftsvertraglich nicht abbedungen oder geändert werden.¹⁰⁷

Ein einmal bestellter Geschäftsführer kann gem § 16 Abs 1 GmbHG durch Gesellschafterbeschluss (in der Generalversammlung oder im Umlaufweg) grundsätzlich jederzeit wieder abberufen werden. Die Abberufung wird sodann mit der Erklärung derselben gegenüber dem Geschäftsführer wirksam; die Löschung des Geschäftsführers aus dem Firmenbuch hat wiederum nur deklarative Wirkung.¹⁰⁸ Gleichsam kann der Geschäftsführer (unbeschadet allfälliger Entschädigungsansprüche der Gesellschaft ihm gegenüber) gem § 16a Abs 1 GmbHG von seinem Amt zurücktreten; liegt ein wichtiger Grund dafür vor, kann der Rücktritt auch mit sofortiger Wirkung erfolgen, andernfalls erst nach Ablauf von 14 Tagen.

2.2.1.2 Rechte und Pflichten

Die Geschäftsführer einer GmbH sind zur Vertretung der Gesellschaft nach außen und zur Führung ihrer Geschäfte nach innen berufen;¹⁰⁹ ihnen obliegt die „ordentliche und gewissenhafte Leitung des Unternehmens der GmbH“. ¹¹⁰ Sie tragen, zusammengefasst, die „Leitungs- und Führungsverantwortung für ihre Gesellschaft und deren Unternehmen“. ¹¹¹

Die Rsp fasst das Pflichtenprogramm der Geschäftsführer dahingehend zusammen, das Unternehmen nach gesicherten und praktisch bewährten betriebswirtschaftlichen Erkenntnissen zu leiten und sich über alle relevanten wirtschaftlichen Umstände und Entwicklungen zu orientieren und

¹⁰⁶ Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 4/145 (Stand 1.6.2017, rdb.at).

¹⁰⁷ Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 4/146 (Stand 1.6.2017, rdb.at).

¹⁰⁸ Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 4/158, 160 (Stand 1.6.2017, rdb.at).

¹⁰⁹ Jauffer, Das Unternehmen in der Krise⁴ (2022) 17.

¹¹⁰ J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 22 (Stand 1.9.2022, rdb.at).

¹¹¹ Neumayr/Zehetner in Harrer/Neumayr/Told, Organhaftung 534.

sich stets ein genaues Bild von der Lage des Unternehmens, insb hinsichtlich des Ganges der Geschäfte, der Umsatzentwicklung und der Konkurrenzfähigkeit des Angebots zu machen.¹¹² Soweit für die gegenständliche Arbeit relevant, obliegt den Geschäftsführern fernerhin die Finanzplanung und die Kontrolle der finanziellen Lage der Gesellschaft.¹¹³ Im Krisenfall gehört es der Rsp zufolge zu den Pflichten des Geschäftsführers, das Unternehmen unter Beachtung aller maßgebenden Rechtsvorschriften zu leiten, sich stets ein genaues Bild von der Lage des Unternehmens, insb von seiner Liquidität, zu verschaffen und alle Maßnahmen zu treffen, die geeignet sind, eine Schädigung dritter Personen, insb durch Eingehung neuer Verbindlichkeiten nach Eintritt der Zahlungsfähigkeit, hintanzuhalten.¹¹⁴ Neben sondergesetzlichen, insb steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Obliegenheiten¹¹⁵, ist darüber hinaus zu berücksichtigen, dass die Rsp Geschäftsführer als Verwalter fremden Vermögens betrachtet, denen treuhänderische Funktionen und folglich eine besondere Vertrauensstellung zukommt.¹¹⁶

Um den Geschäftsführern zur Erfüllung ihrer rechtlichen Pflichten die erforderlichen Kompetenzen in die Hand zu geben, sieht § 18 Abs 1 GmbHG vor, dass die Gesellschaft durch die Geschäftsführer gerichtlich und außergerichtlich vertreten wird. Die Bestimmung legt somit die Befugnis der Geschäftsführer fest, als organschaftliche Vertreter¹¹⁷ im Namen ihrer Gesellschaft zu handeln (damit ist die Abgabe und Entgegennahme von Willenserklärungen gemeint¹¹⁸) und sie gegenüber außenstehenden Dritten zu verpflichten.¹¹⁹ Die Vertretungsmacht der Geschäftsführer ist der Rsp zufolge „ausschließlich“; das heißt, dass die Gesellschaft durch kein anderes Organ, auch und insb

¹¹² RIS-Justiz RS0059774 (T3).

¹¹³ J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 139 (Stand 1.9.2022, rdb.at).

¹¹⁴ RIS-Justiz RS0059774.

¹¹⁵ Ratka/Rauter² (2011), Geschäftsführerhaftung Rz 1/48.

¹¹⁶ RIS-Justiz RS0059774 (T4).

¹¹⁷ Organschaftliche Vertretung meint, „dass Rechtsgeschäfte des Organs als Handeln der Gesellschaft selbst gewertet werden“ (Koppensteiner in Koppensteiner/Rüffler (Hrsg), GmbH-Gesetz³ (2007) § 18 Rz 5).

¹¹⁸ Koppensteiner in Koppensteiner/Rüffler (Hrsg), GmbH-Gesetz³ (2007) § 18 Rz 3.

¹¹⁹ Rieder in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer (Hrsg), GmbHG (2017) § 18 GmbHG Rz 1.

nicht durch den oder die Gesellschafter (von Sonderkompetenzen abgesehen¹²⁰), vertreten werden kann.¹²¹ Die Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers beginnt mit seiner wirksamen Bestellung, ungeachtet des Zeitpunkts der Eintragung seiner Organfunktion im Firmenbuch; dementsprechend endet sie mit der wirksamen Beendigung der Organfunktion.¹²² Als Sonderregel sieht § 17 Abs 3 GmbHG vor, dass die mangelnde Vertretungsmacht einem Dritten dann nicht entgegengehalten werden kann, wenn eine Person als Geschäftsführer im Firmenbuch eingetragen ist, sofern dem Dritten der Mangel nicht bekannt war.¹²³

Gibt es mehr als einen Geschäftsführer und sieht der Gesellschaftsvertrag keine abweichende Regelung (Einzelvertretungsbefugnis) vor, bedarf es zur Wirksamkeit der jeweiligen Vertretungshandlung, abgesehen von gewissen Ausnahmefällen, sämtlicher Geschäftsführer (§ 18 Abs 2 GmbHG). Einen solchen Ausnahmefall stellt insb die Befugnis zur Stellung eines Insolvenzeröffnungsantrags dar.¹²⁴

Inhaltlich ist die Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer gem § 20 Abs 2 GmbHG zum Schutze des Rechtsverkehrs grundsätzlich unbeschränkt und unbeschränkbar.¹²⁵ Vor dem Hintergrund der Ausschließlichkeit der Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer wird somit klar, dass ihre Rolle für die Geschäftsgebarung der Gesellschaft und somit insb auch für Gesellschaftsgläubiger von eminenter Bedeutung ist. Gleichwohl ist zu berücksichtigen, dass die Geschäftsführer dem anderen zwingenden Gesellschaftsorgan, der von den Gesellschaftern gebildeten Generalversammlung, hierarchisch untergeordnet ist. Den Gesellschaftern steht es sohin – sofern sie über die hierfür

¹²⁰ RIS-Justiz RS0108225 (T1); s dazu *Rieder* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer* (Hrsg), GmbHG (2017) § 18 GmbHG Rz 5.

¹²¹ RIS-Justiz RS0108225; *Rieder* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer* (Hrsg), GmbHG (2017) § 18 GmbHG Rz 2.

¹²² *Rieder* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer* (Hrsg), GmbHG (2017) § 18 GmbHG Rz 6.

¹²³ *Ratka/Rauter* (2011), Geschäftsführerhaftung² Rz 1/44.

¹²⁴ *Rieder* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer* (Hrsg), GmbHG (2017) § 18 GmbHG Rz 6. Weiters etwa der Widerruf der Prokura gemäß § 28 Abs 2 GmbHG.

¹²⁵ *Rieder* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer* (Hrsg), GmbHG (2017) § 20 GmbHG Rz 1.

erforderliche Mehrheit verfügen – frei, sich mittels ihres Weisungsrechts „eigeninitiativ und umfassend“ in die Geschäftsführung einzubringen.¹²⁶

2.2.2 Die Geschäftsführung der GmbH unter deutschem Recht

2.2.2.1 Person des Geschäftsführers, Bestellung und Abberufung

Auch nach deutschem Recht benötigt die GmbH als juristische Person ein Handlungsorgan, von dem sie nach außen vertreten wird und das ihre Geschäfte führt.¹²⁷ Gem § 6 Abs 1 dGmbHG muss die GmbH folglich einen oder mehrere Geschäftsführer haben, bei denen es sich neben der Gesellschafterversammlung um eines der beiden zwingenden („notwendigen“) Organe der deutschen (wie auch der österreichischen) GmbH handelt.¹²⁸

Geschäftsführer kann gem § 6 Abs 2 dGmbHG, wie auch in Österreich, nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige (in Österreich: handlungsfähige¹²⁹) Person sein. Darüber hinaus legt § 6 Abs 2 dGmbHG – eine entsprechende Regelung war dem österreichischen GmbHG bis zum GesDigG 2023 fremd¹³⁰ – weitere (zwingende¹³¹) negative Voraussetzungen fest, deren Vorliegen der Bestellung einer Person zum Geschäftsführer einer GmbH entgegenstehen.¹³² Soweit für die gegenständliche Arbeit von Bedeutung ist in diesem Kontext insb § 6 Abs 2 Z 3 lit a dGmbHG zu nennen, demzufolge eine Person, die innerhalb der letzten fünf Jahre wegen der Begehung der Straftat des vorsätzlichen Unterlassens der Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens (Insolvenzverschleppung) oder anderer vorsätzlich begangener Insolvenzstraftaten (§§ 283 bis 283d dStGB) rechtskräftig verurteilt worden ist, nicht Geschäftsführer sein kann. Die

¹²⁶ Rieder in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer (Hrsg), GmbHG (2017) § 20 GmbHG Rz 9.

¹²⁷ Oetker in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht⁵ (2021) § 6 GmbHG Rn 1.

¹²⁸ Oetker in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht⁵ (2021) § 6 GmbHG Rn 2, 5.

¹²⁹ § 15 Abs 1 GmbHG.

¹³⁰ Arnold/Pampel in Gruber/Harrer, GmbHG² (2018) § 15 Rz 2 und 16.

¹³¹ Oetker in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht⁵ (2021) § 6 GmbHG Rn 40.

¹³² Oetker in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht⁵ (2021) § 6 GmbHG Rn 2.

Bestimmung erfasst zwar ihrem Wortlaut nach bloß die Verurteilung wegen des gänzlichen Unterlassens der Stellung eines Insolvenzantrags; eine Verurteilung wegen verspäteter Stellung eines Insolvenzantrags – auch diese Konstellation ist vom Straftatbestand des § 15a Abs 4 Z 1 InsO umfasst – steht der hA zufolge einer Bestellung zum Geschäftsführer allerdings gleichwohl entgegen.¹³³ Art und Dauer der jeweiligen Strafe sind (mit Ausnahme des Tatbestands des § 6 Abs 2 Z 3 lit e dGmbHG, der eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr erfordert) für den Ausschluss irrelevant;¹³⁴ darüber hinaus stellen gem § 6 Abs 2 dGmbHG auch Verurteilungen im Ausland wegen der Begehung vergleichbarer Straftaten ein Bestellungshindernis dar.¹³⁵ Die Geschäftsführer haben bei der Anmeldung der Gesellschaft beim zuständigen Registergericht gem § 8 Abs 3 dGmbHG neben anderen abzugebenden Erklärungen unter anderem zu versichern, dass keine Verurteilung im Sinne des § 6 Abs 2 Z 3 dGmbHG vorliegt.¹³⁶ Ein Verstoß gegen die gesetzlichen Bestellungs Voraussetzungen ist – anders als ein Verstoß gegen satzungsmäßige Geschäftsführerbestellungsvorgaben¹³⁷ – nicht bloß anfechtbar, sondern nichtig.¹³⁸ Tritt einer der genannten Ausschlussgründe nachträglich ein, endet die Organfunktion folglich, ohne dass hierfür gesonderte Erklärungen (etwa ein eigener Abberufungsakt) erforderlich wären, *ipso iure* mit dessen Eintritt.¹³⁹ Hintergrund der Bestimmung ist, wie W. Goette ausführt, dass die Geschäftsleitung nach Ansicht des deutschen Gesetzgebers auch „Aufgaben im Interesse der Allgemeinheit [...], vor allem zugunsten der gegenwärtigen und künftigen Gläubiger der GmbH zu erfüllen hat“, weshalb es nicht angehe, dass Personen, die sich in dieser Hinsicht aufgrund einer vormaligen Verurteilung wegen einer Insolvenzstraftat bereits „als unzuverlässig erwiesen ha-

¹³³ Altmeppen, GmbHG¹¹ (2023) § 6 Rn 13 mwN; Oetker in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht⁵ (2021) § 6 GmbHG Rn 2.

¹³⁴ Oetker in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht⁵ (2021) § 6 GmbHG Rn 33.

¹³⁵ Oetker in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht⁵ (2021) § 6 GmbHG Rn 31.

¹³⁶ Oetker in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht⁵ (2021) § 6 GmbHG Rn 36.

¹³⁷ Oetker in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht⁵ (2021) § 6 GmbHG Rn 46.

¹³⁸ Oetker in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht⁵ (2021) § 6 GmbHG Rn 37.

¹³⁹ Oetker in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht⁵ (2021) § 6 GmbHG Rn 38.

ben“, erneut zum organschaftlichen Leitungs- und Vertretungsorgan „einer Gesellschaft mit beschränktem Haftungsfonds“ bestellt werden.¹⁴⁰ Mit der Regelung wird folglich dem Umstand Rechnung getragen, dass der Geschäftsführer im Status der materiellen Insolvenz der Gesellschaft „in eine Pflichtenbindung gegenüber der Allgemeinheit genommen wird“¹⁴¹ wobei seine Aufgabe in dieser Hinsicht nunmehr darin besteht, „die insolvenzreife Gesellschaft ‚vom Markt‘ zu nehmen“¹⁴² und das Kontrahieren der Gesellschaft mit potenziellen weiteren Gläubigern zu unterbinden.¹⁴³ Funktional entfaltet die Regelung die gewünschte gläubigerschützende Wirkung einerseits dadurch, dass vormalige Geschäftsführer, deren delinquente Tendenzen durch ein strafrechtliches Urteil bereits gerichtlich bestätigt wurden, von der abermaligen Übernahme der Geschäftsführerposition ausgeschlossen werden; andererseits dadurch, dass gegenüber Geschäftsführern, die sich unter strafrechtlichen Gesichtspunkten noch nichts haben zu Schulden kommen lassen (oder zumindest noch nicht verurteilt wurden), ein Anreiz zu weiterem Wohlverhalten gesetzt wird, da sie im Falle einer strafrechtlichen Verurteilung wegen der genannten Insolvenzdelikte von der Übernahme weiterer Geschäftsführungsmandate ausgeschlossen sind, was trotz der Befristung des Bestellungshindernisses auf fünf Jahre durchaus als erheblicher Eingriff in das Erwerbsleben des jeweiligen Organwalters betrachtet werden kann.

Die Bestellung der Geschäftsführer fällt prinzipiell in die Kompetenz der Gesellschafterversammlung (eine Übertragung der Kompetenz auf andere Organe ist allerdings möglich), die darüber grundsätzlich, sofern gesellschaftsvertraglich keine anderweitige Regelung getroffen wurde, mit einfacher Mehrheit entscheidet (§ 47 Abs 1 dGmbHG).¹⁴⁴ Abweichend davon kann die Bestellung

¹⁴⁰ MüKoGmbHG/W. Goette⁴ (2022), GmbHG § 6 Rn 24.

¹⁴¹ MüKoGmbHG/W. Goette⁴ (2022), GmbHG § 6 Rn 33.

¹⁴² MüKoGmbHG/W. Goette⁴ (2022), GmbHG § 6 Rn 33.

¹⁴³ MüKoGmbHG/W. Goette⁴ (2022), GmbHG § 6 Rn 33.

¹⁴⁴ BeckOK GmbHG/Wisskirchen/Zoglowek⁵⁹ (2024), GmbHG § 6 Rn 38; Altmeppen, GmbHG¹¹ (2023) § 6 Rn 40.

auch bereits im Gesellschaftsvertrag erfolgen (als sog formeller Satzungsbestandteil oder als Sonderrecht auf Geschäftsführung).¹⁴⁵ Die Neubestellung eines Geschäftsführers ist gem § 39 Abs 1 dGmbHG dem zuständigen Registergericht anzuzeigen; die Eintragung der Bestellung hat allerdings – wie auch in Österreich – lediglich deklarative Bedeutung.¹⁴⁶

Im Anschluss an die strengen in § 6 Abs 2 dGmbHG vorgesehenen persönlichen Voraussetzungen für die Geschäftsführer normiert § 6 Abs 5 dGmbHG eine solidarische Haftung derjenigen Gesellschafter, die vorsätzlich oder grob fahrlässig einer Person, „die nicht Geschäftsführer sein kann“, die Führung der Geschäfte überlassen, für den Schaden, der dadurch entsteht, dass diese Person die ihr gegenüber der Gesellschaft bestehenden Obliegenheiten verletzt. Haftungsvoraussetzung ist somit nicht die gesellschaftsrechtliche Bestellung einer Person, die gegen die Voraussetzungen des § 6 Abs 2 dGmbHG verstößt – die Bestellung einer solchen Person wäre, wie bereits erwähnt, nichtig¹⁴⁷ –, sondern das „tatsächliche Gewährenlassen“ einer solchen Person, das heißt: die Überlassung der Führung der Geschäfte an die ausgeschlossene Person.¹⁴⁸ Durch die Haftungsregelung des § 6 Abs 5 dGmbHG sollen Umgehungskonstruktionen hinsichtlich der Ausschlusstatbestände des § 6 Abs 2 dGmbHG hintangehalten werden;¹⁴⁹ insb kommt es den Gesellschaftern nicht zugute, dass die Bestellung einer nach § 6 Abs 2 dGmbHG inhabilen Person zum Geschäftsführer der Gesellschaft ohnedies nichtig ist, dass die Geschäftsführungsfunktion, bei späterem Eintritt

¹⁴⁵ Altmeppen, GmbHG¹¹ (2023) § 6 Rn 67.

¹⁴⁶ Altmeppen, GmbHG¹¹ (2023) § 39 Rn 2, 6.

¹⁴⁷ Oetker in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht⁵ (2021) § 6 GmbHG Rn 37.

¹⁴⁸ BeckOK GmbHG/Wisskirchen/Zoglowek⁵⁹ (2024), GmbHG § 6 Rn 60.

¹⁴⁹ BeckOK GmbHG/Wisskirchen/Zoglowek⁵⁹ (2024), GmbHG § 6 Rn 62.

der Amtsführungshindernisse, *ipso iure* endet, oder dass die inhabile Person, der die Geschäftsführung tatsächlich überlassen wurde, formell nie zum Geschäftsführer bestellt wurde.¹⁵⁰ Der Gesetzgeber unterstreicht mit der Bestimmung die Verantwortung der Gesellschafter, für die ordnungsgemäße Führung der Gesellschaft Sorge zu tragen.¹⁵¹

Auch für die Abberufung der Geschäftsführer ist grundsätzlich die Gesellschafterversammlung zuständig,¹⁵² wobei die Abberufungskompetenz (ebenso wie die Bestellungskompetenz) gesellschaftsvertraglich auf ein anderes Organ übertragen werden kann.¹⁵³ Für den Abberufungsbeschluss ist – soweit gesellschaftsvertraglich nicht anderweitig geregelt – eine einfache Mehrheit erforderlich (§ 47 Abs 1 dGmbHG).¹⁵⁴ Die Bestellung zum Geschäftsführer kann jederzeit und „nach Belieben“ frei widerrufen werden; der Widerruf muss grundsätzlich auch nicht begründet werden.¹⁵⁵ Der Widerruf der Bestellung zum Geschäftsführer ist freilich streng von der Beendigung des Anstellungsverhältnisses des Geschäftsführers zu trennen, in dessen Rahmen die Interessen des Geschäftsführers i.a.R. stärker geschützt werden.¹⁵⁶ Der Abberufungsbeschluss muss von den Gesellschaftern (oder einem Bevollmächtigten) dem Geschäftsführer gegenüber erklärt werden und wird mit Zugang der Erklärung wirksam. Die gesetzlich vorgesehene Eintragung des Widerrufs (§ 39 Abs 1 dGmbHG) ist lediglich deklarativ.¹⁵⁷

2.2.2.2 Rechte und Pflichten

Auch unter dem dGmbHG erwachsen den Geschäftsführern aufgrund ihrer „Stellung als zentrales Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan“ zahlreiche Pflichten. Wie auch in Österreich ist der

¹⁵⁰ MüKoGmbHG/W. Goette⁴ (2022), GmbHG § 6 Rn 51.

¹⁵¹ MüKoGmbHG/W. Goette⁴ (2022), GmbHG § 6 Rn 50.

¹⁵² Altmeppen, GmbHG¹¹ (2023) § 6 Rn 40.

¹⁵³ Altmeppen, GmbHG¹¹ (2023) § 38 Rn 12.

¹⁵⁴ Altmeppen, GmbHG¹¹ (2023) § 38 Rn 18.

¹⁵⁵ Altmeppen, GmbHG¹¹ (2023) § 38 Rn 2, 4.

¹⁵⁶ Altmeppen, GmbHG¹¹ (2023) § 38 Rn 5.

¹⁵⁷ Altmeppen, GmbHG¹¹ (2023) § 38 Rn 22 f; § 39 Rn 5.

GmbH-Geschäftsführer in Deutschland primär zur Erfüllung von Geschäftsleitungsaufgaben und zur Vertretung der Gesellschaft nach außen, jeweils im von Gesetz und Gesellschafterbeschlüssen vorgegebenen Rahmen verpflichtet.¹⁵⁸

Die Vertretung der GmbH nach außen obliegt gem § 35 Abs 1 dGmbHG im Normalfall ausschließlich den Geschäftsführern;¹⁵⁹ bloß die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer fallen in die Kompetenz der Gesellschafter (§ 46 Z 5 dGmbHG).¹⁶⁰ Die Vertretungsmacht der Geschäftsführer umspannt sämtliche denkbaren Geschäftstätigkeiten der jeweiligen GmbH, ohne auf den Unternehmensbereich der GmbH beschränkt zu sein.¹⁶¹ Insb sind die Geschäftsführer der GmbH auch die primären Adressaten der Insolvenzantragspflicht gem § 15a InsO.

3 Die Insolvenzantragspflicht

3.1 Wirtschaftlicher Hintergrund und Agency-Problematik

3.1.1 Wirtschaftliche Implikationen der Charakteristika von Kapitalgesellschaften

Bei den oben beschriebenen Charakteristika der Rechtspersönlichkeit, der „beschränkten Haftung“ ihrer Gesellschafter, der Übertragbarkeit der Geschäftsanteile, der zentralisierten Leitungsbefugnis unter dem Prinzip der Drittorganschaft und des auf die Gesellschafter aufgeteilten „Eigentums“ an der Gesellschaft auf Grundlage der übernommenen Stammeinlagen handelt es sich um gesellschaftsrechtliche Merkmale, die zumindest einer gesetzlich geregelten Gesellschaftsform in nahezu allen wirtschaftlich bedeutenden Jurisdiktionen zukommen.¹⁶² Zusammen machen sie die Kapitalgesellschaft zwar besonders attraktiv für die Organisation wirtschaftlicher Aktivitäten.

¹⁵⁸ Leinekugel in Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung³ (2020) § 18 Rn 1.

¹⁵⁹ MüKoGmbHG/Stephan/Tieves⁴ (2023), GmbHG § 35 Rn 13.

¹⁶⁰ Altmeppen, GmbHG¹¹ (2023) § 35 Rn 20.

¹⁶¹ Altmeppen, GmbHG¹¹ (2023) § 35 Rn 17.

¹⁶² So etwa die französische *SARL*, die italienische *Srl*, die japanische *godo kaisha*, die amerikanische *limited liability company* und die (*private*) *limited company* des Vereinigten Königreichs.

Gleichzeitig führen diese Eigenschaften aber auch in verschiedenen Bereichen zu Spannungsfeldern und Zugeständnissen (*trade-offs*) betreffend die Interessen der verschiedenen Akteure, die durch den Gesetzgeber, aber auch durch die Rechtswissenschaft, adressiert werden.¹⁶³

Das Gesellschaftsrecht, als privatrechtliches Kooperationsrecht¹⁶⁴, gestaltet die Rechtsverhältnisse zwischen der Gesellschaft und den mit dieser *ex ante* vorhersehbar Berührungspunkte aufweisenden Personen und auch zwischen diesen Personen (insb Gesellschafter und Gesellschaftsgläubiger).¹⁶⁵ Ziel gesellschaftsrechtlicher Ordnungsvorgaben ist die Schaffung „funktionsfähige[r] Regelungen des Interessenausgleichs und der Konfliktlösung auch für nicht vorherzusehende Problemlagen“.¹⁶⁶

Das Insolvenzrecht sieht im Falle der Insolvenz einer Gesellschaft eine Verlagerung der wenngleich nicht Eigentums-, so doch der Kontrollrechte an einer Gesellschaft von den Gesellschaftern auf die Gläubiger (repräsentiert durch den Insolvenzverwalter) und den Staat (repräsentiert durch das Insolvenzgericht) vor.¹⁶⁷ Gerechtfertigt wird der Kontrollübergang mit dem Umstand, dass der Insolvenzschuldner spätestens ab dem Zeitpunkt des Eintritts der materiellen Insolvenz, wie *Schumacher* ausführt, „nicht mehr auf eigenes Risiko, sondern auf Risiko der Gläubiger [wirtschaftet]“. ¹⁶⁸ Während *Schumachers* Rechtfertigung des Kontrollübergangs im Grunde zutreffend ist, ist die ihr zugrunde liegende Aussage über die Tragung des unternehmerischen Risikos mE dahingehend zu präzisieren, dass – anstelle des Risikos *der Gesellschaft* selbst – ab dem Zeitpunkt der materiellen Insolvenz nicht mehr alleine auf das (betraglich mit dem übernommenen Stammkapital

¹⁶³ *Armour/Hansmann/Kraakman/Pagendler*, What is Corporate Law? in *Kraakman/Reinier et al*, The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach³ (2017) 5.

¹⁶⁴ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 1/2 (Stand 1.6.2017, rdb.at).

¹⁶⁵ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 1/3 (Stand 1.6.2017, rdb.at).

¹⁶⁶ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 1/12 (Stand 1.6.2017, rdb.at).

¹⁶⁷ Vgl *Armour/Hansmann/Kraakman/Pagendler*, What is Corporate Law? in *Kraakman/Reinier et al*, The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach³ (2017) 17.

¹⁶⁸ *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴ (2004) § 69 Rz 36.

begrenzte) Risiko *der Gesellschafter*, sondern auch auf das Risiko der Gesellschaftsgläubiger gewirtschaftet wird. Diese auf die hinter dem Konstrukt der GmbH stehenden Personen durchblickende Betrachtung trägt dem Umstand besser Rechnung, dass die GmbH als Kapitalgesellschaft als Instrument zur „Zusammenführung“, gleichsam als Nexus und „Zurechnungsobjekt“ einer „Vielzahl unterschiedlicher [...] Interessen“¹⁶⁹ dient und als Vehikel zur marktwirtschaftlichen Risikoverteilung eingesetzt wird.

3.1.2 Die Agency-Problematik im Allgemeinen

Die *Agency*-Theorie befasst sich mit den ökonomischen Beziehungen zwischen mehreren, mit unterschiedlichen Informationen ausgestatteten Parteien, deren Verhalten „durch Orientierung am Eigennutz“ charakterisiert ist.¹⁷⁰ *Agency*-Probleme – im allgemeinen Sinn des Begriffs – treten immer dann auf, wenn sich eine Partei, der Vertretene oder Prinzipal, auf die Handlungen einer anderen (mehr oder weniger) diskretionär agierenden Partei, des Vertreters oder Agenten, verlässt, dessen Handlungen einerseits Einfluss auf den Vertreter selbst, andererseits wiederum auch auf den Prinzipal haben.¹⁷¹ In diesem Kontext steht der Prinzipal vor der Aufgabe, den Vertreter, dessen Handlungen er *de facto* nur in beschränktem Maße überwachen und kontrollieren kann¹⁷², zu motivieren, im Interesse des Prinzipals und nicht (nur) im eigenen Interesse zu handeln. So gesehen treten Probleme in einer Vielzahl von Kontexten auf, die weit über diejenigen hinausgehen,

¹⁶⁹ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (361); vgl auch *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2004) 23 f.

¹⁷⁰ *Aigner/Aigner/Aigner/Ebmer/Stiegler*, Krisen- und Sanierungsmanagement 116.

¹⁷¹ *Aigner/Aigner/Aigner/Ebmer/Stiegler* sprechen idZ von „Leistungsbeziehungen spezifischer Auftraggeber (Principal) und Auftragnehmer“ (*Aigner/Aigner/Aigner/Ebmer/Stiegler*, Krisen- und Sanierungsmanagement 116).

¹⁷² *Milde*, Napoleon und Goethe über Agency-Probleme, ÖBA 1995, 519 (520).

die rechtlich formell als „Vertretungsverhältnisse“ eingestuft werden würden; tatsächlich stellen sich *Agency*-Probleme in beinahe jedem – zumindest jedem entgeltlichen – Vertragsverhältnis.¹⁷³

Die Ursache der *Agency*-Problematik ist typischerweise in einer Kombination aus Zielkonflikten und einer den ökonomischen Kosten der Informationsbeschaffung geschuldeten Informationsasymmetrie zwischen Prinzipal und Agent zu finden¹⁷⁴: Der Agent ist aufgrund der Prämisse eines an Eigennutz orientierten Verhaltens zunächst dazu veranlasst, opportunistisch, mitunter in größtmöglichem Maße zum eigenen Vorteil zu handeln, wodurch die Interessen des Prinzipals i.a.R. vernachlässigt werden. Die zwischen den Parteien bestehende Informationsasymmetrie erschwert dem Prinzipal sodann die Prüfung (oder macht diese überhaupt unmöglich), ob die vom Agenten erbrachte Leistung den Interessen des Prinzipals entspricht. Aufgrund der *Agency*-Problematik verringert sich folglich der Wert der Leistung des Agenten für den Prinzipal, sei es wegen der höheren Überwachungskosten, sei es aufgrund mangelhafter Leistungen des Agenten in Folge mangelnder Überwachung durch den Prinzipal.¹⁷⁵ Selbst wenn der Agent keinerlei schädigendes Verhalten zu Lasten des Prinzipals setzt, entstehen bereits durch die bloße Möglichkeit der Schädigung des Prinzipals durch das Verhalten des Agenten Kosten.¹⁷⁶

Die *Agency*-Problematik verschärft sich in jenen Fällen, in denen sich unterschiedliche Prinzipal-Agent-Verhältnisse (etwa diejenigen zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführern mit denjenigen zwischen Gesellschaftsgläubigern und Geschäftsführern) bei divergierender Interessenlage

¹⁷³ Armour/Hansmann/Kraakman, Agency Problems and Legal Strategies? in Kraakman/Reinier et al, The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach³ (2017) 29; vgl Haghani/Holzamer in Buth/Hermanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz⁵ (2022) Rz 13.

¹⁷⁴ Aigner/Aigner/Aigner/Ebmer/Stiegler, Krisen- und Sanierungsmanagement 116 f.

¹⁷⁵ Armour/Hansmann/Kraakman, Agency Problems and Legal Strategies? in Kraakman/Reinier et al, The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach³ (2017) 29.

¹⁷⁶ Aigner/Aigner/Aigner/Ebmer/Stiegler, Krisen- und Sanierungsmanagement 116.

aufgrund „unterschiedlicher subjektiver Präferenzen“¹⁷⁷ auf der Ebene der Prinzipale überschneiden.¹⁷⁸

Dem Gesetzgeber stehen zur Entspannung des *Agency*-Problems und folglich zur Senkung der *Agency*-Kosten verschiedene Instrumente zur Verfügung. Neben weitreichenden Informationspflichten der Agenten und Kontrollrechten der Prinzipale¹⁷⁹ seien an dieser Stelle insb Schadenersatzpflichten der Agenten gegenüber ihren Prinzipalen und erleichterte Durchsetzungsmaßnahmen genannt.¹⁸⁰

3.1.3 Die *Agency*-Problematik in Hinblick auf die Insolvenzantragspflicht

Die abschirmende Funktion der durch den Trennungsgrundsatz bedingten Kapitalerhaltungsregeln weisen den Gesellschaftsgläubigern in der gesellschaftsrechtlichen Haftungsordnung Vorrang vor den Gesellschaftern ein. Effektiver Gläubigerschutz muss die Gesellschafter daher daran hindern, im Falle eines nicht ausreichenden Haftungsfonds der Gesellschaft auf das Gesellschaftsvermögen zuzugreifen.¹⁸¹

Steht die Zahlungsfähigkeit oder die wirtschaftliche Lebensfähigkeit einer Kapitalgesellschaft in Frage, steigert sich ob des begrenzten Haftungsvermögens typischerweise die Intensität, mit der

¹⁷⁷ Aigner/Aigner/Aigner/Ebmer/Stiegler, Krisen- und Sanierungsmanagement 117.

¹⁷⁸ Armour/Hansmann/Kraakman, Agency Problems and Legal Strategies? in Kraakman/Reinier et al, The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach³ (2017) 30.

¹⁷⁹ Aigner/Aigner/Aigner/Ebmer/Stiegler, Krisen- und Sanierungsmanagement 117.

¹⁸⁰ Armour/Hansmann/Kraakman, Agency Problems and Legal Strategies? in Kraakman/Reinier et al, The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach³ (2017) 30.

¹⁸¹ Armour/Hertig/Kanda, Transactions with Creditors in Kraakman/Reinier et al, The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach³ (2017) 116.

die von der Krisensituation der Gesellschaft Betroffenen (Gläubiger, Gesellschafter, Leitungsorgane, mitunter auch Schuldner) ihre Interessen durchzusetzen suchen.¹⁸² So sehen sich die Gesellschafter – insb die Gesellschafter von Kapitalgesellschaften¹⁸³ – ebenso wie die (im Falle von GmbH: weisungsgebundenen) Geschäftsführer einer Gesellschaft typischerweise veranlasst, Versuche zu unternehmen, die immanente Krise auf das Risiko der Gesellschaftsgläubiger abzuwenden oder anderweitig zu Lasten der Gläubiger und zu Gunsten der Gesellschafter (oder diesen nahestehender Personen) über das Gesellschaftsvermögen zu disponieren.¹⁸⁴ Der Grund für solches Verhalten ist darin zu finden, dass die Gesellschafter, mitunter auch die Geschäftsführer, im Status der materiellen Insolvenz „von den Chancen risikoreicher Geschäfte profitieren, aber nicht in entsprechendem Umfang an den Risiken teilhaben“¹⁸⁵ wodurch die Gefahr erzeugt wird, dass der optimale Zeitpunkt für Verwertung des Gesellschaftsvermögens zulasten der Gläubiger hinausgezögert wird. Gesellschafter und Geschäftsführer formen, so Klöhn, „eine Koalition, die die Interessen der von der Insolvenzverschleppung betroffenen Gläubiger nicht hinreichend berücksichtigt.“¹⁸⁶

Die Gläubiger sind freilich bestrebt, ihre Forderungen gegen die Gesellschaft (auf Zahlung von Geld oder sonstigen Leistungen) im größtmöglichen Ausmaß zu erhalten und – sofern erforderlich

¹⁸² *Feldbauer-Durstmüller/Mayr*, Die Interessen der Sanierungsbeteiligten an einer Unternehmenssanierung (2009) 3.

¹⁸³ Vgl idZ Mülbert: “Any framework for the protection of corporate creditors has to incorporate two additional problem dimensions as compared with the case of a natural person being the debtor. The first is the principle of limited liability or, to be more precise, the principle of non-liability of shareholders for corporate debts. As a consequence of limited liability, shareholders causing a corporation to act to the detriment of creditors are not liable for their decisions with their personal assets towards creditors. This divergence between decision-making power and personal liability fundamentally alters the incentive structure as compared with a natural person, the latter being personally liable towards the creditors. Moreover, corporations exhibit the same structural divergence between decision-making power and personal liability with respect to the directors of the company. The particular incentive structure that results from this split goes against the interests of corporate creditors, in particular, if the corporation is approaching insolvency. Hence, a framework for corporate creditor protection has to incorporate this aspect as well” (Mülbert EBOR 7 2006, 364).

¹⁸⁴ *Armour/Hertig/Kanda*, Transactions with Creditors in *Kraakman/Reinier et al*, The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach³ (2017) 114.

¹⁸⁵ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 35.

¹⁸⁶ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 35.

– vor anderen Gläubigern Befriedigung zu erlangen; gleichzeitig haben Gläubiger, sofern es sich bei Ihnen um Lieferanten handelt, iaR ein Interesse am Erhalt einer dauerhaften Kundenbeziehung.¹⁸⁷ In diesem Kontext sollte auch die Gruppe der Arbeitnehmer nicht übersehen werden, deren Interesse sich primär auf die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses und den Erhalt regelmäßiger Gehaltszahlungen bezieht.¹⁸⁸ Gemeinsam ist den genannten Gruppen, dass sie typischerweise ein grundsätzliches Interesse an der Involvierung neuer Kapitalgeber haben, seien dies Eigen- oder Fremdkapitalgeber. Investitionen in sanierungsbedürftige Unternehmen sind für neue Kapitalgeber insofern von Interesse, als sie – freilich bei höherem Risiko – idR höhere Renditen versprechen, als weniger risikobehaftete Investitionen.¹⁸⁹

Gleichzeitig verschärft sich der Zustand der Informationsasymmetrie, da die Gesellschafter und Geschäftsleitungsorgane – aus nachvollziehbaren Gründen – typischerweise davor zurückschrecken, den Gesellschaftsgläubigern die prekäre Situation der Gesellschaft ungeschönt darzustellen: Wenngleich nicht als Ursache, so doch als mangelnder Abschreckungsfaktor lässt sich hierbei konstatieren, dass die faktischen Hürden zur Verschleierung der materiellen Insolvenz nicht besonders hoch sind; Geschäftsleitern fällt es idR zunächst leicht, die Symptome einer Gesellschaftskrise durch finanzielle oder buchhalterische Maßnahmen zu kaschieren. Da die Geschäftsleitung der finanziellen Gebarung einer Gesellschaft iaR am Nächsten steht, wird dies auch von Dritten kaum bemerkt, geschweige denn das tatsächliche Vorliegen materieller Insolvenz bewiesen werden können.¹⁹⁰ Im Übrigen ist die Hintanhaltung der rechtzeitigen Beantragung der Insolvenzeröffnung mit potenziellen Vorteilen oder zumindest der Vermeidung unangenehmer Situationen für

¹⁸⁷ *Feldbauer-Durstmüller/Mayr*, Die Interessen der Sanierungsbeteiligten an einer Unternehmenssanierung (2009) 6.

¹⁸⁸ *Feldbauer-Durstmüller/Mayr*, Die Interessen der Sanierungsbeteiligten an einer Unternehmenssanierung (2009) 6 f.

¹⁸⁹ *Feldbauer-Durstmüller/Mayr*, Die Interessen der Sanierungsbeteiligten an einer Unternehmenssanierung (2009) 5 f.

¹⁹⁰ *Povel*, Optimal “Soft” or “Tough” Bankruptcy Procedures, JLEO V15 N3, 659 (659 f). In diesem Sinne auch schon *Steinbach*: „Denn während nach erfolgter Concurseröffnung, mit Rücksicht darauf, daß dieselbe überall öffentlich verlautbart wird, mit Recht verlangen kann, daß jeder Dritte von dieser Thatsache Kenntniß habe, oder die Folgen

die Geschäftsleitung verbunden: Gelingt der *Turn Around*, etwa weil die finanziellen Schwierigkeiten der Gesellschaft lediglich temporärer Natur sind, wird im Nachhinein über den nicht gestellten Insolvenzantrag kein Wort mehr verloren werden. Die faktischen Umstände bieten der Geschäftsleitung iaR also ausreichend Anreize, mit einer Insolvenzantragstellung nach dem Motto „*wait and pray*“ zuzuwarten.¹⁹¹

Vor dem genannten Hintergrund erscheint die Einschätzung *Feldbauer-Durstmüllers/Mayers* zutreffend, die in Hinblick auf Restrukturierungs- und Sanierungsverhandlungen von „Verteilungskämpfen“¹⁹² sprechen. Freilich ist auch in Krisensituationen die privatautonome Schaffung einer konstruktiven Verhandlungsatmosphäre nicht unmöglich. Nichtsdestoweniger erscheint aufgrund der gesteigerten Intensität der Interessenkonflikte und des sich verschärfenden Zustands der Informationsasymmetrie ein Eingriff des Gesetzgebers zum Schutze der Gläubiger unabdingbar.

Die meisten wirtschaftlich bedeutenden Jurisdiktionen sehen zur Abfederung der *Agency*-Problematik im Falle der herannahenden oder bereits immanenten Insolvenz besondere Handlungspflichten der Organe der Geschäftsleitung¹⁹³ – die funktionell die Rolle von „treuhänderischen Verwaltern“¹⁹⁴ des Gesellschaftsvermögens übernehmen und im Regelfall über die finanziellen Verhältnisse der Gesellschaft am besten informiert sind – oder anderweitige Regelungen zur Hintanhaltung der Risikoverlagerung von der Gesellschaftersphäre auf die Gläubigersphäre vor. Neben der zentralen Verpflichtung, bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen formelle Restrukturierungs-

seiner selbstverschuldeten Unwissenheit trage, kann man dasselbe durchaus nicht von der eingetretenen Insolvenz des Schuldners sagen. Diese Letztere kann vielmehr dem Mitcontrahenten trotz aller denkbaren Aufmerksamkeit sehr leicht verborgen bleiben (...).“ (JBl 1874, 245); vgl. auch *Wagenhofer*, Bilanzierung und Bilanzanalyse¹⁵ (2022) 8 f.

¹⁹¹ *Povel*, Optimal “Soft” or “Tough” Bankruptcy Procedures, JLEO V15 N3, 659 (660).

¹⁹² *Feldbauer-Durstmüller/Mayr*, Die Interessen der Sanierungsbeteiligten an einer Unternehmenssanierung (2009) 3.

¹⁹³ Die Präventionswirkung der Geschäftsleiterpflichten und des damit verbundenen Haftungsrisikos, hängt, worauf *Wabl* zutreffend hinweist, auch davon ab, ob den Geschäftsführern „*die kodifizierten Pflichten überhaupt bekannt sind*.“ (*Wabl*, Geschäftsleiterpflichten bei wahrscheinlicher Insolvenz (2023) 11).

¹⁹⁴ *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 10 (Stand 1.9.2022, rdb.at).

oder Insolvenzverfahren zu initiieren, sind hierbei insb die Regelungen betreffend eigenkapitaleretzende Gesellschafterdarlehen zu nennen.¹⁹⁵

3.2 Die Insolvenzantragspflicht unter deutschem Recht

Die Insolvenzantragspflicht bei juristischen Personen und (seit 01.01.2024) rechtsfähigen Personengesellschaften¹⁹⁶, die sich bis zum Erlass des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) im Jahr 2008 im jeweiligen die konkrete Gesellschaftsform regelnden Gesetz befand¹⁹⁷, wird nunmehr rechtsformneutral¹⁹⁸ in § 15a InsO statuiert.¹⁹⁹

3.2.1 Normzweck und -mechanik

Die Insolvenzantragspflicht soll sicherstellen, dass im Fall, dass der Haftungsfonds der Gesellschaft nicht zu Befriedigung sämtlicher Gläubiger ausreicht, die Verwertung der vorhandenen Haftungsmasse oder die Fortführung der Gesellschaft in einem geregelten Verfahren erfolgt, um gläubigerschädigende Maßnahmen hintanzuhalten und das bestmögliche Ergebnis für die Gesellschaftsgläubiger zu erzielen.²⁰⁰ Konkret sollen im Zeitpunkt des Eintritts der Insolvenzantragspflicht bereits vorhandene Gesellschaftsgläubiger (Altgläubiger) vor einer Verschlechterung ihrer Insolvenzquote und (potenzielle) Neugläubiger vor dem Abschluss von Rechtsgeschäften (genauer: der Vorleistung) an die schuldnerische Gesellschaft bewahrt werden.²⁰¹

¹⁹⁵ Armour/Hertig/Kanda, Transactions with Creditors in Kraakman/Reinier et al, The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach³ (2017) 114.

¹⁹⁶ Art 35 Z 2 lit b) Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG), BGBl. 2021, I S. 3436.

¹⁹⁷ Konkret § 64 Abs 1 dGmbHG aF, § 92 Abs 2 dAktG aF, § 99 Abs 1 dGenG aG und § 130a Abs 1 dHGB aF.

¹⁹⁸ Römermann/Mönning⁴⁸ (2023), InsO § 15a Rn 1.

¹⁹⁹ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 1.

²⁰⁰ Römermann/Mönning⁴⁸ (2023), InsO § 15a Rn 4.

²⁰¹ Römermann/Mönning⁴⁸ (2023), InsO § 15a Rn 8b, 11.

Rechtspraktisch zielt die Bestimmung folglich darauf ab, „die rechtzeitige Einleitung des Insolvenzverfahrens [sicherzustellen], damit insolvenzreife Gesellschaften, für deren Schulden keine natürliche Person unbegrenzt haftet, nicht ohne insolvenzrechtlichen Schutz des Rechtsverkehrs fortgeführt werden.“²⁰² Dem entspricht im Wesentlichen auch die Ansicht *K. Schmidts*, demzufolge das rechtspolitische Ziel von § 15a InsO „nicht die lückenlose Herbeiführung von Insolvenzverfahren und schon gar nicht die ‚rechtzeitige‘ und ‚richtige‘“ Stellung von Anträgen [sei], sondern die Verhinderung eines Fortlebens von zahlungsunfähigen oder überschuldeten Gesellschaften und juristischen Personen ohne deren Sanierung.“²⁰³

Zur Verwirklichung der mit § 15a InsO verfolgten Gläubigerschutzziele bedient sich der Gesetzgeber (rechtstechnisch) einer „Haftungsstrategie [...] verbunden mit verbindlichen Handlungsanleitungen“.²⁰⁴ Der Gesetzgeber gibt daher einerseits konkret vor, was im Falle des Eintritts der materiellen Insolvenz zu tun ist, andererseits setzt er Gebotsbefolgungsanreize durch zivil- und strafrechtliche Sanktionen im Falle eines Verstoßes.²⁰⁵

Trotz verschiedenartiger Kritik, insb am Zeitpunkt des Eingreifens der Insolvenzantragspflicht und ihrer (vermeintlichen) Sanierungsfeindlichkeit²⁰⁶, wird die verhaltenssteuernde Bestimmung des § 15a InsO nach wie vor als „Eckpfeiler des Gläubigerschutzes“²⁰⁷ verstanden.

²⁰² Vgl für Deutschland *MüKoInsO/Klöhn*⁴ (2019), InsO § 15a Rn 1.

²⁰³ *K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen*²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 31 f.

²⁰⁴ *Römermann/Mönning*⁴⁸ (2023), InsO § 15a Rn 8b.

²⁰⁵ Die vom deutschen Gesetzgeber gewählte Gesetzesmechanik folgt daher weitgehend der Haftungsstrategie und der Disqualifizierungsstrategie (s § 6 Abs 2 Z 3 dGmbHG); dazu sowie zu den Alternativen der Belohnungsstrategie und der Kontrollstrategie s insb *MüKoInsO/Klöhn*⁴ (2019), InsO § 15a Rn 39.

²⁰⁶ *MüKoInsO/Klöhn*⁴ (2019), InsO § 15a Rn 44.

²⁰⁷ *Römermann/Mönning*⁴⁸ (2023), InsO § 15a Rn 8b.

3.2.2 Tatbestand der Norm

§ 15a Abs 1 InsO sieht – soweit hier von Interesse – vor, dass die Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Abwickler im Falle der Zahlungsunfähigkeit iSv § 17 InsO oder der Überschuldung iSv § 19 InsO (drohende Zahlungsunfähigkeit löst die Insolvenzantragspflicht noch nicht aus²⁰⁸) der juristischen Person ohne schuldhaftes Zögern einen Antrag auf Insolvenzeröffnung zu stellen haben. Der Antrag ist spätestens drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und sechs Wochen nach Eintritt der Überschuldung zu stellen. Die Fristen beginnen einem Teil der Lehre zufolge mit dem objektiven Eintritt des Insolvenzgrundes²⁰⁹, dem anderen Teil der Lehre zufolge hingegen „mit positiver Kenntnis oder böswilliger Unkenntnis des Insolvenzgrundes“²¹⁰ zu laufen.

Die verantwortlichen „Mitglieder des Vertretungsorgans“ iSd § 15a Abs 1 InsO sind im Falle der GmbH die Geschäftsführer oder Liquidatoren, und zwar, sofern mehrere Geschäftsführer oder Liquidatoren vorhanden sind, jeder einzelne von ihnen (unabhängig von einer allfälligen Ressortverteilung).²¹¹ Gesellschafter oder Aufsichtsratsmitglieder der GmbH trifft die Insolvenzantragspflicht demgegenüber grundsätzlich nicht; eine Ausnahme gilt gem § 15a Abs 3 InsO – wiederum aus Gläubigerschutzerwägungen²¹² – für den Fall der Führungslosigkeit der Gesellschaft. Von Führungslosigkeit spricht man, wenn die Gesellschaft aktuell über keinen organschaftlichen Vertreter verfügt; die „bloße Untätigkeit“ oder mangelhafte Erreichbarkeit der Geschäftsführer reicht dafür nicht aus, sofern die Umstände des Einzelfalles nicht aus eine konkludente Amtsniederlegung der Organwalter schließen lassen.²¹³

²⁰⁸ Römermann/Mönning⁴⁸ (2023), InsO § 15a Rn 15.

²⁰⁹ K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 32; MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 119.

²¹⁰ Römermann/Mönning⁴⁸ (2023), InsO § 15a Rn 18.

²¹¹ K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 15, mit dem Hinweis, dass die ausdrückliche Anführung der „Abwickler“ im Gesetzestext insofern redundant ist.

²¹² Römermann/Mönning⁴⁸ (2023), InsO § 15a Rn 23.

²¹³ K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 18 f.

Unklarheit besteht mitunter in Hinblick auf die Rechtsnatur von § 15a InsO. Nach in Deutschland wohl hA handelt es sich bei § 15a InsO um einen (reinen) Gebotstatbestand, weshalb sich eine Verletzung der Bestimmung in der Unterlassung der gebotenen Insolvenzantragsstellung manifestiert. *K. Schmidt* weist demgegenüber darauf hin, dass das materielle Unrecht, dem die Norm begegnen will, in der „Fortführung der Gesellschaft [...] ohne Einleitung des gebotenen Insolvenzverfahrens“ liege, weshalb der „Unrechtsgehalt eines Verstoßes“ gegen § 15a InsO als Begehungs- und nicht als Unterlassungstatbestand aufzufassen sei.²¹⁴ Nach Ansicht von *K. Schmidt* ist der Bestimmung folglich nicht das Gebot zu entnehmen, „um jeden Preis den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen“, sondern vielmehr das Verbot, die Gesellschaft im Falle der materiellen Insolvenz fortzuführen und dadurch den Rechtsverkehr zu gefährden. Diesem Verbot kann sowohl durch die rechtzeitige Sanierung der Gesellschaft, als auch durch die Stellung eines Insolvenzantrags Genüge getan werden, wobei es im pflichtgemäßen Ermessen der Geschäftsführer liegt, für welche Strategie sie sich entscheiden. Zur eigentlichen Antragspflicht im „technischen Sinne“²¹⁵ erhärtet sich die Bestimmung erst, wenn die Abwendung der materiellen Insolvenz entweder nicht mehr angestrebt wird oder nicht möglich ist.²¹⁶

Die Insolvenzantragspflicht endet schließlich bei Stellung des gebotenen und zulässigen Insolvenzantrags oder mit Wegfall der materiellen Insolvenz, in jedem Fall allerdings nur *ex nunc*.²¹⁷ Aufgrund des Umstands, dass die Norm auf den Schutz des Rechtsverkehrs abzielt, enthebt weder die Zustimmung aller gegenwärtiger Gläubiger, noch ein entsprechender Weisungsbeschluss der Gesellschafter die Geschäftsführer von ihrer Insolvenzantragspflicht.²¹⁸ Werden die Geschäftsführer wirksam abberufen oder legen sie ihr Amt nieder, entfällt ihre Antragspflicht mit Wirkung *ex*

²¹⁴ *K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen*²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 2.

²¹⁵ *K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen*²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 24.

²¹⁶ *K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen*²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 24.

²¹⁷ *K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen*²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 26.

²¹⁸ *K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen*²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 29.

nunc, sodass eine Haftung aufgrund einer zuvor während aufrechter Insolvenzantragspflicht pflichtwidrig unterlassenen Antragsstellung weiterhin möglich ist.²¹⁹

Ein Verstoß gegen § 15a InsO setzt den Status materieller Insolvenz – sohin die Erfüllung des Insolvenztatbestands der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 Abs 2 InsO) und/oder der Überschuldung (§ 19 Abs 2 InsO) – voraus, weshalb in der Lit die fortlaufende Pflicht zur Selbstprüfung der Geschäftsführer betont wird.²²⁰ Die Fristen des § 15a Abs 1 InsO, denen zufolge der Insolvenzantrag spätestens drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und sechs Wochen nach Eintritt der Überschuldung zu stellen ist, gewähren der Geschäftsführung einen gewissen zeitlichen Spielraum hinsichtlich der Feststellung der materiellen Insolvenz und der Auslotung allfälliger Sanierungschancen. Die Fristen stellen allerdings keine Antragsfristen im prozessrechtlichen Sinne dar, sondern sind als Konkretisierung des Fahrlässigkeitsmaßstabs hinsichtlich der Insolvenzantragspflicht zu verstehen. Dementsprechend gewähren sie auch keinen Aufschub von der Verbotswirkung des § 15a InsO; ein Verstoß gegen die Insolvenzantragspflicht kann vielmehr auch schon vor Ablauf der Fristen eintreten.²²¹

3.3 Die Insolvenzantragspflicht unter österreichischem Recht

Gem § 69 Abs 2 IO ist die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens bei Vorliegen der Voraussetzungen – Zahlungsunfähigkeit iSv § 66 IO und/oder Überschuldung iSv § 67 IO – ohne schuldhaftes

²¹⁹ K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 30.

²²⁰ K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 25.

²²¹ K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 31 f.

Zögern, spätestens aber sechzig Tage nach dem Eintritt des jeweiligen Insolvenzgrundes²²² zu beantragen; schuldhaft verzögert ist der Antrag nicht, wenn die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens mit Eigenverwaltung sorgfältig betrieben worden ist.

3.3.1 Normzweck und -mechanik

In Hinblick auf den Normzweck kann im Wesentlichen auf die Ausführungen zum deutschen Recht verwiesen werden. Reicht das vorhandene Gesellschaftsvermögen als Haftungsfonds für die Gesellschaftsgläubiger nicht mehr aus, bedarf es zur Vermeidung von Gläubigerschäden neben den gesellschaftsrechtlichen (strukturellen) Gläubigerschutzinstrumenten (i.e. Regelungen betreffend Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung) auch verhaltenssteuernder Ansätze. Die Insolvenzantragspflicht stellt auch in der österreichischen Rechtsordnung „eine unverzichtbare Ergänzung des Gläubigerschutzsystems dar“.²²³

Die Insolvenzantragspflicht ist demnach im Gläubigerinteresse statuiert und soll einerseits der Insolvenzverschleppung²²⁴ vorbeugen,²²⁵ andererseits die „Devolution der Entscheidungen über das vermögensrechtliche Schicksal des insolventen Schuldners auf die gesetzlichen Insolvenzorgane sicherstellen.“²²⁶

Wie in Deutschland kann auch in Österreich eine Verletzung der Insolvenzantragspflicht zur zivilrechtlichen Haftung des Antragspflichtigen für daraus resultierende Schäden führen. Anders als

²²² Der Gesetzestext des § 69 Abs 2 IO spricht idZ ausschließlich vom „Eintritt der Zahlungsfähigkeit“. Dass auch der Insolvenzgrund der Überschuldung ausschlaggebend für den Beginn der 60-Tages-Frist ist, ergibt sich in Zusammenschau mit § 67 Abs 2 IO, wonach die sich auf die Zahlungsunfähigkeit beziehenden Vorschriften der IO sinngemäß auch auf den Tatbestand der Überschuldung anzuwenden sind.

²²³ *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 1 (Stand 1.12.2005, rdb.at).

²²⁴ *Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer* (Hrsg), IO – Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO Rz 34.

²²⁵ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (355 f).

²²⁶ *Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴ (2004) § 69 Rz 36.

in Deutschland sind der IO strafrechtliche Sanktionen für die Verletzung der Insolvenzantragspflicht (*per se*) fremd;²²⁷ allerdings finden sich im StGB verschiedene für Krisensituationen relevante Bestimmungen, wie insb die Straftatbestände der betrügerischen Krida (§ 156 StGB) und der grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen (§ 159 StGB).

3.3.2 Tatbestand der Norm

3.3.2.1 Antragsverpflichtete

In § 69 Abs 3 IO stellt der Gesetzgeber klar, dass die Insolvenzantragspflicht des Abs 2 natürliche Personen trifft. Bei eingetragenen Personengesellschaften sind dies deren unbeschränkt haftende Gesellschafter und Liquidatoren, bei juristischen Personen deren – durch die jeweiligen Materien-gesetze festgelegten²²⁸ – organschaftlichen Vertreter. Adressaten der Insolvenzantragspflicht des § 69 IO sind im Falle der GmbH sohin die Geschäftsführer als ihre organschaftlichen Vertreter (sofern sich die Gesellschaft bereits im Stadium der Liquidation befindet, ihre Liquidatoren) und zwar – unabhängig von der Frage der Einzel- oder Gesamtvertretungsbefugnis²²⁹ – jeder ein-zeln,²³⁰ woran auch eine allfällige Geschäftsverteilung nichts ändert,²³¹ da die Insolvenzantrags-pflicht als „unentbindbare Organpflicht“²³² betrachtet wird.

Sog „faktische Geschäftsführer“ – darunter ist der Rsp des OGH zufolge zumeist eine Person zu verstehen, die, ohne wirksam zum Geschäftsführer bestellt worden zu sein, das Unternehmen leitet oder zumindest maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung nimmt, wobei es nicht darauf ankommt, ob es sich um einen Angestellten, Gesellschafter, Angehörigen oder Außenstehenden

²²⁷ Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 124 (Stand 1.12.2005, rdb.at).

²²⁸ Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 36 (Stand 1.12.2005, rdb.at).

²²⁹ Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴ (2004) § 69 Rz 50.

²³⁰ Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer (Hrsg), IO – Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO Rz 35.

²³¹ Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer (Hrsg), IO – Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO Rz 35.

²³² Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 39 (Stand 1.12.2005, rdb.at) mwN aus der Judikatur.

handelt²³³ –, denen mangels entsprechendem Bestellungsakt keine organschaftliche Vertretungsmacht zukommt²³⁴, sind verpflichtet, auf den formellen Geschäftsführer aktiv einzuwirken, damit dieser seiner Insolvenzantragspflicht nachkommt.²³⁵

Die Legitimation und Verpflichtung der Geschäftsleitungsorgane einer GmbH zur Stellung eines Insolvenzantrags entsteht mit ihrer ordnungsgemäßen Bestellung und endet mit dem Ende ihrer Organstellung. Die Eintragung im Firmenbuch hat demgegenüber lediglich deklarative Bedeutung.²³⁶ Wird ein Geschäftsführer ordnungsgemäß abberufen, endet seine Antragslegitimation demnach sofort und unabhängig davon, ob er im Firmenbuch noch als Geschäftsführer ausgewiesen ist.²³⁷ Dem Abberufenen kommt sohin aufgrund seiner einmaligen Geschäftsführerfunktion keine Antragslegitimation mehr zu.²³⁸

Der Rücktritt eines Geschäftsführers wird gem § 16a Abs 1 GmbHG grundsätzlich erst nach Ablauf von 14 Tagen wirksam, sofern kein wichtiger Grund für den Rücktritt vorliegt. Während dieser 14 Tage bleibt der Geschäftsführer demnach weiterhin antragspflichtig. Im Übrigen befreit die Amtsniederlegung eines Geschäftsführers nach Eintritt der Insolvenzantragspflicht nur dann, wenn ein anderer Geschäftsführer vorhanden ist oder zeitgleich bestellt wird, der den Antrag stellen könnte; andernfalls läge ein Rücktritt zur Unzeit vor, der den rücktrittswilligen Geschäftsführer gerade nicht von seiner Insolvenzantragspflicht befreit.²³⁹ Befindet sich die Gesellschaft bereits

²³³ OGH 19.05.2021, 17 Ob 5/21s Rz 20; *Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer* (Hrsg), IO – Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO Rz 38; *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 114 (Stand 1.12.2005, rdb.at).

²³⁴ *Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer* (Hrsg), IO – Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO Rz 41.

²³⁵ OGH 19.05.2021, 17 Ob 5/21s Rz 19; *Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer* (Hrsg), IO – Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO Rz 40; *J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 241 (Stand 1.9.2022, rdb.at).

²³⁶ RIS-Justiz RS0059467 (T7, T9).

²³⁷ Die Publizität des Firmenbuchs greift nur im Geschäftsverkehr, nicht aber bei Beurteilung der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers, der einen Eigenantrag stellt (OLG Wien 16.06.2017, 6 R 195/17s = ZIK 2018/188 (*Konecny*); OGH 27.09.1990, 7 Ob 655/90; OGH 18.09.2003, 8 Ob 84/03s); *Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer* (Hrsg), IO – Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO Rz 36; *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 37 (Stand 1.12.2005, rdb.at).

²³⁸ OLG Wien 16.06.2017, 6 R 195/17s = ZIK 2018/188 (*Konecny*).

²³⁹ *Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴ (2004) § 69 Rz 54.

im Status der Insolvenzverschleppung, befreit auch ein Rücktritt den Geschäftsführer nicht von der Haftung für die ihm zurechenbare Verzögerung der Antragstellung.²⁴⁰

Für den Fall divergierender Auffassungen über das Vorliegen der materiellen Insolvenz und folglich den Eintritt der Insolvenzantragspflicht zwischen mehreren antragspflichtigen Personen (etwa mehrere Geschäftsführer einer GmbH), sieht der Gesetzgeber die Pflicht zur Bescheinigung des Insolvenzgrundes vor. Konkret sind gem § 69 Abs 4 IO diejenigen Geschäftsführer, von denen der Antrag nicht ausgeht, über den Insolvenzantrag zu vernehmen; ihnen ist die Möglichkeit zu gewähren, (mündlich oder schriftlich²⁴¹) auszuführen, wieso nach ihrer Ansicht kein Insolvenzgrund vorliegt.²⁴² Ist diesfalls kein Einverständnis über den Antrag zu erzielen oder die rechtzeitige Vernehmung nicht möglich, so ist das Insolvenzverfahren nur dann zu eröffnen, wenn die Zahlungsunfähigkeit (Überschuldung²⁴³) glaubhaft gemacht wird.

GmbH-Gesellschafter sind (anders als persönlich haftende Gesellschafter von Personengesellschaften) zur Insolvenzantragstellung im Regelfall weder berechtigt²⁴⁴ noch verpflichtet.²⁴⁵ Eine Ausnahme gilt jedoch für den Fall, dass eine Kapitalgesellschaft keine organschaftlichen Vertreter hat; diesfalls trifft die Insolvenzantragspflicht gem § 69 Abs 3a IO denjenigen Gesellschafter, dessen Anteil an der Gesellschaft mehr als die Hälfte des Stammkapitals ausmacht.²⁴⁶ Auch wenn die Gesellschaft über einen organschaftlichen Vertreter verfügt, sind die Gesellschafter der Rsp der OGH zufolge dazu verpflichtet, der Insolvenzantragspflicht des § 69 Abs 2 IO (als Schutzgesetz zugunsten der Gesellschaftsgläubiger) durch entsprechendes Stimmverhalten zum Durchbruch zu

²⁴⁰ Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 38 (Stand 1.12.2005, rdb.at).

²⁴¹ Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴ (2004) § 69 Rz 66.

²⁴² Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer (Hrsg), IO – Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO Rz 37.

²⁴³ § 69 Abs 4 iVm § 67 Abs 2 IO.

²⁴⁴ OGH 24.09.2018, 8 Ob 127/18m.

²⁴⁵ Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 42 (Stand 1.12.2005, rdb.at).

²⁴⁶ Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer (Hrsg), IO – Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO Rz 10.

verhelfen.²⁴⁷ Umgekehrt haben die Geschäftsführer trotz ihrer grundsätzlichen Weisungsgebundenheit auf die Unterlassung der gebotenen Insolvenzantragstellung gerichtete Weisungsbeschlüsse nicht zu befolgen; Weisungsbeschlüsse, die Gläubigerschutzvorschriften oder sonstigen im öffentlichen Interesse erlassenen Regelungen widersprechen, sind nichtig.²⁴⁸

Im Falle eines Eigenantrags des Schuldners hätte das angerufene Gericht das Insolvenzverfahren, wollte man § 69 Abs 1 Satz 1 IO wortlautgetreu folgen, „sofort“ zu eröffnen. Dem hat gem § 69 Abs 5 IO allerdings in jedem Fall die Prüfung der örtlichen Zuständigkeit des angerufenen Insolvenzgerichts, darüber hinaus der Rsp zufolge allerdings auch die Prüfung der Antrags- und Vertretungsbefugnis des jeweiligen Antragstellers vorauszugehen.²⁴⁹ Die Behauptung oder Bescheinigung des Insolvenzgrundes durch den Schuldner ist hingegen grundsätzlich nicht erforderlich;²⁵⁰ hegt das Gericht Zweifel (insb im Falle von Indizien für eine missbräuchliche Antragstellung), ist es jedoch von Amts wegen zur Prüfung verpflichtet.²⁵¹

3.3.2.2 Antragsfrist

Der Insolvenzantrag ist gem § 69 Abs 2 IO grundsätzlich unverzüglich, spätestens aber 60 Tage nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung²⁵² zu beantragen; im Falle einer Naturkatastrophe verlängert sich die Frist gem § 69 Abs 2a auf 120 Tage. Schuldhaft verzögert ist der Antrag nicht, wenn die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens mit Eigenverwaltung sorgfältig betrieben worden ist. Mit der Regelung beabsichtigte der Gesetzgeber, dem Schuldner die Mög-

²⁴⁷ Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴ (2004) § 69 Rz 56.

²⁴⁸ Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴ (2004) § 69 Rz 52.

²⁴⁹ OLG Wien 16.06.2017, 6 R 195/17s = ZIK 2018/188 (Konecny); Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer (Hrsg), IO – Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO Rz 17.

²⁵⁰ RIS-Justiz RS0119683.

²⁵¹ RIS-Justiz RS0119683 (T1); Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer (Hrsg), IO – Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO Rz 18.

²⁵² § 69 Abs 2 iVm § 67 Abs 2 IO; Schumacher, Sanierungsversuche in der 60-Tages-Frist, ecolex 1990, 337 (340).

lichkeit zu geben, einen außergerichtlichen Sanierungsversuch zur Behebung des Insolvenzgrundes zu unternehmen, ohne gegen seine Insolvenzantragspflicht zu verstoßen.²⁵³ Dass der Gesetzgeber ein grundsätzliches Interesse an der Fortführung von Unternehmen hat, ist einerseits auf volkswirtschaftliche (Erhalt von Abgaben des betroffenen Unternehmens oder Beschäftigungseffekte), andererseits auf gesellschafts- und sozialpolitische Aspekte (Erhalt sozialer Stabilität und Sicherheit) zurückzuführen.²⁵⁴

Der Beginn der vom Gesetzgeber gewährten 60-tägigen Frist wird sohin an das Kriterium des objektiven Eintritts eines der Insolvenzeröffnungsgründe des § 69 Abs 1 IO, Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung, geknüpft.²⁵⁵ Obgleich der Gesetzeswortlaut in dieser Hinsicht durchaus eindeutig auf den Eintrittszeitpunkt des Insolvenzgrundes abstellt²⁵⁶, war lange Zeit str., ob die 60-Tages-Frist bereits durch die (objektive) Erkennbarkeit der materiellen Insolvenz, der „manifesten Insolvenz“, oder erst bei positiver Kenntnis des Insolvenzantragspflichtigen über den Umstand der materiellen Insolvenz ausgelöst wird.²⁵⁷

Entgegen dem Wortlaut der Bestimmung beginnt die 60-Tages-Frist der heute hA zufolge nicht mit dem objektiven Vorliegen sondern erst mit positiver Kenntnis des Schuldners (der organschaftlichen Vertreter der juristischen Person) vom Eintritt des Insolvenzgrundes zu laufen.²⁵⁸ Gerechtfertigt wird der als schuldnerfreundlich zu betrachtende Fristauslöser der positiven Kenntnis mit der Komplexität des Überschuldungstatbestandes und den damit verbundenen Unsicherheiten.²⁵⁹ Darüber hinaus sei eine der wörtlichen Interpretation der Bestimmung entsprechende Regelung insofern unpraktikabel, als sie von den Geschäftsführen verlange, in der ohnedies kurz bemessenen

²⁵³ Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴ (2004) § 69 Rz 86.

²⁵⁴ Aigner/Aigner/Aigner/Ebmer/Stiegler, Krisen- und Sanierungsmanagement 18.

²⁵⁵ Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴ (2004) § 69 Rz 68.

²⁵⁶ Schumacher, Sanierungsversuche in der 60-Tages-Frist, *ecolex* 1990, 337.

²⁵⁷ Jaufer, Das Unternehmen in der Krise⁴ (2022) 192.

²⁵⁸ Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer (Hrsg), IO – Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO Rz 28; Jaufer, Das Unternehmen in der Krise⁴ (2022) 192.

²⁵⁹ Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer (Hrsg), IO – Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO Rz 28.

Sanierungsphase zunächst „retrospektiv nach einem in der Vergangenheit liegenden und schwer feststellbaren Stichtag zu forschen.“²⁶⁰ Schließlich wird auch ins Treffen geführt, dass das Abstellen auf den objektiven Eintritt der materiellen Insolvenz zu dem „insolvenzrechtspolitisch unerwünschten Ergebnis“ führe, dass Schuldner, die schuldlos keine Kenntnis der Insolvenzlage haben, von der Möglichkeit der Ergreifung potenziell aussichtsreicher Sanierungsmaßnahmen ausgeschlossen würden.²⁶¹

Diese Ansicht wird in der einschlägigen Lit mit guten Argumenten kritisiert: In Anbetracht des Umstandes, dass man mit dem Abstellen auf das Kriterium der positiven Kenntnis – wenngleich diese durch objektive Umstände durchaus bewiesen werden kann – alleine auf innere, subjektive Vorgänge der Insolvenzantragspflichtigen abstellt, birgt die von der hA vertretene Interpretationsweise, wie *Jaufer* zutreffend ausführt, die Gefahr der Insolvenzverschleppung, da „eine späte subjektive Kenntnis [...] durchaus von der Unternehmensleitung im eigenen Interesse herbeigeführt bzw konstruiert werden [könnte].“²⁶² Ein sorgfältig handelnder Geschäftsführer, der „die Augen nicht bewusst verschließt“, so *Jaufer*, werde mit dem Vorliegen „eindeutige[r] Insolvenzindizien“, das heißt mit manifester Insolvenz, den Insolvenzeröffnungsgrund erkennen.²⁶³ Auch *Schumacher*, der nunmehr selbst die positive Kenntnis als geeigneten Fristauslöser betrachtet, vertrat zuvor die Ansicht, dass die 60-Tages-Frist (jedenfalls²⁶⁴) mit der „manifesten Insolvenz“, sohin mit dem „klar und deutlich nach außen in Erscheinung getretenen Insolvenzgrund“ anlaufen solle.²⁶⁵ Ungeachtet der genannten Argumente ist zu mE konstatieren, dass das Abstellen auf einen Zeitpunkt vor der positiven Kenntnis des Vorliegens des Insolvenzgrundes dem Zweck der Norm, namentlich die Ermöglichung außergerichtlicher Sanierungsversuche, zuwiderlaufen würde, da

²⁶⁰ *Schumacher*, Sanierungsversuche in der 60-Tages-Frist, *ecolex* 1990, 337 (340).

²⁶¹ *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴ (2004) § 69 Rz 68.

²⁶² *Jaufer*, Das Unternehmen in der Krise⁴ (2022) 192.

²⁶³ *Jaufer*, Das Unternehmen in der Krise⁴ (2022) 192.

²⁶⁴ *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴ (2004) § 69 Rz 73.

²⁶⁵ *Schumacher*, Sanierungsversuche in der 60-Tages-Frist, *ecolex* 1990, 337 (340).

die Geschäftsleiter, bevor sie sich entsprechenden Sanierungsmaßnahmen überhaupt zuwenden könnten, zunächst deren Zulässigkeit durch Feststellung des tatsächlichen Insolvenzzzeitpunkts prüfen müssten.²⁶⁶

Zu berücksichtigen ist dabei freilich, dass in der einschlägigen Lit für die in der Praxis wichtigen Haftungsfragen zwischen „Pflichtbeginn und Fristbeginn“²⁶⁷ unterschieden wird. Daraus folgt einerseits, dass außergerichtliche Sanierungsbemühungen auch dann zulässig sind, wenn die Geschäftsleitung die materielle Insolvenz schuldhaft zu spät erkennt; andererseits, dass ungeachtet der Zulässigkeit von Sanierungsbemühungen die Haftung der Geschäftsleitung im Falle der schuldhaft zu spät erkannten (und objektiv erkennbaren) materiellen Insolvenz bestehen bleibt²⁶⁸ – der Schuldner darf vor dem Insolvenzgrund folglich nicht „die Augen verschließen“.²⁶⁹ Die praktischen Auswirkungen dieses Auseinanderfallens von Pflichtbeginn und Fristbeginn fasst *Trenker* dahingehend zusammen, dass die 60-Tages-Frist zwar erst mit Kenntnis der materiellen Insolvenz beginnt, dies allerdings nichts daran ändere, dass die Antragspflicht bereits eingesetzt hat und die Verletzung dieser Pflicht ab Erkennbarkeit bis zur tatsächlichen Kenntniserlangung „sehr wohl einen haftungsträchtigen Verstoß gegen § 69 IO“ begründe. Der Geschäftsleiter könne somit zwar trotz der objektiven Erkennbarkeit der materiellen Insolvenz ab dem Zeitpunkt seiner positiven Kenntnisnahme noch für maximal 60 Tage Sanierungsversuche unternehmen, „die bereits eingetretene Insolvenzverschleppung“, so *Trenker* weiter, „ist ihm aber jedenfalls als Pflichtverletzung mit allen Konsequenzen zuzurechnen. Fallen Eintritt des Insolvenzgrunds und die subjektive

²⁶⁶ So schließlich auch *Jaufer*: „Das ausschließliche Abstellen auf den Zeitpunkt des objektiven Eintritts der Überschuldung (bzw Zahlungsunfähigkeit) würde dem Sanierungsgedanken der IO gänzlich widersprechen.“ (*Jaufer*, Das Unternehmen in der Krise⁴ (2022) 193).

²⁶⁷ *Schumacher*, Sanierungsversuche in der 60-Tages-Frist, *ecolex* 1990, 337 (340).

²⁶⁸ *Jaufer*, Das Unternehmen in der Krise⁴ (2022) 193.

²⁶⁹ *Schumacher* in *Koller/Lovrek/Spitzer* (Hrsg), IO – Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO Rz 28.

Kenntnis somit auseinander, kann die 60-Tagesfrist im Ergebnis (nur) zu einer Art vorübergehender Unterbrechung der bereits begonnenen Antragspflicht führen.“²⁷⁰

Die Inanspruchnahme der Frist des § 69 Abs 2 IO setzt voraus, dass der in Aussicht genommene Sanierungsversuch aus einer *ex ante* Betrachtung insoweit „aussichtsreich und realisierbar“ erscheint, als der Insolvenzgrund am Ende der Frist durch die innerhalb der Frist zu setzenden Maßnahmen beseitigt worden sein muss.²⁷¹ Ist eine Sanierung innerhalb der Frist²⁷² bereits von vornherein aussichtslos oder bestehen „ernste Zweifel am Gelingen des Sanierungsversuchs“, ist die Inanspruchnahme der 60-Tage-Frist unzulässig.²⁷³ Stellt sich die Undurchführbarkeit der Sanierung erst im Laufe des bereits betriebenen Sanierungsversuchs heraus, darf die Frist für dessen Fortsetzung nicht weiter in Anspruch genommen werden.²⁷⁴ Im Allgemeinen müssen Sanierungsversuche gem § 69 Abs 2 IO dem Gesetzeswortlaut zufolge „sorgfältig betrieben werden“, was freilich grundsätzlich auf jede noch innerhalb der Frist gelungene Sanierung (*ex post*) zutreffen wird.²⁷⁵ Voraussetzung der Inanspruchnahme der Sanierungsfrist ist weiters, dass eine Interessenabwägung, in die die Vor- und Nachteile des Sanierungsversuchs – insb in Hinblick auf dessen Auswirkungen auf die einzelnen Gläubiger – einbezogen werden, zugunsten der Fristausnützung ausschlägt.²⁷⁶

Im Rahmen eines zulässigen Sanierungsversuchs innerhalb der 60-Tage-Frist ist es dem Schuldner gestattet, sämtliche „zur Erhaltung und Fortführung des Unternehmens notwendigen Rechtsgeschäfte abzuschließen, soweit dies mit dem Zweck der Antragspflicht vereinbar ist.“ In Anbetracht des Umstands, dass eine Sanierung sinnvoller Weise nur bei fortgesetztem Geschäftsbetrieb des

²⁷⁰ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (354).

²⁷¹ *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴ (2004) § 69 Rz 88.

²⁷² *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴ (2004) § 69 Rz 95.

²⁷³ *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴ (2004) § 69 Rz 89.

²⁷⁴ *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴ (2004) § 69 Rz 91.

²⁷⁵ *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴ (2004) § 69 Rz 92.

²⁷⁶ *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴ (2004) § 69 Rz 98.

schuldnerischen Unternehmens verwirklicht werden kann, sind hiervon in jedem Fall jene Handlungen des Schuldners umfasst, die zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs erforderlich sind (bspw Zahlung von Mieten, Steuern, Löhnen und Sozialversicherungsbeiträgen, etc; weiters Zugum-Zug Geschäfte, die die Insolvenzmasse bilanziell nicht schmälern).²⁷⁷

4 Haftung der Geschäftsführer bei verspäteter Insolvenzantragstellung

Neben den oben beschriebenen strukturellen Vorgaben bedient sich der Gesetzgeber insb zivil-, mitunter (wie oben bereits angedeutet) auch strafrechtlicher Haftungsmechanismen hinsichtlich der Gesellschaftsorgane zur Gewährleistung des gewünschten Gläubigerschutzes. Derartige Haftungsmechanismen zielen darauf ab, opportunistisches Handeln der Geschäftsführer im Falle der Insolvenz zu unterbinden; die Haftungssanktion wirkt daher anreizverstärkend zugunsten der rechtzeitigen Insolvenzantragstellung.²⁷⁸

4.1 Zweck und Mechanik der Organhaftung bei Insolvenzverschleppung

Die Insolvenzantragspflicht ist weist dem Geschäftsführer zunächst den gesetzlich vorgezeichneten Weg, dessen Befolgung dem eigentlichen Zweck des Insolvenzverfahrens, namentlich der geordneten Haftungsabwicklung zur gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung²⁷⁹ unter Beachtung des Grundsatzes der *par conditio creditorum*²⁸⁰, zum Durchbruch verhelfen soll. Das gesetzliche

²⁷⁷ Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴ (2004) § 69 Rz 103.

²⁷⁸ Mülbart, A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection, or: A High-Level Framework for Corporate Creditor Protection in European Business Organization Law Review 2006/7, 357 (403).

²⁷⁹ Kodek in Koller/Lovrek/Spitzer (Hrsg), IO – Insolvenzordnung² (2022) § 1 IO Rz 3.

²⁸⁰ Der Grundsatz der *par conditio creditorum* (i.e., der Gläubigergleichbehandlung) gilt als „oberstes Prinzip im Insolvenzrecht“, wenngleich er aufgrund gewisser Ausnahmen auch im aktuell von der österreichischen IO vorgezeichneten System der klassenlosen Insolvenz nicht vollumfänglich verwirklicht wurde (vgl. Lobnik, Gläubigergleichbehandlung außerhalb der Insolvenz (2022) 2; Engelhart in Konecny, Insolvenzgesetze § 50 IO Rz 14 (Stand 1.12.2014, rdb.at)).

Druckmittel, das den Antragspflichtigen zur Befolgung des gesetzlich vorgezeichneten Weges anhalten soll, ist dessen Haftung im Falle eines Verstoßes.²⁸¹

In funktioneller Hinsicht spricht man bei dem von derartigen Haftungstatbeständen erfüllten Zweck von „Haftungssteuerung“: Zweck der Haftungssanktion bei Verletzung der Insolvenzantragspflicht ist es, Anreize zu setzen, die die Geschäftsleitung dazu anhalten, ihre Gesellschaft zeitgerecht in ein geordnetes Insolvenzverfahren überzuführen oder sie zu sanieren.²⁸²

Durch die Überführung der Vermögensgebarung der Gesellschaft in das insolvenzgesetzliche Rahmenwerk, soll die vorhandene Vermögensmasse – insb vor dem Hintergrund, dass Geschäftsführer im Insolvenzfall geneigt sind, erhebliche Risiken auf Kosten der Gläubiger einzugehen, um den erhofften *Turn Around* zu schaffen – zugunsten der (Alt-)Gläubiger erhalten und die Gesellschaft (zum Schutze potenzieller Neugläubiger) aus dem Geschäftsverkehr gezogen werden. Dass den Gläubigern (oder der Insolvenzmasse) im Haftungsfall vom Geschäftsführer Schadenersatz geleistet und somit der ihnen aufgrund der Insolvenz der jeweiligen Gesellschaft entstandene Ausfall reduziert wird, ist allenfalls ein positiver Nebeneffekt der Haftungssanktion.²⁸³

4.2 Die Haftung der GmbH-Geschäftsführer unter österreichischem Recht

4.2.1 Einleitung

Als Ausgleich für die aufgrund des Haftungsprivilegs der Gesellschafter auf das Haftungskapital der Gesellschaft beschränkte Haftung der GmbH sind – wie bereits ausgeführt – Abhilfemaßnahmen zum Schutz des Gesellschaftsvermögens erforderlich. Zielführenderweise ist der Hebel zur Verwirklichung eines solchen Ausgleichs (auch) beim Geschäftsführer der GmbH als jenem Organ

²⁸¹ Vgl für Deutschland MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 71.

²⁸² Casper, Haftungsrechtliche Anreizstrukturen der Insolvenzverschleppungshaftung in *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil* (Hrsg), Steuerungsfunktionen des Haftungsrechts (2007), 33 (34).

²⁸³ Vgl Casper, Haftungsrechtliche Anreizstrukturen der Insolvenzverschleppungshaftung in *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil* (Hrsg), Steuerungsfunktionen des Haftungsrechts (2007), 33 (36).

anzusetzen, das die Geschäfte der Gesellschaft führt und diese nach außen hin vertritt, somit (wenngleich eingeschränkt durch die Weisungsbefugnis der Gesellschafter) über das Gesellschaftsvermögen disponieren kann und damit gleichsam als „treuhänderischer Verwalter des Vermögens der Gesellschaft“ fungiert.²⁸⁴ Eine, womöglich die wichtigste Maßnahme zur Abfederung des aus dem Haftungsprivileg resultierenden Risikos ist die sowohl präventiv als auch schadensbegrenzend wirkende Haftung der Geschäftsführer – J. Reich-Rohrwig bezeichnet die Regelungen der Geschäftsführerhaftung dementsprechend als „Ecksäule der Haftungsverfassung der GmbH.“²⁸⁵

4.2.2 Die verschiedenen Geschädigten im Falle der Insolvenzverschleppung

Schaden iSv § 1293 ABGB ist „jeder Nachteil, welcher jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist.“ Die weite Schadensdefinition des ABGB umfasst sohin jeden Zustand, der rechtlich als Nachteil anzusehen ist, i.e.: jeden Zustand, an dem ein geringeres rechtliches Interesse besteht als am bisherigen Zustand.²⁸⁶ Einen Nachteil am Vermögen stellt der Rsp zufolge jede Minderung im Vermögen dar, der kein volles Äquivalent gegenüber steht.²⁸⁷ Auch das Hinzukommen von Passiva kann einen positiven Vermögensschaden darstellen, weil dem gegenwärtigen Vermögen durch die Belastung eine Änderung widerfährt.²⁸⁸

Die Verletzung der gesetzlichen Insolvenzantragspflicht – das heißt: das Weiterführen der Geschäfte *in statu cridae*, ohne den gesetzlich gebotenen Insolvenzantrag fristgerecht einzubringen

²⁸⁴ J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 10 (Stand 1.9.2022, rdb.at).

²⁸⁵ J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 1 (Stand 1.9.2022, rdb.at).

²⁸⁶ RIS-Justiz RS0022537.

²⁸⁷ RIS-Justiz RS0022537 (T1).

²⁸⁸ RIS-Justiz RS0022537 (T27).

– geht häufig mit einer Verschlechterung der Vermögenslage der Gesellschaft einher.²⁸⁹ Charakteristisch für Schadensfälle im Rahmen der Insolvenzverschleppung ist aber deren Reflexwirkung. *Jhering* beschreibt den Begriff der Reflexwirkung als „eine durch besondere Verhältnisse bedingte und ausschließlich durch sie herbeigeführte ökonomisch vorteilhafte oder nachteilige Folge einer in der Person des Einen eingetretenen Tatsache für eine dritte Person.“²⁹⁰ Aufbauend auf der Definition *Jherings* grenzt *Trenker* den Begriff dahingehend ein, dass sich dieser „darauf beschränkt, Vorteile oder Schäden zu betrachten, die aufgrund eines relativen Rechtsverhältnisses zu einem anderen Rechtsträger eintreten. Zweitens muss dieses Verhältnis so beschaffen sein, dass sich der Vor- oder Nachteil des Dritten zwangsläufig aus dem Vor- oder Nachteil des einen ergibt und sich auch darin erschöpft.“²⁹¹ Praktisch äußert sich diese Reflexwirkung im Falle der Insolvenzverschleppung dadurch, dass Verschlechterungen im Gesellschaftsvermögen „reflexartig“ auch eine Verschlechterung der Lage ihrer Gläubiger darstellen, deren Aussichten auf Berichtigung ihrer Forderungen gegen die insolvente Gesellschaft sich mit jeder Reduktion des Gesellschaftsvermögens verschlechtern (ein Rückgriff gegen die Gesellschafter ist aufgrund des Trennungsgrundsatzes nicht möglich).

Im Falle der Insolvenzverschleppung können sohin sowohl die Gesellschaft als auch deren Gläubiger einen Schaden – eine Vermögensverschlechterung – im Sinne des § 1293 ABGB erleiden: Die Gesellschaft aufgrund der unmittelbaren Minderung ihres Vermögens (entweder aufgrund einer Minderung ihrer Aktiva oder einer Vermehrung ihrer Passiva), und, *infolge* dieses Vermögensverfalls der Gesellschaft, die Gläubiger aufgrund der Beeinträchtigung ihrer Befriedigungsaussichten. Diese doppelte Schädigung führt freilich zwangsläufig zur Problematik der doppelten

²⁸⁹ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (355); *Trenker* spricht hierbei treffend vom „Weiterwursteln“ der Geschäftsleitung (aaO).

²⁹⁰ *Jhering*, Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen, JherJB 10 (1871), 245 (284 f); s. auch *Trenker*, „Reflexvorteil“ und „Reflexschaden“ im Gesellschaftsrecht, GesRZ 2014, 10 (12).

²⁹¹ *Trenker*, „Reflexvorteil“ und „Reflexschaden“ im Gesellschaftsrecht, GesRZ 2014, 10 (12).

Schadensliquidation: Dürfen sowohl die Gesellschaft als auch die Gläubiger ihre Schäden (eigenständig) gegenüber dem pflichtwidrig handelnden Geschäftsführer geltend machen und ist dieser sowohl der Gesellschaft als auch deren Gläubigern zum Ersatz verpflichtet?

Typischerweise lösen sich Fälle einer Mehrheit an Geschädigten durch das Haftungsbegrenzungskriterium des Rechtswidrigkeitszusammenhangs auf: Die den Gläubigern im Falle der Insolvenzverschleppung entstehenden Schäden stellen iaR sogenannte „reine Vermögensschäden“ dar; darunter sind jene Schäden zu verstehen, „die ohne Verletzung eines [...] absolut geschützten Rechtsgutes, also insb der Persönlichkeitsrechte und der dinglichen Rechte, herbeigeführt werden.“²⁹² Im Falle einer solchen Schädigung des bloßen Vermögens mangelt es zwar nicht am Schaden, typischerweise allerdings an der Rechtswidrigkeit des schädigenden Verhaltens. Um der Gefahr einer „Ausuferung des Schadenersatzrechts und einer unabsehbaren Vergrößerung der Ersatzberechtigten“²⁹³ vorzubeugen, bedient man sich zur Begrenzung der Haftpflicht im Falle der Verursachung reiner Vermögensschäden der Lehre vom Schutzzweck der Norm. Diese besagt *Koziol* zufolge, „daß auf Grund eines rechtswidrigen Verhaltens nur für jene verursachten Schäden zu haften ist, die vom Schutzzweck der Verbotsnorm erfaßt werden, da sie gerade diese Schäden verhindern wollte.“²⁹⁴ Reine Vermögensschäden sind daher grundsätzlich – abgesehen von der Verletzung einer Vertragspflicht – nur bei der Verletzung eines Schutzgesetzes zu ersetzen, auch dies jedoch nur sofern der eingetretene Schaden im Vermögen durch die verletzte Norm verhindert werden sollte, mithin das verletzte Rechtsgut vom Schutzzweck der Norm erfaßt ist.²⁹⁵ Terminologisch begegnet einem der Grundsatz des Rechtswidrigkeitszusammenhangs (des Schutzzwecks

²⁹² *Koziol*, Schadenersatz für reine Vermögensschäden, JBl 2004, 273 (273); s. auch *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (356).

²⁹³ *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1294 Rz 11 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

²⁹⁴ *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I (1997) Rz 8/18.

²⁹⁵ *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1294 Rz 11 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

der Norm) mitunter auch in der Form der Unterscheidung zwischen unmittelbar und mittelbar Geschädigten: „Schäden, die vom Schutzzweck der verletzten Norm nicht erfaßt werden, stellen mittelbare Schäden dar, die in der Regel nicht zu ersetzen sind.“²⁹⁶

Eben jener „Ausweg“ aus dem Liquidationsdilemma (i.e., den Gesellschaftsgläubigern Schadenersatzansprüche gegen die Geschäftsführer aufgrund mangelnden Rechtswidrigkeitszusammenhangs zu versagen), kommt im Falle der Insolvenzverschleppung allerdings nicht in Betracht: Der herrschenden Meinung zufolge stellt die Bestimmung des § 69 IO nämlich ein Schutzgesetz im Sinne des § 1311 ABGB zugunsten aller durch die nicht rechtzeitige Konkurseröffnung geschädigten Gläubiger und nicht des insolventen Unternehmens dar²⁹⁷, was durch die Einführung von § 69 Abs 5 IO (KO) mit dem Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2003²⁹⁸ implizit auch vom Gesetzgeber bestätigt wurde.²⁹⁹

Festzuhalten ist an dieser Stelle sohin, (i) dass die Insolvenzverschleppung typischerweise sowohl die Gesellschaft selbst als auch die Gesellschaftsgläubiger schädigt und (ii) dass die Insolvenzantragspflicht des § 69 IO ein Schutzgesetz zugunsten der Gesellschaftsgläubiger, nicht aber des insolventen Unternehmens darstellt. Die Fragen, die im Folgenden zu behandeln sein werden, sind daher (a) ob und gegebenenfalls welche Ansprüche die Gesellschaft selbst gegenüber ihren Geschäftsführern geltend machen kann, wenn diese die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nicht zeitgerecht beantragen und (b) wie sich die Anspruchsverfolgung durch die Gesellschaft mit der Anspruchsverfolgung durch die Gesellschaftsgläubiger in Einklang bringen lässt.

²⁹⁶ Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I (1997) Rz 8/18.

²⁹⁷ RIS-Justiz RS0027441 (T4); Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer (Hrsg), IO – Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO Rz 60; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 23; OGH 01.03.2011, 10 Ob 5/11z.

²⁹⁸ BGBl. I Nr. 92/2003.

²⁹⁹ Trenker, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (356).

4.2.3 Haftung gegenüber der Gesellschaft

4.2.3.1 Prinzip der Innenhaftung

Unter dem gesellschaftsrechtlichen Begriff Innenhaftung versteht man die Haftung der Geschäftsleitungsorgane gegenüber der Gesellschaft für den aufgrund schuldhafter Pflichtverletzungen entstandenen Schaden. Das Gegenstück zur Innenhaftung stellt die Außenhaftung dar, worunter man im gesellschaftsrechtlichen Kontext die Haftung der Geschäftsleitungsorgane gegenüber Dritten (einschließlich Gesellschaftern) versteht.³⁰⁰

Geschäftsführer als Gesellschaftsorgane haben zuallererst im Interesse der Gesellschaft zu handeln.³⁰¹ Zwar wird diese Verpflichtung im GmbHG – wenngleich sich mittlerweile Anhaltspunkte hierfür dem Verweis auf das „Wohle der Gesellschaft“ in § 25 Abs 1a GmbHG entnehmen lassen – nicht ausdrücklich normiert³⁰²; dennoch hat der OGH (bereits vor Einführung von § 25 Abs 1a GmbHG) festgehalten:

„Oberstes Gebot für eine ordentliche Geschäftsführung ist es, im Rahmen der Gesetze, des Gesellschaftsvertrages, der für die Geschäftsführung verbindlichen Beschlüsse anderer Organe der Gesellschaft und unter der gebotenen Berücksichtigung der Interessen der Öffentlichkeit und der Arbeitnehmer an dem von der Gesellschaft betriebenen Unternehmen den Vorteil der Gesellschaft zu wahren und Schaden von ihr abzuwenden.“³⁰³

Das Verhältnis der Geschäftsleiter (persönlich) zu Dritten ist demgegenüber weitaus weniger intensiv ausgestaltet, was sich freilich erst unter Zugrundelegung einer Perspektive zeigt, die sich an der dogmatisch-organisatorischen Ausgestaltung der GmbH orientiert: Die Kapitalgesellschaft ist

³⁰⁰ Völkl, Innenhaftung, in RDB Keywords¹ (Stand 11. 10. 2021, rdb.at).

³⁰¹ Wabl, Geschäftsleiterpflichten bei wahrscheinlicher Insolvenz (2023) 14.

³⁰² Anders in § 70 AktG.

³⁰³ OGH 09.01.1985, 3 Ob 521/84.

– wie oben bereits erwähnt – erst durch ihre Organe handlungsfähig. Die Organe handeln demnach für und im Namen der Gesellschaft, die Gesellschaft handelt durch ihre Organe. Handeln sohin die Organe der Gesellschaft, handelt die Gesellschaft.³⁰⁴ Handeln die Organe einer GmbH (im Namen der GmbH) rechtswidrig, „könnte man auch sagen, dass es [die GmbH] ist, die das Recht verletzt.“³⁰⁵ Deliktisches Handeln des Geschäftsführers gegenüber Dritten im Rahmen seiner Geschäftsführungsbefugnisse wird daher der Gesellschaft zugerechnet; diese wird dem Dritten gegenüber – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – schadenersatzpflichtig und kann sich gegebenenfalls bei ihrem Geschäftsführer regressieren.³⁰⁶

Vor diesem Hintergrund erscheint es einleuchtend, dass das Haftungsregime des GmbHG die Gesellschaft selbst als primär Anspruchsberechtigte normiert und somit dem Prinzip der Innenhaftung folgt: Handeln Geschäftsführer „im Rahmen ihres gesellschaftsrechtlichen Verantwortungsbereichs“, so spricht der Jd des OGH zufolge die gesetzliche Ausgangslage im Allgemeinen dagegen, Geschäftsführer Dritten gegenüber haftbar zu machen. Geschäftsführer haften daher nur für eigenes schuldhaftes Verhalten „und grundsätzlich nur der Gesellschaft, nicht aber einzelnen Gesellschaftern oder Gläubigern.“³⁰⁷

Ausnahmen vom Prinzip der Innenhaftung bedürfen, wie *Koppensteiner* betont, „einer besonderen Rechtfertigung[.]“³⁰⁸ Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften (so auch Geschäftsführer von GmbHs) haften daher nur dann, wenn sie eine „eigene, nicht nur der Gesellschaft obliegende

³⁰⁴ *Koppensteiner*, Zur Außenhaftung von Geschäftsführern und Vorständen, GES 2015, 379 (379).

³⁰⁵ *Koppensteiner*, Zur Außenhaftung von Geschäftsführern und Vorständen, GES 2015, 379 (386); vgl. *Schima/Toscani* in *Schima/Toscani*, Handbuch GmbH-Geschäftsführer² (2020) 335.

³⁰⁶ *Ratka/Rauter*² (2011), Geschäftsführerhaftung Rz 1/46.

³⁰⁷ Jüngst OGH 25.10.2022, 2 Ob 152/21y.

³⁰⁸ *Koppensteiner*, Anmerkungen zur Außenhaftung von Vorständen und Geschäftsführern, GesRZ 2023, 84.

Pflicht“³⁰⁹ (wie beispielsweise die Insolvenzantragspflicht) missachten, wodurch, so *Koppensteiner*, „die wichtigste Sperre gegen ein systemwidriges Ausufern der Außenhaftung errichtet“ wird.³¹⁰

Darüber hinaus dient das Prinzip der Innenhaftung allerdings auch der Haftungskanalisation (Haftungskonzentration): In Anbetracht des bereits beschriebenen Umstandes, dass ein Schaden der Gesellschaft auch ein Schaden der Gesellschafter (und potenziell auch der Gesellschaftsgläubiger) ist, gewährleistet das Prinzip der Innenhaftung, dass durch die Anspruchsbegünstigung der Gesellschaft auch die mittelbar Geschädigten reflexhaft unter Wahrung größtmöglicher Gleichbehandlung³¹¹ entschädigt werden.³¹²

4.2.3.2 § 25 GmbHG: Die Haftungsgeneralnorm³¹³

4.2.3.2.1 *Überblick und systematische Stellung*

Gem § 25 Abs 1 GmbHG sind die Geschäftsführer der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. Verletzen Geschäftsführer ihre Obliegenheiten, haften sie der Gesellschaft gem Abs 2 leg cit zur ungeteilten Hand für den daraus entstandenen Schaden. Wie sich dem Wortlaut dieser Bestimmungen unschwer entnehmen lässt, wird durch sie einerseits der für Geschäftsführer relevante Sorgfaltsmaßstab, andererseits eine GmbH-spezifische Anspruchsgrundlage für Schadenersatzansprüche als

³⁰⁹ So auch der OGH in OGH 25.10.2022, 2 Ob 152/21y.

³¹⁰ *Koppensteiner*, Anmerkungen zur Außenhaftung von Vorständen und Geschäftsführern, GesRZ 2023, 84.

³¹¹ *Koppensteiner*, Anmerkungen zur Außenhaftung von Vorständen und Geschäftsführern, GesRZ 2023, 84.

³¹² *Wabl*, Geschäftsleiterpflichten bei wahrscheinlicher Insolvenz (2023) 14.

³¹³ Der OGH spricht in Zusammenhang mit § 25 GmbHG von einem „allgemeinen Auffangtatbestand für alle Pflichtverletzungen der Geschäftsführer“ (RIS-Justiz RS0059449).

Sanktion für den Fall des Schadenseintritts aufgrund einer Verletzung ebenjenes Sorgfaltsmaßstabs normiert.³¹⁴

§ 25 GmbHG steht als gesellschaftsrechtliche Haftungsgrundlage aufgrund der Organfunktion des Geschäftsführers³¹⁵ gleichsam als „Auffangtatbestand“ ergänzend neben sonstigen rechtlichen Haftungsgrundlagen zugunsten der Gesellschaft. Hierbei ist insb an die Haftung des Geschäftsführers aus dem seiner Tätigkeit zugrundeliegenden Vertrag (etwa einem Anstellungsvertrag) oder auf Grundlage spezieller gesetzlicher Haftungsvorschriften zu denken.³¹⁶

4.2.3.2.2 Adressaten

Adressaten der Haftungsgeneralnorm sind grundsätzlich die handelsrechtlichen Geschäftsführer einer GmbH³¹⁷ und zwar auch dann, wenn diese ungeachtet ihrer Bestellung untätig bleiben.³¹⁸ Erfasst sind darüber hinaus – mit Abstrichen aber dennoch weitgehend – auch sogenannte faktische Geschäftsführer³¹⁹; von faktischen Geschäftsführern spricht die Rsp bei Personen, die – ohne förmlich zum Geschäftsführer bestellt zu sein – maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen (s. dazu Punkt 3.3.2.1).³²⁰

³¹⁴ J. Reich-Rohrwig in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 8 f (Stand 1.9.2022, rdb.at).

³¹⁵ *Ratka/Rauter* Handbuch Geschäftsführerhaftung² Rz 2/26.

³¹⁶ *Koppensteiner* in *Koppensteiner/Rüffler* (Hrsg), GmbH-Gesetz³ (2007) § 25 Rz 4; *Told/Warto* in *Har-rer/Neumayr/Told*, Organhaftung 7.

³¹⁷ J. Reich-Rohrwig in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 12 (Stand 1.9.2022, rdb.at).

³¹⁸ J. Reich-Rohrwig in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 16 (Stand 1.9.2022, rdb.at).

³¹⁹ *Hörlsberger* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer* (Hrsg), GmbHG (2017) § 25 GmbHG Rz 2.

³²⁰ RIS-Justiz RS0119794.

4.2.3.2.3 Haftungsbegünstigte

Begünstigte (Anspruchsberechtigte) unter dem Geschäftsführerhaftungsregime des GmbHG ist grundsätzlich alleine die Gesellschaft selbst, nicht etwa die Gesellschafter (etwa wegen des Wertverlustes ihrer Geschäftsanteile³²¹) oder sonstige Gläubiger, wodurch das Prinzip der Innenhaftung im GmbHG realisiert wird. Eine Haftung gegenüber Dritten kommt allerdings in bestimmten Ausnahmefällen – insb bei der Verletzung von Schutzgesetzen – in Betracht.³²²

4.2.3.2.4 Sorgfaltsmaßstab

Der oben bereits erwähnte, durch § 25 Abs 1 GmbHG normierte Maßstab sorgfaltsgemäßen Verhaltens eines GmbH-Geschäftsführers als treuhändiger Verwalter fremden Vermögens³²³ ist die „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes.“ Hierbei handelt es sich um einen objektiven Sorgfaltsmaßstab, der „weder mild noch streng zu beurteilen [ist], sondern nach der Sorgfalt, den Fähigkeiten und den Kenntnissen, die von einem Geschäftsführer dem betreffenden Geschäftszweig und nach der Größe des Unternehmens üblicherweise erwartet werden können.“³²⁴ Der im Einzelfall zur Anwendung gelangende Sorgfaltsmaßstab ist nach den konkreten Umständen branchen-, größen- und situationsadäquat (das heißt: auch in Hinblick auf die Bedeutung der in Frage stehenden Geschäftsführungsmaßnahme) zu bestimmen.³²⁵

³²¹ Ratka/Rauter, Handbuch Geschäftsführerhaftung² Rz 2/31.

³²² J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 3 f (Stand 1.9.2022, rdb.at).

³²³ Ratka/Rauter, Handbuch Geschäftsführerhaftung² Rz 2/36.

³²⁴ RIS-Justiz RS0118177; J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 41 (Stand 1.9.2022, rdb.at).

³²⁵ RIS-Justiz RS0110282; J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 41 (Stand 1.9.2022, rdb.at).

Der somit anhand der Umstände des jeweiligen Einzelfalles festzustellende und daher relative Sorgfaltsmaßstab der Geschäftsführer verlangt von diesen demnach keineswegs, „stets jede erdenkliche Sorgfalt“ einzuhalten.³²⁶ Insb darf der Sorgfaltsmaßstab – wie es die Rsp formuliert – nicht überspannt werden³²⁷, da ein solchermaßen überzogener Sorgfaltsmaßstab ein rechtspolitisch unerwünschtes³²⁸ Hindernis für die Leitung des Unternehmens bedeuten würde – eine Tätigkeit, mit der naturgemäß Prognoseentscheidungen unter Abwägung von Kosten und Risiken einerseits, mit Nutzen andererseits einhergehen. Sohin wirkt auch nicht jede Fehlentscheidung und auch nicht jedes „gewagte Geschäft“³²⁹ eines Geschäftsführers haftungsbegründend; eine solche von der Rsp ausdrücklich abgelehnte „Erfolgshaftung“ des Geschäftsführers³³⁰ hätte zur Folge, dass diesem das unternehmerische Risiko der Gesellschaft aufgebürdet würde, ohne freilich (jedenfalls aus seiner Rolle als Geschäftsführer) den Nutzen (Gewinn) daraus zu erhalten.³³¹ Das Eingehen von Risiken ist daher nicht *per se* unzulässig, sondern nach Maßgabe der oben genannten Kriterien und zwar unter Zugrundelegung einer *ex ante*-Betrachtung zu beurteilen.³³²

Die Rsp gesteht den Geschäftsführern der GmbH im Falle von „Prognoseentscheidungen“ somit grundsätzlich einen weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraum in Hinblick auf ihre Geschäftsführungsmaßnahmen zu, ohne den das „spekulative Element“ der unternehmerischen Teilnahme am freien Markt sinnvollerweise nicht zu bewältigen wäre.³³³ In Anbetracht der Prognoseentscheidungen inhärenten Unsicherheit – hierbei ist zu berücksichtigen, dass es in einer Entscheidungssituation unter Zugrundelegung der gesetzlichen Sorgfaltskriterien „nicht zwingend nur eine richtige

³²⁶ J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 41 (Stand 1.9.2022, rdb.at).

³²⁷ RIS-Justiz RS0118.

³²⁸ J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 66 (Stand 1.9.2022, rdb.at).

³²⁹ RIS-Justiz RS0059528 (T1).

³³⁰ RIS-Justiz RS0059528; RIS-Justiz RS0049459-

³³¹ J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 42, 61 (Stand 1.9.2022, rdb.at).

³³² J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 55 f, 67 (Stand 1.9.2022, rdb.at).

³³³ J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 62 ff (Stand 1.9.2022, rdb.at) mwN.

Entscheidungsalternative gibt“, sondern dass der Rsp zufolge „auch mehrere gegenteilige Handlungsalternativen sorgfaltskonform sein können“³³⁴ – kommt eine Haftung von Geschäftsführern der Rsp des OGH zufolge nur dann in Betracht, „wenn diese ihren Ermessensspielraum eklatant überschreiten, eine evident unrichtige Sachentscheidung oder eine geradezu unvertretbare Entscheidung treffen.“³³⁵

Eine gewisse Konkretisierung durch Einführung einer Ebene, auf der der Sorgfaltsmaßstab des § 25 Abs 1 GmbHG in jedem Fall erfüllt ist³³⁶, erfährt dieser durch den mit BGBl 2015/112 eingeführten Abs 1a und die darin normierte, aus dem anglo-amerikanischen Rechtsbereich übernommene Business Judgement Rule: Gem § 25 Abs 1a GmbHG handelt ein Geschäftsführer jedenfalls im Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes, wenn er sich bei einer unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten lässt und auf der Grundlage angemessener Information annehmen darf, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, befindet sich der Geschäftsführer im „Safe Harbour“ und ist haftungsfrei.³³⁷ Im gegenständlichen Kontext ist zu berücksichtigen, dass die Business Judgement Rule nur für „unternehmerische Ermessensentscheidungen“ gilt, nicht hingegen für „rechtlich gebundenes Verhalten“,³³⁸ wo die Grenze zwischen unternehmerischer Ermessensentscheidung und rechtlich gebundenem Verhalten in Zusammenhang mit der gesetzlichen Insolvenzantragspflicht verläuft, wird weiter unten näher beleuchtet (s. Punkt 4.2.3.3.1).

³³⁴ RIS-Justiz RS0049459 (T3).

³³⁵ RIS-Justiz RS0049459 (T3).

³³⁶ J. Reich-Rohrwig in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 75 (Stand 1.9.2022, rdb.at).

³³⁷ RIS-Justiz RS0130657.

³³⁸ Hörlsberger in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer* (Hrsg), GmbHG (2017) § 25 GmbHG Rz 27.

Zu berücksichtigen ist, dass § 25 GmbHG – mit Ausnahme der Sonderbestimmung in § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG – keine Pflichten der Geschäftsführer ausdrücklich festlegt. Konkrete Verpflichtungen der Geschäftsführer ergeben sich vielmehr alleine aus den mit der Organstellung verbundenen Treuepflichten und einzelnen Spezialregelungen in verschiedenen Gesetzen.³³⁹

4.2.3.3 Haftungsgrundlagen und Schaden

Aufgrund der wie oben ausgeführt unterschiedlichen Geschädigten im Falle der Insolvenzverschleppung ist es essentiell, die verschiedenen Schadenspositionen (Betriebsverlust, Quotenschaden, Vertrauensschaden, verbotene Zahlungen im Sinne von § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG³⁴⁰) und Anspruchsgrundlagen zunächst streng getrennt und im Einzelnen zu betrachten. Insb wird sich zeigen, dass die einzelnen Schadenssummen zwar selbstverständlich miteinander in Zusammenhang stehen, allerdings nur in den seltensten Fällen – und wenn dann zufällig – betraglich gleichlautend sind.³⁴¹

4.2.3.3.1 *Ersatz des Betriebsverlustes*

4.2.3.3.1.1 Haftungsgrundlage

Schon gem § 25 Abs 2 GmbHG haben die Geschäftsführer *der Gesellschaft* (Innenhaftung³⁴²) nach Ansicht eines Teiles der Lit und der Rsp für den aus der Insolvenzverschleppung resultierenden Schaden einzustehen.³⁴³ Als organschaftliche Vertreter der GmbH haften die Geschäftsführer der

³³⁹ Koppensteiner in Koppensteiner/Rüffler (Hrsg), GmbH-Gesetz³ (2007) § 25 Rz 2.

³⁴⁰ Trenker, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (354).

³⁴¹ Trenker, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (356 f).

³⁴² Borscheinen-Duursma in Fridgen/Geiwitz/Göpfert, BeckOK Insolvenzrecht³³, Internationales Insolvenzrecht – Österreich Rn 350.

³⁴³ OGH 29.09.1987, 2 Ob 568/87; S.-F.Kraus/U.Torggler in U.Torggler (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 14 (Stand: 1.8.2014, rdb.at); Jaufer, Das Unternehmen in der Krise⁴ (2022) 203 f; Ratka/Rauter, Handbuch Geschäftsführerhaftung²

Gesellschaft im Falle der Verletzung ihrer Obliegenheiten für den daraus entstandenen Schaden (§ 25 Abs 2 GmbHG); die Obliegenheiten der Geschäftsführer (die sorgfältige Geschäftsführung) umfassen auch, wie in der Lit vertreten wird, die Verpflichtung zur zeitgerechten Stellung eines Insolvenzantrags. Das Verletzen der Insolvenzantragspflicht stellt folglich *Dellinger* zufolge „einen Sorgfaltsverstoß im Verhältnis zur schuldnerischen juristischen Person dar.“³⁴⁴ Dies bedeute aber nicht, so *Dellinger* im Einklang mit der Rsp des OGH weiter, dass es sich bei der Insolvenzantragspflicht um ein Schutzgesetz zugunsten der Gesellschaft selbst handle.³⁴⁵ Die Rechtswidrigkeit der Insolvenzverschleppung ergebe sich im Verhältnis zur schuldnerischen Gesellschaft viel mehr „unmittelbar aus der Verletzung der Sorgfaltspflichten, welche ihrerseits aus der vertraglichen organschaftlichen Sonderbeziehung erwachsen.“³⁴⁶

Dem stimmt *Trenker* insofern zu, als die Insolvenzantragspflicht des § 69 IO hinsichtlich der Geschäftsführer pflichtbegründend wirkt, welche wiederum gegenüber der Gesellschaft „zur Einhaltung der zwingenden Gesetze verpflichtet sind.“³⁴⁷ Ungeachtet dessen handelt es sich bei § 69 Abs 3 IO für *Trenker*, der sich damit gegen die einschlägige Rsp des OGH stellt, um das „Fundament der Ersatzpflicht“ gegenüber der Gesellschaft, da die Bestimmung seines Erachtens auch ein Schutzgesetz zugunsten der Gesellschaft darstellt.³⁴⁸ Begründend führt er einerseits teleologische Erwägungen ins Treffen: Nicht nachvollziehbar sei, „warum das Vermögen der insolventen Gesellschaft als der Person, die durch die mit einer Insolvenzverschleppung geradezu typischerweise

Rz 3/46; *Leupold* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2010, Ausgewählte Aspekte der Geschäftsleiterhaftung in der Insolvenz 205; vgl *Trenker*, Umfang der (Innen-)Haftung bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters im deutsch-österreichischen Rechtsvergleich, KTS 2023, 495 (524 f).

³⁴⁴ *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 66 (Stand 1.12.2005, rdb.at).

³⁴⁵ *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 66 (Stand 1.12.2005, rdb.at); vgl auch RIS-Justiz RS0027441 (T4); *Schumacher* in *Koller/Lovrek/Spitzer* (Hrsg), IO – Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO Rz 60; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 23; OGH 01.03.2011, 10 Ob 5/11z.

³⁴⁶ *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 66 (Stand 1.12.2005, rdb.at).

³⁴⁷ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (362).

³⁴⁸ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (362).

einhergehende Verschlechterung ihrer wirtschaftlichen Situation primär geschädigt wird, nicht Schutzsubjekt jener Norm sein soll, welche ein derart schadensträchtiges ‚Weiterwursteln‘ zu verhindern sucht.“³⁴⁹ Andererseits weist er auf die historisch-systematische Entwicklung der Insolvenzantragspflicht hin, die ursprünglich in § 85 GmbHG aF geregelt war, weshalb der Umstand, dass sie nunmehr in der IO enthalten ist, nicht zu dem „systematischen Fehlschluss“ verleiten dürfe, die Gesellschaft sei vom Schutzzweck nicht umfasst.³⁵⁰

4.2.3.3.1.2 Betriebsverlust

Der hierbei im Falle des Vorliegens der Haftungsvoraussetzungen von den Geschäftsführern zu ersetzende Schaden ist der sogenannte durch die Verschleppung verursachte „Betriebsverlust“.³⁵¹ Darunter ist *Jaufer* zufolge der „allgemeine Schaden der Gesellschaft iSe Vermögensminderung“³⁵², *J. Reich-Rohrwig* zufolge die „Vergrößerung der Überschuldung der GmbH in der Phase der Insolvenzverschleppung“³⁵³ und *Piringer* zufolge „das Ergebnis einer Differenzrechnung aus der Gegenüberstellung des Vermögens der geschädigten Gesellschaft zum Zeitpunkt der tatsächlichen und der hypothetisch gebotenen Antragstellung“³⁵⁴ zu verstehen.

Trenker definiert den Betriebsverlust prägnant als (negative) Entwicklung des Eigenkapitals, sohin der Differenz zwischen Aktiva und Passiva; er stellt den Betriebsverlust als Schaden der Gesellschaft plakativ anhand einer Gegenüberstellung von Aktiva und Passiva und des daraus berechneten Eigenkapitals der Gesellschaft im Zeitpunkt der gebotenen Insolvenzantragstellung und der tatsächlichen Antragstellung dar: Liegt der Vermögensstand der Gesellschaft im Zeitpunkt der

³⁴⁹ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (362).

³⁵⁰ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (362).

³⁵¹ *S.-F.Kraus/U.Torggler* in *U.Torggler* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 14 (Stand: 1.8.2014, rdb.at); *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 256 (Stand 1.9.2022, rdb.at).

³⁵² *Jaufer*, Das Unternehmen in der Krise⁴ (2022) 205.

³⁵³ *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 256 (Stand 1.9.2022, rdb.at).

³⁵⁴ Vgl auch *Piringer*, Insolvenzverschleppung: Schadenspositionen und Berechnung, Sachverständige 2020, 146.

tatsächlichen Antragstellung unter dem (hypothetischen) Vermögensstand im Zeitpunkt der gebotenen Antragstellung, sei es aufgrund einer Verminderung der Aktiva oder einer Vermehrung der Passiva, so liegt ein Betriebsverlust vor.³⁵⁵ Relevant ist hierbei der Rsp des OGH zufolge jede Vermögensverminderung der Gesellschaft, und zwar auch dann, wenn das Gesellschaftsvermögen bereits durch Schulden aufgezehrt ist; in diesem Fall besteht der Schaden in der Vergrößerung der Überschuldung.³⁵⁶

Aufbauend auf den Ausführungen *Trenkers* lässt sich der Betriebsverlust sohin beispielhaft wie folgt darstellen:

Zeitpunkt	Aktiva	Passiva	Vermögen (EK)
Gebotene Antragstellung	100	400	- 300
Tatsächliche Antragstellung	80	640	- 560
Differenz (Betriebsverlust)	- 20	- 240	- 260

In Anbetracht des Umstandes, dass – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – der Betriebsverlust wesentlich höher ausfallen kann, als der Quotenschaden der Gläubiger, wirft *Trenker* die Frage auf, ob eine Haftung des Geschäftsführers für den ganzen Betriebsverlust nicht „unverhältnismäßig hoch“ sei.³⁵⁷ Er kommt jedoch zu dem Ergebnis, dass dem pflichtwidrig handelnden Geschäftsleiter die unterschiedliche Schadenshöhe schon in Hinblick auf die Präventionswirkung der Haftungsfolgen nicht zugutekommen dürfe; darüber hinaus, so *Trenker*, sei ja neben den Gläubigern auch die Gesellschaft selbst, als „juristisches Zurechnungsobjekt [...], in dem sich eine Vielzahl

³⁵⁵ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (357); s. auch *Jaufer/Painsi*, Schadensberechnung bei der Insolvenzverschleppung: IO vs GmbHG, GES 2018, 172 (174).

³⁵⁶ RIS-Justiz RS0059733; *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (360); *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 67 (Stand 1.12.2005, rdb.at).

³⁵⁷ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (360).

unterschiedlicher [...] Interessen“³⁵⁸ vereinigen, durch das pflichtwidrige Verhalten des Geschäftsführers geschädigt. Erkennt man Körperschaften als einer „natürlichen Person grundsätzlich gleichwertige [...] Trägerin von eigenständigen Rechten und Pflichten, die von jenen der Sphäre ihrer Gesellschafter und sonstigen Stakeholder strikt zu trennen sind“, so verbiete es sich, durch die geschädigte Körperschaft auf ihre Gläubiger als mittelbare Geschädigte hindurchzuschauen und für die Ersatzpflicht alleine auf deren Schaden abzustellen.³⁵⁹ Den erforderlichen Rechtswidrigkeitszusammenhang stellt *Trenker* durch die Klassifizierung der Insolvenzantragspflicht des § 69 Abs 3 IO als Schutzgesetz zugunsten der Gesellschaft her: Die Normbürde dem Geschäftsführer „die Haftung für sämtliche Verluste im Insolvenzverschleppungsstadium“ und damit im Ergebnis eine „Erfolgshaftung“ auf.³⁶⁰ Dies widerspreche zwar auf den ersten Blick den Prinzipien des § 25 Abs 2 GmbHG, nach dem der Geschäftsführer nur sorgfältiges Bemühen schuldet, weshalb er nur dann ersatzpflichtig werde, wenn die jeweilige Geschäftsführungsmaßnahme unter Zugrundelegung der Business Judgement Rule (§ 25 Abs 1a GmbHG) „objektiv und subjektiv pflichtwidrig“ gewesen sei.³⁶¹ Haftungs begründend seien im Falle der Insolvenzverschleppung jedoch nicht die einzelnen Maßnahmen im Stadium der Insolvenzverschleppung, sondern der Umstand der nicht rechtzeitigen Insolvenzantragstellung und damit der Verstoß gegen § 69 Abs 3 IO als Schutzgesetz; die Norm wolle sämtliche Schäden hintanhaltend, die bei pflichtwidriger Weiterführung der Geschäfte der Insolvenzschuldnerin entstehen. Für die damit „allein haftungsbegründende Entscheidung, ob ein Insolvenzantrag gestellt werden muss oder nicht, gilt die [Business Judgement Rule] nicht“, da es sich hierbei um keine unternehmerische Entscheidung sondern eine

³⁵⁸ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (361).

³⁵⁹ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (361).

³⁶⁰ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (362).

³⁶¹ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (362).

gesetzliche Handlungspflicht des Geschäftsführers handle.³⁶² Wer das Risiko einer gesetzwidrigen Unternehmensfortführung in Kauf nehme, habe – so *Trenker* – „alle daraus resultierenden Nachteile zu kompensieren.“³⁶³ Auf Grundlage dieses Schutzzwecks sieht *Trenker* daher die Haftung auf den gesamten Betriebsverlust vom Rechtswidrigkeitszusammenhang gedeckt.³⁶⁴

Geltend gemacht wird die Forderung auf Ersatz des Betriebsverlustes der Gesellschaft nach allgemeinen Grundsätzen durch den Insolvenzverwalter.³⁶⁵

4.2.3.3.2 Ersatz für Zahlungen nach Eintritt der materiellen Insolvenz

4.2.3.3.2.1 Haftungsgrundlage

Neben der Haftung der Geschäftsführer gegenüber der GmbH für den aufgrund der Insolvenzverschleppung erlittenen Betriebsverlust gem § 25 Abs 2 GmbHG sind die Geschäftsführer gem der Spezialnorm des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG der Gesellschaft darüber hinaus zum Ersatz verpflichtet, wenn nach dem Zeitpunkt, in dem sie die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu begehren verpflichtet waren, Zahlungen geleistet werden. Zweck des sohin normierten „Zahlungsverbotes“ ist die Erhaltung der entsprechend dem Grundsatz *par condicio creditorum* zu verteilenden Insolvenzmasse durch die Hintanhaltung von Zahlungen an einzelne Gesellschaftsgläubiger.³⁶⁶ Der zusätzliche Haftungstatbestand soll die Geschäftsführung der materiell insolventen Gesellschaft im

³⁶² *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (362).

³⁶³ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (363).

³⁶⁴ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (363).

³⁶⁵ RIS-Justiz RS0059592; *Koppensteiner* in *Koppensteiner/Rüffler* (Hrsg), GmbH-Gesetz³ (2007) § 25 Rz 26.

³⁶⁶ *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 259 (Stand 1.9.2022, rdb.at).

Übrigen dazu anhalten, zeitgerecht den gebotenen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu stellen.³⁶⁷

4.2.3.3.2.2 Hintergrund und Normzweck

Der Umstand, dass die Schadenersatzpflicht des Geschäftsführers im Falle eines Verstoßes gegen das Zahlungsverbot des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG gegenüber der Gesellschaft (und nicht gegenüber den Gläubigern) besteht, verdeckt *Trenker* zufolge den „ausschließlich gläubigerschutzorientierte[n] telos“³⁶⁸ der Norm: Ausgehend von der Erkenntnis, dass die Insolvenzverschleppung sowohl die Gesellschaft selbst als auch reflexartig die Gesellschaftsgläubiger schädigt, hält *Trenker* – wie oben bereits erwähnt – fest, dass der Gesamtgläubigerschaden und der Betriebsverlust der Gesellschaft „höchstens zufällig einmal identisch“³⁶⁹ seien. Tatsächlich, so *Trenker* weiter, sei der Gläubigerschaden, der in der Verringerung der ausschüttungsfähigen Quote besteht, „[i]m Grundsatz [...] ein gänzlich anderer Wert als die Vermögensverringerung der Gesellschaft“³⁷⁰; den Unterschied zwischen den Schadenspositionen Quotenschaden (als Schaden der Gläubiger) und Betriebsverlust (als Schaden der Gesellschaft) stellt *Trenker* plakativ anhand folgender Bsp dar:³⁷¹

³⁶⁷ *Robertson*, Der Schadensumfang bei der Insolvenzverschleppungshaftung des GmbH-Geschäftsführers, *ecolex* 2018, 150 (150).

³⁶⁸ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (358); vgl auch *Feltl*, Zur Haftung des Geschäftsführers einer GmbH wegen Insolvenzverschleppung, *GesRZ* 2017, 402; ähnlich *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) § 25 Rz 111.

³⁶⁹ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (357).

³⁷⁰ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (357).

³⁷¹ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (357).

Szenario 1				
Zeitpunkt	Aktiva	Passiva	Vermögen (EK)	Quote
Gebotene Antragstellung	100	400	- 300	25 %
Tatsächliche Antragstellung	80	640	- 560	12,5 %
Differenz	- 20	+ 240	- 260	- 12,5 %

Szenario 2				
Zeitpunkt	Aktiva	Passiva	Vermögen (EK)	Quote
Gebotene Antragstellung	200	400	- 200	50 %
Tatsächliche Antragstellung	50	200	- 150	25 %
Differenz	- 150	- 200	+ 50	- 25 %

Wie sich anhand der beiden geschilderten Szenarien unschwer erkennen lässt, sind die Schadenspositionen Betriebsverlust und Quotenschaden keineswegs gleichlaufend: Im ersten Szenario könnte der Quotenschaden der Gesellschaftsgläubiger bereits durch eine Zahlung an die Gesellschaft in Höhe von 80 (und eine damit einhergehende Erhöhung der Aktiva um 80) ausgeglichen werden. Der Betriebsverlust der Gesellschaft (der Insolvenzmasse) selbst betrüge hingegen selbst im Falle der Zahlung von 80 an die Gesellschaft weiterhin 180. Der Schaden der Gesamtgläubigerschaft ist somit wesentlich geringer als jener der Gesellschaft. Anhand des zweiten Bsp weist *Trenker* darüber hinaus nach, „dass ein Quotenschaden auch ohne Betriebsverlust“³⁷² und sohin eine Gläubigerschädigung ohne Schädigung der Gesellschaft möglich ist. Mathematisch lässt sich dieses „kontraintuitive Ergebnis“³⁷³ mit der unterschiedlichen Berechnung von Betriebsverlust und Quotenschaden begründen: Der Betriebsverlust errechnet sich auf Grundlage der Differenz

³⁷² *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (357).

³⁷³ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (357).

zwischen Aktiva und Passiva (im Zeitpunkt der gebotenen und der tatsächlichen Insolvenzantragstellung), während der Quotenschaden auf Grundlage des Quotienten von Aktiva / Passiva zu errechnen ist. Für den Betriebsverlust fällt sohin eine Senkung der Aktiva gleichermaßen ins Gewicht wie eine Steigerung der Passiva; für den Quotenschaden ist eine Reduktion der Aktiva hingegen – „abhängig vom Grad der Überschuldung“³⁷⁴, wie *Trenker* festhält – wesentlich gravierender als eine allfällige Reduktion der Passiva.³⁷⁵

Die soeben beschriebene „Erkenntnis von der ungleichen Auswirkung einer Aktivminderung auf Gesellschafts- und Gläubigerebene“ stellt *Trenker* zufolge das teleologische Fundament der Geschäftsführerhaftung des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG dar.³⁷⁶ Hierbei ist zu berücksichtigen, dass § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG der Rsp zufolge als „Sonderfall“ der verschuldensabhängigen Organhaftung gem § 25 Abs 2 GmbHG zu betrachten ist.³⁷⁷ Im Gegensatz zur deutschen Parallelnorm des § 15b InsO, bei dem es sich nach zT in der einschlägigen Lit vertretenen Meinungen um einen „Ersatzanspruch eigener Art“ handeln soll, wird die Ersatzpflicht des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG in der in der Rsp des OGH³⁷⁸ ebenso wie in der österreichischen Lit als Schadenersatzpflicht betrachtet,

³⁷⁴ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (357).

³⁷⁵ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (357).

³⁷⁶ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (357).

³⁷⁷ OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k.

³⁷⁸ OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k Rz 2.1.

was aus dem Wortlaut („insbesondere“) und der systematischen Stellung der (Spezial-)Bestimmung in der Haftungsgeneralnorm des § 25 GmbHG eindeutig hervorgeht.³⁷⁹ Vor diesem Hintergrund weist *Trenker* zutreffend darauf hin, dass die Ausgestaltung als Schadenersatznorm zugunsten der Gesellschaft den gläubigerschutzorientierten Normzweck verschleiert.³⁸⁰

4.2.3.3.2.3 Schaden und Zahlungsbegriff

In Hinblick auf die Charakterisierung des gem § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG zu ersetzenden Schadens erkennt der OGH in seiner Entscheidung in der Rechtssache 6 Ob 164/16k dahingehend, dass Zahlungen nach Insolvenzreife nicht (zwangsläufig) zu einem Betriebsverlust – und somit zu einem Schaden – der Gesellschaft führen; bilanziell handelt es sich bei der Zahlung einer Schuld viel mehr um einen erfolgsneutralen Vorgang, der lediglich zu einer Bilanzverkürzung, nicht aber zu einer Erhöhung der Überschuldung führt. Geschädigte im Falle der Leistung von Zahlungen im Status materieller Insolvenz ist daher nicht notwendigerweise die Gesellschaft, sondern vielmehr die übrigen Gesellschaftsgläubiger, deren Befriedigungsaussichten und damit deren Insolvenzquote sich mit jedem Abgang von Aktiva verringern. Der Haftungstatbestand des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG greift daher auch dann, wenn der Gesellschaft selbst kein Schaden entstanden ist; er ermöglicht es der Gesellschaft (dem Insolvenzverwalter), die den Gläubigern durch die Masse-schmälerung entstandenen Schäden über das Gesellschaftsvermögen durchzusetzen. Hierin zeigt sich wiederum der oben bereits erwähnte Zweck des Zahlungsverbots, die verteilungsfähige Vermögensmasse insolventer Gesellschaften im Interesse der Gläubigergesamtheit zu erhalten und für sie nachteilige, bevorzugte Befriedigungen einzelner Gläubiger zu unterbinden.³⁸¹ Die oben beschriebenen Bsp zeigen, dass – insb bei der Zahlung einer offenen Schuld – der Gesellschaft für die Anwendbarkeit von § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG überhaupt kein Schaden erwachsen sein muss;

³⁷⁹ *Torggler/Trenker*, Zur Organhaftung für Gläubigerbevorzugung gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG, § 84 Abs 3 Z 6 AktG, JBl 2013, 613 (614); OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k.

³⁸⁰ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (358).

³⁸¹ OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k Rz 2.1.

dieser wird, wie *Trenker* ausführt, „lediglich im Gläubigerinteresse fingiert, weil jeder Abfluss an Aktiva die Befriedigungsaussichten der Gläubiger verringert.“³⁸²

Der aufgrund von Zahlungen nach Eintritt der materiellen Insolvenz entstandene Schaden besteht daher darin, „dass durch die verspätete Insolvenzanmeldung und die inzwischen geleisteten ‚Zahlungen‘ das als Insolvenzmasse verteilbare Gesellschaftsvermögen geschmälert wurde.“³⁸³ Bei der Schadensberechnung ist dem OGH zufolge allerdings nicht auf den Ersatz der jeweiligen einzelnen unzulässigen Zahlungen, sondern auf den „Gesamtschaden im Sinn einer Masseschmälerung während der Insolvenzverschleppungsphase“ abzustellen.³⁸⁴ Dabei sind auch Zahlungen an Gläubiger miteinzubeziehen, die ihre Forderungen erst nach Eintritt der materiellen Insolvenz erworben haben, da auch Zahlungen an diese sog Neugläubiger das verteilungsfähige Vermögen der Gesellschaft und somit die Insolvenzquote der übrigen Gläubiger reduzieren. Die gebotene Gleichbehandlung der Insolvenzgläubiger wird sodann durch die Beseitigung der durch die verbotenen Zahlungen eingetretenen Masseschmälerung bewirkt.³⁸⁵

In analoger Anwendung der aktienrechtlichen Parallelbestimmung in § 84 Abs 3 Z 6 AktG, derzufolge jene Zahlungen haftungsbegründend sind, die geleistet wurden „nachdem die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten ist oder sich ihre Überschuldung ergeben hat“ (also nach Eintritt der materiellen Insolvenz), wird die Haftung der Geschäftsführer der Rsp des OGH zufolge zunächst insofern ausgedehnt, als das Zahlungsverbot auch bei der GmbH grundsätzlich mit dem Eintritt der materiellen Insolvenz beginnt und nicht etwa erst 60 Tage nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung; Letzteres wäre in Anbetracht des insofern von der aktienrechtlichen

³⁸² *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (358).

³⁸³ OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k Rz 2.2.1.

³⁸⁴ OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k Rz 2.2.1.

³⁸⁵ OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k Rz 2.2.2.

Parallelbestimmung abweichenden Wortlautes des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG³⁸⁶ durchaus argumentierbar gewesen.³⁸⁷

Der Zahlungsbegriff des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG ist der Rsp des OGH sowie der herrschenden Auffassung in der Lit zufolge weit zu verstehen, sodass darunter sämtliche zahlungsähnlichen Handlungen zu subsumieren sind, die die Insolvenzmasse schmälern.³⁸⁸ Nicht erforderlich ist, dass der Geschäftsführer die Zahlung selbst vornimmt; ausreichend ist vielmehr, dass die jeweilige „Zahlung“ im Sinne der Rsp des OGH dem jeweiligen Geschäftsführer in „irgendeiner Weise“ zurechenbar ist³⁸⁹, etwa bei von Mitarbeitern durchgeführten Zahlungen, die in den Rahmen der Überwachungspflichten des Geschäftsführers fallen oder bei Lastschrifteinzügen, wenn der Geschäftsführer zuvor den Widerruf der entsprechenden Lastschriftermächtigung unterlassen hat.³⁹⁰

Die bloße Begründung neuer Verbindlichkeiten fällt demgegenüber richtigerweise nicht unter den Zahlungsbegriff.³⁹¹ Folglich sind zwar Eingänge von Schuldnern der Gesellschaft auf einem im Soll geführten (i.e., einem „debitorischen“) Konto der Gesellschaft nach herrschender Lehre als Zahlungen im Sinne des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG anzusehen, weil sie die durch den Soll-Saldo

³⁸⁶ § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG bezieht sich auf Zahlungen, die „nach dem Zeitpunkte, in dem sie die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu begehren verpflichtet waren (...)“ geleistet werden, während sich § 84 Abs 3 Z 6 AktG auf jene Zahlungen bezieht, die „geleistet werden, nachdem die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten ist oder sich ihre Überschuldung ergeben hat [...]“.

³⁸⁷ OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k, Rz 1.2. (mwN); J. Reich-Rohrwig in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 258 (Stand 1.9.2022, rdb.at).

³⁸⁸ OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k 3.1.

³⁸⁹ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (358 f).

³⁹⁰ *Csoklich*, Gesellschaftsrechtliches Zahlungsverbot nach Insolvenzeintritt, ZIK 2018/4 (9).

³⁹¹ OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k 3.1.; § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG begründet sohin nur eine „Haftung für aktivseitige Abflüsse“ (*Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (359)).

verkörperte Verbindlichkeit der Gesellschaft gegenüber dem kontoführenden Kreditinstitut mindern.³⁹² Überweisungen von einem debitorischen Konto der Gesellschaft an Gesellschaftsgläubiger werden hingegen nicht als „Zahlung“ iSd Zahlungsverbotes betrachtet, da es sich bei ihnen um einen masseneutralen Passivtausch handelt, wird doch lediglich eine Verbindlichkeit (die gegenüber dem sodann befriedigten Gesellschaftsgläubiger) gegen eine andere Verbindlichkeit (die gegenüber dem Kreditinstitut) ausgetauscht, sohin weder die Insolvenzmasse geschmälert noch die Gläubigergesamtheit benachteiligt; dies gilt allerdings nur solange die Bank über keine Sicherheiten zur Abdeckung des Soll-Saldos verfügt.³⁹³ Verfügt die Bank hingegen über eine Sicherheit, die die Vergrößerung des Soll-Saldos abdeckt, wurde die Zahlung nicht durch die Bank, sondern durch die von der Gesellschaft gewährte Sicherheit finanziert, welche den sonstigen Gläubigern (im Ausmaß der Saldoerhöhung) demnach nicht mehr als Haftungsmasse zur Verfügung steht.³⁹⁴

Im Falle laufender Einzahlungen von Kunden (Schuldern) einer Gesellschaft und Auszahlungen der Bank vom debitorisch Geführten Gesellschaftskonto entspricht die Masseschmälerung nicht einfach der Höhe der gesamten in des Kontokorrentverhältnis eingestellten Forderungen der Gesellschaft; vielmehr ist zu berücksichtigen, dass den laufenden Zahlungen von Kunden eine stete Neuausschöpfung des Kreditrahmens entspricht, die die Bank aufgrund der Kundenzahlungen „in einer Art Zug-um-Zug-Verhältnis“³⁹⁵ zulässt. Als masseschmälernd ist daher nur die Verringerung des Schuldsaldos vom Eintritt der materiellen Insolvenz bis zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu werten.³⁹⁶ *Trenker* zufolge sollte diese vom OGH vertretene kategorische Beschränkung der Haftung für Zahlungseingänge am Soll-Konto hingegen nochmals überdacht werden: Er weist darauf hin, dass dadurch eine Gläubigerschädigung akzeptiert wird, wenn die

³⁹² OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k 3.2.1.

³⁹³ OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k 3.2.2.

³⁹⁴ Vgl. *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 434 (435); *Robertson*, Der Schadensumfang bei der Insolvenzverschleppungshaftung des GmbH-Geschäftsführers, *ecolex* 2018, 150 (FN 28).

³⁹⁵ OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k 3.2.3.

³⁹⁶ OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k 3.2.3.

Zahlungseingänge, die in weiterer Folge zur Zahlung einzelner Gläubiger verwendet werden, schon vor Eintritt der materiellen Insolvenz begründet wurden.³⁹⁷

Hinsichtlich Einzahlungen auf kreditorisch geführte Bankkonten weist *Csoklich* darauf hin, dass diese dann zur Haftung des Geschäftsführers führen können, wenn die schuldnerische Gesellschaft nicht nur ein kreditorisch geführtes sondern auch ein debitorisch geführtes Konto bei derselben Bank führt; diesfalls verbessert sich aufgrund entsprechender Regelungen in den jeweiligen Banken-AGB in der Regel die Aufrechnungslage des Kreditinstituts, worin eine Zahlung iSd § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG zu sehen ist („Schaffung von Aufrechnungslagen“).³⁹⁸

Da der Schadenersatzanspruch gem § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG mit den Anfechtungsansprüchen der Gesellschaft konkurriert,³⁹⁹ verringert sich der zu ersetzende Schaden der Entscheidung des OGH in 6 Ob 164/16k um den Betrag jener Zahlungen, die erfolgreich angefochten werden; ob dem Geschäftsführer in diesem Zusammenhang auch ein Leistungsverweigerungsrecht zukommt, wenn und solange die Zahlung gegenüber dem Leistungsempfänger noch anfechtbar ist (so wohl die zuletzt herrschende Rsp⁴⁰⁰) ließ der OGH ausdrücklich offen.⁴⁰¹

Der Anspruch der Gesellschaft reduziert sich darüber hinaus um die Quote, die der vom Geschäftsführer unzulässigerweise befriedigte Gläubiger im Insolvenzverfahren erhalten hätte.⁴⁰²

³⁹⁷ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 434 (435).

³⁹⁸ *Csoklich*, Gesellschaftsrechtliches Zahlungsverbot nach Insolvenzeintritt, ZIK 2018/4 (10); vgl *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) § 25 Rz 113.

³⁹⁹ *Csoklich*, Gesellschaftsrechtliches Zahlungsverbot nach Insolvenzeintritt, ZIK 2018/4 (12).

⁴⁰⁰ RIS-Justiz RS0059751.

⁴⁰¹ OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k 2.4.; *Csoklich*, Gesellschaftsrechtliches Zahlungsverbot nach Insolvenzeintritt, ZIK 2018/4 (12).

⁴⁰² OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k 2.5.1.; RIS-Justiz RS0059751; *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 434 (441).

In Hinblick darauf, dass dem OGH zufolge bei der Berechnung der Höhe der Ersatzpflicht des Geschäftsführers gem § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG auf den „Gesamtschaden im Sinn einer Masse-schmälerung während der Insolvenzverschleppungsphase“ abzustellen ist⁴⁰³, weist *Trenker* zutref-fend darauf hin, dass der OGH „die Summe der einzelnen Zahlungen [...] nur als Vermutung der Anspruchshöhe“ versteht, „materiell bestehe der Erstattungsanspruch aber maximal in Höhe des Gesamtgläubigerschadens“.⁴⁰⁴ Unter Gesamtgläubigerschaden versteht der OGH ganz offensicht-lich den Differenzbetrag zwischen der tatsächlich erzielten Insolvenzquote und der bei rechtzeiti-ger Insolvenzantragstellung (hypothetisch) erreichbaren Quote.⁴⁰⁵

4.2.3.3.2.4 Ausnahme: Einhaltung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäfts-leiters

Trotz des weit verstandenen Zahlungsbegriffes wird die Haftung der GmbH-Geschäftsführer ebenso in analoger Anwendung der aktienrechtlichen Parallelbestimmung des § 84 Abs 3 Z 6 AktG dahingehend eingeschränkt, dass Zahlungen, die auch nach Eintritt der materiellen Insolvenz mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind, vom Zah-lungsverbot ausgenommen sind.⁴⁰⁶ Die im Ergebnis gleiche Ansicht vertrat der OGH in früheren Entscheidungen unter Berufung auf die damalige deutsche Parallelvorschrift des § 64 Abs 2 Satz 2 dGmbHG aF, der eine Einschränkung der Haftung für Zahlungen, die mit der Sorgfalt eines or-

⁴⁰³ OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k Rz 2.2.1.

⁴⁰⁴ *Trenker*, Umfang der (Innen-)Haftung bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters im deutsch-österreichi-schen Rechtsvergleich, KTS 2023, 495 (501).

⁴⁰⁵ OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k Rz 2.3.5.

⁴⁰⁶ OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k Rz 1.3. (mwN); *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 258 (Stand 1.9.2022, rdb.at).

dentlichen Geschäftsmannes nicht vereinbar sind, ausdrücklich normierte; dass der österreichischen Vorschrift des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG eine dahingehende explizite Einschränkung fehlte, war dem OGH zufolge „ohne Bedeutung.“⁴⁰⁷

Als Bsp derartiger Zahlungen erwähnt der OGH in seiner Entscheidung der Rechtssache 6 Ob 164/16k Zahlungen an ohnehin voll zu befriedigende Aus- oder Absonderungs- oder Aufrechnungsberechtigte in Höhe des Werts des Aussonderungs-/Sicherungsguts bzw der Gegenforderung sowie Zahlungen innerhalb der Antragsfrist (§ 69 IO), die zur Unternehmensfortführung notwendig sind, etwa Zahlungen in Erfüllung zweckmäßiger Zug-um-Zug-Geschäfte.⁴⁰⁸ Die Ausnahme für Zahlungen innerhalb der 60-Tages-Frist des § 69 Abs 2 IO wird in der Lit mitunter als der bedeutendste Teil des Anwendungsbereichs der Entlastungsmöglichkeit des § 84 Abs 3 Z 6 (analog) gewertet, weil das Zahlungsverbot gem § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG grundsätzlich bereits ab Eintritt der materiellen Insolvenz, nicht erst nach Eintritt der Insolvenzantragspflicht greift, die durch § 69 Abs 2 IO auf einen deutlich späteren Zeitpunkt verschoben werden kann; um die Möglichkeit der Ausschöpfung der 60-Tagesfrist nicht zu entwerten, wird von der überwiegenden Lehre die Ansicht vertreten, dass „sämtliche Zahlungen zur Aufrechterhaltung des Betriebs im Rahmen einer zulässigen Ausschöpfung [der Frist gem § 69 Abs 2 IO] mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters vereinbar sind.“⁴⁰⁹ In diesem Fall können auch die Begleichung älterer Verbindlichkeiten zu Recht erfolgen, wenn die Nichtzahlung das Ende betriebsnotwendiger Geschäftsbeziehungen zur Folge haben könnte.⁴¹⁰ Die Fortführung des Unternehmens durch den Masseverwalter indiziert *Schumacher* zufolge, dass vorinsolvenzliche Zahlungen nach Eintritt der

⁴⁰⁷ OGH 11.04.1972, 5 Ob 38/72 (SZ 45/46); vgl *Feltl*, Zur Haftung des Geschäftsführers einer GmbH wegen Insolvenzverschleppung, GesRZ 2017, 402.

⁴⁰⁸ OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k Rz 1.3.

⁴⁰⁹ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 434 (436).

⁴¹⁰ *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴ (2004) § 69 KO Rz 168; *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 434 (436).

materiellen Insolvenz zur „Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs“ und damit zulässigerweise erfolgten.⁴¹¹ Zahlungen nach Ablauf der 60-Tages-Frist können hingegen auch dann, wenn diese zur Weiterführung des Betriebs erforderlich sind, nicht mehr durch die Einhaltung der gebotenen Sorgfalt (§ 84 Abs 3 Z 6 AktG analog) gerechtfertigt werden, da der Gesetzgeber eine Weiterführung des Betriebes (außerhalb eines Insolvenzverfahrens) über die von ihm gewährte Frist hinaus ja gerade unterbinden wollte.⁴¹²

Darüber hinaus sind der Jud des OGH zufolge in Anbetracht der strafrechtlichen Sanktionierung des Vorenthaltens von Dientsnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung (§ 153c StGB) und der Haftung des Geschäftsführers für Beitragsschuldigkeiten (§ 67 Abs 10 ASVG) unter die Ausnahme auch die Zahlungen von Dienstnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung zu zählen.⁴¹³

Dogmatisch der mangelnden Sorgfaltswidrigkeit wird auch die für den Fall einer angemessenen Gegenleistung befürwortete Ausnahme zugeordnet, wonach eine Zahlung nur in der Höhe haftungsrelevant ist, als ihr keine sachlich und zeitlich adäquat zuordenbare Gegenleistung gegenübersteht, die sich zugunsten der Insolvenzmasse liquide verwerten lässt. Die Haftung für eine Zahlung im Sinne des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG reduziert sich in einem solchen Fall in Höhe des Wertes der Gegenleistung.⁴¹⁴ Auch die Bezahlung von Unternehmensberatern (etwa Rechtsberatern für die Erstellung einer Fortbestehensprognose) soll nach in der Lit vertretener Ansicht mit

⁴¹¹ Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴ (2004) § 69 KO Rz 168.

⁴¹² Csoklich, Gesellschaftsrechtliches Zahlungsverbot nach Insolvenzeintritt, ZIK 2018/4 (10); Trenker, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 434 (436), der Ausnahmen allenfalls für die Zahlung gewisser Versicherungsprämien anerkennen würde.

⁴¹³ OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k Rz 1.3.

⁴¹⁴ J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 238 (Stand 1.9.2022, rdb.at); Piringer, Insolvenzverschleppung: Schadenspositionen und Berechnung, Sachverständige 2020, 146; Trenker, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 434 (434); Robertson, Der Schadensumfang bei der Insolvenzverschleppungshaftung des GmbH-Geschäftsführers, ecolex 2018, 150; Kraus/U. Torggler in U. Torggler (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 14 (Stand: 1.8.2014, rdb.at); OLG Wien 11.11.1988, 6 R 30/88 = NZ 1989, 252. Trenker weist darauf hin, dass die dogmatisch an der mangelnden Sorgfaltswidrigkeit ansetzende Lösung zu dem Ergebnis führen müsste, dass Zahlungen, denen zwar eine Gegenleistung zu- steht, diese jedoch in Hinblick auf die geleistete Zahlung als minderwertig („zu niedrige Gegenleistung“) zu betrachten

der gebotenen Sorgfalt in Einklang stehen und daher nicht haftungsbegründend sein; die Gegenleistung begründe zwar „keinen unmittelbaren, verwertbaren Massezuwachs“, die Zahlung sei „aber trotzdem – auch aus Gläubigersicht – *ex ante* sinnvoll“.⁴¹⁵

4.2.3.3.2.5 Geltendmachung und Beweislast

Der Anspruch auf Schadenersatz in Folge eines Verstoßes gegen das Zahlungsverbot des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG steht alleine der Gesellschaft zu; im Falle eines Insolvenzverfahrens obliegt seine Durchsetzung daher dem Insolvenzverwalter.⁴¹⁶

Hinsichtlich der Behauptungs- und Beweislast hält der Gerichtshof fest, dass es an der Gesellschaft (dem Insolvenzverwalter) liege, den aus der unzulässigen Zahlung der Gesellschaft entstandenen Schaden im Prozess gegen den Geschäftsführer darzutun.⁴¹⁷ In Hinblick auf den Schadensumfang gewährt der OGH der Gesellschaft (dem Insolvenzverwalter) jedoch insofern gewisse Erleichterungen bei der Beweisführung, als die Höhe des der Gesellschaft entstandenen Schadens in Höhe der verbotenen Zahlungen widerleglich vermutet wird;⁴¹⁸ dadurch wird der Gesellschaft (dem Insolvenzverwalter) die unter Umständen äußerst schwierige Beweisführung für den tatsächlich eingetretenen Gläubigerschaden abgenommen.⁴¹⁹ Dem beklagten Geschäftsführer obliegt der Nachweis, dass die für die Erreichung der bei fristgerechtem Insolvenzantrag erzielbaren Quote erfor-

ist, als sorgfaltswidrig zu betrachten wären, wodurch die Haftung in voller Höhe griffe. Eine solche „Unbilligkeit“ vermeidet jene Ansicht, die im Ausmaß der Gegenleistung von vornherein keine Zahlung annimmt“ (*Trenker aaO*).

⁴¹⁵ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 434 (436).

⁴¹⁶ OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k 1.1.; *Csoklich*, Gesellschaftsrechtliches Zahlungsverbot nach Insolvenzeintritt, ZIK 2018/4 (9); *Schima/Toscani* in *Schima/Toscani*, Handbuch GmbH-Geschäftsführer² (2020) 282.

⁴¹⁷ OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k 2.3.1.

⁴¹⁸ OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k 2.3.4.

⁴¹⁹ OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k 2.3.3.

derliche Zahlung (sohin der Gesamtgläubigerschaden, den der Geschäftsführer im Falle der Klagsstattgebung zu ersetzen hat) geringer ist, als die Summe der verbotenerweise geleisteten Zahlungen.⁴²⁰

Dadurch, dass der OGH dem beklagten Geschäftsführer den Nachweis freistellt, dass der Gläubigerschaden geringer ist als die Summe der gem § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG tatbestandsmäßigen Zahlungen, reduziert er den Bedeutungsgehalt des Zahlungsverbotes freilich auf eine Schadensvermutung in Höhe der Summe der relevanten Zahlungen.⁴²¹ § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG werde damit letztlich „doch zu einer Haftung auf den Quotenschaden als dem Schaden der Gläubigergesamtheit uminterpretiert“.⁴²² Erweist sich der Quotenschaden der Gesamtgläubigerschaft als geringer als die kumulierten tatbildlichen Zahlungen nach Eintritt der materiellen Insolvenz gem § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG, ist die Klage des Insolvenzverwalters in diesem Umfang abzuweisen; liegt der Quotenschaden der Gläubiger indes über der Summe der Zahlungen, stellt sich die Frage, ob der Insolvenzverwalter dazu legitimiert ist, die Quotenschäden der Gläubiger geltend zu machen (s. dazu noch unter Punkt 4.3.1.1.5.1.); mE ist dies zu befürworten, weshalb der Insolvenzverwalter diesfalls die Klage im entsprechenden, über die kumulierten Zahlungen gem § 25 Abs 3 Z 2 GmbH hinausgehenden Betrag auf § 69 IO als Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger stützen müsste. Vertritt man die gegenteilige Ansicht, muss der Insolvenzverwalter entweder weitere tatbestandsmä-

⁴²⁰ OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k 2.3.5. Die vom OGH an dieser Stelle gewählte Formulierung, der Geschäftsführer könne den Gegenbeweis führen, dass die für die Erreichung der hypothetischen Quote erforderliche Zahlung geringer ist als die „eingeklagte Summe“ ist mE insofern unzutreffend, als die klagende Gesellschaft (der klagende Insolvenzverwalter) in jedem Fall den Nachweis erbringen muss, dass die eingeklagte Summe der Summe der verbotenerweise geleisteten Zahlungen entspricht.

⁴²¹ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 434 (438).

⁴²² *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 434 (438).

ßige Zahlungen ausfindig machen oder aber einen etwaigen höheren Betriebsverlust geltend machen; die darüberhinausgehenden Schäden müssten die Gläubiger diesfalls individuell nach Beendigung des Insolvenzverfahrens (§ 69 Abs 5 IO) durchzusetzen suchen.⁴²³

4.2.4 Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern

Neben der Gesellschaft selbst werden – wie oben bereits anhand der beiden Bsp dargelegt – insb auch die Gesellschaftsgläubiger durch das Unterlassen der rechtzeitigen Insolvenzantragstellung geschädigt. Der Rsp des OGH zufolge können die Gläubiger einer GmbH, die für ihre Forderungen im Vermögen der Gesellschaft keine oder nur unzureichende Deckung gefunden haben, den Geschäftsführer der Gesellschaft jedoch nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen (§§ 1293 ff ABGB) auf Ersatz des Schadens in Anspruch nehmen, den ihnen die organschaftlichen Vertreter durch schuldhafte Verletzung eines gerade oder auch zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger erlassenen Gesetzes zugefügt haben.⁴²⁴

Als gesellschaftsfremde Dritte profitieren die Gesellschaftsgläubiger zwar grundsätzlich von der Haftungskanalisation des Haftungsregime des GmbHG⁴²⁵; eigene Ersatzansprüche gegen die Geschäftsführung der insolventen Gesellschaft können sie auf Grundlage von § 25 GmbHG, der aus dem Konzept der Innenhaftung mündet, allerdings nicht durchsetzen, obwohl zumindest die Bestimmung des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG *Trenker*⁴²⁶ zufolge ausschließlich Gläubigerschutzzwecke verfolgen soll. Die Haftung der Geschäftsführer einer GmbH unmittelbar gegenüber Dritten bedarf viel mehr besonderer Anspruchsgrundlagen.⁴²⁷

⁴²³ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 434 (442).

⁴²⁴ RIS-Justiz RS0023887.

⁴²⁵ *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 67 (Stand 1.12.2005, rdb.at).

⁴²⁶ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (358).

⁴²⁷ *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 408 (Stand 1.9.2022, rdb.at).

4.2.4.1 Anspruchsgrundlage: § 69 IO iVm § 1311 ABGB

4.2.4.1.1 *Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger*

Eine solche Haftungsgrundlage ist der herrschenden Meinung und der Rsp zufolge in der Insolvenzantragspflicht des § 69 Abs 2 IO zu erblicken.⁴²⁸ Wie bereits erwähnt ist weitgehend anerkannt, dass es sich bei der Insolvenzantragspflicht des § 69 IO um ein Schutzgesetz im Sinne des § 1311 ABGB zugunsten der Gesellschaftsgläubiger⁴²⁹, nicht aber der Insolvenzschuldnerin handelt;⁴³⁰ geschützt werden soll insb das „materielle Haftungsrecht“ der Gläubiger hinsichtlich der durch die Insolvenzverschleppung allenfalls reduzierten Insolvenzmasse.⁴³¹ Die Anerkennung der Insolvenzantragspflicht des § 69 IO als Schutzgesetz zugunsten der Gesellschaftsgläubiger ermöglicht es diesen, Ansprüche gegen die pflichtwidrig handelnden Organwalter „aus eigenem Recht“⁴³² geltend zu machen (zur Geltendmachung während des Insolvenzverfahrens siehe nachfolgend), wodurch sie sich insb eine vorangehende Klagsführung gegen die insolvente Gesellschaft samt Pfändung der Schadenersatzansprüche gegen den Geschäftsführer ersparen.⁴³³

4.2.4.1.2 *Differenzierung zwischen Alt- und Neugläubigern*

In Hinblick auf die Berechnung des eingetretenen Schadens stellen die Gesellschaftsgläubiger allerdings keine homogene Gruppe dar. Zu unterscheiden ist insb zwischen Alt- und Neugläubigern.

⁴²⁸ Jaufer, Das Unternehmen in der Krise⁴ (2022) 204.

⁴²⁹ Told/Warto in Harrer/Neumayr/Told, Organhaftung 160; Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 70 (Stand 1.12.2005, rdb.at).

⁴³⁰ Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer (Hrsg), IO – Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO Rz 60; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 23; OGH 01.03.2011, 10 Ob 5/11z; RIS-Justiz RS0027441 (T4); aA Trenker, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (361).

⁴³¹ Trenker, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (356).

⁴³² Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 72 (Stand 1.12.2005, rdb.at).

⁴³³ Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 72 (Stand 1.12.2005, rdb.at).

Vom Schutzzweck der Insolvenzantragspflicht sind zwar grundsätzlich beide Gruppen erfasst⁴³⁴; der für die jeweilige Gruppe ersatzfähige Schaden unterscheidet sich allerdings aufgrund der unterschiedlichen Ausgangspositionen, die die jeweiligen Gläubiger im Zeitpunkt des Kontrahierens mit der Insolvenzschuldnerin hatten.

Altgläubiger haben ihre Forderung gegen die spätere Insolvenzschuldnerin bereits vor Eintritt der materiellen Insolvenz erworben; sie übernehmen daher zunächst das einer jeden Transaktion immanente Insolvenzrisiko ihres Vertragspartners; im Zeitpunkt des Erwerbs der Gläubigerstellung greift mangels materieller Insolvenz die Insolvenzantragspflicht noch nicht, weshalb auch kein rechtswidriges Verhalten der Geschäftsführer vorliegen kann. Da die Altgläubiger im Zeitpunkt der erstmals gebotenen Insolvenzantragstellung bereits Gläubiger der Gesellschaft waren, besteht der für sie ersatzfähige Schaden in der aufgrund der verspäteten Antragstellung eingetretenen Schmälerung ihrer Insolvenzquote, dem sogenannten Quotenschaden. Unter dem Quotenschaden versteht man den Schaden der Gläubiger, den diese durch die Verminderung der erreichbaren Insolvenzquote erleiden.⁴³⁵ Durch den Ersatz des Quotenschadens (Quote bei gebotener Insolvenzantragstellung – Quote bei tatsächlicher Insolvenzantragstellung⁴³⁶) werden die Altgläubiger so gestellt, wie sie bei gesetzeskonformer Insolvenzantragstellung gestanden wären.⁴³⁷ Zu berücksichtigen ist freilich, dass im Falle der Inanspruchnahme der 60-Tagesfrist zur Durchführung aussichtsreicher Sanierungsversuche insofern keine „Verschleppung“ der Insolvenzeröffnung vorliegt und folglich keine Haftung der Geschäftsführer besteht, als sie nicht rechtswidrig handeln; für die

⁴³⁴ RIS-Justiz RS0027441 (T2, T3); *Told/Warto* in *Harrer/Neumayr/Told*, Organhaftung 160; *Schumacher* in *Koller/Lovrek/Spitzer* (Hrsg), IO – Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO Rz 60; offenlassend in Hinblick auf Neugläubiger unter Hinweis auf den seinerzeitigen Meinungsstand noch ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 24; aA in Hinblick auf Neugläubiger *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 87 ff (Stand 1.12.2005, rdb.at).

⁴³⁵ RIS-Justiz RS0027441; *Schumacher* in *Koller/Lovrek/Spitzer* (Hrsg), IO – Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO Rz 60; *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (356); *Jaufer*, Das Unternehmen in der Krise⁴ (2022) 209.

⁴³⁶ OGH 23.02.2009, 8 Ob 108/08b = ÖBA 2010/1657 (*Dellinger*).

⁴³⁷ *Told/Warto* in *Harrer/Neumayr/Told*, Organhaftung 160; *Schumacher* in *Koller/Lovrek/Spitzer* (Hrsg), IO – Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO Rz 72.

vor und nach Beginn der 60-Tagesfrist eingetretenen Quotenschäden haben die Geschäftsführer hingegen einzustehen.⁴³⁸ Die Höhe des jeweiligen Quotenschadens wird in der Praxis durch die Einholung eines Sachverständigengutachtens nachgewiesen, in dem die hypothetische Quote im Falle der Insolvenzeröffnung nach gebotener Insolvenzantragstellung der tatsächlichen Quote gegenüber gestellt wird.

Neugläubiger hingegen sind erst nach Eintritt der materiellen Insolvenz Gläubiger der (sodann bereits materiell insolventen) Gesellschaft geworden; sie hätten mit der späteren Insolvenzschuldnerin überhaupt nicht – jedenfalls aber nicht unter Vorleistung – kontrahiert, hätten sie vor dem Erwerb der Gläubigerstellung bereits von der materiellen Insolvenz der Gesellschaft gewusst.⁴³⁹ Als Neugläubiger bezeichnet man daher jene Gläubiger, deren „Forderungen erst nach dem Zeitpunkt entstanden sind, ab dem die Antragstellung [...] schuldhaft unterlassen wurde.“⁴⁴⁰ Auch sie sind vom Schutzzweck der Insolvenzantragspflicht erfasst. Aufgrund der unterschiedlich gelagerten Sachverhalte sind sie – anders als Altgläubiger – so zu stellen, als hätten sie mit der materiell insolventen Gesellschaft nicht mehr kontrahiert; zu ersetzen ist daher jener Nachteil, der ihnen erwachsen ist, weil sie im Vertrauen darauf disponiert haben, dass die Geschäftsführer der Vertragspartnerin im Falle deren materieller Insolvenz rechtskonform gehandelt und somit einen Antrag auf Insolvenzeröffnung gestellt hätten. Der Schaden besteht demnach in der Differenz zwischen dem hypothetischen Vermögensstand des Gläubigers bei Unterlassung des schädigenden Geschäftes und dem tatsächlichen Vermögensstand, der durch den aufgrund des Geschäftes mit dem materiell insolventen Vertragspartner eingetretenen Verlust (etwa Verlust des Eigentums an

⁴³⁸ *Schumacher* in *Koller/Lovrek/Spitzer* (Hrsg), IO – Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO Rz 73; *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (355, FN 6). Die in diesem Fall absehbaren Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der Frage, welcher Teil des Quotenschadens während der zulässigen Inanspruchnahme der 60-Tagesfrist entstanden ist, bürdet *Trenker* mE richtigerweise dem Geschäftsführer auf (aaO).

⁴³⁹ Vgl OGH 15.01.2008, 10 Ob 96/07a.

⁴⁴⁰ *Schumacher* in *Koller/Lovrek/Spitzer* (Hrsg), IO – Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO Rz 77.

der Ware und Uneinbringlichkeit der Forderung aus dem Geschäft) gekennzeichnet ist.⁴⁴¹ Zu ersetzen ist daher der Vertrauensschaden.⁴⁴² Einen Schadenersatzanspruch gegen die Geschäftsführer auf das Erfüllungsinteresse haben Neugläubiger demgegenüber nicht.⁴⁴³ Dem Geschäftsführer der insolventen Gesellschaft als deren Vertreter „kann nicht das Ausbleiben der Vertragserfüllung, sondern nur der Vertragsabschluss und die Entgegennahme der Vorleistung *in statu cridae* vorgeworfen werden. Wäre diese unterblieben, so hätte sich der vorleistende Vertragspartner zwar den Aufwand für die eigene Leistung erspart; den erhofften Vorteil aus dem Geschäft mit der insolventen Gesellschaft hätte er allerdings nicht lukrieren können. Verursacht und potenziell ersatzfähig ist nur das negative Interesse.“⁴⁴⁴ Die Höhe des Vertrauensschadens (des negativen Interesses) besteht der Rsp des OGH zufolge im Regelfall in den dem Gläubiger bei der Erbringung seiner eigenen Leistungen entstandenen variablen Kosten, weshalb sich der Gläubiger von seiner Forderung grundsätzlich die Gewinnspanne und auch den aufgrund des Geschäfts erhofften Fixkostendeckungsbeitrag abziehen lassen muss.⁴⁴⁵

Der OGH hat einen Ersatz des Vertrauensschadens in seiner älteren Rsp⁴⁴⁶ noch ausdrücklich abgelehnt: Der noch in 1 Ob 608/87 vertretenen Auffassung des Gerichtshofs zufolge, sollten auch Neugläubiger im Falle der Insolvenzverschleppung nur den Schaden ersetzt erhalten, den auch die Altgläubiger durch Quotenverkürzung erlitten haben; nur dann, wenn auch ein Verstoß gegen

⁴⁴¹ OGH 06.12.1988, 2 Ob 548/88; s auch *Koziol*, Die Haftung wegen Konkursverzögerung durch Kreditgewährung, RdW 1983, 66 (69 f).

⁴⁴² RIS-Justiz RS0123327; OGH 22.10.2007, 1 Ob 134/07y; *Schumacher* in *Koller/Lovrek/Spitzer* (Hrsg), IO – Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO Rz 78; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 4/510 (Stand 1.6.2017, rdb.at). Anders noch *Dellinger*, der auch in Hinblick auf Neugläubiger auf den Quotenschaden abstellte und die Frage stellte, „ob der Neugläubiger gegen Quotenverschlechterungen, die vor Erwerb der Gläubigerstellung bewirkt wurden, geschützt sein kann“ (*Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 74 (Stand 1.12.2005, rdb.at)).

⁴⁴³ OGH 06.12.1988, 2 Ob 548/88; OGH 15.01.2008, 10 Ob 96/07a.

⁴⁴⁴ OGH 15.01.2008, 10 Ob 96/07a.

⁴⁴⁵ OGH 15.01.2008, 10 Ob 96/07a; *Schumacher* in *Koller/Lovrek/Spitzer* (Hrsg), IO – Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO Rz 78.

⁴⁴⁶ Weitere Nachweise aus der Judikatur s. bei *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 84 (Stand 1.12.2005, rdb.at).

§ 159 Abs 1 Z 2 StGB vorliege, sei der gesamte Ausfall zu ersetzen.⁴⁴⁷ Begründend verwies der OGH dabei auf die Rsp des BGH, wonach die Insolvenzantragspflicht gem § 64 dGmbHG (aF) die Gleichbehandlung der Gläubiger erreichen und verhindern will, dass das zur Befriedigung der Gläubiger erforderliche Gesellschaftsvermögen zu diesem Zweck entzogen werde. Das Vertrauen in die Kreditwürdigkeit eines anderen genieße indessen keinen besonderen gesetzlichen Schutz. Neugläubiger würden folglich nicht weiter geschützt als Altgläubiger, weshalb auch ihnen nur der Quotenschaden zustehe.⁴⁴⁸

In der vereinzelt gebliebenen Folgeentscheidung 6 Ob 656/90 ging der OGH von dieser Ansicht ab und entschied, dass Neugläubigern der Ersatz des Vertrauensschadens zustehe. Diese hätten bei rechtzeitiger Offenlegung der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft mit dieser nicht jene zweiseitig verbindlichen Geschäfte abgeschlossen, in deren Erfüllung sie jene vertraglich bedungenen Leistungen erbrachten, für die sie das vereinbarte Entgelt nicht oder nicht voll von der Gesellschaft erhielten. Für eine Beschränkung des Schadenersatzes auf den sogenannten Quotenschaden fehle es daher an jeder Voraussetzung. Im Unterschied zu Altgläubigern sei einem Neugläubiger zuzubilligen, dass er bei Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des späteren Schuldners ihm gegenüber überhaupt keine vertragliche Vorleistungspflicht übernommen hätte. Neugläubigern gebühre daher der Ersatz ihres negativen Vertragsinteresses.⁴⁴⁹

Mit Blick auf eine sich in Deutschland anbahnende Judikaturwende ließ der OGH die Frage, ob Neugläubigern im Falle der Insolvenzverschleppung der Vertrauensschaden zu ersetzen sei, in weiterer Folge zunächst noch ausdrücklich offen.⁴⁵⁰

⁴⁴⁷ OGH 23.09.1987, 1 Ob 608/87 = RdW 1988, 14.

⁴⁴⁸ OGH 23.09.1987, 1 Ob 608/87 = RdW 1988, 14; *Vrba/Unger* in *Vrba* (Hrsg), Schadenersatz in der Praxis (49. Lfg 2023) Persönliche Haftung des Geschäftsführers einer GmbH 18 f.

⁴⁴⁹ OGH 10.12.1992, 6 Ob 656/90 = RdW 1993, 75; RIS-Justiz RS0095751.

⁴⁵⁰ OGH 20.12.1994, 5 Ob 524/93 = ZIK 1995, 118.

Die Wende in der österreichischen Judikatur kam mit der Entscheidung 7 Ob 2339/96p. Der OGH hielt unter Verweis auf *J. Reich-Rohrwig* fest, dass sowohl § 69 KO als auch § 159 Abs 1 Z 2 StGB den Zweck verfolgen, insolvente Gesellschaften aus dem Rechtsverkehr zu ziehen und damit jene zu schützen, die andernfalls mit diesen Gesellschaften kontrahieren würden. Hat ein Neugläubiger im Status der Insolvenzverschleppung einen vertraglichen Anspruch erworben, der nun (tw) uneinbringlich ist, so ist er so zu stellen, als hätte er das betreffend Geschäft mit der schuldnerischen Gesellschaft nicht abgeschlossen.⁴⁵¹

Kritisch zum Ersatz des Vertrauensschadens der Neugläubiger äußerte sich insb *Dellinger*,⁴⁵² der zu dem Ergebnis gelangt, dass Neugläubigern aufgrund einer Verletzung der Insolvenzantragspflicht des § 69 IO kein Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens zustehe.⁴⁵³

4.2.4.1.3 Zur Frage der Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters

Gem § 69 Abs 5 IO können Insolvenzgläubiger Schadenersatzansprüche wegen einer Verschlechterung der Insolvenzquote infolge einer Verletzung der Insolvenzantragspflicht erst nach Rechtskraft der Aufhebung des Insolvenzverfahrens geltend machen. Zweck der Bestimmung ist es, „konkurrierendes Vorgehen“⁴⁵⁴ von Gläubigern und Insolvenzverwalter – dem die Erläuterungen zum GIRÄG 2003⁴⁵⁵ effizientere Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten attestieren – sowie den mit derartigen Doppelgleisigkeiten verbundenen überflüssigen Verfahrensaufwand hintanzuhalten.⁴⁵⁶ Lehre⁴⁵⁷ und Rsp⁴⁵⁸ dehnen den Anwendungsbereich dieser Regelung darüber hinaus auch auf die

⁴⁵¹ OGH 22.10.1997, 7 Ob 2339/96p = ÖBA 1998/719 (*Koziol*).

⁴⁵² *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzzesetze § 69 KO Rz 87 ff (Stand 1.12.2005, rdb.at).

⁴⁵³ *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzzesetze § 69 KO Rz 100 (Stand 1.12.2005, rdb.at).

⁴⁵⁴ *Schumacher* in *Koller/Lovrek/Spitzer* (Hrsg), IO – Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO Rz 94.

⁴⁵⁵ Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2003 – GIRÄG 2003.

⁴⁵⁶ *Schumacher* in *Koller/Lovrek/Spitzer* (Hrsg), IO – Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO Rz 94.

⁴⁵⁷ *Schumacher* in *Koller/Lovrek/Spitzer* (Hrsg), IO – Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO Rz 94, 96; *Koppensteiner* in *Koppensteiner/Rüffler* (Hrsg), GmbH-Gesetz³ (2007) § 25 Rz 41.

⁴⁵⁸ OGH 23.02.2009, 8 Ob 108/08b = ÖBA 2010/1657 (*Dellinger*).

Geltendmachung von Ersatzansprüchen durch Gläubiger gegen den Geschäftsführer unter Berufung auf andere Anspruchsgrundlagen aus.

Hintergrund der Bestimmung ist den erläuternden Bemerkungen zum GIRÄG 2003 zufolge, dass die Gesellschaft im Falle der Insolvenzverschleppung selbst Ansprüche gegen ihre Geschäftsführer hat, die zumindest die gleiche Höhe haben wie die Summe der potentiellen Quotenschäden der Gläubiger⁴⁵⁹; macht der Masseverwalter sie erfolgreich geltend, so wird die Insolvenzmasse wieder entsprechend aufgefüllt, wodurch – so die in den Erläuterungen präsentierte Ratio der Norm – auch die Quotenschäden der Gläubiger letztlich nicht eintreten. Soweit der Insolvenzverwalter Ansprüche gegen den Geschäftsführer nicht geltend macht oder mit der Rechtsdurchsetzung scheitert, können die Gläubiger nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens selbständig gegen den Geschäftsführer vorgehen. Nicht berührt werden hiervon Ansprüche der Gläubiger, die über die Quotenschäden hinausgehen; sie können auch während des anhängigen Insolvenzverfahrens geltend gemacht werden.⁴⁶⁰ Über die in den Erläuterungen zum GIRÄG 2003 zu findende Begründung hinaus weist *Dellinger* darauf hin, dass eine individuelle Verfolgung von Schadenersatzansprüchen durch die Gläubiger während des Insolvenzverfahrens auch gegen den Grundsatz der *par conditio creditorum* verstoßen würde, da einzelne Gläubiger bevorzugt sein könnten, wenn sie ihren Quotenschaden ersetzt erhielten ohne entsprechend weniger aus der Insolvenzmasse zu bekommen.⁴⁶¹

⁴⁵⁹ Dass diese Annahme (jedenfalls in der in den Erläuterungen vertretenen Pauschalität) nicht zutreffend ist und der Gläubigerschaden durch den Ersatz des Gesellschaftsschadens nicht zwangsläufig „kompensiert“ wird, hat *Trenker* aufgezeigt (*Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (357, 366)).

⁴⁶⁰ ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 24; *Schumacher* in *Koller/Lovrek/Spitzer* (Hrsg), IO – Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO Rz 95.

⁴⁶¹ *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 76 (Stand 1.12.2005, rdb.at).

Aufgrund der Suspendierung der Möglichkeit zur selbständigen Geltendmachung der Schadenersatzansprüche durch § 69 Abs 5 IO ruht während eines anhängigen Insolvenzverfahrens die Verjährung der Schadenersatzansprüche (Fortlaufshemmung), sofern die Verjährungsfrist, die gem der allgemeinen Regel des § 1478 ABGB erst beginnt, sobald das Recht schon hätte ausgeübt werden können, überhaupt schon zu laufen begonnen hat.⁴⁶²

Außerhalb eines Insolvenzverfahrens, wenn ein solches also etwa mangels kostendeckenden Vermögens gar nicht eröffnet wird oder bereits rechtskräftig aufgehoben worden ist, hindert § 69 Abs 5 IO die Gläubiger nicht, ihren Ansprüche auf Ersatz des Quotenschadens gegen den jeweiligen Organwalter geltend zu machen.⁴⁶³ Von Vornherein nicht vom Anwendungsbereich des § 69 Abs 5 IO umfasst sind Ansprüche der Neugläubiger auf Ersatz des Vertrauensschadens; beim Vertrauensschaden handelt es sich nicht um Schaden, der „wegen einer Verschlechterung der Insolvenzquote“ eintritt, wie dies die Bestimmung verlangt.⁴⁶⁴ Ebendas gilt darüber hinaus für sonstige Schäden, die Gläubiger aufgrund der Insolvenzverschleppung erleiden, die jedoch nicht direkt aus einer Quotenverschlechterung resultieren (bspw aufgrund des Verkaufs von Vorbehaltsware bei fehlender Verfügungsermächtigung).⁴⁶⁵

Festzuhalten ist an dieser Stelle daher, dass die Gesellschaftsgläubiger während eines anhängigen Insolvenzverfahrens nicht berechtigt sind, ihre Ansprüche auf Ersatz des Quotenschadens gegen den Geschäftsführer geltend zu machen. In Hinblick auf den Umstand, dass der vom Insolvenzverwalter betriebene Ersatz des Betriebsverlustes zwar dazu geeignet ist, auch die Quotenschäden der Gläubiger zu reduzieren, diese allerdings nicht zwangsläufig zur Gänze durch den Ersatz des

⁴⁶² ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 24; *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 78 (Stand 1.12.2005, rdb.at).

⁴⁶³ *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 79 (Stand 1.12.2005, rdb.at).

⁴⁶⁴ *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 81 (Stand 1.12.2005, rdb.at).

⁴⁶⁵ *Dellinger in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 82 (Stand 1.12.2005, rdb.at).

Betriebsverlustes kompensiert werden (s. dazu das Szenario 2 unter Punkt 4.2.3.2.2.)⁴⁶⁶ stellt sich die Frage, ob der Insolvenzverwalter während eines anhängigen Verfahrens anstelle der Gläubiger berechtigt ist, deren Quotenschäden gegenüber dem pflichtwidrig handelnden Geschäftsführer geltend zu machen.

*Richter*⁴⁶⁷ vertritt diesbezüglich die Ansicht, dass § 69 Abs 5 KO (IO) eingedenk des Schutzzwecks der Norm – namentlich: die Gewährleistung größtmöglichen Gläubigerschutzes – dahin gehend zu interpretieren ist, dass der Insolvenzverwalter während des anhängigen Insolvenzverfahrens zur Geltendmachung der Quotenschäden legitimiert ist.

*Truckenthanner*⁴⁶⁸ hält die Ansicht *Richters* zwar aus rechtspolitischen Erwägungen für nachvollziehbar, gleichwohl fehle es *de lege lata* „an einer tragfähigen dogmatischen Grundlage“ für die Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters für die Geltendmachung von Quotenschäden von Altgläubigern; mit der Einführung von § 69 Abs 5 KO (IO) habe der Gesetzgeber „schlicht ein Nebeneinander von Quotenschadenersatzprozessen verhindern“ wollen.

Zugunsten einer Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters für die Geltendmachung des Quotenschadens der Altgläubiger sprechen sich – wenngleich ohne nähere Auseinandersetzung mit den dogmatischen Grundlagen – *Nowotny*⁴⁶⁹ und wohl auch *Koppensteiner*⁴⁷⁰ aus.

Schumacher anerkennt zwar, dass es dogmatische Bedenken gegen die Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters zur Geltendmachung des Quotenschadens während des Insolvenzverfahrens gebe, befürwortet diese jedoch aus praktischen Gründen, „da andernfalls der Quotenschaden

⁴⁶⁶ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (366).

⁴⁶⁷ *Richter*, Zur Geltendmachung des Quotenschadens durch den Masseverwalter, ZIK 2007/65 (43).

⁴⁶⁸ *Truckenthanner*, Bedenken zur Geltendmachung von Quotenschäden durch den Masseverwalter – Dogmatik und Praxis, Zik 2007/198, 116 (116 ff).

⁴⁶⁹ *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 4/511 (Stand 1.6.2017, rdb.at).

⁴⁷⁰ *Koppensteiner* in *Koppensteiner/Rüffler* (Hrsg), GmbH-Gesetz³ (2007) § 25 Rz 35.

seine Durchsetzbarkeit in der Praxis verlieren würde, nimmt doch kein einzelner Gläubiger das Prozessrisiko wegen einer oft nur geringfügigen Quotendifferenz auf sich.“⁴⁷¹

Trenker zufolge bedürfe es für die Liquidation des Schadens einer Person durch eine andere Person – hier: den Insolvenzverwalter – einer gesetzlichen Grundlage; eine solche sei jedoch § 69 Abs 5 IO nicht zu entnehmen, da die Bestimmung den Gläubigern nur die Geltendmachung ihrer Quotenschäden untersage, dem Insolvenzverwalter jedoch nicht die entsprechende Legitimation hierfür einräume. Der Umkehrschluss, dessen sich der Teil der Lehre offenbar bediene, der die gegenteilige Ansicht vertrete – namentlich: wenn den Gläubigern während aufrechten Insolvenzverfahrens die Geltendmachung ihrer individuellen Quotenschäden verboten ist, so müsse doch der Insolvenzverwalter dazu legitimiert sein – ist *Trenker* zufolge keineswegs zwingend.⁴⁷² Darüber hinaus, so *Trenker* weiter, sprechen auch die Materialien zum GIRÄG 2003 gegen die Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters.⁴⁷³ Für eine Analogie mangle es nach *Trenker* an einer planwidrigen Lücke, werde doch die „kanalisierte Durchsetzung“ des Gläubigerschadens bereits durch die Haftung der Geschäftsführer für Zahlungen nach Eintritt der materiellen Insolvenz gem § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG verwirklicht.⁴⁷⁴ Eine „doppelte Absicherung desselben Risikos“ betrachtet *Trenker* als „überschießend.“⁴⁷⁵

⁴⁷¹ *Schumacher* in *Koller/Lovrek/Spitzer* (Hrsg), IO – Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO Rz 95; *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴ (2004) § 69 KO Rz 149.

⁴⁷² *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (366).

⁴⁷³ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (367).

⁴⁷⁴ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (368).

⁴⁷⁵ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (366).

Der OGH hat die Frage der Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters zur Geltendmachung von Quotenschäden der Altgläubiger nach Inkrafttreten von § 69 Abs 5 KO (IO) bisweilen ausdrücklich offengelassen;⁴⁷⁶ zur früheren Rechtslage hat er hingegen judiziert, dass Ansprüche der Gläubiger auf Ersatz des Quotenschadens durch den Insolvenzverwalter nicht geltend gemacht werden können.⁴⁷⁷

ME ist derjenigen Ansicht zu folgen, die die Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters für die Quotenschäden der Altgläubiger bejaht. Zugestehen muss man zunächst, dass sich dem Wortlaut des § 69 Abs 5 IO die Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters nicht entnehmen lässt.⁴⁷⁸ Hieran schließt sich die Frage, ob es sich bei der nicht ausdrücklichen Normierung der Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters zur Geltendmachung der Ansprüche der Altgläubiger für deren Quotenschäden um eine Gesetzeslücke handelt, die es im Wege der Analogie zu schließen gilt. Von einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetztes ist dann auszugehen, „wenn eine Unvollständigkeit innerhalb eines Gesetzes vom Standpunkt der Zwecke und Werte des konkreten Gesetzes selbst festgestellt werden kann. Das Gesetz muss also, gemessen an seiner eigenen Absicht und Teleologie, ergänzungsbedürftig sein, ohne dass diese Ergänzung einer vom Gesetz gewollten Beschränkung widerspricht.“⁴⁷⁹

Die § 69 IO zugrundeliegenden Zwecke und Wertungen sind den Materialien zum GIRÄG 2003 zu entnehmen. Als Grundwertung von § 69 IO (dessen fünften Absatz eingeschlossen) lässt sich zweifellos der Gläubigerschutz ausmachen.⁴⁸⁰ Rechtstechnisch soll dem Gläubigerschutz im Falle der Insolvenzverschleppung nach der Intention des Gesetzgebers unter anderem dadurch zum

⁴⁷⁶ OGH 09.11.2006, 6 Ob 72/06s.

⁴⁷⁷ RS0049450 (insb. T1); *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (366).

⁴⁷⁸ Insofern zutreffend *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (366).

⁴⁷⁹ *Posch* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2018) § 7 ABGB Rz 2.

⁴⁸⁰ „§ 69 ist nach hA ein Schutzgesetz zu Gunsten der Gläubiger von juristischen Personen“ (ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 23).

Durchbruch verholten werden, dass der Insolvenzverwalter Ansprüche gegen den pflichtwidrig handelnden Geschäftsführer geltend macht, hierdurch die Insolvenzmasse entsprechend auffüllt und Quotenschäden verhindert. Hierbei geht der Gesetzgeber dem Wortlaut seiner Erläuterungen zufolge davon aus, dass die Ansprüche der juristischen Person selbst (insb gem § 25 GmbHG) gegen den Geschäftsführer „zumindest die gleiche Höhe [haben,] wie die Summe der potentiellen Quotenschäden der Gläubiger.“⁴⁸¹ Werden diese Ansprüche der Gesellschaft selbst vom Insolvenzverwalter erfolgreich geltend gemacht – so die Annahme des Gesetzgebers – „so wird die Masse wieder entsprechend aufgefüllt und es kommt nicht zu Quotenschäden.“⁴⁸² Der Gesetzgeber geht daher offenkundig davon aus, dass die genuin der Gesellschaft gegen ihren Geschäftsführer zustehenden Ansprüche summenmäßig die Ansprüche der Gläubiger auf Ersatz ihres Quotenschadens theoretisch (wenngleich in Hinblick auf die im Einzelfall zweifelhafte Rechtsdurchsetzung nicht auch praktisch) in jedem Fall abdecken. Dass diese Annahme jedoch bereits dem Grunde nach verfehlt ist, da die Quotenschäden der Gläubiger den Betriebsverlust mitunter übersteigen können, hat *Trenker* aufgezeigt.⁴⁸³

Nichtsdestoweniger kommt *Trenker* zu dem Schluss, dass es trotz dieses Umstandes insofern an der erforderlichen Lücke mangle, als es mit § 25 Abs 3 Z 2 GmbH bereits eine Norm gebe, die die Geltendmachung typischer Gläubigerschäden dem Insolvenzverwalter zuweise.⁴⁸⁴ Dem kann zwar in Hinblick auf den *Telos* von § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG zugestimmt werden; dennoch

⁴⁸¹ ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 24.

⁴⁸² ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 24.

⁴⁸³ „Auch sonst gibt es [...] Fälle, in denen der Quotenschaden der Gläubiger höher ist als der Betriebsverlust oder sogar ohne einen solchen auftreten kann. Der Gläubigerschaden wird also nicht zwangsläufig durch den Ersatz des Gesellschaftsschadens ‚kompensiert‘, sodass eine individuelle Anspruchsverfolgung grundsätzlich zulässig bleibt.“ (*Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (366)). *Trenker* weist zwar ebenso darauf hin, dass die gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG zu ersetzenden „kumulierten Zahlungen [...] praktisch immer, manchmal sogar um ein Vielfaches, höher als jener Betrag sind, der zur Kompensation des tatsächlichen Schadens des Gläubigerkollektivs notwendig ist“ (*Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 434); theoretisch sind allerdings durchaus Fälle denkbar, in denen eben dies nicht der Fall ist.

⁴⁸⁴ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (368).

liegt mE eine Gesetzeslücke vor: Wie bereits erwähnt, geht der Gesetzgeber davon aus, mit der Geltendmachung der Ansprüche durch den Insolvenzverwalter etwaige Quotenschäden der Gläubiger nicht etwa zu reduzieren, sondern *gänzlich zu verhindern*; dies gründet er auf der Auffassung, die genuinen Ansprüche der Gesellschaft seien *zumindest* gleich hoch wie die Summe der potentiellen Quotenschäden der Gläubiger. Selbst eingedenk des Umstandes, dass die Gesellschaft (der Insolvenzverwalter) nicht nur Ersatz des Betriebsverlustes, sondern auch der nach Eintritt der Insolvenzreife geleisteten Zahlungen gem § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG vom Geschäftsleiter verlangen kann, sind die genuinen Ansprüche der Gesellschaft dennoch nicht – oder höchstens zufällig – geeignet, die Quotenschäden der Gläubiger überhaupt theoretisch (das heißt: unabhängig von der faktischen Durchsetzbarkeit) abzudecken. Die Ersatzpflicht des Geschäftsführers gem § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG vermag hieran nichts zu ändern, da diese in Anbetracht der mit dem Zahlungsbegriff des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG verbundenen Einschränkungen⁴⁸⁵ keineswegs mit Sicherheit dazu führt, dass die Ansprüche der Gesellschaft „zumindest die gleiche Höhe wie die Summe der potentiellen Quotenschäden der Gläubiger“ haben⁴⁸⁶, wovon der Gesetzgeber jedoch ganz offenkundig ausgeht. Vor diesem Hintergrund liegt evidentermaßen eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes vor, da der Wortlaut des Gesetzes „hinter dem dem Gesetz immanenten Zweck zurückbleibt, weil sich der Gesetzgeber den regelungsbedürftigen Sachverhalt nicht umfassend genug“ – in diesem Fall offenbar: nicht zutreffend – „vorgestellt hat.“⁴⁸⁷

Die Gesetzeslücke scheint in teleologischer Hinsicht – maßgeblicher Zweck der Norm ist der Gläubigerschutz – auch insofern evident, als Altgläubiger, wollte man die Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters zur Geltendmachung des Quotenschadens verneinen, Gefahr liefen, hinter

⁴⁸⁵ Vgl OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k.

⁴⁸⁶ Diese Möglichkeit dürfte auch *Trenker* nicht bestreiten, vgl *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 434 (442): „Ist der Quotenschaden geringer als die [gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG durch den Insolvenzverwalter] geltend gemachten Zahlungen, ist die Klage insoweit abzuweisen; ist der Quotenschaden umgekehrt höher, kann der Insolvenzverwalter seine Klage jedoch nicht ohne weiteres auf diesen höheren Betrag ausdehnen.“

⁴⁸⁷ *Schauer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 7 Rz 6 (Stand 1.3.2017, rdb.at).

den Neugläubigern oder anderen Altgläubigern, deren Schäden über den Quotenschaden hinausgehen, zurückbleiben. Für diese beiden Gruppen gilt die „Durchsetzungssperre“ des § 69 Abs 5 IO nicht;⁴⁸⁸ Insolvenzverfahren und damit die Sperre des § 69 Abs 5 IO können sich über einen beträchtlichen Zeitraum erstrecken und das Haftungsvermögen des belangten Organwalters ist typischerweise nicht unbeschränkt.⁴⁸⁹ Vor diesem Hintergrund würde die Verneinung der Passivlegitimation des Insolvenzverwalters für Quotenschäden auch dem zentralen Grundsatz des Insolvenzverfahrens der *par conditio creditorum* zuwiderlaufen, da sie jene Gläubiger, deren Ansprüche von der Durchsetzungssperre des § 69 Abs 5 IO nicht umfasst sind, besser stellen würde als jene, die mit ihren Ansprüchen unter § 69 Abs 5 IO fallen; dieses Ergebnis findet im Normzweck keine Deckung, denn der Schutzzweck der Insolvenzantragspflicht ist „auf Erhaltung des Gesellschaftsvermögens zum Zwecke der *gleichmäßigen* und vollständigen Befriedigung der Gläubiger gerichtet.“⁴⁹⁰

Zu klären bleibt, wie diese Lücke zu schließen ist. § 56 Abs 1 AktG normiert, dass die Aktionäre einer AG den Gläubigern der Gesellschaft für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften, soweit sie entgegen den Vorschriften des AktG Zahlungen von der Gesellschaft empfangen haben (soweit sie diese nicht gutgläubig empfangen haben). Gem Abs 2 leg cit übt im Fall, dass über das Vermögen der Gesellschaft ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde, der Insolvenzverwalter das Recht der Gesellschaftsgläubiger gegen die Aktionäre aus. Richtig mag zwar der Hinweis *Trenkers* sein, dass es sich bei den Ansprüchen gem §§ 52, 56 AktG primär um Ansprüche der Gesellschaft handelt;⁴⁹¹ die materielle (nicht aber formelle) Anspruchsidentität kommt auch

⁴⁸⁸ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (356); ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 24.

⁴⁸⁹ Vgl zur deutschen Parallelvorschrift des § 92 InsO, MüKoInsO/*Gehrlein*⁴ (2019), InsO § 92 Rn 1: „Da der Gesetzgeber davon ausgeht, dass das pfändbare Vermögen des Schädigers regelmäßig nicht ausreicht, um die Ersatzansprüche aller Gläubiger zu tilgen, ist der Schadensersatz an den Insolvenzverwalter zu leisten.“

⁴⁹⁰ So *Honsell*, Die Haftung des Geschäftsführers gegenüber Gesellschaftsgläubigern bei Insolvenz der GmbH (II), GesRZ 1984, 207 (212) zu § 69 KO, § 159 StGB.

⁴⁹¹ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (358).

dadurch zum Ausdruck, dass der Aktionär durch die Leistung an den Gläubiger zugleich „auch seine zu Unrecht bezogene Leistung [...] an die Gesellschaft zurückgewährt.“⁴⁹² Dies ist für die gegenständliche Frage aber keineswegs entscheidend. Anerkennt man, dass die Wahrung der Gläubigergleichbehandlung ein notwendiger Bestandteil des durch § 69 IO (einschließlich dessen Abs 5) verwirklichten Gläubigerkonzeptes ist, ist in dogmatischer Sicht danach zu fragen, ob sich in der Rechtsordnung aus anderen Regeln zur Fundierung einer Gesamt- oder Rechtsanalogie⁴⁹³ der Grundgedanke destillieren lässt, dass formell den Gläubigern einer Gesellschaft zustehende Ansprüche im Insolvenzverfahren zum Zweck der Wahrung der Gläubigergleichbehandlung durch den Insolvenzverwalter geltend gemacht werden. Eben dies ist bei der Bestimmung des § 56 Abs 2 AktG der Fall: Die Suspendierung des Rechtes der Gläubiger, ihre formell eigenen, materiell mit dem gleichlaufenden Anspruch der Gesellschaft verknüpften Forderungen gegen die Aktionäre zu verfolgen, dient dem Zweck der Gläubigergleichbehandlung.⁴⁹⁴ Derselbe Grundgedanke – Gläubigergleichbehandlung durch Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters – lässt sich auch § 84 Abs 5 AktG entnehmen,⁴⁹⁵ wobei auch in diesem Fall die umstrittene Frage, ob „es sich dabei dogmatisch um einen eigenen Anspruch des Gläubigers oder um die Verfolgung eines Anspruchs der Gesellschaft“⁴⁹⁶ handelt, für die gegenständliche Frage nicht bedeutend ist; entscheidend ist alleine, dass der Gesetzgeber den Gesellschaftsgläubigern in der Insolvenz der Gesellschaft die Durchsetzung von Ansprüchen, die ihnen außerhalb eines Insolvenzverfahrens zustünde, zur Wahrung der Gläubigergleichbehandlung auf den Insolvenzverwalter überträgt.

Wenn überhaupt erscheint ein Eingriff wie die Suspendierung der Geltendmachung materiell *eigener* Ersatzansprüche der Gläubiger während eines Insolvenzverfahrens durch § 69 Abs 5

⁴⁹² Artmann in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 56 Rz 19 (Stand 1.5.2018, rdb.at).

⁴⁹³ F. Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre² 89.

⁴⁹⁴ ErläutRV 771 BlgNR 24. GP 7; Artmann in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 56 Rz 20 (Stand 1.5.2018, rdb.at); Lanschützer/Neuner in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka (Hrsg), AktG Taschenkommentar (2019) § 56 AktG Rz 34.

⁴⁹⁵ RIS-Justiz RL0000066.

⁴⁹⁶ Adensamer in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka (Hrsg), AktG Taschenkommentar (2019) § 84 AktG Rz 65 mwN.

IO noch mehr einer Rechtfertigung zu bedürfen als die Suspendierung von Ansprüchen der Gesellschaft, die lediglich formell durch die Gesellschaftsgläubiger durchgesetzt werden könnten. Eine solche Rechtfertigung kann jedoch, insb in Anbetracht des auf den Gläubigerschutz abzielenden *telos* der Norm, nur darin gelegen sein, dass die Ansprüche der Gläubiger auf andere Weise – in concreto: durch den Insolvenzverwalter – besser durchgesetzt werden können.

Im Ergebnis ist der den §§ 56 Abs 2 und 84 Abs 5 AktG zugrundeliegende Gedanke, die insolvenzrechtliche Gleichbehandlung der Gesellschaftsgläubiger zu sichern, mE im Wege einer analogen Rechtsanwendung auf § 69 IO zu übertragen, mit der Konsequenz, dass der Insolvenzverwalter zur Geltendmachung der Ansprüche der Gläubiger auf Ersatz des Quotenschadens aktivlegitimiert ist.

4.2.4.2 Exkurs: Haftung bei Verletzung von Aufklärungspflichten

Wie bereits erwähnt haften die Geschäftsführer dem Konzept der Innenhaftung entsprechend primär gegenüber der Gesellschaft aus den mit ihrer Funktion als Gesellschaftsorgan entspringenden Pflichten.⁴⁹⁷ Die Haftung gegenüber außenstehenden Dritten, etwa Gesellschaftsgläubigern, kommt nur unter besonderen Umständen – etwa bei der Verletzung eines Schutzgesetzes wie bspw § 69 IO – in Betracht.⁴⁹⁸ Neben der Verletzung der Insolvenzantragspflicht selbst lassen sich jedoch auch im sonstigen Verhalten des Geschäftsführers regelmäßig Zurechnungsmomente identifizieren, die eine Haftung des Geschäftsführers begründen können.

Neben der Verletzung der Insolvenzantragspflicht kann auch die Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten haftungsbegründend zu Lasten des Geschäftsführers wirken. Vorvertragliche Aufklärungspflichten stellen einen Teil des Pflichtenkanons des vorvertraglichen Schuldverhältnisses dar. Das Konzept des vorvertraglichen Schuldverhältnisses basiert auf dem Gedanken, dass

⁴⁹⁷ Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung² Rz 2/316.

⁴⁹⁸ J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 408 (Stand 1.9.2022, rdb.at).

potenzielle Geschäftspartner nicht erst mit Vertragsabschluss, sondern mit Kontaktaufnahme wechselseitiges Vertrauen in Anspruch nehmen, dessen Schutz aus ökonomischen Gründen gewollt und den Teilnehmern des Rechtsverkehrs auch zumutbar ist.⁴⁹⁹ Hieraus leitet der OGH wiederum verstärkte Schutz- und Sorgfaltspflichten, ebenso wie Aufklärungspflichten ab. Insb sind die Vertragsparteien verpflichtet, einander über Umstände aufzuklären, die dem Vertragsabschluss entgegenstehen könnten.⁵⁰⁰ Eine Verletzung dieser Verpflichtungen macht bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1295 ABGB schadenersatzpflichtig,⁵⁰¹ wobei die Grundsätze vertraglicher Haftung (einschließlich der Gehilfenhaftung gem § 1313a ABGB, der Beweislastumkehr hinsichtlich des Verschuldens gem § 1298 ABGB und der Haftung für bloße Vermögensschäden) zur Anwendung kommen.⁵⁰²

Einen Teil des vorvertraglichen Pflichtenkatalogs stellen Aufklärungspflichten dar. Der Rsp des OGH zufolge besteht zwar grundsätzlich keine allgemeine Rechtspflicht, einen potenziellen Geschäftspartner über sämtliche Umstände aufzuklären, die dessen Entscheidung beeinflussen können; eine Aufklärungspflicht besteht vielmehr nur dann, wenn der Geschäftspartner nach den Grundsätzen des redlichen Verkehrs eine Aufklärung erwarten durfte.⁵⁰³ Die Aufklärungspflicht greift insb hinsichtlich solcher, dem Geschäftspartner nicht bekannter Umstände, die geeignet sind, den Vertragszweck zu vereiteln, etwa wenn bei Vorleistung des Vertragspartners damit zu rechnen ist, dass eine Gesellschaft im Zeitpunkt der Fälligkeit ihrer vertraglichen Verpflichtung nicht zahlungsfähig sein werde.⁵⁰⁴ Sollte die Gesellschaft bereits insolvenzreif sein oder ist mit dem Eintritt

⁴⁹⁹ Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 69.

⁵⁰⁰ RIS-Justiz RS0014885; Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung² Rz 2/333.

⁵⁰¹ RIS-Justiz RS0014885 (T8).

⁵⁰² Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung² Rz 2/333.

⁵⁰³ RIS-Justiz RS0016390.

⁵⁰⁴ RIS-Justiz RS0023622.

der materiellen Insolvenz zu rechnen, ist dieser Umstand daher von der Aufklärungspflicht umfasst und dem potentiellen Geschäftspartner mitzuteilen.⁵⁰⁵

Handelt der Geschäftsführer im Namen der GmbH, ist diese Vertragspartei, sodass grundsätzlich auch diese die Pflichtenadressatin des vorvertraglichen Schuldverhältnisses ist; auch die Aufklärungspflicht trifft daher prinzipiell nicht den Geschäftsführer persönlich, sondern die GmbH.⁵⁰⁶ Schadenersatzansprüche aufgrund einer Verletzung der Aufklärungspflicht stehen dem Geschädigten daher zunächst nur gegen die GmbH zu, nicht gegen den Geschäftsführer.⁵⁰⁷ Bei Vorliegen weiterer schuldverstärkender Zurechnungsmomente zulasten des Geschäftsführers, kommt jedoch eine persönliche Haftung des Geschäftsführers ausnahmsweise in Betracht; etwa dann, wenn der Geschäftsführer, als Vertreter der Gesellschaft, ein erhebliches und unmittelbares eigenwirtschaftliches Interesse am Zustandekommen des jeweiligen Vertrages hatte, oder er bei den Vertragsverhandlungen in besonderem Maße persönliches Vertrauen in Anspruch genommen hat.⁵⁰⁸ Die persönliche Haftung des Geschäftsführers aufgrund der Verletzung von Aufklärungspflichten soll jedoch auch nach Ansicht des OGH die Ausnahme darstellen.⁵⁰⁹

4.2.5 Verhältnis der unterschiedlichen Ersatzansprüche zueinander

Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass der Insolvenzverwalter den schuldhaft handelnden Geschäftsführer im Falle der Insolvenzverschleppung auf Ersatz des Betriebsverlustes (§ 25 GmbHG iVm § 69 IO), der kumulierten Zahlungen iSv § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und – nach der hier vertretenen Ansicht – auf Ersatz des Quotenschadens (§ 69 Abs 5 IO) in Anspruch nehmen kann.

⁵⁰⁵ Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 70; Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung² Rz 2/334; J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 223 (Stand 1.9.2022, rdb.at).

⁵⁰⁶ J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 442 (Stand 1.9.2022, rdb.at).

⁵⁰⁷ J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 445 (Stand 1.9.2022, rdb.at); Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 75; Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung² Rz 2/334; OGH 27.06.2006, 3 Ob 75/06k.

⁵⁰⁸ RIS-Justiz RS0019726.

⁵⁰⁹ RIS-Justiz RS0019726 (T1, T2).

Die Frage, ob die genannten Anspruchsgrundlagen und die dabei geltend gemachten Beträge kumuliert werden können, wird in der Lit zutreffendermaßen verneint: Vom Geschäftsführer aufgrund der nicht fristgerechten Antragstellung erlangte Beträge kommen zunächst in jedem Fall der Masse zugute, wodurch sowohl der Schaden der Gesellschaft als auch der Schaden der Gläubigerschaft ausgeglichen wird; die jeweils höhere Ersatzleistung deckt daher zwangsläufig auch die geringere mit ab. Klagt der Insolvenzverwalter daher die höhere Schadensposition ein und erhält er hierauf eine entsprechende Zahlung des Geschäftsführers, steht ihm (mangels Schadens) ein weiterer Anspruch gegen den Geschäftsführer auf Zahlung der niedrigeren Schadensposition nicht zu.⁵¹⁰

4.3 Die Haftung der GmbH-Geschäftsführer unter deutschem Recht

Auch unter deutschem Recht führt die Insolvenzverschleppung „zu einer ganzen Palette an Haftungen“⁵¹¹ des Antragsverpflichteten. Die deutsche Rechtslage ist der österreichischen wie in vielen anderen Aspekten auch in Hinblick auf die Haftung der Geschäftsführer einer GmbH im Falle der Insolvenzverschleppung im Grunde ähnlich, wenngleich sich im Detail von Rsp und Lehre geprägte durchaus beachtliche Unterschiede identifizieren lassen.

4.3.1 Haftung gegenüber den Gläubigern

4.3.1.1 § 15a InsO als Schutzgesetz iSd § 823 BGB

4.3.1.1.1 Allgemeines

Gem § 823 Abs 2 BGB ist derjenige anderen zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet, der gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Die in § 15a InsO normierte

⁵¹⁰ *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 434 (443).

⁵¹¹ BeckOK InsR/Wolfer³⁴ (2024), InsO § 15a Rn 29.

Insolvenzantragspflicht der Mitglieder der Vertretungsorgane juristischer Personen wird als Nachfolgebestimmung von § 64 Abs 1 dGmbHG aF in mittlerweile stRsp des BGH⁵¹² als Schutzgesetz iSv § 823 Abs 2 BGB betrachtet.⁵¹³

Die Haftung gem § 15a InsO iVm § 823 Abs 2 BGB ist eine Verschuldenshaftung, wobei Fahrlässigkeit zur Haftungsbegründung ausreicht. Als abstrakten Maßstab bedient sich die Rsp der „Sorgfalt eines ordentlichen Organs“.⁵¹⁴

Bei einer mehrköpfigen Geschäftsführung haften grundsätzlich nur diejenigen Organwalter, „die selbst durch Tun oder Unterlassen schuldhaft gegen die Pflichten des § 15a [InsO] verstoßen haben.“⁵¹⁵ Gleichwohl gilt auch im Falle einer Ressortaufteilung für sämtliche Organwalter eine gewisse Kontrollpflicht in Hinblick auf die finanzielle Lage der Gesellschaft und die damit betrauten Geschäftsführer; eine Ressortverteilung ist demnach nur auf der Verschuldensebene von Relevanz.⁵¹⁶

4.3.1.1.2 Persönlicher Schutzbereich

Schutzsubjekt sind „alle ungesicherten Insolvenzgläubiger“, wozu insb aussonderungsberechtigte Gläubiger nicht zu zählen sind.⁵¹⁷ Ebenso wenig in den Schutzbereich des § 15a InsO fallen die Gesellschafter der Insolvenzschuldnerin, sofern sie nicht ausnahmsweise auch Insolvenzgläubiger

⁵¹² Noch zur Vorgängernorm von § 15a InsO, § 64 dGmbHG: BGH, 06.06.1994, II ZR 292/91 (Karlsruhe) = NJW 1994, 2220 (2222).

⁵¹³ MüKoBGB/Wagner⁹ (2024), BGB § 823 Rn 179; K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 33 (jeweils mwN aus der Judikatur); BeckOK InsR/Wolfer³⁴ (2024), InsO § 15a Rn 30; MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 140.

⁵¹⁴ BeckOK InsR/Wolfer³⁴ (2024), InsO § 15a Rn 31.

⁵¹⁵ K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 36.

⁵¹⁶ K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 36; BeckOK InsR/Wolfer³⁴ (2024), InsO § 15a Rn 31.

⁵¹⁷ K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 33.

(§ 38 InsO) der Gesellschaft sind, Gesellschaftsgläubiger, die ihre Forderung gegen die Gesellschaft erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erworben haben, und Massegläubiger.⁵¹⁸

Wie in Österreich wird auch in Deutschland zwischen Alt- und Neugläubigern differenziert: Bei den Altgläubigern handelt es sich um jene Gläubiger, die bereits vor Einsetzen der Insolvenzantragspflicht (§ 15a Abs 1 InsO) Gläubiger der sodann insolventen Gesellschaft waren und durch die Verschleppung einen Quotenschaden (eine „Verschlechterung der Insolvenzquote“) erleiden.⁵¹⁹ Klöhn folgend ist für die Einordnung als Altgläubiger relevant, dass der Gläubiger „schon zum Zeitpunkt der Antragspflicht Gesellschaftsgläubiger“ war und dass seine Rechtsposition „durch keinerlei Zurückbehaltungs-, Sicherungs- oder sonstige Rechte geschützt“ ist.⁵²⁰ Auch bei zeitgerechter Einreichung des Insolvenzantrags hätten sie nur die Quote erhalten. Davon abweichende „Individualschäden“⁵²¹ sind jedoch grundsätzlich vorstellbar (etwa im Falle während der Insolvenzverschleppung untergegangener Sicherheiten).⁵²²

In die Gruppe der Neugläubiger fallen demgegenüber jene Gesellschaftsgläubiger, die ihre Forderung gegen die Gesellschaft erst nach Einsetzen der Insolvenzantragspflicht erwerben;⁵²³ präziser ausgedrückt handelt es sich bei der regelmäßig als Neugläubiger bezeichneten Gruppe tatsächlich um diejenigen Gläubiger, die erst nach Einsetzen der Insolvenzantragspflicht mit der schuldnerischen Gesellschaft kontrahieren oder die in diesem Zeitpunkt zwar schon deren Gläubiger waren, aus bestimmten Gründen (etwa aufgrund einer Aufrechnungsmöglichkeit, einer Besicherung oder eines Zurückbehaltungsrechts) aber auch im Insolvenzfall eine gesicherte Forderung hatten – kurz: diejenigen Gläubiger, die „nicht schon bei Insolvenzreife auf die Verteilung der Insolvenzmasse

⁵¹⁸ K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 35.

⁵¹⁹ BeckOK InsR/Wolfer³⁴ (2024), InsO § 15a Rn 32; K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 34.

⁵²⁰ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 181 f.

⁵²¹ K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 37.

⁵²² K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 34, 37.

⁵²³ BeckOK InsR/Wolfer³⁴ (2024), InsO § 15a Rn 33.

angewiesen waren“.⁵²⁴ Der Rsp des BGH zufolge sind auch ihre Schäden auf Grundlage von § 15a InsO iVm § 823 Abs 2 BGB zu ersetzen⁵²⁵: In der Grundsatzentscheidung VI ZR 245/57 hielt der Gerichtshof fest, dass die Insolvenzantragspflicht des § 64 Abs 1 dGmbHG aF ein Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger der Gesellschaft darstellt; den Schutz des Gesetzes genießen nach Ansicht des BGH auch Personen, die erst nach dem Eintritt der Insolvenzantragspflicht Gläubiger der Gesellschaft geworden sind. Begründend führt der Gerichtshof ins Treffen, dass die Verpflichtung zur Insolvenzantragstellung auch nach dem Zeitpunkt des erstmaligen Eintritts der materiellen Insolvenz so lange weiterbestehe, als die Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet ist. Folglich bestehe kein Grund, die Schutzwirkung der andauernden Antragspflicht der Geschäftsführung auf Altgläubiger zu beschränken. Die Insolvenzantragspflicht besteht vielmehr auch gegenüber jenen Gläubigern, die erst nach dem Zeitpunkt des erstmaligen Einsetzens der Insolvenzantragspflicht ihre Forderung gegen die Gesellschaft erwerben.⁵²⁶

4.3.1.1.3 Voraussetzungen des Anspruchs gem § 15a InsO iVm § 823 BGB

4.3.1.1.3.1 Fehlen des Insolvenzantrags

Haftungsvoraussetzung ist zunächst das Unterlassen des fristgerechten Stellens eines Insolvenzantrags. Die Voraussetzung ist erfüllt, wenn trotz materieller Insolvenz (Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung) nicht unverzüglich, spätestens aber binnen drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder sechs Wochen nach Eintritt der Überschuldung (§ 15a Abs 1 InsO), ein Insolvenzantrag gestellt wird.⁵²⁷

⁵²⁴ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 187.

⁵²⁵ AA K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 39, demzufolge eine Haftung gegenüber Neugläubigern auf *culpa in contrahendo* gemäß §§ 280, 311 Abs 2 BGB zu stützen wäre.

⁵²⁶ BGH, 16.12.1958, VI ZR 245/57 (Hamburg) = NJW 1959, 623; BGH, 06.06.1994, II ZR 292/91 (Karlsruhe) = NJW 1994, 2220.

⁵²⁷ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 159.

4.3.1.1.3.2 Gläubigereigenschaft

In personeller Hinsicht muss es sich beim Haftungsbegünstigten um einen Gläubiger der Gesellschaft handeln; wie bereits erwähnt sind sowohl Alt- als auch Neugläubiger vom Schutzbereich des § 15a InsO erfasst.⁵²⁸ Aus- und Absonderungsgläubiger fallen der hA zufolge als solche nicht in den Schutzbereich der Norm.⁵²⁹ Ebenso wenig geschützt sind die Gesellschaft selbst und ihre Gesellschafter; sofern Letztere jedoch aufgrund sog „Drittbeziehungen“ Gläubiger der Gesellschaft geworden sind, kommt ihnen derselbe Schutz zu wie sonstigen Gläubigern.⁵³⁰

4.3.1.1.3.3 Schadenseintritt

Als Schadenersatzpflicht setzt die Haftung des Geschäftsführers gem § 15a InsO iVm § 823 Abs 2 BGB selbstverständlich auch den Eintritt eines Schadens voraus. Der Differenzmethode entsprechend ist der Schaden anhand eines Vergleichs des tatsächlichen Vermögens der geschädigten Gläubiger mit dem hypothetischen Vermögen der Gläubiger bei rechtzeitiger Insolvenzantragstellung zu ermitteln.⁵³¹ Zu differenzieren ist wiederum zwischen Alt- und Neugläubigern.

Beim Schaden, der Altgläubigern aus der Insolvenzverschleppung erwächst, handelt es sich um den Quotenschaden.⁵³² Beim Quotenschaden der Altgläubiger handelt es sich rechnerisch um die Differenz zwischen der Quote, die sie bei rechtzeitiger Insolvenzantragstellung erhalten hätten (Soll-Quote), und der Quote, die sie im Rahmen des Insolvenzverfahrens tatsächlich erhalten (Ist-Quote).⁵³³ Trotz der damit verbundenen Schwierigkeiten wird der Quotenschaden in der Praxis typischerweise konkret berechnet, wobei das Gericht festzustellen hat, welche Quote die Gläubiger bei fristgerechter Antragstellung erhalten hätten; hierbei geht man regelmäßig davon aus, dass das

⁵²⁸ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 160.

⁵²⁹ AA MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 161.

⁵³⁰ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 162.

⁵³¹ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 180.

⁵³² K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 37.

⁵³³ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 183.

Unternehmen im Zeitpunkt der hypothetischen Insolvenzantragstellung liquidiert worden und der Geschäftsbetrieb eingestellt worden wäre.⁵³⁴ Die Einwendung, der Insolvenzverwalter müsse zunächst sämtliche Anfechtungsmöglichkeiten ausschöpfen, ist dem haftpflichtigem Geschäftsführer verwehrt; allfällige Anfechtungsrechte sind jedoch gem § 255 BGB analog an den Geschäftsführer zu zedieren.⁵³⁵

Die Frage des Neugläubigern zu ersetzenden Schadens wurde in der deutschen Rsp unterschiedlich beurteilt; insb war mit der Feststellung, dass auch Neugläubiger vom persönlichen Schutzbereich der Insolvenzantragspflicht umfasst sind, noch nicht gesagt, welcher Schaden ihnen zu ersetzen ist⁵³⁶: In seiner älteren Jud ging der BGH davon aus, dass die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags verhindern wolle, dass die für die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger vorhandene Insolvenzmasse ausgehöhlt würde; Neugläubiger, die „bei rechtzeitiger Konkursanmeldung gar keinen Schaden erlitten hätten [...]“ sollten nach Ansicht des BGH „nur den Quotenschaden ersetzt erhalten“⁵³⁷; für dessen Berechnung sei auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem die jeweilige Forderung des einzelnen Neugläubigers entstanden sei⁵³⁸, weshalb insofern – anders als bei der Gruppe der Altgläubiger – kein einheitlicher Quotenschaden der Neugläubiger bestehe.⁵³⁹ Auch Neugläubiger hätten mithin nur dann Schadenersatz verlangen können, wenn und soweit sie in dem Zeitpunkt, in dem ihre Forderung gegen die Gesellschaft entstanden ist, eine Insolvenzquote erhalten hätten.⁵⁴⁰

⁵³⁴ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 184.

⁵³⁵ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 186.

⁵³⁶ Vgl BGH, 06.06.1994, II ZR 292/91 (Karlsruhe) = DStR 1994, 1054 (1056): „Es geht indessen hier nicht um den persönlichen Schutzbereich des § 64 GmbHG – daß die Neugläubiger von ihm erfaßt werden, steht außer Streit –, sondern um den Umfang des den Neugläubigern zu ersetzenden Schadens.“

⁵³⁷ Lediglich ausführend BGH, 06.06.1994, II ZR 292/91 (Karlsruhe) = NJW 1994, 2220; MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 11.

⁵³⁸ BGH, 06.06.1994, II ZR 292/91 (Karlsruhe) = NJW 1994, 2220.

⁵³⁹ Vgl BGH, 30.03.1998, II ZR 146/96 (Düsseldorf) = DStR 1998, 651 (651).

⁵⁴⁰ BGH, 16.12.1958, VI ZR 245/57 (Hamburg) = NJW 1959, 623 (624 f).

Eine Abkehr von dieser Jud vollzog der BGH mit seinem Urteil vom 06.06.1994 (AZ II ZR 292/91 (Karlsruhe)). Darin vertrat der erkennende Senat zunächst die Auffassung, dass der Normzweck der gesetzlichen Insolvenzantragspflicht darin zu sehen sei, dass konkursreife Gesellschaften mit beschränktem Haftungsfonds vom Geschäftsverkehr fernzuhalten seien, damit durch das Auftreten derartiger Gebilde nicht Gläubiger geschädigt oder gefährdet würden. Darüber hinaus gelangte er zu dem Schluss, dass den Geschäftsführer bei einem schuldhaftem Verstoß gegen die Insolvenzantragspflicht des § 64 Abs 1 dGmbHG die Pflicht treffe, den Gläubigern, die mangels Antrags auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mit der Gesellschaft kontrahieren und ihr Kredit gewähren, den ihnen dadurch erwachsenen Schaden auch über den Quotenschaden hinaus zu ersetzen: Die Pflicht zur Insolvenzantragstellung beruhe darauf, dass die Beschränkung der Haftung auf das Vermögen der Gesellschaft ihre Legitimation verloren habe, wenn dieses Vermögen vollständig verwirtschaftet ist. Die Konsequenz bestehe allerdings nicht in einer nunmehr einsetzenden persönlichen Haftung der Gesellschafter, sondern darin, dass die für die Geschäftsführung verantwortlichen Personen durch Insolvenzanmeldung für eine rechtzeitige Beseitigung der Gesellschaft zu sorgen haben. Die Insolvenzantragspflicht ergänze damit den mit den Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften bewirkten Gläubigerschutz; zusammen mit diesen stelle sie die Rechtfertigung für das Haftungsprivileg der Gesellschafter dar. Als Instrument des Gläubigerschutzes müsse das Gebot der rechtzeitigen Insolvenzantragstellung schadenersatzrechtlich so sanktioniert sein, dass dieser Schutz wirksam ist. Das sei bei der Begrenzung der Haftung der Geschäftsführer auf den Quotenschaden und Ausschluss der Ersatzpflicht für darüberhinausgehende Individualschäden nicht der Fall. Den Neugläubigern sei deshalb gegen die Geschäftsführer bei schuldhaftem Verstoß gegen die Konkursantragspflicht ein Anspruch auf Ausgleich des Schadens zuzubilligen, der ihnen dadurch entsteht, dass sie in Rechtsbeziehungen zu einer überschuldeten oder zahlungsunfähigen Gesellschaft getreten sind.⁵⁴¹ Hätte der Geschäftsführer seine Insolvenzantragspflicht erfüllt, hätten die Betroffenen überhaupt nicht mit der Gesellschaft kontrahiert

⁵⁴¹ BGH, 06.06.1994, II ZR 292/91 (Karlsruhe) = DStR 1994, 1054 (1057).

– sie wären folglich nicht in die Gläubigerstellung gelangt und ihnen wäre kein Schaden erwachsen; der den Gläubigern dadurch verursachte Schaden ist ihnen zu ersetzen. Dass die Altgläubiger indes nur bis zur Höhe der bei rechtzeitiger Antragstellung erzielbaren Quote refundiert werden, betrachtete der BGH nicht als Grund, die Neugläubiger ebenso zu behandeln. Insb, so der BGH, lasse sich durch den Ersatz gerade des dem eines jeden Gläubigers entstandenen Schadens eine Ungleichbehandlung der Gläubiger nicht erkennen.⁵⁴² Den Neugläubigern sei daher ein Anspruch auf Ersatz jenes Schadens zuzugestehen, der ihnen infolgedessen erwächst, dass sie mit einer materiell insolventen Gesellschaft kontrahiert haben. Dieser Anspruch der Neugläubiger entspreche betragsmäßig ihrem Vertrauensschaden, soweit dieser durch eine auf den Gläubiger entfallende Insolvenzquote nicht gedeckt ist.⁵⁴³

Auch bei den Neugläubigern richtet sich die Schadensermittlung folglich grundsätzlich nach der Differenzmethode.⁵⁴⁴ In Einklang mit der österreichischen Rsp sind Neugläubiger auch unter deutschem Recht grundsätzlich so zu stellen, wie sie stünden, hätten sie mit der insolvenzreifen Gesellschaft keinen Vertrag mehr geschlossen. Dem Neugläubiger ist daher grundsätzlich das negative Interesse auszugleichen, das dem BGH zufolge „zum Beispiel in Form von Aufwendungen für Waren- und Lohnkosten, die der Neugläubiger wegen des Vertragsschlusses mit der Schuldnerin erbracht hat“ bestehen könne; der Gewinnanteil ist vom Ersatzanspruch jedenfalls nicht umfasst.⁵⁴⁵ Str ist, ob im als Vertrauensschaden klassifizierten Neugläubigerschaden auch ein Quotenschaden enthalten ist.⁵⁴⁶

⁵⁴² BGH, 06.06.1994, II ZR 292/91 (Karlsruhe) = DStR 1994, 1054 (1056).

⁵⁴³ BGH, 06.06.1994, II ZR 292/91 (Karlsruhe) = DStR 1994, 1054 (1057) = NJW 1994, 2220 (2222); K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 38.

⁵⁴⁴ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 188.

⁵⁴⁵ BGH, 27.04.2009, II ZR 253/07 (OLG Rostock) = NZG 2009, 750 (751); K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 38.

⁵⁴⁶ K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 39.

Klöhn weist idZ zutreffend darauf hin, dass der Neugläubigern unter Zugrundelegung der Differenzmethode zu ersetzende Schaden in Rsp und Lit terminologisch durch die Verwendung von Schadenskategorien wie „Vertrauensschaden“⁵⁴⁷, „Kontrahierungsschaden“ und „Kreditgewährungsschaden“ eingeschränkt wird, ohne dass dies unter Zugrundelegung der Differenzmethode gerechtfertigt wäre; eine derartige Beschränkung sei – wenn überhaupt – aus „Schutzzweckgesichtspunkten“ zu begründen.⁵⁴⁸ Die Vermögenssituation der Neugläubiger werde, so *Klöhn*, durch das Kontrahieren mit einer materiell insolventen Gesellschaft regelmäßig in zweierlei Hinsicht berührt: Einerseits verbuchen Neugläubiger einen Vermögensabfluss, sei es durch freiwillige Vermögensübertragung im Vertrauen auf eine Gegenleistung (etwa im Falle eines Darlehens), sei es durch Schädigung im Rahmen einer unerlaubten Handlung. Andererseits erhalten sie eine Forderung gegen den späteren Schuldner, die ihrem Vermögensabfluss aufgrund der Insolvenz des Schuldners nicht (gänzlich) werthaltig, demnach inäquivalent gegenübersteht („Kompensationsanspruch“).⁵⁴⁹ Die Berechnung des Schadens der Neugläubiger ist im Rahmen einer Analyse der hypothetischen Entwicklung der beiden Vermögenskomponenten „Vermögensabfluss“ und „Kompensationsanspruch“ anhand eines hypothetischen Kausalverlaufs zu eruieren, wobei prinzipiell der Verlauf heranzuziehen sei, „der ohne besondere Vorkommnisse zu erwarten gewesen wäre.“⁵⁵⁰ Der Rsp des BGH ließe sich idZ entnehmen, (i) dass im Allgemeinen nicht davon auszugehen sei, dass der Insolvenzantrag dazu führe, dass die Geschäftsaktivitäten des Schuldners umgehend eingestellt würden, (ii) dass Gläubiger bei Kenntnis der Krise des Schuldners auf allfällige ihnen verfügbare Schutzmechanismen zurückgegriffen hätten (bspw Kündigungsrechte) und, (iii) dass im Fall, dass der spätere Gläubiger und Schuldner vor Eintritt der materiellen Insolvenz noch keinen geschäftlichen Kontakt hatten, der Gläubiger keine Versuche unternommen

⁵⁴⁷ K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 38.

⁵⁴⁸ MüKoInsO/*Klöhn*⁴ (2019), InsO § 15a Rn 187.

⁵⁴⁹ MüKoInsO/*Klöhn*⁴ (2019), InsO § 15a Rn 189.

⁵⁵⁰ MüKoInsO/*Klöhn*⁴ (2019), InsO § 15a Rn 191.

hätte, mit dem Schuldner ins Geschäft zu gelangen.⁵⁵¹ Dass der Ersatzanspruch der Neugläubiger im Ergebnis mit dem negativen Interesse beschränkt werde, möge zwar, so *Klöhn*, aufgrund des Schutzzwecks der Insolvenzantragspflicht „im Ergebnis richtig“ sein; aus der Differenzmethode ergebe sich dies jedoch nicht zwingend. Als Bsp nennt *Klöhn* einen Darlehensgeber, der in Unkenntnis deren materieller Insolvenz der Schuldnerin ein Darlehen bei einer Verzinsung von 4 % p.a. gewährt; käme das Gericht zu dem Schluss, der Darlehensgeber hätte der schuldnerischen Gesellschaft im Falle der rechtzeitigen Insolvenzantragsstellung und der darauffolgenden Fortführung des Geschäftsbetriebs der Gesellschaft genanntes Darlehen ebenfalls, jedoch mit einer Verzinsung von 8 % p.a. gewährt, so bestehe der Vermögensschaden unter Zugrundelegung der Differenzmethode in Hinblick auf den Vermögensabfluss im nicht werthaltigen Rückzahlungsanspruch, darüber hinaus jedoch, in Hinblick auf den Kompensationsanspruch, auch in Höhe des geringeren Zinsanspruchs (auch, da der Zinszahlungsanspruch keinen Vorrang als Masseforderung gem § 55 Abs 1 Nr 1 InsO genieße). Unter Zugrundelegung der Differenzmethode alleine lasse sich die Beschränkung auf das negative Interesse sohin nicht zu rechtfertigen. Dies gelte freilich nur in hypothetischen Fortführungsszenarien, nicht hingegen in Szenarien, in denen im alternativen Kausalverlauf mit einer Einstellung des Geschäftsbetriebs zu rechnen gewesen wäre.⁵⁵² Auch entgangener Gewinn komme als ersatzfähiger Schaden im Rahmen des negativen Interesses in Betracht.

4.3.1.1.3.4 Rechtswidrigkeit

Die erforderliche Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Geschäftsführers wird im Anwendungsbereich von § 823 Abs 2 BGB durch die Verletzung von § 15a InsO als Schutzgesetz indiziert. Das

⁵⁵¹ MüKoInsO/*Klöhn*⁴ (2019), InsO § 15a Rn 191.

⁵⁵² MüKoInsO/*Klöhn*⁴ (2019), InsO § 15a Rn 194.

Vorliegen allfälliger Rechtfertigungsgründe wäre zwar im Einzelfall zu prüfen; *prima facie* erscheint eine Rechtfertigung des Unterlassens der gebotenen Insolvenzantragstellung jedoch schwer vorstellbar.⁵⁵³

4.3.1.1.3.5 Verschulden

Die Haftung des Geschäftsführers setzt Verschulden beim Pflichtverstoß voraus. Konkret muss sich das Verschulden des Geschäftsführers „auf das Erkennen der Eigenschaft als Antragspflichtiger, den Eintritt des Insolvenzgrunds und das Unterlassen des Antrags trotz Ablauf der Antragsfrist“ beziehen.⁵⁵⁴ Einfache Fahrlässigkeit ist ausreichend.⁵⁵⁵ Die Geschäftsführer müssen nach Maßgabe zivilrechtlicher Grundsätze die „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters“⁵⁵⁶ einhalten. Fehlende Fachkenntnis oder sonstige persönliche Mängel des Geschäftsführers stellen keine Entschuldigungsgründe dar; gegebenenfalls ist der Geschäftsführer verpflichtet, mangelnde Kenntnisse und Fähigkeiten durch die Beiziehung Dritter auszugleichen.⁵⁵⁷

In Hinblick auf die Erkennbarkeit der materiellen Insolvenz ist festzuhalten, dass sich die reguläre Überwachungspflicht der Geschäftsführer hinsichtlich der finanziellen Lage der Gesellschaft im Krisenstadium zu einer „Insolvenzerkennungspflicht“ verschärft.⁵⁵⁸ Bei der Beurteilung der Frage, ob der Geschäftsführer seiner Insolvenzerkennungspflicht entsprochen hat, sind die jeweiligen Umstände des Einzelfalles – insb die Unternehmensgröße und Finanzierungsstruktur – im Rahmen einer umfassenden *ex ante*-Prüfung zu berücksichtigen.⁵⁵⁹ Die Insolvenzantragspflicht ist nicht übertragbar; der antragspflichtige Geschäftsführer kann sich daher nicht mit der Behauptung

⁵⁵³ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 169.

⁵⁵⁴ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 170.

⁵⁵⁵ K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 36; MHLS/Hölzle⁴ (2023), InsO § 15a Rn 56.

⁵⁵⁶ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 171.

⁵⁵⁷ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 171; K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 36.

⁵⁵⁸ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 173.

⁵⁵⁹ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 174.

entschuldigen, er habe die Überwachung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft und die Insolvenzantragsstellung intern delegiert.⁵⁶⁰

Mitverschulden des Geschädigten kann dessen Ersatzanspruch hingegen kürzen. Hiervon ist etwa dann auszugehen, wenn die Insolvenz des Schuldners bereits evident ist oder der Gläubiger nicht ausreichende Informationen über die Kreditwürdigkeit des Schuldners einholt, bevor er mit ihm kontrahiert.⁵⁶¹

4.3.1.1.3.6 Kausalität

Die Haftung des Geschäftsführers gem § 15a InsO iVm § 823 Abs 2 BGB setzt einen Kausalzusammenhang zwischen dem eingetretenen Schaden und dem rechtswidrigen Verhalten (dem Unterlassen des Stellens eines Insolvenzantrags) voraus, der nach den allgemeinen Grundsätzen der Äquivalenz, des Adäquanzzusammenhangs und des Schutzzwecks der übertretenen Norm zu bestimmen ist.⁵⁶²

Das haftungseingrenzende Kriterium des Schutzzwecks der Norm besagt im Wesentlichen, dass die Übertretung einer Norm nur zu einer Haftung für jene Nachteile führen kann, deren Eintritt die Norm hintanhalten wollte, „die also nach dem Zweck des verletzten Gesetzes zu ersetzen sind.“⁵⁶³ Die Insolvenzantragspflicht zielt – wie bereits ausgeführt – darauf ab, Insolvenzverschleppungsschäden zu verhindern; dies jedoch nur insofern und insoweit, als die Insolvenzordnung Schutzinstrumente gegen den Eintritt spezifischer mit der Insolvenzverschleppung verbundener Nachteile vorsieht.⁵⁶⁴ Vom Schutzzweck des § 15a InsO in jedem Fall umfasst ist der Quotenschaden.⁵⁶⁵ Neugläubigern steht darüber hinaus der Ersatz des negativen Interesses zu; die Einschränkung ihres ersatzfähigen Schadens auf den Vertrauensschaden (das negative Interesse)

⁵⁶⁰ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 176.

⁵⁶¹ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 247.

⁵⁶² MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 200.

⁵⁶³ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 201.

⁵⁶⁴ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 202.

⁵⁶⁵ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 203.

ergibt sich zwar nicht bereits aus der Differenzmethode, allerdings aus dem Schutzzweck von § 15a InsO, der „insolvenzrechtsakzessorisch“ zu definieren ist.⁵⁶⁶

4.3.1.1.4 Entstehen des Anspruchs und Fälligkeit

Der Ersatzanspruch gem § 15a InsO iVm § 823 Abs 2 BGB entsteht – bei Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen – grundsätzlich mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder bei Abweisung des entsprechenden Antrags mangels kostendeckenden Vermögens. Mit diesem Zeitpunkt ist der Ersatzanspruch auch als fällig zu betrachten. Hinsichtlich des Quotenschadenersatzes ist zur Feststellung der konkreten Höhe der Forderung allerdings auch erforderlich, dass das Insolvenzverfahren rechtskräftig eingestellt oder aufgehoben worden ist, weil die tatsächliche Höhe des Quotenschadens erst dann feststeht.⁵⁶⁷

4.3.1.1.5 Prozessuale Aspekte

4.3.1.1.5.1 Geltendmachung des Quotenschadens

Für die Geltendmachung des Quotenschadens ist § 92 InsO zu beachten. Dieser sieht vor, dass Ansprüche der Insolvenzgläubiger auf Ersatz eines Schadens, den diese gemeinschaftlich durch eine Verminderung des zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögens vor oder nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlitten haben (Gesamtschaden), während der Dauer des Insolvenzverfahrens nur vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden können. Den einzelnen Altgläubigern ist die individuelle Geltendmachung ihrer Quotenschäden folglich für die Dauer des Insolvenzverfahrens untersagt.

Hintergrund der Norm ist die Annahme des Gesetzgebers, dass der Haftungsfonds des schädigenden Geschäftsführers zur Deckung des Schadens sämtlicher Gläubiger regelmäßig nicht ausreicht,

⁵⁶⁶ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 207.

⁵⁶⁷ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 207.

sodass die Geltendmachung des Schadenersatzes über den Insolvenzverwalter der schuldnerischen Gesellschaft kanalisiert wird, wodurch die das Vorpreschen einzelner Gläubiger, die sich durch das frühzeitige Geltendmachen ihrer Forderungen gegen den Geschäftsführer eine bessere Position verschaffen könnten, unterbunden wird. Darüber hinaus dient die Konzentration der Anspruchslegitimation beim Insolvenzverwalter der effizienten Rechtsdurchsetzung, da einzelne Gläubiger nicht selten von einer Geltendmachung ihrer Ansprüche aus ökonomischen Gründen absehen würden.⁵⁶⁸

§ 92 InsO betrifft dogmatisch betrachtet lediglich die Befugnis zur Geltendmachung des Anspruches; die materielle Begründung des Anspruchs ist in anderen Normen zu suchen, wobei es grundsätzlich irrelevant ist, welche Bestimmung als Grundlage des Ersatzanspruches des Gläubigers herangezogen wird. In Hinblick auf den Tatbestand des § 92 InsO ist alleine ausschlaggebend, dass es sich um einen Gesamtschaden handelt.⁵⁶⁹ Um einen derartigen Gesamtschaden handelt es sich der Rsp des BGH zufolge primär beim „Gesamtgläubigerschaden (Quotenschaden) der Altgläubiger“⁵⁷⁰; etwaige daraus resultierende Ersatzansprüche gem § 15a InsO iVm § 823 Abs 2 BGB sind daher durch den Insolvenzverwalter geltend zu machen.⁵⁷¹ Neugläubiger erfahren hingegen einen „individuellen Vertrauensschaden“⁵⁷², der demnach nicht auf Grundlage von § 92 InsO vom Insolvenzverwalter geltend zu machen ist.⁵⁷³ Aus den auf Grundlage von § 92 InsO durch den Insolvenzverwalter lukrierten Beträgen in Folge der Geltendmachung von Ansprüchen

⁵⁶⁸ MüKoInsO/Gehrlein⁴ (2019), InsO § 92 Rn 1.

⁵⁶⁹ MüKoInsO/Gehrlein⁴ (2019), InsO § 92 Rn 4.

⁵⁷⁰ K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 42.

⁵⁷¹ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 253.

⁵⁷² K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 42.

⁵⁷³ BGH 30.03.1998, II ZR 146/96 (Düsseldorf) = DStR 1998, 651.

auf Ersatz des Quotenschadens ist eine Sondermasse zur Befriedigung der Altgläubiger zu bilden.⁵⁷⁴

In der Praxis erweist sich die Geltendmachung des Quotenschadens als Gesamtschaden iSd § 92 InsO als für den Insolvenzverwalter durchaus herausfordernd: Dieser muss zunächst den Zeitpunkt des Eintritts der materiellen Insolvenz und anhand dessen den Zeitpunkt der gebotenen Insolvenzantragstellung bestimmen. Ausgehend hiervon sind die Gläubiger in Alt- und Neugläubiger zu klassifizieren. Hiernach ist der den Altgläubigern gemeinsame Quotenschaden, sohin der Gesamtschaden iSd § 92 InsO zu berechnen. In Anbetracht der Fehlersensibilität dieses Prozederes bedienen sich Insolvenzverwalter regelmäßig eher des Ersatzanspruches gem § 15b InsO (Anspruch auf Ersatz verbotener Zahlungen), da es hierbei nicht auf den Eintritt eines Schadens (und somit dessen Berechnung) ankommt.⁵⁷⁵

4.3.1.1.5.2 Geltendmachung des Individualschadens

Neugläubiger sind hingegen auch während des Insolvenzverfahrens berechtigt, ihren Individualschaden (Vertrauensschaden) individuell und selbständig außerhalb des Insolvenzverfahrens geltend zu machen. § 92 InsO greift in diesem Fall nicht.⁵⁷⁶

Dies ist aus mehrerlei Gründen konsequent: Dogmatisch ist zu konstatieren, dass der Neugläubigerschaden keinen „Gesamtschaden“ iSd § 92 InsO darstellt und somit bereits am Tatbestand der Norm scheitert. Darüber hinaus wäre die Geltendmachung des Neugläubigerschadens durch den Insolvenzverwalter in der Praxis aufgrund der zahlreichen unterschiedlichen individuellen Faktoren mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden, die mit dem Zweck des § 92 InsO, der effizienten Geltendmachung von Ansprüchen zur Auffüllung der Insolvenzmasse, nicht vereinbar wären.

⁵⁷⁴ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 254; aA K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 42, demzufolge sowohl Alt- als auch Neugläubigerschäden, solange es sich dabei um Quotenschäden und damit einen Teil des Gesamtschadens handelt, über § 92 InsO abgewickelt werden sollten.

⁵⁷⁵ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 255.

⁵⁷⁶ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 256.

Festzuhalten ist schließlich, dass dann, wenn auch Neugläubigerschäden durch den Insolvenzverwalter geltend gemacht würden und in weiterer Folge in die Masse fließen, auch die Altgläubiger durch die gleichmäßige Verteilung der Erlöse von den den Neugläubigern individuell zustehenden Ersatzansprüchen profitieren würden, was grundlegend ungerechtfertigt erscheint. Um ein solches Ergebnis zu verhindern, müsste der Insolvenzverwalter eine weitere Sondermasse, diesmal zugunsten der Neugläubiger bilden, wodurch § 92 InsO seiner Vorteile in Hinblick auf eine effiziente Geltendmachung von Ansprüchen verlustig ginge.⁵⁷⁷

4.3.1.1.5.3 Behauptungs- und Beweislastverteilung

Prinzipiell hat jede Partei diejenigen Tatsachen darzutun und nachzuweisen, die ihrem Standpunkt zuträglich sind, wobei der BGH, wenn der Tatbestand der Insolvenzverschleppung in objektiver Hinsicht erfüllt ist, auch das Verschulden des Geschäftsführers annimmt⁵⁷⁸: Der Kläger (der Gläubiger oder der Insolvenzverwalter) hat daher insb den Schadenseintritt, die Rolle des Beklagten als antragspflichtige Person, den Eintritt materieller Insolvenz, das Unterlassen der fristgerechten Insolvenzantragsstellung und den Kausalzusammenhang zwischen rechtswidrigem Verhalten und Schadenseintritt nachzuweisen. Dem beklagten Geschäftsführer obliegt hingegen insb der Nachweis, für einen Mangel seines Verschuldens und für das Mitverschulden des Gläubigers.⁵⁷⁹

Die dem Kläger obliegende Beweislast hinsichtlich des Eintritts der Überschuldung wird diesem von der Rsp des BGH in mehrerlei Hinsicht erleichtert; insb wird dem beklagten Geschäftsführer – der mit der finanziellen Lage der Gesellschaft regelmäßig am besten vertraut ist – die Beweislast dafür aufgelegt, dass die Überschuldungsprüfung in einer positiven Fortführungsprognose mündete.⁵⁸⁰

⁵⁷⁷ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 256; aA K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 42.

⁵⁷⁸ K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 45.

⁵⁷⁹ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 265 f.

⁵⁸⁰ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 267.

4.3.1.2 Sonstige Anspruchsgrundlagen

Neben einer Haftung gem § 15a InsO kommt eine Haftung des Geschäftsführers im deutschen Recht auch auf anderen Grundlagen in Betracht.

4.3.1.2.1 *Culpa in Contrahendo*

Eine Haftung des Geschäftsführers aus *culpa in contrahendo* setzt zunächst ein vorvertragliches Schuldverhältnis zwischen dem Gläubiger und der Gesellschaft voraus. Da es sich beim Geschäftsführer in dieser Konstellation jedoch formell betrachtet um einen dem Vertragsverhältnis grundsätzlich fremden Dritten handelt, bedarf es zur Begründung einer diesen treffenden Haftung weiterer haftungsbegründender Umstände: In Betracht kommt insb – ähnlich wie der österreichischen Rsp zufolge – die „Inanspruchnahme eines besonderen persönlichen Vertrauens“ durch den Geschäftsführer, etwa wenn dieser hierdurch maßgeblich zum Vertragsabschluss beigetragen hat; oder aber ein konkretes, qualifiziertes „wirtschaftliches Eigeninteresse“ des Geschäftsführers.⁵⁸¹

Darüber hinaus erfordert die Haftung aus *culpa in contrahendo* jedoch auch, dass der Geschäftsführer eine Aufklärungspflicht in Hinblick auf die tatsächliche finanzielle Situation der Gesellschaft verletzt hat.⁵⁸²

4.3.1.2.2 *Die Verletzung anderer Schutzgesetze iSv § 823 Abs 2 BGB*

Eine Haftung des Geschäftsführers im Falle der Insolvenzverschleppung ist auch aufgrund der Verletzung anderer Schutzgesetze als § 15a InsO denkbar. In Betracht kommen insb Betrug gem

⁵⁸¹ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 284-287.

⁵⁸² MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 288 f.

§ 263 dStGB, Veruntreuung gem §§ 266, 266a dStGB und die unterschiedlichen Insolvenzdelikte gem §§ 283-283d StGB.⁵⁸³

4.3.1.2.3 *Sittenwidrige Schädigung*

Eine Haftung in Zusammenhang mit der Verschleppung der Insolvenzantragstellung kommt auch aufgrund sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung gem § 826 BGB in Betracht. § 826 BGB sieht vor, dass derjenige, der in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, diesem zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist. StRsp zufolge kann das Hinauszögern des „als unabwendbar erkannten Todeskampf[es]“ einer Gesellschaft den als haftungsbegründendes Verhalten iSd § 826 BGB gewertet werden. Die Sittenwidrigkeit entfällt im Falle berechtigter Sanierungsbemühungen.⁵⁸⁴

Für die Schadensberechnung gelten grundsätzlich dieselben Regeln wie beim Ersatz gem § 15a InsO iVm § 823 Abs 2 BGB, allerdings wird sowohl der sachliche als auch der personelle Schutzbereich des § 826 BGB vom BGH als weiter als der des § 15a InsO eingestuft.⁵⁸⁵ Eine Einschränkung erfährt die Haftung gem § 826 BGB allerdings durch dessen Vorsatzerfordernis, wenngleich Eventualvorsatz grundsätzlich als ausreichend betrachtet wird.⁵⁸⁶

4.3.2 **Haftung gegenüber der Gesellschaft**

4.3.2.1 § 43 Abs 2 dGmbHG

Ähnlich wie § 25 GmbHG sieht § 43 Abs 2 dGmbHG vor, dass die Geschäftsführer einer GmbH, die ihre Obliegenheiten verletzen, der GmbH für den daraus entstandenen Schaden haften; die

⁵⁸³ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 290-294.

⁵⁸⁴ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 298 f.

⁵⁸⁵ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 308.

⁵⁸⁶ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 310.

Bestimmung regelt damit allgemein die Haftung der Geschäftsführer bei Verletzung ihrer Pflichten aus dem zwischen ihnen und der Gesellschaft bestehenden Rechtsverhältnis. Als Schadenersatzbestimmung setzt die Norm eine schuldhafte Pflichtverletzung des Geschäftsführers sowie einen daraus resultierenden Schadens voraus.⁵⁸⁷

Der II. Zivilsenat des BGH⁵⁸⁸ meldete 1979 noch Zweifel darüber an, ließ letztlich allerdings offen, ob ein Verstoß des Geschäftsführers gegen die Insolvenzantragspflicht gem § 15a InsO (ehemals § 64 dGmbHG aF) eine haftungsbewehrte Pflichtverletzung gegenüber der Gesellschaft darstellt, weil die Folgen einer Verletzung der Pflicht zur Insolvenzantragstellung im Interesse der Gläubiger besonders (gemeint: außerhalb von § 64 dGmbHG aF) geregelt seien. Nach Zusammenhang und Zweck der Regelung liege nach Ansicht des II. Zivilsenats nicht ohne weiteres der Schluss nahe, eine Verzögerung des Insolvenzantrags müsse stets zugleich eine Pflichtverletzung gegenüber der Gesellschaft iSv § 43 Abs 2 dGmbHG begründen. Von dieser Auffassung ist der BGH in einer späteren Entscheidung jedoch abgegangen, indem er die Verletzung der Insolvenzantragspflicht als Pflichtverletzung iSv § 43 Abs 2 dGmbHG anerkannt hat⁵⁸⁹, was in der Lit überwiegend zustimmend aufgenommen wurde.⁵⁹⁰

Die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen der Gesellschaft gegen ihren Geschäftsführer (sei es auch durch den Insolvenzverwalter) ist indessen insofern „untypisch“⁵⁹¹, als es der Gesellschaft nach Ansicht des BGH im Falle der Insolvenzverschleppung in der Regel an einem spezifischen Gesellschaftsschaden mangle.⁵⁹² Nachdem das Reichsgericht ursprünglich noch

⁵⁸⁷ BGH 18.03.1974, II ZR 2/72 (Hamm) = NJW 1974, 1088 (1089).

⁵⁸⁸ BGH 18.03.1974, II ZR 2/72 (Hamm) = NJW 1974, 1088 (1089).

⁵⁸⁹ BGH 01.03.1993, II ZR 61/92 (Düsseldorf) = DStR 1994, 1092.

⁵⁹⁰ Meixner, Haftung des GmbH-Geschäftsführers und des Steuerberaters für Insolvenzverschleppungsschäden (Teil II), DStR 2018, 1025 mwN; MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 317.

⁵⁹¹ Meixner, Haftung des GmbH-Geschäftsführers und des Steuerberaters für Insolvenzverschleppungsschäden (Teil II), DStR 2018, 1025.

⁵⁹² MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 94, 317; vgl Spindler/Stilz/Fleischer, AktG⁴ (2019) § 92 Rn 72.

davon ausgegangen war, dass in der Zunahme der Überschuldung nach dem Zeitpunkt der gebotenen Insolvenzantragstellung ein Schaden der Gesellschaft zu sehen sei, soweit in weiterer Folge das Vermögen der Gesellschaft nicht ausreichte, um die Gläubiger zu befriedigen,⁵⁹³ schwenkte die Rsp in weiterer Folge zu der Auffassung um, dass durch das Eingehen neuer Verbindlichkeiten nach Eintritt der Insolvenzreife typischerweise alleine die (Neu-)Gläubiger geschädigt werden.⁵⁹⁴ Diesen Schaden könne der Konkursverwalter allerdings nicht über § 43 dGmbHG geltend machen.⁵⁹⁵ Diese Ansicht wurde in der Lit zwar nicht nur zustimmend aufgefasst⁵⁹⁶, ist jedoch bis heute mitausschlaggebend dafür, dass § 43 Abs 2 dGmbHG als Anspruchsgrundlage im Falle der Insolvenzverschleppung kaum herangezogen wird.

In diesem Punkt unterscheidet sich die deutsche Rsp deutlich von der österreichischen, hat der OGH die Ersatzfähigkeit des Betriebsverlustes – mag dieser auch bloß in einer Vergrößerung der Überschuldung bestehen – als Gesellschaftsschaden gem § 25 GmbHG doch ausdrücklich bejaht.⁵⁹⁷

4.3.2.2 § 15b InsO

Gem § 15b Abs 1 InsO ist dürfen die antragspflichtigen Mitglieder des Vertretungsorgans und Abwickler einer juristischen Person nach dem Eintritt der materiellen Insolvenz (Zahlungsunfähigkeit

⁵⁹³ Deutsches Reichsgericht 07.06.1939, RGZ 161, 129, 147.

⁵⁹⁴ OLG Koblenz (6. Zivilsenat) 31.03.2008, 6 U 472/07 = BeckRS 2008, 11942 Rn 25; BGH 20.09.2010, II ZR 78/09 (OLG Brandenburg) = NZI 2010, 913; *Meixner*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers und des Steuerberaters für Insolvenzverschleppungsschäden (Teil II), DStR 2018, 1025.

⁵⁹⁵ BGH 30.03.1998, II ZR 146/96 (Düsseldorf) = DStR 1998, 651; *Meixner*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers und des Steuerberaters für Insolvenzverschleppungsschäden (Teil II), DStR 2018, 1025 (1026).

⁵⁹⁶ Nachweise zur unterschiedlichen Rezeption der Rsp des BGH s bei *Meixner*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers und des Steuerberaters für Insolvenzverschleppungsschäden (Teil II), DStR 2018, 1025 (1026); vgl auch *Trenker*, Umfang der (Innen-)Haftung bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters im deutsch-österreichischen Rechtsvergleich, KTS 2023, 495 (527 ff).

⁵⁹⁷ OGH 29.09.1987, 2 Ob 568/87; *Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 14 (Stand: 01.08.2014, rdb.at).

oder Überschuldung) der juristischen Person grundsätzlich keine Zahlungen mehr für diese vornehmen. Das damit normierte Zahlungsverbot stellt in der Praxis das wohl wichtigste haftungsrechtliche Instrument im Insolvenzfall dar. Im Falle eines Verstoßes gegen das Zahlungsverbot sind die Geschäftsführer der Gesellschaft gem § 15b Abs 4 Satz 1 InsO zum Ersatz verpflichtet.

4.3.2.2.1 Hintergrund und Normzweck

Die Bestimmung wurde mit dem Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz - SanInsFoG)⁵⁹⁸ eingeführt und trat mit Jahresbeginn 2021 in Kraft. Vor Einführung von § 15b InsO war das Zahlungsverbot in den jeweiligen gesellschaftsrechtlichen Fachgesetzen – für die GmbH: § 64 GmbHG aF – geregelt; die Überführung in die nunmehr „rechtsformneutrale“⁵⁹⁹ Regelung in der InsO dient der Vereinheitlichung der Regelungssystematik und der besseren Auffindbarkeit, letztlich somit der Rechtsvereinfachung.⁶⁰⁰ Die Umplatzierung der Norm verdeutlicht jedoch auch den insolvenzrechtlichen Charakter des Zahlungsverbots und dessen gläubigerschutzorientierten *telos*.⁶⁰¹

Die Bestimmung dient der Erhaltung der künftigen Insolvenzmasse zugunsten der Gesellschaftsgläubiger.⁶⁰²

4.3.2.2.2 Anwendungsbereich

Zwischen der Insolvenzantragspflicht und dem Zahlungsverbot herrscht grundsätzlich Gleichlauf, beide richten sich an die Organe des Schuldners⁶⁰³: Adressaten des Zahlungsverbotes sind ua die gem § 15a Abs 1 InsO antragspflichtigen Mitglieder des Vertretungsorgans, bei der GmbH somit

⁵⁹⁸ Gesetz vom 22.12.2020 – BGBl. I 2020, Nr. 66 vom 29.12.2020, S. 3256.

⁵⁹⁹ Römermann/Mönning⁴⁸ (2023), InsO § 15b Rn 11.

⁶⁰⁰ Begr RegE SanInsFoG BT-Drs. 19/24181, S. 96.

⁶⁰¹ BeckOK InsR/Wolfer³⁴ (2024), InsO § 15b vor Rn 1.

⁶⁰² Braun/Weber/Dömmcke InsO⁹ (2022) § 15b Rn 1, 2; BeckOK InsR/Wolfer³⁴ (2024), InsO § 15b vor Rn 1.

⁶⁰³ BGH 03.03.2022, IX ZR 78/20 (Frankfurt am Main) = NZI 2022, 385, Rn 30.

der oder die gem § 35 Abs 1 dGmbHG vertretungsbefugte(n) Geschäftsführer,⁶⁰⁴ gleichermaßen jedoch auch (formell nicht vertretungsbefugte) faktische Geschäftsführer.⁶⁰⁵

Das Vorhandensein weiterer Geschäftsführers entbindet die übrigen nach der insofern eindeutigen Rsp des BGH nicht von ihrer jeweiligen eigenen Verantwortlichkeit für die ordnungsgemäße Führung der Geschäfte der Gesellschaft, insb für die Erfüllung der den Geschäftsführern vom Gesetz auferlegten Pflichten. Dies gilt selbst dann, wenn diese untereinander in zulässiger Weise eine Geschäftsverteilung (Ressortaufteilung) vorgenommen haben.⁶⁰⁶

Mit dem Ende der Organstellung endet auch die Pflichtbindung an das Zahlungsverbot gem § 15b InsO. Eine bereits entstandene Haftung wird jedoch durch das Ende der Organstellung nicht berührt, sie entfällt daher nicht mit Amtsniederlegung des bereits haftpflichtigen Geschäftsführers (sofern eine solche überhaupt zulässig ist).⁶⁰⁷

In zeitlicher Hinsicht gilt das Zahlungsverbot ab Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der jeweiligen Gesellschaft.⁶⁰⁸

4.3.2.2.3 Zahlung

Der Begriff der Zahlung des § 15b Abs 1 Satz 1 InsO ist – entsprechend der bisherigen Jud des BGH⁶⁰⁹ zu den fachgesetzlichen Zahlungsverboten (§ 130a dHGB aF, § 64 dGmbHG aF) – weit auszulegen.⁶¹⁰ Nach hA umfasst das Tatbestandsmerkmal der Zahlung über Zahlungen im engeren

⁶⁰⁴ BeckOK InsR/Wolfer³⁴ (2024), InsO § 15b Rn 3 f.

⁶⁰⁵ Braun/Weber/Dömmcke InsO⁹ (2022) § 15b Rn 4; BeckOK InsR/Wolfer³⁴ (2024), InsO § 15b Rn 8.

⁶⁰⁶ BGH 01.03.1993, II ZR 61/92, jetzt II ZR 81/94 (Düsseldorf) = NJW 1994, 2149.

⁶⁰⁷ BeckOK InsR/Wolfer³⁴ (2024), InsO § 15b Rn 7.

⁶⁰⁸ Braun/Weber/Dömmcke InsO⁹ (2022) § 15b Rn 7.

⁶⁰⁹ BGH 16.03.2009, II ZR 32/08 (Hamburg) = NJW 2009, 1598, Rn 12.

⁶¹⁰ BeckOK InsR/Wolfer³⁴ (2024), InsO § 15b Rn 11; Braun/Weber/Dömmcke InsO⁹ (2022) § 15b Rn 8.

Sinne (reine Geldzahlungen) hinaus sämtliche Leistungen, die zu einer Schmälerung des Gesellschaftsvermögens führen.⁶¹¹ *Weber/Dömmecke* definieren die Zahlung iSv § 15b InsO als „jede Mehrung fremden Vermögens, gleich ob in Form der Erhöhung der Aktiva oder Minderung der Passiva des Dritten, durch Schmälerung der eigenen Aktiva“.⁶¹²

Erfasst sind somit jedenfalls Überweisungen vom Gesellschaftskonto, solange (und insoweit) es sich dabei nicht um ein debitorisch geführtes, unbesichertes Konto handelt; diesfalls führt die Überweisung zu einem bloßen Gläubigerwechsel, folglich nicht zu einer Schmälerung der Gesellschaftsaktiva. Der Einzug von Forderungen der schuldnerischen Gesellschaft auf ein im Soll geführtes Konto stellt aufgrund der damit verbundenen Befriedigung der Forderung der kontoführenden Bank eine Zahlung iSv § 15b Abs 1 InsO dar, sofern die Forderung dem Kreditinstitut nicht bereits vor Eintritt der Insolvenzreife abgetreten und auch werthaltig entstanden war.⁶¹³

Darüber hinaus sind allerdings auch werthaltige Leistungen in anderer Gestalt erfasst, wie etwa Auf- und Verrechnungen von Gesellschaftsforderungen und -verbindlichkeiten⁶¹⁴ oder Warenlieferungen⁶¹⁵. Str ist, ob und unter welchen Umständen ein Forderungsverzicht und die Erbringung von Dienstleistungen als Zahlung iSv § 15b InsO zu werten ist.⁶¹⁶

Da der Zweck des Zahlungsverbotes im Hintanhalten der Masseschmälerung besteht, entfällt die Haftung des Geschäftsführers insofern und insoweit, als die Zahlung iSv § 15b InsO aufgrund

⁶¹¹ BGH 06.06.1994, II ZR 292/91 (Karlsruhe) = BeckRS 1994, 4233 Rn 27; *Römermann/Mönning*⁴⁸ (2023), InsO § 15b Rn 13; BeckOK InsR/Wolfer³⁴ (2024), InsO § 15b Rn 11.

⁶¹² *Braun/Weber/Dömmecke* InsO⁹ (2022) § 15b Rn 8.

⁶¹³ *Braun/Weber/Dömmecke* InsO⁹ (2022) § 15b Rn 10 f.

⁶¹⁴ OLG Jena (2. Zivilsenat) 25.05.2016, 2 U 714/15 = BeckRS 2016, 126703.

⁶¹⁵ OLG Düsseldorf 19.01.1995, 6 U 272/93 = NJW-RR 1996, 1443; weitere Bsp s bei *Braun/Weber/Dömmecke* InsO⁹ (2022) § 15b Rn 12.

⁶¹⁶ *Braun/Weber/Dömmecke* InsO⁹ (2022) § 15b Rn 13 f.

einer (für die Verwertung zugunsten der Gläubiger geeigneten) damit in unmittelbarem Zusammenhang stehenden Gegenleistung zu einem Zufluss in die Masse führt.⁶¹⁷ Für die Bewertung der Gegenleistung wird idR der Liquidationswert heranzuziehen sein.⁶¹⁸

Der Geschäftsführer der GmbH wird nur dann ersatzpflichtig gem § 15b Abs 4 Satz 1 InsO, wenn er die Zahlung veranlasst hat. Dies ist der Rsp zufolge dann der Fall, wenn die Zahlungen mit Wissen und Willen des Geschäftsführers erfolgen oder er sie hätte verhindern können.⁶¹⁹

4.3.2.2.4 Ausnahme: Einhaltung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters

Gem § 15b Abs 1 Satz 2 InsO sind Zahlungen, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind, vom Zahlungsverbot ausgenommen. Der Sorgfaltsmaßstab weist seinem Wortlaut nach zwar Ähnlichkeiten zu den gesellschaftsrechtlichen normierten Sorgfaltsstandards in § 93 Abs 1 dAktG und § 43 Abs 1 dGmbHG auf; inhaltlich baut er jedoch – hierbei handelt es sich um die insolvenzspezifische Komponente – auf der Rolle des Geschäftsführers als „selbständiger, treuhänderischer Verwalter fremden Vermögens“, und zwar „der Gläubigersamtheit, nicht (mehr) [der Gesellschafter]“⁶²⁰ auf, der gegenüber der Geschäftsführer dementsprechend verpflichtet ist. Für die Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung ist daher entscheidend, dass die betreffende Zahlung aufgrund ihrer *ex ante* und aus der Perspektive der Gesellschaftsgläubiger (der Insolvenzmasse) zu beurteilenden Vorteilhaftigkeit gerechtfertigt ist, was in der Rsp streng beurteilt wird.⁶²¹ Die Beweislast hierfür trifft den Geschäftsführer.⁶²²

⁶¹⁷ BGH 04.07.2017, II ZR 319/15 (Düsseldorf) = NZI 2017, 809.

⁶¹⁸ Braun/Weber/Dömmcke InsO⁹ (2022) § 15b Rn 15 f.

⁶¹⁹ BGH 16.03.2009, II ZR 32/08 (OLG Hamburg) = NZI 2009, 486 Rn 13; Braun/Weber/Dömmcke InsO⁹ (2022) § 15b Rn 19.

⁶²⁰ Braun/Weber/Dömmcke InsO⁹ (2022) § 15b Rn 20.

⁶²¹ Braun/Weber/Dömmcke InsO⁹ (2022) § 15b Rn 20.

⁶²² Braun/Weber/Dömmcke InsO⁹ (2022) § 15b Rn 23.

Eine Präzisierung erfährt die Ausnahmebestimmung des § 15 Abs 1 Satz 2 InsO in den Abs 2 und 3. Gem § 15b Abs 2 Satz 1 InsO gelten für Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen – insb solche Zahlungen, die der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs dienen – vorbehaltlich der Gegenausnahme des § 15 Abs 3 InsO als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar.

Die Regelung ist in zeitlicher Hinsicht durch den zweiten und dritten Satz von § 15 Abs 2 InsO gestaffelt zu betrachten: Während des Zeitraums zwischen dem Eintritt der materiellen Insolvenz bis zum Zeitpunkt der gebotenen Insolvenzantragstellung gem § 15a Abs 1 Satz 1 und 2 InsO gilt die Regel des § 15b Abs 2 Satz 1 InsO nur, solange der Geschäftsführer Maßnahmen zur nachhaltigen Beseitigung der Insolvenz – diese müssen dazu geeignet sein, den Insolvenzgrund zu beseitigen und eine „belastbare Perspektive“ schaffen, dass es zu keiner Anschlussinsolvenz kommt⁶²³ – oder zur Vorbereitung eines Insolvenzantrags mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters betreibt. Sind diese Voraussetzungen gegeben, sind alle Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang zulässig, nicht nur solche iZm allfälligen Sanierungsbemühungen.⁶²⁴ Ist das nicht der Fall, kommt § 15 Abs 2 Satz 1 InsO nicht zur Anwendung.⁶²⁵ Aufgrund der Beweislast des Geschäftsführers handelt es sich beim Agieren im Rahmen von § 15 Abs 2 Satz 2 InsO selbstverständlich um eine äußerst riskante Vorgehensweise.⁶²⁶

Während des Zeitraums zwischen der Stellung des Insolvenzantrags und der Verfahrenseröffnung gelten Zahlungen gem § 15b Abs 2 Satz 3 InsO auch dann als mit Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar, wenn diese mit Zustimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters vorgenommen wurden. Ist der nach § 15a Absatz 1 Satz 1 und 2 für eine

⁶²³ Braun/Weber/Dömmecke InsO⁹ (2022) § 15b Rn 31.

⁶²⁴ Braun/Weber/Dömmecke InsO⁹ (2022) § 15b Rn 32.

⁶²⁵ Braun/Weber/Dömmecke InsO⁹ (2022) § 15b Rn 30; aA offenbar Wolfer, der davon ausgeht, dass nur solche Zahlungen privilegiert sind, die „im ordnungsgemäßen Geschäftsgang und zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs dienen“ (BeckOK InsR/Wolfer³⁴ (2024), InsO § 15b Rn 22).

⁶²⁶ BeckOK InsR/Wolfer InsO³⁴ (2024), § 15b Rn 20.

rechtzeitige Antragstellung maßgebliche Zeitpunkt verstrichen und hat der Antragspflichtige keinen Antrag gestellt, sind Zahlungen in der Regel nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar. Die Haftung des Geschäftsleiters wird in diesem Fall gewissermaßen durch die Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters substituiert⁶²⁷, was dem „Übergang von Verantwortung“⁶²⁸ auf die Organe des (vorläufigen) Insolvenzverfahrens entspricht.

Ist die Antragsfrist gem § 15a Abs 1 InsO verstrichen, ohne dass der antragspflichtige Geschäftsführer einen Insolvenzantrag gestellt hat, sind Zahlungen gem § 15b Abs 3 InsO „in der Regel“ nicht mehr mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar. Sie können daher im Umkehrschluss nur – aber immerhin – noch ausnahmsweise sorgfaltskonform sein.⁶²⁹

4.3.2.2.5 Verschulden

Der Ersatzanspruch des § 15b Abs 4 InsO erfordert ein Verschulden des Geschäftsleiters iZm der geleisteten Zahlung. Das Verschuldenselement ist iZm mit der Frage der Kenntnis des Geschäftsführers vom Eintritt der materiellen Insolvenz der Gesellschaft zu bestimmen, wobei fahrlässige Unkenntnis der Insolvenzreife unter Zugrundelegung des Maßstabs des ordentlichen Geschäftsmannes als ausreichend erachtet wird. Zur Feststellung hat der Geschäftsführer ggf fachkundige Berater beizuziehen.⁶³⁰

Gem § 15b Abs 4 Satz 3 InsO können sich die Geschäftsführer nicht mit schuldbefreiender Wirkung auf eine entsprechende Weisung der Gesellschafter zur Leistung einer Zahlung berufen.⁶³¹

⁶²⁷ Braun/Weber/Dömmcke InsO⁹ (2022) § 15b Rn 34.

⁶²⁸ BeckOK InsR/Wolfer³⁴ (2024), InsO § 15b Rn 24.

⁶²⁹ Braun/Weber/Dömmcke InsO⁹ (2022) § 15b Rn 36.

⁶³⁰ Braun/Weber/Dömmcke InsO⁹ (2022) § 15b Rn 39.

⁶³¹ Braun/Weber/Dömmcke InsO⁹ (2022) § 15b Rn 46.

4.3.2.2.6 Ersatzpflicht

Werden entgegen dem Zahlungsverbot des § 15b Abs 1 InsO Zahlungen geleistet, sind die Geschäftsführer der Gesellschaft gem § 15b Abs 4 Satz 1 InsO zur Erstattung verpflichtet. Dogmatisch wird der Anspruch gem § 15b Abs 4 InsO nicht als Schadenersatzanspruch, sondern als Anspruch eigener Art betrachtet. Gläubigerin des Anspruchs ist grundsätzlich die Gesellschaft; geltend gemacht wird er jedoch vom Insolvenzverwalter.⁶³² Schuldner des Anspruchs ist der Geschäftsführer; verfügt die Gesellschaft über mehrere Geschäftsführer, trifft diese eine gesamtschuldnerische Haftung.⁶³³

Der Anspruch richtet sich primär auf den Ersatz der dem (den) Geschäftsführer(n) zuzurechnenden Zahlungen im oben beschriebenen Sinn in Höhe des Betrags der Zahlung oder des Wertes der sonstigen unter den Zahlungsbegriff des § 15b Abs 1 InsO fallenden Leistung.⁶³⁴

Ist der Schaden der Gesamtgläubigerschaft geringer als die Summe der geleisteten prinzipiell ersatzfähigen Zahlungen, so beschränkt sich die Ersatzpflicht des Geschäftsführers gem § 15 Abs 4 Satz 2 InsO auf den Ausgleich dieses Schadens. Mit der sohin normierten Haftungsbeschränkung auf den tatsächlichen Gläubigerschaden wird der Zweck des Zahlungsverbots, die Erhaltung der Insolvenzmasse zugunsten der Gläubiger, unterstrichen. Der Gläubigerschaden ist nach allgemeinen Grundsätzen aus einem Vergleich der tatsächlich erzielten mit der hypothetischen Insolvenzquote bei rechtzeitiger Insolvenzantragstellung zu ermitteln.⁶³⁵ Mit der Regelung des § 15 Abs 4 Satz 2 InsO finden sachgerechter Weise insb (aktivierbare) Gegenleistungen zugunsten der Masse und Anfechtungserlöse Berücksichtigung.⁶³⁶ Die Summe der geleisteten Zahlungen wird

⁶³² BeckOK InsR/Wolfer³⁴ (2024), InsO § 15b Rn 27 f.

⁶³³ BeckOK InsR/Wolfer³⁴ (2024), InsO § 15b Rn 32; Braun/Weber/Dömmecke InsO⁹ (2022) § 15b Rn 41.

⁶³⁴ BeckOK InsR/Wolfer³⁴ (2024), InsO § 15b Rn 29, 31.

⁶³⁵ BeckOK InsR/Wolfer³⁴ (2024), InsO § 15b Rn 33.

⁶³⁶ Braun/Weber/Dömmecke InsO⁹ (2022) § 15b Rn 43.

dadurch auf eine widerlegliche Vermutung des zu ersetzenden Betrages (des Gesamtgläubigerschadens) reduziert.⁶³⁷ Die Beweislast für die Höhe des oder des Nichteintritts eines Quotenschadens trifft den ersatzpflichtigen Geschäftsführer.⁶³⁸

Der mit § 15b Abs 4 InsO normierte Umfang der Ersatzpflicht entspricht damit im Wesentlichen⁶³⁹ den in der österreichischen Rechtsprechung – ohne entsprechende gesetzlich ausdrücklich vorgesehene Haftungsbeschränkung – herausgearbeiteten Grundsätzen, wonach der Anspruch gegen den Geschäftsführer bei einem Verstoß gegen das Zahlungsverbot des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG letztlich mit dem Gesamtgläubigerschaden begrenzt ist.⁶⁴⁰

4.3.2.2.7 Sonderregelung für Steuerzahlungen

Da § 15b Abs 1 InsO grundsätzlich nicht zwischen den Empfängern der verbotswidrigen Zahlungen unterscheidet, spießt sich das insolvenzrechtliche Zahlungsverbot mit den gleichermaßen haftungsbewehrten (§§ 69, 34 AO) steuerrechtlichen Pflichten der Geschäftsführer zur Abführung von Abgaben. Der Gesetzgeber hat diesen Widerspruch nunmehr in § 15b Abs 8 InsO zugunsten der insolvenzrechtlichen Pflicht zur Massesicherung entschieden.

Eine Verletzung steuerrechtlicher Zahlungspflichten liegt Abs 8 zufolge nicht vor, wenn zwischen dem Eintritt der materiellen Insolvenz und der Entscheidung des Insolvenzgerichts über den Insolvenzantrag Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt werden, sofern der Geschäftsführer seinen Verpflichtungen nach § 15a InsO nachgekommen ist. Wird

⁶³⁷ Braun/Weber/Dömmecke InsO⁹ (2022) § 15b Rn 44.

⁶³⁸ BeckOK InsR/Wolfer³⁴ (2024), InsO § 15b Rn 34.

⁶³⁹ Zu den Einzelheiten bei der Berechnung des Gläubigerschadens als Haftungsobergrenze: *Trenker*, Umfang der (Innen-)Haftung bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters im deutsch-österreichischen Rechtsvergleich, KTS 2023, 495 (509 ff).

⁶⁴⁰ OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k Rz 2.3.5.; *Trenker*, Umfang der (Innen-)Haftung bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters im deutsch-österreichischen Rechtsvergleich, KTS 2023, 495 (501 f).

das Insolvenzverfahren hingegen nicht eröffnet und ist das auf eine Pflichtverletzung der Antragspflichtigen zurückzuführen, gilt die Befreiung gem Abs 8 Satz 3 nicht.

4.4 Abschließende vergleichende Gegenüberstellung

In Hinblick auf die Gesetzesgenese des österreichischen GmbHG, das sich in seiner Urfassung maßgeblich an sein deutsches Pendant anlehnte⁶⁴¹, ist zunächst ein grundsätzlich struktureller Gleichlauf zwischen der Gesellschaftsformen der GmbH in Österreich und Deutschland zu konstatieren, der nur in einzelnen Aspekten durch unterschiedliche Regelungen der Gesetzgeber einerseits sowie durch abweichende Judikaturlinien andererseits durchbrochen wird.⁶⁴² Charaktergebendes Merkmal der GmbH, sowohl in Österreich als auch in Deutschland, ist – soweit für diese Arbeit relevant – die auf dem Trennungsgrundsatz basierende Haftungsordnung der Gesellschaft.

Als juristische Person benötigt die GmbH sowohl in Österreich als auch in Deutschland eine natürliche Person, die ihre Geschäfte leitet und sie nach außen hin vertritt. Dem Prinzip der Fremdorganschaft entsprechend ist die Geschäftsleitung und Vertretung der GmbH nach außen sowohl in Österreich als auch in Deutschland einem bestellten Organ übertragen. Als Geschäftsführer kommen dem GmbHG zufolge nur physische, handlungsfähige⁶⁴³ Personen in Betracht.⁶⁴⁴ Sonstige Qualifikationsmerkmale hinsichtlich der Person des (handelsrechtlichen) Geschäftsführers sieht das GmbHG zwar nicht vor;⁶⁴⁵ mit dem GesDigG 2023 wurde jedoch jüngst eine Regelung zur Disqualifikation von Geschäftsführern eingeführt, derzufolge bestimmte strafrechtliche Verurteilungen einer Tätigkeit als Geschäftsführer einer GmbH entgegenstehen (§ 15 Abs 1a und 1b,

⁶⁴¹ *Straube/Ratka* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG vor § 1 Rz 23 (Stand 1.8.2020, rdb.at).

⁶⁴² *Michtner/Singer/Wittich*, Deutsches versus österreichisches GmbH-Recht, IWRZ 2022, 167 (167).

⁶⁴³ Eine nachträgliche Beschränkung der „vollen und unbeschränkten Handlungsfähigkeit einer Person“ führt *ex lege* zum Ende ihrer Organstellung als Geschäftsführer (OGH 09.07.2014, 7 Ob 114/14m = NZ 2014/144).

⁶⁴⁴ *Ratka/Straube* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 15 Rz 2 (Stand 1.8.2020, rdb.at).

⁶⁴⁵ *Rohregger/Kudrna* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer* (Hrsg), GmbHG (2017) § 15 GmbHG Rz 10 f; *Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) § 15 Rz 15.

§ 16a Abs 3 GmbHG). Damit wurde die österreichische Rechtslage der deutschen angenähert, die mit § 6 Abs 2 dGmbHG bereits eine vergleichbare Disqualifikationsregelung enthielt.

Sowohl in Österreich als auch in Deutschland sind die Geschäftsführer dazu verpflichtet, bei Eintritt materieller Insolvenz ihrer Gesellschaft die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu beantragen; die Insolvenzantragspflicht soll sicherstellen, dass im Fall, dass der (grundsätzlich) auf das Gesellschaftsvermögen beschränkte Haftungsfonds der Gesellschaft nicht zu Befriedigung sämtlicher Gläubiger ausreicht, die Verwertung der vorhandenen Haftungsmasse oder die Fortführung der Gesellschaft in einem geregelten Verfahren erfolgt, um gläubigerschädigende Maßnahmen hintanzuhalten und das bestmögliche Ergebnis für die Gesellschaftsgläubiger zu erzielen.⁶⁴⁶ Gemäß § 15a Abs 1 InsO sind die Geschäftsführer einer GmbH im Falle der Zahlungsunfähigkeit iSv § 17 InsO oder der Überschuldung iSv § 19 InsO verpflichtet, ohne schuldhaftes Zögern einen Antrag auf Insolvenzeröffnung zu stellen. Der Antrag ist spätestens drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und sechs Wochen nach Eintritt der Überschuldung zu stellen. Die Fristen beginnen einem Teil der Lehre zufolge mit dem objektiven Eintritt des Insolvenzgrundes⁶⁴⁷, dem anderen Teil der Lehre zufolge hingegen „mit positiver Kenntnis oder böswilliger Unkenntnis des Insolvenzgrundes“⁶⁴⁸ zu laufen. In Österreich sind die Geschäftsführer einer GmbH gemäß § 69 Abs 2 IO im Falle der materiellen Insolvenz dazu verpflichtet, unverzüglich, spätestens aber 60 Tage nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung⁶⁴⁹ die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu beantragen. Entgegen dem Wortlaut der Bestimmung beginnt die 60-Tagesfrist der heute hA zufolge nicht mit dem objektiven Vorliegen sondern erst mit positiver Kenntnis vom Eintritt des Insolvenzgrundes zu laufen.⁶⁵⁰

⁶⁴⁶ Römermann/Mönning⁴⁸ (2023), InsO § 15a Rn 4.

⁶⁴⁷ K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 32; MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 119.

⁶⁴⁸ Römermann/Mönning⁴⁸ (2023), InsO § 15a Rn 18.

⁶⁴⁹ § 69 Abs 2 iVm § 67 Abs 2 IO; Schumacher, Sanierungsversuche in der 60-Tages-Frist, *ecolex* 1990, 337 (340).

⁶⁵⁰ Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer (Hrsg), IO - Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO Rz 28; Jaufer, Das Unternehmen in der Krise⁴ (2022) 192.

Eine Verletzung der gesetzlichen Insolvenzantragspflicht zieht sowohl in Österreich als auch in Deutschland Haftungsfolgen für die Geschäftsführer der GmbH nach sich. Zweck solcher Haftungssanktionen ist es, Anreize zu setzen, die die Geschäftsleitung dazu anhalten, ihre Gesellschaft zeitgerecht in ein geordnetes Insolvenzverfahren überzuführen oder sie zu sanieren,⁶⁵¹ da im Fall der Insolvenzverschleppung sowohl die Gesellschaft als auch deren Gläubiger Schäden erleiden können: Die Gesellschaft aufgrund der unmittelbaren Minderung ihres Vermögens (entweder aufgrund einer Minderung ihrer Aktiva oder einer Vermehrung ihrer Passiva), und, infolge dieses Vermögensverfalls der Gesellschaft, die Gläubiger aufgrund der Beeinträchtigung ihrer Befriedigungsaussichten.⁶⁵²

Als organschaftliche Vertreter der GmbH haften die Geschäftsführer der Gesellschaft der österreichischen Konzeption der Innenhaftung zufolge im Falle der Verletzung ihrer Obliegenheiten grundsätzlich für den daraus entstandenen Schaden (§ 25 Abs 2 GmbHG); nach hM gilt dies auch im Fall der Insolvenzverschleppung, da die Obliegenheiten der Geschäftsführer (die sorgfältige Geschäftsführung) auch die Verpflichtung zur zeitgerechten Stellung eines Insolvenzantrags umfassen.⁶⁵³ Der hierbei zu ersetzende Schaden ist der sog durch die Verschleppung verursachte „Betriebsverlust“,⁶⁵⁴ worunter im Wesentlichen „das Ergebnis einer Differenzrechnung aus der Gegenüberstellung des Vermögens der geschädigten Gesellschaft zum Zeitpunkt der tatsächlichen und der hypothetisch gebotenen Antragstellung“⁶⁵⁵ zu verstehen ist. Darüber hinaus sieht § 25

⁶⁵¹ Casper, Haftungsrechtliche Anreizstrukturen der Insolvenzverschleppungshaftung in *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil* (Hrsg), Steuerungsfunktionen des Haftungsrechts (2007), 33 (34).

⁶⁵² Vgl *Trenker*, Umfang der (Innen-)Haftung bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters im deutsch-österreichischen Rechtsvergleich, KTS 2023, 495.

⁶⁵³ OGH 29.09.1987, 2 Ob 568/87; *S.-F.Kraus/U.Torggler* in *U.Torggler* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 14 (Stand: 1.8.2014, rdb.at); *Jaufer*, Das Unternehmen in der Krise⁴ (2022) 203 f; *Ratka/Rauter*, Handbuch Geschäftsführerhaftung² Rz 3/46; *Leupold* in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2010, Ausgewählte Aspekte der Geschäftsleiterhaftung in der Insolvenz 205.

⁶⁵⁴ *S.-F.Kraus/U.Torggler* in *U.Torggler* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 14 (Stand: 1.8.2014, rdb.at); *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 256 (Stand 1.9.2022, rdb.at).

⁶⁵⁵ Vgl auch *Piringer*, Insolvenzverschleppung: Schadenspositionen und Berechnung, Sachverständige 2020, 146.

Abs 3 Z 2 GmbHG vor, dass die Geschäftsführer der Gesellschaft insb dann zum Ersatz verpflichtet sind, wenn nach dem Zeitpunkt der gebotenen Insolvenzantragstellung Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen geleistet werden. Der Zahlungsbegriff des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG ist der Rsp sowie der hL zufolge weit zu verstehen, sodass darunter sämtliche zahlungsähnlichen Handlungen zu verstehen sind, die die Insolvenzmasse schmälern;⁶⁵⁶ ausgenommen sind Zahlungen, die auch nach Eintritt der materiellen Insolvenz mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind.⁶⁵⁷

Bei der Insolvenzantragspflicht des § 69 IO handelt es sich darüber hinaus um ein Schutzgesetz im Sinne des § 1311 ABGB zugunsten der Gesellschaftsgläubiger⁶⁵⁸, sodass auch diesen Ansprüche gegen die pflichtwidrig handelnden Organwalter „aus eigenem Recht“⁶⁵⁹ zustehen. Bei Altgläubigern besteht der ersatzfähige Schaden in der aufgrund der verspäteten Antragstellung eingetretenen Schmälerung ihrer Insolvenzquote, dem sogenannten Quotenschaden;⁶⁶⁰ Neugläubigern ist hingegen der Vertrauensschaden zu ersetzen.⁶⁶¹ Zu berücksichtigen ist jedoch, dass Insolvenzgläubiger ihre „Schadenersatzansprüche wegen einer Verschlechterung der Insolvenzquote“ infolge einer Verletzung der Insolvenzantragspflicht gem § 69 Abs 5 IO erst nach Rechtskraft der Aufhebung des Insolvenzverfahrens geltend machen können. Die Frage, ob der Insolvenzverwalter während eines anhängigen Verfahrens anstelle der Gläubiger berechtigt ist,

⁶⁵⁶ OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k 3.1.

⁶⁵⁷ OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k Rz 1.3. (mwN); J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 258 (Stand 1.9.2022, rdb.at).

⁶⁵⁸ Told/Warto in Harrer/Neumayr/Told, Organhaftung 160; Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 70 (Stand 1.12.2005, rdb.at).

⁶⁵⁹ Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 72 (Stand 1.12.2005, rdb.at).

⁶⁶⁰ RIS-Justiz RS0027441; Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer (Hrsg), IO - Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO Rz 60; Trenker, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters - zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 (356); Jaufer, Das Unternehmen in der Krise⁴ (2022) 209.

⁶⁶¹ RIS-Justiz RS0123327; OGH 22.10.2007, 1 Ob 134/07y; Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer (Hrsg), IO - Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO Rz 78; Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 4/510 (Stand 1.6.2017, rdb.at). Anders noch Dellinger, der auch in Hinblick auf Neugläubiger auf den Quotenschaden abstellte und die Frage stellte, „ob der Neugläubiger gegen Quotenverschlechterungen, die vor Erwerb der Gläubigerstellung bewirkt wurden, geschützt sein kann“ (Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 74 (Stand 1.12.2005, rdb.at)).

deren Quotenschäden gegenüber dem pflichtwidrig handelnden Geschäftsführer geltend zu machen, wird in der Lit unterschiedlich beantwortet⁶⁶², der OGH hat die Frage bislang explizit offengelassen;⁶⁶³ der hier vertretenen Ansicht zufolge ist die Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters zur Geltendmachung des Quotenschadens der Gesellschaftsgläubiger während des Insolvenzverfahrens zu bejahen.

Auch in Deutschland wird die in § 15a InsO normierte Insolvenzantragspflicht der Mitglieder der Vertretungsorgane juristischer Personen in mittlerweile stRsp des BGH⁶⁶⁴ als Schutzgesetz iSv § 823 Abs 2 BGB zugunsten aller ungesicherten Insolvenzgläubiger⁶⁶⁵ (sowohl Alt- als auch Neugläubiger⁶⁶⁶) betrachtet.⁶⁶⁷ Beim Schaden, der Altgläubigern im Fall der Insolvenzverschleppung zu ersetzen ist, handelt es sich um den Quotenschaden⁶⁶⁸, sohin um die Differenz zwischen der Quote, die sie bei rechtzeitiger Insolvenzantragstellung erhalten hätten (Soll-Quote), und der Quote, die sie im Rahmen des Insolvenzverfahrens tatsächlich erhalten (Ist-Quote).⁶⁶⁹ Neugläubiger haben hingegen – wie auch in Österreich – Anspruch auf Ersatz jenes Schadens, der ihnen infolgedessen erwächst, dass sie mit einer materiell insolventen Gesellschaft kontrahiert haben (Vertrauensschaden), soweit dieser durch eine auf den Gläubiger entfallende Insolvenzquote nicht

⁶⁶² Richter, Zur Geltendmachung des Quotenschadens durch den Masseverwalter, ZIK 2007/65 (43); Truckenthanner, Bedenken zur Geltendmachung von Quotenschäden durch den Masseverwalter - Dogmatik und Praxis, Zik 2007/198, 116 (116 ff); Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 4/511 (Stand 1.6.2017, rdb.at); Koppensteiner in Koppensteiner/Rüffler (Hrsg), GmbH-Gesetz³ (2007) § 25 Rz 35; Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer (Hrsg), IO - Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO Rz 95; Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴ (2004) § 69 KO Rz 149.

⁶⁶³ OGH 09.11.2006, 6 Ob 72/06s.

⁶⁶⁴ Noch zur Vorgängernorm von § 15a InsO, § 64 dGmbHG: BGH, 06.06.1994, II ZR 292/91 (Karlsruhe) = NJW 1994, 2220 (2222).

⁶⁶⁵ K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 33.

⁶⁶⁶ Römermann/Mönning⁴⁸ (2023), InsO § 15a Rn 42b.

⁶⁶⁷ MüKoBGB/Wagner⁹ (2024), BGB § 823 Rn 179; K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 33 (jeweils mwN aus der Judikatur); BeckOK InsR/Wolfer³⁴ (2024), InsO § 15a Rn 30; MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 140.

⁶⁶⁸ K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 37.

⁶⁶⁹ MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 183.

gedeckt ist.⁶⁷⁰ Für die Geltendmachung des Quotenschadens ist § 92 InsO zu beachten, demzufolge Ansprüche der Insolvenzgläubiger auf Ersatz eines Schadens, den diese gemeinschaftlich durch eine Verminderung des zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögens vor oder nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlitten haben (Gesamtschaden), während der Dauer des Insolvenzverfahrens nur vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden können. Den einzelnen Altgläubigern ist die individuelle Geltendmachung ihrer Quotenschäden folglich für die Dauer des Insolvenzverfahrens untersagt. Anders als § 69 Abs 5 IO wird die Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters für die Geltendmachung von Ersatzansprüchen aus der Verursachung eines „Gesamtschadens“ – um einen solchen handelt es sich der Rsp zufolge insb beim „Gesamtgläubigerschaden (Quotenschaden) der Altgläubiger“⁶⁷¹ – in § 92 InsO also ausdrücklich normiert. Neugläubiger sind hingegen auch während des Insolvenzverfahrens berechtigt, ihren Individualschaden individuell und selbständig außerhalb des Insolvenzverfahrens geltend zu machen.⁶⁷² Neben einer Haftung gem § 15a InsO kommt eine Haftung des Geschäftsführers im deutschen Recht auch auf anderen Grundlagen in Betracht; zu erwähnen ist dabei insb die Haftung aus *culpa in contrahendo*, infolge der Verletzung anderer Schutzgesetze (§§ 263, 266, 266a, 283-283d dStGB) sowie aufgrund sittenwidriger Schädigung.

Ähnlich wie § 25 GmbHG sieht § 43 Abs 2 dGmbHG vor, dass die Geschäftsführer einer GmbH, die ihre Obliegenheiten verletzen, der GmbH für den daraus entstandenen Schaden haften; die Bestimmung regelt damit allgemein die Haftung der Geschäftsführer bei Verletzung ihrer Pflichten aus dem zwischen ihnen und der Gesellschaft bestehenden Rechtsverhältnis. Zwar wurde die Verletzung der Insolvenzantragspflicht vom BGH als Pflichtverletzung iSv § 43 Abs 2

⁶⁷⁰ BGH, 06.06.1994, II ZR 292/91 (Karlsruhe) = DStR 1994, 1054 (1057) = NJW 1994, 2220 (2222); K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 38.

⁶⁷¹ K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a Rn 42.

⁶⁷² MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a Rn 256.

dGmbHG anerkannt,⁶⁷³ gleichwohl ist die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen der Gesellschaft gegen ihren Geschäftsführer (sei es auch durch den Insolvenzverwalter) – anders als in Österreich⁶⁷⁴ – insofern weiterhin „untypisch“⁶⁷⁵, als es der Gesellschaft nach Ansicht des BGH im Falle der Insolvenzverschleppung in der Regel an einem spezifischen Gesellschaftsschaden mangle.⁶⁷⁶

§ 15b Abs 1 InsO sieht darüber hinaus ein (im Ergebnis weitgehend § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG entsprechendes) Zahlungsverbot vor, demzufolge die antragspflichtigen Mitglieder des Vertretungsorgans und Abwickler einer juristischen Person nach dem Eintritt der materiellen Insolvenz (Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung) grundsätzlich keine Zahlungen mehr für diese vornehmen dürfen. Im Falle eines Verstoßes gegen das Zahlungsverbot sind die Geschäftsführer der Gesellschaft gem § 15b Abs 4 Satz 1 InsO zum Ersatz verpflichtet; der Umfang der Ersatzpflicht ist gemäß § 15b Abs 4 Satz 2 InsO mit dem Gläubigerschaden begrenzt, was im Wesentlichen der Rsp des OGH entspricht. Das damit normierte Zahlungsverbot stellt in der Praxis das wohl wichtigste haftungsrechtliche Instrument im Insolvenzfall dar, insb auch aufgrund der vom BGH vertretenen weiten Auslegung des Begriffs der Zahlung des § 15b Abs 1 Satz 1 InsO.⁶⁷⁷ Die auch vom OGH vertretene Ausnahme für Zahlungen, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind, wird in § 15b Abs 1 Satz 2 InsO ausdrücklich normiert.

Gesamthaft betrachtet gleichen sich die österreichische und die deutsche Rechtslage in Hinblick auf die Haftung der Geschäftsführer einer GmbH im Falle der Insolvenzverschleppung sohin weitestgehend, wobei *de lege lata* im Gesetzeswortlaut zu attestierende Unterschiede tw durch die

⁶⁷³ BGH 01.03.1993, II ZR 61/92 (Düsseldorf) = DStR 1994, 1092.

⁶⁷⁴ *Trenker*, Umfang der (Innen-)Haftung bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters im deutsch-österreichischen Rechtsvergleich, KTS 2023, 495 (524 ff).

⁶⁷⁵ *Meixner*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers und des Steuerberaters für Insolvenzverschleppungsschäden (Teil II), DStR 2018, 1025.

⁶⁷⁶ *MüKoInsO/Klöhn*⁴ (2019), InsO § 15a Rn 94, 317; vgl *Spindler/Stilz/Fleischer*, AktG⁴ (2019) § 92 Rn 72.

⁶⁷⁷ BGH 16.03.2009, II ZR 32/08 (Hamburg) = NJW 2009, 1598 Rn 12; BeckOK InsR/*Wolfer*³⁴ (2024), InsO § 15b Rn 11; *Braun/Weber/Dömmecke* InsO⁹ (2022) § 15b Rn 8.

Rsp angeglichen werden. Die dadurch geschaffene weitgehend deckungsgleiche rechtliche Ausgangsposition macht den Blick über die Grenze – in beide Richtungen – in Hinblick auf Detailfragen sowie die damit verbundenen grenzüberschreitenden Diskussionen in der Fachliteratur besonders lohnend.

Literaturverzeichnis

- Adensamer in *Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka* (Hrsg), AktG Taschenkommentar (2019) § 84 AktG.
- Aigner/Aigner/Aigner/Ebmer/Stiegler, Krisen- und Sanierungsmanagement (2017).
- Altmeyen, Der GmbH-Geschäftsführer als unabhängiger Treuhänder der Allgemeinheit, NJW 2022, 2785.
- Altmeyen, GmbHG¹¹ (2023).
- Armour/Hansmann/Kraakman, Agency Problems and Legal Strategies? in *Kraakman/Reinier et al*, The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach³ (2017).
- Armour/Hansmann/Kraakman/Pagendler, What is Corporate Law? in *Kraakman/Reinier et al*, The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach³ (2017).
- Armour/Hertig/Kanda, Transactions with Creditors in *Kraakman/Reinier et al*, The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach³ (2017).
- Arnold/Pampel in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) § 15.
- Artmann in *Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 56.
- Auer in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) § 82.
- Bauer/Zehetner in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 82.
- Bollenberger in *Bollenberger* (Hrsg), Geschäftsführerhaftung⁶ (2017).
- Borscheinen-Duursma in *Fridgen/Geiwitz/Göpfert*, BeckOK Insolvenzrecht³³, Internationales Insolvenzrecht – Österreich.
- Braun/Weber/Dömmecke InsO⁹ (2022).
- F. Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts (1996, Nachdruck 2013).
- F. Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre² (2012).
- Casper, Haftungsrechtliche Anreizstrukturen der Insolvenzverschleppungshaftung in *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil* (Hrsg), Steuerungsfunktionen des Haftungsrechts (2007).
- Csoklich, Gesellschaftsrechtliches Zahlungsverbot nach Insolvenzeintritt, ZIK 2018/4 (9).
- MHLS/Dahl/Linnenbrink, GmbH-Gesetz⁴ (2023), Systematische Darstellung: Das Recht der Gesellschafterdarlehen.
- Dellinger in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO.
- Engelhart in *Konecny*, Insolvenzgesetze § 50 IO.

- *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 1.
- *Fastrich* in *Noack/Servatius/Haas*, GmbH-Gesetz²³ (2022) Einleitung.
- *Feltl*, Zur Haftung des Geschäftsführers einer GmbH wegen Insolvenzverschleppung, *GesRZ* 2017, 402.
- *Feltl/Aicher* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 4.
- *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) § 25.
- *Feldbauer-Durstmüller/Mayr*, Die Interessen der Sanierungsbeteiligten an einer Unternehmenssanierung (2009).
- *MüKoGmbHG/Fleischer*⁴ (2022), GmbHG Einleitung.
- *Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer* (Hrsg), GmbHG (2017) § 82 GmbHG.
- *MüKoInsO/Gehrlein*⁴ (2019), InsO § 92.
- *MüKoGmbHG/W. Goette*⁴ (2022), GmbHG § 6.
- *Haas*, Mindestkapital und Gläubigerschutz in der GmbH, *DStR* 2006, 993.
- *Haghani/Holzamer* in *Buth/Hermanns*, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz⁵ (2022).
- *Hirt*, The Wrongful Trading Remedy in UK Law: Classification, Application and Practical Significance, *ECFR* 2004.
- *MHLS/Hölzle*⁴ (2023), InsO § 15a.
- *Honsell*, Die Haftung des Geschäftsführers gegenüber Gesellschaftsgläubigern bei Insolvenz der GmbH (II), *GesRZ* 1984, 207.
- *Hörlsberger* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer* (Hrsg), GmbHG (2017) § 25 GmbHG.
- *Jaufer*, Das Unternehmen in der Krise⁴ (2022).
- *Jaufer/Painsi*, Schadensberechnung bei der Insolvenzverschleppung: IO vs GmbHG, *GES* 2018, 172.
- *Jhering*, Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Thatfachen auf dritte Personen, *JherJB* 10 (1871), 245.
- *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2004).
- *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht².
- *Katzmayr* in *Koller/Lovrek/Spitzer* (Hrsg), IO - Insolvenzordnung² (2022) § 57a IO.
- *Kleinszig/Olechowski*, Das Stammkapital der GmbH, *GES* 2023, 61.

- MüKoInsO/Klöhn⁴ (2019), InsO § 15a.
- Kodek in Koller/Lovrek/Spitzer (Hrsg), IO – Insolvenzordnung² (2022) § 1 IO.
- Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1294.
- BeckOK GmbHG/Koeppen⁵⁹ (2024), GmbHG § 64 Anhang Eigenkapitalersatzrecht.
- Koppensteiner in Koppensteiner/Rüffler (Hrsg), GmbH-Gesetz³ (2007) § 18.
- Koppensteiner in Koppensteiner/Rüffler (Hrsg), GmbH-Gesetz³ (2007) § 25.
- Koppensteiner in Koppensteiner/Rüffler (Hrsg), GmbH-Gesetz³ (2007) § 82.
- Koppensteiner, Zur Außenhaftung von Geschäftsführern und Vorständen, GES 2015, 379.
- Koziol, Die Haftung wegen Konkursverzögerung durch Kreditgewährung, RdW 1983, 66.
- Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I (1997).
- Koziol, Schadenersatz für reine Vermögensschäden, JBl 2004, 273.
- S.-F.Kraus/U.Torggler in U.Torggler (Hrsg), GmbHG § 25.
- Lanschützer/Neuner in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka (Hrsg), AktG Taschenkommentar (2019) § 56 AktG.
- Leinekugel in Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung³ (2020) § 18.
- Leupold in Konecny, Insolvenz-Forum 2010, Ausgewählte Aspekte der Geschäftsleiterhaftung in der Insolvenz.
- Lobnik, Gläubigergleichbehandlung außerhalb der Insolvenz (2022).
- Mader/Brandstätter, GmbH-Gründung mit Sacheinbringung (Stand 23.2.2023, Lexis Briefings in lexis360.at).
- Meixner, Haftung des GmbH-Geschäftsführers und des Steuerberaters für Insolvenzverschleppungsschäden (Teil II), DStR 2018, 1025.
- Milde, Napoleon und Goethe über Agency-Probleme, ÖBA 1995, 519.
- BeckOK GmbHG/Miras⁵⁸ (2023), GmbHG § 5a.
- Mülbert, A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection, or: A High-Level Framework for Corporate Creditor Protection in European Business Organization Law Review 2006/7, 357.
- Neumayr/Zehetner in Harrer/Neumayr/Told, Organhaftung.
- Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht².

- *Oelkers*, Mindestkapital und Nennkapital - Leistungskraft für den Gläubigerschutz (Teil I), GesRZ 2004, 360.
- *Oetker* in *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht⁵ (2021) § 6 GmbHG.
- *Piringer*, Insolvenzverschleppung: Schadenspositionen und Berechnung, Sachverständige 2020.
- *Posch* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ (2018) § 7 ABGB.
- *Povel*, Optimal “Soft” or “Tough” Bankruptcy Procedures, JLEO V15 N3, 659.
- *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung² (2011).
- *Ratka/Straube* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 15.
- *Redl/Wolf*, Wann Prüfer für ihre Fehler haften, Der Standard 2024/14/01.
- *Reich-Rohrwig/Gerbl*, Absenkung des GmbH-Mindeststammkapitals und Ende der Gründungsprivilegierung, ecolex 2024/89.
- *Reich-Rohrwig/Gerbl*, GesDigG 2023: Disqualifikation von Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern, ecolex 2024/143.
- *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25.
- *Richter*, Zur Geltendmachung des Quotenschadens durch den Masseverwalter, ZIK 2007/65 (43).
- *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht³ (2013).
- *Rieder* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer* (Hrsg), GmbHG (2017) § 18 GmbHG.
- *Rieder* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer* (Hrsg), GmbHG (2017) § 20 GmbHG.
- *Robertson*, Der Schadensumfang bei der Insolvenzverschleppungshaftung des GmbH-Geschäftsführers, ecolex 2018, 150.
- *Rohregger/Kudrna* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer* (Hrsg), GmbHG (2017) § 15 GmbHG.
- *Römermann/Mönning*⁴⁸ (2023), InsO.
- *Rüffler/Koppensteiner* in *Koppensteiner/Rüffler* (Hrsg), GmbH-Gesetz³ (2007) § 15.
- *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 7.
- *Schima/Toscani* in *Schima/Toscani*, Handbuch GmbH-Geschäftsführer² (2020).
- K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 15a

- K. Schmidt InsO/K. Schmidt/Herchen²⁰ (2023), InsO § 39.
- BeckOK GmbHG/Schmolke⁵⁹ (2024), GmbHG § 30.
- Schumacher, Sanierungsversuche in der 60-Tages-Frist, *ecolex* 1990, 337.
- Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht II/2⁴ (2004) § 69.
- Schumacher in Koller/Lovrek/Spitzer (Hrsg), IO – Insolvenzordnung² (2022) § 69 IO.
- Spindler, Der Gläubigerschutz zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht, *JZ* 17/2006, 839.
- Spindler/Stilz/Fleischer, AktG⁴ (2019) § 92.
- Steinbach, *JBl* 1874, 245.
- MüKoGmbHG/Stephan/Tieves⁴ (2023), GmbHG § 35.
- Straube/Ratka in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG Einführung.
- Straube/Ratka in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG vor § 1.
- MHLS/Tebben/Kämper, GmbHG-Gesetz⁴ (2023) § 6.
- Told/Warto in Harrer/Neumayr/Told, Organhaftung.
- Torggler/Trenker, Zur Organhaftung für Gläubigerbevorzugung gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG, § 84 Abs 3 Z 6 AktG, *JBl* 2013, 613.
- Trenker, "Reflexvorteil" und "Reflexschaden" im Gesellschaftsrecht, *GesRZ* 2014, 10.
- Trenker, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, *JBl* 2018, 354.
- Trenker, Umfang der (Innen-)Haftung bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters im deutsch-österreichischen Rechtsvergleich, *KTS* 2023, 495.
- Truckenthanner, Bedenken zur Geltendmachung von Quotenschäden durch den Masseverwalter – Dogmatik und Praxis, *Zik* 2007/198, 116.
- van Husen/Krejci in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 6.
- Völkl, Innenhaftung, in *RDB Keywords*¹.
- Vrba/Unger in Vrba (Hrsg), Schadenersatz in der Praxis (49. Lfg 2023) Persönliche Haftung des Geschäftsführers einer GmbH.
- Wabl, Geschäftsleiterpflichten bei wahrscheinlicher Insolvenz (2023).
- Wagenhofer, Bilanzierung und Bilanzanalyse¹⁵ (2022).
- MüKoBGB/Wagner⁹ (2024), BGB § 823.
- Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴.

- Winkler/Winkler in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer* (Hrsg), GmbHG (2017) § 6a GmbHG.
- BeckOK GmbHG/Wisskirchen/Zoglowek⁵⁹ (2024), GmbHG § 6.
- BeckOK InsR/Wolfer³⁴ (2024), InsO § 15a.
- BeckOK InsR/Wolfer³⁴ (2024), InsO § 15b.
- BeckOK GmbHG/Ziemons⁵⁹ (2023), GmbHG § 5.

Judikaturverzeichnis

- **OGH**

- OGH 11.04.1972, 5 Ob 38/72 (SZ 45/46);
- OGH 09.01.1985, 3 Ob 521/84;
- OGH 23.09.1987, 1 Ob 608/87;
- OGH 29.09.1987, 2 Ob 568/87;
- OGH 06.12.1988, 2 Ob 548/88;
- OGH 26.04.1990, 8 Ob 563/89;
- OGH 27.09.1990, 7 Ob 655/90;
- OGH 26.09.1991, 6 Ob 607/91;
- OGH 10.12.1992, 6 Ob 656/90;
- OGH 27.10.1994, 6 Ob 28/94;
- OGH 20.12.1994, 5 Ob 524/93;
- OGH 22.10.1997, 7 Ob 2339/96p;
- OGH 07.06.1999, 8 Ob 280/98d;
- OGH 18.09.2003, 8 Ob 84/03s;
- OGH 27.06.2006, 3 Ob 75/06k;
- OGH 09.11.2006, 6 Ob 72/06s;
- OGH 22.10.2007, 1 Ob 134/07y;
- OGH 15.01.2008, 10 Ob 96/07a;
- OGH 23.02.2009, 8 Ob 108/08b;
- OGH 01.03.2011, 10 Ob 5/11z;
- OGH 09.07.2014, 7 Ob 114/14m;

- OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k;
 - OGH 24.09.2018, 8 Ob 127/18m;
 - OGH 19.05.2021, 17 Ob 5/21s;
 - OGH 25.10.2022, 2 Ob 152/21y.
- **OLG Wien**
 - OLG Wien 11.11.1988, 6 R 30/88 = NZ 1989, 252;
 - OLG Wien 16.06.2017, 6 R 195/17s = ZIK 2018/188 (*Konecny*).
- **BGH**
 - BGH 16.12.1958, VI ZR 245/57 (Hamburg) = NJW 1959, 623;
 - BGH 18.03.1974, II ZR 2/72 (Hamm) = NJW 1974, 1088;
 - BGH 01.03.1993, II ZR 61/92, II ZR 81/94 (Düsseldorf) = BeckRS 1993, 8325;
 - BGH 06.06.1994, II ZR 292/91 (Karlsruhe) = NJW 1994, 2220; DStR 1994, 1054;
 - BGH, 30.03.1998, II ZR 146/96 (Düsseldorf) = DStR 1998, 651;
 - BGH 16.03.2009, II ZR 32/08 (Hamburg) = NJW 2009, 1598;
 - BGH, 27.04.2009, II ZR 253/07 (Rostock) = NZG 2009, 750;
 - BGH 20.09.2010, II ZR 78/09 (Brandenburg) = NZI 2010, 913;
 - BGH 04.07.2017, II ZR 319/15 (Düsseldorf) = NZI 2017, 809;
 - BGH 03.03.2022, IX ZR 78/20 (Frankfurt am Main) = NZI 2022, 385.

- **OLG Jena**

- OLG Jena (2. Zivilsenat) 25.05.2016, 2 U 714/15 = BeckRS 2016, 126703.

- **OLG Düsseldorf**

- OLG Düsseldorf 19.01.1995, 6 U 272/93 = NJW-RR 1996, 1443.

Abstract

Die Arbeit befasst sich mit den Grundlagen und den Einzelheiten der Haftung der Geschäftsführer von Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) im Wege eines Rechtsvergleichs zwischen Deutschland und Österreich. Ausgehend von den strukturellen und organisatorischen Eigenschaften der Rechtsform der GmbH und den damit verbundenen Interessenkonflikten der relevanten Akteure wird dabei insbesondere auf die unterschiedlichen Geschädigten, die verschiedenen Haftungsgrundlagen und den Umfang der jeweiligen Ersatzpflicht der Geschäftsführer eingegangen.