

## 60 Jahre New Yorker Übereinkommen im Schlagschatten des OGH

Öffentlich-rechtliche Forderungen  
Verjährung

Insolvenzverschleppung / Zahlungsverbot  
Aktuelle Entwicklung

Überlassener Geschäftsführer  
Sozialversicherungsrechtlicher Dienstgeber

Liegenschaftsveräußerung rückgängig  
ImmoESt/GrESt

Beraten statt Strafen  
Verwaltungsstrafgesetz reformiert

RL zur Stärkung der nationalen  
Wettbewerbsbehörden

# Insolvenzverschleppung und Zahlungsverbot: Aktuelle Entwicklungen und Bedeutung für Geschäftsführer

*Im Herbst 2017 hat der OGH in seiner E 6 Ob 164/16k erstmals seit vielen Jahren ausführlich*

*zum Zahlungsverbot bei materieller Insolvenz einer GmbH Stellung genommen. Vieles hat der OGH geklärt oder bestätigt, manches ist nach wie vor offen. Die verbleibenden Unsicherheiten gehen primär zu Lasten der in der Pflicht befindlichen Geschäftsführung; deren Dilemma der drohenden Haftung bei Sanierungsversuchen wird auch durch die jüngste E nicht beseitigt.*

GOTTFRIED GASSNER / GEORG WABL

## A. Problemumriss

§ 25 Abs 3 Z 2 GmbHG (bzw die aktienrechtliche Parallelbestimmung des § 84 Abs 3 Z 6 AktG<sup>1)</sup>) regelt einen besonderen gesetzlichen Haftungstatbestand für Zahlungen, die von Geschäftsführern (Gf) einer GmbH nach Eintritt der materiellen Insolvenz geleistet werden (sog Zahlungsverbot). Strebt ein Gf eines Krisenunternehmens die Sanierung an, sind Zahlungen auch in diesem Stadium oft unumgänglich. Gf setzen sich damit aber potentiell einer persönlichen Haftung aus, denn ob eine Zahlung letztlich zulässig war oder nicht, wird uU erst nachträglich im Haftungsprozess durch das Gericht entschieden.

In seiner jüngsten E<sup>2)</sup> hat der OGH einige in der Lit bereits diskutierte Fragen ausführlich beantwortet und Klarstellungen getroffen. Auch die jüngste, mittlerweile auch schon mehrfach diskutierte E<sup>3)</sup> ändert aber nichts daran, dass für Gf in einer *ex ante*-Betrachtung die Abgrenzung zwischen verbotenen und für die erfolgreiche Sanierung gebotenen und zulässigen Zahlungen im Einzelfall schwierig ist und bleibt. Diese Unsicherheit geht letztlich zu ihren Lasten.

MMag. *Gottfried Gassner* ist Rechtsanwalt und Partner, Mag. *Georg Wabl*, LL.M. (London), ist Rechtsanwalt, beide bei BINDER GRÖSSWANG Rechtsanwälte GmbH.

- 1) Dieser Beitrag behandelt vorrangig das im GmbHG geregelte Zahlungsverbot. Aufgrund des identen Normzwecks gilt für das AktG aber iW dasselbe.
- 2) OGH 6 Ob 164/16k eclex 2017/487 (*Reich-Rohrwig*) = ZIK 2018/51, 37 = wbl 2017/226 = GesRZ 2017/6, 402 (*Felzl*) = EvBl 2018/50 (*Rohrer*) = NZ 2018/67 = GES 2017, 367 = RdW 2018/70, 90.
- 3) *Trenker* hat die E zum Anlass genommen, die systematische Einordnung des Zahlungsverbots und insb Fragen iZm dem Schaden der Insolvenzmasse (Höhe, Feststellung, Beweislast etc) umfassend aufzuarbeiten (*Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsführers – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k JBl 2018/6, 354 (= Teil 1) und JBl 2018/7, 434 (= Teil 2); s auch *Csoblich*, Gesellschaftsrechtliches Zahlungsverbot nach Insolvenzeintritt, ZIK 2018/4, 8, und *Robertson*, Der Schadensumfang bei der Insolvenzverschleppungshaftung des GmbH-Geschäftsführers, eclex 2018, 150; *Jaufer/Painsi*, Schadensberechnung bei der Insolvenzverschleppung: IO vs GmbHG, GES 2018, 172.

## B. Einordnung des Zahlungsverbots

Gerät ein Unternehmen in die Krise, rücken die einschlägigen Gesetze den Schutz der Gläubiger in den Vordergrund.

Die prominenteste Bestimmung ist dabei zunächst § 69 Abs 2 IO. Liegen die Voraussetzungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens – Zahlungsunfähigkeit (§ 66 IO) oder Überschuldung (§ 67 IO) – vor, so ist ein solches vom Gf ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber binnen 60 Tagen, zu beantragen. Eine Einschränkung erfährt die Insolvenzantragspflicht nur dadurch, dass Gf innerhalb dieser Sanierungsfrist<sup>4)</sup> einen aussichtsreich und realisierbar erscheinenden Sanierungsversuch unternehmen oder die Eröffnung eines Sanierungsverfahrens<sup>5)</sup> sorgfältig betreiben dürfen.<sup>6)</sup>

§ 69 Abs 2 IO ist ein Schutzgesetz (§ 1311 ABGB) zu Gunsten der Gläubiger, die durch eine verspätete Insolvenzeröffnung geschädigt werden.<sup>7)</sup> Den Schaden der Gesamtgläubigerschaft bildet der aus der verursachten Verringerung bzw Verschlechterung der Insolvenzquote folgende Quotenschaden.<sup>8)</sup> Nach hA kann sich dieser sowohl aus

- einer Erhöhung der Insolvenzforderungen als auch
- einer Schmälerung der Insolvenzmasse (oder aus beidem) ergeben.<sup>9)</sup>

4) Die 60-Tage-Frist ist eine unerstreckbare „Höchstfrist“ (OGH 6 Ob 19/15k ZIK 2015/194, 144).

5) § 69 Abs 2 IO nennt als haftungsbefreiend zwar (nur) die Vorbereitung eines Sanierungsverfahrens mit Eigenverwaltung, auch die Ausarbeitung eines realistischen Sanierungsplans für ein Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung wird aber als zulässige, weil ernsthaft Sanierungsbemühung angesehen (*Reich-Rohrwig* in *Straubel/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 120 mwN [Stand 1. 6. 2015, rdb.at]).

6) RIS-Justiz RS0065134.

7) RIS-Justiz RS0027441.

8) Auf allenfalls zusätzliche bzw höhere Ersatzansprüche von sog Neugläubigern wird hier nicht weiter eingegangen (s dazu *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, InsolvenzG § 69 KO Rz 83 ff mwN [Stand 1. 12. 2005, rdb.at]).

9) *Dellinger* § 69 KO Rz 73 mwN.

Auch wenn es sich bei der Verletzung eines Schutzgesetzes um einen Fall der direkten Haftung der Gf gegenüber Gläubigern handelt (Außenhaftung), können Gläubiger gem § 69 Abs 5 IO den Quotenschaden während des laufenden Insolvenzverfahrens nicht direkt gegen die Gf geltend machen, sondern sind auf die Insolvenzmasse verwiesen. Dies führt im Ergebnis idR aber zu keiner Haftungslücke, weil die allgemeine Geschäftsführerhaftung und das Zahlungsverbot wie folgt eingreifen:<sup>10)</sup>

Auch das Gesellschaftsrecht hält den Gf zur rechtzeitigen Stellung des Insolvenzantrags an. Nach der allgemeinen Organhaftung des § 25 Abs 2 GmbHG haften Gf der Gesellschaft (Ges) gegenüber (Innenhaftung) für den (rechtswidrig und schuldhaft) verursachten Schaden aus einer verspäteten Insolvenzantragstellung.<sup>11)</sup> Der zu ersetzende Schaden ergibt sich in erster Linie aus dem während der Dauer der Insolvenzverschleppung eintretenden (und *ex post* oft relativ einfach feststellbaren) Betriebsverlust, also im Ergebnis die dadurch eintretende Erhöhung der Insolvenzforderungen bzw Vergrößerung der Überschuldung.<sup>12)</sup> Dieser Schaden kann im Insolvenzverfahren durch den Insolvenzverwalter geltend gemacht werden und kommt auf diesem Wege den Gläubigern zu Gute (Haftungskanalisation).<sup>13)</sup>

Die Haftung nach § 25 Abs 2 GmbHG greift aber nicht, wenn kein Betriebsverlust eintritt, sondern „lediglich“ die Insolvenzmasse geschmälert wird. Denn wenn zB durch die Ges Verbindlichkeiten getilgt werden, führt dies zu keinem Betriebsverlust, die Überschuldung steigt nicht.<sup>14)</sup> Der Kuchen für die anderen Gläubiger und ihre Befriedigungschancen werden aber kleiner.

An dieser Stelle kommt das Zahlungsverbot des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG ins Spiel. Es gewährt einen Schadenersatzanspruch gegen Gf, obwohl die Ges selbst mangels Betriebsverlust gar nicht geschädigt wurde. Der Schaden liegt hier in dem durch die Schmälderung der Insolvenzmasse zu Gunsten einzelner Gläubiger (und daher in Verletzung des ab Eintritt der materiellen Insolvenz geltenden Grundsatzes *par conditio creditorum*)<sup>15)</sup> entstandenen Gesamtgläubigerschaden.<sup>16)</sup> Auch hier gilt das Konzept der Haftungskanalisation; der Gesamtgläubigerschaden ist im Insolvenzverfahren vom Insolvenzverwalter geltend zu machen.<sup>17)</sup>

Da das Zahlungsverbot einerseits auf den Eintritt der materiellen Insolvenz abstellt (§§ 66 und 67 IO), § 69 Abs 2 IO während der 60-tägigen Sanierungsfrist aber andererseits die Verfolgung realistischer Sanierungschancen erlaubt, besteht zwischen diesen Bestimmungen ein offenkundiges Spannungsverhältnis.<sup>18)</sup>

## C. Zum Zahlungsverbot im Detail

### 1. Zum Begriff der Zahlung (objektiver Tatbestand)

§ 25 Abs 3 Z 2 GmbHG lautet: „Insbesondere sind sie (= Gf) zum Ersatze verpflichtet“ wenn nach Eintritt materieller Insolvenz<sup>19)</sup> „Zahlungen geleistet werden“.

Der Begriff „Zahlung“ meint nicht nur Zahlungen im herkömmlichen Sprachgebrauch, sondern ist vor dem Hintergrund des Normzwecks (Gläubigerschutz) nach hA weit auszulegen. Erfasst sein sollen im Ergebnis alle masseschmälernden Leistungen, die aus dem Gesellschaftsvermögen erbracht werden, zB:<sup>20)</sup>

- Zahlungen im herkömmlichen Sinn durch Barzahlung, Überweisungen etc;
- Lieferung von Waren;
- Schaffung von Aufrechnungslagen;
- Reduzierung des Kreditsaldos bei einer Bank;
- Bestellung von Sicherheiten;
- Transaktionen im Konzernverbund wie Zahlungen im Rahmen eines Cash-Pooling-Systems, Gewährung/Rückzahlung eigenkapitalersetzender Darlehen etc.

Voraussetzung ist aber immer, dass durch den Vorgang eine Masseschmälerung (dh Schmälderung des verteilbaren Gesellschaftsvermögens) eintritt.<sup>21)</sup>

In seiner jüngsten E hat der OGH folgerichtig (und mit der hL) festgehalten, dass die bloße Begründung neuer Verbindlichkeiten nicht als Zahlung anzusehen ist, weil eben keine Masseschmälerung eintritt.<sup>22)</sup> Gf haften in einem solchen Fall uU freilich dennoch, aber eben nicht aufgrund des Zahlungsverbots, sondern gem § 25 Abs 2 GmbHG bzw § 69 Abs 2 IO iVm § 1311 ABGB (s zuvor Pkt B).<sup>23)</sup>

10) Die nachfolgenden gesellschaftsrechtlichen Haftungsansprüche werden in der Insolvenz vom Insolvenzverwalter geltend gemacht. Zur Geltendmachung des den Gläubigern aufgrund einer Verletzung des § 69 IO zustehenden Quotenschadens ist der Insolvenzverwalter nach Ansicht der Autoren aber *nicht* aktivlegitimiert (zutr *Trenker*, JBl 2018/6, 366 ff, mit ausführl Darstellung der Diskussion).

11) *Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG (2014) § 25 Rz 14 mwN.

12) *Reich-Rohrwig*, WK GmbHG § 25 Rz 150 mwN; *Dellinger*, § 69 KO Rz 67 mwN.

13) *Kraus/U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 12; aufgrund von § 69 Abs 5 IO kommen sich Insolvenzverwalter und Gläubiger dabei nicht in die Quere. Der ersatzfähige Betriebsverlust kann uU auch höher als der Gesamtgläubigerschaden sein (zur Diskussion stellvertr *Trenker*, JBl 2018/6, 360 ff).

14) OGH 6 Ob 164/16k Pkt 2.1. ff; s auch *Dellinger*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall (1991) 234.

15) Siehe etwa *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht II/2<sup>4</sup> (2004) § 69 Rz 36.

16) OGH 6 Ob 164/16k Pkt 2.2.1. ff; dieser ist deutlich schwieriger festzustellen als der Betriebsverlust.

17) OGH 6 Ob 164/16k Pkt 2.1.; s auch *Kraus/U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 12.

18) *Dellinger*, § 69 KO Rz 22; *Reich-Rohrwig*, WK GmbHG § 25 Rz 124.

19) § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG spricht vom Zeitpunkt, „in dem sie die Eröffnung des „Insolvenzverfahrens“ zu begehren verpflichtet waren“. Nach nunmehr vom OGH bestätigter hA ist für GmbH dennoch – analog zu § 84 Abs 3 Z 6 AktG – auf den Zeitpunkt von Zahlungsunfähigkeit bzw Überschuldung abzustellen (OGH 6 Ob 164/16k Pkt 1.2.).

20) OGH 6 Ob 164/16k Pkt 3.1.; *Binder* in *Ratkal/Rauter*, Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> (2011) Rz 3/48 mwN; *Schumacher*, Insolvenzrecht § 69 Rz 164 f; *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht I<sup>2</sup> (1997) Rz 2/383; *Jaufer*, Das Unternehmen in der Krise<sup>3</sup> (2014) 164; *Schopper* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht (2016) Rz 16.87.

21) OGH 6 Ob 164/16k Pkt 3.1.

22) OGH 6 Ob 164/16k Pkt 3.1. mwN.

23) Zusätzlich droht Haftung gegenüber Neugläubigern für einen verursachten Vertrauensschaden (vgl *Binder* in *Ratkal/Rauter*, Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 3/49 mwN).

Aufgrund ihrer Relevanz in der Praxis umso wichtiger<sup>24)</sup> sind daran anschließende Ausführungen des OGH zu debitorischen Bankkonten:

Werden Überweisungen von einem debitorischen Bankkonto getätigt, handelt es sich um keine Zahlungen iS des Zahlungsverbots, da lediglich ein masseneutraler Gläubigertausch erfolgt; die Verbindlichkeit gegenüber dem Zahlungsempfänger reduziert sich im selben Ausmaß, wie sich der Schuldsaldo gegenüber der kontoführenden Bank auf dem debitorischen Konto ausweitert (Passiv-Passiv-Tausch).<sup>25)</sup>

Hingegen werden Eingänge von Schuldnern der Ges (etwa von Kunden) auf einem debitorischen Bankkonto sehr wohl als Zahlungen angesehen, da sie die Verbindlichkeit der Ges gegenüber der Bank reduzieren; der Vorgang ist letztlich nicht anders, als würde die Ges die Kundenforderung vereinnahmen und dann Verbindlichkeiten bei der Bank tilgen; dadurch wird die Masse geschmälert.<sup>26)</sup> Da laufende Zahlungen von Kunden und eine durch die Bank gewährte laufende (und jeweils wiederum masseerhöhende) Neuausschöpfung des Kreditrahmens in einer Art Zug-um-Zug-Verhältnis zueinander stehen, wirken aber nicht sämtliche dieser Kundeneinzahlungen für sich massenschmälernd, sondern (nur) eine allfällige Verringerung des Schuldsaldos zwischen Eintritt der materiellen Insolvenz (als dem Zeitpunkt, ab dem das Zahlungsverbot gilt) und Insolvenzeröffnung.<sup>27)</sup>

Dennoch, ob damit nun Klarheit herrscht und Gf in Krisenzeiten auf Basis dieser Rsp Zahlungsflüsse verlässlich haftungsfrei gestionieren können (zB durch bei unterschiedlichen Kreditinstituten geführte Konten),<sup>28)</sup> bleibt unsicher. *Trenker*<sup>29)</sup> hat nämlich jüngst auf eine mögliche Schutzlücke hingewiesen. Er nennt dazu beispielhaft eine Konstellation, in welcher über dasselbe debitorische Bankkonto einerseits Zahlungseingänge und andererseits Überweisungen an einzelne Gläubiger (die dem OGH folgend ein haftungsneutraler Passiv-Passiv-Tausch sind) in selber Höhe getätigt werden.<sup>30)</sup> Da in einem

solchen Fall der Schuldsaldo auf dem debitorischen Konto letztlich unverändert bliebe, die Haftung bei Eingängen auf debitorische Bankkonten laut OGH aber auf die Verringerung des Schuldsaldos beschränkt ist, könne hier der Gf haftungsfrei bleiben, obwohl wirtschaftlich im Ergebnis einzelne Gläubiger nicht masseneutral, sondern mit – der Insolvenzmasse dadurch aber im Nachhinein fehlenden – Aktivforderungen befriedigt werden. Es ist richtig, dass in einer solchen Konstellation bei wirtschaftlicher Betrachtung tatsächlich einzelne Gläubiger in Verletzung des Grundsatzes *par conditio creditorum* zu Lasten der restlichen Gläubiger befriedigt werden und bei strikter Anwendung der OGH-Grundsätze die Gf uU im Ergebnis trotzdem nicht gegen das Zahlungsverbot verstoßen würde.<sup>31)</sup> Die Lit hat sich – mit Ausnahme von *Trenker* – mit dieser Konstellation, soweit überblickbar, noch nicht vertiefend auseinandergesetzt; ebenso ist offen, wie der OGH dies letztlich sehen würde.

Die weite Auslegung des Zahlungsbegriffs schützt die Gläubiger; Gf macht sie das Leben bei der Sanierung aber schwer, denn nahezu alle „Zahlungsvorgänge“ sind vom objektiven Verbotstatbestand erfasst. Die Zulässigkeit von Zahlungen nach Eintritt der materiellen Insolvenz lässt sich daher praktisch kaum über den objektiven Tatbestand (für den der kl Insolvenzverwalter beweispflichtig ist),<sup>32)</sup> sondern nur über die gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen bzw Einschränkungen (für die der bekl Gf beweispflichtig ist)<sup>33)</sup> begründen.

24) Und auch begrüßenswerter (so auch *Reich-Robrwig*, *ecolex* 2017/487, 1178 [1181]).

25) OGH 6 Ob 164/16k Pkt 3.2.2.; dies gilt allerdings dann nicht, wenn die Bank über die Kreditmittel deckende Gesellschaftssicherheiten verfügt, denn in so einem Fall führt der Vorgang infolge der Besicherung zu einer Ausweitung der Belastung der Masse (*Reich-Robrwig*, WK GmbHG § 25 Rz 141 mwN; für die deutsche Rsp s etwa BGH II ZR 258/08).

26) OGH 6 Ob 164/16k Pkt 3.2.1.; s auch *Dellinger*, § 69 KO Rz 68 mwN.

27) OGH 6 Ob 164/16k Pkt 3.2.3.; s auch *Dellinger*, Geschäftsführerhaftung 238.

28) *Csoklich*, ZIK 2018/4, 12; *Robertson*, *ecolex* 2018, 153.

29) JBl 2018/7, 435 f, wo dies auch anhand eines Rechenbeispiels illustriert wird.

30) Diese Konstellation ist nicht so weit hergeholt, haben doch viele Unternehmen (auch) debitorisch geführte Kontokorrentrahmen (zB Betriebsmittelrahmen), über die Eingänge und Zahlungen abgewickelt werden. In der Praxis wird es dennoch oft so sein, dass die betroffene Bank zumeist (häufig über eine Globalzession und/oder andere Gesellschaftssicherheiten) besichert ist: Ist die jeweilige Kundenforderung anfechtungsfest zu Gunsten der Bank zediert, ist die Einzahlung haftungsneutral, weil sie an die Bank als Absonderungsgläubigerin erfolgt (s unten Pkt 2.); andererseits ist laut OGH die Überweisung

an einen anderen Gläubiger in so einem Fall ohnehin kein masseneutraler Passiv-Passiv-Tausch, wenn die Bank aus Gesellschaftsmitteln besichert ist (s oben FN 25).

31) *Trenker* (JBl 2018/7, 435, und insb FN 127, in der wohl irrtümlich auf § 14 Abs 2 IO statt § 14 Abs 2 EKEG Bezug genommen wird) schlägt daher vor, die vom OGH getätigte Bezugnahme auf die Saldoverringerung insoweit einzuschränken, als sie nicht für tatbildliche Auszahlungen an Dritte gilt. Dem liegt wohl eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zu Grunde, gibt es hier doch im Ergebnis keine masseerhöhende Gegenleistung. Alternativ könnte man eine Lücke – wenn man eine solche sieht – auch dadurch schließen, dass man die Überweisung vom debitorischen Konto nicht als masseneutralen Passiv-Passiv-Tausch qualifiziert, weil die Überweisung wiederum wirtschaftlich nicht aus Mitteln der Bank, sondern aus einer Aktivforderung der Ges kommt. Letzteres würde aber uU dazu führen, dass das Prinzip des masseneutralen Passiv-Passiv-Tausches für kontokorrentmäßig geführte debitorische Bankkonten gar nicht mehr funktioniert, sondern nur bei einem debitorischen „Stehsaldo“, der zu Lasten der Bank erhöht wird. Bei beiden Ansätzen stellt sich va bei Betriebsmittelrahmen oÄ, über die mitunter täglich eine Vielzahl an Buchungen läuft, die Frage des wirtschaftlichen Zusammenhangs und der Zuordnung von Ein- und Ausgängen. Letztlich könnte es auch einfach bei den Grundsätzen des OGH zum Zahlungsverbot bleiben; sollte für die Gläubiger ein Quotenschaden „übrigbleiben“, können diese ihn nach Insolvenzaufhebung direkt gem § 69 Abs 2 IO iVm § 1311 ABGB ggü dem Gf geltend machen (auf mögliche verbleibende individuelle Gläubigerschäden hinweisend auch *Trenker*, JBl 2018/7, 442).

32) *U. Torggler/Trenker*, Zur Organhaftung für Gläubigerbevorzugung gem § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG § 84 Abs 3 Z 6 AktG, JBl 2013, 613 (615);

33) *Trenker*, JBl 2018/7, 441 f; s Pkt 2. und 3. unten.



## 2. Ausnahmen vom Zahlungsverbot

Das Zahlungsverbot gilt nicht für Zahlungen, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind.<sup>34)</sup> Die Business Judgement Rule ist anwendbar.<sup>35)</sup> Der OGH nennt an ausgenommenen Zahlungskategorien etwa

- Zahlungen an ohnehin voll zu befriedigende Aus-, Absonderungs- oder Aufrechnungsberechtigte in Höhe des Werts des Aussonderungs-/Sicherungsguts bzw der Gegenforderung und
- Zahlungen, die innerhalb der 60-tägigen Insolvenzantragsfrist (§ 69 Abs 2 IO) getätigt werden und zur Unternehmensfortführung notwendig sind.<sup>36)</sup>

Zu der zweiten Kategorie zählen laut OGH zB

- Zahlungen in Erfüllung zweckmäßiger Zug-um-Zug-Geschäfte (zB Waren- oder Materiallieferungen). Wenn diese wertäquivalent sind und daher zu keiner Schmälerung der Masse führen (Aktiv-Aktiv-Tausch), liegt die Zulässigkeit iS des Zahlungsverbots auf der Hand.<sup>37)</sup>
- Daneben können für die Fortführung notwendige Zahlungen zulässig sein, selbst wenn sie masseschmälernd sind (zB Miete, Energiekosten, Löhne und Gehälter, Zahlungen von Dienstnehmerbeiträgen, Beraterkosten). Dazu gehören zu Recht etwa auch Zahlungen von Dienstnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung, weil Gf bei Nichtzahlung Bestrafung nach § 153c StGB befürchten müssten.<sup>38)</sup>

Der bekl Gf ist behauptungs- und beweispflichtig, dass eine Ausnahme vom Zahlungsverbot vorliegt.<sup>39)</sup>

Dass der OGH ausdrücklich Kategorien zulässiger Zahlungen benennt, ist hilfreich. Dies darf aber nicht etwa dahingehend verstanden werden, dass nur in diese Kategorien fallende Zahlungen oder nur mehr Zug-um-Zug-Geschäfte zulässig sind;<sup>40)</sup> die Aufzählung ist nur beispielhaft. Es bleibt aber dabei, dass man weiterhin va trefflich darüber streiten kann, ob im Einzelfall Zahlungen tatsächlich für die Fortführung *notwendig* sind.

## 3. Schaden

Der durch die Masseschmälerung verursachte Insolvenzverschleppungsschaden ist idR schwieriger zu beziffern als ein „simpler“ Betriebsverlust.<sup>41)</sup> Im Bereich des Zahlungsverbots ist der Schadensumfang nach der Rsp daher in Höhe des massemindernden Vermögensabflusses durch verbotene Zahlungen widerleglich zu vermuten.<sup>42)</sup> Es reicht daher schon aus, dass der kl Insolvenzverwalter nicht den tatsächlichen Schaden, sondern lediglich „die verbotenen Zahlungen darlegt und gegebenenfalls beweist.“<sup>43)</sup>

Weil das Zahlungsverbot letztlich dazu dient, die Insolvenzmasse im Interesse der Gläubiger „wieder aufzufüllen“,<sup>44)</sup> darf die Insolvenzmasse aber auch durch diese widerlegliche Vermutung nicht bessergestellt werden, als sie bei rechtzeitiger Insolvenzeröffnung gestellt wäre. Schadensmindernde Tatsachen wie

- ein erzielter Betriebsgewinn,<sup>45)</sup>
- die fiktive Insolvenzquote, die der Empfänger der verbotenen Zahlung ohnehin erhalten hätte,<sup>46)</sup>

- die erfolgreiche Anfechtung einer Zahlung<sup>47)</sup> oder
- allfällige Gegenleistungen<sup>48)</sup>

sind daher über Einwand des Gf vom vermuteten Schaden abzuziehen.

## D. Würdigung

Der OGH hat in seiner jüngsten E zum Zahlungsverbot zu vielen Punkten Stellung genommen, die vor allem den Tatbestand als solchen und Fragen der Beweislast betreffen. Damit schafft der OGH eine gewisse Sicherheit, indem der in hL vertretene Meinungsstand nunmehr in wesentlichen Punkten höchstgerichtlich bestätigt ist. Es wird aber für Gf, die eine Sanierung versuchen, kein „safe harbor“ für Zahlungen bei materieller Insolvenz geschaffen.

Aus einer *ex ante*-Betrachtung bleibt für Gf nämlich die Beurteilung, ob eine konkrete „Zahlung“ haftungs begründend ist oder nicht, weiterhin ein Balanceakt.<sup>49)</sup> Denn während sich Gf einer solventen Ges weitgehend darauf verlassen können, ihr Tun auf das Interesse der Ges auszurichten, sind im Insolvenzfall Gläubigerinteressen zu wahren, die gerade bei Sanierungsversuchen uU anders liegen. Insb bei riskanten Geschäftsentscheidungen ist daher zu fragen, ob Gf bei Solvenz und Insolvenz der Ges das gleiche Ermessen einzuräumen ist oder ob diese vorsichtiger agieren müssen.

34) Für AG sieht dies § 84 Abs 3 Z 6 AktG ausdrücklich vor; für GmbH wird dies analog angenommen (OGH 6 Ob 164/16k Pkt 1.3. mwN).

35) Auf Zahlungen innerhalb der 60-Tage-Frist, nicht aber Zahlungen nach deren Ablauf und nicht für die Insolvenzantragspflicht (*Schopper*, Konzernrecht Rz 16.88).

36) OGH 6 Ob 164/16k Pkt 1.3.; s auch *Dellinger*, § 69 KO Rz 68.

37) OGH 6 Ob 164/16k; s auch *Schumacher*, Insolvenzzrecht § 69 Rz 166.

38) OGH 6 Ob 164/16k Pkt 1.3.; *Schumacher*, Insolvenzzrecht § 69 Rz 168; *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 626 ff.

39) *Schumacher*, Insolvenzzrecht § 69 Rz 170; *Casper* in *Ulmer/Habersack/Löbke* (Hrsg), GmbHG III<sup>2</sup> (2016) § 64 Rz 117.

40) In diese Richtung auch *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2017, 1181.

41) *Trenker* (JBl 2018/7, 438 f) nennt den Nachweis des Insolvenzverschleppungsschadens gar „diabolisch“.

42) OGH 6 Ob 164/16k Pkt 2.3.2. ff (der OGH streicht hervor, dass dies im Ergebnis bereits mit seiner Leit-E zum Zahlungsverbot v 11. 4. 1972, 5 Ob 38/72, übereinstimmt und folgt damit auch der Mindermeinung in Deutschland, die anders als der BGH nicht auf einzelne Zahlungen, sondern ebenso auf eine Gesamtbetrachtung abstellt; zu Rsp und Meinungsstand in Deutschland ausführlich *Casper*, GmbHG § 64 Rz 82 ff).

43) OGH 6 Ob 164/16k Pkt 2.3.3.; so auch *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 614.

44) *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 614.

45) OGH 5 Ob 38/72.

46) OGH 6 Ob 164/16k Pkt 2.5.1.

47) RIS-Justiz RS0059751.

48) Sofern man diese schadensmindernd einordnet und nicht bereits auf Tatbestandsebene berücksichtigt (s zuvor Pkt 2.).

49) *Reich-Rohrwig* bezeichnet die Pflichten der Gf als „unübersichtlich und teils gegenläufig“ und nennt als Ursache ua „legistische Unzulänglichkeit“ (WK GmbHG § 25 Rz 124); auf die Herausforderungen für Gf hinweisend auch *Robertson*, *ecolex* 2018, 152 f.

Gut beratene bzw informierte Gf können sich zwar vorab – sofern dafür Zeit bleibt – gegen eine drohende Inanspruchnahme rüsten.<sup>50)</sup> Ob eine Zahlung zulässig oder haftungsbegründend war (ob daher etwa die Ausnützung der Sanierungsfrist überhaupt zulässig war und ob bei einer zulässigen Ausnützung einzelne Zahlungen zulässig bzw für die Fortführung *notwendig* waren etc), wird uU erst in einem späteren Haftungsprozess geklärt. In einem solchen spricht va der tatsächliche Lauf der Dinge gegen die Gf (*hindsight bias*), zumal der Erfolg (und nicht der Misserfolg) das Bild des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters prägt.

Bis dato wird dies im Interesse eines weitestmöglichen Gläubigerschutzes vom österr Gesetzgeber wohl noch bewusst in Kauf genommen. Da sanierungsfreundliche Insolvenzregimes international (aktuell va durch den auf EU-Ebene diskutierten RL-Vorschlag über harmonisierte Regelungen zu präventiven Restrukturierungsrahmen)<sup>51)</sup> weiter gestärkt werden sollen, wird für Gf das Dilemma zwischen letztem Sanierungsversuch und

drohender Haftung wohl auch in Zukunft nicht kleiner.

50) „Vorbereitung der Ex-post-Plausibilitätskontrolle“ durch Einholung von Gutachten unabhängiger Fachleute, Anfertigung von Aktenvermerken, Erstellung von Sanierungskonzepten etc (*Schumacher*, Sanierungsversuche in der 60-Tage-Frist, *ecolex* 1990, 337 [338]).

51) Vorschlag v 22. 11. 2016 für eine RL des Europäischen Parlaments und des Rates über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der RL 2012/30/EU, COM (2016) 723 final.

SCHLUSSTRICH

*Die jüngste OGH-E zum Zahlungsverbot bringt begrüßenswerte Klarstellungen. An der Schwierigkeit für Gf, ex ante die Zulässigkeit ihres Verhaltens zu beurteilen, ändert sich dadurch aber wenig. Da Gf in einem Haftungsprozess iW behauptungs- und beweisbelastet sind, empfehlen sich in der Praxis umso mehr fundierte und schriftlich dokumentierte Entscheidungsgrundlagen.*