

# TE OGH 2008/1/15 10Ob96/07a

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 15.01.2008

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schinko als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Fellingner, Dr. Hoch, Hon.-Prof. Dr. Neumayr und Dr. Schramm als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Dr. Wolfgang L\*\*\*\*\*, Rechtsanwalt, \*\*\*\*\*, als Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen der Bauservice Ing. G\*\*\*\*\* GmbH, gegen die beklagte Partei Herbert M\*\*\*\*\*, Baumeister und Hotelier, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Michael Wonisch, Rechtsanwalt in Salzburg, wegen 60.550,58 EUR sA, infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 20. Juni 2007, GZ 4 R 106/07x-50, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichts Salzburg vom 9. März 2007, GZ 9 Cg 30/03t-46, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben. Die Rechtssache wird zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens bilden weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Der Beklagte war im Jahr 2002 Geschäftsführer und Mehrheitsgesellschafter (95 %) der H\*\*\*\*\* Bau- und Betriebsgesellschaft m.b.H. mit dem Sitz in R\*\*\*\*\*. Er war damals auch Eigentümer der Liegenschaft EZ 368 Grundbuch \*\*\*\*\*, Bezirksgericht Z\*\*\*\*\*, mit dem darauf errichteten „Hotel K\*\*\*\*\*“. 2004 wurde als neue Eigentümerin die Hotel Ferienwelt K\*\*\*\*\* GmbH, an der der Beklagte mit einer Stammeinlage von 10.000 EUR (bei einem Stammkapital von 45.000 EUR) beteiligt war, einverleibt.

Spätestens mit dem Jahresabschluss 2000 lag eine insolvenzrechtlich beachtliche Überschuldung der H\*\*\*\*\* Bau- und Betriebsgesellschaft m.b.H. vor. Der Beklagte kannte diesen Jahresabschluss Ende des Jahres 2001. Obwohl ihm die Überschuldung der Gesellschaft bewusst war, erteilte er als ihr Geschäftsführer der Bauservice Ing. G\*\*\*\*\* GmbH am 19. 4. 2002 den Auftrag, der H\*\*\*\*\* Bau- und Betriebsgesellschaft m.b.H. ab 22. 4. 2002 Arbeitskräfte zu überlassen. Mit diesen Arbeitskräften errichtete der Beklagte auf der in seinem Eigentum stehenden Liegenschaft einen Zubau zum „Hotel K\*\*\*\*\*“. Die erbrachten Leistungen kamen zur Gänze der Liegenschaft zugute.

Für die Überlassung der Arbeitskräfte während der Monate Mai bis Juli 2002 verrechnete die Bauservice Ing. G\*\*\*\*\* GmbH der H\*\*\*\*\* Bau- und Betriebsgesellschaft m.b.H. mit Rechnungen vom 7. 6., 5. 7. und 8. 8. 2002 ein

angemessenes Entgelt von insgesamt 57.281,58 EUR inklusive Umsatzsteuer. Die H\*\*\*\*\* Bau- und Betriebsgesellschaft m.b.H. bezahlte dieses Entgelt nicht. Im Verfahren 6 Cg 154/02d des Landesgerichts Salzburg wurde sie schuldig erkannt, der Bauservice Ing. G\*\*\*\*\* GmbH 57.281,58 EUR zu bezahlen und die mit 2.307,80 EUR bestimmten Prozesskosten zu ersetzen.

Im Verfahren 1 E 914/02m des Bezirksgerichts T\*\*\*\*\* versuchte die Bauservice Ing. G\*\*\*\*\* GmbH, ihre Forderungen gegen die H\*\*\*\*\* Bau- und Betriebsgesellschaft m.b.H. hereinzubringen. Die Exekution ging ins Leere. Der Bauservice Ing. G\*\*\*\*\* GmbH entstanden Exekutionskosten in Höhe von 961,20 EUR.

Am 3. 7. 2003 wies das Landesgericht Salzburg zu AZ \*\*\*\*\* einen Antrag auf Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der H\*\*\*\*\* Bau- und Betriebsgesellschaft m.b.H. mangels Vermögens ab. Die Gesellschaft ist infolge rechtskräftiger Abweisung eines Konkursantrags gemäß § 39 FBG aufgelöst, die Firma gemäß § 40 FBG gelöscht. Am 3. 7. 2003 wies das Landesgericht Salzburg zu AZ \*\*\*\*\* einen Antrag auf Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der H\*\*\*\*\* Bau- und Betriebsgesellschaft m.b.H. mangels Vermögens ab. Die Gesellschaft ist infolge rechtskräftiger Abweisung eines Konkursantrags gemäß Paragraph 39, FBG aufgelöst, die Firma gemäß Paragraph 40, FBG gelöscht.

Die Forderungen der Bauservice Ing. G\*\*\*\*\* GmbH gegenüber der H\*\*\*\*\* Bau- und Betriebsgesellschaft m.b.H. wurden von dieser nicht bezahlt und sind uneinbringlich.

Mit Urteil des Landesgerichts Salzburg vom 30. 3. 2006, \*\*\*\*\*, wurde der Beklagte der Vergehen der grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen nach den §§ 159 Abs 1 (Abs 5 Z 3), 161 Abs 1 StGB und der grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen nach den §§ 159 Abs 2 (Abs 5 Z 3, 4 und 5), 161 Abs 1 StGB schuldig erkannt. Es wurde ihm zur Last gelegt, dass er in der Zeit von 1995 bis Ende 2000 als Geschäftsführer der H\*\*\*\*\* Bau- und Betriebsgesellschaft m.b.H. grob fahrlässig deren Zahlungsunfähigkeit herbeiführte und in der Zeit von Anfang 2001 bis 14. 4. 2003 in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis der Zahlungsunfähigkeit der H\*\*\*\*\* Bau- und Betriebsgesellschaft m.b.H. grob fahrlässig die Befriedigung wenigstens eines der Gläubiger dadurch vereitelte oder schmälerte, indem er kridaträchtig handelte, nämlich entgegen Grundsätzen ordentlichen Wirtschaftens übermäßigen, mit den Vermögensverhältnissen und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der H\*\*\*\*\* Bau- und Betriebsgesellschaft m.b.H. in auffallendem Widerspruch stehenden Aufwand dadurch trieb, dass er in den Jahren 1995 bis 1999 überhöhte Geschäftsführervergütungen bezog und in den Jahren 1995 bis 2000 eine ungesunde Kostenstruktur herbeiführte und auch über diesen Zeitpunkt hinaus aufrechterhielt, sowie in den Jahren 2001 und 2002 Geschäftsbücher und geschäftliche Aufzeichnungen sowie sonstige geeignete und erforderliche Kontrollmaßnahmen sowie die Erstellung von Jahresabschlüssen, zu deren Erstellung er verpflichtet gewesen wäre, unterließ, die ihm einen zeitnahen Überblick über die wahre Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft verschafft hätten. Mit Urteil des Landesgerichts Salzburg vom 30. 3. 2006, \*\*\*\*\*, wurde der Beklagte der Vergehen der grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen nach den Paragraphen 159, Absatz eins, (Absatz 5, Ziffer 3,), 161 Absatz eins, StGB und der grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen nach den Paragraphen 159, Absatz 2, (Absatz 5, Ziffer 3,, 4 und 5), 161 Absatz eins, StGB schuldig erkannt. Es wurde ihm zur Last gelegt, dass er in der Zeit von 1995 bis Ende 2000 als Geschäftsführer der H\*\*\*\*\* Bau- und Betriebsgesellschaft m.b.H. grob fahrlässig deren Zahlungsunfähigkeit herbeiführte und in der Zeit von Anfang 2001 bis 14. 4. 2003 in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis der Zahlungsunfähigkeit der H\*\*\*\*\* Bau- und Betriebsgesellschaft m.b.H. grob fahrlässig die Befriedigung wenigstens eines der Gläubiger dadurch vereitelte oder schmälerte, indem er kridaträchtig handelte, nämlich entgegen Grundsätzen ordentlichen Wirtschaftens übermäßigen, mit den Vermögensverhältnissen und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der H\*\*\*\*\* Bau- und Betriebsgesellschaft m.b.H. in auffallendem Widerspruch stehenden Aufwand dadurch trieb, dass er in den Jahren 1995 bis 1999 überhöhte Geschäftsführervergütungen bezog und in den Jahren 1995 bis 2000 eine ungesunde Kostenstruktur herbeiführte und auch über diesen Zeitpunkt hinaus aufrechterhielt, sowie in den Jahren 2001 und 2002 Geschäftsbücher und geschäftliche Aufzeichnungen sowie sonstige geeignete und erforderliche Kontrollmaßnahmen sowie die Erstellung von Jahresabschlüssen, zu deren Erstellung er verpflichtet gewesen wäre, unterließ, die ihm einen zeitnahen Überblick über die wahre Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft verschafft hätten.

Mit Beschluss des Landesgerichts Salzburg vom 22. 6. 2005, \*\*\*\*\*, wurde über das Vermögen der Bauservice Ing. G\*\*\*\*\* GmbH der Konkurs eröffnet und der nunmehrige Kläger, RA Dr. Wolfgang L\*\*\*\*\*, zum Masseverwalter bestellt.

Die klagende Partei begehrt vom Beklagten 60.550,58 EUR an Schadenersatz, weil der Beklagte als Geschäftsführer der insolventen H\*\*\*\*\* Bau- und Betriebsgesellschaft m.b.H. grob fahrlässig die Tatbestände des § 159 StGB verwirklicht und die Bauservice Ing. G\*\*\*\*\* GmbH betrügerisch zu Leistungen veranlasst habe. Der Beklagte habe bewusst Geld umgeschichtet und sich vorsätzlich persönlich bereichert, indem er den Zubau auf seinem Grund errichten und die Schulden bei der Gesellschaft entstehen lassen habe. Die Forderung von 60.550,58 EUR setze sich aus den an die H\*\*\*\*\* Bau- und Betriebsgesellschaft m.b.H. gelegten Rechnungen vom 7. 6., 5. 7. und 8. 8. 2002 (57.281,58 EUR), aus den Kosten des Verfahrens 6 Cg 154/02k des Landesgerichts Salzburg (2.307,80 EUR) und den Kosten des Exekutionsverfahrens 1 E 914/02m des Bezirksgerichts T\*\*\*\*\* (961,20 EUR) zusammen. Die klagende Partei begehrt vom Beklagten 60.550,58 EUR an Schadenersatz, weil der Beklagte als Geschäftsführer der insolventen H\*\*\*\*\* Bau- und Betriebsgesellschaft m.b.H. grob fahrlässig die Tatbestände des Paragraph 159, StGB verwirklicht und die Bauservice Ing. G\*\*\*\*\* GmbH betrügerisch zu Leistungen veranlasst habe. Der Beklagte habe bewusst Geld umgeschichtet und sich vorsätzlich persönlich bereichert, indem er den Zubau auf seinem Grund errichten und die Schulden bei der Gesellschaft entstehen lassen habe. Die Forderung von 60.550,58 EUR setze sich aus den an die H\*\*\*\*\* Bau- und Betriebsgesellschaft m.b.H. gelegten Rechnungen vom 7. 6., 5. 7. und 8. 8. 2002 (57.281,58 EUR), aus den Kosten des Verfahrens 6 Cg 154/02k des Landesgerichts Salzburg (2.307,80 EUR) und den Kosten des Exekutionsverfahrens 1 E 914/02m des Bezirksgerichts T\*\*\*\*\* (961,20 EUR) zusammen.

Der Beklagte bestritt eine Umschichtung von Geld und eine betrügerische Vorgangsweise. Es sei ihm daran gelegen gewesen, auch das Geschäftsverhältnis zur Bauservice Ing. G\*\*\*\*\* GmbH ordnungsgemäß abzuwickeln, was er berechtigterweise annehmen habe können; unverschuldeterweise sei es nicht zur Zahlung gekommen. Eine persönliche Haftung seinerseits bestehe nicht.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren (abgesehen von einem rechtskräftig abgewiesenen Zinsenmehrbegehren) statt. In seiner rechtlichen Beurteilung vertrat es die Ansicht, dass der Kläger als Neugläubiger Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens habe. Die Höhe des Vertrauensschadens sei zwar in der Regel durch Abzug der im Fakturenwert enthaltenen Gewinnspanne zu ermitteln. Dem Kläger stehe aber der Ersatz der vollen Rechnungsbeträge (und der frustrierten Kosten) zu, weil sich der Beklagte als Geschäftsführer der insolventen Gesellschaft selbst bereichert habe, indem die Arbeitsleistungen seiner Liegenschaft zugute gekommen seien und deren Wert erhöht hätten.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Beklagten nicht Folge. Der Geschäftsführer, der durch ein in § 159 StGB unter Strafe gestelltes Verhalten die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft herbeigeführt habe, hafte den Gesellschaftsgläubigern, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft mit dieser kontrahiert hätten, für den Vertrauensschaden. Der Schadenersatz für eine gegenüber der Gesellschaft uneinbringliche Geldforderung decke sich in der Regel nicht mit dem vereinbarten Entgelt, das die Gesellschaft dem Neugläubiger schulde; vom vereinbarten Entgelt (Fakturenbetrag) sei der darin enthaltene kalkulierte Reingewinn abzuziehen. Nach Auffassung von Teilen der Lehre wären darüber hinaus noch die Fixkostenanteile vom Fakturenwert abzuziehen. Der Entscheidung 2 Ob 548/88 sei zu entnehmen, dass eine im verrechneten Kaufpreis enthaltene Gewinnspanne zum entgangenen Gewinn zu rechnen sei, der bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz des Schädigers zu ersetzen sei. Im vorliegenden Fall komme überdies noch das wirtschaftliche Eigeninteresse des Beklagten dazu, dem die Leistung der überlassenen Arbeitskräfte, die er für den Zubau zu seinem Hotel auf seinem Grund eingesetzt habe, zugute gekommen sei. Die Gesellschaftsgläubigerin habe damit in Erfüllung ihrer gegenüber der H\*\*\*\*\* Bau- und Betriebsgesellschaft m.b.H. übernommenen Vertragspflichten dem Beklagten Leistungen erbracht, für die er ein angemessenes Entgelt vereinbart gehabt habe. Unter diesen Umständen hafte der grob fahrlässig handelnde (und wegen grob fahrlässiger Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen verurteilte) Beklagte der Gesellschaftsgläubigerin, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft mit dieser kontrahiert habe, auch für den entgangenen Gewinn, der im vereinbarten Entgelt enthalten sei. Hafte der Beklagte für diese Forderungen, dann hafte er auch für die in den Rechnungen der Bauservice Ing. G\*\*\*\*\* GmbH enthaltene Umsatzsteuer. Dass die bereits entstandene Steuerpflicht wieder weggefallen wäre oder dass die klagende Partei Anspruch auf Refundierung dieser Umsatzsteuerbeträge hätte, sei weder eingewendet worden noch hervorgekommen. Zu Recht habe daher das Erstgericht die Umsatzsteuer nicht von der Ersatzpflicht ausgenommen. Das Berufungsgericht gab der Berufung des Beklagten nicht Folge. Der Geschäftsführer, der durch ein in Paragraph 159, StGB unter Strafe gestelltes Verhalten die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft herbeigeführt habe, hafte den Gesellschaftsgläubigern, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft mit dieser kontrahiert hätten, für den Vertrauensschaden. Der Schadenersatz für eine gegenüber der

Gesellschaft uneinbringliche Geldforderung decke sich in der Regel nicht mit dem vereinbarten Entgelt, das die Gesellschaft dem Neugläubiger schulde; vom vereinbarten Entgelt (Fakturenbetrag) sei der darin enthaltene kalkulierte Reingewinn abzuziehen. Nach Auffassung von Teilen der Lehre wären darüber hinaus noch die Fixkostenanteile vom Fakturenwert abzuziehen. Der Entscheidung 2 Ob 548/88 sei zu entnehmen, dass eine im verrechneten Kaufpreis enthaltene Gewinnspanne zum entgangenen Gewinn zu rechnen sei, der bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz des Schädigers zu ersetzen sei. Im vorliegenden Fall komme überdies noch das wirtschaftliche Eigeninteresse des Beklagten dazu, dem die Leistung der überlassenen Arbeitskräfte, die er für den Zubau zu seinem Hotel auf seinem Grund eingesetzt habe, zugute gekommen sei. Die Gesellschaftsgläubigerin habe damit in Erfüllung ihrer gegenüber der H\*\*\*\*\* Bau- und Betriebsgesellschaft m.b.H. übernommenen Vertragspflichten dem Beklagten Leistungen erbracht, für die er ein angemessenes Entgelt vereinbart gehabt habe. Unter diesen Umständen hafte der grob fahrlässig handelnde (und wegen grob fahrlässiger Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen verurteilte) Beklagte der Gesellschaftsgläubigerin, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft mit dieser kontrahiert habe, auch für den entgangenen Gewinn, der im vereinbarten Entgelt enthalten sei. Hafte der Beklagte für diese Forderungen, dann hafte er auch für die in den Rechnungen der Bauservice Ing. G\*\*\*\*\* GmbH enthaltene Umsatzsteuer. Dass die bereits entstandene Steuerpflicht wieder weggefallen wäre oder dass die klagende Partei Anspruch auf Refundierung dieser Umsatzsteuerbeträge hätte, sei weder eingewendet worden noch hervorgekommen. Zu Recht habe daher das Erstgericht die Umsatzsteuer nicht von der Ersatzpflicht ausgenommen.

Die Revision sei zulässig, weil sich der Oberste Gerichtshof nicht ausdrücklich mit der Frage auseinandergesetzt habe, ob die Verurteilung des GmbH-Geschäftsführers zum Ersatz des vereinbarten und bei der Gesellschaft uneinbringlichen Entgelts als Vertrauensschaden (bzw des darin enthaltenen Reingewinns als entgangener Gewinn) einen Nachweis des Gesellschaftsgläubigers erfordere, dass er seine Leistung anderweitig zum selben Preis erbringen hätte können. Außerdem sei den bisher ergangenen Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs nicht zugrunde gelegen, dass die Leistung des Gesellschaftsgläubigers dem Geschäftsführer selbst zugute gekommen sei.

Gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts richtet sich die Revision der beklagten Partei aus dem Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung im klagsabweisenden Sinn. Hilfsweise wird ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt.

Die klagende Partei beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung, die Revision als unzulässig zurückzuweisen, in eventu ihr nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist aus den vom Berufungsgericht genannten Gründen zulässig; sie ist im Sinne ihres Eventualantrags auf Aufhebung berechtigt.

Die Revisionsausführungen der beklagten Partei lassen sich folgendermaßen zusammenfassen:

Nach der höchstgerichtlichen Judikatur (2 Ob 548/88) hafte der Geschäftsführer, der durch ein nach § 159 StGB unter Strafe gestelltes Verhalten die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft herbeigeführt habe, dem Gesellschaftsgläubiger, der nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft mit dieser kontrahiert habe, unabhängig von der Schuldform nur für den Ersatz des Vertrauensschadens, nicht aber für das Erfüllungsinteresse. Auch in den Folgeentscheidungen seien Reingewinn und Fixkostenanteile niemals in den Vertrauensschaden eingerechnet worden. Außerdem beziehe sich die Schadenersatzpflicht des Geschäftsführers nicht auf die in den in Frage stehenden Rechnungen enthaltenen Umsatzsteuerbeträge, wenn Anspruch auf Refundierung dieser Umsatzsteuerbeträge bestehe; diesbezüglich wäre es an der klagenden Partei gelegen, eine allfällige Nichtrückforderbarkeit nachzuweisen, zumal jedenfalls seit Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der H\*\*\*\*\* Bau- und Betriebsgesellschaft m.b.H. feststehe, dass mangels Gegenleistung kein umsatzsteuerpflichtiger Leistungsaustausch erfolgen werde. Nach der höchstgerichtlichen Judikatur (2 Ob 548/88) hafte der Geschäftsführer, der durch ein nach Paragraph 159, StGB unter Strafe gestelltes Verhalten die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft herbeigeführt habe, dem Gesellschaftsgläubiger, der nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft mit dieser kontrahiert habe, unabhängig von der Schuldform nur für den Ersatz des Vertrauensschadens, nicht aber für das Erfüllungsinteresse. Auch in den Folgeentscheidungen seien Reingewinn und Fixkostenanteile niemals in den Vertrauensschaden eingerechnet worden. Außerdem beziehe sich die Schadenersatzpflicht des Geschäftsführers nicht auf die in den in Frage stehenden Rechnungen enthaltenen Umsatzsteuerbeträge, wenn Anspruch auf Refundierung dieser Umsatzsteuerbeträge bestehe; diesbezüglich wäre es

an der klagenden Partei gelegen, eine allfällige Nichtrückforderbarkeit nachzuweisen, zumal jedenfalls seit Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der H\*\*\*\*\* Bau- und Betriebsgesellschaft m.b.H. feststehe, dass mangels Gegenleistung kein umsatzsteuerpflichtiger Leistungsaustausch erfolgen werde.

Die angeführten Grundsätze würden auch nach der Novellierung des § 159 StGB weiterhin gelten. Die angeführten Grundsätze würden auch nach der Novellierung des Paragraph 159, StGB weiterhin gelten.

Da der Kläger nicht den Vertrauensschaden, sondern das positive Vertragsinteresse eingeklagt habe, sei die Klage unschlüssig, weshalb die Entscheidungen der Vorinstanzen aufzuheben bzw mangels Möglichkeit der Verbesserung die Klage abzuweisen sei.

Dazu hat der Senat erwogen:

1. Vorweg ist festzuhalten, dass Gegenstand des Verfahrens allein noch die Frage bildet, inwieweit die klagende Partei der Höhe nach einen Schadenersatz von der beklagten Partei verlangen kann. Wenn der Beklagte durch den Einsatz der überlassenen Arbeitskräfte darüber hinaus bereichert wurde, könnten ihm gegenüber Bereicherungsansprüche bestehen, für die es aber sowohl an Vorbringen im erstinstanzlichen Verfahren als auch an Feststellungen fehlt, sodass darauf nicht weiter einzugehen ist.

2. Die klagende Partei macht als „Neugläubigerin“ (dazu Dellinger in Konecny/Schubert, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen [19. Lfg], § 69 KO Rz 74) gegen den GmbH-Geschäftsführer Schadenersatzansprüche geltend, die sie auf die Geschäftsfortführung trotz Insolvenzreife („Konkursverschleppung“) gründet („Der Beklagte hat als Geschäftsführer die schon längst zahlungsunfähige Gesellschaft weitergeführt. Hätte der Beklagte als Geschäftsführer rechtzeitig den Konkursantrag über das Vermögen der Gesellschaft gestellt, hätten die gegenständlichen Aufträge nicht mehr erteilt werden können.“). 2. Die klagende Partei macht als „Neugläubigerin“ (dazu Dellinger in Konecny/Schubert, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen [19. Lfg], Paragraph 69, KO Rz 74) gegen den GmbH-Geschäftsführer Schadenersatzansprüche geltend, die sie auf die Geschäftsfortführung trotz Insolvenzreife („Konkursverschleppung“) gründet („Der Beklagte hat als Geschäftsführer die schon längst zahlungsunfähige Gesellschaft weitergeführt. Hätte der Beklagte als Geschäftsführer rechtzeitig den Konkursantrag über das Vermögen der Gesellschaft gestellt, hätten die gegenständlichen Aufträge nicht mehr erteilt werden können.“).

In aller Regel kann angenommen werden, dass ein Gläubiger, dem die objektiv gegebene Insolvenzreife der Gesellschaft (etwa infolge entsprechender Aufklärung) bewusst gewesen wäre, mit der Gesellschaft nicht mehr kontrahiert hätte; jedenfalls hätte der Gläubiger keine Vorleistung erbracht. Auch dann, wenn die Insolvenz der Gesellschaft durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens formell dokumentiert worden wäre, wäre es wohl nicht mehr zum Geschäftsabschluss gekommen (vgl 7 Ob 2339/96p = ÖBA 1998, 488 = RdW 1998, 191). In aller Regel kann angenommen werden, dass ein Gläubiger, dem die objektiv gegebene Insolvenzreife der Gesellschaft (etwa infolge entsprechender Aufklärung) bewusst gewesen wäre, mit der Gesellschaft nicht mehr kontrahiert hätte; jedenfalls hätte der Gläubiger keine Vorleistung erbracht. Auch dann, wenn die Insolvenz der Gesellschaft durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens formell dokumentiert worden wäre, wäre es wohl nicht mehr zum Geschäftsabschluss gekommen (vergleiche 7 Ob 2339/96p = ÖBA 1998, 488 = RdW 1998, 191).

In diesem Sinn kommt auch für den vorliegenden Fall, in dem dem Beklagten sowohl Vorsatz hinsichtlich der Kontrahierung in Kenntnis der Insolvenzreife als auch ein erhebliches wirtschaftliches Eigeninteresse am Zustandekommen des Geschäfts vorzuwerfen ist, nur ein Ersatz des Vertrauensschadens in Betracht, keinesfalls ein Ersatz des Erfüllungsschadens: Dem 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 (Dellinger in Konecny/Schubert, aaO § 69 KO Rz 104). In diesem Sinn kommt auch für den vorliegenden Fall, in dem dem Beklagten sowohl Vorsatz hinsichtlich der Kontrahierung in Kenntnis der Insolvenzreife als auch ein erhebliches wirtschaftliches Eigeninteresse am Zustandekommen des Geschäfts vorzuwerfen ist, nur ein Ersatz des Vertrauensschadens in Betracht, keinesfalls ein Ersatz des Erfüllungsschadens: Dem 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 (Dellinger in Konecny/Schubert, aaO Paragraph 69, KO Rz 104).

Die klagende Partei vermischt (ebenso wie die Vorinstanzen) die Begriffspaare positiver Schaden/entgangener Gewinn einerseits und negatives Interesse (Vertrauensschaden)/positives Interesse (Erfüllungsschaden) andererseits. Ersatzfähig ist wie erwähnt nur das negative Interesse. Dieses besteht im Regelfall in den vom Gläubiger zur Erbringung seiner eigenen Leistung aufgewendeten variablen Kosten, weshalb sich der Gläubiger von seiner Forderung grundsätzlich die Gewinnspanne und auch den mit dem Geschäft erhofften Fixkostendeckungsbeitrag abziehen lassen muss (Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger4 II/2 § 69 Rz 104 mwN; anders noch 6 Ob 656/90 = SZ 65/155 = ÖZW 1994, 58 [Harrer]). Eine Behauptung, dass ihr wegen des Geschäftsabschlusses mit der insolventen GmbH ein ebenso gewinnbringendes Ersatzgeschäft entgangen ist, wurde von der klagenden Partei nicht aufgestellt. Die klagende Partei vermischt (ebenso wie die Vorinstanzen) die Begriffspaare positiver Schaden/entgangener Gewinn einerseits und negatives Interesse (Vertrauensschaden)/positives Interesse (Erfüllungsschaden) andererseits. Ersatzfähig ist wie erwähnt nur das negative Interesse. Dieses besteht im Regelfall in den vom Gläubiger zur Erbringung seiner eigenen Leistung aufgewendeten variablen Kosten, weshalb sich der Gläubiger von seiner Forderung grundsätzlich die Gewinnspanne und auch den mit dem Geschäft erhofften Fixkostendeckungsbeitrag abziehen lassen muss (Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger4 II/2 Paragraph 69, Rz 104 mwN; anders noch 6 Ob 656/90 = SZ 65/155 = ÖZW 1994, 58 [Harrer]). Eine Behauptung, dass ihr wegen des Geschäftsabschlusses mit der insolventen GmbH ein ebenso gewinnbringendes Ersatzgeschäft entgangen ist, wurde von der klagenden Partei nicht aufgestellt.

3. Der Neugläubiger hat im Hinblick auf seinen Rückforderungsanspruch bei Uneinbringlichkeit der Rechnungsforderung nach § 16 Abs 3 UStG auch keinen Anspruch auf Ersatz der in der Rechnung enthaltenen Umsatzsteuer (2 Ob 548/88 = ÖBA 1989, 619 [Apathy] = wbl 1989, 117 [Karollus]; Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger4 II/2 § 69 Rz 140). 3. Der Neugläubiger hat im Hinblick auf seinen Rückforderungsanspruch bei Uneinbringlichkeit der Rechnungsforderung nach Paragraph 16, Absatz 3, UStG auch keinen Anspruch auf Ersatz der in der Rechnung enthaltenen Umsatzsteuer (2 Ob 548/88 = ÖBA 1989, 619 [Apathy] = wbl 1989, 117 [Karollus]; Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger4 II/2 Paragraph 69, Rz 140).

4. Die klagende Partei hat - wie mehrmals erwähnt - das Erfüllungsinteresse geltend gemacht; ein Anspruch darauf ist aber aus dem Klagsvorbringen nicht schlüssig abzuleiten. Die Vorinstanzen haben nicht versucht, die Schlüssigkeit der Klage herbeizuführen, und haben Art und Höhe des Schadens der klagenden Partei nicht erörtert. Dies ist im fortgesetzten Verfahren nachzuholen, weshalb es einer Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen bedarf (1 Ob 73/03x = JBl 2003, 653).

5. Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 Abs 1 ZPO. 5. Der Kostenvorbehalt beruht auf Paragraph 52, Absatz eins, ZPO.

#### **Textnummer**

E86412

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2008:0100OB00096.07A.0115.000

#### **Im RIS seit**

14.02.2008

#### **Zuletzt aktualisiert am**

22.05.2012

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)