

Juristische Fakultät
Universität Passau

Zur Dogmatik der Zahlungsverbote

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät der Universität Passau

bei Prof. Dr. Holger Altmeppen

Esther Kuhn

Passau, 25.04.2024

Inhaltsübersicht

§ 1	Einleitung	1
I.	Problemstellung	1
II.	Gang der Untersuchung	5
§ 2	Zielsetzung des Zahlungsverbots	7
I.	Sicherung der verteilungsfähigen Insolvenzmasse	7
II.	Gläubigergleichbehandlung als weiterer oder selbständiger Zweck des Zahlungsverbots ?	8
III.	Bestandsinteresse der Gesellschaft als weiterer Zweck des Zahlungsverbots?	15
IV.	Erzeugen einer Drucksituation zur Stellung eines Insolvenzantrags als weiterer Zweck des Zahlungsverbots?	15
V.	Zwischenergebnis.....	16
§ 3	Anwendungsbereich.....	16
I.	Begriffsbestimmungen	16
II.	Anwendungsbereich der Zahlungsverbote	25
§ 4	Begründungsversuche der dogmatischen Einordnung des Zahlungsverbots	48
I.	Nach aktueller Gesetzeslage des § 15b InsO	49
II.	Erstattungsanspruch „eigener Art“	50
III.	Zahlungsverbote als Schadensersatzanspruch	67
§ 5	Versuch einer Kombination beider Ansätze	82
I.	Andere Fallgruppen eines Anspruchs „eigener Art“	83
II.	Notwendigkeit eines „Anspruchs eigener Art“ bei den Zahlungsverboten?	83
III.	Zwischenergebnis.....	84
§ 6	Bewertung der dogmatischen Einordnung der Zahlungsverbote	85
I.	Rückschlüsse aus § 15b InsO ?	85
II.	Bewertung der Einordnung des Zahlungsverbots als Anspruch „eigener Art“	86
III.	Bewertung der dogmatischen Einordnung der Zahlungsverbote als Schadensersatzansprüche	149
§ 7	Fazit.....	179
	Literaturverzeichnis	I
	Abkürzungsverzeichnis	XIX

Inhaltsverzeichnis

§ 1	Einleitung	1
I.	Problemstellung	1
II.	Gang der Untersuchung	5
§ 2	Zielsetzung des Zahlungsverbots	7
I.	Sicherung der verteilungsfähigen Insolvenzmasse	7
II.	Gläubigergleichbehandlung als weiterer oder selbständiger Zweck des Zahlungsverbots ?	8
1.	Bewertung der Gläubigergleichbehandlung als selbständiger oder weiterer Zweck	9
2.	Bewertung der Mittelbarkeit oder Unmittelbarkeit des Gläubigerschutzes	14
III.	Bestandsinteresse der Gesellschaft als weiterer Zweck des Zahlungsverbots?	15
IV.	Erzeugen einer Drucksituation zur Stellung eines Insolvenzantrags als weiterer Zweck des Zahlungsverbots?	15
V.	Zwischenergebnis.....	16
§ 3	Anwendungsbereich.....	16
I.	Begriffsbestimmungen	16
1.	Zahlungsunfähigkeit.....	17
2.	Drohende Zahlungsunfähigkeit	19
3.	Überschuldung.....	20
4.	Quotenschaden	24
II.	Anwendungsbereich der Zahlungsverbote.....	25
1.	Sachlicher Anwendungsbereich	25
a)	Auszahlung.....	25
aa)	Kreditorisch geführtes Konto.....	26
bb)	Debitorisch geführtes Konto	26
b)	Vorleistungen	27
c)	Berücksichtigung von Gegenleistungen.....	28
d)	Ausnahme einer sorgfältigen Zahlung	30

aa)	Sorgfältige Zahlung iSv § 15b Abs. 2 und 3 InsO	31
bb)	Steuerschulden und Sozialversicherungsbeiträge als sorgfältige Zahlungen?	33
2.	Persönlicher Anwendungsbereich	37
a)	Mitglieder des Vertretungsorgans	37
b)	Faktische Organmitglieder	38
c)	Dritte	39
d)	Aufsichtsräte	39
e)	Organvertreter ausländischer Gesellschafter	42
3.	Zeitlicher Anwendungsbereich.....	43
4.	Subjektiver Tatbestand	45
5.	Entstehung und Geltendmachung des Anspruchs, Verjährung	46
§ 4	Begründungsversuche der dogmatischen Einordnung des Zahlungsverbots	48
I.	Nach aktueller Gesetzeslage des § 15b InsO	49
II.	Erstattungsanspruch „eigener Art“	50
1.	Entwicklung der Rechtsprechung.....	51
a)	Bis zur Grundsatzentscheidung des BGH vom 18.11.2014 - II ZR 231/13	51
b)	BGH Urteile aus den Jahren 2014 und 2015.....	51
aa)	BGH Urteil vom 18.11.2014 - II ZR 231/13.....	51
(I)	Inhaltliche Darstellung des Urteils.....	51
(II)	Neuerungen und dogmatische Einordnung	53
bb)	BGH Urteil vom 23.06.2015 – II ZR 366/13	53
(I)	Inhaltliche Darstellung des Urteils.....	53
(II)	Neuerungen und dogmatische Einordnung	55
cc)	BGH Urteil vom 08.12.2015 – II ZR 68/14	55
(I)	Inhaltliche Darstellung des Urteils.....	55
(II)	Neuerungen und dogmatische Einordnung	56
c)	BGH Urteil vom 04.07.2017 - II ZR 319/15.....	56

aa)	Inhaltliche Darstellung des Urteils.....	56
bb)	Neuerungen und dogmatische Einordnung	58
d)	BGH Urteile aus den Jahren 2019 und 2020.....	58
aa)	BGH Urteil vom 19.11.2019 – II ZR 233/18.....	58
(I)	Inhaltliche Darstellung des Urteils.....	58
(II)	Neuerungen und dogmatische Einordnung	59
bb)	BGH Urteil vom 11.02.2020 – II ZR 427/18.....	59
(I)	Inhaltliche Darstellung des Urteils.....	59
(II)	Neuerungen und dogmatische Einordnung	60
cc)	BGH Urteil vom 27.10.2020 – II ZR 355/18.....	60
(I)	Inhaltliche Darstellung des Urteils.....	60
(II)	Neuerungen und dogmatische Einordnung	62
e)	Kernaussagen der Rechtsprechung zur dogmatischen Einordnung der Zahlungsverbote.....	63
2.	Meinungsstand der Befürworter aus der Literatur	63
a)	Bargeschäftsprivileg.....	63
b)	Haftungstatbestand einer Zahlung entfällt	66
c)	Privilegierungstatbestand des sorgfältigen Geschäfts.....	66
d)	Gemeinsamkeiten dieser Begründungsversuche.....	67
III.	Zahlungsverbote als Schadensersatzanspruch	67
1.	Deliktische Haftung nach §§ 823 Abs. 2 BGB iVm 15a InsO.....	68
a)	Überblick.....	68
b)	Argumentation	70
aa)	Einheitliche Auslegung der (schadensrechtlichen) Zahlungsverbote ..	70
.....		70
bb)	Historie.....	71
c)	Rechtsfolge.....	72
d)	Geltendmachung des Anspruchs.....	73

e)	Eigenständiger ersatzfähiger Individualschaden der Neugläubiger nach §§ 280, 311 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 BGB	74
2.	Organhaftung auf Verlustausgleich	75
a)	Überblick.....	75
b)	Rechtsfolge.....	79
c)	Individualschaden bzw. Kontrahierungsschaden der Neugläubiger ...	80
d)	Kernaussagen der dogmatischen Einordnung als Schadensersatzanspruch.....	81
§ 5	Versuch einer Kombination beider Ansätze	82
I.	Andere Fallgruppen eines Anspruchs „eigener Art“	83
II.	Notwendigkeit eines „Anspruchs eigener Art“ bei den Zahlungsverboten?.	83
III.	Zwischenergebnis.....	84
§ 6	Bewertung der dogmatischen Einordnung der Zahlungsverbote	85
I.	Rückschlüsse aus § 15b InsO ?	85
II.	Bewertung der Einordnung des Zahlungsverbots als Anspruch „eigener Art“	86
1.	Rechtsprechung	86
a)	BGH Urteil vom 18.11.2014 - II ZR 231/13.....	86
aa)	Kritik an der dogmatischen Einordnung des Zahlungsverbots als Erstattungsanspruch „eigener Art“	87
(I)	Einzelbetrachtung der Zahlungen versus Gesamtbetrachtung .	87
(II)	Unmittelbarkeitserfordernis	97
(III)	Zeitliche Reihenfolge von Leistung und Gegenleistung	101
(IV)	Nachträgliche Verschlechterung der ausgleichenden Gegenleistung.....	102
(V)	Tatbestandsverortung der „Verrechnung“ von Gegenleistungen.	103
(VI)	Einheitslehre vs. Trennungslehre	104
bb)	Zwischenergebnis zum BGH Urteil vom 18.11.2014 - II ZR 231/13	

b)	BGH Urteile vom 23.06.2015 - II ZR 366/13 und 08.12.2015 – II ZR 68/14:	122
aa)	Kritik	123
(I)	Einzelbetrachtung versus Gesamtbetrachtung	123
(II)	Unmittelbarkeitserfordernis	128
(III)	Gleichwertigkeit der Zahlungen.....	129
(IV)	Zwischenergebnis.....	130
c)	BGH Urteil vom 04.07.2017 - II ZR 319/15.....	130
aa)	Keine Übertragbarkeit der Lehre zum Bargeschäftsprivileg	131
bb)	Keine Anwendung der Lehre zum Sorgfaltsprivileg von angemessen vergüteter Austauschverträge	133
cc)	Kriterium der Verwertbarkeit der Gegenleistung	134
dd)	Zwischenergebnis.....	136
d)	BGH Urteil vom 19.11. 2019 – II ZR 233/18.....	136
e)	BGH Urteil vom 11.02.2020 – II ZR 427/18.....	137
aa)	Berücksichtigung von Vorauszahlungen	138
bb)	Ausnahme vom Unmittelbarkeitserfordernis	138
cc)	Widersprüchlicher Umgang mit schadensrechtlichen Grundsätzen	139
f)	BGH Urteil vom 17. 10. 2020 – II ZR 355/18.....	141
aa)	Berücksichtigungsfähigkeit von Vorleistungen	141
bb)	Berücksichtigungsfähigkeit von Vorleistungen bei Eigentumsvorbehalt.....	144
cc)	weitere Differenzierung für Zahlungen auf ein debitorisches Konto	144
g)	Rechtsprechung insgesamt.....	145
2.	weitere Literaturmeinungen	146
a)	Bargeschäftsprivileg.....	146
b)	Lehre des Privilegierungstatbestands eines sorgfältigen Geschäfts...	147

c)	Kein Haftungstatbestand einer verbotenen Zahlung	148
d)	Zwischenergebnis.....	148
III.	Bewertung der dogmatischen Einordnung der Zahlungsverbote als Schadensersatzansprüche	149
1.	Wortlaut.....	149
2.	Gesetzeshistorie.....	150
a)	Vor Einführung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches (ADHGB).....	150
b)	Einführung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches (ADHGB) im Deutschen Bund	152
c)	Aktienrechtsnovelle von 1884	155
d)	Zwischenergebnis:	160
e)	Weitere Entwicklung der Zahlungsverbote im GmbHG, HGB und AktG	160
aa)	GmbHG von 1892.....	160
bb)	Handelsgesetzbuch von 1897 für das Deutsche Reich.....	161
cc)	Wendepunkt durch das Gesetz vom 25.03.1930.....	162
f)	Zwischenergebnis Historie.....	164
3.	Übereinstimmungen der alternierenden schadensrechtlichen Haftungsmodelle.....	165
4.	Unterschiede der alternierenden schadensrechtlichen Haftungsmodelle	166
a)	Bewertung der alternierenden Haftungsmodelle.....	166
aa)	Schutzgesetzcharakter	167
(I)	Schutzgesetz zugunsten der, einen Quotenschaden erleidenden, Gläubiger?.....	168
(II)	Schutzgesetz zugunsten der einen Kontrahierungsschaden erleidenden Neugläubiger?	172
bb)	Anspruchsgrundlage der Haftung für verbotene Zahlungen.....	173

(I) § 15b InsO als spezialgesetzliche selbstständige Anspruchsgrundlage für den Quotenschaden der Gläubigersamtheit	173
(II) Zuordnung des Anspruchs nach § 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a InsO als einen solchen der Innenhaftung?.....	175
cc) Haftung für Zufallsschäden vom Schutzgesetzcharakter der Massesicherungspflichten erfasst ?	177
b) Zwischenergebnis: Bewertung der alternierenden Haftungsmodelle	179
5. Ergebnis: Organhaftung auf Verlustausgleich gem. § 15b Abs. 4 InsO .	179
§ 7 Fazit.....	179
Literaturverzeichnis	I
Abkürzungsverzeichnis	XIX

§ 1 Einleitung

I. Problemstellung

Noch immer ist ungeklärt, wie und auf welcher dogmatischen Grundlage die Einordnung der Geschäftsleiterhaftung bei verbotswidrigen „Zahlungen“ erfolgt. So formuliert zuletzt der Gesetzgeber des SanInsFOG¹ für das nunmehr in § 15b Abs. 4 InsO geregelte Zahlungsverbot, dass die umstrittene Rechtsnatur dieses Anspruchs und insbesondere die Frage, ob es sich um einen Schadensersatzanspruch oder einen Anspruch „eigener Art“ handelt, nicht abschließend entschieden werden soll.

Einführend ist aufzuzeigen, was unter dem Zahlungsverbot (§ 15b Abs. 1 InsO) zu verstehen ist. Das Zahlungsverbot greift ab Insolvenzreife einer Gesellschaft und verbietet grundsätzlich jede „Zahlung“ ab diesem Zeitpunkt, die zulasten des Gesellschaftsvermögens geht. Der Gesetzgeber nimmt hiervon jedoch jene Zahlungen aus, die unter den Ausnahmetatbestand der sorgfältigen Geschäftsleitung fallen (§ 15b Abs. 2, 3 InsO). Wird eine verbotene Zahlung begründet, löst dies grundsätzlich eine Erstattungspflicht des Geschäftsleiters aus (§ 15b Abs. 4 InsO). Dabei sind jedoch etwaige ausgleichende Gegenleistungen, welche in die Masse gelangt sind, haftungskompensierend zu berücksichtigen (§ 15b Abs. 4 S. 2 InsO). Das Zahlungsverbot soll gewährleisten, dass die Gläubiger, denen nur noch die Insolvenzmasse zur Verfügung steht, vor weiteren Vermögenseinbußen geschützt werden. Im Spannungsverhältnis dazu steht die Gefahr, bei einer zu strengen Haftung die Geschäftspolitik der Gesellschaft zu lähmen, sowie einen Innovations- und Investitionsstau zu verursachen.

Die Notwendigkeit der dogmatischen Einordnung der Haftung wegen eines Verstoßes gegen das Zahlungsverbot ergibt sich bereits aus der Anzahl der potenziellen Haftungsadressaten. Schließlich kommt es jedes Jahr zu zahlreichen Unternehmensinsolvenzen.² Ein weiterer Anstieg aufgrund der Covid-19 Pandemie

¹ RegBegr. SanInsFOG BT-Drs. 19/24181, S. 195; Inkrafttreten des § 15b InsO zum 1.1.2021 durch Art. 25 Abs. 1 SanInsFOG; BGBl. 2020 I 3256.

² Allein im Jahr 2021 gab es 13.993 Unternehmensinsolvenzen (Quelle: Statistisches Bundesamt: <https://www.destatis.de/DE/Themen/Branchen-Unternehmen/Unternehmen/Gewerbemeldungen-Insolvenzen/Tabellen/irins01.html> (zuletzt abgerufen am 28.06.2022); auch ist die Zahl von Organhaftungsprozessen mit Schadensvolumina von sieben- bis achtstelligen Beträgen über die

und der mit der Ukrainekrise einhergehenden exponentiellen Verteuerung von Rohstoffen³ und der daraus resultierenden wirtschaftlichen Krise vieler Unternehmen ist prognostiziert.⁴ Das bedeutet zwar nicht, dass es dabei stets zu einer Haftung des Geschäftsleiters kommt, zumal es ihm ebenso gelingen kann, die Gesellschaft wieder aus der Krise zu führen und die Insolvenzeröffnung abzuwenden. Allerdings wird der Geschäftsleiter, sofern er die Insolvenzreife überhaupt erkennt, stets versuchen alle Maßnahmen zur Rettung seines Unternehmens in der Krise auszuschöpfen. Unweigerlich setzt er sich bei einer Fortführung der Gesellschaft und Vornahme von masseschmälernden Zahlungen einem zentralen und potenziell existenzvernichtenden Haftungsrisiko (Privatinsolvenz) aus. Ebenso gehen häufig psychische Belastungen des „Scheiterns“⁵ einher, weshalb teilweise auch vom „Schreckensregime der Zahlungsverbote“⁶ oder einer „drakonischen“⁷ Haftung die Rede ist. In diesem Zusammenhang erlangte die Dogmatik der Zahlungsverbote für die potenziell haftenden Geschäftsleiter im Streit über den Deckungsschutz der D&O Versicherungen für Ansprüche von § 64 S. 1 GmbHG aF erhebliche Bedeutung. Denn die klassischen D&O Versicherungen greifen regelmäßig nur bei Schadensersatzansprüchen.⁸ Zu begrüßen ist es daher, dass der BGH in einer Grundsatzentscheidung, kurz vor Verabschiedung des SanInsFOG, dieser Unsicherheit entgegengetreten ist, indem er eine erweiterte Auslegung des maßgeblichen Schadensbegriffs, der allgemeinen Versicherungsbedingungen iSv

letzten Jahren angestiegen und hat im Zuge dessen auch einen Anstieg der Prämien der D&O Versicherungen um 10- 30 % bewirkt (Quelle: Handelsblatt vom 29.01.2013 (Nr. 20), S. 26, „Wenn Manager zum Risiko werden“); zur besonderen Insolvenzanfälligkeit der GmbH, vgl. *Casper*, in: HCL GmbHG Anh. § 62 Rn. 21 f.; hohe Quote an masselosen GmbH-Insolvenzen, vgl. *Altmeppen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 11.

³ Zu den explodierenden Energiepreisen, vgl. Mitteilung der IHK (Quelle: IHK Koblenz, Thema der Woche vom 21.03.2022, „Explodierende Energiepreise aktuell sehr große Herausforderung für die Wirtschaft“).

⁴ *Hülsmann* NWB 2021, 356 (357); vgl. Mitteilung der Deutschen Bundesbank v. 13.10.2020 zum Finanzstabilitätsbericht 2020.

⁵ *Haas* ZHR (178) 2014, 603 (614).

⁶ *Karsten Schmidt* ZIP 2008, 1401 (1403).

⁷ *Brinkmann* DB 2012, 1369.

⁸ Vgl. BGHZ 227, 279 = ZIP 2020, 2510; *Haas*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG § 64 Rn. 74 mwN; *Drescher*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 8. Aufl., 2019, Rn. 474; *Altmeppen* ZIP 2020, 937 (944); *Bitter* GmbHR 2021, 137; *Brinkmann/Schmitz-Justen* ZIP 2021, 24 f.; *K. Schmidt* ZHR 183 (2019), 2 ff.; *Schwencke/Röper* ZInsO 2020, 2453; a.A.: OLG Düsseldorf ZIP 2018, 1542; OLG Düsseldorf ZIP 2020, 2018; OLG Celle BeckRS 2016, 125428; *Jaschinsky/Wenz* GmbHR 2018, 1289; zurückhaltend und zur Vorsicht ratend: *Hülsmann* NWB 2018, 356 (361).

Ziff. 1.1 AVB für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Unternehmensleitern und Leitenden Angestellten (ULLA) vornimmt. Dies hat zur Konsequenz, dass gerade auch Ansprüche nach § 64 S. 1 GmbHG aF und § 15b InsO erfasst sind.⁹

Die Dogmatik der Normstruktur der Zahlungsverbote, nach der die intendierte Erhaltung des Gesellschaftsvermögens zur Befriedigung aller Gläubiger aus der Insolvenzmasse erfolgt, divergiert in Literatur und Rechtsprechung. Letztere hält noch immer an einem Erstattungsanspruch „eigener Art“ gegenüber der Gesellschaft auf Wiederauffüllung der Masse fest.¹⁰ Verwirrung löst dabei insbesondere die Anwendung des Vorteilsausgleichs als schadensdogmatischer Grundsatz bei gleichzeitiger Ablehnung der Rechtsnatur als Schadensersatz aus. Im Gegensatz dazu argumentieren vereinzelte sich im Vordringen befindende Stimmen in der Literatur, es handle sich um einen Schadensersatzanspruch der Gläubigergemeinschaft, gerichtet auf Ersatz ihres Quotenschadens. Abgestellt wird hierbei einerseits auf eine deliktische Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a InsO.¹¹ Während andererseits treffenderweise die schadensdogmatische Einordnung als Organhaftung auf Verlustausgleich im Rahmen der Insolvenzverschleppungshaftung aus § 15b InsO (§ 64 S. 1 GmbHG aF) selbst folgen soll.¹² Ausweislich der Regierungsbegründung¹³ wird die bisherige Rechtslage zu den Zahlungsverboten mit § 15b InsO fortgesetzt. Ferner wird auf eine Entscheidung des Reichsgerichts verwiesen, der zu Folge es sich bei dem Ersatzanspruch wegen verbotener Zahlungen

⁹ BGHZ 227, 279 = NJW 2021, 231 Rz. 15 ff.; vgl dazu auch: *Casper*, in HCL GmbHG Anh. § 62 Rn. 108 *Schneider/M. Schmidt-Leithoff*, in: Rowedder/Pentz Anh. II § 60 Rn. 59.

¹⁰ BGH ZIP 2020, 318; BGH ZIP 2017, 1619; BGHZ 206, 52 = NZG 2015, 998; BGH NZG 2016, 225; BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71; BGH GmbHR 2008, 702 (703); BGH ZIP 2005, 1550 (1552); BGHZ 146, 264 = NJW 2001, 1280 (1283); BGH NJW 1974, 1088 (1089); OLG Düsseldorf NZG 1999, 1066 (1067); *Haas*, in: Baumbach/Hueck GmbHG § 64 Rn. 12, 22. Aufl. 2019 (jetzt anders: *ders.*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG § 64 Rn. 18); *ders.*, NZG 2004, 737 (739); *Bork*, in: Bork/Schäfer § 64 GmbHG Rn. 1; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG § 92 Rn. 21, Stand 01.02.2022; *ders.*, in: Fleischer, VorstandsR-Hdb § 20 Rn. 51; *Habersack/Foerster* in: Großkomm z. AktG § 92 Rn. 134; *dies.* ZHR (178) 2014, 387 (390 ff.); *H.-F. Müller*, in: GmbHG § 64 Rn. 138 ff.; *ders.* DB 2015, 723 f.; *Kleindieck*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG § 64 Rn. 5; *Kolmann*, in: Saenger/Inhester GmbHG § 64 Rn. 5; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm AktG § 92 Rn. 24.

¹¹ Vertiefend *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 11, 189 f., 11. Auflage 2015; *ders.* NZG 2015, 129; *ders.* GmbHR 2010, 1319 ff.; *ders.* ZIP 2009, 1551 (1553 f.).

¹² *Altmeyen* ZIP 2020, 937 (938 f.); *ders.* NZG 2016, 521 (524 ff.); *ders.* ZIP 2015, 949 (952); *ders.* ZIP 2001, 2201 (2207); *ders./Wilhelm* NJW 1999, 673 (678 f.); *Altmeyen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 157 ff. m. w. N.; so auch *Wilhelm* ZIP 2007, 1781 (1784); *Link*, in: Wachter, AktG § 92 Rn. 27.

¹³ RegBegr. SanInsFOG BT-Drs. 19/24181, S. 195.

„offenbar um einen Schadensersatzanspruch handelt“¹⁴. Diese Bestätigung der schon vor Einführung des rechtsformneutralen § 15b InsO bestehenden schadensdogmatischen Einordnung ist zu begrüßen.¹⁵ Der, am 01.01.2021 im Rahmen des StaRUG (als Teil des SanInsFOG) eingeführte rechtsformneutrale § 15b InsO, hat die bisher gesellschaftsspezifisch geregelten Zahlungsverbote vereinheitlicht (§ 64 S. 1 GmbHG aF, § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG aF, §§ 130a Abs. 2 S. 1, 177a HGB aF; § 99 S. 1 GenG aF).¹⁶

Neben der Uneinigkeit über die Normstruktur des Zahlungsverbots besteht eine Kontroverse über die Ausgestaltung der Rechtsfolge zwischen Rechtsprechung und Literatur. Umstritten war bis zur Einführung des § 15b Abs. 4 S. 2 InsO insbesondere, inwieweit der Umfang der Haftung durch etwaige haftungsbegrenzende Zurechnungskriterien reduziert werden kann und inwiefern und unter welchen Anforderungen eine der Masse zugeflossene Gegenleistung die Erstattungspflicht (teilweise oder ganz) entfallen lässt. Während der BGH bis 2014¹⁷ noch ausnahmslos den Ersatz der addierten einzelnen Zahlungen befürwortete, erkennt er seither, für masseschmälernde Zahlungen denen eine Gegenleistung in „unmittelbar wirtschaftlichem Zusammenhang“ zugeflossen ist, eine Berücksichtigung an.¹⁸ Spätestens seit der Novellierung der Zahlungsverbote und Einführung des § 15b Abs. 4 S. 2 InsO ist diese sture Addition der einzelnen Zahlungen allerdings nicht mehr haltbar. Verfehlt ist die zu unhaltbaren Ergebnissen führende Einzelbetrachtung der jeweiligen Zahlungen, da häufig der Zufall darüber entscheidet, ob eine Gegenleistung mittelbar oder unmittelbar erfolgt. Teile der Literatur stellen wiederum darauf ab, ob es sich um ein Bargeschäft handelt und werten eine Zahlung mit angemessener Gegenleistung in diesem Falle als

¹⁴ RGZ 159, 211, 229 f.

¹⁵ Vgl. *Hodgson* NZI-Beilage 2021, 85 (87); *Göb/Nebel* NZI 2021, 17 (18); *Brinkmann* ZIP 2020, 2361 (2367).

¹⁶ Aufhebung der bisher gesellschaftsspezifisch geregelten Zahlungsverbote durch Art. 14 -17 SanInsFOG, BGBl. 2020 I S. 3256 (3296 f.); vgl. auch: *Gehrlein* DB 2020, 2393; die Insolvenverschleppungshaftung bezieht auch die Geschäftsführer der GmbH & Co. KG in ihren Anwendungsbereich ein, siehe dazu: *Altmeppen*, GmbHG Anh. 64 Rn. 142 ff.; für Insolvenzverfahren, die vor dem 1.1.2021 beantragt wurden, greift das Übergangsrecht des Art. 103m EGIInsO, vgl. dazu *Altmeppen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 162 f.

¹⁷ BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71; vgl. auch: BGH ZIP 2010, 2400 Rz. 21; BGHZ 146, 264 = NJW 2001, 1280; BGH NJW 2003, 2316; BGH ZIP 2000, 1896.

¹⁸ BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71; BGHZ 206, 52 = NZG 2015, 998; BGH NZG 2016, 225; BGH ZIP 2017, 1619; BGH ZIP 2020, 318; BGH NZG 2020, 517; BGHZ 227, 221 = NZG 2021, 66.

sorgfältig.¹⁹ Andere sehen den Privilegierungstatbestand eines mit der Sorgfalt des Geschäftsleiters vereinbaren Geschäfts generell bei einer angemessenen Gegenleistung als erfüllt an²⁰ oder lassen bereits den Haftungstatbestand gänzlich entfallen.²¹ Wie noch herauszuarbeiten sein wird, ist richtigerweise allein auf den Ersatz der tatsächlich eingetretenen Masseschmälerung abzustellen. Hierfür ist im Rahmen einer Gesamtbetrachtung der Vermögenslage der erstattungspflichtige Verlustausgleich zu ermitteln.

II. Gang der Untersuchung

Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit ist vor diesem Hintergrund die Untersuchung der Dogmatik der Zahlungsverbote. Dabei ist zunächst darauf hinzuweisen, dass aufgrund der erfolgten Novellierung der Zahlungsverbote in § 15b InsO durch das SanInsFOG, § 64 S. 1 GmbHG aF stellvertretend für alle übrigen vormaligen Zahlungsverbote im Zuge der Untersuchung genannt wird.

Hierbei widmet sich Kapitel § 2 einfürend der Zielsetzung des Zahlungsverbots.

In einem nächsten Schritt soll in Kapitel § 3 der Anwendungsbereich des Zahlungsverbots dargestellt werden. Hierbei werden unter (I.), die das Zahlungsverbot auslösenden Insolvenzgründe begrifflich herausgearbeitet. Anschließend wird unter (II.) der Anwendungsbereich des Zahlungsverbots, sowohl in sachlicher (1.), persönlicher (2.), als auch zeitlicher (3.) Hinsicht dargestellt. Des Weiteren wird der subjektive Tatbestand des Zahlungsverbots (4.), sowie dessen Entstehung, Geltendmachung und Verjährung (5.), näher erläutert.

¹⁹ Zurückhaltend, allerdings nach wie vor favorisierend: *Gehrlein* NZG 2022, 291 (295 f.); *ders.* NZG 2021, 59 (60 f.); zustimmend: *ders.* ZInsO 2015, 477 (482); *ders.* ZHR (181) 2017, 482 (505 f.); *Geißler* GmbHR 2011, 907 (909): an einen zeitlichen Zusammenhang anknüpfend; *Haas*, in: *Baumbach/Hueck GmbHG § 64 Rn. 71*, 21. Aufl. 2017 mwN (anders: *ders.*, in: *Baumbach/Hueck § 64 Rn. 71*, 22. Aufl. 2019); *ders.* NZG 2004, 737 (738); *Habersack/Foerster* ZGR 2016, 153 (181); *dies.* ZHR (178) 2014, 387 (403); *Strohn* NZG 2011, 1161 (1164 f.); *ders.* DB 2015, 55 (58); *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht S. 716 f.

²⁰ Vgl. OLG Schleswig ZInsO 2007, 948 (950); *Haneke* NZI 2015, 499 (502 f.) jew. mwN; *Koch*, in: *Hüffer/Koch AktG § 92 Rn. 34*, 12. Aufl. 2016; *Mertens/Cahn*, in: *KölnKomm AktG § 92 Rn. 28*; *Nerlich*, in: *MHLS GmbHG § 64 Rn. 22*; *Poertzgen* ZInsO 2011, 305 (307); *Röhrich* ZIP 2005, 505 (511); *Schulze-Osterloh*, in: *FS Bezenberger*, 2000, S. 415 (424 f.); *Ulmer*, in: *Hachenburg GmbHG § 64 Rn. 42*, 8. Aufl. 1997; *Schneider/M. Schmidt-Leithoff*, in: *Rowedder/Pentz Anh. II § 60 Rn. 33 ff.*; (deutlicher noch: *Schmidt-Leithoff/Schneider*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG § 64 Rn. 36 f.*, 6. Aufl. 2017).

²¹ Vgl. *Arnold*, in: *Henssler/Strohn GesR § 64 GmbHG Rn. 20*; *Casper*, in: *HCL GmbHG Anh. § 62 Rn. 116*; *H.-F. Müller*, in: *MüKo GmbHG § 64 Rn. 174*; *ders.* DB 2015, 723 (724); *Kleindiek*, in: *FS U.H. Schneider*, 2011, 617 (621); *ders.* in: *Lutter/Hommelhoff GmbHG § 64 Rn. 17*.

In Kapitel § 4 erfolgt eine Darstellung zu den verschiedenen Begründungsversuchen, die sich zur dogmatischen Einordnung der Zahlungsverbote entwickelt haben. Der Einstieg erfolgt über einen Problemaufriss zu den Unsicherheiten, welche sich aus der Regierungsbegründung zu § 15b SanInsFOG bezüglich einer „Verbindung zu einem einheitlichen Ansatz“ von den zentralen dogmatischen Einordnungsansätzen ergeben (I.). Im Folgenden wird unter (II.) die von der Rechtsprechung und großen Teilen der Literatur vertretene Einordnung der Zahlungsverbote als Erstattungsanspruch „eigener Art“ dargestellt. Hierfür wird zum einen die Entwicklung in der Rechtsprechung (1.) und der Meinungsstand der befürwortenden Stimmen aus der Literatur (2.) aufgezeigt. Unter (III.) wird sodann die Gegenposition der dogmatischen Begründung des Zahlungsverbots als Schadensersatzanspruch dargestellt nach dem Modell von *Karsten Schmidt* (1.) und dem von *Altmeyden/Wilhelm* bzw. dem von *Altmeyden* seit Neueinführung des § 15b InsO vertretenen Modell (2.).

In Kapitel § 5 wird der Versuch einer Kombination der konträren Begründungsversuche untersucht.

Kapitel § 6 beschäftigt sich eingehend mit der Bewertung der beiden Begründungsversuche und widmet sich unter (II.) den Schwächen der dogmatischen Einordnung der Zahlungsverbote als Erstattungsanspruch „eigener Art“ durch die Rechtsprechung und herrschende Meinung. Zuletzt wird die befürwortete schadensdogmatische Einordnung der Zahlungsverbote (III.) behandelt und bewertet. Dabei erfolgt sowohl eine Herleitung nach dem Wortlaut (1.) als auch nach dem historischen Willen des Gesetzgebers (2.). Es werden weiter die Übereinstimmungen der alternierenden schadensrechtlichen Haftungsmodelle (3.) veranschaulicht sowie die Unterschiede dieser Modelle (4.). Dabei erfolgt eine eingehende Auseinandersetzung über den Schutzgesetzcharakter der Zahlungsverbote und der Insolvenzantragspflicht sowie die Erforschung der zentralen Frage nach der maßgeblichen Anspruchsgrundlage für die Haftung wegen eines Verstoßes gegen das Zahlungsverbot. Schließlich wird das überzeugende Modell einer Organhaftung auf Verlustausgleich festgestellt (5.).

Abschließend sollen in Kapitel § 7 die gewonnen Erkenntnisse dargestellt werden.

§ 2 Zielsetzung des Zahlungsverbots

Zunächst gilt es die übergeordnete Zielsetzung des Zahlungsverbotes heraus zu arbeiten. Um den Normzweck bestimmen zu können ist insbesondere zu erörtern, wen das Zahlungsverbot zu schützen beabsichtigen soll und welche Rechtsfolgen sich für die Ersatzpflicht des Geschäftleiters ergeben. Den Dissens in Rechtsprechung und Literatur gilt es insofern darzustellen und zu bewerten.

I. Sicherung der verteilungsfähigen Insolvenzmasse

Weitgehende Einigkeit besteht darüber, dass das Zahlungsverbot nach § 15b InsO, ebenso wie die Zahlungsverbote nach dessen Vorgängernormen (§ 64 S. 1 GmbHG aF, § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG aF, §§ 130a Abs. 2 S. 1, 177a HGB aF, § 99 S. 1 GenG aF) das Ziel der Sicherung der verteilungsfähigen Insolvenzmasse im Interesse der Gläubiger zum Inhalt haben.²² Die bezweckte Massesicherung dient (als eine von mehreren Folgen)²³ zumindest mittelbar²⁴, dem Gläubigerschutz insofern als Masseverkürzungen zulasten zukünftiger Gläubiger verhindert werden sollen und die Masse zur Befriedigung sämtlicher Gläubiger erhalten werden soll. Der Schutz der Gläubiger vor einem (Quoten-)²⁵ Schaden erfolgt dergestalt, dass das Gesellschaftsvermögen bei einer eingetretenen Masseschmälerung wieder aufzufüllen und somit auszugleichen ist, wodurch den Gläubigern diejenige Insolvenzquote gewährt werden kann, welche ihnen bei pflichtgemäßer Geschäftsführung zustehen würde.²⁶ Uneinigkeit herrscht allerdings darüber, inwiefern die Sicherung der verteilungsfähigen Masse, losgelöst von der Gläubigergleichbehandlung, den alleinigen Schutzzweck bildet. Teile der Literatur

²² Dazu die RegBegr. SanInsFOG BT-Drs. 19/24181, S. 195: „Erreichung des Zwecks der Zahlungsverbote –die Erhaltung der Masse im Interesse der Gläubiger.“; vgl. auch: Begr. RegE SanInsFOG, S. 228; *Weber/Dömmecke*, in: Braun InsO § 15b Rn. 1; *Gehrlein* BB 2021, 66 (80).

²³ *Casper*, in: HCL GmbHG Anh. § 62 Rn. 6 f.: der den Gläubigerschutz wohl als einen von mehreren Regelungszielen wertet, ohne die anderen Regelungsziele konkret zu bezeichnen.

²⁴ Vgl. *Altmeyen* ZIP 2015, 949 (950 f.) mwN; *ders./Wilhelm* NJW 1999, 673 (679); *Altmeyen*, GmbHG § 64 Rn. 1, 10. Aufl. 2021; kritisch gegenüber einem bloß mittelbaren Gläubigerschutz: *Casper*, in: HCL GmbHG Anh. § 62 Rn. 98.

²⁵ Zum Begriff des „Quotenschadens“, vgl. Kapitel § 3, S. 24; zur Aufgabe des Begriffs eingehend: *Altmeyen* ZIP 2022, 1413 (1418 f.); *Altmeyen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 155.

²⁶ Vgl. Fn. 24; BGH NZG 2016, 550 (551 Rz. 15); BGH NZG 2011, 624 (626 Rz. 20); BGH NJW 2008, 2504 (2505 Rz. 10); *Altmeyen* ZIP 2021, 1 mwN; *Haas*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG § 64 Rn. 8: sog. Schutzfunktion; *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 16, 68 ff., 197 ff., 11. Auflage 2015; vgl. auch: *Koch*, in: Koch AktG § 92 Rn. 47.

bewerten die Gläubigergleichbehandlung gerade nicht als „spezifischen Schutzzweck“ des Zahlungsverbotes, da diese dem Insolvenzverfahren generell immanent sei.²⁷ Andere verstehen die Gläubigergleichbehandlung als weiteren selbständigen Schutzzweck neben der Masseerhaltung²⁸. Vereinzelt vertreten wiederum andere sogar, dass der Gläubigerschutz die alleinige Zielsetzung der Zahlungsverbote sei.²⁹ Die Stellung der Gläubigergleichbehandlung gilt es daher im Folgenden zu klären.

II. Gläubigergleichbehandlung als weiterer oder selbständiger Zweck des Zahlungsverbots ?

Die Begründungsversuche für eine Umgrenzung des Normzwecks des Zahlungsverbots divergieren. Die Rechtsprechung des BGH ist in Bezug auf die Stellung der Gläubigergleichbehandlung insofern inkonsequent, als dass in der Vergangenheit die Gläubigergleichbehandlung zur substanziellen Massesicherung entweder als eine untergeordnete Position betrachtet wurde oder als ein selbständiger zu verfolgender Zweck angesehen wurde. So stellte der BGH in einem Urteil vom 18.03.1974 etwa zunächst darauf ab, dass die Befriedigung einzelner Gläubiger zum Schutz der Masse zu verhindern sei und dass die Benachteiligung der Konkursmasse nach § 64 Abs. 2 GmbHG aF zu ersetzen sei.³⁰ Dann legte er ausschließlich die Masseerhaltungsfunktion im Gläubigerinteresse zugrunde.³¹ Wiederum ein anderes Mal sah er den ausschließlichen Zweck hingegen darin, die Gläubigerbevorzugung zu verhindern (*pari conditionis creditorum*).³² Schlussendlich wurde das Ziel auch in der Verhinderung von Masseverkürzungen im Vorfeld zum Insolvenzverfahren

²⁷ *Karsten Schmidt*, in: *Scholz GmbHG § 64 Rn. 6*, 11. Auflage 2015; *ders.* ZHR (168) 2004, 637 (653 f.).

²⁸ Für eine Doppelfunktion: *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz AktG § 92 Rn. 18*, 4. Aufl. 2019 mwN; (jetzt: *ders.*, in: *BeckOGK AktG § 92 Rn. 18*, Stand 01.02.2022; *ders.*, in: *Fleischer VorstandsR-HdB § 20 Rn. 49*; *Goette ZInsO* 2005, 1 (3); *Haas NZG* 2004, 737 (738); *Spindler*, in: *MüKo AktG § 92 Rn. 23 f.* mwN; *Habersack/Foerster* (178) 2014, 387 (396).

²⁹ BGH NZI 2021, 45 (51) mit Anm. *H.-F. Müller*; *ders.*, in: *MüKo GmbHG § 64 Rn. 3*; *Schulze-Osterloh*, in: *FS Bezenberger*, 2000, S. 415 (419 ff.), welcher gerade irrig den alleinigen Zweck der Zahlungsverbote in der Gläubigergleichbehandlung sieht. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden, zumal die Gläubigergleichbehandlung der Masseerhaltung als Anknüpfungspunkt nachgelagert ist, wie sich bereits aus der Rechtsfolge der Norm ergibt; a.A.: *Arnold*, in: *Henssler/Strohn GesR § 64 GmbHG Rn. 2 f.*

³⁰ BGH NJW 1974, 1088 (1089).

³¹ BGH NJW-RR 1996, 1443 (1445).

³² BGHZ 146, 264 = NJW 2001, 1280 (1282).

gesehen und sofern tatsächlich masseschmälernde Zahlungen getätigt wurden, sollten diese wieder zur Auffüllung der Masse verwendet werden, um eine ranggerechte und gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger zu erreichen.³³ Andererseits wird der Normzweck im Interesse der Gläubiger an der Masseerhaltung gesehen,³⁴ zum Teil gekoppelt mit einer Gläubigergleichbehandlung³⁵.

Aus dieser Darstellung der Rechtsprechung ist ersichtlich, dass der BGH selbst keine klare Linie gefunden hat und einen überzeugenden Begründungsversuch schuldig geblieben ist.

Die Stellung der Gläubigergleichbehandlung gilt es daher herauszuarbeiten. Dabei sind jene Stimmen in der Literatur zu bewerten, welche, wie bereits aufgezeigt, das Ziel des Zahlungsverbots in der Massesicherung, welche (zumindest mittelbar) dem Gläubigerschutz dient, erkennen. Darüber hinaus muss sich mit jenen Stimmen aus der Literatur befasst werden, die die ranggerechte und gleichmäßige Gläubigerbefriedigung im Vorfeld der Insolvenzverfahrenseröffnung entweder neben oder sogar als alleinigen Zweck anstelle der Massesicherung als Zielsetzung der Zahlungsverbote werten.

1. Bewertung der Gläubigergleichbehandlung als selbständiger oder weiterer Zweck

Die Prämisse, dass die Gläubigergleichbehandlung einen selbständigen Zweck des Zahlungsverbots anstelle³⁶ oder neben³⁷ der Massesicherung darstellt, geht fehl.³⁸ Einerseits ist es zwar richtig, dass das Insolvenzverfahren selbst eine Gläubigergleichbehandlung anstrebt und dass das Zahlungsverbot dieser durch

³³ BGH NZG 2016, 550 (551 Rz. 15); BGH NZG 2009, 550 (551 Rz. 12); BGH NJW 2003, 2316 (2317).

³⁴ BGHZ 227, 221 = NZG 2021, 66 (71 Rz. 47); NZG 2015, 101 (103 Rn. 17); BGH NZG 2007, 678 (679 Rz. 4).

³⁵ Vgl. BGH ZIP 2020, 318 (319 Rz. 15); BGH NZG 2014, 1069 (1070); BGH NZG 2011, 624 (626 Rz. 20); BGH NZG 2010, 346 (347 Rz. 10); BGHZ 146, 264 = NZG 2001, 361 (364 BGHZ 143, 184 = NJW 2000, 668).

³⁶ *Schulze-Osterloh* in FS Bezzenger, 2000, S. 415 (419 ff.).

³⁷ Vgl. BGH NZG 2009, 550 (551 Rz. 12); BGHZ 143, 184 = NJW 2000, 668; *Hagebusch/Fischer*, in: FS Klaus Wimmer, 2017, 263 (274); *Casper*, in: HCL GmbHG Anh. § 62 Rn. 6; *Berbufer* NZI 2018, 919 (922); *Fleischer* in BeckOGK § 92 Rn. 20, Stand 01.02.2022; *ders.*, in: *Fleischer VorstandsR-HdB* § 20 Rn. 49; *Goette* ZInsO 2005, 1 (3); *Haas*, in: *Noack/Servatius/Haas GmbHG* § 64 Rn. 6 ff.; NZG 2004, 737 (738); *Spindler*, in: *MüKo AktG* § 92 Rn. 23 f.

³⁸ Vgl. *Haas*, in: *Noack/Servatius/Haas GmbHG* § 64 Rn. 9; *Karsten Schmidt*, in: *Scholz GmbHG* § 64 Rn. 6, 11. Auflage 2015; *Sandhaus*, in: *Gehrlein/Born/Simon GmbHG* § 64 Rn. 3.

Aufrechterhaltung der Masse dient und ferner einer Abweisung mangels Masse entgegensteuert.³⁹ Andererseits gilt es zu erkennen, dass es sich bei der Gläubigergleichbehandlung nicht um einen selbständigen Zweck, der auf den Zeitraum vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens übertragen werden kann, handelt. Überlegungen, wonach die Masseerhaltung bloß ein „Mittel“ zur Erreichung eben dieses „Zwecks“ der Gläubigergleichbehandlung darstellt⁴⁰, sind nicht überzeugend, zumal die Auslegung der Norm gerade im Kern dennoch anhand „des Mittels“ der Masseerhaltung zu erfolgen hätte. Daraus folgt, dass zentrale Voraussetzung für die Gläubigergleichbehandlung die Erhaltung der Masse ist, da nur so gewährleistet werden kann, dass überhaupt etwas vorhanden ist, was unter den Gläubigern verteilt werden kann. Insofern ist die Gläubigergleichbehandlung der Masseerhaltung denknotwendigerweise nachgelagert und kann somit gerade kein gleichrangiger Zweck des § 15b InsO (§ 64 S. 1 GmbHG aF) sein.

Obwohl der BGH teilweise die Masseerhaltung „und“ die *par conditio creditorum* in seinen Urteilen aufgegriffen hat, kann aus dieser kumulativen Formulierung noch kein (weiterer) selbständiger Zweck gefolgert werden.⁴¹ In Anbetracht dessen, dass der BGH in seiner jüngerer Rechtsprechung die Gläubigergleichbehandlung nicht mehr in dieser Regelmäßigkeit nennt, kann demnach diese Formulierung jedenfalls nicht mehr ohne weiteres als eindeutiges Indiz für einen selbständigen Zweck herangezogen werden.⁴²

Bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens bezieht sich der ausschließliche Zweck des Zahlungsverbots auf die Massesicherung. Dass die Massesicherung im Interesse der Gläubiger erfolgt,⁴³ sollte so verstanden werden, dass die Gläubigergleichbehandlung nur mittelbar bzw. reflexhaft geschützt wird.⁴⁴ Einen ausschließlichen Zweck des Zahlungsverbots in der

³⁹ Vgl. *Kolmann*, in: Saenger/Inhester GmbHG § 64 Rn. 2; *Haas*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG § 64 Rn. 15; Bachmann ZIP 2015, 101 (107 f.).

⁴⁰ So *Henckel*, in: Jaeger InsO § 1 Rn. 2, 5; a.A.: *Brinkmann/Zipper* ZIP 2011, 1337 (1338).

⁴¹ BGH 2014, 1069 (1070 Rz. 15); BGH NZG 2007, 462 (463 Rz. 8).

⁴² Vgl. etwa: BGH ZIP 2017, 1619 (1035 Rz. 10).

⁴³ RegBegr. SanInsFOG BT-Drs. 19/24181, S. 195.

⁴⁴ Altmeppen, GmbHG § 64 Rn. 1, 10. Aufl. 2021; *ders./Wilhelm* 1999, 673 (678); *ders.* ZIP 2001, 2205 ff.; ähnlich: OLG Hamm ZIP 2012, 2106: Gläubigerschutz als bloßer Reflex; a.A.: *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 6, 11. Auflage 2015: § 64 GmbHG dient dem Schutz der Gesamtgläubiger.

Gläubigergleichbehandlung anzunehmen⁴⁵, vermag nicht zu überzeugen. Schließlich ordnet die Rechtsfolge von § 15b Abs. 4 S. 1, Abs. 1 S. 1 InsO (§ 64 S. 1 GmbHG aF) eine Pflicht zu Erstattung der unzulässig getätigten Zahlungen an. Die Erstattung der Masseschmälerung führt zu einer Kompensation des Verstoßes gegen die Massesicherung. Auf die Gläubigergleichbehandlung kommt es dabei gerade nicht an.

Fraglich erscheint, ob durch eine Parallele der Regelungen über die Insolvenzanfechtung zum Zahlungsverbot der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung als selbständiger Zweck des Zahlungsverbots begründet werden kann. Die Normen der Zahlungsverbote (jetzt: § 15b InsO, früher: § 64 S. 1 GmbHG aF) wurden mit denen der Insolvenzanfechtung (§§ 129 ff. InsO) teilweise vor dem Hintergrund des Masseerhaltungsgrundsatzes als Schwesternormen bewertet.⁴⁶ Abgestellt wird hierbei gerade auf den Masseschutz, welchem sowohl die Zahlungsverbote als auch die Insolvenzanfechtung, dient.⁴⁷ Das Zahlungsverbot sichert die Masse, indem grundsätzlich ab Insolvenzreife keine Zahlungen mehr getätigt werden dürfen. Bei einer erfolgreichen Insolvenzanfechtung durch den Insolvenzverwalter wird die Masse ebenso geschützt, indem hierbei Vermögensverschiebungen zum Nachteil der Gläubiger schon im Vorfeld des Insolvenzverfahrens rückgängig gemacht werden können oder in dem anstehende Vermögensminderungen verhindert werden.⁴⁸ Telos der Insolvenzanfechtung ist gem. § 1 InsO die Gläubigergleichbehandlung, welche an verschiedenen Stellen wie etwa in den §§ 129 InsO ihren Ausdruck findet. Unterstellt, der Normzweck des Zahlungsverbots liege ebenso in der Gläubigergleichbehandlung, hätte dies zur Konsequenz, dass es sich bei dem Zahlungsverbot um einen Sonderfall eines Anfechtungstatbestands handeln würde und nicht um eine eigenständige Regelung. Diese Annahme verkennt jedoch, dass insbesondere in Bezug auf die Schutzwirkung der jeweiligen Norm grundlegende Unterschiede zwischen den Instituten der Gläubigergleichbehandlung und der Masseerhaltung bestehen. So ist der

⁴⁵ So *Schulze-Osterloh* in FS Bezenberger, 2000, S. 415 (419 ff.).

⁴⁶ *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, S. 695 f.; *Haas NZG* 2004, 737 (740 ff.); *Goette DStR* 2003, 887 (893); *Gehrlein ZInsO* 2015, 477.

⁴⁷ *Karsten Schmidt*, in: K.Schmidt InsO § 129 Rn. 1; *Kruth NZI* 2014, 981 (982).

⁴⁸ Vgl. *Büteröwe*, in: K.Schmidt InsO § 143 Rn. 7 ff.; *Thole*, in: HK-InsO § 143 Rn. 4 ff.; *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck InsO § 129 Rn. 1; *de Bra* in: Braun InsO § 129 Rn. 1 ff.

Haftungsschuldner einer Insolvenzanfechtung nach §§ 129 ff. InsO der Leistungsempfänger, während in Abgrenzung dazu die Massesicherungspflichten - Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO) und des Zahlungsverbots (jetzt: § 15b InsO; § 64 S. 1 GmbHG aF) - auf eine Haftung des Geschäftsführers abstellen. Es wäre folglich systemwidrig, den Geschäftsführer und nicht den Zahlungsempfänger für die Erstattung verbotener Zahlungen in Anspruch zu nehmen, da sich die Anfechtung gegen den Empfänger richtet.⁴⁹ Dieser Widerspruch wird teilweise zu Unrecht hingenommen⁵⁰ und damit begründet, dass die Haftungsregeln der Zahlungsverbote keine Anfechtungsnormen im eigentlichen Sinne seien, sondern dass diese Institute bloß eine Gleichrichtung haben⁵¹, indem beide Regelwerke eine Haftung für diejenigen Personen begründen, welche mit einem Fehlverhalten an der Insolvenz beteiligt sind. Auf diese Art und Weise soll dem Problem einer nicht funktionierenden Verhaltenssteuerung des Insolvenzschuldners im Vorfeld der Insolvenz und im Insolvenzverfahren begegnet werden.⁵²

Spätestens seit der Grundsatzentscheidung von 2014 geht die herrschende Meinung jedoch davon aus, dass die Zahlungsverbote und die Insolvenzanfechtung unverbunden nebeneinanderstehen, sich dementsprechend nicht beeinflussen und folglich losgelöst von einander geltend gemacht werden können.⁵³

Im Insolvenzverfahren steht dem Insolvenzverwalter dabei ein Wahlrecht zu, ob er den Geschäftsführer oder den Zahlungsempfänger in Anspruch nimmt.⁵⁴ Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass der Insolvenzverwalter aus „Zweckmäßigkeitserwägungen“ nicht „eine Vielzahl von Anfechtungsprozessen gegen verschiedene Zahlungsempfänger“ durchführen muss, sondern sich direkt

⁴⁹ *Arnold*, in: Henssler/Strohn GesR § 64 GmbHG Rn. 3; *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 6, 11. Auflage 2015; ders. ZIP 2005, 2177 (2182); ders. ZHR (168) 2004, 637 (654).

⁵⁰ *Schall*, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, S. 186 ff.

⁵¹ *Haas*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG § 64 Rn. 10: eine völlige Parallelität zwischen den beiden Rechtsinstituten besteht nicht.

⁵² *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht S. 703.

⁵³ BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71; BGH NJW 2003, 2316 (2317); *Habersack/Foerster* ZGR 2016, 153 ff.; *Haas* NZG 2013, 41 (43 Fn. 15).

⁵⁴ Vgl. OLG Oldenburg GmbHR 2004, 1014 Rn. 14; *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 66, 11. Auflage 2015; *Kleindieck*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG § 64 Rn. 17, 43; *Kreuzberg* NZG 2016, 371 (374 f.); *Pape* ZInsO 2001, 397 (402); *Kreuzberg* NZG 2016, 371 (374 f.); a.A.: *Proske* DB 2015, 2195 (2196): wenn die Anfechtung „klar auf der Hand liegt und realisierbar ist“, ist diese vorrangig.

gegen den Geschäftsleiter wenden darf.⁵⁵ Wird der Geschäftsleiter in die Haftung genommen, so trifft ihn eine Erstattungspflicht in Höhe des Verlustes der Masse. Wird hingegen der Zahlungsempfänger in Anspruch genommen, so ist die infolge einer erfolgreichen Insolvenzanfechtung, in die Masse zurückerlangte Summe bei der Berechnung des Gesamtschadens, für welchen der Geschäftsleiter haftet, zu berücksichtigen. Bei Zugrundelegung der Einzelbetrachtungslehre der Rechtsprechung und herrschenden Meinung sollen dem Geschäftsleiter in Konsequenz die entsprechenden Anfechtungsansprüche für einzelne verbotene Zahlungen gegen den Zahlungsempfänger nach dem Rechtsgedanken des Zessionsregresses von § 255 BGB (analog) abgetreten werden, um so dem schadensrechtlichen Bereicherungsverbot zu entsprechen.⁵⁶ Andere Stimmen in der Literatur nehmen fälschlicherweise eine Gesamtschuld zwischen dem Geschäftsleiter und dem Anfechtungsschuldner an und verkennen, dass die Erstattungspflicht wegen eines Verstoßes gegen das Zahlungsverbot stets in voller Höhe des Verlustes der Masse ist.⁵⁷ Gerade diese getrennte Inanspruchnahme durch den Insolvenzverwalter zeigt auf, dass nicht vom Normzweck eines Gläubigerschutzes in der Insolvenzanfechtung auf denselben für die Zahlungsverbote geschlossen werden kann.

In Hinblick auf das Haftungsrisiko führt ein Vergleich der beiden Institute auch zu unterschiedlichen Ergebnissen. So hat der Leistungsempfänger/Anfechtungsgegner, im Rahmen der Insolvenzanfechtung zur Wiederherstellung der ursprünglichen Vermögenslage lediglich die Vermögensverfügung zurück zu gewähren, sodass ihm keine darüberhinausgehenden Haftungsrisiken drohen.⁵⁸ Dagegen wird der Geschäftsleiter aufgrund eines Verstoßes gegen das Zahlungsverbot zur Erstattung

⁵⁵ KG NZI 2022, 573.

⁵⁶ BGHZ 146, 264 = NJW 2001, 1280; BGH NZG 2009, 750 (752 Rz. 21); *Kirchhof/Piekenbrock*, in: MüKo InsO § 143 Rn. 25 ff.; *H.-F. Müller* DB 2015, 723 (728); *Flöthner/Korb* ZIP 2012, 2333 (2334); *Fleischer*, in: BeckOGK AktG § 92 Rn. 45, Stand 01.02.2022; *Karsten Schmidt* ZHR (168) 2004, 637 (668 f.); kritisch: *Kolmann*, in: Saenger/Inhester GmbHG § 64 Rn. 69; so auch *H.F. Müller*, in: MüKo GmbHG § 64 Rn. 217; anderes gilt danach für den Fall, dass der Geschäftsführer sich auf die Begrenzung nach § 15b Abs. 4 S. 2 InsO beruft; zur Abtretbarkeit des Anfechtungsanspruchs vgl.: *Kayser/Freudenberg*, in: MüKo InsO § 129 Rn. 214 ff.; zu den Schwierigkeiten der Einzelbetrachtung vgl. Kapitel § 6, S. 86 ff., 123 ff.

⁵⁷ Eing. *Altmeyen* Beilage zu ZIP 22/2016, 3 ff.; so aber: *Habersack/Förster* ZGR 2016, 153 (175, 178).

⁵⁸ *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck InsO § 143 Rn. 21; *Kayser/Freudenberg*, in: MüKo InsO Vor § 129 InsO Rn. 1 ff.; *Karsten Schmidt*, in: K.Schmidt InsO § 129 Rn. 1.

der Masseschmälerung persönlich verpflichtet, ohne dass ihm zuvor in gleicher Höhe Mittel zugeflossen sind. Demnach ist die Haftung wegen eines Verstoßes gegen das Zahlungsverbot für den Geschäftsleiter weitaus härter und beugt Verstößen insofern effektiver vor.⁵⁹ Jedoch vermag dieser Unterschied allein noch keine grundsätzliche Systemverschiedenheit beider Institute zu begründen.

Unstimmigkeiten ergeben sich darüber hinaus bei einer Übertragung des Zwecks der Gläubigergleichbehandlung auf das Zahlungsverbot dahingehend, dass sich die Erstattungspflicht dann nicht mehr auf eine Kompensation der masseschmälernden Zahlung richten würde, sondern eher auf eine Bestrafung wegen Missachtung der *par conditio creditorum*. Dieser dem deutschen Zivilrecht fremde Pönalisierungsgedanke ergäbe sich jedoch gerade daraus, dass eine Erstattung den Verstoß gegen die Gläubigergleichbehandlung nicht auszugleichen vermag.⁶⁰

2. Bewertung der Mittelbarkeit oder Unmittelbarkeit des Gläubigerschutzes

Die Annahme, dass der Zweck des Zahlungsverbots im unmittelbaren Gläubigerschutz zu sehen ist⁶¹, geht insofern fehl, als dass die Gläubiger gerade nur mittelbar durch Sicherung der Insolvenzmasse geschützt werden sollen. Die Annahme einer solchen mehrstufigen Schutzrichtung bringt die Literatur durch Formulierungen wie „damit“ und „um (...) zu“ zum Ausdruck.⁶²

Die Einordnung als mittelbarer Gläubigerschutz folgt bereits aus dem gesetzgeberischen Konzept, dass die Haftung wegen eines Verstoßes gegen das Zahlungsverbot (ehemals Art. 241 ADHGB; jetzt: § 15b Abs. 4 InsO) als ein Instrument der reinen Innenhaftung ausgestaltet worden ist, wie sich bereits aus der Begründung zur Aktienrechtsnovelle von 1884 ergibt.⁶³ Demnach ist eine Umdeutung dieses Konzepts zur Herleitung einer Außenhaftung *de lege lata* gerade

⁵⁹ *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht S. 702 f.

⁶⁰ Vgl. BGHZ 118, 312 = NJW 1992, 3096 (3104): danach ist die Bestrafung dem Strafmonopol des Staates zu geordnet, während das Zivilrecht hiervon absieht; *Canaris*, in: FS Deutsch, 1999, 85 (107): danach ist es keine legitime Funktion des Haftungsrechts eine fehlende Strafbarkeit zu kompensieren; *Rossbrey, Nicolas*: Abgabenzahlungspflicht und Zahlungsverbote bei Insolvenzureife der AG und GmbH, S. 352.

⁶¹ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 6, 11. Auflage 2015.

⁶² Vgl. *Bork*, in: Bork/Schäfer GmbHG § 64 Rn. 1; *Haas*, in: Baumbach/Hueck GmbHG § 64 Rn. 3 f., 22. Aufl. 2019; *Wicke*, GmbHG § 64 Rn. 19.

⁶³ Allgemeine Begründung zum Entwurf eines Gesetzes betreffend die KGaA und AG (1884), abgedruckt bei Schubert/Hommelhoff, 100 Jahre modernes Aktienrecht 1985, S. 407, 508.

nicht möglich. Ein vom Gesetzgeber lediglich mittelbar bezweckter Gläubigerschutz ergibt sich historisch ferner aus den Reichstagsverhandlungen von 1892 zum GmbHG, welche von einem unmittelbaren Anspruch der Gläubiger absahen und es für genügend erachteten, wenn die Erfüllung der Ersatzpflichten zugunsten eines gemeinsamen Nutzens der Gläubiger in die Konkursmasse geleistet wurde.⁶⁴

III. Bestandsinteresse der Gesellschaft als weiterer Zweck des Zahlungsverbots?

Anzudenken ist ferner eine präventive Schutzüberlegung, der zufolge das Zahlungsverbot bereits den Insolvenzeintritt als solchen verhindern soll, indem das Bestandsinteresse (Sanierung und Reorganisation) einer Gesellschaft vom Telos der Norm erfasst werde. Jedoch gilt es zu erkennen, dass im deutschen Recht kein Grundprinzip existiert, wonach die Gesellschaft vor einer Insolvenz zu schützen ist.⁶⁵ Überdies ergibt sich bereits aus § 1 InsO, dass der Schutzzweck des Zahlungsverbots das Bestandsinteresse einer insolventen Gesellschaft gerade nicht erfassen soll. Schließlich wird nach § 1 InsO die Unternehmenserhaltung im Rahmen des Insolvenzverfahrens für den Erhalt von Arbeitsplätzen zwar angestrebt, jedoch wird gerade kein generelles Verfahrensziel begründet, sondern sie dient lediglich dem übergeordneten Zweck der Gläubigerbefriedigung.⁶⁶

IV. Erzeugen einer Drucksituation zur Stellung eines Insolvenzantrags als weiterer Zweck des Zahlungsverbots?

Neben dem Zweck der Massesicherung wird teilweise vertreten, dass auch eine Druckfunktion als selbständiger Schutzzweck dem Zahlungsverbot zugrunde liegt, indem der Geschäftsleiter um eine potenzielle Haftung zu vermeiden, zur

⁶⁴ Verhandlungen des Reichstages, 8. Legislaturperiode 1890/92, Band 125, S. 3756.

⁶⁵ BGH NZI 2003, 315 (316); Beschlussempfehlung u. Bericht des RAusschusses zu § 1, BT-Dr 12/7302, S. 155; dazu *Haas*, in: Baumbach/Hueck GmbHG § 64 Rn. 92, 22. Aufl. 2019 mwN; *Ganter/Bruns*, in MüKo InsO § 1 Rn. 85.

⁶⁶ Vgl. *Ganter/Bruns*, in MüKo InsO § 1 Rn. 85; *Stürner*, in MüKo InsO Einleitung § 1 Rn. 2: danach handelt es sich bei der Unternehmenserhaltung um einen sekundären Verfahrenszweck; *Haas*, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz S. 19; a.A.: *Smid*, Hdb InsO § 1 Rn. 40, 6. Aufl. 2012: dieser nimmt ein Nebenziel an; ein gleichrangiges Verfahrensziel annehmend: *Prütting*, in: Kölner Schrift zur InsO, S. 221, 240 Rn. 60, 2. Aufl. 2000; *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, Rn. 356, 4. Aufl.

rechtzeitigen Stellung eines Insolvenzantrags gesteuert werden soll.⁶⁷ Richtigerweise wird zwar ein Anreiz zur rechtzeitigen Stellung des Insolvenzantrags geschaffen. Allerdings greift das Zahlungsverbot bereits ab Insolvenzreife und insofern vor der Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags, sodass von der Antragspflicht kein Druck auf das zeitlich vorgelagerte Zahlungsverbot (§ 15b InsO) ausgehen kann.⁶⁸ Von der dem Zahlungsverbot innewohnenden Erstattungspflicht geht lediglich eine abschreckende Wirkung für die Geschäftsleiter aus. Ein selbständiger Schutzzweck der Verhaltenssteuerung besteht hingegen nicht.

V. Zwischenergebnis

Zielsetzung des Zahlungsverbots ist die Massesicherung, welche mittelbar dem Gläubigerschutz dient, indem sie den Gläubigern diejenige Insolvenzquote gewährt, welche ihnen bei pflichtgemäßer Geschäftsführung zustehen würde. Daraus ist ersichtlich, dass der Zweck der Gläubigergleichbehandlung seiner Natur nach nicht gleichwertig neben dem Zahlungsverbot bestehen kann, da er diesem nachgelagert ist und demnach konsequenterweise von dem Zahlungsverbot nur mittelbar als Ziel beabsichtigt ist.

§ 3 Anwendungsbereich

Demzufolge gilt es zu klären, in welchen Konstellationen diese Zielsetzungen durch das Eingreifen des Zahlungsverbots herbeigeführt werden sollen. Dabei gilt es zwischen dem sachlichen, persönlichen und zeitlichen Anwendungsbereich zu unterscheiden. Zudem sind die maßgeblichen Insolvenzreife auslösenden Begriffe der Zahlungsunfähigkeit, der drohenden Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung festzulegen.

I. Begriffsbestimmungen

Ab Insolvenzreife dürfen keine masseschmälernden Zahlungen mehr getätigt werden, gem. § 15b Abs. 1 InsO. Die Insolvenzreife tritt ein, sofern bei einer

⁶⁷ OLG Hamburg ZIP 2019, 416 (419); *Lind* DB 2018, 1003; *Knittel/Schwall* NZI 2013, 782 (783); *Kruth* NZI 2014, 981 (982); *Haas*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG § 64 Rn. 7; *ders.* ZHR (178) 2014, 603 (605); *Casper*, in: HCL GmbHG Anh. § 62 Rn. 7; *Hoffmann*, in: Beck'sches Handbuch der GmbH § 5 Rn. 174; kritisch: *Bitter*, in Scholz GmbHG § 64 Rn. 22.

⁶⁸ Vgl. BGH NJW 2009, 2454 (2455 Rz. 12).

Gesellschaft Zahlungsunfähigkeit besteht oder ihre Überschuldung festgestellt wird, vgl. § 15b Abs. 1 S. 1, Abs. 4 S. 1 InsO. Einen weiteren, das Zahlungsverbot auslösenden, Insolvenzgrund bildet die drohende Zahlungsunfähigkeit, die einen Eigenantrag durch den Schuldner voraussetzt.

1. Zahlungsunfähigkeit

Der häufigste und insofern relevanteste Eröffnungsgrund für ein Insolvenzverfahren ist die Zahlungsunfähigkeit nach § 17 Abs. 1 InsO.⁶⁹ Eine Gesellschaft ist gem. § 17 Abs. 2 InsO zahlungsunfähig, wenn „sie nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen“. Bei Zahlungseinstellung wird die Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 Abs. 2 S. 2 InsO widerleglich vermutet.⁷⁰

Im Unterschied zu der im Zweifel sofort eintretenden Fälligkeit einer Forderung nach § 271 BGB, setzt „Fälligkeit“ nach § 17 Abs. 2 InsO darüber hinaus voraus, dass der Gläubiger die Leistung ernsthaft eingefordert hat.⁷¹ Hierfür reichen jegliche fälligkeitsbegründende Handlungen des Gläubigers aus, etwa das Zusenden einer Rechnung, aber auch die sich aus der ursprünglichen Vertragsabrede ergebende Fälligkeit, wie etwa der Zeitablauf eines Darlehens.⁷² Unbeachtlich sind folglich solche Forderungen, bei denen der Gläubiger der Gesellschaft einen Aufschub gewährt, wobei die Stundung auch formfrei, konkludent oder in Annahme einer Leistung erfüllungshalber möglich ist.⁷³ Zahlungsunfähigkeit setzt ferner voraus, dass die Gesellschaft zur Erfüllung ihrer fälligen Verbindlichkeiten dauerhaft außerstande ist. In regelmäßigen Abständen ist daher eine Liquiditätsbilanz

⁶⁹ so wurden im Jahr 2020 bzgl. Unternehmensinsolvenzen von 15841 Insolvenzanträgen insgesamt 7463 wegen Zahlungsunfähigkeit gestellt, 142 wegen Überschuldung und 7963 wegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung. Von diesen 15841 Insolvenzanträgen wurden wiederum 7457 Anträge bzgl. einer GmbH gestellt, wovon 1509 aufgrund von Zahlungsunfähigkeit, 86 wegen Überschuldung und 5663 wegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung gestellt wurden vgl. Quelle: https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_0006016_4/2020410201124.pdf S. 20 Stand 20.07.2021).

⁷⁰ *Bitter/Baschnagel* ZInsO 2018, 557 (579); *Schmidt*, in: HmbK-InsO § 15b Rn. 99; *Kolmann*, in: Saenger/Inhester GmbHG Vor § 64 Rn. 104 f.; *Schröder*, in: HK-InsO § 17 Rn. 35 ff., 48.

⁷¹ BGHZ 217, 130 = ZIP 2018, 283 (284 Rz. 15 ff.); BGH ZIP 2007, 1666 Rz. 10 ff.; *Bitter/Baschnagel* ZInsO 2018, 557 (578); *Erdmann* NZI 2007, 695 (696); *Altmeppen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 41; kritisch: *Schröder*, in: HK-InsO § 17 Rn. 14 ff: „ernsthaftes Einfordern“ sollte durch „tatsächliche Stundung“ ersetzt werden; *Bork* ZIP 2008, 1749 (1751 f.).

⁷² BGHZ 217, 130 = ZIP 2018, 283 (284 Rz. 16); BGH ZIP 2013, 79 (80 Rz. 8); BGH ZIP 2016, 1119 (1121 Rz. 31).

⁷³ *Schröder*, in: HK-InsO § 17 Rn. 10; BGH ZInsO 2008, 378 Rz. 22; *Grüneberg*, in: Grüneberg BGB § 364 Rn. 8.

aufzustellen, die Auskunft darüber gibt, ob die Gesellschaft mit den ihr zur Verfügung stehenden liquiden Mitteln die fälligen Verbindlichkeiten erfüllen kann. Hierfür wird der Betrag der liquiden Mittel, dem der fälligen Verbindlichkeiten zum gleichen Stichtag gegenüber gestellt.⁷⁴ Sofern es der Gesellschaft gelingt alle ihre Verbindlichkeiten innerhalb des Drei-Wochen-Zeitraums zu erfüllen, wird widerleglich vermutet, dass keine Zahlungsunfähigkeit besteht. Es handelt sich dann nur um einen vorübergehenden finanziellen Engpass, der lediglich eine Zahlungsstockung darstellt.⁷⁵

Andernfalls ist nach dem Umfang der Liquiditätslücke und der Weiterentwicklungsprognose zu differenzieren. Zum Zweck einer praktikableren und klareren Handhabung nimmt der BGH die Zahlungsunfähigkeit an, wenn eine Gesellschaft ihre fälligen Verbindlichkeiten aufgrund einer Liquiditätslücke von 10 % oder mehr innerhalb der drei Wochen nicht erfüllen kann.⁷⁶ Dabei handelt es sich nicht um eine „starre Grenze“, sodass hiervon im Einzelfall bei positiver Fortführungsprognose abgewichen werden kann.⁷⁷ Diese setzt eine überwiegende Wahrscheinlichkeit des Zuflusses von Fremdkapital voraus, ohne dass hierfür ein rechtlich gesicherter Anspruch oder eine rechtsverbindliche Zusicherung erforderlich ist.⁷⁸ Die Zahlungsunfähigkeit ist dann abzulehnen, wenn absehbar ist, dass die Gesellschaft die Liquiditätslücke vollständig oder fast vollständig mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft beseitigen wird und dieser Umstand den Gläubigern zumutbar ist.⁷⁹

⁷⁴ *Lind* DB 2018, 1003 (1004); BGH NZI 2007, 36 (38 Rz. 28): Einer Liquidationsbilanz bedarf es nicht, wenn die Zahlungsunfähigkeit anders festgestellt werden kann.

⁷⁵ *Mock*, in: Uhlenbruck InsO § 17 Rn. 26, 28; *Schröder*, in: HK-InsO § 17 Rn. 23 ff.; weitreichender BGHZ 217, 130 = ZIP 2018, 283 (286 Rz. 32 ff.): danach reicht es dem Einzelfall nach aus, dass die Gesellschaft innerhalb der drei Wochen wieder unter die 10 % Liquiditätslücke gelangt; *Altmeyen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 38; eingehend zur Abgrenzung: *Altmeyen*, in FS Krieger, 2020, 15 (20 ff.).

⁷⁶ BGH ZIP 2016, 1119 (1121 Rz. 31); BGHZ 163, 134 (144) = NJW 2005, 3062 (3065); *Bitter/Baschnagel* ZInsO 2018, 557 (578); *Schmidt*, in: HmbK-InsO § 15b Rn. 97; *Kolmann*, in: Saenger/Inhester GmbHG Vor § 64 Rn. 108; *Mock*, in: Uhlenbruck InsO § 17 Rn. 21, 28; *Altmeyen*, GmbHG Anh § 64 Rn. 38.

⁷⁷ BGHZ 163, 134 = ZInsO 2005, 807 (809 f.); *Altmeyen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 37; *Schröder*, in: HK-InsO § 17 Rn. 28: es handelt sich bloß um eine widerlegbare Vermutung.

⁷⁸ BGHZ 230, 255 = ZIP 1643 Rz. 78; OLG Düsseldorf NZG 2021, 1266; zur Fortführungsprognose bei „Start-Up-Unternehmen“, *Martini/Karrasch* NZI 2021, 858.

⁷⁹ OLG München GmbHR 2018, 368 (370); *Altmeyen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 37; *Schröder* HK-InsO § 17 Rn. 4; *Mock*, in: Uhlenbruck InsO § 17 Rn. 23: den Gläubigern zumutbar ist ein Zeitraum

Liegt dagegen eine Unterdeckung von weniger als 10 % vor, handelt es sich bloß um eine geringfügige Liquiditätslücke, die grundsätzlich keine Zahlungsunfähigkeit begründet.⁸⁰ Davon ausgenommen ist die Konstellation, in der absehbar ist, dass die 10 % Schwelle in naher Zukunft erreicht werden wird.⁸¹

Vom 2. Zivilsenat ausdrücklich abgelehnt wird die sogenannte Bugwellentheorie, welche gestundete Forderungen unberücksichtigt lässt.⁸² Hintergrund hierfür ist, dass im Fall der Stundung von Forderungen die Gefahr droht, dass an sich fällige Forderungen nicht berücksichtigt werden, indem der Geschäftsleiter dafür sorgt, dass innerhalb des Drei-Wochen-Zeitraums, die Fälligkeit gewisser Forderungen nach hinten verlegt wird um der Zahlungsunfähigkeit zu entgehen. Dies hätte allerdings zur Folge, dass der Schuldenberg der Gesellschaft vor ihr her geschoben werden kann.⁸³ Aus diesem Grund, sind die am Stichtag selbst und die innerhalb des Drei-Wochen-Zeitraums eingefordert und fällig werdenden Verbindlichkeiten als Passiva II in den Finanzplan einzubeziehen und entsprechend mit den verfügbaren und innerhalb der drei Wochen liquide zu machenden Mitteln, zu vergleichen.⁸⁴

2. Drohende Zahlungsunfähigkeit

Die drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) stellt einen weiteren Insolvenzgrund dar, der jedoch gem. § 18 Abs. 1 InsO nur bei Antragstellung durch die Gesellschaft Berücksichtigung findet. Der Schuldner hat insofern das Recht auf den Schutz des Insolvenzverfahrens durch Antragsstellung zurückzugreifen, ist dazu jedoch nicht

bis zu maximal 3 Monaten; weitergehend: *Fischer ZGR* 2006, 403 (408): danach sind sogar bis zu sechs Monaten zumutbar.

⁸⁰ Vgl. *Mock*, in: Uhlenbruck InsO § 17 Rn. 22; *Bußhardt*, in: Braun InsO § 17 Rn. 14; *Altmeppen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 36: Indiz ist ein Rückstand des Schuldners bei Sozialversicherungsträgern; *Schneider/M. Schmidt-Leithoff*, in: Rowedder/Pentz Anh. II § 60 Rn. 78; *Schröder*, in: HK-InsO § 17 Rn. 48.

⁸¹ BGHZ 163, 134 = ZInsO 2005, 807; *Schröder*, in: HK-InsO § 17 Rn. 4.

⁸² BGHZ 217, 130 = ZIP 2018, 283 Rz. 51 mwN; a.A.: *G. Fischer*, in: FS Ganter, 2010, 153 (158 f.).

⁸³ Vgl. auch: *Mock*, in: Uhlenbruck InsO § 17 Rn. 84 f.; *Karsten Schmidt*, in: K. Schmidt InsO § 17 Rn. 27: besser „Bugwelleneffekt“; *Bork ZIP* 2008, 1749 (1752).

⁸⁴ BGHZ 217, 130 = ZIP 2018, 283 Rz. 40 ff.; vgl. auch: *Altmeppen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 43; *Arnold*, in: Henssler/Strohn GesR InsO § 17 Rn 6; *Bork ZIP* 2008, 1749 (1751 f.); *Bork ZIP* 2008, 1749 (1751 ff); *Dittmer*, Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit von Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2013, S. 151 ff.; *H.-F. Müller*, in: MüKo GmbHG § 64 Rn. 19; *Pape WM* 2008, 1949 (1952); *Weber/Kütting/Eichenlaub GmbHR* 2014, 1009 (1010 f.); *Schröder*, in: HK-InsO § 17 Rn. 24, 48, 50: Auf den Stichtag allein kann nicht abgestellt werden, zumal eine Abgrenzung zu bloßen Zahlungsstockung sonst nicht gelingt; a.A.: *G. Fischer*, in: FS Ganter, 2010, 153 (158 ff.).

verpflichtet.⁸⁵ Dieser Insolvenzgrund dient dazu Unternehmenskrisen früher und effektiver zu begegnen, um so dem in Schieflage geratenen Unternehmen, mit Hilfe des (vorläufigen) Insolvenzverwalters, eine Sanierungschance zu geben.⁸⁶

Nach der Legaldefinition von § 18 Abs. 2 S. 1 InsO droht Zahlungsunfähigkeit, sofern der Schuldner voraussichtlich nicht mehr in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen. „Voraussichtlich“ ist dabei als überwiegend wahrscheinlich auszulegen und liegt folglich bei einer Eintrittswahrscheinlichkeit der Zahlungsunfähigkeit von mehr als 50 % vor. Im Unterschied zur bereits eingetretenen Zahlungsunfähigkeit sind bei der drohenden Zahlungsunfähigkeit auch die noch nicht fälligen, aber schon absehbaren Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu berücksichtigen (sog. Zeitraum-Illiquidität).⁸⁷ Der Prognosezeitraum liegt seit Einführung von § 18 Abs. 2 S. 2 InsO iRd SanInsFOG bei vierundzwanzig Monaten, wobei entsprechend der Regierungsbegründung im Einzelfall hiervon abgewichen werden kann.⁸⁸

3. Überschuldung

Der in der Praxis weniger relevante Insolvenzgrund der Überschuldung nach § 19 InsO kommt sowohl für die GmbH (§ 13 Abs. 1 GmbHG), die AG (§ 1 Abs. 1 AktG), die Genossenschaft (§ 17 Abs. 1 GenG) als auch die GmbH & Co. KG (über § 19 Abs. 3 InsO) als juristische Personen i.S.v. § 19 Abs. 1 InsO in Betracht.⁸⁹ Der Tatbestand der Überschuldung greift gem. § 19 Abs. 2 S. 1 InsO ein, wenn das

⁸⁵ Begr. RegE, BT-Drucks. 12/2443 S. 114 f.; vgl. auch: *H.-F. Müller*, in MüKo GmbHG § 64 Rn. 25 f.; *Salm-Hoogstraten*, in: Braun InsO § 18 Rn. 1 f.; *Salm-Hoogstraten*, in: Braun InsO § 18 Rn. 1 ff.; *Möning*, in: Nehrlich/Römermann InsO § 18 Rn. 19 ff., 23, 44. EL 2021; *Altmeppen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 26 ff.; *Eidenmüller ZIP* 2014, 1197: in der Praxis sei dieser, den Schuldner zur Verfahrenseinleitung berechtigende, Insolvenzgrund praktisch bedeutungslos; für eine qualifizierte Mehrheit des Gesellschafterbeschlusses: *Brinkmann*, in: FS Seibert, 2019, 165 (172 ff.); die Antragsstellung entgegen dem Willen der Gesellschafter vermag nichts an dessen Wirksamkeit zu ändern, vgl. OLG München ZIP 2013, 1121 mwN; *Gessner NZI* 2018, 185.

⁸⁶ Vgl. *Pape*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO § 18 Rn. 1, 12 ff.; *Salm-Hoogstraten*, in: Braun InsO § 18 Rn. 2; *Drukarczyk*, in: MüKo InsO § 18 Rn. 3; *Leithaus*, in: Andres/Leithaus InsO § 18 Rn. 2: aus Imagegründen verzichten wohl die meisten Unternehmen auf eine vorzeitige Antragsstellung.

⁸⁷ *Pape*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO § 18 Rn. 1, 5, 9 mwN; vgl. auch: *Möning*, in: Nehrlich/Römermann InsO § 18 Rn. 23 ff., 44. EL 2021 mwN.

⁸⁸ RegBegr. SanInsFOG BT-Drs. 19/24181, S. 196, zu den Pflichten der Geschäftsleiter bei drohender Zahlungsunfähigkeit, vertiefend *Altmeppen*, GmbHG Anh. 64 Rn. 28 ff.

⁸⁹ Mangels praktischer Relevanz, für eine Streichung der Überschuldung als Insolvenzgrund, *Freitag ZIP* 2019, 541 (546 f., 550); iErg. auch: *Frystatzki ZInsO* 2020, 176 (181 ff.); *Neuberger ZIP* 2019, 1549: danach anderer Überschuldungsbegriff erforderlich.

Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt und wenn, infolge der neu aufgenommenen Regelung des Prognosezeitraums durch das SanInsFOG, die Fortführung des Unternehmens in den nächsten zwölf Monaten, nach den Umständen, nicht überwiegend wahrscheinlich ist. Die potenzielle Haftung des Geschäftsführers wegen einer masseschmälernden Zahlung bei bereits eingetretener Überschuldung zwingt den Geschäftsführer gerade zu einer vorausschauenden Planung, welche wiederum die Grundvoraussetzung für die frühzeitige Entdeckung von Krisenanzeichen ist.⁹⁰ Eine Ausnahme, in Form der Aussetzung der straf- und haftungsbewehrten Insolvenzantragspflicht und des Zahlungsverbots, regelt etwa § 1 InsAAusG oder § 4 COVInsAG idF 01.01.2021. Nach dem praxisrelevanten § 4 COVInsAG wird der Prognosezeitraum, während des Zeitraums vom 01.01.2021 bis zum 31.12.2021, auf vier Monate beschränkt und darüber hinaus wird fingiert, dass innerhalb dieses Zeitraums die Überschuldung auf die Covid-19-Pandemie zurückzuführen sei. Dies gilt jedoch nur, sofern der Schuldner am 31.12.2019 zahlungsfähig war, im Geschäftsjahr 2019 ein positives Ergebnis hatte und im Geschäftsjahr 2020 ein Umsatzrückgang von mehr als 30 % zum Vorjahr bestand.

Nach Einführung des Finanzmarktstabilisierungsgesetz vom 17.11.2008⁹¹ wendete sich der Gesetzgeber von dem „einstufigen Überschuldungsbegriff ab“ und kehrte wieder zu dem zu Zeiten der Konkursordnung geltenden⁹² modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriff zurück.⁹³ Neben der rechnerischen Überschuldung ist danach zusätzlich die rechtliche Überschuldung erforderlich.

Die rechnerische Überschuldung ergibt sich aus der insolvenzrechtlichen Überschuldungsbilanz, die die wahre Schuldendeckungsfähigkeit ausweist. Der Handelsbilanz in der Insolvenz kommt dagegen nur ein indizieller Charakter zu.⁹⁴ Maßgeblich ist demnach, ob die Gläubigerquote bei einer Abwicklung der

⁹⁰ RegBegr. SanInsFOG BT-Drs. 19/24181, S. 196; vgl. auch: *Henssler*, in: Kölner Schrift zur InsO, S. 997 Rn. 18, 3. Aufl. 2009.

⁹¹ BGBl. 2008 I S.1982.

⁹² BGHZ 119, 201 = ZIP 1992, 1382.

⁹³ BGBl. 2008 I S. 1982; Rechtsausschuss BT-Drs. 17/11385, S. 20; vgl. zur Unterscheidung der Überschuldungsbegriffe: *Altmeppen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 50 ff.; *Karsten Schmidt* DB 2008, 2467; *Crezelius*, in: FS Röhrich, 2005, 787 (792 f.); *Drukarczyk/Schüler*, in: MüKo InsO InsO § 19 Rn. 15 ff. jew. mwN; *Karsten Schmidt*, in: Schmidt/Uhlenbruck GmbH Rn. 5.111 ff.

⁹⁴ *Bitter/Baschnagel* ZInsO 2018, 557 (580); *Ganter* NZI 2020, 295.

Gesellschaft zu 100 % erfüllt werden würde.⁹⁵ Die Darlegungslast für die rechnerische Überschuldung und dessen Beginn tragen nach herrschender Meinung in der Regel die, sich auf die Insolvenzverschleppung berufenden, Gläubiger. Der Geschäftsleiter muss dann nur den Gegenbeweis erbringen, indem er die Existenz von stillen Reserven oder anderen nicht abgebildeten Vermögenswerten darlegt (sekundäre Darlegungslast).⁹⁶ Dies wird jedoch zu Recht kritisiert, schließlich wird es den Gläubigern vielfach nicht gelingen Einsicht in die entsprechenden Unterlagen zu nehmen, um sich ein umfassendes Bild über die Krisenlage und potenzielle Insolvenz der Gesellschaft bilden zu können.⁹⁷

Für die rechtliche Überschuldung ist allein darauf abzustellen, ob für den iRd SanInsFOG eingeführten zwölfmonatigen Prognosezeitraum ein Fortbestehen der Gesellschaft nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. So führt, anders als bei einer negativen Fortführungsprognose, die positive Fortführungsprognose gerade nicht zu einer Insolvenzantragspflicht wegen Überschuldung.⁹⁸ Hintergrund der positiven Fortführungsprognose ist, dass eine Gesellschaft, die zwar ihre Schulden nicht decken kann, aber in einem absehbaren Zeitraum ihre Verbindlichkeiten erfüllen wird, weiterhin eine Berechtigung haben soll, am Markt zu bleiben.⁹⁹ Keineswegs soll dabei die Fortführungsprognose einer „Verlängerung des Todeskampfes“ dienen.¹⁰⁰ Auf Grund dessen, dass erst die rechtliche Überschuldung zu einer insolvenz begründenden Überschuldung führt,

⁹⁵ Altmeyden, GmbHG Anh. § 64 Rn. 55.

⁹⁶ BGH ZIP 2014, 168 Rz. 17 f.; OLG Hamburg ZIP 2017, 2196 (2198); BGH NZG 2005, 482; BGHZ 126, 181 = NJW 1994, 2220 (2224); OLG Celle NJW-RR 2000, 39 (40); OLG Brandenburg NZG 2005, 602 (603).

⁹⁷ so aber: OLG Köln NZG 1998, 156; AG Göttingen ZIP 2005, 184; OLG Celle ZIP 2007, 299; danach besteht ein Anspruch auf Übersendung einer Abschrift des Insolvenzgutachtens; für eine zumindest sekundäre Darlegungs- und Beweislast des Geschäftsleiters, eingehend: Altmeyden, GmbHG Anh. § 64 Rn. 62 mwN: diese ergibt sich aus der Rechenschaftspflicht des Grundgedankens von § 666 BGB, auf den die Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG aF zurückzuführen ist; *Wilhelm*, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 512; vgl. auch *Altmeyden* ZIP 1997, 1173 (1176); *Altmeyden* ZIP 2001, 2201 (2209).

⁹⁸ RegBegr. SanInsFOG BT-Drs. 19/24181, S. 197; Altmeyden, GmbHG Anhang § 64 Rn. 55 ff.; kritisch: *Hölzle* ZIP 2008, 2003 (2004): Schutzbehauptungen durch fragwürdig optimistische Zukunftsprognosen werde „Tür und Tor“ geöffnet; vgl. zu den Voraussetzungen einer positiven Fortführungsprognose: *Hüttemann*, in: FS Karsten Schmidt, 2009, 761 (764 ff.).

⁹⁹ RegBegr. FMStG BT-Drucks 16/10600 S. 13.te

¹⁰⁰ *Karsten Schmidt* DB 2008, 2467 (2470); zustimmend: *Ehlers* NZI 2011, 161 (162); *ders.* ZInsO 2016, 1244 (1247).

sind strenge Anforderungen an diese zu stellen.¹⁰¹ Zum einen wird subjektiv ein Fortführungswille gefordert. Zum anderen bedarf es objektiv einer Überlebenswahrscheinlichkeit von über 50 % des Unternehmens.¹⁰² Dafür sind objektiv nachweisbare Kriterien, wie etwa ein aussagekräftiges ausführliches Unternehmenskonzept (sog. Ertrags- und Finanzplan), für das laufende und nächste Geschäftsjahr erforderlich.¹⁰³ Erforderlich ist ferner die Aufstellung einer Überschuldungsbilanz, sobald „Anzeichen einer Krise“ bestehen.¹⁰⁴ Der Geschäftsleiter hat zu beweisen und darzulegen, dass eine positive Fortführungsprognose besteht.¹⁰⁵

Der Prognosezeitraum der Überschuldung deckt sich mit den ersten 12 Monaten des Prognosezeitraums der drohenden Zahlungsunfähigkeit (24 Monate), sodass in diesem Zeitraum die wiederlegbare Vermutung besteht, dass auch drohende Zahlungsunfähigkeit vorliegt.¹⁰⁶

Die Insolvenzantragspflicht bei Überschuldung wurde iRd SanInsFOG auf sechs Wochen erweitert (§ 15a Abs. 1 S. 2 InsO), während es bei Zahlungsunfähigkeit bei

¹⁰¹ zu den tatbestandlichen Voraussetzungen einer positive Fortführungsprognose: *Hüttemann*, in: FS *Karsten Schmidt*, 2009, 761 (764 ff.); BGH NJW 2007, 2118 (2120 Rz 15 ff.); danach besteht eine Beobachtungspflicht; *Luttermann/Vahlenkamp* ZIP 2003, 1629; *Kolmann*, in: Saenger/Inhester GmbHG Vor § 64 Rn. 35 ff.; aus strafrechtlichem Blickwinkel *Fromm* ZInsO 2004, 943 (945 f.); *Fischer* NZI 2016, 665: setzt sich mit praktischen Fragen hinsichtlich der Fortbestehensprognose in der Sanierung auseinander; krit. *Hölzle* ZIP 2008, 2003 (2004).

¹⁰² BGH ZIP 2010, 2400 Rz. 13; BGH NZI 2007, 44 Rz. 3; OLG Hamburg GmbHR 2018, 800: „überwiegende Wahrscheinlichkeit“; *Altmeppen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 58 ff.; *Kolmann*, in: Saenger/Inhester GmbHG Vor § 64 Rn. 35; 37 f.; strenger: AG Hamburg ZIP 2012, 1776 (1777): erforderlich sei zusätzlich eine positive Ertragsfähigkeitsprognose; *Ehlers* NZI 2011, 161(162); für ein Konzept zur Ermittlung der Fortführungsprognose, „mittels simulativer Risikoanalyse“, *Ackermann/Haßlinger/Krauß* DB 2019, 2697; kritisch: *Morgen/Rathje* ZIP 2018, 1955 ff.

¹⁰³ Vgl. *Kolmann*, in: Saenger/Inhester GmbHG Vor § 64 Rn. 39; *Bitter*, in: Scholz GmbHG Vor § 64 Rn. 39 ff.; *Bußhardt*, in: Braun InsO § 19 Rn. 14; GH ZIP 2010, 2400 Rn. 13; BGH ZIP 2006, 2171 Rz. 3; *Haas*, in: Noack/Servatius/Haas Vor § 64 Rn 33a ff. mwN; OLG Hamburg ZIP 2019, 416 (418); *Mock*, in: Uhlenbruck InsO § 19 Rn. 224 f.; *Ackermann/Haßlinger/Krauß* DB 2019, 2697; *Andersch/Philipp* NZI 2017, 782.

¹⁰⁴ BGH NZG 2018, 234 Rz. 35; so bereits: BGHZ 126, 181 = NJW 1994, 2220; vgl. auch *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG Anh. § 64 Rn. 19: „sobald sich (anhaltende) wirtschaftliche Schwierigkeiten abzeichnen“.

¹⁰⁵ BGH ZIP 2010, 2400 Rz. 11; BGH NZG 2009, 750 Rz. 11; BGH ZIP 2006, 2171 Rz. 3; OLG Schleswig AG 2022, 293 (294 f.): nicht ausreichend ist die bloße Hoffnung ohne belastbare Indizien; OLG Hamburg ZIP 2019, 416 (418); *Schmidt*, in: HmbK-InsO § 15b Rn. 102; *Bitter*, in: Scholz Vor § 64 Rn. 53; *Arnold*, in: Henssler/Strohn/ InsO § 19 Rn. 7; *H.-F. Müller* GmbHR 2021, 737 (738) jew. mwN; *Altmeppen* ZIP 1997, 1173 (1176); eingehend: *Altmeppen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 58 ff. mwN.

¹⁰⁶ BGH ZIP 2022, 705 Rz. 15.

einer Höchstfrist von drei Wochen bleibt.¹⁰⁷ Hintergrund der Verlängerung von drei auf sechs Wochen soll sein, dass dem Schuldner so ermöglicht werde „laufende Sanierungsbemühungen außergerichtlich noch zu einem erfolgreichen Abschluss zu bringen oder gegebenenfalls eine Sanierung im präventiven Restrukturierungsrahmen oder auf der Grundlage eines Eigenverwaltungsverfahrens ordentlich und gewissenhaft vorzubereiten“¹⁰⁸. Es gilt weiterhin der Grundsatz der Stellung eines Insolvenzantrags ohne schuldhaftes Zögern ab Insolvenzreife, spätestens jedoch bis zum Ablauf der Höchstfristen. Allerdings ist der Insolvenzantrag umgehend zu stellen und der Ablauf der Höchstfristen kann nicht abgewartet werden, sofern schon im Vorfeld Gewissheit darüber besteht, dass eine nachhaltige Beseitigung des Eröffnungsgrundes, Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, nicht möglich ist.¹⁰⁹

4. Quotenschaden

Die Begrifflichkeit des sog. „Quotenschadens“ sorgt in der Literatur teilweise für erhebliche Missverständnisse im Rahmen der Ermittlung des Haftungsumfangs. In Anbetracht dessen gibt *Altmeyen* den Begriff des „Quotenschadens“ nunmehr auf, um so eine Sachdiskussion wieder stärker in den Vordergrund zu rücken und damit Begrifflichkeiten nicht länger als Vorwand zur Verweigerung einer Diskussion in der Sache vorgeschoben werden können.¹¹⁰ Es gilt im Rahmen dieser Diskussion gerade zu erkennen, dass der zu ersetzende „Gesamtschaden der Gläubigerschaft“ (§ 15b Abs. 4 S. 2 InsO) jener Schaden ist, der im Rahmen des Verschleppungszeitraums durch Verletzung der Massesicherungspflichten, der Gläubigerschaft entstanden ist. Dies kann jedoch wiederum allein der „Quotenschaden“ sein, der allen (Alt- und

¹⁰⁷ Vgl. dazu: *Casper*, in: HCL GmbHG Anh. § 62 Rn. 20, 83.

¹⁰⁸ RegBegr. SanInsFOG BT-Drs. 19/24181, S. 193; zum Restrukturierungsverfahren eingehend: *Gehrlein* BB 2021, 66; *Muhlert/Steiner* NZG 2021, 673.

¹⁰⁹ RegBegr. SanInsFOG BT-Drs. 19/24181, S. 193; vgl. auch: BGH ZIP 2012, 723 Rz. 11: Fristeröffnung nur, sofern rechtzeitige Sanierung „ernstlich zu erwarten ist“; OLG Düsseldorf NZG 1999, 1066; *Casper*, in: HCL GmbHG Anh. § 62 Rn. 84 jew. mwN; Pflicht zur gewissenhaften Prüfung der Sanierungschancen, vgl. BGHZ 75, 96 = NJW 1979, 1823 (1826 ff.).

¹¹⁰ *Altmeyen* ZIP 2022, 1413 (1418 f.) mwN; so verkennen etwa *Lieder/Wagner* ZGR 2021, 495 (526 f.); *H.-F. Müller* 2021, 737 (741) und *Klöhn/Zell* NZG 2022, 836 (839 ff.), dass sämtliche Gläubiger, also nicht nur Altgläubiger, sondern auch Neugläubiger, einen „Quotenschaden“ erleiden; vgl. zum historischen Ursprung des Begriffs „Quotenschaden“, eingehend: *Altmeyen* NZG 2016, 521 (524 ff.).

Neu-) Gläubigern entstanden ist.¹¹¹ Wenn also im Folgenden von „Quotenschaden“ die Rede ist, so ist damit der „Gesamtschaden der Gläubigerschaft“ gemeint.

II. Anwendungsbereich der Zahlungsverbote

1. Sachlicher Anwendungsbereich

Die Haftung nach § 15b Abs. 4 S. 1 InsO (§ 64 S. 1 GmbHG aF) erfasst jegliche „Zahlungen“, die ab Insolvenzreife aus dem Vermögen der Gesellschaft getätigt werden. Zentrale Bedeutung hat folglich der Begriff „Zahlung“, welcher die Haftung des Geschäftsleiters auslöst.

a) Auszahlung

Während in der Vergangenheit das Reichsgericht¹¹² noch auf den reinen Wortlaut abstellte und ausschließlich den Abfluss liquider Mittel, insbesondere von Geld erfasste, wird heute von einem derart engen Zahlungsbegriff abgewichen. Nunmehr ist überwiegend anerkannt, den Zahlungsbegriffs in § 15b Abs. 1 S. 1 InsO (§ 64 S. 1 GmbHG aF) weit auszulegen, sodass über die reine Geldleistung hinaus auch jede andere Schmälerung des zur Gläubigerbefriedigung bestimmten Gesellschaftsvermögens erfasst ist.¹¹³ Ein solcher die Insolvenzmasse belastender Transfer kann insofern in der Gewährung von dinglichen Sicherheiten, Geld- oder Sachleistungen erfolgen.¹¹⁴ Denn es macht für die Gläubiger keinen Unterschied wodurch das Aktivvermögen der Gesellschaft geschmälert wird. Maßgeblich für die Berechnung ist dabei ihr Verkehrswert.¹¹⁵ Zu erfassen ist ferner die Kategorie der Personalsicherheit. Schließlich führt etwa eine Garantieübernahme durch eine

¹¹¹ Altmeppen, GmbHG Anh. § 64 Rn. 155 f.; dem zustimmend: *Baumert* ZRI 2021, 962 (966).

¹¹² RGZ 159, 211 (234).

¹¹³ RegBegr. SanInsFOG BT-Drs. 19/24181, S. 195; BR- Drs. 619/20, S. 225; BGH NJW 2009, 1598 Rz. 12; *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 28, 11. Auflage 2015; Altmeppen, GmbHG Anh. § 64 Rn. 173 ff.; *Wicke*, GmbHG § 64 Rn. 20a; *Koch*, in: Koch AktG § 92 Rn. 46: „umfassender Vermögensabfluss“; *Link*, in: Wachter, AktG § 92 Rn. 20; *Sandhaus*, in: Gehrlein/Born/Simon GmbHG § 64 Rn. 11.

¹¹⁴ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 29 ff., 11. Auflage 2015.

¹¹⁵ OLG Düsseldorf GmbHR 1996, 616; *Casper*, in: HCL GmbHG Anh. § 62 Rn. 114; *Habersack/Foerster*, in: Großkomm z. AktG § 92 Rn. 128.

insolvente Muttergesellschaft, für die insolvente Tochtergesellschaft, auch zu einer Masseschmälerung.¹¹⁶

aa) Kreditorisch geführtes Konto

Eine verbotene Zahlung liegt neben einer Barauszahlung auch bei einer Banküberweisung oder einem Bankeinzug im Rahmen eines Lastschriftverfahrens von einem kreditorisch geführten Konto der Gesellschaft vor, sofern der Geschäftsleiter die Abbuchungsvollmacht nicht rechtzeitig widerrufen hat.¹¹⁷ Erfasst sind auch die Fälle der Kartenzahlung und Zahlung per Scheck von dem kreditorisch geführten Konto.¹¹⁸

bb) Debitorisch geführtes Konto

Überdies sind Einzahlungen auf ein debitorisch geführtes Konto der Gesellschaft verbotswidrig, da aufgrund der Kontokorrentabrede der eingezahlte Betrag mit dem Sollsaldo der Bank verrechnet wird, wodurch ein Bankdarlehen getilgt wird und es somit zu einer masseschmälernden Zahlung an die Bank kommt.¹¹⁹ Um einer Haftung zu entgehen, muss der Geschäftsleiter daher jeden Lastschrifteinzug an ein debitorisch geführtes Konto der Gesellschaft stoppen und die Kunden anweisen, nicht mehr auf dieses Konto zu zahlen. Er muss daher für diese Zahlungseingänge ein extra Konto einrichten, welches kreditorisch geführt wird.¹²⁰ Ebenso problematisch, aber noch nicht höchstrichterlich geklärt ist die Konstellation, in der das Konto zwischen Habet und Debet oszilliert, sowie die Konstellation in der ein Kontenausgleich vom kreditorisch zum debitorischen Konto erfolgt.¹²¹

¹¹⁶ Gerade mit Blick auf die dogmatische Einordnung bzgl. der einzelnen Begründungsversuche erfolgt in Kapitel § 6 eine ausführliche Auseinandersetzung.

¹¹⁷ LG Köln GmbHR 1990, 136 (137); Altmeppen, GmbHG Anh, § 64 Rn. 173 ff.; *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 36, 11. Auflage 2015; *Karsten Schmidt* ZIP 2008, 1401 (1406); *Casper*, in: HCL GmbHG Anh. § 62 Rn. 112.

¹¹⁸ vgl. BGH NJW 2003, 2316; *Bitter*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 111; Altmeppen, GmbHG Anh. § 64 Rn. 173.

¹¹⁹ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 37, 11. Auflage 2015; *Gehrlein* NZG 2021, 59 (60).

¹²⁰ BGH NZG 2007, 462 Rz. 12: die geänderte Bankverbindung muss den Gesellschaftsschuldern unverzüglich mitgeteilt werden; BGHZ 143, 184 = NJW 2000, 668; dazu: *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 38, 11. Auflage 2015; weniger einschränkend: *Kleindieck*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG § 64 Rn. 22.

¹²¹ *Karsten Schmidt* ZIP 2008, 1401 (1407).

Nicht zur Haftung führt hingegen eine Zahlung von einem debitorisch geführten Konto, sofern die Bank keine Gesellschaftssicherheiten besitzt, die ihr eine Berechtigung zu einer abgesonderten Befriedigung nach § 51 InsO geben. Begründet wird dies damit, dass es zu keiner Schmälerung der Insolvenzmasse kommt, da die Schuld bei der Bank bloß weiter vertieft wird und der bisherige Gläubiger befriedigt wird. Es handelt sich demnach lediglich um einen Gläubiger- bzw. Aktivtausch.¹²² Zu dieser Haftungsausnahme hat der BGH wiederum eine Gegen Ausnahme gebildet, sowie weiter Gegen Ausnahmen zu dieser Gegen Ausnahme.¹²³

Eine verbotene „Zahlung“ iSv. Satz 1 ist ferner bei der Eingehung neuer Verbindlichkeiten abzulehnen, zumal das Gesellschaftsvermögen dadurch noch nicht verringert wird, sondern nur ein weiterer Gläubiger hinzutritt. Die dadurch entstehende Veränderung der Insolvenzquote wegen Hinzutreten weiterer Gläubiger, ist gerade nicht vom Schutzzweck des Zahlungsverbots erfasst, da dieser allein vor Masseschmälerungen durch Zahlungen oder sonstige Leistungen schützt.¹²⁴

b) Vorleistungen

Nach Auffassung des BGH gehören Vorleistungen, sobald sie in das Gesellschaftsvermögen gelangt sind, zur Masse, sodass die Bezahlung ab Insolvenzreife eine haftungsbegründende masseschmälernde Zahlung darstellt und nicht bloß einen Ausgleich der Vorleistung. Abweichend dazu handele es sich dem BGH zu Folge lediglich um einen Aktivtausch, wenn die Vorleistung unter Eigentumsvorbehalt steht, sofern dieser durch die Bezahlung beendet wird und die

¹²² BGH ZIP 2007, 1006 Rz. 8; BGHZ 143, 184 = NJW 2000, 668 (669 f.); BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 Rn. 26; *Kleindieck*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG § 64 Rn. 21; Altmeyen, GmbHG Anh. § 64 Rn. 173; *Casper*, in: HCL GmbHG Anh. § 62 Rn. 113; *Kolmann*, in: Saenger/Inhelter GmbHG § 64 Rn. 30; *Gehrlein* NZG 2016, 59 (60).

¹²³ BGHZ 206, 52 = ZIP 2015, 1480 (1481 Rn. 21 ff.); BGH ZIP 2016, 364 ff. mit Anm. *Altmeyen*; die sich aus dem Ausnahmetz ergebenden praktischen Schwierigkeiten und Rechtsunsicherheiten, die eine Aufgabe der Einzelbetrachtung zugunsten einer Gesamtbetrachtung nahelegen werden in Kapitel § 6, S. 86 ff., 123 ff. herausgearbeitet und bewertet.

¹²⁴ BGHZ 138, 211 = NJW 1998, 2667; BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71 Rz. 17; BGH ZIP 2017, 1619 Rz. 13; vgl. auch: *Arnold*, in: Henssler/Strohn GmbHG § 64 Rn 18; *Bitter*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 118; *Bitter/Baschnagel* ZInsO 2018, 557 (581); *H.-F. Müller*, in: MüKo GmbHG § 64 Rn. 171 mwN; *Haas*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG § 64 Rn. 99; *Kleindieck*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG § 64 Rn. 30; *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 33, 11. Auflage 2015: danach sei eine Gleichstellung der Begründung von Verbindlichkeiten und Zahlungen ausgeschlossen; (anders: *ders.*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck: Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz 11.54; *ders.* ZHR (168) 2004, 637 (667)); *Spindler*, in: MüKo AktG § 93 Rn. 259, 5. Aufl. 2019; *Link*, in: Wachter, AktG § 92 Rn. 20 jew. mwN; a.A.: *Flume* ZIP 1994, 337 (341); *Wilhelm* ZIP 1993, 1833 (1835 ff.).

Gesellschaft werthaltiges Eigentum erlangt.¹²⁵ Eine solche Betrachtung jeder einzelnen Zahlung verkennt jedoch gerade, dass es allein darauf ankommt, ob der Gläubigergesamtheit durch die Verletzung des Zahlungsverbot es ein (Quoten-) Schaden entstanden ist, aufgrund einer Verringerung der Masse. Die Reihenfolge von Zahlung und Gegenleistung wirkt sich hierauf gerade nicht aus, sondern ist geradezu belanglos.¹²⁶

c) Berücksichtigung von Gegenleistungen

In Anbetracht dessen, dass das Zahlungsverbot seinem Sinn und Zweck nach der Masserhaltung zur mittelbaren gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger dient (par conditio creditorum), bestand bereits vor der ausdrücklichen Normierung, der Berücksichtigungsfähigkeit von Gegenleistungen in § 15b Abs. 4 S. 2 InsO, weitestgehend Einigkeit darüber, dass Gegenleistungen, die für Zahlungen in die Masse gelangt sind, zu berücksichtigen sind und unter bestimmten Anforderungen einen die Haftung kompensierenden Ausgleich darstellen müssen.¹²⁷

Der Gesetzgeber des SanInsFOG hat sich mit der Kritik an der Einzelbetrachtungslehre nunmehr erfreulicherweise auseinandergesetzt¹²⁸ und ausdrücklich die Berücksichtigungsfähigkeit von Gegenleistungen (§ 15 Abs. 4 S. 2 InsO) klargestellt, indem er anordnet, dass sofern den Gläubigern ein geringerer Schaden (als bei einer Addition sämtlicher verbotener Zahlungen) entstanden ist, die Ersatzpflicht sich auf den“ Ausgleich dieses Schadens“ beschränkt.¹²⁹ Wie sich diese Neuerung in Hinblick auf die Anforderungen an die Darlegungslast des Geschäftsleiters auswirkt bleibt abzuwarten.¹³⁰

¹²⁵ BGHZ 227, 221 = NZG 2021, 66 Rz. 45, 49.

¹²⁶ Anders verhält es sich jedoch, wenn die Leistung des Gläubigers nach Insolvenzreife erfolgt ist, da dann die verteilungsfähige Masse nicht geschmälert wird, vgl. zur Bewertung von Vorleistungen, Kapitel § 6, S. 140 ff.

¹²⁷ *Altmeyden* NZG 2016, 2016, 521; *Haas*, in: Baumbach/Hueck GmbHG § 64 Rn. 70 ff., 22. Aufl. 2019; *Kolmann*, in: Saenger/Inhelter GmbHG § 64 Rn. 25 ff., 35; *Casper* ZIP 2016, 793 (795 f.); *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht S. 716 f.; *Haas* NZG 2004, 737 (741 f.).

¹²⁸ A.A.: *Gehrlein* DB 2020, 2393 (2397): dem zu Folge sich im Vergleich zur bisherigen Rechtsprechung nichts geändert habe.

¹²⁹ Für eine Darlegungslast des Geschäftsführers über das Vorliegen eines geringeren Schadens, als sämtliche Zahlungen addiert zusammen ergeben, vgl. *Klöhn/Zell* NZG 2022, 836; wohl auch: *Gehrlein* DB 2020, 2393 (2398 f.); so wohl auch *H.-F. Müller* GmbHR 2021, 737 (743); ähnlich: *Baumert* NZG 2021, 443 (448).

¹³⁰ kritisch: *Casper*, in: HCL GmbHG Anh. § 62 Rn. 42, 103: der große Gutachterschlachten fürchtet, die zu mehr Rechtsunsicherheit führen.

Welche Anforderungen an jene Gegenleistungen zu stellen sind, welche Arten von Gegenleistungen als kompensierend gelten und an welchem Prüfungsstandort sie dogmatisch zu verorten sind, ist umstritten. Es folgt daher ein Überblick über die Begründungsversuche.

Während die Rechtsprechung und ihre Anhänger lange von einem Haftungsausschluss ausgingen und die Berücksichtigung von Gegenleistungen gänzlich ablehnten,¹³¹ änderte der BGH seine Rechtsprechung ab dem 18.11.2014 dahingehend, dass Gegenleistungen, die in einem „unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang“ zu einer Zahlung stehen, zu berücksichtigen sind und haftungskompensierende Wirkung haben.¹³² Dabei ist entgegen der früheren Rechtsprechung unbeachtlich, ob die Gegenleistung noch bei Insolvenzeröffnung in der Masse vorhanden ist,¹³³ sondern beachtlich ist allein deren Werthaltigkeit.¹³⁴ Vereinzelt Stimmen in der Literatur erkennen einen haftungskompensierenden Ausgleich bei Gegenleistungen in Form von Bargeschäften¹³⁵, während andere wiederum bei einer angemessenen Gegenleistung den objektiven Tatbestand der verbotenen Zahlung bereits nicht für erfüllt halten¹³⁶ oder bei einer angemessenen

¹³¹ Schulze-Osterloh, in: FS Bezenberger, 2000, S. 415 (423 f.); danach sei der Zweck von § 64 Abs. 2 GmbHG aF, §§ 92 Abs. 3, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG aF allein die gleichmäßige Befriedigung sämtlicher Gläubiger, während es auf einen Schaden der Gesellschaft nicht ankomme; Habersack/Foerster ZHR (178) 2014, 387 (407); dies. ZGR 2016, 153 (180): es soll nicht „ignoriert werden, dass die Zahlungsverbote keinen Anhaltspunkt dafür liefern, weshalb die Gesellschaft mit der Verwertung von Gegenleistungen für verbotene Zahlungen, also der Auflösung eines gesellschaftswidrigen Zustandes belastet werden sollte.“

¹³² BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71; vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung Kapitel § 4, S. 50 ff.

¹³³ BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71 (72 Rz. 12 ff.); Gehrlein DB 2021, 59 (60); Karsten Schmidt NZG 2015, 129; vgl. so noch BGH ZIP 2010, 2400 (2403 Rz. 21).

¹³⁴ Der BGH lässt offen, ob der haftungskompensierende Ausgleich stets Wertäquivalent sein muss oder ob eine Anrechnung der Gegenleistung nach ihrem konkreten Wert möglich ist, vgl. BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71 Rn 10;; für eine Anrechnung, vgl. Altmeyden ZIP 2015, 949 (951): danach sind sowohl jene Gegenleistungen, die höher oder äquivalent sind, aber auch jene die geringwertiger sind anzurechnen, da schließlich nur in dieser Höhe eine haftungsbegründende Masseschmälerung besteht.

¹³⁵ Zu § 64 GmbHG aF: Haas, in: Baumbach/Hueck GmbHG § 64 Rn. 70b, 20. Aufl. 2013; Thole, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, S. 716 f.; Habersack/Foerster ZGR 2016, 153 (181); Strohn NZG 2011, 1161 (1164 f.); zu § 15b InsO: zurückhaltender, aber favorisierend: Gehrlein NZG 2022, 291 (295 f.); ders, NZG 2021, 59 (60 f.); Thole BB 2021, 1347 in Fn. 72; a.A.: BGH ZIP 2017, 1619 Rz. 12 mwN.

¹³⁶ Arnold, in: Henssler/Strohn GesR § 64 GmbHG Rn. 20; Casper, in: HCL GmbHG Anh. § 62 Rn. 116; H.-F. Müller, in: MüKo GmbHG § 64 Rn. 174; ders. DB 2015, 723 (724); Kleindiek, in: FS U.H. Schneider, 617 (621); ders. in: Lutter/Hommelhoff GmbHG § 64 Rn. 17; Geißler GmbHR 2011, 907 (908).

Gegenleistung den Privilegierungstatbestand einer sorgfältige Zahlung annehmen.¹³⁷ In Abgrenzung zu einer solchen Einzelbetrachtung ziehen die sich im Vordringen befindlichen Teile der Literatur treffenderweise eine Gesamtbetrachtung vor, schließlich komme es allein auf den tatsächlich angerichteten Schaden an.¹³⁸ Der maßgebliche Unterschied liegt darin, dass anstelle einer Ersatzpflicht für die jeweils einzeln getätigten „Zahlungen“ ein Ersatz des entstandenen Gesamtschadens während der Verschleppungsphase gefordert wird, der einerseits über eine Deliktshaftung nach § 823 Abs. 2 BGB begründet¹³⁹ wird und andererseits richtigerweise über eine Insolvenzverschleppungshaftung in Form einer Organhaftung auf Verlustausgleich aus § 15b Abs. 4 InsO (früher: § 64 S. 1 GmbHG aF) selbst.¹⁴⁰ Eine ausführliche Auseinandersetzung mit dieser dogmatischen Frage, insbesondere in Hinblick auf die einzelnen Begründungsversuche, erfolgt im Rahmen der Kapitel § 4 und § 6.

d) Ausnahme einer sorgfältigen Zahlung

Eine Ausnahme zu den grundsätzlich verbotenen und insofern haftungsbegründenden Zahlungen ab Insolvenzreife, stellen gem. § 15b Abs. 1 S. 2 InsO (früher: § 64 S. 2 GmbHG aF; § 92 Abs. 2 AktG aF, §§ 130a Abs. 2 S. 2, 177a HGB aF; § 99 S. 2 GenG aF) jene Zahlungen dar, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters getätigt wurden (Einzelbetrachtung).¹⁴¹ Da die Zahlungsverbote der Masseerhaltung dienen, müssen bestimmte Zahlungen vor dem Hintergrund des Gläubigerschutzes privilegiert sein. Um dem Spannungsverhältnis zwischen Schutz vor Masseschmälerungen einerseits und der Privilegierung von die

¹³⁷ *Haneke* NZI 2015, 499 (502 f.) mwN; vgl. auch: *Koch*, in: Hüffer/Koch AktG § 92 Rn. 34, 12. Aufl. 2016; *Nerlich*, in: MHLs GmbHG § 64 Rn. 22; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm AktG § 92 Rn. 28; *Röhrich* ZIP 2005, 505 (511); *Schulze-Osterloh*, in: FS Bezzenger, 2000, S. 415 (424 f.); *Ulmer*, in: Hachenburg GmbHG § 64 Rn. 42, 8. Aufl. 1997; *Schneider/M. Schmidt-Leithoff*, in: Rowedder/Pentz Anh. II § 60 Rn. 33 ff.; (deutlicher in: *Schmidt-Leithoff/Schneider*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG § 64 Rn. 36 f., 6. Aufl. 2017).

¹³⁸ *Altmeyen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 157 ff., vgl. zur Problematik der Überkompensation nach altem Recht: *Karsten Schmidt* ZIP 2005, 2177; *Casper* ZIP 2016, 793 (794); *Bitter* ZIP 2016, 6 (9 f.); zur Ablehnung der Einzelbetrachtung eingehend in Kapitel § 6, S. 83 ff., 123 ff.

¹³⁹ *Karsten Schmidt*, in: Karsten Schmidt/Uhlenbruck: Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz 11.35; *Karsten Schmidt* NZG 2015, 129; *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 11, 11. Auflage 2015.

¹⁴⁰ Zuletzt: *Altmeyen* ZIP 2022, 1413; vgl. auch: *Altmeyen/Wilhelm* NJW 1999, 673; *Altmeyen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 157 ff.; *Altmeyen* NZG 2016, 521 (526); *Altmeyen* ZIP 2020, 937 (938).

¹⁴¹ Legaldefinition des „Geschäftsleiters“ in § 1 Abs. 1 S. 1 StaRUG als die „Mitglieder des zur Geschäftsführung berufenen Organs einer juristischen Person“.

Masse schützenden Zahlungen andererseits gerecht zu werden, bedarf es einer engen Auslegung dieses Ausnahmetatbestands.¹⁴²

aa) Sorgfältige Zahlung iSv § 15b Abs. 2 und 3 InsO

Ausweislich der Regierungsbegründung setzt § 15b Abs. 1 S. 2 InsO das bisher geltende Recht fort. Es soll jedoch ein „größzügigerer Maßstab“ als bei dessen Vorgängerregelungen (§ 64 S. 2 GmbHG aF; § 92 Abs. 2 AktG aF, §§ 130a Abs. 2 S. 2, 177a HGB aF; § 99 S. 2 GenG aF) gelten. Erreicht wurde dies durch die Ergänzung des Zahlungsverbots (§ 15b InsO) um Abs. 2 und Abs. 3 und der damit verbundenen Neueinführung des Privilegs der Zulässigkeit von Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang (Abs. 2) erfolgt sind. Angelehnt ist das Tatbestandsmerkmal des ordnungsgemäßen Geschäftsgangs¹⁴³ an § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG.¹⁴⁴ Daneben soll es nach der in Abs. 3 eingeführten Neuregelung, eine „gesetzliche Vermutung dahingehend geben, dass eine haftungsrechtliche Privilegierung von Zahlungen, die im Zuge einer Insolvenzverschleppung, d.h. nach Ablauf des für eine rechtzeitige Antragstellung maßgeblichen Zeitpunkts, vorgenommen werden, in der Regel nicht in Betracht kommt“.¹⁴⁵ Zahlungen, die innerhalb der drei- bzw. sechswöchigen Höchstfrist (§ 15 Abs. 1 S. 2 InsO) im ordnungsgemäßen Geschäftsgang getätigt werden, sind somit trotz bereits eingetretener Insolvenzreife erlaubt, sofern eine der beiden in § 15b Abs. 2 S. 2 InsO geregelten Alternativen greift. Für das Eingreifen der Fiktion müssen die Zahlungen insofern entweder (Alt. 1) „zur nachhaltigen Beseitigung der Insolvenzreife“ oder andererseits (Alt. 2) die „Vorbereitung eines Insolvenzantrags mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters betreiben“. Dies schließt insbesondere die Zahlungen ein, welche der Aufrechterhaltung des Betriebs

¹⁴² *Arnold*, in: Henssler/Strohn GesR § 64 GmbHG Rn. 26; *Fleischer*, in: BeckOGK AktG § 92 Rn. 35, Stand 01.02.2022; *Kolmann*, in: Saenger/Inhester GmbHG § 64 Rn. 44.

¹⁴³ Begriffsbestimmung durch negativ Abgrenzung, vgl. *Thole* BB 2021,1347 (1352 f.); *ders.* ZIP 2020, 650 (655) für das COVInsAG; zu den Auslegungsschwierigkeiten: *Baumert* NZG 2021, 443 (445 ff.).

¹⁴⁴ Keine Bezugnahme auf das COVInsAG in RegBegr. SanInsFOG BT-Drs. 19/24181, S. 194; für einen Bezug jedoch: *Gehrlein* DB 2020, 2393; *Hodgson* NZI-Beilage 1/2021, 85 (86); *Jakobs/Kruth* DStR 2021, 2534 (2537); *Bitter* GmbHHR 2021, 1157 (1159); *ders.* ZIP 2021, 321 (325); kritisch: *Baumert* NZG 2021, 443 (445): keine vergleichbare Situation.

¹⁴⁵ RegBegr. SanInsFOG, BT-Drs. 19/24181, S. 194; so bereits: BR-Drs. 619/20, S. 225.

dienen.¹⁴⁶ Ferner gelten gem. § 15b Abs. 2 S. 3 InsO solche Zahlungen als sorgfältig und erlaubt, die im Insolvenzverfahren mit Zustimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters erfolgen.¹⁴⁷ Erfolgt die Zahlung hingegen erst nach Ablauf der Höchstfristen so greift die gesetzliche Vermutung, dass der Geschäftsleiter „in der Regel nicht“¹⁴⁸ sorgfältig gehandelt hat, gem. § 15b Abs. 3 InsO, obwohl seine Zahlungen im „ordnungsgemäßen Geschäftsgang“ iSv § 15b Abs. 2 InsO erfolgt sind.¹⁴⁹

Die Beweispflicht darüber, dass eine Ausnahmebedingung greift, der zufolge die Zahlung dennoch „sorgfältig“ gem. § 15b Abs. 2 InsO ist, obliegt dem haftenden Geschäftsleiter.¹⁵⁰ Dies hängt vom konkreten Einzelfall ab und wird in der Literatur unterschiedlich bewertet.¹⁵¹ Vertreter der Einzelbetrachtungslehre¹⁵² knüpfen hierbei an jede einzelne Zahlung für sich betrachtet an und bewerten etwa, inwiefern Maßnahmen einer „Notgeschäftsführung“, wie beispielsweise die Kosten zur Vermeidung eines Wasserschadens, Heizkosten im Winter oder die Versicherungsprämien im Rahmen einer Brandschutzversicherung ähnlich zu § 744 Abs. 2 BGB, § 21 Abs. 2 WEG, „sorgfältig“ sind.¹⁵³ Teilweise wird für die

¹⁴⁶ BR-Drs. 619/20, S. 226; *Koch*, in: *Koch AktG* § 92 Rn. 47; weite Auslegung, der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs, *Jakobs/Kruth* DStR 2021, 2534 (2537) mwN; ob die Zahlung von Arbeitslöhnen trotz Insolvenzgeldabdeckung sorgfältig ist, ist umstritten, dazu: *Baumert* NZG 2021, 443 (447): dieser lehnt das Erfordernis zur Lohnzahlung von bereits erbrachter Arbeitsleistung vor dem Hintergrund ab, dass es sich nur um einen Zeitraum von wenigen Wochen handelt und nicht von mehreren Monaten wie bei § 2 S. 1 COVInsAG; a.A.: *Thole* BB 2021,1347 (1353); *Jakobs/Kruth* DStR 2021, 2534 (2537).

¹⁴⁷ Zustimmend: *Baumert* NZG 2021, 443 (444); *ders.* EWiR 2019, 551 mwN; kritisch *Gehrlein* BB 2021, 66 (80): danach besteht kein Raum für die Regelung.

¹⁴⁸ RegBegr. SanInsFOG, BT-Drs. 19/24181, S. 194.

¹⁴⁹ Vgl. zuletzt: *Klöhn/Zell* NZG 2022, 836 ff.

¹⁵⁰ BR-Drs. 619/20, S. 226; *Gehrlein* DB 2020, 2393 (2395); *ders.* BB 2021, 66 (80); *Thole* BB 2021,1347 (1352 f.): Zahlungen dürfen nur bei außergewöhnlichen Gründen getätigt werden, die nur schwer vorstellbar sind.

¹⁵¹ BGHZ 146, 264 = NJW 2001, 1280; kritisch: *Altmeyden* ZIP 2022, 1413 (1417): „Der bedenkliche Rückfall in die „Einzelbetrachtungslehre“ ist mit Händen zu greifen.“

¹⁵² Kritische Auseinandersetzung mit der Einzelbetrachtungslehre, in Kapitel § 6, S. 83 ff, 123 ff.

¹⁵³ So *Gehrlein* DB 2020, 2393 (2396) mit Verweis auf BR-Drs. 619/20, S. 226; so auch *H.-F. Müller* GmbHR 2021, 737 (740); *Thole* BB 2021,1347 (1352 f.); zur Problematik der bisherigen BGH-Rspr. zur Notgeschäftsführung: *Bitter* ZIP 2021, 321 (325); im Geltungszeitraum von § 64 S. 2 GmbHG aF (und § 64 Abs. 2 S. GmbHG aF) wurde bei Zahlungen, gerichtet auf die Bezahlung von Wasser-, Strom- und Heizrechnungen, ebenso die Sorgfalt angenommen, vgl. BGH NZG 2008, 75 Rn. 6; *Born* NZG 2020, 521 (527): der zudem ernsthafte Sanierungsbemühungen fordert.

Zulässigkeit einer Zahlung auch darauf abgestellt, ob für das damit zusammenhängende Gesamtprojekt ein Gewinn erwirtschaftet wurde.¹⁵⁴

Verkannt wird bei einer Bewertung entsprechend der Einzelbetrachtung, dass es gar nicht darauf ankommt, ob einzelne Zahlungen ausnahmsweise zulässig waren, denn der Geschäftsleiter muss das negative Geschäftsergebnis während der Verschleppungsphase, welches die der Gläubigerbefriedigung gewidmeten Masse verkürzt hat und durch die Fortführung der Geschäftstätigkeit entstanden ist, ausgleichen. Die Erstattungspflicht richtet sich auf Ersatz des der Gläubigergesamtheit entstandenen (Quoten-) Schadens, den es im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu ermitteln gilt.¹⁵⁵ Es wirkt sich insofern selbstverständlich auch bei der Gesamtbetrachtung günstig auf die Haftung des Geschäftsleiters aus, wenn er masseerhaltende Zahlungen („sorgfältige“) im Zeitraum der Insolvenzverschleppung vornimmt, da der „Verlust“ durch die erwirtschafteten Erträge dadurch insgesamt geringer ausfällt und somit auch seine Haftung geringer ist.

bb) Steuerschulden und Sozialversicherungsbeiträge als sorgfältige Zahlungen?

Umstritten war bis zur Klarstellung des Gesetzgebers des SanInsFOG in § 15b Abs. 8 InsO die Frage, ob bei Abführen der kraft Gesetz zu leistenden Steuern und Sozialversicherungsbeiträge eine persönliche Haftung wegen eines Verstoßes gegen das Zahlungsverbot droht oder ob es sich dabei um Zahlungen handelt, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters vereinbar sind.

Dabei geht es maßgeblich um die steuerlichen Pflichten der Abführung von Lohn- und Umsatzsteuer nach § 26b UStG; § 380 AO; § 41a EStG. Eine Pflichtenkollision besteht ebenso bei der Pflicht zur Abführung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung, da deren Nichtbeachtung grundsätzlich eine Strafbarkeit nach § 266a StGB auslöst. Seit Einführung des § 15b Abs. 8 S. 1 InsO geht die herrschende Meinung insofern treffenderweise von einer Analogie zu den Steuerschulden aus, schließlich wollte der Gesetzgeber die Pflichtenkollisionen

¹⁵⁴ *Bitter* ZIP 2021, 321 (330); a.A.: *H. F. Müller* GmbH 2021, 737 (742); der Geschäftsführer „darf nicht einzelne erfolgreiche Projekte herausgreifen“.

¹⁵⁵ so auch *Altmeppen* ZIP 2022, 1413 (1417); *Altmeppen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 198 ff.

jeweils identisch regeln,¹⁵⁶ wie ein Blick in die Regierungsbegründung zeigt. Darin formuliert der Gesetzgeber: „solche Pflichtenkollisionen lassen sich nach Antragstellung dahingehend auflösen, dass das Abführungsgebot hinter der Massesicherungspflicht zurücktritt.“¹⁵⁷

Inwiefern die Abgaben von Steuerschulden und Sozialversicherungsbeiträgen verbotene oder eine sorgfältige Zahlung begründen, wurde in der Rspr. und Literatur unterschiedlich bewertet und war heftig umstritten.¹⁵⁸ So sind etwa der Bundesfinanzhof, der ein Fiskusprivileg¹⁵⁹ bezüglich der Lohnsteueranteile annimmt und der 5. Strafsenat, sowie der 6. Zivilsenat des BGH, der auf ein Sozialversicherungsprivileg¹⁶⁰ bezüglich der Arbeitnehmerbeiträge abstellt, von einer Abgabepflicht ab Insolvenzreife ausgegangen. Im Gegensatz dazu ging der 2. und 9. Zivilsenat des BGH bis 2007 von einem Vorrang der Massesicherungspflicht aus, also der Zahlungsverbote, gestützt auf den Grundsatzes der *par conditio creditorum*.¹⁶¹ Schwierigkeiten ergaben sich hierbei dadurch, dass der Geschäftsleiter in einen Gewissenskonflikt geraten ist, da er zur Vermeidung einer Haftung wegen verbotener Zahlungen, zwangsläufig gegen die Zahlungspflicht zur Abführung bestimmter steuerlicher Beiträge verstoßen hat und sich gem. § 266a StGB strafbar gemacht hat.¹⁶² Diese „vermeintliche“ Pflichtenkollision löste der 2. Zivilsenat bis 2007 durch einen Vorrang der Zahlungsverbote. Danach sollte das Abführen sozialversicherungsrechtlicher Verbindlichkeiten nicht mit der Sorgfalt eines

¹⁵⁶ Vgl. *Beurskens*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG § 43 Rn. 160; *Altmeyen* ZIP 2021, 2413 (2414 f.); *Altmeyen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 203; *Berberich* ZInsO 2021, 1313; *Bitter* ZIP 2021, 321 (326 ff.); *ders.* GmbHR 2021, R16, R17: der eine planwidrige Regelungslücke aufgrund des enormen zeitlichen Drucks annimmt, dem das Gesetzgebungsverfahren unterlag; *H.-F. Müller*, GmbHR 2021, 737 (739); *Heinrich* NZI 2021, 258 (260 ff.); *Hodgson* NZI-Beilage 1/2021, 85 (86 f.); eine analoge Anwendung ablehnend: *Baumert* NZG 2021, 443 (449); *A. Schmidt* ZRI 2021, 389 (393); *ders.*, in: HmbK-InsO § 15b Rn. 118 ff.

¹⁵⁷ RegBegr. SanInsFOG BT-Drs. 19/24181, S. 195 mit Verweis auf BGHSt 48, 307.

¹⁵⁸ Vgl. auch *Rossbrey, Nicolas*: Abgabenzahlungspflicht und Zahlungsverbote bei Insolvenzreife der AG und GmbH, S. 38 ff.

¹⁵⁹ BFHE 228, 228 = DStR 2009, 310; BFHE 216, 491 = NZG 2007, 953.

¹⁶⁰ BGHZ 134, 304 (310 ff.) = BGH NJW 1997, 1237 (1238); BGHSt 47, 318 = BGH NJW 2002, 2480; BGHSt 48,307 = BGH NJW 2003, 3787; BGH NJW 2005, 3650.

¹⁶¹ BGHZ 146, 264 (274 f.) = NJW 2001, 1280 (1282 f.); BGHZ 149,100 = BGH NJW 2002, 512 (513); BGH NJW 2005, 2546.

¹⁶² Dazu: *Altmeyen*, in: FS Goette, 2011, 1 (2); BGH NJW 2007, 2118 (2120 Rz. 12); BFH DStRE 2009, 310 (311 f.); *Fleischer*, in: BeckOGK AktG § 92 Rn. 38, Stand 01.02.2022; *Gehrlein* DB 2020, 2393 (2395 ff.); skeptisch: *Thole* DB 2015, 662 (666 ff.); *Wilhelm* ZIP 2007, 1781 (1783); *Bittmann wistra* 2007, 406.

ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sein. Gleichzeitig sollte bei Wahrung des Zahlungsverbots das für eine Haftung nach § 823 Abs. 2 iVm § 266a StGB erforderliche Verschulden abgelehnt werden.¹⁶³ In seinem Grundsatzurteil vom 14.05.2007 entschied der 2. Zivilsenat des BGH zugunsten der Geschäftsleiter um deren „übergesetzlichen Notstand“ zwischen strafbaren bzw. ordnungswidrigem Verhalten zu beenden und änderte seine Rechtsprechung dahingehend, dass die Erbringung fälliger Arbeitnehmeranteile zur Vermeidung einer strafrechtlichen Verfolgung, trotz bestehendem Zahlungsverbot, „mit den Pflichten eines ordnungsgemäßen Geschäftsleiters vereinbar“, also sorgfältig sind und damit kein Erstattungsanspruch entsteht.¹⁶⁴ In seinen Urteilen von 2008 wich er hiervon jedoch wieder ab und wendet sich der Auffassung des 5. Strafsenats des BGH zu und sieht seine Rechtsprechung ferner in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BFH.¹⁶⁵

In der Literatur schlossen sich manche der Rechtsprechung des 2. Zivilsenats an und werteten das Abführen dieser Steuern als sorgfältig bzw. erlaubt¹⁶⁶ oder befürworteten ein Fiskus- und Sozialversicherungsprivileg, welches bloß eine Abgabepflicht, nicht jedoch einen Vorrang begründen sollte und machten die Erstattungspflicht davon abhängig, ob der Insolvenzantrag schuldhaft nicht gestellt wurde.¹⁶⁷

Im Gegensatz dazu wertete die Gegenauffassung das Abführen solcher Steuern und Beiträge wiederum gerade nicht als sorgfältige, sondern als eine verbotene Zahlung.¹⁶⁸ Richtigerweise erkannte dies bereits der Gesetzgeber der InsO vom

¹⁶³ BGHZ 146, 264 (274 f.) = BGH NJW 2001, 1280; *Haas*, in: Baumbach/Hueck GmbHG § 64 Rn. 96, 22. Aufl. 2019.

¹⁶⁴ BGH ZIP 2007, 1265 (1266 Rz. 12); BGH ZIP 2011, 422 (424 Rz. 17 f.); dies gilt für Arbeitnehmerbeiträge, die nach Insolvenzreife fällig werden, sowie für Beitragsrückstände; vgl. auch: *Haas*, in: Baumbach/Hueck GmbHG § 64 Rn. 96, 22. Aufl. 2019.

¹⁶⁵ BGH NJW 2009, 295; BGH ZIP 2008, 2220 (2221 Rz. 10).

¹⁶⁶ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 51, 227, 11. Auflage 2015; *Casper*, in: UHL GmbHG § 64 Rn. 121, 2. Auf. 2016; *Bellen/Stehl* BB 2010, 2579 (2584); *Tiedike/Peterek* GmbHR 2008, 617 (620); *Heeg* DStR 2007, 2134 ff.; *Bittmann* wistra 2007, 406 (407); *Henssler*, in: Kölner Schrift zur InsO, S. 1000 f. Rn. 24, S. 1004 Rn. 33, 3. Aufl. 2009; *Rodewald* GmbHR 2009, 1301 (1302 f.).

¹⁶⁷ *Wilhelm* ZIP 2007, 1781 (1785 f.); *H.-F. Müller*, in: MüKo GmbHG § 64 Rn. 156 f., 3. Aufl. 2018; *Bitter* ZInsO 2010, 1561 (1571).

¹⁶⁸ *Paefgen*, in: UHL GmbHG § 43 Rn. 386 ff.; *Liebscher* ZInsO 2009, 1386 (1391); *Rönnau* NJW 2004, 976 (978 ff.); *Schneider*, in: Scholz GmbHG § 43 Rn. 416, 11. Aufl. 2015: Abführung des Arbeitgeberanteils begründet eine verbotene Zahlung.

01.01.1999 und schaffte das Fiskusprivileg ab. Dazu ist der Gesetzgeber entgegen vereinzelter kritischer Stimmen aus dem Schrifttum auch befugt.¹⁶⁹ Teilweise wurde das Fiskusprivileg in der Folgezeit von der Rechtsprechung zwar wieder aufgegriffen, darauf darf jedoch nicht abgestellt werden, zumal der Zweck des Zahlungsverbots in der Verhinderung der Vorabbefriedigung aller Gläubiger mit dem Ziel der Massesicherung liegt und dieser Grundsatz andernfalls umgangen würde.¹⁷⁰ Ebenso wenig überzeugt ein Sozialversicherungsprivileg, zumal die Begründung des Vorrangs eines Straftatbestands (§ 266a StGB) eine *petitio principii* darstellt.¹⁷¹ Der 2. Zivilsenat stellte insofern bis 2008 zutreffend auf das Prinzip der *par conditio creditorum* ab, denn die Beachtung des Zahlungsverbots kann nicht gleichzeitig ein strafbares Verhalten begründen.¹⁷²

In Anbetracht dieser aufgezeigten Verwirrung über ein Fiskus- und Sozialversicherungsprivileg, ist die Klärung durch den Gesetzgeber des SanInsFOG in § 15b Abs. 8 S. 1 InsO dahingehend, dass die Massesicherung Vorrang genießt, sowie die damit einhergehenden Rückkehr zur Rechtsprechung von vor 2007, zu begrüßen.¹⁷³ Die Rechtsprechung des BFH¹⁷⁴ ist insofern überholt.

Unhaltbar ist die Regelung des § 15b Abs. 8 S. 2 InsO *e contrario*, wonach der Geschäftsleiter bei einer strikten Wortlautauslegung mit seinem Privatvermögen für Steuerschulden (und Sozialabgaben) nach Ablauf der Höchstfrist zur Stellung eines Insolvenzantrags wegen eines Verstoßes gegen das Zahlungsverbot in die Haftung gerät.¹⁷⁵ Während er der persönlichen Haftung angeblich entgehen kann, sofern er rechtzeitig einen Insolvenzantrag stellt um sich so der „selbstverschuldeten

¹⁶⁹ Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 19/25353, S. 11f.; a.A.: *Schmittmann*, ZInsO 2021, 211 (214).

¹⁷⁰ Gegen die Wiedereinführung des Fiskusprivilegs im Insolvenzverfahren, vgl.: Protestunterzeichner in ZIP 2010, 1317; *Altmeyen*, in FS Goette, 2011, 1; *ders.* ZIP 2021, 2413 ff.; *Altmeyen*, GmbHG Anh. § 64 Rn 201 ff.; *Pape/Schaltke*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO § 53 Rn. 3; *Pape* ZInsO 2010, 2155 (2156 f.); *Grunicke* ZVI 2014, 361.

¹⁷¹ *Radtko*, in: FS Otto, 2007, 695 (706): „zirkelschlüssig“; *Altmeyen*, in: FS Goette 2011, 3 f., 14.

¹⁷² *Altmeyen*, in: FS Goette, 2011, 11, 14; *Altmeyen*, GmbHG § 43 Rn. 47, 83.

¹⁷³ Zustimmung: *Altmeyen*, in FS Goette, 2011, 1 ff.; *ders.* ZIP 2021, 2413 ff.

¹⁷⁴ Vgl. BFHE 222, 228 = ZIP 2009, 122; BFHE 259, 423 = ZIP 2018, 22; BFH ZIP 2020, 911 jew. mwN.

¹⁷⁵ Ablehnend: *Altmeyen* ZIP 2021, 2413 ff. mwN.

Pflichtenkollision“¹⁷⁶ zu entziehen. Eine solche Argumentation vermag jedoch nicht zu überzeugen, schließlich kommt es allein darauf an, ob der Gläubigergesamtheit ein Schaden (Quotenschaden) entstanden ist. Dieser liegt jedoch nur vor, wenn die Quote sämtlicher Gläubiger geschmälert ist, also auch von Fiskus und Sozialkasse. Fehlt es an einem Quotenschaden, da die Gesellschaft keine Verluste erleidet, so haben selbstverständlich auch Fiskus und Sozialkasse keinen Schaden erlitten und zwar unabhängig davon, ob die Insolvenzantragsfrist überschritten ist oder nicht. Es ist daher weder dogmatisch noch wertungsmäßig schlüssig, eine persönliche Haftung des Geschäftsleiters wegen eines Verstoßes gegen das Zahlungsverbot anzunehmen, ohne dass der Fiskus oder die Sozialkassen einen Schaden erlitten haben.¹⁷⁷

2. Persönlicher Anwendungsbereich

Der Verstoß gegen das Zahlungsverbot führt für eine große Anzahl an potenziellen Normadressaten zu einer Haftung. Erfasst sind gem. § 15b Abs. 6 InsO mit dem Verweis auf § 15a Abs. 1 S. 3 und Abs. 2 InsO auch jene Personengesellschaften, bei denen keine natürliche Person unbeschränkt persönlich haftet, wie der GmbH & Co. KG.¹⁷⁸ Diese kann auch nicht durch Amtsniederlegung nachträglich beseitigt werden.¹⁷⁹

a) Mitglieder des Vertretungsorgans

Primär richtet sich das Zahlungsverbot (und die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags) an die jeweiligen Mitglieder und Abwickler einer juristischen Person, gem. § 15b Abs. 1 S. 1 InsO, der auf § 15a Abs. 1 S. 1 InsO verweist. Erfasst sind dabei insbesondere die wirksam bestellten Geschäftsführer einer GmbHG bzw.

¹⁷⁶ RegBegr. SanInsFOG BT-Drs. 19/24181, 195; vgl. auch: Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 19/25353, S. 12: danach gerät der Geschäftsleiter für Verschleppungsschäden, gem. § 69 AO in die Haftung.

¹⁷⁷ So bereits *Altmeyen* ZIP 2021, 2413 ff.: der in der zwecklosen, persönlichen Haftung die Grenzen der Willkür (Art. 20 GG) überschritten sieht und die katastrophale Lage des Geschäftsleiters darstellt und die einzige Hoffnung für eine Korrektur in der dritten Staatsgewalt sieht; zur Haftungsfalle der Geschäftsführer, vgl. *Altmeyen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 202 mwN; zur Ablehnung der Einzelbetrachtung und Vorzug Gesamtbetrachtung, eingehend in Kapitel § 6, S. 83 ff., 123 ff.

¹⁷⁸ Vgl. hierzu *Weber/Dömecke*, in: Braun InsO § 15b Rn. 3; *Schmidt*, in: HmbK-InsO § 15b Rn. 2; *Altmeyen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 142 ff.

¹⁷⁹ *Kolmann*, in: Saenger/Inhester GmbHG § 64 Rn. 18; *Haas*, Noack/Servatius/Haas GmbHG § 64 Rn. 21 mwN *Wicke*, GmbHG § 64 Rn. 6a; *Bitter*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 61, 261.

der UG (haftungsbeschränkt) und Vorstände einer AG, aber auch sämtliche andere Organe und Liquidatoren.¹⁸⁰

§ 15b Abs. 1 S. 1 GmbHG findet auf die Vor-GmbH als Gesellschaft sui generis keine Anwendung. Zwar weist die Vor-GmbH nach dem Kontinuitätsprinzip eine Nähe zur „fertigen“ GmbH auf, allerdings greift bei der Vor-GmbH die Haftungsbeschränkung nach § 13 Abs. 2 GmbHG noch nicht, sodass die Gläubiger gerade nicht nur auf Ansprüche gegen die Vor-GmbH begrenzt sind. Somit besteht keine Notwendigkeit für die Anwendung des § 15b Abs. 1 S. 1 GmbHG auf die Vor-GmbH.¹⁸¹

b) Faktische Organmitglieder

Die Haftung für einen Verstoß gegen das Zahlungsverbot (und die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags) erstreckt sich ferner auf natürliche Personen, die als faktische Organmitglieder auftreten, insbesondere die faktischen Geschäftsleiter. Für die GmbH bedeutet dies, dass sowohl derjenige Geschäftsführer als Haftungsadressat in Betracht kommt, dessen Bestellung unwirksam ist (sog. nicht ordnungsgemäß bestellter Geschäftsführer) als auch derjenige, welcher ohne Bestellung die Geschicke der GmbH leitet (sog. faktischer Geschäftsführer im engeren Sinne oder shadow director).¹⁸² Letztere faktische Geschäftsführung liegt vor, wenn diese mit Einverständnis der Gesellschafter erfolgt ist, der Dritte Einfluss auf die Unternehmensleitung hat und im Außenverhältnis dergestalt auftritt, wie es üblicherweise von einem Geschäftsführer erwartet wird.¹⁸³ Dem faktischen

¹⁸⁰ *Mätzig*, in: BeckOK GmbHG § 64 Rn. 10, 51. Ed., Stand 01.03.2022; *Weber/Dömecke*, in: Braun InsO § 15b Rn. 3; *Haas*, Noack/Servatius/Haas GmbHG § 64 Rn. 19, 72 mwN: Gesamtschuldnerausgleich nach § 426 BGB bei mehreren nach § 15b InsO haftenden Geschäftsführern; *Wolfer*, in: BeckOK InsO § 15b Rn. 3, 26. Edition Stand 15.01.2022; *Bork/Kebekus*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO § 15b Rn. 9 f.; erfasst sind ferner ausgeschiedene Geschäftsleiter: BGH NJW 1952, 554.

¹⁸¹ *Bitter*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 42 f.; *Nerlich*, in: MHLS GmbHG § 64 Rn. 6; a.A.: *Kolmann*, in: Saenger/Inhester GmbHG § 64 Rn. 14; a.A.: *Schneider/M. Schmidt-Leithoff*, in: Rowedder/Pentz Anh. I § 60 Rn. 10.

¹⁸² Vgl. BGHZ 104, 44 = NJW 1988, 1789; BGH NZG 2005, 816; BGH NZG 2008, 468 Rz. 5: erforderlich ist ein nachhaltig prägendes Handeln im Außenverhältnis; Altmeppen, GmbHG Anh. § 64 Rn. 79 f.; *Bork/Kebekus*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO § 15b Rn. 10; *Kolmann*, in: Saenger/Inhester GmbHG § 64 Rn. 19; *Mätzig*, in: BeckOK GmbHG § 64 Rn. 12, 51. Ed., Stand 01.03.2022; *Haas*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG § 64 Rn. 22 ff.; *Casper*, in: HCL GmbHG Anh. § 62 Rn. 96; *Schmidt*, in: HmbK-InsO § 15b Rn. 8; differenzierend: *Schneider/M. Schmidt-Leithoff*, in: Rowedder/Pentz Anh. II § 60 Rn. 17, Anh. I § 60 Rn. 43: der ferner eine Handelsregistereintragung verlangt.

¹⁸³ Eingehend, *Haas*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG § 64 Rn. 22 ff. mwN; *Mätzig*, in: BeckOK GmbHG § 64 Rn. 14 ff, 51. Ed., Stand 01.03.2022.

Geschäftsführer sind wie auch dem bestellten Geschäftsführer die gleichen Pflichten aufzuerlegen. Er ist dementsprechend neben der Beachtung des Zahlungsverbotes auch zur Stellung eines Insolvenzantrags iSv § 15a Abs. 1 InsO verpflichtet und gerät bei Verstößen gegen die Antragsfrist in die Insolvenzverschleppungshaftung.¹⁸⁴

c) Dritte

Inwiefern eine Haftung Dritter wegen Anstiftung oder Unterstützung bei einem Verstoß gegen das Zahlungsverbot besteht, ist von der dogmatischen Einordnung der Zahlungsverbote abhängig. Folgt man den Vertretern der herrschenden Meinung, die die Insolvenzantragspflicht (§ 15a Abs. 1 InsO) dogmatisch als Schutzgesetz iSv § 823 Abs. 2 BGB einordnen, so muss auch das Zahlungsverbot konsequenterweise Schutzgesetzcharakter aufweisen¹⁸⁵, sodass eine Teilnehmerhaftung Dritter nach § 830 Abs. 2 BGB möglich ist.¹⁸⁶ Wird die Einordnung beider Massesicherungspflichten (Zahlungsverbot und Insolvenzantragspflicht) als Schutzgesetz iSv § 823 Abs. 2 BGB hingegen verneint, so scheidet es an den Voraussetzungen einer Teilnehmerhaftung gem. § 830 Abs. 2 BGB mit der Konsequenz, dass eine Haftung Dritter wegen Verstoß gegen das Zahlungsverbot ausscheidet.¹⁸⁷

d) Aufsichtsräte

¹⁸⁴ Vgl. BGHZ 104, 44 = NJW 1988, 1789; BGH ZIP 2005, 1550; OLG Jena GmbHR 2002, 112; OLG Düsseldorf NZG 1999, 1066; *Nauschütz* NZG 2005, 921 f.; eing. *G. Roth* ZGR 1989, 421; *Weimar* GmbHR 1997, 473; eine Antragsbefugnis ablehnend: *Haas* DStR 2003, 423 f.; *Haas*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG § 64 Rn. 222, 311 ff.; *Hefendehl* ZIP 2011, 601 (603 ff.); einschränkend: *Casper*, in: HCL GmbHG Anh. § 62 Rn. 79; *Bitter*, in: Scholz GmbHG Vor § 64 Rn. 133: nur der unwirksam berufene und ins Handelsregister eingetragene Geschäftsführer soll eine Antragsbefugnis haben.

¹⁸⁵ Entweder haben beide Massesicherungspflichten Schutzgesetzcharakter oder beide nicht, vgl. Kapitel § 6, S. 117.; siehe auch Altmeyen, GmbHG Anh. § 64 Rn. 150, 233.

¹⁸⁶ *Haas*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG § 64 Rn. 18, 299 (anders noch: *Haas*, in: Baumbach/Hueck GmbHG § 64 Rn. 14, 21. Aufl. 2019); eingehend: Altmeyen, GmbHG Anh. § 64 Rn. 232 ff. mwN; vgl. zu § 64 GmbHG aF: *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 55, 11. Auflage 2015; *Spindler*, in: MüKo AktG § 92 Rn. 43.

¹⁸⁷ *Bork/Kebekus*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO § 15b Rn. 83; zu § 64 GmbHG aF: BGH NZG 2019, 1113 Rz. 20; BGH NJW-RR 2008, 1066 (1067): stellt keinen Deliktstatbestand, sondern eine eigenständige Anspruchsgrundlage dar; *Wicke*, GmbHG § 64 Rn. 19; *Kleindieck*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG § 64 Rn. 8; *Kolmann*, in: Saenger/Inhelter GmbHG § 64 Rn. 20; *Mätzig*, in: BeckOK GmbHG § 64 Rn. 16, 51. Ed., Stand 01.03.2022; im Erg. Ebenso: *Altmeyen* ZIP 2020, 937 (939 f.); i.E. auch *Bork*, in: Bork/Schäfer § 64 GmbHG Rn. 5, 39.

Inwiefern eine Haftung der Aufsichtsratsmitglieder¹⁸⁸ infolge der Streichung von § 93 Abs. 3 Nr. 3 AktG und Neueinführung von § 15b InsO besteht, war anfangs in Hinblick auf den Regierungsentwurf des SanInsFOG nicht eindeutig. Schließlich ergibt sich eine Haftung der Aufsichtsratsmitglieder nicht unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut von § 15b Abs. 4 S. 2 InsO. Jene Unsicherheiten wurden jedoch mit dem durch den Rechtsausschuss ergänzenden Verweis von § 116 AktG auf § 15b InsO beseitigt.¹⁸⁹ Der Aufsichtsrat übernimmt die Geschäftsleitung nicht selbst, sondern hat ausschließlich überwachende, beratende und informatorische Pflichten.

Bei einem Verstoß gegen die den Mitgliedern des Aufsichtsrats zugewiesene Überwachungspflicht der Geschäftsführung des Geschäftsführers können sie insofern in die Haftung geraten.¹⁹⁰ In der Krise ist es für den Aufsichtsrat daher zwingend, die Überwachung über das Maß der regelmäßig anfallenden Sitzungen hinaus auszuweiten.¹⁹¹ Er muss insbesondere dafür sorgen, dass keine weiteren Zahlungen ab Insolvenzreife mehr getätigt werden, notfalls auch durch Abberufung des Geschäftsführers und er muss dafür sorgen, dass der Insolvenzantrag gestellt wird.¹⁹² Unterbleibt dies schuldhaft, so verletzt der Aufsichtsrat seine Überwachungspflicht und gerät bei der Leistung einer verbotenen Zahlung in die Haftung, gem. § 116 AktG iVm § 15b InsO.¹⁹³

Neben der AG haften in der GmbH, GmbH & Co. KG und Genossenschaft die Mitglieder des mitbestimmten bzw. obligatorischen Aufsichtsrats aufgrund der Verweisungsnormen des MitbestG für nach Insolvenzreife getätigte Zahlungen, bei

¹⁸⁸ In der AG ist der Aufsichtsrat zwingend nach § 30 AktG und in der Genossenschaft nach § 36 GenG vorgeschrieben. Demgegenüber ist ein solcher bei einer GmbHG grundsätzlich nicht vorgesehen, jedoch bei größeren GmbHs ebenso gesetzlich vorgeschrieben, gem. § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG und § 18 Abs. 2 S. 1 KAGB.

¹⁸⁹ Vgl. den Hinweis von *Denkhaus* auf dem VID-Kongress am 5. 11. 2020; dazu Brinkmann, ZIP 2020, 2361, 2366 in Fn. 17; vgl. auch *Bitter* ZIP 2021, 321 (332).

¹⁹⁰ *Strohn* DB 2012, 1193 (1197).

¹⁹¹ BGH NZG 2011, 1161 (1163); *Kleindieck*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG § 64 Rn. 9; *Kolmann*, in: Saenger/Inhester GmbHG § 64 Rn. 21.

¹⁹² *Altmeyen* ZIP 2010, 1973 (1976); *Kleindieck*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG § 64 Rn. 9; *Kolmann*, in: Saenger/Inhester GmbHG § 64 Rn. 21.

¹⁹³ BGHZ 187, 60 = NZG 2010, 1186 (Doberlug); vgl. auch: *Altmeyen* ZIP 2010, 1973 (1977): kein schuldhaftes Handeln der Aufsichtsräte, sofern keine Anhaltspunkte für Pflichtverletzung ersichtlich sind; *Bitter* ZIP 2021, 321 (332); *Strohn* NZG 2011, 1161 (1167) mwN; *Weber/Dömecke*, in: Braun InsO § 15b Rn. 5.

einem Verstoß gegen die Überwachungspflicht gem. § 1 Abs. 1 Nr. 3, § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, § 3 Abs. 2 MontanMitbestG (iVm § 3 Abs. 1 S. 2 MontanMitbestG) oder § 18 Abs. 2 S. 1 KAGB iVm §§ 116, 93 Abs. 3 Nr. 6 i.V.m § 92 AktG.¹⁹⁴

Zuletzt gilt es herauszuarbeiten inwiefern der fakultative Aufsichtsrat in der GmbH gem. § 52 GmbHG bei einem Verstoß gegen die Überwachungspflichten von masseschmälernden Zahlungen nach Insolvenzreife durch den Geschäftsleiter in die Haftung gerät. Ursprünglich galt es zu erkennen, dass sich der Verweis in § 52 GmbHG nicht auf § 93 Abs. 3 AktG aF und das dort in Nr. 6 geregelte Zahlungsverbot, sondern nur auf § 93 Abs. 1, 2 AktG aF bezog. Die Streichung von § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG aF und Neueinführung von § 15b InsO könnte einerseits so verstanden werden, dass § 52 GmbHG auf § 116 AktG als gesamte Norm iVm § 93 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 und 2 AktG verweist und insofern den in § 116 AktG neu eingeführten § 15b InsO erfasst.¹⁹⁵ In Anbetracht der Begründung des Rechtsausschusses könnte andererseits jedoch auch die Interpretation des BGH aus seinem seinerzeit ergangenen Urteil „Doberlug“ fortzusetzen sein. Der Verweis aus § 52 GmbHG wäre dann so zu interpretieren, dass damit nur die Normen § 116 AktG iVm den Absätzen 1 und 2 des § 93 AktG erfasst sind, welche das gerade nicht Zahlungsverbot normieren.¹⁹⁶ Entsprechend dem „Doberlug“-Urteil tritt die Haftung des fakultativen Aufsichtsrats in der GmbH nur ein, wenn der Gesellschaft aufgrund der verbotenen Zahlung ein eigener Schaden i.S.v. §§ 249 ff. BGB entstanden ist, nicht hingegen, wenn dieser, wie es regelmäßig der Fall ist, allein den Insolvenzgläubigern infolge der Masseschmälerung entstanden ist.¹⁹⁷ Ein solcher Schaden der Gesellschaft liegt selten vor, zumal die verbotene Zahlung grundsätzlich der Erfüllung von Gesellschaftsverbindlichkeiten dient und die Gesellschaft dadurch in dieser Höhe von der Verbindlichkeit befreit wird. Damit kommt es bloß zu einer Verkürzung der Bilanzsumme und nicht zu einem Schaden der Gesellschaft.¹⁹⁸ Der

¹⁹⁴ BGHZ 187, 60 = NZG 2010, 1186 (1187 Rz. 21); *Arnold*, in: Henssler/Strohn GesR § 64 GmbHG Rn. 9; *Kolmann*, in: Saenger/Inhester GmbHG § 64 Rn. 21.

¹⁹⁵ *Baumert* NZG 2021, 443 (448); vgl. auch: *Weber/Dömecke*, in: Braun InsO § 15b Rn. 5.

¹⁹⁶ So bereits: BGHZ 187, 60 = NZG 2010, 1186 (Doberlug); vgl. auch *Bitter* ZIP 2021, 321 (332); *Bork/Kebekus*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO § 15b Rn. 12 mwN.

¹⁹⁷ BGHZ 187, 60 = NZG 2010, 1186 (1187 Rz. 21); *Arnold*, in: Henssler/Strohn GesR § 64 GmbHG Rn. 9; *Kleindieck*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG § 64 Rn. 9.

¹⁹⁸ BGHZ 187, 60 = NZG 2010, 1186 (1187 Rz. 14); *Strohn* DB 2012, 1193 (1197).

fakultative Aufsichtsrat gerät folglich im Gegensatz zum obligatorischen Aufsichtsrat nur ausnahmsweise in die Haftung.¹⁹⁹

e) Organvertreter ausländischer Gesellschafter

Fragwürdig war für geraume Zeit, inwiefern sowohl die bestellten als auch die faktischen Organvertreter von EU-ausländischen Kapitalgesellschaften (Scheingesellschaften), die ihren Tätigkeitsschwerpunkt (COMI) in Deutschland haben, überhaupt in den Anwendungsbereich der Massesicherungspflichten (Zahlungsverbote und Insolvenzantragspflicht) fallen. Auch wenn eine „Zweigniederlassung“ in Deutschland aufgrund der Niederlassungsfreiheit in der EU (Art. 49, 54 AEUV) zulässig ist, so wurde die Gesellschaft dennoch nach ausländischem Recht gegründet, weshalb eine Haftung nach deutschem Recht nicht ohne weiteres möglich ist. Die Anwendbarkeit ist seit der materiell-rechtlichen Qualifizierung der Zahlungsverbote als insolvenzrechtlich und nicht als gesellschaftsrechtlich im Rahmen der „Kornhaas“-Grundsatzentscheidung allerdings endgültig bejaht worden, mit der Konsequenz, dass auch die Einordnung unter die *lex fori concursus* zu bejahen ist. Die Zuständigkeit deutscher Gerichte über die Eröffnung des Hauptinsolvenzverfahrens von EU-Auslandsgesellschaften folgt aus Art. 3 Abs. 1 EuInsVO, sodass sich die gesetzliche Legitimation für die Anwendbarkeit des deutschen Haftungsrechts als das maßgebliche anwendbare Recht nach Art. 4 Abs. 1 EuInsVO idF von 2000 (seit 2015: Art. 7 EuInsVO) richtet.²⁰⁰ Aus dem „Kornhaas“-Urteil folgt insofern, dass die EU-Scheinauslandsgesellschaften den Gläubigerschutzregeln des Zuzug-Staates

¹⁹⁹ BGHZ 187, 60 = NZG 2010, 1186 (1187 Rz. 21); *Arnold*, in: Henssler/Strohn GesR § 64 GmbHG Rn. 9; *Kolmann*, in: Saenger/Inhelter GmbHG § 64 Rn. 21; *Kleindieck*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG § 64 Rn. 9.

²⁰⁰ RegBegr. MoMiG BT-Drs. 16/6140, 46 f.; BGH ZIP 2016, 821 Rz. 14; EuGH NJW 2016, 223 Rn. 14 ff. - „Kornhaas“; BGH NZG 2015, 101; OLG Düsseldorf NZI 2016, 642 (643); EuGH EuZW 2015, 143 f. mit Anm. *Kindler*; vgl. auch: *H.-F. Müller*, in: MüKo GmbHG § 64 Rn. 167 mwN; *Servatius*, in: Henssler/Strohn IntGesR Rn. 179; *Altmeyden*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 19 ff. mwN; *Knof*, in: Uhlenbruck InsO EuInsVO Rn. 107 ff.; *Mankowski* NZG 2016, 281 ff.; *Haas*, in: Baumbach/Hueck GmbHG § 64 Rn. 21, 20. Aufl. 2013; *Weller/Schulz* IPrax 2014, 336; *Schulz* NZG 2015, 146 ff.; *Thole* ZIP 2012, 605 (607); *Barthel* ZInsO 2011, 211 (215); *Poertzgen* NZI 2015, 91 f.; *Kleindieck*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG § 64 Rn. 5; a.A.: *Ringe/Willemer* NZG 2010, 56 ff.; zur Vereinbarkeit der Niederlassungsfreiheit mit § 64 GmbHG aF: BGH ZIP 2016, 821 Rz. 9; dazu EWIR 2016, 329 mit Anm. *Seidel*.

unterliegen, unabhängig davon, ob es etwaige Regelungen hierzu in ihrem Gründungsstaat gibt.²⁰¹

Für Nicht-EU-Auslandsgesellschaften²⁰², die ihren Satzungssitz in einem Drittstaat haben, aber ihren Verwaltungssitz in Deutschland, richtet sich das anwendbare Recht dagegen nach § 335 InsO und nicht nach der EuInsVO. Nach § 335 InsO unterliegt „das Insolvenzverfahren und seine Wirkungen (...) dem Recht des Staates in dem das Verfahren eröffnet worden ist“. Die Zuständigkeit deutscher Gerichte zur Insolvenzeröffnung nach § 3 Abs. 1 S. 2 InsO erfordert insofern eine insolvenzrechtliche Qualifizierung des Zahlungsverbots, wie sie spätestens seit Einführung der Haftung für verbotene „Zahlungen“ gem. § 15b Abs. 4 InsO besteht.²⁰³ Vor Einführung des § 15b InsO (früher: § 64 GmbHG aF) durch das SanInsFOG konnte nicht ohne weiteres auf die im „Kornhaas“-Urteils zu Art. 4 EuInsVO festgesellte insolvenzrechtliche Qualifizierung des Zahlungsverbots für EU-Auslandsgesellschaften zurückgegriffen werden. Zumal, trotz der Parallelen, gerade eine europarechtlich autonome Auslegung von Rechtsbegriffen durch den EuGH besteht.²⁰⁴ Allerdings hatte das „Kornhaas“-Urteil Indizwirkung, weshalb auch den vormals geltenden Zahlungsverbote (§ 64 S. 1 GmbHG aF) über § 335 InsO eine insolvenzrechtliche Qualifizierung entnommen wurde.²⁰⁵ Der persönliche Anwendungsbereich ist daher für sämtliche Scheinauslandsgesellschaften eröffnet.²⁰⁶

3. Zeitlicher Anwendungsbereich

²⁰¹ Altmeppen, GmbHG Anh. § 64 Rn. 24.

²⁰² Etwa die amerikanische Limited Liability Company (LLC), Limited Liability Partnership (LLP) oder Corporation (Corp. bzw. Inc.) mit Verwaltungssitz in Deutschland.

²⁰³ Haas, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG § 64 Rn. 77, 81.

²⁰⁴ Reinhard, in: MüKo InsO § 335 Rn. 8; Haas, in: Baumbach/Hueck GmbHG § 64 Rn. 20, 20. Aufl. 2013; Vallender ZGR 2006, 425 (455); Bittmann/Gruber GmbHG 2008, 867 (869); Swierczok, in: HK-InsO Vor § 335 ff. Rn. 15 ff.

²⁰⁵ So: Haas, in: Baumbach/Hueck GmbHG § 64 Rn. 19, 21, 20. Aufl. 2013: der einen Vergleich zur französischen Fassung des Art 4 Abs. 1 EuInsVO zieht und den Telos der Zahlungsverbote (Masseerhaltung), in einer insolvenzrechtlichen Verhaltenspflicht erkennt; Drescher, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers Rn. 504; Schmid, Haftung der Geschäftsleiter insolventer Gesellschaften für die Verletzung der Zahlungsverbote und der Insolvenzantragspflicht, S. 47 f.; a.A.: Reinhard, in: MüKo InsO Vor § 335 Rn. 102 ff., 2. Aufl. 2008: dieser geht von einer gesellschaftsrechtlichen Qualifizierung aus.

²⁰⁶ Zur internationalen Zuständigkeit, vgl. Altmeppen, GmbHG Anh. § 64 Rn. 228 mwN.

Eine verbotene Zahlung liegt gem. § 15b Abs. 1 S. 1 InsO „nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung der juristischen Person“ vor, folglich ab Insolvenzreife.²⁰⁷ Unbeachtlich für den Beginn des Zahlungsverbotes ist der Ablauf der drei- bzw. sechswöchigen Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 1 S. 2 InsO.²⁰⁸ Das Zahlungsverbot findet auch im Zeitraum des vorläufigen Insolvenzverfahrens Anwendung.²⁰⁹ Die Grenze bildet eine nachträgliche wirtschaftliche Gesundung, die die Gesellschaft wieder solvent werden lässt. Somit kommt es häufig gar nicht ans Tageslicht, dass ein Geschäftsleiter die Insolvenz in strafbarer Weise nicht beachtet hat, wenn es ihm gelingt die Gesellschafter wieder aus der Krise zu führen.²¹⁰

Probleme ergeben sich jedoch zum einen im Insolvenzeröffnungsverfahren und zum anderen im Verfahren der Eigenverwaltung. Demnach gilt es beide kurz in Bezug auf den zeitlichen Anwendungsbereich darzustellen. Im Eigenverwaltungsverfahren nach §§ 270 ff. InsO werden die Sanierungschancen zur Fortführung der Gesellschaft im Interesse der Gläubiger gewährt, wobei die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis weiterhin dem Geschäftsleiter zusteht. Eine Anwendbarkeit von § 15b InsO (§ 64 GmbHG aF) auf §§ 270 ff. InsO ist abzulehnen, zumal der Gläubigerschutz bereits durch die insolvenzrechtlichen Regelungen gewährt wird und der Unternehmensfortführungszweck der §§ 270a, 270b InsO andernfalls bei einer Haftung wegen eines Verstoßes gegen die Pflicht zur Masseerhaltung nach § 15b InsO (§ 64 GmbHG aF) unterlaufen würde.²¹¹ Aufgegriffen und ausdrücklich normiert wurde dies nun durch den Gesetzgeber der SanInsFOG in dem neu geregelten § 15b Abs. 8 S. 2 InsO, wonach die Haftung des Geschäftsleiters für

²⁰⁷ Altmeyden, GmbHG § 64 Rn. 7; BGH NJW 2009, 2454 (2455 Rz. 12); *Kolmann*, in: Saenger/Inhester GmbHG § 64 Rn. 24; *Strohn* NZG 2011, 1161 (1163).

²⁰⁸ BGH NZG 2009, 550 (551 Rz. 12); *Strohn* NZG 2011, 1161 (1163); *Kolmann*, in: Saenger/Inhester GmbHG § 64 Rn. 24; *Wicke*, GmbHG § 64 Rn. 20; für den Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit gilt eine Antragspflicht von maximal drei Wochen, während bei der Überschuldung, seit Einführung des SanInsFOG, spätestens nach sechs Wochen ein Insolvenzantrag zu stellen ist.

²⁰⁹ BGH NZG 2009, 550 (551); *Wicke*, GmbHG § 64 Rn. 20; *Haas*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG § 64 Rn. 108 mwN.

²¹⁰ LG Frankfurt ZInsO 2019, 1218 (1221); *Haas*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG § 64 Rn. 108 mwN; *Schneider/M. Schmidt-Leithoff*, in: Rowedder/Pentz Anh. II § 60 Rn. 15; *Altmeyden* ZIP 2022, 1413 (1416).

²¹¹ *Haas*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG § 64 Rn. 111; *ders.* ZHR (178) 2014, 603 (614); *Schneider/M. Schmidt-Leithoff*, in: Rowedder/Pentz Anh. II § 60 Rn. 14; *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 26, 11. Auflage 2015; *Haas* ZHR (178) 2014, 603 (616); a.A.: *Klinck* DB 2014, 938 (942).

Steuerschulden entfällt, sobald eine Anordnung des vorläufigen Eigenverwaltungsverfahrens besteht. Eine Anwendbarkeit von § 64 S. 1 GmbHG aF (jetzt: § 15b InsO) auf das der Insolvenzeröffnung vorgelagerte Eröffnungsverfahren zur Eigenverwaltung nach §§ 270a, 270b InsO wird teilweise mit dem Argument bejaht, dass § 276a InsO im Stadium vor Insolvenzeröffnung noch nicht gelten könne.²¹² Dies vermag jedoch nicht zu überzeugen, schließlich wird, wie auch nach Eröffnung des Eigenverwaltungsverfahrens im Schutzschirmverfahren und vorläufigen Eigenverwaltungsverfahren, der Gläubigerschutz durch die insolvenzrechtlichen Regelungen gewährleistet und eine Anwendung von § 64 S. 1 GmbHG aF (jetzt: § 15b InsO) auf §§ 270a, 270b InsO würde dem Zweck der Erleichterung zur Unternehmenssanierung schaden.²¹³

4. Subjektiver Tatbestand

Der Geschäftsleiter einer insolventen Gesellschaft gerät für einen Verstoß gegen das Zahlungsverbot (§ 15b InsO) nur bei Verschulden in die Haftung, wobei bereits leichte Fahrlässigkeit genügt, sodass schon die Erkennbarkeit der Insolvenzreife ausreicht.²¹⁴ Eine Exkulpation für das vermutete Verschulden ab Insolvenzreife gelingt dem Geschäftsleiter nur dann, wenn er nachweisen kann, dass er entsprechende organisatorische Vorkehrungen zur Erkennbarkeit des Insolvenzeintritts getroffen hat²¹⁵ und dass er, unabhängig von einer etwaigen

²¹² so aber: *Bitter/Baschnagel ZInsO* 2018, 557 (574 f.); *Klinck DB* 2014, 938 ff.; *Siemon ZInsO* 2012, 1045; *Schmittmann/Dannemann ZIP* 2014, 1405 (1409 f.); *Schmidt/Poertzgen NZI* 2013, 369 (374 ff.); *Wicke, GmbHG § 64 Rn. 20*; a.A.: *Altmeyen, GmbHG Anh. § 64 Rn. 170*; *Haas ZHR* 178 (2014), 603 (614 ff.).

²¹³ *Altmeyen, GmbHG Anh. § 64 Rn. 170*; vgl. auch: *Karsten Schmidt*, in: *Scholz GmbHG § 64 Rn. 25*, 11. Auflage 2015; *Brinkmann DB* 2012, 1369; *Bachmann ZIP* 2015, 101 (105 f.).

²¹⁴ *BGH NZG* 2012, 672 (673 Rz. 13); *OLG Celle GmbHR* 2008, 1034 (1035); *OLG München BeckRS* 2013, 19365; *Haas*, in: *Noack/Servatius/Haas GmbHG § 64 Rn. 138 ff. mwN*; *Schneider/M. Schmidt-Leithoff*, in: *Rowedder/Pentz Anh. II § 60 Rn. 46*: keine Berufung auf den arbeitsrechtlichen Grundsatz des innerbetrieblichen Schadensausgleichs; *Bitter ZInsO* 2010, 1505 (1517); *Casper*, in: *HCL GmbHG Anh. § 62 Rn. 168*; *Kolmann*, in: *Saenger/Inhester GmbHG § 64 Rn. 53*; *Fleischer.*, in: *Fleischer, VorstandsR-Hdb § 20 Rn. 58*; *H.-F. Müller*, in: *MüKo GmbHG § 64 Rn. 203 ff. mwN*; *Wicke, GmbHG § 64 Rn. 22*; a.A. *Schulze-Osterloh*, in: *FS Bezenberger*, 2000, S. 425 f.

²¹⁵ Vgl. *BGH ZIP* 2012, 1557 Rz. 13 mwN; *BGH ZIP* 1995, 560: Maßgeblich ist, „dass der Geschäftsführer einer GmbH für eine Organisation sorgen muss, die ihm die zur Wahrnehmung seiner Pflichten erforderliche Übersicht über die wirtschaftliche und finanzielle Situation der Gesellschaft jederzeit ermöglicht“; *Kolmann*, in: *Saenger/Inhester GmbHG § 64 Rn. 54*; *Haas*, in: *Noack/Servatius/Haas GmbHG § 64 Rn. 139 ff. mwN*; *Kleindieck*, in: *Lutter/Hommelhoff GmbHG Anh. § 64 Rn. 87 mwN*; *Wicke, GmbHG § 64 Rn. 22*; *Altmeyen, GmbHG Anh. § 64 Rn. 98 ff.*; eingehend zur Überwachungspflicht: *Goette ZInsO* 2001, 529.

Ressortaufteilung, der allen Geschäftsleitern individuell obliegenden Beobachtungspflicht über die finanziellen Verhältnisse des Unternehmens, nachgekommen ist.²¹⁶ Liegt eine sorgfältige oder haftungskompensierende Zahlung (§ 15b Abs. 1 S. 2 InsO, § 64 S. 2 GmbHG aF) vor, so ist auch diese im Prozess zu beweisen (Einzelbetrachtung).²¹⁷ Bei Anzeichen einer wirtschaftlichen Krise der Gesellschaft ist der Geschäftsleiter, sofern er mangels ausreichender Sachkunde das Vorliegen eines Insolvenzauslösetatbestands nicht beurteilen kann, verpflichtet, den Rat eines Fachmanns einzuholen.²¹⁸

5. Entstehung und Geltendmachung des Anspruchs, Verjährung

Der Erstattungsanspruch, welcher sich dem Wortlaut des § 15b Abs. 4 S. 1 InsO nach zu Folge aus einem Verstoß gegen das Zahlungsverbot ergibt und den Gesamtschaden aller Gläubiger erfasst, ist der Gesellschaft als Anspruchsberechtigte zugewiesen. Geltend gemacht werden kann dieser Anspruch außerhalb des Insolvenzverfahrens durch einen Geschäftsführer oder Liquidator (§ 80 InsO), während ab eröffnetem Insolvenzverfahren die Sperrwirkung des § 92 InsO greift. Im Insolvenzverfahren macht der Insolvenzverwalter als Prozessführungsbefugter, zwecks Kollektivierung, diesen der Insolvenzmasse (§ 35 InsO) angehörenden Anspruch gem. § 92 InsO geltend.²¹⁹ Der GmbHG ist es nicht möglich auf den Ansprüche wegen eines Verstoßes gegen das Zahlungsverbot zu verzichten, auch nicht durch einen Vergleich (§ 15b Abs. 4 S. 4 InsO). Jedoch greift mit § 15b Abs. 4 S. 5 InsO eine Ausnahme hierzu.

²¹⁶ Vgl. BGH NJW 1994, 2149; *Haas*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG § 64 Rn. 138, 142 mwN; *Casper*, in: HCL GmbHG Anh. § 62 Rn. 169; *Kleindieck*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG § 64 Rn. 39; *Kolmann*, in: Saenger/Inhester GmbHG § 64 Rn. 56; grundsätzlich keine Notwendigkeit einer schriftlichen Dokumentation, vgl. BGHZ 220, 162 = NJW 2019, 1067; *Schneider/M. Schmidt-Leithoff*, in: Rowedder/Pentz Anh. I § 60 Rn. 67.

²¹⁷ Vgl. BGH ZIP 2007, 1501 Rz. 4; BGHZ 143, 184 = NJW 2000, 668; *Bitter* ZInsO 2010, 1505 (1517) mwN.

²¹⁸ BGH ZIP 2020, 318 Rz. 38; BGH NJW 2017, 1611 (1616 Rz. 47); BGH NZG 2016, 658 (660 Rz. 34 ff.); BGH NZG 2012, 672 (673 Rz. 15 ff.); BGH NZG 2012, 940 Rz. 11 dazu mit Anm. *Römermann* GWR 2012, 445; *Altmeppen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 100; *Haas*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG § 64 Rn. 143 mwN; *H.-F. Müller*, in: MüKo GmbHG § 64 Rn. 206 ff.; eingehend zur Notwendigkeit einer Beratung und den Voraussetzungen des Beraters: *Strohn* ZHR (176) 2012, 137 ff.; zu den Anforderungen der Plausibilitätskontrolle bei Einholen von Rechtsrat: *Buck-Heeb* BB 2016, 1347.

²¹⁹ *Kleindieck*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG § 64 Rn. 42; *Haas*, Noack/Servatius/Haas GmbHG § 64 Rn. 41 ff. mwN; *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 71, 197 f. 11. Auflage 2015; *ders.* ZHR (168) 2004, 637 (665, 669); *Bitter*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 47 ff.; *Altmeppen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 164; *Schneider/M. Schmidt-Leithoff*, in: Rowedder/Pentz Anh. II § 60 Rn. 56.

Umstritten ist der Entstehungszeitpunkt des Anspruchs. Dieser wird teilweise bereits zum Zeitpunkt der verbotenen Zahlung verstanden,²²⁰ während andere, vor dem Hintergrund des Normzwecks der Massesicherung, den Entstehungszeitpunkt grundsätzlich erst mit der Verfahrenseröffnung oder Ablehnung mangels Masse annehmen²²¹. Richtigerweise entsteht der Anspruch im Zeitpunkt der masseschmälernden Zahlung, aber nur sofern eine Verrechnung mit etwaigen in die Masse geflossenen Gegenleistungen iSv. § 15b Abs. 4 S. 2 InsO ergibt, dass ein Quotenschaden entstanden ist. Die Berechnung des Quotenschadens ist jedoch regelmäßig erst im Insolvenzverfahren möglich, wenn das negative Geschäftsergebnis für den Verschleppungszeitpunkt bekannt ist.²²² Bei Abweisung des Insolvenzantrags mangels Masse gem. § 26 Abs. 1 InsO wird die Gesellschaft, beispielsweise eine GmbH gem. § 60 Nr. 5 GmbHG, aufgelöst, sodass der Erstattungsanspruch wegen Verstoßes gegen das Zahlungsverbot nicht mehr dem Gesellschaftsvermögen zugeordnet ist. Dies hat jedoch nicht zur Konsequenz, dass der Anspruch untergeht, sondern führt dazu, dass jeder Gläubiger den Anspruch im Rahmen eines Zwangsvollstreckungsverfahrens nach § 829 iVm § 835 Abs. 1 Alt. 1 ZPO pfänden und sich zur Einziehung übertragen lassen kann.²²³ Darüber hinaus können die Gläubiger einer Genossenschaft und einer AG den Anspruch auch selbst aufgrund eines Gläubigerverfolgungsrechts geltend machen, gem. § 34 Abs. 5 S. 1 GenG; § 93 Abs. 5 S. 1 AktG. Des Weiteren ist das aus dem Aktienrecht stammende Gläubigerverfolgungsrechts²²⁴ in analoger Anwendung inzwischen nach herrschender Meinung ebenso für Gläubiger einer masselosen oder gelöschten GmbH oder GmbH & Co.KG anzuwenden. Begründet wird dies damit, dass die Vorschriften über das Gläubigerverfolgungsrecht im AktG erst nach Inkrafttreten des GmbHG (1892) geschaffen wurden, sodass dieses planwidrigerweise nicht ins

²²⁰ Vgl. BGH NJW 2009, 1598 Rn. 20; *Kleindiek*: Lutter/Hommelhoff GmbHG § 64 Rn. 41, 69; *Bitter*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 209; *Bork*, in: Bork/Schäfer GmbHG § 64 Rn. 34.

²²¹ Vgl. *Schneider/M. Schmidt-Leithoff*, in: Rowedder/Pentz Anh. II § 60 Rn. 16; *Haas*, Noack/Servatius/Haas GmbHG § 64 Rn. 34 ff. mwN; *Arnold*, in: Henssler/Strohn GmbHG § 64 Rn. 38 jew. mwN; *Klöhn/Zell* NJW 2022, 836.

²²² Altmeppen, GmbHG Anh. § 64 Rn. 206 mwN.

²²³ BGH NJW 2001, 304 (305); *Haas*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG § 64 Rn. 37; *Arnold*, in: Henssler/Strohn GesR § GmbHG 64 Rn. 37; *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 72, 11. Auflage, 2015.

²²⁴ Vgl. § 62 II AktG, § 93 V AktG, § 117 V AktG, § 309 IV 3 AktG, § 310 IV AktG, § 317 IV AktG, § 318 IV AktG (analog).

GmbHG aufgenommen wurde. Einer Analogie steht auch nicht entgegen, dass es einen Regelungsvorschlag für ein eigenes Verfolgungsrecht von Ansprüchen gegen den Geschäftsführer einer GmbH wegen Verstößen von Kapitalsicherungsvorschriften mit § 75 Abs. 6 RegE GmbHG 1971²²⁵ gab. Denn jener Entwurf wurde letztlich nur deshalb nicht Gesetz, weil der Gesetzgeber sich gegen die geplante „große“ GmbH-Reform 1980 entschieden hatte, ohne dass es entsprechende inhaltliche Indikatoren gab. Für die Gläubiger ist es sinnlos, zuerst einen Titel gegen die masselose Gesellschaft zu erwirken, um erst im Anschluss eine Zwangsvollstreckung zur Überleitung des bezweckten Erstattungsanspruchs der Gesellschaft gegen den Geschäftsleiter durchzuführen, sodass auch eine vergleichbare Interessenlage besteht. Zudem stehen keine GmbH-spezifischen Besonderheiten einer analogen Anwendung entgegen.²²⁶

Anknüpfungspunkt der fünf jährigen Verjährungsfrist iSv. § 15b Abs. 7 InsO für den Quotenschaden der Gläubiger ist der Entstehungszeitpunkt des Anspruchs.²²⁷ Anders verhält es sich, sofern für die Insolvenzverschleppungshaftung, welche das Zahlungsverbot und die Antragspflicht beinhaltet, nicht auf § 15b InsO, sondern auf § 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a InsO abgestellt wird, zumal für § 823 Abs. 2 BGB die Regelverjährung von drei Jahren gem. §§ 195, 199 BGB greift.²²⁸

§ 4 Begründungsversuche der dogmatischen Einordnung des Zahlungsverbots

Zentraler Streitpunkt im Rahmen der Auslegung des Zahlungsverbots ist deren dogmatische Einordnung. Hier herrschen im Wesentlichen zwei konträre Auffassungen über die Rechtsnatur des Zahlungsverbots (§ 15b InsO) mit jeweils

²²⁵ BT-Drucks. VI/3088 = 7/253.

²²⁶ Vgl. Altmeppen, GmbHG Anh. § 64 Rn. 172, § 43 GmbHG Rn. 103 ff. mwN; *Ulmer* ZIP 2001, 2021 (2027 f.); *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG § 13 Rn. 6; *Röhrich* ZIP 2005, 505 (510); vermittelnd *Beurskens* in; Noack/Servatius/Haas GmbHG § 43 Rn. 73; a.A.: *Schneider*, in: Scholz GmbHG § 43 Rn. 291, 11. Aufl. 2015.

²²⁷ Altmeppen, GmbHG Anh. § 64 Rn. 206, 229.

²²⁸ Vgl. Überblick bei Altmeppen, GmbHG Anh. § 64 Rn. 229; für eine Verjährung von § 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a InsO nach §§ 195, 199 BGB, vgl. BGH NJW 2011, 2427; dagegen für eine analoge Anwendung des § 64. S. 4 GmbHG aF (jetzt: § 15b Abs. 7 InsO): OLG Saarbrücken NZG 2000, 559; *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG Anh. 64 Rn. 77, 10. Aufl. 2009; vgl. auch eingehend die Übersicht zu einer analogen Anwendung bei BGH NJW 2011, 2427 Rn. 16, der diese jedoch mangels planwidriger Regelungslücke ablehnt.

weiteren differenzierenden Begründungsansätzen, die jeweils unterschiedliche strukturelle Auswirkungen zur Folge haben. So wird das Zahlungsverbot insbesondere von der Rechtsprechung und großen Teilen der Literatur als Anspruch „eigener Art“ bewertet, während es von im Vordringen befindlichen Teilen der Literatur richtigerweise als ein Schadensersatzanspruch im Rahmen Insolvenzverschleppungshaftung eingeordnet wird. Von zentraler Bedeutung im Rahmen der Kontroverse über den Umfang und die Dogmatik der Erstattungspflicht für verbotene Zahlungen ist insbesondere der Begriff der „Zahlung“.²²⁹

Dieses Kapitel soll einen Überblick über die verschiedenen Begründungsversuche einer dogmatischen Einordnung des Zahlungsverbots verschaffen. Insbesondere soll hierbei die aktuelle Gesetzeslage zu § 15b InsO, sowie die Beurteilung der dogmatischen Einordnung des Zahlungsverbots durch die Rechtsprechung näher beleuchtet werden. Inwiefern die Gesetzesnovellierung die Rechtsprechung dazu zwingt ihr enges Korsett aufzuschnüren und einen dogmatischen Bruch zu ihrer bisherigen Rechtsprechung über die dogmatische Einordnung der Zahlungsverbote als Erstattungsanspruch „eigener Art“ zugunsten einer Einordnung als Schadensersatznorm vorzunehmen gilt es herauszuarbeiten. Dies erfolgt anhand einer kritischen Auseinandersetzung über die Rechtsnatur des Zahlungsverbots im Kapitel § 6.

I. Nach aktueller Gesetzeslage des § 15b InsO

Der Gesetzgeber hat es bei der Einführung des § 15b InsO im Rahmen des SanInsFOG unterlassen zur dogmatischen Einordnung des Zahlungsverbots Stellung zu nehmen und verweist vielmehr auf eine gewisse Art der Rechtsfortbildung, sei es im Hinblick auf eine Einordnung als Schadensersatzanspruch oder als Erstattungsanspruch „eigener Art“ im Sinne der Rechtsprechung. Eine abschließende Entscheidung über die Rechtsnatur des Zahlungsverbots sei ausweislich der Regierungsbegründung zu § 15b InsO obsolet, denn „beide Ansätze, die in den §§ 64 Satz 1 GmbHG (aF), 92 Absatz 2 Satz 1 AktG (aF) und § 99 Satz 1 GenG (aF)

²²⁹ Zutreffend muss auf die tatsächliche Masseschmälerung abgestellt werden, vgl. Altmeppen ZIP 2001, 2201 (2206 ff.); ders. ZIP 2015, 949 ff. mwN: der auf einen Verlustausgleich abstellt; Karsten Schmidt NZG 2015, 129 ff. mwN: der auf den Ersatz des Gesamtgläubigerschadens abstellt; vgl. auch Bitter ZInsO 2010, 1505 (1515); ders. ZIP 2016, Beilage zu Heft 22, 6; a.A. BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71: der jede Zahlung einzeln bewertet und ersetzt verlangt, sofern keine, in unmittelbar wirtschaftlichem Zusammenhang erfolgte, Gegenleistung in Masse geflossen ist.

einerseits und in § 130a Absatz 2 Satz 1 HGB (aF) andererseits ihren Niederschlag finden, werden zu einem einheitlichen Ansatz verbunden.²³⁰ Diese Verbindung zu einem „einheitlichen Ansatz“ durch § 15b InsO könnte möglicherweise den seit langem bestehenden Streit über die dogmatische Einordnung der Zahlungsverbote beenden. Dies setzt jedoch eine Kombinierbarkeit der beiden Ansätze voraus. Scheitert die Möglichkeit einer Kombination, so drängt sich vielmehr der althergebrachte Streit über die Rechtsnatur der Zahlungsverbote in den Vordergrund. Entscheidende Aufgabe ist es demnach zunächst die These der Kombination des Gesetzgebers auf deren Schlüssigkeit hin zu untersuchen.

Um die Kombinierbarkeit der Einordnung des Zahlungsverbots als Erstattungsanspruch „eigener Art“ und als Schadensersatzanspruch zu ermitteln, gilt es beide Ansätze herauszuarbeiten und im Folgenden ihre Kernaussagen auf Gemeinsamkeiten bzw. Schnittstellen hin zu prüfen. Ergibt die Prüfung, dass es an einem gemeinsamen Nenner fehlt und beide Ansätze aufgrund ihrer Unterschiede konträr zueinanderstehen, so können sie sich selbstverständlich nicht ergänzen und erst recht nicht kombiniert werden, mit der Konsequenz, dass ein Streitentscheid erforderlich ist.

II. Erstattungsanspruch „eigener Art“

Die seit jeher von der Rechtsprechung und zahlreichen Stimmen in der Literatur vertretene Einordnung der Zahlungsverbote als Erstattungsanspruch „eigener Art“²³¹ soll im Folgenden näher beleuchtet werden. Dabei ist insbesondere die Entwicklung in der Rechtsprechung darzustellen. Ausweislich der Regierungsbegründung sind mit der Einführung des § 15b InsO „Änderung gegenüber dem geltenden Recht (...) nicht verbunden“.²³² In Anbetracht des unverändert fortbestehenden alten Rechts, muss

²³⁰ RegBegr. SanInsFOG, BT-Drs. 19/24181, S. 195.

²³¹ BGH ZIP 2020, 318; BGH ZIP 2017, 1619; BGHZ 206, 52 = NZG 2015, 998; BGH NZG 2016, 225; BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71; BGH NJW 1974, 1088 (1089); *Bork*, in: *Bork/Schäfer* § 64 GmbHG Rn. 1; *Haas*, in: *Noack/Servatius/Haas GmbHG* § 64 Rn. 5 ff.; *ders.*, NZG 2004, 737 (739); *Fleischer*, in: *BeckOGK AktG* § 92 Rn. 21, Stand 01.02.2022; *Habersack/Foerster* in: *Großkomm z. AktG* § 92 Rn. 134; *dies.* ZHR (178) 2014, 387 (390 ff.); *H.-F. Müller*, in: *GmbHG* § 64 Rn. 138 ff.; *ders.* DB 2015, 723 f.; *Kleindieck*, in: *Lutter/Hommelhoff GmbHG* § 64 Rn. 5; *Kolmann*, in: *Saenger/Inhester GmbHG* § 64 Rn. 5; *Mertens/Cahn*, in: § 92 Rn. 24; *Gehrlein UHR* (181) 2017, 482 (491 ff.).

²³² RegBegr. SanInsFOG, BT-Drs. 19/24181, S. 194; so bereits: *BR-Drs.* 619/20, S. 225.

eine Auseinandersetzung mit der zu § 64 S. 1 GmbHG aF ergangenen Rechtsprechung erfolgen.

1. Entwicklung der Rechtsprechung

a) Bis zur Grundsatzentscheidung des BGH vom 18.11.2014 - II ZR 231/13

Der BGH ging in der Vergangenheit lange Zeit davon aus, der Geschäftsleiter würde für jegliche Zahlungen ab Insolvenzreife haften, indem er jede Zahlung schlichtweg addierte, unabhängig davon, ob ein etwaiger Ausgleich ins Gesellschaftsvermögen gelangt ist.²³³ Diese Sichtweise entnahm der BGH dem Gesetzeswortlaut, wonach die Erstattungspflicht, vorbehaltlich einer sorgfältigen Zahlung nach § 64 S. 2 GmbHG aF, für jede Zahlung ab Insolvenzreife eintritt. Dem BGH zu Folge sei danach eine Berücksichtigung von Gegenleistungen nicht aus dem Wortlaut zu entnehmen.

b) BGH Urteile aus den Jahren 2014 und 2015

Mit der Grundsatzentscheidung vom 18.11.2014 und dem hierauf beziehenden Urteil vom 23.06.2015, sowie dem daran anschließenden Urteil vom 08.12.2015 änderte der BGH seine ständige Rechtsprechung zugunsten einer eingeschränkteren Geschäftsleiterhaftung.²³⁴ Insbesondere sind danach Gegenleistungen, welche die masseschmälernde Zahlung ausgleichen, von nun an unter bestimmten Voraussetzungen zu berücksichtigen.

aa) BGH Urteil vom 18.11.2014 - II ZR 231/13

(I) Inhaltliche Darstellung des Urteils

In dem, dem Urteil vom 18.11.2014 zugrundeliegenden Sachverhalt, klagte der zuständige Insolvenzverwalter auf Erstattung des Betrags, welchen der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH einer insolventen GmbHG & Co. KG zur Tilgung der Darlehensschuld an die Muttergesellschaft abgeführt hatte. Zwischen der

²³³ BGH ZIP 2010, 2400 Rz. 21; BGHZ 146, 264 = NJW 2001, 1280; BGH NJW 2003, 2316: Haftungsbegründend ist danach sogar der für die Gläubiger neutraler Vorgang, wenn der Geschäftsleiter Mittel an einen Dritten weiterleitet, die er jedoch zu diesem Zweck erhalten hat; BGH ZIP 2000, 1896.

²³⁴ BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71; dazu: BGH NZI 2015, 138 mit Anm. Kruth; BGH NZG 2015, 998; BGH NZG 2016, 225; Rechtsprechungsänderung wird überwiegend begrüßt von: *Karsten Schmidt* NZG 2015, 129; *Casper* ZIP 2016, 793; *H.-F. Müller* NZG 2015, 1021; kritisch: *Glaser* ZInsO 2015, 2416.

Mutter- und Tochtergesellschaft bestand eine „Darlehensvertrags-Rahmenvereinbarung“, aufgrund derer der GmbH & Co. KG die Darlehensvaluta eine Woche später erneut auf ihr kreditorisch geführtes Konto ausgezahlt wurde.

Aufgrund dessen, dass die Tochtergesellschaft die Darlehensvaluta erneut erhielt und somit die Masseschmälerung rechnerisch ausgeglichen wurde, lehnte der BGH eine Haftung des Geschäftsführers ab. Ziel der Zahlungsverbote sei es schließlich, eine Masseschmälerung ab Insolvenzreife im Interesse einer Gleichbehandlung der Gläubiger zu verhindern. Wird die Masseschmälerung allerdings ausgeglichen, so bestehe kein Grund mehr an der Erstattungspflicht festzuhalten, zumal der Zweck der Massesicherung erreicht ist. Ein solcher haftungskompensierender Ausgleich kann sowohl in einer Zahlung liegen für die ein Gegenwert in das Gesellschaftsvermögen gelangt ist, sodass es sich dabei lediglich um einen Aktivtausch handelt, als auch in einer erfolgreichen Rückgängigmachung einer Zahlung im Rahmen einer Insolvenzanfechtung durch den Insolvenzverwalter.²³⁵ Bereits im Zeitpunkt der Zahlung ab Insolvenzreife tritt der „Schaden“ der Gesellschaft zugunsten der Gläubiger durch den Abfluss von Mitteln ein, sodass nicht jeder beliebige Massezufluss die Masseschmälerung kompensieren kann. Maßgeblich für einen Ausgleich der Masseschmälerung ist, dass der Massezufluss bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der haftungsbegründenden Zahlung steht.²³⁶ Neu ist ferner, dass der Ausgleich für eine Enthftung nicht mehr im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung im Gesellschaftsvermögen vorhanden sein muss. Es ist ausschließlich auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem die Masseverkürzung durch den Massezufluss ausgeglichen wird.²³⁷ Hintergrund hierfür sei, dass der Schutzzweck der Zahlungsverbote in Hinblick auf die Haftung des Geschäftsführers keine ihm nicht zurechenbaren Verschlechterungen von Gegenleistungen erfasse, also insbesondere zufällige

²³⁵ BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71 Rz. 9.

²³⁶ BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71 (150 Rz. 10).

²³⁷ BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71 (150 Rz. 11); der BGH ging bisher davon aus, dass unter engen Voraussetzung in die Masse gelangte Gegenleistungen zu berücksichtigen seien, sofern der Gegenstand des Massezuflusses auch bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Gesellschaftsvermögen erhalten ist, vgl. etwa BGH ZIP 2003, 1005 (1006); BGH ZIP 2010, 2400 Rz. 21.

Verschlechterungen, die bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens auftreten, da der Geschäftsführer diese nicht veranlasst hat.²³⁸

(II) Neuerungen und dogmatische Einordnung

Der BGH erlaubt in diesem Urteil die Berücksichtigung von Gegenleistungen, die bei wirtschaftlicher Betrachtung in unmittelbarem Zusammenhang zur Zahlung in das Gesellschaftsvermögen geflossen sind. Insofern wird der aus dem allgemeinen Schadensrecht stammende Grundsatz des Vorteilsausgleichs angewendet. Dass daraus ein Argument für die dogmatische Einordnung der Zahlungsverbote als Anspruch eigener Art folgen soll, ist gerade nicht erkennbar. Im Gegensatz zu seiner früheren Rechtsprechung verlangt der BGH nun nicht mehr, dass die Gegenleistung bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch im Gesellschaftsvermögen vorhanden sein muss.

bb) BGH Urteil vom 23.06.2015 – II ZR 366/13

(I) Inhaltliche Darstellung des Urteils

In dem der Entscheidung vom 23.06.2015 zugrunde liegenden Sachverhalt hatte der BGH über die Haftung wegen eines Verstoßes gegen das Zahlungsverbot nach § 64 Abs. 2 GmbHG aF für den Einzug von zur Sicherheit an die Bank abgetretenen Forderungen auf ein debitorisch geführtes Konto einer GmbH zu entscheiden. Die insolvente GmbH hatte, vertreten durch ihre Geschäftsführerin, Forderungen auf das Sollkonto der Gesellschaft bei der kreditgebenden Bank eingezogen. Diese Forderungen waren jedoch zuvor sicherungshalber an die kreditgebende Bank abgetreten worden. Der Insolvenzverwalter verlangte die Erstattung der Forderungen ins Gesellschaftsvermögen von der Geschäftsführerin mit Ausnahme der bereits durch erfolgreiche Insolvenzanfechtung rückgängig gemachten Zahlungseingänge an die Bank.

Eine Haftung der Geschäftsführerin lehnte der BGH ab, da es sich bei einem Einzug von vor Insolvenzreife sicherungshalber an die Bank abgetretenen Forderungen nicht um eine masseschmälernde Zahlung im Sinne des § 64 S. 1 GmbHG handele. Zwar sei es richtig, dass der reguläre Einzug von Forderungen einer insolvenzreifen Gesellschaft auf ein debitorisch geführtes Konto eine masseschmälernde Zahlung

²³⁸ BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71 (150 Rz. 12).

darstelle, zumal das Aktivvermögen der Gesellschaft geschmälert wird und die Bank somit eine vorab Befriedigung erfährt.²³⁹ Allerdings handele es sich beim Einzug von vor Insolvenzreife sicherungshalber abgetretenen Forderungen an die Bank um einen anders zu bewertenden Fall, da diese Forderungen bereits vor Insolvenzreife entstanden und werthaltig geworden seien.²⁴⁰ Vor dem Hintergrund, dass die sicherungshalber abgetretenen Forderungen den Gläubigern ohnehin nicht zur Verwertung zur Verfügung gestanden hätten, aufgrund eines Absonderungsrechts der Bank nach § 51 Nr. 1 InsO und eine Verwertung zugunsten der Bank nicht hätte verhindert werden müssen, handele es sich beim Einzug dieser Forderungen nicht um eine masseschmälernde Zahlung.²⁴¹ Eine verbotene Zahlung sei aber gegeben, wenn die zur Sicherheit abgetretene Forderung erst nach Insolvenzreife entstanden sei oder wenn sie erst dann werthaltig geworden sei und dies vom Geschäftsführer hätte verhindert werden können.²⁴² Dies folge bereits daraus, dass der Rechtsübergang auf den Zessionar erst im Zeitpunkt der Entstehung der Forderung erfolgt, sodass eine Forderung, die erst nach Insolvenzreife entsteht und anschließend zugunsten der Bank eingezogen wird, eine verbotene Zahlung darstelle.²⁴³ Tritt die Werthaltigkeit einer bereits vor Insolvenzreife entstandenen Forderung erst nach Insolvenzreife ein, etwa weil die Gesellschaft die ihrerseits vertraglich zugesagte Leistung erbringt, so gehe die Wertschöpfung zu Lasten der Masse und folglich auch der Gläubigergesamtheit.²⁴⁴ Eine verbotene Zahlung liege auch dann vor, wenn die Zahlung auf das debitorische Konto der Gesellschaft dazu führt, dass die Möglichkeit geschaffen wird, andere Gesellschaftsgläubiger mit diesen Mitteln zu befriedigen, da auch hier eine Masse im Ergebnis geschmälert werde. Dabei handle es sich bloß um einen Gläubigertausch und gerade keinen Massezufluss²⁴⁵. Ein Ausgleich für die bereits erfolgte Masseschmälerung sei nur möglich, wenn entweder eine Einzahlung auf das debitorische Konto der Gesellschaft, etwa durch Abhebung zugunsten der Barkasse, erfolgt oder wenn eine Überweisung auf ein kreditorisches Konto der

²³⁹ BGHZ 206, 52 = NZG 2015, 998 (999 Rz. 11).

²⁴⁰ BGHZ 206, 52 = NZG 2015, 998 (999 Rz. 12).

²⁴¹ BGHZ 206, 52 = NZG 2015, 998 (999 Rz. 13 ff.).

²⁴² BGHZ 206, 52 = NZG 2015, 998 (1000 Rz. 19).

²⁴³ BGHZ 206, 52 = NZG 2015, 998 (1000 Rz. 22).

²⁴⁴ BGHZ 206, 52 = NZG 2015, 998 (1001 Rz. 23).

²⁴⁵ BGHZ 206, 52 = NZG 2015, 998 (1001 Rz. 31 f.).

Gesellschaft zugunsten der Gesellschaftsmasse erfolgt und nicht an einzelne (Neu-) Gläubiger verwendet wird. Zum anderen soll ein Ausgleich bei Zahlungen an einzelne Gläubiger auch dann möglich sein, wenn eine werthaltige Gegenleistung ins Gesellschaftsvermögen gelangt ist und diese in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Zahlung steht.²⁴⁶

Der BGH gibt ohne, dass der Beklagte sich darauf berufen hatte, Auskunft darüber, dass eine Enthaltung in Fällen vorliege, in denen infolge der Zahlung auf ein debitorisches Konto der Gesellschaft weitere sicherungsabgetretene Forderungen frei werden. Ein bloßer Aktivtausch, der mangels Masseschmälerung keine Haftung begründet, soll bei einer Zahlung, die an einen absonderungsberechtigten, durch Gesellschaftssicherheiten besicherten Gläubiger geleistet wird, bestehen, wenn dadurch werthaltige Forderungen der Gesellschaft frei werden und der Gläubigergesamtheit zur Verwertung zur Verfügung stehen. Ebenso handle es sich um einen Aktivtausch, der zu einer Enthaltung führt, sofern die Sicherheit in der Abtretung von Forderungen bestehe und wenn infolge der Zahlung an den Zessionar, sicherungsabgetretene werthaltige Forderungen frei werden und diese in das, den Gläubigern zu Befriedigung bestimmte, Gesellschaftsvermögen gelangen.²⁴⁷

(II) Neuerungen und dogmatische Einordnung

Der BGH nimmt in diesem Urteil lediglich Stellung zu den Anforderungen an die „verbotene Zahlung“ in Form einer vor Insolvenzreife sicherungsabgetretenen Forderung und den insofern maßgeblichen Zeitpunkt für deren Bewertung der Werthaltigkeit und deren Entstehung. Schuldig bleibt der BGH allerdings wiederum eine Begründung für die Einordnung der Zahlungsverbote als Anspruch eigener Art.

cc) BGH Urteil vom 08.12.2015 – II ZR 68/14

(I) Inhaltliche Darstellung des Urteils

Mit dem am 08.12.2015²⁴⁸ ergangenen Urteil knüpfte der BGH an sein Urteil vom 23.06.2015²⁴⁹ an. Darin hatte der BGH über die Haftung des Geschäftsführers einer insolventen GmbH für den Einzug von sicherungsabgetretenen Forderungen auf ein

²⁴⁶ BGHZ 206, 52 = NZG 2015, 998 (1001 Rz. 33).

²⁴⁷ BGHZ 206, 52 = NZG 2015, 998 (1001 Rz. 26).

²⁴⁸ BGH NZG 2016, 225.

²⁴⁹ BGHZ 206, 52 = NZG 2015, 998.

debitorisch geführtes Konto einer GmbH zu entscheiden, wenn für diese eine im Sicherungseigentum der Bank stehende Gegenleistung in die Masse gelangt ist.

Der BGH lehnte die Haftung des Geschäftsführers ab, wenn die Ware, die als Gegenleistung für eine Forderung in die Masse gelangt ist, im Sicherungseigentum der Bank stand. Dies gelte selbst dann, wenn die eingezogene sicherungsabgetretene Forderung erst nach Insolvenzreife entsteht und werthaltig wird, also eigentlich eine masseschmälernde und haftungsauslösende Zahlung entsprechend der in dieser Entscheidung fortgeführten Rechtsprechung vom 23.06.2015²⁵⁰, vorliegen würde.²⁵¹ Denn es stünden, aufgrund des Absonderungsrechts des Sicherungsnehmers gem. § 51 Nr. 1 InsO sowohl die zur Sicherheit abgetretenen Forderungen als auch Sachen der Gläubigergesamtheit nicht zur Verwertung zur Verfügung, sodass es sich lediglich um einen neutralen Sicherheitentausch handle.²⁵² Eine Haftung sei hingegen zu bejahen, wenn die als Gegenleistung an den Forderungsschuldner gelieferte Ware erst anschließend, nach dem Erwerb durch die Gesellschaft, zum Sicherungseigentum der Bank werde und die Zahlung durch Überweisung von einem kreditorisch geführten Konto erfolgt. Schließlich stehe die Ware dann der Bank als dem Sicherungsnehmer zu. Wird der Kaufpreis hingegen von einem debitorisch geführten Konto erbracht, so stelle dies nur einen unbedeutenden Gläubigertausch dar, der keine Haftung begründe, vorausgesetzt die Bank verfüge nicht über genügend sonstige Sicherheiten.²⁵³

(II) Neuerungen und dogmatische Einordnung

Der BGH erstreckt in diesem Urteil seine zu sicherungsabgetretenen Forderungen ergangene Rechtsprechung auf sicherungsabgetretene Waren, die als Gegenleistung für eine Forderung in das Gesellschaftsvermögen gelangt sind.

c) BGH Urteil vom 04.07.2017 - II ZR 319/15

aa) Inhaltliche Darstellung des Urteils

Der BGH lehnte in seinem Urteil vom 04.07.2017 eine entsprechende Anwendbarkeit der Regeln des Bargeschäfts nach § 142 InsO aF auf § 64 S. 1

²⁵⁰ BGHZ 206, 52 = NZG 2015, 998 (1000 Rz. 19 ff.).

²⁵¹ BGH NZG 2016, 225 (227 Rz. 24).

²⁵² BGH NZG 2016, 225 (227 Rz. 25).

²⁵³ BGH NZG 2016, 225 (227 Rz. 26).

GmbHG aF ab, da es für eine analoge Anwendung an der vergleichbaren Interessenlage fehle. Während die Zahlungsverbote den Schutz der Gläubiger vor einer Minderung der Aktivmasse bezwecken sollen, schütze das Anfechtungsrecht die Gläubiger darüber hinaus vor einer Vermehrung der Schuldenmasse.²⁵⁴ Die Konsequenz hiervon sei, dass Zahlungen von einem debitorischen Konto zwar anfechtbar seien, jedoch keine Haftung nach § 64 S. 1 GmbHG aF begründen, da es sich nur um einen Gläubigertausch und nicht um eine haftungsbegründende Masseschmälerung im Sinne der Zahlungsverbote handle. Die Unterschiede ergeben sich auch aus einer wirtschaftlichen Betrachtung, zumal § 142 InsO dazu diene, dass eine sich in der Krise befindende Gesellschaft, unabhängig von abgeschlossenen wertäquivalenten Bargeschäften vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen werde. Nach § 64 S. 1 GmbHG aF hingegen soll die Gesellschaft nicht mehr weiter am Rechtsverkehr teilnehmen, sondern seine Zahlungen, mit Ausnahme von sorgfältigen Zahlungen nach S. 2, einstellen und einen Insolvenzantrag nach § 15a InsO stellen.²⁵⁵ Darüber hinaus sei die Schutzrichtung eine andere. So schütze das Anfechtungsrecht den Geschäftsgegner in seinem Vertrauen, die Gegenleistung des Schuldners behalten zu dürfen. Im Gegensatz dazu schütze § 64 S. 1 GmbHG aF die Gesellschaftsgläubiger.

Um eine Massebereicherung infolge einer Erstattung der Zahlungssumme durch den Geschäftsleiter zu verhindern, führe daher nach der Rechtsprechung des BGH ein Ausgleich der Masse dazu, dass die Erstattungspflicht nach § 64 S. 1 GmbHG aF „insoweit ähnlich einem schadensersatzrechtlichen Vorteilsausgleich, entfällt“.²⁵⁶

Der BGH bemisst in die Masse gelangte Gegenleistungen anhand von Liquidationswerten und lehnt einen haftungskompensierenden Ausgleich regelmäßig bei Arbeits- und Dienstleistungen, bei Energieversorgungs- und Telekommunikationsdienstleistungen, bei einem Entgelt für Internet und Kabelfernsehen, sowie beim „Coffee Service“ ab, da es an einer Erhöhung der für die Gläubiger verwertbaren Aktivmasse fehle.²⁵⁷ Anders als bei Bargeschäften

²⁵⁴ BGH ZIP 2017, 1619 (1620 Rz. 12 ff.).

²⁵⁵ BGH ZIP 2017, 1619 (1620 Rz. 15).

²⁵⁶ BGH ZIP 2017, 1619 (1620 Rz. 14).

²⁵⁷ BGH ZIP 2017, 1619 (1621 Rz. 18 ff.); vgl. auch *Kordes NZG* 2017, 1140 (1142).

komme es bei dem in die Masse gelangten Gegenwert nur auf den wirtschaftlichen und nicht auf den zeitlichen Zusammenhang an.²⁵⁸

bb) Neuerungen und dogmatische Einordnung

Der BGH hält zwar an seiner althergebrachten Einordnung der Zahlungsverbote als Anspruch „eigener Art“ fest, allerdings bezieht er weiterhin den bis dato nur im Schadensersatzrecht bekannten Abzugsposten des Vorteilsausgleichs heran. Der BGH macht die Berücksichtigungsfähigkeit einer Gegenleistung nun zusätzlich von der Verwertbarkeit für die Gläubiger abhängig. Dies führt bereits auf den ersten Blick zu zweifelhaften Ergebnissen und bedarf insofern einer genaueren Untersuchung, gerade in Hinblick auf die dogmatische Einordnung der Zahlungsverbote durch den BGH. Einer Übertragbarkeit der Grundsätze des anfechtungsrechtlichen Bargeschäftsprivilegs auf das Zahlungsverbot erteilt der BGH eine Abfuhr. Ebenso wird ein Sorgfaltsprivileg abgelehnt.

d) BGH Urteile aus den Jahren 2019 und 2020

aa) BGH Urteil vom 19.11.2019 – II ZR 233/18

(I) Inhaltliche Darstellung des Urteils

Der BGH lehnte in seinem Urteil vom 19.11.2019 die Einordnung des § 64 S. 1 GmbHG aF als Schutzgesetz iSd § 823 Abs. 2 BGB ausdrücklich ab. Die Schutzgesetzzeigenschaft sei nur bei der Insolvenzverschleppung nach § 15a Abs. 1 InsO (iVm § 823 Abs. 2 BGB) gegeben²⁵⁹, während die Zahlungsverbote gerade keinen Deliktstatbestand, sondern eine eigene Anspruchsgrundlage in Form eines „Anspruchs eigener Art“ begründen. Daran ändere sich auch nichts nach Abschluss der Liquidation.²⁶⁰ Des Weiteren entschied der BGH, dass der Erstattungsanspruch der Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer nicht von den Gesellschaftsgläubigern, nach § 31 Abs. 1 GmbHG, geltend gemacht werden könne, da es sich nicht um ein eigenes Recht der Gläubiger handle, sondern um einen der

²⁵⁸ BGH ZIP 2017, 1619 (1621 Rz. 15).

²⁵⁹ die Insolvenzantragspflicht bewertet der BGH bereits seit BGHZ 29, 100 (102 ff.) = NJW 1959, 623 als ein Schutzgesetz iSv § 823 Abs. 2 BGB; vgl. auch: BGHZ 75, 96 = NJW 1979, 1823 (1825 f.); BGHZ 100, 19 = NJW 1987, 2433; BGHZ 126, 181 = NJW 1994, 2220; BGHZ 138, 211 = NJW 1998, 2667; BGHZ 171, 46 = ZIP 2007, 676; BGH DSr 2010, 661 Rz. 10; BGH NZG 2011, 624 Rz. 20; BGH ZIP 2019, 1719 (1720); BGH ZIP 2020, 318.

²⁶⁰ BGH ZIP 2020, 318 (319 Rz. 15 f.).

Gesellschaft zustehenden Anspruch.²⁶¹ Eine analoge Anwendung des an das AktG angelehnte Gläubigerverfolgungsrecht auf § 31 Abs. 1 GmbHG scheitere am Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke, zumal der Gesetzgeber im GmbH-Recht die Haftung des Geschäftsführers bei Verstoß gegen die Pflicht zum Erhalt des Stammkapitals der Gesellschaft stets als Innenhaftung normiert habe.²⁶²

(II) Neuerungen und dogmatische Einordnung

Der BGH betont in seinem Urteil, dass es sich bei den Zahlungsverboten nicht um ein Schutzgesetz und demnach auch nicht um Deliktsrecht handle. Die Einordnung der Zahlungsverbote als „Anspruch eigener Art“ durch den BGH scheint wenig durchdacht und könnte als *petitio principii* bezeichnet werden. Demnach bedarf die „Feststellung“ des BGH bezüglich der Anspruchsnatur der Zahlungsverbote einer tiefergehenden Untersuchung.

bb) BGH Urteil vom 11.02.2020 – II ZR 427/18

(I) Inhaltliche Darstellung des Urteils

In seinem Urteil vom 11.02.2020 hatte der BGH über die Haftung für Masseschmälerungen, infolge eines Einzugs von Vorauszahlungen auf ein debitorisches Konto durch den Geschäftsführer der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co.KG, zu entscheiden. Der BGH bejahte in diesem Fall die Haftung für die Einziehung von Vorleistungen. Schließlich sei der Einzug auf ein debitorisches Konto der Gesellschaft, bei dem die verteilungsfähige Masse infolge der bevorzugten Befriedigung der kontoführenden Bank verringert wird, eine verbotene Zahlung. Bei wirtschaftlicher Betrachtung dürfe daher insofern auch nichts anderes für Forderungen gelten, welche durch den Geschäftsleiter der Gesellschaft durch Barzahlungen beglichen werden. Nach Ansicht des BGH folge daraus, dass die Einziehung von Vorleistungen auf ein debitorisches Konto ebenso zu einer Erstattungspflicht führe. Argumentativ wird darauf abgestellt, dass es für die haftungsbegründende Masseschmälerung unbeachtlich sei, ob die der Vorauszahlung zugrundeliegende Forderung zugunsten der Gesellschaftsgläubiger verwertbar gewesen wäre. Begründet wird dies damit, dass die Gesellschaft ihren

²⁶¹ BGH ZIP 2020, 318 (319 Rz. 18).

²⁶² BGH ZIP 2020, 318 (320 Rz. 20).

schuldrechtlichen Anspruch gegen den Vorauszahlenden als eigene Rechtsposition aufgibt. Der Gegenwert der Vorauszahlung stamme somit aus dem Vermögen der Gesellschaft.²⁶³ In beiden Konstellationen werde die kontoführende Bank vorab befriedigt und dadurch die Insolvenzmasse geschmälert.

Darüber hinaus entstehe die Erstattungspflicht unabhängig davon, ob die Vorauszahlung auch bei pflichtgemäßem Verhalten in die Masse gelangt wäre. Maßgeblich sei insofern ausschließlich die Veranlassung der masseschmälernden Zahlung.²⁶⁴ Durch die Kategorisierung der Zahlungsverbote als „Anspruch eigener Art“ durch den BGH, lehnt dieser konsequenterweise die im Schadensrecht sonst anerkannte Möglichkeit der Berufung auf ein rechtmäßiges Alternativverhalten ab.²⁶⁵

(II) Neuerungen und dogmatische Einordnung

Der BGH bestätigt in diesem Urteil seine Einordnung der Zahlungsverbote als „Anspruch eigener Art“ und nimmt Stellung zur Berücksichtigungsfähigkeit von Gegenleistungen bzw. zur Behandlung von Vorleistungen im Rahmen der Bewertung als pflichtwidrige Zahlung. In Konsequenz zur Einordnung der Zahlungsverbote als „Anspruch eigener Art“ lehnt der BGH den Einwand, des im Schadensrecht verankerten Grundsatzes des rechtmäßigen Alternativverhaltens, ab.

cc) BGH Urteil vom 27.10.2020 – II ZR 355/18

(I) Inhaltliche Darstellung des Urteils

Der BGH hatte in seinem jüngsten Urteil vom 27.10.2020²⁶⁶ zur Haftung des Geschäftsleiters nach § 64 S. 1 GmbHG aF darüber zu entscheiden, ob masseschmälernde Zahlungen durch eine Vorleistung des Zahlungsempfängers kompensiert werden können. In dem zugrundeliegenden Sachverhalt wurden zum einen Forderungen auf ein debitorisch geführtes Konto, für das Grundschulden und andere Sicherheiten bestellt waren, eingezogen und zum anderen wurden Zahlungen von einem kreditdorisches geführten Konto der Gesellschaft geleistet, für die der Vertragspartner bereits die ihm obliegende Gegenleistung erbracht hatte. Bei Zahlungen auf ein debitorisch geführtes Konto der Gesellschaft bejaht der BGH, wie

²⁶³ BGH NZG 2020, 517 (518 Rz. 13 f.).

²⁶⁴ BGH NZG 2020, 517 (518 Rz. 16 ff.).

²⁶⁵ BGH NZG 2020, 517 (518 Rz. 20 f.).

²⁶⁶ BGHZ 227, 221 = NZG 2021, 66.

schon in seinen vorherigen Urteilen²⁶⁷, die Haftung, aufgrund der Masseschmälerung zulasten der Gesamtgläubiger durch die Steigerung des Aktivvermögens der Bank, infolge der Kontokorrentabrede mit dem Sollsaldo.²⁶⁸

Einzahlungen auf das debitorische Konto, führen grundsätzlich zu einer Masseschmälerung und demnach zu einer Erstattungspflicht. Eine Ausnahme hiervon liege vor, wenn durch die Einziehung und Verrechnung der Zahlungen, aufgrund der Verringerung des Sollsaldo, Sicherheiten zugunsten der Masse frei werden.²⁶⁹ Bei einer Zahlung an einen absonderungsberechtigten, durch eine Gesellschaftssicherheit besicherten Gläubiger, handle es sich nur dann um einen Aktiventausch als Ausnahme von der Erstattungspflicht, sofern in Folge der Einzahlung die Gesellschaftssicherheit frei werde und der Verwertung zugunsten der Gläubiger Gesamtheit zur Verfügung stehe. Bei wirtschaftlicher Betrachtung liege dann keine masseschmälernde haftungsbegründende Zahlung vor. Das in § 49 InsO geregelte Absonderungsrecht führe jedoch dazu, dass die Sicherheit aus der Grundschild infolge der Bezahlung des Sicherungsnehmers für die Gesellschaftsgläubiger nicht frei ist und daher nicht zur Verwertung zur Verfügung steht. Allerdings stehe die Sicherheit der Verwertung dann zur Verfügung, wenn sie den Sollsaldo übersteigt, sodass infolge dessen die Sicherheit frei wird. Dies folgt aus der Sicherungsabrede, die zwischen Gläubiger und Schuldner besteht, da für die Verringerung des Sollsaldo in der Regel ein das Absonderungsrecht des Gläubigers beschränkender, werthaltiger Freigabeanspruch in die Masse gelangt. Aufgrund der beschränkenden Wirkung des Freigabeanspruchs ist es für den Massezufluss unbeachtlich, dass dieser nur schuldrechtlicher Natur ist.²⁷⁰

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bewertung, ob die Masseverkürzung durch einen Massezufluss ausgeglichen wurde, sei der Zeitpunkt des Massezuflusses. Unbeachtlich sei hingegen, ob der Gegenstand noch bei Insolvenzeröffnung im Gesellschaftsvermögen vorhanden sei.²⁷¹

²⁶⁷ BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71; BGH NZG 2015, 998; BGH NZG 2016, 225; BGH ZIP 2017, 1619.

²⁶⁸ BGHZ 227, 221 = NZG 2021, 66 (68 Rz. 31).

²⁶⁹ BGHZ 227, 221 = NZG 2021, 66 (69 Rz. 32).

²⁷⁰ BGHZ 227, 221 = NZG 2021, 66 (69 Rz. 33).

²⁷¹ BGHZ 227, 221 = NZG 2021, 66 (69 Rz. 34).

Ein Aktivtausch könne hingegen nicht bei vom Zahlungsempfänger erbrachten Vorleistungen auf das kreditorische Konto angenommen werden, zumal dies nicht mit dem Telos der Zahlungsverbote vereinbar sei. Dieser liege nach Ansicht des BGH in der Masseerhaltung zum Schutz der Gläubiger und dementsprechend in einer Verhinderung von Masseverkürzungen im Vorfeld der Insolvenz. Zu eben dieser Masse gehören auch die bereits in das Vermögen der Gesellschaft gelangten Vorleistungen. Die Bezahlung der Vorleistung stelle daher keinen haftungskompensierenden Ausgleich, sondern eine masseschmälernde Zahlung dar. Der Masseabfluss durch Bezahlung der Vorleistung kann nicht durch einen vorweggenommenen Ausgleich durch die Vorleistung kompensiert werden.²⁷² Anders sei der Fall hingegen, in dem zuerst die Zahlung von einem kreditorischen Konto erfolge und in unmittelbarem Zusammenhang im Anschluss eine gleichwertige Gegenleistung in die Masse gelange, da dort eine Kompensation durch die Gegenleistung bestehe, sodass die Erstattungspflicht ausnahmsweise entfalle. Der Masseausgleich gelingt darüber hinaus auch bei einer Insolvenzanfechtung, indem der weggegebene Vermögenswert wieder in die Masse gelangt.²⁷³ Dies habe nicht zur Konsequenz, dass dem Geschäftsführer ein Anreiz gegeben wird, in Vorleistung zu gehen, zumal jegliche Zahlungen, mit Ausnahme von sorgfältigen Zahlungen, ab Insolvenzreife verboten sind und ein Ausgleich lediglich haftungskompensierend wirke und gerade keine Handlungsbefugnis begründe. Im Übrigen sei es ungewiss, ob der Geschäftspartner eine ausgleichende Gegenleistung erbringe.²⁷⁴ Ein Aktivtausch liege nach Auffassung des BGH ebenso bei unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Ware vor, sofern das Eigentum infolge der Zahlung ins Gesellschaftsvermögen geflossen und werthaltig geworden ist.²⁷⁵ Das Eigentum gehe über, indem das Absonderungsrechts nach § 47 InsO des Vorbehaltsverkäufers infolge der Bezahlung der Forderung entfällt und somit der Verwertbarkeit zugunsten der Gläubigergesamtheit zur Verfügung steht.²⁷⁶

(II) Neuerungen und dogmatische Einordnung

²⁷² BGHZ 227, 221 = NZG 2021, 66 (70 Rz. 43 ff.).

²⁷³ BGHZ 227, 221 = NZG 2021, 66 (70 Rz. 46).

²⁷⁴ BGHZ 227, 221 = NZG 2021, 66 (70 Rz. 47).

²⁷⁵ BGHZ 227, 221 = NZG 2021, 66 (70 Rz. 49).

²⁷⁶ BGHZ 227, 221 = NZG 2021, 66 (70 Rz. 50).

Der BGH bleibt auch in diesem Urteil seiner Linie im Hinblick auf die dogmatische Einordnung der Zahlungsverbote als „Anspruch eigener Art“ treu und trifft lediglich weitere Differenzierungen bezüglich der Vorleistung auf debitorische oder kreditorische Konten.

e) Kernaussagen der Rechtsprechung zur dogmatischen Einordnung der Zahlungsverbote

Nach Darstellung und Auswertung der zur Problematik der dogmatischen Einordnung der Zahlungsverbote ergangenen Rechtsprechung lassen sich im Grunde folgende Kernaussagen der Rechtsprechung festhalten.

1. Die Rechtsprechung ordnet die Zahlungsverbote dogmatisch als Erstattungsanspruch „eigener Art“ ein.

2. Die Rechtsprechung stellt für die Frage nach einer Haftung wegen verbotener Zahlungen auf jede einzelne Zahlung als solche ab, sogenannte Einzelbetrachtung. Eine Haftungskompensation wird danach nur bei Vorliegen eines „unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhangs“ bezüglich der Leistung und der Gegenleistung anerkannt.

3. Nach der Rechtsprechung ist die Ausgestaltung der Zahlungsverbote getrennt von der Ausgestaltung der Insolvenzverschleppungshaftung zu bewerten, sogenannte Trennungslehre. Insbesondere differenziert die Rechtsprechung zwischen Alt- und Neugläubigern im Hinblick auf die Haftung im Rahmen der Insolvenzverschleppungshaftung. Losgelöst davon wird für die Haftung im Rahmen der Zahlungsverbote ebenso zwischen Alt- und Neugläubigern unterschieden.

2. Meinungsstand der Befürworter aus der Literatur

a) Bargeschäftsprivileg

Zwar sind die Stimmen in der Literatur, die das Bargeschäftsprivileg favorisieren, seit der Ablehnung durch den BGH²⁷⁷ leiser geworden, aber sie sind nicht gänzlich verstummt, weshalb sich auch weiterhin mit dieser Lehrmeinung auseinander gesetzt werden muss. Dieser Ansatz, ebenfalls als Anspruch „eigener Art“ eingeordnet, basiert auf der Übertragung des Bargeschäftsprivilegs auf das Zahlungsverbot. Es

²⁷⁷ BGH ZIP 2007, 1501 Rz. 4.

erscheint bereits fraglich, ob die, in der Literatur vertretenen Ansichten zum Bargeschäftsprivileg, welche zu § 64 GmbHG aF entwickelt worden sind, durch die jeweiligen Autoren bedingungslos auf § 15b InsO angewendet werden können.²⁷⁸

Gem. dem Bargeschäftsprivileg soll für nach Insolvenzzreife getätigte Zahlungen die Haftung des Geschäftsleiters entfallen und mit der Sorgfalt des Geschäftsleiters iSv § 64 S. 2 GmbHG aF (jetzt: § 15b InsO) vereinbar sein, soweit diese im Rahmen eines Bargeschäfts, innerhalb der von § 142 InsO gesteckten Grenzen für Austauschgeschäfte erfolgt seien. Dies wird nach einigen Stimmen der Literatur erreicht, indem insolvenzanfechtungsrechtliche Regelungen, insbesondere § 142 InsO entsprechend, auf die Zahlungsverbote übertragen werden.²⁷⁹ Die Befürworter dieser Auffassung sehen eine Notwendigkeit zur parallelen Auslegung der Bestimmungen von § 142 InsO und § 64 S.1 GmbHG aF (jetzt: § 15b Abs. 1 InsO) vor dem Hintergrund, dass ansonsten ein schwerwiegender Wertungswiderspruch vorläge. Denn der Geschäftsführer dürfe einerseits anfechtungsfeste Bargeschäfte gem. § 142 InsO tätigen, um die Gesellschaft geordnet in die Insolvenz zu führen und andererseits hafte er wegen eines Verstoßes gegen die Zahlungsverbote gem. § 64 S. 1 GmbHG aF. Der vom BGH in seinem Urteil vom 04.07.2017²⁸⁰ abgelehnte Gleichlauf der Institute folge nach Auffassung der Anhänger des Bargeschäftsprivilegs jedoch bereits daraus, dass beide Institute darauf abstellen, die Haftungsmasse zugunsten der Gesellschaftsgläubiger zu erhalten und gegebenenfalls wieder herzustellen.²⁸¹ Die Schutzrichtung der beiden Rechtsinstitute sei dabei zwar nicht vollständig deckungsgleich, da die Insolvenzanfechtung zum Zweck der

²⁷⁸ Zurückhaltend, allerdings nach wie vor favorisierend: *Gehrlein* NZG 2022, 291 (295 f.); *ders.* NZG 2021, 59 (60 f.).

²⁷⁹ *Gehrlein* ZInsO 2015, 477 (482); *ders.* ZHR (181) 2017, 482 (505 f.): danach können die Grundsätze des Bargeschäftsprivilegs unabhängig von § 142 InsO geltend gemacht werden, zumal sie bereits zuvor gewohnheitsrechtlich anerkannt gewesen seien; *Haas*, in: Baumbach/Hueck GmbHG § 64 Rn. 71, 21. Aufl. 2017 mwN (jetzt anders: *Haas*, in: Baumbach/Hueck § 64 Rn. 71, 22. Aufl. 2019); *Habersack/Foerster* ZGR 2016, 153 (181): ordnet die dem Bargeschäftsprivileg unterfallenden Zahlungen als sorgfältige Zahlungen ein; *ders.* ZHR (178) 2014, 387 (403); *Strohn* NZG 2011, 1161 (1164 f.); *ders.* DB 2015, 55 (58); *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht S. 716 f.; tendenziell ähnlich: *Casper* ZIP 2016, 793 (795): plädiert für einen zeitlichen Zusammenhang von ca. einem Monat; ablehnend: *Arnold*, in: Henssler/Strohn GesR § 64 Rn. 20; *Bitter*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 144; *Altmeyen* ZIP 2017, 1833 (1834); *ders.* ZIP 2015, 949 (950).

²⁸⁰ BGH ZIP 2007, 1501 Rz. 4: darin entschied der BGH, dass die Anforderungen an das Bargeschäftsprivileg iSd § 142 InsO mit denjenigen des § 130a Abs. 2 S. 2 HGB nicht völlig übereinstimmen würden und insofern ein vollständiger Gleichlauf abzulehnen sei, vgl. dazu auch Kapitel § 6, S. 97 ff, 130 ff., 146 f.

²⁸¹ *Gehrlein* ZInsO 2015, 477; *Haas* NZG 2004, 737 (738).

Gläubigergleichbehandlung die Gläubiger vor einer Verminderung der Aktivmasse und vor einer Vermehrung der Schuldenmasse schützt, während die Zahlungsverbote der Masseerhaltung also lediglich dem Schutz vor einer Verminderung der Aktivmasse dienen.²⁸² Dies stehe jedoch einer Übertragung nicht im Wege, zumal es in beiden Fällen um ein schuldnerbezogenes Fehlverhalten gehe, dem es im Haftungsverwirklichungsinteresse der Gesellschaftsgläubiger entweder durch Rückabwicklung und/oder durch haftungsbegründende Invalidierung der jeweiligen Zahlung zu begegnen gelte.²⁸³ Ferner sei für beide Regelungen eine Gläubigerbeeinträchtigung mit Bezug zum Schuldnervermögen im Rahmen der Zahlung erforderlich.²⁸⁴ Vor dem Hintergrund des Gleichlaufs der Normen sei es für eine entsprechende Anwendung des Bargeschäftsprivilegs maßgeblich, dass gerade nur die Wertung der Insolvenzanfechtung auf die Zahlungsverbote übertragen werde. Eine Einordnung der Zahlungsverbote als Anfechtungsnorm und dementsprechende Annahme, dass der Anspruch nach § 64 S. 1 GmbHG aF gegen den Zahlungsempfänger zu richten sei, gehe hingegen fehl.²⁸⁵ In Anbetracht der Parallelität der beiden Institute sei daher ein Rückschluss vom Charakter der Insolvenzanfechtungsansprüche, welche einen schuldrechtlichen Erstattungsanspruch und keinen Schadensersatzanspruch begründen, auf die Zahlungsverbote zu ziehen.²⁸⁶ Daraus folge die dogmatische Einordnung der Zahlungsverbote als Anspruch „eigener Art“.

Um eine eingeschränktere Geschäftsleiterhaftung zu gewähren sowie zur Verhinderung einer Überkompensation der Gläubigerbeeinträchtigung, werde daher eine Gesamtschau der einzelnen, die Gläubigerinteressen gefährdenden, Vorgänge vorgenommen und angelehnt an die Rechtsprechung des BGH, seien

²⁸² siehe dazu eingehend B.I.; *Haas*, in: *Baumbach/Hueck GmbHG § 64 Rn. 71*, 22. Aufl. 2019; *Gehrlein ZInsO 2015*, 477 (478): der einen identischen Zweck, gerichtet auf den Erhalt der Insolvenzmasse zugunsten der Gläubigergesamtheit, annimmt; *Thole*, *Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht S. 695 f.*: der von einer Identität des Schutzzwecks der Zahlungsverbote und der Insolvenzanfechtung ausgeht.

²⁸³ *Thole*, *Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht S. 702 ff.*; vgl. auch: *Habersack/Foerster ZGR 2016*, 153 (180 f.).

²⁸⁴ *Haas NZG 2004*, 737 (740).

²⁸⁵ *Thole*, *Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht S. 703*.

²⁸⁶ *Haas NZG 2004*, 737 (738); *Gehrlein ZInsO 2015*, 477 (478 f.); *Habersack/Foerster ZHR (178) 2014*, 378 (403 f.); *Nehrlich*, in: *Römermann/Nerlich InsO § 143 Rn. 4*, 44. EL 2021; *Strohn NZG 2011*, 1161 (1165); *Kirchhof/Piekenbrock*, in: *MüKo InsO § 143 Rn. 15*; *Büteröwe*, in: *Karsten Schmidt InsO § 143 Rn. 6*.

Gegenleistungen unter gewissen Anforderungen haftungskompensierend zu berücksichtigen. Eine Berücksichtigung sei dann möglich, wenn die Gegenleistung aufgrund einer vertraglichen Grundlage mit der Leistung verklammert werde, sofern sie in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Leistung stehe und soweit sie wertäquivalent sei.²⁸⁷ Schließlich läge dann bloß eine neutrale Vermögensumschichtung und gerade keine haftungsrelevante Gläubigerbenachteiligung oder Bevorzugung einzelner Gläubiger vor.²⁸⁸ Unbeachtlich sei, ob nach dem Leistungsaustausch ein Wertverlust eintritt oder ob die Gläubiger auf die Gegenleistung zugreifen können.²⁸⁹ Im Rahmen der Übertragung der Wertung von § 142 InsO auf die Zahlungsverbote sei auch die Vorsatzanfechtung erfasst, sodass auch die als Bargeschäft, unter billiger Inkaufnahme einer Gläubigerbeeinträchtigung, erfolgten Zahlungen verboten seien. Abzustellen sei auf den maßgeblichen Zeitpunkt des Leistungsaustausches, für die Frage, ob es sich um eine erlaubte Zahlung handle.²⁹⁰

b) Haftungstatbestand einer Zahlung entfällt

Zum Teil sprechen sich Lehrmeinungen auch für ein Entfallen des Haftungstatbestands einer (verbotenen) Zahlung iSv § 15b Abs. 1 InsO (§ 64 S. 1 GmbHG aF) aus, sofern ein kompensierender Ausgleich in das Gesellschaftsvermögen gelangt sei. Dies ergebe sich bereits daraus, dass der objektive Tatbestand einer „Zahlung“ infolge einer teleologischen Reduktion des Zahlungsbegriffs, nicht vorläge.²⁹¹

c) Privilegierungstatbestand des sorgfältigen Geschäfts

²⁸⁷ Vgl. *Habersack/Foerster* ZHR (178) 2014, 388 (405); NZG 2004, 737 (740 ff.); *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht S. 706; *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck § 142 Rn 10 ff.; *Gehrlein* ZInsO 2015, 477 (483): der zeitliche Zusammenhang für den Leistungsaustausch liege danach bei 30 Tage iSd § 286 Abs. 3 BGB; a.A.: BGH ZIP 2017, 1619 (1620 Rz. 11): der einen wirtschaftlichen Zusammenhang und nicht notwendigerweise einen zeitlichen Zusammenhang fordert; *Bitter*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 148 f.

²⁸⁸ *Habersack/Foerster* ZHR (178) 2014, 388 (403); *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck § 142 Rn 3.

²⁸⁹ *Bitter*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 143; *Kolmann*, in: Saenger/Inhester GmbHG § 64 Rn. 36; *Gehrlein* ZInsO 2015, 477 (482 f.).

²⁹⁰ *Habersack/Foerster* (178) 2014, 388 (404); *Gehrlein* ZInsO 2015, 477 (482).

²⁹¹ *Arnold*, in: Henssler/Strohn GesR § 64 GmbHG Rn. 20; *Casper*, in: HCL GmbHG Anh. § 62 Rn. 116; *H.-F. Müller*, in: MüKo GmbHG § 64 Rn. 174; *ders.* DB 2015, 723 (724); *Kleindiek*, in: FS U.H. Schneider, 2011, 617 (621); *ders.* in: Lutter/Hommelhoff GmbHG § 64 Rn. 17; *Geißler* GmbHG 2011, 907 (908).

Eine weitere, ursprünglich zu § 64 GmbHG aF entwickelte, Lehrmeinung hält den Privilegierungstatbestand eines sorgfältigen Geschäfts (§ 64 S. 2 GmbHG aF; § 92 Abs. 2 S. 2 AktG aF; § 130a Abs. 1 S. 2 HGB aF und § 99 S. 2 GenG aF) für erfüllt, sofern eine angemessene Gegenleistung ins Gesellschaftsvermögen gelangt sei.²⁹² Teilweise werden hieran noch weitere Anforderung für eine Enthftung im Rahmen einer Vorleistung der Gesellschaft gestellt.²⁹³ Mit dessen Ablehnung durch BGH verlor diese Lehrmeinung jedoch weitgehend an Bedeutung. Inwiefern die Lehre des Privilegierungstatbestands eines sorgfältigen Geschäfts nun wieder stärker im Rahmen von § 15b InsO diskutiert werden wird, bleibt abzuwarten.

d) Gemeinsamkeiten dieser Begründungsversuche

Irrigerweise stützen sich die dargestellten Begründungsversuche vornehmlich auf einen „Anspruch eigener Art“ ohne dabei zu erkennen, dass ein solche Vorgehensweise nur dann Raum greifen kann, wenn eine dogmatische Einordnung in eine bestehende Anspruchskategorie (Schadensersatzanspruch) gerade nicht möglich ist.

III. Zahlungsverbote als Schadensersatzanspruch

Zentrales Element der beiden wesentlichen befürwortenden Schadensersatzhaftungskonzepte ist der den Gläubigern durch die Verkürzung der Insolvenzmasse entstandene Schaden, welcher sich durch eine Gesamtbetrachtung der masseschmälernden Zahlungen als einheitlicher Tatbestand ergebe. Einer Verengung der Zahlungsverbote auf einzelne Zahlungen ist nicht zu folgen.²⁹⁴ Der Charakter einer Schadensersatznorm wird einerseits von *Karsten Schmidt* mit einer

²⁹² *Haneke* NZI 2015, 499 (502 f.) jew. mwN; *Koch*, in: Hüffer/Koch AktG § 92 Rn. 34, 12. Aufl. 2016; *Nerlich*, in: MHLS GmbHG § 64 Rn. 22; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm AktG § 92 Rn. 28; *Röhrich* ZIP 2005, 505 (511); *Schulze-Osterloh*, in: FS Bezenberger, 2000, S. 415 (424 f.); *Ulmer*, in: Hachenburg GmbHG § 64 Rn. 42, 8. Aufl., 1997; *Schneider/M.Schmidt-Leithoff*, in: Rowedder/Pentz Anh. II § 60 Rn. 33 ff.; (deutlicher in: *Schmidt-Leithoff/Schneider*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG § 64 Rn. 36 f., 6. Aufl. 2017).

²⁹³ *Haneke* NZI 2015, 499 (500 f.): danach trete eine Enthftung des Geschäftsleiters nur ein, wenn die Gegenleistung zeitlich nach der masseschmälernden Zahlung erfolge; *Nerlich*, in: MHLS GmbHG § 64 Rn. 22; *Habersack/Foerster* ZGR 2016, 153 (176); *Koch*, in: Hüffer/Koch AktG § 92 Rn. 34, 12. Aufl. 2016; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm AktG § 92 Rn. 28; *Röhrich* ZIP 2005, 505 (511); *Schulze-Osterloh*, in: FS Bezenberger, 2000, S. 415 (424 f.); *Ulmer*, in: Hachenburg GmbHG § 64 Rn. 42, 8. Aufl. 1997; a.A. *Casper* ZIP 2016, 793 (796).

²⁹⁴ Vgl. *Altmeyen* ZIP 2015, 949 (953 ff.); *ders.* ZIP 2020, 937 (938 ff.); *ders.* NZG 2016, 521 (524 ff.); *ders.* ZIP 1997, 1173; *Bitter* WM 2001, 666 (670); *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 12, 17, 20, 11. Auflage 2015; *ders.* ZHR (168) 2004, 637 ff.

deliktischen Haftung im Rahmen des Generaltatbestand der Insolvenzverschleppungshaftung über § 823 Abs. 2 BGB iVm 15a InsO wegen einer Verletzung der Massesicherungspflichten begründet. Andererseits wird die Erstattungspflicht zutreffend, von *Holger Altmeyen und Jan Wilhelm*, als Verlustausgleichspflicht interpretiert, welche sich bisher aus § 64 S. 1 GmbHG aF selbst ergab. Die Lehre der Verlustausgleichspflicht setzt *Altmeyen* bei Einführung des § 15b InsO fort und erkennt nunmehr den Schutzgesetzcharakter des spezialgesetzlich geregelten Zahlungsverbot an, welches einen Haftungsgrund (neben der Insolvenzantragspflicht) im Rahmen der Insolvenzverschleppungshaftung nach § 15b Abs. 4 InsO darstellt. Eine ausführliche Darstellung erfolgt im Folgenden.

1. Deliktische Haftung nach §§ 823 Abs. 2 BGB iVm 15a InsO

a) Überblick

Es bleibt abzuwarten, ob der von *Karsten Schmidt* gefundene Lösungsansatz, bezüglich der Einordnung der Haftung des Geschäftsführers für verbotene Zahlungen nun auch nach der Neueinführung des § 15b InsO durch das SanInsFOG, fortgeschrieben wird. Die Grundlage des von *Karsten Schmidt* verfolgten Konzepts einer deliktischen Haftung des Geschäftsführers für verbotene Zahlungen findet sich in der Insolvenzverschleppung (§ 15a Abs. 1 InsO).²⁹⁵ Es bestehe überhaupt kein von der Insolvenzverschleppung losgelöstes separates Zahlungsverbot, sondern § 64 S. 1 BGB aF (jetzt: § 15b InsO) beruhe auf einem Generaltatbestand in Form einer „gläubigerschützenden Organpflicht bei materieller Insolvenz, gegen die durch Verfahrensverschleppung und selbstverständlich durch jede mit ihr einhergehende schuldhaft Verschlechterung der Befriedigungsaussichten verstoßen wird“²⁹⁶. Ein Verstoß gegen die gläubigerschützende Organpflicht tritt demnach bei diesen beiden haftungsbegründenden Begehungsweisen ein.²⁹⁷ Dogmatisch seien die Zahlungsverbote „auf der Ebene der haftungsausfüllenden Kausalität bei der

²⁹⁵ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 11, 146, 11. Auflage 2015; *ders.* ZHR (175) 2011, 433; ZIP 2009, 1551 (1554).

²⁹⁶ *Karsten Schmidt* ZHR (168) 2004, 637 (655; 663); vgl. auch: *ders.*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck: Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz 11.35.

²⁹⁷ *Karsten Schmidt* ZHR (168) 2004, 637 (655).

Insolvenzverschleppungshaftung“²⁹⁸ einzuordnen. Der Erstattungsanspruch nach § 64 S. 1 GmbHG aF (jetzt: § 15b Abs. 4 InsO) sei lediglich ein Einzelposten der Schadensliquidation wegen der Insolvenzverschleppung.²⁹⁹ Das Zahlungs- und Insolvenzverschleppungsverbot stehen folglich entgegen der Auffassung der Rechtsprechung nicht unverbunden nebeneinander, sondern bilden iSd Einheitstheorie einen einheitlichen Sanktions- und Haftungstatbestand gem. §§ 823 Abs. 2 BGB iVm 15a InsO.

Die von *Karsten Schmidt* vertretene Auffassung beruht auf der Annahme, dass die Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO ein Schutzgesetz iSd § 823 Abs. 2 BGB darstellt und dies folglich auch für die Zahlungsverbote gelten müsse.³⁰⁰ Die Zusammengehörigkeit der Normen ergab sich bis zur MoMiG Reform 2008 bereits bei einer systematischen Betrachtung eindeutig aus dem Gesetz, zumal die Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO, zuvor § 64 Abs. 1 GmbHG aF, § 130a Abs. 1 HGB aF) und die im Absatz 2 angehängten Zahlungsverbote (§ 64 Abs. 2 GmbHG aF, § 130a Abs. 2 HGB aF) in einer Norm geregelt waren. Zwar erfolgte eine Trennung des Gesetzesaufbaus 2008 durch die Verschiebung der Insolvenzantragspflicht in die InsO. Dies begründete aber kein Abweichen vom Einheitskonzept, schließlich hat sich an der Sinneinheit der Normen nichts geändert.³⁰¹ Dies lässt sich bereits aus dem einheitlichen Gläubigerschutzziel, angelehnt an das dem englischen Haftungssystem entstammenden Konzept eines Verbots des „Wrongful Tradings“, schließen.³⁰² Das Verbot schütze die vorhandenen Gesellschaftsgläubiger sowie den Rechtsverkehr vor einer Gefährdung durch Fortführung der Gesellschaft, insbesondere durch masseschmälernde Zahlungen.³⁰³ Eine masseschmälernde Zahlung sei bloß eine von mehreren denkbaren

²⁹⁸ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 11, 11. Auflage 2015.

²⁹⁹ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 146, 11. Auflage 2015; *ders.*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck: Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz 11.35; *ders.*, in: MüKo HGB § 130a Rn. 39.

³⁰⁰ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 11, 63, 146, 11. Auflage 2015: § 64 S. 1 GmbHG ist wie auch § 130a Abs. 2 HGB gerade keine Verbotsnorm; *ders.* (168) 2004, 637 (656); BGH NJW 1993, 2931 (2934) mit Anm. *Karsten Schmidt*; so auch *Casper ZIP* 2016, 793 (803).

³⁰¹ *Karsten Schmidt*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck: Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz 11.34 f.; *ders.*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 16, 11. Auflage 2015.

³⁰² *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 16, 146, 11. Auflage 2015.

³⁰³ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 132, 146, 11. Auflage 2015.

Schadensposten innerhalb des Dauerdelikts der Insolvenzverfahrenverschleppung.³⁰⁴

Vor dem Hintergrund der Insolvenzverschleppungsdebatte habe der Gesetzgeber ferner bei dem zuletzt (noch gesellschaftsspezifisch) eingeführten Zahlungsverbot des § 130a HGB das Zahlungsverbot in Abs. 1 und die Insolvenzantragspflicht bewusst in Abs. 2 normiert.³⁰⁵ Ein Verstoß gegen Abs. 1 oder Abs. 2 führe wegen der zusammengeführten Sanktionsseite zu einem Verstoß gegen die Insolvenzverschleppung als einheitliches Haftungssystem.³⁰⁶

Dem Zahlungsverbot komme primär im Rahmen der Darlegungs- und Beweiserleichterung hinsichtlich der Ermittlung eines Schadens aufgrund von masseschmälernden Zahlungen Bedeutung zu. Der Kläger müsse für eine schlüssige Klage lediglich darlegen, dass verbotene Zahlungen erfolgt sind. In dieser Höhe wird vorbehaltlich eines Gegenbeweises ein Schaden der Gläubigergesamtheit vermutet.³⁰⁷

b) Argumentation

aa) Einheitliche Auslegung der (schadensrechtlichen) Zahlungsverbote

Die schadensrechtliche Einordnung der bisher geltenden Zahlungsverbote ergab sich *Karsten Schmidt* zu Folge auch aus dem Wortlaut. Zwar formulierte nur § 130a Abs. 2 S. 1 HGB aF die Pflicht des Geschäftsleiters „zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner“, während die anderen Zahlungsverbote (§ 64 S. 1 GmbHG aF, § 92 Abs. 3 Nr. 6 AktG aF und § 34 Abs. 3 Nr. 4 GenG aF)

³⁰⁴ *Karsten Schmidt* (168) 2004, 637 (663); *ders.* ZIP 2005, 2177 (2183); jedenfalls seit der Verschiebung der Zahlungsverbote in die InsO (§ 15b InsO) durch das SanInsFOG ist der systematische Zusammenhang offensichtlich unbestreitbar, vgl. eingehend: Kapitel § 6, S. 115 f.

³⁰⁵ *Karsten Schmidt* ZIP 2005, 2177 (2184).

³⁰⁶ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 16, 63, 11. Auflage 2015; ebenso für eine einheitliche Behandlung der Massesicherungspflichten, allerdings unter Ablehnung der Schutzgesetzeigenschaft von § 64 GmbHG aF: *Altmeyen* ZIP 2020, 937 (940); *Altmeyen/Wilhelm* NJW 1999, 673 (679): § 64 GmbHG sei kein Schutzgesetz iSd § 823 Abs. 2 BGB; siehe auch *Wilhelm* ZIP 2007, 1781 (1784 ff.); für eine Schutzgesetzeigenschaft von § 15b InsO: *Altmeyen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 150.

³⁰⁷ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 16, 63, 11. Auflage 2015; *ders.*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck: Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz 11.35; *ders.* ZIP 2005, 2177 (2183); *ders.* ZHR (168) 2004, 637 (655 f., 666): die Zahlungsverbote seien daher nicht funktionslos und folglich auch nicht zu streichen; andererseits plädiert für eine Abschaffung der Zahlungsverbote: *ders.*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck: Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz 11.56; *ders.* NZG 2015, 129 (133): danach solle § 92 InsO zugleich mit der Streichung der Zahlungsverbote reaktiviert werden.

nur einen „Ersatz“ und keinen „Schaden“ bezeichnen.³⁰⁸ In Anbetracht dessen, dass sämtliche Zahlungsverbote mit Ausnahme des aus dem Jahr 1976 stammenden § 130a HGB³⁰⁹ Restbestände des 19. Jahrhunderts sind³¹⁰ und dementsprechend erlassen wurden, bevor es einen kollektiven Gläubigerschutz durch Deliktsrecht gem. § 823 Abs. 2 BGB³¹¹ und durch Insolvenzrecht gem. § 92 InsO³¹² gab³¹³, komme dem „modernen“ § 130a Abs. 2 HGB (§ 130a Abs. 3 HGB aF) als jüngstem gesellschaftsspezifischen Zahlungsverbot eine Modellwirkung zu.³¹⁴ Es sei nach der Systematik der Zahlungsverbote anzunehmen, dass die untersuchten Schwesternormen (§ 64 S. 1 GmbHG aF; § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG aF, §§ 130a Abs. 2 S. 1, 177a HGB aF; § 99 S. 1 GenG aF) inhaltlich dasselbe bezwecken, weshalb eine „authentische Interpretation“ hinsichtlich „des daraus (scl.: aus der Zahlung) entstandenen Schadens“ vorzunehmen sei, sodass sich eine einheitliche schadensrechtliche Deutung der Zahlungsverbote ergebe.³¹⁵

bb) Historie

Gestützt wird die Einordnung der Haftung für verbotene Zahlungen als Schadensersatznorm desweiteren auf ihre historische Entwicklung seit Einführung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs (ADHGB).³¹⁶ Neben dem daraus folgenden schadensrechtlichen Normverständnis der Zahlungsverbote ergibt sich *Karsten Schmidt* zu Folge aus der Historie ferner die Zusammengehörigkeit der Tatbestände Insolvenzantragspflicht (§ 64 Abs. 1 GmbHG aF) und Zahlungsverbot (§ 64 Abs. 2 GmbHG aF) mit der einheitlichen Rechtsfolge des Ersatzes des Insolvenzverschleppungsschadens. Schließlich ergebe sich nichts anderes als in § 64

³⁰⁸ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 63, 11. Auflage 2015; *ders.* ZHR (168) 2004, 637 (660 f.); *ders.* JZ 1978, 661 (662).

³⁰⁹ § 130a HGB wurde 1976 eingeführt (Bundesgesetzblatt I S. 2034).

³¹⁰ *Karsten Schmidt* ZHR (168) 2004, 637 (657); *ders.*, ZIP 2005, 2183 f.; § 64 Abs. 2 GmbHG wurde 1892 eingeführt; § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG beruht mittelbar auf dem ADHGB.

³¹¹ § 823 Abs. 2 BGB gilt seit Einführung des BGB am 01.01.1900 (Reichsgesetzblatt S. 195).

³¹² § 92 InsO wurde 1994 verkündet (Bundesgesetzblatt I S. 2877) und trat am 01.01.1999 in Kraft.

³¹³ *Karsten Schmidt* ZIP 2005, 2177 (2184); *ders.* ZIP 2008, 1401 (1402).

³¹⁴ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 15 f., 11. Auflage 2015; ablehnend: *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht S. 700.

³¹⁵ *Karsten Schmidt* ZHR (168) 2004, 637 (657); *ders.*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 15 f., 11. Auflage 2015.

³¹⁶ Eine vertiefende Darstellung der historischen Entwicklung erfolgt in Kapitel § 6, S. 149 ff.

Abs. 1 und Abs. 2 GmbHG aF (jetzt: § 15a InsO und § 15b InsO) geregelt wurde bereits aus Art. 240, 241 idF von 1884. Diese ordneten eine Schadensersatzpflicht für rechtswidriges Organhandeln an, sofern von dem zuständigen Organ kein Insolvenzantrag gem. Art. 240 Abs. 2 ADHGB gestellt wurde oder Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung gem. Art. 241 Abs. 3 ADHGB geleistet wurden. Diese Schadensersatzpflicht richtete sich daher allein auf den Verschleppungsschaden und nicht auf zwei verschiedene zu sanktionierende Verhaltenspflichten (Insolvenzantragspflicht und Zahlungsverbot).³¹⁷

c) Rechtsfolge

Rechtsfolge eines Verstoßes gegen ein Zahlungsverbot als maßgeblicher Bestandteil der Insolvenzverschleppungshaftung soll der Ausgleich des tatsächlich entstandenen Schadens in das Gesellschaftsvermögen, gem. §§ 823 Abs. 2 BGB iVm 15a InsO, sein.³¹⁸ Der zu erstattende Schaden bemisst sich nicht durch eine einzelgegenständliche Betrachtung der jeweiligen Zahlungen³¹⁹, sondern ist die Differenz zwischen der „Soll-Quote“, welche die Gläubiger ohne Insolvenzverschleppung erlangt hätten und der wegen Insolvenzverschleppung zu erwartenden „Ist-Quote“.³²⁰ In Anbetracht dessen, dass es in der Praxis fast nicht möglich ist, den genauen Zeitpunkt des verschleppungsauslösenden Ereignisses oder das konkrete Ausmaß des Gläubigerschadens präzise zu ermitteln, wird zur Schätzung der „Soll-Quote“ auf § 287 ZPO zurückgegriffen.³²¹ Gelingt ein Nachweis darüber, dass die erforderliche „Soll-Quote“ geringer ist als die zu

³¹⁷ Dazu eingehend: *Karsten Schmidt* ZHR (168) 2004, 637 (662 f.): eine Separierung durch den Gesetzgeber erfolgte erst nach mehr als einem Jahrhundert seit der Einführung des ADHGB mit der Abfassung des AktG von 1965.

³¹⁸ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 16, 63, 197, 11. Auflage 2015; *ders.*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck: Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz 11.17; *ders.* ZHR (175) 2011, 433 (434); *ders.* ZIP 1988, 1497 (1502); *ders.* JZ 1978, 661 ff.; so auch *Bitter* ZIP 2016, Beilage zu Heft 22, 6 (11).

³¹⁹ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 12, 17, 29, 11. Auflage 2015: bezeichnet die „Einzelbetrachtung“ als den „Kardinalfehler“ des BGH und der hM; (440); *ders.* NZG 2015, 129 (131): die „Einzelbetrachtung“ ist bloß ein „Kurieren am Symptom“; *ders.* ZHR (175) 2011, 433; *ders.* ZIP 2008, 1401 (1408 f.); so auch: *Altmeyden* NZG 2016, 521 (524); *ders.* ZIP 2015, 949 (953) *Casper* ZIP 2016, 793 (794).

³²⁰ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 69, 199, 11. Auflage 2015; *ders.* ZIP 1988, 1497 (1502).

³²¹ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 199, 11. Auflage 2015; *ders.* ZHR (175) 2011, 433 (434); *ders.* NZG 2015, 129 (131); *ders.* ZIP 1988, 1497 (1502 f.); *ders.*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck: Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz 11.29.

erstattende masseschmälernde Zahlung, so kann sich der Geschäftsleiter exkulpieren.³²² Im Rahmen der Erstattungspflicht seien Ansprüche der Gesellschaft gegen Dritte sowie Gegenleistungen, welche diese infolge der masseschmälernden Zahlung erlangt hat, insofern haftungskompensierend zu berücksichtigen als sie in das Gesellschaftsvermögen gelangt sind.³²³ Stehen Forderungen der Gesellschaft hingegen nur zu, ohne bereits ins Gesellschaftsvermögen gelangt zu sein, so bewirken sie keine Haftungskompensation, sondern sind an den Geschäftsführer nach § 255 BGB analog abzutreten.³²⁴ Sofern es sich bei den Forderungen der Gesellschaft gegenüber den Leistungsempfängern allerdings um liquide und realisierbare Ansprüche handelt, soll dem haftenden Geschäftsleiter jedoch ein Leistungsverweigerungsrecht eingeräumt werden.³²⁵ Darüber hinaus können auch solche Ansprüche die Geschäftsleiterhaftung mildern, die sich auf Masseauffüllung richten, etwa durch Anfechtung oder nach § 31 GmbHG.³²⁶ Die Begründung neuer Insolvenzverbindlichkeiten sei den verbotenen Zahlungen ab dem Zeitpunkt der Insolvenzreife gleichgestellt. Allerdings begründe die Gleichstellung für die Eingehung von Verbindlichkeiten keinen Anspruch auf Erstattung abfließender Liquidität oder eine Vermutung für einen Verschleppungsschaden.³²⁷

d) Geltendmachung des Anspruchs

In Anbetracht dessen, dass der vom Insolvenzverwalter im eröffneten Insolvenzverfahren geltend zu machende Schaden derselbe ist wie der Eigenanspruch der Gesellschaft, klagt dieser insofern sowohl aus eigenem Recht der Gesellschaft als auch aus dem Recht sämtlicher Gläubiger, also sowohl der Alt- als

³²² *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 69, 11. Auflage 2015.

³²³ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 69, 199, 11. Auflage 2015.

³²⁴ *Karsten Schmidt* ZHR (168) 2004, 637 (668 f.); *ders.*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 70, 11. Auflage 2015; so auch BGHZ 146, 264 = NJW 2001, 1280; *H.F. Müller*, in: Müko GmbHG § 64 Rn. 217; a.A.: Altmeyden, GmbHG Anh. § 64 Rn. 194.

³²⁵ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 70, 11. Auflage 2015.

³²⁶ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 199, 11. Auflage 2015.

³²⁷ *Karsten Schmidt*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck: Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz 11.54; *ders.* ZHR (168) 2004, 637 (667); anders *ders.*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 33, 11. Auflage 2015: danach ist eine Gleichstellung der Begründung von Verbindlichkeiten und Zahlungen ausgeschlossen.

auch Neugläubiger.³²⁸ *Karsten Schmidt* lehnt die durch den BGH³²⁹ iRd „Lehre vom Quotenschaden“ praktizierte „Verschiedenbehandlung“ der Alt- und Neugläubiger ab. Weshalb den Neugläubigern gleichermaßen ebenso nur ein Quotenminderungsschaden zustehe, den diese mittelbar ersetzt bekommen. Davon abzugrenzen sei der Individualschaden der Neugläubiger, welcher separat zu liquidieren sei und sich entgegen der Rspr. des BGH (§ 823 Abs. 2 BGB, § 15a InsO) auf die culpa in contrahendo (§§ 280, 311, 241 Abs. 2 BGB, insbesondere § 311 Abs. 3 S. 2 BGB) stützen lasse.³³⁰ Vor dem Hintergrund der Schwierigkeit der Festlegung des präzisen Zeitpunkts in dem die Verschleppungsphase beginnt, habe die „einheitliche“ Abwicklung des Quotenschadens aller Gläubiger den praktischen Vorteil, dass der Insolvenzverwalter nicht verantwortlich (§ 60 InsO) bestimmen muss, wer Alt- und wer Neugläubiger ist und entsprechend bedient werden darf. Daher sei die einheitliche Handhabung der Gläubiger weder unverhältnismäßig noch willkürlich.³³¹ Schließlich stellt § 92 InsO als Vorschrift über die kollektive Schadensabwicklung nicht darauf ab, ob sich die „Schadensersatzansprüche in dieser Quotenschadensregulierung erschöpfen (Altgläubiger) oder darüber hinausgehen (Neugläubiger)“.³³² Bei der Ablehnung mangels Masse besteht die Möglichkeit der Pfändung durch die Insolvenzgläubiger, sofern das Insolvenzrecht nicht entgegensteht.³³³

e) Eigenständiger ersatzfähiger Individualschaden der Neugläubiger nach §§ 280, 311 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 BGB

Grundsätzlich haben die Neugläubiger *Karsten Schmidt* zufolge Anspruch auf Ersatz des sämtlichen Gläubigern gleichermaßen zustehenden Quotenschadens sowie darüber hinaus noch einen weiteren Anspruch auf Ersatz ihres Individualschadens

³²⁸ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 198, vgl. zur Geltendmachung des Erstattungsanspruchs, eingehend Kapitel § 3, S. 46 ff.

³²⁹ BGH GmbHR 1994, 539; BGH ZIP 2003, 1713 (1714); BGHZ 164, 50 = ZIP 2005, 1734; *BGHZ* 171, 46 = BGH NZG 2007, 347.

³³⁰ *Karsten Schmidt*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck: Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz 11.17; *ders.* ZIP 2009, 1551 (1553).

³³¹ *Karsten Schmidt*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck: Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz 11.17; ZIP 2009, 1551 (1554); *ders.* NZG 2015, 129 (130).

³³² *Karsten Schmidt* ZHR (168) 2004, 637 (642); siehe auch *ders.* ZIP 2009, 1551 (1553); *ders.*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck: Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz 11.26.

³³³ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 197, 11. Auflage 2015; *ders.* GmbHR 2000, 1225 (1227 ff.).

aus culpa in contrahendo.³³⁴ Ausnahmsweise können sich auch Altgläubiger auf eine Haftung des Geschäftsleiters nach c.i.c. (§§ 280, 311 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3) berufen, sofern ihnen ein Vertrauensschaden infolge eines Verschuldens während der Vertragsverhandlungen oder wegen einer Verletzung laufender Geschäftsverbindungen durch den Geschäftsleiter entstanden ist. Dies setzt allerdings Offenbarungspflichten des Geschäftsleiters hinsichtlich der Solvenz der Gesellschaft voraus.³³⁵ Dabei werde ein „Solvenzvertrauen“ des Gläubigers fingiert und sei insofern bei Nichtaufklärung über die Insolvenzreife der Gesellschaft verletzt.³³⁶ Zwar richtet sich die Haftung bei einer Verletzung der Offenbarungspflichten über die Insolvenzreife der Gesellschaft dem Vertragsprinzip nach zufolge grundsätzlich gegen die vertretene Gesellschaft selbst, als Beteiligte des Schuldverhältnisses.³³⁷ Ausnahmsweise kann jedoch ein Dritter über das Haftungsmodell der culpa in contrahendo als Haftungsschuldner erfasst werden. Dies ist insbesondere bei einem am Vertrag unbeteiligten vertretenden Geschäftsleiter der Gesellschaft der Fall, sofern dieser ein besonderes Vertrauen iSd § 311 Abs. 3 BGB in Anspruch nimmt.³³⁸

2. Organhaftung auf Verlustausgleich

a) Überblick

³³⁴ So noch der BGH bis zu seiner Rechtsprechungsänderung BGHZ 126, 181 = NJW 1994, 2220 (2221 ff.): in seinem Grundsatzurteil entschied der BGH, dass eine Haftung des Geschäftsführers gegenüber den Neugläubigern nur nach Deliktrecht (§ 823 Abs. 2 BGB) und nicht aus der culpa in contrahendo möglich ist; siehe auch: *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 182 f., 214, 11. Auflage 2015: ein Individualschaden kann nicht über §§ 823 Abs. 2 BGB iVm 15a InsO geltend gemacht werden, zumal der Schutzzweck nur die Gläubigergesamtheit und nicht das Vertrauensinteresse individueller Gläubiger erfasst; *ders.*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck: Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz 11.26.

³³⁵ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 214 ff., 219, 11. Auflage 2015: spätestens bei Ablauf der dreiwöchigen Insolvenzantragsfrist entsteht eine individuelle Aufklärungspflicht; *ders.* ZIP 1988, 1497 (1504); einschränkend: Steininger, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers und/oder der Gesellschafter-Geschäftsführers aus culpa in contrahendo bei wirtschaftlicher Bedrängnis der Gesellschaft mbH, S. 49; weitergehend *Stapelfeld*, Haftung des GmbH Geschäftsführers, S. 77 ff.: danach besteht die Aufklärungspflicht auch innerhalb der Dreiwochenfrist.

³³⁶ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 218, 11. Auflage 2015; *ders.* ZIP 1988, 1497 (1503); *ders.* NJW 1993, 2931 (2934 f.).

³³⁷ vgl. *Emmerich*, in: MüKo BGB § 311 Rn. 2, 184: Zurechnung des Verschuldens von Hilfspersonen über § 278 BGB.

³³⁸ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 214 f., 21811. Auflage 2015; bis BGHZ 126, 181 (183 ff.): bildete die Inanspruchnahme wegen wirtschaftlichem Eigeninteresse zum Vertragsschluss eine zentrale Fallgruppe.

Die dogmatische Einordnung der Zahlungsverbote als schadensrechtliche Norm sei *Altmeppen/Wilhelm* zu Folge, eine Organhaftung auf Verlustausgleich im Zeitraum der Insolvenzverschleppung. Für eine Heranziehung des § 823 Abs. 2 BGB und Einordnung der Zahlungsverbote als Schutzgesetz gab es jedenfalls bei § 64 S. 1 GmbHG aF keinen Raum.³³⁹ Begründen lasse sich dieses Haftungsmodell mit dem aus historischer Sicht misslungenen Gesetzeswortlaut, welcher auf den Begriff „Zahlungen“ abstellt. Dieser Begriff gehe insofern fehl, da der Gesetzgeber des ADHGB von 1861 die Motivation hatte, die Gläubigergesamtheit vor einem Gesamtschaden (Quotenschaden) zu schützen, welcher infolge einer Geschäftsführung ab Insolvenzreife drohe. Eine teleologische Korrektur des Zahlungsbegriffs ergebe gerade eine Erweiterung der Haftung auf sämtliche „Verluste“, welche die Masse seit Insolvenzeintritt infolge der Verletzung der (typischerweise) beiden Massesicherungspflichten, einer Insolvenzantragsstellung und der Zahlungsverbote, erleidet. Schließlich wird es regelmäßig dann zur Insolvenzverschleppungshaftung kommen, wenn der Geschäftsleiter die Pflicht zur Antragstellung ignoriert bzw. nicht erkennt und infolgedessen fortlaufend „verbotene Zahlungen“ tätigt. Es handelt sich insofern aufgrund der dauerhaften Verletzung der Massesicherungspflichten um ein Dauerdelikt, weshalb eine Schadensberechnung allein im Rahmen einer Gesamtbetrachtung gelingt.³⁴⁰ Die Erstattungspflicht des Geschäftsleiters kann bei sachgerechter Auslegung des novellierten § 15b Abs. 4 S. 2 InsO nur auf den Ausgleich des negativen Geschäftsergebnisses im Verschleppungszeitraum, also den erlittenen „Verlust“ der Gläubigergesamtheit, gerichtet sein.³⁴¹ Vor dem Hintergrund des deckungsgleichen Schutzzwecks der Insolvenzantragspflicht und des Zahlungsverbots, die Gesellschaftsgläubiger vor einem Schaden zu bewahren, ist daher auf den, den Gesellschaftsgläubigern als

³³⁹ Vgl. *Altmeppen/Wilhelm* NJW 1999, 673 (678 ff.); *Altmeppen* ZIP 2020, 937 (942 ff.); BGB ZIP 2015, 364 (367) mit Anm. *Altmeppen*; so auch *Grigoleit/Tomasic*, in: *Grigoleit AktG* § 92 Rn 44 ff.; zustimmend: *Schmid*, Haftung der Geschäftsleiter insolventer Gesellschaften für die Verletzung der Zahlungsverbote und der Insolvenzantragspflicht, S. 199; *Rossbrey*, Abgabenzahlungspflicht und Zahlungsverbot bei Insolvenzreife der AG und GmbH, S. 358 ff.

³⁴⁰ *Altmeppen*, GmbHG Anh. § 64 Rn 149, 188.

³⁴¹ *Altmeppen* ZIP 2022, 1413 (1417); *ders.* ZIP 2021, 2413 (2417 f.); *ders.* ZIP 2020, 937 (938 f.); BGB ZIP 2015, 364 (367) mit Anm. *ders.*; *ders.* NZG 2016, 521 (524 ff.); *ders./Wilhelm* NJW 1999, 673 (678 ff.); *ders.* ZIP 1997, 1173; *ders.* ZIP 2015, 949 (954 ff.); *ders.* ZIP 2001, 2201 (2207); *Altmeppen*, GmbHG § 64 Rn. 9, 150, 181 ff.; so auch zustimmend wohl *Grigoleit/Tomasic*, in: *Grigoleit AktG* § 92 Rn. 44.

Gesamtschaden,³⁴² entstandene Quotenschaden abzustellen. Dabei ist unerheblich, ob es sich um Verluste durch Reduzierung der Quote von Alt- oder Neugläubiger, Vertrags- oder Deliktsgläubiger, des Fiskus oder der Sozialkasse handle.³⁴³ Haftungskompensierend zu berücksichtigen ist iRd Schadensberechnung ein in das Gesellschaftsvermögen gelangter „Ausgleich.“ Eine Differenzierung danach, ob die Gegenleistung aktivierbar oder von dauerhaftem Wert sei, ob der Kontrahent vorgeleistet habe und ob er ein Altgläubiger sei, ist unschlüssig.³⁴⁴ Maßgeblich ist allein die Abwendung des Gesamtschadens der Gläubiger (Quotenschaden), sodass ausschließlich zu unterscheiden ist, ob ein Altgläubiger oder ein Neugläubiger, mit dem erst nach Insolvenzreife Austauschgeschäfte getätigt wurden, befriedigt wird. In letzterem Falle spiele es jedoch für den Quotenschaden keine Rolle, in welcher Reihenfolge Leistung und Gegenleistung erfolgt sind, da der „Ausgleich“ sinnvollerweise im Rahmen einer Gesamtbetrachtung durch eine Stichtagsbilanz im Zeitpunkt der Insolvenzreife ermittelt werden müsse, sodass es unbeachtlich ist, ob die Gesellschaft vorgeleistet hat oder die Leistung entgegennimmt und im Anschluss verbotenerweise die Zahlung an den Gläubiger bewirkt.³⁴⁵ Eine „Einzelbetrachtung“ iSd BGH sei insofern unbrauchbar.³⁴⁶ Bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens steht es dem Altgläubiger frei, seinen Anspruch jeder Zeit gerichtlich geltend zu machen, zumal die Zahlungsverbote gerade keine Einwendung oder Einrede der insolventen Gesellschaft gegen den Gläubiger begründen.³⁴⁷ Im Insolvenzverfahren wird der Gesamtgläubigerschaden schließlich vom Insolvenzverwalter gem. § 92 InsO geltend gemacht.³⁴⁸

³⁴² Altmeyden, GmbHG Anh. § 64 Rn 149.

³⁴³ Altmeyden ZIP 2020, 937 (941, 943); Altmeyden, GmbHG Vor § 64 Rn. 123 ff., § 64 Rn. 235, 10. Aufl. 2021; ders. ZIP 2021, 1 ff.; ders. NZG 2016, 521 (524 ff.); ders. ZIP 2001, 2201; ders./Wilhelm NJW 1999, 673.

³⁴⁴ So aber zuletzt BGHZ 227, 221 = NZG 2021, 66.

³⁴⁵ Altmeyden ZIP 2021, 1 (3 f.); ders. ZIP 2022, 1413 (1416 ff.); ders./Wilhelm NJW 1999, 673 (679); ders. ZIP 2001, 2201 (2207); so aber zuletzt: BGHZ 227, 221 = NZG 2021, 66; Bitter ZIP 2021, 321 (329 ff.).

³⁴⁶ Altmeyden. ZIP 2015, 949 (953); ders. ZIP 2021, 1; so jedoch BGH in ständiger Rspr.: BGH ZIP 2015, 1480; BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71; NZG 2020, 517; BGHZ 227, 221 = NZG 2021, 66, befürwortend: Kordes NZG 2017, 1140 (1142).

³⁴⁷ Altmeyden ZIP 2021, 1 (2); ders./Wilhelm NJW 1999, 673 (681).

³⁴⁸ Altmeyden ZIP 2020, 937 (941, 944).

Methodisch ist ausschließlich die Gleichbehandlung der beiden Massesicherungspflichten dogmatisch und wertungsmäßig sinnvoll, sodass entweder beide jeweils die Eigenschaft eines Schutzgesetzes haben oder nicht haben.³⁴⁹ Eine getrennte Behandlung der beiden Massesicherungspflichten gehe hingegen fehl³⁵⁰, schließlich besteht gerade eine engste Verbundenheit zwischen den Zahlungsverboten und der Insolvenzantragspflicht.³⁵¹ Daher ist die Einordnung der Insolvenzantragspflicht als Schutzgesetz iSd § 823 Abs. 2 BGB entsprechend *Karsten Schmidt*³⁵² konsequent, indem sie dazu führt, auch die Zahlungsverbote als Schutzgesetze zu qualifizieren. Die Lehrmeinung der Organhaftung wegen Verlustausgleich nach *Altmeyen/Wilhelm* zu § 64 S. 1 GmbHG aF verneinte bisher die Schutzgesetzeigenschaft der Insolvenzantragspflicht, sodass dies zwangsläufig auch für die Zahlungsverbote galt, zumal eine doppelte Haftung für die gleiche Zahlung nicht haltbar sei.³⁵³

Nach Auffassung von *Altmeyen* entfalten diese Grundsätze mit Blick auf den neu eingeführten § 15b InsO durch SanInsFOG weiterhin Geltung, allerdings soll nunmehr die Eigenschaft des § 15b InsO als Schutzgesetz geklärt sein mit der Konsequenz, dass beide Massesicherungspflichten Schutzgesetzcharakter aufweisen. Dies führe jedoch nicht zu einem automatischen Rückgriff auf § 823 Abs. 2 BGB als Haftungsgrundlage, sondern *Altmeyen* geht davon aus, dass für die Insolvenzverschleppungshaftung ein Rückgriff auf § 823 Abs. 2 BGB gerade nicht notwendig ist. § 15b InsO bildet vielmehr selbst als deliktisch einzuordnende Haftungsnorm die Anspruchsgrundlage für die Schadensposition der

³⁴⁹ *Altmeyen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 150 mwN; *Altmeyen* ZIP 2020, 937 (940); *ders.* ZIP 2015, 949 (953 ff.), ebenso: *Gehrlein* DB 2016, 1177 (1182).

³⁵⁰ so aber: BGHZ 126, 181 = ZIP 1994, 1103 (1108 f.); dazu BGH EWiR 1994, 791 mit Anm. Wilhelm; BGHZ 138, 211 = ZIP 1998, 776; BGH ZIP 2020, 318.

³⁵¹ *Altmeyen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 150, 10; *Altmeyen* ZIP 2015, 949 (954); vgl. auch *Karsten Schmidt* NZG 2015, 129 (130); *ders.*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 16, 63, 189 f., 11. Auflage 2015; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm AktG § 92 Rn. 37; *Dauer-Lieb*, in: Henssler/Strohn GesR AktG, § 92 Rn. 15 jew. mwN und Einordnung des (aktienrechtlichen) Zahlungsverbotens als Schutzgesetz.

³⁵² vgl. hierzu Kapitel § 4, S. 67 ff.

³⁵³ *Altmeyen* ZIP 2020, 937 (940); *Altmeyen* NZG 2016, 521 (526 ff.); *ders./Wilhelm* NJW 1999, 673 (679): § 64 GmbHG sei kein Schutzgesetz iSd § 823 Abs. 2 BGB, „weil die in der Bestimmung angeordnete zivilrechtliche Haftung, die als Innenhaftung angeordnet ist, anderenfalls überflüssig wäre“; *ders.* ZIP 2015, 949 (953); NZG 2016, 521 (526 ff.); sa. *Gehrlein* DB 2016, 1177 (1183).

„Gläubigerschaft“ (Verlust). Der zugrundeliegende Haftungsgrund liegt in der Verletzung einer oder beider Massesicherungspflichten.³⁵⁴

b) Rechtsfolge

Der Schadensersatzanspruch (Insolvenzverschleppungshaftung) auf Ersatz des erlittenen Verlusts der Gesellschaftsgläubiger bemisst sich nach den Regeln des allgemeinen Schadensrechts (§§ 249 ff. BGB), sodass insofern die allgemeinen Grundsätze des Schadensrechts, insbesondere der Verlustausgleich und die Berufung auf rechtmäßiges Alternativverhalten, zu berücksichtigen sind. Der Haftungsschuldner kann sich einer Haftung entziehen, sofern es ihm gelingt zu beweisen, dass ein ihm haftungsrechtlich zurechenbarer Schaden³⁵⁵ oder überhaupt ein Schaden nicht entstanden ist.³⁵⁶ Wirtschaftet der Geschäftsleiter in der Verschleppungsphase zulasten der Masse weiter, so trägt er auch das Risiko einer zufälligen Verschlechterung, „versari in re illicita“.³⁵⁷ Es handelt sich bei dem Verlustausgleichsanspruch um einen Anspruch der insolventen Gesellschaft gegen den Geschäftsleiter, der den Schaden der Gläubigersamtheit ausgleicht (§ 92 InsO). Ein unmittelbarer Schaden der Gesellschaft selbst besteht hingegen nicht.³⁵⁸ Eine weitere, für die Praxis relevante Konsequenz der dogmatischen Einordnung des Zahlungsverbots als einen Haftungsgrund im Rahmend der Insolvenzverschleppungshaftung ist, dass die schadensrechtliche Organhaftung des Geschäftsleiters von dem Deckungsschutz der D&O-Versicherung erfasst ist, ohne

³⁵⁴ Altmeyden, GmbHG Anh. § 64 Rn 150, 181 ff; zur Aufgabe des Begriffs des Quotenschadens vgl. Kapitel § 3, S. 23.

³⁵⁵ Altmeyden ZIP 2020, 937 (944); ders. ZIP 2015, 949 (954 f.); a.A.: Habersack/Foerster ZGR 2016, 153 (180, 183): danach handelt es sich um einen „von den Kategorien der 249 ff. BGB befreiten Ersatzanspruch eigener Art“.

³⁵⁶ Altmeyden/Wilhelm NJW 1999, 673 (678 f.); Altmeyden ZIP 2001, 2201 (2208); ders. NJW 2005, 1911 (1915).

³⁵⁷ Altmeyden ZIP 2022, 1413 (1416); Altmeyden, GmbHG Anh. § 64 Rn. 149; ders. ZIP 2001, 2201 (2207); ders./Wilhelm NJW 1999, 673 (678 a.E.); ders., in: FS Knütel, 2009, 13 ff.; ders., in: FS K. Schmidt I 2019, 13 ff.

³⁵⁸ Altmeyden ZIP 2020, 937 (941 ff.); Altmeyden ZIP 2001, 2201 (2208); ders. ZIP 2015, 949 (952 ff.); so auch H.F. Müller, in: MüKo GmbHG § 64 Rn. 213; Karsten Schmidt ZIP 2005, 2177; ders. ZIP 2008, 1401; a.A. kein Schadensersatz sondern Erstattungsanspruch eigener Art: vgl. BGH ZIP 2020, 666 Rz. 21 ff.; BGH ZIP 2020, 318 (319 Rz. 15); BGH NJW 1974, 1088 f.

dass dies einer besonderen Vereinbarung bedarf³⁵⁹ und ohne dass es einer erweiterten Auslegung bedarf.³⁶⁰

c) Individualschaden bzw. Kontrahierungsschaden der Neugläubiger

Neben dem Quotenminderungsschaden kann ein Neugläubiger ferner seinen hiervon losgelösten Kontrahierungsschaden geltend machen. Schließlich zeigt eine historische Betrachtung, dass der Gesetzgeber des 19. Jahrhunderts Kontrahierungsschäden der Neugläubiger schon gar nicht iRd Massesicherungspflichten erfassen konnte, zumal es sich hierbei gerade nicht um eine vom Schutzzweck der Zahlungsverbote erfasste Masseschmälerung handelt, sondern im Gegenteil sogar um eine Massebereicherung, die folglich nicht vom Quotenschaden erfasst sein kann.³⁶¹ Der Gesetzgeber des ADHGB hatte sich mit der Haftungsfrage des Geschäftsleiters für Kontrahierungsschäden gar nicht erst auseinander zusetzen, da es sich dabei um Schuldrecht der jeweiligen Mitgliedstaaten des Deutschen Bundes handelte, für welches er keine Regelungskompetenz hatte. Erst mit Inkrafttreten des BGB am 01.01.1900 konnte dieses für Kontrahierungsschäden der Neugläubiger herangezogen werden.³⁶² Ihren Individualschaden können die Neugläubiger, sofern ihnen der schwer zu führende Vorsatznachweis gelingt, nach §§ 823 Abs. 2 BGB iVm 263 StGB wegen eines Eingehungsbetruges oder wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB geltend machen.³⁶³ Im Übrigen besteht *Altmeyen* zufolge eine Haftung nach culpa in contrahendo (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 3 BGB), sofern der Geschäftsleiter als Dritter iSd § 311 Abs. 3 S. 2 BGB „in besonderem Maße Vertrauen für sich in

³⁵⁹ *Altmeyen* ZIP 2020, 937 (943); vgl. auch: BGHZ 227, 279 = ZIP 2020, 2510; *Drescher*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 8. Aufl., 2019, Rn. 474; *Bitter* GmbHR 2021, 137; *Brinkmann/Schmitz-Justen* ZIP 2021, 24 f.; K. Schmidt ZHR 183 (2019), 2 ff.; *Schwencke/Röper* ZInsO 2020, 2453; a.A.: OLG Düsseldorf ZIP 2018, 1542; ZIP 2020, 2018; OLG Celle BeckRS 2016, 125428; *Jaschinsky/Wenz* GmbHR 2018, 1289; zurückhaltend und zur Vorsicht ratend: *Hülsmann* NWB 2018, 356 (361).

³⁶⁰ BGHZ 227, 279 = NJW 2021, 231.

³⁶¹ *Altmeyen* ZIP 2020, 937 (941); *ders.* NZG 2016, 521 (524 ff.); vgl. auch *Gehrlein* ZInsO 2019, 1973 (1977): ein Zusammenhang mit der Masseverkürzung bestehe nicht; *ders.* ZIP 2015, 949, 955 f.

³⁶² *Altmeyen* NZG 2016, 521, (525 f.).

³⁶³ *Altmeyen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 147; *ders.* NZG 2016, 521 (524 ff.); *ders.* ZIP 2015, 949 (955); *ders.* ZIP 2001, 2201 (2210); zuletzt: BGH NZG 2021, 1406: eine sittenwidrige Schädigung liegt bei dem Herausögern, eines erkannten unabwendbaren Endes der Gesellschaft und der billigen Inkaufnahme durch etwaige dadurch entstehende Schädigungen; vgl. auch: BGH NJW 1954, 1414; *Priebe* ZInsO 2014, 1190 (1191 f.): Eingehungsbetrag in Form von Stoßbetrag; *Schulze-Osterloh*, in FS Lutter, 2000, 707 (712 ff.).

Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst“ und insofern seine Aufklärungspflicht verletzt. Einen solchen für die Haftung erforderlichen Vertrauenstatbestand setzt er, wenn der Geschäftspartner annehmen durfte, dass der Geschäftsleiter eine zusätzliche persönliche Gewähr für die Erfüllung des Vertrags übernimmt, insbesondere dass die getätigten Angaben vollständig und richtig seien. Dagegen ist die fahrlässige Missachtung der Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags nicht ausreichend.³⁶⁴ Ist der Tatbestand der culpa-Haftung erfüllt, ist der Neugläubiger so zustellen, als hätte er nie ein Geschäft mit der Gesellschaft geschlossen (negatives Interesse).³⁶⁵ Den Kontrahierungsschaden bekommt der Neugläubiger vom haftenden Geschäftsleiter erstattet, wobei er Zug um Zug seine Insolvenzforderung gegen die insolvente Gesellschaft an den Geschäftsleiter abtreten muss gem. § 255 BGB.³⁶⁶ Ein Anspruch über die culpa in contrahendo ist nicht nur den Neugläubigern vorbehalten, sondern auch ein Altgläubiger kann sich auf diesen hinsichtlich seines Ausfallschadens berufen, sofern ihm ein besonderes Vertrauen durch den Geschäftsleiter entgegengebracht wurde, insbesondere durch eine unzureichende Aufklärung über die Vermögenslage der Gesellschaft.³⁶⁷

d) Kernaussagen der dogmatischen Einordnung als Schadensersatzanspruch

Nach Darstellung und Auswertung der zur Dogmatik des Zahlungsverbots ergangenen Einordnung als Schadensersatzanspruch durch Teile der Literatur lassen sich im Grunde folgende Kernaussagen festhalten.

1. Die Ersatzpflicht, infolge eines Verstoßes gegen das Zahlungsverbot, richtet sich auf Ersatz des Gesamtgläubigerschadens, welcher in dem Quotenschaden sämtlicher Gläubiger liegt und im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu ermitteln ist. Auf den Ersatz der einzelnen „verbotenen Zahlungen“ kommt es gerade nicht an.

³⁶⁴ Altmeppen, GmbHG Anh. § 64 Rn. 217; vgl. auch: *Altmeppen/Wilhelm* NJW 1999, 673 (680 f.); *ders.* ZIP 2001, 2201 (2210); *ders.* ZIP 2015, 949 (955 f.) mwN.

³⁶⁵ Altmeppen, GmbHG Anh. § 64 Rn. 218.

³⁶⁶ Altmeppen, GmbHG Anh. § 64 Rn. 218; *Altmeppen* NZG 2016, 521 (524); *ders.* ZIP 2001, 2201 (2211); *Altmeppen/Wilhelm* NJW 1999, 673 (681); *ders.* ZIP 1997, 1173 (1181 f.) mwN; so auch *H.F. Müller*, in: *Müko GmbHG* § 64 Rn. 217; jedoch kann eine Abtretung der Rückgewähransprüche nach § 255 BGB nur verlangt werden, wenn sich der Geschäftsführer nicht auf die Begrenzung des § 15b Abs. 4 S. 2 InsO beruft.

³⁶⁷ *Altmeppen/Wilhelm* NJW 1999, 673 (681).

2. Das Zahlungsverbot und die Insolvenzantragspflicht gehören zusammen und müssen daher dogmatisch und wertungsmäßig gleich behandelt werden. Sie haben insofern entweder beide Schutzgesetzcharakter oder beide diesen nicht.

3. Die Neugläubiger können neben dem erlittenen Quotenschaden zusätzlich ihren Kontrahierungsschaden geltend machen.

§ 5 Versuch einer Kombination beider Ansätze

Zur Umsetzung des in der Regierungsbegründung zu § 15b InsO formulierten „einheitlichen“ Ansatzes im Rahmen der dogmatischen Einordnung des Zahlungsverbots ist es zwingend geboten, dass sich die beiden bestehenden Begründungsansätze überhaupt kombinieren lassen.³⁶⁸ Es stehen sich insofern die Einordnung einerseits als Erstattungsanspruch „eigener Art“ unter Berufung auf die Einzelbetrachtungslehre und andererseits als Schadensersatzanspruch bei Zugrundelegung der Gesamtbetrachtungslehre gegenüber. Während eine Kombination der Begründungsversuche gerade gemeinsame, gleichrangige und gleichwertige Anknüpfungspunkte und Verbindungspunkte voraussetzt, deuten unterschiedliche Ebenen und Gewichtungen sowie Widersprüche dagegen vielmehr auf eine Verdrängung als eine Verbindung hin. Es stellt sich insofern die Frage, was der Erstattungsanspruch „eigener Art“ an Erkenntnis bieten kann.

Die Notwendigkeit, auf den „Anspruch eigener Art“ als letztes mögliches Mittel zurückzugreifen, besteht nur bei Fallkonstellationen, in denen kein anderer (vorrangiger) Anspruch vorhanden ist. In welchen Fallkonstellationen die Ausnahmeregelung des „Anspruchs eigener Art“ bereits überzeugend gebildet wurde, soll daher zunächst exemplarisch dargestellt werden.

³⁶⁸ RegBegr. SanInsFOG BT-Drs. 19/24181, S. 195: „Der bestehende Streit über die Rechtsnatur des Anspruchs und insbesondere darüber, ob es sich um einen Schadensersatzanspruch oder einen Anspruch eigener Art handelt, soll damit nicht abschließend entschieden werden. Beide Ansätze, die in den §§ 64 Satz 1 GmbHG, 92 Absatz 2 Satz 1 AktG und § 99 Satz 1 GenG einerseits und in § 130a Absatz 2 Satz 1 HGB andererseits ihren Niederschlag finden, werden zu einem einheitlichen Ansatz verbunden.“; einschränkend: *Schneider/M. Schmidt-Leithoff*, in: Rowedder/Pentz Anh. II § 60 Rn. 9: danach zielt die „Verbindung“ der beiden Ansätze maßgeblich auf die Einzel- und die Gesamtbetrachtung im Rahmen von § 15b Abs. 4 S. 2 ab.

I. Andere Fallgruppen eines Anspruchs „eigener Art“

Ein „Anspruch eigener Art“ wird etwa für den Gewinnabschöpfungsanspruch in § 10 UWG angenommen, zumal weder ein Straftatbestand noch ein Schadensersatz-, ein Bereicherungs- oder Herausgabeanspruch vorhanden ist. Der Gewinnabschöpfungsanspruch zielt gerade auf die Sanktions- und Präventionswirkung zur Marktsteuerung ab und richtet sich insofern nicht auf den individuellen Schadensausgleich des Abnehmers. Der abzuschöpfende Gewinn begründet auch nicht das Äquivalent des wirtschaftlichen Nachteils des Abnehmers im Sinne eines Bereicherungsanspruchs. Ferner fehlt es an der Vergleichbarkeit des Anspruchs auf Herausgabe des Verletzergewinns bei Immaterialgütern im gewerblichen Rechtsschutz zu dem Gewinnabschöpfungsanspruch. Insofern wurde für diese Fallgruppe mangels vorhandenen anderen Anspruchs überzeugend ein „Anspruch eigener Art“ gebildet.³⁶⁹ Anerkannt ist das Rechtsinstitut des „Anspruchs eigener Art“ des Weiteren für einen Anspruch „des Unterhaltsberechtigten auf Ausgleich des Steuernachteils, der ihm aufgrund seiner Zustimmung zum begrenzten Realsplitting nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 EStG erwächst“³⁷⁰. Ferner ist die Fallgestaltung zu nennen, in welcher der Mieter mittels einer Pflichtverletzung den Vermieter zu einer außerordentlichen Kündigung veranlasst und diesem infolge dessen ein Kündigungsfolgeschaden entsteht.³⁷¹

II. Notwendigkeit eines „Anspruchs eigener Art“ bei den Zahlungsverboten?

Das Zahlungsverbot dogmatisch als „Anspruch eigener Art“ einzuordnen ist schon deswegen nicht notwendig, da mit § 15b Abs. 4 InsO (§ 64 S. 1 GmbHG aF) bereits ein einschlägiger Schadensersatzanspruch existiert und es demnach an der erforderlichen Voraussetzung einer nicht vorhandenen Anspruchsgrundlage fehlt. Zentrale Bedeutung hat in diesem Zusammenhang der Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes, welcher sich aus der Verfassung ableitet und bestimmt, dass ein einschlägiger gesetzlich geregelter Anspruch Vorrang genießt. Gibt es folglich bereits einen entsprechend gesetzlich normierten Erstattungsanspruch, wie etwa den

³⁶⁹ *Goldmann*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig UWG § 10 Rn. 20 ff.; *Henning-Bodewig GRUR* 2015, 731 (733 f.).

³⁷⁰ BGH NJW 1986, 254 (255).

³⁷¹ Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht ZInsO 2005, 939.

einschlägigen § 15b Abs. 4 InsO (§ 64 S. 1 GmbHG aF), so besteht gerade kein Bedürfnis, auf einen Anspruch „eigener Art“ zurückzugreifen. Schließlich zeichnet sich der (Erstattungs-) Anspruch „eigener Art“ gerade dadurch aus, dass er subsidiär ist. Es fehlt insofern bereits an der für eine erfolgreiche Kombination erforderlichen Gleichwertigkeit. Die vom Gesetzgeber in der Regierungsbegründung³⁷² zu § 15b InsO geforderte Verbindung des Schadensersatzanspruchs einerseits und des Anspruchs „eigener Art“ andererseits „zu einem einheitlichen Ansatz“, mit der Folge, dass die umstrittene Rechtsnatur des Anspruchs „nicht abschließend entschieden werden“ muss, stellt insofern einen Euphemismus dar, schließlich fehlt es an der Gleichwertigkeit. Darüber hinaus widersprechen sich die im vorherigen Kapitel herausgearbeiteten Kernthesen geradezu.

Zu erkennen gilt es, dass bei einer Einordnung des Zahlungsverbots als Anspruch „eigener Art“ die „Eigenartigkeit“ des Anspruchs allein auf dem Umstand beruht, dass dieser Anspruch kein gewöhnlicher Schadensersatzanspruch der Gesellschaft ist, da diese ausnahmsweise keinen eigenen Schaden, sondern einen Schaden der Gesellschaftsgläubiger geltend macht. Damit handelt es sich um einen Schadensersatzanspruch, der zwar nicht gewöhnlich ist, der aber dennoch ein deliktischer Schadensersatzanspruch ist mit der Konsequenz, dass die allgemeinen Grundsätze des Schadensrechts nach §§ 249 ff. BGB umfassend Anwendung finden.³⁷³

III. Zwischenergebnis

Eine Kombination zu einem einheitlichen Ansatz ist nicht möglich, zumal die dogmatische Einordnung von § 15b Abs. 4 InsO als Schadensersatzanspruch bereits nicht gleichwertig zu einem gesetzlich nicht geregelten und insofern subsidiären Erstattungsanspruch „eigener Art“ ist und darüber hinaus keine kompatiblen Schnittmengen bestehen. Im Übrigen besteht schon gar keine Notwendigkeit auf einen Anspruch *sui generis* zurückzugreifen, da mit § 15b InsO eine einschlägige

³⁷² RegBegr. SanInsFOG BT-Drs. 19/24181, S. 195.

³⁷³ *Altmeyden* ZIP 2020, 937 ff.; *Altmeyden* ZIP 2001, 2201 (2208); *Altmeyden*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 156, 167; *Altmeyden* ZIP 2021, 1 ff.; *ders.* NZG 2015, 129 (131); schadensdogmatische Einordnung des Zahlungsverbot ab lehrend, vgl.: BGH ZIP 2020, 666 Rz. 21 ff.; BGHZ 146, 264 = NJW 2001, 1280; BGH NJW 1974, 1088; für einen gewöhnlichen Schadensersatzanspruch noch: BGH NJW 1996, 850.

Regelung und Haftungsnorm für die Insolvenzverschleppungshaftung mit dem Haftungsgrund des Zahlungsverbots und der Insolvenzantragspflicht existiert. Die „Eigenartigkeit“ des Schadensersatzanspruchs beruht allein darauf, dass die insolvente Gesellschaft einen Schaden der Gesellschaftsgläubiger und keinen eigenen geltend macht. Der Gesetzgeber des § 15b InsO hat sich in der Regierungsbegründung insofern vor einer Entscheidung über die Dogmatik des Zahlungsverbots gedrückt, was jedoch dem Bestreben nach Rechtsklarheit nicht sachdienlich ist. Daher wird im Folgenden ausführlich die schadensrechtliche Dogmatik der Zahlungsverbote aufgezeigt.

§ 6 Bewertung der dogmatischen Einordnung der Zahlungsverbote

Die zahlreichen divergierenden Begründungsversuche zur Dogmatik der Zahlungsverbote gilt es im Folgenden anhand einer kritischen Auseinandersetzung mit den jeweiligen Ansätzen zu bewerten. Insbesondere soll hierbei die Schwäche der Einordnung des Zahlungsverbot als Anspruch „eigener Art“ aufgezeigt werden.

I. Rückschlüsse aus § 15b InsO ?

Obwohl die Regierungsbegründung zu § 15b InsO die dogmatische Einordnung des Zahlungsverbots nicht abschließend klärt, so gibt sie dennoch einen Hinweis. So soll das Zahlungsverbote in der rechtformneutralen Zusammenführung in § 15b InsO „auf eine bereits in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung (RG, Urt. v. 30.11.1938 – II 39/18, RGZ 159, 211, 229 f.) angelegte Vermutung eines Gesamtgläubigerschadens in Höhe der verbotswidrig geleisteten Zahlungen hinaus“ laufen.³⁷⁴ Bei dem Gesamtgläubigerschaden kann es sich insofern nur um den den Gläubigern entstandenen Quotenschaden handeln, der das entsprechende Spiegelbild zum Schaden der Gesellschaft bildet.³⁷⁵ Der Verweis auf das Urteil des Reichsgerichts von 1938 stellt den Streitstand über die schadensrechtliche Einordnung des Anspruchs nach Art. 241 Abs. 3 und 4 ADHGB als die Vorgängervorschrift zu § 15b InsO dar. Entscheidend ist zu erkennen, dass das

³⁷⁴ RegBegr. SanInsFOG BT-Drs. 19/24181, S. 195; a.A.: Altmeyen, GmbHG Anh. § 64 Rn. 183, 188.

³⁷⁵ Vgl. auch Altmeyen ZIP 2021, 1 ff.; Altmeyen, GmbHG Anh. § 64 Rn. 7: „Gesamtschaden der Gläubigerschaft“; Wolfer, in: BeckOK InsO § 15b Rn. 21, 22. Ed. Stand 15.01.2021; Baumert NZG 2021, 443 (448).

Reichsgericht schlussendlich zurecht davon ausgeht, „daß es sich, wie der ganze Zusammenhang ergibt, offenbar um einen Schadensersatzanspruch handelt“^{376, 377}

Abgesehen davon soll § 15b InsO die bisherige Gesetzeslage, also die Rechtslage von § 64 S. 1 GmbHG aF, fortsetzen. Nicht verkannt werden darf dabei, dass die Gesetzeslage, welche schon immer einen Schadensersatzanspruch normierte, von der Rechtsprechung und ihrer Auslegung zur Dogmatik des Zahlungsverbots gerade losgelöst und unabhängig ist.³⁷⁸ Maßgeblich ist insofern die historische Entwicklung der aus Art. 241 ADHGB stammenden Zahlungsverbote, welche einen schadensrechtlichen Charakter des Zahlungsverbots belegt.³⁷⁹

II. Bewertung der Einordnung des Zahlungsverbots als Anspruch „eigener Art“

Die Schwächen einer dogmatischen Einordnung des Zahlungsverbots als Anspruch eigener Art werden im Folgenden einer eingehenden Bewertung und kritischen Auseinandersetzung zugeführt. Zunächst gilt es hierbei die Mängel der Rechtsprechung herauszuarbeiten.

1. Rechtsprechung

a) BGH Urteil vom 18.11.2014 - II ZR 231/13

In seiner Grundsatzentscheidung vom 18.11.2014 erkennt der BGH einen „Ausgleich“ durch eine Gegenleistung, welche „nach wirtschaftlicher Betrachtung“ einer „einzelnen Zahlung masseschmälernd zugeordnet“ werden kann, als haftungskompensierend an³⁸⁰ und macht dies von nun an nicht mehr davon abhängig, dass die Gegenleistung noch bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Gesellschaftsvermögen vorhanden sein muss.³⁸¹ Schließlich ist die Kompensation endgültig. Das Urteil ist zwar dahingehend zu begrüßen, dass nicht mehr jede einzelne Zahlung zu einer Gesamtsumme addiert wird, die vom Geschäftsleiter vollumfänglich zu erstatten ist und insofern eine überzogene/„drakonische“

³⁷⁶ RGZ 159, 211, 229 f.

³⁷⁷ So auch Altmeppen, GmbHG Anh. § 64 Rn. 6 ff., 9.

³⁷⁸ Altmeppen, GmbHG Anh. § 64 Rn. 163.

³⁷⁹ dazu eingehend in Kapitel § 6, S. 147 ff.

³⁸⁰ BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71.

³⁸¹ so der BGH in seiner früheren Rspr. BGH NZG 2003, 582 (583); BGH NZG 2010, 1393 (1395).

Haftung³⁸² des Geschäftsleiters begründet, sondern dass von nun an ein in die Masse gelangter „Ausgleich“ zu berücksichtigen ist. Dennoch wirft das neue Urteil des BGH hinsichtlich der Ausgestaltung der Haftung des Geschäftsleiters für masseschmälernde Zahlungen zahlreiche Fragen auf und weckt erhebliche Zweifel, die Anlass zur Sorge geben. Das Konzept des BGH leidet an zahlreichen Schwächen, die es im Folgenden näher zu bewerten gilt. Der „Kardinalfehler“ dieses Konzepts liegt insbesondere in der „Einzelbetrachtung“ der einzelnen verbotenen Zahlungen³⁸³ und der Anwendung der Trennungslehre.³⁸⁴

aa) Kritik an der dogmatischen Einordnung des Zahlungsverbots als Erstattungsanspruch „eigener Art“

(I) Einzelbetrachtung der Zahlungen versus Gesamtbetrachtung

Die Orientierung an einzelnen Zahlungen anstelle einer Gesamtbetrachtung führt unweigerlich zu teilweise sinnwidrigen Ergebnissen. Schließlich entfällt die Erstattungspflicht des Geschäftsleiters iRd Einzelbetrachtung nicht automatisch, wenn eine werthaltige Gegenleistung in die Masse gelangt ist, sondern nur, wenn diese der entsprechenden Zahlung auch zugeordnet werden kann, indem sie einen „unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang“ aufweist.³⁸⁵ Die maßgebliche Verrechnung erfolgt insofern nach den allgemeinen Regeln des Schadensausgleichs (Vorteilsausgleich), weshalb auch eine dogmatische Einordnung der Zahlungsverbote als Schadensersatzhaftung naheliegend ist.³⁸⁶ Unklar ist, ob sich der Gesetzgeber des § 15b InsO dieser Einzelbetrachtungslehre anschließt, da er zum einen auf eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 18.11.1838 verweist, welche auf die „verbotswidrig geleisteten Zahlungen“ (Singular) abstellt.³⁸⁷ Während er andererseits mit § 15b Abs. 4 S. 2 InsO eine Gesamtbetrachtung gesetzlich

³⁸² *Karsten Schmidt*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck: Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz 11.38.

³⁸³ Vgl. dazu *Altmeyden*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 175, 181 ff.; *Altmeyden* ZIP 2015, 949; *Casper* ZIP 2016, 793; *Karsten Schmidt* NZG 2015, 129; *Kordes* NZG 2017, 1140 (1142).

³⁸⁴ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 20, 11. Auflage 2015; *ders.* NZG 2015, 129 (131); *Altmeyden* ZIP 2015, 949 (953, 956).

³⁸⁵ So BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71.

³⁸⁶ Vgl. *Altmeyden* ZIP 2020, 937; *Altmeyden*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 204.

³⁸⁷ RegBegr. SanInsFOG BT Drs. 19/24181, S. 195 mit Verweis auf RGZ 159, 211, 229 f.; dazu: *Casper*, in: HCL GmbHG Anh. § 62 Rn. 103f., 171 ff.

anordnet.³⁸⁸ Die mit der Einzelbetrachtung entstehenden, nur schwer berechenbaren Haftungsrisiken des Geschäftsleiters sollen anhand von Beispielen verdeutlicht werden:

(1) Fallbeispiele

1. Fall: Auf das kreditorisch geführte Konto der insolventen A-GmbH geht eine Zahlung von B in Höhe von 10.000 Euro für den Kauf der von A hergestellten Speicherkarten ein. Diese 10.000 Euro verwendet der Geschäftsführer der A-GmbH nun für den Erwerb von Microchips bei der C-GmbH.

Wendet man nun die Einzelbetrachtungslehre an, so steht der Zufluss der 10.000 Euro von B an A gerade nicht in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang zum Abfluss der 10.000 Euro an C, sondern ist aufgrund der zeitlichen Reihenfolge von Einzahlung und anschließender Auszahlung sowie der verschiedenen wirtschaftlichen Beziehungen separat zu behandeln. Es kommt daher aufgrund der zeitlichen Reihenfolge³⁸⁹ nicht zu einer Enthftung, obwohl die Insolvenzmasse rein rechnerisch gleich geblieben ist.

Wendet man hingegen die Gesamtbetrachtungslehre an, so ergibt sich, dass die Vermögenslage bei Insolvenzreife die gleiche ist wie nach den beiden Transaktionen und somit kein Verlust eingetreten ist, welcher eine Haftung begründen würde.

2. Fall: Die insolvente GmbH H fertigt elektrisch autonom fahrende Rasenmäher-Roboter mit einem Marktwert von 1000 Euro pro Stück. Bei einer Serie von 1000 Rasenmähern fehlen im Zeitpunkt der Insolvenzreife lediglich die von Zulieferer Z herzustellenden kundenspezifischen Steuerungen. Für diese Steuerungen wurde bereits vor Insolvenzreife eine Anzahlung getätigt und die Produktion wurde bereits aufgenommen. Ohne die Steuerungsfunktion sind die unfertigen Rasenmäher-Roboter lediglich 100 Euro wert, während sie in fertigem Zustand einen Gesamtwert von 1. Mio. Euro erzielen. Aufgrund der langwierigen guten Geschäftsbeziehungen ist Z (wie in der Praxis üblich) dazu bereit, trotz Insolvenzreife der H mit der weiteren Produktion in Vorleistung zu gehen. Hinsichtlich der hierfür benötigten, von Chiphersteller C gefertigten kundenspezifischen Chips für die Steuerungen von H will Z jedoch nicht das Risiko einer ausbleibenden Bezahlung durch H tragen,

³⁸⁸ So zuletzt: *Altmeyden* ZIP 2022, 1413 (1414).

³⁸⁹ Vgl. zur Problematik der zeitlichen Reihenfolge Kapitel § 6, S. 99 ff.

sondern ist nur dazu bereit, mit der Fertigung der kundenspezifischen Steuerung in Vorleistung zu gehen, sofern H an C den Kaufpreis der Chips in Höhe von 2000 Euro entrichtet.

Wendet man nun die Einzelbetrachtungslehre an, so stellt eine Bezahlung von H an C eine masseschmälernde Zahlung dar, für die gerade keine in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang zur Zahlung stehende Gegenleistung in die Insolvenzmasse gelangt ist. Schließlich bewirkt die Bezahlung von H an C nicht, dass C an H Chips im Wert von 2000 Euro haftungskompensierend liefert, sondern nur, dass C an Z die erforderlichen Chips liefert und dieser die Produktion weiter vornimmt, um so die fertigtzustellenden Steuerungen an H liefern zu können. Erst mit Übergabe der Steuerungen von Z an H erlangt die insolvente Gesellschaft einen rechnerischen Mehrwehrt, der jedoch mangels Unmittelbarkeitszusammenhang im Rahmen der Haftungsfrage des Geschäftsleiters keine Berücksichtigung erfährt. Der Geschäftsleiter hat somit die 2000 Euro, gem. § 64 S. 1 GmbHG aF (jetzt: § 15b Abs. 4 S. 1 InsO), zu erstatten.

Wendet man hingegen die Gesamtbetrachtungslehre an, so ist festzustellen, dass sich die Vermögenslage der insolventen Gesellschaft insgesamt nicht verschlechtert hat, sondern sogar um 998.790 Euro verbessert hat. Eine Haftung des Geschäftsleiters auf Erstattung der verbotenen Zahlung in Höhe von 2000 Euro besteht demnach nicht.

3. Fall: In dem zugrunde liegenden Urteil vom 18.11.2014 hatte der Geschäftsleiter einer insolventen GmbH & Co. KG die Darlehensverbindlichkeit gegenüber der Mutter getilgt und hierfür im Anschluss das Darlehensvaluta, infolge einer Darlehensvertrags-Rahmenvereinbarung, erneut auf ihr kreditorisch geführtes Konto erhalten.

Diese Konstellation führt sowohl nach der Einzelbetrachtung, wegen der zur Darlehenstilgung in unmittelbar wirtschaftlichem Zusammenhang stehenden erneuten Darlehensauszahlung, als auch nach der Gesamtbetrachtung, zu dem selben Ergebnis einer Enthftung des Geschäftsleiters. Verändert sich jedoch irgendein Punkt, der den wirtschaftlichen Zusammenhang entfallen lässt, so führt die Einzelbetrachtung hingegen trotz der rechnerisch ausgeglichenen Masseschmälerung zu einer Haftung. So etwa, wenn die Mutter nicht nur eine Tochter hat, sondern zwei Töchter, mit denen jeweils eine Darlehensvertragsrahmenvereinbarung besteht und die Mutter die zweite Tochter anweist, statt das Darlehen an sie zurück zu bezahlen,

dieses an die insolvente erste Tochter auszubezahlen. Insofern würde im Verhältnis von erster Tochter zur Mutter eine die Masse schmälernde Zahlung vorliegen, welche gerade nicht unmittelbar durch eine Gegenleistung in Form der erneuten Darlehensauszahlung der Mutter ausgeglichen werden würde. Die von der Mutter angewiesene Zahlung durch die zweite Tochter darf gerade bei der Einzelbetrachtungslehre nicht einbezogen werden, da sie, wie bereits beschrieben, nicht im unmittelbaren Zusammenhang zur Darlehensrückzahlung durch die erste Tochter steht.

4. Fall: Betankt der Geschäftsleiter einer insolvenzreifen GmbH das Firmenfahrzeug, um eine Geschäftsreise zu unternehmen, stellt sich die Frage, ob dies einen haftungsbegründenden Tatbestand darstellt oder einen haftungskompensierenden Ausgleich begründet.

Wendet man die Einzelbetrachtungslehre nunmehr konsequent an, so würde dies grundsätzlich dazu führen, dass allein aus der Fahrt selbst wohl keinerlei haftungskompensierender Ausgleich entsteht, welcher unmittelbar der Masse zugute kommt. Denn insofern darf nicht einmal wegen der fehlenden Unmittelbarkeit ein werthaltiger Vertragsabschluss berücksichtigt werden, welcher gerade auf der Geschäftsreise getätigt wurde. Diesem offensichtlichen Wertungswiderspruch versucht der BGH schlussendlich durch folgende, im Grunde lapidare Formulierung Herr zu werden: „Auch bei einer durch das Organ veranlassten Verarbeitung oder ähnlichen Fällen eines Verlusts eines als Ausgleich in die Masse gelangten Gegenstands entstehen keine Schutzlücken. Regelmäßig bleibt dadurch der geschaffene Wert im Vermögen der Gesellschaft erhalten oder es wird eine Gegenleistung erwirtschaftet. Ist dies ausnahmsweise nicht der Fall, kommt auch hier eine Haftung nach § 15a Abs. 1 InsO i.V. m. § 823 Abs. 2 BGB wegen Insolvenzverschleppung in Betracht.“ Dieses Alltagsbeispiel des Auftankens eines Geschäftswagens durch den Geschäftsleiter einer insolventen Gesellschaft verdeutlicht das sinnwidrige Ergebnis der Einzelbetrachtung.³⁹⁰ Bei genauerer Betrachtung führt der Tankvorgang an sich nicht zur Haftung, da die Ausgleichsleistung „Benzin gegen Geld“ zu einer Haftungskompensation führt.

³⁹⁰ Wegweisend mit seinem „Tank“-Beispiel: *Altmeppen* ZIP 2015, 949; Bsp. anhand Rspr. des Urteils aus dem Jahr 2014; *ders.* ZIP 2010, 1973 (1976); Bsp. anhand der Rspr. bis 2014; BGH ZIP 2016, 364 (368) mit Anm. *Altmeppen*: danach haben Reisekosten keinen Nachweisbaren „Gegenwert“.

Problematisch ist hingegen, in Hinblick auf den haftungskompensierenden Ausgleich, der Verbrauch des Benzins durch das Fahren selbst. Nach der Einzelfallbetrachtung müsste hier eingestellt werden, zu welchem Zweck das Benzin genau verbraucht worden ist. Denn nach dem Tatbestandsmerkmal der Unmittelbarkeit im Rahmen der Einzelfallbetrachtung könnte eine Haftungskompensation nur im Rahmen eines Erwerbs erzielt und als haftungskompensierendes Element berücksichtigt werden. Ein solcher Erwerb läge etwa bei einer Taxifahrt vor, bei der sich der Benzinverbrauch im zu bezahlenden Fahrpreis widerspiegelt. Sollte die Fahrt allerdings „nur“ zur Bewältigung einer Strecke von A nach B, zum Beispiel um einen Kunden zu besuchen, eingesetzt worden sein, so würde bei strikter Anwendung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes dies nicht mehr als haftungskompensierendes Element eingestellt werden dürfen. Denn das haftungsbegründende Element „Verbrauch Benzin“ führt nicht direkt zu einem Vermögensvorteil bzw. zu Masseneutralität und zwar auch dann nicht, wenn im Rahmen des Geschäftsabschlusses beispielsweise 10 Mio. Euro Nettobetrag erzielt werden könnten.

5. Conclusio der Beispiele: Die vorgenannten Beispielfälle aus der Praxis verdeutlichen gerade die Misere der Einzelfallbetrachtung, da sie nicht im Stande ist alltäglich auftretende wirtschaftliche Vorgänge einer nachvollziehbaren juristischen Lösung zuzuführen.

(2) Schadensberechnung

Teilweise berechtigt wird von Befürwortern der Einzelbetrachtung eingewendet, dass sich die Schätzung eines Gesamtschadens der Quotenminderung sehr kostenaufwendig, betriebswirtschaftlich komplex und langwierig gestalten und somit auch die Durchsetzung des Anspruchs erschwert werde.³⁹¹ Ein erheblicher Zeitraum der Schadensschätzung kann jedoch kein taugliches Argument sein, schließlich ist auch die klageweise Durchsetzung des Anspruchs nach § 64 S. 1 GmbHG aF (jetzt: § 15b Abs. 4 S. 1 InsO) langwierig und erfordert regelmäßig ebenso die Einholung von Sachverständigengutachten. Für die Schwierigkeiten der Berechnung des Quotenminderungsschadens gilt es insofern eine Lösung zu finden.

³⁹¹ So etwa: Müller DB 2015, 723 (724); Goette ZInsO 2005, 1 (3 f.); Strohn NZG 2011, 1161 (1162) kritisch: Casper ZIP 2016, 793 (803).

1. Ansatz der Schadensberechnung

Zunächst besteht die Möglichkeit der Berechnung des Schadens, welcher aufgrund von verbotenen Zahlungen in der Verschleppungsphase entstanden ist, durch einen Vergleich der Vermögenslage, die bei rechtzeitiger Antragsstellung und bei tatsächlicher Antragsstellung eingetreten wäre. Es gilt demnach die Wertdifferenz der Ist- zu der Soll-Quote auszugleichen.³⁹² Diese Berechnungsmethode ist vor dem Hintergrund des kaum feststellbaren Zeitpunkts der Insolvenzreife sowie der bei rechtzeitiger Verfahrenseröffnung erzielbaren Soll-Quote aus dem Gesellschaftsvermögen³⁹³ jedoch allenfalls in der Theorie durchführbar.³⁹⁴

2. Ansatz der Schadensberechnung

Eine Berechnung nach den Modellen der schadensrechtlichen Gesamtbetrachtungslehren stellt hingegen allein auf die „Vermögensveränderung“ im Zeitraum der Verschleppungsperiode ab. So sind bei der dogmatischen Einordnung der Zahlungsverbote als Organhaftung auf Verlustausgleich die Verluste, *pro rata temporis*, durch eine Gegenüberstellung der im jeweiligen Zeitpunkt bestehenden Vermögenslagen durch den Insolvenzverwalter darzulegen. Dieser hat insofern eine sog. „Insolvenzverschleppungsbilanz“ zu erstellen, welche gerade nicht mit dem „Bilanzverlust im Sinne der handels- und steuerrechtlichen Begrifflichkeiten“ verwechselt werden darf.³⁹⁵ Maßgeblich ist folglich der Beginn der Insolvenzverschleppung und der Stichtag der Beendigung der Insolvenzverschleppung. Dem Geschäftsleiter obliegt es, bei Beginn einer Krise sowohl den Vermögensstatus zu ermitteln und eine mögliche Überschuldung auszuschließen, um somit im Zweifel rechtzeitig den Insolvenzantrag stellen zu

³⁹² Nicht von der hypothetischen Soll-Masse erfasst sind jedoch die Verfahrenskosten, die Masseverbindlichkeiten und die aus- und absonderungsberechtigten Gläubiger, so *Poertzgen*, Organhaftung S. 280.

³⁹³ So ist die Insolvenzreife und die stichtagsbezogene Vermögenslage von dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, sowie dem Ablauf der Dreiwochenfrist, abhängig, vgl. Kapitel § 3, 16 ff.

³⁹⁴ So auch *Casper* ZIP 2016, 793 (803); *Bitter* ZIP 2016, Beilage zu Heft 22, 6 (11); *Altmeyen* ZIP 2001, 2201 (2209).

³⁹⁵ Eingehend *Altmeyen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 186 ff.; *Altmeyen* ZIP 2022, 1413 (1415); zu Unrecht Kritik von *Klöhn/Zell* NZG 2022, 836 (840), die verkennen, dass *Altmeyen* nie „Verlust“ im Sinne der Handels- oder Steuerbilanz gemeint und behauptet hat und die daher zu Unrecht kritisieren, dass die „Orientierung an den Verlusten der Gesellschaft ... die Gefahr systematisch fataler Ergebnisse (birgt)“.

können. Treffenderweise bezieht sich die Darlegungs- und Beweispflicht des Geschäftsleiters auf die Erfüllung der Massesicherungspflichten, insbesondere der unverzüglichen Stellung eines Insolvenzantrags, entsprechend dem Grundgedanken des § 666 BGB. Insbesondere sind die Aufwandsposten, wie Neuverbindlichkeiten und Ertragsposten mit allen Erträgen, ähnlich der Gewinn- und Verlustausgleichsrechnung nach § 275 HGB, zu verrechnen.³⁹⁶ Sofern der Nachweis über die Erfüllung der Massesicherungspflichten nicht gelingt, ergibt sich eine zumindest sekundäre Darlegungslast des Geschäftsleiters dahingehend, dass die Verletzung der Massesicherungspflichten keinen „Quotenschaden“ der Gläubiger herbeigeführt hat.³⁹⁷ Diese Berechnungsmethode eignet sich jedoch grundsätzlich nur bei einfach gelagerten Sachverhalten mit nur geringfügiger Geschäftstätigkeit nach Insolvenzreife. Bei komplexen Sachverhalten ist auch diese Berechnung nur schwer möglich.

Nach dem von Karsten Schmidt entwickelten Modell der Haftung nach §§ 823 Abs. 2 BGB iVm 15a InsO wegen Insolvenzverschleppung wird der Schaden ebenso nach §§ 249 ff. BGB berechnet und erfasst sowohl masseschmälernde Zahlungen sowie quotenschmälernde Belastungen durch die Eingehung neuer Verbindlichkeiten und sonstige Masseschäden. Allerdings wird die Berechnung des tatsächlichen Wertverlusts und der Soll-Quote aufgrund seiner Komplexität bei einer hohen Geschäftstätigkeit der insolventen Gesellschaft auch danach kaum gelingen.³⁹⁸

3. Ansatz der Schadensberechnung

Bei jenen in großem Stil weiter wirtschaftenden, insolventen Gesellschaften wäre es daher wünschenswert, zur Vermeidung eines komplizierten, teuren und zeitaufwendigen Prüfverfahrens ein vereinfachtes und praxistaugliches Modell des Gesetzgebers zur Schadensschätzung einzuführen.³⁹⁹ Erkennt man die schadensdogmatische Einordnung des Zahlungsverbots an, so ergibt sich eine

³⁹⁶ Altmeppen, GmbHG Anh. § 64 Rn. 205; *Altmeppen* ZIP 2001, 2201 (2207 ff.): unter Zahlungen ist bei teleologischer Reduktion der „Masseverlust“ zu verstehen; *Haas* ZHR (178) 2014, 603 (605): mangels Zugang zu den unternehmensbezogenen Daten sind die außenstehenden Gläubiger, durch die verpflichtende rechtzeitige Antragsstellung durch den Geschäftsführer, zu schützen.

³⁹⁷ *Altmeppen* ZIP 2022, 1413 (1418 f.) mwN; *ders.* ZIP 2021, 2413 (2417); Altmeppen, GmbHG Anh. § 64 Rn. 205.

³⁹⁸ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 199, 11. Aufl. 2015.

³⁹⁹ So auch *Casper* ZIP 2016, 793 (803); *Bitter* ZIP 2016, Beilage zu Heft 22, 6 (11).

Lösung zur Berechnung des Gesamtgläubigerschadens auf Grundlage der bereits im Zivilprozessrecht zur gerichtlichen Schadensschätzungen etablierten Norm des § 287 ZPO. So entspricht es gerade dem Sinn und Zweck des § 287 ZPO etwaigen Unsicherheiten, mit Blick auf den in Ansatz zu bringenden Schadensersatz zu begegnen.⁴⁰⁰ Die Rechtsfolge der Schadensschätzung nach Ermessen anstelle einer spezifizierten Schadenshaftung des Geschäftsleiters kennt insofern bereits das englische Recht iRd „wrongful trading“.⁴⁰¹ Der Vorteil einer solchen Schätzung der Schadenshöhe liegt darin, dass eine Abgrenzung zwischen Alt- und Neugläubigern im Sinne der Rechtsprechung nicht zu erfolgen hat.⁴⁰² Jedoch gilt es gerade mit Blick auf die zu erfolgende Schadensschätzung nicht aus den Augen zu verlieren, dass für die Schätzung ein gewisses Maß an richterlicher Erfahrung notwendig ist um so praxistaugliche und sachgerechte Entscheidungen herbeizuführen. Wünschenswert wäre demnach, dass der Gesetzgeber eine spezielle Zuständigkeitsregelung trifft, um gerade solche Verfahren vor bestimmten Landgerichten zu bündeln, um so eine gefestigte Judikatur zu fördern.⁴⁰³ Bei einer solchen Schadensschätzung darf jedoch nicht die Vermutung eines Schadens in Höhe der Summe der addierten verbotenen Zahlungen angestellt werden, da Kapitalgesellschaften in der Regel Zahlungen leisten um im Gegenzug auch Gegenleistungen zu erhalten. Eine entsprechende „Lebenserfahrung“ die diese Vermutung stützt, gibt es nicht.⁴⁰⁴

(3) Einwände

⁴⁰⁰ *Saenger*, in: *Saenger ZPO* § 287 Rn. 2 f.; *Prütting*, in: *MüKo ZPO* § 287 Rn. 16; so auch *Karsten Schmidt*, in: *Scholz GmbHG* § 64 Rn. 199, 11. Aufl. 2015; iE *Schneider/M. Schmidt-Leithoff*, in: *Rowedder/Pentz Anh. II* § 60 Rn. 95.

⁴⁰¹ Die Zulässigkeit der Schadensschätzung iRd Insolvenzverschleppungshaftung lasse sich von dem „wrongful trading“ ableiten, vgl.: *Karsten Schmidt GmbHR* 2010, 1319 (1326); *ders.* in: *Scholz GmbHG* § 64 Rn. 132, 146; a.A.: *Röhrich ZIP* 2005, 505 (515): danach sei die Rechtsfolge der Schadensschätzung „dem deutschen Recht verschlossen“.

⁴⁰² So aber die Einzelbetrachtungslehre, vgl. etwa: *Habersack/Foerster*, in: *Großkomm z. AktG* § 92 Rn. 108 ff.

⁴⁰³ Siehe Bündelung und Konzentration vor bestimmten Strafkammern, wie etwa der Wirtschaftsstrafkammer (§ 74c GVG), der Staatsschutzkammer (§ 74a GVG) oder der Jugendkammer (§ 33b JGG).

⁴⁰⁴ So aber: *RegBegr. SanInsFOG BT-Drs. 19/24181*, S. 195 mit Verweis auf *RGZ* 159, 211, 229 f.: „Vermutung eines Gesamtgläubigerschadens in Höhe der verbotswidrig geleisteten Zahlungen“; *Haas*, in: *Noack/Servatius/Haas GmbHG* § 64 Rn. 18; *Schneider/M. Schmidt-Leithoff*, in: *Rowedder/Pentz Anh. II* § 60 Rn. 54; *Klöhn/Zell NZG* 2022, 836; wohl auch: *Jakob/Kruth DStR* 2021, 2534 (2540); a.A.: eingehend: *Altmeppen, GmbHG Anh. § 64 Rn. 184*: ein solcher Vermutungstatbestand ist „lebensfremd“; *Altmeppen ZIP* 2022, 1413 (1417 f.) mwN; *ders. ZIP* 2021, 2413 (2417); *Casper*, in: *HCL GmbHG Anh. § 62 Rn. 18, 171 ff.*; iErg. zustimmend: *Bitter ZIP* 2021, 321 (328 f.); *ders. GmbHR* 2020, 1157 (1158).

Untauglich ist jedenfalls der Einwand, dass ein Gesamtquotenschaden für sämtliche verbotene Zahlungen erst während des Insolvenzverfahrens festgestellt und geltend gemacht werden könne, während nach der Einzelbetrachtung der Schaden mit der jeweiligen getätigten verbotenen Zahlung sofort feststehe.⁴⁰⁵ Ebenso wenig überzeugt das Argument, dass gegen den Geschäftsleiter, trotz einer verbotenen Zahlung, erst am Ende des Insolvenzverfahrens vorgegangen werden kann und er somit weitestgehend von der Haftung verschont werde, obwohl er aufgrund der verbotenen Zahlung bereits einen gesellschaftswidrigen Zustand geschaffen habe, etwa wenn die Insolvenzreife zwischenzeitlich wieder entfallen ist.⁴⁰⁶ Dabei wird das Prinzip der Gesamtbetrachtung jedoch gänzlich verkannt. So ist zum einen zu berücksichtigen, dass der Normadressat des Zahlungsverbots, also der Geschäftsleiter, stets vorbringen kann, dass die getätigten Zahlungen zu keiner bzw. nur einer partiellen Verkürzung der Insolvenzmasse geführt haben. Zudem dürfte es in der Praxis kaum Fallbeispiele geben, in welchen eine Kapitalgesellschaft ihren nach wie vor in Amt und Würden befindlichen Geschäftsleiter aufgrund eines Verstoßes gegen ein Zahlungsverbot in Anspruch nehmen wird, da der Geschäftsleiter ja gerade aufgrund seiner Befugnis zur Geschäftsführung darüber zu entscheiden hat, welche Investments sich später einmal für die Gesellschaft auszahlen werden und er somit teilweise natürlich in Vorleistung zu gehen hat.⁴⁰⁷ Eine Berechnung des Quotenschadens ist darüber hinaus durchaus möglich, sobald man erkennt, dass sämtliche Gläubiger und nicht bloße Altgläubiger einen Quotenschaden erleiden können.⁴⁰⁸

Weiter wird von den Befürwortern der Einzelbetrachtung vorgebracht, dass eine Inanspruchnahme des Geschäftsleiters erst bei Abschluss des Insolvenzverfahrens für den geschätzten und somit maßgeblichen Schaden, das Risiko einer Haftungsentziehung des Geschäftsleiters in sich trage, da dieser sich einer etwaigen

⁴⁰⁵ *Fleischer*, in: BeckOGK AktG § 92 Rn. 20, Stand 01.02.2022; *Habersack/Foerster*, in: Großkomm z.AktG § 92 Rn. 135; *Goette*, in FS Kreft, 2004, 53 (58).

⁴⁰⁶ *Habersack/Foerster* ZGR 2016, 153 (162); *ders./ders.* ZHR (178) 2014, 387 (408); *Strohn* NZG 2011, 1161 (1162); *Goette*, in FS Kreft, 2004, 53, 59 f.; eine Haftung nur auf den Quotenschaden reiche nicht, so *Kolmann*, in: Saenger/Inhester GmbHG § 64 Rn. 65.

⁴⁰⁷ Paradebeispiel: Reisekosten für eine Geschäftsreise bei welcher bei Beginn gerade noch nicht feststeht, ob überhaupt ein positiver Geschäftsabschluss zu erwarten ist, vgl. BGH ZIP 2016, 364 (368) mit Anm. *Altmeyen*; *ders.* NZG 2016, 521 (526).

⁴⁰⁸ Vgl. zuletzt *Altmeyen* ZIP 2021, 2413 (2417).

Haftung durch das „Verstecken“ seines Privatvermögens im Zeitraum bis zum Abschluss des Verfahrens faktisch entziehen könne. Dem kann jedoch insofern begegnet werden, als dass der Geschäftsleiter bereits mit Verfahrenseröffnung auf einen Vorschuss des geschätzten Schadens in Anspruch genommen werden könnte. Denkbar wäre etwa eine Ausgestaltung dieses Vorschusses „als Prozentsatz am Umsatz oder den Kontenbewegungen während des Verschleppungszeitraums [...] und wäre anschließend mit dem endgültigen Schadensersatzanspruch zu verrechnen“.⁴⁰⁹

Auch in Hinblick auf den Einwand der Vertreter der Einzelbetrachtung⁴¹⁰, dass eine Bereicherung der Insolvenzmasse nicht erfolgen darf, gilt es zu erkennen, dass dieser Problempunkt allein Gegenstand der Schadensberechnung (§ 92 InsO) iRd Gesamtschadens der Gläubiger ist. Bei der Berechnung ist dabei stets das schadensrechtliche Gebot der Vorteilsanrechnung zu berücksichtigen.⁴¹¹

Ferner besteht auch kein Erfordernis zur Anrechnung der Insolvenzquote (§ 255 BGB analog) eines Gläubigers auf den für die verbotenen Zahlungen haftenden Geschäftsleiter. Dies ergibt sich schon daraus, dass der Geschäftsleiter die potenzielle Insolvenzquote nicht kennen kann, da diese erst im Insolvenzverfahren ermittelt wird.⁴¹² Die Anrechnung der Insolvenzquote beruht auf der untauglichen Einzelbetrachtung und ist auch nur dann plausibel, wenn eine Gegenleistung nicht auf die Zahlung angerechnet werden kann. Wird hingegen die vorzugswürdige Gesamtbetrachtungslehre angewandt, so geht die Verrechnung der in die Masse geflossenen Gegenleistungen bereits zum Vorteil des Geschäftsleiters, weshalb nicht einzusehen ist, weshalb dieser zusätzlich die Insolvenzquote jener Gläubiger anrechnen können soll.⁴¹³

(4) Zwischenergebnis zur Einzelbetrachtungslehre

⁴⁰⁹ Casper ZIP 2016, 793 (803) mwN.

⁴¹⁰ Vgl. zuletzt BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71 Rz. 11; Gehrlein ZInsO 2015, 477 (482); so auch: Kruth NZI 2014, 981 (983).

⁴¹¹ Altmeyden ZIP 2015, 949 (954).

⁴¹² BGHZ 146, 264 = NJW 2001, 1280; bestätigt: BGH ZIP 2007, 1501 Rz. 6; BGHZ 171, 46 Rz. 20 = ZIP 2007, 676; zustimmend: Schneider/M. Schmidt-Leithoff, in: Rowedder/Pentz Anh. II § 60 Rn. 50.

⁴¹³ Altmeyden, GmbHG Anh. § 64 Rn. 192.

Obwohl die Grundsatzentscheidung des BGH vom 14.11.2014 nun mehr Gegenleistungen zu Recht bei der Ersatzpflicht des Geschäftsführers wegen verbotenen Zahlungen berücksichtigt, nimmt sie irrtümlicherweise eine Einzelbetrachtung jeder einzelnen masseschmälernden Zahlung vor. Diese müssen einen „unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang“ zu der maßgeblichen Gegenleistung aufweisen. Die Anwendung dieses Maßstabs führt zu sinnwidrigen Ergebnissen bei Alltagssituationen der Praxis. Für die Haftungsfrage wegen verbotenen Zahlungen kommt es jedoch ausschließlich darauf an, ob die getätigten Zahlungen eine dauerhafte Masseschmälerung herbeigeführt haben. Dies kann sinnvollerweise nur im Wege einer Gesamtbetrachtung sämtlicher Zahlungen und Gegenleistungen erreicht werden und gerade nicht durch eine isolierte Betrachtung einzelner Zahlungen, mit der jeweils konkret zuordenbaren Gegenleistung.⁴¹⁴ Eine Berechnung des Gläubigerschadens gelingt auch nach der Gesamtbetrachtungslehre durch eine Gegenüberstellung der im Zeitpunkt der Insolvenzreife und zum Ende der Insolvenzverschleppung bestehenden Vermögenslagen. Ist die Berechnung aufgrund einer hohen Geschäftstätigkeit der insolventen Gesellschaft hierfür zu komplex, so empfiehlt es sich auf das bereits etablierte, vereinfachte und praxistaugliche Modell des Gesetzgebers zur Schadensschätzung nach § 287 ZPO zurückzugreifen.⁴¹⁵

(II) Unmittelbarkeitserfordernis

Schon im Ansatz geht das mit der Einzelbetrachtung einhergehende Erfordernis des vage bezeichneten „unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhangs“ als Voraussetzung einer haftungskompensierenden Gegenleistung, die einer konkreten Leistung zuordenbar ist, fehl.⁴¹⁶ Da insbesondere keine klaren Grenzen für jenes Unmittelbarkeitserfordernis in der Urteilsbegründung des BGH definiert sind. Es heißt darin lediglich, dass „der „Schaden“ bereits in dem Abfluss von Mitteln aus der im Stadium der Insolvenzreife der Gesellschaft zu Gunsten der Gesamtheit ihrer Gläubiger zu erhaltenden Vermögensmasse liegt“ und dass „nicht jeder beliebige

⁴¹⁴ So schon BGH ZIP 2016, 364 (368) mit Anm. *Altmeppen*; *Casper* ZIP 2016, 793 (803): plädiert für eine scharfe Insolvenzverschleppungshaftung gem. § 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a InsO gerichtet auf den Gesamtschaden.

⁴¹⁵ So auch *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 199, 11. Auflage 2015 mwN.

⁴¹⁶ So auch *Strohn* DB 2015, 55, der eine Konkretisierung des Kriteriums „unmittelbarer Zusammenhang“ fordert.

weitere Massezufluss als Ausgleich der Masseschmälerung zu berücksichtigen“⁴¹⁷ sei. Doch welcher Maßstab ist an den ausgleichenden Massezufluss zu stellen? Wann ist dieser nicht „beliebig“ und soll haftungskompensierend wirken? Es bedarf daher einer Konkretisierung des bis dato undurchsichtigen Anwendungsbereichs.

(1) Übertragung der Wertungen des Bargeschäftsprivilegs

In Anbetracht der ähnlichen Formulierung in § 142 InsO, wonach die Leistung des Schuldners für die „unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in das Vermögen“ geflossen ist und grundsätzlich nicht mehr vom Insolvenzverwalter angefochten werden kann, wird in der Literatur teilweise gefordert, für die Auslegung des Unmittelbarkeitserfordernisses der Zahlungsverbote auf die für § 142 InsO entwickelten Maßstäbe und Anforderungen des BGH zurückzugreifen.⁴¹⁸ Im Rahmen des Bargeschäfts iSv. § 142 InsO ist erforderlich, dass Leistung und Gegenleistung durch eine Parteivereinbarung miteinander verknüpft sind, wobei dies grundsätzlich in Form einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung zu erfolgen hat. Im Umkehrschluss dazu fehlt es hingegen an dieser Verknüpfung, sofern Leistung und Gegenleistung aus jeweils unterschiedlichen und rechtlich selbständigen Verträgen erfolgen.⁴¹⁹ Probleme entstehen bei einer entsprechenden Anwendung dieser Kriterien auf die verbotenen Zahlungen, allerdings etwa für sog. Streckengeschäfte, die ohne Zwischenerwerb der insolventen Gesellschaft abgewickelt werden.

So führt das folgende Beispiel, wonach eine insolvente GmbH bei Händler H Aluminiumfelgen im Wert von 5000 Euro kauft und bezahlt und diese anschließend an den Zwischenhändler Z zu einem Preis von 6000 Euro weiterverkauft und dieser nun die Felgen ohne Zwischenerwerb der insolventen GmbH direkt von H erlangt, dazu, dass es an einem unmittelbaren Zusammenhang mangels Zufluss der Waren fehlt und der Geschäftsführer insofern auf 5000 Euro haftet. Wandelt man dieses

⁴¹⁷ BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71 (72 Rz. 10).

⁴¹⁸ Vgl. OLG Düsseldorf NZI 2016, 642 (645); *Hagebusch/Fischer*, in: FS Klaus Wimmer, 2017, 263 (270 f.); *Gehrlein* ZInsO 2015, 477 (482 f.); *Habersack/Foerster* ZHR (178) 2014, 387 (403 ff.); *Strohn* DB 2015, 57; *ders.* NZG 2011, 1161; *Haas*, in: Baumbach/Hueck GmbHG § 64 Rn. 71, 21. Aufl. 2017 mwN (jetzt anders: *Haas*, in: Noack/Servatius/Haas § 64 Rn. 159); *ders.* NZG 2004, 737 (741); *H.-F. Müller*, in: MüKo GmbHG, § 64 Rn. 149, 2. Aufl. 2016; *ders.* DB 2015, 723 (724); *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, 2010 S. 717; zurückhaltender, allerdings nach wie vor favorisierend: *Gehrlein* NZG 2022, 291 (295 f.); *ders.* NZG 2021, 59 (60 f.); ablehnend: *Altmeppen* ZIP 2015, 949 (950 f.); *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG § 64 Rn. 17.

⁴¹⁹ BGH NZI 2010, 985 (387 Rz. 30); BGHZ 174, 297 = NZI 2008, 89 (93 Rz. 42); *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck InsO, § 142 Rn. 17; vgl. auch *Casper* ZIP 2016, 793 (795).

Beispiel nun dahingehend ab, dass die Felgen erst an die insolvente GmbH und anschließend an Z übereignet werden, so lägen zwei Austauschgeschäfte vor. In beiden Austauschgeschäften sind Leistung und Gegenleistung jeweils miteinander verknüpft, sodass die Gegenleistungen insofern haftungskompensierend wirken. Dieses willkürliche Ergebnis verdeutlicht, dass nicht ohne weiteres auf die Grundsätze des § 142 InsO zurück gegriffen werden kann, wonach ein einzelner Vertrag die Grundlage von Leistung und Gegenleistung bilden muss, sondern dass es eines weiter zu fassenden Anwendungsbereichs bedarf.⁴²⁰ Dabei sollte das tatbestandliche Erfordernis des unmittelbaren Zusammenhangs, wenn schon an diesem festgehalten wird, insbesondere auch dann bejaht werden und demnach weit ausgelegt werden, wenn wie hier in dem Beispiel zum Streckengeschäft, auf der „Strecke“ von H an Z, mehrere Verträge involviert sind, die miteinander in einem sachlichen Zusammenhang stehen. Insofern zutreffend hat sich der BGH gegen eine zwingend erforderliche synallagmatische Verknüpfung iSd §§ 320 ff. BGB zwischen Massekürzung und Massezufluss in seinem Urteil vom 18.11.2014 ausgesprochen. Der BGH stellte insofern fest, dass bei einer einheitlichen Darlehensvertrags-Rahmenvereinbarung zwischen Kreditgeber und -nehmer mit einem revolving Darlehen und anschließender erneuter Inanspruchnahme des Darlehens durch den Schuldner der erforderliche unmittelbare Zusammenhang vorliege.⁴²¹

Ein weiteres Problem einer Übertragung der Wertungen von § 142 InsO ergibt sich hinsichtlich der Gleichwertigkeit der Gegenleistung⁴²² und des zeitlichen Zusammenhangs. Letzterer soll nur dann bestehen, wenn die Gegenleistung innerhalb von 30 Tagen vor oder nach der Leistung erbracht wird.⁴²³ Der BGH

⁴²⁰ Vgl. bereits die beispielhafte Darstellung des unbilligen Ergebnisses beim Streckengeschäft, *Casper* ZIP 2016, 793 (795): danach ist auch sonstiger faktischer sachlicher Zusammenhang erforderlich.

⁴²¹ BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71 (72 Rz. 14 ff.); Müller DB 2015, 723 (726).

⁴²² Siehe dazu Kapitel § 6, S. 128.

⁴²³ BGH NZI 2008, 173; *Kirchhof/Piekenbrock*, in: MüKo InsO § 142 Rn. 26 ff.: der Zeitraum hängt von den jeweiligen geschäftlichen Gepflogenheiten ab und darf 30 Tage nicht überschreiten; vgl. auch *Bories/Hirte*, in: Uhlenbruck InsO § 142 Rn. 29 ff.; *Ganter/Weinland*, in: Karsten Schmidt InsO § 142 Rn 27 ff.; Müller DB 2015, 723 (726): danach ist der erforderliche zeitliche Zusammenhang anhand von im Verkehr üblichen Abwicklungsmodalitäten zu ermitteln; *Haas*, in: Baumbach/Hueck GmbHG § 64 Rn. 70b, 20. Aufl. 2013: danach dürfe ein Zeitraum von „mehreren Wochen“ nicht überschritten werden; Müller NZG 2015, 1021 (1023): maßgeblich sei ein Zeitraum von maximal einem Monat, sofern der Massezufluss iR eines anerkannten Zwecks verwendet werde; *Gehrlein* ZInsO 2015, 477 (483); *Habersack/Foerster* ZHR (178) 2014, 387 (403); *Strohn* NZG 2011, 1161 (1164 f.).

schweigt diesbezüglich in seinem Urteil vom 18.11.2014. Richtigerweise muss auf die Übertragung des zeitlichen Zusammenhangs aus § 142 InsO verzichtet werden.⁴²⁴ Schließlich würde ein solches Erfordernis die Haftung für verbotene Zahlungen wieder weiter ausweiten und die Darlegungspflicht der jeweils einzelnen Zahlungen würde weiter erschwert. Denn danach würde eine Gegenleistung, die erst 31 Tage vor/nach der Leistung erbracht wird, nicht haftungskompensierend berücksichtigt werden, mit der Konsequenz, dass der Geschäftsleiter in voller Höhe haftet, sofern der Insolvenzverwalter die Zahlung nicht erfolgreich anfechten kann und/oder die Zahlung zurückholen kann.⁴²⁵ Würde auf einen zeitlichen Zusammenhang abgestellt, so würde der maßgebliche Umstand ignoriert werden, dass für die maßgebliche zu ersetzende Masseschmälerung überhaupt nicht darauf ankommt „wann“ der Ausgleich erfolgt, sondern allein, „ob“ der Ausgleich erfolgt ist.

Somit ist eine Übertragbarkeit der Grundsätze des Bargeschäftsprivilegs nach § 142 InsO auf das Zahlungsverbot nach § 64 S. 1 GmbHG aF (jetzt: § 15b Abs. 4 InsO) nicht möglich.⁴²⁶

(2) Zwischenergebnis

Da die Erstattungspflicht wegen eines Verstoßes gegen das Zahlungsverbot gerade daraus folgt, dass nach Insolvenzzreife ein Masseabfluss erfolgt ist, der während der Verschleppungsphase nicht wieder ausgeglichen wurde, kommt es somit ausschließlich darauf an, ob jener Betrag in der Insolvenzmasse fehlt und nicht, ob der Ausgleich einen unmittelbaren Zusammenhang zu einer konkreten Zahlung aufweist. Dieser außergesetzlich frei festgelegte „unmittelbare wirtschaftliche Zusammenhang“ des BGH führt zu fatalen und willkürlichen Ergebnissen. So haftet der Geschäftsleiter bei dessen Vorliegen überhaupt nicht oder andernfalls in voller Höhe der Zahlung. Zu dem maßgeblichen Abgrenzungskriterium eines

⁴²⁴ So nun ausdrücklich: BGH NZG 2017,1034; vgl. auch *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG § 64 Rn. 18a; eingehend zur Ablehnung einer Übertragung der Grundsätze des Bargeschäftsprivilegs auf § 142 InsO in: Kapitel § 6, S. 95 ff, 127 ff, 143 f.

⁴²⁵ Der Insolvenzverwalter ist nicht zur Anfechtung verpflichtet, sondern hat ein Wahlrecht zwischen Anfechtung der Zahlung und Inanspruchnahme des Geschäftsleiters vgl. OLG Oldenburg GmbHR 2004, 1014 Rn. 14; *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 66, 11. Auflage 2015; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG § 64 Rn. 17, 43; *Kreuzberg* NZG 2016, 371 (374 f.); *Pape* ZInsO 2001, 397 (402); *Kreuzberg* NZG 2016, 371 (374 f.).

⁴²⁶ In diesem Sinne spricht sich treffenderweise der BGH in seinem späteren, diese Rechtsprechung fortsetzenden, Urteil vom 04.07.2017 aus. Eine eingehende Auseinandersetzung hiermit erfolgt in Kapitel § 6, S. 127 ff, 143 f.

„wirtschaftlichen Zusammenhangs“, welches für den Geschäftsleiter über die bedeutende Frage einer möglichen persönlichen Haftung entscheidet, äußert sich der BGH gerade nicht näher. Insbesondere bleibt er einer Definition dieses Kriteriums schuldig. Vor diesem Hintergrund müsste einem Geschäftsleiter stets geraten werden, weitere Zahlungen zu unterlassen, um das Risiko eines nicht bestehenden unmittelbaren Zusammenhangs und eine damit einhergehende, schwer überschaubare Haftung zu vermeiden. Dies hat jedoch zur Konsequenz, dass gegebenenfalls sanierungsfähige Unternehmen ihrer Chance, durch gewinnbringende Geschäfte aus der Krise zu gelangen, beraubt werden. Die Vielzahl an möglichen Fallgestaltungen, die zu untragbaren Ergebnissen führt, zwingt zur Einsicht, dass die Einzelbetrachtung mit ihrem wesentlichen Unmittelbarkeitskriterium zugunsten einer Gesamtbetrachtung, welche gerade nicht auf einzelne Aufwandsposten abstellt, aufzugeben ist.⁴²⁷

(III) Zeitliche Reihenfolge von Leistung und Gegenleistung

Inwiefern es auf die zeitliche Reihenfolge von Leistung und Gegenleistung ankommt, hatte der BGH in seinem Urteil vom 18.11.2014 noch nicht abschließend geklärt.⁴²⁸ Ein Rückschluss auf die Grundsätze des Bargeschäfts nach § 142 InsO, wonach die zeitliche Reihenfolge unbeachtlich ist, kann mangels Übertragbarkeit nicht gezogen werden.⁴²⁹ Zu Unrecht wird die praxisfremde Auffassung⁴³⁰ vertreten, dass eine ausgleichende Gegenleistung nur dann enthaftend wirke, wenn sie zeitlich nach der haftungsbegründenden Zahlung erfolgt sei.⁴³¹ Argumentiert wird dabei zum einen mit dem vom BGH verwendeten Wortlaut „verursachte Schmälerung“ und „ausgeglichen wird“. Dieser wird so interpretiert, dass es sich bei haftungsbegründenden Zahlungen um ein zeitlich vorhergehendes Ereignis handelt, welches durch eine Gegenleistung im Anschluss ausgeglichen werden kann. Zum

⁴²⁷ So auch *Altmeyen* ZIP 2015, 949 (953).

⁴²⁸ Der BGH befasst sich in seinem Urteil vom 11.02.2020 - BGH ZIP 2020, 666 und seinem Urteil vom 27.10.2020 - BGHZ 227, 221 = NZG 2021, 66, mit der Haftung, infolge einer angeblichen Masseschmälerung durch die Einziehung von Vorleistungen auf ein debitorisches Konto.

⁴²⁹ Vgl. Kapitel § 6, S. 95 ff, 127 ff, 143 f.; *Kordes* NZG 2017, 1140 (1141); *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff GmbHG* § 64 Rn. 18 ff.

⁴³⁰ *Haneke* NZI 2015, 499 (500 f.).

⁴³¹ *Strohn* NZG 2011, 1161 (1164): es handle sich nicht automatisch um einen Aktivtausch bei Kaufpreiszahlung einer zuvor gelieferten Ware; *Kordes* NZG 2017, 1140 (1141); *Baumert* NZG 2016, 379 (380 f.).

anderen wird auf den Schutzzweck der Massesicherung abgestellt. Danach sei bei der Vorleistung des Altgläubigers der maßgebliche offene Zahlungsanspruch gegen die insolvente Gesellschaft als Schuldner bloß eine einfache Insolvenzforderung. Daher wirke eine Zahlung haftungsbegründend, schließlich werde dadurch ein Insolvenzgläubiger vorab befriedigt.⁴³² Vor dem Hintergrund, dass die zeitliche Reihenfolge, welche Leistung zuerst erfolgt ist, in der Praxis häufig dem Zufall überlassen ist, kommt es jedoch teilweise zu willkürlichen Ergebnissen. Schließlich entscheidet danach allein der Umstand, ob die haftungsbegründende Zahlung kurz vor oder kurz nach Wareneingang erfolgt ist, über die Haftungsfrage.⁴³³

Der Kardinalfehler liegt auch hier wieder in der Einzelbetrachtung der Zahlungen, da die hierdurch erzeugte Fehlvorstellung verkennt, dass Masseneutralität, sowohl bei „gewöhnlichen“ Leistungen als auch bei Vorleistungen besteht. Richtig wird das Ergebnis der Masseneutralität, unabhängig von einer zeitlichen Reihenfolge, insofern allein durch die Gesamtbetrachtung abgebildet, wie vertiefend im Rahmen des BGH Urteils vom 17.10.2020 dargestellt werden wird.

(IV) Nachträgliche Verschlechterung der ausgleichenden Gegenleistung

Zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangt die von der Rechtsprechung angewandte Einzelbetrachtungslehre und die in der Literatur vordringende Gesamtbetrachtungslehre ferner bei der Handhabung einer nachträglichen Verschlechterung der ausgleichenden Gegenleistung und damit der Insolvenzmasse. So ist nach Auffassung des BGH nicht erforderlich, dass die haftungskompensierende Gegenleistung bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch in der Masse vorhanden ist, da sie eine endgültige Kompensation bewirkt.⁴³⁴ Zutreffend ist dies bei einer zufälligen oder unverschuldeten Verschlechterung der Gegenleistung. Liegt ein solcher Fall jedoch nicht vor, etwa bei dem Verderben lassen von gekauften Waren, so führt dies konsequenterweise zu einer Haftung des Geschäftsleiters. Die Rechtsprechung greift hierfür auf eine Haftung nach § 43

⁴³² Haneke NZI 2015, 499 (500 f.).

⁴³³ Vgl. Kordes NZG 2017, 1140 (1141); BGH ZIP 2016, 364 (366) mit Anm. *Altmeyen*: dieser verdeutlicht im Rahmen eines Fallbeispiels, dass die Kriterien eines „unmittelbaren Zusammenhangs“ bei einer Vorleistung für Verwirrung sorgen.

⁴³⁴ BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71; abweichend dazu entschied der BGH früher, dass die Gegenleistung „in das Gesellschaftsvermögen gelangt und dort verbleiben“ sein muss, BGH NZG 2003, 582 (583); BGH NZG 2010, 1393 (1395).

GmbHG bzw. § 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a InsO zurück.⁴³⁵ Dagegen greift die Gesamtbetrachtungslehre nicht auf andere Haftungsnormen zurück, sondern stellt auf § 64 S. 1 GmbHG aF (jetzt: § 15b InsO) selbst ab. Der Wert der Gegenleistung muss danach bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur insgesamt noch im Gesellschaftsvermögen vorhanden sein, ohne dass dies auf eine konkretes „Zahlung-Gegenleistung-Verhältnis“ zurückgeführt werden muss. Eine Zahlung nach Insolvenzreife ist, wie vom BGH zutreffend festgestellt, grundsätzlich stets pflichtwidrig und verboten.

Allerdings gilt es zu erkennen, dass für die Frage der Haftung allein maßgeblich sein kann, ob eine Masseschmälerung und demnach ein Verlust insgesamt eingetreten ist (Gesamtbetrachtung). Sofern der Geschäftsleiter für jene Masseschmälerung verantwortlich ist, ist nicht ersichtlich, warum den Gläubigern ein Quotenschaden entstehen soll und der Geschäftsleiter nicht haften soll, obwohl er eine „verbotene“ Zahlung getätigt hat. Trifft den Geschäftsleiter hingegen kein Verschulden an der Masseschmälerung, so haftet er zwar grundsätzlich wegen seiner pflichtwidrigen weiteren Geschäftstätigkeit für die verbotene Zahlung. Er kann jedoch geltend machen, dass die Masseschmälerung auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten eingetreten wäre und sich so von der Haftung befreien.⁴³⁶

(V) Tatbestandsverortung der „Verrechnung“ von Gegenleistungen

Noch nicht abschließend geklärt hat der BGH, an welcher Stelle im Tatbestand die Verrechnung einer haftungskompensierenden Gegenleistung zu verorten ist. In Anbetracht dessen, dass der BGH das Vorliegen eines Schadens schon in dem Zeitpunkt des Abflusses der Mittel aus der „zu erhaltenden Vermögensmasse“ sieht, kann insofern die Verortung der Verrechnung mit der Gegenleistung nicht erst im Rahmen des Tatbestands des Schadens erfolgen.⁴³⁷ Offen bleibt damit jedoch weiterhin, ob die „Verrechnung“ bereits beim objektiven Tatbestand⁴³⁸, beim „Zahlungs“-begriff⁴³⁹ oder im Rahmen der Sorgfaltsmaßnahmen (§ 64 S. 2 GmbHG

⁴³⁵ BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71 Rz. 12; Casper ZIP 2016, 793 (798); Strohn DB 2015, 55 (56); H.-F. Müller DB 2015, 723 (727).

⁴³⁶ Altmeppen ZIP 2020, 937 (941, 944); ders. ZIP 2017, 1833; eingehend in Kapitel § 6, S. 136 f.

⁴³⁷ BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71 Rz. 10.

⁴³⁸ BGH EWiR 2015, 69 (70) mit Anm. Spliedt; Geißler GmbHR 2011, 907 (908).

⁴³⁹ So etwa OLG Brandenburg GmbHR 2002, 910 (911); Arnold, in: Henssler/Strohn GmbHG § 64 Rn. 20; Bork, in: Bork/Schäfer GmbHG § 64 Rn. 16; H.-F.-Müller, in: MüKo GmbHG § 64 Rn. 174;

aF; § 130a Abs. 1 S. 2 HGB aF, § 92 Abs. 2 S. 2 AktG aF und § 99 S. 1 GenG aF)⁴⁴⁰ stattfindet.

(VI) Einheitslehre vs. Trennungslehre

Erhebliche Schwierigkeiten und Gegenstand zahlreicher Dispute bildet das Verhältnis der Zahlungsverbote zur Insolvenverschleppungshaftung.

(1) Überblick

Um die Einordnung des Verhältnisses des Zahlungsverbots zur Insolvenverschleppungshaftung bemühen sich zwei divergierende Theorien, die sog. Trennungs- und Einheitslehre. Die beiden Modelle knüpfen strukturell jeweils an völlig unterschiedliche Kriterien an, legen einen gänzlich anderen „Zahlungs“-begriff⁴⁴¹ zugrunde und führen insofern zu einer unterschiedlichen Auslegung der Norm mit unterschiedlichen Rechtsfolgen. So wird nach der sog. Trennungslehre⁴⁴² eine starre Trennung der Haftungstatbestände vorgenommen. Insofern führt das Zahlungsverbot (§ 64 S. 1 GmbHG aF; jetzt: § 15b InsO) und die an die Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO) anknüpfende Insolvenverschleppungshaftung (§ 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a InsO) zu verschiedenen unabhängig voneinander und in Anspruchskonkurrenz zueinander stehenden Geschäftsführerpflichten. Diese gelangen wiederum zu unterschiedlichen Rechtsfolgen.⁴⁴³ Im Gegensatz dazu erkennen die sich im Vordringen befindlichen sog. Einheitslehren einen einheitlichen Tatbestand im Rahmen der Insolvenverschleppungshaftung, der zu einer

ders. DB 2015, 723 (724 f.); *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 31, 11. Auflage 2015; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG § 64 Rn. 17; *Schneider/M. Schmidt-Leithoff*, in: Rowedder/Pentz Anh. II § 60 Rn. 30.

⁴⁴⁰ BGH NJW 1974, 1088 (1089); BGH ZIP 1986, 456 (459); OLG Schleswig ZInsO 2007, 948 (950); OLG Celle GmbHR 2004, 568 (570); *Haneke NZI* 2015, 499 (502 f.); *Haneke NZI* 2015, 499 (502 f.); *Nerlich*, in: MhLS GmbHG § 64 Rn. 22; *Schulze-Osterloh*, in: FS Bezenberger, 2000, S. 415 (424 f.); *Ulmer*, in: Hachenburg GmbHG, § 64 Rn. 42, 8. Aufl. 1997.

⁴⁴¹ Auslegung von „Zahlung“ als „Verlust“, vgl. Kapitel § 6, S. 73 f., 175.

⁴⁴² Rspr. und herrschenden Lehre befürworteten das Trennungsmodell: BGH NJW 2011, 2427 (2428); dazu Überblick bei: *Bitter*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 18 f. mwN.

⁴⁴³ Nahezu einhellige Auffassung nimmt die Schutzgesetzeigenschaft der Insolvenzantragspflicht an, vgl.: BGHZ 29, 100 (102 ff.) = NJW 1959, 623; BGHZ 100, 19 = NJW 1987, 2433; BGHZ 126, 181 = NJW 1994, 2220 (2222); BGHZ 138, 211 = NZG 1998, 424; BGH NZG 2012, 864 Rz. 9; BGH ZIP 2020, 318: ausdrückliche Ablehnung der Schutzgesetzeigenschaft der Zahlungsverbote; *Koch*, in: Hüffer § 92 Rn. 26; *Spindler*, in: MüKo AktG § 92 Rn. 86; *Habersack/Foerster* in: Großkomm z. AktG § 92 Rn. 100; *Klöhn*, in: MüKo InsO § 15a Rn. 140; *Möning*, in: Nerlich/Römermann InsO § 15a Rn. 42b; *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 175, 11. Auflage 2015; *Haas*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG § 64 Rn. 11; *Schulze-Osterloh*, in: FS Lutter, 2000, S. 707; *Strohn NZG* 2011, 1161; *ders.* ZInsO 2009, 1417 (1423).

gesamtheitlichen Haftung führt. Die Vertreter der Einheitslehren erkennen allesamt eine dogmatische Einordnung der auf den beiden Massesicherungspflichten (Zahlungsverbot und Insolvenzantragspflicht) alternativ oder kumulativ beruhenden Insolvenzverschleppungshaftung als Schadensersatzanspruch und stellen auf eine Gesamtsaldierung der Massezu- und -abflüsse ab.⁴⁴⁴ Der daraus folgende Schaden ist regelmäßig derselbe wie der Quotenverminderungsschaden sämtlicher Gläubiger.

Die konträren Theorien der Einheits- und Trennungslehre divergieren insofern wesentlich bei der dogmatischen Einordnung des Zahlungsverbots. So legt die Trennungslehre die Dogmatik eines Erstattungsanspruchs „eigener Art“ dem Zahlungsverbot zugrunde, während die Einheitslehren darin einen Schadensersatzanspruch erkennt. Das Verhältnis der Insolvenzverschleppungshaftung zu den Zahlungsverboten gilt es im Folgenden anhand einer kritischen Betrachtung zu bewerten.

(2) Bewertung

(a) Schutzrichtung

Begründet wird die scharfe Trennung der Insolvenzverschleppungshaftung und der Zahlungsverbote nach der Trennungslehre der Rechtsprechung und herrschenden Lehre unter anderem mit ihrer angeblich jeweils unterschiedlichen Schutzrichtung. So handle es sich bei der Insolvenzverschleppungshaftung um eine Schadensersatzhaftung wegen Verletzung der Insolvenzantragspflicht (§ 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a InsO), die dazu dient, Gläubigerschäden zu vermeiden, indem insolvenzreife Kapitalgesellschaften vom Geschäftsverkehr ferngehalten werden.⁴⁴⁵ Die Insolvenzverschleppungshaftung ist als eine Außenhaftung gegenüber der Gesellschaft ausgestaltet. Während die Haftung für verbotene Zahlungen nach Auffassung des BGH keinen Schadensersatzcharakter innehat, sondern einen Erstattungsanspruch „eigener Art“ in Form der Innenhaftung begründet. Denn das

⁴⁴⁴ *Thiessen*, in: Schröder/Kanzleiter, 3 Jahre nach dem MoMiG, S. 73 (78): bereits der österreichische Hof ging von einem unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Masseschmälerung und der Konkursverschleppung aus.

⁴⁴⁵ Vgl. BGHZ 126, 181 = NJW 1994, 2220 (2222 f.); BGH NJW 2011, 2427 (2428 Rz. 20 f.); BGHZ 164, 50 = ZIP 2005, 1734 (1737); BGHZ 29, 100 (102 ff.) = NJW 1959, 623 (624): Schutz vor „übermäßigen Konkurseinbußen“; *Bitter*, in Scholz GmbHG § 64 Rn. 255 ff. mwN; *Haas*, in: Röhricht/v. Westphalen/Haas HGB § 130a Rn. 43: der Normzweck liegt allerdings darin, insolvente Gesellschaften vom Markt zu nehmen; vgl. Darstellung, obwohl a.A: *Karsten Schmidt* NZG 2015, 129 (130).

Zahlungsverbote soll „Masseverkürzungen im Vorfeld verhindern“⁴⁴⁶ und sofern die Masseverkürzung bereits eingetreten ist, soll es „im Interesse einer Gleichbehandlung der Gläubiger eine Schmälerung der Masse nach Eintritt der Insolvenzreife ausgleichen“⁴⁴⁷. Die gezahlten Beträge sind insofern der Masse durch Wiederauffüllung zurückzuführen, um so die Gläubigergleichbehandlung („par condicio creditorum“) sicherzustellen.⁴⁴⁸ Es handle sich daher bei der Erstattungspflicht nach § 64 S. 1 GmbHG aF (§ 15b Abs. 4 S. 1 InsO) um eine „Sanktion eigener Art“ und nicht um einen Schadensersatzanspruch iSd Insolvenzverschleppungshaftung.⁴⁴⁹ Dies folge daraus, dass infolge der Anwendung der Einzelbetrachtungslehre durch den BGH mit der separaten Bewertung jeder einzelnen Zahlung die Möglichkeit einer schadensdogmatischen Gesamtsaldierung nach den Kategorien der §§ 249 ff. BGB entfällt.⁴⁵⁰ Infolge der Einordnung des Zahlungsverbots als Anspruch sui generis durch den BGH lehnt er dessen Schutzgesetzeigenschaft im Rahmen von § 823 Abs. 2 BGB ab. Inwiefern die Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO selbst die Eigenschaft eines Schutzgesetzes erfüllt, kann an dieser Stelle dahinstehen. Schließlich kann für die dogmatische Einordnung der Zahlungsverbote aufgrund der systematischen „Trennung“ der beiden Haftungstatbestände nach der Trennungslehre kein dogmatischer Rückschluss aus der Dogmatik der Insolvenzverschleppungshaftung gezogen werden.⁴⁵¹

Wenig überzeugend ist demnach die Rechtsprechung, welche den Schutzzweck der Zahlungsverbote mal in der Massererhaltungsfunktion im Gläubigerinteresse oder

⁴⁴⁶ BGH NZG 2008, 508 Rz. 10.

⁴⁴⁷ BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71 Rz. 9; BGH NJW 2011, 2427 (2428 Rz. 20 f.); BGH NZG 2008, 508 (509 Rn. 10); BGH NJW 2007, 2118 (2119 f. Rn. 11); BGHZ 146, 264 = NJW 2001, 1280 (1282); BGHZ 143, 184 = NJW 2000, 668; BGHZ 131, 325 = NJW 1996, 850.

⁴⁴⁸ BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71 Rz. 9; vgl. Darstellung, obwohl a.A.: *Karsten Schmidt* NZG 2015, 129 (130).

⁴⁴⁹ BGH ZIP 2008, 1026; BGH NJW 2011, 2427 (2428 Rz. 21); zuletzt ausdrücklich betont: BGH ZIP 2020, 318; *Habersack/Foerster* ZHR (178) 2014, 387 (395 ff.); *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG § 64 Rn. 5; *Röhrich* ZIP 2005, 505 (509); obwohl a.A.: vgl. Darstellung *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 9, 15, 62, 11. Auflage 2015.

⁴⁵⁰ So BGHZ 227, 221 = NZG 2021, 66: Ablehnung der Berufung auf rechtmäßiges Alternativverhalten, da kein Schadensersatzanspruch; kritisch: *Altmeppen* ZIP 2020, 937 ff.: Wertungswiderspruch, da der BGH andererseits den schadensrechtlichen Grundsatz des Vorteilsausgleichs in BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71 anerkennt.

⁴⁵¹ Bewertung der Schutzgesetzeigenschaft der Insolvenzantragspflicht und der Zahlungsverbote, in Kapitel § 6, S. 163 ff.

mal in der *par conditio creditorum* erkennen will. Eine solche Auslegung der Norm ist nicht nur inkonsequent, sondern lässt gerade auch jedwede klare Linie vermissen, welche allerdings für die praktische Anwendung unerlässlich ist.⁴⁵²

Vertreter der Einheitslehre erkennen dagegen zutreffend die einheitliche Schutzrichtung des Zahlungsverbots und der Insolvenzantragspflicht. So bezweckt das Zahlungsverbot gerade die Sicherung der Insolvenzmasse mit einem zumindest (mittelbaren) Gläubigerschutz. Die Insolvenzantragspflicht will primär Kapitalgesellschaften vom Rechtsverkehr fernhalten, um so Gläubiger vor einem Schaden zu schützen, welcher gerade durch eine Verminderung der Insolvenzmasse erfolgen würde. Letztlich geht es damit beide Male um den Erhalt, der den Gläubigern gewidmete Insolvenzmasse ab Insolvenzreife, weshalb eine einheitliche Lösung vorzugswürdig ist.⁴⁵³

(b) Abgrenzung des Anwendungsbereichs nach der Trennungs- und der Einheitslehre

Die Auswirkungen auf Art und Umfang eines den Gläubigern entstanden Schadens unterscheiden sich erheblich, je nachdem ob eine Bewertung entsprechend der Trennungs- oder der Einheitslehre erfolgt. So ergeben sich bereits Schwierigkeiten bei der Eingrenzung des jeweiligen Anwendungsbereichs.

(aa) Abgrenzung des Anwendungsbereichs nach der Trennungslehre

Die Rechtsprechung geht von zwei separaten Haftungstatbeständen aus, namentlich der Insolvenzverschleppungshaftung und der Haftung für verbotene Zahlungen. Deren Abgrenzung wird nach der Trennungslehre unterschiedlich bzw. isoliert vorgenommen.

(aaa) Starre Trennung der Tatbestände

Teile der Literatur nehmen eine starre Trennung wie folgt vor: Die Verletzung der Insolvenzantragspflicht allein löse die Insolvenzverschleppungshaftung nach § 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a InsO aus. Dagegen wird die Haftung für verbotene Zahlungen nach § 64 S. 1 GmbHG aF (jetzt: § 15b Abs. 4 S. 1 InsO) bei jeder

⁴⁵² Vgl. dazu Kapitel § 2, S. 6 ff.

⁴⁵³ *Altmeppen* ZIP 2015, 949 (954); *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 63, 146, 11. Auflage 2015: die Sanktion zielt auf den Ersatz des Gesamtgläubigerschadens ab; *ders.* NZG 2015, 129 (130) mwN.

pflichtwidrigen Vermögensminderung der den Gläubigern zustehenden Insolvenzmasse ausgelöst.⁴⁵⁴

(bbb) Abgrenzung nach Alt- und Neugläubigern im jeweiligen Tatbestand

Dagegen differenziert der BGH sowohl bei der Abgrenzung und Ausgestaltung des Anwendungsbereichs der Haftung wegen Insolvenzverschleppung als auch bei der Haftung wegen verbotener Zahlungen zwischen Alt- und Neugläubigern. Es gilt daher diese Differenzierungsmethode näher zu beleuchten und zu bewerten. Zunächst ist die Begrifflichkeit eines Alt- bzw. Neugläubigers zu definieren. So wird unter einem Altgläubiger jener Gläubiger verstanden, der schon bei Eintritt der Insolvenzreife die Stellung eines Anspruchsinhabers innehatte und dessen Rechtsposition nicht durch etwaige Zurückbehaltungs-, Sicherungs-, oder sonstige Rechte geschützt ist. Dagegen handelt es sich um einen Neugläubiger, wenn dieser erst nach Insolvenzreife Anspruchsinhaber wurde oder sofern er bereits vor Insolvenzreife Anspruchsinhaber war, wenn er eine insolvenzrechtlich geschützte Position, wie beispielsweise ein Zurückbehaltungsrecht oder eine Einrede, innehatte.⁴⁵⁵ Gläubiger aus Dauerschuldverhältnissen sind grundsätzlich Altgläubiger. Jedoch können sie auch Neugläubiger sein, etwa im Bereich der Verlängerungs- und Erweiterungsverträge im Zeitraum nach Insolvenzreife oder bei einer insolvenzbedingten Kündigungsmöglichkeit.⁴⁵⁶ Für die Auseinandersetzung mit der vom BGH verfolgten Differenzierungslösung ist es demnach sinnvoll, zunächst die Entwicklung der Rechtsprechung bzgl. der Insolvenzverschleppungshaftung und anschließend zu den Zahlungsverboten darzustellen.

(aaaa) Differenzierung zwischen Alt- und Neugläubigern in der Insolvenzverschleppungshaftung

⁴⁵⁴ *H.F.-Müller*, in: MüKo GmbHG § 64 Rn. 260, *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG Anh. § 64 Rn. 76.

⁴⁵⁵ BGHZ 175, 58 = ZIP 2008, 361 Rz. 13 mwN; BGH NJW 2007, 3130 Rz. 16; OLG Hamburg NZG 2000, 606 (607); *Klöhn*, in: MüKo InsO § 15a Rn. 182, 187; *Wagner*, in: FS Karsten Schmidt, 2009, 1665 (1676 f.).

⁴⁵⁶ BGHZ 171, 46 = ZIP 2007, 676 (678 Rz. 13); BGHZ 171, 46 = NJW-RR 2007, 759 (760 Rz. 13); LG Mainz NJW-RR 1998, 473; *Mätzig*, in: BeckOK GmbHG § 64 Rn. 117, 51. Ed., Stand 01.03.2022; *H.F. Müller*, in: MüKo GmbHG § 64 Rn. 267; *Haas*, in: Röhrich/v. Westphalen/Haas HGB § 130a Rn. 43.

In der Vergangenheit haftete der Geschäftsleiter, bis zu dem Grundsatzurteil von 1994, bei Verletzung der Konkursantragspflicht nach § 823 BGB iVm § 64 Abs. 1 GmbHG aF gegenüber den Neu- und Altgläubigern noch auf Ersatz ihres Quotenschadens.⁴⁵⁷ Dieser liegt vor, wenn der Gläubiger nachweisen kann, dass er eine höhere Quote erhalten hätte, sofern der Insolvenzantrag rechtzeitig gestellt worden wäre. Um einen einheitlichen Quotenschaden sämtlicher Gläubiger annehmen zu können, wurde fingiert, dass die Neugläubiger schon vor Konkurseintritt Forderungsinhaber gewesen seien.⁴⁵⁸ Aufgrund der Schwierigkeiten in der Darlegung eines solchen Quotenschadens von Alt- oder Neugläubigern kam diesem Anspruch in der Vergangenheit jedoch nur geringe praktische Bedeutung zu. Seit der Grundsatzentscheidung vom 06.06.1994 ist es den Neugläubigern jedoch möglich, ihr volles Vertrauensinteresse, also ihren Kontrahierungsschaden, der ihnen durch die Eingehung von Rechtsbeziehungen zu der insolventen Gesellschaft entstanden ist, gegenüber dem Geschäftsleiter selbst geltend zu machen.⁴⁵⁹ Diese Rechtsprechung führte der BGH in seinem Urteil vom 30.03.1998 fort.⁴⁶⁰ Danach konnten die vertraglichen Neugläubiger ihren Kontrahierungsschaden geltend machen, während die Altgläubiger auf den vom Insolvenzverwalter geltend zu machenden Quotenschaden beschränkt waren.⁴⁶¹ Einen einheitlichen Quotenschaden der Neugläubiger gibt es grundsätzlich nicht.⁴⁶² Hintergrund dieser Einteilung sei gewesen, dass der Vertrauensschaden der Neugläubiger auf der verspäteten

⁴⁵⁷ BGHZ 29, 100 (102 ff.) = NJW 1959, 623; BGHZ 75, 96 = NJW 1979, 1823; BGHZ 96, 231 = NJW 1986, 837; BGHZ 100, 19 = NJW 1987, 2433 (2434); OLG Hamburg ZIP 2007, 2318 f.; *Habersack*, in Staub HGB § 130a Rn. 42.

⁴⁵⁸ Gegen eine solche Gleichstellung *Flume* ZIP 1994, 337 (339); *Goette* DStR 1994, 1028 (1052).

⁴⁵⁹ BGHZ 126, 181 = NJW 1994, 2220; bestätigt und fortgeführt BGHZ 138, 211 = NJW 1998, 2667; BGHZ 164, 50 = ZIP 2005, 1734; BGHZ 171, 46 = ZIP 2007, 676 (678 Rn. 13); OLG Hamburg ZIP 2007, 2318 f.; vgl. auch: *Bitter*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 258 f., 317 ff.; zustimmend: *Haas*, in: Röhrich/v. Westphalen/Haas HGB § 130a Rn. 42; *Servatius*, in: Henssler/Strohn HGB § 130a Rn. 32a; iErg. zustimmend: *Karsten Schmidt*, in: MüKo HGB § 130a Rn. 17 f.: der einen einheitlichen Quotenschaden der Alt- und Neugläubiger annimmt nach § 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a InsO und einen Kontrahierungsschaden der Neugläubiger nach c.i.c.; ähnlich *Flume* ZIP 1994, 337 (339 f.).

⁴⁶⁰ BGHZ 138, 211 = NJW 1998, 2667.

⁴⁶¹ für eine Geltendmachungsbefugnis des Konkursverwalters für den Kontrahierungsschaden der Neugläubiger, *Dauner-Lieb* ZGR 1998, 617 (629).

⁴⁶² BGHZ 138, 211 = NJW 1998, 2667: denn eine Berechnung der minimalen Quotenaufbesserung, ist in der Praxis nicht darstellbar und die das Alternativmodell der Bildung eines Sondervermögens ist mit dem Sinn und Zweck des Konkursverfahrens unvereinbar; a.A.: *Gehrlein*, in: MüKo InsO § 92 Rn. 30 ff.; für die Bildung eines Sondervermögens sämtlicher Neugläubiger sprach sich ursprünglich aus: *Uhlenbruck* ZIP 1994, 1153, der dies jedoch nunmehr anders sieht, vgl.: BGH EwIR 1995, 263 mit Anm. *ders.*

Konkursantragsstellung beruhe und nicht auf der Masseschmälerung.⁴⁶³ Insofern müsse zugunsten der Altgläubiger die Ersatzleistung des Quotenschadens als Sondermasse zur Befriedigung eingezogen werden.⁴⁶⁴ Der BGH argumentierte, dass es einen einheitlichen Gesamtschaden der Alt- und Neugläubiger schon gar nicht gebe, weshalb die Behauptung, dass § 64 GmbHG aF den Ersatz eines solchen Gesamtschadens bezwecke eine *petitio principii* sei. Insofern könne der Neugläubiger auch keinen weiteren fingierten Quotenschaden erleiden.⁴⁶⁵ So bestimmt der BGH auch in der an dieser Stelle diskutierten Entscheidung vom 18.11.2014, dass ein Verschleppungsschaden nach § 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a InsO nur solche Schäden erfasse, die nicht in der masseschmälernden Zahlung selbst liegen.⁴⁶⁶ Darunter fallen primär äußere Umstände, wie etwa (Aktien-) Kursschwankungen, Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder bei Verlusten infolge einer durch den Geschäftsleiter veranlassten vermögensmindernden Verarbeitung, die jedoch regelmäßig nur einen geringen Umfang im Vergleich zur relevanten nicht erfassten masseschmälernden Zahlung haben. Relevant für die Haftung wegen Insolvenzverschleppung ist demnach lediglich der den Neugläubigern entstandene Kontrahierungsschaden, den sie von dem Geschäftsleiter selbst ersetzt verlangen können.⁴⁶⁷ Ein Quotenschaden der vertraglichen Neugläubiger besteht nicht.⁴⁶⁸ Nach Auffassung des BGH können sich Neugläubiger aus gesetzlichen Ansprüchen, insbesondere von Deliktsgläubigern, nicht auf einen Kontrahierungsschaden berufen.⁴⁶⁹

⁴⁶³ BGHZ 138, 211 = NJW 1998, 2667 (2668 f.); kritisch würdigend: *Altmeyden/Wilhelm* NJW 1999, 673 Fn. 9, welche sich gerade ebenso mit der zugrundeliegenden Einteilung und Berechnung des Quotenschadens für Neugläubiger auseinandersetzen und richtigerweise zu dem Ergebnis kommen, dass es sich bei dem im Urteil benannten Quotenschaden gerade nicht um einen solchen im eigentlichen Sinne handelt.

⁴⁶⁴ Dogmatisch ist diese Annahme nicht haltbar, siehe eingehend: *Altmeyden*, GmbHG § 64 Rn. 41 ff., 10. Aufl. 2021.

⁴⁶⁵ BGHZ 138, 211 = NJW 1998, 2667 (2668); a.A.: bereits *Karsten Schmidt* NZI 1998, 9 (11, 13).

⁴⁶⁶ BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71 Rz. 12.

⁴⁶⁷ BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71 Rz. 12 f.; BGHZ 138, 211 = NJW 1998, 2667; BGHZ 126, 181 = NJW 1994, 2220 (2224); BGHZ 171, 46 = ZIP 2007, 676.

⁴⁶⁸ Zur Fehlerhaftigkeit dieser Auffassung *Altmeyden* ZIP 2015, 949 (954 f.).

⁴⁶⁹ BGHZ 164, 50 = NJW 2005, 3137 (3140); BGH ZIP 2015, 267 Rz. 22; BGH NJW 1999, 2182 (2183); dazu: *Schön*, in: FS Westermann, 2008, 1469 (1473 f.); eine Einbeziehung der Deliktsgläubiger fordern: *Reiff/Arnold* ZIP 1998, 1893 (1896 f.); zustimmend: *Fleischer* ZGR 2004, 437 (451 f.); *Spindler*, in: MükO AktG § 92 Rn. 94 f.; *Bitter* ZInsO 2018, 625 (650); *Nerlich*, in: MHLS Anh. § 64 Rn. 59 ff.; *Wagner*, in: FS Karsten Schmidt, 2009, 1665 (1678 ff.) jew. mwN; a.A.:

Die Altgläubiger sowie die gesetzlichen Gläubiger können sich hingegen weiterhin lediglich auf ihren Quotenschaden nach § 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a InsO wegen Insolvenzverschleppung berufen.⁴⁷⁰ Dieser ist jedoch aufgrund seiner Berechnungsschwierigkeiten „totes Recht“.⁴⁷¹ Ein Gläubiger kann ausnahmsweise sowohl Alt- als auch Neugläubiger sein, sofern es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt.⁴⁷²

(bbbb) Differenzierung zwischen Alt- und Neugläubigern bei der Haftung wegen Verstoßes gegen ein Zahlungsverbot

Die Ausgestaltung der Haftung wegen Verstoß gegen das Zahlungsverbot ist nach der Trennungslehre getrennt von der Ausgestaltung der Insolvenzverschleppungshaftung zu bewerten.⁴⁷³

Nach Auffassung des BGH und der herrschenden Lehre erleiden die Altgläubiger infolge der Verringerung der Haftungsmasse aufgrund eines Verstoßes gegen ein Zahlungsverbot einen Quotenschaden, den es zu ersetzen gilt. Insofern haftet der Geschäftsleiter vor dem Hintergrund der Effektivität des Zahlungsverbots auf Ersatz der vollständigen verbotenen Zahlung unabhängig von einer etwaigen Vorleistung des Gläubigers oder eines hypothetischen Insolvenzquoten-Anspruchs.⁴⁷⁴ Berücksichtigt werden lediglich in unmittelbarem Zusammenhang zur Zahlung stehende Gegenleistungen. Dem Geschäftsleiter werden im Gegenzug zur Erstattung der verbotenen Zahlungen sämtliche Ansprüche gegen die Insolvenzmasse

Schneider/M. Schmidt-Leithoff, in: Rowedder/Pentz Anh. II § 60 Rn. 99; *Bayer/Lieder* WM 2006, 1 (6 f.); *Habersack*, in: Staub HGB § 130a Rn. 34.

⁴⁷⁰ Ständige Rspr. und hM: BGHZ 126, 181 = NJW 1994, 2220; BGHZ 138, 211 = NJW 1998, 2667; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG Anh. § 64 Rn. 92, 96; *Habersack*, in: Staub HGB § 130a Rn. 34; *Haas*, in: Röhrich/v. Westphalen HGB § 130a Rn. 41; deliktische Ansprüche, sowie gesetzliche Ansprüche eines Neugläubigers sind jedoch nicht erfasst, BGH NJW 2005, 3137 mwN; BGH ZIP 2015, 267 Rz. 13, 22; offen gelassen von BGH ZIP 2003, 1713 (1714) mwN; BGH NJW 1999, 2182; *Schön*, in: FS Westermann, 2008, 1469 (1473 f.).

⁴⁷¹ *Karsten Schmidt* NZG 2015, 129 (130); vgl. auch Altmeppen, GmbHG Anh. § 64 Rn. 153: „graue Theorie“; *G. Müller* GmbHR 1994, 209 (212): „Juristische Spielerei“; *Schanze* AG 1993, 380: „Praktisch undurchführbar“; *Röhrich* ZIP 2005, 505 (508): „Toter Buchstabe“; *Klöhm/Zell* NZG 2022, 836 (839): „Rechtsstaatliche Bedeutungslosigkeit“.

⁴⁷² BGHZ 171, 46 = ZIP 2007, 676; *Habersack*, in: Staub HGB § 130a Rn. 34.

⁴⁷³ Statt aller: *Haas*, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG § 64 Rn. 11.

⁴⁷⁴ BGHZ 146, 264 = NJW 2001, 1280 (1283); *Habersack/Foerster*, in: Großkomm z. AktG § 92 Rn. 138; *ders.*, in: Staub HGB § 130a Rn. 35; *ders.* ZHR (178) 2014, 387 (408 f.); einschränkend: *Koch*, in: Koch AktG § 92 Rn. 41: danach ist der gezahlte Betrag, abzüglich der Quote zu ersetzen; a.A.: *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm AktG § 92 Rn. 33, 35.

abgetreten, gem. § 255 BGB (analog), also der Anspruch auf die fiktive Insolvenzquote.⁴⁷⁵

Nach Auffassung des BGH erleiden die Neugläubiger als Teil der Gläubigergesamtheit einen Quotenschaden gegenüber der Haftungsgemeinschaft. Zudem stehen den Neugläubigern als Deliktsoffer des Geschäftsleiters ein allein von diesen geltend zu machender Anspruch auf ihren Vertrauensschaden gegen den Geschäftsleiter zu.⁴⁷⁶ Zur Vermeidung einer Massebereicherung fällt dem Geschäftsleiter jedoch die Insolvenzquote auf die Insolvenzforderung des Neugläubigers zu.⁴⁷⁷

(bb) Kritik an der Abgrenzung nach der Trennungslehre

(aaa) Kritik an der starren Trennung der Tatbestände

Die Differenzierungen in Teilen der Literatur danach, ob die Insolvenzantragspflicht verletzt worden ist oder ob eine pflichtwidrige Vermögensminderung vorliegt, verkennen, dass eine Insolvenzverschleppungshaftung gerade tatbestandlich ebenso einen Quotenminderungsschaden voraussetzt. Zumal die Altgläubiger gerade darauf verwiesen werden, einen Quotenminderungsschaden geltend zu machen und es insofern prozessual sicherlich nicht ausreichend ist, lediglich darzulegen, dass der Insolvenzantrag nicht rechtzeitig gestellt worden ist, sondern ebenso dargelegt werden muss, inwiefern ein Schaden überhaupt entstanden ist.⁴⁷⁸

(bbb) Kritik an der Differenzierung zwischen Alt- und Neugläubiger im jeweiligen Tatbestand

Verfehlt ist ferner die von der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre verfolgte Differenzierung im Rahmen der Insolvenzverschleppungshaftung entsprechend der „Einzelbetrachtung“ danach, ob durch die getätigte Zahlung entweder ein Alt- oder

⁴⁷⁵ BGHZ 146, 264, 278 f. = NJW 2001, 1280; für ein Wiederaufleben der Forderung bei dem Geschäftsleiter: *Habersack/Foerster*, in: Großkomm z. AktG § 92 Rn. 138 mwN; a.A.: Altmeppen, GmbHG Anh. § 64 Rn. 192 f.; dazu Kapitel § 6, S. 93.

⁴⁷⁶ BGHZ 138, 211 = NJW 1998, 2667 (2668); *Habersack/Foerster*, in: Großkomm z. AktG § 92 Rn. 138; *dies.* ZHR (178) 2014, 387 (413).

⁴⁷⁷ Zur Folge, wenn die Gesellschaft den Geschäftsleiter in Anspruch genommen hat, siehe *Habersack/Foerster* ZHR (178) 2014, 387 (413 f.), welcher gerade herausstellt, dass etwaige Ersatzansprüche der Insolvenzmasse gegen den begünstigten Neugläubiger aus §§ 129 ff. InsO an den Geschäftsleiter abzutreten sind.

⁴⁷⁸ Vgl. *Bitter* ZInsO 2010, 1505 (1512): die Insolvenzverschleppungshaftung und die Haftung für verbotene Zahlungen gehen regelmäßig miteinander einher.

Neugläubiger befriedigt wurde.⁴⁷⁹ Denn dabei wird verkannt, dass gerade auch dem Neugläubiger ein Quotenschaden entstehen kann. Schlussendlich führt die Insolvenzverschleppung zwangsläufig dazu, dass die Erfolgsaussicht auf eine vollständige Befriedigung sich für sämtliche Gläubiger pro rata verschlechtert.⁴⁸⁰ Eine einheitliche Handhabung der Gläubiger ist weitaus praktikabler, da bei einer Differenzierung nach Alt- und Neugläubigern die Gefahr besteht, dass in unterschiedlichen Prozessen und Entscheidungen die Einordnung als Alt- oder Neugläubiger verschieden ausfällt.⁴⁸¹ Zudem ist entgegen der Auffassung des BGH unbeachtlich, in welcher zeitlichen Reihenfolge Leistung („Zahlung“) und Gegenleistung („Ausgleich“) erfolgt sind, da der BGH selbst weder eine zeitliche Reihenfolge von Leistung und Gegenleistung festgelegt hat noch bestimmt hat, dass die Zahlung immer an den Neugläubiger zu erfolgen hat.⁴⁸²

Weiter kommt es bei Anwendung der Trennungslehre zu einer „schwierigen Gemengelage“⁴⁸³, sofern eine zumindest partielle Deckung des von der Trennungslehre getrennt voneinander existierenden Anspruchs wegen Insolvenzverschleppungshaftung und wegen verbotener Zahlungen besteht.⁴⁸⁴ Die Konsequenz wäre, dass der Außenhaftungsanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a InsO gerade in diesem Deckungsbereich vom Insolvenzverwalter gem. § 92 InsO geltend gemacht werden könnte, was wiederum zu einer vom Gesetzgeber gerade nicht gewollten „faktischen Innenhaftung“ führen würde. Eine Abgrenzung des Zahlungsverbots als Erstattungsanspruch „eigener Art“ und der Schadensersatzhaftung wegen Insolvenzverschleppung kann nach der Trennungslehre demnach nicht überschneidungsfrei erfolgen.⁴⁸⁵ Dadurch entsteht gerade die Unsicherheit, welche tatbestandlichen Voraussetzungen für den

⁴⁷⁹ Vgl. zur „Einzelbetrachtung“ des BGH: Kapitel § 6, S. 80 ff., 120 ff.

⁴⁸⁰ *Altmeyen* ZIP 2015, 949 (954).

⁴⁸¹ *Altmeyen/Wilhelm* NJW 1999, 673 (681).

⁴⁸² Vertiefend Kapitel § 6, S. 98 ff., S. 138 ff.

⁴⁸³ *Kleindieck*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG § 64 Rn. 3; vgl. auch OLG München GmbHR 2017, 1090 Rn. 34; *Bitter*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 19.

⁴⁸⁴ Diese Gefahr besteht nicht bei den Modellen der Einheitslehre.

⁴⁸⁵ Kaum praxisrelevantes Problem, da der Quotenschaden der Altgläubiger aufgrund seiner schweren Berechenbarkeit in der Regel nicht eingefordert wird, so *Bitter*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 19, 313 ff.; eingehend *Weiß*, Insolvenzspezifische Geschäftsführerhaftung S. 97 f. (Rn. 239 f.), 17 f. (Rn. 353 f.).

jeweiligen Anspruch nun gegeben sein müssen. Es bedarf insofern eines Haftungssystems mit eindeutiger Abgrenzung der jeweiligen Schutzbereiche.

In Hinblick auf die gesetzlichen Neugläubiger hat demgegenüber der BGH deren Einbeziehung in den Schutzbereich der Insolvenzantragspflicht zutreffend verneint. Schließlich besteht der Schutzzweck nicht darin, die Gläubiger ab Insolvenzreife davor zu schützen, keine deliktischen Schäden zu erleiden, die bei rechtzeitiger Stilllegung auch nicht kausal geworden wären.⁴⁸⁶ Hingegen dient die Insolvenzantragspflicht dazu, Gläubigerschäden zu vermeiden, indem insolvenzreife Kapitalgesellschaften vom Geschäftsverkehr ferngehalten werden. Diese nochmalige Differenzierung des BGH verdeutlicht das Erfordernis nach einer einheitlichen Betrachtung der Haftung mit Blick auf den Verstoß gegen Zahlungsverbote, um im wirtschaftlich wichtigen Bereich des Insolvenzrechts größtmögliche Rechtssicherheit und Planungssicherheit zu schaffen.

(cc) Abgrenzung nach der Einheitslehre als überzeugendes Haftungssystem

Ein sinnvolles Verhältnis der Insolvenzverschleppungshaftung zu den Zahlungsverboten gelingt somit schlüssigerweise bei Aufgabe der Trennungslehre und Einführung eines Haftungssystems, welches den jeweiligen Schutzbereich der beiden Massesicherungspflichten klar definiert.

Das von *Karsten Schmidt* entwickelte Haftungssystem unterscheidet einerseits zwischen dem einheitlichen Quotenschaden der Alt- und Neugläubiger, welcher über die Insolvenzverschleppungshaftung erfasst werden soll. Während andererseits der den Quotenschaden übersteigende sog. Kontrahierungsschaden der Neugläubiger von diesem selbst über die culpa in contrahendo gegenüber dem Geschäftsleiter geltend zu machen ist.⁴⁸⁷ Dieses Haftungssystem verkennt jedoch den Wortlaut des § 15b InsO (früher: § 64 S. 1 GmbHG aF), wonach für verbotene Zahlungen gerade die Rechtsfolge der Innenhaftung angeordnet ist.⁴⁸⁸ Eine sinnvolle Abgrenzung

⁴⁸⁶ vgl. BGHZ 164, 50 = NJW 2005, 3137; BGH ZIP 2015, 267 (269 Rz. 21 f.); eingehend: Altmeyden, GmbHG Anh. § 64 Rn. 221 f.; Altmeyden ZIP 1997, 1173 (1179 f.); ders. ZIP 2001, 2201; Bayer/Lieder WM 2006, 1 (6 f.).

⁴⁸⁷ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 10, 186 ff., 11. Auflage 2015; ders. NZI 1998, 9 (11); ders. NJW 1993, 2934.

⁴⁸⁸ Von einer „quasi“ Innenhaftung kann allenfalls die Rede sein, sofern der Quotenschaden durch den Insolvenzverwalter nach § 92 InsO und nicht durch den Altgläubiger selbst geltend gemacht wird, vgl. *Weiß*, Insolvenzspezifische Geschäftsführerhaftung S. 150 (Rn. 361); vertiefende Auseinandersetzung mit dem von *Karsten Schmidt* entwickelten Haftungssystem unter Kapitel § 6, S. 162 ff.

gelingt allein dem von *Altmeppen/Wilhelm* entwickelten Haftungssystem, wonach der Begriff „Zahlung“ durch „Verlust“ ersetzt wird und wonach auf den Gesamtverlust pro rata temporis abzustellen ist.⁴⁸⁹ Dieser entspricht dem Gesamtgläubigerschaden, also dem Quotenschaden der Alt- und Neugläubiger, der durch die Insolvenzverschleppung gegenüber der Gesellschaft ausgelöst wurde. Insofern haftet der Geschäftsleiter gegenüber der Gesellschaft im Innenverhältnis auf Erstattung des Gesamtgläubigerschadens (Quotenschaden) aus der Insolvenzverschleppungshaftung, welche ihren Haftungsgrund in der Verletzung einer oder beider Massesicherungspflichten hat, gem. § 15b Abs. 4 S. 1 InsO (früher: § 64 S. 1 GmbHG) und schützt so mittelbar sämtliche Insolvenzgläubiger.⁴⁹⁰

In Abgrenzung dazu erleiden allein die Neugläubiger einen über den Quotenschaden hinausgehenden Kontrahierungsschaden, der bei erfolgreichem Vorsatznachweis eine Haftung wegen Eingehungsbetrugs nach §§ 823 Abs. 2 BGB iVm § 263 StGB und wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB auslöst. Abgesehen davon bleibt es bei fahrlässigem Handeln des Geschäftsleiters bei einer Haftung aus dem Vertrauenstatbestand der culpa in contrahendo als „Dritter“, gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 und 3, 241 Abs. 2 BGB, gegenüber den Neugläubigern.⁴⁹¹

(c) Verschiebung der Insolvenzantragspflicht in die Insolvenzordnung

Bis zum Inkrafttreten des SanInsFOG am 01.01.2021 konnten die Vertreter der Trennungslehre noch die Verschiebung der Insolvenzantragspflicht (§ 64 Abs. 1 GmbHG aF) in die InsO (§ 15a InsO) im Rahmen des MoMiG als Argument für die Trennungslehre anführen. Schließlich wurde damit der von den Einheitslehren vertretene Zusammenhang der Insolvenzantragspflicht (§ 64 Abs. 1 GmbHG aF) und der Zahlungsverbote (§ 64 Abs. 2 GmbHG aF) aus systematischer Sicht aufgegeben, weshalb „(...) sich die Einheitslehren de lege lata kaum mehr begründen lassen“⁴⁹².

⁴⁸⁹ Vgl. Kapitel § 4, S. 73 ff.

⁴⁹⁰ *Altmeppen* ZIP 2001, 2201 (2205); *ders.* ZIP 2020, 937 (943).

⁴⁹¹ *Altmeppen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 216 ff.; *Altmeppen* ZIP 2015, 949 (955); *ders.* ZIP 2001, 2201 (2205); *ders./Wilhelm* NJW 1999, 673 ff.; abzugrenzen hiervon: BGH NJW 1993, 2934 (2935) mit Anm. *Karsten Schmidt*; *ders.* ZIP 1988, 1497 (1503 f.): der sich auf eine unterlassene Aufklärung, über die tatsächliche wirtschaftliche Situation der insolventen Gesellschaft vor Vertragsschluss, bezieht.

⁴⁹² *Habersack/Foerster* ZGR 2016, 153 (161); vgl. auch *dies.* ZHR (178) 2014, 387 (393 ff.); so auch *Müller* DB 2015, 723; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG § 64 Rn. 3 f.; *Kruth* NZI 2014, 981 (983); *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, S. 700; dies einräumend auch: *Karsten Schmidt*

Die Rspr. und hM folgerten insofern, dass es sich um isoliert zueinander stehende Haftungstatbestände mit eigenständigen Rechtsfolgen handeln müsse.⁴⁹³ Der Einwand, dass die Neuverortung der Insolvenzantragspflicht in die InsO (§ 15a InsO), den Sinnzusammenhang der Insolvenzantragspflicht (§ 64 Abs. 1 GmbHG aF) und der Zahlungsverbote (§ 64 Abs. 2 GmbHG aF) entfallen lasse und insofern deren angeblich vollständige Verschiedenheit bestätige, geht jedoch fehl.⁴⁹⁴ Hintergrund der redaktionellen Verschiebung der Insolvenzantragspflicht in die InsO war es nicht den Sinnzusammenhang aufzulösen oder eine inhaltliche Änderung der Norm vorzunehmen. Dem Gesetzgeber kam es einzig und allein darauf an, eine rechtsformübergreifende Insolvenzantragspflicht in § 15a InsO zu schaffen, um die EU-Auslandsgesellschaften, die den Schwerpunkt ihres Interesses in Deutschland haben (Art. 3 Abs. 1 EuInsVO), im Anwendungsbereich zu erfassen.⁴⁹⁵ Insbesondere sei hierbei die britische Limited zu nennen. Durch die redaktionelle Trennung der Anspruchsgrundlagen wurde der Sinnzusammenhang lediglich „noch stärker verdeckt, als vor dem MoMiG“⁴⁹⁶. Führt man den Gedanken der hM, wonach jene Verhaltenspflichten, die der Massesicherung einer insolventen Gesellschaft dienen, Schutzgesetze sind, weiter, so müssten die Zahlungsverbote erst recht vom Anwendungsbereich erfasst sein (argumentum a fortiori). Die Verschiebung der Insolvenzantragspflicht ändert demnach an dem Gleichlauf der beiden Verhaltenspflichten nichts, denn die Schädigung der Insolvenzgläubiger erfolgt erst mit der masseschmälernden Zahlung.⁴⁹⁷ Dieser Streit dürfte sich spätestens mit der allgemeinen und rechtsformübergreifenden Regelung der Zahlungsverbote in

ZHR (175) 2011, 433 (437): neu Verortung in § 15a InsO, unterstreiche die Unterschiedlichkeit; *ders.* NZG 2015, 129 (130); v. *Woedtke* GmbH 2016, 280 (283).

⁴⁹³ BGHZ 143, 184 = NJW 2000, 668 f.; BGHZ 146, 264 = NJW 2001, 1280 (1283 f.); *Habersack/Foerster* ZGR 2016, 153 (161); *Müller* DB 2015, 723; *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, S. 700.

⁴⁹⁴ *Karsten Schmidt* ZHR (175) 2011, 433 (437), so aber: vgl. Fn. 496.

⁴⁹⁵ Änderung durch das BGBI, Jahrgang 2008, Teil I, Nr. 48, S. 2026, 2031; Begründung des RegE zum MoMiG, BT-Drucks. 16/6140 S. 55; zustimmend: *Kolmann*, in: *Saenger/Inhester GmbHG § 64 Rn. 1*; eingehend zur Anwendbarkeit des deutschen Rechts auf EU-Auslandsgesellschaften: *Altmeppen* NZG 2016, 521 (526 ff.); *ders.* ZIP 2020, 937 (939 f.).

⁴⁹⁶ *Karsten Schmidt*, in: *Scholz GmbHG § 64 Rn. 1, 16, 11. Auflage 2015*; *ders.* ZIP 2008, 1401 (1403); a.A.: *Habersack/Foerster* ZGR 2016, 153 (161); *dies.* ZHR (178) 2014, 387 (395); *Wagner*, in: *FS Karsten Schmidt, 2009*, S. 1665 (1672).

⁴⁹⁷ *Altmeppen* ZIP 205, 949 (956); *ders.* ZIP 2020, 937 (939).

§ 15b InsO mit Inkrafttreten des SanInsFOG erledigt haben.⁴⁹⁸ Die gesetzssystematische Zusammengehörigkeit der Massesicherungspflichten (§ 15a InsO, § 15b InsO) besteht unbestreitbar,⁴⁹⁹ sodass selbst ablehnende Stimmen zumindest eine Wiederherstellung der Zusammengehörigkeit nicht mehr leugnen können.

(d) Schutzgesetzcharakter und Parallelität von Innen- und Außenhaftung ?

Ein Kernproblem in der Debatte um die Dogmatik des Zahlungsverbots bildet insbesondere die Frage nach einer für die Außenhaftung gem. § 823 Abs. 2 BGB oder für eine eigenständige spezialgesetzlich normierte Innenhaftung nach § 15b InsO existierende Schutzgesetzzeigenschaft des Zahlungsverbots. Diese strittige, zentrale Frage, ob die Anforderungen an die Qualifizierung als Schutzgesetz bei Zahlungsverbot und Insolvenzantragspflicht jeweils erfüllt sind, wird in Kapitel § 6 eingehend herausgearbeitet und bejaht.⁵⁰⁰ Die Qualifizierung als Schutzgesetz kann an dieser Stelle allerdings noch dahinstehen, zumal sich die Trennungslehre bereits aufgrund einer angeblichen Parallelität von Innen- und Außenhaftung widerspricht. So ist die Ausgestaltung des Haftungsregimes der Rechtsprechung, die Zahlungsverbote als Tatbestand der Innenhaftung und die Insolvenzantragspflichtverletzung (Insolvenzverschleppungshaftung) als Tatbestand der Außenhaftung parallel laufen zu lassen, gerade nicht miteinander vereinbar, wie im Folgenden aufgezeigt wird.

Fehlerhaft ist die auf der Trennungslehre basierende Auffassung des BGH, nach welcher allein die Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO) als Schutzgesetz iSv § 823 Abs. 2 BGB zu qualifizieren ist, während die Schutzgesetzzeigenschaft des Zahlungsverbotes (§ 64 S. 1 GmbHG aF; jetzt: § 15b InsO) strikt abgelehnt wird. Verkannt wird bei dieser Aufteilung, dass eine vom Geschäftsleiter veranlasste masseschmälernde Zahlung nach Insolvenzreife regelmäßig den Schaden der Gläubigergemeinschaft im Rahmen der Insolvenzverschleppungshaftung begründet und darüber hinaus gleichzeitig eine Haftung für verbotene Zahlungen auslöst. Es kann jedoch methodisch nicht überzeugen, dass die Vornahme einer

⁴⁹⁸ RegBegr. SanInsFOG BT-Drs. 19/24181, S. 193.

⁴⁹⁹ Vgl. *Kranzfelder/Ressmann ZInsO* 2021, 191 (196); *Bitter GmbHR* 2021, 1157.

⁵⁰⁰ Eingehen Kapitel § 6, S. 163 ff.

masseschmälernden Zahlung einmal die Qualifizierung als Schutzgesetz bewirkt und ein anderes Mal wiederum nicht. Dies hätte nämlich zur Folge, dass das maßgebliche Verhalten einer masseschmälernden Zahlung sowohl eine deliktische Außenhaftung (§ 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a InsO) als auch eine gesellschaftsrechtliche Innenhaftung (§ 64 S. 1 GmbHG aF; jetzt: § 15b Abs. 4 S. 1 InsO) auslöst. Dem kann nicht gefolgt werden, da ein solches Nebeneinander von Außen- und Innenhaftung eine nicht praktikable „seltsame Überregulierung“ auslöst.⁵⁰¹ Schlüssig ist gerade in Anbetracht des engen Sinnzusammenhangs der Insolvenzantragspflicht und der Zahlungsverbote allein die einheitliche Einordnung der Haftungstatbestände, bei der entweder beide Normen Schutzgesetzcharakter aufweisen oder beide eben nicht.⁵⁰² Ein Nebeneinander von Innen- und Außenhaftung ist nicht möglich, da sich daraus wertungsmäßig zweifelhafte praktische Folgen ergeben.

Die Befürworter der Trennungslehre verkennen neben der für die dogmatische Einordnung des Zahlungsverbots unbeachtlichen Verschiebung der Insolvenzantragspflicht in die InsO bereits die historische Deutungshoheit. So wollte schon der historische Gesetzgeber gerade keine Trennung und Parallelität, sondern ist stets von einem einheitlichen Verständnis der Insolvenzverschleppungshaftung und der Zahlungsverbote ausgegangen. Dies ergibt sich bereits aus dem ADHGB von 1861, wonach der Geschäftsleiter in die Haftung gerate, sofern „noch Zahlungen geleistet und die Eröffnung des Konkurses anzusuchen versäumt“⁵⁰³ wurde. Ähnlich lautet die Gesetzesbegründung zur Aktienrechtsnovelle von 1884⁵⁰⁴, wonach die Vorstandsmitglieder in die Haftung geraten, sofern sie „entgegen der Vorschrift des Art. 240 Abs. 2 ADHGB (...) noch Zahlungen aus dem Vermögen der Gesellschaft leisten, obwohl von ihnen die Eröffnung des Konkurses beantragt werden musste“⁵⁰⁵.

⁵⁰¹ *Altmeyden* ZIP 2015, 949 (953); iE ebenso: *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 11, 146, 11. Auflage 2015.

⁵⁰² Eing. *Altmeyden* ZIP 2020, 937 (940); *ders.* NZG 2016, 521 (526 ff.); *ders.* ZIP 2015, 949 (953 ff.); *Altmeyden*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 150; ebenso *Gehrlein* DB 2016, 1177 (1183); so wohl auch *Neuberger* ZIP 2018, 909 (913, 917).

⁵⁰³ So § 120 des revidierten österreichischen Entwurfes (s. Protokolle der Commission zur Beratung eines Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches, Beilagen Bd. 1, 1857, S. 90 f., 125 f.), vgl. auch *Altmeyden* NZG 2016, 521 (526).

⁵⁰⁴ Vgl. Allgemeine Begründung zu, Entwurf eines Gesetzes betreffend die KGaA und AG (1884), abgedruckt in: *Schubert/Hommelhoff*, 100 Jahre modernes Aktienrecht, 1985, S. 407, 508.

⁵⁰⁵ Allgemeine Begründung zu, Entwurf eines Gesetzes betreffend die KGaA und AG (1884), abgedruckt in: *Schubert/Hommelhoff*, 100 Jahre modernes Aktienrecht, S. 404, 463; vgl. auch: *Altmeyden* NZG 2016, 521 (526); *ders.* ZIP 2001, 2201 (2207); *Bitter* WM 2001, 666 (669 f.).

Es ist folglich keine getrennte Handhabung der Zahlungsverbote und Insolvenz-/Konkursantragspflicht vom Gesetzgeber beabsichtigt. In diesem Sinne wollte der Gesetzgeber 1892 mit Einführung des GmbHG⁵⁰⁶ in der Regelung des § 64 Abs. 1 und Abs. 2 GmbHG aF nichts anderes regeln als bereits in Art. 240, 241 in der Fassung von 1884 enthalten war. Es sollte demnach nie ein getrenntes Verhältnis zwischen der Insolvenzantragspflicht und den Zahlungsverboten normiert werden.⁵⁰⁷ Erst über hundert Jahre nach dem ADHGB wurde bei der Abfassung des AktG von 1965 die Ersatzpflicht für die Zahlungsverbote separat zur Insolvenzantragspflicht geregelt, indem § 84 Abs. 3 Nr. 6 AktG in der Fassung von 1936 erstmal neu in § 92 Abs. 3 AktG geregelt wurde. Dieses gesonderte Verbot wurde daraufhin auch in § 130a Abs. 2 HGB im Jahre 1976⁵⁰⁸ und in § 99 Abs. 2 GenG im Jahre 1973⁵⁰⁹ geregelt.⁵¹⁰ Eine beabsichtigte Trennung in der Behandlung der Rechtsinstitute kann daraus jedoch nicht gefolgert werden.

Konsequent ist mithin das von *Karsten Schmidt* verfolgte Modell eines Generaltatbestands der Insolvenzverschleppungshaftung nach § 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a InsO, welcher das Zahlungsverbot mit erfasst und für den einheitlich die Schutzgesetzeigenschaft angenommen wird.⁵¹¹ Ferner lehnen auch *Altmeyen/Wilhelm* eine Parallelität von Außen- und Innenhaftung im Rahmen ihres Verlustausgleichsmodelles ab. Allerdings qualifizierte sich dieser Ansicht nach weder die Insolvenzantragspflicht noch das Zahlungsverbot nach § 64 S. 1 GmbHG aF als Schutzgesetz.⁵¹² Mit Blick auf den neueingeführten § 15b InsO erkennt Altmeyen die Schutzgesetzeigenschaften der beiden

⁵⁰⁶ Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Vom 20.04.1892 (RGBl. S. 477).

⁵⁰⁷ *Karsten Schmidt* ZHR (168) 2004, 637 (662 f.); danach erfasse die Insolvenzverschleppungshaftung, als Generaltatbestand, auch die Zahlungsverbote; vgl. auch: *ders.*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 15, 11. Auflage 2015.

⁵⁰⁸ Erstes Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität v. 29.7.1976 (BGBl. 1976 I, S. 2034).

⁵⁰⁹ Gesetz zur Änderung des Gesetzes betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften v. 9.10.1973 (BGBl. 1973 I, S. 1451).

⁵¹⁰ *Karsten Schmidt* ZHR (168) 2004, 637 (662 f.).

⁵¹¹ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 11, 146, 11. Auflage 2015; *ders.* ZHR (175) 2011, 433; ZIP 2009, 1551 (1554); *Karsten Schmidt* ZHR (168) 2004, 637 (655; 663); *ders.*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck: Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz 11.35; eine eingehende Auseinandersetzung mit dieser Auffassung erfolgt in Kapitel § 6, S. 162 ff.

⁵¹² Vgl. *Altmeyen/Wilhelm* NJW 1999, 673 (677 ff.); *Altmeyen* ZIP 2001, 2201 (2005 f.); *ders.* ZIP 2015, 949 (953); Altmeyen, GmbHG § 64 Rn. 43 f., 56 ff., 10. Aufl. 2021.

Massesicherungspflichten unter Betonung der Aufrechterhaltung der Einheitslehre nunmehr jedoch an.⁵¹³

Vor dem Hintergrund, dass die Gläubigerschädigung erst durch die verbotene Zahlung erfolgt und die zusammengehörenden Haftungstatbestände einheitlich iSd Einheitslehre zu bewerten sind, müsste eine Qualifizierung des § 15a InsO als Schutzgesetz auch zu einer Qualifizierung des Zahlungsverbots als Schutzgesetz führen (argumentum a fortiori).⁵¹⁴

Eine Parallelität der Außen- und Innenhaftung im Sinne der Rechtsprechung des BGH ist somit fehlerhaft und kann nicht überzeugen.

(3) Zwischenergebnis: Einheitslehre vs. Trennungslehre

Zentrale Bedeutung bei der dogmatischen Einordnung des Zahlungsverbots hat die Abgrenzung nach der Trennungs- oder Einheitslehre.

Der BGH nimmt allein für einen Verstoß gegen die Insolvenzantragspflicht einen Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a InsO an, während er die Schutzgesetzeigenschaft der Zahlungsverbote unzutreffenderweise ablehnt und diese stattdessen als Erstattungsanspruch „eigener Art“ versteht. Hierbei stützt er sich auf das von ihm verfolgte Modell der Trennungslehre, welches gerade eine separate Behandlung der beiden Haftungsinstitute vorsieht.

Zutreffend erkennen dagegen die Einheitslehren, dass es sich bei genauer Betrachtung um eine einheitliche Schutzrichtung der beiden Haftungsinstitute gerichtet auf den Erhalt der den Gläubigern gewidmeten Insolvenzmasse handelt. Daraus folgt ein zwingender Gleichlauf in der dogmatischen Einordnung der Zahlungsverbote und der Insolvenzantragspflicht, wonach entweder beide Schutzgesetzcharakter aufweisen oder beide eben nicht. Schließlich kann anderweitig die Vornahme einer masseschmälernden Zahlung unter Umständen⁵¹⁵ zu

⁵¹³ Altmeyden, GmbHG Anh. § 64 Rn. 150.

⁵¹⁴ Altmeyden ZIP 2015, 949 (953).

⁵¹⁵ Wenn die masseschmälernde Zahlung vorgenommen wird und die Stellung eines Insolvenzantrags unterblieben ist; vgl auch: Altmeyden ZIP 2015, 949 (954); BGH NJW 1993, 2931 mit. Anm. Karsten Schmidt; ders. in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 63, 146, 11. Auflage 2015; einem Gleichlauf zustimmend: Haas, in: Noack/Servatius/Haas GmbHG § 64 Rn. 18 (anders noch: Haas, in: Baumbach/Hueck § 64 Rn. 5, 22. Aufl. 2019); a.A.: BGH ZIP 2020, 318: einen Gleichlauf der Haftungsinstitute ausdrücklich ablehnend, indem nur für die Zahlungsverbote die Schutzgesetzeigenschaft versagt wird.

einer Parallelität von Innen- und Außenhaftung führen und folglich eine verwirrende und unschlüssige Überregulierung auslösen.

Die Abgrenzung und Ausgestaltung des Tatbestandes der Haftung für verbotene Zahlungen und des Tatbestands der Haftung für Insolvenzverschleppung erfolgt nach Auffassung des BGH getrennt voneinander und differenziert insbesondere zwischen Alt- und Neugläubigern. So können sich im Rahmen der Insolvenzverschleppungshaftung die Neugläubiger allein auf ihren Kontrahierungsschaden berufen, während sich der vom Insolvenzverwalter geltend zu machende Anspruch der Altgläubiger sowie der gesetzlichen Gläubiger auf ihren Quotenschaden beschränkt. Abzugrenzen hiervon sei die Haftung für einen Verstoß gegen das Zahlungsverbot, bei dem die Neugläubiger sowohl einen Quotenschaden als auch ihren darüberhinausgehenden Kontrahierungsschaden geltend machen können. Während die Altgläubiger auf ihren Quotenschaden beschränkt seien. Diese Differenzierung nach Alt- und Neugläubiger überzeugt jedoch nicht, schließlich kann auch ein Neugläubiger bei Insolvenzverschleppung einen Quotenschaden erleiden. Ferner ist eine solche Differenzierung äußerst fehleranfällig und insofern impraktikabel, da eine eindeutige Einordnung als Alt- und Neugläubiger nicht immer gelingt.

Praktikabel ist allein die Einheitslehre, der zu folge eine Unterscheidung zwischen dem einheitlichen Quotenschaden der Alt- und Neugläubiger, welcher gegen das Zahlungsverbot verstößt und somit unter die Insolvenzverschleppungshaftung fällt einerseits vorzunehmen ist⁵¹⁶ und andererseits dem hiervon unabhängigen Kontrahierungsschaden der Neugläubiger, welcher über die culpa in contrahendo geltend zu machen ist.⁵¹⁷

An dem Gleichlauf der Haftungsinstitute ändert sich auch nichts durch die im Rahmen des MoMiG erfolgte Verschiebung der Insolvenzantragspflicht in die InsO

⁵¹⁶ Vgl. *Altmeyden* ZIP 2022, 1413; *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 11, 146, 11. Auflage 2015; *ders.* ZHR (175) 2011, 433; *ders.*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck: Die GmbH in der Krise 11.35: danach fällt der Quotenschaden unter die Insolvenzverschleppungshaftung.

⁵¹⁷ Vgl. *Altmeyden*, GmbHG § 64 Rn. 216 f.: sofern der Geschäftsführer als „Dritter“ „ (...) in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt“ iSv § 311 Abs. 3 BGB und insofern einen Vertrauenstatbestand verwirklicht; a.A.: der Anspruch nach c.i.c. (§§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB) entsteht bei unterlassener Aufklärung über die wirtschaftliche Situation der insolventen Gesellschaft vor Vertragsschluss, vgl. *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 182 f., 214, 11. Auflage 2015; *ders.*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck: Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz 11.26.

(§ 15a InsO). Schließlich bezweckte diese allein, dass auch EU-Auslandsgesellschaften, die den Schwerpunkt ihres Interesses in Deutschland haben, rechtsformübergreifend vom Anwendungsbereich erfasst werden. Der systematische Zusammenhang der Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO) und dem durch das SanInsFOG in § 15b InsO geregelten Zahlungsverbot ist jedoch spätestens mit deren Zusammenführung wieder unverkennbar.

bb) Zwischenergebnis zum BGH Urteil vom 18.11.2014 - II ZR 231/13

In seiner Grundsatzentscheidung vom 18.11.2014 versäumt der BGH ein schlüssiges und praktisch durchführbares Konzept zur Haftung für verbotene Zahlungen zu schaffen. Insbesondere stellt der BGH auf eine Einzelbetrachtung von Zahlung und Gegenleistung ab, welche Tür und Tor für sinnwidrige und fatale Ergebnisse in Alltagssituationen öffnet, indem nur jene Gegenleistungen berücksichtigt werden, die in einem „unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang“ zur Zahlung erfolgt sind. Offen bleibt, was unter diesem konturlosen Kriterium zu verstehen ist. Die Einzelbetrachtung verkennt insbesondere den maßgeblichen Zweck der Zahlungsverbote, wonach es eine (dauerhafte) Schmälerung der Insolvenzmasse zu verhindern gilt. Dies kann allein über eine Gesamtbetrachtung sämtlicher Zahlungen und Gegenleistungen sinnvoll erreicht werden. Ferner gilt es die vom BGH verfolgte Trennungslehre, welche zwischen Alt- und Neugläubigern unterscheidet, zugunsten der Einheitslehre aufzugeben. Schließlich gebieten die einheitliche Schutzrichtung der Insolvenzantragspflicht und der Zahlungsverbote sowie praktische Erwägungen einen Gleichlauf in der dogmatischen Einordnung.

b) BGH Urteile vom 23.06.2015 - II ZR 366/13 und 08.12.2015 – II ZR 68/14:

In seiner Entscheidung vom 23.06.2015 befasste sich der BGH mit dem Einzug einer sicherungsabgetretenen Forderung auf ein debitorisches Konto der Gesellschaft. Darin entschied er, dass von dem Grundsatz einer Haftung wegen verbotener Zahlung bei einem Einzug einer Forderung auf ein debitorisches Konto der Gesellschaft eine Ausnahme zu machen sei, wenn ein Absonderungsrecht der Bank bestehe.⁵¹⁸ Der BGH formulierte daneben weiter eine Gegenausnahme für den Fall, dass die sicherungsabgetretene Forderung erst nach Insolvenzreife entstanden oder

⁵¹⁸ BGHZ 206, 52 = NZG 2015, 998 (999 Rz. 12).

werthaltig geworden ist und der Geschäftsleiter dies hätte verhindern können.⁵¹⁹ Ferner gibt er Auskunft darüber, dass eine Enthftung eintrete, sofern infolge des Einzugs der sicherungsabgetreten Forderung auf ein debitorisches Konto der Gesellschaft weitere sicherungsabgetretene Forderungen frei werden.⁵²⁰ Im Übrigen soll ein haftungskompensierender Ausgleich bei einem Zahlungseingang auf das Debit Konto der Gesellschaft möglich sein, sofern ein „unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang“ zwischen Leistung und Gegenleistung besteht.⁵²¹

An diese zu den sicherungsabgetretenen Forderungen ergangene Rechtsprechung knüpft der BGH in seinem Urteil vom 08.12.2015 an. Danach handle es sich in der Konstellation, in der eine an die Bank zur Sicherheit abgetretene ggf. erst nach Insolvenzureife entstandene oder werthaltig gewordene Forderung eingezogen wird und es sich bei der Gegenleistung um eine im Sicherungseigentum der Bank stehende Ware handelt, um eine Gegenausnahme zur Gegenausnahme, die folglich zu einer Enthftung führt.⁵²² Zwar ist es zu begrüßen, dass die Haftung für verbotene Zahlungen weiter eingeschränkt wird, jedoch löst dieses komplexe und kaum praktikable Konstrukt der Einzelbetrachtung mit seinen Ausnahmen, Gegenausnahmen und Gegenausnahmen zur Gegenausnahme, starke Skepsis an seiner Tauglichkeit aus, die es im Folgenden zu bewerten gilt.

aa) Kritik

Die Schwächen der Rechtsprechung zur Dogmatik der Zahlungsverbote setzen sich auch in den Urteilen von 23.06.2015 und 08.12.2015 fort. Im Folgenden werden deshalb die Ausführungen zum Urteil vom 18.11.2014 ergänzt, indem die Mängel der beiden neueren Urteilen näher beleuchtet werden.

(I) Einzelbetrachtung versus Gesamtbetrachtung

Der Kardinalfehler der Anwendung der Einzelbetrachtung wird auch in den Urteilen vom 23.06.2015 und 08.12.2015 deutlich. So entsteht insbesondere eine erhebliche Rechtsunsicherheit aufgrund des vom BGH eingeführten komplexen Systems von

⁵¹⁹ BGHZ 206, 52 = NZG 2015, 998 (1000 Rz. 19).

⁵²⁰ BGHZ 206, 52 = NZG 2015, 998 (1001 Rz. 26).

⁵²¹ BGHZ 206, 52 = NZG 2015, 998, (1002 Rz. 33).

⁵²² BGH NZG 2016, 225.

Grundsatz, Ausnahme, Gegenausnahme und Gegenausnahme der Gegenausnahmen, welches im Folgenden dargestellt wird.⁵²³

Grundsätzlich führe der Zahlungseingang auf ein debitorisches Konto zu einer Haftung, da die Masse wegen des Kontokorrentkredits der Bank und der automatischen Verrechnung geschmälert wird.⁵²⁴ Dagegen bewirkt der Zahlungsausgang von einem debitorischem Konto lediglich einen neutralen Gläubigertausch, der gerade nicht zu einer Masseverkürzung führt und insofern keine Haftung begründet.⁵²⁵

Eine verbotene Zahlung sei ausnahmsweise für den Fall des Zahlungseingangs auf ein debitorisches Konto abzulehnen, wenn die kontoführende Bank schon vor Insolvenzreife ein Absonderungsrecht nach § 51 Nr. 1 InsO inne hat, sodass die Sicherheit in Höhe der Zahlung frei wird, wie etwa bei der typischen Globalzession. Bei bestehenden Sicherheiten der Bank sind die Voraussetzungen einer verbotenen Zahlung für die Kreditlinie insofern gerade anders herum. Denn die Zahlung steht aufgrund des bestehenden Absonderungsrechts der Bank und gerade nicht als Teil der zur gleichmäßigen Befriedigung der Gläubigergesamtheit einzusetzenden Masse zur Verfügung.⁵²⁶

Eine Gegenausnahme greift wiederum ein, sofern zwar schon vor Insolvenzreife eine Vereinbarung über eine Sicherungsabtretung getroffen worden ist, die zedierte Forderung jedoch erst nach Insolvenzreife entsteht bzw. die Zession werthaltig gemacht wird. Schließlich erfolgt der Rechtsübergang einer künftigen Forderung erst mit Entstehen der Forderung, also nach Insolvenzreife.⁵²⁷ Wird die Forderung erst nach Insolvenzreife werthaltig gemacht, so erfolgt die Wertschöpfung zu Gunsten eines Gläubigers und somit zu Lasten der Insolvenzmasse.⁵²⁸ Wie auch bei der

⁵²³ Casper ZIP 2016, 793 (803); die Zulassung der Ausnahmen führt zu Willkür: Bitter ZIP 2016, Beilage zu Heft 22, 6; ders. ZInsO 2010, 1505 (1515 ff.); ders., in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 126 ff.

⁵²⁴ BGHZ 206, 52 = NZG 2015, 998 (999 Rz. 10).

⁵²⁵ BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71 Rz. 15; BGH ZIP 2007, 1006, (1007 Rz. 8); Schulze-Osterloh, in: Festschrift Bezenberger, 2000, S. 415, 423 f.; vgl. Darstellung: Casper ZIP 2016, 793 (794): sog. reiner Passiv-Passiv-Tausch; v. Woedtke GmbHG 2015, 280 (284).

⁵²⁶ BGHZ 206, 52 = NZG 2015, 998 (999 Rz. 13 ff.); Bitter ZIP 2016, Beilage zu Heft 22, 6 (8); Sandhaus, in: Gehrlein/Born/Simon GmbHG § 64 Rn. 14.

⁵²⁷ BGH NZG 2016, 225 (226 Rz. 19, 21 f.); vgl. die Darstellung bei Bitter ZIP 2016, Beilage zu Heft 22, 6 (8); ders., in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 131, 11. Auflage 2015: „Geben ist seliger denn Nehmen“.

⁵²⁸ BGH NZG 2016, 225 (226 Rz. 23).

fehlenden Besicherung haftet der Geschäftsleiter daher bei einem Zahlungseingang auf ein debitorisches Konto.

Zuletzt sind noch die Konstellationen der Gegenausnahme der Gegenausnahme zu nennen, die wiederum zur Enthftung führen.

1. Eine solche Konstellation der Enthftung liegt vor, wenn durch die Einziehung einer sicherungshalber an die Bank abgetretenen Forderung auf ein debitorisch geführtes Konto der Gesellschaft weitere sicherungsabgetretene Forderungen frei geworden sind und zur Verwertung in die Insolvenzmasse gelangen. Es handelt sich insofern um einen nicht haftungsbegründenden Aktivtausch.⁵²⁹

2. Eine weitere Konstellation, die zur Enthftung führt, liegt vor, wenn die Zahlung auf das debitorisch geführte Konto der Gesellschaft bewirkt, dass neue Kreditschöpfungsmöglichkeiten geschaffen werden und der Geschäftsleiter diese Mittel in das Gesellschaftsvermögen leitet. Eine Enthftung sei jedoch nicht gegeben, wenn die Mittel zur Befriedigung anderer Gesellschaftsgläubiger verwendet werden (nicht haftungsbefreiender Gläubigertausch). Eine Enthftung greife jedoch wiederum, wenn der befriedigte Gläubiger eine in „unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang“ zum Mittelzufluss (Zahlung) auf das debitorische Konto erfolgte Gegenleistung erbracht hat.⁵³⁰

3. Eine letzte, die Enthftung herbeiführende Konstellation liegt vor, wenn auf ein debitorisch geführtes Konto der Gesellschaft eine an die Bank sicherungsabgetretene Forderung eingezogen wird, die erst nach Insolvenzureife durch die Lieferung von Waren (Gegenleistung) an den Forderungsschuldner entsteht oder werthaltig gemacht wird und bei der zusätzlich die als Gegenleistung erfolgten Waren im Sicherungseigentum der Bank standen.⁵³¹ Es wird insofern wieder die Rechtslage des Ausnahmefalls der Enthftung hergestellt, zumal das Entstehen oder werthaltig

⁵²⁹ BGH NZG 2016, 225 (226 Rz. 25 f.); zustimmend: *Habersack/Foerster* ZGR 2016, 153 (169); a.A.: OLG München GmbHR 2014, 139 (142).

⁵³⁰ BGHZ 206, 52 = NZG 2015, 998 (999 Rz. 33).

⁵³¹ BGH NZG 2016, 225.

machen einer Forderung keine Masseschmälerung bewirkt, sondern nur einen für die Masse neutralen (nicht haftungsbegründenden) Sicherheitentausch begründet.⁵³²

Das Netz an Differenzierungen geht jedoch noch weiter, da bereits mit dem Erwerb der maßgeblichen sicherungsübereigneten Gegenstände eine verbotene Zahlung verbunden sein kann. So soll die Haftung nach Auffassung der Rspr. davon abhängen, ob der entrichtete Kaufpreis von der Gesellschaft für die vom Käufer nach Insolvenzreife vorgeleistete und im Sicherheitseigentum der Bank stehende Kaufsache von einem kreditorischen Konto oder von einem debitorischen Konto erfolgte. Letztere Variante führe jedoch wiederum nur dann zu einer Enthftung, wenn die Bank nicht ausreichend besichert sei (unschädlicher Gläubigertausch). Während umgekehrt der Tausch eines ungesicherten Gläubigers gegen einen gesicherten Gläubiger mit Absonderungsrecht zu einer Haftung führt.⁵³³

Die Verwirrung in dem aufgezeigten System an Ausnahmen der Rspr. wird auch in dem Beispiel deutlich, in dem nach Insolvenzreife eine Forderung auf das debitorisch geführte Konto einer Gesellschaft eingezogen wird und die Gesellschaft mit der Kaufsache zuvor bereits in Vorleistung gegangen ist. In der Lieferung der Kaufsache liegt eine verbotene Zahlung. Eine Haftungskompensation kann jedoch durch die Kaufpreiszahlung als „Ausgleich“ gelingen. Erfolgt der Zahlungseingang allerdings auf ein debitorisch geführtes Konto, so führt dies grundsätzlich zu einer Haftung. Spinnt man dieses Konstrukt allerdings noch weiter und die Gesellschaft kauft mit dem auf das debitorisch geführte Konto geflossenen Geld Waren, die der Masse zugute kommen, würde dies die Haftung wieder beseitigen. Allerdings dürften auch diese Käufe wiederum nicht gegen das Zahlungsverbot verstoßen, wie dies etwa bei im Sicherheitseigentum der Bank stehenden Waren der Fall wäre.⁵³⁴

So bilden die sich anschließenden Fragen, „worin ggf. die Sicherheit bestand, ob es sich insbesondere um eine Sicherungszession handelte, bei der die Forderung vor oder nach Insolvenzreife entsteht oder werthaltig gemacht wurde, dieses werthaltig

⁵³² BGH ZIP 2016, 364 (366 Rz. 25) mit Anm. Altmeppen; kritisch: *Bitter* ZIP 2016, Beilage zu Heft 22, 6 (8); *ders.*, in Scholz GmbHG § 64 Rn. 132: „Nehmen ist seliger denn Geben“; *Casper* ZIP 2016, 793 (801).

⁵³³ BGH NZG 2016, 225 (226 Rz. 26); BGH ZIP 2011, 422 (424 Rz. 26); vgl. Darstellung *Bitter* ZIP 2016, Beilage zu Heft 22, 6 (7); *Casper* ZIP 2016, 793 (799); kritisch: *Altmeppen* NZG 2016, 521 (523 ff.) mwN.

⁵³⁴ Siehe eingehend die Fallkonstellationen bei: BGH ZIP 2016, 364 (367) mit Anm. Altmeppen.

machen ggf. mit einer (anderen) sicherungsübereigneten Sache geschah, die ihrerseits wieder von einem debitorischen oder kreditorischen Konto bezahlt worden sein kann u. s. w., u. s. w. – ein „perpetuum mobile“! – Oder doch eher ein „circulus vitiosus“?⁵³⁵ Nicht zu vergessen ist in der Konstellation einer Ausnahme wegen eines bestehenden Absonderungsrechts nach § 51 InsO des Gläubigers, dass bei der Auszahlung von einem debitorischen Konto darüber hinaus die Ungewissheit darüber besteht, ob die Sicherheit bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens überhaupt in Anspruch genommen wird.⁵³⁶

Wie schon für das Urteil vom 18.11.2014 festgestellt, bestätigen auch die Urteile vom 23.06.2015 und 08.12.2015, dass die von der Rechtsprechung vertretenen Einzelbetrachtung aufgrund ihrer Komplexität und schweren Handhabung zu enormen praktischen Schwierigkeiten führt. Es kann kaum kontrolliert werden, ob eine der potenziellen Ausnahmen vorliegt, da dies bei jeder Zahlung auf ein debitorisches Konto einzeln zu erfolgen hat.⁵³⁷ Noch komplexer wird im Rahmen der Einzelbetrachtung die hinzukommende Problematik der Insolvenzanfechtung nach §§ 129 ff. InsO sowie einer potenziellen Haftung des Geschäftsführers für Kontrahierungsschäden der Neugläubiger.⁵³⁸ Unbehagen erregt ferner die Konsequenz, dass Geschäftsführer aufgrund des Ausnahmesystems dazu motiviert werden könnten, die Haftung zu umgehen, indem sie ab Insolvenzreife lediglich von einem debitorisch geführten Konto Abhebungen vornehmen und so das debitorische Konto immer mehr ins Soll sinken lassen, da dies bloß einen unschädlichen Gläubigertausch bewirke, der zulasten des neuen Gläubigers geht und gerade nicht zur Haftung führt.⁵³⁹ Diese Schwierigkeiten beruhen alle auf dem Prinzip der

⁵³⁵ *Bitter* ZIP 2016, Beilage zu Heft 22, 6 (8); so auch *ders.*, in Scholz GmbHG § 64 Rn. 133: es entstehe ein „Teufelskreis“.

⁵³⁶ *Casper* ZIP 2016, 793 (799).

⁵³⁷ So auch *Altmeyden*, GmbHG § 64 Rn. 175; *Bitter* ZIP 2016, Beilage zu Heft 22, 6 (7, 11) mwN; BGH ZIP 2016, 364 (367) mit Anm. *Altmeyden*: „Der II. Zivilsenat bekommt die Haftung wegen Verletzung der Massesicherungspflichten nicht in den Griff.“ und „Es bedarf kaum des Hinweises, dass niemand hier den Überblick behalten kann, worauf es im Einzelnen ankommen soll.“; *ders.* NZG 2016, 521 (524): es hängt ferner nicht davon ab, in welcher zeitlichen Reihenfolge eine Zahlung auf ein debitorisches Konto und eine im Sicherungseigentum der Bank stehende Gegenleistung erfolgt ist.

⁵³⁸ BGH ZIP 2016, 364 (367) mit Anm. *Altmeyden*.

⁵³⁹ Kritisch: *Karsten Schmidt*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck: Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz 11.43 ff.: dies ist wieder jeder Vernunft; *Bitter* ZIP 2016, Beilage zu Heft 22, 6 (7) mwN; vgl. auch: *v. Woedtke* GmbHG 2016, 280 (284).

Einzelbetrachtung selbst, weshalb sie zugunsten einer Gesamtbetrachtung aufgegeben werden sollte.

(II) Unmittelbarkeitserfordernis

Zweifelhaft erscheint das vom BGH auch in diesen Urteilen verwendete Unmittelbarkeitserfordernis. So soll für die Einzahlung auf ein debitorisch geführtes Konto der Gesellschaft als eine grundsätzlich verbotene Zahlung eine Haftungskompensation dann eintreten, wenn die infolge der Einzahlung auf dieses Konto neu eröffnete Kreditlinie, die wiederum zur Befriedigung eines Neugläubigers verwendet wurde, durch eine werthaltige Gegenleistung ausgeglichen wird.⁵⁴⁰ Diese Gegenleistung muss gerade in einem „unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang“ zum ursprünglichen Zahlungseingang auf das debitorisch geführte Konto stehen. Maßgeblich für die Enthftung sei insofern, dass jene neuen Kreditmittel auch in das Gesellschaftsvermögen gelangen.⁵⁴¹

In der Literatur wird teilweise kritisiert, dass das Unmittelbarkeitserfordernis nur auf Austauschgeschäfte im Sinne des Bargeschäftsprivilegs Anwendung finde und auf Leistungen von einem debitorisch geführten Konto der Gesellschaft gerade nicht passe.⁵⁴² Zur Vermeidung einer Haftungsduplizierung und Bereicherung der Masse bei angefochtener Zahlung an einen Neugläubiger sehen die Kritiker den haftungsbefreienden Ausgleich bereits in der Leistung auf ein debitorisch geführtes Konto der Gesellschaft und der anschließenden Inanspruchnahme eines Kredits. Die Gegenleistung liege somit darin, dass die kreditgebende Bank im Deckungsverhältnis einen weiteren Kreditrahmen zur Verfügung stellt. Auf die weitere Verwendung komme es für diesen Ausgleich nicht an. Weitere Zahlungen an Gläubiger aus den frei gewordenen Mitteln begründen insofern neue eigenständige masseschmälernde haftungsbegründende Zahlungen. Damit werde erreicht, dass die Gesellschaft nicht sowohl vom Geschäftsleiter als auch vom Anfechtungsgegner die Leistung doppelt erlangt.⁵⁴³

⁵⁴⁰ BGHZ 206, 52 = NZG 2015, 998 (1002 Rz. 33): ein Ausgleich liege ferner vor, wenn die frei gewordenen Mittel abgehoben werden und dem Gesellschaftsvermögen zugeführt werden oder auf ein kreditorisch geführtes Konto der Gesellschaft überwiesen werden.

⁵⁴¹ BGHZ 206, 52 = NZG 2015, 998 (1002 Rz. 33)

⁵⁴² *Habersack/Foerster ZGR* 2016, 153 (174, 178): Irrelevanz des Unmittelbarkeitskriteriums.

⁵⁴³ *Habersack/Foerster ZGR* 2016, 153 (174).

Die Kritik der Vertreter des Bargeschäftsprivilegs kann jedoch auch nicht überzeugen, zumal fälschlicherweise eine Gesamtschuldnerschaft zwischen dem Geschäftsleiter und dem Anfechtungsschuldner angenommen wird,⁵⁴⁴ wobei verkannt wird, dass sich die Gesamtschuldnerschaft und der einschlägige Zessionsregress gerade ausschließen.⁵⁴⁵ Nicht nachvollziehbar ist ferner, weshalb die Anwendung des Unmittelbarkeitserfordernisses davon abhängen soll, ob es sich um ein Bargeschäft handele. Schließlich ist allein entscheidend, ob eine Verminderung der Insolvenzmasse eingetreten ist.⁵⁴⁶

Sowohl die beiden Urteile des BGH als auch die diesen kritisch gegenüber stehenden Meinungen aus der Literatur, welche sich ebenso auf eine Einzelbetrachtung stützen, vermögen nicht zu überzeugen.

(III) Gleichwertigkeit der Zahlungen

Zu Unrecht geht der BGH in seinem Urteil vom 08.12.2015 wohl noch von dem Erfordernis der Gleichwertigkeit der Gegenleistung aus, wie die Formulierung „in Höhe des Werts der Warenlieferung“ ist „eine Masseschmälerung auch dann zu verneinen“, nahelegt.⁵⁴⁷ Ein Vergleich zum Bargeschäftsprivileg nach § 142 InsO, wonach auf die objektive Gleichwertigkeit der Gegenleistung abgestellt wird⁵⁴⁸, kann jedoch nicht auf das Zahlungsverbot übertragen werden.⁵⁴⁹ Dabei wird verkannt, dass ein solches Erfordernis für die Frage nach einem haftungskompensierenden Ausgleich keine Rolle spielen kann, schließlich ist es nicht verhältnismäßig, dass der Geschäftsleiter in voller Höhe auf Erstattung der getätigten verbotenen Zahlung

⁵⁴⁴ *Habersack/Foerster*. ZHR (178) 2014, 387 (409); ähnlich zur Gesamtschuld: BGH NJW 1969, 1165; a.A.: OLG Oldenburg 2004, 984 f.; *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht S. 715.

⁵⁴⁵ Vgl. *Altmeyen* NZG 2016, 521 (526) mwN; *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, BGB, § 255 Rn. 2; *Bydlinski*, in: *MüKoBGB* § 421 Rn. 64, 7. Aufl. 2016: „Die Entscheidung (sc. BGHZ 52, 39 [43 ff.] = NJW 1969, 1165) missachtet zentrale Prinzipien des Schadensersatzrechts“; vgl. auch BGH JZ 1984, 232 (233) mit Anm. *Reinicke/Tiedtke/Roth*, in: *FS Medicus*, 1999, S. 495 (502 ff., 509 f.); BGH JZ 1973, 199 (201) mit Anm. *Dilcher*.

⁵⁴⁶ Vgl. *Altmeyen* NZG 2016, 521 (526).

⁵⁴⁷ BGH NZG 2016, 225 Rz. 24.

⁵⁴⁸ RegBegr. zu § 161 InsO - BT-Drs. 12/2443, S. 167; BGH NJW 2002, 1722; BAG NZI 2011, 981 (983 Rz. 13); die zufließende Leistung darf auch höherwertig sein. Allerdings ist eine subjektive Überzeugung von Gleichwertigkeit nicht ausreichend: *Kirchhof/Piekenbrock*, in: *MüKo InsO* § 142 Rn. 13; *Borries/Hirte*, in: *Uhlenbruck InsO* § 142 Rn. 23; *Nerlich*, in: *Nerlich/Römermann InsO* § 142 Rn. 6; *Schoon*, in: *BeckOK InsO* § 142 Rn. 14, 26. Edition Stand 15.01.2022.

⁵⁴⁹ Eine Übertragung der Grundsätze des Bargeschäftsprivilegs ist nicht möglich, vgl. Kapitel § 6, S. 95 ff, 127 ff, 143 f.

(Einzelbetrachtung), bei einer bloß, zum Beispiel geringfügig niedrigeren Gegenleistung, haftet. Zumal rein rechnerisch nur in Höhe dieser marginalen Differenz eine Masseschmälerung eingetreten ist und gerade nicht in Höhe der gesamten verbotenen Zahlungen. Die Gegenleistung ist insofern richtigerweise auf die Zahlung bei einer Differenz anzurechnen ist und der Erstattungsanspruch beschränkt sich auf den Ausgleich des geringeren Schadens, wie § 15b Abs. 4 S. 2 InsO nunmehr treffenderweise ausdrücklich normiert.

(IV) Zwischenergebnis

Eine Verteidigung der dogmatischen Einordnung der Zahlungsverbote als Erstattungsanspruch „eigener Art“ gelingt den beiden Urteilen vom 23.06.2015 und 08.12.2015 nicht. Im Gegenteil werden die Schwächen der Rechtsprechung insbesondere in Hinblick auf die Einzelbetrachtung mit seinem komplexen und praxisuntauglichen Ausnahmesystem lediglich verdeutlicht. Offen bleibt weiterhin, welche Anforderungen die Rechtsprechung an den geforderten „unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang“ stellt. In dem Urteil noch nicht abschließend geklärt ist das Erfordernis der Gleichwertigkeit der Gegenleistung, welches jedoch spätestens mit Einführung § 15b Abs. 4 S. 2 InsO unhaltbar ist. Ein in sich schlüssiges Konzept ist durch die Aufgabe der dogmatischen Einordnung der Zahlungsverbote als Erstattungsanspruch „eigener Art“ mit seiner Einzelbetrachtung und Anwendung der dogmatischen Einordnung als Schadensersatzanspruch basierend auf einer Gesamtbetrachtung zu erreichen.

c) BGH Urteil vom 04.07.2017 - II ZR 319/15

Der BGH setzt in seinem Urteil von 2017 konsequent die bisherige Rechtsprechung zur Haftung für verbotene Zahlungen als Erstattungsanspruch „eigener Art“ fort. Dabei modifiziert er die Einzelbetrachtung, wonach eine Gegenleistung anspruchsmindernd zu berücksichtigen sei, wenn diese in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang erfolgt ist, dahingehend, dass die ausgleichende Gegenleistung für die Gläubiger verwertbar sein muss. Die erheblichen Schwierigkeiten in der Praxis, insbesondere in Bezug auf die Nachweisbarkeit der Verwertbarkeit, bleiben jedoch unberücksichtigt. Dagegen ist es zu begrüßen, dass der BGH die Übertragbarkeit der Grundsätze des anfechtungsrechtlichen Bargeschäftsprivilegs auf das Zahlungsverbot sowie des Grundsatzes der Lehre eines Sorgfaltsprivilegs ablehnt. Diese Klarstellungen können jedoch nicht über den dem

Urteil zugrundeliegenden schwerwiegenden Widerspruch hinweghelfen, dass einerseits eine Vorteilsanrechnung als schadensrechtlicher Grundsatz bei der Berücksichtigung von ausgleichenden Gegenleistungen vorgenommen wird, andererseits aber die dogmatische Einordnung als Schadensersatzanspruch gerade abgelehnt wird.

Es folgt eine kritische Auseinandersetzung mit den Neuerungen der bisherigen Rechtsprechung durch das Urteil vom 04.07.2017.

aa) Keine Übertragbarkeit der Lehre zum Bargeschäftsprivileg

Zurecht lehnt der BGH eine Übertragung der Grundsätze des Bargeschäftsprivilegs nach § 142 InsO auf das Zahlungsverbot nach § 64 S. 1 GmbHG aF (jetzt: § 15b InsO) ab.⁵⁵⁰ Insbesondere fehlt es für die analoge Anwendung dieses Haftungsprivilegs an der erforderlichen vergleichbaren Interessenlage, wie die folgenden fünf wesentlichen Unterschiede aufzeigen.⁵⁵¹

1. Dem Zahlungsverbot (§ 64 S. 1 GmbHG aF) und dem Bargeschäftsprivileg (§ 142 InsO) liegen gänzlich unterschiedliche Schutzrichtungen zugrunde. So zielt das Zahlungsverbot auf den Erhalt der Aktivmasse ab, während das Anfechtungsrecht sowohl vor einer Gläubigerbenachteiligung durch Reduzierung der Aktivmasse als auch vor einer Vermehrung der Schuldnermasse schützt.⁵⁵²

2. Für eine Vergleichbarkeit fehlt es ferner an einem einheitlich zu schützenden Personenkreis, zumal § 64 S. 1 GmbHG aF (jetzt: § 15b InsO) die Gläubigergesamtheit der insolventen Gesellschaft schützt, während § 142 InsO seinem Schutzzwecke nach auf den Geschäftsgegner der insolventen Gesellschaft abzielt, denn dieser habe trotz der Krise einen Vertrauensschutz auf das Behalten dürfen. Behält der Zahlungsempfänger die Zahlung jedoch nicht, sondern gelangt diese infolge einer erfolgreichen Anfechtung zurück ins Gesellschaftsvermögen, so

⁵⁵⁰ BGH ZIP 2017, 1619 (1035 Rz. 9 ff.), vgl. auch: BGH NZI 2017, 809 (812) mit Anm. *Schädlich*; BGH BB 2017, 2130 (2132) mit Anm. *Wilhelm*; *Altmeyen* ZIP 2017, 1833 (1834); *ders.* ZIP 2020, 937; *Altmeyen*, GmbHG § 64 Rn. 18, 10. Aufl. 2021.

⁵⁵¹ BGH ZIP 2017, 1619 (1035 Rz. 12 ff.).

⁵⁵² BGH ZIP 2017, 1619 (1035 Rz. 10, 13); zustimmend: *Altmeyen*, GmbHG § 64 Rn. 18, 10. Aufl. 2021.

entfällt zur Vermeidung einer Massebereicherung die Erstattungspflicht nach § 64 S. 1 GmbHG aF (jetzt: § 15b Abs. 4 S. 1 InsO).⁵⁵³

3. Auf Rechtsfolgenseite ist darauf aufmerksam zu machen, dass der Anfechtungsgegner das zuvor Erlangte herauszugeben hat, während der Geschäftsleiter einen Betrag zu erstatten hat, der ihm nie zugeflossen ist.⁵⁵⁴ Einerseits handelt es sich dabei auf Seiten des Anfechtungsgegners um Vertrauensschutz bezüglich dem Behaltendürfen der Leistung. Während andererseits das Zahlungsverbot eine Haftungsnorm des Geschäftsleiters begründet, wobei maßgeblich ist, inwiefern ihm ein schuldhaftes Fehlverhalten in der Krise vorzuwerfen ist. Es müssen auf Grund dieses unterschiedlichen Charakters der Normen auch unterschiedliche Anforderungen an diese gestellt werden. So erfordert gerade das Zahlungsverbot als Haftungsnorm strengere Voraussetzungen als die Insolvenzanfechtung mit seinem „bloßen“ Vertrauensschutz.⁵⁵⁵

4. Ein weiterer Unterschied ergibt sich daraus, dass das Zahlungsverbot gerade keine weitere Teilnahme am Geschäftsverkehr erlaubt, sondern der Geschäftsleiter ab Insolvenzreife lediglich zur Stellung des Insolvenzantrags angehalten werden soll. Er soll insofern keine weitere Handlungsbefugnis innehaben. Im Gegensatz dazu ermöglicht § 142 InsO dem Geschäftsführer „wertäquivalente Bargeschäfte“ während der Krise vorzunehmen und folglich die weitere Teilnahme des Schuldners am Geschäftsverkehr.⁵⁵⁶

5. Schlussendlich spricht gegen eine Vergleichbarkeit, dass der BGH im Rahmen seiner Einzelbetrachtungslehre eine Haftungskompensation für eine verbotene Zahlung durch eine Gegenleistung nur unter der Voraussetzung eines unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhangs zulässt und auf das Erfordernis eines zeitlichen Zusammenhangs iSd § 142 Abs. 2 S. 1 InsO treffenderweise verzichtet wird. Dagegen fordert § 142 InsO gerade jenen zeitlichen Zusammenhang.⁵⁵⁷

⁵⁵³ BGH ZIP 2017, 1619 (1035 Rz. 14).

⁵⁵⁴ BGH ZIP 2017, 1619 (1035 Rz. 10 ff.).

⁵⁵⁵ Vgl. bereits: *Schmid*, Haftung der Geschäftsleiter insolventer Gesellschaften für die Verletzung der Zahlungsverbote und der Insolvenzantragspflicht, S. 102.

⁵⁵⁶ BGH ZIP 2017, 1619 (1035 Rz. 15).

⁵⁵⁷ BGH ZIP 2017, 1619 (1035 Rz. 11, 16); vgl. dazu: BGH BB 2017, 2130 (2132) mit Anm. *Wilhelm*; das Erfordernis eines zeitlichen Zusammenhangs ebenso ablehnend: *Almeppen* ZIP 2017, 1833 (1834); *ders.* ZIP 2020, 937 f.; *Kordes* NZG 2017, 1140 (1141): für die Masse komme es allein darauf

Die Haftung des Geschäftsleiters ist bereits deshalb erforderlich, da eine erfolgreiche Anfechtung zwar von der Erstattungspflicht befreien würde, es dazu allerdings nur selten kommen dürfte, zumal die Anfechtung durch den künftigen Insolvenzverwalter vorzunehmen ist, der sich jedoch ggf. erst zu einem Zeitpunkt mit der Anfechtung beschäftigt, indem diese schon ausgeschlossen ist gem. § 142 InsO. Würde die Voraussetzung eines zeitlichen Zusammenhangs insofern auch für das Zahlungsverbot greifen, würde dies die Erstattungspflicht ausschließen, obwohl es zu einer Masseschmälerung gekommen ist. Somit wäre der Schutzzweck des Bargeschäftsprivilegs missglückt, wenn neben dem Schuldner und dem Leistungsempfänger auch der Geschäftsleiter geschützt werden würde; schließlich darf er ab Insolvenzreife gar keine Zahlungen mehr tätigen, also auch keine Bargeschäfte. Das Bargeschäft kann insofern nicht enthaftend wirken.⁵⁵⁸

bb) Keine Anwendung der Lehre zum Sorgfaltsprivileg von angemessen vergüteter Austauschverträge

Richtigerweise lehnt der BGH in seinem Urteil vom 04.07.2017 die Anwendung der Lehre zur „Sorgfalt“ von angemessen vergüteten Austauschgeschäften ab. Schließlich kann auch ein vorteilhaftes oder zumindest angemessenes Geschäft nicht rechtmäßig und „sorgfältig“ iSv § 64 S. 2 GmbHG aF (jetzt: § 15b Abs. 1 S. 2 InsO) sein, wenn die Vornahme dieses Geschäfts durch eine masseschmälernde Zahlung doch gerade pflichtwidrig ist.⁵⁵⁹ Verkannt wird von den Vertretern der Sorgfaltslehre, dass grundsätzlich jede Zahlung ab Insolvenzreife, selbst wenn sie auf einem besonders vorteilhaften Geschäft beruht, pflichtwidrig sowie strafbar ist und insofern haftungsbegründend iSv § 64 S. 1 GmbHG aF (jetzt: § 15b Abs. 4 S. 1 InsO)

an, dass der Ausgleich erfolgt ist und nicht wann dieser erfolgt ist; a.A.: OLG München 22.06.2017: Privilegierung auch für Zahlungsverbote bei kurzfristigem Termin innerhalb von max. 3 Wochen.

⁵⁵⁸ *Altmeyen* ZIP 2017, 1833 (1834); *ders.* ZIP 2020, 937 (941).

⁵⁵⁹ BGH ZIP 2017, 1619 (1035 Rz. 15); vgl. *Altmeyen* ZIP 2017, 1833 (1834); so aber: *Haneke* NZI 2015, 499 (502 f.) jew. mwN; *Koch*, in: Hüffer/Koch AktG § 92 Rn. 34, 12. Aufl. 2016; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm AktG § 92 Rn. 28; *Nerlich*, in: MHLS GmbHG § 64 Rn. 22; *Ulmer*, in: Hachenburg GmbHG § 64 Rn. 42, 8. Aufl. 1997; *Röhrich* ZIP 2005, 505 (511); *Schulze-Osterloh*, in: FS Bezenberger, 2000, S. 415 (424 f.); *Schneider/M. Schmidt-Leithoff*, in: Rowedder/Pentz Anh. II § 60 Rn. 33 ff.; (deutlicher noch: *Schmidt-Leithoff/Schneider*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG § 64 Rn. 36 f., 6. Aufl. 2017).

wirkt.⁵⁶⁰ Der infolge eines günstigen oder angemessenen Geschäfts in das Gesellschaftsvermögen gelangte Ausgleich bewirkt lediglich, dass die bereits entstandene Haftung für einen Verstoß gegen das Zahlungsverbot kompensiert wird. Diese Berücksichtigung entspricht dem Grundsatz des Vorteilsausgleichs aus dem Schadensersatzrecht.⁵⁶¹

cc) Kriterium der Verwertbarkeit der Gegenleistung

Der BGH stützt sich in seinem Urteil vom 04.07.2017 weiterhin auf die Einzelbetrachtungslehre, welche ein Resultat des unklaren Gesetzestextes der Zahlungsverbote ist.⁵⁶² Danach bleibt es bei der grundsätzlichen Haftung für jede einzelne verbotene Zahlung ab Insolvenzreife. Zu einer Haftungskompensation kommt es nur, wenn für jede einzelne Zahlung eine Gegenleistung (Vorteil) in einem unmittelbaren Zusammenhang ins Gesellschaftsvermögen gelangt ist. Diese Verrechnung erfolgt nach den allgemeinen Regeln des Schadensausgleichs (Verlustausgleich). Eine wesentliche Neuerung dieses Urteils ist, dass der maßgebliche Ausgleich nur dann berücksichtigungsfähig ist, wenn er für die Verwertbarkeit durch die Gläubiger, bei unterstellter Insolvenzeröffnung im Zeitpunkt des Massezuflusses, geeignet ist.⁵⁶³ Dieses Kriterium schränkt die Enthftungsmöglichkeiten des Geschäftsleiters jedoch unverhältnismäßig ein, zumal die Verwertbarkeit der Gegenleistung in der Praxis nur schwer nachweisbar ist. Ferner ergeben sich teils zweifelhafte Ergebnisse bei Anwendung dieses Kriteriums.⁵⁶⁴ So sei nach Auffassung des BGH eine Haftungskompensation bei Arbeits- und Dienstleistungen sowie geringwertigen, typischerweise zum alsbaldigen Verbrauch bestimmten Waren regelmäßig abzulehnen.⁵⁶⁵ Dieses Ergebnis erscheint jedoch unschlüssig, schließlich werden die mit der Arbeitsleistung

⁵⁶⁰ Vgl. *Altmeyen* ZIP 2017, 1833 (1834); bereits *Karsten Schmidt*, in: FS Rebmann, 1989, S. 419 (434).

⁵⁶¹ BGH ZIP 2017, 1619 (1035 Rz. 14); vgl. auch *Altmeyen* ZIP 2017, 1833 (1834).

⁵⁶² Historischer Gesetzgeber des ADHGB von 1861 befürwortete eine Gesamtbetrachtung.

⁵⁶³ BGH ZIP 2017, 1619 (1036 Rz. 18); zustimmend: *Baumert* NZG 2016, 379 (380); *Casper*, in: HCL GmbHG Anh. § 62 Rn. 118; *Kordes* NZG 2017, 1140 (1141 f.); *H.-F. Müller*, in: MüKo GmbHG § 64 Rn. 175; *ders.* DB 2015, 723 (725); *Haneke* NZI 2015, 499 (501); *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG § 64 Rn. 20.

⁵⁶⁴ BGH Urteil 04.07.2017, BeckRS 2017, 120629 mit Anm. Wolfer.

⁵⁶⁵ BGH ZIP 2017, 1619 (1036 Rz. 18); *Fölsing* KSI 2015, 70 (73); *Kordes* NZG 2017, 1140 (1142); a.A.: *Casper* ZIP 2016, 793 (796); *Gehrlein* NZG 2021, 59 (61).

einhergehenden mittelbaren Vorteile gänzlich ausgeblendet, obwohl die Masse hiervon profitiert, wie etwa in der Konstellation deutlich wird, in der ein Rechtsanwalt oder ein Wirtschaftsprüfer die Gesellschaft erfolgsversprechend und erfolgreich berät und die Gesellschaft daraufhin einen deutlich über dem Honorar liegenden Betrag erwirtschaftet.⁵⁶⁶ Im Zusammenhang mit der Werthaltigmachung von Forderungen durch Arbeitsleistungen von Mitarbeitern ergibt sich eine weitere Unstimmigkeit. So soll einerseits die Werthaltigmachung einer Forderung durch die erbrachte Arbeitsleistung der Mitarbeitern des späteren Schuldners haftungsbegründend wirken und insofern der Insolvenzmasse als Bestandteil zugeordnet werden.⁵⁶⁷ Während andererseits eine Haftungskompensation durch eine Entgegennahme der Arbeitsleistung mangels Verwertbarkeit gerade nicht möglich sei.⁵⁶⁸ Insbesondere existiere bei fehlender Verwertbarkeit keine Vermutungswirkung, „dass der gezahlte Preis dem Wert der Gegenleistung [...] entspricht“⁵⁶⁹. Materiallieferungen berechnen sich nach Auffassung des BGHs nach Liquidationswerten, wobei offen bleibt, inwiefern ausnahmsweise eine Bewertung nach Fortführungswerten möglich ist.⁵⁷⁰ Nicht nachvollziehbar ist es, warum die Ausgleichsfähigkeit von geringwertigen, typischerweise zum alsbaldigen Verbrauch bestimmten Waren, pauschal ausgeschlossen wird und deren wertsteigernde Verarbeitung und anschließende Veräußerung nicht haftungskompensierend berücksichtigt werden können soll.⁵⁷¹ Vor diesem Hintergrund ist das Verlangen des Gesetzgebers des SanInsFOG zu begrüßen, dass mit Einführung des § 15b Abs. 4 S. 2 InsO Dienstleistungen fortan bei der Berechnung des Gesamtschadens zu berücksichtigen sind.⁵⁷² Schlüssige Ergebnisse im Rahmen der Berücksichtigung von Gegenleistungen können nur bei Anwendung der Gesamtbetrachtungslehre und

⁵⁶⁶ Vgl. *Altmeyden* ZIP 2017, 1833 (1835).

⁵⁶⁷ BGHZ 206, 52 = NZG 2015, 998; vgl. Darstellung: FD-InsR 2017, 394743 mit. Anm. Kiesel.

⁵⁶⁸ BGH ZIP 2017, 1619 (1036 Rz. 18).

⁵⁶⁹ BGH ZIP 2017, 1619 (1036 Rz. 20); vgl. dazu: FD-InsR 2017, 394743 mit. Anm. Kiesel; kritisch: *Kordes* NZG 2017, 1140 (1142): eine (widerlegliche) Vermutung wäre hilfreich.

⁵⁷⁰ BGH ZIP 2017, 1619 (1036 Rz. 20); BGH Urteil 04.07.2017, BeckRS 2017, 120629 mit Anm. Wolfer; für eine Bewertung nach Fortsetzungswerten, sofern Fortführung gesichert erscheint: *Kordes* NZG 2017, 1140 (1142); so auch *H.-F. Müller*, in: MüKo GmbHG § 64 Rn. 177.

⁵⁷¹ *Altmeyden* ZIP 2017, 1833 (1835) mwN.

⁵⁷² RegBegr. SanInsFOG BT-Drs. 19/24181, S. 194; vgl. auch: *Altmeyden*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 190 f.: Bestätigung der Unhaltbarkeit der Einzelbetrachtung.

Aufgabe der Einzelbetrachtungslehre und seinem Unmittelbarkeitserfordernis sowie Verwertbarkeitserfordernis erreicht werden.

dd) Zwischenergebnis

Das Urteil vom 04.07.2017 ist eine konsequente Fortsetzung der Rechtsprechung zur Haftung für verbotene Zahlungen, die seit der Grundsatzentscheidung vom 18.11.2014 besteht. So erfolgt die dogmatische Einordnung der Zahlungsverbote weiterhin als Erstattungsanspruch „eigener Art“. Daraus folgt jedoch ein Widerspruch, zumal trotz Ablehnung der dogmatischen Einordnung der Zahlungsverbote als Schadensersatzanspruch gerade der schadensrechtliche Grundsatz des Vorteilsausgleichs angewandt wird. Zu Unrecht hält der BGH an der Einzelbetrachtungslehre fest und stellt in seinem Urteil zusätzlich auf die wenig praktikable Voraussetzung einer erforderlichen „Verwertbarkeit“ ab. Positiv ist jedoch, dass der BGH in seinem Urteil die Literaturmeinungen zur Lehre des Bargeschäftsprivilegs und des Sorgfaltsprivilegs zurückgewiesen hat.

d) BGH Urteil vom 19.11. 2019 – II ZR 233/18

Das Urteil vom 19.11.2019 führt die bisherige Rechtsprechung zur dogmatischen Einordnung der Zahlungsverbote weiter fort, indem der BGH ausdrücklich die schadensdogmatische Einordnung der Zahlungsverbote als Schutzgesetz iSv § 823 Abs. 2 BGB ablehnt und an seiner Einordnung als Erstattungsanspruch „eigener Art“ festhält.⁵⁷³ Bei genauer Betrachtung lehnt der BGH jedoch nur den deliktischen Charakter von § 64 S. 1 GmbHG aF ab, dem bis zur Einführung des § 15b Abs. 4 InsO auch noch zuzustimmen war.⁵⁷⁴ Obwohl das Zahlungsverbot seit Inkrafttreten des § 15b InsO nunmehr ein Schutzgesetz darstellt und einen deliktischen Charakter aufweist,⁵⁷⁵ so ist dem BGH dennoch dahingehend zuzustimmen, dass keine Notwendigkeit für einen Rückgriff auf § 823 Abs. 2 BGB für die Haftung des Geschäftsleiters besteht. Schließlich ergibt sich die Haftung

⁵⁷³ BGH ZIP 2020, 318; dazu zustimmend: BGH BB 2020, 1237 mit Anm. *Otte-Gräbener*; infolge der Ablehnung des Schadensersatzcharakters, wurde der Versicherungsschutz durch die D&O Versicherung zahlreich abgelehnt, vgl.: OLG Düsseldorf ZIP 2018, 1542, dazu EWIR 2018, 553 mit Anm. *Schneider/Hardung*.

⁵⁷⁴ BGH ZIP 2020, 318; so auch: *Altmeyen* ZIP 2020, 937 (942 f.).

⁵⁷⁵ *Altmeyen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 150, 206,

wegen Insolvenzverschleppung aus § 15b InsO selbst wie in Kapitel § 6 (S. 173 ff.) eingehend herausgearbeitet wird.

Fehlerhaft ist das sich auf § 64 S. 1 GmbHG aF beziehende Urteil jedoch bereits daher, dass es von der Ablehnung der Schutzgesetzeigenschaft iSv § 823 Abs. 2 BGB automatisch auf die Ablehnung der dogmatischen Einordnung als Schadensersatzhaftung schließt. Schließlich stellt die deliktische Haftung nur ein Fragment der allgemeinen culpa-Haftung dar, welche bei einer Pflichtverletzung des Schuldners stets auf Schadensersatz gerichtet ist. Die Zahlungsverbote (§ 64 S. 1 GmbHG aF) begründen bei einer dem Willen des historischen Gesetzgebers entsprechenden Interpretation der haftungsbegründenden „Zahlungen“ als „Verluste“ eine Organpflicht des Geschäftsleiters. Diese bezweckt den Schutz der Gläubiger vor einem Quotenschaden durch Masseverkürzung. Ein Verstoß gegen eine Massesicherungspflicht und mithin gegen die Organpflicht löst die Organhaftung aus, welche gerade eine Schadensersatzhaftung begründet.⁵⁷⁶ Der BGH beachtet nicht, dass die Besonderheit bzw. die „eigene Art“ der Haftung lediglich in dem Umstand liegt, dass der Anspruch der Gesellschaft auf den Ausgleich des Quotenschadens der Gläubiger und nicht auf einen Schaden der Gesellschaft gerichtet ist.⁵⁷⁷ Ein Erstattungsanspruch „eigener Art“ kann hieraus nicht folgen, zumal bereits ein einschlägiger, wenn auch nicht gewöhnlicher Schadensersatzanspruch der Gesellschaft in Form der Verlustdeckungshaftung, existiert. Somit müssen auch sämtliche schadensdogmatische Grundprinzipien Anwendung finden.⁵⁷⁸ Es gilt insofern abermals zu erkennen, dass ein in sich schlüssiges Haftungskonzept allein bei einer dogmatischen Einordnung der Zahlungsverbote als Schadensersatzhaftung in Form einer Verlustausgleichspflicht gelingt.

e) BGH Urteil vom 11.02.2020 – II ZR 427/18

⁵⁷⁶ *Altmeppen* ZIP 2020, 937 (942 f.).

⁵⁷⁷ *Altmeppen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 156 mwN; *Altmeppen* ZIP 2001 (2208); *ders.* ZIP 2015, 949 (952 ff.); *ders.* ZIP 2020, 937 (943): die Begrifflichkeit „eigener Art“ findet ihren Ursprung in der „Ratlosigkeit ihrer Urheber“; *Karsten Schmidt* ZIP 2005, 2177; *ders.* NZG 2015, 129; *ders.* ZHR (183) 2019, 2 ff.; jeweils mwN; a.A. es handle sich nicht um Schadensersatz: BGHZ 146, 264 = NJW 2001, 1280; BGH NJW 1974, 1088 f.; BGH ZIP 2020, 666 Rn. 21 ff.; BGH ZIP 318 Rz. 15.

⁵⁷⁸ So etwa der bereits im Urteil von 04.07.2017 verwendete Vorteilsausgleich, vgl. BGH ZIP 2017, 1619 (1035 Rz. 14); vgl. auch *Altmeppen* ZIP 2017, 1833 (1834), *ders.* ZIP 2020, 937 (938); a.A.: BGH ZIP 2020, 318: danach keine Berufung auf rechtmäßiges Alternativverhalten.

Das BGH-Urteil vom 11.02.2020 setzt die „alten Irrtümer zur Dogmatik der Haftung für masseschmälernde Zahlungen“⁵⁷⁹ als Erstattungsanspruch „eigener Art“ fort. Zugleich schafft der BGH mit seinem neuen Urteil einen Widerspruch in der dogmatischen Einordnung der Zahlungsverbote, indem er einerseits den im Schadensrecht anerkannten Grundsatz der Berufung auf rechtmäßiges Alternativverhalten nunmehr ablehnt, während sich der Geschäftsleiter andererseits wiederum auf den schadensrechtlichen Grundsatz des Vorteilsausgleichs seit dem Urteil vom 18.11.2014 berufen kann. Unklar bleibt insofern, welche haftungsbegrenzenden schadensrechtlichen Zurechnungskriterien für den Geschäftsleiter gelten sollen und inwiefern deren Anwendung bzw. Ablehnung einen Rückschluss auf die Dogmatik zulässt.

aa) Berücksichtigung von Vorauszahlungen

In dem zugrundeliegenden Urteil führt die Einziehung einer nach Insolvenzreife getätigten Vorleistung auf ein debitorisches Konto, aufgrund der damit einhergehenden Vorabbefriedigung der kontoführenden Bank, zu einer Haftung. Die Masseschmälerung folge aus dem Untergang des schuldrechtlichen Anspruchs der Gesellschaft gegen den Vorauszahlenden als eine eigene Rechtsposition der Gesellschaft. Nichts anderes ergebe sich dem BGH zu folge für Forderungen, die durch Barzahlung durch den Geschäftsleiter der Gesellschaft beglichen werden.⁵⁸⁰ Eine solche auf der untauglichen Einzelbetrachtung beruhende, Bewertung vermag nicht zu überzeugen. Dass es auf die Reihenfolge von Leistung und Gegenleistung nicht ankommen kann, wird eingehend im Rahmen der Bewertung des zuletzt ergangenen Urteils vom 17.10.2020 dargestellt. Dagegen soll es treffenderweise nicht mehr auf eine Verwertbarkeit der Forderung ankommen.⁵⁸¹

bb) Ausnahme vom Unmittelbarkeitserfordernis

Konsequent im Sinne der Einzelbetrachtungslehre knüpft der BGH auch bei der Anfechtung von masseschmälernden Zahlungen an die jeweilige konkrete

⁵⁷⁹ *Altmeyden* ZIP 2020, 937.

⁵⁸⁰ BGH NZG 2020, 517 (518 Rz. 15).

⁵⁸¹ Vgl. BGH NZG 2020, 517 (518 Rz. 13 f.); zustimmend: BGH Urteil 04.07.2017, BeckRS 2017, 120629 mit Anm. *Wolfer*; *Altmeyden* ZIP 2017, 1833 (1835) mwN; anders noch: BGH ZIP 2017, 1619 (1621 Rz. 18 ff.): Erfordernis der Verwertbarkeit des maßgeblichen Ausgleichs, damit dieser berücksichtigt wird.

Auszahlung an. Allerdings wird auch hier eine weitere Ausnahme von dem grundsätzlich erforderlichen „unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang“ geschaffen. Denn dem Insolvenzverwalter wird es regelmäßig nicht gelingen, die konkrete Rückzahlung der jeweiligen Zahlung zuordnen zu können. Daher muss er für die Berechnung des Anfechtungsanspruchs auf die Differenz zwischen zwei Salden abstellen. In Anbetracht dessen, dass ein „unmittelbarer“ Zusammenhang hierbei kaum herzustellen ist, wird ausnahmsweise nur ein Zusammenhang bei „wirtschaftlicher Betrachtung“ gefordert.⁵⁸² „Wird gegenüber der Bank, die über einen bestimmten Zeitraum erfolgte saldierte Rückführung des Sollsaldos erfolgreich angefochten, wird diese Rückführung auf alle in den Zeitraum fallenden Tilgungsleistungen gem. § 366 Abs. 2 letzter Fall BGB anteilig angerechnet.“⁵⁸³

Wie bereits dargestellt, kommt es auf einen „unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang“ oder auch nur einen „wirtschaftlichen Zusammenhang“ im Sinne dieses Urteils überhaupt nicht an, zumal allein entscheidend ist, ob jener Betrag in der Insolvenzmasse fehlt. Insofern ist auch an dieser Stelle erneut hervorzuheben, dass die Einzelbetrachtungslehre mit seinem hierauf basierenden Erfordernis eines „(unmittelbaren) wirtschaftlichen Zusammenhangs“ zugunsten der Gesamtbetrachtungslehre aufzugeben ist.

cc) Widersprüchlicher Umgang mit schadensrechtlichen Grundsätzen

Grundsätzlich haftet ein Geschäftsleiter für jede Zahlung ab Insolvenzreife, sofern keine sorgfältige Zahlung (§ 64 S. 2 GmbHG aF; jetzt: § 15b Abs. 1 S. 2 InsO) vorliegt. Die Haftung entfällt oder mindert sich nach Auffassung des BGH jedoch, sofern eine haftungskompensierende, in „unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang“ zur Zahlung stehende Gegenleistung in das Gesellschaftsvermögen gelangt ist.⁵⁸⁴ Diese Möglichkeit der Haftungskompensation entspricht dem schadensrechtlichen Grundsatz des Vorteilsausgleichs, sodass die dogmatische Einordnung der Zahlungsverbote mindestens als schadensersatzähnlich unbestreitbar ist.⁵⁸⁵ Für Verwirrung sorgt insofern die durch den BGH in seinem Urteil vom 19.11.

⁵⁸² BGH EWiR 2020, 263 (264) mit Anm. *Grünberg*, vgl. auch BGH WuB 2020, 337 (340) mit Anm. *Jungmann*.

⁵⁸³ BGH EWiR 2020, 263 (264) mit Anm. *Grünberg*.

⁵⁸⁴ BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71.

⁵⁸⁵ *Altmeppen* ZIP 2020, 937.

2019⁵⁸⁶ sowie in seinem Urteil vom 11.02.2020 nochmals bestätigte Ablehnung der dogmatischen Einordnung der Zahlungsverbote als Schadensersatzhaftung und dem damit begründeten Ausschluss des schadensrechtlichen Grundsatzes der Berufung auf rechtmäßiges Alternativverhalten.⁵⁸⁷

Der Missstand der Rechtsprechung fußt somit in den beiden „divergierenden Linien“⁵⁸⁸: Anwendung der Grundprinzipien des Schadensrechts auf die Haftung des Geschäftsleiters einerseits und andererseits Ablehnung der schadensrechtlichen Grundprinzipien unter der Prämisse, die Zahlungsverbote seien nicht schadensrechtlicher Natur, sondern begründen eine Haftung „eigener Art“⁵⁸⁹. Eine widerspruchsfreie Rechtsprechung gelingt somit nur, wenn entweder die allgemeinen Zurechnungskriterien nach §§ 249 ff. BGB insgesamt angewendet werden und der BGH die Dogmatik der Schadensersatzhaftung für die Zahlungsverbote erkennt oder sofern er an seiner Einordnung als Erstattungsanspruch „eigener Art“ festhält, die schadensrechtlichen Zurechnungskriterien im Rahmen der Zahlungsverbote konsequenterweise auch nicht angewendet werden.

Richtigerweise gilt es zu erkennen, dass die Verletzung der Zahlungsverbote eine Organpflichtverletzung darstellt, welche dogmatisch einen Schadensersatzanspruch gerichtet auf den Ersatz des Quotenschadens auslöst. Folglich sind sämtliche allgemeine Zurechnungskriterien iSv. §§ 249 ff. BGB haftungsreduzierend heranzuziehen. So muss der Geschäftsleiter für seine Enthftung insbesondere in den beiden Hauptanwendungsfallgruppen beweisen, dass sein pflichtwidriges Handeln keinen Quotenschaden verursacht hat (Vorteilsausgleich) oder dass ihm eine grundsätzlich haftungsrechtlich zurechenbare Masseschmälerung nicht vorzuwerfen ist, da auch bei pflichtgemäßer Erfüllung der Massesicherungspflichten der

⁵⁸⁶ BGH ZIP 2020, 318.

⁵⁸⁷ BGH NZG 2020, 517 (518 Rz. 21): eine Berufung auf rechtmäßiges Alternativverhalten, als Materie des Schadensrechts, sei aufgrund der dogmatischen Einordnung der Zahlungsverbote als Erstattungsanspruch „eigener Art“ nicht möglich; zustimmend: BGH WB 2020, 337 (339) mit Anm. *Jungmann*: dogmatisch stimmiges Konzept des BGH, welches die Gerichtspraxis vor einer Auseinandersetzung mit hypothetischen Kausalverläufen schütze; a.A.: Vorinstanz OLG Hamburg WM 2019, 598 (602).

⁵⁸⁸ *Altmeyen* ZIP 2020, 937 (938).

⁵⁸⁹ *Altmeyen* ZIP 2020, 937 (937, 941 ff.).

Quotenschaden der Insolvenzgläubiger eingetreten wäre (rechtmäßiges Alternativverhalten).⁵⁹⁰

f) BGH Urteil vom 17. 10. 2020 – II ZR 355/18

An der Unsicherheit über die dogmatische Einordnung der Zahlungsverbote vermag auch das neue Urteil vom 27.10.2020 nichts zu ändern. Zu Unrecht lehnt der BGH noch immer den Charakter einer Schadensersatzhaftung zugunsten eines Erstattungsanspruches „eigener Art“ ab und behauptet weiterhin, dass die Massesicherungspflichten nicht den Ersatz des Quotenschadens der Gläubigersamtheit bezwecken, welchen sie durch die verbotenen Zahlungen erlitten haben.⁵⁹¹ Fragwürdig erscheint insbesondere der Umgang des BGH mit Vorleistungen, wie im Folgenden dargestellt wird.

aa) Berücksichtigungsfähigkeit von Vorleistungen

Das Urteil leidet an einem systemischen Fehler, welcher auf der Anwendung der Einzelbetrachtungslehre des BGH beruht. So sollen Vorleistungen des Kontrahenten nicht durch (verbotene) Zahlungen ausgleichbar sein mit der Folge, dass eine Enthftung zugunsten des Geschäftsleiters ausscheidet.⁵⁹² Verkannt wird hierbei jedoch, dass es zu differenzieren gilt, ob die maßgebliche Vorleistung vor oder nach Insolvenzreife erfolgt ist.⁵⁹³

Es ist offensichtlich, dass die Konstellation einer Zahlung nach Insolvenzreife auf die vor Insolvenzreife erfolgte Vorleistung an einen Altgläubiger, verboten und gerade nicht haftungskompensierend wirken kann. Immerhin würde sonst ein Widerspruch zu dem elementaren Grundsatz des Insolvenzrechts, entstehen;

⁵⁹⁰ *Altmeyden* ZIP 2020, 937 (937, 944); a.A.: BGHZ 227, 221 = NZG 2021, 66; vgl. zur Beweispflicht für rechtmäßiges Alternativverhalten: BGH NJW 2002, 888 (890); *Wagner*, in: MüKo BGB § 823 Rn. 100 mwN.

⁵⁹¹ BGHZ 227, 221 = NZG 2021, 66 (72 Rz. 58): „da der Ersatzanspruch nicht auf Erstattung eines Quotenschadens gerichtet ist“; a.A.: der BGH verkennt den Willen des historischen Gesetzgebers, vgl. Kapitel § 6, S. 147 ff.; verkannt wird auch der Wille des Reformgesetzgebers der InsO im Jahr 2020, vgl. hierzu: § 15b Abs. 4 S. 2 des Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts, RegBegr. SanInsFOG BT-Drs. 19/24181: danach richtet sich die Ersatzpflicht auf den Ausgleich des „Schadens“; siehe auch *Altmeyden* ZIP 2021, 1 (2).

⁵⁹² Siehe Leitsatz in BGHZ 227, 221 = NZG 2021, 66: „Eine masseschmälernde Zahlung aus dem Vermögen einer insolvenzreifen Gesellschaft gem. § 64 S.1 GmbHG kann grundsätzlich nicht durch eine Vorleistung des Zahlungsempfängers kompensiert werden.“, zustimmend: BGH EWIR 2021, 133 (134) mit Anm. *Kleindiek*; *Haas*, in: Baumbach/Hueck GmbHG § 64 Rn. 71b, 22. Aufl. 2019; kritisch: BGH WM 2021, 80 (84) mit Anm. *Casper/Richter*.

⁵⁹³ *Altmeyden* ZIP 2021, 1 f.

schließlich soll durch das Zahlungsverbot erreicht werden, dass die Masse der insolventen Kapitalgesellschaft ab Insolvenzreife den Gläubigern zur gleichmäßigen (quotalen) Befriedigung erhalten bleibt (par conditio creditorum).⁵⁹⁴ Dies bezweifelt auch keiner, trotz des diesbezüglich angedeuteten Meinungsstreits durch den BGH.⁵⁹⁵ Dieser offensichtlichen Haftung zustimmend, führt der BGH insofern Selbstverständliches aus und begründet die Haftung des Geschäftsleiters damit, dass die bevorzugte Befriedigung des Altgläubigers eine Kompensation gerade ausschließe und dies nach § 64 S. 1 GmbHG aF untersagt sei.⁵⁹⁶ Maßgeblich für eine Kompensation ist daher, ob im Zeitpunkt der Leistung bereits Insolvenzreife bestand, zumal es ansonsten bei Entgegennahme der (Vor-)Leistung auch noch gar kein Zahlungsverbot gegeben hat, sodass auch keine Erstattungspflicht nach § 64 S. 1 GmbH aF Bestand hatte, die insofern auch nicht kompensiert werden konnte.⁵⁹⁷

Davon abzugrenzen ist die Konstellation, in der eine Zahlung auf eine nach Insolvenzreife erfolgte Vorleistung getätigt wird. Bei der zugrunde Legung der, bereits ausführlich kritisierten Einzelbetrachtungslehre des BGH soll es gerade auf die zeitliche Reihenfolge von Leistung und Gegenleistung ankommen. So soll eine verbotene Zahlung haftungskompensierende Wirkung haben, wenn anschließend die Leistung des Kontrahenten erfolgt. Während umgekehrt bei einer Vorleistung des Kontrahenten keine Haftungskompensation möglich sein soll, da es dann an einer Gegenleistung für die bereits eingetretene Schmälerung der Aktivmasse infolge der verbotene Zahlung fehlen würde.⁵⁹⁸ Begründet wird dies zunächst mit dem Sinn und Zweck der Zahlungsverbote, welche der Masseerhaltung dienen und insofern auch das Vorgeleistete durch das Gesellschaftsvermögen erfasse. Weiter könne dieser Auffassung nach zu Folge ein systemgerechtes Ergebnis nur erreicht werden, wenn ein Ausgleich in „unmittelbar wirtschaftlichem Zusammenhang“ im Anschluss an

⁵⁹⁴ *Altmeyden* ZIP 2021, 1.

⁵⁹⁵ BGHZ 227, 221 = NZG 2021, 66 (70 Rz. 42 ff., 47); kritisch: *Altmeyden* ZIP 2021, 1 f.

⁵⁹⁶ BGHZ 227, 221 = NZG 2021, 66 (70 Rz. 43 ff.); kritisch: *Altmeyden* ZIP 2021, 1 (2): Der Altgläubiger behält seinen einredfreien Anspruch gegen die insolvente Gesellschaft und kann diesen gerichtlich geltend machen, sofern das Insolvenzverfahren noch nicht eröffnet wurde.

⁵⁹⁷ *Altmeyden* ZIP 2021, 1 (2).

⁵⁹⁸ *Altmeyden* ZIP 2021, 1 (2); so aber: BGHZ 227, 221 = NZG 2021, 66 (70 Rz. 42 ff.); OLG München NZG 2017, 1437 (1438 Rn. 52); *Arnold*, in: Henssler/Strohn GesR GmbHG § 64 Rn. 20; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG § 64 Rn. 19; *Cahn* DK 2022, 221 (226); *Haneke* NZI 2015, 499 (500 f.): dieser stützt sich auf die Auslegung des Wortlauts des ersten Leitsatzes des BGH in seinem Urteil vom 18.11.2014.

eine verbotene Zahlung erfolge, da nur in diesem Fall Kompensation eintreten könne.⁵⁹⁹ Offen bleibt, wie die Situation zu bewerten ist, in der Leistung und Gegenleistung zeitgleich erfolgen.⁶⁰⁰

Eine solche Argumentation verkennt jedoch, dass die Zahlungsverbote zur Masseerhaltung darauf abstellen, einen Quotenschaden der Gläubigersamtheit abzuwenden und dass eine Masseverkürzung gerade nicht bei einer wertäquivalenten Zahlung auf das Vorgeleistete vorliegt. Es handelt sich insofern abermals um eine auf der „Einzelbetrachtungslehre“ basierende Schwachstelle der herrschenden Meinung. Maßgeblich ist allein, ob während der Verschleppungsphase ein Schaden der Gläubigerschaft (Quotenschaden) infolge der Verletzung der Massesicherungspflichten (einzeln oder kumulativ) eingetreten ist.⁶⁰¹

In der Praxis würde ein Geschäftsleiter zur Vermeidung einer Haftung nach § 64 S. 1 GmbHG aF wohl dazu angeregt werden, stets vorzuleisten, da nur die anschließende Bezahlung durch den Kontrahenten zu einer Haftungskompensation führt. Während andersherum bei Vorleistung des Kontrahenten dieser zum Gläubiger würde, der nicht vorab befriedigt werden dürfte mit der Folge, dass die Bezahlung des Kontrahenten eine verbotene Zahlung begründet. Dieses Gedankenspiel verdeutlicht gerade die Sinnwidrigkeit eines solchen Erfordernisses.⁶⁰² Es kann sinnvollerweise nicht auf eine zeitliche Reihenfolge ankommen⁶⁰³, zumal diese regelmäßig vom Zufall abhängt. Sollte tatsächlich darauf abgestellt werden, ob die maßgebliche Zahlung vor oder nach Wareneingang eingegangen ist, würde dies in

⁵⁹⁹ BGHZ 227, 221 = NZG 2021, 66 (70 Rz. 45); a.A.: BGH WM 2021, 80 (83) mit. Anm. *Casper/Richter*.

⁶⁰⁰ Kritisch: BGH WM 2021, 80 (83) mit. Anm. *Casper/Richter*.

⁶⁰¹ *Altmeyen* ZIP 2022, 1413; *Altmeyen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 187.

⁶⁰² In diese Richtung aber: BGHZ 227, 221 = NZG 2021, 66 (Rz. 44 ff., 47); kritisch: BGH NJW-Spezial 2021, 47 mit Anm. *Leuring/Rubner*: hohe Haftungsrisiken; vgl. auch das, die zeitliche Reihenfolge ad absurdum führende, Beispiel von: *Altmeyen* ZIP 2021, 1 (3); *Kolmann*, in: *Saenger/Inhester GmbHG* § 64 Rn. 38.

⁶⁰³ Vgl. auch *Altmeyen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 175; *ders.* NZG 521 (522); *Casper*, in *HCL GmbHG Anh.* § 62 Rn. 126; *ders.* ZIP 2016, 793 (796); *Gehrlein* ZHR (181), 2017, 482 (509 f.); *H.-F. Müller*, in: *MüKoGmbHG* § 64 Rn. 149e: der wirtschaftliche Zusammenhang zwischen der Leistung und Gegenleistung werde sonst verkannt; *Kordes* NZG 2017, 1140 (1141).

der Praxis häufig zu willkürlichen Ergebnissen betreffend der Haftungsfrage führen.⁶⁰⁴

Wie bereits angeführt ist hierbei die Konstellation abzugrenzen, in der die Vorleistung noch vor der Insolvenzreife erfolgt, während die Gegenleistung in Form der Bezahlung durch die insolvente Gesellschaft erst nach Insolvenzreife erfolgt. Hierbei handelt es sich um eine Befriedigung eines Altgläubigers, die selbstverständlich masseschmälernd und insofern verboten ist.

bb) Berücksichtigungsfähigkeit von Vorleistungen bei Eigentumsvorbehalt

Der BGH führt ferner an, dass eine Haftung ausscheide, wenn die Vorleistung unter Eigentumsvorbehalt erworben wurde, da erst mit der Zahlung des Kaufpreises der Eigentumsübergang in das Gesellschaftsvermögen erfolgt und insofern ein Aktivtausch vorliege.⁶⁰⁵ Erkennbar wird jedoch bei einer Bewertung auf Grundlage der Gesamtbetrachtung, dass es für die Interessen der Gesellschaftsgläubiger keinen Unterschied macht, ob die Zahlung den Eigentumserwerb, der unter Eigentumsvorbehalt vorgeleisteten Ware erst ermöglicht oder ob die Zahlung bloß die Gegenleistung auf eine durch den Kontrahenten erfolgte Vorleistung einer bereits ins Eigentum der Gesellschaft gelangten Ware darstellt. In beiden Konstellationen kommt es nicht zu einer Masseschmälerung, sodass den Gläubigern auch kein zu erstattender Quotenschaden entsteht.⁶⁰⁶

Insofern ist allein richtig, darauf abzustellen, ob den Gesellschaftsgläubigern wegen Verstoßes gegen die Massesicherungspflichten ein Quotenschaden entstanden ist. Dies hängt jedoch gerade nicht davon ab, ob der Geschäftsleiter zuerst, anschließend oder zeitgleich mit dem Kontrahenten die Leistung(en) erbringt.

cc) weitere Differenzierung für Zahlungen auf ein debitorisches Konto

Der BGH knüpft in seinem Urteil vom 27.10.2020 konsequent an seinem komplexen System an Ausnahmen, Gegenausnahmen und Gegenausnahmen zur

⁶⁰⁴ Vgl. bereits Kapitel § 6, S. 99 ff.; siehe auch: *Casper* ZIP 2016, 793 (796); BGH GWR 2021, 147 mit Anm. *Stubenrauch* a.A. BGH EWiR 2021, 133 (134) mit Anm. *Kleindiek*.

⁶⁰⁵ BGHZ 227, 221 = NZG 2021, 66 (71 Rn. 49 ff.); zustimmend: BGH WM 2021, 80 (84) mit Anm. *Casper/Richter*.

⁶⁰⁶ So auch *Altmeyden* ZIP 2021, 1 (4): Argumentation des BGH als „petitio principii“.

Gegenausnahme an und bestimmt für die erste Konstellation⁶⁰⁷ der Gegenausnahmen zur Gegenausnahme, dass nicht nur ein dinglicher, sondern auch ein schuldrechtlicher Freigabeanspruch die Haftung nach § 64 S. 1 GmbHG aF entfallen lasse. Schließlich werde eine Enthftung auch durch den schuldrechtlichen Freigabeanspruch aufgrund der unmittelbaren Beschränkung des Absonderungsrechts erreicht.⁶⁰⁸ Allerdings werden bei dieser weiteren Ausdifferenzierung die Schwächen der Einzelbetrachtung mit ihren kaum überschaubaren Ausnahmen nur erneut deutlich. Es ist daher abermals für die Aufgabe der Einzelbetrachtung zugunsten einer Gesamtbetrachtung, zu plädieren.

g) Rechtsprechung insgesamt

Nicht zu überzeugen vermag die dogmatische Einordnung der Zahlungsverbote als Erstattungsanspruch „eigener Art“ durch den BGH. Zum einen leidet das Konzept der Rechtsprechung in seiner Ausgestaltung selbst an erheblichen Mängeln. Dabei ist insbesondere auf die sinnwidrigen Ergebnisse hinzuweisen, welche sich bei Anwendung der Einzelbetrachtung und dem von der Rechtsprechung geforderten „unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang“ von Leistung und Gegenleistung für deren Berücksichtigungsfähigkeit ergeben. Deutlich wird die Untauglichkeit der Einzelbetrachtung in der Praxis gerade auch durch das unübersichtliche und verwirrende Ausnahmesystem des BGH im Rahmen der Haftung des Geschäftsleiters bei Forderungseinzug auf ein debitorisches Konto ab Insolvenzreife. Bedenken stellen sich insofern hinsichtlich der Rechtsstaatlichkeit dieses Konzepts. Schließlich soll gerade Rechtsklarheit und -sicherheit für die Bürger geschaffen werden. Ein weiterer gravierender wertungsmäßig und systematischer Mangel der Rechtsprechung beruht auf der Anwendung der Trennungslehre und seiner damit einhergehenden Aufspaltung der untrennbar miteinander verbundenen Massesicherungspflichten (Zahlungsverbot und Insolvenzantragspflicht), welche gerade einen Gleichlauf im Rahmen der Qualifizierung als Schutzgesetz verlangen. Der widersprüchlichen Anwendung von schadensdogmatischen Grundsätzen durch

⁶⁰⁷ Siehe Kapitel § 6, S. 121 ff.: Eine solche Konstellation der Enthftung liegt vor wenn, durch die Einziehung einer sicherungshalber an die Bank abgetretenen Forderung auf ein Debet Konto der Gesellschaft, weitere sicherungsabgetretene Forderungen frei geworden sind und zu Verwertung in die Insolvenzmasse gelangen, BGH NZG 2016, 225 (226 Rz. 25 f.).

⁶⁰⁸ BGHZ 227, 221 = NZG 2021, 66 (Rn. 69 Rn. 33); i.E. zustimmend: BGH WM 2021, 80 (84) mit. Anm. *Casper/Richter*.

den BGH kann nicht gefolgt werden. So wird einerseits das schadensdogmatische Grundprinzip des Vorteilsausgleichs, welches eine dogmatische Einordnung der Zahlungsverbote als (zumindest) schadensersatzähnlich verdeutlicht, in dem Urteil von 2017, angewendet. Andererseits lehnt der BGH in seinem Urteil vom 19.11.2019 eine schadensdogmatische Einordnung wiederum ausdrücklich ab und lehnt insofern auch das schadensdogmatische Grundprinzip der Berufung auf rechtmäßiges Alternativverhalten in seinem Urteil vom 11.02.2020 ab. Richtigerweise kann das Zahlungsverbot dogmatisch nur als schadensrechtliche Norm eingeordnet werde.

2. weitere Literaturmeinungen

Für eine dogmatische Einordnung des Zahlungsverbots als Erstattungsanspruch „eigener Art“ sprechen sich auch Teile der Literatur aus. Dabei haben sich insbesondere die Lehre der Übertragung des Bargeschäftsprivilegs auf die Zahlungsverbote⁶⁰⁹, die Lehre des Privilegierungstatbestands eines sorgfältigen Geschäfts⁶¹⁰ und die Lehre des Entfallens des Haftungstatbestands einer verbotenen Zahlung⁶¹¹ zu § 64 S. 1 GmbHG aF etabliert. Inwiefern diese Lehren, welche zu § 64 S. 1 GmbHG aF entwickelt wurden, mit § 15b InsO kompatibel sind, erscheint zweifelhaft.

a) Bargeschäftsprivileg

Eine überzeugende Herleitung der dogmatischen Einordnung der Zahlungsverbote als Erstattungsanspruch „eigener Art“ durch eine Übertragung der Grundsätze des Bargeschäftsprivileg gelingt nicht. In Anbetracht dessen, dass das Zahlungsverbot gerade keine weitere Teilnahme am Geschäftsverkehr erlaubt und die Insolvenzantragspflicht insolvente Kapitalgesellschaften vom Geschäftsverkehr fernhalten soll, muss die gebotene Stilllegung der insolventen Gesellschaft sämtliche Zahlungen erfassen. Abwegig ist insofern der Einwand, dass für „bloße“ Bargeschäfte iSv § 142 InsO eine Ausnahme der grundsätzlichen Haftung gelte und jene Zahlungen „sorgfältig“ iSv § 64 S. 1 GmbHG seien.⁶¹² Denn worin soll der

⁶⁰⁹ Vgl. Kapitel § 4, S. 62.

⁶¹⁰ Vgl. Kapitel § 4, S. 65.

⁶¹¹ Vgl. Kapitel § 4, S. 65.

⁶¹² Vgl. *Gehrlein* ZInsO 2015, 477 (482); *ders.* ZHR (181) 2017, 482 (505 f.); *Haas*, in: *Baumbach/Hueck GmbHG § 64 Rn. 71*, 21. Aufl. 2017 mwN (anders: *Haas*, in: *Baumbach/Hueck § 64 Rn. 71*, 22. Aufl. 2019); *Habersack/Foerster* ZGR 2016, 153 (181); *dies.* ZHR (178) 2014, 387

maßgebliche über die Haftung entscheidende Unterschied zu Kreditgeschäften bestehen?⁶¹³ Eine solche differenzierte Behandlung von Bargeschäften und Kreditgeschäften begründet ein Paradebeispiel des methodischen Fehlers der *petitio principii*.⁶¹⁴ Bargeschäfte fallen selbstverständlich auch unter den Tatbestand einer verbotenen Zahlungen iSv § 15b InsO (§ 64 S. 1 GmbHG aF).

Zurecht hat der BGH in seinem Urteil vom 04.07.2017 ausdrücklich die Übertragbarkeit der Lehre zum Bargeschäftsprivileg abgelehnt und die wesentlichen Unterschiede herausgearbeitet, wie bereits eingehend aufgezeigt wurde.⁶¹⁵ So besteht zwischen dem Zahlungsverbot und der Insolvenzanfechtung, insbesondere eine divergierende Schutzrichtung, ein unterschiedlich zu schützender Personenkreis und eine unterschiedliche Rechtsfolgenreihe. Ferner erlaubt das Zahlungsverbot keine weitere Teilnahme am Geschäftsverkehr, während § 142 InsO „wertäquivalente Bargeschäfte“ während der Krise zulässt. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass § 142 InsO einen zeitlichen Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung verlangt, während die Zahlungsverbote diesen weder nach der Einzelbetrachtungslehre noch der Gesamtbetrachtungslehre voraussetzen.⁶¹⁶

In Anbetracht dessen, dass § 15b InsO das „geltende Recht“ von § 64 GmbHG fortsetzt, gelingt eine Übertragung der Lehre des Bargeschäftsprivilegs auf § 15b InsO, aus den soeben angeführten Gründen ebenso wenig.

b) Lehre des Privilegierungstatbestands eines sorgfältigen Geschäfts

Abzulehnen ist ferner die Literaturmeinung, die angemessene oder höherwertige Ausgleichsgeschäfte im Rahmen von § 64 S. 2 GmbHG aF (§ 15b Abs. 1 S. 2 InsO) als „sorgfältig“ qualifiziert.⁶¹⁷ Dies folgt evidenterweise bereits aus dem Umstand,

(403); Strohn NZG 2011, 1161 (1164 f.); ders. DB 2015, 55 (58); Thole, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht S. 716 f.

⁶¹³ So bereits Altmeyen NZG 2016, 521 (522 f.); ders. ZIP 2015, 949 (950 f.); so auch: Heitsch ZInsO 2015, 1375 (1376): Zielsetzung und Adressaten unterscheiden sich § 142 InsO und § 64 S. 1 GmbHG.

⁶¹⁴ Altmeyen ZIP 2015, 949 (950).

⁶¹⁵ Vgl. Kapitel § 6, 128 ff.

⁶¹⁶ Vgl. hierzu Kapitel § 6, S. 99 ff.

⁶¹⁷ Vgl. Haneke NZI 2015, 499 (502 f.) jew. mwN; Mertens/Cahn, in: KölnKomm AktG § 92 Rn. 28; Nerlich, in: MHLS GmbHG § 64 Rn. 22; Röhrich ZIP 2005, 505 (511); Schulze-Osterloh, in: FS Bezenberger, 2000, S. 415 (424 f.); Ulmer, in: Hachenburg GmbHG § 64 Rn. 42, 8. Aufl. 1997; Schneider/M. Schmidt-Leithoff, in: Rowedder/Pentz Anh. II § 60 Rn. 33 ff.; (deutlicher noch: Schmidt-Leithoff/Schneider, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG § 64 Rn. 36 f., 6. Aufl. 2017).

dass ab Insolvenzureife sämtliche Zahlungen grundsätzlich verboten und gleichwohl strafbar sind. Ein solches pflichtwidriges Verhalten kann aber, bei Wahrung des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung, gerade nicht erlaubt oder „sorgfältig“ sein.⁶¹⁸ Selbst wenn die weitere Teilnahme am Geschäftsverkehr wirtschaftlich betrachtet, erfolgreich ist, kann dies an dem Charakter der Insolvenzverschleppung als abstraktes Gefährdungsdelikt nichts ändern. Insofern ist festzuhalten, dass ein ertragreiches, neutrales oder verlustträchtiges angemessenes Austauschgeschäft ab Insolvenzureife nicht zivilrechtlich sorgfältig und erlaubt sein kann, sondern stets verboten ist.⁶¹⁹ Eine Enthftung bei einem angemessenen Ausgleich ist jedoch weiterhin möglich.

c) Kein Haftungstatbestand einer verbotenen Zahlung

Nicht zu überzeugen vermag ferner die Lehrmeinung, welche bereits den Tatbestand der verbotenen Zahlung bei einem angemessenen Ausgleich ablehnt.⁶²⁰ Verkannt wird auch hier, dass eine taugliche Gegenleistung nicht die pflichtwidrige Verletzung des Zahlungsverbots beseitigen kann, sondern dass diese lediglich kompensiert wird, sodass im Ergebnis bei einer angemessenen Gegenleistung die Haftung entfällt.⁶²¹

d) Zwischenergebnis

Die Versuche der Literatur einen schlüssigen Ansatz zur Einordnung der Zahlungsverbote als Erstattungsanspruch „eigener Art“ zu bilden, gehen fehl. Sie sind insofern auch nicht mit § 15b InsO (§ 64 S. 1 GmbHG aF) kompatibel. Es gilt zu erkennen, dass die Schwierigkeiten der Haftungsbegrenzung des Geschäftsleiters nur bei einer dogmatischen Einordnung als Schadensersatzanspruch in den Griff zu bekommen ist.

⁶¹⁸ Vgl. bereits *Altmeyen* NZG 2016, 521 (522), *ders.* ZIP 2015, 949 (952, 956): Die Insolvenzverschleppung (§ 15a Abs. 4, Abs. 5 InsO) stellt gerade ein positives Tun dar, welches eine Parallele zu dem strafrechtlichen Paradebeispiel des nächtlichen „Fahrens ohne Licht“, ist.

⁶¹⁹ *Altmeyen* ZIP 2015, 949 (952).

⁶²⁰ Vgl. *Arnold*, in: Henssler/Strohn GesR § 64 GmbHG Rn. 20; *Casper*, in: HCL GmbHG Anh. § 62 Rn. 116; *H.-F. Müller*, in: MüKo GmbHG § 64 Rn. 174; *ders.* DB 2015, 723 (724); *Kleindiek*, in: FS U.H. Schneider, 2011, 617 (621); *ders.* in: Lutter/Hommelhoff GmbHG § 64 Rn. 17.

⁶²¹ So auch BGH ZIP 2017, 1619 (1035 Rz. 10 ff.); *Altmeyen*, GmbHG § 64 Rn. 19, 10. Aufl. 2021.

III. Bewertung der dogmatischen Einordnung der Zahlungsverbote als Schadensersatzansprüche

Mit Blick auf die zahlreichen aufgezeigten Schwächen einer dogmatischen Einordnung der Zahlungsverbote als Anspruch „eigener Art“ durch die Rechtsprechung und in der Literatur, erscheint es notwendig, ein geeigneteres Haftungskonzept zu verfolgen. In der Literatur im Vordergrund ist insofern zu Recht die dogmatische Einordnung des Zahlungsverbots als schadensrechtliche Norm, gerichtet auf den Ersatz des den Gläubigern entstandenen Schadens. Hierbei haben sich zwei alternative Haftungsmodelle hervorgetan, namentlich das von *Karsten Schmidt* entwickelte Modell einer deliktischen Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a InsO und das von *Altmeyden/Wilhelm* zu § 64 GmbHG aF entwickelte und favorisierte Modell einer Verlustausgleichshaftung. Im Zuge der Neueinführung des § 15b InsO stellt *Altmeyden* weiterhin auf eine Verlustausgleichshaftung ab und stellt auf § 15b Abs. 4 InsO selbst als Haftungsanspruch ab. Ein Rückgriff auf § 823 Abs. 2 BGB ist hierbei gerade nicht notwendig. Bevor die Übereinstimmungen, Unterschiede, sowie Schwächen und Stärken dieser Alternativmodelle näher beleuchtet werden, soll der schadensrechtliche Charakter der Zahlungsverbote nochmals endgültig herausgearbeitet werden.

1. Wortlaut

Obgleich nicht alle Zahlungsverbote vor der rechtsformneutralen Normierung des § 15b InsO den Ersatz des „Schades“ deutlich bezeichneten wurde dieser zumindest in dem zuletzt in Kraft getretenen § 130a Abs. 2 HGB, ausdrücklich formuliert und hatte insofern Modellwirkung im Rahmen der gebotenen einheitlichen Deutung sämtlicher gesellschaftsspezifisch geregelter Zahlungsverbote.⁶²² Ferner begründete auch das aktienrechtliche Zahlungsverbot nach § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG einen schadensrechtlichen Charakter, aufgrund seiner dem Wortlaut nach evidenten Anknüpfung an Abs. 2, welcher gerade einen Schadensersatzanspruch der

⁶²² Vgl. *Altmeyden* ZIP 2010, 1973 (1975); *Bork*, in: *Kölner Schrift zur InsO* Kap. 31 Rn. 19 f., 3. Aufl. 2009; *Spindler*, in: *MüKo AktG* § 93 Rn. 1, 5. Aufl. 2019; *Karsten Schmidt* ZHR (168) 2004, 637 (657); *ders.*, in: *Scholz GmbHG* § 64 Rn. 15 f., 11. Auflage 2015; a.A.: *BGH NZG* 2007, 462; *Brodmann*, *GmbHG* 1930 § 64 Rn. 4a f.; *Casper*, in: *UHL GmbHG* § 64 Rn. 85; *Haas NZG* 2004, 737 (738 f.); *Habersack*, in: *Staub HGB* § 130a Rn. 35, 5. Auflage 2009; danach handle es sich bei der Formulierung von § 130a Abs. 2 HGB lediglich um ein bloßes Redaktionsversehen und die Norm müsse entsprechend der anderen Zahlungsverbote als Erstattungsanspruch behandelt werden.

Gesellschaft regelt. Abs. 3 selbst bildete nur eine katalogische Aufzählung von Pflichtverletzungen, die für den Organwarter haftungsbegründend wirken und eine strengere Schadensersatzhaftung nach Abs. 5 S. 2 zulassen.⁶²³ Insofern drängt sich der schadensrechtliche Charakter geradezu auf. Mit Einführung des § 15b Abs. 4 S. 2 InsO wurde nun auch ausdrücklich der Ausgleich des „Schadens der Gläubiger“ formuliert, der ausweislich der Regierungsbegründung in Höhe der verbotswidrig geleisteten Zahlungen vermutet wird (sog. Gesamtgläubigerschaden), sodass sich eine schadensdogmatische Einordnung ergibt.⁶²⁴

2. Gesetzeshistorie

Die dogmatische Einordnung der Zahlungsverbote als Schadensersatz lässt sich bereits aus der Gesetzeshistorie ableiten. Daher gilt es im Folgenden, die historische Entwicklung der Zahlungsverbote chronologisch darzustellen.

a) Vor Einführung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches (ADHGB)

Bis zur Einführung des ADHGB von 1862 gab es in Deutschland keine einheitliche Kodifizierung handelsrechtlicher Bestimmungen, mit Ausnahme des Allgemeinen Landesrechts für die preußischen Staaten von 1794, welches jedoch nur bis 1807 bestand und das in Deutschland ab 1807 für bestimmte Gebiete geltende französische Handelsgesetzbuch.⁶²⁵ An der Gemengelage aus verschiedensten Regelungen⁶²⁶, wechselndem Gewohnheitsrecht und Handelsbräuchen änderte sich auch nichts durch die Gründung des „Deutschen Bundes“ im Jahre 1815 als ein völkerrechtlicher Staatenbund von mehreren souveränen Staaten, zu dem sich die 35 souveränen Fürsten und vier freien Reichsstädte Deutschlands, die Könige Preußens, der Niederlande sowie Dänemarks und der österreichische Kaiser zusammenschlossen.

⁶²³ So bereits: *Altmeyden* ZIP 2010, 1973 (1975): die schadensrechtliche Einordnung erfolge gerade aufgrund des Wortlauts, der Entstehungsgeschichte und der Teleologie von § 93 Abs. 2 und Abs. 3 AktG.

⁶²⁴ RegBegr. SanInsFOG BT-Drs. 19/24181 S. 195; *Altmeyden* ZIP 2022, 1413; immer noch für eine Haftung „sui generis“: *Bork/Kebeke*, in: Kübler/Prütting/Bork InsO, § 15b Rn. 5, 64 ff.; ähnlich *A. Schmidt* ZRI 2021, 389 (394 f.); *Wolfer*, in: BeckOK InsO § 15b Rn. 27 jew. mwN.

⁶²⁵ eingehend: *Goldschmidt*, Handbuch des Handelsrechts, Bd. I, S. 155 ff.; *Steindorff/Ulmer*, Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland (1848/1849) S. 10 f.: Die Preußische Rechtseinheit ging infolge des Gebietszuwachs durch den Sieg über Napoleon unter, zumal in jenen Gebieten französisches oder allgemeines Recht galt.

⁶²⁶ So galten im Jahre 1843 etwa 56 verschiedene Wechselordnungen, vgl. Übersicht bei *J.L.U. Dedekind*, Vergangenheit und Gegenwart des Deutschen Wechselrechts mit Wünschen für seine Zukunft, für seine gleichförmige Codifikation in ganz Deutschland, 1844, S. 166-173.

Schließlich sah das Bündnis eine Übertragbarkeit der Gesetzgebungskompetenz des Handelsrechts auf den „Deutschen Bund“ gerade nicht vor mit der Folge, dass der „Deutsche Bund“ auch kein einheitliches Handelsgesetzbuch erlassen konnte.⁶²⁷ Zum Zwecke einer praktikablen Rechtseinheit wurde daher eine für sämtliche Bündnismitglieder geltende Kodifizierung des Handelsrechts letztendlich durch die bayrische Regierung bei der Bundesversammlung durch einen Antrag auf Beschluss zur Fassung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches gefordert.⁶²⁸ Daraufhin trat die Commission auf Beschluss der Bundesversammlung am 15.01.1867 in Nürnberg zusammen mit dem Ziel ein entsprechendes verbindliches Handelsgesetz für alle Bündnisstaaten zu entwerfen.⁶²⁹ Gegenstand der Beratungen waren insbesondere der österreichische und der als Grundlage für den Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches, dienende preußische Regierungsentwurf.⁶³⁰ Zumal Art. 199 Abs. 4 des preußischen Entwurfs lediglich rechtswidrige Zahlungen von Dividenden und Zinsen betraf und zu Zahlungen bei Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft keine Regelung enthielt, wurde daher für diese Konstellation in der ersten Lesung auf Art. 119, 120, 121 des österreichischen revidierten Entwurfs ohne ernsthafte Diskussion „zum Anhaltspunkte“ verwiesen.⁶³¹ Erfasst war somit gerade

⁶²⁷ *Horn*, in: Heymann HGB Einleitung VI Rn. 29 mwN; *Steindorff/Ulmer*, Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland (1848/1849) S. 10 f.; zur Frage, ob der Bund überhaupt gesetzgebende Gewalt hatte, vgl. *Huber*, Verfassungsgeschichte Band I S. 598 ff.

⁶²⁸ *von Lutz*, Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, I. Theil, 1858, S. 2; eine einheitliche Kodifikation fordernd, bereits: *Goldschmidt*, Handbuch des Handelsrechts, Bd. I, S. 64 ff.; *Steindorff/Ulmer*, Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland (1848/1849) S. 29 ff.; kritisch: *Savigny*, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, S. 80 ff., S. 148 ff.; *ders.* Denkschrift vom 8.1.1842, abgedruckt bei *Stölzel*, Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung, II Bd., 1888, S. 733 ff.; *Schubert*, Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preußischen Staaten, nebst Motiven, 2. Teil (Motive), S. 3: so erkannte der Gesetzgeber des ADHGB die Problematik, dass durch Kodifikation die Fortentwicklung des Handelsrechts gebremst werden könnte, weshalb das wandelbare Gewohnheitsrecht weiterhin gelten solle.

⁶²⁹ *Von Hahn*, ADHGB S. XIV f.

⁶³⁰ *Steindorff/Ulmer*, Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland (1848/1849) S. 29; Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten nebst Motiven, Erster Theil 1857, S. 37 f. § 199; zur Entstehungsgeschichte des Entwurfs für das ADHGB: vgl. *Bergfeld*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, 2007, Band I, 6. Kapitel Rn. 53-63; *von Lutz*, Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, I. Theil, 1858, S. 3 ff.

⁶³¹ *von Lutz*, Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, I. Theil, 1858, S. 362 mit Verweis auf §§ 119-121 des Entwurfs eines österreichischen HGB; vgl. Darstellung bei: *Bitter* WM 2001, 666 (669); *Schulze-Osterloh*, in: FS Bezenberger, 2000, S. 415 (416); *Thiessen*, in: Schröder/Kanzleiter, 3 Jahre nach dem MoMiG, S. 73 (78 f.)

auch § 120 des revidierten Entwurfs eines österreichischen Handelsrechts, der wiederum wortgleich zu § 111 des ministeriellen Entwurfs eines österreichischen Handelsrechts ist.⁶³² Dieser sah eine Schadensersatzpflicht der Geschäftsleiter vor, sofern diese noch Zahlungen leisten, nachdem ihnen die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft jedoch hätte bekannt sein sollen und daher die Eröffnung des Konkurses versäumen.⁶³³ Aus jener Verweisung auf § 120 des revidierten Entwurfs eines österreichischen Handelsrechts formulierte die Redaktionskommission Art 218 Abs. 2 S. 2, welcher letztendlich unverändert als Art. 241 Abs. 2 S. 2 ADHGB zum Gesetz wurde⁶³⁴ und die Grundlage der heutigen Zahlungsverbote bildet.

b) Einführung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches (ADHGB) im Deutschen Bund

Gesetzlich normiert wurde das Zahlungsverbot in Art. 241 Abs. 2 S. 2 des ersten Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches (ADHGB), welches am 31.05.1861, auf Grundlage des Nürnberger Entwurfs im Deutschen Bund in Kraft trat und am 05.06.1869 mit identischem Wortlaut durch den Norddeutschen Bund übernommen wurde.⁶³⁵ Die Vorschrift wurde wie folgt formuliert⁶³⁶:

„Die Mitglieder des Vorstandes sind aus den von ihnen im Namen der Gesellschaft vorgenommenen Rechtshandlungen Dritten gegenüber für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich nicht verpflichtet.

Mitglieder des Vorstandes, welche außer den Grenzen ihres Auftrages, oder den Vorschriften dieses Titels oder des Gesellschaftsvertrages entgegen

⁶³² von Lutz, Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, I. Theil, 1858, S. 362; vgl. zur Historie: *Altmeyden* NZG 2016, 521 (524 ff.); *Bitter* WM 2001, 666 (669); *Schulze-Osterloh*, in: FS Bezenberger, 2000, S. 415 (417 ff.).

⁶³³ Wortlaut abgedruckt, bei von Lutz, Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen dt. HGB Beilagenband. I. 1858, S. 90 f. bzw. 125 f.; dazu *Thiessen*, in: Schröder/Kanzleiter, 3 Jahre nach dem MoMiG, S. 73 (78): der österreichische Hof geht von einem unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Massenschmälerung und der Konkursverschleppung aus.

⁶³⁴ Vgl. historische Darstellung bei: *Schulze-Osterloh*, in: FS Bezenberger, 2000, S. 415 (417 ff.): eine Definition des Tatbestandsmerkmals „Zahlung“ fehlt; zur parallelen Entwicklung in der österreichischen Gesetzgebung, vgl.: *Glozbach*, Haftung des Geschäftsführers nach § 64 Abs. 2 GmbHG für Zahlungen nach Insolvenzzreife, S. 57 ff.

⁶³⁵ Auflösung des Deutschen Bundes im Sommer 1866, *Huber*, Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte, S. 215 ff; vgl. hierzu Übersicht bei *Otte*, Das Zahlungsverbot und die Ersatzpflicht nach § 64 S. 1 GmbHG, S. 7.

⁶³⁶ Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes, Band 1869, Nr. 32, S. 452.

handeln, haften persönlich und solidarisch für den dadurch entstandenen Schaden. Dies gilt insbesondere, wenn sie der Bestimmung des Artikels 217. entgegen an die Aktionäre Dividenden oder Zinsen zahlen, *oder wenn sie zu einer Zeit noch Zahlungen leisten, in welcher ihnen die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft hätte bekannt sein müssen.*“

Die Rechtsfolge eines Schadensersatzes für jene Schäden die infolge von wohlgemerkt nach Insolvenzreife getätigten Zahlungen entstanden sind, wird von Art. 241 Abs. 2 ADHGB ebenso angeordnet, wie bereits von, dem diesem zugrunde liegenden, § 120 des revidierten Entwurfs eines österreichischen Handelsrechts.⁶³⁷ Der Schadensersatzcharakter wird gerade durch den Wortlaut der Norm deutlich, wie sich durch die Formulierung „insbesondere“ zu Beginn des Art. 241 Abs. 2 S. 2 ADHGB ergibt. So bezieht sich Satz 2 eindeutig auf den einen Schadensersatz anordnenden Satz 1 und begründet insofern einen Unterfall der allgemeinen Geschäftsleiterhaftung auf Schadensersatz.⁶³⁸ Zugegeben werden muss selbstverständlich, dass die Lehre vom Schadensersatz von damals nicht der heutigen Lehre entspricht, da diese weitaus ausgereifter ist. Allerdings ist Einwänden, welche auf die Begriffe „Ersatz“ und „Zahlung“ in § 64 S. 1 GmbHG aF abstellen entgegen zu halten, dass die historischen Vorschriften des ADHGB ausdrücklich den „Schadensersatz“ formulierten.⁶³⁹

Unberücksichtigt blieb bei der Übernahme des Zahlungsverbotes in das ADHGB, dass gem. § 120 des revidierten Entwurfs eines österreichischen Handelsrechts (und § 111 des ministeriellen Entwurfs eines österreichischen Handelsrechts) die „Schuldtragenden“ Geschäftsleiter noch „den Mitgliedern der Gesellschaft sowohl, als den verursachten Gläubigern zur ungeteilten Hand verantwortlich“⁶⁴⁰ seien und folglich eine Außenhaftung begründet wurde. Dagegen sah die allgemeine

⁶³⁷ *Altmeyden* NZG 2016, 521 (525); *Bitter* WM 2001, 666 (668 f.); *Renaud*, Recht der Actiengesellschaften, 1863, S. 546 f.

⁶³⁸ im GmbHG besteht nunmehr eine räumliche Trennung des Zahlungsverbots gem. 64 S.1 GmbHG (bzw. jetzt § 15b InsO) und der Geschäftsleiterhaftung in § 43 Abs. 3, Abs. 4 GmbHG. Allein § 64 S. 4 GmbHG deutet noch auf die Verwandtschaft hin; nicht getrennt ist dagegen im AktG das Zahlungsverbots gem. § 92 Abs. 3 Nr. 6 AktG (jetzt: geregelt in § 15b InsO) und die Geschäftsleiterhaftung (§ 92 Abs. 2 AktG).

⁶³⁹ *Thiessen*, in: Schröder/Kanzleiter, 3 Jahre nach dem MoMiG, S. 73 (82).

⁶⁴⁰ *von Lutz*, Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen dt. HGB, Beilagenband I. Theil, 1861, S. 90 f.

Organhaftung nach Art. 241 Abs. 2 ADHGB idF von 1861 abweichend dazu eine Innenhaftung der Vorstandsmitglieder vor. Insofern entstand ein Streit über die Ausgestaltung der Zahlungsverbot als Innen-⁶⁴¹ oder als Außenhaftung.⁶⁴² Überzeugen konnte schließlich die Lehrmeinung einer reinen Innenhaftung der zu Folge der Schaden der Gesellschaftsgläubiger, mittelbar durch eine einheitliche und umfassende Erstattung des Schadens in die Masse kompensiert werden konnte.⁶⁴³ Gegen die Ausgestaltung als Außenhaftung zugunsten der Gesellschaftsgläubiger sprach bereits, dass eine solche Ausnahmeregelung grundsätzlich nur für bestimmte Fälle durch das ADHGB normiert wurde, wie etwa für Art. 248 Abs. 3 ADHGB. Im Umkehrschluss dazu ist daher zu erkennen, dass das Fehlen einer entsprechenden ausdrücklichen Normierung, nicht die Annahme zulässt, es handle sich ohne Weiteres um eine Außenhaftung.⁶⁴⁴ Die Einführung einer Innenhaftung, aus Gründen der Systematik vermag nichts an der schadensdogmatischen Einordnung der Zahlungsverbote im Interesse der Gläubigergesamtheit zu verändern.⁶⁴⁵

Einigkeit bestand zumindest darüber, dass die Erstattungspflicht nach Art. 241 Abs. 2 S. 2 ADHGB die Kompensation des Schadens der Gläubigergesamtheit, die infolge einer Masseverkürzung durch Zahlung(en) nach Zahlungsunfähigkeit entstanden ist, bezweckt. Maßgeblich ist bei genauerer Betrachtung gerade der Erhalt der Quote der Gläubigergesamtheit. Inwiefern eine ausgleichende Gegenleistung haftungskompensierend zu berücksichtigen sei, hatten dabei jedoch weder der Gesetzgeber des ADHGB von 1861 noch spätere Gesetzgeber bis zur Grundsatzentscheidung von 2014 bedacht.⁶⁴⁶

Kontrahierungsschäden der vorleistenden Neugläubiger, welche die Masse gerade nicht schmälern, sondern gerade vergrößern, waren vom Gesetzgeber des ADHGB

⁶⁴¹ von Hahn, ADHGB 1863, Art. 241 § 2.

⁶⁴² so noch in § 120 des revidierten Entwurfs eines österreichischen Handelsrechts; für eine Haftung gegenüber Dritter aus Art. 241 Abs. 2 ADHGB dagegen dennoch: *Anschütz/von Völderndorff*, ADHGB, Band 2, 1870, S. 533; *Renaud*, Recht der Actiengesellschaften, S. 546 f.

⁶⁴³ Vgl. die Allgemeine Begründung zum Gesetzentwurf von 1884, Aktenstück 21, abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff*, 100 Jahre modernes Aktienrecht, 1985, S. 404, 463; so auch *Altmeyen* NZG 2016, 521 (525).

⁶⁴⁴ *Pisko*, in: Staub, ADHGB, Art. 241 § 7.

⁶⁴⁵ vgl. BGH ZIP 2016, 364 (368) mit Anm. *Altmeyen*; zum Schadensersatzcharakter siehe: *Anschütz/v. Völderndorff*, ADHGB, Band 2, 1870, S. 533.

⁶⁴⁶ *Altmeyen* GmbHG § 64 Rn. 41; *Altmeyen* NZG 2016, 521 (524 ff.) mwN.

schon mangels Zuständigkeit nicht zu thematisieren. Schließlich handelt es sich bei dem Anspruch auf Erstattung des Kontrahierungsschadens um einen Anspruch der culpa-Haftung, welcher Gegenstand des Schuldrechts, der jeweiligen Partikularrechte der Mitgliedsstaaten des Deutschen Bundes war.⁶⁴⁷

c) Aktienrechtsnovelle von 1884

Im Zuge der Aktienrechtsnovelle vom 18.07.1884 erfuhren die Zahlungsverbote nach Art. 240, 241 ADHGB die erste Wortlautänderung und wurden wie folgt formuliert⁶⁴⁸:

Art. 240:

(...)

„Sobald Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eintritt, muß der Vorstand die Eröffnung des Konkurses beantragen; *dasselbe gilt, wenn aus der Jahresbilanz oder einer im Laufe des Geschäftsjahres aufgestellten Bilanz sich ergibt, daß das Vermögen nicht mehr die Schulden deckt.*“

Art. 241:

(...)

(...)

„Mitglieder, welche ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft solidarisch für den dadurch entstandenen Schaden. Insbesondere sind sie in den Fällen des Artikels 226 Ziffer 1 bis 5, *sowie in dem Falle einer nach der Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung der Gesellschaft (Art. 240 Abs. 2) geleisteten Zahlung zum Ersatze verpflichtet.*“

„In den vorbezeichneten Fällen kann der Ersatzanspruch auch von den Gläubigern der Gesellschaft, soweit sie von dieser ihre Befriedigung nicht erlangen können, selbständig geltend gemacht werden. Die Ersatzpflicht wird

⁶⁴⁷ Eingehend: *Altmeyden* NZG 2016, 521 (525 f.), der Kontrahierungsschaden ist nach den Grundsätzen der sittenwidrigen Schädigung bzw. der Haftung aus culpa in contrahendo zu ersetzen; vgl. BGH ZIP 2016, 364 (368) mit Anm. *ders.*

⁶⁴⁸ RGBl. I, S. 162 f.

ihnen gegenüber dadurch nicht aufgehoben, daß die Handlung auf einem Beschlusse der Generalversammlung beruht.“

(...)

Eine Neuerung besteht darin, dass neben der Zahlungsunfähigkeit nun auch die aus der Bilanz festgestellte Überschuldung iSv Art. 240 Abs. 2 ADHGB die Ersatzpflicht gem. Art. 241 Abs. 2 ADHGB auslöst.⁶⁴⁹

Schon bei der Entwicklung des Entwurfs zur Aktienrechtsnovelle sowie bei der Novellenregelung selbst war die Dogmatik der Zahlungsverbote umstritten. So nahmen Stimmen in der Literatur und Rechtsprechung an, dass der Ersatzanspruch aus Art. 241 Abs. 3 ADHGB kein Schadensersatzanspruch sei und zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes sämtliche Zahlungen ab Insolvenzreife zu ersetzen seien, ohne dabei eine etwaige ausgleichende Gegenleistung zu berücksichtigen.⁶⁵⁰ Gegen die Berücksichtigung von Gegenleistungen, sondern eine schlichte Addition sämtlicher Zahlungen, „ohne daß es auf den Nachweis eines Schadens ankommt“ sprach sich auch der Gesetzgeber in seiner Gesetzesbegründung mit dem Argument aus, dass das Verschulden der Vorstandsmitglieder die gegen das ausdrücklich normierte Zahlungsverbot verstießen so gravierend sei, dass eine verschärfte schadensunabhängige Haftungsfolge gerechtfertigt sei.⁶⁵¹ Außerdem sei gerade die der Befriedigung der Gläubiger dienende Masse als einzige Sicherheit untergegangen.⁶⁵²

Allerdings legt der Wortlaut von Art. 241 Abs. 3 ADHGB idF von 1884 eine schadensdogmatische Einordnung nahe, da sich die Formulierung „insbesondere“

⁶⁴⁹ Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung bilden bis heute die Grundvoraussetzung der Insolvenzreife, als den maßgeblichen Zeitpunkt, welcher die Haftung für masseschmälernde Zahlungen auslöst. Bis 1986 fand die Überschuldungsprüfung im Rahmen der Handelsbilanz statt. Seit BGH NJW 1987, 2433 hat sich der „zweistufige Überschuldungsbegriff“ mit seiner zweistufigen Prüfung etabliert, vgl. eingehend *Drukarczyk/Schüler*, in: MüKo InsO § 19 Rn. 15 ff.

⁶⁵⁰ Vgl. Gutachten des Reichs-Oberhandelsgerichts vom 31.03.1877, abgedruckt bei: *Schubert/Hommelhoff*, 100 Jahre modernes Aktienrecht, S. 157, 211, 220: abgestellt wird auf die schadensunabhängige Erstattungspflicht aus Art. 204 ADHGB bei einer Kommanditgesellschaft.

⁶⁵¹ Die besonderen Verbotstatbestände in Art. 241 Abs. 3 ADHGB bezwecken im Vergleich zur allgemeinen organschaftlichen Haftung, die „Haftpflcht zu verschärfen“, indem die Vorstände nicht nur „eines erweislich der Gesellschaft entstandenen Schadens haften“, vgl. Begründung zu Art. 204, 226, 241 ADHGB 1884, abgedruckt in: *Schubert/Hommelhoff*, 100 Jahre modernes Aktienrecht, S. 404, 463, 494, 508; vgl. auch Entwurf des HGB des Reichsjustizamtes 1896, S. 140.

⁶⁵² Allgemeine Begründung zum Gesetzesentwurf von 1884, Aktenstück 21, abgedruckt bei: *Schubert/Hommelhoff*, 100 Jahre modernes Aktienrecht, S. 387, 404, 463, 508 f.

aus S. 2 offensichtlich auf S. 1 bezieht und dieser gerade ausdrücklich den Ersatz des kausal „entstandenen Schadens“ anordnet, mit der Konsequenz, dass sich die Einordnung der Zahlungsverbote als Unterfall der allgemeinen Geschäftsleiterhaftung aufdrängt.⁶⁵³ Befürworter einer schadensdogmatischen Einordnung werten die unterbliebene Berücksichtigungsmöglichkeit von Gegenleistungen und die schadensunabhängige Haftung teils als Versehen des Gesetzgebers aufgrund der Gleichsetzung von Zahlungen nach Insolvenzreife mit grundkapitalverkürzenden Zahlungen iSv Art. 226 Abs. 2 Nr. 1 - Nr. 5 ADHGB, welchen typischerweise keine ausgleichende Gegenleistung in die Masse folgt.⁶⁵⁴ Teilweise wird darin aber auch eine Schwachstelle der damaligen Betriebswirtschaftslehre gesehen.⁶⁵⁵

Letztlich ist zu erkennen, dass eine schadensunabhängige Haftung ohne die Berücksichtigung von Gegenleistungen nicht mit dem Willen des historischen Gesetzgebers von 1862 vereinbar ist, wie es wie folgt darzustellen gilt. Zunächst bedarf es insofern einer Auseinandersetzung damit, warum in der Begründung zum Entwurf vom 07.03.1884 die Haftung für Zahlungsverbote ohne einen Schadensnachweis bestimmt wurde, die Berücksichtigung von Gegenleistungen unterblieben ist und eine Diskussion über den Begriff „Zahlung“ überhaupt nicht stattgefunden hat.⁶⁵⁶ Aus damaliger Sicht betrachtet war es durchaus nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber die Ersatzpflicht schadensunabhängig ausgestaltet hat, zumal seinerzeit typischerweise für die ab Insolvenzreife getätigten Zahlungen keine Gegenleistungen mehr erfolgt sind, sodass der Schaden in voller Höhe der Zahlungen entstanden war. Denn ein vorleistender Gläubiger würde bei der (Be-)Zahlung nach Insolvenzreife nicht erneut eine Gegenleistung erbringen. Ebenso wenig würde ein Gläubiger dem Gefälligkeitszahlungen nach Insolvenzreife

⁶⁵³ Darstellung zu konträren Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897, die sich jedoch nicht durchsetzen konnten, vgl. *Otte*, Das Zahlungsverbot und die Ersatzpflicht nach § 64 S. 1 GmbHG, S. 10 ff.

⁶⁵⁴ *Bitter* WM 2001, 666 (669 f.) mwN

⁶⁵⁵ *Karsten Schmidt* ZHR (175) 2011, 433 (439): in Anbetracht dessen, dass die Betriebswirtschaftslehre noch nicht erfunden war, fehlte es zu der Zeit an dem Vorstellungsvermögen, dass eine verbotene Zahlung für die eine Gegenleistung geflossen ist, nicht zwangsläufig zu einem bleibenden „Loch im haftenden Gesellschaftsvermögen“ führt.; kritisch: *Thiessen*, in: *Schröder/Kanzleiter*, 3 Jahre nach dem MoMiG, S. 73 (80ff.).

⁶⁵⁶ Allgemeine Begründung zum Entwurf eines Gesetzes betreffend die KGaA und AG (1884), abgedruckt bei: *Schubert/Hommelhoff*, 100 Jahre modernes Aktienrecht, 1985, S. 407, 508.

ausbezahlt wurden, eine Gegenleistung in die Masse erbringen. Maßgeblich und insofern hervorzuheben ist für ein Verständnis einer schadensunabhängigen Haftung, dass der haftungsauslösende Zeitpunkt für Art. 241 Abs. 2 ADHGB idF von 1862 damals noch ausschließlich in der Zahlungsunfähigkeit bestand.⁶⁵⁷ Die vage Formulierung der Zahlungsunfähigkeit wurde von der damaligen herrschenden Meinung als das finanzielle Ende und der Abstieg des Handelsgewerbes, etwa durch Schließung oder Auflösung, interpretiert. Der haftungsauslösende Zeitpunkt lag folglich erst vor, wenn die Gesellschaft kurz vor ihrer Schließung stand und ihre Insolvenz offensichtlich war, sodass zu diesem späten Zeitpunkt auch kein laufendes Geschäft mehr bestand, in dem regelmäßig Zahlungen getätigt wurden. Das offensichtliche Bestehen der existenziell bedrohlichen Lage der Gesellschaft und dessen Erkennbarkeit für den Geschäftsleiter lässt den Rückschluss zu, dass er zur Vermeidung einer Haftung keine weiteren Austauschgeschäfte im Rechtsverkehr tätigen würde. Die Erkennbarkeit für den Geschäftsleiter folgt bereits daraus, dass damals das Konkursverfahren bereits weit vor der Zahlungsunfähigkeit, welche die Haftung wegen verbotener Zahlungen auslöste, einzuleiten war.⁶⁵⁸

Während im Jahre 1862 der Konkurs bereits bei bilanzieller Überschuldung zu beantragen war und die Zahlungsfähigkeit erst bei Erkennbarkeit der Zahlungsunfähigkeit eintrat, veränderte sich diese zeitliche Anforderung mit der Aktienrechtsnovelle. Danach wurde durch die Einführung der Überschuldung, als eine weitere alternative zeitliche Haftungsvoraussetzung für verbotene Zahlungen, eine Parallele zur Zahlungsunfähigkeit geschaffen.⁶⁵⁹ Allerdings führte auch der Gleichlauf der Überschuldung mit der Zahlungsunfähigkeit nicht dazu, dass dem Geschäftsleiter die wirtschaftliche Lage unbewusst blieb und dass anzunehmen sei, dass er weiterhin am Rechtsverkehr teilnehmen und folglich haftungsauslösende

⁶⁵⁷ Gutachten über die geeignetsten Mittel zur Abhülfe der nach den Erfahrungen des Reichsoberhandelsgerichts bei der Gründung, Verwaltung und dem geschäftlichen Betriebe von Aktienunternehmen hervorgetretenen Uebelstände, in Auszügen abgedruckt, bei: *Schubert/Hommelhoff*, 100 Jahre modernes Aktienrecht, 1985, S. 157, 208 ff.

⁶⁵⁸ Vgl. auch: *Schmid*, Haftung der Geschäftsleiter insolventer Gesellschaften für die Verletzung der Zahlungsverbote und der Insolvenzantragspflicht, S. 142 f.: regelmäßig ist die Überschuldung der Zahlungsunfähigkeit vorgelagert.

⁶⁵⁹ Normierung einer Konkursantragspflicht erstmals im ADHGB idF von 1884. Gem. Art. 240 Abs. 2 ADHGB muss ein Antrag gem. § 95 KO idF von 1877 über die Eröffnung des Konkurses bei Zahlungsunfähigkeit und nun auch bei Überschuldung gestellt werden. Vgl. zur Allgemeinen Begründung zum Gesetzesentwurf von 1884, Aktenstück 21, abgedruckt bei: *Schubert/Hommelhoff*, 100 Jahre modernes Aktienrecht, 1985, S. 407, 507 f.

Zahlungen vornehmen würde, denn die Überschuldung ergab sich bereits aus der Jahresbilanz oder einer zwischenzeitlich aufgestellten Bilanz und war insofern erkennbar.⁶⁶⁰

Richtigerweise kann der Begriff „Zahlung“ aus damaliger Perspektive nur so interpretiert werden, dass der Gläubigergesamtheit ein Schaden infolge der Schmälerung der Konkursmasse durch ein bewusstes Beiseiteschaffen vorbei am Konkursverwalter, entstanden ist. Vor dem Hintergrund, dass Gegenleistungen regelmäßig nicht mehr getätigt wurden, lag der Schaden in Höhe der addierten Zahlungen, weshalb auf das Erfordernis eines Schadens aus damaliger Sicht verzichtet werden konnte. Aus dem Umstand, dass damals an ausgleichende Gegenleistungen gar nicht zu denken war, kann jedoch nicht gefolgert werden, dass die Berücksichtigung einer ausgleichenden Gegenleistung nach dem Willen des historischen Gesetzgebers gänzlich ausgeschlossen sein sollte.⁶⁶¹

Für nicht erklärungsbedürftig hielt der historische Gesetzgeber wohl den Zahlungsbegriff selbst, da dieser in seiner 150-jährigen Geschichte nie ernsthaft diskutiert wurde und sich insofern bis in die jüngste Rechtsprechung fortgesetzt hat. Erst in der jüngeren Rechtsprechung und Literatur löste dieser Begriff erhebliche Zweifel aus.⁶⁶² So gilt es zu erkennen, dass der Begriff „Zahlungen“ als solcher gänzlich fehlt geht, da der Gesetzgeber allein den Quotenschaden der Gesellschaftsgläubiger aufgrund der Verletzung von Massesicherungspflichten im Sinn hatte. Eine teleologische Korrektur gebietet, dass anstelle des Ersatzes von „Zahlungen“ vielmehr der entstandene „Verlust“ zu ersetzen ist, welchen die Masse aufgrund der Verletzung von Massesicherungspflichten erfahren hat.⁶⁶³

Klarstellend wurde in der Begründung zum Entwurf der Aktienrechtsnovelle formuliert, dass es sich bei der Haftung für verbotene Zahlungen um eine reine

⁶⁶⁰ So der Verweis in Art. 241 Abs. 3 ADHGB idF von 1884 im Klammerzusatz zur Überschuldung, der auf Art. 240 Abs. 2 ADHGB idF von 1884 verweist; vgl. auch *Schmid*, Haftung der Geschäftsleiter insolventer Gesellschaften für die Verletzung der Zahlungsverbote und der Insolvenzantragspflicht, S. 141 ff.; BGH ZIP 1992, 1382: Aufgabe der Handelsbilanz als Grundlage der Überschuldungsberechnung und Einführung der zweistufigen Überschuldungsprüfung; siehe dazu: *Drukarczyk/Schüler*, in: MüKo InsO § 19 Rn. 15 ff.

⁶⁶¹ *Altmeyden* NZG 2016, 521 (525); *Schmid*, Haftung der Geschäftsleiter insolventer Gesellschaften für die Verletzung der Zahlungsverbote und der Insolvenzantragspflicht, S. 141 f.

⁶⁶² vgl. *Bitter* WM 2001, 666 (669); *Schulze-Osterloh*, in: FS Bezzenger, 2000, S. 415 (418 f.)

⁶⁶³ Vgl. bereits Kapitel § 4, S. 74 ff.

Innenhaftung handle, zumal die Geschäftsführung des Vorstands allein für die Gesellschaft und nicht die Aktionäre erfolge.⁶⁶⁴ Diese Einordnung wurde jedoch eingeschränkt durch Art. 241 Abs. 4 ADHGB, welcher einen subsidiären Direktanspruch der Gläubiger regelte, sofern eine Anspruchsbündelung über die Gesellschaft erfolglos geblieben war.⁶⁶⁵

d) Zwischenergebnis:

Obwohl die Zahlungsverbote durch den Gesetzgeber des ADHGB idF von 1884 entgegen seinem Wortlaut nicht als eine Schadensersatzhaftung, sondern eine schadensunabhängige Erstattungspflicht ausgestaltet wurden, muss dies im historischen Kontext bewertet werden. So wurden im Rahmen der damaligen Rechtslage schon gar keine Zahlungen mehr getätigt, welche eine Berücksichtigung von entsprechenden Gegenleistungen erforderlich machen würden, da das Zahlungsverbot nur solche Zahlungen erfasste welche ab Eröffnung des Konkurses erfolgt sind. Daher ist der Schaden grundsätzlich in Höhe sämtlicher getätigter Zahlungen entstanden und eine weitere Berechnung, welche diese Gegenleistungen mit erfassen würde, wurde überflüssig. Mangels Vermögenszuflüssen kam es auch nicht zu einer Bereicherung der Masse, sodass die Aktienrechtsnovelle insofern gerechtfertigt war. Zusammenfassend ist deswegen bezüglich der Aktienrechtsnovelle von 1884 festzuhalten, dass gerade die bislang bestehende Dogmatik der Zahlungsverbote fortgeführt und gerade nicht grundlegend verändert werden hätte sollen.

e) Weitere Entwicklung der Zahlungsverbote im GmbHG, HGB und AktG

Die Fehlinterpretation des Begriffs „Zahlung“ wurde durch die schlichte Übernahme der inhaltlich unveränderten Regelung in das GmbHG von 1892, das HGB von 1897, sowie das AktG von 1937 und 1965, fortgesetzt.⁶⁶⁶

aa) GmbHG von 1892

⁶⁶⁴ Allgemeine Begründung zum Entwurf eines Gesetzes betreffend die KGaA und AG (1884), abgedruckt bei: *Schubert/Hommelhoff*, 100 Jahre modernes Aktienrecht, 1985, S. 404, 508.

⁶⁶⁵ vgl. Allgemeine Begründung zum Entwurf eines Gesetzes betreffend die KGaA und AG (1884), abgedruckt bei: *Schubert/Hommelhoff*, 100 Jahre modernes Aktienrecht, 1985, S. 404, 508 f. iVm 463: sog. „Rückgriffsrecht“; siehe auch *Otte*, Das Zahlungsverbot und die Ersatzpflicht nach § 64 S. 1 GmbHG, S. 10.

⁶⁶⁶ *Altmeppen NZG* 2016, 521 (525).

Am 10.05.1892 trat das GmbHG in Kraft und führte die Rechtsform der GmbH ein. Wie aus der amtlichen Begründung hervorgeht, wurden die Insolvenzantragspflicht und das Zahlungsverbot, welche von da an in § 64 GmbHG idF von 1892 normiert waren, mit bloß geringfügigen Wortlautänderungen aus den Formulierungen der Art. 240 Abs. 2, 241 ADHGB idF von 1884 ohne entscheidenden Bedeutungswechsel, übernommen.⁶⁶⁷ So setzt sich der misslungene Gesetzestext mit seinem Begriff „Zahlungen“ und die unterbliebene Berücksichtigungsmöglichkeit von Gegenleistungen, aufgrund der vom Gesetzgeber angeordneten schadensunabhängigen Ersatzpflicht fort.⁶⁶⁸ Insofern waren sämtliche Zahlungen in voller Höhe zu ersetzen, unabhängig davon, ob die Masse tatsächlich eine Schmälerung erfahren hat und ob eine solche Schmälerung gegebenenfalls wieder ausgeglichen wurde.

Der Gesetzgeber hält im Übrigen an der Innenhaftung der Zahlungsverbote fest mit dem Argument, dass die Ersatzpflicht durch die Erstattung in die Konkursmasse schließlich dem gemeinsamen Nutzen der Gläubiger zu Gute käme.⁶⁶⁹ Eine Regelung zu einem eigenständigen Gläubigerverfolgungsrecht entsprechend Art. 241 Abs. 4 ADHGB idF von 1884 existiert nicht, sondern ihnen dient vielmehr § 44 GmbHG zum Schutz vor einer Beeinträchtigung des Ersatzanspruches.⁶⁷⁰

bb) Handelsgesetzbuch von 1897 für das Deutsche Reich

⁶⁶⁷ RGBl. I, S. 477-499; Begründung des Gesetzentwurfes, betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, abgedruckt bei: Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Legislaturperiode, Session 1890/92, 12. Aktenstück 660, S. 3756; Darin heißt es, dass sich die Vorschriften „in der Hauptsache“ entsprächen; vgl. auch *Karsten Schmidt* ZHR (168) 2004, 637 (662).

⁶⁶⁸ Verweis der Gesetzesbegründung auf die entsprechende für Art. 241 ADHGB geltende Haftungsdogmatik, vgl. Begründung des Gesetzentwurfes, betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, abgedruckt bei: Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Legislaturperiode, Session 1890/92, 12. Aktenstück 660, S. 3724, 3756.

⁶⁶⁹ Begründung des Gesetzentwurfes, betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, abgedruckt bei: Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Legislaturperiode, Session 1890/92, 12. Aktenstück 660, S. 3724, 3756; a.A. eine Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern befürwortend: Gutachten des Deutschen Handelstages und Auszug aus dem Gutachten der preußischen Handelskammer, abgedruckt bei: Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Legislaturperiode, Session 1890/92, 12. Aktenstück 660, S. 3760, 3765 f. und Anlage B, S. 3766, 3769.

⁶⁷⁰ Begründung des Gesetzentwurfes, betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, abgedruckt bei: Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Legislaturperiode, Session 1890/92, 12. Aktenstück 660, S. 3756: „Doch ist eine direkte Haftpflicht gegenüber den Gesellschaftsgläubigern hier ebenso wenig wie in den Fällen des § 44 Abs. 3 vorgesehen.“

Auch das Handelsgesetzbuch vom 10.05.1897⁶⁷¹ findet seinen Ursprung in dem mehrfach umgestalteten ADHGB und weist nur geringfügige Änderungen hierzu auf.⁶⁷² So wurde auch für das in Art. 241 Abs. 3 Nr. 6 HGB idF von 1897 normierte Zahlungsverbot eine schadensunabhängige Ersatzpflicht bestätigt⁶⁷³, obwohl weiterhin aufgrund des Wortlauts „insbesondere“ ein Bezug zur schadensrechtlichen Haftung der Vorstandsmitglieder besteht.⁶⁷⁴ Dieser wird auch von zahlreichen Stimmen in der Literatur erkannt und aufgegriffen für die Forderung nach einer Reformierung der Haftung für verbotene Zahlungen mit der Voraussetzung eines Schadens neben dem Verschulden der Geschäftsleiter.⁶⁷⁵ Der Gesetzgeber hält weiterhin an einer Innenhaftung auf Ersatz des Schadens der Gläubigergesamtheit fest und normiert wie schon in Art. 241 Abs. 4 ADHGB idF von 1884 auch in Art. 241 Abs. 4 HGB idF von 1897 ein Gläubigerverfolgungsrecht.

cc) Wendepunkt durch das Gesetz vom 25.03.1930

Eine Änderung erfolgte mit der Gesetzesänderung vom 25.03.1930⁶⁷⁶, welche eine zweiwöchige Konkursantragspflicht für Art. 240 Abs. 2 HGB idF von 1897 und § 64 GmbHG idF von 1882 einführt.⁶⁷⁷ Diese wurde mit Einführung des AktG im Jahre 1937 auf drei Wochen verlängert und ist noch heute in § 15a InsO enthalten.⁶⁷⁸

⁶⁷¹ RGBl. I. S. 219.

⁶⁷² Anlass der Revision des Handelsrechts war die Neugestaltung des Privatrechts, infolge der Einführung des BGB, vgl. Begründung zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Deutsche Reich von 1895, abgedruckt in: *Schubert/Schmiedel/Krampe*, Quellen zum HGB von 1897, Band II Erster Halbband, S. 1; Denkschrift zum Entwurf eines HGB und EinfG, S. 139, abgedruckt in: *Schubert/Schmiedel/Krampe*, Quellen zum HGB von 1897, Band II Zweiter Halbband, S. 949, 1065.

⁶⁷³ Begründung zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Deutsche Reich von 1895, abgedruckt in: *Schubert/Schmiedel/Krampe*, Quellen zum HGB von 1897, Band II Erster Halbband, S. 1; Protokolle über die Berathung des Entwurfs eines HGB 1895, S. 220, abgedruckt in: *Schubert/Schmiedel/Krampe*, Quellen zum HGB von 1897, Band II Erster Halbband, S. 259, 414.

⁶⁷⁴ Vgl. Verhandlungen des 23. Deutschen Handelstages 1896, S. 40 f., abgedruckt in: *Schubert/Schmiedel/Krampe*, Quellen zum HGB von 1897, Band II Erster Halbband, S. 567, 614 f.

⁶⁷⁵ Vgl. Verhandlungen des 23. Deutschen Handelstages 1896, S. 40 und Anlage II, S. 11, abgedruckt in: *Schubert/Schmiedel/Krampe*, Quellen zum HGB von 1897, Band II Erster Halbband, S. 567, 615, 662, 687.

⁶⁷⁶ RGBl. I S. 93.

⁶⁷⁷ Diese hatte „ohne schuldhaftes Zögern“, aber spätestens zwei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung zu erfolgen, vgl. Verhandlungen des Reichstages, 4. Wahlperiode 1928, Band 4348, Anlage Nr. 1469, S. 4; Verlängerung auf drei Wochen durch den Reichspräsidenten 1931, VO vom 06.08.1931, RGBl. I, S. 433.

⁶⁷⁸ Ebenso gilt die die Fristverlängerung auf drei Wochen auch für die GmbH, nach: § 1 der Verordnung des Reichspräsidenten zur Änderung der Frist für die Stellung des Antrags auf Eröffnung des Konkursverfahrens oder des gerichtlichen Vergleichsverfahrens bei Gesellschaften mit

Hintergrund dieser Frist war, dass die Gesellschaft anstelle eines Konkursantrags alternativ auch einen Vergleichsantrag stellen konnte und es daher notwendig erschien, den Geschäftsleitern eine gewisse Zeit für Überlegungen und entsprechende Vorbereitungen einzuräumen.⁶⁷⁹

Es gilt nunmehr zu erkennen, dass die Eröffnung des Konkurses damit dem Zahlungsverbot gem. Art. 241 Abs. 3 Nr. 6 HGB idF von 1897 und § 64 Abs. 1 GmbHG idF von 1892/1898 zeitlich nachgelagert war.⁶⁸⁰ Auf das Schadenserfordernis kann von da an nicht mehr verzichtet werden, denn die zweiwöchige Konkursantragspflicht bewirkt gerade die weitere legale Teilnahme am Rechtsverkehr und die Vornahme von Zahlungen, für welche regelmäßig Gegenleistungen in die Masse gelangen. Würden jene ausgleichenden Gegenleistungen nicht berücksichtigt werden, so hätte dies zur Konsequenz, dass die Ersatzpflicht eintritt, obwohl die Masse gar nicht geschmälert wurde und dass durch diese Ersatzpflicht aller Zahlungen die Masse bereichert werden würde.⁶⁸¹ Dies würde jedoch zu unbilligen und untragbaren Ergebnissen führen. Diese Begrifflichkeiten und Bestimmungen wurden in dem am 30.01.1937 in Kraft getretenen, aus dem HGB nunmehr ausgegliederten Aktiengesetz fortgeführt.⁶⁸² Die zeitliche Verschiebung der Konkurseröffnung, aufgrund der dreiwöchigen Antragsfrist, hinter das Zahlungsverbot unterstreicht die bereits im Rahmen der Gesetzesänderung von 1930 aufgezeigte Notwendigkeit einer Schadensvoraussetzung. Für den Schadensersatzcharakter kann ferner der Wortlaut von § 83 Abs. 3 AktG idF von 1937 mit der Formulierung „namentlich“ angeführt werden, der auf das Schadenserfordernis in Abs. 2 verweist.⁶⁸³

beschränkter Haftung und Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 06.08.1931, RGBl. I. S. 433.

⁶⁷⁹ Vgl. *Brodmann*, GmbHG § 64 Anm. 1d, 2. Aufl. 1930.

⁶⁸⁰ Maßgeblicher Zeitpunkt für den Beginn des Zahlungsverbots war weiterhin die Zahlungsunfähigkeit oder bilanzielle Überschuldung.

⁶⁸¹ Vgl. *Schmid*, Haftung der Geschäftsleiter insolventer Gesellschaften für die Verletzung der Zahlungsverbote und der Insolvenzantragspflicht, S. 145, 155.

⁶⁸² Vgl. Darstellung *Karsten Schmidt* ZHR (168) 2004, 637 (661 f.); aus Art. 241 Abs. 3 ADHGB idF von 1861/1884 wurde § 241 Abs. 3 Nr. 6 HGB und daraus über den überwiegend inhaltsgleichen § 83 Abs. 3 Nr. 6 AktG idF von 1937 schließlich § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG idF von 1965.

⁶⁸³ Vgl. *Hueck*, in: *Baumbach/Hueck AktG* § 84, S. 192, 6. Aufl.; *Teichmann/Koehler AktG* § 84, S. 191, 2. Aufl. 1939.

Eine Neuerung wurde nur insofern eingeführt, als dass in § 64 Abs. 2 GmbHG aF der Ausnahmetatbestand der „sorgfältigen Zahlung“ aufgenommen worden ist, sodass die Zahlungsverbote nunmehr als eine Art Verschuldenshaftung etabliert worden sind.⁶⁸⁴

f) Zwischenergebnis Historie

Ausgangspunkt der Betrachtung für eine schadensrechtliche Einordnung der Zahlungsverbote muss der ursprüngliche gesetzgeberische Wille sein, wie er bereits aus Art. 241 Abs. 2 S. 3 ADHGB idF von 1861/1862 und dem diesem zu Grunde liegenden § 120 des revidierten Entwurfs eines österreichischen Handelsrechts, deutlich hervorgeht. Zu erkennen ist, dass die anderen Novellierungen und gesetzlichen Neureglungen lediglich andere Begrifflichkeiten, wie „Ersatz“, verwendeten, ohne dabei die dogmatische Einordnung verändern zu wollen. Dies ergibt aus der Fehlinterpretation einer schadensunabhängigen Ersatzpflicht welche dem Umstand geschuldet ist, dass nach der Rechtslage, welche bis 1930 bestand, typischerweise keine Zahlungen mit entsprechenden Gegenleistungen mehr getätigt wurden, da das Zahlungsverbot erst zu einem Zeitpunkt griff, in dem schon längst das Konkursverfahren hätte eröffnet sein müssen und insofern kein laufender Geschäftsbetrieb mehr bestand. Somit war auch eine Berücksichtigung von Gegenleistungen nach damaligem Verständnis nicht erforderlich. Erst die zeitliche Verschiebung der Eröffnung des Konkursverfahrens hinter das Zahlungsverbot durch die Einführung einer Insolvenzantragsfrist im Jahre 1930 bewirkte die weitere Teilnahme am Rechtsverkehr und die Vornahme von weiteren Zahlungen in diesem Zeitraum, welchen regelmäßig ausgleichende Gegenleistungen gegenüberstanden. Um sicher zu stellen, dass das Hin- und Her, welches sich in der Folgezeit infolge der Fehlinterpretation von Begrifflichkeiten abgespielt hat, vermieden wird, muss wiederum ein systematischer Anker in der Dogmatik gesetzt werden. Dementsprechend muss und soll gerade die ursprüngliche Dogmatik einer Schadensersatzhaftung Raum greifen, um so systematische Brüche zu vermeiden und um gerade eine stringente Linie in der Dogmatik der Zahlungsverbote wiederum einzuführen. Selbstverständlich kann, wie seit Einführung des ADHGB

⁶⁸⁴ Vgl. *Brodmann*, GmbHG § 64 Anm. 4b, 2. Aufl. 1930.

treffenderweise angenommen wird, jener zu ersetzende Schaden nur ein solcher der Gläubigergemeinschaft sein und nicht der konkursreifen Gesellschaft.

3. Übereinstimmungen der alternierenden schadensrechtlichen Haftungsmodelle

Zu demselben Ergebnis einer dogmatischen Einordnung der Zahlungsverbote als Schadensersatzhaftung gelangen die alternierenden Haftungsmodelle von *Karsten Schmidt* und *Altmeppen/Wilhelm*. Es bestehen insofern zahlreiche Schnittmengen bei der Ausgestaltung der Haftung des Geschäftsleiters für masseschmälernde Zahlungen ab Insolvenzreife. Hervorzuheben ist insbesondere der Konsens darüber, dass die Haftung für Masseschmälerungen in der Verschleppungsphase auf einem einheitlichen Tatbestand beruht und eine Parallelität von Außen- und Innenhaftung gerade nicht existieren kann.⁶⁸⁵ Einigkeit besteht somit darüber, dass entweder beide Massesicherungspflichten Schutzgesetzcharakter aufweisen oder beide nicht und insofern das Konzept der Rechtsprechung, welches allein für die Insolvenzantragspflichtverletzung eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB annimmt, nicht überzeugen kann.⁶⁸⁶ Seit Einführung des § 15b InsO durch das StaRUG⁶⁸⁷ (als Teil des SanInsFOG) besteht fortan Einigkeit zwischen *Karsten Schmidt* und *Altmeppen* über die Annahme einer Schutzgesetzzeigenschaft des Zahlungsverbotes und demzufolge beider Massesicherungspflichten.⁶⁸⁸ Ferner ist nach übereinstimmender Auffassung eine Differenzierung nach Alt- oder Neugläubigern entsprechend der Trennungslehre der Rechtsprechung nicht vorzunehmen, schließlich können neben den Altgläubigern selbstverständlich auch Neugläubiger einen Quotenschaden erleiden, zumal sich die Befriedigungsaussichten für sämtliche Gläubiger pro rata verschlechtert.⁶⁸⁹ Einigkeit besteht ferner darüber, dass die Gesellschaft Anspruchsinhaberin ist, obwohl es sich um einen Schaden der Insolvenzgläubiger und nicht der insolventen Gesellschaft handelt. Geltend gemacht wird jener Schaden der Gläubigergesamtheit durch den Insolvenzverwalter.

⁶⁸⁵ So bereits: *Karsten Schmidt* JZ 1978, 661 ff.; *ders.*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 186 ff.; 189 ff., 11. Auflage 2015; *ders.* ZHR (175) 2011, 433 (439 ff.); *Altmeppen* ZIP 2015, 949 (953); vgl. auch Kapitel § 6, S. 112 ff.

⁶⁸⁶ Vgl. hierzu Kapitel § 6, S. 115 f.

⁶⁸⁷ Zur Vorgeschichte des StaRUG vgl. *Graf-Schlick*, in: Flöther StaRUG Einl. Rn. 1 ff.

⁶⁸⁸ *Altmeppen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 31, 148, 150: trotz Schutzgesetzzeigenschaft besteht jedoch keine Notwendigkeit für einen Rückgriff auf § 823 Abs. 2 BGB.

⁶⁸⁹ Vgl. Kapitel § 6, S. 110 f.

Außerhalb des Insolvenzverfahrens können die Gläubiger ihren Quotenschaden hingegen selbst geltend machen und sind im Übrigen von vornherein für die Geltendmachung ihres Kontrahierungsschadens verantwortlich.⁶⁹⁰ Überdies besteht Einigkeit darüber, dass die Vorschriften der culpa in contrahendo auf die Haftung des Geschäftsleiters anwendbar sind, sofern er gem. § 311 Abs. 3 S. 2 BGB „in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen erheblich beeinflusst“.⁶⁹¹

4. Unterschiede der alternierenden schadensrechtlichen Haftungsmodelle

Auch wenn die alternierenden Haftungsmodelle von *Karsten Schmidt* und *Altmeyen/Wilhelm* im Ergebnis zu derselben Rechtsfolge gelangen, so unterscheiden sie sich doch maßgeblich in ihrer dogmatischen Herleitung. Während sich *Karsten Schmidt* auf die Insolvenzverschleppungshaftung als Generaltatbestand gem. § 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a InsO stützt, stellen abweichend dazu *Altmeyen/Wilhelm* auf eine Organhaftung ab, welche sich aus dem Tatbestand der Zahlungsverbote selbst ergibt (§ 64 S. 1 GmbHG aF). *Altmeyen* zu Folge besteht auch bei dem neueingeführten § 15b InsO, als deliktischen Schadensersatzanspruch, keine Notwendigkeit auf § 823 Abs. 2 BGB zurückzugreifen, obwohl es sich nunmehr bei § 15b InsO um ein Schutzgesetz handle.⁶⁹² Welchem dieser Modelle der Vorzug einzuräumen ist, wird im Folgenden dargestellt.

a) Bewertung der alternierenden Haftungsmodelle

Die Kernproblematik in der Debatte um die Dogmatik der Zahlungsverbote und welchem Haftungsmodell zu folgen ist, basierte im Rahmen von § 64 S. 1 GmbHG aF maßgeblich auf der Frage, ob entsprechend der Auffassung von *Karsten Schmidt* die für die Außenhaftung nach § 823 Abs. 2 BGB erforderliche Qualifizierung der Massesicherungspflichten als Schutzgesetz bestehe. Obwohl *Altmeyen* nunmehr mit der Einführung des § 15b InsO die Schutzgesetzeigenschaft der Zahlungsverbote für geklärt erachtet, greift er nicht auf § 823 Abs. 2 BGB

⁶⁹⁰ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 197 f., 11. Auflage 2015; *ders.* ZHR (168) 2004, 637 (665, 669); vgl. auch Kapitel § 4., S. 72 f., 77 f.

⁶⁹¹ Vgl. *Altmeyen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 216 f.; *Altmeyen/Wilhelm* NJW 1999, 673 (680 f.); *ders.* ZIP 2001, 2201 (2210); *ders.* ZIP 2015, 949 (955 f.) mwN; *ders.* NZG 2016, 521 (527); *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 182 f., 214, 11. Auflage 2015; *ders.*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck: Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz 11.26; eingehend: Kapitel § 4, S. 73 f., 78 f.

⁶⁹² *Altmeyen*, GmbHG Anh. § 64 Rn. 31, 150, 159.

zurück, sondern stellt auf § 15b Abs. 4 InsO selbst als die speziellere Anspruchsgrundlage der Insolvenzverschleppungshaftung ab. Zunächst gilt es daher den den beiden Haftungsmodellen zugrundeliegenden Schutzgesetzcharakter der Massesicherungspflichten herauszuarbeiten. Anschließend muss sich mit der Frage der Notwendigkeit einer Anknüpfung an § 823 Abs. 2 BGB bzw. dem Verhältnis von § 823 Abs. 2 BGB zu § 15b InsO, auseinandergesetzt werden.

aa) Schutzgesetzcharakter

Bisher erschien es zweifelhaft, inwiefern die Zahlungsverbote (§ 64 S. 1 GmbHG aF) überhaupt ein Schutzgesetz iSv § 823 Abs. 2 BGB begründen. Diskutiert wurde dabei insbesondere, ob die Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO) ein Schutzgesetz darstellt, damit daraus wiederum ein Rückschluss auf die Dogmatik der Zahlungsverbote gezogen werden kann. Sofern die Insolvenzantragspflicht tatsächlich Schutzgesetzcharakter aufweist, so muss dies selbstverständlich auch für das Zahlungsverbot gelten. Dagegen muss eine Ablehnung des Schutzgesetzcharakters von § 15a InsO konsequenterweise auch eine Ablehnung des Schutzgesetzcharakters für die Zahlungsverbote (§ 64 S. 1 GmbHG aF, jetzt: § 15b InsO) nach sich ziehen. Zunächst gilt es daher die grundsätzlichen Anforderungen an ein Schutzgesetz iSv § 823 Abs. 2 BGB herauszuarbeiten.

Schadensersatzpflichtig macht sich gem. § 823 Abs. 2 BGB:

„derjenige, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckten Gesetzes verstößt.“

§ 823 Abs. 2 BGB definiert jedoch gerade nicht, was unter einem sog. Schutzgesetz zu verstehen ist. Ebenso ist der Rückgriff auf Art. 2 EGGBGB mit dem Wortlaut:

„Gesetz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm“,

wenig ergiebig zur Findung eines konkreten Prüfungsmaßstabs, was nunmehr genau unter einem Schutzgesetz zu verstehen ist.

Einen allgemein verbindlichen Prüfungsmaßstab für die Qualifizierung als Schutzgesetz gibt es demnach gerade nicht, weshalb unterschiedliche Kriterien für die Bewertung entwickelt wurden, die stets auf den konkreten Einzelfall anzuwenden

sind.⁶⁹³ Grundsätzlich ist für die Einordnung einer Norm als Schutzgesetz iSv § 823 Abs. 2 BGB maßgeblich, dass die konkrete, verletzte Norm nach ihrem Zweck und Inhalt zumindest auch dem bewussten Schutz von Individualinteressen zu dienen bestimmt ist. Der Schutz des jeweiligen Rechtsguts muss gerade von der Intention des Gesetzgebers hinsichtlich des Zielbereichs des Handlungsge- oder -verbotes erfasst sein und darf nicht bloß ein objektiver Reflex sein.⁶⁹⁴

Fraglich ist, ob unter Heranziehung dieser Kriterien, sich eine Schutzgesetzeigenschaft des § 15a InsO für sämtliche Gläubigertypen herleiten lässt, sodass hieraus ein Rückschluss für das einheitlich zu behandelnde Zahlungsverbot gezogen werden kann.

(I) Schutzgesetz zugunsten der, einen Quotenschaden erleidenden, Gläubiger?

Unabhängig davon, ob mit der Rechtsprechung auf den Quotenschaden, welchen allein die Altgläubiger erleiden sollen oder ob im Sinne von *Karsten Schmidt* auf den von Alt- und Neugläubigern einheitlich erlittenen Quotenschaden abgestellt wird, ist für die Anwendbarkeit des Schadensersatzanspruchs nach § 823 Abs. 2 BGB maßgeblich, dass § 15a InsO gerade individualschützenden Charakter aufweist. Der Schutz vor einem Quotenschaden im Rahmen von § 15a InsO kann jedoch, entgegen der Auffassung der Rechtsprechung, nicht losgelöst von § 15b InsO (§ 64 S. 1 GmbHG aF) betrachtet werden, schließlich wird der Quotenschaden gerade durch masseschmälernde Zahlungen verursacht, sodass § 15b InsO in die Bewertung mit einzubeziehen ist.

In Anbetracht dessen, dass mangels persönlicher Haftung der Gesellschafter nicht die Gesellschaft, sondern die Gläubiger durch die Verletzung der Massesicherungspflichten (Insolvenzantragspflicht und Zahlungsverbot) geschädigt werden, gilt es zu erkennen, dass diese zumindest auch dem Schutz der einen Quotenschaden erleidenden Alt – und Neugläubigern dienen. Schließlich soll gerade vor einer Verringerung der Insolvenzmasse geschützt werden, die den

⁶⁹³ *Fleischer*, in MüKo GmbHG § 43 Rn. 352; *Verse* ZHR (170) 2006, 398 ff.: Es besteht Unsicherheit über die uneinheitlichen Prüfungskriterien, die ohne erkennbare Systematik „kasuistisch für jede Rechtsnorm“ angewandt werden.

⁶⁹⁴ Vgl. BGH NJW 2020, 1962 Rz. 73; BGH NJW 2018, 1671; BGH NJW 2014, 64; BGH NJW-RR 2005, 673; BGHNJW 2005, 1923 (2924); *Sprau*, in: Grüneberg BGB § 823 Rn 58; *Förste*, in: BeckOK BGB § 823 Rn. 276 ff., 62. Ed. Stand 01.05.2022; *Teichmann*, in: Jauernig BGB § 823 Rn. 44; *Wagner*, in: MüKo BGB § 823 Rn. 562.

Insolvenzgläubigern zur Befriedigung zusteht, indem insolvente Kapitalgesellschaften vom Rechtsverkehr ferngehalten werden.⁶⁹⁵ Ferner schützt das Zahlungsverbot als ein Schadensposten der Insolvenzverschleppung den Rechtsverkehr vor einer Gefährdung, die insbesondere durch masseschmälernde Zahlungen infolge der Fortführung der Gesellschaft erfolgt.⁶⁹⁶ Damit ist der erforderliche individualschützende Charakter eines Schutzgesetzes bei der Insolvenzantragspflicht und den Zahlungsverboten grundsätzlich gegeben.

Als Schutzgesetz und folglich als ein Direktanspruch der Gläubiger über § 823 Abs. 2 BGB qualifiziert sich § 15a InsO jedoch nur, wenn dies dem gesetzgeberischen Willen entspricht und dieser gerade keine mittelbare Innenhaftung mit der Norm bezweckt hatte.

(1) Historie

Betrachtet man die Historie, so ist diese mit Blick auf die Einordnung der Insolvenzantragspflicht keineswegs eindeutig, sondern es verbleibt vielmehr ein Interpretationsspielraum. Dies soll im Folgenden unter Aufzeigung der jeweiligen Argumente für und gegen die Einordnung der Insolvenzantragspflicht als Schutzgesetz dargestellt werden. Nach einer Auffassung gilt es bei historischer Betrachtung zu erkennen, dass ein deliktischer Schutzgesetzcharakter der Insolvenzantragspflicht und des Zahlungsverbots vom Gesetzgeber des ADHGB von 1861 und 1884 sowie des GmbHG aF von 1892, des HGB von 1897 und des AktG von 1937, nicht gewollt sein konnte. So wurde die noch im preußischen Entwurf zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch bestimmte Außenhaftung gerade nicht in das ADHGB von 1862 übernommen, indem gerade keine ausdrückliche Anordnung darüber erfolgte, wer der Begünstigte im Falle einer Haftung des Geschäftsleiters wegen eines Verstoßes gegen das Zahlungsverbot sein solle.⁶⁹⁷ Spätestens mit der 2. Aktienrechtsnovelle welche in Art. 241 Abs. 2 ADHGB seinem Wortlaut nach die Außenhaftung ablehnte und gerade eine Innenhaftung angeordnet

⁶⁹⁵ Vgl. etwa *Karsten Schmidt* ZHR (168) 2004, 637 (663).

⁶⁹⁶ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 132, 146, 11. Auflage 2015; *ders.* ZIP 2005, 2177 (2183).

⁶⁹⁷ § 120 des österreichischen revidierten Entwurfs, stellte noch ausdrücklich auf den Ersatz des den Gesellschaftsmitgliedern oder Gläubigern kausal gewordenen Schadens ab; der darauf basierende Art. 241 ADHGB stellt dagegen nur generell auf die persönliche Haftung des Vorstandes ab, ohne die Begünstigten zu bezeichnen.

hat, sind jene Stimmen verstummt, die bis dato noch eine Innenhaftung befürwortet haben.⁶⁹⁸ Gegen eine deliktische Außenhaftung wird angeführt, dass der historische Gesetzgeber vor Inkrafttreten des § 823 Abs. 2 BGB am 01.01.1900 gar keine Befugnis hatte, schuldrechtliche Regelungen der Mitgliedsstaaten des Deutschen Bundes/Deutschen Reichs von 1871 zu schaffen.⁶⁹⁹ In den Gesetzesbegründungen der Schwestervorschriften zum GmbHG wird eine Außenhaftung ausdrücklich abgelehnt mit dem Hinweis, dass eine Innenhaftung dem Gläubigerschutz ausreichend gerecht werde.⁷⁰⁰ Außerdem habe sich der Gesetzgeber bis heute nicht für eine Außenhaftung ausgesprochen.⁷⁰¹ So lehnte das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 04.02.1910⁷⁰² die Schutzgesetzzeigenschaft der Konkursantragspflicht gerade ab.

Eine andere Auffassung qualifiziert die Konkursantragspflicht aus dem HGB idF von 1897 und dem zeitlich nachgelagerten 1937 in Kraft getretenen AktG als Schutzgesetz. Danach erfasse der geschützte Personenkreis der Konkursantragspflicht die Aktionäre und Gläubiger der Gesellschaft, in deren Interesse die Masse zu erhalten sei.⁷⁰³ Offen gelassen wird die Schutzgesetzzeigenschaft der Insolvenzantragspflicht für Altgläubiger in dem Urteil des Reichsgerichts vom 01.02.1913⁷⁰⁴, indem lediglich formuliert wurde, dass § 64 GmbHG aF „für dritte, außerhalb der Gesellschaft stehende Personen“⁷⁰⁵ kein Schutzgesetz begründet. Die Entscheidung des Reichsgerichts von 1910 wurde durch

⁶⁹⁸ Allgemeine Begründung zum Gesetzesentwurf von 1884, Aktenstück 21, abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff*, 100 Jahre modernes Aktienrecht, S. 387, 404, 463.

⁶⁹⁹ *Altmeyden* ZIP 2020, 937 (940); *ders.* ZIP 2015, 949 (953); BGH ZIP 2015, 364 (367) mit Anm. *ders.*

⁷⁰⁰ Begründung des Gesetzesentwurfs, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, abgedruckt bei: *Stenographische Berichte über Verhandlungen des Reichstages*, 8. Legislaturperiode, Session 1890/92, 12. Aktenstück 660, S. 3724, 3756: danach ist „eine direkte Haftpflicht gegenüber den Gesellschaftsgläubigern hier ebensowenig wie in den Fällen des § 44 Absatz 3 vorgesehen.“

⁷⁰¹ Allein im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum MoMiG hat sich der Bundesrat spekulativ dahingehend geäußert, dass sich an der Haftung über § 823 Abs. 2 BGB iVm der Verletzung der Insolvenzantragspflicht (jetzt: § 15a InsO) nichts ändern „dürfte“: *RegE MoMiG BT-Drs. 16/6140*, Anlage 2, Stellungnahme des Bundesrates, S. 61, 72.

⁷⁰² RGZ 73, 30, (34 f.): der Schutzgesetzcharakter der Massesicherungspflichten ist abzulehnen, da die Rechtsfolge von § 64 Abs. 2 GmbHG aF die Erstattungspflicht sei, und diese Bestimmung sonst „überflüssig“ würde.

⁷⁰³ In Bezug auf § 240 HGB vgl.: RGZ 159, 211 (233 f.); RG JW 1935, 3301 (3302); die Schutzgesetzzeigenschaft ablehnend, in Bezug auf das GmbHG: RGZ 72, 285 (289).

⁷⁰⁴ RGZ 81, 269.

⁷⁰⁵ RGZ 81, 269 (271).

das RG in seinem Urteil vom 05.06.1935⁷⁰⁶ und fortgesetzt durch das Urteil des BGH am 16.12.1958⁷⁰⁷ wiederholt dahingehend interpretiert, dass § 64 Abs. 1 GmbHG aF Schutzgesetzcharakter habe, da „neben dem Interesse der Gesellschaft vor allem der Schutz der Gläubiger bezweckt werde“⁷⁰⁸.

Die Gegenmeinung erkennt in diesen Entscheidungen wiederum eine Fehlinterpretation der Entscheidung des Reichsgerichts von 1910, wonach die Insolvenzantragspflicht nach § 64 Abs. 1 GmbHG aF gerade keinen Schutzgesetzcharakter habe.⁷⁰⁹ Argumentiert wird dabei, dass das parallel zur Insolvenzantragspflicht einzuordnende Zahlungsverbot nach § 64 Abs. 2 GmbHG aF ansonsten überflüssig, „(...) wenn schon ohnehin die Vorschrift des § 823 Abs. 2 BGB Platz zu greifen hätte“⁷¹⁰ würde, da es bei einer zusätzlichen Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB für verbotene Zahlungen zu einer Überregulierung kommen würde.⁷¹¹ Wird hingegen auf § 823 Abs. 2 zurückgegriffen, würde das Zahlungsverbot jedoch zu einer Außenhaftung „umfunktioniert“.

Ein Blick in die Historie verdeutlicht somit, dass bei der Einordnung der Insolvenzantragspflicht als Schutzgesetz gewichtige Argumente sowohl für als auch gegen eine solche Einordnung sprechen.

(2) Zwischenergebnis

⁷⁰⁶ BGHZ 29, 100 = RG JW 1935, 3301 ff.

⁷⁰⁷ BGHZ 29, 100 (102 ff.) = NJW 1959, 623.

⁷⁰⁸ BGHZ 29, 100 (102 ff.) = NJW 1959, 623; BGHZ 75, 96 = NJW 1979, 1823 (1825 f.); BGHZ 126, 181 = NJW 1994, 2220 (2222); BGHZ 138, 211 = NJW 1998, 2667; BGH NJW 2012, 3510 Rn. 9; zuletzt: BGH ZIP 2020, 318 (319); so auch *H.-F. Müller*, in: MüKo GmbHG § 64 Rn. 258 ff.; *Karsten Schmidt* GmbHR 2007, 1072 (1078); *ders.*, in: Karsten Schmidt/Uhlenbruck: Die GmbH in Krise Rn. 11.8; *N. Schmidt/Gundlach* DStR 2018, 198 (202); *Klöhn*, in: MüKo InsO § 15 a Rn. 140; *Poertzgen* GmbHR 2007, 1258 (1259); *Schulze-Osterloh*, in: FS Lutter, 2000, S. 707 ff.; *Strohn* ZInsO 2009, 417 (423); *Wagner*, in: FS Karsten Schmidt, 2009, 1665 (1671 f.); *ders.*, in: MüKo BGB § 823 Rn. 161; a.A.: *Altmeyen* ZIP 2001, 2201 (2205 f.); RGZ 73, 30 (35); *Wübbelsmann* GmbHR 2008, 1303 f.

⁷⁰⁹ *Altmeyen* ZIP 2015, 949 (953); *Müller* GmbHR 1994, 209 (210 f.): danach bestehen keine sachlichen Einwände gegen eine, von den wahren Absichten des historischen Gesetzgebers, abweichende Rechtsfortbildung, die einer „Vereinfachung der Schadensabwicklung dient“.

⁷¹⁰ RGZ 73, 30 (35); vgl. auch *Altmeyen* ZIP 2015, 949 (953); *ders.* ZIP 2020, 937 (939); a.A.: *Thiessen*, in: Schröder/Kanzleiter, 3 Jahre nach dem MoMiG, S. 73, 95: danach sei die Existenz der Haftung über § 823 Abs. 2 BGB gerechtfertigt, zumal über sie Individualschäden zu ersetzen seien.

⁷¹¹ *Altmeyen*, GmbHG § 64 Rn. 41, 10. Aufl. 2021; *Altmeyen* ZIP 2020, 937 (940); *ders.* NZG 2016, 521 (524 ff.); *ders.* ZIP 2015, 949 (953) RGZ 73, 30 (35): vor dem Hintergrund der Überregulierung wurde der Schutzgesetzcharakter der beiden Massesicherungspflichten als „überflüssig“ verneint.

Aus der historische Entwicklung kann aufgrund der verschiedenen Interpretationsmöglichkeiten nicht eindeutig auf den Willen des historischen Gesetzgebers in Bezug auf eine Schutzgesetzeigenschaft der Insolvenzantragspflicht geschlossen werden. Ausschlaggebend ist somit der individualschützende Charakter der Massesicherungspflichten bezüglich der einen Quotenschaden erleidenden Gläubiger, die eine Einordnung als Schutzgesetz nach sich zieht.

(II) Schutzgesetz zugunsten der einen Kontrahierungsschaden erleidenden Neugläubiger?

Zweifelhaft erscheint die Auffassung der Rechtsprechung, welche eine Ersatzfähigkeit des Kontrahierungsschadens der Neugläubiger über § 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a InsO annimmt. Im Gegensatz dazu stellt *Karsten Schmidt* lediglich hinsichtlich des Quotenschadens der Neugläubiger auf § 823 Abs. 2 BGB ab, während er hinsichtlich des Kontrahierungsschadens der Neugläubiger die culpa in contrahendo heranzieht.⁷¹²

Zwar könnte bei den Neugläubigern von einem abgrenzbaren Personenkreis gesprochen werden, jedoch ist eine Qualifizierung von § 15a InsO als Schutzgesetz zugunsten von potenziellen, zukünftigen Neugläubigern, also der Allgemeinheit zweifelhaft. Die Entfernung von insolventen Kapitalgesellschaften aus dem Geschäftsverkehr dient insoweit (auch) der Allgemeinheit, als dass dadurch weitere Kontrahierungsschäden vermieden werden können.⁷¹³ In diese Richtung gehend hatte bereits der historische Gesetzgeber in Art. 198 Abs. 2 Preußischer Entwurf zum ADHGB (Vorgängervorschrift zu Art. 240 Abs. 3 ADHGB) den Schutz des „Publikums“ zur Motivation. „Da persönliche haftende Gesellschafter nicht vorhanden sind, so muß im Interesse der Sicherheit des Publikums der Staatsregierung eine Oberaufsicht über den Geschäftsbetrieb der Aktiengesellschaft ermöglicht werden. (...) Das Mindeste aber, was unter allen Umständen von jeder Aktiengesellschaft gefordert werden muß, ist die Einsendung der jährlichen Bilanz

⁷¹² Vgl. auch BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71 Rn. 12 f.; BGHZ 138, 211 = NJW 1998, 2667; BGHZ 126, 181 = NJW 1994, 2220 (2223 f.); BGHZ 171, 46 = ZIP 2007, 676; *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 131, 214, 11. Auflage 2015; vgl. Kapitel § 4, S. 73 f.; für eine Haftung nach culpa in contrahendo hinsichtlich des Kontrahierungsschadens des Neugläubigers auch: *Altmeyen/Wilhelm* NJW 1999, 673 (680 f.); *ders.* ZIP 2001, 2201 (2210); *ders.* ZIP 2015, 949 (955 f.).

⁷¹³ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 131, 11. Auflage 2015; dies ist konsequent bei Annahme der Schutzgesetzeigenschaft der Insolvenzantragspflicht entsprechend dem II. Zivilsenat (BGH NJW 1998, 2267), vgl. *Altmeyen/Wilhelm* NJW 1999, 673 (676).

(...), deren Unterbleiben der Regierung begründete Veranlassung gebiet, von den Büchern der Gesellschaft Einsicht zu nehmen. (...).“⁷¹⁴ Schließlich sei es der Regierung sonst nicht möglich „von dem ihr in Art 198 eingeräumten Rechte der Auflösung der Gesellschaft so zeitig Gebrauch zu machen, daß das Publikum vor Schaden bewahrt wird“⁷¹⁵. Ferner formuliert das Reichsgericht in den Organpflicht bei Konkursreife „ein öffentliches und allgemeines Interesse“.⁷¹⁶

Eine solche Sichtweise verkennt allerdings die grundlegenden Anforderungen an ein Schutzgesetz. Maßgeblich ist insofern die Abgrenzbarkeit der berechtigten Anspruchssteller von der Allgemeinheit durch das Schutzgesetz selbst.⁷¹⁷ Von einem abgrenzbaren Personenkreis kann allerdings nicht die Rede sein, wenn neben den bisherigen Gläubigern auch alle zukünftigen potenziellen Gläubiger erfasst sein sollen, die im Zeitpunkt der Insolvenzreife als haftungsauslösender Moment gerade noch nicht Gläubiger der insolventen Gesellschaft waren. Der Schutz des gesamten Rechtsverkehrs bzw. der Allgemeinheit erfüllt insofern nicht die Anforderungen eines individualschützenden Charakters und kann somit nicht Schutzgesetz iSv § 823 Abs. 2 BGB sein.

bb) Anspruchsgrundlage der Haftung für verbotene Zahlungen

Endgültig soll nunmehr die Anspruchsgrundlage der Haftung des Geschäftsleiters wegen eines Verstoßes gegen das Zahlungsverbot für den Quotenschaden der Gläubigergesamtheit herausgearbeitet werden.

(I) § 15b InsO als spezialgesetzliche selbstständige Anspruchsgrundlage für den Quotenschaden der Gläubigergesamtheit

Ob bei der Haftung für einen Verstoß gegen das Zahlungsverbot im Rahmen der Insolvenzverschleppungshaftung ein Rückgriff auf § 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a InsO im Sinne von *Karsten Schmidt* erforderlich ist oder ob § 15b InsO selbst als spezialgesetzlich normierte Regelung im Sinne von *Altmeyen* die Anspruchsgrundlage bildet, gilt es nunmehr zu klären. Sollte § 15b InsO tatsächlich

⁷¹⁴ Vgl. Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die Preussischen Staaten, Motive/II, S. 96.

⁷¹⁵ Vgl. Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die Preussischen Staaten, Motive/II, S. 96.

⁷¹⁶ RGZ 72, 285 (289).

⁷¹⁷ *Sprau*, in Grüneberg BGB: maßgeblich ist, dass der Schutz eines abgrenzbaren Personenkreises bezweckt ist; so auch *Altmeyen* ZIP 2001, 2201 (2205); *Wübbelsmann* GmbHR 2008, 1303 ff.

eine taugliche und mithin speziellere Anspruchsgrundlage begründen, so hat dies zur Konsequenz, dass § 823 Abs. 2 BGB verdrängt wird.

Hintergrund ist, dass § 823 Abs. 2 BGB die deliktische Haftung zwar auf Vermögensschäden ausdehnt, jedoch als sogenannte kleine Generalklausel keinesfalls die tatbestandlichen Voraussetzungen einer spezielleren Haftungsgrundlage unterlaufen darf.⁷¹⁸ Insofern ist dem BGH Recht zu geben, der ausgeführt hat, dass eine „zweckvolle Prüfung“ und somit Bewertung einer Norm als Schutzgesetz „letztlich immer auf die Frage ausgerichtet sein müsse, ob die Schaffung eines individuellen Schadensersatzanspruchs (...) im Lichte des haftpflichtrechtlichen Gesamtsystems tragbar erscheint“⁷¹⁹, denn gerade mit Blick auf das System der kleinen Generalklausel gilt es unbedingt „die Entwicklung zu vermeiden, dass durch die zunehmende Tendenz Ansprüche eher auf § 823 Abs. 2 BGB zu stützen, die Entscheidung des Gesetzgebers gegen eine allgemeine Haftung für Vermögensschäden unterlaufen wird“⁷²⁰. Damit darf § 823 Abs. 2 BGB keinesfalls die Grenzen von § 15b InsO unterlaufen. Erforderlich ist insofern eine rechtsgutspezifische Differenzierung mit zusätzlichen Sachkriterien.⁷²¹ Über § 823 Abs. 2 BGB werden zutreffend auch die Pflichten, die an den Geschäftsleiter nach § 15b Abs. 1 S. 1 InsO gestellt werden, namentlich keine verbotenen Zahlungen ab Insolvenzreife zu tätigen, erfasst. Die grundsätzlich bestehende Möglichkeit einer Erweiterung der Haftung über § 823 Abs. 2 S. 2 BGB auf Fahrlässigkeit gilt es vor allem dann als kritisch zu bewerten, wenn es um Vermögensschäden geht. Denn würde sich § 15b InsO nicht zu seinem Verschuldensmaßstab äußern, würde grundsätzlich für die Erfüllung des Vermögensdelikts Vorsatz (§ 15 StGB, § 10 OWiG) vorausgesetzt werden, sodass eine (zu legitimierende) Haftungserweiterung über § 823 Abs. 2 S. 2 BGB erreicht werden würde. Dies ist hier jedoch nicht notwendig, zumal § 15b Abs. 1 S. 2 InsO seinen Verschuldensmaßstab selbst festlegt

⁷¹⁸ Zum System der kleinen Generalklauseln: vgl. A. Staudinger, in: Schulze BGB Vor §§ 823-853 Rn. 8 mwN; § 823 Rn 28 f.; Wagner, in: MüKo BGB Vor § 823 Rn. 25.

⁷¹⁹ BGHZ 66, 388 = NJW 1976, 1740; zustimmend und vertiefend: Canaris, in: FS Larenz, 1983, S. 47; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts Band II/2 S. 436 mwN; Spindler, in: BeckOGK BGB § 823 Rn. 264, Stand 01.07.2022.

⁷²⁰ BGHZ 66, 388 = NJW 1976, 1740; vgl. auch: Förster, in: BeckOK BGB § 823 Rn. 266 f., 62. Edition Stand 01.05.2022.

⁷²¹ Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts Band II/2 S. 437; Canaris, in: FS Larenz, 1983, S. 48.

und auch Fahrlässigkeit des Geschäftsleiters erfasst.⁷²² Damit hat die Heranziehung von § 823 Abs. 2 BGB aber keinen ersichtlichen Mehrwert, da er weder weiter noch enger geht als § 15b InsO. Es ist daher nicht ersichtlich, warum nicht auf § 15b InsO als selbständige Anspruchsgrundlage selbst abgestellt werden sollte. Schließlich handelt es sich bei § 823 Abs. 2 BGB demnach schlichtweg um eine Parallelnorm ohne zusätzlichen Anwendungsbereich, wenn § 15b InsO selbst die spezialgesetzliche Anspruchsgrundlage bildet. Geht man sogar soweit und bemüht den historischen Gesetzgeber, so liegen „die Hauptanwendungsfälle (von § 823 Abs. 2 BGB) auf dem Gebiet des Strafrechts“⁷²³. Daraus könnte abgeleitet werden, dass gerade bei Vermögensschädigungen, welche im Anwendungsbereich eines Strafgesetzbuches liegen, zwingend der Einbezug der jeweiligen Strafvorschrift in das Haftungsregime des § 823 Abs. 2 BGB fordern.⁷²⁴ Ob diesen Gedanken zu folgen ist, kann insofern für das von *Karsten Schmidt* vertretene Modell dahinstehen, da dieser sich gerade auf § 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a InsO stützt und somit eine strafbewehrte Vorschrift als Schutzgesetz mit einbezieht. Eine solches Ge- und Verbot mit strafrechtlich sanktioniertem Charakter beinhaltet § 15b InsO jedoch gerade nicht. Dies sollte im Rahmen einer objektiv teleologischen Auslegung welche sich am historischen Gesetzgeber zu § 823 Abs. 2 BGB orientiert derart verstanden werden, dass es sich bei der Ausgestaltung des § 15b InsO zwar um ein Schutzgesetz handelt, welches aber aufgrund seiner Eigenständigkeit als Haftungsgrundlage gerade nicht den Rückgriff auf § 823 Abs. 2 BGB benötigt.⁷²⁵

(II) Zuordnung des Anspruchs nach § 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a InsO als einen solchen der Innenhaftung?

Bedenklich erscheint der Versuch der Zuordnung von § 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a InsO zu einer Anspruchsgrundlage der Innenhaftung. So handle es sich bei dem Haftungsmodell der Insolvenzverschleppungshaftung nach *Karsten Schmidt* um

⁷²² *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts Band II/2 S. 445 f.

⁷²³ Vgl. *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts Band II/2 S. 438 mwN in Fußnote 15.

⁷²⁴ *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts Band II/2 S. 438 mwN; einen Antrag, statt Schutzgesetz Strafgesetz zu schreiben blieb jedoch treffenderweise erfolglos, vgl. *Canaris*, in: FS Larenz, 1983, S. 49 mwN.

⁷²⁵ So bereits *Altmeyen*, ZIP 2022, 1413, 1.

einen Anspruch der Gesellschaft und nicht der Gläubiger,⁷²⁶ folglich um einen Tatbestand der Innenhaftung des Geschäftsleiters gegenüber der Gesellschaft. Begründet wird eine solche Innenhaftung damit, dass das Zahlungsverbot als Bestandteil der Insolvenzverschleppung, miterfasst sei.⁷²⁷ Dem Innenhaftungscharakter der Zahlungsverbote ist im Ergebnis zwar zuzustimmen, allerdings überzeugt die dogmatische Herleitung über § 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a InsO nicht. Verkannt wird dabei schließlich, dass die als Schutzgesetz herangezogene Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO), gerade nicht den Schutz der Gesellschaft, sondern der Gläubiger bezweckt. Nicht nachvollziehbar ist es daher, warum die Gläubiger eines Insolvenzverschleppungsanspruchs iSv § 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a InsO keinen Außenhaftungsanspruch erlangen sollen, obwohl sie in ihren Rechtsgütern und Individualinteressen verletzt sind und insofern iSd § 823 Abs. 2 BGB aktiv legitimiert sind.⁷²⁸ Schlüssig wäre daher allein, dass zugunsten der direkt haftungsbegünstigten Gläubiger ein Anspruch nach § 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a InsO entsteht. Ein Übergang bzw. eine materiell-rechtliche Zuweisung des Anspruchs der Gläubiger aus § 823 Abs. 2 BGB iVm § 15a InsO an die Gesellschaft über § 92 InsO (analog) gelingt ebenso wenig. Schließlich wirkt § 92 InsO gerade nicht anspruchsbegründend, sondern regelt seinem Wortlaut nach allein „die Einziehung anderweitig begründeter Ersatzansprüche der Insolvenzgläubiger“⁷²⁹, also lediglich die gemeinschaftliche Geltendmachung ihrer Ansprüche und damit die Ausübung der Ansprüche.⁷³⁰

⁷²⁶ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 131, 197, 11. Auflage 2015; so bereits: *ders.* JZ 1987, 661 (663 f.).

⁷²⁷ *Karsten Schmidt*, in: Scholz GmbHG § 64 Rn. 16, 63, 197, 11. Auflage 2015: danach ist der Gesamtgläubigerschaden der Gesellschaft zugewiesen; so „steht der Gesellschaft selbst ein Anspruch auf Ausgleichung des Gesamtschadens durch Zahlung in das Gesellschaftsvermögen zu.“; einer materiell-rechtlichen Zuordnung des Anspruch zum Gesellschaftsvermögen zustimmend: *G. Müller GmbHR* 1994, 209 (210); *a.A.*: *Poertzgen*, Organhaftung wegen Insolvenzverschleppung S. 341 f.: dieser stellt auf eine Außenhaftung für die Abwicklung des einheitlichen Quotenschadens, ab.

⁷²⁸ *Wagner*, in: MüKo BGB § 823 Rn. 88; BGHZ 126, 181 = NJW 1994, 2220 (2224 f.).

⁷²⁹ *Gehrlein*, in: MüKo InsO § 92 Rn. 4.

⁷³⁰ BGH NZI 2011, 682 Rz. 6 mwN; *Gehrlein*, in: MüKo InsO § 92 Rn. 4; *a.A.*: für eine Zuordnung des Anspruchs an die Gesellschaft, vgl.: Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, S. 449: Wird die Insolvenzmasse verkürzt, „so trifft der Schaden, die Gläubiger in ihrer Gesamtheit“ und „diese Besonderheit rechtfertigt es, den Anspruch der Insolvenzmasse zuzuweisen.“; vgl. auch BGH NJW 1990, 1725 (1730): Danach wird der Quotenschaden, „als Gesamtgläubigerschaden vom Konkursverwalter geltend gemacht, ohne daß ihm die Gläubiger ihre Ansprüche zu diesem Zweck zuvor abgetreten haben müssen“; Ähnlichkeiten zur Drittschadensliquidation, siehe.: *Windel KTS* 1991, 477 ff.

cc) Haftung für Zufallsschäden vom Schutzgesetzcharakter der Massesicherungspflichten erfasst ?

Einer näheren Betrachtung bedarf die Frage nach einer Haftung des Geschäftsleiters für „Zufallsschäden“. Schließlich führen diese zu einer Schmälerung der den Gläubigern gewidmeten Insolvenzmasse, infolge der nicht rechtzeitigen Stellung des Insolvenzantrags. Zunächst gilt es in diesem Zusammenhang zu erkennen, dass Zufallsschäden, wie etwa Kursschwankungen eines der Masse zugeordneten Aktienpakets oder die Beschädigung von Immobilien der Gesellschaft durch nachteilige Umwelteinflüsse, wie beispielsweise durch Stürme oder Hochwasser, gerade nicht die Folge einer „verbotenen Zahlung“ sind. Die Zufallsschäden stellen vielmehr sonstige Schäden dar, die nicht auf einer Leistung des Geschäftsleiters beruhen, sodass es geradezu konstruiert erscheint bei der Haftung für jene Zufallsschäden auf das Schutzgesetz § 15b InsO zurückzugreifen. In diesem Sinne entschied auch der BGH⁷³¹ und lehnte die Schutzgesetzzeigenschaft von § 130a Abs. 1 HGB aF für zufällige, nicht zurechenbare Verschlechterungen ab. In Anbetracht dessen, dass die Massesicherungspflichten im Falle der Insolvenzverschleppungshaftung jedoch zum Ziel haben, die Masse zu erhalten, um so die Gläubigergesamtheit vor einem Quotenschaden zu schützen, ist hervorzuheben, dass der verantwortliche Schädiger den auf der Verletzung der Massesicherungspflichten beruhenden Gesamtgläubigerschaden auszugleichen hat, da das Risiko der Verschlechterung der Quote nicht den Gläubigern auferlegt werden kann. Somit ergibt sich insbesondere auch die Notwendigkeit der Haftung des verantwortlichen Geschäftsleiters für Zufallsschäden. Der maßgebliche Anknüpfungspunkt dieser Haftung ist die Masseverkürzung, welche allein auf dem Umstand beruht, dass der verantwortliche Geschäftsleiter die Massesicherungspflichten, konkret die Stellung des Insolvenzantrags und Beendigung der Geschäftstätigkeit, nicht rechtzeitig, also unverzüglich erfüllt hat und dass bei hypothetischer Erfüllung der Massesicherungspflichten diese Schmälerung nicht eingetreten wäre. Die Haftung für Kontrahierungsschäden der Neugläubiger hat hiermit überhaupt nichts zu tun. Die Haftung des Geschäftsleiters

⁷³¹ BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71 Rz. 12: danach sind Zufallsschäden über § 15a Abs. 1 InsO iVm § 823 Abs. 2 BGB zu ersetzen; siehe auch: *Altmeyden*, in: FS Karsten Schmidt, Bd. I, 2019, 13; *ders.* ZIP 2022, 1413 (1416): nicht vom Schutzzweck der Norm umfasst.

für Zufallsschäden richtet sich nach dem Grundsatz der *versari in re illicita* als Konsequenz für den Verstoß gegen die Massesicherungspflichten, die es unverzüglich ab Insolvenzreife einzuhalten gilt. Insofern haftet der Geschäftsführer für die Folgen des Verzugs der rechtzeitigen Einhaltung der Massesicherungspflichten nach dem Rechtsgedanken des Schuldnerverzugs iSv § 287 S. 2 BGB auch für Zufallsschäden, die die Masse schmälern. Ein gegenteiliges Verständnis würde eine *petitio principii* auslösen. Der Geschäftsleiter hat jedoch die Möglichkeit, sich auf rechtmäßiges Alternativverhalten („hypothetische Kausalität“) zu berufen und somit der Insolvenzverschleppungshaftung zu entgehen. Die Beweislast, dass die Masseschmälerung auch bei rechtezeitiger Erfüllung der Pflichten eingetreten wäre, obliegt allerdings dem Geschäftsführer und ist in der Praxis nur schwer zu führen.⁷³² Dies soll durch das folgende Beispiel verdeutlicht werden. Der Segelboothersteller S übergibt seine verkauften Boote jedes Jahr zum Frühlingsbeginn am 20.03. an die neuen Eigentümer, die teilweise an den Stegen des S einen Stegplatz gemietet haben. Aufgrund von Covid-19 bedingten Personalausfällen kann er einige Boote nicht an seine Kunden übergeben, sondern sie bleiben zwei weitere Wochen an verschiedenen Stegen angeleint. Bei zwei dieser Segelboote verhaken sich an einem sehr windigen Tag die Masten ineinander und beschädigen die beiden Boote stark. Der in Verzug geratene Schuldner S wird große Schwierigkeiten haben zu beweisen, dass die Beschädigung der Boote auch eingetreten wäre, wenn er die beiden Boote übereignet hätte und diese jeweils exakt den gleichen Stegplatz gemietet hätten und die Boote auch beide zu dieser Zeit nicht genutzt worden wären, sondern am Steg angeleint gewesen wären.

Die Fälle der Zufallsschäden haben jedoch nur einen sehr geringen Anwendungsbereich, da die Masseverkürzung regelmäßig auf einer verbotenen Zahlung beruht.

Die Haftung wegen Insolvenzverschleppung bei einem Verstoß gegen die Massesicherungspflichten (als Haftungsgrund) erfasst insofern auch zufällige Vermögensverschlechterungen. Somit kann sich die Insolvenzverschleppungshaftung

⁷³² Eingehend: *Altmeyden*, in: FS Karsten Schmidt, Bd. I, 2019, 13; *Altmeyden ZIP* 2022, 1413 (1416).

nur nach § 15b Abs. 4 InsO als die spezialgesetzliche, deliktisch einzuordnende Haftungsregelung richten.⁷³³

b) Zwischenergebnis: Bewertung der alternierenden Haftungsmodelle

Den Vorzug in der dogmatischen Einordnung der Zahlungsverbote als Schadensersatzhaftung verdient das ursprünglich von *Altmeyen/Wilhelm* begründete und von *Altmeyen* im Rahmen der Neueinführung der § 15b InsO weiterentwickelte Haftungsmodell einer Organhaftung auf Verlustausgleich. Danach ergibt sich dessen schadensdogmatische Einordnung aus § 15b Abs. 4 InsO als spezialgesetzlicher Anspruchsgrundlage selbst, sodass ein Rückgriff auf § 823 Abs. 2 BGB entbehrlich ist.

5. Ergebnis: Organhaftung auf Verlustausgleich gem. § 15b Abs. 4 InsO

Überzeugend und praxisnah ist das von *Altmeyen*⁷³⁴ entwickelte Haftungskonzept einer Organhaftung auf Verlustausgleich, welches auf § 15b Abs. 4 InsO selbst als spezialgesetzlicher Anspruchsgrundlage basiert. Der zu ersetzende Gesamtschaden, welcher den Gläubigern entstanden ist, ist gerade der Quotenschaden der (Alt- und Neu-) Gläubiger. Sinnvollerweise sollte die Pflicht zum Ersatz der verbotenen Zahlungen als Ersatz des „Verlustes“ interpretiert werden (§ 15b Abs. 4 S. 1, 2 InsO), welcher während der verbotenen Fortsetzung des Geschäfts im Zeitraum der Insolvenzverschleppung, entstanden ist. Von dem nach § 15b Abs. 4 S. 1 InsO zu ersetzenden Quotenschaden abzugrenzen ist der den Neugläubigern darüber hinaus entstandene Kontrahierungsschaden. Dieser führt schließlich zu keiner Masseschmälerung, sondern sogar -steigerung, also keinem Verlust.

§ 7 Fazit

Zielsetzung der vorliegenden Arbeit war es, die Dogmatik der Zahlungsverbote endgültig herauszuarbeiten. Spätestens seit Inkrafttreten des § 15b InsO durch das SanInsFOG kann nicht mehr geleugnet werden, dass es sich bei der Haftung für einen Verstoß gegen das Zahlungsverbot im Rahmen der Insolvenzverschleppungshaftung um eine schadensrechtliche Anspruchsgrundlage handeln muss. Damit hat der

⁷³³ Altmeyen, GmbHG Anh. § 64 Rn 149.

⁷³⁴ Vgl. Altmeyen, GmbHG Anh. § 64 Rn. 150, 157 ff.

Gesetzgeber einen Schritt in die richtige Richtung gemacht. Dennoch hält er an dem aus historischer Sicht misslungenen Gesetzeswortlaut „Zahlung“ fest, der sinnvollerweise bei teleologischer Auslegung als „Verlust“ zu verstehen ist. Die Rechtsprechung des BGH basiert auf der Fortführung der einmal getroffenen Entscheidung der dogmatischen Einordnung der Zahlungsverbote als Erstattungsanspruch „eigener Art“. Diese ist jedoch weder widerspruchsfrei noch praktikabel. So führt dabei insbesondere die Anwendung der Einzelbetrachtungslehre zu sinnwidrigen und teilweise willkürlichen Ergebnissen. Ebenso ist der Umgang und die Anwendung schadensrechtlicher Grundsätze (Vorteilsausgleich und rechtmäßiges Alternativverhalten) inkonsequent. Insbesondere vor dem Hintergrund der potenziellen „Haftungsfalle“ des Geschäftsleiters bei fortlaufender Geschäftstätigkeit ab Insolvenzreife gewinnt das Bedürfnis nach Rechtsklarheit über die dogmatische Einordnung und den Haftungsumfang für einen Verstoß gegen das Zahlungsverbot an Relevanz. Somit ist der in dieser Arbeit beschriebene Ansatz von *Altmeppen*, der auf den Ersatz des in der Verschleppungsphase entstandenen „Verlustes“ an der Masse abstellt, überzeugend. Schließlich bietet die zugrunde gelegte Gesamtbetrachtungslehre für den Geschäftsleiter auch die Chance durch erfolgsverheißende Geschäfte noch eine Massesteigerung herbeizuführen und so die Masse insgesamt zu erhöhen. Dadurch kann gegebenenfalls die Haftung des Geschäftsleiters als auch der Schaden (Quotenschaden) der Gläubigergesamtheit reduziert werden bzw. sogar die Haftung und der Schaden abgewendet werden. Somit ist abschließend festzuhalten, dass das Zahlungsverbot als eine der beiden Massesicherungspflichten im Rahmen der Insolvenzverschleppungshaftung dogmatisch deliktsrechtlich einzuordnen ist und über § 15b Abs. 4 InsO selbst als spezialgesetzliche Anspruchsgrundlage welche keinen Rückgriff auf § 823 Abs. 2 BGB erfordert, geltend zu machen ist.

Literaturverzeichnis

- Ackermann, Phil/Haßlinger, Marius/Krauß, Sabine*: Zur Fortbestehensprognose gem. § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO mittels simulativer Risikoanalyse, DB 2019, S. 2697-2703.
- Andersch, Tammo/Philipp, Sebastian*: Damoklesschwert Insolvenzverschleppung – Nachweis der positiven Fortbestehensprognose noch vor Finalisierung des Sanierungskonzepts, NZI 2017, S. 782-784.
- Andres, Dirk/Leithaus, Rolf/Dahl, Michael*: Insolvenzordnung Kommentar, 4. Aufl., München 2018 [zitiert: Andres/Leithaus, InsO].
- Altmeyen, Holger*: Die fortgesetzten Irrtümer der Zahlungsverbote, ZIP 2021, S. 1-4.
- Altmeyen, Holger*: Die Wandlung des Insolvenzgrundes der Zahlungsunfähigkeit, in: *Hoffmann-Becking, Michael/Hommelhoff, Peter*, Festschrift für Gerd Krieger zum 70. Geburtstag, München 2020, S.15-25 [zitiert: *Altmeyen*, in FS Krieger, 2020].
- Altmeyen, Holger*: Gegen „Fiskus-“ und „Sozialversicherungsprivileg“ bei Insolvenzreife, in: *Habersack, Mathias/Hommelhoff, Peter*, Festschrift für Goette zum 65. Geburtstag, München 2011, S. 1-14 [zitiert: *Altmeyen*, in FS Goette, 2011].
- Altmeyen, Holger*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Kommentar, 11. Aufl., München 2022 [zitiert: *Altmeyen*, GmbHG].
- Altmeyen, Holger*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Kommentar, 10. Aufl., München 2021 [zitiert: *Altmeyen*, GmbHG, 11. Aufl. 2021].
- Altmeyen, Holger*: Haftung des Geschäftsführers gegenüber Fiskus und Sozialkasse nach Insolvenzreife, ZIP 2021, S. 2413-2418.
- Altmeyen, Holger*: Haftungsrisiken für Organwalter im Vorfeld der Konzerninsolvenz, ZIP 2013, S. 801-810.
- Altmeyen, Holger*: Insolvenzverschleppung und Versari in re illicita, in: Boele-Woelki, Katharina/Faust, Florian/Jacobs, Matthias/Kunz, Thilo/Röthel, Anne/Thorn, Karsten/Weitemeyer, Birgit: Festschrift für Karsten Schmidt zum 80. Geburtstag, Band I, 2019, S. 13- 21 [zitiert: *Altmeyen*, in: FS Karsten Schmidt Bd. I, 2019].
Altmeyen, Holger: Was bleibt von den masseschmälernden Zahlungen?, ZIP 2015, S. 949-956.
- Altmeyen, Holger*: Insolvenzverschleppungshaftung Stand 2001, ZIP 2001, S. 2201-2211.
- Altmeyen, Holger*: Konkurrenz zwischen Erstattungshaftung von Geschäftsleitern und Anfechtungsschuldnern bei verbotenen Zahlungen, ZIP Festheft Knauth 2016, S. 3-6.
- Altmeyen, Holger*: Masseschmälernde Zahlungen, NZG 2016, S. 521-527.
- Altmeyen, Holger*: Neue und alte Irrtümer der Haftung für masseschmälernde Zahlungen, ZIP 2020, S. 937-944.
- Altmeyen, Holger*: Organhaftung für verbotene Zahlungen, ZIP 2017, S. 1833-1836.
- Altmeyen, Holger*: Persönliche Haftung des Aufsichtsrats für Verletzung der Massesicherungspflicht der Geschäftsleiter, ZIP 2010, S. 1973-1979.
- Altmeyen, Holger*: Probleme der Konkursverschleppungshaftung, ZIP 1997, S. 1173-1185.

- Altmeyden, Holger/Wilhelm, Jan*: Quotenschaden, Individualschaden und Klagebefugnis bei der Verschleppung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH, NJW 1999, S. 673-681.
- Altmeyden, Holger*: Versari in re illicita, in: Altmeyden, Holger/Reichard, Ingo/Schermaier, Martin, Josef: Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2009, S. 13–34 [zitiert: Altmeyden, in: FS Knütel, 2009].
- Arens, Stephan*: Das SanInsFoG – Änderungen im Pflichtenregime für Geschäftsleiter, GWR 2021, S. 64-68.
- Bachmann, Gregor*: Organhaftung in der Eigenverwaltung, ZIP 2015, S. 101-109.
- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert*: Beck'scher Online Kommentar BGB, Edition 62, Stand: 01.05.2022 [zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOK BGB, 62 Ed., Stand 01.05.2022].
- Bauer, Leopold/Malitz, Michael*: Ansprüche wegen verbotener Zahlungen in der D&O-Versicherung, ZIP 2018, S. 2149-2156.
- Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred*: Aktiengesetz – Kommentar, 6. Aufl., München 1949 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Baumbach/Hueck, 6. Aufl. 1949].
- Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred*: Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung – Kommentar, 22. Aufl., München 2019 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Baumbach/Hueck, 22. Aufl. 2019].
- Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred*: Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung – Kommentar, 21. Aufl., München 2017 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Baumbach/Hueck, 21. Aufl. 2017].
- Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred*: Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung – Kommentar, 20. Aufl., München 2013 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Baumbach/Hueck, 20. Aufl. 2013].
- Baumert, Andreas*: Geschäftsleiterhaftung unter § 15b InsO – Brennpunkt der Neuregelung, ZRI 2021, S. 962-968.
- Baumert, Andreas*: § 15 b InsO – offene Praxisfragen beim korrigierenden Eingriff des Gesetzgebers in die Rechtsprechung des II. Senats, NZG 2021, S. 443-449.
- Baumert, Andreas*: Zahlungseingang aus Erlösen des Verkaufs von Sicherungseigentum auf ein debitorisches Bankkonto: offene Fragen bei § 64 S. 1 GmbHG rund um Masseneutralität und Sanierungsprivileg, NZG 2016, S. 379-381.
- Baumert, Andreas*: Zum Ausnahmecharakter des Sanierungsprivilegs für Zahlungen nach Insolvenzzreife, EWiR 2019, S.551-552.
- Barthel, Dirk*: Die Anwendbarkeit der Erstattungspflicht nach § 64 S. 1 GmbHG auf Gesellschaften ausländischer Rechtsform mit Verwaltungssitz in Deutschland, ZInsO 2011, S. 211-220.
- Bayer, Walter/Habersack, Mathias*: Aktienrecht im Wandel, Band I, Tübingen 2007.
- Bayer, Walter/Lieder, Jan*: Ersatz des Vertrauensschadens wegen Insolvenzverschleppung und Haftung des Teilnehmers, WM 2006, S. 1 – 12.
- Beck'sches Handbuch der GmbH, Hrsg. *Prinz, Ulrich/Winkeljohann, Norbert*, 6. Auflage, München 2021 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Beck'sches HdB der GmbH].
- Beck'scher Online Großkommentar AktG → siehe unter *Henssler*.

- Beck'scher Online Großkommentar BGB → siehe unter *Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann*.
- Beck'scher Online Kommentar BGB → siehe unter *Bamberger/Roth*.
- Beck'scher Online Kommentar GmbHG → siehe unter *Ziemons/Jäger/Pöschke*.
- Beck'scher Online Kommentar Insolvenzrecht → siehe unter *Fridgen/Geiwitz/Göpfert*.
- Bellen, Francis M./Stehl, Indra*: Pflichten und Haftung der Geschäftsführung in der Krise der GmbH – ein Überblick, BB 2010, S. 2579-2584.
- Berberich, Anna*: Analogie zu § 15b Abs. 8 InsO bei Abführung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung (§ 266a StGB), ZInsO 2021, S. 1313-1318.
- Berbufer, André*: Die Haftungsklage aus § 64 GmbHG auf Grundlage der aktuellen Rechtsprechung des II. Zivilsenats, NZI 2018, S. 919-925.
- Bitter Georg*: Geschäftsleiterhaftung in der Insolvenz – Alles neu durch SanInsFoG und StaRUG?, ZIP 2021, S. 321-336.
- Bitter, Georg*: Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern in der Insolvenz ihrer GmbH Teil 1, ZInsO 2010, S. 1505-1524.
- Bitter, Georg*: Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern in der Insolvenz ihrer GmbH Teil 2, ZInsO 2010, S. 1561-1582.
- Bitter, Georg/Baschnagel, Markus*: Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern in der Insolvenz ihrer GmbH Teil 1, ZInsO 2018, S. 557-597.
- Bitter, Georg*: Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern in der Insolvenz ihrer GmbH – Teil 2, ZInsO 2018, S. 625-659.
- Bitter, Georg*: Neues Zahlungsverbot in § 15b InsO-E und Streichung des § 64 GmbHG, GmbHR 2020, S. 1157-1160.
- Bitter, Georg*: § 64 GmbHG - Neustart durch den Gesetzgeber erforderlich!, ZIP Beilage zu Heft 22, S. 6-11.
- Bitter, Georg*: Reform des Insolvenz- und Restrukturierungsrechts zum 1.1.2021 in Kraft getreten, GmbHR 2021, S. R16-R18.
- Bitter, Georg*: Zur Haftung des Geschäftsführers aus § 64 Abs. 2 GmbHG für „Zahlungen nach Insolvenzreife“, WM 2001, S. 666-672.
- Bittmann, Folker*: Beitragsvorenthaltung, Geschäftsführerhaftung und Einheit der Rechtsordnung, wistra 2007, S. 406-407.
- Bittmann, Folker/Gruber, Urs*: Limited-Insolvenzantragspflicht gemäß § 15a InsO: Europarechtlich unwirksam?, GmbHR 2008, S. 867-873
- Bork, Reinhard*: Zum Beginn des Zahlungsverbots gem. § AKTG § 92 AKTG § 92 Absatz II 1 AktG, NZG 2009, S. 775-776.
- Bork, Reinhard/Schäfer, Carsten*: Kommentar zum GmbH-Gesetz, 4. Aufl., Köln 2019 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Bork/Schäfer GmbHG].
- Bork, Reinhard*: Zahlungsunfähigkeit, Zahlungsstockung und Passiva II, ZIP 2008, S. 1749-1753.
- Born, Manfred*: Auswirkungen des COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetzes auf die Organhaftung im Zusammenhang mit der materiellen Insolvenz, NZG 2020, S. 521-529.

- Braun, Eberhard*: Insolvenzordnung Kommentar, 9. Aufl., München 2022 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Braun InsO].
- Brodmann, Erich*: Gewerbe- und Industriekommentar (GIK.). Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Band I. Gesetz, betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung Kommentar, 2. Aufl., Berlin und Leipzig 1930 [zitiert: *Brodmann, GmbHG*].
- Brinkmann, Moritz*: Die Gesellschafterversammlung, in: Bergmann, Alfred/ Hoffmann-Becking, Michael/Noack, Ulrich: Festschrift für Ulrich Seibert zum 65. Geburtstag, Köln 2019, S. 165 – 180 [zitiert: Brinkmann, in: FS Seibert, 2009].
- Brinkmann, Moritz*: Die Haftung der Geschäftsleiter in der Krise nach dem Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG), ZIP 2020, S. 2361-2369.
- Brinkmann, Moritz/Zipper, Helmut*: Die Eigenverwaltung nach dem ESUG aus Sicht von Wissenschaft und Praxis, ZIP 2011, S. 1337-1347.
- Brinkmann, Moritz/Schmitz-Justen, Thomas*: D&O-Deckungsschutz bei Verstoß gegen insolvenzrechtliche Zahlungsverbote, ZIP 2021, S. 24-25.
- Buck-Heeb, Petra*: Die Plausibilitätsprüfung bei Vorliegen eines Rechtsrats – zur Enthaltung von Vorstand, Geschäftsführer und Aufsichtsrat, BB 2016, S. 1347-1355.
- Cahn, Andreas*: Das Zahlungsverbot nach Insolvenzzreife und seine Grenzen, DK 2022, S. 221-228.
- Canaris, Claus-Wilhelm*: Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, in: Ahrens, Hans-Jürgen/von Bar, Christian/Fischer, Gerfried/Spickhoff, Andreas/Taupitz, Jochen, Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag, München 1999, S. 85-109 [zitiert: *Canaris*, in: FS Deutsch].
- Canaris, Claus- Wilhelm*: Schutzgesetze-Verkehrssicherungspflichten-Schutzpflichten, S. 29-125 in: Canaris, Claus-Wilhelm/Diederichsen, Uwe, in: Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, München 1983 [zitiert: Canaris, in: FS Larenz, 1983].
- Canaris, Claus-Wilhelm/Habersack, Mathias/Schäfer, Carsten*: Staub Handelsgesetzbuch Großkommentar, Band III (§§ 105-160), 5. Aufl., Berlin 2009 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Staub HGB].
- Casper, Matthias*: Die Haftung für masseschmälernde Zahlungen nach § 64 Satz 1 GmbHG: Hat der BGH den Stein der Weisen gefunden?, ZIP 2016, S. 793-803.
- Commandeur, Anja/Brockner Kristin*: (Kein) D&O-Schutz für haftungsrechtliche Inanspruchnahme aus § 64 GmbHG, NZG 2018, S. 1295-1298.
- Crezelius, Georg*: Überschuldung und Bilanzierung in: Crezelius, Georg/Hirte, Heribert/Vieweg, Klaus, Festschrift für Volker Röhrich zum 65. Geburtstag, Köln 2005, S. 787-808.
- Dahl, Michael/Schmitz, Daniel*: Zahlungen nach Insolvenzzreife gem. § 64 GmbHG in der Eigenverwaltung, NJW-Spezial 2019, S. 21-22.
- Dauner-Lieb, Barbara*: Die Berechnung des Quotenschadens ZGR 1998, S. 617-631.
- Dedekind, Julius Levin Ulrich*: Vergangenheit und Gegenwart des Deutschen Wechselrechts mit Wünschen für seine Zukunft, für seine gleichförmige Codifikation in ganz Deutschland, Braunschweig 1844.

- Dittmer, Jana*: Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit von Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Dissertation Münster 2013.
- Drescher, Ingo*: Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 8. Aufl. Köln 2019 [zitiert: *Drescher, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers*].
- Eidenmüller, Horst*: Strategische Insolvenz: Möglichkeiten, Grenzen, Rechtsvergleichung, ZIP 2014 S. 1197-1205.
- Ehlers, Harald*: Anforderungen an die Fortführungsprognose, NZI 2011, S. 161-166.
- Ehlers, Jannike*: Anforderungen an die Fortführungs-/Fortbestehensprognose, ZInsO 2016, S. 1244 – 1249.
- Erdmann, Sven*: Die fälligen Zahlungspflichten i.S. des § 17 II 1 InsO, NZI 2007, S. 695-698.
- Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, herausgegeben vom Bundesminister der Justiz, Köln 1985.
- Fiedler, Björn*: D&O-Versicherungsschutz und Organhaftung für Zahlungen, die nach Insolvenzzreife geleistet werden, ZIP 2020, S. 2112-2115.
- Fischer, Gero*: Krisenbewältigung durch Insolvenzrecht, ZGR 2006, S. 403-418.
- Fischer, Gero*: Zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit – Folgerungen aus der Rechtsprechung des IX. Zivilsenats, in: Berger, Christian/Kayser, Godehard/Pannen, Klaus: Festschrift für Hans Gerhard Ganter zum 65., München 2010, S. 153–168 [zitiert: G. Fischer, in: FS Ganter, 2010].
- Fleischer, Holger*: Erweiterte Außenhaftung der Organmitglieder im Europäischen Gesellschaft- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2004, S. 437-479.
- Fleischer, Holger/Goette, Wulf*: Münchener Kommentar zum GmbHG, Band I (§§ 1-34 GmbHG) und Band II (§§ 35-52 GmbHG), 4. Aufl., München 2022 [zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKo GmbHG].
- Fleischer, Holger/Goette, Wulf*: Münchener Kommentar zum GmbHG, Band I (§§ 1-34 GmbHG) und Band II (§§ 35-52 GmbHG), 3. Aufl., München 2018 [zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKo GmbHG, 3. Aufl. 2018].
- Fleischer, Holger/Goette, Wulf*: Münchener Kommentar zum GmbHG, Band I (§§ 1-34 GmbHG) und Band II (§§ 35-52 GmbHG), 2. Aufl., München 2016 [zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKo GmbHG, 2. Aufl. 2016].
- Fleischer, Holger*: Handbuch des Vorstandsrechts, München 2006, [zitiert: *Bearbeiter*, in: *Fleischer VorstandsR-HdB*]
- Flume, Werner*: Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers bei Geschäften nach Konkursreife der GmbH, ZIP 1994, S. 337-342.
- Flöthner, Lucas F./Korb, Anne-Cathrin*: Das Verhältnis zwischen dem Erstattungsanspruch nach § 64 GmbHG und der Insolvenzanfechtung, ZIP 2012 S. 2333-2337.
- Flöther, Lucas*: Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz (StaRUG) Kommentar, München 1. Aufl. 2021 [zitiert: *Bearbeiter*, in: *StaRUG*].
- Freitag, Robert*: Grundfragen der Richtlinie über präventive Restrukturierungsrahmen und ihrer Umsetzung in das deutsche Recht, ZIP 2019, S. 541- 552.

- Fridgen, Alexander/Geiwitz, Arndt/Göpfert, Burkard*: Beck'scher Online Kommentar Insolvenzrecht, 26. Edition, Stand 15.01.2022 [*Bearbeiter* in: BeckOK InsO, 26. Ed., Stand 15.01.2022].
- Fromm, Andreas*: Der Überschuldungsstatus im Insolvenzrecht, ZInsO 2004, S. 943–950.
- Frystatzki, Christian*: Sind Abwicklungskosten im Überschuldungsstatus zu passivieren?, ZInsO 2020, S. 176-184.
- Fölsing, Phillip*: Vorteilsausgleich in der Krise der Gesellschaft, KSI 2015, S. 70-74.
- Ganter, Hans Gerhard*: Die Rechtsprechung des BGH zum Insolvenzrecht im Jahr 2019, NZI 2020, S. 295-314.
- Gehrlein, Marcus*: Die Auslegung des § 64 GmbHG im Spannungsfeld zwischen Gesellschaftsrecht und Insolvenzanfechtungsrecht, ZInsO 2015, S. 477-483.
- Gehrlein, Markus*: Die Rechtsprechung des IX. Zivilsenats zur Insolvenz von Anlagegesellschaften, ZInsO 2019, S. 1973-1981.
- Gehrlein, Marcus*: Insolvenzanfechtungsrecht als Auslegungshilfe bei den Tatbeständen der Haftung für verbotene Zahlungen, ZHR 2017, S.482-547.
- Gehrlein, Marcus*: Flankenschutz des Insolvenzanfechtungsrechts durch das allgemeine Zivilrecht, DB 2016, S. 1177-1185.
- Gehrlein, Marcus*: Kompensation verbotener Zahlungen – eine unendliche Geschichte, NZG 2021, S. 59-62.
- Gehrlein Marcus*, Neuregelung und Konzentration der Zahlungsverbote in § 15b InsO-E, DB 2020, S. 2393-2399.
- Gehrlein, Marcus*: Verbindungslinien zwischen Eigenkapitalersatz, Insolvenzanfechtung und Deliktshaftung, in: *Bork, Reinhard/Kayser, Godehard/Kebeke, Frank*, Festschrift für Bruno M. Kübler zum 70. Geburtstag, München 2015, S. 181-193 [zitiert: *Gehrlein*, in: FS Kübler].
- Gehrlein, Markus/Born, Manfred/Simon, Stefan*: GmbHG Kommentar, 5. Aufl. Hürth 2021 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Gehrlein/Born/Simon GmbHG].
- Geißler, Markus*: Grenzlinien der Ersatzpflicht des Vorstands wegen verbotener Zahlungen in der Krise der AG, NZG, 2007, S. 645-650.
- Geißler, Marcus*: Wertgedeckte und wertgedeckte Zahlungen bei Insolvenzreife der GmbH, GmbHR 2011, S. 907-912.
- Gesser, Timm*: Insolvenzanträge des GmbH-Geschäftsführers bei drohender Zahlungsunfähigkeit entgegen dem Gesellschafterwillen?, NZI 2018, S. 185-189.
- Glaser, Uwe*: Ersatzpflicht des Geschäftsführers für Einzug globalziedierter Forderungen nach Insolvenzreife, ZInsO 2015, 2416 – 2418.
- Glozbach, Pierre*: Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers nach § 64 Abs. 2 GmbHG für Zahlungen nach Insolvenzreife, Dissertation Bonn 2004.
- Goette, Wulf*: Aktuelle Rechtsprechung zur GmbH - Kapitalschutz und Organhaftung, DStR 2003, S. 887-895.
- Goette, Wulf*: Chancen und Risiken der GmbH-Novelle, WPg 2008, S. 231-238.
- Goette, Wulf*: Haftung des Geschäftsführers in Krise und Insolvenz der GmbH, ZInsO2001, S. 529-537.

- Goette, Wulf/Habersack, Mathias*: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band II (§§ 76-117 AktG), 5. Aufl., München 2019 [zitiert: *Bearbeiter*, in: *MüKo AktG*].
- Goette, Wulf*: Zur systematischen Einordnung des § 64 Abs. 2 GmbHG, in: *Haarmeyer, Hans/Kreft, Gerhart*, Festschrift für Gerhard Kreft zum 65. Geburtstag, Recklinghausen 2004 S. 53-64 = *ZInsO* 2005, S. 1-5.
- Goldschmidt, Levin*: Handbuch des Handelsrechts, Teil B, Band 1, 2. Auflage 1973 Stuttgart [zitiert: *Goldschmidt*, Handbuch des Handelsrechts Bd. 1].
- Grigoleit, Hans Christoph*: Aktiengesetz Kommentar, 2. Aufl. München 2020 [zitiert: *Bearbeiter*, in: *Grigoleit AktG*].
- Großkommentar zum Aktiengesetz → siehe unter *Hirte/Mülbert/Roth*.
- Grunicke, Nils*: Der neue § 302 Nr. 1 InsO – Fiskusprivileg durch die Hintertür?, *ZVI* 2014, S. 361-368.
- Grüneberg, Barbara*: Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 81. Aufl. München 2022 [zitiert: *Bearbeiter*, in: *Grüneberg BGB*].
- Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz; Stephan/Reymann, Christoph*: Beck'scher Online Großkommentar, Stand 01.07.2022 [zitiert: *Bearbeiter*, in: *BeckOGK BGB*, Stand 01.07.2022].
- Göb, Marc Alexander/Nebel, Thomas*: Aktuelle gesellschaftsrechtliche Fragen in Krise und Insolvenz, *NZI* 2021, S. 17-22.
- Haas, Ulrich*: Der Erstattungsanspruch nach § 64 II GmbHG, *NZG* 2004, S. 737-745.
- Haas, Ulrich*: Die internationale und örtliche Zuständigkeit für Klagen nach § 63 II GmbHG a.F. (bzw. § 64 S. 1 GmbHG n.F.) *NZG* 2010 S. 495-497.
- Haas, Ulrich*: § 64 S. 1 GmbHG im (vorläufigen) Eigenverwaltungs- und Schutzschirmverfahren, *ZHR* (178) 2014, S. 603–627.
- Haas, Ulrich*: § 64 S.3 GmbHG – Erste Eckpunkte des BGH, *NZG* 2013 S. 41-46.
- Haas, Ulrich*: Aktuelle Rechtsprechung zur Insolvenzantragspflicht des GmbH-Geschäftsführers nach § 64 Abs. 1 GmbHG, *DStR* 2003, S. 423-433.
- Habersack, Mathias/Foerster, Max*: Austauschgeschäfte der insolvenzreifen Gesellschaft, *ZHR* (178) 2014, S. 387-418.
- Habersack, Mathias/Foerster*: Debitorische Konten und Massezuflüsse im Recht der Zahlungsverbote, *ZGR* 2016, S. 153-184.
- Habersack, Mathias/Casper, Mathias /Löbke, Marc*: GmbHG Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Großkommentar, Band II (§§ 29-52 GmbHG), Band III (§§ 53-88 GmbHG), 3. Aufl., Tübingen 2019 [zitiert: *Bearbeiter*, in: *HCL GmbHG*].
- Habersack, Mathias*: Perspektiven der aktienrechtlichen Organhaftung, *ZHR* (177) 2013, S. 782-806.
- Hagebusch, Alfred/Fischer, Nicolai*: Zahlungsvorgänge auf debitorischen Konten nach Insolvenzureife im Licht des Rechts der Zahlungsverbote, in: *Paulus, Christoph G./Wimmer-Amend, Angelika*, Festschrift für Klaus Wimmer, Baden-Baden 2017, S. 263-293 [zitiert: *Hagebusch/Fischer*, in: *FS Klaus Wimmer*, 2017].

- Hahn, Friedrich v.:* Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, Band 1, Braunschweig 1863 [zitiert: *von Hahn*, ADHGB].
- Hamburger Kommentar GmbHG → siehe unter *Schmidt, Andreas*.
- Haneke, Severin:* Ausgleichende Gegenleistungen im Rahmen von Organhafungsansprüchen, NZI 2015, S. 499-503.
- Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke:* Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 4. Auflage, München 2016 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG].
- Heeg, Volker:* Der GmbH-Geschäftsführer in der Vor-Insolvenz – Höchstrichterlich geklärt?, Masseurhaltung, Lohnsteuerhaftung und Strafbarkeit wegen Nichtabführung von Sozialversicherungsträgern, DStR 2007, S. 2134-2140.
- Hefendehl, Roland:* Der Straftatbestand der Insolvenzverschleppung und die unstete Wirtschaft: Ausländische Gesellschaftsformen – faktische Organe – Führungslosigkeit, ZIP 2011, S. 601-607.
- Heitsch, Joachim:* Die Binnenhaftung wegen Insolvenzverschleppung gem. § 43 Abs. 2 GmbHG (steht nicht zur Disposition der Gesellschafter), ZinsO 2015, S. 1375–1381.
- Heinrich, Jens:* § 15b VIII InsO – Beschränkte Auflösung einer Pflichtenkollision?, NZI 2021, S. 258-262.
- Henckel, Wolfram/Gerhardt, Walter:* Jaeger Insolvenzordnung – Großkommentar, Erster Band, 1. Aufl., Berlin 2003 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Jaeger InsO].
- Henning-Bodewig, Frauke:* Die Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG – ein Flop?, GRUR 2015, 731-739.
- Henssler, Martin:* Beck'scher Onlinegroßkommentar AktG, Stand: 01.02.2022, München 2022 [zitiert: *Bearbeiter*, in: BeckOGK AktG].
- Henssler, Martin:* Die verfahrensrechtlichen Pflichten des Geschäftsführers im Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH und der GmbH & Co. KG, in: Arbeitskreis für Insolvenz- wesen e.V. (Hrsg.), Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Aufl. Herne/Berlin 2009 S. 990-1020 [zitiert: Henssler, in: Kölner Schrift zur InsO, 3. Aufl. 2009].
- Henssler, Martin/Strohn, Lutz:* Gesellschaftsrecht Kommentar, 5. Aufl., München 2021 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Henssler/Strohn GesR].
- Heymann, Ernst:* Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht), in *Horn, Norbert* (Hrsg.), Band 1, Erstes Buch, 2. Auflage 1995 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Heymann HGB].
- Hirte, Heribert/Mülbert, Peter O./Roth, Markus:* Aktiengesetz Großkommentar, Band 4/2 (§§ 92-94 AktG) 5. Aufl., Berlin 2015 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Großkomm z. AktG].
- Hirte, Heribert/Vallender, Heinz:* Uhlenbruck Insolvenzordnung, Band 1 (InsO), 5. Aufl., München 2019 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Uhlenbruck InsO].
- Hodgson, Nicolas:* Die Neufassung des Zahlungsverbots ab Insolvenzzreife nach § 15b InsO, NZI-Beilage 2021, S. 85-88.
- Huber, Ernst Rudolf:* Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1798, Band I und Band II., Nachdruck der 2. Aufl. Stuttgart 1975.
- Huber, Ernst Rudolf:* Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte Band 2, 3. Aufl. Stuttgart 1986.

- Hölzle, Gerrit*: Nachruf: Wider die Überschuldungs-Dogmatik in der Krise, ZIP 2008, S. 2003-2005.
- Hönig, Normen/Knauth, Philipp*: Die Insolvenzantragspflicht von Stiftungen und Vereinen, NZI 2017, S. 785-787.
- Hüffer, Uwe/Koch, Jens*: Aktiengesetz, 12. Aufl., München 2016 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Hüffer/Koch AktG, 12. Aufl. 2016].
- Hülsmann, Christoph* : Doch D & O-Versicherungsschutz bei einer Haftung aus § 64 S. 1 GmbHG!, NWB 2021, S. 356-361.
- Hüttemann, Rainer*: Überschuldung, Überschuldungsstatus und Unternehmensbewertung, in: *Bitter, Georg/Lutter, Marcus/Priester, Hans-Joachim/Schön, Wolfgang/Ulmer, Peter*, Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, Köln 2009, S. 761-778.
- Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar → siehe unter *Stürner*.
- Janssen, Stefan*: § 64 GmbHG: Gutschriften auf debitorisches Konto und Nutzung der dadurch wiedereröffneten Kreditlinie zu „privilegierten“ Zahlungen; ZInsO 2018, S. 1074-1079.
- Jaeger Insolvenzordnung → siehe unter *Henckel/Gerhardt*.
- Jakobs, Carsten/Kruth, Claus-Peter*: § 15b InsO – neue Haftungsmaßstäbe bei Insolvenzreife, aber keine Entwarnung für Geschäftsleiter, DStR 2021 S. 2534-2541.
- Jaschinski, Julian/Wentz, Jasper*: Ansprüche gem. § 64 Satz 1 GmbHG unter D&O Versicherungen, GmbHR 2018, S. 1289-1297.
- Kayser, Godehard/Thole, Christoph*: Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 10. Aufl. Heidelberg 2020 [zitiert: *Bearbeiter*, in: HK-InsO].
- Kindler, Peter* : Grundzüge des neuen Kapitalgesellschaftsrechts - Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), NJW 2008, S. 3249-3256.
- Kleindiek, Detlef*: Geschäftsführer in der Krise, in: *Burghard, Ulrich/Hadding, Walter/Mühlbert, Peter O./Nietsch, Michael/Welter, Reinhard*, Festschrift für Uwe H. Schneider zum 70. Geburtstag, Köln 2011, S. 617-631 [zitiert: *Kleindiek*, in: FS U.H. Schneider]
- Klinck, Fabian*: Die Geschäftsführerhaftung nach § 64 Satz 1 GmbHG im Eigenverwaltungs(eröffnungs)verfahren, DB 2014, S. 938-942.
- Klöhn, Lars/Zell, Jacob*: Wie ist der „Schaden der Gläubigerschaft“ in § 15 b IV 2 InsO zu bestimmen? NZG 2022 S. 836–843.
- Knittel, Christian/Schwall, Anne*: Plädoyer für eine praktische Handhabung des § 64 S. 1 GmbHG, NZI 2013, S. 782-786
- Koch, Jens*: Aktiengesetz, 16. Aufl., München 2022 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Koch AktG].
- Kordes, Jan* : Entfallen der Ersatzpflicht des Organs für Zahlungen nach Insolvenzreife – Keine entsprechende Anwendung der Regeln des Bargeschäfts nach § 142 InsO aF, NZG 2017, S. 1140-1142.
- Kranzfelder, Katharina/Ressmann, Thomas*: Geschäftsleiter im Fokus: Haftungserweiterung und Haftungserleichterung nach dem SanInsFoG, ZInsO 2021, S. 191-198.

- Kreuzberg, Charlotte*: Zur Geschäftsführerhaftung bei Einziehung von abgetretenen Forderungen auf ein debitorisches Konto, NZG 2016, S. 371-375.
- Krumm, Marcel*: Insolvenzrechtliches Zahlungsverbot und rechtmäßiges Alternativverhalten, WM 2010, S. 296-301.
- Kruth, Claus-Peter* : Massebereicherung statt Massesicherung durch die Auslegung der insolvenzrechtlichen Zahlungsverbote in der BGH-Rechtsprechung?, NZI 2014, S. 981-987.
- Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas*: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO, Band 1 (§§ 1-354) 6. Aufl. München 2020 [zitiert: Bearbeiter, in: MüKo ZPO].
Kölner Kommentar zum Aktiengesetz → siehe unter *Zöllner/Noack*.
- Kübler, Bruno/Prütting, Hanns/Bork, Reinhard*: RWS-Kommentar, InsO Kommentar zu Insolvenzordnung, Band I, III, Köln, Stand: März 2022 [zitiert: Bearbeiter, in: Kübler/Prütting/Bork InsO].
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*: Lehrbuch des Schuldrechts, Band II/2 Besonderer Teil, 13. Aufl. München 1994 [zitiert: Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/2].
- Liebscher, Marc*: Wider die Privilegierung von Abführungspflichten gegenüber der Massesicherungspflicht in der Insolvenz, ZInsO 2009, S. 1386 – 1391.
- Lieder, Jan/Wagner, Raphael*: Masseschmälerung durch Forderungseinziehung auf debitorische Konten, ZGR 2021, S. 495-533.
- Lind, Thorsten*: Neues zur Geschäftsführerhaftung nach § 64 GmbHG, DB 2018, S. 1003-1008.
- Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter*: GmbH-Gesetz Kommentar, 20. Aufl., Köln 2020 [zitiert: Bearbeiter, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG].
- Lutz, Johann von*: Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, I. Theil, Protokoll I – XLV, Würzburg 1858.
- Mankowski, Peter*: Insolvenzrecht gegen Gesellschaftsrecht 2:0 im europäischen Spiel um § 64 GmbHG, NZG 2016, S. 281-286.
- Martini, Thorsten/Karrasch, Nadine*: Die Fortführungsprognose iSd § 19 InsO bei Start-up-Unternehmen, NZI 2021, S. 858-860.
- Morgen, Christoph/Rathje, Gunnar*: Stellt eine positive Liquidationsprognose eine positive Fortführungsprognose i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO dar? ZIP 2018, S. 1955-1963.
- Michalski, Lutz/Heidinger, Andreas/Leible, Stefan/Schmidt, Jessica*: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Band I (§§ 1-34 GmbHG) und Band II (§§ 35-85 GmbHG, §§ 1-4 EGGmbHG), 3. Aufl., München 2017 [zitiert: Bearbeiter, in: MHLG GmbHG].
- Mielke, Sebastian/Urlaub, Jasmin*: Salto Mortale Geschäftsführerhaftung – jetzt auch noch ohne Sicherungsnetz durch eine D&O-Versicherung?, BB 2018, S. 2634-2639.
- Mulert, Martin/Steiner, Jan-Mark*: Gesellschaftsrechtlich zulässige Regelungen im Insolvenz- und Restrukturierungsplan, NZG 2021, S. 673-683.
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz → siehe unter *Goette/Habersack*.
- Münchener Kommentar zum BGB → siehe unter *Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg*.

- Münchener Kommentar zum GmbHG → siehe unter *Fleischer/Goette*.
- Münchener Kommentar zum HGB → siehe unter *Schmidt, Karsten*.
- Münchener Kommentar zur InsO → siehe unter *Stürner/Eidenmüller/Schoppmeyer*.
- Münchener Kommentar zur ZPO → siehe unter *Krüger/Rauscher*.
- Müller, Gerd*: Geschäftsführerhaftung für Neugläubigerschäden, *GmbHR* 1996, S. 393-400.
- Müller, Gerd*: Zum Schutz der Neugläubiger nach § 64 GmbHG, *GmbHR* 1994, S. 209-212.
- Müller, Hans-Friedrich*: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 27.10.2020 – II ZR 355/18, *NZI* 2021, S. 45-51.
- Müller Hans-Friedrich*: Die Begrenzung der Haftung wegen masseschmälernder Zahlungen durch das SanInsFoG, *GmbHR* 2021, S.737-743.
- Müller, Hans-Friedrich*: Geschäftsführerhaftung für Zahlungen auf debitorische Konten, *NZG* 2015, S. 1021-1023.
- Müller, Hans-Friedrich*: Massekürzung und Massezufluss im Regime der Zahlungsverbote, *DB* 2015, S. 723-728.
- Nauschütz, Marietje*: Haftung des faktischen GmbH-Geschäftsführers wegen unzulässiger Zahlungen aus der Masse, *NZG* 2005, S. 921-922.
- Nerlich, Jörg/Römermann, Volker*: Insolvenzordnung, Stand: November 2021, 44. EL [zitiert: *Bearbeiter*, in: *Nerlich/Römermann InsO*]
- Neuburger, Jürgen*: Überschuldung abschaffen? Überschuldung stärken!, *ZIP* 2019, S. 1549-1557.
- Neuburger, Jürgen*: Haftung für Insolvenzverschleppung: Ein Tatbestand, vier verschiedene Rechtsfolgen, *ZIP* 2018, S. 909-919.
- Noack, Ulrich/Servatius, Wolfgang/Haas, Ulrich*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – Kommentar, 23. Aufl., München 2022 [zitiert: *Bearbeiter*, in: *Noack/Servatius/Haas GmbHG*]
- Otte, Nicolas*: Das Zahlungsverbot und die Ersatzpflicht nach § 64 S. 1 GmbHG, Dissertation Münster 2019
- Radtke, Henning*: Der Arbeitgeber in der Krise?, in: *Dannecker, Gerhard/Langer, Winrich/Ranft, Otfried/Schmitz, Roland/Brammsen, Joerg*, Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag, Berlin 2007, S. 695-714 [zitiert: *Radtke*, in: *FS Otto*, 2007].
- Reiff, Peter/Arnold, Arnd*: Unbeschränkte Konkursverschleppungshaftung des Geschäftsführers einer GmbH auch gegenüber gesetzlichen Neugläubigern? *ZIP* 1998, S. 1893-1899.
- Renaud, Achilles*: Das Recht der Actiengesellschaften, Leipzig 1863.
- Roth, Herbert*: Zessionsregreß nach § 155 BGB und gesamtschuldnerischer Ausgleich, in: *Beuthien, Volker/Fuchs, Maximilian/ Roth, Herbert/Schiemann, Gottfried/Wacke, Andreas*: Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag, Köln 1999, S. 495 – 511 [zitiert: *Roth*, in: *FS Medicus*, 1999].
- Röhrich, Volker*: Insolvenzrechtliche Aspekte im Gesellschaftsrecht, *ZIP* 2005 S. 505-516.
- Pape, Gerhard*: Erleichterung der Sanierung von Unternehmen durch Insolvenzverfahren bei gleichzeitiger Abschaffung der Gläubigergleichbehandlung?, *ZInsO* 2010, S. 2155-2162.

- Pape, Gerhard*: Zahlungsunfähigkeit in der Gerichtspraxis, WM 2008, S. 1949-1957.
- Poelzig, Dörthe/Thole, Christoph* : Kollidierende Geschäftsleiterpflichten, ZGR 2010, 836-867.
- Poertzgen, Christoph*: Die künftige Insolvenzverschleppungshaftung nach dem MoMiG, GmbHR 2007, S. 1258-1263.
- Poertzgen, Christoph*: Geschäftsführerhaftung aus § 64 S. 1 GmbHG - Anwendungspraxis und rechtspolitische Kritik, ZInsO 2011, S. 305-313.
- Poertzgen, Christoph*: Neues zur Insolvenzverschleppungshaftung – der Regierungsentwurf des MoMiG, NZI 2008, S. 9-12.
- Poertzgen, Christoph*: Organhaftung wegen Insolvenzverschleppung, Dissertation Köln 2005.
- Priebe, Klaus*: Obergerichtliche Rechtsprechung des Jahres 2013 zur Haftung von Organen der Geschäftsführung, ZInsO 2014, S. 1190-1201.
- Proske, Stefan*: Haftung des Geschäftsführers wegen der Einzugs sicherungsabgetretener Forderungen auf debitorisches Konto einer insolvenzreifen GmbH, DB 2015, S. 2195-2196.
- Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz-Buches → siehe unter Lutz.
- Prütting, Hanns*: Allgemeine Verfahrensgrundsätze der Insolvenzordnung, in: Arbeitskreis für Insolvenz- wesen e.V. (Hrsg.), Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. Herne/Berlin 2000, S. 221-248 [zitiert: Prütting, in: Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl. 2000].
- Riewe, Anne Deike*: Rückkehr zur Insolvenzantragspflicht und weitere Fortentwicklungen im Insolvenzrecht, NJW 2021, S. 193-197.
- Ringe, Wolf-Georg/Willemer, Charlotte*: Zur Anwendung von § 64 GmbHG auf eine englische Limited, NZG 2010, S. 56-58.
- Reuter, Alexander*: "Krisenrecht" im Vorfeld der Insolvenz - das Beispiel der börsennotierten AG, BB 2003, S. 1797-1804.
- Rodewald, Jörg*: Alte und neue Haftungsrisiken für GmbH-Geschäftsführer vor und in der Krise oder Insolvenz, GmbHR 2009, 1301-1307.
- Rossbrey, Nicolas*: Abgabenzahlungspflicht und Zahlungsverbote bei Insolvenzreife der AG und GmbH, Dissertation Passau 2014
- Roth, Günter H.*: Die Haftung des faktischen Geschäftsführer im Konkurs der GmbHG, ZGR 1989 S. 421-433.
- Rowedder, Heinz/Schmidt-Leithoff, Christian*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Kommentar, 6. Aufl., München 2017 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG].
- Rowedder, Heinz/Pentz, Andreas*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung - Kommentar, 7. Aufl., München 2022 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Rowedder/Pentz GmbHG].
- Röhrich, Volker*: Insolvenzrechtliche Aspekte im Gesellschaftsrecht, ZIP 2005, S. 505-516.

- Rönnau, Thomas*: Die Strafbarkeit des Vorenthaltens von Arbeitnehmersozialversicherungsbeiträgen in der Krise des Unternehmens, NJW 2004, S. 976-986.
- Saenger, Ingo/Inhester, Michael*: GmbHG Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2020 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Saenger/Inhester GmbHG].
- Saenger, Ingo*: Zivilprozessordnung, 9. Auflage, Baden-Baden 2021 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Saenger ZPO].
- Savigny, Friedrich Carl von*: Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Heidelberg 1828 [zitiert: *Savigny*, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft].
- Schall, Alexander*: Das Kornhaas-Urteil gibt grünes Licht für die Anwendung des § 64 GmbHG auf eine Limited mit Sitz in Deutschland – Alles klar dank EuGH!, ZIP 2016, S. 289-295.
- Schall, Alexander*: Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, basierend auf Habilitationsschrift, Hamburg 2009.
- Schanze, Erich*: Haftung bei qualifiziert faktischer Konzernierung, AG 1993, S. 371-380.
- Schmid, Christine*: Haftung der Geschäftsleiter insolventer Gesellschaften für die Verletzung der Zahlungsverbote und der Insolvenzantragspflicht, Dissertation Universität Passau 2017.
- Schmidt, Andreas*: Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 9. Aufl., Köln 2021 [zitiert: *Bearbeiter*, in: HmbK-InsO].
- Schmidt, Andras*: Die neue Geschäftsleiterhaftung gem. § 15b InsO im Lichte der Rechtsprechung zu § 64 Satz 1 GmbHG a. F. – was bleibt, was ist neu? (§ 15b InsO), ZRI 2021, S. 389-397.
- Schmidt, Andreas/Poertzgen, Christoph*: Geschäftsführerhaftung (§ 64 S. 1 GmbHG) in Zeiten des ESUG, NZI 2013, S. 369-376.
- Schmidt, Karsten/Uhlenbruck, Wilhelm*: Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl., Köln 2016 [zitiert: *Bearbeiter*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck: Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz].
- Schmidt, Karsten*: Aufsichtsratschaftung bei Insolvenzverschleppung, GmbHR 2010, S. 1319-1327.
- Schmidt, Karsten*: Debitorisches Bankkonto und Insolvenzverschleppungshaftung: Ist Geben seliger denn Nehmen?, ZIP 2008, S. 1401-1409.
- Schmidt, Karsten*: Die Strafbarkeit „faktischer Geschäftsführer“ wegen Konkursverschleppung als Methodenproblem, in: *Eyrich, Heinz/Odersky, Walter/Säcker, Franz Jürgen*, Festschrift für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag, München 1989, S. 419-441 [zitiert: *Karsten Schmidt*, in FS Rebmann, 1989].
- Schmidt, Karsten*: Ersatzpflicht bei „verbotenen Zahlungen“ aus insolventen Gesellschaften: Ist der haftungsrechtliche Kampfhund zähmbar?, NZG 2015, S.129-133.
- Schmidt, Karsten*: Geschäftsführerhaftung gemäß §64 Abs. 2 GmbHG bei masseloser Insolvenz, GmbHR 2000, S. 1225-1229.
- Schmidt, Karsten*: Gesetzlicher Handlungsbedarf im Insolvenzverschleppungsrecht – eine Depesche an das Bundesjustizministerium, ZIP 2009, S. 1551-1554.

- Schmidt, Karsten*: Insolvenzordnung, 19. Aufl., Hamburg 2016 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Karsten Schmidt, InsO].
- Schmidt, Karsten*: Insolvenzverschleppungsrisiken: Kein Fall für die D&O-Versicherung, ZHR (183) 2019, S. 2-6.
- Schmidt, Karsten*: Kein Abschied vom „Quotenschaden“ bei Insolvenzverschleppungshaftung! – Altgläubigerschutz, Neugläubigerschutz und § 92 InsO, NZI 1998, S. 9-14.
- Schmidt, Karsten*: Keine Begrenzung der Haftung des GmbH-Geschäftsführers bei Verletzung der Konkursantragspflicht, NJW 1993, S. 2931-2935.
- Schmidt, Karsten*: Konkursantragspflichten bei der GmbHG und bürgerliches Deliktsrecht – Sanktions- und Koordinationsprobleme um § 64 GmbHG, JZ 1978, S. 661-666.
- Schmidt, Karsten*: Konkursverschleppungshaftung und Konkursverursachungshaftung, ZIP 1988, S. 1497-1507.
- Schmidt, Karsten*: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 2 (§§ 105-160 HGB), 4. Aufl., München 2016 [zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKo HGB].
- Schmidt, Karsten*: Reform der Kapitalsicherung und Haftung in der Krise nach dem Regierungsentwurf des MoMiG, GmbHR 2007, S. 1072 -1080.
- Schmidt, Karsten*: Überschuldung und Insolvenzantragspflicht nach dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz, DB 2008, S. 2467-2471.
- Schmidt, Karsten*: Verbotene Zahlungen in der Krise von Handelsgesellschaften und die daraus resultierenden Ersatzpflichten, ZHR (168) 2004, S. 637- 672.
- Schmidt, Karsten*: Weg mit den "Zahlungsverboten" in Insolvenzverschleppungsfällen, ZHR (175) 2011, S. 433-443 .
- Schmidt, Karsten*: Übermäßige Geschäftsführerrisiken aus § 64 Abs. 2 GmbHG, § 130a Abs. 3 HGB?, ZIP 2005, S. 2177-2185.
- Schmidt, Nikolaus/Gundlach, Ulf*: Zwischenstand Insolvenzantragspflicht – aktuelle Rechtslage zum -Pflichtenkreis der Geschäftsführung, DStR 2018, S. 198-205.
- Schmittmann, Jens*: Die Neufassung des § 55 Abs. 4 InsO und die Geschäftsleiterhaftung nach § 15b InsO: Wechselwirkung zwischen insolvenzrechtlicher und steuerrechtlicher Haftung, ZInsO 2021, 211–215.
- Schmittmann, Jens/Dannemann, Dirk*: Massesicherungs- versus Steuerzahlungspflicht im Schutzschirmverfahren nach § 270b ZPO - Einen Tod muss der Geschäftsführer sterben?!, ZIP 2014, S. 1405-1414.
- Scholz, Franz*: Kommentar zum GmbH-Gesetz, Band III (§§ 53-85 GmbHG), 12. Aufl., Köln 2021 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Scholz GmbHG].
- Scholz, Franz*: Kommentar zum GmbH-Gesetz, Band III (§§ 53-85 GmbHG), 11. Aufl., Köln 2015 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Scholz GmbHG, 11. Aufl. 2015].
- Scholz, Franz*: Kommentar zum GmbH-Gesetz, Band III (§§ 53-85 GmbHG), 10. Aufl., Köln 2009 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Scholz GmbHG, 10. Aufl. 2009].
- Schröder, Rainer/Kanzleiter, Rainer*: 3 Jahre nach dem MoMiG, 6. Verleihung des Helmut-Schippel-Preises, Bonn 2012 [zitiert: *Bearbeiter*, in: 3 Jahre nach dem MoMiG].

- Schubert, Werner*: Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die Preussischen Staaten. Nebst Motiven (1857), Frankfurt am Main 1986.
- Schubert, Werner/Hommelhoff, Peter*: Hundert Jahre modernes Aktienrecht, Eine Sammlung von Texten und Quellen zur Aktienrechtsreform 1884 mit zwei Einführungen, Berlin/New York 1985.
- Schubert, Werner/Schmiedel, Burkhard/Krampe, Christoph*: Quellen zum HGB von 1897, Band II (Denkschriften, Beratungen, Berichte) Erster Halbband und Zweiter Halbband, Frankfurt am Main 1987.
- Schulz, Patrick*: Die Haftung wegen masseschädigender Zahlungen als EuInsVO-Annexverfahren, NZG 2015, S. 146-148.
- Schulze-Osterloo, Joachim*: Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife (§ 64 Abs. 2 GmbHG; §§ 92 Abs. 3, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG), in: *Westermann, Harm Peter/Mock, Klaus*, Festschrift für Gerold Bezenberger zum 70. Geburtstag, Berlin 2000, S. 415-426 [zitiert: *Schulze-Osterloo*, in: FS Bezenberger].
- Schulze-Osterloo, Joachim*: § 64 Abs. 1 GmbHG als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB, in: *Schneider, Uwe H./Hommelhoff, Peter/Schmidt, Karsten/Timm, Wolfram/Grunewald, Barbara/Drygala, Tim*: Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, Köln 2000, S. 707-720 [zitiert: *Schulze-Osterloo*, in: FS Lutter, 2000].
- Schwencke, Björn/Röper, Johanna*: Weiterhin keine Deckung von verbotenen Zahlungen nach Insolvenzreife durch D&O-Versicherung?, ZInsO 2020, S. 2453-2457 .
- Schön, Wolfgang*: GmbHG-Geschäftsführerhaftung für Steuerschulden – zur Konkurrenz zwischen dem Fiskus und den privatrechtlichen Gläubigern einer GmbH, in: *Aderholz, Lutz/Grunewald, Barbara/Klingbeil, Dietgard/Paefgen, Walter G.*: Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, Köln 2008, S. 1469 -1485 [zitiert: *Schön*, in: FS Westermann, 2008].
- Siemon, Klaus*: Das ESUG und § 270b InsO in der Anwendung, ZInsO 2012, S. 1045-1053.
- Smid, Stefan*: Handbuch Insolvenzrecht, 6. Aufl. Berlin 2012 [zitiert: *Smid*, HdB InsO, 6. Aufl. 2012].
- Spindler, Gerald/Stilz, Eberhard*: Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1 (§§ 1-149 AktG), 4. Aufl., München 2019 [zitiert: *Bearbeiter*, in: *Spindler/Stilz AktG*, 4. Aufl. 2019].
- Staub Handelsgesetzbuch → siehe unter *Canaris/Habersack/Schäfer*.
- Staub, Hermann/Pisko, Oskar*: Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch Band 1, 2. Aufl. Berlin/Boston 1908 [zitiert: *Bearbeiter*, in: *Staub, ADHGB*].
- Stapelfeld, Ait*: Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers für Fehlverhalten in der Gesellschaftskrise, Dissertation Bremen 1990.
- Steindorff, Ernst /Ulmer, Peter*: Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland (1848/1849), Text und Materialien, Heidelberg 1982.
- Steininger, Uwe H.*: Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers und/oder des Gesellschafter-Geschäftsführers aus culpa in contrahendo bei wirtschaftlicher Bedrängnis der Gesellschaft mbH, Dissertation Heidelberg 1985.
- Strohn, Lutz*: Aus der neueren Rechtsprechung des BGH zum Gesellschaftsrecht (Teil 2), DB 2012, 1193-1198.

- Strohn, Lutz*: Beratung der Geschäftsleitung durch Spezialisten als Ausweg aus der Haftung?, ZHR (176) 2012, 137-143.
- Strohn, Lutz*: Geschäftsführerhaftung als Innen- und Außenhaftung, ZInsO 2009, S. 1417-1425.
- Strohn, Lutz*: Organhaftung im Vorfeld der Insolvenz, NZG 2011, S. 1161-1169.
- Strohn, Lutz*: Keine Ersatzpflicht eines Geschäftsführers für Zahlungen nach Insolvenzreife im Falle des Ausgleichs der Vermögensschmälerung, DB 2015, S. 55-58.
- Säcker, Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina*: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band III (§§ 311-432 BGB) 9. Aufl., München 2022, Band VII (§§ 705-853), 8. Aufl., München 2020 [zitiert: Bearbeiter, in: MüKo BGB].
- Stölzel, Adolf*: Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung, II. Bd., Berlin 1888 [zitiert: *Stölzel*, Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung, II. Bd.].
- Stürner, Rolf*: Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 18. Aufl., München 2021 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Jauernig BGB].
- Stürner, Rolf/Eidenmüller, Horst/Schoppmeyer, Heinrich*: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 1 (§§ 1-79 InsO), Band 2 (§§ 80-216 InsO), 4. Aufl., München 2019 [zitiert: *Bearbeiter*, in: MüKo InsO].
- Taras, Paul/Suchan, Florian*: SanInsFoG – Ein Überblick, NJW-Spezial 2021, S. 21-22.
- Teichmann, Klaus/Koehler, Jörg*: Aktiengesetz – Kommentar, 2. Aufl., Berlin 1939 [zitiert: *Teichmann/Koehler AktG*, 2. Aufl.].
- Tiedtke, Klaus /Peterek, Jörg*: Zu den Pflichten des organschaftlichen Vertreters einer Kapitalgesellschaft, trotz Insolvenzreife der Gesellschaft Sozialabgaben und Lohnsteuer abzuführen, GmbHR 2008, S. 617-626.
- Thole, Christoph*: Negative Feststellungsklagen, Insolvenztorpedos und EuInsVO, ZIP 2012, S. 605-613.
- Thole, Christoph*: Der Konflikt zwischen Steuerpflicht und Massesicherung in der vorläufigen Eigenverwaltung, DB 2015, S. 662-670.
- Thole, Christoph*: Die Geschäftsleiterhaftung im StaRUG und nach § 15b InsO n.F., BB 2021 S. 1347-1354.
- Thole, Christoph*: Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach dem COVID-19-Insolvenz-Aussetzugsgesetz und ihre weiteren Folgen, ZIP 2020, S. 650-660.
- Thole, Christoph/Brünckmans, Christian*: Die Haftung des Eigenverwalters und seiner Organe, ZIP 2013, S.1097-1107.
- Thole, Christoph*: Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, Anfechtung und verwandte Regelungsinstrumente in der Unternehmensinsolvenz, Tübingen 2010 [zitiert: *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht].
- Tiedtke, Klaus/Peterek, Jörg*: Zu den Pflichten des organschaftlichen Vertreters einer Kapitalgesellschaft, trotz Insolvenzreife der Gesellschaft Sozialabgaben und Lohnsteuer abzuführen, GmbHG 2008, 617-626.
- Thiessen, Jan*: Die Haftung von Geschäftsführern für Zahlungen nach Insolvenzreife – eine unendliche (Rechts-)Geschichte?, S. 75-111, in: Schröder, Rainer/Kanzleiter, Rainer, 3

- Jahre nach dem MoMiG, Bonn 2012 [zitiert: Thiessen, in: Schröder/Kanzleiter, 3 Jahre nach dem MoMiG].
- Uhlenbruck, Wilhelm*: Die Legitimation zur Geltendmachung von Neugläubigerschäden wegen Konkursverschleppung, ZIP 1994, S. 1153-1156.
- Uhlenbruck Insolvenzordnung → siehe unter *Hirte/Vallender*.
- Ulmer, Peter*: Hachenburg Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Kommentar, Band I (Allgemeine Einleitung, §§ 1-34 GmbHG), Band III (§§ 53-85 GmbHG), 8. Aufl., Berlin u.a. 1992, 1997 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Hachenburg GmbHG].
- Ulmer, Peter/Habersack, Mathias/Löbke, Marc*: GmbHG Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Großkommentar, Band II (§§ 29-52 GmbHG), Band III (§§ 53-88 GmbHG), 2. Aufl., Tübingen 2014, 2016 [zitiert: *Bearbeiter*, in: UHL GmbHG].
- Ulmer, Peter* : Von „TBB“ zu „Bremer Vulkan“ – Revolution oder Evolution?, ZIP 2001, S. 2021-2029.
- Vallender, Heinz*: Die Insolvenz von Scheinauslandsgesellschaften, ZGR 2006, S. 425-460.
- Verse, Dirk*: Organwalterhaftung und Gesetzesverstoß, ZHR (170) 2006, S. 398-421.
- Wachter, Thomas*: AktG Kommentar, 3. Auflage, München 2018 [zitiert: *Bearbeiter*, in: Wachter, AktG].
- Wagner, Gerhard*: Grundfragen der Insolvenzverschleppungshaftung nach der GmbH-Reform, in: *Bitter, Georg/Lutter, Marcus/Priester, Hans-Joachim/Schön, Wolfgang/Ulmer, Peter*, Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, Köln 2009, S.1665-1692 [zitiert: *Wagner*, in FS Karsten Schmidt, 2009,].
- Weber, Claus-Peter/Küting, Peter/Eichenlaub, Raphael*: Zweifelsfragen im Rahmen der Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen, GmbHR 2014, S. 1009-1018.
- Weimar, Robert*: Grundprobleme und offene Fragen um den faktischen GmbH-Geschäftsführer (I), GmbHR 1997, S. 473-480.
- Weller Marc-Phillipe/Schulz, Alix*: Die Anwendung des § 74 GmbHG auf Auslandsgesellschaften, IPrax 2014, 336-340.
- Wicke, Hartmut*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) Kommentar, 4. Aufl., München 2020 [zitiert: *Wicke*, GmbHG].
- Wilhelm, Jan*: Kapitalgesellschaftsrecht mit Grundzügen des Kapitalmarktrechts, 5. Auflage 2020 [zitiert: Wilhelm, Kapitalgesellschaftsrecht].
- Wilhelm, Jan*: Konkursantragspflicht des GmbH-Geschäftsführers und Quotenschaden, ZIP 1993, S. 1833-1837.
- Wilhelm, Jan*: Verbot der Zahlung, aber Strafdrohung bei Nichtzahlung gegen den Geschäftsführer einer insolvenzreifen GmbH?, ZIP 2007, 1781- 1786.
- Windel, Peter A.*: Zur persönlichen Haftung von Organträgern für Insolvenzverschleppungsschäden, KTS 1991, S. 477-520.
- Woedtke, Nicolas v.*: Geschäftsführer: Vorsicht (Haftungs-) Falle!, - Aktuelle Rechtsprechung zur Haftung von GmbH-Geschäftsführern nach § 64 S. 1 GmbHG, GmbHR 2016, S. 280-284.

- Wübbelsmann, Stephan*: Streitschrift gegen die Insolvenzverschleppungshaftung, GmbHR S. 1303-1306.
- Ziemons, Hildegard/Jäger, Carsten/Pöschke, Moritz*: Beck'scher Online Kommentar, 51. Edition, Stand 01.03.2022, [Bearbeiter in: BeckOK GmbHG, 51. Ed., Stand 01.03.2022].
- Zipperer, Helmut*: Die Insolvenz – historische, literarische und philosophische Aspekte des wirtschaftlichen Scheiterns, NJW 2016, S. 750-755.
- Zöllner, Wolfgang*: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1 (§§ 1-75 AktG), 2. Aufl., Köln u.a. 1988 [zitiert: *Bearbeiter*, in: KölnKomm AktG, 2. Aufl. 1988].
- Zöllner, Wolfgang/Noack, Ulrich*: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1 (§§ 1-75 AktG), 4. Aufl., Köln 2020, Band 2/2 (§§ 95-117 AktG), 3. Aufl., Köln 2012, Band 6 (§§ 15-22 AktG, §§ 291-328 AktG), 3. Aufl., Köln u.a. 2004 [zitiert: *Bearbeiter*, in: KölnKomm AktG].

Abkürzungsverzeichnis

aF	alte Fassung
a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AG	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift); Amtsgericht
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
Bd.	Band
BeckOGK	Beck-online Großkommentar
BeckOK	Beck'scher Onlinekommentar
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
bzgl.	bzgl.
bzw.	beziehungweise
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
DJT	Deutscher Juristentag

DK	Der Konzern
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
evtl.	eventuell
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
f. ff.	folgende; fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
Großkomm AktG	Großkommentar zum Aktiengesetz
HCL GmbHG	Habersack/Casper/Löbbe Kommentar zum GmbHG
HdB	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
HmbK-InsO	Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht
HK-InsO	Heidelberger Kommentar zum Insolvenzrecht
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
idF	in der Fassung
iErg	im Ergebnis
IHK	Industrie- und Handelskammer
InsO	Insolvenzordnung
iPrax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
iSd	im Sinne des/der
iSv	im Sinne von

iVm	in Verbindung mit
jew.	jeweils
JZ	Juristenzeitung
KapGesR	Kapitalgesellschaftsrecht
KG	Kammergericht; Komanditgesellschaft
KölnKomm	Kölner Kommentar
krit.	kritisch
LG	Landgericht
lit.	litera
Ls.	Leitsatz
MHdB	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
MHLS GmbHG	Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt GmbHG Kommentar
mwN	mit weiteren Nachweisen
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23. 10. 2008, BGBl. 2008 Nr. 48 vom 28.10.2008, S. 2026
MüKo	Münchener Kommentar
NBW	Neue Betriebswirtschaft (Zeitschrift)
NJW	Neue juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht
OLG	Oberlandesgericht
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
Rz.	Randzeichen
S.	Satz; Seite

SanInsFOG	Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts
StaRUG	Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz)
sog.	sogenannte
u.a.	unter anderem
UHL GmbHG	Ulmer/Habersack/Löbbe Kommentar zum GmbHG
vgl.	vergleiche
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerrecht
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift)
WPg	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
WuB	Entscheidungsanmerkungen zum Wirtschafts- und Bankrecht
z.B.	Zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung

Erklärung selbständiger Arbeit

Hiermit erkläre ich, dass ich die vorliegende Dissertation selbständig verfasst und keine anderen als die erlaubten Hilfsmittel benutzt habe.

Die Stellen der Dissertation, die anderen Quellen im Wortlaut oder dem Sinn nach entnommen wurden, sind durch Angaben der Herkunft kenntlich gemacht.

Ort und Datum

Unterschrift