

Weg mit den „Zahlungsverboten“ in Insolvenzverschleppungsfällen!

ZHR 175 (2011) 433–443

I. Wrongful Trading in deutscher Lesart

1. Ein paar Worte vorweg

Die wechselseitige Durchdringung von Insolvenzrecht und Gesellschaftsrecht wird mehr und mehr kompliziert¹, damit auch die wechselseitige Verständigung unter den Rechtsgebieten immer schwieriger. Wer die Überschrift über dem vorliegenden Editorial liest, wird spontan fragen: Soll hier für „Freie Fahrt für freie Insolvenzverschlepper“ plädiert, soll die Rechtswidrigkeit und Sanktionsbedürftigkeit dessen bestritten werden, was sec. 214 des *Insolvency Act* von 1986 als „*wrongful trading*“ bezeichnet? Natürlich nicht!

Insolvenzverschleppung ist eine scharfer Sanktionen bedürftige Verletzung elementarer Governanceregeln und elementarer Grundsätze des kapitalgesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes. Nicht ohne Grund erklärt das Gesetz diesen Tatbestand zum Kriminaldelikt (§ 15 a Abs. 4 und 5 InsO), und seine Schutzgesetzeigenschaft i. S. von § 823 Abs. 2 BGB sollte entgegen vereinzelt Stimmen² keinem Zweifel unterliegen³. Klarzustellen ist deshalb, dass das Recht die Leitungsorgane in Verschleppungsfällen hart anpackt. Daran wird hier auch nicht gerüttelt.

2. Das Schadensersatzmodell der Insolvenzverschleppungshaftung

Die Insolvenzverschleppung – aufgrund des Wortlauts von § 15 a Abs. 1 InsO überwiegend als ein Unterlassungsdelikt verstanden⁴ – ist ein Tätigkeitsdelikt: Die aus ihr resultierende Haftung ist die deutsche Antwort auf das Phä-

1 Vgl. das Editorial in ZHR 174 (2010) 243 ff. („Das Insolvenzrecht mischt sich ein“).

2 *Altmeppen* in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 64 Rdn. 26; *ders.*, ZIP 2001, 2201; *Altmeppen/Wilhelm*, NJW 1999, 673, 679.

3 Std. Rspr.; vgl. nur BGHZ 29, 100 = NJW 1959, 623; BGHZ 100, 19, 21 = NJW 1987, 2433; BGHZ 171, 46 = NJW-RR 2007, 759; umfassende Angaben bei *Altmeppen* in: Roth/Altmeppen, Vor § 64 Rdn. 122.

4 Vgl. nur *Richter* in: Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2011, § 84 Rdn. 6; *Tiedemann* in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2010, vor § 82 Rdn. 31.

nomen des „*wrongful trading*“⁵. Wer sich als Geschäftsführer oder Vorstand eines Verstoßes gegen § 15 a Abs. 1 InsO schuldig macht, schuldet – ggf. gesamtschuldnerisch – Ersatz des hierdurch entstehenden Gläubigerschadens⁶. Diesen Schaden können die geschädigten Gläubiger selbst liquidieren (sie werden es nur um der Insolvenzquote willen schwerlich tun!⁷), aber dies kann zugunsten aller Gläubiger auch die Gesellschaft tun (exemplarisch § 130 a Abs. 2 S. 1 HGB)⁸, im eröffneten Insolvenzverfahren sogar ausschließlich ihr Insolvenzverwalter (§ 92 InsO). So wird aus dem unattraktiven Ersatz bloßer Quotenschäden ein in der Summe wirkungsvolles Sanktionsinstrument: der Gesamtschadensersatz wegen Insolvenzverschleppung. Dieses Haftungssystem ist, anders als im Aktiengesetz und im GmbH-Gesetz, in moderneren, nicht auf das 19. Jahrhundert zurückzuführenden Insolvenzverschleppungsregeln, nämlich in § 130 a HGB und in §§ 15 a, 92 InsO, in aller Klarheit zum Ausdruck gebracht⁹:

- § 15 a InsO sagt: Insolvenzverschleppung ist verboten.
- § 130 a Abs. 1 HGB sagt: Bei der Kapitalgesellschaft & Co. sind Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen vorbehaltlich der Exkulpation nach Satz 2 ab Eintritt der materiellen Insolvenz verboten.
- § 130 a Abs. 2 S. 1 HGB sagt: Wer schuldhaft gegen diese Verbote verstößt, schuldet Schadensersatz, und diesen kann die Gesellschaft verlangen.
- § 92 InsO sagt: Im eröffneten Insolvenzverfahren steht diese Befugnis nur noch dem Insolvenzverwalter (und nicht mehr auch einzelnen Gläubigern nach § 823 Abs. 2 BGB) zu.

Es liegt auf der Hand, dass die Verfolgung dieser Rechte in der Praxis auf eine Schadensschätzung (§ 287 ZPO) hinauslaufen muss, denn weder die genaue Länge der Insolvenzverschleppungsperiode (wann genau trat Überschuldung i.S. von § 19 InsO ein?) noch das genaue Ausmaß des Gesamtgläubigerschadens (also des akkumulierten Quotenschadens sämtlicher Insolvenzgläubiger) kann zu irgendeinem Zeitpunkt präzise nachgewiesen werden. Das liegt in der Natur der Sache begründet. Es ist eben kein Wunder, dass die Haftung für *wrongful trading* nach sec. 214 *Insolvency Act* 1986 – was auf etwas ganz Ähn-

5 Karsten Schmidt in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2010, Anh. § 64 Rdn. 2.

6 Nach BGHZ 126, 181 = NJW 1994, 2220 gilt dies für Neugläubiger (negatives Interesse) wie für Altgläubiger (Quotenschaden).

7 Vgl. Gerd Müller, GmbHR 1994, 209, 212; ders., GmbHR 1996, 393, 397: „juristische Spielerei“.

8 Vgl. Karsten Schmidt in: Scholz, Anh. § 64 Rdn. 65; ders. in: MünchKommHGB, 3. Aufl. 2011, § 130 a Rdn. 20.

9 Näher Karsten Schmidt in: MünchKommHGB, 3. Aufl. 2011, § 130 a Rdn. 19, 39ff.

liches wie die Schadensschätzung hinausläuft¹⁰ – in das Ermessen des Gerichts gestellt ist (sec. 214 *Insolvency Act* 1986)¹¹.

So weit, so gut. Aber die Realität sieht zurzeit anders aus.

II. Die Prozesswirklichkeit

1. Klagen auf Erstattung „verbotener Zahlungen“

Seitdem das Urteil BGHZ 138, 211 = NJW 1998, 2667 Insolvenzverwalterklagen auf der Basis von § 92 InsO *de facto* unmöglich gemacht hat (dazu unter IV 2), unterziehen sich die Verwalter nicht mehr der lästigen Aufgabe, schlüssige Klagen aus § 823 Abs. 2 BGB, §§ 15 a, 92 InsO auszuarbeiten, sondern sie klagen, ohne das Wort „Schaden“ auch nur zu erwähnen oder einen Verschleppungsschaden gar darlegen zu müssen, gegen die Leitungsorgane auf Erstattung „verbotener Zahlungen“ nach § 64 S. 1 GmbHG resp. § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG. Das hört sich schwierig an, ist aber ganz einfach und sieht etwa so aus: Der klagende Insolvenzverwalter trägt zur Begrenzung seines Prozessrisikos einen nicht zu weit zurückliegenden, auf die vermutete Leistungsfähigkeit des Beklagten zugeschnittenen Überschuldungszeitpunkt vor („nachweislich überschuldet spätestens seit ...“) und addiert unter Abzug von Steuer- und Sozialversicherungszahlungen (§ 69 AO, § 266 a StGB)¹² alle seither auf dem (wie man sich denken kann: debitorischen) Girokonto der Gesellschaft ausgewiesenen Gutschriften zu einer Klagforderung. Diese Gutschriften mögen auf der Einzahlung von Tagesgewinnen (auch Scheckeinreichung)¹³, auf Einziehungsermächtigungen im Lastschriftverfahren¹⁴ oder schlicht auf Überweisungen von Rechnungsbeträgen durch Kunden¹⁵ beruhen, sie sind doch nach der Rechtsprechung allesamt „verbotene Zahlungen“ an die Bank als Gesellschaftsgläubigerin. Diese Beträge türmen sich im Nu zu Summen auf, die sich von dem vom Beklagten verursachten Insolvenzverschleppungsschaden immer weiter entfernen und bald jenseits der Leistungsfähigkeit des Beklagten liegen¹⁶. Um sich eine Vorstellung von den hier in Rede stehenden

10 In dieser Richtung *Kalss/Adensamer/Oelkers* in: Lutter (Hrsg.), *Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa*, 2006, S. 134, 147; siehe auch *Karsten Schmidt*, ebd., S. 188, 202; vgl. über verbleibende Unterschiede *Habersack/Verse*, ZHR 168 (2004) 174, 179; *Steffek*, Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft, 2011, S. 515 ff.

11 Sec. 214 (1): „*liable to make such contribution ... to the company's assets as the court thinks proper*“.

12 Selbst hiergegen *Altmeyden*, FS Goette, 2011, S. 1 ff.

13 BGHZ 143, 184 = NJW 2000, 668.

14 BGH ZIP 2007, 1006.

15 BGH ZIP 2007, 1006; OLG Oldenburg ZIP 2004, 1315.

16 *Karsten Schmidt* in: K. Schmidt/Uhlenbruck, *Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz*, 4. Aufl. 2009, Rdn. 11.37 f.

Dimensionen zu machen¹⁷, sehe man sich den „Doberlug“-Fall vom 20. September 2010 an, in dem fünf Aufsichtsratsmitglieder einer kleinstädtischen Stadtwerke-GmbH gesamtschuldnerisch auf Erstattung von 0,9 Mio. € „verbotener Zahlungen“ verklagt worden waren¹⁸. Wer sich Gleiches bei einer um ihr Überlegen kämpfenden Aktiengesellschaft vorstellt, wird die Haftungsbeiträge erahnen, um die es hier geht. Für die Kahlpfändung der Leitungsorgane genügen sie allemal, selbst wenn der Verwalter mit dem Vortrag über den Beginn der Überschuldung überaus vorsichtig zu Werke gegangen ist. Und es wird die Beklagten nicht trösten, wenn ihnen der BGH eingedenk eines „Verbots der Massebereicherung“ Zug um Zug gegen Zahlung der Klagsumme die Abtretung etwa begründeter Ansprüche gegen die Zahlungsempfänger und den Vorbehalt eines Verfolgungsrechts gegen die Insolvenzmasse anbietet¹⁹. Denn die ungewisse Aussicht auf späteren Regress ändert nichts daran, dass der Geschäftsführer oder Vorstand in Höhe aller „verbotenen Zahlungen“ Vorkasse in die Masse leisten muss. Aus dem zur Kompensation der Zahlung herangezogenen Verbot der Massebereicherung spricht denn auch das unfreiwillige Eingeständnis, dass in der Erstattung „verbotener Zahlungen“ ein Zuviel steckt: eine Barbevorschussung der Masse weit über den Verschleppungsschaden hinaus.

2. Die „Zahlungsverbote“ als Basis

Wie konnte es dazu kommen? Ganz einfach: Die Inanspruchnahme auf Schadensersatz wegen Insolvenzverschleppung (oben unter I 2) ist schlicht aus der Mode gekommen, seit die Insolvenzverwalter die „Haftung wegen verbotener Zahlungen“ (§ 64 S. 1 GmbHG, §§ 92 Abs. 2, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG) nach hundertjährigem Dornröschenschlaf zum Leben erweckt haben²⁰. Gerichtet auf schlichte Erstattung geleisteter Zahlungen sind dies in den Augen des BGH „Ansprüche eigener Art“, nicht Schadensersatzansprüche²¹, und selbst der doch ganz anders lautende § 130a Abs. 2 HGB („Ersatz des ... entstehenden Schadens“) ist vom Bundesgerichtshof in diesem Sinne

17 Vgl. auch das Supermarktbeispiel des *Verf.* in GmbHR 2007, 1072, 1079.

18 BGHZ 187, 60 = JZ 2010, 1188 m. Anm. *Habersack* = NJW 2011, 221 = ZIP 2010, 1988 = EWiR 2010, 713 (zust. *Eb. Vetter*) = WuB C § 52 GmbHG 1.11 (abl. *Cahn*); dazu eingehend *Thiessen*, ZGR 2011, 275 ff.

19 BGH ZIP 2005, 1550; OLG Schleswig, ZIP 2003, 856; eingehend *Haas* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 64 Rdn. 88.

20 Dazu *Karsten Schmidt*, ZIP 2009, 1551, 1553.

21 BGHZ 146, 264, 278 = ZIP 2001, 235, 239; BGH, NJW-RR 2007, 1490, 1491; 2008, 1066, 1067; *Haas* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 34. Aufl. 2010, § 64 Rdn. 7; h. M.; zusammenfassend *Steffek*, Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft, 2011, S. 448f.; *Schürnbrand*, NZG 2010, 1207, 1209.

umgedeutet worden²². Die Rechtsfolgen sind, wie schon angedeutet, dramatisch: Weder kann das haftende Organ den Insolvenzverwalter auf mögliche Rückforderungsansprüche gegen die Zahlungsempfänger verweisen²³, noch nützen ihm die Behauptung und das Beweisangebot, der in der Verschleppungsphase entstandene Gesamtgläubigerschaden sei unvergleichlich geringer als die eingeklagte Summe. Gegen diesen angeblichen „Anspruch eigener Art“ ist buchstäblich kein Kraut gewachsen. Der MoMiG-Gesetzgeber hat noch ein Übriges getan. Indem er das Insolvenzverschleppungsverbot (vormals § 64 Abs. 1 GmbHG a.F., jetzt § 15 a InsO) redaktionell vom Zahlungsverbot (vormals § 64 Abs. 2 GmbHG a.F., jetzt § 64 S. 1 GmbHG) getrennt und damit die vermeintlich vollständige Unterschiedlichkeit der Haftungsgrundlagen noch unterstrichen hat, bestärkt er die herrschende Auffassung in der elementaren Verschiedenheit der Ansprüche wegen „verbotener Zahlungen“ und der Schadensersatzhaftung wegen Insolvenzverschleppung. Der BGH hat jedenfalls alle Versuche, die Haftung in das Schadensersatzrecht zu integrieren²⁴, hartnäckig zurückgewiesen²⁵.

3. Ausdehnung auf Aufsichtsräte und Vereinsvorstände?

Nun mag sich, wer die „Zahlungsverbote“ mit dem Bundesgerichtshof beim Wort nimmt, mit dem Gedanken zufrieden geben, wer das Insolvenzverfahren verschleppe und sich sogar strafbar mache, dem geschehe mit der Verhängung zivilistischer Höchststrafen kein Unrecht. Abgesehen davon aber, dass es in der Gesellschaftskrise gar nicht so einfach ist, dem *ex post* drohenden Vorwurf fahrlässiger Verschleppung zuverlässig zu entgehen, bleibt das Haftungsregime der „Zahlungsverbote“ hier nicht stehen. Wie wir dem *Doberlug*-Urteil vom 20. September 2010 entnehmen können, haftet, wenn er sich nicht exkulpieren kann, auch der gesetzliche Aufsichtsrat einer AG (§§ 116, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG) oder GmbH (§ 25 MitbestG, §§ 116, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG) auf Rückerstattung der von der Geschäftsleitung vorgenommenen

22 BGH, ZIP 2007, 1006 und 1501; zust. etwa Baumbach/*Hopt*, HGB, 34. Aufl. 2010, § 130a Rdn. 11a; Staub/*Habersack*, HGB, 5. Aufl. 2009, § 130a Rdn. 35; wie der BGH bereits OLG Schleswig, ZIP 2005, 2211; *Haas*, NZG 2004, 737, 743.

23 BGHZ 131, 325 = GmbHR 1996, 221.

24 Vgl. mit unterschiedlichem dogmatischen Ansatz *Altmeyden*, ZIP 2001, 2201, 2205 ff.; *Altmeyden/Wilhelm*, NJW 1999, 673, 678 ff.; *Bitter*, WM 2001, 666, 668 ff.; *Karsten Schmidt* in: K. Schmidt/Uhlenbruck (Fn. 16), Rdn. 11.27; *ders.* in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2010, § 64 Rdn. 8 ff.; umfassend *ders.*, ZHR 168 (2004) 637, 650 ff.; *ders.*, ZIP 2009, 1551; zögernd *Casper* in: Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), GroßkommGmbHG, 2008, § 64 Rdn. 79 ff.

25 Zusammenfassend BGHZ 187, 60 (*Doberlug*) = JZ 2010, 118 m. zust. Anm. *Habersack* = NJW 2011, 221, 222 = ZIP 2010, 1488, Rdn. 14 = EWiR 2010, 713 (zust. *Eb. Vetter*) = WuB II C § 52 GmbHG 1.11 (abl. *Cahn*).

„verbotenen Zahlungen“²⁶. Nur den fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH – es ging, wie bemerkt, um die Stadtwerke einer Kleinstadt und um die Haftung von Kommunalpolitikern als Aufsichtsräten – hat das Urteil mit einer höchst angreifbaren Begründung²⁷ vor diesem Haftungsdebakel bewahrt²⁸. Entgegen Stimmen, die eine vermeintliche Bevorzugung fakultativer Aufsichtsräte nicht akzeptieren²⁹, überzeugt das Ergebnis, dies aber nur deshalb, weil der BGH einen Grund gefunden hat, die unbarmherzige, für den verursachten Gläubigerschaden blinde Haftung auf Ersatz aller „verbotenen Zahlungen“ zu vermeiden. Entgegen namhaften Literaturstimmen³⁰ sind auch Vorstandsmitglieder eines Vereins vor der schematischen Haftung in Höhe „verbotener Zahlungen“ bewahrt geblieben. Der BGH hat durch Urteil vom 8. Februar 2010 eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Haftung für „verbotene Zahlungen“ mangels planwidriger Regelungslücke verneint³¹. Neben technisch-dogmatischen Gründen hat er darauf hingewiesen, ein Zahlungsverbot und die damit verbundene Haftung für verbotene Zahlungen passe „ohnehin schwerlich zur Struktur eines Vereins, der anders als GmbH oder AG keine Kapitalschutzregeln kennt“. Das ändert, wohlgemerkt, nichts daran, dass auch der Vereinsvorstand für Insolvenzverschleppungsschäden haftet (§ 42 Abs. 2 S. 2 BGB), und damit geschieht ihm, wenn der Vorwurf begründet ist, durchaus recht. Hier wie bei der Aufsichtsratshaftung³² gibt es aber Stimmen, die mehr, nämlich die Haftung für verbotene Zahlungen fordern und das vermeintliche Haftungsprivileg ablehnen³³. Das hier – nicht zum ersten Mal – vorgetragene Plädoyer lautet umgekehrt: Eine Haftung des Vorstands für alle „verbotenen Zahlungen“ statt für Insolvenzverschleppungsschäden wäre ein Haftungs-Übermaß, und der Grund liegt eben nicht darin, dass der Verein keine Handelsgesellschaft ist. Er liegt in der Begrenzung auf das, was den Gläubigern *per saldo* genommen wurde.

26 BGHZ 187, 60 (*Doberlug*) = JZ 2010, 1188 m. zust. Anm. *Habersack* = NJW 2011, 221, 222 = ZIP 2010, 1988, 1989 = EWiR 2010, 713 (zust. *Eb. Vetter*) = WuB II C § 52 GmbHR 1.11 (abl. *Cahn*).

27 Krit. *Altmeppen*, ZIP 2010, 1973, 1974; *Karsten Schmidt*, GmbHR 2010, 1319, 1325.

28 Zust. allerdings *Habersack*, JZ 2010, 1191 ff.; *Noack*, FS Goette, 2011, S. 345 ff.; *Weller*, GWR 2010, 541 ff.

29 Vgl. etwa *Schürnbrand*, NZG 2010, 1207 ff.; *Cahn*, WuB II C § 52 GmbHG 1. 11.

30 Zusammenfassend *Reuter*, NZG 2010, 808.

31 BGH NJW-RR 2010, 1047; ebenso bereits OLG Hamburg, NZG 2009, 1036.

32 *Schürnbrand*, NZG 2010, 1207 ff.; *Cahn*, WuB II C § 52 GmbHG 1. 11.

33 Vgl. Fn. 30.

III. Webfehler der „Haftung für verbotene Zahlungen“

1. Der „Anspruch eigener Art“: ein wirklich „eigenartiger“ Anspruch

Die Haftung für verbotene Zahlungen geht auf Art. 241 des ADHGB von 1870 und Art. 241 Abs. 3 S. 2 ADHGB 1884 zurück³⁴. Es ist richtig, dass die Gesetzesbegründungen damals davon ausgingen, dass die Haftung einen „besonderen Schadensnachweis“ nicht voraussetzt³⁵. Man stellte sich eben – die Betriebswirtschaftslehre war noch nicht erfunden – die „verbotene Zahlung“ als einen Einzelakt und ihr Resultat als ein bleibendes Loch im haftenden Gesellschaftsvermögen vor, und obendrein fehlte es für Gesetzesverletzungen nach Art der Insolvenzverschleppung noch an der Schadensersatznorm unseres § 823 Abs. 2 BGB³⁶! Die Normsituation war mit anderen Worten eine andere.

Heute meint der Bundesgerichtshof, es handle sich um einen Schaden zwar nicht der Gesellschaft, wohl aber der Insolvenzgläubiger, denn die verbotenen Zahlungen verminderten die Insolvenzmasse im nachfolgenden Insolvenzverfahren und damit die den Gläubigern zukommende Insolvenzquote³⁷. Dieser Gläubigerschaden werde durch die Haftung wegen verbotener Zahlungen wie ein Schaden der Gesellschaft behandelt³⁸, und genau hieraus resultiere der der Gesellschaft nach § 64 S. 1 GmbHG bzw. nach § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG zustehende „Ersatzanspruch eigener Art“³⁹. Besser als mit dieser Begründung lässt sich der Webfehler der im Aktiengesetz und im GmbH-Gesetz verankerten Haftungsnormen schwerlich erklären. Dass die Haftungsnormen einen Gläubigerschaden, der in dieser Höhe gar nicht zu existieren braucht, wie einen Gesellschaftsschaden behandeln und die Verantwortlichen deshalb diesen Nicht-Schaden durch Erstattungszahlung zu begleichen zwingen, ist eine schwer verständliche Überlegung. Auch der Gläubigerschaden entsteht eben in Insolvenzverschleppungsfällen nicht durch einzelne Zahlungen, sondern durch unerlaubte Fortsetzung des operativen Geschäfts. Er kann nur perio-

34 Dazu näher BGHZ 187, 60 (*Doberlug*) = NJW 2011, 221, 223 = ZIP 2010, 1988, 1989 = EWIR 2010, 713 (*Eb. Vetter*) = WuB II C § 52 GmbHG 1. 1. (*Cahn*).

35 Vgl. Begr. Entwurf 1884, in: Hommelhoff/Schubert (Hrsg.), Hundert Jahre modernes Aktienrecht, 1985, S. 463; für den Aufsichtsrat Denkschrift in: Schubert/Schmiedel/Krampe (Hrsg.), Quellen zum Handelsgesetzbuch, Bd. II/1, 1988, S. 127.

36 Vgl. zu deren Einforderung eingehend *Schmiedel*, Deliktsobligationen nach deutschem Kartellrecht, Bd. I, 1974, S. 12 ff.

37 BGH 187, 60 (*Doberlug*) = JZ 2008, 1188, 1189 m. Anm. *Habersack* = NJW 2011, 221, 222 = ZIP 2010, 1988, 1989 = EWIR 2010, 713 (*Eb. Vetter*) = WuB II C § 52 GmbHG 1.1. (*Cahn*).

38 BGHZ 187, 60 (*Doberlug*) = JZ 2008, 1188, 1189 m. Anm. *Habersack* = NJW 2011, 221, 222 = ZIP 2010, 1988, 1989 = EWIR 2010, 713 (*Eb. Vetter*) = WuB II C § 52 GmbHG 1.1. (*Cahn*).

39 Ebd.

disch festgestellt werden, wächst in den meisten Fällen auch periodisch, wächst vor allem durch Zahlungen, aber er wächst nicht mit jeder einzelnen Zahlung um deren Betrag.

2. Einzelgegenständliche Betrachtungsweise

Der Hauptfehler der aus den „Zahlungsverboten“ abgeleiteten Rückerstattungspflichten liegt in der ihnen zugrundeliegenden einzelgegenständlichen Betrachtungsweise⁴⁰. Nicht ein dem Haftenden zuzurechnender Schaden soll ersetzt, sondern bestimmte Transaktionen sollen durch Erstattung korrigiert werden. Von einer solchen Betrachtungsweise geht das Gesetz naheliegenderweise und berechtigtermaßen aus, wo es Rückforderungsansprüche gegen Leistungsempfänger regelt (z. B. nach §§ 812 ff. BGB oder aufgrund Insolvenzanfechtung nach §§ 129 ff. InsO), und schon hier wird der Ansatz nicht selten durch Gesamtbetrachtungen korrigiert⁴¹. Für auszugleichende Vermögensschädigungen – und das gilt vollends für ein Dauerdelikt wie die Insolvenzverschleppung⁴² – eignet sich dieser Ansatz nicht. Wenn etwa der BGH alle Eingänge auf einem debitorischen Bankkonto als „verbotene Zahlungen“ bewertet⁴³, dagegen eine Überweisung vom überzogenen Bankkonto, weil nicht masseschmälernd, als haftungsrechtlich irrelevant betrachtet⁴⁴, dann ist dies nur einer von vielen Beweisen für die Konzeptlosigkeit dieses einzelgegenständlichen Haftungsmodells. Dem Geschäftsführer die Eingänge als „Zahlungen“ anzulasten, nicht aber die von ihm veranlasste Zahlung, hat auch wenig mit dem gebotenen *common sense* zu tun. Wer wirtschaftlich denkt, wird jede Kontobewegung nur als ein Element der Gesamtschadensentwicklung betrachten und auf Ausgleich dieses Gesamtschadens, nicht einer Summe einzelner Zahlungen sinnen. Zu solcher Betrachtung gilt es zurückzufinden – sei es durch Rechtsprechungsänderung⁴⁵, sei es durch ein Machtwort des Gesetzgebers⁴⁶.

3. Private enforcement: Ein Wert an sich?

Im Grunde geht es jedoch um ein Problem von Gerechtigkeit und Verhältnismäßigkeit. Wer durch verbotenes Tun oder Unterlassen Schäden verursacht, schuldet deren Ersatz. Wer eine Gesellschaft in die Insolvenz führt,

40 Charakteristisch Bork in: Bork/Schäfer (Hrsg.), GmbHG, 2010, § 64 Rdn. 27; Staub/Habersack, § 130 a Rdn. 25 a. E.

41 Vgl. für §§ 812 ff. BGB Schwab in: MünchKommBGB, 5. Aufl. 2009, § 818 Rdn. 209 ff.; für §§ 143 f. InsO Henckel in: Henckel/Gerhardt (Hrsg.), Jaeger, InsO, 2008, § 144 Rdn. 27.

42 Vgl. Altmeyden, ZIP 2001, 2201, 2205: „*versari in re illicita*“.

43 Vgl. Fn. 13, 14, 15.

44 BGH, ZIP 2007, 1006; BGH, NJW 2009, 1598, 1599 = ZIP 2009, 956; dazu kritisch Karsten Schmidt, ZIP 2008, 1401 („Ist Geben seliger denn Nehmen?“).

45 Der Verfasser plädiert nach wie vor für ein schadensersatzrechtliches Verständnis der „Zahlungsverbote“ auch ohne Gesetzesänderung.

46 Vgl. auch Karsten Schmidt, ZIP 2008, 1551.

kann sogar verpflichtet sein, durch einen Insolvenzkostenvorschuss die Verfahrenseröffnung möglich zu machen (§ 26 Abs. 4 E-InsO i.d.F. des ESUG)⁴⁷, also auf seine Kosten die Voraussetzungen für die eigene Inanspruchnahme durch einen Insolvenzverwalter zu schaffen (§ 92 InsO). Zu Bereicherungen der Masse über den Ersatz des angerichteten Schadens hinaus darf die Inanspruchnahme aber nicht führen, auch nicht im Weg der „Erstattung verbotener Zahlungen“⁴⁸. Es mag zwar sein, dass der gegenwärtige Rückgang der masselos scheiternden Insolvenzverfahren⁴⁹ ein Resultat dieser drakonischen Rechtsprechung und insofern ein Triumph des „*private enforcement*“ ist. Man mag sich fragen, ob wir hier als Spielverderber gegen den Strom schwimmen sollen. Indes: Auch wenn die Zeichen im Haftungsrecht auf Prävention und Sanktion, nicht mehr bloß auf Kompensation stehen⁵⁰, gilt doch für privatrechtliche Sanktionen – wenn schon nicht als Verfassungsgebot, so doch als rechtspolitische Vernunftregel – ein Gebot der Verhältnismäßigkeit⁵¹. Von diesem Schutzschild sind auch Unternehmensleiter und Aufsichtsrat, die sich auf dem schwierigen Gelände von Fortführung, Liquidation und Insolvenzantrag einer Verfehlung schuldig machen, nicht ausgenommen. Ein Haftungsumfang, der selbst nach der Einschätzung seiner Apologeten außer Verhältnis zum verursachten Insolvenzverschleppungsschaden steht, ist rechtspolitisch nicht hinnehmbar.

IV. Was tun?

1. Weg mit den „Zahlungsverboten“!

Der erste Aufruf geht dahin, die Regelungen über die „Erstattung verbotener Zahlungen“ in § 64 S. 1 GmbHG und § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG einfach zu streichen bzw. diese Gesetze dem § 130a Abs. 2 HGB anzupassen. Niemand

47 § 26 Abs. 4 E-InsO ESUG: „Zur Leistung eines Vorschusses nach Abs. 1 Satz 2 ist jede Person verpflichtet, die entgegen der Vorschriften des Insolvenz- oder Gesellschaftsrechts pflichtwidrig und schuldhaft keinen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt hat. Ist streitig, ob die Person pflichtwidrig und schuldhaft gehandelt hat, so trifft sie die Beweislast. Die Zahlung des Vorschusses kann der vorläufige Insolvenzverwalter sowie jede Person verlangen, die einen begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner hat.“

48 Der BGH sucht dies zu vermeiden, indem dem zahlenden Geschäftsführer etwaige Rückzahlungsansprüche gegen Empfänger Zug um Zug abgetreten werden (vgl. Fn. 18). Ob dies die rechte Erquickung nach einer Kahlpfändung ist, wird hier bezweifelt.

49 Angaben bei *Karsten Schmidt*, NJW 2011, 1255, 1259.

50 Vgl. nur *Ott/Schäfer*, JZ 1990, 563, 566 ff.; *Körner*, NJW 2000, 241 ff.; *Rosengarten*, NJW 1996, 1935 ff.

51 Vgl. BGHZ 118, 312, 343 = NJW 1992, 3096, 3104; *Bieder*, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranke privater Rechtsausübung, 2007, S. 229 ff.; weitergehend *Canaris*, JZ 1987, 993, 1001 ff.

wird bestreiten, dass der Geschäftsführer oder Vorstand unerlaubt handelt, wenn er trotz Überschuldung noch Zahlungen vornimmt. Eine die Insolvenzverschleppung begleitende Schadensvergrößerung kann so wenig erlaubt sein wie die schadensbegründende Insolvenzverschleppung selbst. Es lässt sich sogar über eine Schadensvermutung in Höhe vorgenommener Zahlungen – also über eine diesbezügliche Beweislastumkehr zu Lasten der haftenden Personen – reden⁵². Der „Schadensersatzanspruch eigener Art“ aber bezieht seine vermeintliche Berechtigung allein aus seiner drakonischen Härte. Er ist unverhältnismäßig, rechtstechnisch unplausibel und in den Rechtsfolgen nicht beherrschbar, ... eben schlicht gar zu „eigenartig“! Er ist das krude Produkt von Rechtsregeln, die im 19. Jahrhundert zeitgemäß scheinen mochten, aber durch § 823 Abs. 2 BGB überholt sind, ... seit 111 Jahren!

2. Wiedereinsetzung des § 92 InsO in den vorigen Stand

a) Den Verzicht auf die „Zahlungsverbote“ – genauer: auf die Erstattungsverbote – können wir uns allerdings nur leisten, wenn für ein hinreichend effektives Schadensersatzregime gesorgt wird. Einem „faktischen Ausschluss jeglicher Haftung“⁵³ wird niemand das Wort reden. Damit fällt der Blick auf § 92 InsO. Nach dieser Vorschrift, die eigens für Fälle wie diese geschaffen worden ist⁵⁴, wird ein Gesamtgläubigerschaden – das ist in Verschleppungsfällen die für alle Insolvenzgläubiger akkumulierte Quotendifferenz – ausschließlich vom Insolvenzverwalter geltend gemacht (Einzelgläubiger klagen den „Quotenschaden“, wie schon bemerkt, nicht ein). Diese nützliche Bestimmung hat aber der BGH in seinem Urteil BGHZ 138, 211 = NJW 1998, 2667 inoperabel gemacht, indem er nur den „Altgläubigern“ (aus der Zeit vor der Verschleppungsphase⁵⁵) diesen Quotenersatz zugesprochen, den „Neugläubigern“ also die Teilnahme am Gesamtschadensersatz aberkannt hat⁵⁶. Die genaue Unterscheidung der „Altgläubiger“ von den „Neugläubigern“ (die eine präzise Festlegung des Überschuldungszeitpunkts *ex post* voraussetzen würde) ist aber dem Insolvenzverwalter überhaupt nicht möglich und wäre ihm nicht einmal zumutbar (er müsste ja der Versammlung erklären, dass er für die einen [für welche?] klagt und nicht für die anderen). Deshalb ist § 92 InsO seither totes Recht, ... und siehe: Parallel zu dieser Demontage als Brücke zur insolvenzrechtlichen Haftungsabwicklung begann die geschilderte Karriere der „Zahlungsverbote“ nach hundertjährigem Dornröschenschlaf.

52 Für ein solches Verständnis *de lege lata* Karsten Schmidt in: Scholz (Fn. 24), § 64 Rdn. 51.

53 So versteht Schürnbrand, NZG 2010, 1207, 1212 die Nichthaftung für „verbotene Zahlungen“ (z. B. beim fakultativen Aufsichtsrat).

54 BegrRegE InsO in: Balz/Landfermann (Hrsg.), Die neuen Insolvenzgesetze, 1995, S. 173 f. (Begr. RegE InsO § 103).

55 BGHZ 29, 100, 102 ff. = NJW 1959, 623, 624; BGHZ 126, 181, 192 = NJW 1994, 2200, 2222; BGHZ 171, 46, 51 = ZIP 2007, 676, 678.

56 Zust. z. B. Haas in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 64 Rdn. 141.

b) Diese Entwicklung muss zurückgedreht werden: Als Vorbild diene das unter I. 2. dargestellte Schadensersatzmodell. Insolvenzverwalter sollen nach § 92 InsO einen Gesamt-Verschleppungsschaden zugunsten aller Insolvenzgläubiger einklagen⁵⁷. Der Ertrag kommt, wie nach der *wrongful trading*-Regel, der Insolvenzmasse und damit allen Gläubigern zugute, nicht bloß den Altgläubigern. Wer mit der Quotendifferenz nicht zufrieden ist und als individuell betrogener „Neugläubiger“ vollen Schadensersatz (also das negative Interesse) verlangt, mag auf eigene Faust außerhalb des § 92 InsO überschießende Individualschäden geltend machen. Dies wird allerdings, weil ihm der Verwalter zuvorkommen kann, ein riskantes Unterfangen sein. Der Insolvenzverwalter dagegen klagt den Gesamtschaden „der Insolvenzgläubiger“ (Wortlaut § 92 InsO) ein, ohne sich darum zu kümmern, welche als Alt- und welche als Neugläubiger zu gelten haben. Unter diesem gesetzlichen Haftungsregime wird niemand behaupten, dass Insolvenzverschlepper mit Samthandschuhen angefasst werden, nur weil sie dem Würgegriff der sog. „Zahlungsverbote“ entgehen.

3. Was wird aus dem Verbot insolvenzauslösender Zahlungen?

Nicht die Rede war hier von der durch das MoMiG neu geschaffenen Haftung der Leitungsorgane für an Gesellschafter geleistete Zahlungen, die „zur Zahlungsunfähigkeit führen mussten“ (§ 64 S. 3 GmbHG, § 92 Abs. 2 AktG, § 130a Abs. 1 S. 3 HGB). Diese ungeschickt an die hier kritisierten Vorschriften angehängten Haftungsregeln haben den Namen „Zahlungsverbote“ verdient. Ihre Hauptwirkung besteht in einem von den Organen auszuübenden Leistungsverweigerungsrecht der um ihr Leben kämpfenden Gesellschaft⁵⁸, z. B. gegenüber der Rückforderung von Gesellschafterdarlehen⁵⁹. Im Übrigen steht ihre Erprobung und Bewährung noch aus. Eines aber steht fest: Diese Verbote haben mit den oben besprochenen „Zahlungsverboten“, die nur die Schadensmehring bei verbotener Insolvenzverschleppung betreffen, nicht viel zu tun⁶⁰, und vor allem: Die auf vorgenommene Zahlungen begrenzte Haftung für schuldhafte Insolvenzverursachung bewirkt kein Haftungsübermaß. Sie bleibt i. d. R. sogar hinter dem Insolvenzverursachungsschaden zurück⁶¹. Ob sie viel bewirken wird, ist zweifelhaft. Aber als ein den Kapitalschutz in der Krise stärkendes Experiment des Gesetzgebers hat sie eine Bewährungsfrist verdient.

Karsten Schmidt

57 Karsten Schmidt, NZI 1998, 9, 11 ff.; ders., ZHR 168 (2004) 637, 664; Kompromissvorschlag bei Hirte in: Uhlenbruck (Hrsg.), InsO, 13. Aufl. 2010, § 92 Rdn. 13.

58 Ein solches wird in schwer begreiflicher Weise vereinzelt verneint von OLG München, BB 2010, 1880.

59 Zur Anwendung des § 64 S. 3 GmbHG auf Gesellschafterdarlehen vgl. BegrRegE MoMiG, BT-Drs. 16/6140, S. 42.

60 Casper in: Ulmer/Habersack/Winter (Fn. 24), § 64 Rdn. 102 m. w. N.

61 Vgl. Karsten Schmidt in: Scholz (Fn. 24), § 64 Rdn. 19.