

Umfang der (Innen-)Haftung bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters im deutsch-österreichischen Rechtsvergleich¹

Universitätsprofessor MMag. Dr. Martin Trenker

- I. Einleitung
- II. Entwicklung der Innenhaftung wegen Insolvenzverschleppung
 - 1. Ausgangspunkt Deutschland
 - 2. Zwischenzeitlich in Österreich
 - 3. Zurück nach Deutschland
- III. Rechtspolitische Bewertung der Begrenzung durch den Gesamtschaden
 - 1. Problem der Einzelbetrachtung
 - 2. Kurieren am Symptom: Tatbestandsimmanente Begrenzung der Anspruchshöhe
 - 3. Zwischenfazit
- IV. Berechnung des Gläubigerschadens als Haftungsobergrenze
 - 1. Fragestellung
 - 2. Meinungsstand
 - 3. Berechnung und Analyse unterschiedlicher Schadenspositionen
 - 4. Eigene Ansicht
 - a) Quotenschaden versus Vermögensverlust der Gesellschaft
 - b) Quotenschaden versus Masseabfluss
 - c) Zwischenergebnis: Maßgeblichkeit des Quotenschadens als Ausdruck der Verringerung der Befriedigungsaussichten der Gläubiger
 - d) Verhältnis zur Befugnis des Insolvenzverwalters zur Geltendmachung der Quotenschäden der Gläubiger
 - e) Berechenbarkeit des Quotenschadens?
 - f) Zusätzliche Alternative: Entlastung durch Gesamtbetrachtung »kleinerer Recheneinheiten«?
- V. Ersatzfähigkeit des Gesellschaftsschadens (Betriebsverlusts?)
 - 1. Problemaufriss und Meinungsstand
 - 2. Dogmatische Grundlage
 - 3. Vergrößerung der Überschuldung als Gesellschaftsschaden? – Verhältnis zum Gläubigerschaden
 - 4. Fazit
- VI. Zusammenfassung in Thesen

I. Einleitung

Die Frage nach dem Ausmaß der Insolvenzverschleppungshaftung des Geschäftsleiters gegenüber der Insolvenzmasse bzw. dem Insolvenzverwalter in Gestalt des Zahlungsverbots nach Insolvenzureife beschäftigt die deutsche Praxis und Rechtswissenschaft seit einem Urteil des BGH² aus 1999 wie kaum ein anderes Thema (unten II.1.).³ Inspiriert durch die deutsche Diskussion hat auch der OGH in Österreich 2017 eine Grundsatzentscheidung zum Haftungsumfang gefällt, in welcher er sich gerade nicht der Lösung

1 Der vorliegende Beitrag stellt eine erweiterte und um Nachweise ergänzte Fassung jenes Vortrags dar, den der *Verfasser* am 30.09.2022 bei der KTS-Jahrestagung in Wien gehalten hat.

2 BGH II ZR 273/98 NJW 2000, 668.

3 Instruktiv dazu Scholz-*Bitter*, GmbH-Gesetz, 12. Aufl. (2021) § 64 Rn. 37 ff., 101 ff.; Münch-Komm-GmbHG-*H.-F. Müller*, 4. Aufl. (2022) § 64 Rn. 159 ff.; BeckOK-InsR-*Wolfer*, 29. Ed. (2022) § 15b Rn. 27 ff.; vgl. allgemein jüngst zur Bedeutung des »Phänomens« der Insolvenzverschleppung *Gehrlein*, Das Ärgernis der Insolvenzverschleppung, ZInsO 2022, 1481.

der st. Rechtsprechung des OGH, sondern dem von einer Mindermeinung im Schrifttum vertretenen »Gesamtschadenskonzept« angeschlossen hat.⁴ Dass der deutsche Gesetzgeber mit der Neukonzeption der Geschäftsleiterhaftung wegen verbotener Zahlungen nach Insolvenzreife und der Schadensbegrenzung durch den »Gläubigerschaden« in § 15b Abs. 4 Satz 2 InsO durch das SanInsI²OG⁵ nur wenige Jahre später eine mit dieser Ansicht des OGH zumindest vergleichbare Lösung kodifizierte (unten IV.2.), belegt die besondere Eignung dieses Themas für einen deutsch-österreichischen Rechtsvergleich eindrucksvoll. Ein Blick in die Rechtshistorie verstärkt die rechtsvergleichende Dimension der Thematik sogar noch: Anerkannte gemeinsame Grundlage des Zahlungsverbots bzw. der generellen Insolvenzverschleppungshaftung sind nämlich die damals in beiden Ländern geltenden Art. 240 f. ADHGB,^{6, 7} die – wie *Mock*⁸ jüngst herausgearbeitet hat – noch dazu maßgeblich vom ministeriellen Entwurf eines österreichischen Handelsrechts von 1849⁹ geprägt wurden.

Der Beitrag will im ersten Teil die skizzierten Entwicklungen nachvollziehen und bewerten (unten II. sowie III.). Ausgehend von der – wie zu zeigen sein wird – nahezu identischen rechtlichen Ausgangslage in beiden Ländern soll im zweiten Teil Stellung zur vieldiskutierten Streitfrage nach der richtigen Ermittlung des »Gläubigerschadens« als Höchstbegrenzung des Haftungsvolumens bezogen werden (unten IV.). Schließlich soll die Ersatzfähigkeit einer zweiten Schadensposition, nämlich der gesamte Gesellschaftsschaden oder »Betriebsverlust« im Verschleppungszeitraum, untersucht werden. Dabei kann die österreichische Diskussion möglicherweise als Anregung für Deutschland dienen (unten V.).

II. Entwicklung der Innenhaftung wegen Insolvenzverschleppung

1. Ausgangspunkt Deutschland

Die Diskussion über die Geschäftsleiterhaftung wegen Insolvenzverschleppung nahm ihren Ausgangspunkt in Deutschland zwar soweit ersichtlich bei der Frage

- 4 OGH 6 Ob 164/16k (Entscheidungen des OGH, die im Volltext unter <http://www.ris.bka.gv.at/> abgerufen werden können, werden im Folgenden lediglich mit ihrer Aktenzahl zitiert).
- 5 Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz BGBl. I S. 3256.
- 6 Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch v. 1861; in Österreich als Allgemeines Handelsgesetzbuch (AHGB) ohne das fünfte Buch (Serecht) eingeführt (EG v. 17.12.1862, RGBl. 1863/1).
- 7 Statt vieler *Bitter*, Zur Haftung des Geschäftsführers aus § 64 Abs. 2 GmbHG für »Zahlungen« nach Insolvenzreife, WM 2001, 666, 668 f.; *K. Schmidt*, Verbotene Zahlungen in der Krise von Handelsgesellschaften und die daraus resultierenden Ersatzpflichten, ZHR 168 (2004) 637, 661; *Kebekus*, Die Gegenleistung in der Insolvenz (2021) 220 f.
- 8 *Mock*, Die Insolvenzantragspflicht und das Zahlungsverbot: österreichische Erblasten? in FS Gehrlein (2022) S. 335, 339 ff. (= ZInsO 2022, 2605). Die von ihm geortete Parallele des Zahlungsverbots zu einer versicherungsrechtlichen Norm des holländischen Aktienrechts von 1833 ist jedoch aufgrund der mannigfachen Unterschiede m.E. nicht vollends überzeugend.
- 9 Abgedruckt in *Lutz*, Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches – Beilagenband I (1861) S. 107 ff.

nach der unmittelbaren Außenhaftung gegenüber geschädigten Gläubigern.¹⁰ Seine überragende Bedeutung hat das Thema aber erst durch die »Entdeckung« des Zahlungsverbots des § 64 Abs. 2 GmbHG a.F.¹¹ (sowie jenes der Parallelvorschriften § 92 Abs. 2 AktG, § 99 GenG und § 130a HGB a.F.) durch den II. Zivilsenat des BGH¹² – wie eingangs erwähnt in einer Entscheidung aus dem Jahr 1999 – erlangt. Seitdem ergingen fast im Jahrestakt einschlägige höchstrichterliche Entscheidungen¹³ und erschienen noch weit mehr wissenschaftliche Abhandlungen¹⁴ zu dieser »Innenhaftung«¹⁵ wegen Zahlungen nach Insolvenzreife. Sogar der EuGH wurde bereits zweimal wegen § 64 GmbHG auf den Plan gerufen; es sei hier lediglich darauf verwiesen, dass der Gerichtshof aus diesen Anlässen – m.E. völlig zu Recht¹⁶ – erkannt

- 10 Zur Entwicklung ausf. *Eckhoff*, Die Haftung der Geschäftsleiter gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft wegen Insolvenzverschleppung (2009) S. 97 ff.
- 11 Zur Entstehungsgeschichte eingehend *Kübler/Prütting/Bork-Bork/Kebekus*, InsO, 87. Lfg. (2021) § 15b Rn. 2 ff.; *MünchKomm-GmbHG-H.-F. Müller*, § 64 Rn. 3 ff.
- 12 BGH II ZR 273/98 NJW 2000, 668.
- 13 BGH II ZR 387/18 NZI 2021, 637 (*Fehl-Weileder*); IV ZR 217/19 NJW 2021, 231; II ZR 355/18 NZG 2021, 66; II ZR 427/18 NZG 2020, 517; II ZR 248/17 NZI 2020, 180; II ZR 319/15 NZI 2017, 809 (*Schädlich*); II ZR 394/13 ZIP 2016, 1119; II ZR 231/13 NZI 2015, 133; II ZR 258/08 NZI 2010, 313 (*Stapper/Schädlich*); II ZR 48/06 NJW 2007, 2118 (*Altmeyen*); II ZR 51/06 NZG 2007, 678; 5 StR 67/05 NZG 2005, 892; II ZR 235/03 ZIP 2005, 1550; II ZR 88/99 NZG 2001, 361 (*Habersack/Mayer*); II ZR 273/98 NZG 2000, 370.
- 14 Statt so vieler: *Bitter*, WM 2001, 666; *Bitter*, § 64 GmbHG – Neustart durch den Gesetzgeber erforderlich! ZIP-Beilage zu 22/2016, 6; *K. Schmidt*, Übermäßige Geschäftsführerrisiken aus § 64 Abs. 2 GmbHG, § 130 Abs. 3 HGB? ZIP 2005, 2177; *K. Schmidt*, Debitorisches Bankkonto und Insolvenzverschleppungshaftung: Ist Geben seliger denn Nehmen? ZIP 2008, 1401; *K. Schmidt*, Weg mit den Zahlungsverboten in Insolvenzverschleppungsfällen! ZHR 175 (2011) 433; *Poertzgen*, Geschäftsführerhaftung aus § 64 Satz 1 GmbHG – Anwendungspraxis und rechtspolitische Kritik, ZInsO 2011, 305; *Altmeyen*, Was bleibt von den masseschmälernden Zahlungen? ZIP 2015, 949; *Altmeyen*, Organhaftung für verbotene Zahlungen, ZIP 2017, 1833; *H.-F. Müller*, Geschäftsführerhaftung für Zahlungen auf debitorische Konten, NZG 2015, 1021; *Casper*, Die Haftung für masseschmälernde Zahlungen nach § 64 Satz 1 GmbHG: Hat der BGH den Stein der Weisen gefunden? ZIP 2016, 793; *Gehrlein*, Exkulpation des Geschäftsführers für nach Insolvenzreife verfolgte Zahlungen, ZRI 2020, 183; monografisch *Biehl*, Geschäftsführer- und Gesellschafterhaftung wegen Insolvenzverschleppung bei der GmbH (2014); *Weiß*, Insolvenzspezifische Geschäftsführerhaftung (2017); *Otte*, Das Zahlungsverbot und die Ersatzpflicht nach § 64 Satz 1 GmbHG (2019).
- 15 Zur Differenzierung zwischen Innen- und Außenhaftung: *MünchKomm-InsO-Klöbn*, 4. Aufl. (2019) § 15a Rn. 151 f.; *Rowedder/Pentz-P. Schneider/M. Schmidt-Leithoff*, GmbH-Gesetz, 7. Aufl. (2022) Anh. II § 60 Rn. 6.
- 16 *Trenker*, Anwendung der EulnsVO auf Organhaftungsansprüche wegen Gläubigerbenachteiligung, ZIK 2015, 8; *Koller/Lovrek/Spitzer-Trenker*, Insolvenzordnung, 2. Aufl. (2023) Art. 7 EuInsVO Rn. 9, 31.
Erlaubt sei dazu an dieser Stelle lediglich der Hinweis, dass die Entstehungsgeschichte der einschlägigen Normen in Deutschland und Österreich wenig an dieser unionsautonom einheitlichen (!) Qualifikation des einschlägigen »Lebenssachverhalts der Insolvenzverschleppung« (dieser ist Gegenstand der Qualifikation und keine spezielle Norm [Koller/Lovrek/Spitzer-Trenker, Art. 7 EulnsVO Rn. 8 f.n. 39]) zu rütteln vermag; wohl a.A. jüngst *Mock* in FS Gehrlein, S. 335, 353.

hat, dass für Ansprüche gegen die Geschäftsleitung wegen Zahlungen nach Insolvenzreife ausschließlich¹⁷ die Gerichte im Insolvenzeröffnungsstaat international zuständig sind (Art. 6 EuInsVO)¹⁸ und kollisionsrechtlich die *lex fori concursus* (Art. 7 EuInsVO)¹⁹ maßgeblich ist.²⁰

In der einschlägigen Diskussion stach – trotz der kaum überschaubaren Menge an umstrittenen Detailfragen zum Haftungsumfang²¹ – eine Streitfrage wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung heraus, nämlich die nach der gebotenen Einzel- oder Gesamtbetrachtung: In der Sache ging dieser Streit vereinfacht ausgedrückt vor allem darum, ob wirklich jede einzelne Zahlung nach Eintritt der Insolvenzreife eine Ersatzpflicht in ebendieser Höhe auslöst, also sämtliche Zahlungen einfach zu summieren wären, oder ob nicht stattdessen die gesamte vermögensrechtliche Entwicklung im Verschleppungszeitraum für die Bemessung der Schadenshöhe maßgeblich sei.

Ersteres vertraten namentlich der BGH²² und Teile der Lehre²³ aufgrund grammatikalischer, historischer oder schlicht nur pragmatischer Erwägungen. Nicht verhehlt werden darf dabei allerdings, dass die Vertreter dieser Ansicht den Haftungsumfang zumindest durch Korrekturen im Detail begrenzen; dies insbesondere dadurch, dass sie Gegenleistungen für die inkriminierten Zahlungen unter bestimmten Voraussetzungen zugunsten des Geschäftsleiters anrechneten.²⁴

17 EuGH NZI 2018, 994 (*Wiemer & Trachte*).

18 EuGH ZIP 2015, 196 (*H/H.K.*).

19 Nicht einschlägig ist m.E. aber Art. 7 Abs. 2 Buchst. m) i.V.m. Art. 16 EuInsVO, dazu *Trenker*, Anwendbares Recht bei grenzüberschreitender Insolvenzanfechtung, DZWIR 2021, 527, 534 f.

20 EuGH ZIP 2015, 2468 (*Kornbaas/Dithmar*).

21 Instruktiv Scholz-Bitter, § 64 Rn. 98 ff., 162 ff.; MünchKomm-GmbHG-H.-F. Müller, § 64 Rn. 213 ff.; BeckOK-InsR-Wolfer, § 15b Rn. 27 ff.

22 BGH II ZR 427/18 ZIP 2020, 666; II ZR 310/05 NJW-RR 2007, 984; vgl. auch II ZR 204/09 NJW 2011, 2427; II ZR 151/09 DStR 2011, 130 (*Goette*); II ZR 78/09 BGHZ 187, 60; II ZR 88/99 BGHZ 146, 264, 278; II ZR 2/72 NJW 1974, 1088.

23 *Goette*, Zur systematischen Einordnung des § 64 Abs. 2 GmbHG, ZInsO 2005, 1, 3 f.; *Röhricht*, Insolvenzrechtliche Aspekte im Gesellschaftsrecht, ZIP 2005, 505, 509 f.; *Thiessen*, Die Haftung von Geschäftsführern für Zahlungen nach Insolvenzreife – eine unendliche (Rechts-) Geschichte? in: Schröder/Kanzleiter (Hrsg.) 3 Jahre nach dem MoMiG (2012) 72 ff., insb. 106 ff.; *Gehrlein*, Die Auslegung des § 64 GmbHG im Spannungsfeld zwischen Gesellschaftsrecht und Insolvenzanfechtungsrecht, ZInsO 2015, 477, 479 f.; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt-Nerlich, GmbH-Gesetz, 3. Aufl. (2017) § 64 Rn. 26; MünchKomm-GmbHG-H.-F. Müller, 3. Aufl. (2018) § 64 Rn. 141, 167; *Otte*, Zahlungsverbot 27 ff., je m.w.N.

24 BGH II ZR 355/18 NZG 2021, 66; II ZR 319/15 NZI 2017, 809 (*Schädlich*); II ZR 231/13 NZG 2015, 149; II ZR 366/13 NJW 2005, 2806; II ZR 231/13 DStR 2015, 180; MünchKomm-GmbHG-H.-F. Müller, 3. Aufl. (2018) § 64 Rn. 141, 149; Kübler/Prütting/Bork-Bork/Kebe-kus, § 15b Rn. 22 ff.

Dies erschien der Gegenansicht, ursprünglich angeführt von *K. Schmidt*²⁵ und *Altmeyen*,²⁶ dann aber ganz besonders von *Bitter*,^{27, 28} jedoch nicht mehr als ein »*Kurieren am Symptom*«. ²⁹ Der »*haftungsrechtliche Kampfhund*« – wie *K. Schmidt*³⁰ das Zahlungsverbot in der Auslegung des BGH einmal liebevoll nannte – müsse vielmehr im Wege einer Gesamtbetrachtung gezähmt werden: Das Zahlungsverbot sei dementsprechend nicht wörtlich zu verstehen, sondern Ausdruck oder zumindest Teilausschnitt einer allgemeinen Insolvenzverschleppungshaftung.³¹ Die Höhe der Ersatzpflicht bestehe nicht im Ausmaß sämtlicher Zahlungen, sondern sei im Wege einer Gesamtbetrachtung zu reduzieren, wobei die Meinungen darüber auseinandergingen, ob das richtige Ergebnis eine Ersatzpflicht des Quotenschadens,³² eine Verlustausgleichs-³³ oder eine Masseminderungsausgleichspflicht³⁴ sei.

2. Zwischenzeitlich in Österreich

In Österreich wurde zwar die Außenhaftung gegenüber Alt- und Neugläubigern – nicht zuletzt unter dem Eindruck der deutschen Diskussion³⁵ – vergleichsweise intensiv beleuchtet.³⁶ Zum Zahlungsverbot des österreichischen GmbH- und Aktienrechts

25 *K. Schmidt*, ZIP 2005, 2177, 2182 ff.; *K. Schmidt*, ZIP 2008, 1401, 1408; *K. Schmidt*, Ersatzpflicht bei »verbotenen Zahlungen« aus insolventen Gesellschaften: Ist der haftungsrechtliche Kampfhund zähmbar? NZG 2015, 129 u.a.; Scholz-K. *Schmidt*, GmbH-Gesetz, 11. Aufl. (2014) § 64 Rn. 68 ff.

26 *Altmeyen*, Insolvenzverschleppungshaftung Stand 2001, ZIP 2001, 2201, 2206 ff.; *Altmeyen*, ZIP 2015, 949, 952 ff.; *Altmeyen*, GmbH-Gesetz, 10. Aufl. (2021) § 64 Rn. 41 ff.; ferner schon *Altmeyen/Wilhelm*, Quotenschaden, Individualschaden und Klagebefugnis bei der Verschleppung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH, NJW 1999, 673, 678 ff.

27 *Bitter*, Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern in der Insolvenz ihrer GmbH – Teil 1, ZInsO 2010, 1505, 1515; *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, 6, 11; *Bitter/Baschnagel*, Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern in der Insolvenz ihrer GmbH – Teil 1, ZInsO 2018, 557, 581 ff.; Scholz-Bitter, § 64 Rn. 102 ff.

28 Als Kritiker der h.M. sind etwa *Casper*, ZIP 2016, 793, 794, 803 und *Neuberger*, Haftung bei Insolvenzverschleppung: Ein Tatbestand, vier verschiedene Rechtsfolgen – Ein Plädoyer für die Einheitlichkeit der Rechtsfolgen, ZIP 2018, 909, 916 ff. zu nennen.

29 *K. Schmidt*, NZG 2015, 129, 133.

30 *K. Schmidt*, NZG 2015, 129.

31 *K. Schmidt*, ZIP 2005, 2177, 2183; Scholz-K. *Schmidt*, 11. Aufl. (2014) § 64 Rn. 10 ff., 16.

32 Scholz-K. *Schmidt*, 11. Aufl. (2014) § 64 Rn. 68 ff., 197 ff.

33 *Altmeyen*, ZIP 2001, 2201, 2206 ff.; *Altmeyen*, Neue und alte Irrtümer zur Dogmatik der Haftung für masseschmälernde Zahlungen, ZIP 2020, 937, 938 f.; *Altmeyen*, § 64 Rn. 41 ff., insb. 43 ff.; *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, 6, 11; *Bitter*, Geschäftsführerhaftung in der Insolvenz – Alles neu durch SanInsFoG und StaRUG? ZIP 2021, 321, 328 f.

34 Möglicherweise i.d.S. *Altmeyen*, ZIP 2015, 949, 952 ff.

35 Vgl. *Dellinger*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall – insb. gegenüber sogenannten Neugläubigern (1991) 4, 64.

36 Aus der Rsp. erstmals OGH 6 Ob 159/69; RIS-Justiz RS0023677; aus dem Schrifttum z.B. *P. Doralt*, Zur schadenersatzrechtlichen Haftung des Geschäftsführers der GmbH bei fahrlässiger Krida, JBl 1972, 120; *Honsell*, Die Haftung des Geschäftsführers gegenüber Gesellschaftsgläubigern bei Insolvenz der GmbH, GesRZ 1984, 134 ff., 207 ff.; *Harrer*, Haftungsprobleme

fanden sich jedoch bis 2016 gerade einmal zwei höchstrichterliche Entscheidungen, in denen die Norm wirklich eine Rolle gespielt hatte;³⁷ auch umfassende wissenschaftliche Auseinandersetzungen mit dieser »Innenhaftung« waren bis zu diesem Zeitpunkt kaum zu finden.³⁸

Das überrascht im Vergleich mit Deutschland schon deshalb, weil der Wortlaut der Bestimmung des § 25 Abs. 3 Ziff. 2 öGmbHG³⁹ kaum Unterschiede zur früheren deutschen Parallelnorm in § 64 Satz 1 GmbHG a.F. aufweist: Nach § 25 Abs. 3 Ziff. 2 öGmbHG sind die Geschäftsführer »Insbesondere [...] zum Ersatze verpflichtet, wenn [...] nach dem Zeitpunkte, in dem sie die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu begehren verpflichtet waren, Zahlungen geleistet werden.« Einziger wesentlicher Unterschied ist somit, dass das Zahlungsverbot nach dem Wortlaut von § 25 öGmbHG erst mit Insolvenzantragspflicht beginnt, nach § 64 GmbHG a.F. dagegen schon mit Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung. Selbst dieser Unterschied wird jedoch im Wege der Rechtsfortbildung beseitigt, weil die h.M. auch in Österreich das Zahlungsverbot schon mit Vorliegen materieller Insolvenz eingreifen lässt; begründet wird dies mit einer Analogie zur entsprechend formulierten aktienrechtlichen Parallelnorm in § 84 Abs. 3 Ziff. 6 öAktG.^{40, 41} Auf derselben Grundlage wird auch die Ausnahme für Zahlungen, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters vereinbar sind, in das GmbH-rechtliche Zahlungsverbot »hineingelesen«.⁴²

Kurzum: Die normative Ausgangslage in Deutschland und Österreich ist fast identisch, ja die österreichischen Gesetzesmaterialien zum GmbHG betonen sogar, dass man an die »durchwegs sachgerechten Normen des deutschen Gesetzes« an-

bei der GmbH (1990) 53 ff.; *Dellinger*, Vorstandshaftung 52 ff., 64 ff.; *Schummer*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers wegen Konkursverschleppung – ebenfalls ein Irrweg? in: FS Koppensteiner (2001) 211, 212 ff.; *Konecny/Schubert-Dellinger*, Insolvenzgesetze, 19. Lfg. (2005) § 69 KO Rn. 70 ff.

37 OGH 5 Ob 38/72 und 1 Ob 144/01k.

38 Zu nennen sind jedoch insb: *Dellinger*, Vorstandshaftung 234 ff.; *Karollus*, Pflichten und Haftung der Organe von Kapitalgesellschaften in der Krise und bei der Sanierung, in: *Feldbauer-Durstmüller/Schlager* (Hg.) *Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz: Handbuch für Banken, Management, Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Unternehmensberater*, 2. Aufl. (2002) 1145 ff.; *U. Torggler/Trenker*, Zur Organhaftung wegen Gläubigerbevorzugung gem. § 25 Abs. 3 Z 2 GmbHG, § 84 Abs. 3 Z 6 AktG, JBl 2013, 613.

39 Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung RGBL. 1906/58.

40 Aktiengesetz 1965 BGBl. 1965/98.

41 OGH 6 Ob 164/16k (Pkt. 1.2.); zust. *Felzl*, GesRZ 2017, 405 (Entscheidungsanmerkung); *J. Reich-Rohrwig*, *ecolox* 2017, 1181 (Entscheidungsanmerkung); *G. Kodek*, Schaden, Anspruchsgrundlagen und Geltendmachung, in: *Konecny* (Hg.) *Insolvenz-Forum 2017* (2018) 165, 172; so bereits zuvor *Karollus* in: *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, *Krisenmanagement* 1167; *Binder*, Haftung nach Insolvenz- und Unternehmensorganisationsrecht, in: *Ratka/Rauter* (Hg.) *Handbuch Geschäftsführerhaftung mit Vorstandshaftung*, 2. Aufl. (2011) Rn. 3/47; *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 613, 624.

42 *Karollus* in: *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, *Krisenmanagement* 1169; *Binder* in: *Ratka/Rauter*, *Geschäftsführerhaftung* Rn. 3/47; *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 613, 627; OGH 6 Ob 164/16k (Pkt. 1.3.) u.v.a.

knüpfen wollte.⁴³ Dennoch hatten § 25 Abs. 3 Ziff. 2 öGmbHG sowie § 84 Abs. 3 Ziff. 6 öAktG⁴⁴ praktisch mehr als 100 Jahre fast keinerlei Bedeutung.

Dieser Befund dürfte sich allerdings mit der schon erwähnten OGH-Entscheidung 6 Ob 164/16k schlagartig geändert haben: Seitdem ist das Zahlungsverbot im Schrifttum⁴⁵ und dem Vernehmen nach auch in der insolvenzrechtlichen Praxis in aller Munde. Freilich wurde mit dieser Entscheidung nicht nur das Zahlungsverbot an sich »wiederbelebt«, sondern auch das skizzierte Konzept der Berechnung der Anspruchshöhe im Wege einer Gesamtbetrachtung: Obwohl das österreichische Schrifttum den erwähnten Meinungsstreit aus Deutschland bis dato kaum reflektiert hatte, und wenn dann, der »Einzelbetrachtungsweise« des BGH gefolgt war,⁴⁶ hat sich der gesellschaftsrechtliche Fachsenat des OGH ganz schnörkellos der Mindermeinung von *K. Schmidt* angeschlossen.⁴⁷ Die entscheidende Passage der Begründung lautet wörtlich: »Im Hinblick auf den Zweck des Haftungstatbestands des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG vertritt auch der erkennende Senat, dass die Höhe des der Gesellschaft entstandenen Schadens in Höhe der verbotenen Zahlungen widerleglich vermutet wird [...] Der Geschäftsführer kann den Gegenbeweis führen, dass die für die Erreichung der hypothetischen Quote bei rechtzeitigem Insolvenzantrag erforderliche Zahlung, also der Gesamtgläubigerschaden, geringer als die eingeklagte Summe ist. Der Gesamtgläubigerschaden entspricht dem Betrag, um den die Insolvenzmasse zur Herbeiführung der ohne Insolvenzverschleppung erzielbaren Quote erhöht werden muss.«

Der OGH versteht die Summe der einzelnen Zahlungen damit nur als Vermutung der Anspruchshöhe; materiell bestehe der Erstattungsanspruch aber maximal in Höhe des Gesamtgläubigerschadens. Diesen Gesamtgläubigerschaden setzt der OGH offensichtlich mit dem Quotenschaden gleich, indem er auf die Verringerung der tatsächlichen Insolvenzquote im Vergleich mit der hypothetischen Quote bei rechtzeitiger Antragstellung abstellt.⁴⁸

43 ErläutRV 236 BlgHH 17. Sess. 66.

44 In weiterer Folge wird zur besseren Lesbarkeit nur auf § 25 Abs. 3 Ziff. 2 öGmbHG Bezug genommen. Die Ausführungen gelten *mutatis mutandis* aber genauso für § 84 Abs. 3 Ziff. 6 öAktG.

45 *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsführers – zugleich eine Anmerkung zu 6 Ob 164/16k, JBl 2018, 354 ff. (Teil 1), 434 ff. (Teil 2) (entspricht i. W. *Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsführers nach 6 Ob 164/16k, in: Konecny [Hg.] Insolvenzf-Forum 2018 [2019] 97 ff.); *Feltl*, GesRZ 2017, 405 (Entscheidungsanmerkung); *J. Reich-Rohrwig*, ecolex 2017, 1181 (Entscheidungsanmerkung); *P. Csoklich*, Gesellschaftsrechtliches Zahlungsverbot nach Insolvenzeintritt, ZIK 2018, 8 ff.; *Gassner/Wabl*, Insolvenzverschleppung und Zahlungsverbot: Aktuelle Entwicklungen und Bedeutung für Geschäftsführer, ecolex 2018, 908 ff.; *Jausfer/Painsi*, Schadensberechnung bei der Insolvenzverschleppung: IO vs GmbHG, GES 2018, 172 ff.; *Robertson*, Der Schadensumfang bei der Insolvenzverschleppungshaftung des GmbH-Geschäftsführers, ecolex 2018, 150 ff.; *Dellinger*, ÖBA 2018, 735 (Entscheidungsanmerkung).

46 *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 613, 616.

47 Der OGH stützt sich im Wesentlichen auf Scholz-*K. Schmidt*, 11. Aufl. (2014) § 64 Rn. 68 ff.; ferner *K. Schmidt*, ZIP 2005, 2177, 2182 ff.; *K. Schmidt*, ZIP 2008, 1401, 1408.

48 *Trenker*, JBl 2018, 434, 437 ff.

3. Zurück nach Deutschland

Wenige Jahre nach dieser – zumindest aus rechtsvergleichender Sicht – revolutionären Entscheidung des OGH hat in Deutschland der Gesetzgeber des SanInsFoG bei einer Reform des Zahlungsverbots nach Insolvenzreife sowie des daraus resultierenden Erstattungsanspruchs gewissermaßen inhaltlich »nachgelegt«. Wie schon erwähnt ist *sedes materiae* seitdem § 15b InsO, wobei für die Zwecke der uns interessierenden Schadensberechnung vor allem dessen Abs. 4 relevant ist: »Werden entgegen Absatz 1 Zahlungen geleistet, sind die Antragspflichtigen der juristischen Person zur Erstattung verpflichtet. Ist der Gläubigerschaft der juristischen Person ein geringerer Schaden entstanden, beschränkt sich die Ersatzpflicht auf den Ausgleich dieses Schadens.«

Die Parallele dieser Neuregelung zur dargestellten Entscheidung des OGH ist ebenso offensichtlich wie bemerkenswert. Freilich dürfte es kaum der OGH gewesen sein, der dem deutschen Gesetzgeber als Inspirationsquelle gedient hat, sondern die rechtspolitischen Vorzüge der »Gesamtbetrachtung«: Wenn das *telos* des Zahlungsverbots, wie nahezu einhellig anerkannt wird, der Schutz der Gläubiger ist,⁴⁹ dann muss das legitistische Ziel des Erstattungsanspruchs sein, *nicht weniger*, aber auch *nicht mehr* als den Schaden des Gläubigerkollektivs auszugleichen.⁵⁰

Neben dieser Erkenntnis ist der Streit über die Rechtsnatur, also die Frage, ob der Anspruch als Erstattungsanspruch eigener Natur⁵¹ oder als Schadenersatzanspruch⁵² einzuordnen ist, bestenfalls von sekundärer Bedeutung.⁵³ Die Determination einer Rechtsnatur von Rechtsnormen oder Ansprüchen ist m.E. generell⁵⁴ nur selten geeignet, erhellende Zusammenhänge für die Rechtsanwendung aufzudecken; viel eher

49 Statt so vieler MünchKomm-GmbHG-*H.-F. Müller*, 3. Aufl. (2018) § 64 Rn. 1; Noack/Servatius/Iaas-Haas, GmbH-Gesetz, 23. Aufl. (2022) § 64 Rn. 6 ff.; Habersack/Casper/Löbbe-Casper, Anh. § 62 Rn. 97 f.; s.a. MünchKomm-AktG-*Spindler*, 5. Aufl. (2019) § 92 Rn. 23; für Österreich: *Trenker*, JBl 2018, 354, 357 f. m.w.N.; Eckert/Schopper-Eckert/Schopper/Madari, Aktien-Gesetz-ON, 1. Ed. (2021) § 84 Rn. 50; a.A. möglicherweise *Altmeyden/Wilhelm*, NJW 1999, 673 ff.

50 Vgl. auch Habersack/Casper/Löbbe-Casper, Anh. § 62 Rn. 103; *Klöhn/Zell*, Wie ist der »Schaden der Gläubigerschaft« in § 15b IV 2 InsO zu bestimmen? NZG 2022, 836.

51 So BGH IV ZR 217/19 NJW 2021, 231; II ZR 427/18 NZG 2020, 517; II ZR 151/09 DSrR 2011, 130 (*Goette*); II ZR 88/99 NZG 2001, 361 (*Habersack/Mayer*); *Goette*, ZInsO 2005, 1, 3 f.; *Röhricht*, ZIP 2005, 505, 509 ff.; *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt-Nerlich*, § 64 Rn. 12; MünchKomm-GmbHG-*H.-F. Müller*, 3. Aufl. (2018) § 64 Rn. 139 ff.; *Baumbach/Hueck-Iaas*, GmbH-Gesetz, 22. Aufl. (2019) § 64 Rn. 12; *Kayser/Thole-Kleindiek*, Insolvenzordnung, 10. Aufl. (2022) Anh. § 35 Rn. 108; *Gehrlein*, ZInsO 2022, 1481, 1485; *Kübler/Prütting/Bork-Bork/Kebekus*, § 15b Rn. 5, je m.w.N. Zu § 92 AktG: MünchKomm-AktG-*Spindler*, § 92 Rn. 24; BeckOK-AktG-*Fleischer* (Stand 01.07.2022) § 92 Rn. 21 u.v.a.

52 Dafür allen voran *K. Schmidt*, ZIP 2005, 2177, 2182 ff.; *K. Schmidt*, ZIP 2008, 1401, 1408; *K. Schmidt*, NZG 2015, 129 u.a.; *Scholz-K. Schmidt*, 11. Aufl. (2014) § 64 Rn. 10 ff., 16 ff., 68 ff.; nunmehr auch: MünchKomm-GmbHG-*H.-F. Müller*, § 64 Rn. 162; Noack/Servatius/Iaas-Haas, § 64 Rn. 17 f. Zu § 92 AktG: *Dauner-Lieb-Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. (2021) § 92 AktG Rn. 15.

53 I.d.S. konkret auch *Scholz-Bitter*, § 64 Rn. 28.

54 Vgl. dazu in anderem Kontext *Trenker*, Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess (2020) 809 f., 25 f.

besteht die Gefahr, den Blick auf die maßgeblichen Wertungsgrundlagen durch eine voreilige Berufung auf eine bestimmte Natur zu verschleiern.⁵⁵ Auch beim Ersatzanspruch wegen verbotener Zahlungen hilft die Qualifikation als Anspruch *sui generis* oder als Schadenersatzanspruch nicht weiter, wenn es um die Lösung der entscheidenden Frage geht, ob man Vermögensentwicklungen nur im isolierten Zusammenhang zur jeweiligen Zahlung oder im Rahmen einer ganzheitlichen Betrachtungsweise anrechnen muss.⁵⁶ Es ist deshalb m.E. auch gar kein Nachteil, dass der deutsche Gesetzgeber eine Stellungnahme zur Natur des reformierten Ersatzanspruchs nach § 15b Abs. 4 InsO bewusst vermieden hat.⁵⁷

III. Rechtspolitische Bewertung der Begrenzung durch den Gesamtschaden

1. Problem der Einzelbetrachtung

Aus systematisch-teleologischer Sicht ist die Begrenzung der Haftung des Geschäftsleiters für Zahlungen nach Insolvenzreife mit dem Gesamtgläubigerschaden somit m.E. begrüßenswert⁵⁸ und jedenfalls »ein Schritt in die richtige Richtung«. ⁵⁹ Denn: Wie noch näher zu zeigen sein wird (unten IV.3.), sind »Zahlungen«, worunter nach h.M. jeder dem Geschäftsleiter zurechenbare Abfluss von liquidationsfähigem (Aktiv-)Vermögen zu verstehen ist,⁶⁰ für das Gläubigerkollektiv zwar besonders schädlich. Dennoch vermag eine bloße Addition der nach Insolvenzreife getätigten Zahlungen den wirklichen Schaden des Gläubigerkollektivs nicht einmal ansatzweise wiederzugeben.⁶¹ Erstens wirkt sich nämlich auf den Gläubigerschaden auch eine Erhöhung der Verbindlichkeiten aus (wenn auch weniger stark als der Abfluss von Aktiva); die

55 Bezeichnend *Hentschel/Ruster*, Fortgeltung des § 64 GmbHG für Altfälle nach Inkrafttreten des SanInsFöG, *ZInsO* 2021, 637, 641 f., die aus der Qualifikation als Erstattungsanspruch eigener Art offenbar darauf schließen wollen, dass es keinen Schaden der Gläubiger geben könne, weshalb § 15b Abs. 4 Satz 2 InsO zu einer – als unbillig empfundenen – »Verkürzung der Masse auch zulasten der Insolvenzgläubiger« führe.

56 *Trenker*, *JBl* 2018, 434, 437 Fn. 144; zutr. bereits BGH II *ZR* 204/09 *NJW* 2011, 2427; möglicherweise a.A. OGH 6 Ob 164/16k (Pkt. 2.2.1.).

57 BT-Drucks. 19/24181, 195.

58 Vgl. bereits *Trenker*, *JBl* 2018, 434, 436 ff.

59 So *Bitter*, Neues Zahlungsverbot in § 15b InsO-E und Streichung des § 64 GmbHG – Überraschender Fortschritt im Regierungsentwurf eines SanInsFöG, *GmbHR* 2020, 1157, 1158; *Bitter*, *ZIP* 2021, 321, 329; i.d.S.a. *Habersack/Casper/Löbbe-Casper*, Anh. § 62 Rn. 171.

60 Von diesem weiten Zahlungsbegriff ist auch im Anwendungsbereich von § 15b InsO auszugehen: *Kübler/Prütting/Bork-Bork/Kebekus*, § 15b Rn. 16; *Habersack/Casper/Löbbe-Casper*, Anh. § 62 Rn. 109 f.; *BeckOK-InsR-Wolfer*, § 15b Rn. 11, 30. Für Österreich statt vieler OGH 6 Ob 164/16k; *Schummer*, Das Eigenkapitalersatzrecht – notwendiges Rechtsinstitut oder Irrweg? (1998) 397 f.; *Binder* in: *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung Rn. 3/48; *U. Torggler/Trenker*, *JBl* 2013, 613, 626 f.; *P. Csoklich*, *ZfK* 2018, 8, 9.

61 Noch schärfer *Bitter*, Massesicherung nach Insolvenzreife – Der neue § 15b InsO! *GmbHR* 2022, 57, 65: »keinerlei Bezug zu dem letztlich haftungsrelevanten Gesamtgläubigerschaden«.

Begründung neuer Verbindlichkeiten wird aber weder in Deutschland⁶² noch in Österreich⁶³ als verbotene Zahlung verstanden.⁶⁴ Zweitens – und das ist m.E. noch weit wichtiger – stimmen die kumulierten Zahlungen mit dem Gläubigerschaden schon deshalb nicht überein, weil bei einer isolierten Orientierung an aktivseitigen Abflüssen die im Verschleppungszeitraum erwirtschafteten Einnahmen/Gewinne nicht in hinreichendem Ausmaß berücksichtigt werden können.

2. Kurieren am Symptom: Tatbestandsimmanente Begrenzung der Anspruchshöhe

Der Grad der »Fehleranfälligkeit« der Einzelbetrachtung ist freilich abhängig davon, wie man das Zahlungsverbot im Detail auslegt. Anerkannt war bislang immerhin, dass Massezuflüsse, die im weiteren Sinn als Gegenleistungen für geleistete Zahlungen erbracht werden, unter bestimmten Voraussetzungen als haftungsmindernd angerechnet werden dürfen.⁶⁵ Im Einzelnen stellen sich hier zahlreiche diffizile Fragen, für die in der BGH-Rechtsprechung⁶⁶ auch bereits einige Antworten zu finden sind. Wohl auch, weil praktisch jede dieser Antworten mehr oder weniger starker Kritik aus dem Schrifttum ausgesetzt ist, scheint die Meinungsfindung der Rechtsprechung aber noch keineswegs abgeschlossen zu sein.

Die Grundregel lautet jedenfalls, dass Massezuflüsse angerechnet werden können, wenn sie in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Zahlung stehen⁶⁷

- 62 BGH II ZR 319/15 NZG 2017, 1034; Scholz-Bitter, § 64 Rn. 118; Altmeyden, § 64 Rn. 13; Kayser/Thole-Kleindiek, Anh. § 35 Rn. 110; Noack/Servatius/Haas-Haas, § 64 Rn. 99; MünchKomm-GmbHG-III-F. Müller, § 64 Rn. 171, je m.w.N.; s.a. MünchKomm-AktG-Spindler, § 92 Rn. 28; Dauner-Lieb-Hensler/Strohn, § 92 AktG Rn. 11; Gebrlein, Differenzierung zwischen Gläubigerbenachteiligung (§ 129 InsO) und der Minderung des Aktivvermögens (§ 64 GmbHG, § 15b InsO)? NZG 2022, 291, 292.
- 63 Konecny/Schubert-Dellinger, § 69 KO Rn. 68; G. Kodek in: Konecny (Hg.) Insolvenz-Forum 2017, 165, 171; Koller/Lovrek/Spitzer-Schumacher § 69 IO Rn. 90; Eckert/Schopper-Eckert/Schopper/Madari, § 84 Rn. 84; a.A. Artmann/Karollus-J. Reich-Robrwig/Cl. Grossmayer/K. Grossmayer/Zimmermann, Aktien-Gesetz, 6. Aufl. (2018) § 84 Rn. 730, freilich unter Missachtung der gegenteiligen Ansicht in OGH 6 Ob 164/16k und unter Berufung auf die m.E. insoweit nicht einschlägige Entscheidung OGH 8 Ob 624/88.
- 64 Vgl. ebenso z.B. Poertzgen, Organhaftung wegen Insolvenzverschleppung (2005) 194 f.; Poertzgen, NZI 2010, 915, 917 (Entscheidungsanmerkung).
- 65 Kübler/Prütting/Bork-Bork/Kebeke, § 15b Rn. 22 ff.; Habersack/Casper/Löbbe-Casper, Anh. § 62 Rn. 115 ff.; Braun-Weber/Dömmcke, § 15b Rn. 15 ff.; ebenso in Österreich Bartsch/Pollak/Buchegger-Schumacher, Österreichisches Insolvenzrecht – Kommentar, 4. Aufl. (2004) § 69 KO Rn. 166; U. Torggler/Trenker, JBI 2013, 613, 616, 627.
- 66 BGH II ZR 355/18 NZG 2021, 66; II ZR 319/15 NZI 2017, 809 (Schädlich); II ZR 231/13 NZG 2015, 149; II ZR 151/09 NZG 2010, 1393; II ZR 370/99 NJW 2001, 304; zum Folgenden sehr instruktiv jüngst Gebrlein, NZG 2022, 291, 294 f.
- 67 BGH II ZR 319/15 NZI 2017, 809 (Pkt. 13); II ZR 366/13 BGHZ 206, 52 (Pkt. 35); II ZR 231/13 BGHZ 203, 218 (Pkt. 9 f.); vgl. schon BGH II ZR 2/72 NJW 1974, 1088; Weiß, Geschäftsführerhaftung Rn. 290 ff.; MünchKomm-GmbHG-III-F. Müller, § 64 Rn. 174; Kayser/Thole-Kleindiek, Anh. § 35 Rn. 109; s.a. MünchKomm-AktG-Spindler, 5. Aufl. (2019) § 92 Rn. 29.

– eine Formel, die freilich problematisch viel Interpretationsspielraum lässt.⁶⁸ Der Massezufluss muss zudem zugunsten der Masse verwertbar sein.⁶⁹ Daran wird wiederum kritisiert, dass demzufolge Beratungsleistungen oder sonstige Dienstleistungen gänzlich durch den Rost fielen.⁷⁰ Für die Verwertbarkeit sowie generell für die Höhe der Anrechnung soll es übrigens – seit einer Änderung der BGH-Rechtsprechung⁷¹ – nicht mehr auf die Bewertung bei Insolvenzeröffnung,⁷² sondern im Zeitpunkt des Zahlungszuflusses ankommen; dies mag zwar »gerechter« erscheinen, lässt sich jedoch nicht ohne weiteres mit insolvenzrechtlichen Wertungen vereinbaren.⁷³ Überhaupt nicht anrechenbar sind zudem – hier orientiert man sich wieder an insolvenz- bzw. anfechtungsrechtlichen Wertungen – Vorleistungen des Zahlungsempfängers,⁷⁴ zumindest wenn die Gegenleistung schon vor Eintritt der Insolvenzreife erbracht wurde.⁷⁵

Praktisch führt die Methode der Einzelbetrachtung vor allem bei Ein- und Auszahlungen *auf* bzw. *von* debitorischen Konten zu erheblichen Problemen.⁷⁶ Beschränkt man sich auf das Problem der Einzahlungen, so ist immerhin bemerkenswert, dass derartige Einzahlungen auf debitorischen Konten der Gesellschaft als haftungsbegründende Zahlungen qualifiziert werden, weil sie zu einer Masseschmälerung zugunsten der kontoführenden Bank führen.⁷⁷ Gerade diesen »Zahlungen« stehen praktisch meistens nachfolgende Kontoabhebungen gegenüber, die sich ihrerseits positiv auf den Bestand der Masse auswirken *können*, dies aber nicht *müssen*. Positiv für die Masse sind sie, wenn die Kontobehaltung für die Anschaffung von Aktivvermögen verwendet wird⁷⁸ oder gar Überweisungen auf ein kreditorisches Konto getätigt werden. Wenn sie

68 Ebenso krit. z.B. Habersack/Casper/Löbbe-Casper, Anh. § 62 Rn. 124; Altmeyden, § 64 Rn. 21 i.V.m. 41 ff.

69 BGH II ZR 319/15 NZG 2017, 1034 (Rn. 20).

70 Baumert, Zahlungseingang aus Erlösen des Verkaufs von Sicherungseigentum auf ein debitorisches Bankkonto: offene Fragen bei § 64 Satz 1 GmbHG rund um Masseneutralität und Sanierungsprivileg, NZG 2016, 379, 380; Altmeyden, ZIP 2017, 1833, 1835; Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 586; Bitter, ZIP 2021, 321, 329 f.; Scholz-Bitter, § 64 Rn. 152; vgl. jedoch jüngst Kebekus, Gegenleistung 273 ff.

71 BGH II ZR 231/13 NZG 2015, 149 (Pkt. 11 und 13); II ZR 319/15 NZG 2017, 1034; II ZR 355/18 NZG 2021, 66.

72 So noch BGH II ZR 151/09 NZG 2010, 1393; II ZR 370/99 NJW 2001, 304.

73 Ausf. dazu Kebekus, Gegenleistung 255 ff.

74 BGH II ZR 366/13 NJW 2015, 2806; Kübler/Prütting/Bork-Bork/Kebekus, § 15b Rn. 25; BeckOK-InsR-Wolfer, § 15b Rn. 22 a.E.; Noack/Servatius/Haas-Haas, § 64 Rn. 161; krit. MünchKomm-GmbHG-H.-F. Müller, § 64 Rn. 180 ff.; H.-F. Müller, DB 2015, 723, 726.

75 Habersack/Casper/Löbbe-Casper, Anh. § 62 Rn. 126.

76 Ausf. zum Ganzen sowie zu den möglichen Änderungen durch § 15b InsO Lieder/Wagner, Masseschmälerung durch Forderungseinziehung auf debitorische Konten, ZGR 2021, 495.

77 BGH II ZR 355/18 NZG 2021, 66; III ZR 366/13 BGHZ 206, 52; II ZR 100/13 ZIP 2014, 1523; Kübler/Prütting/Bork-Bork/Kebekus, § 15b Rn. 21; Braun-Weber/Dömmcke, § 15b Rn. 10 f.; krit. Habersack/Foerster, Debitorische Konten und Massezuflüsse im Recht der Zahlungsverbote, ZGR 2016, 153, 174 ff.; Bitter/Baschnagel, ZInsO 2018, 557, 583; in Österreich für die Qualifikation als Zahlung OGH 6 Ob 164/16k; Karollus in: Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement 1168; Binder in: Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rn. 3/47 f.; U. Torggler/Trenker, JBl 2013, 613, 626; Trenker, JBl 2018, 354, 359 i.V.m. 434, 436 f.; vgl. auch schon Dellinger, Vorstandshaftung 236.

78 BGH II ZR 366/13 NJW 2015, 2806.

hingegen für die Zahlung von Altverbindlichkeiten verbraucht werden, nutzen sie den Gläubigern nichts; es liegt diesfalls ein masseneutraler Passivtausch vor.

Dementsprechend rechnet der BGH⁷⁹ neuerliche Abhebungen auf massenmindernde Einzahlungen nur sehr restriktiv an. Es müsse vom Geschäftsleiter nachgewiesen werden, dass sich eine nachfolgende Behebung günstig für die Masse ausgewirkt hat.⁸⁰ Zudem kommt gerade in dieser Konstellation das vage Abgrenzungskriterium des unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhangs zwischen Einzahlung und Behebung zur Anwendung.⁸¹ Einen zeitlichen Zusammenhang fordert der BGH dafür zwar nicht.⁸² Allerdings dürfte das Höchstgericht verlangen, dass die Einzahlung am debitorischen Konto wegen der damit verbundenen Saldosenkung Voraussetzung dafür gewesen sein muss, dass das Konto nachträglich wieder ausgeschöpft werden durfte.

Weit pragmatischer, aber dafür weit ungenauer⁸³ geht hingegen der OGH⁸⁴ in Österreich vor: In Anlehnung an die Höhe des Insolvenzanfechtungsanspruchs gegenüber der kontoführenden Bank bei Ein- und Auszahlungen auf ein debitorisches Konto⁸⁵ stellt das Höchstgericht auch für die Höhe der Ersatzpflicht des Geschäftsleiters auf eine zeitraumbezogene Vergleichsrechnung ab: Eine haftungsbegründende Zahlung sei »nur« in Höhe der Verringerung des Debetsaldos im Zeitraum zwischen dem Eintritt materieller Insolvenz und der Insolvenzeröffnung anzunehmen; richtigerweise dürfte im Einklang mit der erwähnten anfechtungsrechtlichen Judikatur und einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung zum Eigenkapitalersatzrecht (§ 14 Abs. 2 EKEG)⁸⁶ genau genommen die Differenz zwischen der höchsten Kontobelastung nach materieller Insolvenz und dem Debetsaldo bei Insolvenzeröffnung gemeint sein. Dadurch lässt sich nämlich errechnen, in welchem Ausmaß der Bank – unterm Strich (!) – Mittel der Schuldnerin zugeflossen sind. Der Gläubigerschaden lässt sich so hingegen nicht völlig treffsicher ermitteln, weil bei diesem Ansatz nicht rückverfolgt wird, ob die abgehobenen Mittel zur Vergrößerung der Masse verwendet wurden.⁸⁷ Dennoch dürfte dieser Zugang des OGH im Regelfall interessengerechtere Ergebnisse hervorbringen als die äußerst restriktive Anrechnungsbereitschaft des BGH, welche rasch zu einer Multiplikation des eigentlichen Schädigungsausmaßes führen kann.

Über den Entlastungsbeweis⁸⁸ wegen Einhaltung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters können schließlich zwar noch bestimmte Zahlungen von der Ersatz-

79 BGH II ZR 366/13 NJW 2015, 2806 (Pkt. 33–35).

80 Vgl. dazu auch *Lieder/Wagner*, ZGR 2021, 495, 516.

81 Vgl. BGH II ZR 366/13 NJW 2015, 2806; II ZR 231/13 NZI 2015, 133; vgl. auch *Lieder/Wagner*, ZGR 2021, 495, 507 f.

82 BGH II ZR 319/15 ZIP 2017, 1619; a.A. *Gehrlein*, NZG 2022, 291, 295, wonach ein Ausgleich binnen des Zeitraums von 30 Tagen (arg: § 142 InsO) erforderlich sei.

83 Krit. aufgrund möglicher Schutzlücken *Trenker*, JBl 2018, 434, 435 f.

84 OGH 6 Ob 164/16k (Pkt. 3.2.3.).

85 OGH 4 Ob 306/98y; 3 Ob 75/09i; RIS-Justiz RS0117945; RS0111461; *König/Trenker*, Anfechtung, 6. Aufl. (2020) Rn. 10.102/2, 11.40.

86 Eigenkapitalersatz-Gesetz BGBl. I 2003/92.

87 Zu diesem Problem *Trenker*, JBl 2018, 434, 435 f.

88 Kübler/Prütting/Bork-Bork/Kebekus, § 15b Rn. 36; Ihabersack/Casper/Löbbe-Casper, Anh. § 62 Rn. 144; vgl. auch Rowedder/Pentz-P. Schneider/M. Schmidt-Leitthoff, Anh. II § 60 Rn. 9 a.E.

pfligt ausgenommen werden. Im Wesentlichen⁸⁹ betrifft dies aber nur Zahlungen während einer zulässigen Ausschöpfung der 3- bzw. 6-Wochen-Frist für die Antragstellung nach § 15a Abs. 1 Satz 2 InsO⁹⁰ bzw. der 6-Wochen-Frist nach § 69 Abs. 2 IO.^{91, 92}

Nach diesem Zeitpunkt (und bis zur tatsächlichen Antragstellung) sind in Deutschland ausweislich der Materialien⁹³ zum SanInsFoG selbst Zahlungen für Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung nicht mehr als sorgfaltsgemäß anzusehen;⁹⁴ trefflich streiten lässt sich lediglich darüber, ob die zeitlich limitierte Privilegierung für die Nichtentrichtung von Steuern in § 15b Abs. 8 InsO analog auf die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung anzuwenden ist.⁹⁵ Jedenfalls fraglich bleibt, ob diese legislatorischen Entwicklungen in Deutschland irgendeine Ausstrahlungswirkung auf Österreich haben werden. Dort hatte sich der OGH nämlich – zumindest mittelbar⁹⁶ – der früheren Auffassung des 2. Zivilsenats des BGH⁹⁷ angeschlossen und Zahlungen der sozialversicherungsrechtlichen Dienstnehmerbeiträge haftungsrechtlich privilegiert. Das dafür herangezogene Argument, der Geschäftsleiter stünde sonst vor

89 Ausnahmen sind denkbar, etwa unbedingt notwendige Aufwendungen zur Erhaltung des Massevermögens, wie z.B. Zahlungen der Feuerversicherung, ausf. Habersack/Casper/Löbbe-Casper, Anh. § 62 Rn. 151 m.w.N. auch der Gegenansicht; für Österreich ebenso Trenker, JBl 2018, 434, 436.

90 Kübler/Prütting/Bork-Bork/Kebeke, § 15b Rn. 49; Habersack/Casper/Löbbe-Casper, Anh. § 62 Rn. 150; Bitter, GmbHR 2022, 57, 61; ausf. zur Rechtslage nach dem SanInsFoG Klöbn/Zell, Sorgfaltsgemäße Zahlungen nach Insolvenzreife im neuen § 15b InsO, NZI 2022, 673 ff.

91 Insolvenzordnung RGBl. 1914/337.

92 OGH 6 Ob 164/16k (Pkt. 1.3.); J. Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht, 2. Aufl. (1996) Rn. 2/348; Adensamer/Oelkers/Zechner, Unternehmenssanierung zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht (2006) 38; Binder: in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rn. 3/49; U. Torggler/Trenker, JBl 2013, 613, 627; Jaufer, Das Unternehmen in der Krise, 4. Aufl. (2022) 199 f., 202 f.

93 BT-Drucks. 19/24181, 195.

94 Brinkmann, Die Haftung der Geschäftsleiter in der Krise nach dem Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG), ZIP 2020, 2361, 2367; Jakobs/Kruth, § 15b InsO – neue Haftungsmaßstäbe bei Insolvenzreife, aber keine Entwarnung für Geschäftsleiter, DStR 2021, 2534, 2537; Habersack/Casper/Löbbe-Casper, Anh. § 62 Rn. 162; Bitter, GmbHR 2022, 57, 61 f.; Sander, Die Kollision von Zahlungs- und Massesicherungspflicht, ZInsO 2022, 1544, 1546 ff.; a.A. A. Schmidt, Die neue Geschäftsleiterhaftung gem. § 15b InsO im Lichte der Rechtsprechung zu § 64 Satz 1 GmbHG a.F. – was bleibt, was ist neu? ZRI 2021, 389, 393 f.; Baumert, Geschäftsführerhaftung unter § 15b InsO – Brennpunkte der Neuregelung, ZRI 2021, 962, 967.

95 Dafür Bitter, Reform des Insolvenz- und Restrukturierungsrechts zum 01.01.2021 in Kraft getreten, GmbHR 2021, R16, R18; Hodgson, Die Neufassung des Zahlungsverbots ab Insolvenzreife nach § 15b InsO, NZI-Beilage 2021, 85, 86; H.-F. Müller, Die Begrenzung der Haftung wegen masseschmälernder Zahlungen durch das SanInsFoG, GmbHR 2021, 737, 739; Berberich, Analogie zu § 15b VIII InsO bei der Abführung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung (§ 266a StGB), ZInsO 2021, 1313; Habersack/Casper/Löbbe-Casper, Anh. § 62 Rn. 165; Bitter, GmbHR 2022, 57, 63 f.; a.A. Jakobs/Kruth, DStR 2021, 2534, 2539 f.; Baumert, ZRI 2021, 962, 967; Sander, ZInsO 2022, 1544, 1550.

96 Der OGH verweist lediglich auf U. Torggler/Trenker, JBl 2013, 613, 627, die die Rsp. des BGH wiedergeben, jedoch den entscheidenden Aspekt der Begründung gerade ablehnen.

97 BGH II ZR 48/06 NJW 2007, 2118 (Altmeyen); II ZR 196/09 ZIP 2009, 2293.

dem Dilemma, zwischen einer Strafbarkeit sowie einer persönlichen Haftung wegen Nichtentrichtung dieser Beiträge und der Ersatzpflicht wegen Entrichtung der Beiträge »wählen« zu müssen, verkennt jedoch, dass er sich durch die Insolvenzverschleppung selbst in diese Lage gebracht hat.⁹⁸

3. Zwischenfazit

Wie auch immer man diese Detailfragen letztlich lösen will, so sollte der Blick auf diese tatbestandsimmanente Korrekturversuche vor allem eines gezeigt haben: Die Berechnung der Anspruchshöhe anhand der einzelnen Zahlungen ist nicht nur komplex, sondern für die Berechnung des teleologisch maßgeblichen Gläubigerschadens ehrlicherweise ungeeignet. Das gilt zumindest in einer von hochgradig arbeitsteiligen Prozessen und komplexen Zahlungs- und Finanzierungsmethoden dominierten Wirtschaft, wie wir sie im 21. Jahrhundert vorfinden. Wenngleich akademisch spannend, ist damit letztlich auch die Frage müßig, ob der historische Gesetzgeber bei Erlass von Art. 241 ADFGB (dazu oben I.) eine bewusste und (damals) systemkonforme Entscheidung getroffen hat.⁹⁹

In einer modernen Wirtschaftsordnung und Rechtskultur ist es m.E. jedenfalls uneingeschränkt beifallswürdig, wenn der deutsche Gesetzgeber und das österreichische Höchstgericht – sofern vom Geschäftsleiter nachgewiesen – den Gläubigerschaden zur maßgeblichen Determinante für die Anspruchshöhe heranziehen während die Höhe der kumulierten unzulässigen Zahlungen zur bloßen Schadensvermutung »zurechtgestutzt« wird. Es besteht damit zumindest ein »Notkorrektiv«, wenn die Bemessung der Anspruchshöhe trotz aller tatbestandsimmanenter Einschränkungen – im wahren Sinne des Wortes – über das Ziel hinauschießt.¹⁰⁰ Dass die tatbestandsimmanenten Begrenzungen weiterhin alternativ zu diesem Entlastungsbeweis im Wege eines Gesamtvergleichs anwendbar sind (unten IV.2.),¹⁰¹ mag den Prozess über die Ersatzpflicht zwar verkomplizieren, erhöht dafür aber die Chance eines interessengerechten Ergebnisses erheblich.

98 Zutr. dagegen BT-Drucks. 19/24181, 195; ebenso schon BGH 5 StR 67/05 NZG 2005, 892, 893 f.; eingehend *Bitter*, Haftung von Gesellschaftern und Geschäftsführern in der Insolvenz ihrer GmbH – Teil 2, ZInsO 2010, 1561, 1570 f. sowie *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, 6, 7. Auch der Hinweis von *P. Csoklich*, (ZIK 2018, 8, 11) auf die (anfechtungsrechtliche) Qualifikation als Zug-um-Zug-Leistung vermag – anders als im österreichischen Anfechtungsrecht – keine Privilegierung zu rechtfertigen.

99 Besonders lesenswert zu dieser Frage *Thiessen* in: Schröder/Kanzleiter, 3 Jahre nach dem MoMiG 72 ff.

100 *Trenker*, JBl 2018, 434, 438; i.d.S.a. Rowedder/Pentz-P. *Schneider/M. Schmidt-Leithoff*, Anh. II § 60 Rn. 9.

101 Für Deutschland i.d.S. *Habersack/Casper/Löbbe-Casper*, Anh. § 62 Rn. 103 f., 170; *Braun-Weber/Dömmcke*, § 15b Rn. 43 f.; *BeckOK-InsR-Wolfer*, § 15b Rn. 33 f.; für Österreich *Trenker*, JBl 2018, 434, 441.

IV. Berechnung des Gläubigerschadens als Haftungsbergrenze

1. Fragestellung

Die positive Einschätzung des »neuen« Haftungskonzepts steht und fällt naturgemäß damit, wie die Entlastungsmöglichkeit in der Rechtswirklichkeit gehandhabt wird.¹⁰² Das ist keineswegs bloß eine Frage danach, wie großzügig oder streng die Tatsachengerichte bei der Schlüssigkeitsprüfung des Vorbringens des Geschäftsleiters oder bei der Beweiswürdigung operieren, sondern in erster Linie eine rechtsdogmatische Frage: Nämlich die Frage danach, was denn unter diesem »Gläubigerschaden« überhaupt zu verstehen ist und welche rechtlichen Rahmenbedingungen für dessen Berechnung maßgeblich sind.

Die Frage stellt sich für Deutschland und Österreich in prinzipiell gleicher Weise, weshalb es naheliegt, auch eine »staatenübergreifende« Lösung zu suchen. Es soll dabei nicht verkannt werden, dass das Entlastungskonzept zwar einmal auf einer legislativen Neuregelung, einmal auf einer judikativen Rechtsfortbildung beruht. Ebenso wenig wie der deutsche Gesetzgeber jedoch ein in jeder Hinsicht ausgereiftes Konzept für den Rechtsanwender präsentiert, ist die erstmalig geäußerte Auffassung des OGH zwingend als der »Weisheit letzter Schluss« anzusehen. Es gilt vielmehr in beiden Rechtsordnungen ein Konzept zu finden, das dem unveränderten Zweck des Zahlungsverbots und insoweit auch den Interessen der Beteiligten bestmöglich Rechnung trägt, ohne dabei die praktische Handhabbarkeit aus dem Blick zu verlieren.

2. Meinungsstand

In Österreich hat sich der OGH¹⁰³ – wie erwähnt (oben II.2.) – bereits auf eine Schadensposition und auch ein Berechnungsmodell festgelegt: Der Geschäftsleiter müsse maximal so viel zahlen, wie erforderlich ist, um die hypothetische Quote bei rechtzeitigem Insolvenzantrag zu erreichen. Dies ist unzweifelhaft als Bekenntnis zum Quotenschaden als der relevanten Größe zur Determination des Gläubigerschadens zu verstehen. Auch das Schrifttum teilt diesen Standpunkt ganz überwiegend.¹⁰⁴

In Deutschland werden hingegen völlig unterschiedliche Ansichten vertreten. So möchte *Thole*¹⁰⁵ § 15b Abs. 4 Satz 2 InsO lediglich als eine Art gesetzgeberisches Sig-

102 Vgl. Habersack/Casper/Löbbecke-Casper, Anh. § 62 Rn. 107, 172: »Hase im Pfeffer«; vgl. auch Nerlich/Römermann-Mönnig, InsO, 43. Lfg. (2021) § 15b Rn. 29.

103 OGH 6 Ob 164/16k (Pkt. 2.3.4. und 2.3.5.); a.A. noch 5 Ob 38/72, wo eine Entlastung durch den Nachweis eines Betriebsgewinns angedacht wird.

104 *Trenker*, JBl 2018, 434, 438 f.; *Dellinger*, ÖBA 2018, 735 (Entscheidungsanmerkung); i.d.S.a. schon *G. Kodek* in: *Konecny* (Hg.) Insolvenz-Forum 2017, 165, 172, 176 f.; referierend *Robertson*, *ecolex* 2018, 150, 151; *P. Csoklich*, *ZfK* 2018, 8, 11; ebenso interpretieren dies – freilich im Kontext einer Untersuchung zum deutschen Recht – *Klöbn/Zell*, *NZG* 2022, 836, 838. Auf einem Missverständnis der unterschiedlichen Schadenspositionen (dazu unten IV.4.a.) basiert es demgegenüber, wenn *Gassner/Wabl*, *ecolex* 2018, 908, 911 einen Betriebsgewinn von der Summe der eingeklagten Zahlungen abziehen wollen; dennoch zust. *Piringer*, *Insolvenzverschleppung: Schadensposition und Berechnung*, Sachverständige 2020, 146, 148 f.

105 *Thole*, *Die Geschäftsliterhaftung im StaRUG und nach § 15b InsO n.F.*, BB 2021, 1347, 1353.

nal zugunsten einer (geringfügig) großzügigeren Einzelanrechnung »kompensierender Gegenleistungen« für die jeweiligen Zahlungen verstehen. Noch weiter in diese Richtung gehen A. Schmidt¹⁰⁶ und Gehrlein,¹⁰⁷ die die Neuregelung überhaupt nur als Kodifikation der bisherigen Rechtsprechung des BGH ansehen, wonach Einnahmen eben unter gewissen Voraussetzungen als haftungsmindernd berücksichtigt werden dürfen.

Da der Gesetzeswortlaut jedoch auf »ein[en] geringere[n] Schaden« »der Gläubigerschaft« Bezug nimmt und die Gesetzesmaterialien¹⁰⁸ sogar wörtlich von einem »die einzelnen Zahlungen unterschreitenden Gesamtschaden« der Gläubiger sprechen, vermag die Annahme einer bloßen Bestätigung oder Bekräftigung der Zulässigkeit der Einzelanrechnung nicht zu überzeugen.¹⁰⁹ Gegen die Annahme einer bloßen Fortführung des *status quo* spricht auch der in den Materialien offengelegte Versuch,¹¹⁰ die beiden unterschiedlichen Auffassungen über die Konzeption des Erstattungsanspruchs zu einem einheitlichen Ansatz zu verbinden¹¹¹ und eben nicht nur einseitig die bisherige Sichtweise des BGH in Stein zu meißeln. Es trifft zwar auch m.E. zu, dass durch § 15b Abs. 4 Satz 2 InsO (im Wege des *argumentum a fortiori*) eine Einfallsforte dafür geschaffen wurde, auch bei der Anrechnung von einzelnen Gegenleistungen auf haftungsbegründende Zahlungen einen großzügigeren Maßstab anzulegen (unten IV.4.f.).¹¹² Der Gehalt der Norm erschöpft sich aber nicht darin. Vielmehr muss dem Geschäftsführer (auch) die Möglichkeit offenstehen, sich im Wege einer gesamthaften Vergleichsrechnung zu entlasten.¹¹³ Der Gegenstand dieser Vergleichsrechnung ist freilich ebenfalls umstritten, wobei im Wesentlichen drei unterschiedliche Ansätze vertreten werden:

Der erste Teil der Lehre stellt – wie der OGH in Österreich und K. Schmidt¹¹⁴ zum alten Recht – auf den Quotenschaden ab; namentlich tun dies Poertzgen,¹¹⁵ Baumert,¹¹⁶ Wolfert¹¹⁷ und wohl auch Weber/Dömmecke.¹¹⁸ Allerdings findet sich bei diesen Auto-

106 A. Schmidt, ZRI 2021, 389.

107 Gehrlein, Neuregelung und Konzentration der Zahlungsverbote in § 15b InsO-E, DB 2020, 2393, 2397.

108 BT-Drucks. 19/24181, 195.

109 Statt vieler H.-F. Müller, GmbHIR 2021, 737, 742; Lieder/Wagner, ZGR 2021, 495, 526; Klöhn/Zell, NZG 2022, 836.

110 BT-Drucks. 19/24181, 195.

111 So auch Rowedder/Pentz-P. Schneider/M. Schmidt-Leithoff, Anh. II § 60 Rn. 9.

112 Bitter, ZIP 2021, 321, 329 ff.; Klöhn/Zell, NZG 2022, 836, 842; wohl auch, wenngleich weit restriktiver Thole, BB 2021, 1347, 1353.

113 Hodgson, NZI-Beilage 2021, 85, 87; H.-F. Müller, GmbHIR 2021, 737, 742; Kübler/Prütting/Bork-Bork/Kebekus, § 15b Rn. 69; Habersack/Casper/Löbbe-Casper, Anh. § 62 Rn. 171 ff., 174; Klöhn/Zell, NZG 2022, 836.

114 Oben bei und in Fn. 47.

115 Poertzgen, Insolvenzverschleppung in Zeiten von COVInsAG, StaRUG und SansInsFoG, ZInsO 2020, 2509.

116 Baumert, § 15b InsO – offene Praxisfragen beim korrigierenden Eingriff des Gesetzgebers in die Rechtsprechung des II. Senats, NZG 2021, 443, 448 (dies sogar unter Bezugnahme auf OGH 6 Ob 164/16k); ähnlich auch Baumert, ZRI 2021, 962, 966.

117 BeckOK-InsR-Wolfer, § 15b Rn. 33.

118 Braun-Weber/Dömmecke, § 15b Rn. 44.

ren kaum eine Erläuterung der exakten Berechnungsweise und auch keine Auseinandersetzung mit alternativen Schadenspositionen. Einzig *Baumert*¹¹⁹ stellt klar, dass es sich nicht um den Gesamtquotenschaden der Insolvenzverschleppung handele, sondern die Quotenverringering zu errechnen sei, die sich aus den verbotenen Zahlungen abzüglich des Werts der damit lukrierten Leistungen ergebe; damit entfernt er sich freilich vom Konzept eines Gesamtvermögensvergleichs und gelangt – wie er selbst einräumt¹²⁰ – im Wesentlichen zu denselben Ergebnissen wie die bisher h.M. von der Einzelbetrachtung.

Die zweite Gruppe der Lehre will den Gläubigerschaden mit der Minderung des Gesellschaftsvermögens gleichsetzen.¹²¹ Diese Minderung bemesse sich nach der Differenz zwischen der Vermögenslage der Gesellschaft bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung und der Vermögenslage im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Als Proponent dieser Ansicht ist einmal *H.-F. Müller*¹²² zu nennen. Bereits zuvor hatte *Bitter*¹²³ ganz i.d.S. vorgeschlagen, im Anschluss an eine BGH-Entscheidung¹²⁴ zur Haftung des Steuerberaters wegen einer Fehlberatung über die Insolvenzreife den verursachten Vermögensverlust der Gesellschaft heranzuziehen. Weitere Vertreter dieser Auffassung aus der Kommentarliteratur sind *Mönning*¹²⁵ oder *P. Schneider/M. Schmidt-Leithoff*.^{126, 127}

Einen weitgehend neuen Ansatz liefern schließlich *Klöhn/Zell*.¹²⁸ Sie wollen für den Gesamtschaden der Gläubiger ausschließlich auf die Summe der aktivseitigen Masseabflüsse abstellen. Im Einzelnen ist ihr Konzept komplex und mitunter nicht einfach nachvollziehbar: Grundsätzlich sollen in die Vergleichsrechnung zulasten des Geschäftsleiters nur verbotswidrige Zahlungen (i.S.d. bisher von der Rechtsprechung etablierten Grundsätze), zu seinen Gunsten aber offenbar alle tatsächlichen Massezuflüsse angerechnet werden, ohne dass es auf den unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang i.S.d. bisherigen Rechtsprechung ankäme.¹²⁹ Dennoch soll ab dem

119 *Baumert*, ZRI 2021, 962, 966.

120 *Baumert*, ZRI 2021, 962, 966 Fn. 54, wonach sich der Streit damit auf den kompensierenden Wertausgleich reduziere und man zu Ergebnissen gelange, die dem Ansatz von *Thole* (dazu oben bei und in Fn. 105) entsprächen.

121 Vgl. i.d.S. bereits zur früheren Rechtslage *Altmeyden*, § 64 Rn. 43 f., wobei m.E. letztlich nicht eindeutig nachvollziehbar ist, auf welche Schadensposition dieses Konzept abstellt (vgl. dazu bereits *Trenker*, JBl 2018, 354, 357 Fn. 19); *Bitter*, Beilage zu ZIP 22/2016, 6, 9 ff., je m.w.N.

122 *H.-F. Müller*, GmbHR 2021, 737, 741; MünchKomm-GmbHG-*H.-F. Müller*, § 64 Rn. 220; *H.-F. Müller*, Gegenleistungen im Regime der insolvenzrechtlichen Zahlungsverbote, ZInsO 2022, 2553, 2555.

123 *Bitter*, ZIP 2021, 321, 329.

124 BGH IX ZR 204/12 ZIP 2013, 1332.

125 Nerlich/Römermann-*Mönning*, § 15b Rn. 29.

126 Rowedder/Pentz-*P. Schneider/M. Schmidt-Leithoff*, Anh. II § 60 Rn. 49.

127 Auch *Jakobs/Kruth* (DSiR 2021, 2534, 2540 f.) verlangen vom Geschäftsführer eine Gegenüberstellung von Vermögenslagen, wobei die Erwirtschaftung von Gewinnen der Gesellschaft als Indiz anzuführen sei, dass sich die Unternehmensfortführung nicht zulasten der Masse ausgewirkt habe.

128 *Klöhn/Zell*, NZG 2022, 836, 840 ff.

129 *Klöhn/Zell*, NZG 2022, 836, 840 f., 842.

Zeitpunkt einer Insolvenzverschleppung (also nach allfälliger Ausschöpfung der Frist des § 15 Abs. 1 Satz 2 InsO) schlicht der »Saldo aus allen Zahlungen und allen Massezuflüssen« den Ausschlag geben.¹³⁰ Letztere Ansicht dürfte zu ähnlichen Ergebnissen führen, wie der Ansatz *Altmeyers*,¹³¹ wonach es auf »das während der Verschleppungszeit erwirtschaftete Geschäftsergebnis« ankomme, »soweit es die verteilungsfähige Masse verkürzt hat«. Der wesentliche Unterschied besteht aber wohl darin, dass *Altmeyers*¹³² auch Wertänderungen miteinbezieht, denen keine dem Geschäftsleiter zurechenbaren Zahlungsströme zugrundeliegen.

3. Berechnung und Analyse unterschiedlicher Schadenspositionen

Bevor einer dieser Berechnungsvarianten der Vorzug gegeben werden kann, müssen zunächst die Unterschiede zwischen den Schadenspositionen im Einzelnen herausgearbeitet werden. Es ist nämlich zu vermuten, dass gerade der fundamentale Unterschied zwischen dem Quotenschaden und dem Vermögensverlust der Gesellschaft nicht bei allen einschlägigen Stellungnahmen berücksichtigt wurde.¹³³ Es ist deswegen erfreulich, dass *Klöhn/Zell*¹³⁴ diese Differenzierung jüngst im Anschluss an einen Aufsatz des *Verfassers*¹³⁵ prominent hervorgehoben haben; dennoch soll dies im Folgenden nochmals in Grundzügen nachvollzogen werden, nicht zuletzt, um auch die dritte potenzielle Schadensposition, den gesamten Verlust an Aktivvermögen, hierzu in Beziehung zu setzen. Zu verdeutlichen ist dies am besten anhand konkreter, wenn auch stark vereinfachter Beispiele:

Szenario 1:

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

Szenario 2:

Gebotene Antragstellung	Aktiva 200	Passiva 400	EK – 200	Quote 50 %
Tatsächliche Antragstellung	Aktiva 50	Passiva 200	EK – 150	Quote 25 %
Differenz	-150	-200	+50	-25 % (= 50)

Im ersten Szenario beträgt der Betriebsverlust 260, obwohl der Quotenschaden von 12,5 % bereits durch eine Zahlung von 80 an das Gläubigerkollektiv ausgeglichen werden könnte. Der Schaden des Gläubigerkollektivs ist somit weit geringer als jener der Gesellschaft. Der Nettoabfluss an Aktiva i.H.v. 20 liegt sogar noch darunter (aufgrund

130 *Klöhn/Zell*, NZG 2022, 836, 842.

131 *Altmeyers*, Abschied vom »Quotenschaden«, ZIP 2022, 1413, 1419.

132 *Altmeyers*, ZIP 2022, 1413, 1416.

133 Vgl. allerdings den – m.E. sehr optimistisch anmutenden – Befund über das Problembewusstsein des BGH bei *Klöhn/Zell*, NZG 2022, 836, 841.

134 *Klöhn/Zell*, NZG 2022, 836, 839 f.

135 *Trenker*, JBl 2018, 354, 356 f. Dort auch zu den folgenden Beispielen.

der stark angestiegenen Verbindlichkeiten könnte dies den naheliegenden Hintergrund haben, dass Aktivabflüsse letztlich durch neue Kredite »finanziert« wurden).¹³⁶

Das zweite Szenario beweist die für das Verständnis des Zahlungsverbots so zentrale Tatsache, dass ein Quotenschaden auch ohne Schädigung der Gesellschaft möglich ist.¹³⁷ Während sich der Vermögensstand (= EK) der Gesellschaft *in statu cridae* sogar verbessert hat, wurde das Gläubigerkollektiv empfindlich geschädigt und um die Hälfte seiner Quote gebracht. Dieser Quotenschaden von 25 % wäre durch eine Zahlung von 50 ausgleichbar.¹³⁸ Der Nettoabfluss an Aktiva betrug hingegen sogar das Dreifache hiervon, nämlich 150.

Dieses kontraintuitive Ergebnis ist mathematisch einfach damit zu begründen, dass der Betriebsverlust aus der Entwicklung des Eigenkapitals, sohin der *Differenz* zwischen Aktiva und Passiva, resultiert, während die für den Quotenschaden zu vergleichenden Insolvenzquoten aus dem *Quotienten* von Aktiva und Passiva zu errechnen sind. Dementsprechend schadet der Entwicklung des Eigenkapitals eine Senkung der Aktiva gleich viel, wie eine Senkung der Passiva nützt *et vice versa*. Beim Quotenschaden fällt hingegen jede Verringerung der Aktiva – abhängig vom Grad der Überschuldung – weit stärker ins Gewicht als eine damit möglicherweise einhergehende Verringerung der Passiva. Der Prototyp der Bilanzverkürzung, die Tilgung einer Verbindlichkeit, begründet damit als ergebnisneutraler Vorgang zwar keinen Vermögensverlust, führt aber sehr wohl zu einem Quotenschaden. Diese Erkenntnis bereitet letztlich das teleologische Fundament des Zahlungsverbots in § 15b InsO bzw. § 25 Abs. 3 Ziff. 2 öGmbHG: Weil die Erhaltung der Aktiva für die Befriedigungsaussichten der Gläubiger besonders essentiell, deren Verringerung also besonders schadensträchtig ist, stellen diese Bestimmungen (grob vereinfachend) nur ein Verbot der Verringerung der Aktiva, hingegen kein Verbot der Vergrößerung der Passiva auf.¹³⁹

Die Einbeziehung der Vergrößerung oder Verringerung der Verbindlichkeiten beim Quotenschaden erklärt schließlich den Unterschied dieser Rechenposition zu jener des Nettomasseabflusses. Im Szenario 1 war der Masseabfluss (wegen der erheblichen Vergrößerung der Verbindlichkeiten) weit geringer, im Szenario 2 (wegen der erheblichen Reduktion der Verbindlichkeiten) weit höher als der Quotenschaden. Besonders für Szenario 2 ist allerdings zu bedenken, dass dem Geschäftsleiter, der i.S.d. Lösung von *Klöhn/Zell* den gesamten Masseabfluss i.H.v. 150 auszugleichen hätte, m.E. in diesem Ausmaß eine Insolvenzforderung zuzuerkennen wäre (dazu näher unten IV.4.b.).^{140, 141}

136 Vgl. auch *Altmeyen*, ZIP 2022, 1413, 1415.

137 So bereits *Dellinger*, Vorstandshaftung 234.

138 Das entspricht übrigens im Beispiel nur zufällig dem Gewinn von 50.

139 Zust. *Klöhn/Zell*, NZG 2022, 836, 841.

140 Belässt man alle Parameter i.Ü. gleich, so ergäbe sich eine Insolvenzquote i.H.v. 57,14 % (nach Ausgleich des Nettoabflusses i.H.v. 150 würden die Aktiva 200, die Passiva wegen der zusätzlichen Insolvenzforderung des Geschäftsleiters 350 betragen), womit dem Geschäftsleiter im Wege dieser Insolvenzforderung rund 86 der geleisteten 150 »rückerstattet« würden. Seine Zahlungslast würde sich damit auf 64 belaufen, was im Vergleich zur Zahlungslast bei Abstellen auf den Quotenschaden von 50 immerhin auf eine Mehrbelastung und damit auf eine Bereicherung der Gläubiger i.H.v. 14 hinausliefe.

141 BGH II ZR 88/99 NZG 2001, 361 (*Habersack/Mayer*); II ZR 235/03 NZI 2006, 83 (*Gundlach/Frenzel*); ebenso wohl auch *Klöhn/Zell*, NZG 2022, 836, 841, wobei sie dies nur dann

Auch in Szenario 1 stünde dem Geschäftsleiter eine Insolvenzforderung zu. Wegen der geringen Höhe des Nettomasseabflusses i.H.v. 20 fiel dies jedoch kaum ins Gewicht; die Diskrepanz zur Zahlungslast des Geschäftsleiters im Vergleich zum weit höheren Quotenschaden i.H.v. 80 würde sich dadurch aber sogar noch weiter vergrößern.¹⁴²

4. Eigene Ansicht

a) Quotenschaden versus Vermögensverlust der Gesellschaft

Die Analyse der unterschiedlichen Schadenspositionen sollte bereits gezeigt haben, dass der Vermögensverlust der Gesellschaft nicht zur Determination des Gläubigerschadens i.S.d. § 15 Abs. 4 Satz 2 InsO geeignet ist. Es handelt sich dabei schlicht um den Vermögensverlust der Gesellschaft, welcher im Stadium der Überschuldung nicht identisch mit dem Vermögensverlust der Gläubiger ist.

Wenn der Vermögensverlust der Gesellschaft wie in Szenario 1 weit höher als der Quotenschaden ist, dann wäre es unbillig, wenn der Geschäftsleiter den gegen ihn erhobenen Anspruch auf Erstattung der verbotswidrigen Zahlungen, der allein dem Gläubigerschutz dient, nicht weiter »mindern« könnte als bis zum – weit höheren – Schaden der Gesellschaft.¹⁴³ Umgekehrt würde dem Zahlungsverbot geradezu sein teleologisches Fundament entzogen, wenn sich der Geschäftsleiter wie in Szenario 2 damit entlasten könnte, dass es gar keinen Verlust der Gesellschaft gegeben hat, wenn sich die Befriedigungsaussichten der Gläubiger wegen überproportionaler Abflüsse der Aktivseite trotzdem verschlechtert haben. Wer das Zahlungsverbot durch den Gesellschaftsschaden begrenzen will, vermengt also zwei unterschiedliche Schadenskategorien in teleologisch unhaltbarer Weise und nimmt damit systematisch falsche Ergebnisse in Kauf.¹⁴⁴

Prima vista könnte ein reines Abstellen auf den Quotenschaden allerdings Schutzlücken hinterlassen, wenn zwar das Verhältnis von Aktiva und Passiva und damit auch die Quote konstant gehalten, aber der absolute Vermögensverlust der Gläubiger vergrößert wurde. Zur Illustration möge ein weiteres Beispiel dienen:¹⁴⁵

befürworten, wenn dem Geschäftsleiter der Beweis eines niedrigeren Schadens nicht gelingt und er deshalb zur Erstattung der geleisteten Zahlungen verurteilt wird.

142 Belässt man alle Parameter i.Ü. gleich, so ergäbe sich eine Insolvenzquote i.H.v. 15,15 % (nach Ausgleich des Nettoabflusses i.H.v. 20 würden die Aktiva 100, die Passiva wegen der zusätzlichen Insolvenzforderung des Geschäftsleiters 660 betragen), womit dem Geschäftsleiter im Wege dieser Insolvenzforderung rund 3 der geleisteten 20 »rückerstattet« würden. Seine Zahlungslast würde sich damit auf 17 belaufen, womit seine Zahlungslast weit geringer wäre als bei einem Abstellen auf den Quotenschaden i.H.v. 80.

143 Auch wenn man den Ersatzanspruch mit dem zur vollständigen Befriedigung sämtlicher Gläubiger erforderlichen Betrag begrenzt (so MünchKomm-GmbHG-H.-F. Müller, § 64 Rn. 222), ändert dies nichts daran, dass der Geschäftsleiter nach dieser Auffassung u.U. weit mehr ausgleichen müsste, als die Insolvenzverschleppung für die Gläubiger »angerichtet« hat.

144 Treffend Klöhn/Zell, NZG 2022, 836, 840; Altmeyden, ZIP 2022, 1413, 1415; i.d.S.a. Noack/Servatius/Haas-Haas, § 64 Rn. 151; für Österreich: Trenker, JBl 2018, 434, 438 f.; Dellinger, ÖBA 2018, 735 (Entscheidungsanmerkung).

145 Für diesen Einwand danke ich Hans-Friedrich Müller im Zuge der Diskussion über den diesem Beitrag zugrundeliegenden Vortrag.

Szenario 3:

Gebotene Antragstellung	Aktiva 100	Passiva 400	EK – 300	Quote 25 %
Tatsächliche Antragstellung	Aktiva 400	Passiva 1600	EK – 1200	Quote 25 %
Differenz	+300	+1200	-900	0 % (= 0)

In Szenario 3 hat sich die Quote nicht verschlechtert. Auch die Aktivmasse wurde nicht geschmälert, sondern vergrößert. Dennoch »fehlen« im Endeffekt nicht mehr 300, sondern 1200 für eine vollständige Befriedigung aller Gläubiger. Der Gesellschaftsschaden beträgt dementsprechend 900. Der Grund dafür liegt offensichtlich darin, dass im Verschleppungszeitraum verhältnismäßig viele neue Schulden begründet wurden. Das höhere negative Eigenkapital i.H.v. 1200 bei tatsächlicher Antragstellung im Vergleich zu 300 bei gebotener Antragstellung bildet damit allerdings – wegen der gleichbleibenden Quote – nur den Vertrauensschaden der Neugläubiger ab.

Diesen Vertrauensschaden sollen § 15b InsO und § 25 Abs. 3 Ziff. 2 öGmbHG aber m.E. gerade nicht ausgleichen; dazu dient weiterhin der individuelle Ersatzanspruch der betroffenen Gläubiger gem. § 15a InsO i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB¹⁴⁶ bzw. § 69 Abs. 2, 3 IO i.V.m. § 1311 ABGB.^{147, 148} Entscheidend gegen die Einbeziehung von Vertrauensschäden in die Schadensberechnung nach § 15b Abs. 4 Satz 2 InsO spricht nämlich, dass der Grundtatbestand einer Zahlung gerade keinen solchen Vertrauensschaden, sondern eben nur einen Quotenschaden begründet, wenn man nicht entgegen der ganz h.M.¹⁴⁹ und weit über die Wortlautgrenze hinaus auch die Begründung von Verbindlichkeiten unter den Zahlungsbegriff subsumieren will.¹⁵⁰

b) Quotenschaden versus Masseabfluss

Ausgehend von ebendiesem »masseorientierten« Grundtatbestand der Zahlung liegt es in der Tat nahe, für die Bemessung des Gläubigerschadens mit *Klöbn/Zell*¹⁵¹ die Veränderung des Ausmaßes der Verbindlichkeiten überhaupt außen vor zu lassen und nur auf die Minderung der Aktivseite abzustellen. Dieser Ansatz könnte m.E. jedoch allenfalls dann überzeugen, wenn sämtliche Ab- und Zuflüsse im maßgeblichen Zeitraum saldiert würden. Hingegen erscheint es nicht interessengerecht, zu Lasten des Geschäftsleiters nur verbotswidrige Zahlungen, zu seinen Gunsten aber sämtliche Zu-

146 Grundlegend BGH II ZR 292/91 NJW 1994, 220; aus jüngerer Zeit z.B. BGH II ZR 253/07 NZG 2009, 750; II ZR 130/10 NJW 2012, 3510; a.A. noch BGH VI ZR 245/57 NJW 1959, 623.

147 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch JGS. 1811/946.

148 OGH 4 Ob 31/07y; 2 Ob 117/12p; RIS-Justiz RS0122035.

149 Oben Fn. 62 f.

150 So in der Tat noch *Schulze-Osterlob*, Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife (§ 64 Abs. 2 GmbHG; § 92 Abs. 3, § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG), in FS Bezzenberger (2000) S. 415, 417 m.w.N.; ebenso immer noch *Diekmann* in: Priester/Mayer/Wicke (Hg.) Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts: Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 5. Aufl. (2018) § 46 Rn. 51.

151 *Klöbn/Zell*, NZG 2022, 836, 840 ff.

flüsse zu veranschlagen, wie dies – wenn auch m.E. nicht ganz eindeutig – Klöbn/Zell¹⁵² vorschlagen. Letzteres würde nämlich bspw. darauf hinauslaufen, dass die erhaltene Gegenleistung aus einem Leistungsaustausch, der ausnahmsweise mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters vereinbar wäre, als schadensmindernd berücksichtigt würde, obwohl die dafür (!) geleistete Zahlung gar nicht als schadensbegründend miteinberechnet wird.

Versteht man den skizzierten Lösungsvorschlag stattdessen so, dass der »Gläubigerschaden« i.S.d. § 15 Abs. 4 Satz 2 InsO pauschal mit dem Ausmaß der Verringerung der Aktiva im maßgeblichen Zeitraum gleichzusetzen wäre, so ist zu konstatieren, dass dies jedenfalls nicht den gesamten Gläubigerschaden widerspiegelt, der durch die Insolvenzverschleppung herbeigeführt wurde. Denn dafür ist – wie die obigen Szenarien gezeigt haben sollten – ebenfalls, wenn auch in geringerem Ausmaß, maßgeblich, wie sich die Höhe der Verbindlichkeiten entwickelt hat. Dem halten Klöbn/Zell¹⁵³ entgegen, dass das haftungsbegründende Verhalten bei einem Verstoß gegen § 15b InsO gerade nicht die Insolvenzverschleppung, sondern die einzelnen verbotswidrigen Zahlungen sind. So richtig dieser Befund ist, wird dabei nicht hinreichend gewürdigt, dass das Zahlungsverbot bzw. die Erhaltung der Masse sinnvollerweise gerade kein Selbstzweck ist, weil Gläubiger (selbstverständlich) kein originäres Interesse an einer Erhaltung der Masse ihres Schuldners, sondern nur an der Befriedigung ihrer Forderung haben. Im Endeffekt muss es daher stets um den Schutz der Befriedigungsaussichten der Gläubiger vor den Auswirkungen einer Insolvenzverschleppung gehen.¹⁵⁴ Wenngleich der Grundtatbestand des § 15b InsO aus Praktikabilitäts Erwägungen mit der Zahlung »nur« eine typische, für die Befriedigungsaussichten der Gläubiger besonders schadensträchtige Verhaltensweise im Verschleppungszeitraum herausgreift, ist es deshalb folgerichtig, für die Entlastung des Geschäftsleiters eine umfassende Beurteilung der Beeinträchtigung der Befriedigungsaussichten der Gläubiger heranzuziehen.¹⁵⁵ Der Geschäftsleiter soll – bei einem Verstoß gegen § 15b Abs. 1 InsO – eben nur insoweit ungeschoren davonkommen, als der Gläubigerschaft im relevanten Zeitraum kein Nachteil entstanden ist. Wie die obigen Rechenbeispiele belegen, vermag dies ein bloßes Abstellen auf die Entwicklung des Aktivvermögens nicht sicherzustellen.

Einzuräumen ist zwar, dass es *prima vista* eher für ein rein aktivseitiges Berechnungsschema spricht, wenn die Gesetzesmaterialien zum SanInsFoG betonen, durch § 15b Abs. 4 Satz 2 InsO solle vermieden werden, dass die Inanspruchnahme des Ersatzpflichtigen über ihr eigentliches Ziel, »die Erhaltung der Masse im Interesse der

152 Klöbn/Zell, NZG 2022, 836, 840 f., 842.

153 Klöbn/Zell, NZG 2022, 836, 840 f., 842.

154 Ganz i.d.S. jüngst K. Schmidt-K. Schmidt/Herchen, Insolvenzordnung, 20. Aufl. (2023) § 15b Rn. 30: »Der die Haftung begrenzende ›der Gläubigerschaft entstandene Schaden‹ wird [...] aus der periodischen Verringerung der Befriedigungsaussichten durch die Insolvenzverschleppung errechnet«; vgl. auch Noack/Servatius/Haas-Haas, § 64 Rn. 151: »nach wirtschaftl. Gesichtspunkten aus GlSicht«.

155 Vgl. i.d.S.a. Altmeyden, ZIP 2022, 1413, 1414 ff., der allerdings letztlich doch auf die Verkürzung der verteilungsfähigen Masse abstellt; ferner K. Schmidt-K. Schmidt/Herchen, § 15b Rn. 30, die diesen Umstand als »Delikatesse des gefundenen Kompromisses« bezeichnen.

Gläubiger«¹⁵⁶ hinausgeht.¹⁵⁷ Jedoch ist diese Aussage schon deshalb nicht überzubewerten, weil die amtliche Begründung dabei wohl einfach Formulierungen aus der früheren BGH-Rechtsprechung wiedergibt.¹⁵⁸ Vor allem aber liefert gleich der Folgesatz der amtlichen Begründung das stärkste Argument gegen die Schadensberechnung anhand des Nettomasseabflusses. Darin heißt es, die erfolgreiche Entlastung mit einem geringeren Gesamtgläubigerschaden mache die »Konstruktion eines im Urteil über die Ersatzpflicht dem Ersatzpflichtigen vorzubehaltenden Verfolgungsrechts in Höhe des Betrags, den der Zahlungsempfänger im Insolvenzverfahren erlöst hätte«,¹⁵⁹ entbehrlich. Setzt man die Ersatzpflicht des Geschäftsleiters demgemäß einfach mit der Höhe der Reduktion der Aktiva der Gesellschaft gleich, wäre es jedoch evident unbillig, dem Geschäftsleiter keinerlei quotenmäßigen Ausgleich zu gewähren. Dies möge Szenario 4 veranschaulichen:¹⁶⁰

Szenario 4:

Gebotene Antragstellung	Aktiva 1000	Passiva 1500	EK – 500	Quote 66,67 %
Tatsächliche Antragstellung	Aktiva 750	Passiva 1250	EK – 500	Quote 60 %
Differenz	-250	-250	0	6,67 % (= 83,38)

Angenommen der Insolvenzverwalter identifiziert in diesem Beispiel Zahlungen i.H.v. 500 und klagt folglich diese Summe ein. Daraufhin könnte sich der Geschäftsleiter – bei einer Schadensberechnung in Höhe des Masseabflusses – damit entlasten, dass er »nur« einen Nettoabfluss i.H.v. 250 zu verantworten hat. Die Insolvenzmasse würde durch die Ersatzleistung wieder aufgefüllt; von den durch die verbotswidrigen Zahlungen getilgten Verbindlichkeiten i.H.v. 250 bliebe sie hingegen – auf Kosten des Geschäftsleiters – verschont, wenn und weil es – nach der klaren Intention der Gesetzesmaterialien – zu keinem Übergang der hypothetischen Insolvenzforderungen auf den Geschäftsleiter kommt. Der Geschäftsleiter hätte also 250 zu bezahlen und erhielte keine Insolvenzforderung, obwohl der Quotenschaden schon durch eine Zahlung von rund 83,38 ausgeglichen werden könnte.

Da dem deutschen Gesetzgeber nicht unterstellt werden darf, derartige systematische Unbilligkeiten in Kauf genommen zu haben, ist er offensichtlich nicht davon ausgegangen, die Veränderung der Höhe der Verbindlichkeiten wäre bei der Berechnung des Gläubigerschadens unbeachtlich. Das gesetzgeberische Konzept macht hingegen ohne weiteres Sinn, wenn man die Haftung von vornherein auf den Quotenschaden begrenzt: Diesfalls bedarf es nämlich keines Übergangs einer quotenmäßig zu befrie-

156 BT-Drucks. 19/24181, 195.

157 So Klöhn/Zell, NZG 2022, 836, 841.

158 Dafür spricht, dass dieser Zweck der Bewahrung der Insolvenzmasse im Interesse der künftigen Insolvenzgläubiger schon zuvor unter explizitem Hinweis auf »BGH, Ur. v. 29.11.1999 – II ZR 273/98 BGHZ 143, 184–189, Rn. 9; Ur. v. 16.03.2009 – II ZR 280/07, Rn. 12« betont wurde.

159 BT-Drucks. 19/24181, 195; zust. MünchKomm-GmbHG-II.-F. Müller, § 64 Rn. 224.

160 Dieses Beispiel ist – bewusst – Klöhn/Zell, NZG 2022, 836, 839 entnommen.

digenden Forderung auf den Geschäftsleiter.¹⁶¹ Rechnerisch ausgedrückt ist Schutzgut des Zahlungsverbots nach alledem eben doch die Erhaltung der Quote und nicht nur die Erhaltung der Aktivmasse.

c) *Zwischenergebnis: Maßgeblichkeit des Quotenschadens als Ausdruck der Verringerung der Befriedigungsaussichten der Gläubiger*

Wertungsmäßig und dogmatisch ist es somit vorzugswürdig, den für die Entlastung maßgeblichen Gläubigerschaden grundsätzlich mit dem Quotenschaden gleichzusetzen. Wie noch näher gezeigt werden soll (unten IV.4.e.), ist dieser »Quotenschaden« allerdings nicht i.S.d. bisher h.M. in Deutschland dahingehend zu verstehen, dass es auf einen effektiven Vergleich der Quote im tatsächlich durchgeführten und hypothetisch bei rechtzeitiger Antragstellung durchzuführenden Verfahren ankäme, und dabei noch dazu nur auf die Altgläubiger abzustellen sei.¹⁶² Vielmehr soll mit diesem Begriff die Verkürzung der Befriedigungsaussichten aller Gläubiger im Verschleppungszeitraum, freilich exklusive des »Kontrahierungsschadens« der Neugläubiger, ausgedrückt werden.¹⁶³

d) *Verhältnis zur Befugnis des Insolvenzverwalters zur Geltendmachung der Quotenschäden der Gläubiger*

Unter dieser Prämisse drängt sich allerdings noch die Frage auf, wie sich dies zur allfälligen Legitimation des Insolvenzverwalters zur Verfolgung der Quotenschäden aller Gläubiger verhält. In Österreich stellt sich das Problem richtigerweise nicht, weil es – neben dem Zahlungsverbot – gar keine gesetzliche Grundlage dafür gibt, dass der Insolvenzverwalter die gebündelten Quotenschäden der Gläubiger verfolgen darf. § 69 Abs. 5 IO verbietet den Gläubigern zwar die Geltendmachung ihrer Quotenschäden während des Insolvenzverfahrens; aus dieser »Durchsetzungssperre« ist aber keineswegs *e contrario* darauf zu schließen, dass dann der Insolvenzverwalter zur Geltendmachung dieses Gesamtquotenschadens legitimiert wäre.¹⁶⁴

In Deutschland ermächtigt § 92 InsO den Insolvenzverwalter hingegen ausdrücklich zur gebündelten Verfolgung von Gesamtschäden der Gläubiger.¹⁶⁵ Die Ansprüche der Gläubiger auf Ersatz ihres Quotenschadens nach § 15a InsO i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB dienen der h.M. hierfür sogar als Paradebeispiel.¹⁶⁶ Im Konzept von *K. Schmidt*,

161 *Trenker*, JBl 2018, 434, 442, wonach beide »Verteidigungsstrategien« (gemeint: Entlastung mit geringerem Gesamtgläubigerschaden und Entlastung wegen hypothetischer Quote der mit der Zahlung befriedigten Gläubiger) nicht kumulativ anwendbar sind.

162 Zu Recht krit. zu diesem Verständnis des »Quotenschadens« jüngst *Altmeppen*, ZIP 2022, 1413 f.

163 Vgl. schon *Trenker*, JBl 2018, 434, 441.

164 Ausf. *Trenker*, JBl 2018, 354, 366 ff. m.w.N. auch der Gegenansicht; zust. *G. Kodek* in: *Konecny* (Hg.) *Insolvenz-Forum* 2017, 165, 176 f.; *Drobnik*, *Krise und Insolvenz der Schein-auslandsgesellschaft* (2022) 310 f.

165 S. nur *Gottwald/Haas-Haas/Kolmann/Kurz*, *Handbuch*, 6. Aufl. (2020) § 90 Rn. 559 ff.; *Uhlenbruck-Hirte*, *Insolvenzordnung*, 15. Aufl. (2019) § 92 Rn. 1 ff.; *MünchKomm-InsO-Klöhn*, § 15a Rn. 253 ff.; *MünchKomm-InsO-Gehrlein*, § 92 Rn. 14 ff.

166 BGH IX ZR 128/03 NJW 2004, 2906; *Uhlenbruck-Hirte*, § 92 Rn. 12; *Braun-Kroth*, § 92 Rn. 8; *K. Schmidt-K. Schmidt*, § 92 Rn. 16.

das wohl nicht unmaßgeblichen Einfluss auf die Neuregelung durch den SanInsFoG-Gesetzgeber hatte (vgl. oben II.3.), ist die Identität dieses Anspruchs mit dem Erstattungsanspruch wegen verbotswidriger Zahlungen allerdings gerade beabsichtigt. Dogmatisch gehen beide Ansprüche sozusagen ineinander auf, mögen sie auch auf anderer Rechtsgrundlage fußen. Durchgreifende Bedenken gegen dieses sicherlich etwas eigentümliche Konkurrenzverhältnis sind daher nicht ersichtlich.

e) Berechenbarkeit des Quotenschadens?

Die Gegner der Gleichsetzung des Gläubigerschadens mit dem Quotenschaden stellen jedoch ohnehin weder die theoretische Tauglichkeit dieses Ansatzes noch seine systematische Vereinbarkeit mit anderen Anspruchsgrundlagen in Frage, sondern führen eigentlich ausschließlich praktische Bedenken ins Feld: Es kann fast schon als Gemeinplatz – oder eher: als »*self-fulfilling prophecy*« – in der deutschen Literatur bezeichnet werden, dass der Quotenschaden faktisch unmöglich oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten berechenbar sei.¹⁶⁷ Träfe dies zu, wäre es in der Tat nicht zu rechtfertigen, den Geschäftsleiter hierauf zu verweisen und die gerade erst geschaffene Entlastungsmöglichkeit zu »totem Recht« verkommen zu lassen.

Bemerkenswert ist allerdings, dass selten eine nähere Begründung gegeben wird, warum dies eigentlich unmöglich sei. Immerhin wird angeführt, dass der Geschäftsleiter den relevanten Vergleichszeitpunkt im Vorhinein nicht exakt bezeichnen kann.¹⁶⁸ Diese Hürde kann jedoch mit dem rechten Augenmaß an Pragmatik ohne weiteres genommen werden. Letztlich wird ein Sachverständiger – richtigerweise auf Basis der vom Gericht formulierten rechtlichen Rahmenbedingungen – den Zeitpunkt erstmaliger (und anhaltender) materieller Insolvenz zu identifizieren haben. Erscheint dessen Ermittlung *in casu* von besonders strittigen Tat- oder Rechtsfragen abhängig, so könnte dieser Zeitpunkt in einem Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs (§ 304 ZPO bzw. § 393 öZPO)^{169, 170} – der Beginn des Zahlungsverbots ist hierfür präjudiziell fest »verankert« werden.¹⁷¹ In einem zweiten Schritt kann der Geschäftsleiter sein (rechnerisches) Vorbringen diesem Zeitpunkt anpassen und der Sachverständige anschließend die eigentlichen Berechnungen zur Schadenshöhe durchführen.

Das Hauptproblem bei der Schadensberechnung besteht aber wohl darin, dass die Ergebnisse eines Insolvenzverfahrens, das in der Vergangenheit eröffnet werden hätte

167 So im konkreten Zusammenhang *Bitter*, ZIP 2021, 321, 329; *H.-F. Müller*, GmbHR 2021, 737, 741; *MünchKomm-GmbHIG-H.-F. Müller*, § 64 Rn. 221; *Lieder/Wagner*, ZGR 2021, 495, 526 f.; *Klöhn/Zell*, NZG 2022, 836, 838 f.

168 *Lieder/Wagner*, ZGR 2021, 495, 530.

169 Zivilprozessordnung RGBL. 1895/113.

170 Vgl. dazu etwa OLG Linz 1 R 99/19p (unveröffentlicht).

171 Problematisch könnte allenfalls sein, ob der Zeitpunkt, ab dem die Ersatzpflicht für Zahlungen besteht, zum Gegenstand des Spruchs und damit zum Gegenstand der Bindungswirkung (§ 318 ZPO) erhoben werden kann. Für die Zwecke praktischer Handhabung ist die Festlegung des Zeitpunkts in der Begründung des Zwischenurteils jedoch jedenfalls ausreichend.

müssen, aber nie eröffnet wurde, nicht exakt berechnet werden könnten.¹⁷² Dieser Befund ist zweifellos richtig; selbst die Quote im tatsächlich durchgeführten Insolvenzverfahren wird im Haftungsprozess gegen den Geschäftsleiter noch nicht endgültig feststehen. Aber: Eine völlig exakte Bezifferung ist m.E. schon deshalb nicht notwendig, weil ein Anwendungsfall von § 287 ZPO¹⁷³ bzw. § 273 öZPO¹⁷⁴ vorliegt. Dass es sich im konkreten Kontext nicht um den vom Kläger zu führenden Beweis der Höhe des Anspruchs, sondern um einen Gegenbeweis zur Entlastung des Beklagten handelt, steht einer Anwendung dieser Vorschrift schon aus Gründen der Waffengleichheit – methodisch zumindest im Wege der Analogie – nicht entgegen.¹⁷⁵ Wenn der SanInsFoG-Gesetzgeber bzw. der OGH auf den Gesamtgläubigerschaden abstellen, dessen Berechnung anerkanntermaßen besonders schwierig ist, liegt es sogar nahe, großzügigen Gebrauch von dieser Beweiserleichterung zu erlauben.

Vor allem aber darf der plakative Begriff des Quotenschadens nicht darüber hinwegtäuschen, dass dies – zumindest im hier verstandenen Sinn (oben IV.4.c.) – nur eine griffige Kurzbeschreibung für den eigentlichen Gläubigerschaden ist, nämlich die Verringerung der Befriedigungsaussichten der Gläubiger.¹⁷⁶ Konkret ist diese Verringerung der Befriedigungsaussichten im Zeitraum von der ersten verbotenen Zahlung¹⁷⁷ – oder vereinfacht ab materieller Insolvenz – bis zur Insolvenzeröffnung maßgeblich. Dafür sind – wie in den obigen Beispielsrechnungen – im Wesentlichen die Quotienten aus der Aktivmasse und den (als Insolvenzforderungen zu qualifizierenden)¹⁷⁸ Verbindlichkeiten zu den beiden maßgeblichen Zeitpunkten zu errechnen und miteinander zu vergleichen. Dieser Vorgang ist insofern nicht prinzipiell schwieriger als die Errechnung des Vermögensverlusts im Verschleppungszeitraum, bei dem es um den Vergleich der Differenzen zwischen Aktiven und Verbindlichkeiten zu den beiden

172 Bitter, Beilage zu ZIP 22/2016, 6, 11; i.d.S. wohl auch *Harrer*, Haftungsprobleme 59 f.

173 Im konkreten Kontext dafür MünchKomm-GmbHG-H.-F. Müller, § 64 Rn. 223; *Baumert*, ZRI 2021, 962, 966; *Rowedder/Pentz-P. Schneider/M. Schmidt-Leithoff*, Anh. II § 60 Rn. 54 a.E.; zum Quotenschaden generell *Dauner-Lieb*, Die Berechnung des Quotenschadens, ZGR 1998, 617, 623, 627, 630; *K. Schmidt*, Insolvenverschleppungshaftung – Haftungsrechtsprechung zwischen Gesellschafts-, Insolvenz- und Zivilrecht, JBl 2000, 477, 484; *Tbissen* in: *Schröder/Kanzleiter*, 3 Jahre nach dem MoMiG 72, 110; MünchKomm-InsO-Klöhn, § 15a Rn. 184; vgl. auch BGH II ZR 253/07 NZG 2009, 750.

174 *Trenker*, JBl 2018, 434, 439; vgl. ferner bereits *K. Schmidt*, JBl 2000, 477, 484.

175 *Trenker*, JBl 2018, 434, 439 Fn. 160.

176 Genau i.d.S. wohl jüngst auch *Altmeppen*, ZIP 2022, 1413, 1418.

177 *Baumert*, ZRI 2021, 962, 966; a.A. *Klöhn/Zell*, NZG 2022, 836, 837 f. Sie wollen für den Zeitraum zwischen materieller Insolvenz und gebotener Antragstellung eine besondere Schadensberechnung anstellen. Diese zusätzliche Komplikation erscheint m.E. nicht geboten, weil es – ungeachtet der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit – nicht unberechtigt scheint, die Entlastung des Geschäftsleiters für verbotene Zahlungen (nur auf solche kann sich der Insolvenzverwalter ja stützen) davon abhängig zu machen, dass ab dem Zeitpunkt materieller Insolvenz kein Nachteil für die Gläubiger eintritt.

178 Nachrangige Forderungen i.S.d. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO bzw. § 57a IO sind folglich grds. aus der Berechnung auszuklammern, *Trenker*, JBl 2018, 434, 440.

Zeitpunkten geht.¹⁷⁹ Zuzugestehen ist aber, dass diese Berechnung und damit auch die obigen Beispielsrechnungen zu einfach wäre: Außerdem sind nämlich alle Vermögensgegenstände, an denen Aus- oder Absonderungsrechte bestehen, aus der Aktivmasse »herauszurechnen« und die dadurch besicherten Verbindlichkeiten passivseitig abzuziehen. Das erschwert zwar die Berechnung, ist aber schon deshalb unerlässlich, weil auch die Bestellung von insolvenzfesten Sicherheiten zu Recht als tatbildliche Zahlung verstanden wird;¹⁸⁰ die Nichtberücksichtigung der Veränderung der Höhe des »Aus-/Absonderungsvermögens« ist deshalb in Wahrheit ein weiterer systemimmanenter Fehler beim Abstellen auf den Gesellschaftsverlust. Schließlich muss man vom »aus-/absonderungsfreien« Aktivvermögen noch die jeweiligen Masseverbindlichkeiten in Abzug bringen.

Indessen ist keine exakte Vorhersage der Entwicklungen im tatsächlichen oder hypothetischen Insolvenzverfahren notwendig. So ist grundsätzlich (selbstverständlich) nicht zu eruieren, ob z.B. im früheren Insolvenzverfahren ein anderer Insolvenzverwalter bestellt worden wäre und dieser bessere/schlechtere Veräußerungserlöse erwirtschaftet hätte, das Unternehmen nicht/doch verkauft hätte etc. Abgesehen davon, dass dies i.a.R. bloße Spekulation wäre, hat der Geschäftsleiter ja *de iure* »nur« für die Verringerung der Befriedigungsaussichten bis zur Insolvenzeröffnung einzustehen.¹⁸¹

Dennoch sind die vom Insolvenzverwalter tatsächlich erzielten Erlöse typischerweise der beste Gradmesser für den wahren Wert der Aktivmasse; soweit vorhanden, sind diese »werterhellenden« Erkenntnisse daher zur Bewertung der Aktivmasse bei tatsächlicher Antragstellung heranzuziehen. Je nachdem, in welchem Ausmaß diese Erlöse abweichen, können daraufhin in Anwendung von § 287 ZPO bzw. § 273 öZPO die Buchwerte bei hypothetisch gebotener Antragstellung nach demselben »Korrekturschlüssel« berichtigt werden, um akzeptable Näherungswerte für deren Bewertung zu erreichen.¹⁸² Zugleich wird auf diesem Weg die zumindest im Falle einer zerschlagenden Liquidation regelmäßig zu beobachtende insolvenzbedingte Wertminderung »eingepreist«. Außerdem lässt sich durch diese Methode der Wert des jeweils insolvenzfest besicherten Vermögens gut schätzen. Die Massekosten bei tatsächlicher Insolvenzeröffnung dürften sich im Schadenersatzprozess ohnehin bereits mit hinreichender Genauigkeit ermitteln lassen. Hinsichtlich der Massekosten bei hypothetisch gebotener Antragstellung scheint wiederum die vereinfachende Annahme legitim, dass diese weitgehend gleich hoch wie jene im aktuellen Insolvenzverfahren gewesen wären. Dem Geschäftsleiter steht aber der Nachweis offen, dass die Insolvenzverwalter-

179 Die Aussage »[w]esentlich vereinfacht wird die Schadensberechnung, wenn man die im Insolvenzverschleppungszeitraum entstandenen bilanziell ermittelten Verluste der Gesellschaft als Schaden der Gläubigerschaft ansieht« (so Klöhm/Zell, NZG 2022, 836, 839), ist daher m.E. nur eingeschränkt – nämlich aufgrund der im Folgenden zu thematisierenden Schwierigkeiten – richtig.

180 Scholz-Bitter, § 64 Rn. 112; Noack/Servatius/Haas-Haas, § 64 Rn. 100. Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt-Nerlich, § 64 Rn. 15; für Österreich Dellinger, Vorstandshaftung 236 ff.; U. Torggler/Trenker, JBl 2013, 613, 626.

181 A.A. wohl Braun-Weber/Dömmcke, § 15b Rn. 44.

182 Näher dazu Trenker, JBl 2018, 354, 363 f.

entlohnung bei rechtzeitiger Antragstellung aufgrund des größeren verwertbaren Vermögens höher gewesen wäre.¹⁸³ Generell können beide Parteien diese »Vermutungen« weitgehend identischer Entwicklungen im tatsächlich eröffneten und hypothetisch zu eröffnenden Verfahren durch den Beweis besonderer Umstände entkräften.

Die größte Schwierigkeit verursacht wohl die Berücksichtigung von Anfechtungserlösen. Deren Einbeziehung ist dogmatisch richtig,¹⁸⁴ weil diese richtigerweise spätestens im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung entstehen.¹⁸⁵ Auch ist anerkannt, dass die erfolgreiche Anfechtung (nicht: die bloße Anfechtungsmöglichkeit!) einer tatbildlichen Zahlung den Geschäftsleiter entlastet.¹⁸⁶ Umgekehrt muss es dem Insolvenzverwalter daher freistehen, zu behaupten und zu beweisen, dass auch bei hypothetisch gebotener Insolvenzeröffnung Anfechtungen möglich gewesen wären, welche die hypothetische Quote erhöht hätten, was den Gläubigerschaden vergrößern würde.¹⁸⁷

Ohne mit diesen Ausführungen Anspruch auf Vollständigkeit erheben zu wollen,¹⁸⁸ so sollten sie (hoffentlich) zeigen, dass mit Hilfe eines Sachverständigen und einer gewissen Bereitschaft zu großzügiger richterlicher Schadensschätzung der systematisch-teleologisch »richtige« Gläubigerschaden in Höhe der Verringerung der Befriedigungsaussichten mit vertretbarem Aufwand und vertretbarer Ungenauigkeit ermittelt werden kann. Dieses zwangsläufig entstehende Maß an Unrichtigkeit ist m.E. eher in Kauf zu nehmen, als entweder ein graduell einfacheres Modell zu wählen, das aber gar nicht auf den Gläubigerschaden ausgerichtet ist und diesen wie bei einer Heranziehung des Gesellschaftsschadens im Ausmaß der Vergrößerung der Passiva mitunter sogar um ein Vielfaches überschätzt, oder dem Entlastungsbeweis durch überzogene Anforderungen überhaupt seinen praktischen Anwendungsbereich zu entziehen.

f) *Zusätzliche Alternative: Entlastung durch Gesamtbetrachtung »kleinerer Rechen-einheiten«?*

Dennoch wird – dies ist der Gegenansicht ohne weiteres zu konzedieren – der Nachweis des Quotenschadens nicht in allen Konstellationen gelingen oder mitunter mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden sein. Gerade für solche Fälle stellt sich die Frage, ob § 15b Abs. 4 Satz 2 InsO neben seiner unmittelbaren Schlagrichtung auch eine Erweiterung der Anrechnungsmöglichkeiten von Vorteilen auf einzelne Zahlun-

183 *Trenker*, JBl 2018, 354, 364.

184 *Trenker*, JBl 2018, 354, 363 f.; *Braun-Weber/Dömmecke*, § 15b Rn. 44.

185 S. im Detail einerseits BGH VII ZR 225/07 NZI 2010, 298; OGH 5 Ob 605/80; 7 Ob 184/00k; tendenziell auch BGH IX ZR 275/13 NZI 2015, 178; andererseits MünchKomm-InsO-Kayser/Treudenberg, § 129 Rn. 186; zum Ganzen auch *König/Trenker*, Anfechtung Rn. 2.24, 15.4.

186 So die zutr. h.M. in Deutschland BGH II ZR 277/94 NJW 1996, 850; II ZR 88/99 NZG 2001, 361 (*Habersack/Mayer*); *Altmeyden*, § 64 Rn. 24 f.; *Noack/Servatius/Haas-Haas*, § 64 Rn. 176; ebenso für Österreich U. *Torggler/Trenker*, JBl 2013, 613, 620 f.; offenlassend jedoch OGH 6 Ob 164/16k (Pkt. 2.4.); explizit a.A. sogar noch OGH 5 Ob 38/72.

187 *Trenker*, JBl 2018, 354, 365, dort auch zu einer weiteren Annahme, welche die Berechnung im Rahmen von § 287 ZPO bzw. § 273 öZPO erleichtern könnte.

188 Näheres s. bei *Trenker*, JBl 2018, 354, 363 ff. i.V.m. 434, 439 ff.

gen zu entnehmen ist.¹⁸⁹ M.E. sprechen gute Gründe dafür, dem Geschäftsleiter zu erlauben, kleinere »Recheneinheiten« von Vermögensentwicklungen zu bilden, um seine Haftung zumindest für die dieser Recheneinheit zurechenbaren Zahlungen auszuschließen/einzuschränken. Je enger das Betrachtungsfeld zur Beurteilung der Gläubigerschädigung begrenzt wird, desto eher ist nämlich eine Entlastung des Geschäftsleiters sachlich gerechtfertigt, desto eher also sind die Wertungsgrundlagen des § 15b Abs. 4 Satz 2 InsO verwirklicht. Dass die Entlastungsmöglichkeit mit einem geringeren Gläubigerschaden in Österreich übrigens nicht wie in Deutschland vom Gesetzgeber angeordnet wurde, sondern auf einer judikativen Rechtsfortbildung beruht, ändert an der Berechtigung dieses *argumentum a fortiori* nichts.

In der Sache bringt dieser Zugang folgenden Fortschritt gegenüber dem bisherigen Recht: Gegenleistungen müssen künftig zwar weiterhin in einem gewissen wirtschaftlichen Zusammenhang zur inkriminierten Zahlung stehen, weil die Abgrenzung der Recheneinheit nach sachlichen Gesichtspunkten zu erfolgen hat. Das Kriterium der Unmittelbarkeit dieses Zusammenhangs (oben III.2.) ist aber zu verwerfen oder zumindest weit großzügiger auszulegen. In Form solcher mittelbarer Erträge kann folglich auch der Gegenwert einer bezahlten Dienstleistung als haftungsmindernd oder -ausschließend in Anschlag gebracht werden.¹⁹⁰ Ferner ist die Reihenfolge von Zahlung und Gegenleistung in diesem Rahmen irrelevant.¹⁹¹

Gegen diese Auffassung wird zwar – im Grundsatz zu Recht – eingewendet, dass bei kleineren Recheneinheiten die Gefahr eines »Rosinenpickens« zugunsten des Geschäftsleiters besteht.¹⁹² Diese Gefahr sollte aber dadurch angemessen zu bewältigen sein, dass der Geschäftsleiter die Recheneinheiten nach sachlich nachvollziehbaren Zurechnungsgesichtspunkten bilden muss und ihn dabei eine erhöhte Substanziierungslast trifft. Vermag er das Gericht im Einzelfall nicht zu überzeugen, dass er sämtliche relevante »Zahlungsströme« miteinbezogen hat, so ist ihm der Entlastungsbeweis nicht gelungen.¹⁹³ Ihm hingegen eine derartige Entlastung von vornherein zu versagen, heiße das Kind mit dem Bade auszuschütten.

Anerkannt man dementsprechend die Zulässigkeit der Bildung kleinerer »Recheneinheiten«, so ist zunächst an eine umfassende Saldierung von Ein- und Auszahlungen

189 *Bitter*, ZIP 2021, 321, 329 ff.; *Klöbn/Zell*, NZG 2022, 836, 842; i.d.S.a. *Nerlich/Römermann-Mönning*, § 15b Rn. 29; ferner, wengleich weit restriktiver *Thole*, BB 2021, 1347, 1353; a.A. *MünchKomm-GmbHG-H.-F. Müller*, § 64 Rn. 225; *Gehrlein*, ZInsO 2022, 1481, 1485; tendenziell auch *Habersack/Casper/Löbbe-Casper*, Anh. § 62 Rn. 173.

190 I.d.S. wohl auch *Bitter*, GmbHR 2022, 57, 67 f.; noch weitergehend wohl *Nerlich/Römermann-Mönning*, § 15b Rn. 29.

191 *Bitter*, GmbHR 2022, 57, 67 Fn. 137; auch bei der »Einzelanrechnung« gegen die Maßgeblichkeit der zeitlichen Abfolge *Altmeyen*, ZIP 2022, 1413, 1416 f.; *H.-F. Müller*, ZInsO 2022, 2553, 2556.

192 *Habersack/Casper/Löbbe-Casper*, Anh. § 62 Rn. 173.

193 Auch *Habersack/Casper/Löbbe-Casper*, Anh. § 62 Rn. 173 f. will die Entlastungsmöglichkeit zumindest für simple Fälle, bei denen nur einzelne Zahlungen eines Vertragsverhältnisses herausgegriffen werden, zulassen.

aus einem Vertragsverhältnis zu denken.¹⁹⁴ Eine wirkliche Erleichterung gegenüber dem bisherigen Recht dürfte indessen erst die von *Bitter*¹⁹⁵ vorgeschlagene Beurteilung eines Gesamtprojekts bringen.¹⁹⁶ Auf diesem Weg können alle projektbezogenen Ausgaben, einschließlich anteilig zu berücksichtigender Fixkosten, mit den dadurch lukrierten Erlösen verrechnet werden. Fraglich ist dabei noch, welche Berechnungsweise bei einer rein projektbezogenen Betrachtung heranzuziehen ist. Anders als bei einer gesamtheitlichen Beurteilung der Vermögensentwicklung im Verschleppungszeitraum (oben IV.4.a. und b.), erscheint es vertretbar, hier ausschließlich die Auswirkungen auf die Aktivmasse zu erfassen. Soweit die Aktiva durch sämtliche Ein- und Auszahlungen eines Projekts nicht geschmälert werden, ist mit hinreichender Wahrscheinlichkeit sichergestellt, dass es zu keiner Beeinträchtigung der Befriedigungsaussichten der Gläubiger gekommen ist. Gerade für diese projektbezogene Verrechnung ist nochmals darauf hinzuweisen, dass die Substanziierungslast des Geschäftsführers hinsichtlich der Vollständigkeit aller projektbezogenen Ein- und Ausgaben deutlich höher anzusetzen ist als bei der zeitraumbezogen allumfassenden Vergleichsrechnung zur Ermittlung des Quotenschadens.

Ein weiteres Anwendungsbeispiel für eine derartige »Recheneinheit«, die einer solchen Gesamtbetrachtung zugänglich sein könnte, stellen schließlich die Entwicklungen am debitorischen Konto der Gesellschaft dar.¹⁹⁷ Hier könnte sich für Deutschland eine Orientierung an der skizzierten »Saldotheorie« des OGH (dazu oben III.2. bei und in Fn. 84 ff.) anbieten, wonach Ein- und Auszahlungen nach Eintritt materieller Insolvenz relativ großzügig miteinander verrechnet werden.¹⁹⁸

V. Ersatzfähigkeit des Gesellschaftsschadens (Betriebsverlusts)?

1. Problemaufriss und Meinungsstand

Eine wesentliche Erkenntnis der vorstehenden Ausführungen ist, dass der Gläubiger- und der Gesellschaftsschaden nicht identisch sind, das Zahlungsverbot nach Insolvenzreife aber nur den Gläubigerschaden ausgleichen soll (oben IV.3. sowie 4.a.). Dennoch hält die h.M. in Österreich den Gesellschaftsschaden, definiert als die Vergrößerung des negativen Eigenkapitals im Verschleppungszeitraum und bezeichnet als den sogenann-

194 Habersack/Casper/Löbbecke-Casper, Anh. § 62 Rn. 174; vorsichtig zust. wohl *Gehrlein*, ZInsO 2022, 1481, 1485.

195 *Bitter*, ZIP 2021, 321, 330; *Bitter*, GmbHIR 2022, 57, 68 ff.

196 Ebenso *Lieder/Wagner*, ZGR 2021, 495, 527; tendenziell auch *Kübler/Prütting/Bork-Bork/Kebekus*, § 15b Rn. 71.

197 *Lieder/Wagner*, ZGR 2021, 495; *Bitter*, GmbHIR 2022, 57, 70 f.

198 Vgl. i.d.S. schon *Bitter*, GmbHIR 2022, 57, 70.

ten »Betriebsverlust«, seit langem ebenfalls für ersatzfähig.¹⁹⁹ Zuzugestehen ist zwar, dass das Verhältnis dieser Schadensposition zum Gläubigerschaden erst in neuerer Zeit eingehend reflektiert wurde, weshalb v.a. die einschlägigen Aussagen der Judikatur, die bisweilen sogar irrtümlich zum Zahlungsverbot des § 25 Abs. 3 Ziff. 2 öGmbHG ergangen ist²⁰⁰ und/oder nur *obiter dicta* enthält,²⁰¹ mit gewisser Vorsicht zu genießen sind.²⁰² Aus neuerer Zeit ist aber außerdem die Entscheidung 8 Ob 76/15g zu nennen, in welcher der OGH die Haftung eines Abschlussprüfers, der der materiell insolventen Gesellschaft einen sogenannten »uneingeschränkten Bestätigungsvermerk«²⁰³ ausgestellt hatte und somit (mit-)kausal für die Insolvenzverschleppung war, auf diese Weise berechnete: »Die Berechnung des Schadens der Schuldnerin durch Vergleich des Unterschieds ihrer Aktiva minus Passiva an den zwei maßgeblichen Stichtagen ist rechnerisch nachvollziehbar. Diese Berechnung bildet die weitere Verringerung des (bereits im Zeitpunkt der Erteilung des Bestätigungsvermerks negativen) Vermögens der Gesellschaft bis zur Insolvenzeröffnung ab.«²⁰⁴

Auch in Deutschland sah der 9. Zivilsenat des BGH²⁰⁵ diesen Vermögensverlust der Gesellschaft als maßgebliche Größe zur Berechnung des Anspruchs gegen einen Steuerberater an, der die Gesellschaft zu Unrecht nicht über ihre Insolvenzreife auf-

199 OGH 5 Ob 202/59 HS 365/33; 5 Ob 38/72; 8 Ob 505/80 HS 11.465; 2 Ob 568/87; 9 ObA 416/97k; 1 Ob 144/01k; *Dellinger*, Vorstandshaftung 234; *Schummer*, Eigenkapitalersatzrecht 398; *Schummer* in FS Koppensteiner S. 211, 223 f., 229; *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht Rn. 2/386; 2/404; *Karollus* in: Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement 1171; *Konecny/Schubert-Dellinger*, § 69 KO Rn. 67; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz, 3. Aufl. (2007) § 25 Rn. 21; *Truckenthaner*, Bedenken zur Geltendmachung von Quotenschäden durch den Masseverwalter – Dogmatik und Praxis, ZIK 2007, 116, 118 f.; *U. Torggler-S.-F. Kraus/U. Torggler*, GmbH-Gesetz (2014) § 25 Rn. 14; *Trenker*, JBl 2018, 354, 360 ff.; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht, 5. Aufl. (2023) Rn. 232; *Eckert/Schopper-Eckert/Schopper/Madari*, § 84 Rn. 83 ff.; *Straube/Ratka/Rauter-J. Reich-Rohrwig*, WK-GmbHG, 141. Lfg. (2022) § 25 Rn. 256 ff.

200 Vgl. OGH 5 Ob 38/72; 9 ObA 416/97k.

201 Vgl. OGH 9 ObA 416/97k.

202 Relativ eindeutig wird eine Haftung für den gesamten Betriebsverlust – unabhängig von der Verletzung des Zahlungsverbots – jedoch in OGH 2 Ob 568/87 und 1 Ob 144/01k bejaht.

203 Ein Bestätigungsvermerk stellt das Gesamturteil des Prüfers aufgrund seiner Abschlussprüfung dar (*Aschauer/Bertl/Fröhlich/Mandl-Mandl/Prachner*, Handbuch zum Rechnungslegungsgesetz, 23. Lfg. [2020] § 274 UGB Rn. 1). Dieser Bestätigungsvermerk hat nach § 274 Abs. 1 Ziff. 3 UGB (Unternehmensgesetzbuch BGBl. 2005/120) ein Prüfungsurteil zu beinhalten, das zweifelsfrei darüber Auskunft gibt, ob nach Auffassung des Abschlussprüfers der Jahresabschluss oder Konzernabschluss den gesetzlichen Vorschriften entspricht und unter Beachtung der maßgeblichen Rechnungslegungsgrundsätze ein möglichst getreues Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens oder des Konzerns vermittelt. Erhebt der Abschlussprüfer keine Einwendungen, ist ein sogenannter »uneingeschränkter Bestätigungsvermerk« zu erteilen (*U. Torggler-Steckel*, UGB, 3. Aufl. [2019] § 274 Rn. 16).

204 OGH 8 Ob 76/15g; dazu *Reckenzaun*, Haftung des Abschlussprüfers – Geltendmachung durch Insolvenzverwalter, ZIK 2016, 128, 129 f.; *Piringer*, Sachverständige 2020, 146, 147 f.; *Isola/Weileder*, Insolvenzverschleppungshaftung des Abschlussprüfers, RWZ 2021, 252, 256.

205 BGH IX ZR 204/12 ZIP 2013, 1332.

geklärt hatte: »Der durch die verspätete Antragstellung verursachte Schaden der Gesellschaft bemisst sich nach der Differenz zwischen ihrer Vermögenslage im Zeitpunkt rechtzeitiger Antragstellung im Vergleich zu ihrer Vermögenslage im Zeitpunkt des tatsächlich gestellten Antrags«. Gerade diese Entscheidung hat – wie erwähnt (oben IV.2.) – Bitter²⁰⁶ inspiriert, auch den Gesamtläubigerschaden i.S.d. § 15b Abs. 4 Satz 2 InsO auf diese Art und Weise zu berechnen. Wenngleich eine Bezifferung des Gesamtschadens im Ausmaß des Gesellschaftsschadens m.E. mit dem *telos* von § 15b InsO unvereinbar ist, erscheint die Frage berechtigt, ob nicht der Verstoß gegen die Insolvenzantragspflicht gem. § 15a InsO eine Ersatzpflicht für diese Schadensposition trägt. Hält man die vom BGH anerkannte Ersatzpflicht des zur Insolvenzverschleppung beitragenden Steuerberaters für den Gesamtgesellschaftsschaden im Verschleppungszeitraum für zutreffend,²⁰⁷ drängt sich ja förmlich der Schluss auf, dass dies für den Geschäftsleiter als »unmittelbaren Täter« erst recht gelten muss.²⁰⁸

Für das österreichische Recht hat sich der *Verfasser*²⁰⁹ dafür ausgesprochen, eine dementsprechend »zweigleisige Ersatzpflicht« des Geschäftsleiters anzuerkennen: Einerseits sei er wegen Verletzung der Insolvenzantragspflicht gem § 69 Abs. 2, 3 IO zum Ersatz dieses Gesellschaftsschadens oder Betriebsverlusts verpflichtet; andererseits müsse er wegen der unerlaubten Zahlungen nach § 25 Abs. 3 öGmbHG den Gläubiger- oder Quotenschaden ersetzen, der bis zum Beweis des Gegenteils in Höhe der verbotenen Zahlungen vermutet wird. Im Schrifttum hat dieses Konzept bereits relativ breite Gefolgschaft gefunden.²¹⁰

2. Dogmatische Grundlage

Ob eine Haftung der Geschäftsleiter für den gesamten Gesellschaftsschaden im Verschleppungszeitraum dogmatisch zu rechtfertigen ist, hängt letztlich davon ab, ob der Verstoß gegen die Insolvenzantragspflicht auch dem Schutz der Gesellschaft vor dem Risiko einer weiteren Verschlechterung ihrer Vermögenslage im Verschleppungszeitraum dient. Auch wenn es sich dabei wohl zu einem gewissen Grad um eine Glaubensfrage handeln dürfte, so sprechen sehr gute Gründe dafür, dies zu bejahen: Denn ein Geschäftsleiter schafft mit der Unterlassung der Insolvenzantragstellung eine abstrakte Gefahr, die darin besteht, dass die Fortführung materiell insolventer Unternehmen typischerweise zu einer weiteren Verschlechterung ihrer wirtschaftlichen Lage führt.²¹¹ Dementsprechend hat bereits

206 Oben bei und in Fn. 123.

207 Zweifelnd allerdings MünchKomm-InsO-Klöhn, § 15a Rn. 281.

208 Vgl. *Altmeyden*, Vor § 64 Rn. 152, wenngleich er für beide wohl auf das Ausmaß der Masseverkürzung abstellen will.

209 *Trenker*, JBl 2018, 354, 360 ff. i.V.m. 434, 442 f.

210 *G. Kodek*, Insolvenzrecht, 2. Aufl. (2022) Rn. 1053 f.; *Piringer*, Sachverständige 2020, 146, 147 ff.; *Eckert/Schopper-Eckert/Schopper/Madari*, § 84 Rn. 85; *Jaufer*, Unternehmen 207 f.; i.F. auch *Drobnik*, Scheinauslandsgesellschaft 284 ff., 308 f.

211 Vgl. auch *Thole*, Die Vertragshaftung des Steuerberaters gegenüber der Gesellschaft und ihrem Geschäftsführer für Insolvenzschiäden – ein Prüfstein für die Grundsätze der Expertenhaftung, ZfPW 2015, 31, 58, der – wenn auch im Kontext der Steuerberaterhaftung – ausführt, dass die Antragspflicht dem Erhalt des Gesellschaftsvermögens diene.

das Reichsgericht ausgesprochen, dass die Konsequenzen der Konkursanmeldungspflicht »die Interessen der Gesellschaft (wie damit auch der Gläubiger und möglicherweise, was hier nicht zu entscheiden ist, der einzelnen Gesellschafter) schützen« wollen.²¹²

Folgt man dem, kann die Insolvenzantragspflicht gem. § 15a InsO bzw. § 69 IO entweder als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 Satz 1 BGB bzw. § 1311 Satz 2 Fall 2 ABGB zugunsten der Gesellschaft²¹³ oder zumindest als integrierender Bestandteil des haftungsbewehrten Pflichtenkanons der Geschäftsleitung gegenüber der Gesellschaft²¹⁴ qualifiziert werden. Von vornherein entkräftet wäre damit der mögliche Einwand, die Ersatzpflicht für sämtliche Schäden im Verschleppungszeitraum laufe auf eine Erfolgs haftung hinaus, wie sie insbesondere der Grundwertung der *Business-Judgement-Rule* (§ 93 Abs. 1 AktG; § 25 Abs. 1a öGmbHG; § 84 Abs. 1a öAktG) zuwiderliefe.²¹⁵ Denn unter dieser Prämisse wäre nicht das jeweils verlustbringende Geschäftsgebaren haftungsbegründend, sondern die Verletzung der Verpflichtung zur Antragstellung, eine Verhaltenspflicht ohne Wenn und Aber, auf die die *Business-Judgement-Rule* gar keine Anwendung findet.²¹⁶

3. Vergrößerung der Überschuldung als Gesellschaftsschaden? – Verhältnis zum Gläubigerschaden

Der Haupteinwand gegen diese Ansicht dürfte allerdings auf der Überlegung beruhen, dass im Stadium der Überschuldung nicht mehr die Gesellschaft, sondern ihre Gläubiger die wirtschaftlich Geschädigten sind und es daher nicht zu rechtfertigen sei, mehr als den Schaden dieser Gläubiger zu ersetzen, der ja – wie gezeigt – regelmäßig deutlich geringer als jener der Gesellschaft ist.²¹⁷ Die Gesellschaft selbst könne hingegen nach Eintritt der Überschuldung überhaupt keinen weiteren Schaden mehr erleiden, weil es »nichts mehr zu verlieren« gebe.²¹⁸

Wenngleich plakativ, so ist diese Argumentation allerdings keineswegs zwingend. Die h.M. in Österreich bekennt sich sogar explizit dazu, dass auch die Vergrößerung

212 RG II 255/09 RGZ 73, 30, 34. Darauf rekurriert auch der BGH in seiner E. VI ZR 245/57 NJW 1959, 623.

213 Dieser direkte Weg ist m.E. methodisch »ehrlicher«, s. *Trenker*, JBl 2018, 354, 362; a.A. aber OGH I Ob 228/99g; 10 Ob 5/11z (*obiter dictum*); ebenfalls a.A. zum deutschen Recht *Noack/Servatius/Haas-Haas*, § 64 Rn. 15 f.; *Rowedder/Pentz-P. Schneider/M. Schmidt-Leitboff*, Anh. II § 60 Rn. 91.

214 Dafür *Konecny/Schubert-Dellinger*, § 69 KO Rn. 66; *Drobnik, Scheinauslandsgesellschaft* 287 ff., 292 ff.; wohl auch i.d.S. *Jaufer, Unternehmen* 203 f.

215 Dazu *Trenker*, JBl 2018, 354, 362.

216 *U. Torggler*, Von Schnellschüssen, nützlichen Gesetzesverletzungen und spendablen Aktiengesellschaften, wbl 2009, 168, 170.

217 Vgl. *Poertzgen*, Organhaftung 235 ff.; *Poertzgen*, NZI 2010, 915, 917 (Entscheidungsanmerkung); *MünchKomm-InsO-Klöbn*, § 15a Rn. 281; ferner *Almeppen*, ZIP 2015, 949, 952 ff.

218 *Poertzgen*, Organhaftung 235 ff.; *Poertzgen*, NZI 2010, 915, 917 (Entscheidungsanmerkung).

einer Überschuldung einen Schaden darstellen kann.²¹⁹ Auch die »Doberlug«-Entscheidung des 2. Zivilsenats des BGH²²⁰ stützt die skizzierte Gegenthese nicht.²²¹ Darin wurde zwar im Kontext der Haftung von Aufsichtsratsmandaten ausgesprochen, dass die Vornahme verbotener Zahlungen nach materieller Insolvenz regelmäßig keinen Schaden der Gesellschaft verursacht. Damit war jedoch nur die Erkenntnis angesprochen, dass die Zahlung einer Schuld eine bloße Bilanzverkürzung darstellt, die sich auf den Überschuldungsstatus der Gesellschaft nicht auswirkt.²²² Hingegen ist dieser Entscheidung nicht zu entnehmen, dass eine effektive Vergrößerung des Überschuldungsstatus aus Sicht der Gesellschaft keinen Schaden mehr darstellen könne.

Weit eher einschlägig sind demgegenüber die Ausführungen des BGH in der Entscheidung BGHZ 138, 211.²²³ Darin meint der 2. Zivilsenat, dass die Befugnis der Neugläubiger zum Ausgleich ihres den Quotenschaden übersteigenden Vertrauensschadens keinen Raum für eine gleichzeitige Befugnis des Insolvenzverwalters zur Geltendmachung solcher Schäden als Gesellschaftsschäden lasse.²²⁴ In der Tat dürfte sich die Vergrößerung einer Überschuldung, soweit sie den Quotenschaden des Gläubigerkollektivs übersteigt, generell²²⁵ weitgehend mit den Beträgen decken, die Neugläubiger in Unkenntnis der materiellen Insolvenz investiert, aber nicht mehr zurückerhalten haben (vgl. oben IV.4.a. Szenario 3).

Schuldig bleibt der BGH allerdings eine Begründung, warum derartige Verluste – wegen eines individuellen Ersatzanspruchs der Neugläubiger – keinen ersatzfähigen Schaden der Gesellschaft darstellen oder zumindest den Neugläubigern insoweit der Vorrang einzuräumen sei.²²⁶ Fest steht, dass das Gesellschaftsvermögen durch die Insolvenzverschleppung rechnerisch gemindert wurde. Es handelt sich dabei auch nicht um bloße »Reflexschäden« aus den kumulierten Vertrauensschäden der Neugläubiger; wenn überhaupt, so verhält es sich umgekehrt.²²⁷ Das angesprochene Argument, dass trotzdem kein ersatzfähiger Schaden vorliege, weil die Gesellschaft ab dem Eintritt der

219 OGH 5 Ob 202/59 HS 365/33; 5 Ob 38/72; 2 Ob 568/87; 1 Ob 144/01k; RIS-Justiz RS0059733; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts, 5. Aufl. (1990) 396; *Lehner*, Die Beweislastverteilung bei der GmbH-Geschäftsführerhaftung, GesRZ 2005, 128, 129; *Konecny/Schubert-Dellinger*, § 69 KO Rn. 67; *Trenker*, JBl 2018, 354, 360 m.w.N.

220 BGH II ZR 78/09 BGHZ 187, 60.

221 Vgl. jedoch MünchKomm-InsO-Klöhn, § 15a Rn. 281.

222 Zutr. *Habersack*, JZ 2010, 1191 (Entscheidungsanmerkung).

223 BGH II ZR 146/96.

224 Dazu auch *Brügge*, Zur Haftung des Steuerberaters gegenüber einer insolventen Gesellschaft wegen verspäteter Insolvenzanmeldung, VersR 2018, 705, 707 ff.

225 Im konkreten Fall ließ die – im veröffentlichten Umfang (NJW 1998, 2667, 2668) – nicht einfach nachvollziehbare Schadensberechnung durch das Berufungsgericht derartige Schlüsse freilich nicht zu.

226 Nicht einfach von der Hand zu weisen ist allerdings das Argument, dass eine Ersatzleistung an die Masse nicht primär zum Ersatz der Vertrauensschäden der Neugläubiger, sondern zur Befriedigung aller Gläubiger verwendet würde, so *Brügge*, VersR 2018, 705, 709.

227 Zum Problem der Ersatzfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Reflexschäden im österreichischen Recht *Trenker*, »Reflexvorteil« und »Reflexschaden« im Gesellschaftsrecht, GesRZ 2013, 10, 12 f. m.w.N. auch zum deutschen Recht.

Überschuldung nichts mehr zu verlieren habe, ist in Rechtsordnungen, deren Fokus zunehmend auf Sanierung- bzw. Restrukturierung insolventer Rechtsträger gerichtet ist, m.E. wenig überzeugend. Offensichtlich vermindert ja jeder weitere Vermögensverlust selbst nach Eintritt der Überschuldung die Chancen auf eine Sanierung oder Restrukturierung. Generell ist es wegen der Anerkennung juristischer Personen als eigenständige Zurechnungsobjekte eines Vermögens, das von jenem ihrer wirtschaftlichen *stakeholder* streng zu trennen ist, schwer zu rechtfertigen, die Ersatzfähigkeit von Vermögensschäden im Szenario der Überschuldung ausschließlich von der mittelbaren Beeinträchtigung der Befriedigungsaussichten ihrer Gläubiger abhängig zu machen.²²⁸

4. Fazit

Ohne mir letztlich eine eindeutige Positionierung zur Ersatzpflicht der Geschäftsleiter für den im Verschleppungszeitraum erwirtschafteten Vermögensverlust der Gesellschaft im deutschen Recht anmaßen zu wollen, so mögen die Haltung der österreichischen h.M. sowie die skizzierten Gedanken hoffentlich gezeigt haben, dass diese Möglichkeit nicht ohne weiteres von der Hand gewiesen werden sollte. Eine breitere und ausführlichere Diskussion, als sie – soweit ersichtlich – bisher in der (verständlicherweise stark auf das Zahlungsverbot fokussierten) deutschen Literatur stattgefunden hat, erschiene daher durchaus lohnenswert.

Dass die Insolvenzmasse bzw. der Insolvenzverwalter unter Zugrundelegung dieser Auffassung zwei Schadenspositionen liquidieren könnte, einmal den Schaden der Gesellschaft, einmal den Schaden der Gläubiger, wäre jedenfalls weder systemwidrig noch praktisch problematisch. Den Gesellschaftsschaden würde der Insolvenzverwalter in seiner Eigenschaft als Verwalter und Vertreter des schuldnerischen Vermögens durchsetzen. Die Geltendmachung des Gesamtgläubigerschadens ist ihm hingegen im Interesse einer kanalisierten und die *par condicio creditorum* währenden Bündelung von »Streuschäden« einzelner Gläubiger durch § 15b InsO bzw. § 25 Abs. 3 Ziff. 2 öGmbHG gesetzlich zugewiesen; es zeigt sich darin nicht zuletzt die oft erwähnte funktionelle Verwandtschaft des Erstattungsanspruchs wegen Zahlungen nach Insolvenzreife mit dem Insolvenzanfechtungsanspruch.²²⁹ Praktisch hätte das Gericht bei einer Klage, die sich auf beide Anspruchsgrundlagen stützt bzw. den Ersatz beider Schadenspositionen geltend macht, einfach den jeweils höheren Betrag zuzusprechen; dagegen würde es eine ungerechtfertigte Bereicherung der Masse bedeuten, wenn beide Schadensbeträge addiert würden.²³⁰

228 Ausf. zum Ganzen *Trenker*, JBl 2018, 354, 360 f.

229 *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht (2010) 695 ff., insb. 698 ff.; *Gebrein*, ZInsO 2015, 477 f.; *Scholz-Bitter*, § 64 Rn. 35 f.; *Noack/Servatius/Haas-Haas*, § 64 Rn. 10; für Österreich statt vieler *Schummer* in FS Koppensteiner S. 211, 212, 215; *Trenker*, JBl 2018, 353, 358.

230 Näher dazu *Trenker*, JBl 2018, 434, 442 f.

VI. Zusammenfassung in Thesen

1. Die »Innenhaftung« wegen Insolvenzverschleppung durch die Geschäftsleiter einer Kapitalgesellschaft hat in jüngster Zeit eine wesentliche Richtungsvorgabe bzw. Neuausrichtung erfahren, in Österreich durch eine höchstrichterliche Grundsatzentscheidung, in Deutschland durch den SanInsFoG-Gesetzgeber: Die Anknüpfung des Verbotstatbestands an Zahlungen i.S.v. Masseschmälerungen nach Insolvenzzreife ändert nichts daran, dass rechtsfolgenreich der Schaden der Gläubigersamtheit ausgeglichen werden soll. Die Summe der verbotswidrigen Zahlungen begründet dementsprechend eine widerlegbare Vermutung der Schadenshöhe, die der Geschäftsleiter aber durch den Nachweis eines geringeren Gläubigerschadens entkräften kann (oben II.).

2. Diese Weichenstellung ist aus teleologisch-systematischer Sicht zu begrüßen. Eine bloße Addition der verbotswidrigen Zahlungen, wie sie in der bisherigen Rechtsprechung des BGH für richtig erachtet wurde, ist nämlich schlicht ungeeignet, den Gläubigerschaden widerzuspiegeln. Einzelne tatbestandsimmanente Korrekturen vermögen diese systematische Fehlansetzung nicht hinreichend auszugleichen (oben III.).

3. Der zur Entlastung des Geschäftsleiters nachzuweisende Schaden der Gläubiger errechnet sich anhand der Verringerung ihrer Befriedigungsaussichten (sowohl jene der Alt- als auch Neugläubiger) im Zeitraum zwischen der ersten inkriminierten Zahlung und der tatsächlichen Insolvenzeröffnung. Dieser »Quotenschaden« unterscheidet sich grundlegend vom Vermögensverlust der Gesellschaft in diesem Zeitraum (oben IV.4.a.). Auch ein Abstellen auf die gesamte Minderung des Aktivvermögens nimmt zwangsläufig Abweichungen vom tatsächlichen Gläubigerschaden in Kauf und dürfte zudem den konkreten Vorstellungen des SanInsFoG-Gesetzgebers über die Schadensberechnung widersprechen (IV.4.b.). Geboten ist daher ein Quotenvergleich i.w.S.

4. Der fast schon als *self-fulfilling prophecy* anmutende Befund der deutschen Lehre, wonach der Quotenschaden praktisch unmöglich berechenbar sei, ist nicht zwingend richtig. Vielmehr lässt sich das Ausmaß der Verringerung der Befriedigungsaussichten der Gläubiger bei einer gewissen Bereitschaft zu pragmatischer Anwendung von § 287 ZPO bzw. § 273 öZPO mit vertretbaren Ungenauigkeiten errechnen (IV.4.e.). Dennoch besteht mitunter Bedarf für eine Entlastung des Geschäftsleiters durch gesamtheitliche Betrachtung der Auswirkungen einzelner Projekte, welche *argumentum a fortiori* zur umfassenden Entlastungsmöglichkeit und unter der Voraussetzung einer erhöhten Substanziierungslast des Geschäftsleiters zulässig ist (oben IV.4.f.).

5. Obwohl die Vermögensverminderung der Gesellschaft im Verschleppungszeitraum nicht zur Berechnung des Gläubigerschadens herangezogen werden kann, ist eine entsprechende Ersatzpflicht des Geschäftsleiters gegenüber der Insolvenzmasse – zusätzlich zur Haftung wegen verbotener Zahlungen – keinswegs undenkbar. Dies belegt schon der Umstand, dass die h.M. in Österreich eine solche Haftung für die verursachte Vergrößerung der Überschuldung anerkennt und auch der 9. Zivilsenat des

BGH einen Steuerberater wegen seiner »Beitragstäterschaft« zur Insolvenzverschleppung zum Ersatz des so berechneten Schadens verurteilt hat. Die zur Beantwortung der Frage erforderliche Untersuchung des Schutzzwecks der Insolvenzantragspflicht sowie des Verhältnisses von Gesellschafts- und (Neu-)Gläubigerschäden erscheint folglich jedenfalls lohnenswert (oben V.).