

DIE INSOLVENZANTRAGSPFLICHTEN DES VORSTANDS IN DEM DEUTSCHEN RECHT

ZSUZSA SOÓ
Doktorandin (PPKE JÁK)

I. Einleitung in die Problematik

Der Hauptunterschied zwischen den Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften besteht darin, dass hinter ersteren keine natürliche Person steht, die als unbeschränkt haftender Gesellschafter gegenüber den Gläubigern auftritt. Der Schutz der Gläubiger ist durch das vom Gesetzgeber vorgeschriebene gebundene Grundkapital bzw. Stammkapital zu versichern.¹ Ist dieses Garantiekapital aufgrund von Verlusten oder aus anderen Gründen nicht mehr vorhanden, muss die Gesellschaft vom Markt ausgezogen werden. Das noch zur Verfügung stehende Aktivvermögen der Gesellschaft darf von dem Moment an ausschließlich für die Befriedigung der Gläubiger aufgewendet werden.²

Ein zweites Merkmal der Kapitalgesellschaften ist, dass die Leitungspersonen, die nicht zugleich auch Gesellschafter sind, keine eigenen Eigentumsinteressen an der Gesellschaft haben. Falls sich Verwaltung und Eigentum nicht in denselben Händen konzentrieren, liegt stets die Gefahr vor, dass der Verwalter fremden Vermögens nicht so umzugehen pflegt wie mit eigenem.³

In der Praxis ist die Tendenz zu beobachten, dass die organschaftlichen Vertreter den Insolvenzantrag nicht rechtzeitig stellen, sondern die Gesellschaft über einen mehr oder weniger langen Zeitraum nach eingetretener Insolvenz als werbende fortführen. Während dieser Zeit gehen sie neue Vertragsverhältnisse zu Dritten ein und versuchen hierdurch die Verluste zu decken. In vielen Fällen führt dieses Verhalten aber dazu,

¹ ULRICH EISENHARDT: *Gesellschaftsrecht*. München: C. H. Beck, 2007, § 2 Rdn 20c.

² BRUNO M. KÜBLER: Die Konkursverschleppungshaftung des GmbH-Geschäftsführers nach der „Wende“ des Bundesgerichtshofes – Bedeutung für die Praxis. *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR)*, 1995/3, 482–483.

³ ULRICH EHRIKKE: Zur Teilnehmerhaftung von Gesellschaftern bei Verletzungen von Organpflichten mit Außenwirkung durch den Geschäftsführer einer GmbH. *ZGR*, 2000, 351.

dass das noch vorhandene Aktivvermögen verwirtschaftet wird und bei Doch-Eintritt der Insolvenz, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens entweder mangels Masse abgelehnt wird oder auf die ungesicherten Insolvenzgläubiger ohne Vorrecht keine oder ganz geringe Quoten entfallen.⁴

Die Wichtigkeit einer effektiven Regulierung veranschaulichen sehr gut die Ergebnisse von einer Studie der CN Group Ltd.⁵ Der CN hat eine Studie veröffentlicht, in der sie festgestellt haben, dass aus 2,6 Millionen Direktoren von britischen Unternehmen 952.432 (oder 37%) in den letzten sieben Jahren in Verbindung mit einer oder mehreren Insolvenzen waren und ein von jeden 12 Direktoren hat in einem „serienmäßigen“ Insolvenz teilgenommen.⁶

Um die Gläubiger vor dieser Gefahr zu bewahren, ist es erforderlich, dass das Insolvenzverfahren unmittelbar nach dem eingetretenen Kapitalverlust eingeleitet wird. Mit diesem Ziel schreibt der Gesetzgeber den organschaftlichen Vertretern von Kapitalgesellschaften die Verpflichtung vor, bei eingetretener Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ohne schuldhaftes Zögern innerhalb einer Frist von höchstens drei Wochen den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen. Dies wurde früher im Fall der Aktiengesellschaften im § 92 Abs 2 AktG⁷ und im Fall der Gesellschaften mbH im § 64 Abs 1 GmbHG⁸ geregelt.⁹ Mit dem Inkrafttreten am 1.11.2008. des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) wurden diese Normen einheitlich in den § 15a Insolvenzordnung (InsO) aufgenommen, unter dem Titel: „Antragspflicht bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit“. Obwohl in dieser Arbeit die Insolvenzantragspflichten des Vorstands im Vordergrund stehen, wird in einigen Bereichen auf die GmbH bezogene Literatur abgestellt werden. Die Spruchpraxis betrifft zum Großteil die § 64 Abs 1 GmbHG; aber die dortigen Weichenstellungen lassen sich ohne weiteres auf das Aktienrecht übertragen¹⁰ und nach der Änderung durch das MoMiG verlieren sie auch nicht ihre Gültigkeit.

II. Regelungsgegenstand und –zweck des § 15a Abs 1 Satz 1 InsO

Die in § 15a Abs 1 Satz 1 InsO niedergeschriebene Pflicht des Vorstands bildet den zweiten Pfeiler einer dreiteiligen Regel. Nach § 92 Abs 1 ist der Vorstand bei einem Verlust in Höhe der Hälfte des Grundkapitals verpflichtet, die Hauptversammlung unverzüglich einzuberufen und ihr dies anzuzeigen. Nach § 15a Abs 1 Satz 1 InsO (früherer § 92 Abs 2 AktG), falls die Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet

⁴ KÜBLER aaO 482–483.

⁵ Eine britische Informationsgruppe über die Geschäftssphäre.

⁶ ION TURCU: *Tratat de insolventa*. Bucuresti: C.H.Beck, 2006, 246.

⁷ Aktiengesetz.

⁸ Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

⁹ Weitere Parallelvorschriften befinden sich noch in §§ 99 GenG, 42 Abs 2 BGB, 130a, 177a HGB. Im Fall der Kredit- und Versicherungsinstitute enthalten die §§ 46b KWG, 88 VAG Sonderregelungen.

¹⁰ Holger Fleischer. In GERALD SPINDLER–EBERHARD STILZ: *Kommentar zum Aktiengesetz*, München: Beck, 2007, § 92 Rdn 3.

wird, muss der Vorstand ohne schuldhaftes Zögern die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragen. Nach Abs 3 wird es ihm verboten, nach dem Eintreten der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung Zahlungen zu leisten, sofern sie nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind. Das Gesamtziel dieser Normen ist es, den Vorstand zur beständigen Prüfung der Vermögens- und Finanzlage der Gesellschaft zu verpflichten, die sich in Kriesensituationen intensiver wird und nach Insolvenzreife in eine Massesicherungspflicht übergeht.¹¹ Die Vorschriften des § 15a Abs 1 Satz 1 InsO und § 92 Abs 3 AktG müssen in unmittelbarem Zusammenhang mit den §§ 13 ff, 17, 19 InsO angewendet werden, wenn es um die Interpretation der Zulässigkeit des Insolvenzantrags, die Eröffnungsgründe der Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung geht. Die Erfüllung der Antragspflicht bestimmt sich auch nach § 15 Abs 1 InsO, laut der jedes Vorstandsmitglied die Eröffnung beantragen und damit seiner Antragspflicht aus § 92 Abs 2 nachkommen kann.¹²

Den drei Vorschriften liegen unterschiedliche Schutzrichtungen zugrunde: Abs 1 zielt auf die rechtzeitige Information der Hauptversammlung über eine drohende Unternehmenskrise ab, § 15a Abs 1 Satz 1 InsO bezweckt den Schutz des Geschäftsverkehrs vor insolvenzreifen Aktiengesellschaften mit beschränktem Haftungsfonds und Abs 3 versucht eine geordnete und ranggerechte Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsgläubiger sicherzustellen.¹³

In den vergangenen Jahren hat die Rechtsprechung die Haftungsrisiken des Vorstands wegen Insolvenzverschleppung wesentlich verschärft. Diese Regel dient dem öffentlichen Interesse, insbesondere das Vermögensinteresse der Gläubiger an eine geordnete Verwertung des Gesellschaftsvermögens.¹⁴ Das bei Eintritt der Insolvenzreife vorhandene Vermögen soll den Gläubigern zugute kommen und nicht durch eine Fortsetzung des Geschäftstätigkeit weiter aufgezehrt werden. Ein weiterer Zweck der Antragspflicht ist einen Unternehmensträger mit beschränktem Haftungsfonds vom Geschäftsverkehr auszuschließen und dadurch die Gefahr zu vermeiden, dass Dritte in rechtliche Beziehung zu der Gesellschaft treten und dadurch in ihren Vermögensinteressen gefährdet werden.¹⁵

III. Voraussetzungen der Norm

Eine eindeutige Auslegung der Voraussetzungen des § 15a Abs 1 Satz 1 InsO ist für Vorstände unabdingbar, riskieren sie doch bei einem verspäteten ebenso wie bei einem verfrühten Insolvenzantrag ihre persönliche Haftung und gegebenenfalls strafrechtliche Sanktionen. Die Legaldefinitionen für die Voraussetzungen befinden sich in der am 1. Januar 1999 in Kraft getretene Insolvenzordnung (InsO).¹⁶ Als neue Möglichkeit

¹¹ FLEISCHER aaO § 92 Rdn 1.

¹² Mathias Habersack. In WILHELM GADOW–EBERHARD HEINICHEN: *AktG. Großkommentar*, Berlin: De Gruyter Recht, 1999, § 92 Rdn 1.

¹³ FLEISCHER aaO § 92 Rdn 2.

¹⁴ FLEISCHER aaO § 92 Rdn 18.

¹⁵ HABERSACK aaO § 92 Rdn 3.

¹⁶ Durch das FMStG bis 31.12.2010 befristet geändert.

hat das Gesetz den Vorständen und Geschäftsführern erlaubt, früher zu handeln als sie müssen, wenn eine drohende Zahlungsunfähigkeit auftritt. Das andere neue Element ist die für den Antrag eingeführte Karenzfrist von maximal drei Wochen.¹⁷ Im Folgenden soll auf die Voraussetzungen des § 15a Abs 1 Satz 1 InsO ausführlicher eingegangen werden.

1. Zahlungsunfähigkeit

§ 17 Abs 2 InsO lautet: „Der Schuldner ist zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Zahlungsunfähigkeit ist in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.“

Dies ist der Fall, wenn die liquiden Zahlungsmittel der Gesellschaft die Zahlungspflichten nicht decken. Das Gesetz nennt im Konkreten den Fall der Einstellung der Zahlungen. Es gehört in diesem Kreis aber auch die sog. Zeitpunkt-Illiquidität, d.h. die Gesellschaft ist dauerhaft nicht im Stande die fälligen Geldschulden zu zahlen. Eine lediglich vorübergehende Einfrierung der Zahlungen reicht nicht aus, aber wenn sie über Wochen ausbleiben, ist es immer der Fall.¹⁸ Nach hM schließt die Zahlung kleinerer Beiträge die Zahlungseinstellung nicht aus.¹⁹ Die Prüfung der Liquidität/Zeitpunkt-Illiquidität bedarf keiner besonderen Bilanz, insbesondere nicht der Jahresbilanz, sondern es wird durch eine Liquiditätsbilanz ermittelt.²⁰

2. Drohende Zahlungsunfähigkeit

§ 18 Abs 1 InsO lautet: „Beantragt der Schuldner die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, so ist auch die drohende Zahlungsunfähigkeit Eröffnungsgrund.“

Die Einführung dieses Absatzes hat die lange Diskussion, ob eine absehbare Zahlungsunfähigkeit schon Zahlungsunfähigkeit ist, zu Ende gebracht. Er hat der Gesellschaft in diesem Fall erlaubt, das Insolvenzverfahren zu beantragen, jedoch ohne die Gesellschafter und ihre Organe dazu zu verpflichten. Nach § 18 Abs 2 InsO müssen die Vorstandsmitglieder einen solchen Antrag in vertretungsberechtigter Zahl stellen, im Gegenteil zu dem zwingenden Insolvenzantrag, der von jedem Vorstandsmitglied allein erfüllt werden kann.²¹

3. Überschuldung

Die Überschuldung gehört zu den schwierigsten und umstrittensten Begriffen des gesamten Insolvenzrechts. In den meisten europäischen Staaten löst nur die

¹⁷ MARCUS LUTTER: Zahlungseinstellung und Überschuldung unter der neuen Insolvenzordnung, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)* 1999, 641–642.

¹⁸ Wolfgang Hefermehl–Gerald Spindler. In BRUNO KROPFF–JOHANNES SEMLER: *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, München: Beck, § 92 Rdn 20.

¹⁹ FLEISCHER aaO § 92 Rdn. 22.

²⁰ HEFERMEHL–SPINDLER aaO § 92 Rdn 21, 22, vgl *Eilenberger*; MünchKommInsO, § 17 Rdn 18.

²¹ LUTTER aaO 642.

Zahlungsunfähigkeit die Insolvenz aus.²² Die Legaldefinition des Überschuldungsbegriffs befindet sich in § 19 Abs 2 InsO. Die Krise der internationalen Finanzmärkte hat den deutschen Gesetzgeber dazu genötigt, ein Paket von Maßnahmen zu verabschieden, um die Stabilität des deutschen Finanzmarkts zu verstärken. Infolgedessen ist am 18.10.2008 das Finanzmarktstabilisierungsgesetz (FMStG) in Kraft getreten. Der Begriff der Überschuldung blieb vom FMStG auch nicht unberührt.²³

Der aktuelle Wortlaut des § 19 Abs 2 InsO ist: „Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehende Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, *es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich.*“²⁴

Abweichend von der Zahlungsunfähigkeit tritt die Überschuldung nicht immer wahrnehmbar zutage. Deswegen unterliegt der Vorstand der Pflicht zur ständigen wirtschaftlichen Selbstprüfung, um eine Krise rechtzeitig zu erkennen und ihrer Antragspflicht nachkommen zu können.²⁵ Die Überschuldung muss sich nicht zwingend bei Aufstellung einer Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz ergeben. Maßgebend ist allein die Tatsache der Überschuldung. Eine drohende Überschuldung löst aber keine Antragspflicht aus.²⁶

a. Überschuldungsprüfung

§ 19 Abs 2 InsO lautete vom 1.1.1999 bis zum 17.10.2008: „Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehende Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. *Bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners ist jedoch die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist.*“

Nach diesem Wortlaut war es eindeutig, dass eine positive Zukunftprognose die Überschuldung nicht beseitigt, sondern es allein über die Bewertungsansätze in der Überschuldungsbilanz entscheidet.²⁷ Nach dem Beschluss des BGH²⁸ ist die Überschuldungsprüfung nach Liquidationswerten in § 19 Abs 2 Satz 1 InsO der Regelfall und die nach Fortführungswerten in § 19 Abs 2 Satz 2 InsO der Ausnahmefall.²⁹

Die Reihenfolge der Prüfungsschritte ist bis heute umstritten. Die hM sagt, dass im ersten Schritt die Aktiva mit Liquidationswerten bewertet und dahingehend untersucht werden, ob sie die entstehenden Verbindlichkeiten decken. Lässt sich eine rechnerische Überschuldung nicht feststellen, ist die Gesellschaft nicht überschuldet

²² Neben Deutschland ist die Überschuldung Insolvenzgrund in Österreich, Liechtenstein, in der Schweiz, sowie in England und Wales.

²³ Zu der Änderung ausführlicher sehe JOHANNES HOLZER: Die Änderung des Überschuldungsbegriffs durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz, *ZIP*, 2008/45, 2108.

²⁴ Der geänderte Teil ist kursiv kenntlich gemacht.

²⁵ ULRICH HAAS: Aktuelle Rechtsprechung zur Insolvenzantragspflicht des GmbH-Geschäftsführers nach § 64 Abs. 1 GmbHG, *Deutsches Steuerrecht (DStR)*, 2003/11, 424.

²⁶ HEFERMEHL–SPINDLER aaO § 92 Rdn 23.; KARSTEN SCHMIDT: Konkursgründe und präventiver Gläubigerschutz, *Die Aktiengesellschaft (AG)*, 1978/12, 338.

²⁷ HAAS aaO 424.

²⁸ Vgl BGH DStR 2006, 2186.

²⁹ KARSTEN SCHMIDT: Insolvenzordnung und Gesellschaftsrecht, *ZGR*, 1998, 652–653.

und damit die Prüfung zu Ende. Liegt hingegen eine rechnerische Überschuldung nach Liquidationswerten vor, so tritt die zweite Stufe ein. In dieser wird geprüft, ob die Fortführung des Unternehmens nach den Umständen wahrscheinlich ist.³⁰ Führt diese Prüfung zu einem negativen Ergebnis, steht die Überschuldung fest. Liegt hingegen die Wahrscheinlichkeit einer Fortführung vor, so werden in dem dritten Schritt die Aktiva mit Fortführungswerten („going concern“-Werte) ausgerechnet und die Deckung der Verbindlichkeiten wieder geprüft. In diesem Fall liegt keine Überschuldung vor. Reicht aber die Deckung nicht aus, so steht die Überschuldung endgültig fest.³¹ Der dritte Schritt ist notwendig, weil – wie der Rechtsausschuss meinte³², „auch bei einer positiven Prognose für die Fortführung des Unternehmens nicht von vornherein ausgeschlossen ist, dass Überschuldung vorliegt. (...) Wenn eine positive Prognose stets zu einer Verneinung der Überschuldung führen würde, könnte eine Gesellschaft trotz fehlender persönlicher Haftung weiter wirtschaften, ohne dass ein die Schulden deckendes Kapital zur Verfügung steht. Dies würde sich erheblich zum Nachteil der Gläubiger auswirken, wenn sich die Prognose (...) als falsch erweist.“

Ein Nachteil dieser „klassischen“ Begründung der Überschuldung ist die Verknüpfung mit der Zahlungsunfähigkeit im Rahmen der finanzplanorientierten Fortbestehensprognose. Die Bedeutung der Überschuldung als eigenständiger Insolvenzauslöser sei hierdurch erheblich reduziert worden, stellt *Holzer* fest und in Richtung eines Unterfalls der Zahlungsunfähigkeit verschoben.³³ Genau an diesen Nachteil knüpft die Begründung der Änderung des Begriffs durch das FMStG an. Das FMStG ist zu der früheren Überschuldungsprüfung zurückgekehrt. Gemäß diesen Bewertungen³⁴ wurde von einem zweistufigen Überschuldungsbegriff ausgegangen. Dieser besteht aus zwei von einander zu trennenden exekutorischen und prognostischen Elementen³⁵, d.h. aus einer rechnerischen Überschuldung und einer Überlebens- oder Fortführungsprognose.³⁶ Ein vorübergehender Verlust der Ertragsfähigkeit des Unternehmens stehe dabei einer positiven Fortführungsprognose nicht entgegen. Das prognostische Element, das mit der Ertragsfähigkeit des Unternehmens korrespondiere darf nicht mit der bevorstehenden Zahlungsunfähigkeit gleichgesetzt werden. Aus dieser klaren Trennung der zwei Elemente stammt der Vorteil der Methode. Nach diesem Überschuldungsbegriff können Schwankungen im Bestand der Aktiva eines Unternehmens eine Überschuldung nicht begründen, wenn eine positive Fortführungsprognose besteht. Die positive Fortführungsprognose ist nicht davon abhängig, ob das Unternehmen innerhalb eines bestimmten Zeitraums voraussichtlich

³⁰ Zur Erstellung der Fortbestehensprognose sehe ausführlicher: REINHARD BORK, Wie erstellt man eine Fortbestehensprognose?, ZIP 2000, 1709.

³¹ BORK aaO 1709.

³² BT-Drucks. 12/7302, 157, zu § 23 Abs 2.

³³ HOLZER aaO 2110.

³⁴ Im § 207 Abs 1 KO für die AG und § 1 Abs 1 Satz 1 GesO.

³⁵ HOLZER aaO, 2109.

³⁶ KARSTEN SCHMIDT: Konkursgründe und präventiver Gläubigerschutz, AG, 1978/12, 334, 338–341.

zahlungsunfähig werden wird. Damit ist diese Lösung geeignet, die Unternehmen gegen die Gefahren der Wirtschaftskrise stärker zu machen.³⁷

Da die zweistufige Überschuldungsprüfung angesichts der Finanzkrise eingeführt worden ist, sind diese Änderungen nur provisorisch bis zum 31.12.2010 gültig.³⁸

b. Ansatz von Aktiva

Als nächstes stellt sich die Frage, was der Aktiva und was der Passiva zuzurechnen ist. In die Aktiva dürfen die eigenen Aktien nur dann einbezogen werden, wenn sie veräußert werden können und sollen. Sonst sind sie weder bei der Liquidation noch bei einem Verkauf von Wert. Wenn sie veräußert werden können, sind sie mit dem sicher erzielbaren Kaufpreis anzusetzen.³⁹ Ebenso bleiben außer Betracht die Aufwendungen für die Inangasetzung oder Erweiterung des Geschäftsbetriebs. Dagegen fallen die unentgeltlich erworbenen immateriellen Vermögensgegenstände unter die Aktiva, wie auch der Firmenwert bei den konkreten Verwertungsaussichten.⁴⁰ Stille Reserven können im Gegensatz zur Verlustanzeige nach § 92 Abs 1 durch Neubewertung aufgelöst werden. In der Prognose wird derjenige Wert angesetzt, der im Fall einer gesamten Veräußerung des Unternehmens erzielt werden kann und der Wert einen Bestandteil des Gesamtpreises ausmacht.⁴¹

c. Ansatz von Passiva

Der Passiva werden allein die Verbindlichkeiten zugerechnet. Das Grundkapital, der Gewinnvortrag, der Jahresüberschuss oder die Rücklagen zählen nicht dazu. Außerhalb sind auch die Pensionsverpflichtungen, Pensionsanwartschaften – wenn sie unverfallbar sind – einzubeziehen. Dagegen sind solche Verbindlichkeiten, die erst mit Insolvenzeröffnung entstehen, nicht zu passivieren.⁴²

Das MoMiG hat § 19 Abs 2 InsO mit dem Folgenden Satz ergänzt: „Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen oder aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, für die gemäß § 39 Abs 2 zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren hinter den in § 39 Abs 1 Nr. 1 bis 5 bezeichneten Forderungen vereinbart worden ist, sind nicht bei den Verbindlichkeiten nach Satz 1 zu berücksichtigen.“ Die Neuregelung begrenzt den Anwendungsbereich des Überschuldungsbegriffs gegenständlich. Sie sollte den durch das FMStG außer Kraft gesetzten § 19 Abs 2 InsO ergänzen. Da weder das FMStG noch das MoMiG Übergangsregelungen vorsehen, ist die Änderung auf die jeweils geltende Fassung des § 19 Abs 2 InsO anzuwenden.⁴³

³⁷ HOLZER aaO 2109.

³⁸ Art. 6 und 7 Abs 2 FMStG.

³⁹ HEFERMEHL–SPINDLER aaO § 92 Rdn 26.

⁴⁰ FLEISCHER aaO § 92 Rdn. 26.

⁴¹ HEFERMEHL–SPINDLER aaO § 92 Rdn 26.; UWE HÜFFER: *Aktiengesetz*, München: Beck, 2008, § 92 Abs 2, Rdn 11a.; STEPHAN MITLEHNER, „Fortführungswert“ der Massegegenstände, ZIP, 2000, 1825.

⁴² HEFERMEHL–SPINDLER aaO § 92 Rdn 27.; LUTTER aaO 644–645.

⁴³ HOLZER aaO 2111.

IV. Pflichten des Vorstands

1. Insolvenzantragspflicht

Liegen die in vorigem Kapitel genannten Voraussetzungen vor, hat der Vorstand die Pflicht, die Insolvenz zu beantragen. An dieser Stelle sind die Berechtigten angeordnet entweder zu sanieren oder zu liquidieren. Nur in diesem Rahmen soll der Schuldner weiter am Rechtsverkehr teilnehmen dürfen. Diese Pflicht ergänzt die Verpflichtung über die reale Aufbringung und Erhaltung des haftenden Kapitals.⁴⁴

Dieses Recht kann durch die Satzung weder beschränkt noch ausgeschlossen werden.⁴⁵ Da § 15a Abs 1 InsO auch dem Schutz des Rechtsverkehrs und der zukünftigen Gläubiger dient, ist es genauso ausgeschlossen den Vorstand von dieser Pflicht durch sämtliche Gläubiger und Aktionäre zu befreien.⁴⁶

Der Insolvenzantrag eines Gläubigers lässt die Antragspflicht des Vorstands unberührt, solange das Insolvenzverfahren nicht eröffnet oder die Insolvenzreife nicht beseitigt ist. Wenn die Insolvenzreife nach dem Ablauf der Dreiwochenfrist beseitigt wird, bleibt die Verletzung der Antragspflicht trotzdem unberührt.⁴⁷ Im Fall einer drohenden Zahlungsunfähigkeit geht es um ein Antragsrecht nach § 18 Abs 3 und nicht um ein Antragspflicht.⁴⁸

2. Antragspflichtige

a. Vorstand und Vorstandsmitglieder

Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist der Vorstand als Gesamtorgan zum Antrag verpflichtet, wobei er im Namen der Gesellschaft handelt.⁴⁹ Die Antragsberechtigung wird von § 15 Abs 1 InsO abgeleitet. Ausserhalb ist jedes Mitglied des Vorstands zum Eigenantrag berechtigt. Kommt der Vorstand ihrer Pflicht nicht nach, ist jedes Mitglied zur Vermeidung zivil- und strafrechtlicher Verantwortlichkeit schon verpflichtet. Ein Antragsrecht steht auch jedem Abwickler und sämtlichen Insolvenzgläubigern zu.⁵⁰

Wird der Antrag nicht von allen Mitgliedern des Vorstands gestellt, so ist er nur zulässig, wenn der dem Antrag zugrunde gelegte Eröffnungsgrund glaubhaft gemacht wird; das Insolvenzgericht hat die übrigen Antragsberechtigten zu hören (§ 15 Abs 2 InsO). Mit dieser Regelung soll leichtfertigen Anträgen entgegengewirkt und den Antragsberechtigten im Fall von Meinungsverschiedenheiten eine Möglichkeit der gerichtlichen Klärung gegeben werden.⁵¹

⁴⁴ Hermann Josef Schmal. In HANS-PETER KIRCHHOF–HANS-JÜRGEN LWOWSKI–ROLF STÜRNER: *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, München: Beck, 2007, § 15 Rdn 91.

⁴⁵ SCHMAL aaO § 15 Rdn 17.

⁴⁶ HOLGER FLEISCHER: *Handbuch des Vorstandsrecht*, München: Beck, 2006, § 20 Rdn 26., HABERSACK aaO § 92 Rdn 63.

⁴⁷ HABERSACK aaO § 92 Rdn 63.

⁴⁸ FLEISCHER (In SPINDLER–STILZ) aaO § 92 Rdn 27.

⁴⁹ FLEISCHER (In SPINDLER–STILZ) aaO § 20 Rdn 26.

⁵⁰ HEFERMEHL–SPINDLER aaO § 92 Rdn 32.

⁵¹ SCHMAL aaO § 15 Rdn 72, 74.

Im Fall der drohenden Zahlungsunfähigkeit ist nicht § 15 Abs 1 InsO, sondern § 18 Abs 3 InsO anzuwenden. Ein solcher Antrag ist nur zulässig, wenn er entweder von allen organschaftlichen Vertretern des Schuldners gemeinsam gestellt wird oder wenn der Antragsteller im Einzelfall nach den allgemeinen Regeln vertretungsberechtigt ist (§ 18 Abs 3 InsO). Erfahrungsgemäß werden viele Eröffnungsanträge wegen drohender Zahlungsunfähigkeit gestellt, obwohl diese längst eingetreten ist. In diesem Fall ist vorläufig nicht § 18 Abs 3, sondern § 15 anzuwenden.⁵²

b. Fehlerhaft bestellte-, faktische- und kraft Rechtsscheins Vorstandsmitglieder

Zur Antragstellung verpflichtet sind nach ganz hM auch die fehlerhaft bestellte und die faktische Vorstandsmitglieder und diejenige, die kraft Rechtsscheins als Vorstandsmitglieder angesehen werden. Der erste Fall liegt vor, wenn zwar ein rechtsgeschäftlicher Bestellungsakt gegeben ist, die Bestellung aber an einem Wirksamkeitsmangel leidet. Dagegen wird von einem faktischen Vorstandsmitglied gesprochen, wenn es an einem förmlichen Bestellungsakt fehlt, die betreffende Person aber tatsächlich Vorstandsaufgaben wahrnimmt. Die Vorstandsmitglieder kraft Rechtsscheins können weder einen förmlichen Bestellungsakt noch ein tatsächliches Tätigwerden als Organpersonen vorweisen, erwecken aber nach außen einen entsprechenden Eindruck.⁵³

Laut Entscheidung des Bundesgerichtshofs sind faktische Geschäftsführungsorgane zur Stellung des Insolvenzantrags verpflichtet.⁵⁴ Er hat aber auf eine weitergehende Festlegung verzichtet. *Fleischer* versucht in seinem Beitrag dieser Frage in größerem Zusammenhang nachzugehen.⁵⁵ Dieser Pflicht liegt die Vorstellung zugrunde, dass die weitreichenden Einwirkungsmöglichkeiten faktischer Geschäftsleiter aus Gründen des Gläubiger- und Gesellschafterschutzes eine schadensersatzrechtliche Sonderordnung erfordern. Wie der BGH mit Recht hervorhebt, kommt es auf eine „materielle Betrachtung“ anhand einer „Gesamtschau“ aller Einzelumstände an.⁵⁶ Haftungsbegründend wirkt erst und nur die Wahrnehmung organspezifischer Funktionen in organtypischer Weise. Es bedarf keiner vollständigen Verdrängung der bestellten Vorstandsmitglieder. Ein organtypisches Auftreten im Außenverhältnis ist zwar häufig anzutreffen, aber entgegen der Rechtsprechung – *Fleischer* zufolge – nicht zwingend erforderlich. Es ist auch abzugrenzen, ob es um die Wahrnehmung von Organfunktionen oder Wahrung eigener Interessen geht. Wer als Kreditgeber Kontrollrechte oder als Mehrheitsgesellschafter Mitverwaltungsrechte ausübt wird dadurch nicht zum faktischen Geschäftsleiter. Eine weitere Gruppe bilden die Angestellten auf nachgeordneten Führungsebenen. Sie nehmen keine organspezifischen Funktionen wahr, sondern bereiten Leitungsentscheidungen lediglich vor und führen sie aus. Sie unterliegen zudem der Überwachung durch die

⁵² SCHMAL aaO § 15 Rdn 51, 52.

⁵³ FLEISCHER (AG 2004) aaO 517.

⁵⁴ BGHZ 75, 96, 106; BGHZ 104, 44, 48.

⁵⁵ FLEISCHER (AG 2004) aaO 517.

⁵⁶ BGHZ 104, 44, 48.

Vorstandsmitglieder. Ebenso werden professionelle Berater und Kreditgeber nicht als faktische Organe angesehen.⁵⁷

Wenn die oben dargelegten Voraussetzungen erfüllt sind, gelten für die Verantwortlichkeit tatsächlicher Geschäftsleiter derselben Regeln wie für die Haftung ordnungsgemäß bestellter Vorstandsmitglieder.⁵⁸ Nach einer verbreiteten Lehrmeinung aber führt diese nicht zwingend zu dem Schluss, dass er auch förmlich antragsberechtigt ist. Er ist mehr dazu verpflichtet dafür zu sorgen, dass der nominelle organschaftliche Vertreter im Fall der Insolvenz rechtzeitig einen Eröffnungsantrag stellt.⁵⁹

3. Rücknahme des Antrags

Im Schrifttum ist die Befugnis zur Rücknahme des Antrags bei einem mehrköpfigen Vertretungsorgan umstritten. Die hM bei den Insolvenzgerichten ist, dass ein lediglich entweder von allen organschaftlichen Vertretern oder genau von dem, der den Antrag gestellt hat, zurückgenommen werden kann. Nach *Schmidt* scheint es, da nicht das Gesellschaftsorgan, sondern die Gesellschaft Subjekt des Verfahrens ist, angemessen, diese Befugnis den organschaftlichen Vertretern in vertretungsberechtigter Zahl zuzugestehen, sofern es sich nicht um einen evidenten Mißbrauch der Vertretungsmacht handelt.⁶⁰ Die Einschränkungen des Rechts zur Rücknahme gelten bei drohender Zahlungsunfähigkeit gleichermaßen.⁶¹

4. Antragsfrist

Der Vorstand hat die Pflicht, den Antrag nach § 15a Abs 1 Satz 1 ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber innerhalb von drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, zu stellen. Das gilt auch, wenn seiner Auffassung nach keine die Kosten des Insolvenzverfahrens deckende Masse vorhanden ist. Es ist allein Sache des Insolvenzgerichts, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abzulehnen.⁶²

In Bezug auf den Beginn der Dreiwochenfrist sind im Allgemeinen das Schrifttum und die Rechtsprechung einig, dass es nicht darauf ankommt, ob eine Überschuldungsbilanz gestellt wurde oder nicht.⁶³ An dieser Stelle knüpft eigentlich die Bestimmung von § 93 an, laut der ab diesem Zeitpunkt keine Zahlungen mehr aus dem Gesellschaftsvermögen veranlasst werden dürfen, es sei denn, diese wären ohne Sorgfaltverstoß erbracht worden.

⁵⁷ FLEISCHER (*AG* 2004) aaO 524–526, FLEISCHER (In SPINDLER–STILZ) aaO § 92 Rdn. 30.

⁵⁸ FLEISCHER (*AG* 2004) aaO 528.

⁵⁹ SCHMAL aaO § 15 Rdn 68.

⁶⁰ SCHMIDT (*ZGR* 1998) aaO 654–655., SCHMAL aaO § 15 Rdn 81, 84.

⁶¹ SCHMAL aaO § 15 Rdn 85, 87.

⁶² Hans-Joachim Mertens. In ANDREAS CAHN–WOLFGANG ZÖLLNER: *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Köln: Heymann, 2006, § 92 Rdn. 32.

⁶³ FLEISCHER (In SPINDLER–STILZ) aaO § 92 Rdn 34, HEFERMEHL–SPINDLER aaO § 92 Rdn 20.

Anders ist es mit der Beurteilung, ob die Frist schon mit dem Eintritt der objektiven Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung beginnt, d.h. ob eine objektive Erkennbarkeit ausreicht oder davon die Kenntnis oder böswillige Unkenntnis auch erforderlich ist. Die erste Ansicht geht davon aus, dass die Insolvenzantragspflicht im öffentlichen Interesse liegt und daher nicht von der variierenden Sorgfalt einzelner Vorstandsmitglieder abhängen kann.⁶⁴ Nach *Habersacks* Darlegungen es ist üblich, zwischen dem objektiven Tatbestand der Pflichtverletzung und den daran anknüpfenden Sanktionen zu unterscheiden; alleine letztere setzen nach Lage des Falles subjektive Elemente in der Person des pflichtwidrig handelnden voraus.⁶⁵

Im Kreis der die andere Ansicht vertretenden Juristen steht die Begründung im Vordergrund, dass das subjektive Element schon auf die Abstellung auf ein *schuldhaftes* Zögern hinweist.⁶⁶ Selbst *Habersack* erstreckt seine Anmerkung darauf, dass eine strenge objektive Betrachtung die Gefahr einer Vereitelung der Dreiwochenfriste zur Folge haben könnte.⁶⁷ Zur Ermöglichung von Sanierungsversuchen ist es notwendig, dass die Vorstandsmitglieder diese Zeit tatsächlich nutzen können, was ohne ihr Wissen über den Eintritt der Insolvenzreife natürlich unmöglich wäre.

Dem Vorstand obliegt es, die drei Wochen für die Einleitung von Sanierungsmaßnahmen aufzuwenden oder unmittelbar die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen. Die Sanierungsmaßnahmen sollen ernsthaft in Betracht kommen und erfolgsversprechend sein⁶⁸, sei es durch die Aufgabe verlustträchtiger Tätigkeiten, durch eine allgemeine Reduzierung der Kosten, durch eine Kapitalherabsetzung zum Ausgleich des Verlustes, möglichst verbunden mit einer Kapitalerhöhung gegen Bareinlagen, durch die Vereinbarung eines Rangrücktritts, etc. In dieser Phase hat aber die Geschäftsleitung die finanzielle Entwicklung der Gesellschaft laufend und sorgfältig zu beobachten.⁶⁹ Fraglich ist es aber, ob diese Zeit in der Tat für solche weitreichenden Maßnahmen ausreicht.

Die Frist ist vom Gesetz als eine Höchstfrist bestimmt. Sie darf keinesfalls überschritten werden. Die Ausschöpfung dieses Zeitraums ist auch nur dann erlaubt, wenn es durch Sanierungsmaßnahmen gerechtfertigt wird. Zur Durchführung solcher Maßnahmen ist der Vorstand gegenüber den Gläubigern aber nicht verpflichtet.⁷⁰

5. Antragsfolgen

Nach § 262 Abs 1 Nr 3 hat die Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Auflösung der Gesellschaft zur Folge. Für den Fall der Ablehnung mangels Masse gilt § 262 Abs 1

⁶⁴ HEFERMEHL–SPINDLER aaO § 92 Rdn 29.; FLEISCHER (In SPINDLER–STILZ) aaO § 92 Rdn 34.; HABERSACK aaO § 92 Rdn

⁶⁵ HABERSACK aaO § 92 Rdn 62.

⁶⁶ MERTENS aaO § 92 Rdn 33; HEFERMEHL–SPINDLER aaO § 92 Rdn 29.

⁶⁷ HABERSACK aaO § 92 Rdn 62.

⁶⁸ HABERSACK aaO § 92 Rdn 66.

⁶⁹ LUTTER aaO 643.

⁷⁰ HABERSACK aaO § 92 Rdn 65.

Nr 4. Im ersten Fall wird die Gesellschaft von dem Insolvenzverwalter verwertet und er verwaltet unter gleichzeitigem Fortbestand die Aktiengesellschaft und ihre Organe. Die Abwicklung wird von den Liquidatoren durchgeführt (§§ 265 ff AktG). In den beiden Fällen wird die Gesellschaft im Endergebnis aufgelöst.

V. Rechtsfolgen einer Verletzung der Antragspflicht/ Insolvenzverschleppungshaftung

§ 15a Abs 1 InsO regelt nicht die Rechtsfolgen einer Verletzung der Antragspflicht. Diese sind daher aus anderen Vorschriften abzuleiten. Eine persönliche Einstandspflicht des Vorstands ist ausdrücklich nur nach § 92 Abs 3 vorgesehen, wenn er der Gesellschaft die Zahlungen zu ersetzen hat, die entgegen dem Zahlungsverbot geleistet worden sind. Eine Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft wird durch § 93 Abs 2 begründet. In der Außenverhältniss stehen mehrere Haftungsgrundlagen den Gesellschaftsgläubigern zur Verfügung. Die allerwichtigste – und für lange Zeit heftig umstrittene – Anspruchsgrundlage war der § 823 Abs 2 BGB iVm § 92 Abs 2 AktG. Seit langem bestand jedoch Einigkeit, dass eine persönliche Haftung des Vorstands als Sanktion eines schuldhaften Verstoßes gegen die Insolvenzantragspflicht unmittelbar aus § 92 Abs 2 abzuleiten ist, und dass diese Vorschrift Schutzgesetz iSd § 823 Abs 2 BGB zugunsten der Gesellschaftsgläubiger ist.⁷¹ Da der Wortlaut des § 15a Abs 1 Satz 1 InsO mit dem vorherigen § 92 Abs 2 AktG übereinstimmt und seine Umsetzung in die InsO als eine systematische Änderung anzusehen ist, ist es anzunehmen, dass auch § 15a Abs 1 Satz 1 InsO Schutzgesetz iSd § 823 Abs 2 BGB ist.

Außerhalb können die Gläubiger ihre Ansprüche auch aus § 826 BGB ableiten. Eine andere Möglichkeit bietet die Inanspruchnahme der Vorstandsmitglieder aus culpa in contrahendo an. Außer diesen zivilrechtlichen Haftungsgrundlagen besteht die, auf § 15a Abs 4 und 5 beruhende, strafrechtliche Haftung.

In dem Folgenden soll auf die Darstellung dieser Haftungsmaßnahmen ausführlicher eingegangen werden. Der Schwerpunkt der Vorstellung bleibt aber auf der Haftung gegenüber den Gläubigern, mit besonderer Achtung auf die unterschiedliche Rechtslage der Alt- und Neugläubiger.

5.1. Haftung gegenüber der Gesellschaft und den Aktionären

Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft können grundsätzlich den Aktionären aus § 823 Abs 2 BGB in Verbindung mit der Verletzung eines Schutzgesetzes oder aus § 826 BGB persönlich haften.⁷² Obwohl § 15a Abs 1 Satz 1 InsO als Schutzgesetz iSd § 823 Abs 2 BGB anzusehen ist, sind die Aktionäre nicht in den Schutzbereich des § 15a Abs 1 Satz 1 einbezogen. Ihr Anspruch scheidet auch dann aus, wenn sie erst nach Eintritt der Insolvenzureife Aktionär geworden sind.⁷³

Anders verhält es sich mit der Haftung des Vorstands gegenüber der Gesellschaft. Diese Innenhaftung folgt aus § 93 Abs 2 S 1, der lautet: „Vorstandsmitglieder, die ihre

⁷¹ BARBARA DAUNER-LIEB: Die Berechnung des Quotenschadens – Besprechung des Urteils BGH ZIP 1997, ZGR, 1998/3, 617.

⁷² EISENHARDT aaO 307–308.

⁷³ HABERSACK aaO § 92 Rdn 71; HEFERMEHL–SPINDLER aaO § 92 Rdn 34; Karl Krieger–Hans Hermann Seiler. In KARSTEN SCHMIDT–MARCUS LUTTER: *Aktiengesetz: Kommentar*, Köln: Schmidt, 2008, § 92 Rdn 18.

Pflichten verletzen, sind der Gesellschaft zum Ersatz der daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet.“ Die Gesellschaft kann also jedes Vorstandsmitglied auf den Ersatz des gesamten Schadens in Anspruch nehmen, unabhängig von dem Grad der Verantwortlichkeit.⁷⁴

Die Geltendmachung der Ansprüche der Gesellschaft gegen den Vorstand fällt in den Zuständigkeitsbereich des Aufsichtsrats (§ 112 AktG). Soweit es um Schadenersatzansprüche wegen pflichtwidrigen Vorstandshandelns geht, ist der Aufsichtsrat in aller Regel zur Geltendmachung dieser Ansprüche verpflichtet. Darüber hinaus müssen Ansprüche gegen den Vorstand durchgesetzt werden, wenn die Hauptversammlung oder eine 10%ige Minderheit dies verlangt (§ 147 Abs 1 S 1 AktG).⁷⁵

Die Voraussetzungen des § 93 Abs 2 sind eine Pflichtverletzung, Verschulden, Schaden und Kausalität. Die Schwäche dieses Vorschrifts liegt in der dritten Voraussetzung, weil es in meisten Fällen an einem Schaden der Gesellschaft fehlen wird. Die Darlegungs- und Beweislast trifft die Vorstandsmitglieder, wenn die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters streitig wird. Diese Beweislastregel des § 93 Abs 2 Satz 2 AktG bezieht sich sowohl auf die objektive Pflichtverletzung (Rechtswidrigkeit) als auch auf die subjektive Pflichtwidrigkeit (Schuld). Die Gesellschaft hat lediglich nachzuweisen, dass ihr durch ein möglicherweise pflichtwidriges Verhalten des in Anspruch genommenen Vorstandmitglieds ein Schaden entstanden ist.⁷⁶

Nichtsdestotrotz wird das Scheitern der vorherigen Ansprüche das Bestehen der Strafbarkeit nach § 15a Abs 4 und 5 InsO berühren.⁷⁷ Wenn der Vorstand das Beantragen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens unterläßt, kann mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft werden. Falls nur Fahrlässigkeit vorliegt, ist eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr vorgesehen.

5.2. Haftung gegenüber den Gläubigern

Anders als bei den Gesellschaften mbH, wo die Paralellvorschrift (§ 64 Abs 2 GmbHG) als zivilrechtliche Sanktion für die Verletzung der Antragspflicht nur einen Anspruch der Gesellschaft gegen die Geschäftsführer vorsieht, sind die Gläubiger einer Aktiengesellschaft unmittelbar berechtigt (§ 93 Abs 5 AktG) gegen den Vorstand ihre Ansprüche geltendzumachen soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können.⁷⁸ Dieses Verfolgungsrecht gibt den Gläubigern einen eigenen, unmittelbaren Anspruch bis zur Höhe ihrer eigenen Forderungen gegen pflichtwidrig handelnde Vorstandsmitglieder.⁷⁹

⁷⁴ KRIEGER–SEILER aaO § 93 Rdn 25.

⁷⁵ BARBARA GRUNEWALD: *Gesellschaftsrecht*, Tübingen: Mohr-Siebeck, 2005, 254.; GÖTZ HUECK–CHRISTINE WINDBICHLER: *Gesellschaftsrecht*, München: Beck, 2008, § 27 Rz 38.

⁷⁶ Georg Wiesner. In MICHAEL HOFFMANN-BECKING: *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts AG*, München: Beck, 2007, § 26 Rdn 11.

⁷⁷ FLEISCHER (In SPINDLER–STILZ) aaO § 92 Rdn 38.

⁷⁸ KÜBLER aaO 484.

⁷⁹ WIESNER aaO § 26 Rdn 25.

a. Haftung wegen unerlaubter Handlung

Wird ein Gläubiger durch eine unerlaubte Handlung eines Vorstandsmitglieds vorsätzlich geschädigt, kann er einen Anspruch auf seinen Schaden durch § 826 BGB begründen. Für den Vorsatz im Rahmen des § 826 BGB genügt der Eventualdolus. Der Täter muss nicht im Einzelnen wissen, welche oder wie viele Personen durch sein Verhalten geschädigt werden. Es genügt, dass er die Richtung, in der sich sein Verhalten zum Schaden irgendwelcher Art auswirken kann kennt und die Art des möglicherweise eintretenden Schaden vorausgesehen und zumindest billigend in Kauf genommen hat.⁸⁰

b. Haftung aus culpa in contrahendo

Ein weiteres Verfolgungsrecht kann aus culpa in contrahendo entstehen (§ 280 Abs 1 BGB iVm § 311 Abs 3 BGB). Nach diesem Anspruch kann ein Vorstandsmitglied als nicht unmittelbar beteiligte Vertragspartei dann ein unmittelbares Schuldverhältnis iSv § 241 Abs 2 BGB mit einem Dritten begründen, wenn er in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragshandlungen oder den Vertragsabschluss erheblich beeinflusst. Die BGH-Rechtsprechung hat die Voraussetzungen dieser Tatbestände streng auf die Fälle begrenzt, bei denen das Vorstandsmitglied beim Geschäftspartner in zurechenbarer Weise den Eindruck erwecken musste, er übernehme eine zusätzliche Gewähr für die Richtigkeit und Vollständigkeit für die Erklärung, oder er werde persönlich für die ordnungsgemäße Geschäftsabwicklung geradestehen.

Grundsätzlich hat die Gesellschaft für die Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten einzustehen. Die Inanspruchnahme der Vorstandsmitglieder kommt dann vor, wenn sie besonders persönliches Vertrauen einbeziehen. Dieses Vertrauen darf sich nicht in der unterlassenen Aufklärung über die finanzielle Situation der Gesellschaft erschöpfen. Die Grundentscheidung des II. Zivilsenats vom 6. 6. 1994 hat die deliktische Haftung auf den Vertrauensschaden der Neugläubiger ausgedehnt.⁸¹ Der Anspruch aus c.i.c. ist vom Insolvenzverfahren unabhängig auf den Ersatz des negativen Interesses des Gläubigers Zug um Zug gegen Abtretung seiner Forderung gegen der Gesellschaft (§ 255 BGB) gerichtet.⁸²

Im Folgenden wird auf die Änderungen durch die Grundentscheidung des BGH von 6. 6. 1994 eingegangen. Als Auswirkung dieser Entscheidung ist es erwähnenswert, dass die praktische Bedeutung der vorherigen Haftungstatbestände ganz gering geworden ist.

c. Haftung aus § 15a Abs 1 Satz 1 InsO iSv § 823 Abs 2 BGB

§ 15a Abs 1 Satz 1 InsO iSv § 823 Abs 2 BGB (frühere § 92 Abs 2 AktG iSv § 823 Abs 2 BGB) ist die wichtigste und gleichzeitig historisch meist umstrittene

⁸⁰ EISENHARDT aaO 307–309.

⁸¹ WIESNER aaO § 26 Rdn 34 ff; HABERSACK aaO § 92 Rdn 88 ff.

⁸² HOLGER ALTMEPPEM–JAN WILHELM: Quotenschaden, Individualschaden und Klagebefugnis bei der Verschleppung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1999, 687–690.

Anspruchsgrundlage. Die Rechtsprechung hat den Schutzgesetzcharakter dieses Paragrafs in mehreren Entscheidungen konsequent vertreten.⁸³ Abgesehen von einer den Schutzgesetzcharakter ablehnende mM⁸⁴, ist im Schrifttum auch eine bejahende Einstellung vertreten.⁸⁵

In den Schutzbereich des § 15a Abs 1 Satz 1 InsO iSv § 823 Abs 2 BGB fallen sämtliche Gläubiger der Gesellschaft. Der Schutzbereich des § 15a Abs 1 Satz 1 InsO erstreckt sich nicht auf diejenigen Personen, die erst mit oder nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens Gläubiger der Gesellschaft geworden sind. Die durch ein Aussonderungsrecht geschützten Gläubiger sind auch ausgenommen, soweit ihr Schaden aus der Verletzung des Vorzugsrechts durch die Insolvenzverschleppung resultiert.⁸⁶

Dieser Anspruch setzt eine schuldhafte Verletzung der Antragspflicht voraus, d. h. vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung. Der Fahrlässigkeitsmaßstab entspricht der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes. Auf dessen individuelle Fähigkeiten kommt es nicht an. Ist der Geschäftsführer aufgrund mangelnder Fähigkeiten nicht in der Lage, die Pflicht zu erfüllen, muss er externen Sachverstand in Anspruch nehmen. In diesem Fall kann sein Verschulden entfallen, wenn er sich aufgrund einer fehlerhaften Beratung in einem entschuldbaren Rechtsirrtum befindet.⁸⁷ Der Schadensersatzanspruch setzt noch voraus, dass zwischen Pflichtverletzung und Schaden ein Kausalzusammenhang besteht. Diese wird am meisten die vertraglichen Neugläubiger benachteiligen, weil der Ersatz des negativen Interesses entfällt, wenn die Pflichtverletzung für den Vertragsschluss nicht kausal war.⁸⁸

aa. Abgrenzung der Alt- und Neugläubiger

Auf Grund des unterschiedlichen Schadensumfangs und auch in Bezug auf die Geltendmachung des Anspruchs wird zwischen vertraglichen Alt- und Neugläubiger unterschiedet. Unter Altgläubiger gehören die Gläubiger, deren Forderungen schon bei Eintritt der Insolvenzreife und damit bei Entstehung der Antragspflicht begründet waren. Die Neugläubiger sind diejenigen, die ihre Forderungen erst später erworben haben. Seit langem herrscht die einheitliche Meinung, dass es in dieser Hinsicht entscheidend ist, wann der Vertragsschluss erfolgt ist und nicht wann die Forderung fällig ist. Das OLG Celle hat in seiner Entscheidung⁸⁹ diese Abgrenzung mit einem neuen Element ergänzt. Es sagte, es sei nicht auf den Vertragsschluss bzw. den Foderungserwerb abzustellen, sondern auf den Zeitpunkt, in dem der Gesellschaft ein Kredit gewährt wird, d. h. der Gesellschaftsgläubiger in Vorleistung tritt. Die Ansicht findet auch eine Stütze in der Rechtsprechung des BGH.⁹⁰

⁸³ Vgl. BGHZ 29, 100, 103; 75, 96, 106; 100, 19, 21; 126, 181, 190.

⁸⁴ Sehe dazu ALTMEPPEN–WILHELM aaO 673.

⁸⁵ FLEISCHER (In SPINDLER–STILZ) aaO § 92 Rdn 39; HABERSACK aaO § 92 Rdn 73; HÜFFER aaO § 92 Rdn 16.

⁸⁶ HABERSACK aaO § 92 Rdn 75 ff.

⁸⁷ ULRICH HAAS: Fragen zur Insolvenzverschleppungshaftung des GmbH-Geschäftsführers, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)*, 1999/9, 374.

⁸⁸ HAAS aaO 377–378.

⁸⁹ OLG Celle, NZG 2002, 730, 732.

⁹⁰ HAAS (*DStR* 2003) aaO 427.

Die Einordnung von Dauerschuldverhältnisse kann noch problematischer sein. In diesen Verhältnissen wird die Vergütung der Leistung nach bestimmten Zeitabschnitten gewährt. Hier sollte auf den Zeitabschnitt abgestellt werden, für den die jeweilige Forderung entstanden ist. Folgt man dieser Ansicht, kann der Gesellschaftsgläubiger gleichzeitig Alt- und Neugläubiger sein.⁹¹

bb. Umfang des Schadensersatzes

i. Altgläubiger

Die Altgläubiger können von dem Vorstand nach § 15a Abs 1 Satz 1 InsO iVm § 823 Abs 2 BGB Ersatz des Quotenschadens beanspruchen. Wie es der BGH in seinen Entscheidungen definiert hat, unter dem Quotenschaden wird die Differenz zwischen der tatsächlich erlangten und der bei rechtzeitiger Antragstellung erzielbaren Quote verstanden.⁹² Es ist unerheblich, ob die Forderung des Altgläubigers auf Rechtsgeschäft oder auf Gesetz beruht. Auch Deliktsgläubiger sind anspruchsberechtigt.⁹³

Die Haftung des Vorstands gegenüber den Altgläubiger ist auf diesen Betrag beschränkt, weil auch bei pflichtgemäßer, rechtzeitiger Antragstellung könnte selbst bei geringfügiger Überschuldung schon wegen der Kosten des Verfahrens und sonstiger Belastungen der Masse mit einer nahezu vollständigen Gläubigerbefriedigung nicht ernsthaft gerechnet werden.⁹⁴ Die Quotenschäden sind als Gesamtgläubigerschaden durch Zahlung an die Insolvenzmasse zu ersetzen und nicht durch Leistungen an die einzelnen Gläubiger.

Bedenkliche Probleme wirft schon die Feststellung des Zeitpunkts der Insolvenzreife auf. Wie das *Dauner-Lieb* in ihrem Aufsatz darlegt, ist es möglich, dass die Ineffizienz des Quotenschadens ihre Hauptursache darin hat, dass die Insolvenzantragspflicht letztlich zu spät greift. Dies rechnet sie zu der geradezu unvermeidbaren Konsequenz des zweistufigen Überschuldungsbegriffs.⁹⁵ Dies zeigt auch der von dem BGH entschiedene Fall⁹⁶, wobei die Gläubiger auch bei einer pflichtgemäßen Antragstellung keine nennenswerte Quote erhalten hätten. Nach dem Sachverhalt ist nicht auszuschließen, dass eine fast zweijährige Insolvenzverschleppung ihre Vermögen nicht mehr wesentlich verschlechtern konnte.

Problematischer scheint die Berechnung des Quotenschadens zu sein. Im Rahmen der Berechnung ist die im Zeitpunkt rechtzeitiger Antragstellung für die Verteilung an die damals vorhandenen Altgläubiger (als Insolvenzgläubiger) hypothetisch verfügbare Masse zu ermitteln.⁹⁷ In der Entscheidung des BGH vom 6. 6. 1994 wurde den § 92 InsO für die Umsetzung der neuen Rechtsprechung angewendet. Dem

⁹¹ HAAS (*DSiR* 2003) aaO 427–428.

⁹² BGHZ 29, 100, 103; 126, 181, 190.

⁹³ HABERSACK aaO § 92 Rdn 77.

⁹⁴ DAUNER-LIEB aaO 618.

⁹⁵ DAUNER-LIEB aaO 630.

⁹⁶ BGH ZIP 1997, 1542.

⁹⁷ Helmut Brandes. In HANS-PETER KIRCHHOF–HANS-JÜRGEN LWOWSKI–ROLF STÜRNER: *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, München: Beck, 2007, § 92 Rdn 19.

Problem der Berechnung der Quotenschaden wurde aber dadurch keine tiefgehende Analyse gewidmet. Dies belegt die Entscheidung vom 28. 4. 1997⁹⁸, bei der erstmal die Berechnung des Quotenschadens im Mittelpunkt stand.

Die Ausgangsfrage muss lauten, in welchem Umfang die Gläubiger bei rechtzeitiger Konkursöffnung befriedigt worden wären und welche Quote sie auf ihre Forderungen erhalten hätten. Diese hängt zunächst davon ab, welche Masse damals verfügbar gewesen wäre. Eine Abstimmung bei der Ermittlung dieser hypothetischen Teilungsmasse auf die Bilanzsiffern, obwohl diese einen eindeutigen und einfach zu handhabenden Anknüpfungspunkt bieten, wird von dem BGH verworfen. Den Gläubigern konkret entstandener Schaden läßt sich auf diese Weise nicht ermitteln. Die effektive hypothetische Insolvenzquote läßt sich nur in der Weise schadensersatzrechtlich präzise ermitteln, dass man gedanklich konkret, also unter Beachtung der Regelungen der Insolvenzordnung durchspielt, wie ein Insolvenzverfahren unmittelbar im Anschluß an die Insolvenzreife verlaufen wäre. Zwecks Bestimmung der hypothetischen Masse, können nur Vermögensgegenstände, die sich tatsächlich liquidieren lassen, wertmäßig in die Teilungsmasse einfließen und sich damit positiv auf die Insolvenzquote auswirken. Zu einer konkret-realistischen Betrachtungsweise gehört auch, dass das zum Zeitpunkt der Insolvenzreife noch vorhandene Gesellschaftsvermögen auch um die Beträge verkürzt wird, die zur Abdeckung von Massekosten und Masseschulden erforderlich gewesen wären. Auch sie hätten zur Befriedigung der Insolvenzgläubiger nicht effektiv zur Verfügung gestanden. Bei Nachweisschwierigkeiten im Detail ist § 287 ZPO entsprechend anzuwenden.⁹⁹

Diese Ansichtweise des BGH wird von *Dauner-Lieb*¹⁰⁰ in ihrem Aufsatz stark kritisiert. Sie geht davon aus, dass nicht der isolierte Vergleich zwischen *hypothetischer und real verfügbarer Masse*, sondern erst die Gegenüberstellung von *ursprünglich erzielbarer und tatsächlich erzielter Insolvenzquote* zu der realen Einbuße der Altgläubiger führt. Sie verweist in diese Sinne auf die Bezeichnung Quotenschaden. *Dauner-Lieb* berücksichtigt, dass die Vermögenslage der Gläubiger nicht allein von der verfügbaren Masse abhängt, sondern sich erst aus dem Verhältnis dieser Masse zu dem damit zu bedienenden Forderungsvolumen, eben der „Quote“, ergibt. Eine Verschlechterung der Position der Altgläubiger zwischen Konkursreife und tatsächlicher Insolvenzeröffnung kann sich nicht nur aus einer Verminderung der Masse ergeben, sondern auch aus einer Erhöhung des mit der vorhandenen Masse zu bedienenden Forderungsvolumens. Die Altgläubiger können infolgedessen einen Verschleppungsschaden auch dann erleiden, wenn sich der Wert der Masse rechnerisch überhaupt nicht verändert hat oder sogar angestiegen ist; es also am Tatbestand einer Masseverkürzung fehlt. Dieser, von *Dauner-Lieb* dargestellte Aspekt der Berechnung des Quotenschadens ist unbedingt vor Augen zu halten.

⁹⁸ BGH ZIP 1997, 1542.

⁹⁹ BGH ZIP 1997, 1542; Vgl. DAUNER-LIEB aaO 620–621.

¹⁰⁰ DAUNER-LIEB aaO 624–625.

ii. Neugläubiger

Die Neugläubiger sind erstmal in den Schutzbereich des § 64 Abs 1 GmbHG einbezogen worden. Der BGH hat dies in seiner Grundentscheidung des VI. Senats vom 6. 12. 1958¹⁰¹ ausgesprochen und seitdem konsequent bejaht. Damals waren die Neugläubiger ebenfalls auf den begrenzten Quotenschaden verwiesen, obwohl sie bei rechtzeitiger Insolvenzanmeldung gar nicht Gläubiger der Gesellschaft geworden wären und daher überhaupt keinen Schaden erlitten hätten. Abweichend aber von den Altgläubigern sollte für die Berechnung ihres Quotenschadens nicht das Entstehen der Insolvenzantragspflicht maßgeblich sein, sondern der Zeitpunkt, in dem ihre jeweilige Forderung entstanden ist.¹⁰² Diese Vorgehensweise hat zu grossen Schwierigkeiten geführt, weil dies bedeutete, dass für jeden Neugläubiger eine besondere Berechnung ihres Quotenschadens und die Schaffung einer Sondermasse erforderlich waren. Um eine in der Praxis durchsetzbare Lösung zu schaffen, hat die Rechtsprechung auf diese Vorgehensweise verzichtet und den Quotenschaden der Neugläubiger auch im Bezug auf den Zeitpunkt der Insolvenzreife berechnet.

Den wichtigste Meilenstein dieses Schutzzweckproblems, das von *Mertens*¹⁰³ als „die vielleicht bekannteste Problematik des Kapitalgesellschaftsrechts überhaupt“ genannt wurde, hat der II. Senat des BGH in seiner Entscheidung vom 6. 6. 1994¹⁰⁴ geschafft. In dieser Entscheidung hat der BGH gleichzeitig die Geschäftsführerhaftung aus Verschulden bei Vertragsschluß eingeschränkt und die Haftungsbegrenzung auf den Quotenschaden gegenüber den Neugläubigern aufgegeben. Nach der neuen Rechtslage haben die Neugläubiger Anspruch auf Ausgleich des vollen Schadens, der ihnen dadurch entstanden ist, dass sie in Rechtsbeziehungen zu einer überschuldeten oder zahlungsunfähigen Aktiengesellschaft getreten sind, allerdings nur in Gestalt des negativen Interesses (Vertrauensschaden), nicht dagegen das Erfüllungsinteresse.

Die methodische Begründung dieser Entscheidung befindet sich in dem „objektiven Gesetzeszweck“. Wie oben schon erwähnt, bezweckt der Norm nicht nur die Erhaltung der ursprünglichen Insolvenzmasse, sondern auch das Fernhalten vom Geschäftsverkehr der konkursreifen Gesellschaften und die damit verbundene Schädigung und Gefährdung der Gläubiger.¹⁰⁵

Die Haftung aus § 823 Abs 2 BGB iVm § 15a Abs 1 Satz 1 InsO gegenüber dem Neugläubiger geht auf Ersatz des Vertrauensschadens. Sein Vertrauensschaden besteht in dem Verlust von Leistungen, die er an die Gesellschaft erbracht hat und in sonstigen durch den Kontakt mit der Gesellschaft veranlaßten Aufwendungen, abzüglich der von der Gesellschaft bereits erbrachten Gegenleistung sowie abzüglich einer Insolvenzquote, die er in etwaigen Insolvenzverfahren erhalten würde. Der Quotenschaden, den der Neugläubiger durch die Insolvenzverschleppung erleidet,

¹⁰¹ BGHZ 29, 100.

¹⁰² BGHZ 29, 100, 104 ff.

¹⁰³ HANS-JOACHIM MERTENS: Schadensfragen im Kapitalgesellschaftsrecht. In: DIETER MEDICUS: *Festschrift für Hermann Lange*, Stuttgart: Kohlhammer, 1992, 561–562.

¹⁰⁴ BGHZ 126, 181 = ZIP 1994, 1103.

¹⁰⁵ BGHZ 126, 181; DAUNER-LIEB aaO 618-619.

geht in dem Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens auf.¹⁰⁶ Ein Mitverschulden des Neugläubiger ist gemäß § 254 BGB in betracht zu ziehen, wenn dem Gläubiger bei Abschluß des Vertrags Umstände erkennbar waren, bei denen er hätte entnehmen können, dass er mit seiner Forderungen gegen die Gesellschaft zumindest teilweise ausfallen würde. Folge des Mitverschuldens ist die Kürzung des Anspruch aus § 823 Abs 2 BGB.¹⁰⁷

Es ist festzustellen, dass nach ganz herrschender Meinung – inklusiv diejenige des BGH – die Neugläubiger einen einheitlichen deliktischen Anspruch aus § 823 Abs 2 BGB iVm § 15a Abs 1 Satz 1 InsO haben. Gegen diese Meinung hat *Schmidt* Stellung genommen, indem er für die Aufteilung in einen deliktsrechtlichen Gesamtgläubigeranspruch und einen aus culpa in contrahendo gestützten Anspruch auf Ersatz des Individualschadens war. Als Begründung seiner Ansicht beruft er auf den neuen § 92 InsO, der am 1. 1. 1999 in Kraft getreten ist, nachdem die Schäden der Neugläubiger ebenso unter die Gesamtschäden fallen und von dem Insolvenzverwalter geltend zu machen sind.¹⁰⁸

Eine andere zu erwähnende Kritik wurde von *Altmeppen/Wilhelm* verfassen.¹⁰⁹ Sie stellen fest, dass die Lösung des BGH, nach der der Geschäftsführer den Ersatz des negativen Interesses leisten müsse, die Masse in solcher Weise begünstige, die mit dem Zweck des § 64 GmbHG nicht zu vereinbaren sei. Die Neugläubiger haben ein negatives Interesse vor allem in bezug auf eine Vorleistung oder sonstige Kreditgewährung, die sie der GmbH erbracht haben. Wird der Geschäftsführer den Gläubigern zur Zahlung des negativen Interesses verpflichtet, so bleibe die Begünstigung der Masse durch die volle Vorleistung unberücksichtigt. Die Masse sei insoweit nur mit der Quote belastet. Folglich werde das Vermögen der GmbH erst auf Kosten des Neugläubigers, sodann auf Kosten des Geschäftsführers vergrößert. Das könne nicht der Schutzzweck des § 64 GmbHG sein.

cc. Geltendmachung

Zwischen den Alt- und Neugläubiger ist es nicht nur nach dem Schadensumfang, sondern auch nach der Geltendmachung dieser Schäden zu unterscheiden. Der Quotenschaden der Altgläubiger wird im Insolvenzverfahren von dem Insolvenzverwalter für die Masse geltend gemacht. Es handelt sich um einen Gesamtschaden iSv § 92 InsO. Wenn der Insolvenzverfahren mangels Masse nicht eröffnet oder aufgehoben wird, werden die Altgläubiger auf eine individuelle Durchsetzung angewiesen.¹¹⁰

Anders ist es bei den Neugläubigern. Sie können ihren Anspruch auf das negative Interesse als Individualschaden auch während des laufenden Insolvenzverfahrens eigenständig geltend machen. Der Neugläubiger muss sich allerdings die tatsächlich

¹⁰⁶ HABERSACK § 92 Rdn 81.

¹⁰⁷ BGHZ 126, 181, 200 ff; HABERSACK § 92 Rdn 82.

¹⁰⁸ SCHMIDT (ZGR 1998) aaO 662-665, vgl. ALTMEPPEN–WILHELM aaO 674-675.

¹⁰⁹ ALTMEPPEN–WILHELM aaO 677.

¹¹⁰ HABERSACK aaO § 92 Rdn 77; FLEISCHER (In SPINDLER–STILZ) aaO § 92 Rdn 47.

erzielte Quote anrechnen lassen. Ist das Insolvenzverfahren noch nicht abgeschlossen, so kann der Neugläubiger nach § 255 BGB auf Ersatz seines Vertrauensschadens Zug um Zug gegen Abtretung seiner Insolvenzforderung klagen.¹¹¹ Eine konkurrierende oder ergänzende Befugnis des Insolvenzverwalters besteht nach hM nicht.¹¹² Vor kurzem beherrschten aber in dieser Frage noch zwei extreme Meinungen. Nach der einen, die fraglos mit der Entscheidung des BGH von 6. 6. 1994 unvereinbar ist, sollte auch die Geltendmachung aller Neugläubigerschäden in die Hand des Verwalters gelegt sein, nach der anderen sollte diese Zuständigkeit des Verwalters strikt zurückgeschnitten werden. *Schmidt*¹¹³ und *Dauner-Lieb* stehen kritisch zu dieser Trennung in der Geltendmachung. *Dauner-Lieb* erleuchtet schwierige Folgefragen dieser Lösung, obwohl sie die Trennung grundsätzlich plausibel hält. Nach diesem Konzeption, sagt sie, könne es zu einem höchst unerwünschten Wettlauf um den schnellsten Zugriff auf das Geschäftsführervermögen kommen. In diesem Kampf sei der Verwalter schon deshalb benachteiligt, weil er den Quotenschaden erst auf der Grundlage der real erzielbaren Insolvenzquote und damit in einer relativ späten Phase des Verfahrens beziffern kann.¹¹⁴

dd. Nichtvertragliche, insb. deliktische Neugläubiger

Eine schwerer zu beurteilte Frage ruft die Rechtslage der deliktischen Neugläubiger vor. Wertende Argumente stehen sowohl für die Bejahung als auch für die Ablehnung einer Haftung des Geschäftsführer aus § 823 Abs 2 BGB iVm § 15a Abs 1 Satz 1 InsO gegenüber den deliktischen Neugläubigern. Die Praxis wird mehr und mehr von der Ansicht beherrscht, dass auch den Inhabern gesetzlich begründeter Forderungen, insbesondere den Deliktsgläubigern, Ansprüche aus den oberen Normen zugesprochen werden sollen.

Eine grundsätzlich bejahende Meinung vertreten *Lutter/Hommelhoff*.¹¹⁵ Eine Haftung des Geschäftsführers komme aber nur in Betracht, wenn dessen rechtzeitiger Antrag die deliktische Schädigung verhindert hätte. Dies sei nur dann der Fall, wenn der Verwalter den Betrieb eingestellt hätte, nicht aber wenn er ihn fortgeführt hätte. Diese hypothetische Kausalität der rechtzeitigen Antragstellung für den Nichteintritt des Schadens müsse vom Anspruchsteller bewiesen werden. Dieser Meinung wird auch von *Reiff/Arnold* gefolgt.¹¹⁶ Sie kommen zu der Schlussfolgerung, dass die Insolvenzverschleppungshaftung des Geschäftsführers gegenüber gesetzlichen Neugläubigern sogar schärfer sein könne als gegenüber vertraglichen. Denn während die Kondiktions- und Bereicherungsgläubiger von ihm den Ersatz ihres gesamten Forderungsausfalls in der Insolvenz verlangen können, sei der Schadensersatzanspruch

¹¹¹ HOLGER ALTMEPPE: Problemen der Konkursverschleppungshaftung, *ZIP*, 1997, 1181–1183.

¹¹² HABERSACK aaO § 92 Rdn 81; FLEISCHER (In SPINDLER–STILZ) aaO § 92 Rdn 47.

¹¹³ SCHMIDT (*ZGR* 1998) aaO 664–667.

¹¹⁴ DAUNER-LIEB aaO 629.

¹¹⁵ Marcus Lutter–Detlef Kleindiek. In MARCUS LUTTER–PETER HOMMELHOFF: *GmbH-Gesetz Kommentar*, Köln: Schmidt, 2004, § 64 Rdn 50.

¹¹⁶ PETER REIFF–ARNOLD: Unbeschränkte Konkursverschleppungshaftung des Geschäftsführers einer GmbH auch gegenüber gesetzlichen Neugläubigern?, *ZIP*, 1998, 1893–1894.

der vertraglichen Neugläubiger nach bisherigem Verständnis auf ihren Vertrauensschaden begrenzt.

Altmeppen wirft dagegen die Frage vor, ob Deliktsgläubiger geltend machen können, bei rechtzeitiger Konkursanmeldung wäre es zu dem Delikt nicht mehr gekommen, oder ob ihr Anspruch wirklich davon abhängen soll, dass sie zugleich als Vertragspartner einen Anspruch aus positiver Vertragsverletzung haben.¹¹⁷ *Altmeppen* ist der Meinung, dass das Delikt mit dem Vertrauen auf die Solvenz eines Marktpartners von vornherein nichts zu tun hat. Die Haftung wegen Insolvenzverschleppung bezieht sich deshalb nicht auf Deliktsgläubiger und auf die Werthaltigkeit ihrer deliktischen Ansprüche und ebenso bezieht sie sich auch nicht auf Folgeschäden aus einer positiven Vertragsverletzung.¹¹⁸

Trotz aller Gegenmeinungen ist vor den Augen zu halten, dass der Schutzzweck des § 15a Abs 1 Satz 1 InsO auf die Beseitigung eines insolventen und damit aus Sicht des Rechtsverkehrs nicht mehr tragbaren Rechtsträgers gerichtet ist und dieser Zweck deshalb eine Gleichbehandlung von Vertrags- und Deliktsgläubigern gebietet.¹¹⁹

VII. Zusammenfassung

Der Weg, der von der Rechtsprechung und dem Schrifttum begangen wurde, ist vor allem plausibel. Wie es schon am Anfang der Arbeit skizziert wurde, ist die Existenz effektiver Ansprüche gegenüber den Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft, wo sich hinter dem Kapital keine persönliche Haftung befindet, unerlässlich. Ein grosser Teil derin Praxis vorkommenden Fällen, in denen die Gläubiger einer insolvent gegangenen Gesellschaft ohne Ersatz ihrer Schäden bleiben, ist auf eine Insolvenzverschleppung zurückzuführen. Im Hinblick auf dieses Problem ist – wie es *Dauner-Lieb*¹²⁰ formuliert hat – „ein theoretisch stimmiges und praktisch effektives Gesamtmodell“ durch § 92 Abs 2 AktG entwickelt worden. Erstmal die Begründung eines Anspruchs der Alt- und Neugläubiger auf den Quotenschaden, dann später mit der Grundentscheidung des BGH vom 6. 6. 1994 das Zusprechen des negativen Interesses zu den vertraglichen Neugläubigern und letztlich die Ausdehnung dieser auf nichtvertragliche Neugläubiger hat einen umfassenden Schutz der Gläubiger geschaffen.

Trotz aller Ereignissen bleibt es aber fraglich, ob die Existenz dieser Anspruchsmöglichkeiten in der Tat zur effektiven Schadensgeltendmachung führen kann. In der Praxis ist es in einem eröffneten Verfahren den Verwaltern praktisch oft kaum möglich, jedenfalls aber zu mühsam, den Quotenschaden der Altgläubiger zu berechnen.¹²¹ Sie weichen lieber auf eine Inanspruchnahme des Vorstands aus. Wird die Verfahrnung nicht eröffnet, wird es den Altgläubigern mangels der notwendigen

¹¹⁷ ALTMEPPEN (ZIP 1997) aaO 1178–1179.

¹¹⁸ ALTMEPPEN (ZIP 1997) aaO 1179–1180, er erstreckt seine Analyse auf die Möglichkeit eines Anspruches aus einem anderen Grund direkt gegen den Geschäftsleiter haben könnte.

¹¹⁹ HABERSACK aaO § 92 Rdn 80.

¹²⁰ DAUNER-LIEB aaO 617.

¹²¹ DAUNER-LIEB aaO 620.

Kenntnis unmöglich den Quotenschaden zu berechnen. Auch die Neugläubiger werden in dem Fall zumeist auf erhebliche Beweisschwierigkeiten stoßen. Um den Zeitpunkt der Insolvenzreife darzulegen, sind sie am meistens auf die Unterstützung des Verwalters gewiesen. An einer solchen Unterstützung – wie das *Balthasar* in seinem Aufsatz richtig feststellt – haben die Verwalter aber in aller Regel kein eigenes Interesse, denn ihnen muss daran gelegen sein, der Leistungsfähigkeit der Geschäftsführungsorgane im Interesse der Masse auszuschöpfen und sich nicht auf einen Wettlauf mit den Neugläubigern einzulassen. Aus diesem Grund sind solche Ansprüche eher selten, mühsam und kostenträchtig.¹²²

¹²² Helmut Balthasar. In GERD KRIEGER–UWE H.SCHNEIDER: *Handbuch Managerhaftung*, Köln: Schmidt, 2007, § 27 Rz. 53 f.