

Moritz Brinkmann

Die Bedeutung der §§ 92, 93 InsO für den Umfang
der Insolvenz- und Sanierungsmasse

KTS **Schriften**
zum Insolvenzrecht

Herausgegeben von

Meinhard Heinze · Rolf Stürner · Wilhelm Uhlenbruck

Band 12

1
SB

Carl Heymanns Verlag KG · Köln · Berlin · Bonn · München

Die Bedeutung der §§ 92, 93 InsO für den Umfang der Insolvenz- und Sanierungsmasse

Von Dr. iur. Moritz Brinkmann

—
020

Carl Heymanns Verlag KG · Köln · Berlin · Bonn · München

Die Deutsche Bibliothek – CIP Einheitsaufnahme

Brinkmann, Moritz:

Die Bedeutung der §§ 92, 93 InsO für den Umfang der Insolvenz- und Sanierungsmasse /
von Moritz Brinkmann.

Köln; Berlin; Bonn; München: Heymanns, 2001

(KTS-Schriften zum Insolvenzrecht; Bd. 12)

Zugl.: Berlin, Univ., Diss., 2001

ISBN 3-452-25174-8

NE: GT

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen, der Funksendung, der Wiedergabe auf fotomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben vorbehalten.

© Carl Heymanns Verlag KG · Köln · Berlin · Bonn · München 2001

50926 Köln

E-Mail: service@heymanns.com

<http://www.heymanns.com>

ISBN 3-452-25174-8

Satz: John + John, Köln

Druck: Gallus Druckerei KG Berlin

Gedruckt auf säurefreiem und alterungsbeständigem Papier

Vorwort

Über das Insolvenzrecht ist im Zuge seiner Neuregelung eine regelrechte Literaturflut hereingebrochen. Insofern mag es Bedenken wecken, hieran durch eine weitere Veröffentlichung mitzuwirken. Ich danke meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. iur. *Ludwig Häsemeyer*, dass er mich dennoch zu dieser Arbeit ermutigt hat, denn gerade am Beispiel der §§ 92, 93 InsO zeigt sich der Wert juristischer Konstruktion als Ergebnis einer funktionalen Interpretation für die Lösung der Probleme der Praxis.

Herrn Professor Dr. iur. *Ludwig Häsemeyer* schulde ich nicht nur für die Anregung zu dieser Arbeit, sondern auch für die stets wohlwollende und ermutigende Kritik, mit der er ihre Entstehung gefördert hat, aufrichtigen Dank.

Herrn Professor Dr. iur. *Herbert Roth* danke ich für die umgehende Erstellung des Zweitgutachtens. Herrn Prof. Dr. iur. *Rolf Stürner*, Herrn Professor Dr. iur. *Wilhelm Uhlenbruck* sowie Herrn Prof. Dr. iur. *Meinhard Heinze* sei für die Aufnahme der Arbeit in die KTS-Schriftenreihe gedankt.

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2000/2001 von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg als Dissertation angenommen. Für die Veröffentlichung wurde die Schrift auf den Stand von Juli 2001 gebracht.

Berlin, im August 2001

Moritz Brinkmann

Inhalt

<i>Vorwort</i>	V
<i>Einleitung</i>	1
1. Teil Die Liquidation von Gesamtschäden nach § 92 InsO	
<i>1. Kapitel Gesamtschadensersatzansprüche als Anwendungsbereich des § 92 InsO</i>	5
I. Gesamtschäden aus Insolvenzverschleppung	7
1. Insolvenzverschleppung in der GmbH	7
a) Das Konzept der ausschließlichen Innenhaftung im Rahmen des § 64 GmbHG	7
b) Außenhaftung aus § 823 II BGB i.V.m. § 64 I GmbHG als Anwendungsbereich des § 92 InsO	10
(1) Der Stand der Rechtsprechung	10
(2) Kritik an der neuen Rechtsprechung	11
(3) Ergebnis	16
2. Insolvenzverschleppungshaftung in anderen Gesellschaftsformen	16
3. Verhältnis der Haftung für Insolvenzverschleppungsschäden zu § 26 III InsO	17
II. Gesamtschäden infolge Pflichtverletzungen des Insolvenzverwalters	21
1. Dogmatische Begründung der Haftung des Insolvenzverwalters	21
a) Gesamtschäden als Innenhaftung	22
b) Gesamtschäden als Außenhaftung	23
2. Das Verhältnis von § 92 InsO zu §§ 60, 61 InsO	25
3. § 92 S. 2 InsO	26
III. Weitere Gesamtschäden	26
<i>2. Kapitel Funktion des § 92 InsO</i>	28
I. Funktionen einer zentralisierten Geltendmachung außerhalb des Insolvenzverfahrens	28
II. Andere Fälle der Einbeziehung insolvenzschuldnerfremder Ansprüche in das Insolvenzverfahren	30
1. Geltendmachung schuldnerfremder Rechte durch den Insolvenzverwalter nach dem Aktiengesetz.	30
a) § 93 V S. 4 AktG	31
b) § 117 V S. 3 AktG	32
c) §§ 309 IV S. 5, 310 IV, 317 IV, 318 IV, 323 I S. 2 AktG	32
d) § 62 II S. 2 AktG	33
2. Gesamtschadensliquidation in Nachlassverwaltung und Nachlassinsolvenz	33
a) § 1978 II BGB	33
b) § 1985 II S. 2 BGB	34
c) Haftung wegen Nachlassinsolvenzverschleppung aus § 1980 I S. 2 BGB	35
3. Gesamtschadensliquidation im Zwangsverwaltungsverfahren	35
4. § 16 I AnfG	36
5. § 171 II HGB	37
III. Insolvenzspezifische Funktion der Liquidation insolvenzschuldnerfremder Ansprüche durch den Verwalter	39
1. Vermögens- und haftungsrechtliche Zuordnung	41

2. Haftungsrechtliche Zuordnung und haftungsrechtliche Funktionalisierung der Gesamtschadensansprüche	42
3. Planverfügbarkeit der Gesamtschadensansprüche	44
IV. Ergebnis	45
3. Kapitel <i>Rechtstechnische Konstruktion des § 92 InsO</i>	46
I. Einziehungsermächtigung des Verwalters	47
II. Gesamtschadensliquidation als gesetzlicher Forderungsübergang	49
1. Zession an den Schuldner	50
2. Verwalter als treuhänderischer Zessionar	51
III. Zwischenergebnis	52
IV. Übergang der Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter entsprechend § 80 InsO.	53
1. Gesamtschadensansprüche als Massebestandteile	53
2. Abgrenzung zur These vom integrierten Inkassoverfahren	55
a) Kritik aus funktionaler Sicht	55
b) Kritik aus rechtstechnischer Sicht	56
V. Ergebnis	57
4. Kapitel <i>Rechtsfolgen des § 92 InsO für das Insolvenzverfahren</i>	58
I. Konsequenzen der Einziehung zur Insolvenzmasse	58
1. Bedeutung für das Vorliegen oder den Fortfall eines Insolvenzgrundes nach §§ 19, 212 InsO.	58
2. Ausreichende Masse nach §§ 26 I, 207 I InsO.	59
3. Haftung für sonstige Masseverbindlichkeiten	61
a) (Echte) Masseverbindlichkeiten nach § 55 InsO	61
b) Sozialplanansprüche nach § 123 InsO	61
4. Massezugehörigkeit der vom Verwalter eingeforderten Leistung	62
5. Auswirkungen auf die Verfahrenskosten	63
II. Rechtsfolgen der Ermächtigungswirkung für den Insolvenzverwalter.	64
1. Befugnisse zur Durchsetzung der Forderung.	64
2. Erlassberechtigung.	64
3. Befugnis des Insolvenzverwalters zur weiteren Übertragung seiner Berechtigung	65
a) Freigabeberechtigung.	65
b) Abtretungsberechtigung	65
c) Delegationsberechtigung.	66
4. Verzicht eines Schadensersatzgläubigers auf Teilnahme am Insolvenzverfahren	67
III. Rechtsfolgen der Sperrwirkung.	69
1. Konsequenzen für die Stellung der Gesamtschadensersatzgläubiger	69
a) Klagesperre	69
b) Vollstreckungssperre	70
c) Keine Anwendung der Insolvenzanfechtungsvorschriften auf vor Verfahrenseröffnung erlangte Deckungen	71
d) Massegläubiger als Gesamtschadensersatzgläubiger	73
2. Konsequenzen der Sperrwirkung für die Stellung des Gesamtschadensersatzschuldners.	75
a) Direktzahlungen des Schädigers an den Gläubiger	75
b) Erhalt von Einwendungen	76
c) Konsequenzen im Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Gesamtschadensersatzgläubigers	77
IV. Aufrechnungsfragen	77
1. Aufrechnungsbefugnis des Insolvenzverwalters mit der Gesamtschadensforderung gegen Insolvenzforderungen des Schadensersatzschuldners	77
2. Ausschluß der Aufrechnungsbefugnis der Gesamtschadensersatzgläubiger.	78

3. Aufrechnungsmöglichkeiten des Gesamtschadensersatzschuldners.	79
a) Aufrechnung des Schadensersatzschuldners mit einer Forderung gegen einen Gesamtschadensersatzgläubiger	79
b) Aufrechnung des Schadensersatzschuldners mit einer Insolvenzforderung.	80
V. Verfahrensrechtliche Konsequenzen der Einziehung nach § 92 InsO.	80
1. Der Insolvenzverwalter als Partei kraft Amtes im Gesamtschadensprozess.	80
2. Auswirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf bereits laufende Verfahren zwischen Gesamtschadensersatzgläubiger und Gesamtschadensersatzschuldner	81
3. Auftreten eines weiteren Gesamtschadensersatzgläubigers als Klageänderung?	83
VI. Die Lage nach Beendigung des Insolvenzverfahrens	84
1. Ende von Sperr- und Ermächtigungswirkung	84
2. Verjährung der Ansprüche der Gesamtschadensersatzgläubiger	86
5. Kapitel Gesamtschadensliquidation im Insolvenzplanverfahren und in der Eigenverwaltung	87
I. Gesamtschadensliquidation und Insolvenzplan	87
1. Bildung einer eigenständigen Gruppe der Gesamtschadensersatzgläubiger nach § 222 II InsO	88
2. Anwendung des § 233 InsO auf das Vorgehen des Verwalters nach § 92 InsO	89
3. Kürzung der Gesamtschadensansprüche analog § 227 II InsO?	89
II. Gesamtschadensliquidation und Eigenverwaltung	90
6. Kapitel Auswirkungen des § 92 InsO im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Gesamtschadensersatzschuldners	91
Zusammenfassung des ersten Teils	93

2. Teil Die Abwicklung der Haftung des persönlich haftenden Gesellschafters nach § 93 InsO

1. Kapitel Funktion und dogmatische Konstruktion des § 93 InsO	96
I. Funktion des § 93 InsO	96
1. Gewährleistung der Gläubigergleichbehandlung	96
a) Die Gesellschaftershaftung nach § 128 HGB.	99
b) Rechtfertigung des Eingriffs in die Rechte der Gläubiger durch die haftungsrechtliche Zuordnung der Ansprüche aus § 128 HGB zur Insolvenzmasse in der Gesellschaftsinsolvenz?	99
2. Verbesserung der Eröffnungschancen durch § 93 InsO?	102
3. § 93 InsO als Mittel zum Schutz der Sanierungsmasse	103
a) Verkürzung der Sanierungsmasse	104
b) Verminderung der Sanierungsbereitschaft des Gesellschafters durch Liquidation an der Masse vorbei.	105
4. Zwischenergebnis	106
II. Verwirklichung der Funktion des § 93 InsO	108
III. Rechtstechnische Konstruktion	108
1. Dogmatische Begründung von Sperr- und Ermächtigungswirkung	109
2. Rechtszuständigkeit hinsichtlich der vom Gesellschafter erbrachten Leistungen	111
a) Erwerb für die Masse?	111
b) Treuhänderischer Erwerb des Insolvenzverwalters	112
3. Verhältnis zu § 735 BGB.	113
IV. Ergebnis	114
2. Kapitel Anwendungsbereich des § 93 InsO	115
I. Sachlicher Anwendungsbereich	115

1. Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit	115
2. Fehlerhafte Gesellschaften	115
3. Keine Anwendung auf Schein- und Innengesellschaften	116
4. Vorgründungsgesellschaften	116
II. Persönlicher Anwendungsbereich	117
1. Haftung als aktiver Gesellschafter	117
2. Haftung nach (unechtem) Ausscheiden eines Gesellschafters	117
III. Betroffene Verbindlichkeiten	119
1. Haftung des Gesellschafters nach § 128 HGB für Masseverbindlichkeiten	120
a) Verfahrenskosten nach § 54 InsO	121
b) Verbindlichkeiten aus der Verwaltung der Masse, § 55 I Nr. 1 InsO	122
c) Massebereicherungen, § 55 I Nr. 3 InsO	122
d) Ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit	123
e) Steuern	123
f) Sozialplanansprüche	123
g) Forderungen aus gegenseitigen Verträgen, § 55 I Nr.2 InsO	124
h) Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen und Dienstverhältnissen, §§ 108, 113 InsO	125
2. Gesellschafterbürgschaften	125
IV. Inhalt der Haftung	128
V. Nichtbeteiligung eines Gläubigers am Insolvenzverfahren	129
VI. Ergebnis	130
3. Kapitel Rechtsfolgen des § 93 InsO	131
I. Konsequenzen der einheitlichen Einziehung	131
1. Bedeutung für das Vorliegen oder den Wegfall eines Eröffnungsgrundes nach §§ 19, 212 InsO	132
2. Bedeutung für die Prüfung nach §§ 26 I, 207 InsO	132
3. Die Kosten der einheitlichen Einziehung	133
II. Rechtsfolgen der Ermächtigungswirkung für den Insolvenzverwalter	133
1. Der Umfang der Ermächtigung und der Fortfall des § 212 KO	134
2. Befugnis des Insolvenzverwalters zur Übertragung oder Aufgabe seiner Berechtigung	135
a) Delegationsberechtigung	135
b) Freigabeberechtigung	135
III. Konsequenzen der Sperrwirkung	136
1. Klage- und Vollstreckungssperre	136
2. Befriedigungen eines Gläubigers an der Sondermasse vorbei	136
a) Vor Verfahrenseröffnung	136
b) Nach Verfahrenseröffnung	137
IV. Verfahrensrechtliche Konsequenzen	138
1. Der Insolvenzverwalter als gesetzlicher Prozessstandschafter	138
2. Auswirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf bereits laufende Prozesse zwischen Gesellschaftsgläubiger und Gesellschafter	139
V. Die Lage nach Beendigung des Gesellschaftsinsolvenzverfahrens	140
4. Kapitel § 93 InsO und die Rechte der Gesellschafter im Gesellschaftsinsolvenzverfahren	142
I. Erhalt von Einwendungen gegenüber den Gesellschaftsgläubigern	142
II. Der persönlich haftende Gesellschafter als Insolvenzgläubiger	143
1. Insolvenzforderungen aus Drittgeschäften	143
2. Regressansprüche nach § 110 I HGB als Insolvenzforderungen	143
3. Verfahrensteilnahme mit dem Kapitalanteil	145
4. Einziehung der Insolvenzforderungen des Gesellschafters zur Sondermasse	145

5. Kapitel	Aufrechnungsfragen	147
1.	Aufrechnung des Insolvenzverwalters	147
2.	Aufrechnung des Gesellschaftsgläubigers mit Haftungsforderungen gegen den Gesellschafter	148
3.	Aufrechnungsbefugnis des Gesellschafters	150
a)	Aufrechnung mit einer Forderung gegen einen Gesellschaftsgläubiger	150
b)	Aufrechnung mit Forderungen gegen die Gesellschaft	151
6. Kapitel	Gesellschafterhaftung und Insolvenzplan	153
I.	Wirkungen des Plans auf die Haftung des Gesellschafters	153
1.	Aufhebung der Akzessorietät der Gesellschafterhaftung im Insolvenzplanverfahren	153
2.	Zweck der Planerstreckung auf den Gesellschafter	155
3.	Anwendungsbereich des § 227 II InsO	155
a)	Anwendung des § 227 II InsO auf den ausgeschiedenen Gesellschafter	155
b)	Keine analoge Anwendung des § 227 II InsO auf die Bürgenhaftung eines Gesellschafters	157
4.	Fortfall der Haftungsbeschränkung nach § 255 InsO	158
II.	Bildung einer eigenständigen Gruppe der Gesellschaftergläubiger nach § 222 II InsO	159
III.	Abstimmung mit dem Gesellschafterinsolvenzverfahren	159
7. Kapitel	§ 93 InsO und die Eigeninsolvenz des Gesellschafters	160
I.	Der Gesellschaftsinsolvenzverwalter als »Insolvenzgläubiger« im Gesellschafterinsolvenzverfahren	160
II.	Das haftungsrechtliche Verhältnis von Gesellschafter- und Gesellschaftsvermögen	161
1.	Doppelberücksichtigung nach § 43 InsO	161
2.	Der Rang von Gesellschaftsmasseverbindlichkeiten im Gesellschafterkonkurs	163
III.	Restschuldbefreiung für den Gesellschafter	164
8. Kapitel	Besonderheiten in anderen Gesellschaftsformen	166
I.	Das Insolvenzverfahren über das Vermögen einer BGB-Gesellschaft	166
1.	Die Haftungsverfassung der BGB-Gesellschaft und § 93 InsO	166
2.	Haftungsbeschränkungen in der BGB-Gesellschaft	167
II.	Besonderheiten der kapitalistischen Personengesellschaft	168
Zusammenfassung des zweiten Teils		170

3. Teil Die persönliche Haftung der Ehegatten im Insolvenzverfahren über das gemeinschaftlich verwaltete Gesamtgut

I.	Funktion des § 334 I InsO	174
II.	Der Anwendungsbereich des § 334 InsO	177

4. Teil Analoge Anwendungsmöglichkeiten der §§ 92, 93 InsO

I.	Haftung in der Vorgesellschaft	179
1.	Haftung der Gesellschafter	180
2.	Handelndenhaftung	180
II.	Haftung beim Übergang eines Handelsgeschäfts	182
1.	Analoge Anwendung der §§ 92, 93 InsO auf die Geschäftserwerberhaftung nach § 25 I S. 1 HGB im Insolvenzverfahren des Altunternehmers?	182
2.	Analoge Anwendung des § 93 InsO auf die Haftung des Altunternehmers im Insolvenzverfahren des Geschäftserwerbers	183
III.	Haftung bei verbundenen Unternehmen	184
1.	Verlustausgleichspflicht nach § 302 I AktG bei Gewinnabführungs- oder Beherrschungsverträgen	184

Inhalt

2. Haftung im qualifiziert faktischen Konzern	185
3. Haftung der Hauptgesellschaft nach § 322 I AktG für Verbindlichkeiten der eingliederten Gesellschaft	187
IV. Allgemeine Durchgriffshaftung	189
V. Patronatserklärungen	190
1. Außenhaftung bei Patronatserklärungen	190
2. Haftung gegenüber sämtlichen Gläubigern bei Patronatserklärungen	191
VI. Unbeschränkte Erbenhaftung im Nachlassinsolvenzverfahren	192
 <i>Zusammenfassung der Ergebnisse</i>	 195
 <i>Abkürzungen</i>	 201
 <i>Literatur</i>	 203

Einleitung

Welcher Wanderer weiß nicht, dass nicht immer der direkte Weg am besten zum Ziel führt?

Wie sich anhand der §§ 92, 93 der Insolvenzordnung (InsO) vom 5.10.1994¹ zeigen lässt, hat diese waldläuferische Binsenweisheit auch insolvenzrechtlich ihre Berechtigung: Die von den zitierten Vorschriften erfassten Ansprüche werden während des Insolvenzverfahrens nicht direkt zwischen Gläubiger und Schuldner abgewickelt, sondern auf dem »Umweg« über den Insolvenzverwalter liquidiert. Durch die §§ 92, 93 InsO wird also einerseits die Kompetenz des Insolvenzverwalters aus § 80 I InsO um Befugnisse über Vermögensgegenstände erweitert, die nicht dem Insolvenzschuldner zustehen, und andererseits den Gläubigern der betroffenen Ansprüche die Möglichkeit genommen, diese eigenständig durchzusetzen.

Welchem Zweck die Einbeziehung dieser Ansprüche in das Insolvenzverfahren dient, wie die Funktion der Vorschriften rechtstechnisch umzusetzen ist und welche Konsequenzen sich hieraus für die Detailprobleme der Abwicklung ergeben, ist Gegenstand dieser Arbeit.

Der Ablauf einer Untersuchung ist vorentscheidend für ihr Ergebnis. Auch hier zeigt sich, dass nur der auf den ersten Blick umständlichere Weg zur richtigen Lösung führt: Die ähnliche Formulierung der §§ 92, 93 InsO mag ihre gemeinsame Untersuchung zulässig und praktikabel erscheinen lassen. Dennoch werden sie hier unabhängig voneinander untersucht werden. Nur dieses Vorgehen erlaubt eine selbständige Funktionsanalyse der Vorschriften, die sich in unterschiedlichen dogmatischen Deutungen niederschlagen wird. Der einfachere Weg – Zusammenfassung der §§ 92, 93 InsO – ließe nur eine einheitliche Deutung zu.

Die hier vorgenommene selbständige Interpretation kann für sich die differierende Entstehungsgeschichte der Vorschriften in Anspruch nehmen: Während § 92 InsO (nur) die positive Normierung einer schon im Konkursverfahren bestehenden Übung hinsichtlich der Abwicklung so genannter Gesamtschäden ist, stellt § 93 InsO eine echte Neuregelung dar, die konzeptionell mit der Abwicklung von Gesamtschäden ursprünglich nichts zu tun hatte.

Sowohl der Gesetzgeber als auch die bisher erschienenen Stellungnahmen in der Literatur gehen dagegen davon aus, dass die §§ 92, 93 InsO einheitlich einzuordnen seien. Als

1 Insolvenzordnung vom 5.10.1994 (BGBl. I/1994, S. 2866 ff.). Regierungsentwurf zur Insolvenzordnung mit Begründung, BT-Drucks. 12/2443; Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 12/7302. Die Materialien werden hier nach dem Abdruck bei *Balz/Landfermann*, Die neuen Insolvenzgesetze, 2. Aufl., Düsseldorf 1999 zitiert.

ihr gemeinsamer Zweck wird die Verwirklichung der *par condicio creditorum* genannt.² Demgegenüber führt der hier eingeschlagene Weg zu der Erkenntnis, dass § 92 InsO und § 93 InsO nur teilweise funktionsäquivalent sind. Während § 92 InsO tatsächlich vor allem der Erstreckung der Verfahrenswirkungen auf insolvenzschuldnerfremdes Vermögen dient, ist § 93 InsO nicht nur eine neue Vorschrift, sondern sie verfolgt auch einen neuartigen Zweck, nämlich den Schutz der Sanierungs- und Reorganisationsmasse im Insolvenzplanverfahren.

Die bislang allgemeine Meinung kann sich zunächst auf die sehr ähnlich formulierte Rechtsfolge der Vorschriften stützen. Wenn es insoweit übereinstimmend heißt, dass die fraglichen Ansprüche »... während der Dauer des Insolvenzverfahrens nur vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden« können, so legt dies eine funktional und rechtstechnisch identische Deutung nahe. Wie im Einzelnen zu zeigen sein wird, genügt eine solche am Wortlaut haftende Interpretation jedoch nicht den gänzlich unterschiedlichen Haftungsverhältnissen, die von §§ 92, 93 InsO erfasst werden.

Durch die fragliche Formulierung wird weniger die dogmatische Ausgestaltung eines Zuständigkeitswechsels als vielmehr sein Ergebnis beschrieben. Die Befugnis zur Geltendmachung kann auf dem Erwerb des Anspruchs im Wege des Forderungsübergangs beruhen, sie kann sich aber beispielsweise auch aus einer materiellrechtlichen Einziehungsermächtigung ergeben. Schon angesichts der bereits früher bestehenden Unsicherheit³ über die Bedeutung der »Befugnis zur Geltendmachung« ist die Formulierung insofern keineswegs eindeutig. Sie kann auch keine nähere Konkretisierung bloß durch die neuerliche Verwendung in den §§ 92, 93 InsO gewonnen haben. Weil insofern »Geltendmachungsbefugnis« kein durchgebildeter Rechtsbegriff wie etwa »Verfügungsbefugnis« ist, muss die Rechtsfolge durch Auslegung herausgearbeitet werden. Zwar mag die gesetzestechnische Nachbarschaft der §§ 92, 93 InsO für ihre identische Auslegung sprechen, es wird jedoch zu zeigen sein, dass diese Nähe nur äußerlich ist. Daher kann sie das Auslegungsergebnis nicht entscheidend dahin beeinflussen, dass von vornherein nur eine einheitliche Interpretation möglich wäre. Auch unter dem Gesichtspunkt der Wortlautauslegung ist die unterschiedliche Deutung derselben Formulierung innerhalb desselben Gesetzes keineswegs unzulässig: Wenn beispielsweise ein juristisch weitgehend ausdiffe-

2 Vgl. nur *Eickmann* in HK-InsO, § 93 Rz. 1; *Smid* in *Smid*, InsO, § 92 Rz. 1, § 93 Rz. 1; *App* in FK-InsO, § 92 InsO, Rz. 1, § 93 Rz. 1; *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 318, 494; *Kübler/Prütting/Lüke*, InsO, § 92 Rz. 8, § 93 Rz. 3; *Bork* in *Kölner Schrift*, S. 1333 (Rz. 3, 24); *Hasselbach*, DB 1996, 2213 (2214, 2217); *Nerlich/Römermann/Wittkowski*, InsO, § 93 Rz. 2; *Fuchs*, ZIP 2000, 1089; *Noack/Bunke* in FS f. Uhlenbruck, S. 335 (338).

3 Vgl. die abweichenden Deutungen der Befugnisse der Gläubiger aus §§ 62 II S. 1, 93 V S. 1 AktG: *Lutter* in *Kölner Komm AktG*, § 62 Rz. 39; *Hefermehl/Bungeroth* in G/H/E/K, AktG, § 62 Rz. 49; *Hüffer*, AktG, § 62 Rz. 14 treten bezüglich § 62 II S. 1 AktG dafür ein, dass die Gläubiger auf Leistung an die Gesellschaft klagen müssen. Dagegen wird von *Hüffer*, AktG, § 93 Rz. 32; *Mertens* in *Kölner Komm AktG*, § 93 Rz. 142; *Hefermehl* in G/H/E/K, AktG, § 93 Rz. 68 bezüglich § 93 V S. 1 AktG vertreten, dass hier die Geltendmachungsbefugnis der Gläubiger das Recht begründe, Zahlung an sich selbst zu verlangen.

renzierter Begriff wie »Genehmigung« innerhalb des BGB verschieden auszulegen ist,⁴ dann darf dies für eine so undeutliche Formulierung wie »kann geltend machen« jedenfalls nicht a priori ausgeschlossen werden.⁵

Die Funktion des Insolvenzverfahrens, die Haftung des den Insolvenzgläubigern haftungsrechtlich zugewiesenen Vermögens zu verwirklichen, erfordert es im ersten Schritt, das Haftungssubstrat präzise abzugrenzen. So sind beispielsweise mittels Aussonderung nach § 47 InsO die Gegenstände von der Insolvenzmasse zu trennen, die den Insolvenzgläubigern nicht haften. Umgekehrt wird die Insolvenzmasse dadurch vergrößert, dass Vermögenswerte, die dem Insolvenzschuldner nicht vermögensrechtlich zugeordnet sind, zur Insolvenzmasse gezogen werden, wie dies bei der Insolvenzanfechtung nach §§ 129 ff. InsO geschieht. Zu dem den Insolvenzgläubigern haftenden Vermögen zählen daher einerseits nicht alle Vermögensgegenstände, die im Eigentum des Insolvenzschuldners stehen,⁶ andererseits aber auch solche, die ihm nicht gehören. Der Umfang der Insolvenzmasse ist daher nicht vermögensrechtlich, sondern spezifisch »haftungsrechtlich« zu bestimmen.⁷ Sie bildet das Vermögen, aus dem sich die Insolvenzgläubiger befriedigen können.

Insofern kann nur durch die Analyse der haftungsrechtlichen Zuordnung der von §§ 92, 93 InsO erfassten Ansprüche festgestellt werden, ob sie Teil des den Insolvenzgläubigern haftenden Vermögens sind. Nur dann wäre es gerechtfertigt, die Wirkungen des Insolvenzverfahrens auch auf sie zu erstrecken. Inwiefern die einheitliche Einziehung nach §§ 92, 93 InsO den Umfang der Insolvenzmasse beeinflusst, hängt deshalb entscheidend davon ab, ob die betroffenen Ansprüche – trotz ihrer vermögensrechtlichen Zugehörigkeit zum Vermögen der Gläubiger – Teil des den Insolvenzgläubigern haftungsrechtlich zugewiesenen Vermögens sind.

Im Rahmen der Untersuchung der haftungsrechtlichen Zuordnung wird sich zeigen, dass nur die in § 92 InsO angesprochenen Ansprüche den Insolvenzgläubigern haftungsrechtlich zuzuweisen sind: Hauptanwendungsbereiche des § 92 InsO sind die Haftung des Insolvenzverwalters für Gesamtschäden und die Haftung eines Geschäftsleitungsorgans für Verluste durch Geschäftsführung trotz Insolvenzreife (so genannte »Insolvenzverschleppungshaftung«). Soweit aus diesen Tatbeständen eine Außenhaftung des Schädigers gegenüber den Insolvenzgläubigern folgt, droht eine Abwicklung des Schadensersatzanspruchs an der Masse vorbei. Um zu vermeiden, dass die Verfahrenszwecke insoweit leer

4 Vgl. *Larenz*, Methodenlehre, S. 307. In § 184 I BGB bezeichnet Genehmigung nur die nachträgliche Zustimmung, während die »Genehmigung« durch das Vormundschaftsgericht nach §§ 1821 ff. BGB auch im Voraus erteilt worden sein kann.

5 Auch *Pawlowski*, DZWIR 2001, S. 45 (49), hält die Auslegung der InsO entgegen dem Gesetzeswortlaut oder der Gesetzesbegründung für zulässig, wenn sich dies angesichts der Verbindung des neuen mit dem überkommenen Recht als notwendig erweist.

6 Beispielsweise kann bei der Sicherungsübereignung der Sicherungsgeber in der Insolvenz des Sicherungsnehmers die übereignete Sache aussondern, wenn er den besicherten Anspruch erfüllt. Statt aller: BGH, NJW 1954, 190 ff.; *Smid* in *Smid*, InsO, § 47 Rz. 14; *Kübler/Prütting/Prütting*, InsO, § 47 Rz. 23.

7 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 9.06, 9.14; *Jaeger/Henckel*, KO, § 1 Rz. 4.

laufen, ist die Außenhaftung für Gesamtschäden im Insolvenzverfahren ähnlich wie eine Innenhaftung – also eine Haftung nur gegenüber der Masse – zu behandeln. Dies wird durch § 92 InsO ermöglicht.

Zur Begründung dieser funktionalen Einordnung soll im ersten Teil zunächst der Anwendungsbereich des § 92 InsO abgesteckt werden. Hierbei wird insbesondere der Begriff des »Gesamtschadens« näher zu kennzeichnen sein. Weil § 92 InsO »Ansprüche der Insolvenzgläubiger« betrifft, muss untersucht werden, inwieweit Gesamtschäden durch eine Außenhaftung gegenüber den Insolvenzgläubigern kompensiert werden. Insofern ist ein Blick auf die materiellrechtliche Struktur der Insolvenzverschleppungshaftung und der Haftung des Insolvenzverwalters unumgänglich. Nach einer Analyse der Funktion des § 92 InsO sollen schließlich seine Rechtsfolgen im Einzelnen beschrieben werden.

In Abgrenzung dazu wird im zweiten Teil § 93 InsO behandelt, der die Geltendmachung der Haftung persönlich haftender Gesellschafter im Insolvenzverfahren betrifft. Hierbei wird zunächst gezeigt, dass der Versuch, das für § 92 InsO entwickelte Konzept hierher zu übertragen, aufgrund der abweichenden haftungsrechtlichen Verhältnisse scheitern muss. Die Haftungsansprüche gegen den Gesellschafter sind vermögens- wie haftungsrechtlich ihren Inhabern zuzuordnen, weshalb das Insolvenzverfahren über das Gesellschaftsvermögen nicht zu einer Erstreckung der insolvenzrechtlichen Haftungsordnung auch auf diese Rechte führen darf.

Zur Deutung des § 93 InsO muss man sich richtigerweise auf die ursprüngliche Stoßrichtung des Vorschlags besinnen, die Gesellschafterhaftung der Einziehung durch den Insolvenzverwalter zu unterwerfen: Hierdurch sollten die Sanierungschancen der insolventen Gesellschaft verbessert werden, weil die zentralisierte Einziehung es gestattet, die Gesellschafterhaftung in die Regelungsmasse eines Sanierungsplans einzubeziehen⁸: Durch den Ausschluss der Gläubiger von der Verfolgung ihrer Ansprüche gegen den Gesellschafter wird dessen Vermögen als Teil der Sanierungsmasse geschützt und gleichzeitig seine Bereitschaft gewahrt, aktiv bei der Sanierung mitzuarbeiten. § 93 InsO gewährleistet insofern die Insolvenzplanverfügbarkeit der Gesellschafterhaftung. Von dieser funktionellen Einordnung ausgehend werden die Einzelfragen zu lösen sein. Ein besonderes Augenmerk gilt dabei dem Problem, inwieweit die Auffassung des Gesetzgebers zutrifft, § 93 InsO könne ein Beitrag zur Überwindung der Massearmut sein.⁹

Im dritten Teil wird schließlich ein Blick auf § 334 InsO geworfen, der die Befugnis des Insolvenzverwalters im Insolvenzverfahren über ein gemeinschaftlich verwaltetes Gesamtgut auf die persönliche Haftung der Ehegatten erstreckt. Hierbei kann weitgehend auf die zu § 93 InsO entwickelten Lösungen zurückgegriffen werden. Zum Schluss soll im vierten Teil untersucht werden, ob entweder das für § 92 InsO oder das für § 93 InsO entworfene Konzept auf andere Haftungen zu übertragen ist.

⁸ K. Schmidt, Gutachten, Teil D 46.

⁹ Begründung zu § 105 RegEInsO, 2. Abs., abgedruckt bei Balz/Landfermann, S. 310.

1. Teil Die Liquidation von Gesamtschäden nach § 92 InsO

Die Liquidation der Gesamtschadensersatzansprüche nach § 92 InsO wird gekennzeichnet durch den Ausschluss der Gläubiger von der Einziehung ihrer Ansprüche (»Sperrwirkung«) und – als Kehrseite – durch die entsprechende Ermächtigung des Insolvenzverwalters (»Ermächtigungswirkung«).¹ So kommt es zu einer gebündelten Einziehung der betroffenen Rechte.

Zur Terminologie sei Folgendes vorausgeschickt: Die von der Einziehung nach § 92 InsO betroffenen Rechte werden als »Gesamtschadensersatzansprüche« bezeichnet. Der Schuldner der Gesamtschadensersatzansprüche wird entsprechend Gesamtschadensersatzschuldner genannt. Die Inhaber der Gesamtschadensersatzansprüche haben stets eine Doppelstellung, sind sie doch einerseits Insolvenzgläubiger und gleichzeitig auch Gläubiger des Schadensersatzschuldners. Diese beiden Eigenschaften gilt es auch begrifflich auseinander zu halten; daher werden die Berechtigten im ersten Fall schlicht als »Insolvenzgläubiger«, im zweiten als »Gesamtschadensersatzgläubiger« angesprochen. Die Unterscheidung mag missverständlich wirken, denn, wenn auch über das Vermögen des Gesamtschadensersatzschuldners ein Verfahren eröffnet wird, könnten sie auch hier Insolvenzgläubiger sein; sie ist jedoch dadurch gerechtfertigt, dass der Ausschluss von der Einziehungsbefugnis sie nicht als Gläubiger des Schadensersatzschuldners trifft, sondern gerade weil sie Gläubiger des Insolvenzschuldners sind. Entsprechend wird schlicht von »dem Insolvenzverfahren« gesprochen, wenn das Verfahren über die Masse gemeint ist, zu der die Gesamtansprüche gezogen werden. Ansonsten soll es präzisierend »Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schadensersatzschuldners« heißen.

1. Kapitel Gesamtschadensersatzansprüche als Anwendungsbereich des § 92 InsO

Durch § 92 InsO werden so genannte Gesamtschäden der Geltendmachung durch den Insolvenzverwalter unterworfen. Gesamtschäden sind nach der Formulierung des Gesetzes solche Schäden, welche die Insolvenzgläubiger gemeinschaftlich durch Verminderung der Insolvenzmasse treffen. Eine derartige Verminderung der Insolvenzmasse resultiert nicht nur aus einer Verkürzung der Aktivmasse, sondern auch aus einer Erhöhung der Passivmasse. Die Äquivalenz von Aktivmasseverkürzungen und Passivmasseerhöhungen ergibt

¹ Zu diesen Merkmalen der Gesamtliquidation nach § 171 IHGB: *K. Schmidt*, Einlage und Haftung, S. 126 f.

sich hier, ebenso wie im Rahmen der Insolvenzanfechtung,² daraus, dass in beiden Fällen der Wert der Masse als das den Gläubigern haftende Vermögen geschmälert wird, wodurch deren Befriedigungschancen sinken. Ein Gesamtschaden ist also entweder eine Verminderung der Aktivmasse oder eine Erhöhung der Passivmasse.

Gesamtschäden resultieren insofern aus Wertminderungen des den Insolvenzgläubigern haftungsrechtlich zugewiesenen Vermögens³. Aus der Sicht der Insolvenzgläubiger stellen sie sich als Verkürzungen ihrer Insolvenzquote infolge der Masseminderung dar. Mit ihrem Quotenschadensersatzanspruch können die Gläubiger vom Schädiger verlangen, dass er sie so stellt, als wäre die Quote ausgezahlt worden, die sich ergeben hätte, wenn er die Masse nicht geschädigt hätte. Um diesen Zusammenhang zwischen Masse- und Quotenverkürzung auszudrücken, wird von *Bork*⁴ der Begriff des »Reflexschadens« verwendet. Er macht besonders deutlich, dass es sich bei den Schäden der Gläubiger um solche Beeinträchtigungen handelt, die ihnen reflexartig durch die Minderung der Masse entstanden sind.

Für § 92 InsO ist demgemäß zweierlei von Bedeutung: Zum einen sind Gesamt- von Individualschäden abzugrenzen, zum anderen kann die Vorschrift nur angewendet werden, soweit die Gesamtschäden durch eine Außenhaftung des Schädigers gegenüber den Gläubigern des Insolvenzschuldners kompensiert werden. Denn rechtstechnisch wird durch § 92 InsO eine außerhalb des Insolvenzverfahrens bestehende Außenhaftung des Schadensersatzschuldners in eine Innenhaftung gegenüber der Masse umgewandelt. Soweit aber aus Gesamtschäden – also aus Verkürzungen des insolvenzschuldnerischen Vermögens als dem Haftungssubstrat – allein dem Insolvenzschuldner Ansprüche erwachsen, werden diese ohnehin über die Masse abgewickelt, weil diese Rechte schon nach § 80 I InsO in die Kompetenz des Verwalters fallen. Auf eine materiellrechtliche Innenhaftung für Masseverkürzungen kann § 92 InsO deshalb nicht sinnvoll angewendet werden. Daher ist im Rahmen des § 92 InsO stets die Frage vorrangig, ob eine Masseschädigung eine Außen- oder eine Innenhaftung auslöst.

Gesamtschäden entstehen in erster Linie durch die Verletzung von Insolvenzantragspflichten und aus pflichtwidrigen Schädigungen der Masse durch den Insolvenzverwalter. Hier stand nach ständiger Rechtsprechung und insoweit allgemeiner Ansicht⁵ auch schon im Konkursverfahren dem Verwalter die Einziehungskompetenz bezüglich der Ersatzan-

2 RGZ 36 (161 (166)); BGH ZIP 1991, 1014 (1018); *Zeuner*, Anfechtung in der Insolvenz, Rz. 42; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 21.20 ff.

3 Vgl. zum Begriff der haftungsrechtlichen Zuweisung: *Henckel* in FS f. F. Weber, S. 237 (252); *Jaeger/Henckel*, KO, § 1 Rz. 2. *Windel*, KTS 1991, 477 (497, 500) spricht von einer Verkürzung des Beschlagsrechts.

4 *Bork*, ZGR 95, 505 (512).

5 Vgl. nur RGZ 78, 186 ff.; 97, 107 ff.; RGZ 120, 189 ff.; BGH, WM 1973, 1354 (1355) zu § 826 BGB; BGH, ZIP 1986, 456; *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, § 64 Rz. 57; *ders.* in Neuordnung des Insolvenzrechts, S.119 (123 f.); *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 30.38; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 6 Rz. 40. Zur Verwalterhaftung: RGZ 89, 237 ff.; BGH, KTS 1973, 249. Zum Zwangsverwaltungsverfahren: BGHZ 109, 171 ff.

sprüche zu, auch wenn eine ausdrückliche gesetzliche Regelung fehlte. In diese Gesetzeslücke tritt § 92 InsO.⁶

I. Gesamtschäden aus Insolvenzverschleppung

Die Geschäftsleitungsorgane von Körperschaften und die Geschäftsführer einer kapitalistischen Personengesellschaft sind gesetzlich verpflichtet, bei Vorliegen eines Insolvenzgrundes die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen, §§ 92 AktG, 64 GmbHG, 130 a, 177 a HGB, 42 II BGB, 99 GenG. Wenn die Adressaten dieser Pflicht nicht nachkommen und das Gesellschaftsvermögen nach dem Verstreichen der gewährten Frist weiter an Wert verliert, wird hierdurch die Insolvenzquote in einem später eröffneten Verfahren vermindert, so dass aus der Insolvenzverschleppung (genauer: aus der Geschäftsfortführung trotz materieller Insolvenz) Gesamtschäden entstehen. Die Einzelheiten der Haftung für diese Gesamtschäden sind nach wie vor nicht endgültig geklärt.

1. Insolvenzverschleppung in der GmbH

Die Ersatzpflicht des Organs gegenüber den Insolvenzgläubigern, die infolge der Minderrungen des Gesellschaftsvermögens nach Eintritt der materiellen Insolvenz Quotenschäden erleiden, ist als deliktische Haftung zu konstruieren. Der GmbH-Geschäftsführer haftet den Insolvenzgläubigern aus § 823 II BGB i.V.m. § 64 I GmbHG. Die Insolvenzantragspflichten sind Schutzgesetze im Sinne des § 823 II BGB, weil ihnen neben der Aufgabe, den Rechtsverkehr vor zahlungsunfähig herumtaumelnden GmbH's zu schützen,⁷ wenigstens auch Schutzfunktion im Hinblick auf das Interesse des einzelnen Insolvenzgläubigers am vollständigen Erhalt des Gesellschaftsvermögens zukommt.⁸

a) Das Konzept der ausschließlichen Innenhaftung im Rahmen des § 64 GmbHG

An diesem Konzept der Außenhaftung des Organs aus § 823 II BGB i.V.m. § 64 GmbHG sind jüngst von *Altmppen/Wilhelm*⁹ Zweifel dahingehend geäußert worden, dass die Außenhaftung nicht der gesetzlichen Konzeption entspreche, die vielmehr den Schutz der Gläubiger vor Insolvenzverschleppungsschäden durch eine Innenhaftung des Organs gegenüber der Gesellschaft anordne.¹⁰ Die Autoren stützen sich hierbei vor allem auf

6 Begründung zu § 103 RegEInsO, 2. u. 3. Abs., abgedruckt bei *Balz/Landfermann*, S. 308 f.

7 Vgl. RGZ 72, 285 (289); *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, § 64 Rz. 1; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 64 Rz. 1.

8 BGHZ 29, 100; 100, 19 (21); 126, 181 (190); *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, § 64 Rz. 2; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 64 Rz. 1, 10, 32; *ders.*, Gesellschaftsrecht, S. 1083; *Rowedder/Rowedder*, GmbHG, § 64 Rz. 17; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 30.69 f.; *Henze/Bauer* in *Kölner Schrift*, S. 1311 (Rz. 19); *Smid in Smid*, InsO, § 92 Rz. 4; *Haas*, NZG 99, 373 (375).

9 *Altmppen/Wilhelm*, NJW 1999, S. 673 ff.

10 In diese Richtung schon *Wilhelm*, ZIP 1993, 1833 (1835 f.) sowie vorsichtig *Fleck*, GmbHR 1974, 224 (234).

§ 64 II GmbHG, der eine Ersatzpflicht des Organs gegenüber der Gesellschaft für pflichtwidrig aus der Masse geleistete Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife statuiert. Nach der Auffassung von *Altmeyden/Wilhelm* bedürfe es keines hierüber hinausgehenden Gläubigerschutzes, wenn man die hier angelegten Möglichkeiten voll ausschöpfe.¹¹ Das Konzept des Gesetzes sei ausschließlich mittelbarer Gläubigerschutz durch Innenhaftung der Gesellschaftsorgane.¹² Konstruierte man daneben noch eine Außenhaftung über § 823 II BGB, würde § 64 II GmbHG überflüssig.

Nach dieser Lösung hätte § 92 InsO insoweit keinen Anwendungsbereich, weil die Innenhaftung des Organs gegenüber der Gesellschaft schon gemäß § 80 I InsO der Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters unterfällt, denn die Innenhaftungsansprüche gehören zum Vermögen der Gesellschaft, über das der Insolvenzverwalter die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis besitzt.

Der Ansicht kann wenigstens nicht entgegengehalten werden, dass hierdurch der Gesellschaft Dispositionsmöglichkeiten über gläubigerschützende Ansprüche eingeräumt werden. Es ist der GmbH, obwohl sie Anspruchsinhaberin ist, gemäß § 64 II S. 3 GmbHG i.V.m. §§ 43 III, 9 b GmbHG nicht möglich, mit Wirkung gegenüber den Gläubigern auf den Ersatzanspruch aus § 64 II GmbHG zu verzichten. Ebenso wenig entlastet ein entsprechender Beschluss die Geschäftsführer im Außenverhältnis. Soweit die Haftung aus § 64 II GmbHG reicht, ist sie also gläubigerschädigenden Abreden entzogen.

Gegen das Konzept der ausschließlichen Innenhaftung sprechen jedoch durchgreifende Argumente. Zunächst ist es nicht mehr zweifelhaft – und wird auch von *Altmeyden/Wilhelm* nicht bestritten – dass § 64 GmbHG und die entsprechenden Vorschriften für andere mit Insolvenzantragspflichten versehene Verbände gläubigerschützende Funktion haben.¹³ Durch die Pflicht des Organs, den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft einzustellen und rechtzeitig die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen, soll das Vermögen der Gesellschaft als die Haftungsmasse ihrer Gläubiger geschützt werden.¹⁴ Insofern bezweckt die Insolvenzantragspflicht den Schutz bestimmter Interessen Einzelner. Der Schutz einzelner Interessen ist wesentliche Voraussetzung für die Einordnung als Schutzgesetz nach § 823 II BGB.¹⁵ Es kann also nicht um die Frage gehen, ob die Insolvenzantragspflichten den Schutz der GmbH-Gläubiger intendieren, sondern nur darum, ob ihr Schutzzweck gerade auch durch Ersatzansprüche der Gläubiger selbst durchgesetzt werden soll.¹⁶ Dies wäre in der Tat zu verneinen, wenn der Gläubigerschutz ebenso gut durch eine Innenhaftung erreicht werden könnte, die sich für die GmbH aus § 64 II GmbHG gewinnen ließe. Wenn diese Haftung für hinreichenden Gläubigerschutz sorgen könnte, so wäre eine deliktsrechtliche Sanktion aus § 823 II BGB nicht mehr

11 *Altmeyden/Wilhelm*, NJW 1999, 673 (679).

12 *Altmeyden/Wilhelm*, NJW 1999, 673 (678).

13 Vgl. die oben in Fn. 8 Genannten.

14 Allg. A.: *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 64 Rz. 1; *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, § 64 Rz. 2 m.w.N.

15 BGHZ 29, 100 (102); 106, 206 ständige Rspr.; *Jauernig/Teichmann*, BGB, § 823 Rz. 39.

16 Vgl. zu dieser Voraussetzung für die Qualifizierung als Schutzgesetz BGHZ 84, 312 (314); *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 435.

angezeigt, weil überflüssig. Die Innenhaftung nach § 64 II GmbHG ist einer deliktsrechtlich fundierten Außenhaftung jedoch nicht äquivalent, denn eine Haftung aus § 823 II i.V.m. § 64 I GmbHG ist zur Ausfüllung von Lücken, die bei einer ausschließlichen Abwicklung nach § 64 II GmbHG entstünden, unverzichtbar¹⁷:

Die Unzulänglichkeiten zeigen sich schon auf der Tatbestandsebene des § 64 II GmbHG: Dem Wortlaut nach begründen nur »Zahlungen« eine Ersatzpflicht der Gesellschaftsorgane. Mit der herrschenden Meinung sind hierunter zwar nicht nur Geldzahlungen zu verstehen, sondern auch sonstige masseschmälernde Leistungen.¹⁸ Nicht erfasst sind aber Erhöhungen der Passivmasse und unterlassene Kündigungen belastender Dauerschuldverhältnisse während der Krise.¹⁹ Wenn *Altmeyen/Wilhelm* hier im Wege der Rechtsfortbildung auch diese Masseschmälerungen in den Anwendungsbereich des § 64 II GmbHG ziehen,²⁰ wofür allerdings die Auslegung der §§ 30, 31 I GmbHG spricht,²¹ so ist ihre Argumentation zirkelschlüssig, weil die Haftung aus § 823 II BGB erst dann überflüssig wird, wenn man § 64 II GmbHG über seinen Wortlaut hinaus auslegt.

Doch selbst wenn man den Anwendungsbereich des § 64 II GmbHG so weit zieht, entfällt nicht das Bedürfnis nach einem eigenen deliktischen Anspruch der Gläubiger. Für einen solchen Anspruch spricht vor allem die Lage im Fall der Nichteröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse.²² Hier wären die Gläubiger nach der Lösung von *Altmeyen/Wilhelm* gezwungen, die Ansprüche der Gesellschaft zu pfänden und sich überweisen zu lassen. Hierbei wären sie vor allem bei mehreren Geschäftsführern mit einem erheblichen Prozessrisiko belastet.²³ Wenn die Autoren glauben, dieses umständliche Verfahren

17 Vgl. zu diesem Problem *K. Schmidt*, JZ 1978, 661 (663).

18 *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, § 64 Rz. 40. Nach BGHZ 143, 184 ff.; BGH WM 2000, 2158 ff. soll es auch eine »Zahlung« des Geschäftsführers darstellen, wenn er in der Krise Kundenschecks auf ein debitorisches Bankkonto der GmbH einzieht. Kritisch gegenüber dieser ausdehnenden Rechtsprechung: *Bitter*, WM 2001, 666 ff. Er stellt den Begriff der »Masseschmälerung« in den Vordergrund.

19 BGHZ 138, 211 (217) = ZIP 1998, 776 (778); *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, § 64 Rz. 40; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 30.73; *Windel*, KTS 1991, 477 (503). A.A. *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 64 Rz. 24; *ders.*, JZ 1978, 661 (662); *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 64 Rz. 31; *Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 64 Rz. 71.

20 *Altmeyen/Wilhelm*, NJW 1999, 673 (678).

21 Auch hier wird der Begriff der Zahlung in dem umfassenden Sinn jeder Minderung der Aktiv- oder Erhöhung der Passivmasse verstanden. Vgl. statt aller *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 30 Rz. 8.

22 Nach der hier vertretenen Lösung kann es zu diesem Fall nur kommen, wenn das Insolvenzgericht die Ansprüche, die im Rahmen des § 26 I InsO zu berücksichtigen sind (vgl. S. 59 f.), nicht für werthaltig hält. Die Einschätzung der Gläubiger mag hiervon abweichen, so dass sie durchaus ein Interesse an der Durchsetzung haben können.

23 Diese Ansprüche müssen nicht zwingend wertlos sein, denn auch wenn das Insolvenzgericht die Eröffnung abgelehnt hat, so kann es doch sein, dass der Geschäftsführer später wieder zu Geld kommt oder der Gläubiger die Einschätzung des Gerichts nicht teilt, siehe Fn. 22. Zu den Problemen, die bei der Pfändung der Binnenansprüche entstehen können, sei auf die teilweise parallelen Probleme bei der Haftung der Gesellschafter in der Vor-GmbH verwiesen. Vgl. *K. Schmidt*, ZIP 1996, 353 (357).

durch eine analoge Anwendung der Verfolgungsrechte nach dem Aktiengesetz²⁴ vermeiden zu können, so setzen sie sich auch an dieser Stelle dem Vorwurf einer gesetzesfremden Lösung aus. Denn gerade im Recht der GmbH fehlt es an den einschlägigen Befugnissen für die Gläubiger. Die Autoren begründen ihren Ansatz mit einer »allgemeinen Entwicklung des Gesellschaftsrechts«, nach der die Gläubiger einer Gesellschaft in bestimmten Konstellationen befugt seien, Ansprüche der Gesellschaft selbst durchzusetzen. Zwar hat *Wilhelm* bereits früher für einen solchen allgemeinen Grundsatz plädiert und ihn mit Verweisen auf die einschlägigen aktienrechtlichen Vorschriften belegt,²⁵ dies allein berechtigt jedoch wohl nicht, dieses Verfahren »zum gesicherten Bestand des allgemeinen Gesellschaftsrechts« zu zählen, so dass es unproblematisch ins GmbH-Recht übertragen werden könnte.

Der Wert der Haftung aus § 823 II BGB i.V.m. § 64 I GmbHG zeigt sich somit gerade in der masselosen Insolvenz: Die Gläubiger sind befugt, eigene Ansprüche gegen die Geschäftsführer geltend zu machen; sie sind nicht auf die Pfändung der Gesellschaftsansprüche aus § 64 II GmbHG angewiesen. Daher ist daran festzuhalten, dass den Gesellschaftsgläubigern eigene deliktische Ansprüche gegen die pflichtwidrig handelnden Geschäftsführer zustehen. Im eröffneten Insolvenzverfahren gewährleistet § 92 InsO die Abwicklung dieser Außenhaftung über die Masse. De lege ferenda mag sich etwas anderes ergeben, wenn die Verfolgungsrechte des Aktiengesetzes ausdrücklich ins GmbHG übernommen werden. De lege lata muss es aber bei der Außenhaftung der Gesellschaftsorgane nach § 823 II BGB i.V.m. § 64 I GmbHG bleiben.

- b) Außenhaftung aus § 823 II BGB i.V.m. § 64 I GmbHG als Anwendungsbereich des § 92 InsO

Auch wenn also das Konzept der ausschließlichen Innenhaftung der GmbH-Geschäftsführer nicht überzeugend ist, so bleiben doch bezüglich des genauen Anwendungsbereichs des § 92 InsO bei Insolvenzverschleppungsschäden erhebliche Zweifel, die aus der Unsicherheit hinsichtlich der dogmatischen Konstruktion der Haftung aus § 823 II BGB i.V.m. § 64 GmbHG herrühren.

(1) Der Stand der Rechtsprechung

Seit einer Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1958²⁶ war die Haftung der Organe einer GmbH wegen Insolvenzverschleppung weitgehend außer Streit. Hiernach galt bei der GmbH eine zweispurige Haftung der Geschäftsführer aus § 823 II BGB i.V.m. § 64 I BGB gegenüber den Gläubigern²⁷ auf Ersatz des Quotenschadens und daneben eine allerdings

24 *Altmeyden/Wilhelm*, NJW 1999, 673 (681). Die Autoren erwähnen auch § 62 II AktG, der allerdings nicht hierher gehört, weil hiernach der Gläubiger nur Zahlung an die Gesellschaft verlangen kann. Hierzu auf S. 33.

25 *Wilhelm*, Rechtsform und Haftung, S. 362 ff.

26 BGHZ 29, 100 ff.

27 Alt- wie Neugläubigern! Insoweit missverständlich *Karollus* in FS f. Steffen, S. 212.

weitgehend bedeutungslose Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft aus § 64 II GmbHG.²⁸ Mit dem Urteil vom 6. Juni 1994²⁹ ist die Diskussion neu belebt und inzwischen wohl nur zu einem vorläufigen Abschluss gebracht worden.³⁰ Nach der neuen Rechtsprechung, die teilweise sehr kritisch aufgenommen worden ist, soll nur für die »Altgläubiger« der GmbH der Anspruch aus § 823 II BGB auf Ersatz der Quotenminderung gerichtet sein. Die »Neugläubiger« aber, also die Gläubiger, die ihre Ansprüche erst nach Eintritt der Insolvenzreife erworben haben, sollen dagegen aus § 823 II BGB einen Anspruch in Höhe ihres gesamten negativen Interesses haben. Ein hiervon zu unterscheidender Quotenschaden der Neugläubiger bestehe daneben nicht. Im Hinblick auf die Einziehungsberechtigung des Insolvenzverwalters entschied der BGH schließlich, dass der Verwalter bezüglich der Ansprüche der Neugläubiger nicht einziehungsbefugt sei, er könne nur den Ersatzanspruch der Altgläubiger geltend machen.³¹

Nach dieser Konstruktion kann § 92 InsO nur auf die Ansprüche der Altgläubiger auf Ersatz ihres Quotenschadens angewendet werden. Eine Gesamtliquidation auch der Ansprüche der Neugläubiger ist nach Ansicht des BGH ausgeschlossen, weil es sich hier um den Ersatz für Individualschäden handele,³² der keiner einheitlichen Einziehung zu unterwerfen sei. Ein einheitlicher Quotenschaden der Neugläubiger entstehe nicht, vielmehr erleide jeder Neugläubiger einen individuellen Schaden, abhängig vom Zeitpunkt der Forderungsbegründung. Dies schließe eine Geltendmachung durch den Verwalter aus.

(2) Kritik an der neuen Rechtsprechung

Die Argumentation des BGH wird auf zwei Ebenen angegriffen:

Zum einen wird die Anspruchsgrundlage für den im Übrigen weitgehend anerkannten Anspruch der Neugläubiger auf Ersatz ihres Vertrauensschadens bestritten. Dem BGH, der auf § 823 II BGB abstellt, wird entgegengehalten, dies sei schon deshalb verfehlt, weil nicht der einzelne Gläubiger Schutzobjekt des § 64 GmbHG sei, sondern die Gesamtheit aller gegenwärtigen und künftigen Gläubiger der Gesellschaft.³³ Deren Schaden sei aber

28 Vgl. zum schmalen Anwendungsbereich *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 323.

29 BGHZ 126, 181 ff.

30 Aus der kaum zu übersehenden Literatur: *Bork*, ZGR 95, 505 ff.; *ders.* in *Kölner Schrift*, S. 1017, Rz. 19 ff.; *Canaris*, JZ 1993, 649 ff.; *Dauner-Lieb*, ZGR 98, 617 ff.; *Ehricke*, Konzernunternehmen in der Insolvenz, S. 254 ff.; *Flume*, ZIP 1994, 337 ff.; *Goette*, DStR 1994, 1048 ff.; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 64 Rz. 39 ff.; *Karollus*, FS f. Steffen, S. 213 ff.; *Müller*, ZIP 1993, 1531 ff.; *K. Schmidt*, NZI 1998, 9 ff.; *ders.*, NJW 1993, 2934; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 64 Rz. 37 m.w.N.; *Smid*, DZWIR 1998, 342 ff.; *Ulmer*, Anmerkung zu BGH, ZIP 1993, 763 ff. in: ZIP 1993, 769 ff.; *Uhlenbruck*, ZIP 1994, 1153 ff.; *Wilhelm*, ZIP 1993, 1833.

31 BGHZ 138, 211 = NJW 1998, 2667 ff.; NZI 1998, 38 ff.; ZIP 1998, 776 ff.; BGH, LM § 823 BGB (Bf) Nr. 110.

32 BGHZ 138, 211 (214); dem BGH folgend u.a. *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 318 ff.; *Haas*, NZG 99, 373 ff.; *Smid*, DZWIR 1998, 342 ff.

33 Vgl. *Ulmer*, Anmerkung zu BGH, ZIP 1993, 763 in: ZIP 1993, 769 (771); *K. Schmidt*, NJW 1993, 2934 f.

begrenzt durch die Masseminderung. § 64 GmbHG schütze eben nicht das Vertrauen in die Zahlungsfähigkeit des eigenen Schuldners, sondern nur die Haftungsmasse vor Schmälerungen. Das negative Interesse der Neugläubiger sei dagegen ein typischer Vertrauensschaden, der nicht von § 823 II BGB erfasst sein könne, weil dessen Tatbestand nicht voraussetzt, dass der Gläubiger tatsächlich auf die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin vertraut hat. Gerade bei gesetzlichen Neugläubigern fehlt dieses Vertrauen; der Rückgriff auf § 823 II BGB ermöglichte es aber auch dieser Gläubigergruppe, das gesamte negative Interesse zu verlangen.³⁴ Daher wird von einem Teil der Literatur der über die Quotenminderung hinausgehende Vertrauensschadensersatz auf c.i.c. gestützt.³⁵

Für den hier interessierenden Fragenkreis, nämlich den Anwendungsbereich des § 92 InsO bei Insolvenzverschleppungsschäden, ist dieser Streit jedoch bedeutungslos, denn auf welche Anspruchsgrundlage man den Anspruch der Neugläubiger auf Ersatz ihres Vertrauensschadens auch stützt, stets ist gewiss, dass zur Geltendmachung nicht der Verwalter befugt sein kann.³⁶ Es handelt sich hier eben nicht um eine Haftung für Defizite der Haftungsmasse, sondern um Ersatzansprüche für Schäden im Vermögen des einzelnen Gläubigers, die nicht auf Masseschmälerungen, sondern auf dem Vertragsschluss mit einem insolventen Unternehmen beruhen. Daher ist eine Gesamtliquidation des Vertrauensschadens ausgeschlossen.³⁷ Eine Geltendmachung durch den Verwalter stieße zudem auf praktische Schwierigkeiten, denn der Verwalter kann die Schadenshöhe, die sich nur anhand der Vermögensverhältnisse des Gläubigers feststellen lässt, gar nicht ermitteln, ohne sich diese Informationen umständlich beim Gläubiger zu verschaffen.

Genauer zu untersuchen ist jedoch ein zweiter Haupteinwand gegen die Lösung des BGH: Dieser betrifft nicht die Frage, ob oder auf welcher Grundlage den vertraglichen Neugläubigern Vertrauensschadensersatz zusteht, sondern das davon zu unterscheidende Problem, ob auch sie bei der Berechnung und Verteilung des Quotenschadensersatzes zu berücksichtigen sind. Sollte dies zu bejahen sein, so müssten die Neugläubiger bei der Geltendmachung ihres Vertrauensschadens die Erträge abziehen, um die ihr Schaden schon durch die Verteilung des Quotenschadensersatzes gemindert wäre. In Frage steht also nicht eine Schlechter- oder Besserstellung der Neugläubiger, sondern nur, ob ein Teil des ihnen zustehenden Ersatzes der Geltendmachung durch den Insolvenzverwalter unterfällt, weil es sich insoweit um einen Quotenschaden handelt.

Nach Ansicht des BGH ist dies zu verneinen: Zwar bestreitet auch der BGH nicht die theoretische Existenz eines Quotenschadens der Neugläubiger,³⁸ denn auch diese sind Insolvenzgläubiger und erleiden als solche eine Quotenverkürzung. Eine einheitliche

34 Vgl. *K. Schmidt*, NJW 1993, 2934 f.

35 *K. Schmidt*, a.a.O.; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 64 Rz. 55 ff.; *Flume*, ZIP 1994, 337 f.

36 Ebenso *K. Schmidt*, ZGR 96, 209 (214); *Bork* in *Kölner Schrift*, S. 1333 (Rz. 21); *Oepen*, Rz. 164 f.; *Braun/Uhlenbruck*, S. 81; *Ehricke*, Konzernunternehmen in der Insolvenz, S. 260 f.; *Nerlich/Römermann/Wittkowski*, InsO, § 92 Rz. 8.

37 Ebenso *Bork*, ZGR 95, 505 (524). A.A. *Hirte*, Abschied vom Quotenschaden, ZIP Sonderdruck 1996, S. 6; *Hasselbach*, DB 1996, 2213 (2214 f.); *Dauner-Lieb*, ZGR 98, 617 (629); *Uhlenbruck*, ZIP 1994, 1153 (1156).

38 BGHZ 138, 211 (214 ff.).

Einziehung durch den Insolvenzverwalter scheitere jedoch bezüglich der Neugläubiger daran, dass für jeden eine vom Zeitpunkt seiner Forderungsbegründung abhängige Quotenminderung zu berechnen sei.³⁹ Da insofern kein einheitlicher Quotenschaden der Neugläubiger als Reflex von Masseminderungen nach Insolvenzreife feststellbar sei, und eine Bildung einer Sondermasse für jeden einzelnen Gläubiger »dem Zweck des Konkursverfahrens und der Funktion des Konkursverwalters zuwiderliefe«,⁴⁰ komme eine Teilnahme an der Verteilung des Quotenschadensersatzes nicht in Frage. Deshalb hält der BGH die Geltendmachung auch eines Teils des Anspruchs der Neugläubiger – nämlich des Teils, welcher der Quotenminderung entspricht – für unmöglich. Daher können die Neugläubiger ihren gesamten Vertrauensschaden selbst geltend machen; ihr unabhängig davon bestehender Quotenschaden wird hiervon überlagert und gewinnt keine selbständige Bedeutung.

Vom Ausgangspunkt des BGH ausgehend, ist dieses Ergebnis nicht zu bezweifeln. Es kann schon aus praktischen Gründen kaum überzeugen, dass der Verwalter für jeden einzelnen vertraglichen Neugläubiger einen spezifischen Schaden berechnen und ihn beim Geschäftsführer liquidieren soll.

Umstritten ist denn auch nur die unausgesprochene Prämisse des BGH, dass durch § 64 GmbHG jedermann vor dem Vertragsschluss mit einem materiell insolventen Unternehmen geschützt werde. Folgt man diesem Ansatz, so ist es im Rahmen der zivilrechtlichen Schadensersatzdogmatik nur konsequent, den Gläubiger des Anspruchs aus § 823 II BGB so zu stellen, als sei rechtzeitig Insolvenzantrag gestellt worden. Für den vertraglichen Neugläubiger bedeutet dies, dass er nicht mit der Gesellschaft kontrahiert hätte, so dass er seinen Vertrauensschaden ersetzt verlangen könnte.⁴¹

Gerade dieser Schutzzweck ist aber problematisch, denn damit würde § 64 GmbHG zu einer allgemeinen Schutznorm für die Zahlungsfähigkeit des gewählten Vertragspartners.⁴² Es ist unumstritten, dass § 64 I GmbHG den Rechtsverkehr vor zahlungsunfähigen GmbH's schützen soll.⁴³ Diese Schutzrichtung macht § 64 GmbHG aber noch nicht zum Schutzgesetz i.S.d. § 823 II BGB, weil hierin kein spezifisch geschütztes Einzelinteresse begründet ist.⁴⁴ Schutzgesetzqualität gewinnt die Norm erst, wenn man gerade die Interessen der Gesellschaftsgläubiger als geschützt erkennt. Diese bilden eine von der Allgemeinheit abgrenzbare Gruppe mit dem spezifischen Interesse, dass das Haftungsvermögen der Gesellschaft nach Eintritt der materiellen Insolvenz nicht weiter geschmälert wird. Nur

39 BGH a.a.O. Dem folgend *Haas*, NZG 99, 373 (376). Diese Berechnungsweise wendet auch *Oepen*, Rz. 292 f. an.

40 BGHZ 138, 211 (215).

41 Diese Frage der haftungsausfüllenden Kausalität betont *Karollus* in FS f. Steffen, S. 212 f.

42 Damit bestünde die Gefahr, dass über § 64 GmbHG eine allgemeine Fahrlässigkeitshaftung für Vermögensschäden ins Deliktsrecht Einlass fände. Vgl. *Ulmer*, Anmerkung zu BGH, ZIP 1993, 763 in: ZIP 1993, 769 (771); *Canaris*, JZ 1993, 649 (651).

43 Vgl. die oben in Fn. 7 Genannten.

44 Zu diesem Erfordernis: BGH, NJW 1976, 1740; *Jauernig/Teichmann*, BGB, § 823 Rz. 44; nachdrücklich *Ulmer*, Anmerkung zu BGH, ZIP 1993, 763 in ZIP 1993, 769 (771) m.w.N. Gegen die Beschränkung des persönlichen Schutzbereichs von § 64 I GmbHG *Flume*, ZIP 1994, 337 (340).

in dieser persönlichen und sachlichen Hinsicht wirkt der Schutz von § 823 II BGB i.V.m. § 64 GmbHG. Dann sind aber notwendigerweise auch Neugläubiger in den persönlichen Schutzbereich einbezogen, weil sie eben Insolvenzgläubiger sind. Allerdings werden sie als Teil der Gläubigergemeinschaft durch § 823 II BGB sachlich nur vor Minderungen des Haftungsvermögens geschützt, so dass sie hieraus auch nur den Ausgleich des Quotenschadens verlangen können.⁴⁵ Dieser aber ist für jeden Insolvenzgläubiger – Alt- wie Neugläubiger – identisch, er bemisst sich nur danach, welche Quote gezahlt worden wäre, wenn das Gesellschaftsvermögen, so wie es zum Zeitpunkt des Eintritts der Insolvenzreife noch vorhanden war, zur Befriedigung aller damaligen Insolvenzgläubiger hätte verwendet werden können (»Sollquote«).⁴⁶ Das Organ verletzt die Insolvenzantragspflicht nach Eintritt der materiellen Insolvenz eben nicht jeden Tag aufs Neue.⁴⁷ Nur wenn man die Verletzung der Insolvenzantragspflicht als ein Delikt gegenüber dem einzelnen Gläubiger ausgestaltete und deshalb die Sollquote für jeden Tag nach Insolvenzreife der GmbH berechnete, ergäbe sich ein unterschiedlich hoher Quotenschaden für die Neugläubiger untereinander und gegenüber den Altgläubigern.

Zum Schwur über die Tauglichkeit der BGH-Lösung wird es bei der Frage von Ersatzansprüchen gesetzlicher Neugläubiger kommen. Wie der BGH bereits entschieden hat,⁴⁸ können diese wenigstens nicht ihr gesamtes negatives Interesse vom Organ verlangen. Sie werden also anders behandelt als vertragliche Neugläubiger, obwohl das Gericht den Ersatz der Schäden der Neugläubiger auf § 823 II stützt, in dessen Rahmen ein fehlendes Vertrauen des Insolvenzgläubigers an sich gar nicht zu berücksichtigen ist.⁴⁹ Will man die gesetzlichen Neugläubiger aber nicht völlig schutzlos stellen, so wird man ihnen wenigstens einen Anspruch auf Ersatz des Quotenschadens zugestehen müssen. Auch wenn dessen rechnerische Existenz vom BGH nicht geleugnet wird, so lässt sich dieser aber nach Ansicht der Rechtsprechung nicht einheitlich für alle Neugläubiger bestimmen, weil die Schadenshöhe vom Zeitpunkt der Begründung der Forderung abhängt.⁵⁰ Insofern wird der Rechtsprechung nur die Wahl zwischen *Skylla* und *Charybdis* bleiben: Entweder sie verzichtet auf eine Gesamtliquidation der Quoten(!)schäden der gesetzlichen Neugläubiger, weil eine solche mit den »Zwecken des Konkursverfahrens nicht vereinbar«⁵¹ sei, oder sie wird einen einheitlichen Quotenschaden von Alt- und wenigstens den gesetzlichen Neugläubigern anerkennen müssen.

Die Ansicht, nach der Neu- und Altgläubiger einen einheitlichen Quotenschaden erleiden, der im Insolvenzverfahren vom Insolvenzverwalter geltend zu machen ist, überzeugt

45 A.A. *Bork*, Insolvenzrecht, Rz. 198.

46 Ebenso: *Dauner-Lieb*, ZGR 98, 617 (626); *K. Schmidt*, NZI 1998, 9 (13); *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, § 64 Rz. 54; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 30.70. Ablehnend u.a. *Flume*, ZIP 1994 S. 337 (339).

47 *K. Schmidt*, NZI 1998, 9 (13).

48 BGH, NJW 1999, 2182 ff.; ZIP 1999, S. 967 ff. = BB 1999, 1290 ff. = EWiR § 64 GmbHG 4/99, 651 m. Anm. *Peters-Lange*.

49 Vgl. die Kritik bei *K. Schmidt*, NZI 1998, 9 (12).

50 BGHZ 126, 181 (191); 138, 211 (214).

51 BGHZ 138, 211(215).

auch angesichts der oben beschriebenen Funktion der Gesamtschadensersatzansprüche, Masseverminderungen, die sich in Befriedigungsverlusten fortsetzen, auszugleichen: Es wäre nicht stimmig, wenn die Neugläubiger ihren gesamten Schaden, also auch ihren Quotenschaden, selbständig beim Organ liquidieren könnten, weil sie auf diese Weise auf massezugehöriges Vermögen zugreifen würden. Jedenfalls der Teil des Ersatzanspruchs der Neugläubiger, der Quotenschaden ist, muss zur Masse gezogen werden, weil es sich hierbei um einen Gesamtschadensersatzanspruch handelt, der ein Defizit der Masse kompensieren soll und im Insolvenzverfahren daher über diese abzuwickeln ist.⁵² Der BGH wendet hiergegen ein, der Quotenschaden habe neben dem Vertrauensschaden keine Bedeutung, weil der Vertrauensschaden den (nach seiner Ansicht uneinheitlichen) Quotenschaden überlagere. Der Vertrauensschaden habe aber nichts mit einer Verkürzung der Haftungsmasse zu tun.⁵³ Diese Betrachtung verkennt die Eigenschaft der Neugläubiger als Insolvenzgläubiger, die sie ja sind und bleiben. Als Insolvenzgläubiger erleiden sie wie alle anderen einen Quotenschaden, der bei ihrem Vertrauensschaden anzurechnen ist.

Die hier vertretene Ansicht, die weitgehend dem Konzept *K. Schmidts* folgt,⁵⁴ hat darüber hinaus den Vorteil, dass es bei der Geltendmachung der Haftung des Geschäftsführers nicht zu einem Wettlauf zwischen Neugläubigern und Insolvenzverwalter kommen kann, den der Verwalter regelmäßig verlieren würde.⁵⁵ Weil nämlich die Neugläubiger den Umfang des ihnen zustehenden Schadensersatzes erst nach Abschluss des Insolvenzverfahrens berechnen können, da erst dann die Sollquote feststeht, die sie sich auf ihre Vertrauensschadensersatzforderung anrechnen lassen müssen, besteht die Gefahr der Auszehrung des Organvermögens durch die Schadensersatzansprüche der Neugläubiger nicht. Ein vollstreckbares Urteil kann in diesem Verhältnis erst nach Quotenfeststellung im Insolvenzverfahren ergehen. *Oepen* spricht sich demgegenüber dafür aus, dass das Organ gegen Zahlung des gesamten Schadens (Vertrauens- und Quotenschaden) an den Neugläubiger Abtretung des Quotenschadensersatzanspruchs von diesem verlangen kann.⁵⁶ Dieser Lösung, die den eben beschriebenen rechtspraktischen Vorteil der einheitlichen Abwicklung eliminiert, ist auch aus dogmatischer Sicht zu widersprechen: Denn der Gläubiger ist infolge der Sperrwirkung, die § 92 InsO entfaltet, nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens daran gehindert, selbständig Befriedigung für seinen Gesamtschadensersatzanspruch zu suchen. Dadurch ist auch die vollständige Liquidation des Vertrauensschadens beim Organ gegen Abtretung des Quotenersatzanspruchs ausgeschlossen. Die Abtretung des Quotenersatzanspruchs ist deshalb analog § 81 I S. 1 InsO unwirksam.⁵⁷

52 Siehe im Einzelnen S. 42 f.

53 BGHZ 138, 211 (216); *Smid* in *Smid*, InsO, § 92 Rz. 7 a.E. Ohne ausdrückliche eigene Stellungnahme *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 320.

54 Siehe zuletzt *K. Schmidt*, NZI 1998, 9 ff.

55 Vor allem diese Befürchtung veranlasst *Dauner-Lieb*, ZGR 98, 617 (629) und *Uhlenbruck*, ZIP 1994, 1153 f. dazu, für eine Einziehungsbefugnis des Verwalters auch bezüglich des Vertrauensschadens der Neugläubiger einzutreten.

56 *Oepen*, Rz. 293.

57 Siehe im Einzelnen S. 69.

(3) Ergebnis

Die hier vertretene Lösung lässt sich folgendermaßen zusammenfassen: Die Haftung des Organs für Insolvenzverschleppungsschäden ist als Außenhaftung gegenüber sämtlichen Insolvenzgläubigern der Gesellschaft ausgestaltet. Anspruchsgrundlage für den Ersatz des Quotenschadens ist § 823 II BGB i.V.m. § 64 I GmbHG. Im eröffneten Insolvenzverfahren ist der Verwalter gemäß § 92 InsO befugt, diese Ansprüche geltend zu machen. Unterschiede zwischen Neu- und Altgläubigern ergeben sich insoweit nicht, weil für beide Gläubigergruppen ein einheitlicher Quotenschaden anzusetzen ist. Die Neugläubiger können einen darüber hinausgehenden Vertrauensschaden gegebenenfalls direkt beim Organ liquidieren. Insoweit kann § 92 InsO keinesfalls angewendet werden.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass ausnahmsweise auch die Haftung des Gesellschafters aus § 823 II BGB wegen Masseschmälerungen in den Anwendungsbereich des § 92 InsO fällt. Grundsätzlich ist zwar nur das Organ Adressat der Insolvenzantragspflichten,⁵⁸ aber im Einzelfall haftet für deren Missachtung auch der Gesellschafter, wenn er faktischer Geschäftsführer ist oder in sonstiger Weise erheblichen Einfluss auf den Geschäftsführer genommen hat.⁵⁹

2. Insolvenzverschleppungshaftung in anderen Gesellschaftsformen

In den übrigen mit Insolvenzantragspflichten ausgestatteten Gesellschaftsformen wird die Betriebsfortführung trotz materieller Insolvenz in vergleichbarer Weise sanktioniert. Die verspätete Insolvenzantragstellung löst in allen Fällen eine Schadensersatzpflicht des entsprechenden Organs bzw. seiner Mitglieder gegenüber den Insolvenzgläubigern aus.⁶⁰ Für den rechtsfähigen Verein gilt insoweit die Besonderheit, dass sich dieser Anspruch unmittelbar aus § 42 II BGB ergibt und nicht unter Rückgriff auf § 823 II BGB hergeleitet werden muss. Diese Außenhaftung wird im Insolvenzverfahren gemäß § 92 InsO durch den Insolvenzverwalter geltend gemacht.

Bei der Kapitalgesellschaft & Co kommt der Außenhaftung gegenüber der Innenhaftung aus § 130 a III S. 1 HGB allerdings nur insoweit Bedeutung zu, wie der Gesamtschaden nicht bereits im Wege der Innenhaftung nach § 130 a III S. 1 HGB ausgeglichen werden kann. Die Außenhaftung ist hier subsidiär gegenüber der Innenhaftung.⁶¹ Weil § 130 a III S. 1 HGB anders als § 64 II GmbHG nicht nur eine Ersatzpflicht des Organs für Zah-

58 *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, § 64 Rz. 13 m.w.N.

59 Vgl. zu den Voraussetzungen der Eigenhaftung des Gesellschafters wegen Insolvenzverschleppung: BGHZ 75, 96 (107); BGH, WM 1973, 1354 (1355); *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, § 64 Rz. 75 ff.; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 64 Rz. 7, 45 ff.; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 64 Rz. 49; *Bork*, ZGR 95, 512 (526 ff.); jeweils mit weiteren Nachweisen.

60 Für § 92 AktG: *Hefermehl* in G/H/E/K, § 92 Rz. 24; *Habersack* in Großkomm. AktG § 92 Rz. 75 ff. Zu § 130 a HGB: *K. Schmidt* in Schlegelberger, HGB, § 130 a Rz. 41 ff.; *Habersack* in Großkomm. HGB, § 130 a Rz. 34 ff. Für § 99 GenG: *K. Müller*, GenG, § 99 Rz. 8.

61 *K. Schmidt* in Schlegelberger, HGB, § 130 a Rz. 35; *Habersack* in Großkomm. HGB, § 130 a Rz. 35. *Windel*, KTS 1991, 477 (502 f.) lehnt es dagegen aufgrund der umfassend normierten Ersatzpflicht im Innenverhältnis ab, § 130 a HGB als Schutzgesetz einzuordnen.

lungen nach Insolvenzreife anordnet, sondern der Gesellschaft einen eigenen Ersatzanspruch für sämtliche Masseverkürzungen infolge Insolvenzverschleppung gewährt,⁶² wird die Außenhaftung des Organs für Gesamtschäden nur in Fällen der masselosen Insolvenz Bedeutung gewinnen. Denn dann sind die Gläubiger nicht darauf verwiesen, die Ansprüche der Gesellschaft gegen das Organ zu pfordern, sondern können ihre eigenen Rechte aus § 823 II BGB i.V.m. § 130 a I, II HGB geltend machen.⁶³ § 92 InsO hat daher für das Insolvenzverfahren einer von §§ 130 a, 177 HGB betroffenen Gesellschaft keine Bedeutung, weil hier die Haftung schon aufgrund ihrer materiellrechtlichen Struktur immer über die Masse abgewickelt wird.⁶⁴

3. Verhältnis der Haftung für Insolvenzverschleppungsschäden zu § 26 III InsO

Nach § 26 III S. 1 InsO können diejenigen, die einen Verfahrenskostenvorschuss nach § 26 I S. 2 InsO geleistet haben, vom Organ, das seine Insolvenzantragspflicht verletzt hat, Ersatz ihres Vorschusses verlangen. Die Rechtsnatur dieses Anspruchs und sein Verhältnis zu dem nach § 92 InsO vom Verwalter geltend zu machenden Insolvenzverschleppungsschäden sind noch ungeklärt.⁶⁵

Gegen die Deutung des § 26 III InsO als Aufwendungsersatzanspruch des Vorschussleistenden spricht seine Abhängigkeit von Rechtswidrigkeit und Verschulden.⁶⁶ Gegen die Deutung als Schadensersatzanspruch wird wiederum eingewendet, der Anspruch sanktioniere unabhängig von einem Schadenseintritt in Gestalt von Masseschmälerungen die Verletzung der Antragspflicht. Insofern ähnele er einer Privatstrafe.⁶⁷ Im Rahmen von § 26 III InsO wird nämlich die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Masseinsuffizienz nicht geprüft. Diese (scheinbare) Unbeachtlichkeit der Kausalität lässt sich allerdings aus den tatsächlichen Voraussetzungen des Ersatzanspruchs erklären: Die Kausalität zwischen Unterlassen der Antragstellung und Quotenminderung ist, wie sogleich gezeigt wird, in Fällen des § 26 InsO zwangsläufig immer gegeben, so dass es nicht zu Unstimmigkeiten mit der Organhaftung wegen Geschäftsführung trotz Insolvenzreife kommen kann. § 26 III InsO lässt sich daher durchaus als verkappter Schadensersatzanspruch auffassen.

Die Haftung des Organs entsteht spätestens drei Wochen nach Eintritt von Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit. Überschuldung bedeutet nach § 19 II S. 1 InsO, dass die

62 H.M.: vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, § 130 a Rz. 11.

63 *Habersack* in *Großkomm. HGB*, § 130 a Rz. 33. Siehe auch oben bei Fn. 22.

64 Zu den §§ 62 II S. 2, 93 V S. 4, 117 V S. 3, 309 IV S. 5 AktG vgl. S. 30 ff.

65 Zur umstrittenen dogmatischen Einordnung *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 334; *K. Schmidt*, ZGR 1996, 209 (220 f.); *Braun/Uhlenbruck*, S. 272. Bedenken gegen die Praxistauglichkeit der Regelung äußert *Uhlenbruck*, DZWIR 2000, 15 (17): Ein zum Schadensersatz verpflichteter Geschäftsführer sei im Zweifel vermögenslos.

66 Vgl. *K. Schmidt*, ZGR 1996, 209 (220).

67 Vgl. die Bedenken bei *Häsemeyer* in *Insolvenzrecht im Umbruch*, S. 101 (110); *Henssler*, ZInsO 1999, 121 (122).

Verbindlichkeiten die Aktiva übersteigen.⁶⁸ In der juristischen Sekunde vor Eintritt der Insolvenzreife reichte das Vermögen der Gesellschaft also noch aus, alle Verbindlichkeiten vollständig zu befriedigen.⁶⁹ Wenn man nicht den praktisch abwegigen Fall annehmen will, dass die Gesellschaft ihr gesamtes Vermögen auf einen Schlag verloren hat,⁷⁰ muss die Masseinsuffizienz also durch die Fortführung der Geschäftstätigkeit nach Eintritt der Insolvenzreife eingetreten sein, so dass auf die Prüfung der Kausalität im Rahmen des § 26 III InsO tatsächlich verzichtet werden kann. Der äquivalent-kausale Zusammenhang ist hier stets gegeben, denn ohne das Unterlassen hätte es nicht zu weiteren Vermögensverlusten kommen können, welche die Masseunzulänglichkeit herbeigeführt haben, wodurch die Zahlung eines Kostenvorschusses erst erforderlich wurde. Der von *Henssler*⁷¹ gebildete Fall, in dem der Geschäftsführer nach Entstehung der Antragspflicht darauf geachtet hat, dass keine weiteren Vermögensminderungen eintreten und deshalb auch kein zu ersetzender Verschleppungsschaden entstanden sei, kann deshalb nicht gegen die Einordnung des § 26 InsO als Schadensersatzanspruch angeführt werden, weil in diesem Fall auch kaum eine unzulängliche Masse im Sinne des § 26 I InsO vorliegen wird, so dass Vorschusszahlungen gar nicht erforderlich sind.

Weiterhin wird eingewendet, § 26 III S. 1 InsO könne kein Schadensersatzanspruch der Vorschussleistenden sein, weil der Verfahrenskostenvorschuss freiwillig gezahlt werde, so dass es sich nicht um eine unfreiwillige Vermögenseinbuße handele.⁷² Zwar erfolgt die Zahlung des Vorschusses selbstverständlich ohne Zwang im Sinne von *vis compulsiva*, andererseits muss man doch berücksichtigen, dass es sich hier um ein Vermögensopfer allein des Vorschussleistenden handelt, das nur erbracht wird, um eine größere Einbuße zu vermeiden. Eine die Freiwilligkeit jedenfalls beeinträchtigende Zwangslage ist insofern durchaus gegeben.⁷³

Auch hinsichtlich der weiteren Voraussetzungen ist § 26 III InsO auf den Schadensersatzanspruch wegen Insolvenzverschleppung abgestimmt: Zwar werden Pflichtwidrigkeit und Verschulden hinsichtlich der Verletzung der Insolvenzantragspflicht vom Gesetz

68 Zum neuen Überschuldungsbegriff der InsO: *Lutter*, ZIP 1999, 641 ff.

69 Hieraus darf nicht der Schluss gezogen werden, dass das antragspflichtige Organ die Masse so weit aufzufüllen hätte, dass alle Insolvenzforderungen vollständig befriedigt werden können. Zum einen sind aus der Masse die Masseverbindlichkeiten vorweg zu befriedigen, zum anderen wird die Pflichtwidrigkeit der unterlassenen Antragstellung regelmäßig erst in einem fortgeschrittenen Stadium gegeben sein. Schließlich treten allein durch die Insolvenz erhebliche bilanzielle Verluste ein (*K. Schmidt*, Insolvenzrecht der Unternehmen, S. 85 f.), für die das Organ mangels Verschulden nicht haftet.

70 In diesem Fall wird es auch stets an der Pflichtwidrigkeit des Unterlassens oder am Verschulden fehlen, so dass auch hier ein Anspruch aus § 26 III InsO ebenso wenig wie ein Anspruch aus § 823 II BGB gegeben wäre. Vgl. Fn. 74.

71 ZInsO 1999, 121, (122).

72 *Uhlenbruck*, GmbHR 1989, 101, 109; ebenfalls zweifelnd *Oepen*, Rz. 294.

73 Man denke auch an die durch die Rechtsprechung anerkannte Ansatzfähigkeit so genannter Vorhaltekosten: BGHZ 32, 280 ff.; 40, 345 ff.

vermutet, jedoch steht dem Organ diesbezüglich der Beweis des Gegenteils nach § 26 III S. 2 InsO offen.⁷⁴

Zu klären bleibt das Verhältnis der sich in ihren Voraussetzungen entsprechenden Ansprüche zueinander. Unstreitig sollte nach dem oben Gesagten sein, dass Leistungen, die das Organ auf den Anspruch aus § 26 III InsO erbringt, auf die Gesamtschadensersatzansprüche angerechnet werden. Denn zwar bildet § 26 III InsO eine selbständige Anspruchsgrundlage, dennoch ist hier kein weiterer Anspruch normiert.⁷⁵ Durch § 26 III InsO soll die Haftung der Geschäftsleitungsorgane nicht erweitert, sondern mittels der Beweislastumkehr effektiviert werden.⁷⁶ Daher verdient auch die Auffassung keine Zustimmung, nach der die Gesamtliquidation gemäß § 92 InsO auch auf den Ersatzanspruch nach § 26 III InsO zu beziehen sei.⁷⁷ Das Ergebnis wäre geradezu widersinnig: Gemäß § 26 III InsO soll der Vorschießende doch gerade berechtigt sein, sich aus dem Quotenschadensersatzanspruch in Höhe des Vorschusses gesondert zu befriedigen. Insofern wäre die Einziehung durch den Verwalter ein Umweg ohne jede Funktion und kontraproduktiv im Hinblick auf die durch die Beweiserleichterungen bezweckte Steigerung der Attraktivität der Vorschusszahlung.⁷⁸ Ebenso ist eine »halbseitige Analogie« zu § 92 InsO bezüglich des Anspruchs aus § 26 III InsO abzulehnen, nach welcher der Gläubiger des Ersatzanspruchs zwar nicht gehindert sein soll, diesen selbst geltend zu machen, er die Durchsetzung aber auch dem Verwalter überlassen kann.⁷⁹ Es ist nicht zu erklären, wieso der Verwalter mit der Einziehung von Ansprüchen belastet werden sollte, die dem Vorschussleistenden zustehen. Letztendlich liefe diese Lösung nur darauf hinaus, dem Verwalter die Beweiserleichterungen des § 26 III S. 2 InsO bei der Einziehung des Insolvenzverschleppungsschadens zu verschaffen, wofür jeder Anhaltspunkt im Gesetz fehlt.⁸⁰

Insofern wäre daran zu denken, § 26 III S. 1 InsO als eine Ermächtigung des Vorschussleistenden zu deuten, den Schadensersatzanspruch wegen Insolvenzverschleppung für sich einzuziehen. Es würde sich dann allerdings nicht um eine selbständige Anspruchsgrundlage handeln, sondern schlicht um die Befugnis, Zahlung auf den Schadensersatzanspruch an sich zu verlangen. In der Tat haben, wie eben gezeigt wurde, Schadensersatzanspruch und Ersatzanspruch nach § 26 III InsO dieselben materiellen Voraussetzungen, jedoch bestehen erhebliche Unterschiede bei der Verteilung der Beweislast. Nach dieser Konstruktion würde also durch den Zuständigkeitswechsel die Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs entscheidend erleichtert. Das wäre ein dogmatisches curiosum und wider-

74 Laut der Begr. zu § 30 RegEInsO, vorletzter Abs., abgedruckt bei *Balz/Landfermann*, S. 238, kann die Pflichtwidrigkeit oder das Verschulden zu verneinen sein, wenn die Gesellschaft z.B. innerhalb der Drei-Wochen-Frist ihr gesamtes Vermögen verloren hat.

75 *Braun/Uhlenbruck*, S. 273, sprechen davon, dass der Anspruch aus § 26 II InsO »ein gesetzlich abgesplittelter Teil des Schadensersatzanspruchs wegen Insolvenzverschleppung« sei.

76 Anders, aber ohne Begründung: *Henze/Bauer* in *Kölner Schrift*, S. 1311 (Rz. 20).

77 So aber *Hasselbach*, DB 1996, 2214 (2215), *Nerlich/Römermann/Wittkowski*, InsO, § 92 Rz. 12. Wie hier *Henssler*, ZInsO 1999, 121(122 f.).

78 Ebenso *Oepen*, Rz. 294; *Henssler*, ZInsO 1999, 121 (122).

79 Hierfür *Oepen*, a.a.O.

80 Kritik hieran bei *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 7. 31 m.w.N.

sprache dem Schuldnerschutzgedanken der §§ 404 ff. BGB, die das Interesse des Schuldners schützen, durch einen Zuständigkeitswechsel auf Gläubigerseite nicht schlechter gestellt zu werden.⁸¹

Auch der Wortlaut des § 26 III S. 1 InsO spricht weder für die Deutung als *cessio legis*, noch als materielle Einziehungsermächtigung und Prozessstandschaft. Es ist daher daran festzuhalten, dass § 26 III InsO eine selbständige Anspruchsgrundlage allein zugunsten der Vorschussleistenden ist. Nur so kann die abweichende Beweislastverteilung richtig beschrieben werden.

Das sich aus der Konkurrenz des Schadensersatzanspruchs wegen Insolvenzverschleppung und des Anspruchs aus § 26 III InsO ergebende Spannungsverhältnis ist deshalb richtigerweise nach den Regeln des Vorteilsausgleichs beim Schadensersatz aufzulösen. So kann eine doppelte Inanspruchnahme des Organs ausgeschlossen werden: Durch die Vorschusszahlung eines Insolvenzgläubigers wird der Quotenschaden der Gläubiger entsprechend vermindert, wodurch eine ebensolche Verkürzung des Quotenschadensersatzanspruchs eintritt. Die Vorschusszahlung steht in einem »inneren Zusammenhang«⁸² mit der Masseverkürzung, weil Erstere gerade zur Kompensation Letzterer geleistet wurde. § 26 III InsO gewährleistet hierbei, dass die Leistung des Vorschießenden nicht letztlich dem Schädiger zugute kommt. Gegen den Rückgriff auf die Vorteilsausgleichung spricht auch nicht, dass der Verfahrenskostenvorschuss nicht Teil der Masse wird, sondern ein zweckgebundenes Treugut bildet, das ausschließlich zur Deckung von Massekosten i.S.d. § 54 InsO verwendet werden darf.⁸³ Die Zweckbindung verbietet es nicht, Vorschusszahlung und Erfüllung des Quotenschadensersatzanspruchs als äquivalent zu betrachten. Denn die treuhänderische Bindung dient (lediglich) dem Schutz des vorschießenden Gläubigers und soll gewährleisten, dass seine Zahlungen nicht für andere Verbindlichkeiten als Massekosten verwendet werden.⁸⁴ Im Übrigen erhöht jedoch die Vorschusszahlung ebenso die Insolvenzmasse wie die Realisierung der Ansprüche wegen Insolvenzverschleppung. Zwar erwirbt der vorschussleistende Gläubiger auch einen Ersatzanspruch gegen die Masse, so dass sich auch die Masseverbindlichkeiten erhöhen; wird der Gläubiger jedoch durch Zahlung des Organs nach § 26 III InsO befriedigt, so erlischt dieser Anspruch, so dass es zu einer tatsächlichen Massemehrung kommt. Die Zweckbindung ist dann unbeachtlich, weil funktionslos. Diese Masseerhöhung über Umwege ist letztendlich nichts anderes als der durch § 92 InsO bezweckte Ausgleich von Massedefiziten auf Kosten des ersatzpflichtigen Organs.

Für den Zusammenhang zwischen Ersatzanspruch aus § 26 III InsO und Ersatz des Quotenschadens gilt also: Die Zahlung des Kostenvorschusses führt zu einer anzurechnenden Verminderung des Quotenschadens, weil sie eine kausale Massemehrung darstellt,

81 Roth in MünchKomm BGB, § 404 Rz. 1; Larenz, Schuldrecht I, § 34 IV m.w.N.

82 Vgl. Larenz, Schuldrecht I, § 30 II a).

83 Vgl. Skrotzki KTS 1959, 24; Jaeger/Weber, KO, 8. Aufl., § 107 Rz. 4; Kilger/K. Schmidt, KO, § 107 Anm. 4; Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rz. 7.30; Smid, Insolvenzrecht, § 5 Rz. 5; ders. in Smid, InsO, § 26 Rz. 18; Kirchhof in HK - InsO, § 26 Rz. 25.

84 Siehe die in Fn. 83 Genannten.

die in einem inneren Zusammenhang zum Schaden steht.⁸⁵ Die Leistung des Gläubigers soll aber nicht den Schadensersatzschuldner entlasten, sondern nur der geschädigten Masse möglichst schnell zum Ersatz verhelfen.⁸⁶ Die Besonderheit bei § 26 III InsO besteht darin, dass dies rechtstechnisch nicht wie z.B. im Falle der § 116 I SGB X oder § 67 I VVG durch einen Forderungsübergang konstruiert wird, sondern indem dem vorschießenden Gläubiger ein selbständiger Ersatzanspruch gewährt wird. Konstruktiv hätte sich ein Forderungsübergang nicht mit der Beschränkung der Beweislastumkehr auf den Vorschussleistenden vereinbaren lassen. Gerade weil also kein Anspruchsübergang vorgesehen ist, hat die Anrechnung auf den Quotenschadensersatzanspruch zu erfolgen.

II. Gesamtschäden infolge Pflichtverletzungen des Insolvenzverwalters

Gemäß § 60 I InsO haftet der Insolvenzverwalter den Beteiligten für schuldhaftes Verletzungen insolvenzspezifischer Pflichten⁸⁷ auf Schadensersatz. Solche Pflichtverletzungen sind beispielsweise die Verkürzung der Masse durch die Anerkennung unberechtigter Forderungen,⁸⁸ die Verschleuderung von Massebestandteilen⁸⁹ oder die Aufnahme nicht Erfolg versprechender Prozesse⁹⁰. Diese Pflichtverletzungen verkürzen die Insolvenzmasse und erzeugen deshalb Gesamtschäden.⁹¹ Ebenso können Pflichtverletzungen des Verwalters aber auch Einzelschäden verursachen. Für Gesamt- wie für Einzelschäden hat er nach § 60 I InsO einzustehen.⁹²

1. Dogmatische Begründung der Haftung des Insolvenzverwalters

Die dogmatische Begründung für die Haftung des Insolvenzverwalters war schon unter der KO umstritten und wird es auch unter Geltung der InsO bleiben. Insbesondere gehen die Meinungen darüber auseinander, ob sich die Haftung des Verwalters aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis zwischen ihm und den Beteiligten ergibt – so die ganz

85 Zu dieser Voraussetzung bei der Anrechnung eines Vorteils RGZ 80, 153 (160); BGHZ 8, 325 (329), 10, 107 (108); 49, 56 (62); BGH, NJW 1990, 1360 f. (»haftungsrechtlicher Zurechnungszusammenhang«).

86 Vgl. *Larenz*, Schuldrecht I, § 30 II c).

87 Das Kriterium der »insolvenzspezifischen Pflicht« geht auf BGHZ 99, 151 zurück.

88 *Kilger/Schmidt*, KO, § 82 Anm. 3a; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 82 Rz. 9e; *Smid* in *Smid*, InsO, § 60 Rz. 17.

89 *Jaeger/Weber*, KO, 8. Aufl., § 82 Rz. 7.

90 Vgl. BGH, ZIP 1993, 1686; *Kübler/Prütting/Lüke*, InsO, § 60 Rz. 26 f. *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 6.40 fordert hier, dass die Aufnahme des Prozesses geradezu mutwillig erscheinen müsse.

91 Weitere Beispiele bei *Lüke*, Haftung des Verwalters, Rz. 42 ff.

92 Beispielsweise die Missachtung eines Aussonderungsrechts (*Jaeger/Weber*, KO, 8. Aufl., § 82 Rz. 9) oder die pflichtwidrige Nichtaufnahme einer angemeldeten Insolvenzforderung in das Verzeichnis (RGZ 87, 151 ff.).

herrschende Meinung⁹³ – oder ob § 60 InsO vielmehr eine der Amtshaftung⁹⁴ nach § 839 BGB vergleichbare Regelung trifft. Dann wäre nicht der Beteiligtenbegriff ausschlaggebend für den Schutzbereich der Verwalterhaftung, sondern die Frage, ob und für wen die konkret verletzte Norm Drittschutz entfaltet⁹⁵.

Für die Frage der Haftung für so genannte Gesamtschäden – und nur auf diese ist § 92 InsO anwendbar – ist ein vorgelagertes Problem von Interesse: Zu fragen ist auch hier – ähnlich wie für die Insolvenzverschleppungshaftung – ob die Haftung des Verwalters für Masseverkürzungen nur gegenüber der Masse selbst besteht (Innenhaftung), oder ob Masseschmälerungen Ersatzansprüche im Außenverhältnis gegenüber den Beteiligten begründen. Folgt man der ersten Auffassung, so bestünde kein Bedürfnis für eine Gesamtliquidation dieser Schäden, da die Innenhaftungsansprüche schon nach § 80 I InsO der Verfügungsbefugnis eines nach § 92 S. 2 InsO neu zu bestellenden Insolvenzverwalters unterfielen.

a) Gesamtschäden als Innenhaftung

Vor allem *K. Schmidt* tritt dafür ein, zwischen Einzel- und Gesamtschaden nicht nur abwicklungstechnisch, sondern schon materiell zu unterscheiden.⁹⁶ Der Gesamtschaden entstehe aus Verletzungen von Pflichten, die dem Verwalter gegenüber der Masse obliegen und löse daher entsprechend eine Haftung des Verwalters gegenüber dieser aus. Die Haftung für Gesamtschäden sei insofern als Innenhaftung strukturiert.

Wenn man mit der Organtheorie⁹⁷ den Insolvenzverwalter als Organ der nach dieser Ansicht rechtsfähigen Masse begreift, so überzeugt die Konzeption der Gesamtschadenshaftung als Verletzung der Innenrechtsbeziehungen zur Masse. Ob dieser Ansatz hingegen auch ohne die Annahme einer rechtsfähigen Masse auskommt – wie *K. Schmidt* ausdrücklich betont⁹⁸ – erscheint wenigstens fraglich, denn welchem Zuordnungsobjekt gegenüber ließe sich dann eine spezifische (Organ-) Pflicht des Verwalters konstruieren, die eigenständig schadensersatzbewehrt sein könnte? Der Insolvenzschuldner (als vermögensrechtlicher Träger der Masse) selbst kann dies jedenfalls nicht allein sein, da ein solcher Anspruch zum Beispiel im Falle des kollusiven Zusammenwirkens von Schuldner und Verwalter kaum denkbar wäre.

93 Vgl. statt vieler: BGH, LM § 82 KO Nr. 1, 2; KTS 1961, 94 (95); BGHZ 93, 278 (283); BGH, ZIP 1993, 1886; *Jaeger/Weber*, KO, 8. Aufl., § 82 Rz. 3; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 82 Rz. 1; *Baur/Stürner*, ZVR Bd. II, Rz. 10.18; *Jauernig*, ZVIR, § 43 IV 2; *Kübler/Prütting/Lüke*, InsO, § 60 Rz. 11; *Lüke*, Haftung des Verwalters, Rz. 29.

94 Besonders deutlich *K. Schmidt*, KTS 1976, 191 ff.; *Kilger/K. Schmidt*, KO, § 82 Anm. 1, 3b); *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 6.35.

95 *K. Schmidt*, KTS 1976, 191 (199).

96 *K. Schmidt*, KTS 1976, 191 ff.; *Kilger/K. Schmidt*, KO, § 82 Anm. 1, 3b).

97 Vgl. hierzu: *Böttcher*, ZZZ 71. Bd. (1958), 314 (318 f.); *ders.*, ZZZ 77. Bd. (1961), 55 ff.; *Stürner*, ZZZ 94. Bd. (1981), 263 (287 ff.). Zur »neuen Vertretertheorie«, die dieses Ergebnis ebenfalls tragen würde: *K. Schmidt*, Insolvenzrecht der Unternehmen, S. 107 ff.; *Kilger/K. Schmidt*, KO, § 6 Anm. 2a m.w.N.

98 *K. Schmidt*, KTS 1976, 191 (193).

Anhaltspunkte für eine Deutung der Gesamtschadenshaftung als Innenhaftung finden sich dennoch auch bei Autoren, welche die Rechtsfähigkeit der Konkursmasse im Übrigen ablehnen.⁹⁹ Sogar die Rechtsprechung¹⁰⁰ steht ihr nicht so fern, wie man angesichts der eindeutigen Ablehnung der Rechtszuständigkeit der Konkursmasse¹⁰¹ vermuten möchte.¹⁰² So greift der BGH zur Begründung der Innenhaftung auf das »Verwertungsrecht aller Konkursgläubiger«¹⁰³ am schuldnerischen Vermögen zurück, das im Falle des Gesamtschadens verletzt worden sei. Dadurch werde ein Ersatzanspruch der Gläubigergemeinschaft ausgelöst, dessen Ausübung dem Verwalter zugewiesen sei. Gegen diese Konstruktion spricht schon, dass es die »Gemeinschaft der Insolvenzgläubiger« als Rechtsgemeinschaft¹⁰⁴ nicht gibt, ihre Verbundenheit entsteht nur aus der wechselseitigen Ausgleichshaftung.¹⁰⁵ Daher kann auch ein dieser Gruppe (als Gesamthand?) zustehendes Recht nicht konstruiert werden. Auch das Beschlagsrecht wird entsprechend nicht als ein den Insolvenzgläubigern als Rechtsgemeinschaft zugeordnetes Recht verstanden.¹⁰⁶ Vor unlösbare Schwierigkeiten ist die zitierte Rechtsprechung schließlich für die Lage nach Verfahrensbeendigung gestellt. Da sich die »Gemeinschaft der Konkursgläubiger« nach Verfahrensbeendigung ersatzlos auflöst, müsste mit ihr an sich auch ein noch existierender Gesamtschadensanspruch fortfallen. Geht man dagegen davon aus, dass Anspruchsinhaberin von vornherein die Masse ist, so ist nach Verfahrensbeendigung jedenfalls der Insolvenzschuldner Inhaber des Anspruchs.¹⁰⁷

b) Gesamtschäden als Außenhaftung

Nach dem Gegenmodell ist auch die Haftung für Gesamtschäden grundsätzlich eine Außenhaftung.¹⁰⁸ Die Anerkennung so genannter Gesamtschäden hat danach keine haftungsstrukturierende, sondern nur abwicklungstechnische Funktion.¹⁰⁹ Der Verwalter hafte

99 Vgl. *Jaeger/Weber*, KO, 8. Aufl., § 82 Rz. 11. Bei *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 82 Rz. 5 heißt es, dass die »Außenhaftung meist Individualhaftung gegenüber einem bestimmten Gläubiger sei«. Auch *Hess*, InsO, § 60 Rz. 13 ff. geht davon aus, dass ein Gesamtschaden materiellrechtlich eine Innenhaftung ggü. dem Schuldner auslöse.

100 RGZ 78, 186 (189), 89, 237 (239); BGH, NJW 1986, 1174, 1175; ZIP 1989, 1407 (1409).

101 BGH, ZIP 1989, 1407 (1409) m.w.N.

102 Dies bemerken auch *Hanisch*, Rechtszuständigkeit, S. 141 Fn. 155; *K. Schmidt*, KTS 1976, 191 (194).

103 BGH, NJW 1986, 1174, 1175; ZIP 1989, 1407 (1409).

104 So die h.M. *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 3 Rz. 2; *Jauernig*, ZVIR, §§ 38 I 4., 42 I. Anders *Berges*, KTS 1957, 49 (52 ff.), der eine Vorratsgemeinschaft der Konkursgläubiger annimmt. Dagegen *Häsemeyer*, KTS 1982, 507 (523 ff.).

105 *Häsemeyer*, KTS 1982, 507 (515), *ders.*, Insolvenzrecht 2.33 f.

106 Vgl. *Kohler*, Lehrbuch des Konkursrechts, S. 103 ff. Anders *Hellmann*, S. 627, der aber offen lässt, ob es sich um eine Gesamthandsgemeinschaft oder eine Bruchteilsgemeinschaft handelt.

107 Zu den Bedenken gegen diese Lösung siehe im Einzelnen unter S. 84 f.

108 Wie hier: BGHZ 109, 171 (173 f.), BGH, NJW 1973, 1198 f.; *Mohrbutter/Mohrbutter*, Handbuch, Rz. XIII. 31; *Jauernig*, ZVIR, § 43 IV 2; *Bork*, Insolvenzrecht, Rz. 199. Offen gelassen von RGZ 97, 107 (109).

109 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 6.36; ähnlich *Kübler/Pritting/Lüke*, InsO, § 92 Rz. 12.

materiellrechtlich bei Gesamt- wie bei Einzelschäden immer gegenüber einem konkreten Beteiligten. Dies ergibt sich nach der herrschenden Meinung aus der zwischen dem Beteiligten und dem Verwalter bestehenden Sonderbeziehung, nach der Gegenauffassung aus einem konkret für den mittelbar Geschädigten bestehenden Drittschutz. Die Besonderheit bei Gesamtschäden ist lediglich, dass hier der Schaden des Einzelnen ein Reflex der Masseverkürzung ist. Dies ändert jedoch nichts daran, dass ersatzberechtigt primär der einzelne Geschädigte ist. Wer diesen Anspruch während des Insolvenzverfahrens durchsetzen kann, ist eine hiervon zu trennende Frage, auf die § 92 InsO die Antwort gibt.

Für diese Auffassung spricht zunächst, dass sie ohne den problematischen Rückgriff auf die Rechtsfähigkeit der Insolvenzmasse oder die Konstruktion einer Rechtsgemeinschaft der Insolvenzgläubiger auskommt. Auch kann sie die Lage nach Beendigung des Insolvenzverfahrens ohne Probleme bewältigen.¹¹⁰

Fragt man nach der Motivation für die dogmatischen Kunstgriffe der Rechtsprechung in den kritisierten Urteilen, so wird deutlich, dass dahinter das ganz unumstrittene und begrüßenswerte Ziel steht, die Massezugehörigkeit der Gesamtschäden auszudrücken. Nicht erkannt wurde dabei, dass dies nicht nur über eine spezifische Struktur der Verwalterhaftung für Gesamtschäden als Innenhaftung, sondern einfacher und reibungsloser über eine Veränderung ihrer Abwicklung möglich ist: Verkürzt der Verwalter die Masse pflichtwidrig, so verletzt er insolvenzspezifische Pflichten, die ihm auch gegenüber und zum Schutze der Insolvenzgläubiger obliegen. Diese erleiden einen mittelbaren Schaden durch die Verkürzung der Insolvenzquote. Der Insolvenzverwalter macht sich dadurch dem einzelnen Insolvenzgläubiger gegenüber ersatzpflichtig, der jedoch von der eigenständigen Geltendmachung während des Verfahrens ausgeschlossen ist.

Dies ist exakt das Konzept, dem allein § 92 InsO entspricht. Ordnete man die Haftung des Verwalters für Gesamtschäden als Innenhaftung ein, so bedürfte es der speziellen Ermächtigung für den Verwalter nach § 92 InsO gar nicht. § 92 S. 2 InsO¹¹¹ wäre dann nicht zu erklären. Allein die Annahme einer materiellrechtlichen Außenhaftung des pflichtwidrig handelnden Verwalters verschafft § 92 InsO für die Verwalterhaftung einen sinnvollen Anwendungsbereich. Da es nach der Einführung der Vorschrift kein Bedürfnis mehr dafür gibt, der Masse den Ersatzanspruch materiellrechtlich zuzuweisen, weil das gewünschte Ergebnis durch Veränderungen der Abwicklung erreicht wird, ist die Haftung des Verwalters für Gesamtschäden als Außenhaftung gegenüber den geschädigten Beteiligten zu entwickeln: Im Falle einer Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch den Verwalter sind dies nur die Insolvenzgläubiger. Zerstört der Verwalter jedoch schuldhaft eine zur Masse gehörende Sache, so entstehen hieraus sowohl für die Insolvenzgläubiger, als auch für den Insolvenzschuldner Ersatzansprüche, die während des Insolvenzverfahrens gleichermaßen zur Masse zu erfüllen sind und – wie stets – nur von einem neuen (§ 92 S. 2 InsO) Insolvenzverwalter geltend gemacht werden können.

110 Siehe S. 84 f.

111 Zu dieser Vorschrift im Einzelnen sogleich unter 3.

2. Das Verhältnis von § 92 InsO zu §§ 60, 61 InsO

Schon einleitend wurde darauf hingewiesen, dass nicht jeder Ersatzanspruch gegen den Verwalter in den Anwendungsbereich von § 92 InsO fällt. Die Vorschrift betrifft nur Gesamtschäden. Umgekehrt gilt nicht, dass § 60 InsO ausschließlich Einzelschäden zum Regelungsgegenstand hat. Daher bedarf es keiner »Abgrenzung« zwischen § 60 InsO und § 92 InsO, es geht vielmehr darum, zu erkennen, welche Ansprüche aus § 60 InsO gemäß § 92 InsO abzuwickeln sind.¹¹²

Mit der ganz herrschenden Rechtsprechung und Literatur zur Praxis nach der KO ist die Anwendung der Gesamtschadensliquidation im Rahmen der Verwalterhaftung aus § 60 InsO auf die oben beschriebenen »Gesamtschäden« zu begrenzen.¹¹³

Welche Schäden im Einzelnen der Gesamtschadensliquidation nach § 92 InsO zu unterwerfen sind, ist durch eine haftungsrechtliche Betrachtungsweise zu entscheiden.¹¹⁴ Schädigt der Insolvenzverwalter einen konkret individualisierbaren Beteiligten, z.B. durch Missachtung seiner Aussonderungsrechte,¹¹⁵ so hat das mit § 92 InsO nichts zu tun, weil der Schaden hier nicht Reflex einer Masseminderung ist. Einen klassischen Fall des Gesamtschadens stellt demgegenüber die Anerkennung unberechtigter Forderungen dar. Denn hier wird die Masse mit einer zusätzlichen Verbindlichkeit belastet, was die Passivmasse erhöht, wodurch wiederum die Quoten der einzelnen Gläubiger verkürzt werden. Die Abgrenzung darf jedoch nicht einfach nach dem Schema »alle geschädigt, § 92 InsO anwendbar/nur einer geschädigt, individuelle Abwicklung« erfolgen. Denn auch wenn eine Vielzahl von Gläubigern geschädigt wurde, kann es sich jeweils um Individualschäden handeln.¹¹⁶

Diese Kriterien machen deutlich, dass die Haftung auf Ersatz des Vertrauensschadens aus § 61 InsO nicht nach § 92 InsO abgewickelt werden kann. Beim Schaden des Massegläubigers, dessen Forderung nicht voll erfüllt werden kann, handelt es sich um einen typischen Individualschaden, denn es geht hier um den Ersatz von Schäden, die dem Einzelnen aus der Enttäuschung seines Vertrauens in die Leistungsfähigkeit der Masse entstehen.¹¹⁷ Mit einer konkreten Masseminderung haben diese Schäden nichts zu tun.

112 Anders *Smid* in *Smid*, InsO, § 60 Rz. 8; *ders.* in *Kölner Schrift*, S. 453 (Rz. 69). Auch *Eickmann* in *HK-InsO*, § 60 Rz. 1 geht davon aus, dass § 60 InsO nur die Haftung für Individualschäden regelt.

113 Noch für die Gesamtschäden im Konkursverfahren: RGZ 78, 186 (188); BGH, KTS 1973, 249 (251); *Jaeger/Weber*, KO, 8. Aufl., § 82 Rz. 11; *Kilger/K. Schmidt*, § 82 KO Anm. 1a,b; *Mohrbutter/Mohrbutter*, Handbuch, Rz. XIII. 31. Zu § 92 InsO: *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 6.38; *Jauernig*, ZVIR, § 43 IV 2; *Kübler/Prütting/Lüke*, InsO, § 60 Rz. 30; *Hasselbach*, DB 1996, 2213 (2214). Siehe auch Begr. zu § 103 RegEInsO, 3. Abs., abgedruckt bei *Balz/Landfermann*, S. 309.

114 Hierzu S. 42 ff.

115 Vgl. OLG Hamm, EWiR § 82 KO 1/99, 849 m. Anm. *Lüke*.

116 Z.B. im Falle der Schädigung mehrerer Aussonderungsberechtigter durch Veräußerung des gesamten Warenlagers.

117 Einen Grenzfall stellt BGH, ZIP 1993, 1886 ff. dar. Hier ließ der Verwalter einen Anspruch verjähren, an dessen gerichtlicher Geltendmachung sich ein bestimmter Konkursgläubiger kostenmäßig beteiligte. Dafür sollte ihm auch der Erfolg des Prozesses in besonderer Weise

3. § 92 S. 2 InsO

Die Geltendmachung der Ansprüche gegen den Insolvenzverwalter obliegt nach § 92 S. 2 InsO grundsätzlich einem neu zu bestellenden Verwalter. Damit soll dem zwangsläufigen Interessenkonflikt vorgebeugt werden, in den ein Verwalter geraten würde, müsste er Ansprüche gegen sich selbst geltend machen.¹¹⁸ Allerdings wird man § 92 S. 2 InsO dennoch nicht als zwingende Anweisung zur Entlassung des schadensersatzpflichtigen Insolvenzverwalters behandeln können. Wenn die Schwelle des § 59 InsO durch das die Ersatzpflicht begründende Verhalten nicht überschritten wurde, so genügt zur Vermeidung des angesprochenen Konflikts die Bestellung eines Sonderverwalters, der den Gesamtschaden geltend macht.¹¹⁹ § 103 I S. 2 RegEInsO sah diese Möglichkeit noch ausdrücklich vor, die Vorschriften über den Sonderverwalter wurden aber im Interesse der Straffung des Gesetzentwurfs vollständig gestrichen.¹²⁰

III. Weitere Gesamtschäden

Nur der Klarstellung halber sei darauf hingewiesen, dass § 92 InsO nicht nur in den hier ausführlich erörterten Fällen der Insolvenzverschleppung und der Verwalterhaftung unmittelbar angewendet werden kann. Er greift vielmehr immer dann ein, wenn aus Verkürzungen der Haftungsmasse den Insolvenzgläubigern Ersatzansprüche erwachsen, die zur Insolvenzmasse gehören. Zu nennen ist die Haftung der Mitglieder des Gläubigerausschusses¹²¹ nach § 71 InsO, soweit sie Gesamtschäden angeht, ebenso wie die sittenwidrige Schädigung der Masse durch einen Dritten¹²² oder eine Vermögensstraftat

zugute kommen. Der BGH, entschied, dass es sich um einen Einzelschaden handle, weil der Kläger ausschließlich Ersatz des versprochenen Sondervorteils begehre. Dies überzeugt, weil die ursprüngliche haftungsrechtliche Zuordnung des verjährten Anspruchs gegen den Gesamtschadensersatzschuldner zur Masse durch die Vereinbarung des Klägers mit dem Verwalter teilweise aufgehoben wurde. Entsprechend ist dann auch die haftungsrechtliche Zuordnung des geltend gemachten Ersatzanspruchs zu beurteilen.

118 Vgl. *Smid*, Insolvenzrecht, § 13 Rz. 12.

119 Vgl. *Landfermann* in *Kölner Schrift*, S. 159 (Rz. 53); *Eickmann* in *HK-InsO*, § 92 Rz. 10; *Jauernig*, *ZVIR*, § 43 IV 2 a.E.; *Kübler/Pritting/Lüke*, *InsO*, § 60 Rz. 31; *Nerlich/Römermann/Wittkowski*, *InsO*, § 92 Rz. 15.

120 Vgl. § 77 RegEInsO. Der Rechtsausschuss sah diese Regelung als überflüssig an, weil die Einsetzung eines Sonderverwalters auch ohne ausdrückliche Erwähnung im Gesetz ebenso wie im Konkursverfahren zulässig sei (BT-Drucks. 12/7302, S. 162, abgedruckt bei *Balz/Landfermann*, S. 268 bei § 56 InsO, Fn. 2).

121 Vgl. *Windel*, *Jura* 1999, 1 (4).

122 Vgl. *RGZ* 97, 107 ff. Von Bedeutung können hier insbesondere so genannte unechte Sanierungskredite sein, die eine Ersatzpflicht der kreditierenden Bank nach § 826 BGB gegenüber den Altgläubigern auslösen, weil infolge der Insolvenzverschleppung die Haftungsmasse verkürzt wurde. Vgl. *BGH*, *NJW* 1986, 837 (839) = *BGHZ* 96, 231 ff. Zur Haftung wegen Gläubigerschädigung aufgrund eigennütziger Sanierungskredite *Wenzel*, *NZI* 1999, 294 (297 f.).

gegen die Masse, § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB.¹²³ Zu erwähnen sind auch Ansprüche aus Amtshaftung, die durch Verletzungen der Aufsichtspflicht des Insolvenzgerichts entstehen können¹²⁴.

123 *Oepen*, Rz. 14 ff.; *Hasselbach*, DB 1996, 2213 (2215).

124 *App*, FK-InsO, § 92 Rz. 5.

2. Kapitel Funktion des § 92 InsO

I. Funktionen einer zentralisierten Geltendmachung außerhalb des Insolvenzverfahrens

Auch außerhalb eines Insolvenzverfahrens kann die zentralisierte Einziehung von Ansprüchen, die gegen denselben Schuldner gerichtet sind, Vorteile mit sich bringen, weil hierdurch die Rechtsverfolgung effektiviert und der Rechtsfrieden aufgrund der Reduzierung der Prozesszahlen geschützt wird. Insbesondere kann die Gewähr einer einheitlichen Entscheidung für eine Bündelung sprechen.¹

Durch die Bündelung der Gläubigerrechte bei einem »professionellen Haftungsrealisierer« wird ihre Durchsetzung in mehrfacher Hinsicht erleichtert:² Zunächst nimmt er – als Treuhänder – den Gläubigern das Inkasso der Forderungen ab. Hierbei kann er durch seine Erfahrung bei der Einziehung und Beitreibung von Forderungen für eine schnellere und effektivere Rechtsverwirklichung sorgen. Den einzelnen Gläubiger würde diese Aufgabe neben seinem normalen Geschäftsbetrieb zusätzlich belasten. Für die einheitliche Geltendmachung der Rechte spricht insofern weiter, dass erhebliche Kosten bei der Beweismittlung und -erbringung gespart werden können, denn infolge der Bündelung der Rechte müssen die Anspruchsvoraussetzungen nur einmal in einem einzigen Prozess bewiesen werden. Für die Gläubiger, die diese Kosten im Falle des Obsiegens ohnehin auf den Beklagten abwälzen könnten, entstehen hieraus vor allem dann Vorteile, wenn der Treuhänder in einer besseren Beweisposition sein sollte. So wird der Insolvenzverwalter regelmäßig erheblich leichter beweisen können, dass der Masse aus der Betriebsfortführung trotz Insolvenzreife ein Schaden entstanden ist, als die einzelnen Gläubiger, die diesen Schaden als Quotenschaden geltend machen müssten.³ Außerhalb eines Insolvenzverfahrens sei auf die so genannten Massenschäden verwiesen, bei denen durch eine einzige Handlung eine Vielzahl von Opfern geschädigt wird.⁴ Es bringt hier eine erhebliche Vereinfachung mit sich, wenn die Geltendmachung der Einzelschäden einer zentralen Stelle übertragen wird, denn da jedenfalls der haftungsbegründende Tatbestand in allen Fällen gleich gelagert ist, bedarf es insoweit nur eines einzigen Beweises, der von einem Spezialisten auf diesem Gebiet eher erbracht werden kann als von den einzelnen Opfern.

Außerdem wird durch die Bündelung der Ansprüche der Rechtsfrieden geschützt. Denn anstelle einer Vielzahl findet nur ein einziger Prozess statt, wodurch gleichzeitig gewährleistet wird, dass über alle Ansprüche wenigstens dem Grunde nach gleich entschieden wird. Es kann also nicht dadurch zu Ungereimtheiten kommen, dass in dem Prozess des einen Gläubigers der Anspruch dem Grunde nach anerkannt wird, während ein anderer

1 Vgl. v. Bar, Gutachten A 80 ff., zu Bündelungsmöglichkeiten bei der Abwicklung der Haftung für Massenschäden.

2 Noack, Sonderband 1 zu Kübler/Prütting, InsO, Rz. 541 a.E. spricht von der »Drohung mit der Anspruchsrealisierung durch eine kompetente Person«.

3 Vgl. Ulmer, ZHR 149. Bd., S. 541 (570).

4 Vgl. zur Problematik bei der Abwicklung von Massenschäden Braun, NJW 1998, 2318 (2322 ff.).

leer ausgeht, weil das in seinem Prozess zuständige Gericht anders entscheidet, weil es beispielsweise die Beweise anders würdigt. Diese Konsequenz ist der Wirkung einer einfachen Streitgenossenschaft nach §§ 59, 60 ZPO vergleichbar. Auch hier kann die Beweisaufnahme über gemeinsame Tatsachen nur ein Ergebnis haben.⁵ Allerdings geht die Zusammenfassung der Ansprüche insofern über die Rechtsfolgen der einfachen Streitgenossenschaft hinaus, als bei dieser die Prozesse im Übrigen selbständig bleiben und daher auch einen unterschiedlichen Ausgang nehmen können.⁶ Schließlich ist zu erwähnen, dass durch die Reduzierung der Prozesszahlen auch die Gerichte entlastet werden.

Auch für den Schuldner kann unter dem Aspekt der einheitlichen Entscheidung eine zentralisierte Einziehung von Vorteil sein: Denn er ist dann nicht gezwungen, alle Gläubiger – etwa mittels Drittwiderklage – in den Streit zu ziehen, um ein rechtskräftiges Urteil auch diesen gegenüber zu erwirken. Dies ist gerade für den Schuldner von Schadensersatzansprüchen aus Insolvenzverschleppung besonders vorteilhaft. Im Prozess gegen den Insolvenzverwalter ergeht eine einheitliche Entscheidung über die Höhe der Sollquote, nach der sich der Umfang der Ersatzpflicht des Schädigers gegenüber den einzelnen Gläubigern bemisst. Um ein Urteil mit Wirkung gegenüber sämtlichen Insolvenzgläubigern herbeizuführen, müssen also nicht alle Gläubiger am Streit beteiligt werden. Hierbei bestünden für den Geschäftsführer auch erhebliche Schwierigkeiten, weil ihm zum Zeitpunkt des Prozesses kaum sämtliche Gläubiger bekannt sein dürften.

Wenn verschiedenen Gläubigern ein Anspruch gegen den Schuldner zusteht und diese Rechte in einer Weise verbunden sind, dass der Schuldner schon durch Befriedigung nur eines Gläubigers frei wird, kann durch die einheitliche Einziehung der Forderung verhindert werden, dass einzelne Klagen nachträglich unbegründet werden, weil der Schuldner zwischenzeitlich an einen anderen Gläubiger gezahlt hat.⁷ Solche Fälle können zum Beispiel bei den Befugnissen der Gesellschaftsgläubiger nach dem Aktiengesetz auftreten.⁸ Zahlt der Ersatzpflichtige hier an die Gesellschaft, woran er auch nach Klageerhebung seitens eines Gläubigers nicht gehindert ist, so wird er auch gegenüber dem Gesellschaftsgläubiger frei, so dass dessen Klage unbegründet ist und deshalb für erledigt erklärt werden muss.

Musterbeispiel für eine einheitliche Einziehung von Schadensersatzansprüchen außerhalb eines Insolvenzverfahrens ist § 26 UmwG. Hiernach können Schadensersatzansprüche aus § 25 UmwG gegen die Organmitglieder des aufnehmenden Rechtsträgers nicht von den Gläubigern selber, sondern nur von einem Vertreter geltend gemacht werden.⁹ Der Vorschrift wird entsprechend die Effektivierungs- wie die Befriedigungsfunk-

5 Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 48 III 2. b).

6 Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 48 III 1. d); Jauernig, Zivilprozessrecht, § 81 III.

7 Vgl. Ulmer, ZHR 149. Bd., 541 (570).

8 Beispielsweise §§ 93 V S. 4, 117 V S. 3, 309 IV S. 5. Vgl. hierzu im Einzelnen S. 30 ff.

9 Dasselbe gilt durch Verweisung für die Spaltung (§ 125 UmwG) und die Vermögensübertragung (§§ 176 I, 177 I UmwG). § 206 UmwG ordnet Vergleichbares für den Formwechsel an.

tion beigemessen.¹⁰ Soweit sie darüber hinaus auch als Instrument zur Sicherung der Gleichbehandlung der Gläubiger gedeutet wird,¹¹ ist dem entgegenzuhalten, dass dies wohl nur in der Insolvenz des Passivlegitimierten gerechtfertigt ist. Denn erst wenn die Gläubiger bei der Befriedigung (teilweise) ausfallen, entsteht ein Bedürfnis nach gleichmäßiger Verteilung der Verluste. Vor allem deshalb ist es verfehlt, § 92 InsO in einen Zusammenhang mit § 26 UmwG zu stellen.¹² § 26 UmwG ordnet und erleichtert die Durchsetzung der Ersatzansprüche. Die Vorschrift hat insofern nur abwicklungstechnische Funktion und deshalb mit § 92 InsO nichts zu tun. Wie stets darf aus einer ähnlichen Formulierung der Rechtsfolge nicht auf eine funktionelle Vergleichbarkeit geschlossen werden.

II. Andere Fälle der Einbeziehung insolvenzschuldnerfremder Ansprüche in das Insolvenzverfahren

Die beschriebenen Vorteile einer Zusammenfassung von Ansprüchen haben auch im Insolvenzverfahren durchaus ihre Berechtigung, eine speziell auf das Insolvenzverfahren bezogene Funktion ist damit jedoch noch nicht ermittelt. Um den insolvenzspezifischen Zweck des § 92 InsO herauszuarbeiten, sollen zunächst weitere Fälle vorgestellt werden, in denen Ansprüche der Insolvenzgläubiger während des Insolvenzverfahrens nur vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden können.

Dabei wird sich zeigen, dass sämtliche im Insolvenzverfahren von Sperr- und Ermächtigungswirkung betroffenen Ansprüche in irgendeiner Weise Wertminderungen des Haftungssubstrats ausgleichen sollen. Weil auch die Gesamtschadensersatzansprüche des § 92 InsO diese Eigenschaft aufweisen,¹³ wird die funktionelle Einordnung der Geltendmachung insolvenzschuldnerfremder Ansprüche durch den Insolvenzverwalter von diesem übergreifenden Merkmal ausgehen müssen.

1. Geltendmachung schuldnerfremder Rechte durch den Insolvenzverwalter nach dem Aktiengesetz

Das Aktienrecht kennt mehrere Normen, die eine Einziehung bestimmter Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger durch den Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren über das AG-Vermögen anordnen. Auch wenn sich der InsO-Gesetzgeber im Rahmen der Begründung zu § 92 InsO auf diese Vorschriften beruft,¹⁴ ist deren Ähnlichkeit mit der durch § 92 InsO getroffenen Regelung differenziert zu beurteilen:

¹⁰ *Dehmer*, UmwG, § 26 Rz. 1; *Widmann/Mayer/Vossius*, UmwG, § 26 Rz. 1; *Lutter/Grunewald*, UmwG, § 26 Rz. 3.

¹¹ RegEBegr, BR-Drs. 75/94 zu § 26 UmwG.

¹² So aber *Nerlich/Römermann/Wittkowski*, InsO § 92 Rz. 1, *Hess*, InsO, § 92 Rz. 20; *Hasselbach*, DB, 96, 2213.

¹³ Siehe S. 5 ff.

¹⁴ Begr. zu § 103 RegE 2. Abs.; abgedruckt bei *Balz/Landfermann*, S. 308 f.

a) § 93 V S. 4 AktG

Nach § 93 V S. 1 AktG können Gläubiger der Gesellschaft Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen die Mitglieder des Vorstands (und i.V.m. § 116 AktG auch die des Aufsichtsrats) geltend machen, sofern sie von der AG keine Befriedigung erlangen können. Der Anspruch der Gesellschaft kann auf jede Verletzung einer objektiven Verhaltenspflicht des Organs gestützt werden. Bei dem Recht der Gläubiger aus § 93 V S. 1 AktG handelt es sich insofern um ein »Restitutionsrecht«,¹⁵ das einen Ersatz für unstatthafte Vermögensminderungen bei der Gesellschaft schaffen soll.¹⁶ Um eine Abwicklung des Kompensationsanspruchs über die Masse zu gewährleisten, übt gemäß § 93 V S. 4 AktG nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Verwalter das Recht der Gläubiger aus § 93 V S. 1 AktG aus.

Ob die Gesellschaftsgläubiger aus § 93 V S. 1 AktG eigene Ansprüche¹⁷ herleiten können, ob es sich hier nur um eine gesetzliche Prozessstandschaft¹⁸ oder um eine besondere Anspruchsvervielfältigung eigener Art¹⁹ handelt, ist umstritten. Alle Auffassungen gehen aber davon aus, dass der Gesellschaftsgläubiger, wenn er nach § 93 V S. 1 AktG vorgeht, Zahlung an sich selbst verlangen kann.²⁰ Jedenfalls diese materielle Einziehungsbefugnis hinsichtlich des der AG zustehenden Anspruchs wird den Gläubigern durch die Verfahrenseröffnung genommen. Bezüglich dieser Einziehungsbefugnis besitzt § 93 V S. 4 AktG also die auch § 92 InsO kennzeichnende Sperrwirkung ebenso wie die Ermächtigungswirkung, denn der Verwalter kann gerade das Recht der Gesellschaftsgläubiger geltend machen, das von Verzicht oder Vergleich der Gesellschaft unberührt ist.

Die Berechtigung der Sperrwirkung ergibt sich im Falle des § 93 V S. 3 AktG daraus, dass der von der Einziehungsbefugnis der Gläubiger betroffene Anspruch fraglos ein der AG zustehendes Recht ist, das somit zur Insolvenzmasse gehört. Weil das gesamte Vermögen der AG dem Insolvenzbeschluss zu unterwerfen ist, kann es den Gläubigern nach Verfahrenseröffnung nicht mehr gestattet sein, auf dieses in Gestalt des Anspruchs aus § 93 II AktG mittels ihrer Befugnis aus § 93 V AktG zuzugreifen. Die Ermächtigung für den Verwalter, nach Verfahrenseröffnung diese Befugnis der Gläubiger wahrzunehmen, erklärt sich schließlich daraus, dass auch seiner Amtsführung § 93 V S. 3 AktG zugute kommen soll. Beliebte man es bei der Sperrwirkung, so könnte der Insolvenzverwalter den Anspruch aus § 93 II AktG nur so geltend machen, wie er der AG gegenüber bestand, auf § 93 V S. 3 AktG könnte er sich nicht berufen.

15 *Mertens* in *Kölner Komm AktG*, § 93 Rz. 142.

16 *Habscheid* in *FS f. F. Weber*, S. 199 (201); *Hüffer*, *AktG*, § 93 Rz. 1.

17 Vgl. *Zemplin*, *AcP* 155. Bd., 209 (241); *Mertens*, *Kölner Komm AktG*, § 93 Rz. 142; *Schilling* in *Großkomm. AktG*, 3. Aufl., § 93 Rz. 42; *Simon*, S. 84 f.

18 Vgl. *LG Köln*, *AG* 76, 105; *Baumbach/Hueck*, *AktG*, § 93 Rz. 15, 17; *Godin/Wilhelmi*, *AktG*, § 93 Rz. 28; *Hefermehl* in *G/H/E/K*, *AktG*, § 93 Rz. 68; *Jaeger/Weber*, *KO*, 8. Aufl., §§ 207, 208 Rz. 60; *Habscheid* in *FS f. F. Weber*, 199 (200 f.).

19 So *Hüffer*, *AktG*, § 93 Rz. 32. Ähnlich *Hopt* in *Großkomm. AktG*, 4. Aufl., § 93 Rz. 396 ff.

20 Vgl. nur *Hopt* in *Großkomm. AktG*, 4. Aufl., § 93 Rz. 411; *Hefermehl* in *G/H/E/K*, *AktG*, § 93 Rz. 72; *Mertens* in *Kölner Komm AktG*, § 93 Rz. 143; *Hüffer*, *AktG*, § 93 Rz. 32; *Habscheid*, *a.a.O.*, S. 203.

§ 93 V S. 4 AktG unterscheidet sich also von § 92 InsO dadurch, dass sich bei Ersterem die Ermächtigung des Insolvenzverwalters nicht auf einen insolvenzschuldnerfremden Anspruch bezieht.²¹ Soweit die Gesetzesbegründung zur InsO dennoch in § 93 V S. 4 AktG eine dem § 92 InsO ähnliche Regelung sieht²², ist ihr zuzugeben, dass in beiden Fällen den Gläubigern die materielle Einziehungsbefugnis genommen und diese dem Verwalter zuerkannt wird. Wesensgleich sind die Vorschriften schließlich vor allem insofern, als sie sich beide auf Restitutionsrechte für unstatthafte Vermögensminderungen beziehen, die in der Insolvenz über die Insolvenzmasse abgewickelt werden sollen.

b) § 117 V S. 3 AktG

Eine dem Einziehungsrecht aus § 93 V S. 1 AktG sehr ähnliche Berechtigung der Gläubiger einer Aktiengesellschaft ist in § 117 V S. 1 AktG normiert. Hiernach sind die Gesellschaftsgläubiger berechtigt, einen Anspruch der AG gegen einen Dritten geltend zu machen, der durch seinen Einfluss einen Schaden im Gesellschaftsvermögen verursacht hat, sofern sie aus dem Gesellschaftsvermögen selbst keine Befriedigung erlangen können. Auch diese Berechtigung kann gemäß § 117 V S. 3 AktG in der Insolvenz der Gesellschaft nicht mehr durch die Gläubiger selbst, sondern nur durch den Insolvenzverwalter der Gesellschaft ausgeübt werden. Auch hier betrifft die Einziehung durch den Verwalter also solche Rechte, die grundsätzlich der AG zustehen. An sich ergibt sich seine Berechtigung daher schon aus § 80 I InsO. Dennoch hat § 117 V S. 3 AktG auch insoweit eine selbständige Funktion. Denn auch hier – genau wie bei § 93 V AktG – bleibt das Recht der Gläubiger gemäß § 117 V S. 2 AktG von einem Verzicht oder Vergleich seitens der Gesellschaft unberührt, was dem Verwalter zugute kommt, wenn er nach § 117 II AktG vorgeht.

c) §§ 309 IV S. 5, 310 IV, 317 IV, 318 IV, 323 I S. 2 AktG

Auch § 309 AktG weist große Ähnlichkeiten zu § 93 AktG auf. Die Norm sanktioniert den Missbrauch der Leitungsmacht im Vertragskonzern, indem sie eine Haftung der Vertreter des herrschenden Unternehmens für Schäden der abhängigen Gesellschaft normiert, die auf pflichtwidrigen Anweisungen beruhen.²³ Der Schadensersatzanspruch steht wiederum gemäß § 309 II AktG der Gesellschaft selbst zu, kann aber nach § 309 IV S. 1 AktG auch von jedem Aktionär in gesetzlicher Prozessstandschaft geltend gemacht werden.²⁴ Ebenso wie bei § 93 V und § 117 V AktG können auch hier die Gläubiger des abhängigen Unternehmens dessen Anspruch geltend machen (§ 309 IV S. 3 AktG) und Zahlung an sich selbst verlangen, wenn sie von diesem keine Befriedigung erlangen. Das Recht der Gläubiger bleibt gemäß § 309 IV S. 4 AktG von einem Verzicht oder Vergleich des abhängigen

21 Hierauf gründen *K. Schmidt*, ZGR 1996, 209 (223) und *Bork* in *Kölner Schrift*, S. 1333 (Rz. 8) ihre von der Gesetzesbegründung zur InsO abweichende Einordnung.

22 Begr. zu § 103 RegE 2. Abs.; abgedruckt bei *Balz/Landfermann*, S. 308 f.

23 Vgl. *Mertens*, AcP 168. Bd., 225 (226); *Würdinger* in *Großkomm. AktG*, 3. Aufl., § 309 Anm. 1.

24 Vgl. *Hüffer*, AktG, § 309 Rz. 21; *Koppensteiner* in *Kölner Komm AktG*, § 309 Rz. 29 f.

Unternehmens unberührt. Dieselbe Haftung trifft nach § 310 AktG die Verwaltungsmitglieder der abhängigen Gesellschaft, wenn sie rechtswidrige Weisungen pflichtwidrig befolgen. In der Insolvenz ist gemäß § 309 IV S. 5 AktG allein der Insolvenzverwalter befugt, die Ansprüche geltend zu machen. Durch Verweisung wird dieses Haftungsmodell schließlich auch auf die Fälle der §§ 317, 318, 323 AktG übertragen.

d) § 62 II S. 2 AktG

Demgegenüber ist § 62 II S. 2 AktG – insoweit entgegen der Gesetzesbegründung²⁵ – nicht mit § 92 InsO vergleichbar.²⁶ § 62 II S. 1 AktG vermittelt den Gläubigern kein eigenes Einziehungsrecht, sondern nur eine gesetzliche Prozessstandschaft.²⁷ Aus § 62 II S. 1 AktG können die Gläubiger der Gesellschaft deshalb nicht auf Leistung an sich selbst klagen, sondern nur auf Leistung an die Gesellschaft.²⁸ Die Prozessstandschaft der Gläubiger soll gewährleisten, dass die Ansprüche aus § 62 I AktG tatsächlich durchgesetzt werden, sofern dies zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist. Hierdurch wird der Gefahr vorgebeugt, dass auf Druck eines besonders einflussreichen Aktionärs, der Schuldner eines Anspruchs aus § 62 I AktG ist, der Vorstand die Durchsetzung dieser Rechte unterlässt oder verzögert.²⁹

Die Norm besitzt keine dem § 92 InsO vergleichbare Sperrwirkung, weil § 62 II S. 1 AktG den Gläubigern eben keine eigene materiellrechtliche Ermächtigung vermittelt. Insofern werden sie durch § 62 II S. 2 AktG auch nicht an der Durchsetzung eines ihnen zustehenden Rechts gehindert, nicht einmal – wie im Falle von §§ 93, 117, 309 AktG – an der Durchsetzung einer Einziehungsbefugnis. Zum anderen entfaltet § 62 II S. 2 AktG für den Insolvenzverwalter auch keine Ermächtigungswirkung, denn die Vorschrift stellt lediglich klar, dass das Verfolgungsrecht der Gläubiger mit Verfahrenseröffnung endet.³⁰ Der Insolvenzverwalter ist schon nach § 80 I InsO zur Verfolgung des gesellschaftseigenen Anspruchs aus § 62 I AktG berechtigt, so dass seine Rechtsstellung durch § 62 II S. 2 AktG nicht erweitert wird. Die Norm hat daher nur deklaratorische Wirkung.

2. Gesamtschadensliquidation in Nachlassverwaltung und Nachlassinsolvenz

a) § 1978 II BGB

Gemäß § 1978 II BGB i.V.m. § 1985 I BGB ist der Nachlassverwalter ermächtigt, die Ansprüche der Nachlassgläubiger geltend zu machen, die diesen gegen den Erben aus

25 Begr. zu § 103 RegE 2. Abs.; abgedruckt bei *Balz/Landfermann*, S. 308 f.

26 *Bork* in *Kölner Schrift*, S. 1333 (Rz. 8).

27 *Ganz h.M.*: *Henze* in *Großkomm. AktG*, 4. Aufl., § 62 Rz. 101; *Hüffer*, *AktG*, § 62 Rz. 13; *Lutter* in *Kölner Komm AktG*, § 62 Rz. 39; *Hefermehl/Bungeroth* in *G/H/K/E* § 62 Rz. 45.

28 Vgl. *Hüffer*, *AktG*, § 62 Rz. 14; *Lutter*, a.a.O., § 62 Rz. 45; *Hefermehl/Bungeroth* a.a.O., Rz. 47 ff. A.A. *Barz* a.a.O., Rz. 10; *Baumbach/Hueck*, *AktG*, § 62 Rz. 11.

29 Vgl. *Hefermehl/Bungeroth*, a.a.O., Rz. 30; ebenso zu § 93 AktG *Habscheid* in *FS Weber*, S. 197 (198).

30 Zur Klarstellungsfunktion *Hüffer*, *AktG*, § 62 Rz. 16.

§ 1978 I BGB zustehen. Rechtstechnisch folgt die Befugnis des Nachlassverwalters aus einer Fiktion, nach der die Ansprüche gegen den Erben »als zum Nachlass gehörend« gelten.³¹ Wegen der fingierten Nachlasszugehörigkeit stehen den Gläubigern während der Dauer der Nachlassverwaltung oder des Nachlassinsolvenzverfahrens keine eigenen Ansprüche zu. Vielmehr ist der Verwalter gemäß § 1985 I BGB berechtigt, diese Rechte geltend zu machen.³² Auch hier findet sich insofern die für § 92 InsO typische Sperr- und Ermächtigungswirkung.

Nach § 1978 I S. 1 BGB ist der Erbe den Nachlassgläubigern für die Verwaltung in der Zeit zwischen Annahme der Erbschaft und Anordnung der Verwaltung oder der Eröffnung der Insolvenzverfahrens wie ein Beauftragter verantwortlich.³³ Er muss also gemäß §§ 667, 668 BGB die gesamte Erbschaft herausgeben und haftet den Nachlassgläubigern für schuldhaftes Schädigen bei der Verwaltung nach den Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung.³⁴

Insofern liegt die Funktion des § 1978 I BGB darin, die Nachlassgläubiger durch Ansprüche gegen den Erben so zu stellen, als sei der Erbe vom Erbfall an außenstehender Verwalter des Nachlasses gewesen.³⁵ Die persönliche Haftung des Erben soll gewährleisten, dass den Nachlassgläubigern wenigstens ein Vermögen zur Befriedigung zur Verfügung steht, das in der Höhe dem Nachlass zur Zeit des Erbfalls äquivalent ist. § 1978 II BGB bezieht sich insofern ähnlich wie § 92 InsO auf Ansprüche, die Kompensationen für Defizite des zur Befriedigung der Gläubiger zur Verfügung stehenden Vermögens bilden.

b) § 1985 II S. 2 BGB

Gemäß § 1985 II S. 2 BGB gilt die Fiktion der Nachlasszugehörigkeit auch für Ansprüche der Nachlassgläubiger aus Verletzungen des zwischen ihnen und dem Verwalter bestehenden gesetzlichen Schuldverhältnisses. Der Verwalter haftet gemäß § 1985 II BGB den Gläubigern ebenso wie dem Erben. Um auch für die Schadensersatzansprüche der Gläubiger die Abwicklung über den Nachlass sicherzustellen, wird auch ihre Nachlasszugehörigkeit fingiert.

Die Schäden der Gläubiger beruhen auf pflichtwidrigen Minderungen des zu ihrer Befriedigung zur Verfügung stehenden Vermögens. Der Anspruch gegen den Verwalter kompensiert die Minderung der Haftungsmasse. Daher handelt es sich um die schon bekannte zentralisierte Liquidation von Gesamtschäden, also solcher Schäden, die alle Gläubiger gleichermaßen treffen, weil sie aus der Verkürzung der Haftungsmasse resultieren. § 1985 II S. 2 BGB ist insofern das Gegenstück des § 92 InsO für die Nachlassverwaltung.

31 Wegen der unterschiedlichen rechtstechnischen Konstruktion hält *Oepen* (Rz. 57) § 92 InsO und § 1978 II BGB nicht für vergleichbar.

32 Vgl. *Soergel/Stein*, BGB, § 1978 Rz. 8 m.w.N.; *Staudinger/Marotzke*, BGB, § 1978 Rz. 36; *Siegmann* in *MünchKommBGB*, § 1978 Rz. 10.

33 Für die Zeit vor der Annahme der Erbschaft gilt das Auftragsrecht gemäß § 1978 I S. 2 BGB i.V.m. § 681 S. 2 BGB entsprechend.

34 Vgl. *Staudinger/Marotzke*, BGB, § 1978 Rz. 12; *Soergel/Stein*, BGB, § 1978 Rz. 5.

35 Vgl. *Soergel/Stein*, BGB, § 1978 Rz. 1; *Staudinger/Marotzke*, BGB, § 1978 Rz.

Nachlassverminderungen sollen während des Nachlassverwaltungsverfahrens über den Nachlass abgewickelt werden.

c) Haftung wegen Nachlassinsolvenzverschleppung aus § 1980 I S. 2 BGB

Auch den Erben bzw. den Nachlassverwalter trifft gemäß § 1980 BGB die Pflicht, bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung des Nachlasses die Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens zu beantragen.³⁶ Entstehen den Gläubigern aus Verletzungen dieser Pflicht Schäden, so haftet der Pflichtige ihnen gemäß § 1980 I S. 2 BGB. Diese Außenhaftungsansprüche werden im Nachlassinsolvenzverfahren als massezugehörig behandelt,³⁷ wovon § 328 II InsO stillschweigend ausgeht. Die Ansprüche können deshalb (nur) vom Nachlassinsolvenzverwalter geltend gemacht werden und sind zur Masse zu erfüllen. Die Gläubiger sind entsprechend von der eigenständigen Geltendmachung ihrer Rechte aus § 1980 BGB ausgeschlossen.

3. Gesamtschadensliquidation im Zwangsverwaltungsverfahren

Auch die Ansprüche gegen den Zwangsverwalter aus § 154 ZVG werden von einem (neuen) Zwangsverwalter eingezogen.³⁸ Macht sich also der Verwalter gegenüber den Gläubigern ersatzpflichtig, so sind diese während des Verfahrens nicht befugt, ihre Ansprüche selbst geltend zu machen.³⁹ Auch hier geht es um die einheitliche Liquidation von Gesamtschäden, die zwar Individualansprüche der Gläubiger erzeugen, jedoch der Kompensation haftungsmasseverkürzender Pflichtverletzungen dienen. Den kompensatorischen Charakter streicht auch der BGH heraus, wenn er formuliert, dass der Verwalter auch die Befugnis haben müsse, »die Forderungen einzuklagen, die den Verlust der in § 152 ZVG umschriebenen Ansprüche ausgleichen sollen und damit geeignet sind, eine Schmälerung der nach § 155 ZVG zu verteilenden Nutzungen abzuwenden.«⁴⁰

36 Vgl. *Lange/Kuchinke*, § 49 IV 3 a.E.

37 Vgl. *Staudinger/Marotzke*, BGB, § 1980 Rz. 17.

38 Vgl. BGHZ 109, 171 ff. = KTS 1990, 356 = ZIP 1990, 56 f.; *Steiner/Hagemann*, ZVG, § 154 Rz. 20; *Zeller/Stöber*, ZVG, § 154 Rz. 2.4, § 152 Rz. 11.2; *Wrobel*, S. 150.

39 Die Ansicht von *Wrobel*, S. 150, der die Einziehungsbefugnis des Verwalters aus § 152 ZVG herleitet, überzeugt nicht. Denn nach § 152 ZVG kann der Verwalter nur über das in Beschlag genommene Vermögen verfügen. Die in Rede stehenden Ansprüche gehören aber gerade nicht zu den Rechten, auf die sich die Beschlagnahme nach § 148 I ZVG bezieht. Gemäß § 154 ZVG handelt es sich bei den Ersatzansprüchen um Rechte der Beteiligten im Sinne des § 9 ZVG also um Rechte (auch) der Gläubiger, die nicht von der Beschlagnahme erfasst sind, weil diese nur das Grundstück sowie die in § 21 I, II ZVG genannten Gegenstände betrifft.

40 BGHZ 109, 171 (173 f.).

4. § 16 I AnfG

Eine § 92 InsO jedenfalls teilweise ähnliche Rechtsfolge ergibt sich aus § 16 I AnfG in Bezug auf die Gläubigeranfechtung.⁴¹ Während des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners können die Insolvenzgläubiger ihre Einzelanfechtungsrechte danach nicht selbst geltend machen.⁴² Für die Geltendmachung der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit einer Rechtshandlung sind sie auf den Verwalter angewiesen. Insofern entfaltet die Norm jedenfalls Sperrwirkung für die Gläubiger.

Allerdings fehlt dem § 16 I AnfG die gesamtliquidationstypische Ermächtigungswirkung. Denn die Befugnis des Insolvenzverwalters zur Geltendmachung der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit der beeinträchtigenden Rechtshandlung ergibt sich nicht aus dem AnfG, insbesondere nicht aus § 16 I AnfG, sondern aus §§ 129 ff. InsO. Die Möglichkeit, zum Zeitpunkt der Insolvenzverfahrensöffnung bereits laufende Prozesse der Insolvenzgläubiger nach § 17 I S. 1 AnfG zu übernehmen, stellt nur eine abwicklungstechnische Vereinfachung dar, die keine materielle Berechtigung des Verwalters zum Gegenstand hat. Weitere rechtstechnische Bedenken gegen die Vergleichbarkeit von § 16 AnfG und § 92 InsO ergeben sich aus dem umstrittenen Zusammenhang zwischen Insolvenzanfechtungs- und Einzelanfechtungsanspruch. Es ist nicht abschließend geklärt, ob zwischen diesen Rechten Identität besteht, in dem Sinne, dass der Verwalter ein (ehemaliges) Recht der Insolvenzgläubiger geltend macht, wenn er nach §§ 133–134 InsO vorgeht,⁴³ oder ob es sich auch bei diesen Tatbeständen um Rechte handelt, die erst mit Verfahrenseröffnung originär für den Verwalter entstehen⁴⁴. Gegen die Identitätsthese sprechen unterschiedlicher Umfang und Inhalt der jeweiligen Rechtsfolge: § 143 InsO normiert einen Rückgewähranspruch, während der Gläubiger gemäß § 11 AnfG nur verlangen kann, dass ihm der Gegenstand zwecks seiner Befriedigung zur Verfügung gestellt wird. Andererseits ähneln sich die Rechtsfolgen insofern, als der Berechtigte in beiden Fällen verlangen kann, dass die Lage hergestellt wird, die bei Nichtvornahme der angefochtenen Handlung bestünde: Bei der Einzelanfechtung könnte der Gläubiger die Einzelvollstreckung in den Gegenstand betreiben, bei der Insolvenzanfechtung wäre der Gegenstand als Schuldnervermögen vom Insolvenzbeschluss erfasst. Insofern ist wenigstens fraglich, ob die §§ 133 ff. InsO tatsächlich originäre Rechte für das Insolvenzverfahren normieren oder nicht doch ursprüngliche Gläubigerrechte dem Verwalter zuordnen.

Die Verwandtschaft zwischen Anfechtungsrecht und Gesamtschadensliquidation ist deshalb weniger rechtstechnischer als mehr funktioneller Natur: Durch die Gläubigeran-

41 Anders *Bork* in *Kölner Schrift*, S. 1333 (Rz. 8).

42 Vgl. den insoweit deutlicheren Wortlaut des § 13 I S. 1 AnfG a.F.

43 So *Kübler/Prütting/Paulus*, InsO, § 16 AnfG Rz. 5, die eine auflösend bedingte *cessio legis* des Anfechtungsanspruchs annehmen. *Jaeger/Henckel*, KO, § 37 Rz. 84 sprechen davon dass in den Einzelanfechtungsanspruch eine Rechtsnachfolge eigener Art stattfindet; ebenso *Zeumer*, Anfechtung in der Insolvenz, Rz. 439. *Huber*, AnfG, Einf. Anm. III, Rz. 19 spricht dagegen nur von »Wesensidentität« zwischen den Ansprüchen, in dem Sinne, dass beide der Geltendmachung der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit dienen.

44 Hierfür: BGHZ 15, 333 (337); BGH, ZIP 1986, 720 (724); *Jauernig*, ZVIR, § 51 II 5); *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 29 Rz. 1d.

fechtung wird die haftungsrechtliche Unwirksamkeit einer Rechtshandlung geltend gemacht.⁴⁵ Gemäß § 1 AnfG können nur solche Rechtshandlungen angefochten werden, die für die Gläubiger nachteilig sind. Die Nachteiligkeit ergibt sich daraus, dass die Rechtshandlung das Haftungssubstrat verkürzte, indem sie entweder die Passivmasse erhöhte oder die Aktivmasse minderte.⁴⁶ Dieses Massedefizit wird durch die Gläubigeranfechtung rückgängig gemacht, indem sich der Gläubiger aus dem Gegenstand der angefochtenen Rechtshandlung befriedigen kann. Auch das Anfechtungsrecht gleicht deshalb – insoweit ähnlich wie die Gesamtschadensersatzansprüche – Minderungen der Haftungsmasse aus.

5. § 171 II HGB

Von den § 92 InsO vergleichbaren Regelungen ist § 171 II HGB vielleicht nicht nur die bekannteste, sondern auch die umstrittenste. Die Vorschrift regelt die Realisierung der Haftung des Kommanditisten nach § 171 I HGB im Insolvenzverfahren über das KG-Vermögen.⁴⁷ Die Gesellschaftsgläubiger sind während des Gesellschaftsinsolvenzverfahrens nicht befugt, selber gegen den Kommanditisten vorzugehen. Beließe man ihnen diese Befugnis, könnten sie dessen Haftung durch Erschöpfung vollständig zum Erlöschen bringen,⁴⁸ so dass eine Ungleichbehandlung gegenüber jenen Gläubigern einträte, die mit der Liquidation ihrer Forderungen gegen den Kommanditisten gezögert haben. Um einen Wettlauf der Gläubiger zu verhindern, steht ab der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das KG-Vermögen nur noch dem Insolvenzverwalter das Recht zu, die Ansprüche aus § 171 I HGB gegen den Kommanditisten geltend zu machen.⁴⁹

Wie die Überleitung der Einziehungsbefugnis dogmatisch einzuordnen ist, ist nicht abschließend diskutiert. Die überwiegende Meinung geht von »einer Art Treuhand-

45 Vgl. *G. Paulus*, AcP 155. Bd., 277 (319); *Kübler/Prütting/Paulus*, InsO, § 129 Rz. 47 ff.; *Jaeger/Henckel*, KO, § 37 Rz. 2 ff.; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 21.14. Mit weiteren Nachweisen auch zur schuldrechtlichen Theorie: *Zeuner*, Anfechtung in der Insolvenz, Rz. 5.

46 Vgl. BGH, ZIP 1991, 1014 (1018); *Jaeger/Henckel*, KO, § 29 Rz. 118; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 21.20 ff.; *Kübler/Prütting/Paulus*, InsO, § 129 Rz. 22; *Hess/Weis*, Anfechtungsrecht, § 129 Rz. 56.

47 Ausführlich zu § 171 II HGB: *K. Schmidt*, Einlage und Haftung, S. 124 ff.; *Häsemeyer*, Kommanditistenhaftung und Insolvenzrecht, ZHR 149. Bd., 42 ff.

48 *K. Schmidt* in *Schlegelberger*, HGB, §§ 171, 172 Rz. 50; *ders.*, Gesellschaftsrecht, § 54 II 2 b); *ders.* in *Einlage und Haftung*, S. 44; *F. Kübler*, Gesellschaftsrecht, § 8 III 2b). Nach *Baumbach/Hopt*, HGB, § 171 Rz. 8 soll die Enthftung erst (dann aber rückwirkend) durch Aufrechnung des Regressanspruchs aus § 110 HGB mit der Einlageforderung der Gesellschaft eintreten. Die Aufrechnung soll auch noch in der Insolvenz der KG möglich sein.

49 Vgl. zur so genannten Doppelwirkung des § 171 II HGB: *K. Schmidt* in *Schlegelberger*, HGB, §§ 171, 172 Rz. 106 ff.; *ders.*, Gesellschaftsrecht, § 54 II 2 a); *ders.*, *Einlage und Haftung*, S. 124 ff.; *Armbruster*, S. 38.

schaft⁵⁰ aus, die wohl als materielle Einziehungsermächtigung zu verstehen ist, da ein gesetzlicher Forderungsübergang überwiegend abgelehnt wird.⁵¹

Auch wenn § 171 II HGB von seinem Regelungsgegenstand her eher § 93 InsO verwandt zu sein scheint – befassen sich doch beide Vorschriften mit der Geltendmachung der Haftung der Gesellschafter im Insolvenzverfahren⁵² – ist die Vorschrift tatsächlich eher § 92 InsO ähnlich. Denn auch im Rahmen des § 171 II HGB geht es um Ansprüche, die Kompensationen für Defizite des Haftungssubstrats sind: Aufgrund der Nichtleistung (oder der Rückzahlung) der Einlage weist das Gesellschaftsvermögen einen geringeren als den gesellschaftsvertraglich gesollten Umfang auf. Dieses Minus wird für die Gläubiger durch den Außenhaftungsanspruch aus § 171 I HGB aufgefüllt. So erklärt sich auch die Wechselwirkung zwischen Einlageleistung und Fortfall der Außenhaftung: Sobald die Einlage geleistet ist, besteht kein Kompensationsbedürfnis mehr, so dass der Außenhaftungsanspruch aus § 171 I HGB erlischt. Ähnlich wie ein Gesamtschadensersatzanspruch schafft § 171 I HGB insofern einen Ausgleich für Defizite des Haftungssubstrats. § 92 InsO und § 171 II HGB ist deshalb gemeinsam, dass sie im Insolvenzverfahren die Abwicklung eines Kompensationsanspruchs für Massedefizite über die Insolvenzmasse gewährleisten.

Im Rahmen des § 171 II HGB ist aber auf eine Besonderheit der Kommanditistenhaftung gegenüber der Haftung für Gesamtschäden hinzuweisen: Mangels gegenständlicher Beschränkung ist über die summenmäßig beschränkte Haftung des Kommanditisten kein gesondertes Insolvenzverfahren möglich. Falls die Haftsumme nicht zur Befriedigung aller Gläubiger ausreicht, muss aber trotzdem eine gleichmäßige Zuweisung der Verluste gewährleistet werden. Da diese nicht durch ein selbständiges Verfahren erreicht werden kann, dient § 171 II HGB in besonderer Weise dem Zweck, Gleichbehandlung bei der Verteilung der Haftsumme herzustellen. Würde man jedoch § 171 II HGB ausschließlich diese bereits eingangs erwähnte Funktion beimessen, so wäre nicht zu erklären, wieso auch in dem (zugegebenermaßen unwahrscheinlichen) Fall, dass die Haftsumme zur Befriedigung der Gläubiger aus § 171 I HGB ausreicht, eine Abwicklung nach § 171 II HGB stattfände,⁵³ obwohl gleichbehandlungsrelevante Benachteiligungen hier gar nicht auftreten können. Die Funktion der Abwicklung über die Masse kann also auch bei § 171 II HGB nicht nur darin liegen, die gleichmäßige Verteilung der Haftsumme erreichen.

Wieso die Abwicklung der Kommanditistenhaftung auch in der zuletzt beschriebenen Situation über die Masse erfolgen muss, wird deutlich, wenn man die haftungsrechtliche Zuordnung des Anspruchs aus § 171 I HGB beachtet, die hier nur skizziert werden kann: Die Haftsumme ist Teil des den Gesellschaftsgläubigern haftenden Vermögens, das in

50 K. Schmidt in Schlegelberger, HGB, §§ 171, 172 Rz. 108.

51 Vgl. BGHZ 42, 192 (193 f.); K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 54 V II a); Keuk, ZHR 135. Bd., 410 (430); Tschierschke, S. 44; Lichtenberg S. 50, 54; Armbruster, S. 57. Zur Gegenansicht, die eine *cessio legis* annimmt vgl. Leven, S. 36 ff.

52 Zur Abgrenzung zwischen § 93 InsO und § 171 II HGB siehe S. 117.

53 Jaeger/Weber, KO, 8. Aufl., §§ 209, 210 KO Rz. 35; K. Schmidt, Einlage und Haftung, S. 136; a.A. Tschierschke, S. 88; Unger, KTS 1960, 33 (37); Baur/Stürner, Fälle und Lösungen, S. 139 Fn. 11.

seiner Gesamtheit den Insolvenzverfahrenswirkungen zu unterwerfen ist. Auch wenn zwischen dem Anspruch der Gesellschaft auf Leistung der Einlage und dem der Gläubiger auf Zahlung der Haftsumme sorgfältig zu unterscheiden ist,⁵⁴ stehen doch beide Vermögenswerte den Gesellschaftsgläubigern zu ihrer Befriedigung zur Verfügung. Insofern muss auch der Anspruch auf die Haftsumme der »konkursrechtlichen Bindung«⁵⁵ in der Insolvenz der Gesellschaft unterworfen werden. Anhand des § 92 InsO soll die haftungsrechtliche Zuordnung von Kompensationsansprüchen für Massedefizite nunmehr eingehend analysiert werden.

III. *Insolvenzspezifische Funktion der Liquidation insolvenzschuldnerfremder Ansprüche durch den Verwalter*

Nach der hier am Beispiel der Gesamtschadensersatzansprüche des § 92 InsO darzustellenden These liegt die Funktion der Geltendmachung insolvenzschuldnerfremder Kompensationsansprüche durch den Verwalter darin, auch diese Vermögenswerte mit Insolvenzbeschlagnahme zu belegen, um auch für sie die insolvenzrechtliche Haftungsordnung verwirklichen zu können. Erst die Einbeziehung der Gesamtschadensansprüche in die Insolvenzmasse erlaubt es, die gesamte Masse für die Zwecke des Insolvenzverfahrens zu funktionalisieren.⁵⁶ Es ist geboten, den Insolvenzbeschlagnahme auch auf dem Insolvenzschuldner nicht gehörende Gegenstände zu erstrecken, weil für die Reichweite der insolvenzrechtlichen Haftungsordnung nicht die vermögensrechtliche Zuordnung eines Rechts entscheidend sein kann.⁵⁷ Daher ist es erforderlich, die Gläubiger vom Zugriff auch auf nur haftungsrechtlich dem Schuldner zugeordnete Vermögensgegenstände auszuschließen und dem Verwalter entsprechend die Kompetenz für die Einziehung etwaiger Außenstände zur Masse zuzusprechen.

Wegen der vermögensrechtlichen Zuordnung der Gesamtschadensersatzansprüche zum Vermögen der Gläubiger ist der Verwalter zu ihrer Einziehung nicht gemäß § 80 I InsO berechtigt.⁵⁸ Denn der Umfang der Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis des Insolvenzverwalters ist durch § 80 I InsO in doppelter Weise begrenzt: Einerseits knüpft die Vorschrift an § 35 InsO an, so dass nur Bestandteile der Insolvenzmasse der Kompetenz des Verwalters unterfallen können. Weil der Umfang der Insolvenzmasse haftungsrechtlich zu

54 K. Schmidt in Schlegelberger, HGB, §§ 171, 172 Rz. 96. Häsemeyer, ZHR 149. Bd., S. 43 ff. nimmt an, dass das Kommanditistenvermögen deshalb bis zur Höhe der Haftsumme haftungsrechtlich den Gesellschaftsgläubigern zugewiesen sei.

55 K. Schmidt, Einlage und Haftung, S. 138.

56 Vgl. BGHZ 109, 171 (175) zur Haftung des Zwangsverwalters für Gesamtschäden: »...insbesondere um die gemäß § 155 ZVG gebotene Verteilung der Zwangsverwaltungsmasse sicherzustellen, muß der...Zwangsverwalter in der Lage sein, die zusammengefassten Rechte der Beteiligten auf die der Zwangsverwaltungsmasse gebührende Ersatzleistung geltend zu machen.«

57 Vgl. Jaeger/Henckel, KO, § 1 Rz. 3 ff.; Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rz. 21.02.

58 Anders Smid in Smid, InsO, § 92 Rz. 9.

bestimmen ist,⁵⁹ ist auch § 80 InsO insofern haftungsrechtlich bestimmt. Andererseits ist aber die Kompetenz des Verwalters gemäß § 80 I InsO auch von einem entsprechenden Verwaltungs- oder Verfügungsrecht des Insolvenzschuldners abhängig. Nur soweit der Insolvenzschuldner ein Recht hat »das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und über es zu verfügen«, kann dieses Recht auch auf den Insolvenzverwalter übergehen. Der Verwalter hat daher aus § 80 I InsO nur solche Befugnisse, die zuvor der Insolvenzschuldner besaß. Insofern wird der Umfang der Verwalterbefugnisse eben auch vermögensrechtlich beschränkt. Würde man dem Insolvenzverwalter die Verfügungskompetenz über die gesamte Insolvenzmasse (haftungsrechtlich verstanden!) zusprechen, so hätte das Haftungsrecht inadäquate und nicht intendierte vermögensrechtliche Auswirkungen, wie sich anhand der Sicherungsübereignung zeigen lässt: Außerhalb eines Insolvenzverfahrens kann ein Dritter allenfalls nach § 932 BGB vom Sicherungsgeber erwerben. Erstreckte man die Kompetenz des Verwalters auf die gesamte Insolvenzmasse, unabhängig von einem Verfügungsrecht des Insolvenzschuldners, so könnte der Verwalter in der Insolvenz des Sicherungsgebers als Berechtigter über sicherungshalber übereignete Gegenstände verfügen.⁶⁰ Denn diese Vermögenswerte gehören zur Insolvenzmasse, wie sich aus § 51 Nr. 1 InsO ergibt.⁶¹ Auf den guten Glauben des Erwerbers käme es deshalb nicht an, so dass auch der Bösgläubige vom Verwalter erwerben könnte – ein nicht zu rechtfertigender Rechtsverlust für den Sicherungsnehmer!⁶² Weil § 80 I InsO Verfügungs- und Nutzungsbefugnisse zuweist, müssen die Objekte, auf die sie sich beziehen, vermögensrechtlich bestimmt werden, denn die Zuweisung von derartigen Befugnissen obliegt dem Vermögensrecht.

Die Berechtigung des Insolvenzverwalters hinsichtlich der Gesamtschadensansprüche folgt deshalb nicht schon aus seiner Stellung als Verwalter des schuldnerischen Vermögens. § 92 InsO ist daher keine deklaratorische Norm, sondern konstituiert für den Verwalter Befugnisse über die Rechte des Insolvenzschuldners hinaus.

Die wesentliche Bedingung für die hier vertretene Deutung des § 92 InsO ist die Zugehörigkeit der betroffenen Ansprüche zur Insolvenzmasse. Die Erstreckung des Insolvenzbeschlags auf die Gesamtschadensersatzansprüche, die den Zuständigkeitswechsel von den Gläubigern auf den Insolvenzverwalter erforderlich macht, ist nur zulässig, wenn diese Ansprüche haftungsrechtlich dem Insolvenzschuldner zuzuordnen sind.

59 *Jaeger/Henckel*, KO, § 1 Rz. 3 ff.; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 9.06 ff.; *Kübler/Prütting/Holzer*, InsO, § 35 Rz. 16 f.

60 Vorbehaltlich der Unwirksamkeit der Verfügung des Verwalters wegen offensichtlicher Verfahrenszweckwidrigkeit. Vgl. *Kübler/Prütting/Lüke*, InsO, § 80 Rz. 28 ff. m.w.N.

61 Zur haftungsrechtlichen Zuordnung des Sicherungsguts bei der Sicherungsübereignung sogleich näher S. 41 f.

62 Er wäre auf die Ersatzaussonderung aus § 48 InsO oder auf verschuldensabhängige Schadensersatzansprüche gegen den Verwalter aus § 60 InsO verwiesen.

1. Vermögens- und haftungsrechtliche Zuordnung

Grundlegend für diese Interpretation des § 92 InsO ist insofern die Unterscheidung zwischen vermögens- und haftungsrechtlicher Zuordnung. Vermögensrechtlich sind die Gesamtschadensansprüche ihren Gläubigern zugeordnet, weil diesen durch das materielle Recht mit der Gläubigerposition auch die Rechtszuständigkeit zugewiesen wird.⁶³ Die vermögensrechtliche Zuordnung eines Vermögenswertes deckt sich regelmäßig mit seiner haftungsrechtlichen.⁶⁴ Das, was dem Schuldner vermögensrechtlich gehört, haftet seinen Gläubigern. Die haftungsrechtliche Zuordnung wird erst dann als unterscheidbare Funktion der Zuordnung eines Rechts deutlich, wenn sie von der vermögensrechtlichen divergiert. Dies lässt sich wiederum am Beispiel der Sicherungsübereignung verdeutlichen: Bei einer Sicherungsübereignung kann der Sicherungsnehmer in der Insolvenz des Sicherungsgebers lediglich abgesonderte Befriedigung nach § 51 Nr. 1 InsO beanspruchen,⁶⁵ obwohl ihm der sicherungshalber übereignete Gegenstand vermögensrechtlich gehört. Weil der Gegenstand haftungsrechtlich dem Vermögen des Sicherungsgebers zugeordnet bleibt⁶⁶, gehört er zur Insolvenzmasse und kann nicht ausgesondert werden.⁶⁷

Die haftungsrechtliche Zuordnung beantwortet also anders als die vermögensrechtliche Zuordnung nicht die Frage nach der Verfügungsbefugnis hinsichtlich eines Vermögenswertes, sondern die Frage, für wessen Verbindlichkeiten er haftet. Insofern lassen sich die Befugnisse, die das Eigentum zuweist, nach »Funktionen differenzieren«.⁶⁸ Das Eigentum an einer Sache vermittelt dem Eigentümer grundsätzlich nicht nur die Befugnis, sie zu ge- oder verbrauchen, sondern sie haftet auch für seine Verbindlichkeiten. Die Haftungsfunktion kann nun ebenso wie die Nutzungsfunktion von der Rechtsträgerschaft abgespalten werden, so dass die Rechtszuständigkeit hinsichtlich eines Vermögenswertes nicht mehr mit seiner haftungsrechtlichen Zuordnung übereinstimmt.

Die Divergenz von haftungs- und vermögensrechtlicher Zuordnung begegnet auch bei der Insolvenzanfechtung: Die Anfechtbarkeit zieht nach heute ganz herrschender Meinung gerade nicht die dingliche Unwirksamkeit der Rechtshandlung ex tunc nach sich.⁶⁹ Die anfechtbare Rechtshandlung ist vielmehr nur »haftungsrechtlich unwirksam«.⁷⁰ Mit dem Rückgewähranspruch des § 143 I S. 1 InsO werden vermögensrechtliche und haftungs-

63 Siehe S. 10 ff. sowie S. 23 ff.

64 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 1.15.

65 Insofern ähneln die Wirkungen einer Sicherungsübereignung im Insolvenzverfahren einem (besitzlosen) Pfandrecht. *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 18.27.

66 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 11.09.

67 Vgl. zum Konkursverfahren BGHZ 72, 141 (146 f.); *Serick*, S. 268. Zur InsO statt aller: *Gottwald/Adolphsen* in *Kölner Schrift*, S. 1043 (Rz. 30).

68 *Henckel*, JuS 1985, 836 ff.

69 So allerdings die noch zur KO vertretene dingliche Theorie. Nachweise hierzu bei *Gerhardt*, Gläubigeranfechtung, S. 2 ff.

70 *G. Paulus*, AcP 155. Bd., 277 ff.; *Kübler/Prütting/Paulus*, InsO, § 129 Rz. 48 f.; *Gerhardt*, S. 179 f.; *Jaeger/Henckel*, KO, § 37 Rz. 24, 80; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 21.14 ff. m.w.N. Zur Anfechtungsdogmatik nach der InsO siehe auch *Henckel* in *Kölner Schrift*, S. 813 (Rz. 83 f.); *Biehl*, KTS 1999, 313 ff.

rechtliche Zuordnung wieder zusammengeführt. Durch die Anfechtung wird die Zuordnung des Vermögensgegenstands zur Insolvenzmasse gesichert und mit der Erfüllung des Rückgewähranspruchs aus § 143 InsO in eine vermögensrechtliche umgewandelt.

2. Haftungsrechtliche Zuordnung und haftungsrechtliche Funktionalisierung der Gesamtschadensansprüche

Wenn vermögens- und haftungsrechtliche Zuordnung regelmäßig zusammenfallen, so ist die Frage zu beantworten, wieso die Gesamtschadensansprüche – obwohl sie vermögensrechtlich zum Vermögen der Insolvenzgläubiger gehören – haftungsrechtlich der Insolvenzmasse zuzuordnen sind:

Die haftungsrechtliche Massezugehörigkeit der Gesamtansprüche folgt daraus, dass sie Kompensationen für Schmälerungen des den Gläubigern ursprünglich ausschließlich haftenden Vermögens sind.⁷¹ Allen Gesamtschäden ist gemeinsam, dass aus einem Defizit des primär haftenden Vermögens dessen Gläubigern ein Schaden durch Verkürzung ihrer Insolvenzquoten entsteht. Die Quotenverkürzung der Gläubiger ist insofern ein Reflex der Masseverkürzung. Der Ersatzanspruch der Gläubiger des Insolvenzschuldners gegen den Schadensersatzschuldner ist deshalb nichts anderes als ein Rechtsfortsetzungsanspruch, der aus der Wertminderung des den Gläubigern haftungsrechtlich zugewiesenen Vermögens entsteht. Wenn man das Recht der Insolvenzgläubiger auf ein pfandrechtsähnliches Beschlagsrecht⁷² gründet, so kann man dessen Beeinträchtigung – oder die Verletzung der Chance auf seinen Erwerb – als den haftungsbegründenden Tatbestand auffassen.⁷³ Die Verletzung eines Pfandrechts löst im Rahmen des § 1227 BGB einen Ersatzanspruch der Pfandgläubiger aus. Weil das Beschlagsrecht aber den Insolvenzgläubigern nur ein Recht zu gemeinschaftlicher Befriedigung vermittelt⁷⁴, muss auch der Ersatzanspruch allen gemeinsam zugewiesen werden. Um diese gemeinschaftliche Zuweisung an die Insolvenzgläubiger umzusetzen, müssen Ersatzansprüche für Verletzungen des Pfandrechts der Masse zugeordnet werden. Denn diese ist den Insolvenzgläubigern zur gemeinschaftlichen Befriedigung haftungsrechtlich zugewiesen. Weil also die Außenhaftungsansprüche für Gesamtschäden aus Verletzungen bzw. Gefährdungen des den Gläubigern gemeinschaftlich zustehenden Beschlagsrechts resultieren, sind diese Ansprüche haftungsrechtlich der Insolvenzmasse zuzuordnen, weil nur so die Zuordnung des Beschlagsrechts an alle Insolvenzgläubiger berücksichtigt wird. Ähnlich wie die Erfüllung des Rückgewähran-

71 So schon RGZ 78, 186 (188). Zur Haftung des Zwangsverwalters wegen Masseverkürzung: BGHZ 109, 171 (174)= BGH, ZIP 1989, 1407 ff. = KTS 1990, 85 ff. Für die Haftung des Aufsichtspflichtigen nach Aufhebung des Aufsichtsverfahrens und Eröffnung des Konkursverfahrens RGZ 89, 137 (240). Vgl. zum Verfolgungsrecht der Gläubiger einer AG nach § 93 V AktG: *Mertens* in *Kölner Komm AktG*, § 93 Rz. 142. Ebenso *Oepen*, Rz. 210.

72 Vgl. *Häsemeyer*, *Insolvenzrecht*, Rz. 2.04; *ders.* KTS 1982, 322 f. *Henckel*, FS f. Weber, S. 237 ff., spricht von der haftungsrechtlichen Zuweisung der Insolvenzmasse an die Insolvenzgläubiger.

73 Vgl. *Windel*, KTS 1991, 477 (497).

74 *Kohler*, *Lehrbuch des Konkursrechts*, S. 98 ff.; *Hellmann*, S. 626 f. Ähnlich *Jaeger/Henckel*, KO, § 3 Rz. 3.

spruch aus § 143 I InsO zur vermögensrechtlichen Zuordnung des Gegenstands der anfechtbaren Rechtshandlung führt, wird auch die haftungsrechtliche Zuordnung der Gesamtschadensansprüche zur Insolvenzmasse verwirklicht, indem die auf diese zu leistenden Zahlungen in die Insolvenzmasse fließen.⁷⁵ Insofern trifft die Begründung zu § 103 RegEInsO genau das Richtige, wenn es dort schlicht heißt, »die Ansprüche gehören zur Insolvenzmasse, und der Schädiger hat den Ersatz in die Masse zu leisten.«⁷⁶

Hier wird die Insolvenzmasse haftungsrechtlich funktionalisiert, um die gesetzliche Haftungsordnung auch hinsichtlich solcher Rechte zu verwirklichen, die dem Insolvenzschuldner nie zugestanden haben.⁷⁷

Aus dieser Perspektive ergibt sich zwanglos die Begründung für den Ausschluss der Gläubiger von der eigenständigen Einziehung ihrer Ansprüche: Weil die Gesamtschadensansprüche ihnen nur gemeinschaftlich als Ersatzansprüche für Verletzungen der haftungsrechtlichen Zuweisung zustehen, müssen sie im Insolvenzverfahren auch gemeinschaftlich verwertet werden. Deshalb unterfallen sie der Kompetenz des Verwalters. Rechtstechnisch wird dadurch eine außerhalb des Insolvenzverfahrens bestehende Außenhaftung des Schadensersatzschuldners in eine Innenhaftung gegenüber der Masse umgewandelt. Infolge der Insolvenz müssen nämlich die Gründe, die für eine Liquidation durch die Gläubiger selbst »an der Masse vorbei« (Außenhaftung) sprechen, hinter die gemeinschaftliche Zuweisung der Ersatzansprüche zurücktreten, die eine Abwicklung »durch die Masse hindurch« (Innenhaftung) erforderlich macht. Nur so lässt sich die gesetzliche Haftungsordnung – insbesondere der insolvenzrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz⁷⁸ – auch auf die Gesamtschadensersatzansprüche erstrecken.

Aus dieser funktionalen Einordnung folgt, dass § 92 InsO nicht ein selbständiges Verfahren neben dem Insolvenzverfahren erforderlich macht, ja dass dieses sogar seinem Sinn und Zweck – der Integration der Gesamtschadensansprüche in die Masse – widerspräche. Insofern führt es in die Irre, wenn *Oepen* von einem in das Insolvenzverfahren »integrierten im Übrigen aber selbständigen, gemeinschaftlichen Inkassoverfahren«⁷⁹ über die Gesamtschadensforderungen ausgeht. Eine solche Deutung missachtet die Zugehörigkeit der Gesamtschadensansprüche zur Insolvenzmasse. Ein bloßes Inkassoverfahren kann nicht der richtige Deutungsansatz sein, da so Insolvenzverfahren und Einziehung der Gesamtschadensansprüche nur in einen äußeren Zusammenhang gestellt werden.

Die hier ermittelte Funktion des § 92 InsO erlaubt weitere Schlussfolgerungen für die Lösung von Einzelproblemen. Offensichtlich ist dies z.B. für die Frage, ob die vom Verwalter vereinnahmten Beträge zur Masse zu ziehen oder einer dinglich getrennten Sondermasse zuzuführen sind. Berücksichtigt man, dass es sich um Kompensationen für Massedefizite handelt, so wird ganz deutlich, dass diese Beträge dinglich Massebestandteile

75 Ähnlich zu § 171 II HGB *Michel*, KTS 1991, 68 (72 f.). Auf diese Parallele wird auch von RGZ 89, 137 (240) hingewiesen.

76 Begr. zu § 103 RegEInsO 1. Abs., abgedruckt bei *Balz/Landfermann*, S. 308.

77 Vgl. *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 12. Kapitel, insbesondere Rz. 12.02.

78 Zum Zusammenhang der *par condicio creditorum* mit der einheitlichen Geltendmachung von Gläubigerrechten siehe *Berges*, KTS 1957, 49 (56).

79 *Oepen*, Rz. 90 ff. Hierzu im Einzelnen S. 55 ff.

werden⁸⁰ und daher der Entwurfsbegründung entsprechend zur Masse gezogen werden müssen. Daraus folgt, dass bei Fragen, welche die Höhe der Masse betreffen, also zum Beispiel, ob eine ausreichende Masse i.S.d. § 26 InsO zur Verfügung steht, diese Ansprüche mitzurechnen sind.⁸¹ Dies entspricht der Rechtslage hinsichtlich der Anfechtungsansprüche. Auch dort hat nach § 143 I InsO die Rückgewähr des anfechtbar Erlangten in die Masse zu erfolgen.⁸² Aus der Massezugehörigkeit dieser Ansprüche ergibt sich weiter, dass ihre Erlöse wie sonstige Massebestandteile gemäß § 53 InsO für Masseverbindlichkeiten haften.⁸³ Hierdurch wird ein Beitrag zur Überwindung der Massearmut geleistet – eines der wichtigsten Ziele des Reformgesetzgebers.

Auch für den Anwendungsbereich des § 92 InsO ergeben sich aus dieser Funktionsbeschreibung unmittelbare Konsequenzen: So ist § 92 InsO nicht nur aus praktischen sondern vor allem aus funktionalen Gründen auch dann anzuwenden, wenn nur ein einziger Gläubiger mit einer Gesamtschadensforderung am Insolvenzverfahren teilnimmt.⁸⁴ Erkennt man, dass § 92 InsO nicht nur Befriedigungswettläufe unter den Gesamtschadensersatzgläubigern verhindern soll, sondern die Wirkungen des Insolvenzverfahrens auch auf die Gesamtschadensansprüche erstreckt, weil diese zur Insolvenzmasse gehören, so muss die Vorschrift selbstverständlich auch angewendet werden, wenn ein Befriedigungswettlauf nicht zu befürchten steht.

3. Planverfügbarkeit der Gesamtschadensansprüche

Schließlich erfüllt die Geltendmachung der Gesamtschadensansprüche durch den Insolvenzverwalter im Verfahren nach der Insolvenzordnung noch eine weitere Funktion: § 1 InsO nennt als mögliches Verfahrensziel ausdrücklich den Erhalt des schuldnerischen Unternehmens. Hierfür steht das Insolvenzplanverfahren der §§ 217–269 InsO zur Verfügung. Auch bei der Sanierung des Schuldners ist es von entscheidender Bedeutung, dass hierfür die gesamte Haftungsmasse verwendet werden kann. Denn die Sanierungsmöglichkeiten können unter Umständen erheblich gesteigert werden, wenn auch die Gesamtschadensansprüche bzw. ihre Erlöse in den Plan einbezogen werden können. Die »Planverfügbarkeit« dieser Ansprüche wäre jedoch gefährdet, wenn die Insolvenzgläubiger sie außerhalb des Verfahrens beim Schadensersatzschuldner liquidieren und diese so der Reorganisationsmasse entziehen könnten. Insofern kommt der Sperrwirkung im Insolvenz-

80 So die ganz übereinstimmende bisherige richterliche Praxis, vgl. nur: RGZ 89, 237 (240); 97, 107 (108); 142, 184 (188); BGHZ 109, 171 (174); BGH, WM 1973, 1354 f.; BGH, ZIP 1989, 1407 (1408 f.).

81 Vgl. zur Masseerhöhung durch die Einforderung der Gesamtschadensansprüche S. 59 f.

82 Zu dieser Entsprechung vgl. RGZ 97, 107 (109). A.A. unter ausdrücklicher Ablehnung der Berufung auf § 143 I InsO *Oepen*, Rz. 171. Hiernach soll der Insolvenzverwalter auf Leistung an sich als Treuhänder klagen.

83 Die Insolvenzanfechtung ist allerdings nur im Interesse der Insolvenzgläubiger zulässig, also dann nicht, wenn von ihr ausschließlich Massegläubiger profitierten. *Jaeger/Henckel*, KO, § 29 Rz. 100; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 21.25.

84 Im Ergebnis ebenso *Bork* in *Kölner Schrift*, S. 1333 (Rz. 10 bei Fn. 20); *Oepen*, Rz. 260.

planverfahren auch die Aufgabe zu, die Planverfügbarkeit der Gesamtansprüche zu gewährleisten.⁸⁵

IV. Ergebnis

Durch § 92 InsO sollen die dort bezeichneten Gesamtschadensansprüche den Wirkungen des Insolvenzverfahrens unterworfen werden, damit das gesamte den Gläubigern haftende Vermögen in die gesetzliche Haftungsordnung einbezogen werden kann.

Die Gesamtschadensersatzforderungen dienen der Kompensation von Quotenschäden, welche die Gläubiger als Reflex von Verkürzungen des insolvenzschuldnerischen Vermögens erlitten haben. Solche Verkürzungen können ebenso Verminderungen der Aktivmasse wie Erhöhungen der Passivmasse sein. Anspruchsauslösend ist also eine Verkürzung des Haftungssubstrats, wodurch das den Insolvenzgläubigern gemeinschaftlich zustehende Beschlagnahmebefehl beeinträchtigt wird. Weil und soweit diese Beeinträchtigungen in Form der Quotenschadensersatzansprüche Außenhaftungsansprüche der Insolvenzgläubiger gegen den Schädiger auslösen, droht deren Abwicklung an der Masse vorbei. Damit würde die haftungsrechtliche Zuweisung der Gesamtschadensersatzansprüche an die Gesamtheit der Insolvenzgläubiger leer laufen. Die Gesamtschadensersatzansprüche sind Teile der Insolvenzmasse, denn der Insolvenzbeschluss betrifft die Kompensationsrechte ebenso wie die Vermögenswerte, deren Verlust sie ausgleichen sollen.

Um der drohenden Verletzung der haftungsrechtlichen Zuweisung der Insolvenzmasse an die Gesamtheit der Insolvenzgläubiger zu begegnen und die Insolvenzmassezugehörigkeit der Kompensationsansprüche umzusetzen, vermittelt § 92 InsO dem Insolvenzverwalter die Einziehungsbefugnis auch hinsichtlich dieser Ansprüche, die ihm nicht schon nach § 80 I InsO zusteht. Die insolvenzspezifische Funktion des § 92 InsO liegt also darin, die Kompetenzen des Insolvenzverwalters über das dem Schuldner vermögensrechtlich zugeordnete Vermögen hinaus auch auf solche Vermögenswerte zu erstrecken, die, ohne dem Insolvenzschuldner zu gehören, den Gläubigern zur gemeinschaftlichen Befriedigung zugewiesen sind. Hiermit wird gleichzeitig die Verfügbarkeit der Gesamtschadensersatzansprüche und ihrer Erlöse für die Verwendung im Rahmen einer Sanierung gewahrt.

85 Hierzu im Einzelnen S. 87 ff.

3. Kapitel Rechtstechnische Konstruktion des § 92 InsO

Zum einen verwirklicht sich die Funktion der Gesamtschadensliquidation, die insolvenzrechtliche Haftungsordnung auch auf die Gesamtschadensansprüche zu erstrecken, durch die im Zusammenhang mit § 171 II HGB von *K. Schmidt*¹ so genannte »Ermächtigungswirkung«, das heißt durch die sich aus dem Gesetz ergebende Befugnis des Verwalters, die Gesamtschadensansprüche geltend zu machen. Der Verwalter kann danach auch Ansprüche durchsetzen und die eingenommenen Beträge zur Masse ziehen,² die vermögensrechtlich nicht dem Schuldner zustehen.

Zum anderen werden die Wirkungen des Verfahrens durch die so genannte »Sperrwirkung«³ auf die Gesamtschadensforderungen erstreckt: Sie sind daher von der selbständigen Einziehung ausgeschlossen. Danach ist es den Gesamtschadensersatzgläubigern gemäß § 92 InsO nach Verfahrenseröffnung jedenfalls nicht mehr möglich, ihre Ansprüche selbst klageweise durchzusetzen.⁴ Dieses Recht steht nur noch dem Insolvenzverwalter zu. Die Sperrwirkung kann jedoch nicht nur als Reflex der Ermächtigungswirkung begriffen werden, denn eine mehrfache Zuständigkeit zur Einziehung von Forderungen ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen.⁵

So ließe sich nur argumentieren, wenn man § 92 InsO als Legalzession deutete, denn die materielle Gläubigerposition ist in der Tat unteilbar. Mit dem Verlust ihrer Gläubigerstellung an den Verwalter hätten die (Alt-)Gläubiger auch das Einziehungsrecht verloren. Zur dogmatischen Begründung der Sperrwirkung könnte aber auch auf eine analoge Anwendung der §§ 87–89 InsO auf die Gesamtschadensforderungen abgestellt werden.⁶ Dadurch würden die Gesamtschadensansprüche insoweit wie Insolvenzforderungen behandelt. Ein Ausschluss von der Möglichkeit der gerichtlichen Geltendmachung ließe sich schließlich auch durch den Übergang der Verfügungsbefugnis von den Schadensersatzgläubigern auf den Insolvenzverwalter herstellen. Dieses würde eine analoge Anwendung der §§ 80 ff. InsO, also der für massezugehörige Rechte geltenden Vorschriften nahe legen.

Die rechtstechnische Konstruktion muss der Spannungslage zwischen haftungsrechtlicher Zuordnung der Ersatzansprüche zur Insolvenzmasse und ihrer vermögensrechtlichen Zugehörigkeit zum Vermögen der Gläubiger Rechnung tragen.

Soweit die Gesamtschadensersatzansprüche auch schon im Konkursverfahren vom Verwalter geltend gemacht werden konnten, wurde dessen Befugnis zur Geltendmachung vorwiegend auf eine materielle Einziehungsberechtigung gestützt. Teilweise wurde aber

1 *K. Schmidt*, Einlage und Haftung, S. 127.

2 Vgl. S. 62 f.

3 So zu § 171 II HGB *K. Schmidt*, Einlage und Haftung, S. 126.

4 Vgl. *Eickmann* in HK-InsO, § 92 Rz. 8; *Smid* in *Smid*, InsO, § 92 Rz. 8; *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 318; *Oepen*, Rz. 99 ff.; *Hasselbach*, BB 1996, 2213 (2214); *Bork* in *Kölner Schrift*, S. 1333 (Rz. 19); *ders.*, Insolvenzzrecht, Rz. 196.

5 *Larenz*, Schuldrecht I, § 34 V c).

6 So *Smid* in *Smid*, InsO, § 92 Rz. 8.

auch eine Legalzession der Ansprüche angenommen, wobei unter den Vertretern dieser Ansicht wiederum umstritten war, an wen die Ansprüche zediert werden.

Da der Wortlaut des § 92 InsO nur vom Recht des Verwalters zur Geltendmachung handelt, liegt auch insofern die Annahme einer bloßen Einziehungsermächtigung nahe.⁷ Doch ist die Formulierung keineswegs so eindeutig, dass jede andere Deutung eine gesetzübersteigende Rechtsfortbildung wäre. Mit der Befugnis zur Geltendmachung kann vielmehr auch ein besonders wichtiger Ausschnitt aus dem Spektrum der Befugnisse des Gläubigers herausgegriffen worden sein.⁸ Die Auslegung muss sich daher an der Funktion des § 92 InsO orientieren.

I. Einziehungsermächtigung des Verwalters

Wenn § 92 InsO wenig kennzeichnungskräftig davon spricht, dass nur der Insolvenzverwalter die Gesamtschäden während der Dauer des Verfahrens geltend machen kann, dann spricht diese Formulierung zunächst für die Annahme einer materiellrechtlichen Einziehungsermächtigung.⁹ Die Einziehungsermächtigung ist als Minus zur Inkassozeession heute anerkannt,¹⁰ auch wenn über ihre dogmatische Fundierung weiterhin Uneinigkeit herrscht. Insbesondere wird bestritten, dass ihre Zulässigkeit aus § 185 I BGB herzuleiten sei.¹¹

Die materiellrechtliche Einziehungsermächtigung verschafft dem Ermächtigten die Empfangszuständigkeit für die Annahme der Leistung. Daneben tritt regelmäßig die Befugnis zur gerichtlichen Geltendmachung der Forderung.¹² Die Prozessführungsbefugnis des Ermächtigten ergibt sich dabei aus einer von der Einziehungsermächtigung zu trennenden Prozessstandschaft, wobei wiederum umstritten ist, ob beim Ermächtigten entsprechend den allgemeinen Voraussetzungen der gewillkürten Prozessstandschaft ein eigenes Interesse auch Voraussetzung für die Prozessführungsbefugnis im Rahmen einer gesetzlichen Prozessstandschaft ist.¹³ Dieses Erfordernis ist jedenfalls für den Insolvenzverwalter

7 Hierfür *Ulmer* in Neuordnung des Insolvenzrechts, S. 118 ff. (124).

8 *Oepen*, Rz. 77.

9 So *Bork* in *Köln*er Schrift, S. 1333 (Rz. 15); *ders.* in *Insolvenzrecht*, Rz. 196 ff.; *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, *InsO*, Rz. 31; *Breuer*, *NJW*-Beilage zu Heft 1/1999, S. 15; *Prütting*, *ZIP* 1997, 1725 (1732). *Kübler/Prütting/Lüke*, *InsO*, § 92 Rz. 31 f.

10 Vgl. statt aller: *Jauernig/Stürner*, *BGB*, § 398 Rz. 26; *Palandt/Heinrichs*, *BGB*, § 398 Rz. 29; *Henckel* in *I. FS* f. *Larenz*, S. 643; *Larenz*, *Schuldrecht I*, § 34 V c); *Roth* in *MünchKomm BGB*, § 398 Rz. 44 jeweils mit weiteren Nachweisen.

11 Für die Konstruktion über § 185 BGB: *RGZ* 91, 390 (395); 117, 69 (72); *BGHZ* 4, 153 (164). Dagegen: *Larenz*, *Schuldrecht I*, § 34 V c); *Staudinger/Kaduk*, *BGB*, 12. Aufl., Einl. zu §§ 398 ff. Rz. 135 m.w.N.; *Roth* in *MünchKomm BGB*, § 398 Rz. 44; *Staudinger/Busche*, *BGB*, Einl. zu §§ 398 ff. Rz. 124.

12 *Stein/Jonas/Bork*, *ZPO*, vor § 50 Rz. 45; *Palandt/Heinrichs*, *BGB*, § 398 Rz. 33.

13 Dafür insbesondere die *Rspr.*: *BGHZ* 4, 153 (165); 42, 210 (213); 78, 1 (4 f.). Dagegen *Henckel* in *I. FS* f. *Larenz*, S. 643 (653); *Larenz*, *Schuldrecht I*, § 34 V c) m.w.N.

in Fällen der Gesamtschadensliquidation stets erfüllt, denn man wird sein entsprechendes Interesse schon aus seiner Amtsstellung ableiten können.¹⁴

Der Ausschluss der Einziehungs- und Prozessführungsbefugnis für die Gläubiger ergibt sich nach dieser Lösung nicht bereits aus der Ermächtigung des Verwalters selbst. Denn grundsätzlich kann der Gläubiger trotz einer Einziehungsermächtigung zugunsten eines Dritten weiterhin die Leistung an sich selbst verlangen.¹⁵ Die Sperrwirkung folgt vielmehr erst aus der in § 92 InsO formulierten Ausschließlichkeit der Einziehung durch den Verwalter.

Gegen die Theorie von der Einziehungsermächtigung des Insolvenzverwalters spricht aber im Rahmen des § 92 InsO durchgreifend ein Gesichtspunkt, der von den Vertretern dieser Auffassung regelmäßig als ihr besonderer Vorzug gepriesen wird: Stützte man die Berechtigung des Verwalters auf eine Einziehungsbefugnis, so verbliebe die Verfügungsbefugnis über die Forderung beim einzelnen Schadensersatzgläubiger.¹⁶ Insbesondere bliebe ihm die Möglichkeit, seine Forderung abzutreten, zu stunden oder zu erlassen, wogegen angeblich »niemand etwas haben«¹⁷ könne. Deshalb wird die Legalzessionslösung als zu weitreichender Eingriff in die Rechte der Gläubiger kritisiert. Es erscheint aber keineswegs »offensichtlich«,¹⁸ dass der Normzweck des § 92 InsO nicht auch zum Ausschluss der Gläubiger von Verfügungen über die Gesamtschadensansprüche zwingt. Eine Verfügung des Gläubigers über seine Gesamtschadensersatzforderung wäre, wie die vorangegangenen Überlegungen gezeigt haben,¹⁹ immerhin eine Verfügung über Bestandteile der Insolvenzmasse! Soll beispielsweise der Erlass durch einen einzelnen Gläubiger tatsächlich insoweit befreiende Wirkung für den Schadensersatzschuldner haben, mit dem Ergebnis, dass der Schädiger weniger in die Masse zahlen müsste?²⁰ Das kann angesichts der Funktion der Gesamtschadensansprüche nur schwer überzeugen. Wie oben ausgeführt, ist der Schaden des Einzelnen nur der Reflex der Masseverkürzung. Das Defizit der Masse wird aber dadurch nicht kleiner, dass ein einzelner Gläubiger aus Eigeninteresse auf seine Haftungsforderung verzichtet. Sollte ein solcher Verzicht gegenüber der Masse wirksam sein, würde es unmöglich, den vollen Gesamtschadensanspruch den Wirkungen des Insolvenzverfahrens – insbesondere seiner Haftung für Masseverbindlichkeiten – zu unterwerfen. Einem entsprechenden Erlass durch den Schadensersatzgläubiger ist daher die Wirksamkeit im Verhältnis der Masse zum Gesamtschadensersatzschuldner zu versagen. Dasselbe gilt für eine Stundung.²¹

14 Vgl. für die gewillkürte Prozessstandschaft durch den Verwalter einer Eigentümergemeinschaft: BGHZ 74, 258 (267).

15 Vgl. materiellrechtlich *Staudinger/Kaduk*, BGB, 12. Aufl., Einl. zu §§ 398 ff. Rz. 132. Prozessrechtlich *Lindacher* in *MünchKomm ZPO*, Vor § 50 Rz. 66.

16 *Nerlich/Römermann/Wittkowski*, InsO, § 92 Rz. 4.

17 So *Bork* in *Kölner Schrift*, S. 1333 (Rz. 13); ähnlich *Oepen*, Rz. 82.

18 So aber *Oepen*, a.a.O.

19 Siehe S. 42 f.

20 Hierfür *Bork* in *Kölner Schrift*, S. 1333 (Rz. 13).

21 Bezeichnenderweise ist auch *Bork* in *Kölner Schrift*, S. 1333 (Rz. 29) der Auffassung, dass mit der Einziehungsermächtigung auch die Aufrechnungsbefugnis der Gläubiger erloschen sei.

Dem Bedenken der zu weitgehenden Rechtsbeeinträchtigung infolge eines Wechsels der Verfügungsbefugnis kann auf andere Weise abgeholfen werden: Es ist zu berücksichtigen, dass Gläubiger während des Insolvenzverfahrens zwar nicht mehr eigenständig Befriedigung für ihre Quotenschadensersatzansprüche suchen können, sie jedoch gleichzeitig Forderungen gegen die Masse auf anteilige Auskehr der vom Gesamtschadensersatzschuldner geleisteten Beträge erwerben. Diese »Quotenerhöhungsansprüche« treten an die Stelle der Forderungen gegen den Schadensersatzschuldner. Über sie kann der Gläubiger selbstverständlich frei verfügen. Erlass oder Stundung kommen dann aber, wie es haftungsrechtlich richtig ist, der Masse zugute.²²

Da es nicht überzeugt, dem Schadensersatzgläubiger die Verfügungsbefugnis über den Gesamtschadensanspruch zu belassen, scheidet die Konstruktion einer Einziehungsermächtigung als Erklärung für Sperr- und Ermächtigungswirkung aus.

II. Gesamtschadensliquidation als gesetzlicher Forderungsübergang

Geht man davon aus, dass der Ausschluss der Einziehungsbefugnis der Schadensersatzgläubiger durch die Annahme eines gesetzlichen Forderungsübergangs zu erklären ist, so hat diese Lösung nach den eben getroffenen Feststellungen den Vorzug, dass die Schadensersatzgläubiger mit ihrer Gläubigerposition auch ihre Verfügungsbefugnis für die Dauer des Verfahrens verlieren. Verfahrenszweckwidrige Verfügungen über die Gesamtschadensansprüche sind ihnen nicht möglich.

Als denkbare Zessionare kommen grundsätzlich die Masse, der Insolvenzschuldner und schließlich der Verwalter selbst in Betracht.

Eine Zession an die Masse setzt voraus, dass diese überhaupt fähig ist, Trägerin von Rechten zu sein. Die Rechtsfähigkeit der Insolvenzmasse ist jedoch nach der InsO ebenso wie nach der KO abzulehnen.²³ Eine bloße Vermögensmasse kann kein Rechtssubjekt sein.²⁴ Wenn es in der Regierungsbegründung heißt, dass »die Ansprüche zur Masse gehören«,²⁵ so bedeutet dies gerade nicht, dass sie der Masse gehören!²⁶

22 Vgl. hierzu auch *Windel*, KTS 1991, 477 (510 f.).

23 Vgl. RGZ 1, 381 (389); 29, 29 (36); BGHZ 88, 331 (335); BGH, ZIP 1989, 1407 (1409); *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 1 Rz. 2; *Jaeger/Henckel*, KO, § 1 Rz. 2; § 6 Rz. 4; *Kübler/Prütting/Holzer*, InsO, § 35 Rz. 4 m.w.N.; *Kilger/K. Schmidt*, KO, § 1 Anm. 1) A b); *Bork*, Insolvenzrecht, Rz. 65. A.A. *Hanisch*, Rechtszuständigkeit, S. 23 ff.; *Stürner*, ZZP 94. Bd. (1981), 263 (287 ff.).

24 Auch bei der Stiftung ist nicht das Stiftungsvermögen, sondern die Stiftung selbst der Rechtsträger, vgl. nur *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 7 II 1 a) aa).

25 Begr. RegEInsO zu § 103 1. Absatz, abgedruckt bei *Balz/Landfermann*, S. 308. Ebenso z.B. RGZ 78, 187 (188).

26 Widersprüchlich *Smid* in *Smid*, InsO, § 92 Rz. 8 f., der einerseits von einer »Verlagerung der Rechtszuständigkeit auf die Masse« spricht und andererseits die fehlende Rechtsfähigkeit der Masse nicht bezweifelt.

1. Zession an den Schuldner

Begreift man den Schuldner als Zessionar der Gesamtansprüche,²⁷ so würden diese Bestandteile seines Vermögens und fielen in die Masse.²⁸ Die Berechtigung des Verwalters zur Geltendmachung ergäbe sich dann unmittelbar aus § 80 InsO. Danach gehörten also nicht nur die per Gesamtschadensliquidation erlangten Beträge, sondern schon die hierauf gerichteten Ansprüche vermögens- wie haftungsrechtlich ab der Verfahrenseröffnung zum Schuldnervermögen.

Gegen diese Ansicht kann zunächst nicht eingewendet werden, sie führe zu einer unangemessenen Bereicherung des Schuldners. Die Zession an den Schuldner wäre auflösend bedingt durch das Verfahrensende, weil die Berechtigung des Verwalters ja nur »während der Dauer des Insolvenzverfahrens« besteht. Man mag diesen Vorgang eine »stille Rückzession« nennen, die jedoch unproblematisch zu begründen wäre.²⁹ Zu einer über das Verfahren hinausgehenden Besserstellung des Schuldners kommt es hierdurch jedenfalls nicht.³⁰

Diese Lösung erzeugt auch keine neuen Aufrechnungslagen für den Schadensersatzschuldner, in dem Fall, dass dieser seinerseits Insolvenzgläubiger sein sollte.³¹ Denn auch wenn ein Schuldner im Rahmen von §§ 398 ff. BGB grundsätzlich mit einer Forderung gegen den Neugläubiger aufrechnen kann, so ist dem Schadensersatzschuldner dies nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht gestattet: §§ 94 ff. InsO schützen nur die Aufrechnungslage, die schon vor Verfahrenseröffnung begründet war oder auf deren Eintritt der Insolvenzgläubiger in schutzwürdiger Weise vertrauen durfte.³² Weil die Zession aber unter der aufschiebenden Bedingung der Verfahrenseröffnung steht, tritt nach dieser Lösung die Gegenseitigkeit der Forderungen erst ab Verfahrenseröffnung ein. Daher ist gemäß § 96 Nr. 1 InsO die Aufrechnung für den Schadensersatzschuldner unzulässig. Auch der Rückgriff auf den Schutz einer bedingten Aufrechnungsmöglichkeit nach § 95 I S. 1 InsO trägt nicht, denn Aufrechnungslagen, die unter Insolvenzbedingung stehen, werden hiervon nicht erfasst, weil hier kein schützenswertes Vertrauen beim Aufrechnenden besteht.³³ Der Glaube an die Eröffnung des Verfahrens ist gerade nicht privilegierungswürdig.

Gegen die Konstruktion einer Legalzession an den Insolvenzschuldner spricht jedoch, dass sie zu einer unmittelbaren Anwendung des § 80 I InsO hinsichtlich der Berechtigung

27 Hierfür zu § 171 II HGB: *Leven*, S. 73.

28 Auf den Zeitpunkt des Rechtserwerbs des Schuldner kommt es dabei nicht an, denn gemäß § 35 InsO gehört auch der Neuerwerb, also dasjenige, was der Schuldner während des Verfahrens erwirbt, zur Masse.

29 *Armbruster*, S. 55, sieht hierin jedoch ein »gewagtes Unterfangen«.

30 Ebenso *Open*, Rz. 81. Missverständlich RGZ 78, 186 (188). Die Entscheidung trennt nicht genügend zwischen Ersatzansprüchen der Gläubiger und des Schuldners selbst gegen den alten Verwalter.

31 So aber wohl *Armbruster*, S. 195 f.

32 Vgl. statt aller: *Eickmann* in HK-InsO, § 94 Rz. 1; *Smid* in *Smid*, InsO, § 94 Rz. 4; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, vor Rz. 19.07. Diesen Gedanken drückte im alten Recht § 55 KO aus.

33 Vgl. *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 19.20; *ders.* in *Kölner Schrift*, S. 645 (Rz. 20 f.).

des Insolvenzverwalters führte. Die Gesamtschadensansprüche gehörten infolge der Legalzession zum Vermögen des Insolvenzschuldners und unterfielen daher den Kompetenzen des Verwalters aus § 80 I InsO. Gegen eine Anwendung des § 80 InsO ist funktional einzuwenden, dass sie die vermögensrechtliche Zuordnung der Schadensersatzansprüche an die Gesamtschadensersatzgläubiger ignoriert. Weil der Verwalter bei der Geltendmachung der Gesamtansprüche im Interesse der Schadensersatzgläubiger handelt, sind seine Pflichten hierbei allein aus deren Sicht zu bestimmen. Dieser Gesichtspunkt rückt aus dem Blickfeld, wenn man die Gesamtschadensforderungen auch vermögensrechtlich als Schuldnervermögen behandelt, denn dann läge es nahe, die Pflichtbindung des Verwalters diesbezüglich aus der Perspektive aller Verfahrensbeteiligten zu entwickeln. Für eine schlüssige Begründung der Pflichtbindung des Verwalters nur an die Interessen der Schadensersatzgläubiger kann also nicht auf die eigenständige Herleitung seiner Befugnisse verzichtet werden. Eine Zession an den Insolvenzschuldner ermöglicht diese aber nicht und scheidet daher aus.

2. Verwalter als treuhänderischer Zessionar

In Frage kommt schließlich der Verwalter als treuhänderischer Zessionar.³⁴ Geht man davon aus, dass die Berechtigung des Verwalters aus einem gesetzlichen Forderungsübergang an ihn folgt, so ergibt sich der Ausschluss der Gläubiger von Einziehungs- und Verfügungsbefugnis auch hier von selbst: Mit der Gläubigerposition hätten sie auch das Einziehungsrecht verloren. Die Lage wäre einer Inkassozeession im Übrigen sehr ähnlich. Die Prozessführungsbefugnis des Verwalters folgte hiernach schlicht aus seiner Gläubigerstellung, die Prüfung eines schutzwürdigen Interesses wäre nicht erforderlich.³⁵

Seine Position im Innenverhältnis ließe sich als fremdnützige Treuhand³⁶ beschreiben, weil er ein eigenes Recht im eigenen Namen, allerdings im Interesse Dritter, geltend machte. Diese Lösung vermeidet die oben angesprochen Nachteile einer Zession an den Schuldner, denn die Orientierung an den Interessen der Schadensersatzgläubiger kann durch seine treuhänderische Bindung³⁷ ausgedrückt werden.

Gegen diese Auffassung lässt sich ebenfalls nicht einwenden, sie erzeuge neue Aufrechnungslagen zugunsten des Schadensersatzschuldners: Grundsätzlich kann zwar ein Schuldner mit Forderungen, die er gegen den neuen Gläubiger hat, unbegrenzt aufrechnen, denn das Gegenseitigkeitsverhältnis besteht nun zwischen Zessionar und Schuldner. Anders beurteilt aber der BGH³⁸ die Lage bei der Inkassozeession. Hier soll der Schuldner,

34 Zur unstreitigen Zulässigkeit einer fiduziarischen Abtretung: *Staudinger/Kaduk*, BGB, 12. Aufl., Einl. zu § 398 Rz. 162 ff. Für diese Lösung in Bezug auf § 171 II HGB: *Staub-Pinner*, HGB, 12. und 13. Aufl., § 171 Anm. 8.

35 BGH, NJW 1980, 991; *Staudinger/Kaduk*, BGB, 12. Aufl., Einl. zu § 398 ff. Rz. 127.

36 Vgl. zur Inkassozeession: *Staudinger/Kaduk*, a.a.O., Rz. 125 ff., § 398 Rz. 167 ff.; *Roth* in MünchKomm BGB, § 398 Rz. 40 f.; *Palandt/Heinrichs*, BGB, § 398 Rz. 26.

37 Vgl. zur Bindung des Treuhänders im Innenverhältnis: *Larenz/Wolf*, AT, § 46 Rz. 31.

38 BGHZ 25, 360 (367). Zur Kritik an dieser Rechtsprechung: *Roth* in MünchKomm BGB, § 398 Rz. 42 bei Fn. 106; *Soergel/Zeiss*, BGB, § 398 Rz. 15.

der seinerseits eine Forderung gegen den Neugläubiger hat, trotzdem nicht befugt sein, mit dieser gegen den zedierten Anspruch aufzurechnen.³⁹ Hat also der Schadensersatzschuldner eine Forderung gegen den Verwalter persönlich, so wäre er hiernach nicht befugt, gegen den Gesamtschadensanspruch aufzurechnen. Dieses Ergebnis folgt aus der bei jeder Treuhand erforderlichen Sonderung von treuhänderisch gebundenem und Eigenvermögen des Treuhänders.⁴⁰

Bei der Annahme eines eigenen Anspruchs des Insolvenzverwalters ist weiter zu beachten, dass diese Konstruktion gerade bei Ansprüchen gegen einen entlassenen Verwalter Konfusionsprobleme heraufbeschwört. Bis zu dem Zeitpunkt der Bestellung eines neuen Verwalters wird man nach diesem Ansatz wohl den alten Insolvenzverwalter als Berechtigten ansehen müssen, will man die Sperrwirkung auch schon zu diesem Zeitpunkt gewährleisten. Dann wäre er als Treuhänder Berechtigter eines Anspruchs, dessen persönlicher Schuldner er gleichzeitig ist. Dass der Anspruch dennoch nicht erlischt, lässt sich nur mit der eben erwähnten Trennung des Treuhandvermögens vom Eigenvermögen begründen, wodurch die Entstehung einer Konfusionslage ausgeschlossen ist.

Entscheidend gegen die Konstruktion einer treuhänderischen Zession an den Verwalter spricht allerdings, dass diese Lösung sich kaum in die sonstige Insolvenzrechtsdogmatik einfügen lässt: Der dingliche Rechtserwerb des Insolvenzverwalters an den Gesamtschadensansprüchen durch die Verfahrenseröffnung widerspräche seiner Rechtsstellung hinsichtlich sonstiger Massebestandteile.⁴¹ Jede der einschlägig bekannten Theorien hält es diesbezüglich jedenfalls für ausgeschlossen, dass der Verwalter selbst Träger der Masse wird.⁴² Die Eigentümer- bzw. Gläubigerposition verbleibt insoweit beim Schuldner. Ähnliches gilt für den anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruch. Auch dieser steht nach allerdings bestrittener Auffassung materiellrechtlich dem Schuldner selbst und nicht dem Verwalter zu.⁴³ Die Zession der Gesamtschadensansprüche an den Insolvenzverwalter wäre insofern systemfremd.

III. Zwischenergebnis

Keiner der bisher vorgeführten Ansätze vermag somit vollständig zu überzeugen. Die Annahme einer reinen Einziehungsermächtigung kann nicht den funktional wichtigen

39 Dem folgend *Erman/Westermann*, BGB, § 398 Rz. 36.

40 Sie drückt sich z.B. darin aus, dass der Treugeber in der Insolvenz des Treuhänders das Treugut aussondern kann. Vgl. nur *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 11.05.

41 *Leven*, S. 48 f.; *Armbruster*, S. 51.

42 Statt vieler: RGZ 105, 313 (314); BGHZ 49, 11 (13); *Kübler/Prütting/Lüke*, InsO, § 80 Rz. 5; *Eickmann* in HK-InsO, § 80 Rz. 3; *Smid/Rattunde* in *Smid*, InsO, § 80 Rz. 3; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, vor Rz. 9.01; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 6 Rz. 1; *Kilger/K. Schmidt*, KO, § 6 Anm. 3a). A.A. *Hanisch*, Rechtszuständigkeit, S. 307 ff., der aber ebenfalls nicht den Verwalter, sondern die Masse als Rechtsträger sieht.

43 Wie hier *Kilger/K. Schmidt*, KO, § 37 Anm. 1b); *ders.*, KTS 1984, 345 (380); *Kübler/Prütting/Paulus*, InsO, § 129 Rz. 54. A.A. *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 37 Anm. 7.

Ausschluss der Gläubiger von der Verfügungsbefugnis über die Gesamtschadensforderungen darstellen, während die Konstruktion einer Zession an den Schuldner die vermögensrechtliche Zuordnung der Gesamtschadensersatzansprüche an die Gläubiger missachtete. Eine treuhänderische Zession an den Verwalter wäre systemfremd.

IV. Übergang der Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter entsprechend § 80 InsO

Einen anderen Ansatz entwickelte *Kohler*⁴⁴ für die Abwicklung der Kommanditistenhaftung im Konkurs. *Kohler* ging davon aus, § 171 II HGB führe zur Bildung zweier Konkursgemeinschaften mit denselben Organen – ja regelmäßig sogar mit denselben Mitgliedern.⁴⁵ Die eine bildeten die Gläubiger der Kommanditgesellschaft, die zu verteilende Masse sei hier das Gesellschaftsvermögen. Die andere bestehe aus den Gesellschaftsgläubigern, die Ansprüche gegen die Kommanditisten nach § 171 I HGB haben. Das zu verteilende Vermögen seien die Haftungsforderungen. Nach seiner Ansicht trete die juristische Trennung beider Verfahren nur deshalb nicht deutlicher hervor, weil die Konkursgemeinschaften regelmäßig personenidentisch seien.⁴⁶ Außerdem sei auch eine getrennte Berechnung von Massekosten und Masseschulden nicht angezeigt, denn die zweite Konkursgemeinschaft hänge insofern mit der ersten zusammen, als die Quoten, die im Gesellschaftskonkurs erzielt würden, ohnehin den Kommanditisten zugute kämen, da diese nur insoweit einzuschließen hätten, bis die Gesellschaftsgläubiger vollständig befriedigt seien.⁴⁷

Sieht man über die inzwischen überholte Konzeption von der Rechtsgemeinschaft der Gläubiger⁴⁸ hinweg und hält man sich auch nicht mit der etwas umständlichen Konstruktion eines eigenen Verfahrens auf,⁴⁹ so tritt der überzeugende Kern dieses Ansatzes zu Tage: Die Gesamtansprüche sind so zu behandeln wie ein Bestandteil der Insolvenzmasse, über den der Insolvenzverwalter die Verfügungsbefugnis besitzt.

1. Gesamtschadensansprüche als Massebestandteile

Wenn *Kohler* von zwei Konkursverfahren unter einem Konkursverwalter ausgeht, so ist zu klären, über welches Vermögen nach seiner Auffassung im »zweiten Verfahren« eigentlich das Verfahren stattfinden soll. Jedenfalls kann dies nicht das Vermögen des Schadensersatzschuldners sein, denn hier fehlt es an der Prüfung des Eröffnungsgrundes. Weil

44 AcP 95. Bd., 339 ff.

45 A.a.O., S. 339 (342).

46 *Kohler*, a.a.O. vertritt hier wohl die damals noch herrschende Auffassung, dass auch der Neugläubiger Ansprüche gegen den ausgeschiedenen Kommanditisten habe, weil dieser seine Haftung ja auch durch Zahlung an die Gesellschaft hätte zum Erlöschen bringen können.

47 A.a.O., S. 344.

48 Siehe hierzu die 1. Teil 1. Kapitel II. 1. a) Fn. 104 Genannten.

49 Hiergegen mit überzeugenden Argumenten *Oepen*, Rz. 89.

insoweit das Versagen der privatautonomen Haftungssteuerung ungeprüft bleibt, ist es nicht gerechtfertigt, das Prioritätsprinzip zugunsten des insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes außer Kraft zu setzen. Daher können nur die Gesamtansprüche selbst die Masse im »zweiten Verfahren« bilden. Die Beträge, die durch ihre Einziehung erlangt werden, sind an die Gläubiger zu verteilen. Dies ist Aufgabe des Insolvenzverwalters, der hierfür die entsprechende Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis besitzt. Diese kann sich allerdings nicht unmittelbar aus § 80 InsO ergeben, denn die Gesamtschadensansprüche gehören nicht zum Vermögen des Schuldners. Insoweit ist die vermögensrechtliche Zuordnung maßgeblich. Die unmittelbare Anwendung des § 80 InsO wird auch nicht durch die künstliche Konstruktion eines gesonderten Verfahrens möglich: Ein solches kann es schon deshalb über die Gesamtansprüche nicht geben, weil diese nicht einem einzigen Rechtssubjekt zuzuordnen sind, sondern eben jedem einzelnen Gläubiger zustehen. Insofern fehlt es an einem insolvenzfähigen Vermögensträger. Die *kohlersche* Auffassung lässt sich nur auf der Basis der Theorie von der Konkursgemeinschaft der Gläubiger nachvollziehen, die er als Gesamthand deutete.⁵⁰ Ein Konkursverfahren über ein Gesamthandsvermögen ist in der Tat vorstellbar. Aber nicht nur rechtstechnisch, sondern auch funktional bereitet die Auffassung zweier Konkursgemeinschaften Schwierigkeiten, denn sie missachtet die untrennbare Verbundenheit der Gesamtansprüche mit dem Vermögen des Insolvenzschuldners, die aus ihrer beschriebenen Kompensationsfunktion folgt. Um dieses offenbar erkannte Problem zu entschärfen, war *Kohler* gezwungen, Massekosten und Masseschulden für beide Verfahren einheitlich zu berechnen. Diese Gesamtbeurteilung im Rahmen der Massekosten stellt die Aufspaltung der Konkursgemeinschaften grundsätzlich in Frage.

Gibt man deshalb die Annahme zweier Verfahren auf, bleibt die Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 80 InsO auf die Gesamtschadensansprüche. Sie gehören zwar nicht zum Vermögen des Schuldners und sie bilden auch kein insolvenzfähiges Sondervermögen, aber sie sind doch im Verfahren entsprechend den Vorschriften über Massebestandteile zu behandeln, weil auch auf sie die insolvenzrechtliche Haftungsordnung zu erstrecken ist.⁵¹

Die Deutung des § 92 InsO zwingt also weder zur Konstruktion einer *cessio legis*, noch zum Rückgriff auf das etwas undeutliche Institut der Einziehungsermächtigung. Die Befugnisse des Insolvenzverwalters sind vielmehr aus § 80 InsO analog zu gewinnen, so dass er sich bei der Geltendmachung der Gesamtschadensersatzansprüche auf eine gesetzliche Verfügungsbefugnis berufen kann. Hinsichtlich der Rechtsstellung der Gesamtschadensersatzgläubiger folgt hieraus, dass für sie die §§ 81 ff. InsO entsprechend gelten. Sie sind daher von der Verfügung über ihre Forderungen ausgeschlossen, § 81 InsO, und direkte Leistungen des Gesamtschadensersatzschuldners an die Schadensersatzgläubiger sind nur im Rahmen des § 82 InsO wirksam. Diese Deutung fügt sich unproblematisch in

50 Vgl. *Kohler*, a.a.O., S. 339.

51 Insofern ähneln sich die Wirkungen von § 92 InsO und § 143 InsO, siehe S. 42 f.

die Insolvenzrechtsdogmatik ein, denn sie vermeidet Wechsel in der vermögensrechtlichen Zuordnung und kann doch alle funktionalen Konsequenzen erklären.⁵²

2. Abgrenzung zur These vom integrierten Inkassoverfahren

Auch *Oepen* beruft sich zur Begründung seines Konzeptes auf *Kohlers* Ansatz, kommt dabei aber im Ergebnis zu einer ganz anderen Deutung des § 92 InsO. Er stützt sich nämlich entscheidend auf die von *Kohler* angenommene Konstruktion zweier Verfahren, die *Kohler* selbst allerdings z.B. bei der Berechnung von Massekosten nicht konsequent durchführte. Wenn *Oepen* das Verfahren über die Gesamtansprüche als in das Insolvenzverfahren integriertes im Übrigen aber selbständiges Inkassoverfahren⁵³ deutet, so blendet er den weit wichtigeren Gedanken aus, dass auch bezüglich der Gesamtschadensansprüche die gemeinschaftliche Zuweisung an die Schadensersatzgläubiger umgesetzt werden muss, indem diese Ansprüche über die Insolvenzmasse abgewickelt werden. Entsprechend tritt *Oepen* auch nicht für eine analoge Anwendung der §§ 80 ff. InsO ein, sondern gewissermaßen umgekehrt für eine sinngemäße Anwendung der sich auf Insolvenzforderungen beziehenden Vorschriften, §§ 87, 89 I, 187 InsO. Andere Wege führten zu einer nach seinem Verständnis zu weitgehenden Einbeziehung der Gesamtansprüche in das Insolvenzverfahren.

a) Kritik aus funktionaler Sicht

Oepens Lösung basiert auf der von ihm statuierten grundsätzlichen Selbständigkeit des Insolvenzverfahrens einerseits und des Verfahrens zur Einziehung der Gesamtansprüche andererseits.⁵⁴ Dies drückt sich schon im Titel der Arbeit »Massefremde Masse« aus, wonach die Gesamtschadensersatzansprüche also offensichtlich gerade nicht Teil der Insolvenzmasse sein sollen, sondern eigentlich einen Fremdkörper im Insolvenzverfahren bilden. Aufgrund dieser Betrachtungsweise deutet er die Gesamtschadensliquidation als in das Insolvenzverfahren integriertes Inkassoverfahren. Der innere Grund – das Bedürfnis nach Erstreckung der insolvenzrechtlichen Haftungsordnung – für die äußerliche Zusammenfassung wird dabei vernachlässigt.

Es liegt in der Konsequenz dieses Ansatzes (Trennung von »Insolvenz- und Inkassoverfahren«), dass Beträge, die im Rahmen des so genannten Inkassoverfahrens eingezogen werden, von der Insolvenzmasse gesondert zu halten sind. Die hiermit bezweckten Vorteile (Ausschüttung nur an die Gesamtschadensersatzgläubiger) können jedoch auch schon durch eine bloße Zweckbindung innerhalb der Masse erreicht werden;⁵⁵ hierfür bedarf es nicht der Bildung eines dinglich gesonderten Vermögens und erst recht nicht der Annahme eines selbständigen (Inkasso-) Verfahrens.

52 Ähnlich *Hasselbach*, DB 1996, 2213 (2214).

53 *Oepen*, Rz. 90 ff.

54 A.a.O., Rz. 207 ff.

55 Vgl. S. 62; *K. Schmidt*, Einlage und Haftung, S. 140.

Für die Deutung des § 92 InsO ist entscheidend, dass es sich bei den Gesamtschadensansprüchen um Kompensationen für Schädigungen der Masse handelt. Dass deren Abwicklung in einem selbständigen Verfahren erfolgen soll, leuchtet nicht ein, denn dann würden sie ihrer Bezüge zum Insolvenzverfahren beraubt. Daher ist für diese Ansprüche die Konstruktion des selbständigen Inkassoverfahrens abzulehnen. Es handelt sich bei ihnen gerade nicht um »massefremde Masse«, sondern ganz im Gegenteil um haftungsrechtlich dem Insolvenzschuldner zugeordnetes Vermögen. Der Insolvenzmasse kommt eben auch die Funktion der Sicherung des haftungsrechtlichen Ausgleichs zu. Über sie sind daher alle Recht abzuwickeln, die der gemeinschaftlichen Befriedigung der Insolvenzgläubiger unterliegen.⁵⁶ Hierzu gehören auch die Gesamtschadensersatzansprüche.

Hieraus folgt, dass die Gläubiger bezüglich ihrer Gesamtschadensansprüche von der Verfügungsbefugnis auszuschließen sind; eine Konsequenz, die *Oepen* mit seinem Ansatz bewusst vermeidet. Seine These, dass dies nicht erforderlich sei, weil die Einziehung der Gesamtschadensforderungen ausschließlich im Interesse der Gesamtschadensersatzgläubiger stattfindet, so dass einem Verzicht keine Hindernisse entgegenstünden, ist jedenfalls bezüglich § 92 InsO nicht überzeugend. Eine Verfügung des Schadensersatzgläubigers über seinen Quotenschadensersatzanspruch ist haftungsrechtlich eine Verfügung über Massevermögen, zu der er nicht berechtigt sein darf, weil diese die Gesamtheit der Berechtigten beträfe.⁵⁷

Im Ergebnis führte *Oepens* Ansicht dazu, dass eines der wichtigsten Ziele des Gesetzgebers bei Einführung der Insolvenzordnung jedenfalls durch die Gesamtschadensliquidation nicht erreicht werden könnte: Wenn die Gesamtschadensliquidation tatsächlich nichts anderes ist als ein selbständiges Inkassoverfahren aus Anlass des Insolvenzverfahrens, so ist nicht erkennbar, wie dieses Institut ein Beitrag zur Überwindung der Massearmut sein soll.⁵⁸

b) Kritik aus rechtstechnischer Sicht

Auch rechtstechnisch überzeugt die Konstruktion eines »Inkassoverfahrens« nicht. Denn nach herkömmlichem Begriffsverständnis liegt einem Inkassoverfahren eine treuhänderische Zession zugrunde.⁵⁹ Dieser Wechsel der Rechtszuständigkeit führt aber gerade zum Verlust der Verfügungsbefugnis der Schadensersatzgläubiger über ihre Forderungen. Wenn nach dieser Lösung die Gläubiger nicht ihre Rechtszuständigkeit verlieren sollen, dann ist

⁵⁶ *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 12.02.

⁵⁷ Wenn *Oepen*, Rz. 183, Fn. 201, dem entgegen hält, dass durch einen Verzicht eines Schadensersatzgläubigers auf seinen Quotenschadensersatzanspruch keine Masseverkürzung eintrete, da deren Einforderung einen Regressanspruch gegen den Insolvenzschuldner auslöse, und so wiederum die Passivmasse erhöhe, so trifft dieses Argument für § 92 InsO nicht zu, weil hier kein Regressanspruch des Gesamtschadensersatzschuldners gegen den Insolvenzschuldner entsteht.

⁵⁸ Hierzu S. 59.

⁵⁹ Vgl. *Larenz*, Schuldrecht I, § 34 Vc), S. 597; *Jauernig/Stürner*, BGB, § 398 Rz. 24; *Esser-Schmidt*, § 37 I 5 b); *Fikentscher*, Rz. 600.

der Ausdruck »Inkassoverfahren« also offenbar in einem untechnischen Sinn zu verstehen und soll eher eine gesetzliche Einziehungsermächtigung beschreiben.

Diese Deutung passt dann aber wiederum nicht zu der von *Oepen* für sich in Anspruch genommenen Verwandtschaft mit dem *kohlerschen* Ansatz. *Kohler* leitet die Befugnisse des Verwalters aus seiner Amtsstellung ab. Die für den Umfang der Befugnisse entscheidende Norm wäre insofern § 80 InsO. Wenn *Oepen* demgegenüber auf eine Einziehungsermächtigung zurückgreift, so löst er damit das Verfahren über die Gesamtschadensersatzforderungen aus dem haftungsrechtlich bestimmten Insolvenzverfahren heraus, so dass insbesondere der Gleichbehandlungsgrundsatz seine Berechtigung für deren Einziehung verliert.

V. Ergebnis

Auf die Gesamtschadensforderungen sind die Regeln, die schuldner eigenes Vermögen betreffen, entsprechend anzuwenden. Daher ist der Verwalter analog § 80 InsO verwaltungs- und verfügungsbefugt. Entsprechend ist analog § 81 InsO den Gesamtschadensersatzgläubigern für die Dauer des Verfahrens die Verfügungsbefugnis genommen. Ebenfalls fehlt ihnen die Empfangszuständigkeit für die Annahme von Zahlungen. Diese haben an den Verwalter zu erfolgen. Die Sperrwirkung für die Gesamtschadensersatzgläubiger ergibt sich daher nicht aus einer analogen Anwendung der für Insolvenzforderungen geltenden Vorschriften, insbesondere nicht aus § 87 InsO. Sie folgt vielmehr aus einer analogen Anwendung des § 82 InsO, nach dem massezugehörige Forderungen zur Insolvenzmasse und nicht an den Insolvenzschuldner (übertragen auf § 92 InsO: an den Gesamtschadensersatzgläubiger) zu erfüllen sind. Der Gesamtschadensersatzanspruch ist eben nicht ein Teil der Insolvenzforderung, sondern ein Bestandteil der Insolvenzmasse. Seine Einforderung kommt den Gläubigern mittelbar durch die Erhöhung ihrer Insolvenzquoten zugute.

4. Kapitel Rechtsfolgen des § 92 InsO für das Insolvenzverfahren

Bei der Analyse der Rechtsfolgen des § 92 InsO sollen zunächst die Konsequenzen aus der Einbeziehung der Gesamtschadensansprüche in die Insolvenzmasse betrachtet werden. Sodann ist zu beleuchten, welche Rechtsfolgen Sperr- und Ermächtigungswirkung für Insolvenzverwalter, Schadensersatzgläubiger und Schadensersatzschuldner haben. In einem gesonderten Abschnitt werden die sich im Zusammenhang mit § 92 InsO stellenden Aufrechnungsfragen erörtert. Schließlich wird zu zeigen sein, welche Folgen sich im Insolvenzplanverfahren und für die Eigenverwaltung nach §§ 270 ff. InsO ergeben.

I. Konsequenzen der Einziehung zur Insolvenzmasse

1. Bedeutung für das Vorliegen oder den Fortfall eines Insolvenzgrundes nach §§ 19, 212 InsO

Beim Eröffnungsgrund der Überschuldung, § 19 InsO, kommt es anders als bei der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit, §§ 17 f. InsO, nicht auf die Liquidität des Schuldners, sondern auf das Verhältnis von Aktiva und Passiva an. Daher stellt sich bei der Überschuldungsprüfung die Frage, welche Posten auf der Aktiv- und Passivseite in die Überschuldungsbilanz einzustellen sind und ob hierbei auch die Gesamtschadensansprüche zu aktivieren sind. Dies ist nach dem Zweck der Überschuldungsbilanz zu entscheiden: Sie soll darüber Auskunft geben, ab wann die Fortführung des Unternehmens ohne Eröffnung eines Insolvenzverfahrens unzulässig wird.¹ Weil die Überprüfung des Vermögensstatus dem Schutz der Gläubiger dient,² entspricht es der ganz herrschenden Meinung, Ansprüche, die unter der Bedingung der Verfahrenseröffnung stehen, insbesondere solche aus Insolvenzanfechtung und § 64 II GmbHG, nicht einzubeziehen.³ Denn sonst würden Werte angesetzt, die tatsächlich aktuell nicht im Gesellschaftsvermögen vorhanden sind. Deshalb sind auch die Gesamtschadensansprüche nicht bei der Feststellung der Überschuldung zu berücksichtigen. Es handelt sich bei ihnen – ähnlich wie bei Ansprüchen wegen Insolvenzanfechtung – um Rechte, die erst nach Verfahrenseröffnung für die Masse geltend gemacht werden können. Daher verändern diese insolvenzverfahrensabhängigen Rechte die Vermögenslage der Gesellschaft vor der Eröffnung nicht, so dass sie bei der Überschuldungsbilanz aus Gründen des Gläubigerschutzes unberücksichtigt bleiben müssen.⁴

1 Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 63 Rz. 10 (S. 3066).

2 Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 63 Rz. 26.

3 Vgl. Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 63, Rz. 42; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 63 Rz. 19, 25; Uhlenbruck, Schmidt/Uhlenbruck, Rz. 606; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 102 Rz. 6 k. A.A. für die Ansprüche aus § 64 II GmbHG Plate, S. 134.

4 Im Ergebnis ebenso, allerdings mit abweichender Begründung Oepen, Rz. 209, der hier auf die von ihm postulierte Selbständigkeit des Verfahrens über die Einziehung der Gesamtansprüche abstellt.

Entsprechend sind sie auch nicht bei der Frage zu berücksichtigen, ob das Verfahren gemäß § 212 InsO einzustellen ist. Die Abhängigkeit dieser Ansprüche vom Insolvenzverfahren erlaubt es nicht, sie bei der Prüfung seiner Voraussetzungen anzusetzen.

Es kann durch die Einziehung von Gesamtschäden aus Insolvenzverschleppung zur Masse im Übrigen schon aus rechnerischen Gründen nicht zum Wegfall der Überschuldung kommen. Denn durch diese Zahlungen wird nur ein Defizit kompensiert, das erst nach Eintritt der Insolvenzreife zusätzlich durch die pflichtwidrige Unternehmensfortführung entstanden ist. Daher können die Ersatzleistungen nie so hoch sein, dass die Überschuldung hierdurch beseitigt werden könnte. Ähnliches gilt für den zweiten Hauptanwendungsfall des § 92 InsO, die Geltendmachung der Haftung des Insolvenzverwalters für von ihm verursachte Gesamtschäden. Auch hier kann die Einziehung zur Masse nicht die Überschuldung beseitigen, da die schädigende Handlung nur einem an sich schon insolvenzreifen Vermögen einen weiteren Nachteil zugefügt hat. Die Höhe des vom alten Verwalter zu leistenden Schadensersatzes kann insofern nicht den Betrag übersteigen, der zu einem Ausgleich zwischen Aktiva und Passiva erforderlich wäre.⁵

2. Ausreichende Masse nach §§ 26 I, 207 I InsO

Eines der wesentlichen mit der Reform des Insolvenzrechts verfolgten Ziele war es, die Quote der mangels Masse nicht eröffneten Verfahren zu senken.⁶ Ob auch § 92 InsO ein Beitrag hierzu sein kann, entscheidet sich nicht zuletzt an der Frage, ob die vom Verwalter nach § 92 InsO geltend zu machenden Ansprüche bei der Feststellung der Zulänglichkeit der Masse anzusetzen sind.

Vermögensrechtlich nicht dem Insolvenzschuldner gehörende Vermögenswerte bei der Beurteilung der Massezulänglichkeit zu berücksichtigen, ist angesichts der Ansatzfähigkeit realisierbarer Ansprüche aus § 143 InsO keineswegs unbekannt oder gar systemwidrig. Bezüglich der anfechtungsrechtlichen Rückgewähransprüche ist anerkannt, dass sie wenigstens dann als Massebestandteil aktivierbar sind, wenn Prozessaussichten, Prozessrisiko und Realisierbarkeit dies als zulässig erscheinen lassen.⁷ An der grundsätzlichen Berücksichtigungsfähigkeit dieser der Masse zugeordneten Ansprüche besteht daher kein Zweifel. Ebenso wie die Vermögensgegenstände, die der Masse infolge der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit einer Rechtshandlung zufließen, müssen auch die Gesamtschadensersatzansprüche als haftungsrechtlich dem Insolvenzschuldner zugeordnete Vermögenswerte im Rahmen des § 26 InsO und der Fortsetzungsmöglichkeiten im Rahmen des § 207 I InsO berücksichtigt werden. Vorab sind dabei – ebenfalls genau wie bei

5 Anderes kann allerdings gelten, wenn der Verwalter Schadensersatz für entgangenen Gewinn zu leisten hat, weil er es beispielsweise unterlassen hat, ein für die Masse äußerst vorteilhaftes Rechtsgeschäft abzuschließen.

6 BT-Drucks. 12/7302, S. 1 ff., abgedruckt bei *Balz/Landfermann*, S. 147 f.

7 OLG Karlsruhe, ZIP 1989, 1070 f.; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 107 Rz. 1 f.; *Kilger/K. Schmidt*, KO, § 107 Anm. 2; *ders.*, KTS 1984, 345 (377); *Jaeger/Weber*, KO, 8. Aufl., § 107 Rz. 1; *Kübler/Prütting/Pape* InsO, § 26 Rz. 8; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 7.28, 21.25; *Jaeger/Henckel*, KO, § 29 Rz. 100; *Smid*, Insolvenzrecht, § 5 Rz. 11.

Ansprüchen aus Insolvenzanfechtung – Prozessrisiko, Prozesskosten und Realisierungschancen zu bewerten.⁸ Fällt diese Bewertung positiv aus, vergrößert sich die zu berücksichtigende Masse, so dass die Eröffnungschancen gesteigert werden.

Dagegen werden nach *Oepens* Auffassung⁹ die Eröffnungschancen für ein Insolvenzverfahren trotz der Zuweisung der Schadensersatzansprüche zur Masse nur mittelbar verbessert. Er leitet aus der von ihm vertretenen Unabhängigkeit von Insolvenz- und Inkassoverfahren ab, dass die Beiträge, die vom Schadensersatzschuldner erlangt werden, grundsätzlich nicht für Kosten des Insolvenzverfahrens haften.

Die eröffnungsfördernde Wirkung des § 92 InsO resultiere allein aus der degressiven Ausgestaltung der Verfahrenskostentabelle: *Open* geht davon aus, dass bei der Berechnung der Verfahrenskosten die Gesamtansprüche und die sonstige Insolvenzmasse als einheitliche Gesamtmasse zu betrachten seien. Die sich hiernach ergebenden Kosten seien dann im Verhältnis von Insolvenzmasse und Gesamtansprüchen aufzuteilen, wobei sich aufgrund des degressiven Anstiegs der Kosten jeweils niedrigere Beträge ergeben, als wenn die Kosten für das Insolvenzverfahren einerseits und die Kosten für die Einziehung der Gesamtansprüche andererseits getrennt berechnet werden. Dieses Vorgehen führt kaum zu einer nachhaltigen Verminderung der Antragsablehnungen mangels Masse. Sollte sich der masseanreichernde Effekt der Gesamtschadensliquidation tatsächlich in der Hochzoning im Rahmen der Kostentabelle erschöpfen, so wären die mit der Normierung der Gesamtschadensliquidation verfolgten Ziele vom Gesetzgeber verfehlt worden.

Es ist die oben schon aus funktionalen und dogmatischen Gründen abgelehnte These vom selbständigen Inkassoverfahren, die *Open* dazu zwingt, die Kosten für Inkasso- und Insolvenzverfahren getrennt zu berechnen. Dabei ist es schon eine Durchbrechung seines Ansatzes, wenn er bei der Berechnung der Gesamtkosten von einer einheitlichen Masse ausgeht.

Die masseanreichernde und damit eröffnungsfördernde Wirkung der Gesamtschadensliquidation geht hierüber jedoch deutlich hinaus. Bei der Beurteilung der Massezulänglichkeit erübrigt sich richtigerweise eine verhältnismäßige Aufteilung der Kosten, weil die Gesamtansprüche als Reflex von Masseverkürzungen Teil der Insolvenzmasse sind und daher nur eine einheitliche Kostenberechnung angemessen ist.¹⁰ Durch die Erfüllung des Schadensersatzanspruchs soll schließlich die Lage hergestellt werden, die bestanden hätte, wenn das betroffene Vermögen nicht geschädigt worden wäre: Wäre es nicht zur anspruchsbegründenden Masseschädigung gekommen, wären die Eröffnungschancen auf der Grundlage der ungeschmälernten Masse zu beurteilen gewesen. Die Ansprüche, die gemäß § 92 InsO vom Verwalter geltend zu machen sind, sind daher nicht anders zu behandeln als die Vermögenswerte, deren Verlust sie kompensieren sollen.

Deshalb sind sie bei der Feststellung der Zulänglichkeit der Masse i.S.d. § 26 I bzw. i.S.d. § 207 I InsO zu berücksichtigen, sofern sie durchsetzbar erscheinen. Eine Verfah-

⁸ Kübler/Prütting/Pape, InsO, § 26 Rz. 7; Smid, Insolvenzrecht, § 5 Rz. 11.

⁹ Ders., Rz. 225 ff.

¹⁰ Hiervon ging schon Kohler aus, auf den sich *Open* insofern zu Unrecht beruft. Kohler, AcP 95. Bd., 339 (344).

renseröffnung ist daher dann möglich, wenn die gesamte Insolvenzmasse, zu der die Gesamtschadensersatzansprüche des § 92 InsO gehören, die Kosten nach § 54 InsO deckt. Die Einführung des Prinzips der Gesamtschadensliquidation kann insofern ein Beitrag zur Überwindung der Antragsablehnungen mangels Masse sein. Ob hierdurch die Eröffnungsquoten nennenswert gesteigert werden, wird die Praxis zeigen.

3. Haftung für sonstige Masseverbindlichkeiten

Die Masseverbindlichkeiten gliedern sich im Insolvenzverfahren in Massekosten und sonstige Masseverbindlichkeiten nach §§ 55, 100, 123 II S. 1 InsO. Bedeutsam ist diese Unterscheidung vor allem bei der Feststellung einer ausreichenden Masse nach §§ 26, 207 InsO. Weil hierbei nur die Kosten des Verfahrens nach § 54 InsO zu berücksichtigen sind (anders als nach § 107 KO i.V.m. § 58 Nr. 2 KO), werden zwar die Eröffnungschancen des Verfahrens erhöht, es wird jedoch auch die Gefahr nur kostenproduzierender Insolvenzverfahren begründet.¹¹ Im Übrigen gilt für beide Arten von Masseverbindlichkeiten der Vorrang vor den Insolvenzforderungen gemäß § 53 InsO. Masseverbindlichkeiten sind Liquidationskosten, die bei jeder Vollstreckung gedeckt sein müssen. Für die hier interessierende Frage, ob die gemäß § 92 InsO vom Verwalter eingenommenen Beträge auch für die Tilgung sonstiger Masseverbindlichkeiten verwendet werden können oder müssen, ist der identische Zweck von Massekosten und sonstigen Masseverbindlichkeiten nach § 55 InsO zu betonen:

a) (Echte) Masseverbindlichkeiten nach § 55 InsO

Bei den echten Masseverbindlichkeiten nach § 55 InsO handelt es sich ebenso wie bei den Verfahrenskosten nach § 54 InsO um Kosten, die funktional mit der Vollstreckung der Insolvenzforderungen im Zusammenhang stehen. Zwar werden insbesondere die Verbindlichkeiten, die ein vorläufiger Insolvenzverwalter eingeht und die nach § 55 II InsO ebenfalls Masseverbindlichkeiten sind, vor Verfahrenseröffnung begründet, dies ändert jedoch nichts an ihrer funktionalen Einordnung als Liquidationskosten, denn sie dienen der Sicherung und Erhaltung des Schuldnervermögens und damit der Durchführung des Verfahrens. Es gilt insoweit also nichts anderes als für Massekosten: Weil die Gesamtschadensansprüche aufgrund ihrer kompensatorischen Funktion ein Teil der Insolvenzmasse sind, müssen die erlangten Beträge auch für Masseverbindlichkeiten nach § 55 InsO verwendet werden.

b) Sozialplanansprüche nach § 123 InsO

Gemäß § 123 II S. 1 InsO sind auch Ansprüche aus Sozialplänen, die nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgestellt werden, Masseverbindlichkeiten. Durch diese Aufwertung

¹¹ Kritisch gegenüber der Neuregelung *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 7.27.

der an sich »lupenreinen Insolvenzforderungen«¹² bleibt es auch im Insolvenzverfahren bei der Anerkennung von so genannten unechten Masseverbindlichkeiten, die ihren Entstehungsgrund nicht in der Eröffnung des Verfahrens selbst haben, sondern in vor der Eröffnung des Verfahrens liegenden Rechtshandlungen des Schuldners. Funktional sind die Forderungen aus Sozialplänen insofern nicht den sonstigen Masseverbindlichkeiten vergleichbar, weil Erstere nicht der Abwicklung des Verfahrens dienen.

Die Begründung für den Vorrang der echten Masseverbindlichkeiten liegt in ihrem untrennbaren Zusammenhang mit der Verfahrenseröffnung. Ganz anderes gilt aber für unechte Masseverbindlichkeiten, die an sich Insolvenzforderungen sind. Auch wenn die Gläubiger von Sozialplanansprüchen durch § 123 II S. 1 InsO vom haftungsrechtlichen Ausgleich unter den Insolvenzgläubigern freigestellt werden, bleibt es fraglich, ob Sozialplanforderungen auch durch Massebestandteile befriedigt werden dürfen, an denen bestimmte Insolvenzgläubiger (alle Gesamtschadensersatzgläubiger) ein besonderes Befriedigungsrecht haben. Allerdings darf die gesetzgeberische Entscheidung für die Hochzoning der Arbeitnehmeransprüche zu Masseverbindlichkeiten nicht missachtet werden. Sonst würde die theoretisch wichtige Unterscheidung zwischen echten und unechten Masseverbindlichkeiten eine praktische Bedeutung bekommen, die ihr nicht zusteht, da dem Gesetz diese Differenzierung fremd ist. Der Wille des Gesetzgebers ist daher in diesem Punkt zu respektieren, so dass die Gesamtschadensansprüche nicht von der Haftung für Sozialplanansprüche freigestellt werden können. Das bedeutet, dass sie bei der Beurteilung des Masseumfangs nach § 123 II S. 2 InsO zu berücksichtigen sind, so dass sie schließlich auch – allerdings nur bis zur 1/3 Grenze des § 123 II S. 2 InsO¹³ – für die Befriedigung der Arbeitnehmerforderungen verwendet werden können.

4. Massezugehörigkeit der vom Verwalter eingeforderten Leistung

Hiernach ergibt sich die Antwort auf die Frage, ob aus den vom Verwalter eingezogenen Beträgen eine dinglich von der Insolvenzmasse getrennte Sondermasse zu bilden ist, praktisch von selbst:

Wenn und weil die Gesamtschadensansprüche im Rahmen von §§ 26 I, 207 I InsO zu berücksichtigen sind und ihre Erlöse – wie sonstige Massebestandteile – zur Tilgung von Masseverbindlichkeiten verwendet werden müssen, ist eine Sonderbehandlung der Gesamtschadensersatzleistung im Sinne einer Sondermassenbildung nicht geboten.¹⁴

Eine wie auch immer geartete Sonderung des Eingezogenen kann allerdings dann erforderlich sein, wenn der Gesamtschadensersatzschuldner nicht allen Gläubigern der Masse haftet. Hier muss verhindert werden, dass der Erlös auch dem nicht ersatzberechtigten Insolvenzgläubiger anteilig zufließt. Zu dieser Situation kann es beispielsweise bei Quo-

12 Häseler, Insolvenzrecht, Rz. 14.21.

13 Zum Nachrang der Sozialplanansprüche hinter sonstigen Masseverbindlichkeiten: *Schwerdtner* in *Kölner Schrift*, S. 1605 (Rz. 61); *Kübler/Prütting/Pape*, InsO, § 53 Rz. 9; *Kübler/Prütting/Moll*, InsO, § 123 Rz. 72. Die problematische Enthaltungswirkung gegenüber den sonstigen Insolvenzforderungen bleibt hierdurch aber unberührt.

14 Anders *Oepen*, Rz. 91 ff.

tenschadensersatzansprüchen wegen Insolvenzverschleppung kommen, wenn einzelne Gläubiger vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, also vor Verlust der Verfügungsbefugnis, auf ihren Anspruch wirksam gegenüber dem Schadensersatzschuldner verzichtet haben.

Die Sonderstellung der Schadensersatzgläubiger lässt sich in diesen Fällen durch eine nur schuldrechtliche Zweckbindung der im Wege der Liquidation der Gesamtschadensersatzansprüche in die Insolvenzmasse gelangten Beträge zugunsten der Gesamtschadensersatzgläubiger ausdrücken:¹⁵ Nur die Gläubiger, denen tatsächlich ein Quotenschadensersatzanspruch zusteht, werden bei der Verteilung der Erlöse berücksichtigt. Die übrigen sind auf die Befriedigung aus der nicht erhöhten Insolvenzmasse zu verweisen, an deren Verteilung auch die Schadensersatzgläubiger mit ihren ungekürzten Insolvenzforderungen teilnehmen, gleichgültig in welcher Höhe sie schon aus den Gesamtschadensersatzleistungen befriedigt wurden.

Die Bildung eines vermögensrechtlich von der Masse getrennten Sondervermögens aus den Beträgen, die der Verwalter vom Schadensersatzschuldner erlangt hat, ist auch in diesem Ausnahmefall nicht erforderlich. Sie würde im Gegenteil die Zwecke der Gesamtschadensliquidation vereiteln, weil so die Leistungen auf die Gesamtansprüche vermögensrechtlich immer noch von der Masse getrennt blieben, zu der sie haftungsrechtlich gehören.

5. Auswirkungen auf die Verfahrenskosten

Die Zuordnung zur Insolvenzmasse wirkt sich auch bei der Berechnung der Verfahrenskosten aus. Die im Rahmen der Anlage 1 zum GKG Teil 4 I Nr. 4110 – 4150 anzusetzenden Gebühren richten sich gemäß § 37 GKG nach dem Wert der Insolvenzmasse. Hierunter sind sämtliche Aktiva des Schuldners zuzüglich sonstiger dem Schuldner nur haftungsrechtlich zugeordneter Vermögensgegenstände zu verstehen. Ausschlaggebend ist mithin der Wert der Teilungsmasse.¹⁶ Dies bedeutet, dass die Zugehörigkeit der Gesamtschadensansprüche zur Insolvenzmasse auf der anderen Seite auch kostentreibend wirken kann, weil sich hierdurch gegebenenfalls der nach der Gebührentabelle zu berechnende Satz erhöht. Hingewiesen sei noch darauf, dass sich nicht nur die nach § 37 GKG zu berechnenden Gerichtsgebühren erhöhen, sondern dass sich ebenfalls die Verwaltervergütung nach der Höhe der Teilungsmasse richtet, § 1 VergVO. Der zusätzliche Aufwand des Verwalters bei der Geltendmachung der Gesamtansprüche wird ihm also durch eine Erhöhung seiner Vergütung honoriert.

15 Hierfür zu § 171 II HGB *Leven*, S. 18 f.; *K. Schmidt*, Einlage und Haftung, S. 140; *ders.* in *Schlegelberger*, HGB, §§ 171, 172 Rz. 112; *Jaeger/Weber*, KO, 8. Aufl., §§ 209, 210 Rz. 32; *Häsemeyer* in *ZHR* 149. Bd., 42, 71f.; *Michel*, KTS 1991, 67 (72).

16 *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, VergVO, § 1 Rz. 6.

II. Rechtsfolgen der Ermächtigungswirkung für den Insolvenzverwalter

Die Befugnisse des Insolvenzverwalters im Rahmen des § 92 InsO bestimmen sich nach dem hier vertretenen Konzept durch entsprechende Anwendung der für massezugehörige Forderungen geltenden Vorschriften. Es soll nun im Einzelnen gezeigt werden, welche Handlungsmöglichkeiten hieraus für den Insolvenzverwalter resultieren.

1. Befugnisse zur Durchsetzung der Forderung

Ganz unstrittig ist die Berechtigung des Insolvenzverwalters zu jeder Handlung, die der Durchsetzung der Gesamtschadensforderungen dient. Dies gehört jedenfalls zur »Geltendmachung« der Forderung. Er ist also befugt, entsprechende Prozesse im eigenen Namen zu führen,¹⁷ er kann erlangte Titel vollstrecken und er besitzt schließlich auch die vorgelagerte Befugnis, den Schadensersatzschuldner durch Mahnung in Verzug zu setzen.¹⁸ Bei der Einziehung der Forderungen hat der Verwalter die Leistung für die Masse – und nicht für sich selbst als Treuhänder – einzufordern.¹⁹

2. Erlassberechtigung

Nach dem hier vertretenen Ansatz bemisst sich der Umfang der Befugnisse des Verwalters im Rahmen des § 92 InsO analog § 80 I InsO. Grundsätzlich folgt aus der Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters, dass er auch zum Erlass der Gesamtschadensforderungen berechtigt ist.²⁰ Deshalb ist er auch zum Abschluss von Vergleichen nach § 779 BGB berechtigt, die regelmäßig einen Teilerlass der Forderung enthalten²¹.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass der Umfang der Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters im Rahmen des § 80 I InsO nach der herrschenden Meinung durch den Verfahrenszweck begrenzt wird. Handlungen, die dem Zweck des Insolvenzverfahrens offensichtlich zuwiderlaufen, sind danach unwirksam.²² Eine ähnliche Begrenzung der Befugnisse des Verwalters wird man auch bei der Einziehung der Gesamtschadensforderungen entwickeln müssen. Diese nach dem Kriterium der offensichtlichen (Insolvenz-) Verfahrenszweckwidrigkeit vorzunehmen, wäre hier jedoch verfehlt, weil der Insolvenzverwalter bei der Geltendmachung der Gesamtschadensforderungen nur im Interesse der Gesamtschadensersatzgläubiger handelt. Doch auch im Rahmen des § 92 InsO ist es überzeugend, die Ermächtigung des Verwalters durch ihren Zweck zu begrenzen. Die

17 Zum Prozess über die Gesamtansprüche siehe S. 80 ff.

18 *Oepen*, Rz. 172 ff.

19 Siehe S. 62 f.

20 Ebenso *Oepen*, Rz. 177.

21 Siehe nur *Jauernig/Vollkommer*, BGB, § 779 Rz. 13.

22 H.M.: RGZ 23, 54 (62); BGH, NJW 1971, 701; *Jaeger/Henckel*, KO, § 6 Rz. 150 m.w.N.; *Jauernig*, FS f. Weber, S. 307 ff.; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 6 Rz. 37; *Kübler/Prütting/Lüke*, InsO, § 80 Rz. 28; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 14.09. Im Ergebnis ähnlich allerdings mit abweichender Begründung *Kilger/K. Schmidt*, KO, § 6 Anm. 6 a aa).

Ermächtigung, die dem Verwalter durch § 92 InsO verliehen wird, deckt daher solche Handlungen nicht, die dem Zweck der gemeinschaftlichen Einziehung zuwiderlaufen. Dieser besteht primär in der Befriedigung der Schadensersatzgläubiger. Wenn also der Erlass die Befriedigungschancen der Schadensersatzgläubiger – und nur auf ihre Interessen kommt es hier an – offensichtlich mindern sollte, so wäre er unwirksam, selbst dann, wenn der Erlass Teil eines Vergleiches ist, der für die Gesamtheit aller Insolvenzgläubiger günstig wäre. Etwas anderes gilt entsprechend, wenn der Vorteil für die Gesamtheit der Insolvenzgläubiger so groß ist, dass der spezifische Nachteil der Schadensersatzgläubiger, die ja ihrerseits am Vorteil der Gesamtheit partizipieren, ausgeglichen wird.

3. Befugnis des Insolvenzverwalters zur weiteren Übertragung seiner Berechtigung

Schließlich ist zu untersuchen, ob und unter welchen Voraussetzungen der Insolvenzverwalter seine Befugnisse an einen anderen – einen Gesamtschadensersatzgläubiger oder einen beliebigen Dritten – übertragen kann. Dies könnte in Form einer Freigabe der Gesamtansprüche, ihrer Abtretung oder schließlich durch Überlassung zur Ausübung geschehen.

a) Freigabeberechtigung

Für die Möglichkeit der Freigabe²³ der Gesamtschadensforderungen spricht zunächst, dass diese nach dem hier vertretenen Ansatz als Massebestandteile zu behandeln sind.

Allerdings widerspräche die Zulässigkeit der Freigabe dem Zweck der Gesamtansprüche. Sie dienen der Kompensation von Defiziten der Masse. Eine Freigabe würde nun aber gerade zu einer Abwicklung an der Masse vorbei führen und so die Gesamtschadensansprüche aus dem Insolvenzbeschluss entlassen. Damit würden den Insolvenzgläubigern während des Insolvenzverfahrens Verfügungen über Massebestandteile möglich. Daher ist eine Freigabe der Gesamtschadensersatzansprüche nicht zuzulassen.²⁴

b) Abtretungsberechtigung

Zu bejahen ist jedoch die Frage, ob der Verwalter die Gesamtschadensansprüche (kaufweise) abtreten kann, um sie auf diesem Weg zügig zu realisieren.²⁵ Diese Vorgehensweise erlaubt eine rasche Abwicklung des Insolvenzverfahrens und ist dann nicht (offensichtlich) verfahrenszweckwidrig, wenn sich die Abschlüsse, die zugunsten des Zessionars beim

23 Die Möglichkeit der Freigabe von Massegegenständen ist in der InsO nicht ausdrücklich geregelt, ihre Zulässigkeit wird aber von § 32 III InsO explizit vorausgesetzt.

24 Vgl. zur Unzulässigkeit der Freigabe des Anfechtungsanspruchs: *Kilger/K. Schmidt*, KO, § 36 Anm. 1. Ausschluss der Freigabemöglichkeit des Anspruchs aus § 171 II HGB: *Baumbach/Hopt*, HGB, § 171 Rz. 12; *Jaeger/Weber*, KO, 8. Aufl., §§ 209, 210 Rz. 31; *Leven*, S. 106 ff. Zu Gesamtschadensansprüchen: *Windel*, KTS 1991, 477 (513); *Bork* in *Kölner Schrift*, S. 1333 (Rz. 16), *Oepen*, Rz. 180.

25 Gegen die Abtretungsbefugnis *Oepen*, Rz. 179.

Verkauf der Forderungen hinzunehmen sind, in einem gemessen an den Prozesskosten und dem Prozessrisiko angemessenen Rahmen bewegen.²⁶ Der Erlös aus dem Verkauf fließt selbstverständlich in die Insolvenzmasse und ist unter den Gesamtschadensersatzgläubigern zu verteilen, so dass der Zweck der Gesamtschadensliquidation nicht gestört wird.²⁷

Eine solche Berechtigung des Verwalters setzt die Abtretbarkeit der Ansprüche voraus. Gegen die Abtretbarkeit des ähnlich strukturierten anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruchs wird allerdings eingewendet, dass ein Abtretungsverbot funktional das Verwerterrecht des Insolvenzverwalters sichere.²⁸ Entsprechend wird eine Abtretung (nur) dann für zulässig gehalten, wenn der Anfechtungsanspruch ohnehin auf eine Geldzahlung gerichtet ist.²⁹ Gerade diese Voraussetzung ist aber bei den Gesamtschadensansprüchen stets erfüllt, denn diese richten sich immer auf Schadensersatz in Geld. Daher kann der Verwalter die Gesamtschadensforderungen abtreten, wodurch die Realisierung der in ihnen liegenden Werte unter Umständen vereinfacht wird.

c) Delegationsberechtigung

Die Möglichkeit für den Verwalter, einen anderen, insbesondere einen der Schadensersatzgläubiger, zu ermächtigen, die Rechte aus § 92 InsO als Prozessstandschafter geltend zu machen, ist grundsätzlich ebenfalls zu bejahen.³⁰ Dies gilt jedenfalls, wenn man der herrschenden Praxis zum teilweise parallelen Problem der gewillkürten Prozessstandschaft des Insolvenzschuldners folgt.³¹ Eine Übertragung der Prozessführungsbefugnis nur zur

26 Vgl. zur Angemessenheit im Einzelnen *W. Braun*, ZIP 1985, 786 (788).

27 Ebenso zum anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruch: *Eckhardt*, KTS 1993, 585 ff.; *W. Braun*, ZIP 1985, 786 ff.; *Kübler/Prütting/Paulus*, InsO, § 143 Rz. 8. Ablehnend die h.M. seit RGZ 30, 71 (75), die dieses Ergebnis allerdings wohl aus der fehlenden Abtretbarkeit des Anfechtungsrechts selbst folgert. Dies wird besonders deutlich durch die Berufung der h.M. auf BGHZ 83, 102 (105), wo sich keine Stellungnahme zur Abtretbarkeit des Rückgewähranspruchs findet. *Kilger/K. Schmidt*, KO, § 36 Anm. 2; *Zeuner in Smid*, InsO, § 143 Rz. 28. Für eine Überprüfung der h.M. *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 36 Rz. 10. Einschränkend auch *Jaeger/Henckel*, KO, § 37 Rz. 83. Gegen die Abtretbarkeit des Recht aus § 171 II HGB *Leven*, S. 112 f.

28 RGZ 30, 71 (75 f.).

29 So *Jaeger/Henckel*, KO, § 37 Rz. 83.

30 Ebenso *Oepen*, Rz. 178; *Bork* in *Kölner Schrift*, S. 1333 (Rz. 16). Zu Gesamtschäden aus Pflichtverletzungen des Insolvenzverwalters: BGH, ZIP 1989, 1407 (1409); *Kilger/K. Schmidt*, KO, § 82 Anm. 4. Zu § 171 II HGB: BGH, BB 1974, 1360 (1361); *Baumbach/Hopt*, HGB, § 171 Rz. 12. Zum Anfechtungsanspruch *Kilger/K. Schmidt*, KO, § 36 Anm. 2.

31 Diese wird von der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur für grundsätzlich möglich gehalten (sog. modifizierte Freigabe): BGHZ 35, 180 (182 ff.); 38, 281 ff.; 100, 217 (219); *Kilger/K. Schmidt*, KO, § 6 Anm. 7a); *Kübler/Prütting/Lüke*, InsO, § 80 Rz. 66. Gegen deren Zulässigkeit wird eingewendet, dass die Zuständigkeitsordnung hinsichtlich der insolvenzbefangenen Gegenstände abschließend geregelt und daher einer rechtsgeschäftlichen Veränderung nicht zugänglich sei. *Jaeger/Henckel*, KO, § 6 Rz. 126. *Weber*, JZ 1963, 223 ff.; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 10.44; *Stein/Jonas/Bork*, ZPO, vor § 50 Rz. 42b.

Abschiebung der Kostenlast³² oder zur Vermeidung der Eigenhaftung des Verwalters³³ ist allerdings unzulässig. Wenn man entsprechend die gewillkürte Prozessstandschaft eines Schadensersatzgläubigers für grundsätzlich zulässig hält, so lässt sich sein erforderliches schutzwürdiges Interesse aus seiner materiellen Gläubigerposition herleiten. Zu beachten ist, dass der Prozessstandschafter stets Zahlung des Ersatzes in die Masse beantragen muss, denn sonst würde wiederum der Zweck des § 92 InsO umgangen.

4. Verzicht eines Schadensersatzgläubigers auf Teilnahme am Insolvenzverfahren

Zu klären bleibt, welche Auswirkungen es für die Durchsetzung der Gesamtschadensansprüche hat, wenn sich einzelne Gesamtschadensersatzgläubiger mit ihren Insolvenzforderungen nicht am Insolvenzverfahren beteiligen.

Diese Verhaltensweise ist im Insolvenzverfahren mit erheblichen Nachteilen verbunden, weil nach §§ 87, 89 InsO der auf seine Teilnahme verzichtende Gläubiger während des Verfahrens nicht nur an der Vollstreckung seiner Forderung, sondern schon an ihrer klageweise Geltendmachung gehindert ist.³⁴ Überdies fällt auch der Neuerwerb des Schuldners nach § 35 InsO in die Insolvenzmasse, wodurch die Befriedigungschancen nach dem Ende des Verfahrens weiter verschlechtert werden. Schließlich muss auch der außenstehende Insolvenzgläubiger eine Kürzung seiner Recht durch einen Insolvenzplan – an dessen Aufstellung er selbst nicht beteiligt ist – gemäß § 254 I S. 3 InsO hinnehmen.³⁵

Es ist nicht zu bezweifeln, dass wenigstens die Sperrwirkung des § 92 InsO hinsichtlich der Gesamtschadensforderungen auch für nicht am Verfahren teilnehmende Insolvenzgläubiger gilt. Der einzelne Insolvenzgläubiger kann sich nicht der Sperrwirkung entziehen, indem er auf die Verfahrensteilnahme verzichtet, um gleichzeitig Befriedigung aus dem Vermögen des Gesamtschadensersatzschuldners zu suchen. Ähnlich wie die §§ 87, 89 InsO auch für den nicht am Insolvenzverfahren teilnehmenden Insolvenzgläubiger gelten,³⁶ so muss auch die Sperrwirkung des § 92 InsO ihn von der Durchsetzung seiner Forderung gegen den Schadensersatzschuldner während des Verfahrens ausschließen.³⁷

Näher zu untersuchen ist daher nur, welche Konsequenzen sich für den Umfang der Ermächtigung des Verwalters ergeben, wenn einzelne Insolvenzgläubiger mit Gesamtschadensansprüchen nicht am Verfahren teilnehmen. Der Umfang der Ermächtigung des Verwalters ist davon unabhängig, ob sich alle Gläubiger des Insolvenzschuldners am Verfahren beteiligen. Der Verwalter macht stets die gesamte Höhe der durch den Schädiger verursachten Masseminderung geltend und verteilt den Erlös unter den teilnehmenden Gläubigern.

32 Vgl. BGHZ 96, 151 (153); *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 10.44.

33 Hierzu *Weber*, JZ 1963, 223 (224).

34 Begr. zu § 98 RegEInsO, abgedruckt bei *Balz/Landfermann*, S. 302. Insofern reicht § 87 InsO weiter als § 12 KO. Vgl. *Smid* in *Smid*, InsO, § 87 Rz. 2; *Eickmann* in HK - InsO, § 87 Rz. 3; *App* in FK-InsO, § 87 Rz. 3.

35 Eine weitere Schlechterstellung folgt aus §§ 286, 301 I S. 2 InsO.

36 *Smid* in *Smid*, InsO, § 87 Rz. 2; *Eickmann* in HK - InsO, § 87 Rz. 2.

37 Ebenso *Bork* in *Kölner Schrift*, S. 1333 (Rz. 13).

Dieses Ergebnis lässt sich wiederum durch einen Vergleich mit dem Institut der Insolvenzanfechtung begründen:³⁸ Das Anfechtungsrecht selbst ist ebenso wie der Rückforderungsanspruch davon unabhängig, ob sich alle Gläubiger am Verfahren beteiligen. Die angefochtene Leistung gehört zur Insolvenzmasse, und diese wird im Insolvenzverfahren – notfalls im Rahmen einer Nachtragsverteilung – vollständig verteilt. Selbst wenn also der verzichtende Gläubiger außerhalb der Insolvenz ein Einzelanfechtungsrecht nach §§ 3 ff. AnfG haben sollte, so ist er doch gemäß § 16 AnfG zum einen von dessen Ausübung ausgeschlossen, zum anderen kann er die Anfechtung durch den Verwalter und die Einforderung nach § 143 InsO nicht verhindern. Die angefochtene Leistung wird vollständig zur Masse gezogen. Entsprechend ist die Gesamtschadensliquidation auch dann in vollem Umfang möglich, wenn sich nicht alle Gläubiger von Gesamtschadensansprüchen mit ihren Insolvenzforderungen am Verfahren beteiligen.³⁹

Fragt man nach der praktischen Umsetzung dieser Befugnis des Verwalters, so muss man bei der Haftung wegen Insolvenzverschleppungsschäden erneut die Berechnungsweise des Quotenschadens in den Blick nehmen: Hierbei sind zunächst die hypothetischen Stichtagsforderungen zu ermitteln.⁴⁰ Diese ergeben sich aus den schon im Zeitpunkt der Insolvenzreife bestehenden Insolvenzforderungen. Der Quotenschaden lässt sich wenigstens bei Insolvenzverschleppungsschäden daher gar nicht anders als unter Nichtberücksichtigung der nicht angemeldeten Forderungen berechnen, weil deren Höhe unbekannt ist.⁴¹ Da sich der Quotenschaden aus einem Vergleich der Sollquote und der Istquote ergibt und da bei keinem der beiden Werte die nicht angemeldeten Forderungen mitgerechnet werden können, gilt, dass die Feststellung der Insolvenzforderungen den Umfang des Quotenschadens abschließend bestimmt. Der so errechnete Betrag kann vollständig und ausschließlich vom Verwalter geltend gemacht werden. Wenn der Gläubiger auf seine Teilnahme am Verfahren verzichtet, so verzichtet er daher auch auf die Berücksichtigung seiner Forderungen bei der Berechnung des Gesamtschadens. Insofern wirkt das Schlussverzeichnis, das die zu berücksichtigenden Insolvenzforderungen und Einwendungen gegen sie abschließend feststellt, nicht nur in dieser Hinsicht präkludierend,⁴² sondern dadurch auch bezüglich der Frage, welchem Gläubiger des Schuldners ein Quotenschaden entstanden ist und welche Höhe dieser hat.

Wenn *Bork*⁴³ die gegenteilige Lösung vertritt, nach welcher der Verwalter nicht berechtigt sei, Gesamtschadensforderungen nicht teilnehmender Gläubiger zu liquidieren, so unterstellt er deren Berechenbarkeit außerhalb des Feststellungsverfahrens. Um die

38 *Unger*, KTS 1960, 33, (36 f.) weist auf die funktionale Vergleichbarkeit von § 171 II HGB und dem Anfechtungsrecht hin. Auch er kommt zu dem Ergebnis, dass auch nicht angemeldete Forderungen in den Anwendungsbereich von § 171 II HGB fallen.

39 A.A. *Bork* in *Kölner Schrift*, S. 1333 (Rz. 14); *Oepen*, Rz. 83 (die Gesamtliquidation nicht angemeldeter Forderungen sei »sinnlos«). A.A. zu § 171 II HGB BGH, JZ 1958, 699 (700).

40 Zur Berechnung *K. Schmidt*, NZI 1998, 9 (13).

41 Hierauf weist *Oepen*, Rz. 83 zutreffend hin. Ebenso *Bork* in *Kölner Schrift*, S. 1333 (Rz. 14).

42 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 7.65; *Breutigam/Blersch/Goetsch*, InsO, § 197 Rz. 17 f.; *Smid* in *Smid*, InsO, § 197 Rz. 7 a.E.

43 A.a.O.

praktischen Probleme zu lösen, ist er gezwungen, eine Vermutung zugunsten des Insolvenzverwalters zu konstruieren, dass alle Gläubiger ihre Forderungen angemeldet hätten. Dieser Konstruktion bedarf es nicht, wenn man beachtet, dass es im Rahmen von § 92 InsO um den Ersatz von Schmälerungen der Masse, also Quotenschäden geht, die nur die eine Quotenzahlung begehrenden Gläubiger treffen.

Der Insolvenzverwalter kann daher stets den gesamten Quotenschaden beim Schadensersatzschuldner einfordern.⁴⁴ Dem auf die Teilnahme verzichtenden Gläubiger ist es auch nicht möglich, Gesamtschadensansprüche nach dem Ende des Verfahrens selbständig durchzusetzen, weil sich für ihn aufgrund seiner Nichtteilnahme am Verteilungsverfahren gar keine ersatzfähige Quotenminderung feststellen lässt. Er ist auf die Nachhaftung des Insolvenzschuldners nach § 201 InsO zu verweisen.

III. Rechtsfolgen der Sperrwirkung

Die Sperrwirkung des § 92 InsO – also der Ausschluss der Schadensersatzgläubiger von der Einziehung ihrer Ansprüche – ergibt sich nach dem hier verfolgten Ansatz aus dem Verlust der Verfügungsbefugnis. § 92 InsO drückt diese Konsequenz nur unvollkommen aus, wenn es dort heißt, dass die Forderungen während des Verfahrens nur vom Verwalter geltend gemacht werden können.

1. Konsequenzen für die Stellung der Gesamtschadensersatzgläubiger

Aufgrund der gebotenen analogen Anwendung der für massezugehörige Forderungen geltenden Vorschriften ähnelt die Position der Gesamtschadensersatzgläubiger insoweit stark der des Insolvenzschuldners. Da ihnen die Verfügungsbefugnis über die Gesamtschadensersatzforderungen nicht mehr zusteht, haben sie während des Insolvenzverfahrens auch das Recht verloren, diese abzutreten, sie zu stunden, zu erlassen oder ihre Erfüllung anzumahnen. Entsprechende Handlungen sind analog § 81 I InsO unwirksam. Hinsichtlich des Beginns der Verfügungssperre ist § 81 III InsO entsprechend anzuwenden.

a) Klagesperre

Weiterhin ist ein Gesamtschadensersatzgläubiger nach Verfahrenseröffnung nicht mehr befugt, seinen Ersatzanspruch selbständig gerichtlich durchzusetzen.⁴⁵ Dies ergibt sich

44 Insoweit ergibt sich keine Abweichung vom Standpunkt *Keuks*, ZHR 135. Bd., 410 (432) zu § 171 II HGB. Die Ermächtigung des Verwalters geht auch nach hier vertretener Ansicht nie weiter als es die Befriedigung der Gläubiger erfordert. Auch nach der Lösung von *Keuk* kann der Verwalter bei § 171 II HGB die gesamte Haftsumme des Kommanditisten einziehen, wenn dies zur Befriedigung der teilnehmenden Gläubiger erforderlich ist, selbst wenn einzelne Gläubiger nicht am Verfahren teilnehmen.

45 Zur Vereinbarkeit der Klagesperre mit der Rechtsweggarantie des Art. 6 EMRK, *Oepen*, ZIP 2000, 526 ff.

allerdings nicht aus § 87 InsO, denn diese Norm behandelt die Handlungsmöglichkeiten der Insolvenzgläubiger in Bezug auf ihre Insolvenzforderungen. Die Klagesperre folgt für die Gesamtschadensersatzgläubiger vielmehr aus dem Fehlen ihrer Prozessführungsbefugnis. Als »prozessuale Schwester der Verfügungsbefugnis« steht sie grundsätzlich dem zu, der nach materiellem Recht über den geltend gemachten Anspruch verfügen kann.⁴⁶ Mit der Verfügungsbefugnis haben die Gläubiger daher auch die Prozessführungsbefugnis über ihre Gesamtschadensforderungen verloren.⁴⁷

Zu erwägen wäre, ob die Gläubiger ihre Gesamtschadensforderungen ausnahmsweise dann selbst für die Masse einklagen dürfen, wenn zu befürchten steht, dass der Verwalter dies unterlassen wird, so dass der Anspruch zu verjähren droht.⁴⁸ Doch auch in diesem Fall ist daran festzuhalten, dass die Gesamtschadensersatzgläubiger die Gesamtansprüche nicht für die Masse geltend machen können.⁴⁹ Sie unterliegen der ausschließlichen Zuständigkeit des Verwalters. Bei schuldhafter Versäumung der Geltendmachung wird man den Schadensersatzgläubigern mit einem Ersatzanspruch gegen den Verwalter nach § 60 InsO helfen können. Bezüglich der Verjährung der Gesamtschadensansprüche ist im Übrigen der Rechtsgedanke des § 18 II AnfG analog anzuwenden.⁵⁰ Danach sind Anfechtungsrechte, die der Verwalter nicht während des Verfahrens geltend gemacht hat, jedenfalls noch ein Jahr nach Verfahrensbeendigung durchsetzbar.⁵¹

b) Vollstreckungssperre

Weil der einzelne Schadensersatzgläubiger mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Verfügungsbefugnis über seinen Quotenschadensersatzanspruch verloren hat, kann er auch nicht mehr aus solchen Titeln vollstrecken, die er (ausnahmsweise⁵²) schon vor Verfahrenseröffnung gegen den Schadensersatzschuldner erlangt hat^{53,54}. Mit der Verfügungsbefugnis fällt auch die Berechtigung zur Durchsetzung des Anspruchs weg. Dies kann vom

46 Vgl. BGHZ 32, 279 (281); 51, 125 (128); *Zöller/Vollkommer*, ZPO, Vor § 50 Rz. 18.

47 Dies hindert sie allerdings nicht daran, dem vom Insolvenzverwalter gegen den Gesamtschadensersatzschuldner geführten Streit als Nebenintervenient nach § 66 ZPO beizutreten. *Oepen*, Rz. 115. Für den Anfechtungsprozess *Stein/Jonas/Bork*, ZPO, § 66 Rz. 13; *Zöller/Vollkommer*, ZPO, § 66 Rz. 9.

48 So OLG München, Rpfleger 1988, 115; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 82 Rz. 5.

49 BGH, ZIP 1989, 1407 f.; bestätigt durch BGH, ZIP 1993, 1886 (1887).

50 *Oepen*, Rz. 106.

51 Siehe zur analogen Anwendung des § 18 II AnfG im Einzelnen S. 86 f.

52 Solche Fälle werden selten eintreten, weil sie jedenfalls nicht die Haftung des Insolvenzverwalters betreffen können – diese Ansprüche entstehen erst nach der Eröffnung des Verfahrens – und im Rahmen der Insolvenverschleppungshaftung eine Bezifferung und daher auch eine klageweise Geltendmachung des Ersatzanspruchs vor Verfahrenseröffnung regelmäßig kaum möglich ist.

53 Der Insolvenzverwalter kann derartige Titel nach § 727 I ZPO auf sich umschreiben lassen und seinerseits aus diesen vollstrecken.

54 *Oepen*, Rz. 103 greift zur Begründung dieses Ergebnisses auf § 89 I InsO zurück.

Schadensersatzschuldner im Wege der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO geltend gemacht werden.⁵⁵

Dagegen kann der Insolvenzverwalter gegen Vollstreckungsversuche der Schadensersatzgläubiger nicht nach § 771 ZPO vorgehen, weil ihm an dem Gegenstand, in den vollstreckt wird, kein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht. Seine Berechtigung bezieht sich vielmehr auf den titulierten Anspruch, der vollstreckt wird. Deshalb greift auch § 91 InsO nicht ein, denn die Vollstreckung erfolgt in diesem Fall nicht in einen massezugehörigen Gegenstand, so dass auch kein Recht an einem massezugehörigen Gegenstand erworben wird; vollstreckt wird eben ein massezugehöriger Anspruch. Daher kann der Insolvenzverwalter auch nicht nach § 766 ZPO mit der Vollstreckungserinnerung gegen den Gläubiger vorgehen.⁵⁶

Hieraus entstehen für den Insolvenzverwalter und die übrigen Gläubiger jedoch so lange keine Nachteile, wie der Schadensersatzschuldner leistungsfähig ist, denn dann bleibt es dem Verwalter weiterhin möglich, den Gesamtschadensersatzanspruch geltend zu machen – reduziert um den Anteil des Gläubigers, der sich bereits durch Vollstreckung befriedigt hat. Ist der Schadensersatzschuldner seinerseits insolvent, so kann der Insolvenzverwalter das, was der Gläubiger durch seine Vollstreckung über die ihm zustehende Quotenerhöhung hinaus erlangt hat, nach § 812 BGB kondizieren.⁵⁷

- c) Keine Anwendung der Insolvenzanfechtungsvorschriften auf vor Verfahrenseröffnung erlangte Deckungen

Entgegen einer teilweise vertretenen Ansicht⁵⁸ unterliegen Leistungen des Gesamtschadensersatzschuldners vor Verfahrenseröffnung an einzelne Gläubiger nicht der Insolvenzanfechtung. Eine solche Befriedigung an der Masse vorbei ist für die anderen Gläubiger so lange irrelevant, wie der Schuldner zur Erfüllung des restlichen – um die befriedigte Forderung verminderten Ersatzanspruchs – in der Lage ist. Denn der Insolvenzverwalter kann in diesem Fall die Erfüllung des restlichen Gesamtschadensersatzanspruchs zur Masse verlangen und den Erlös nur unter den noch nicht befriedigten Gläubigern verteilen. Sie erhalten dabei nicht weniger als sie bei vollständiger Geltendmachung des Gesamtschadens erhalten hätten, denn an dessen Verteilung hätten auch alle Gläubiger teilgenommen. Weil es insofern an einer Benachteiligung der übrigen Gläubiger fehlt, kommt die Insolvenzanfechtung nach §§ 129 ff. InsO nicht in Betracht.⁵⁹

55 Zur Möglichkeit des Vollstreckungsschuldners nach § 767 ZPO vorzugehen, wenn der Gläubiger die Verfügungsbefugnis über den betitelten Anspruch verloren hat: *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, § 767 Rz. 22; *Zöller/Herget*, ZPO, § 767 Rz. 12, *Brehm*, JZ 1985, 342. *Oepen*, Rz. 168, hält dagegen § 766 ZPO für einschlägig.

56 Zur Anwendbarkeit des § 766 ZPO im Rahmen des § 91 InsO: *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 10.05, 10.18. Zur Rechtlosigkeit des neuen Gläubigers in Fällen des § 727 ZPO, wenn die Umschreibung scheitert: *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, § 727 Rz. 46.

57 Ebenso *Häsemeyer*, ZHR 149. Bd., 42 (56) für die vergleichbare Problematik bei § 171 II HGB.

58 *Bork* in *Kölner Schrift*, S. 1333 (Rz. 27); *Oepen*, Rz. 132 ff.

59 Gleichbehandlungsrelevant sind solche Deckungen allenfalls insofern, als sie es unmöglich machen, die Quotenschadensersatzleistung, soweit der Gläubiger sie bereits erhalten hat, zur

Gleichbehandlungsrelevant ist die Befriedigung eines Quotenschadensersatzgläubigers erst dann, wenn der Gesamtschadensersatzschuldner seinerseits insolvent wird, so dass er den restlichen Quotenschaden nicht mehr vollständig befriedigen kann. Die übrigen Gläubiger erleiden dann eine Einbuße bei der Geltendmachung durch den Verwalter. Diese Benachteiligung ist aber auf das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schadensersatzschuldners zu beziehen, weil die Leistung auf den Quotenschadensersatzanspruch dann nicht nur die übrigen Gesamtschadensersatzgläubiger benachteiligt, sondern alle Gläubiger des Schadensersatzschuldners. Die Insolvenzanfechtung kann daher in diesen Fällen allein vom Insolvenzverwalter über dessen Vermögen erklärt werden.⁶⁰ Der nach § 92 InsO vorgehende Verwalter kann allenfalls Einzelanfechtungsrechte nach dem AnfG geltend machen.

Nichts anderes ergibt sich aus dem Gedanken des § 16 II AnfG. Hiernach unterliegen Befriedigungen, die ein Gläubiger vor Verfahrenseröffnung für seinen Einzelanfechtungsanspruch erhalten hat, der Insolvenzanfechtung nach § 130 InsO. Dieser Rechtsgrundverweis⁶¹ lässt sich trotz der Vergleichbarkeit von Anfechtungsrecht und Gesamtschadensliquidation nicht auf § 92 InsO übertragen. Anders als der Anfechtungsschuldner haftet der Schadensersatzschuldner nicht gegenständlich beschränkt. Die Anfechtbarkeit begründet sich im Falle des § 16 II AnfG daraus, dass der Gegenstand des Anfechtungsanspruchs haftungsrechtlich dem Vermögen des Insolvenzschuldners zugeordnet ist. Bei den hier in Rede stehenden Befriedigungen für Quotenschäden ist aber gerade nicht das Geleistete, sondern der Anspruch, auf den geleistet wurde, der Insolvenzmasse zuzuordnen.⁶² Diese Zuordnung würde nicht verwirklicht, wenn das Geleistete zur Masse gezogen würde, denn wenn diese Leistung haftungsrechtlich unwirksam sein sollte, so gehört der Leistungsgegenstand noch zum Vermögen des Leistenden also des Schadensersatzschuldners. Daher kann die Insolvenzanfechtung nur vom Verwalter über dessen Vermögen erklärt werden.

Der Gesamtschadensersatzschuldner wird sich bei der Inanspruchnahme durch den Insolvenzverwalter mit dem Einwand verteidigen, er hätte bereits einen Teil der Gesamtschadensersatzforderung erfüllt, nämlich den Betrag, den er schon an den Gläubiger vor Verfahrenseröffnung geleistet hat. Hiermit ist er nur dann zu hören, wenn er zeigen kann, dass der Betrag, den er an den Gläubiger gezahlt hat, dessen tatsächlichem Quotenschaden entsprach oder diesen unterschritt. Denn der Schadensersatzschuldner kann die Leistung an den Gläubiger nur insoweit in Ansatz bringen, wie ein Quotenschaden für diesen tatsächlich bestand. Die Berechnung des Quotenschadens des befriedigten Gläubigers wird allerdings dem Schadensersatzschuldner regelmäßig unmöglich sein, denn wie groß der Anteil des Gläubigers am Gesamtschaden ist, lässt sich zuverlässig erst nach Abschluss

Tilgung von Masseverbindlichkeiten zu verwenden. Dies könnte die Ausschüttungsquote der übrigen Gesamtschadensersatzgläubiger beeinträchtigen. In diesen Fällen kann aber die Belastung des vorab befriedigten Gesamtschadensersatzgläubigers mit den anteiligen Massekosten durch eine entsprechende Verminderung der auf seine Insolvenzforderung zu zahlenden Quote verwirklicht werden.

60 Zum Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schadensersatzschuldners siehe S. 91 f.

61 *Huber*, AnfG, § 16 Rz. 17.

62 Siehe S. 42 ff.

des Feststellungsverfahrens berechnen. Denn erst dann steht fest, wie viele Gläubiger am Gesamtschadensersatzanspruch partizipieren. Unsicherheiten hinsichtlich der Höhe der einzelnen Quotenschadensforderung gehen insofern zu Lasten des Schädigers, der sich an den über Gebühr befriedigten Empfänger der Ersatzleistung halten muss. Würde man es umgekehrt dem Insolvenzverwalter aufgeben, die Höhe der Quotenschadensersatzforderung anzugeben und darzulegen, in welcher Höhe tatsächlich eine Forderung bestand, würde man die Einforderung des Gesamtschadens weitgehend blockieren, denn auch ihm ist dies erst möglich, wenn das Forderungsfeststellungsverfahren abgeschlossen ist.⁶³ Damit würde man die Darlegungslast des Insolvenzverwalters überspannen, denn dieser kann sich bei der Geltendmachung des Gesamtschadens im Übrigen damit begnügen, zu zeigen, dass und in welcher Höhe der Masse ein Schaden entstanden ist. Wie sich dieser auf die einzelnen Gläubiger verteilt, ist sekundär und muss daher vom Schädiger dargetan werden, wenn er sich erfolgreich darauf berufen will, bereits einen von ihnen befriedigt zu haben.

Aus denselben Gründen ist § 88 InsO nicht auf im Wege der Zwangsvollstreckung vor Verfahrenseröffnung erlangte Deckungen für Quotenschadensersatzansprüche anzuwenden. Nach dieser Vorschrift sind Sicherungen,⁶⁴ die ein Insolvenzgläubiger durch Zwangsvollstreckungen in das Vermögen des Schuldners innerhalb des letzten Monats vor Antragstellung erlangt hat, dinglich unwirksam. Funktional ist die so genannte Rückschlagsperre damit eine Ergänzung der Vorschriften über die Insolvenzanfechtung und dient der Gleichbehandlung der Gläubiger.⁶⁵ Weil diese aber auch durch im Wege der Zwangsvollstreckung erlangte Deckungen nur dann beeinträchtigt wird, wenn der Schadensersatzschuldner insolvent ist oder wird, besteht für die Anwendung des § 88 InsO auch nur im Verfahren über dessen Vermögen ein Bedürfnis. Zum Schutze der Funktion des § 92 InsO bedarf es der Rückschlagsperre deshalb nicht.⁶⁶

d) Massegläubiger als Gesamtschadensersatzgläubiger

Oben wurde bereits erläutert, dass die nach § 92 InsO vom Verwalter eingezogenen Beträge auch für die Tilgung von Masseverbindlichkeiten verwendet werden können und müssen.⁶⁷ Dies ist die zwingende Konsequenz der Zugehörigkeit der Gesamtschadensansprüche zur Insolvenzmasse.

63 Gerade deshalb werden Zahlungen des Schadensersatzschuldners an einen Gläubiger vor Verfahrenseröffnung selten bleiben. Die Frage ihrer Anfechtbarkeit ist daher eher von theoretischem Interesse.

64 Zur Kritik an der durch § 88 InsO unberührten Wirksamkeit durch Zwangsvollstreckung erlangter Befriedigungen, siehe *Wolf* in *Insolvenzrecht im Umbruch*, S. 113 (117); zustimmend *Eickmann* in *HK-InsO*, § 88 Rz. 4.

65 *Smid* in *Smid*, *InsO*, § 88 Rz. 4.

66 Im Ergebnis ebenso, allerdings mit abweichender Begründung: *Oepen*, Rz. 134, der die Regelung des § 16 II AnfG nicht nur für analog anwendbar, sondern auch für abschließend hält, und auf diesem Weg zu einem Ausschluss des § 88 InsO kommt.

67 Siehe S. 61 ff.

Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, ob und wann auch Gesamtschadensersatzansprüche der Massegläubiger der Sperrwirkung des § 92 InsO unterliegen. Durch den Wortlaut ist die Anwendung des § 92 InsO auf Ansprüche von Insolvenzgläubigern beschränkt. Diese Begrenzung überzeugt grundsätzlich, weil die Massegläubiger nicht an der gemeinschaftlichen Zuweisung der Insolvenzmasse teilnehmen. Auf Gesamtschadensersatzansprüche von Massegläubigern könnte § 92 InsO insofern allenfalls analog angewendet werden.

Vor einer Diskussion der Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung des § 92 InsO ist zu klären, wann überhaupt entsprechende Ersatzansprüche für Massegläubiger bestehen: Ein Gesamtschaden ist gleichbedeutend mit einer Minderung der Insolvenzmasse. Hieraus erwachsen den Insolvenzgläubigern Schadensersatzansprüche in Höhe ihres Quotenschadens. Masseverbindlichkeiten sind dagegen gemäß § 53 InsO grundsätzlich in voller Höhe vorweg zu berichtigen. Insofern kann den Massegläubigern im Normalfall kein »Quotenschaden« entstehen, auf den sich ein Anspruch gegen den Schadensersatzschuldner stützen ließe. Etwas anderes gilt nur dann, wenn es zur Anzeige der Masseunzulänglichkeit nach § 208 InsO durch den Verwalter kommt. Diese führt dazu, dass auch Massegläubiger Ausfälle mit ihren Forderungen erleiden, weil sie nunmehr gemäß der Rangordnung des § 209 InsO befriedigt werden. Den hierbei ganz oder teilweise ausfallenden Massegläubigern stehen in entsprechender Höhe Ersatzansprüche gegen den Schadensersatzschuldner zu, der schuldhaft die Masse verkürzt hat, weil hierdurch ihre Befriedigungsmöglichkeiten geschmälert wurden. Allerdings kann dies nur die Haftung des Insolvenzverwalters für Masseverkürzungen betreffen, denn die Pflicht, rechtzeitig Insolvenzantrag zu stellen, obliegt den Gesellschaftsorganen nicht auch gegenüber den Massegläubigern, soweit sie ihre Ansprüche erst nach Verfahrenseröffnung erwerben, so dass die entsprechenden Vorschriften für diese keine Schutzgesetze sind.⁶⁸ Neben die Gesamtansprüche können Individualansprüche einzelner Gläubiger aus § 61 InsO treten. Diese können in keinem Fall vom (neuen) Insolvenzverwalter nach § 92 InsO geltend gemacht werden, denn sie sind nicht in die insolvenzrechtliche Haftungsabwicklung einzubeziehen, weil sie aus dem zweiseitigen Rechtsverhältnis zwischen Verwalter und Massegläubiger herrühren.

Unter den Massegläubigern wird durch die verhältnismäßige Befriedigung nach § 209 InsO wenigstens innerhalb derselben Rangklasse Gleichbehandlung hergestellt.⁶⁹ Dies wird aufgrund der Unzulänglichkeit der Insolvenzmasse erforderlich. Allerdings ordnet § 210 InsO nur für die Altmassegläubiger des § 209 Nr. 3 InsO eine Vollstreckungssperre an; die Gläubiger des § 54 InsO und die Neumassegäubiger des § 209 Nr. 2 InsO können sich dagegen auch noch nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit durch Einzelvollstreckungen in die Masse befriedigen.⁷⁰ Wenn man auch den Altmassegläubigern diese Mög-

68 Vgl. BGHZ 110, 342 (361); *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 64 Rz. 37.

69 Zur gleichbehandlungsherstellenden Funktion des § 209 InsO: *Smid* in *Smid*, InsO, § 209 Rz. 1; zurückhaltend *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 14. 23.

70 Allerdings war unter der Geltung der KO anerkannt, dass der Eintritt der Masseunzulänglichkeit zu einer materiellen Verkürzung des Bezugsrechts auch der Neumassegäubiger führt, wenn

lichkeit beließe, so könnten sie durch Einzelzwangsvollstreckungen die Ordnung des § 209 InsO unterlaufen, nach der sie letztrangig zu befriedigen sind. § 210 InsO erfasst jedoch nicht explizit die Vollstreckung der Gesamtschadensansprüche. Insofern könnten sich auch die Altmassegläubiger trotz § 210 InsO noch nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit hieraus befriedigen. So würde aber die wenigstens hinsichtlich dieser Gruppe allseitig konzipierten Regelung der §§ 208, 209 InsO ausgehebelt. Um die Beachtung der Rangordnung der §§ 208, 209 InsO zu gewährleisten, ist § 92 InsO auf die Ersatzansprüche der Altmassegläubiger gegen den Ersatzschuldner nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit analog anzuwenden.⁷¹ Dies führt dazu, dass der Verwalter nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit analog § 92 InsO dazu berechtigt ist, den Gesamtschaden vollständig auch im Interesse der Massegläubiger geltend zu machen und die erlangten Beträge entsprechend der Rangordnung des § 209 InsO zu verteilen. Besondere Bedeutung gewinnt dies, wenn das die Ersatzpflicht begründende Verhalten eine ohnehin bestehende Masseunzulänglichkeit vertieft hat, denn dann führt auch die Beitreibung des Gesamtschadens nicht zur vollständigen Befriedigung aller Massegläubiger.

2. Konsequenzen der Sperrwirkung für die Stellung des Gesamtschadensersatzschuldners

Der Übergang der Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter und der damit verbundene Verlust der Einziehungsbefugnis für die Gesamtschadensersatzgläubiger haben schließlich auch Konsequenzen für den Schuldner der Gesamtansprüche.

a) Direktzahlungen des Schädigers an den Gläubiger

Aus der Sperrwirkung folgt, dass der Schadensersatzschuldner nach Verfahrenseröffnung nicht mehr schuldbefreiend an die Gesamtschadensersatzgläubiger leisten kann. Seine Ersatzleistung hat in die Masse zu erfolgen. Direktzahlungen haben grundsätzlich keine Tilgungswirkung, weil den Gläubigern die Verfügungsbefugnis und entsprechend auch die Empfangszuständigkeit fehlt.⁷² In § 103 II RegEInsO war noch für den Schadensersatzschuldner eine entsprechende Anwendung des § 93 RegEInsO (entspricht § 82 InsO) vorgesehen. Solche Leistungen hätten also für den Ersatzschuldner befreiende Wirkung gehabt, sofern er nichts von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens wusste. Diese Regelung ist vom Rechtsausschuss »im Interesse der Straffung des Entwurfs« nicht übernom-

auch deren Forderungen nicht mehr in vollem Umfang befriedigt werden können. Danach können Vollstreckungsversuche von Neumassegläubigern mit der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO abgewehrt werden. Vgl. hierzu *Kübler/Prütting/Pape* InsO, § 210 Rz. 6 m.w.N.

71 Ebenso *Bork* in *Kölner Schrift*, S. 1333 (Rz. 11); *Oepen*, Rz. 201 f. Eine Erstreckung der Sperrwirkung auch auf die Neumassegläubiger ist dagegen angesichts des eindeutigen Wortlauts des § 210 InsO nicht möglich. Zur abzulehnenden analogen Anwendung des § 210 InsO auf diese Gruppe: *Kübler/Prütting/Pape*, InsO, § 210 Rz. 6.

72 Vorbehaltlich einer möglichen Genehmigung durch den Verwalter nach §§ 362 II, 185 II S. 1 BGB. Zum Zusammenhang von Verfügungsbefugnis und Empfangszuständigkeit: *Larenz*, *Schuldrecht I*, § 18 I 5.

men worden;⁷³ die Lösung sollte der Rechtsprechung überlassen bleiben. Die Streichung durch den Rechtsausschuss ist zu begrüßen: § 82 InsO hätte ohnehin bezüglich der Gesamtschäden nur einen sehr schmalen Anwendungsbereich: Wann wird es vorkommen, dass ein GmbH-Geschäftsführer, der die Insolvenzantragstellung versäumt hat, nichts von der inzwischen erfolgten Eröffnung des Verfahrens weiß und daher direkt an einen der Gesellschaftsgläubiger zahlt? Für diesen Fall mag man die Leistung des Geschäftsführers in der Höhe des Quotenschadens des einzelnen Gläubigers für befreiend analog § 82 InsO halten,⁷⁴ auch wenn dadurch insoweit eine Abwicklung an der Masse vorbei stattfindet. Sollten sich aus der Direktabwicklung, beispielsweise infolge einer späteren Insolvenz des Schadensersatzschuldners, Benachteiligungen für die übrigen Schadensersatzgläubiger ergeben, so kann der Verwalter vom direkt befriedigten Gläubiger die Auskehr der für den Schadensersatzschuldner befreienden Leistung nach § 816 II BGB fordern.⁷⁵ Allerdings reicht dieser Anspruch nur so weit, wie der Gläubiger über die ihm zustehende Quotenerhöhung hinaus befriedigt wurde. Denn hinsichtlich der ihm zustehenden Schadensersatzhöhe kann sich der Gläubiger mit der *dolo petit* Einrede gegen den Anspruch aus § 816 II BGB verteidigen, weil er insoweit die Erhöhung seiner Insolvenzquote vom Verwalter verlangen kann.

b) Erhalt von Einwendungen

Bei einem Wechsel der Einziehungsbefugnis ist der Schuldner vor dem Verlust von Einwendungen gegen die Forderung zu schützen. Weil die Eröffnung des Insolvenzverfahrens aber nicht zu einer Zession der Gesamtschadensersatzansprüche führt,⁷⁶ ist nicht ersichtlich, wie es durch den bloßen Wechsel der Verfügungsbefugnis zu einem Einwendungsverlust für den Schadensersatzschuldner kommen sollte. Einwendungen gegen den Gesamtschadensanspruch selbst, z.B. dass dieser mangels Pflichtwidrigkeit gar nicht gegeben sei, bleiben selbstverständlich bestehen; und auch Einwendungen, die nur im Verhältnis zu einem der Schadensersatzgläubiger gegeben sind, bleiben vom Übergang der Verfügungsbefugnis grundsätzlich unberührt.⁷⁷ Einer analogen Anwendung des § 404 BGB bedarf es daher nicht. Hat also beispielsweise einer der Schadensersatzgläubiger mit dem GmbH-Geschäftsführer vor Verfahrenseröffnung⁷⁸ einen Verzicht auf die Quoten-

73 Ausschussbericht zu § 103 RegEInsO, 2. Abs., abgedruckt bei *Balz/Landfermann*, S. 310.

74 Ebenso *Bork* in *Kölner Schrift*, S. 1333 (Rz. 27); *Hasselbach*, DB 1996, 2213 (2216); *Eickmann* in *HK-InsO*, § 92 Rz. 11; *Smid* in *Smid*, InsO, § 92 Rz. 11. Etwas anders *K. Schmidt*, ZGR 1996, 209 (216).

75 Das Problem ist nicht mit der auf S. 71 ff. untersuchten Anfechtbarkeit von Direktzahlungen vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vergleichbar. Dort erfolgte die Zahlung noch vor dem Beginn der Sperrwirkung, so dass der Gläubiger die Leistung noch als Berechtigter erhalten hat. Zahlungen vor Verfahrenseröffnung kann der Verwalter daher nicht nach § 816 II BGB kondizieren.

76 Siehe S. 52.

77 Ebenso *Oepen*, Rz. 67 ff.

78 Nach Verfahrenseröffnung ist dies wegen der fehlenden Verfügungsbefugnis des Gesamtschadensersatzgläubigers ausgeschlossen.

schadensersatzforderung vereinbart, so kann der Geschäftsführer dies dem nach § 92 InsO vorgehenden Insolvenzverwalter entgegenhalten, mit der Folge, dass die betroffene Forderung bei der Berechnung des Quotenschadens nicht berücksichtigt wird. Der Verzicht des Schadensersatzgläubigers umfasst dann aber auch einen Verzicht auf eine Erhöhung seiner Insolvenzquote.

- c) Konsequenzen im Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Gesamtschadensersatzgläubigers

Im Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Schadensersatzgläubigers setzen sich Sperr- und Ermächtigungswirkung schließlich in der Weise durch, dass der Ersatzanspruch gegen den Schadensersatzschuldner von vornherein nicht zur Masse in diesem Verfahren gehört. Die haftungsrechtliche Zuordnung des Quotenschadensersatzanspruchs wirkt sich also dahingehend aus, dass sich in der Masse des Schadensersatzgläubigers nur die Insolvenzforderung befindet, in deren Wert die Forderung auf Auskehr der vom Schadensersatzschuldner zu erlösenden Beträge enthalten ist.

IV. Aufrechnungsfragen

Durch § 92 InsO werden grundsätzlich keine neuen Aufrechnungslagen begründet, weil der Insolvenzverwalter nicht im Wege der Legalzession Gläubiger der Gesamtschadensansprüche wird, sondern auf ihn lediglich die Verfügungsbefugnis übergeht.⁷⁹ Im Einzelnen ist zwischen der Aufrechnungsbefugnis des Insolvenzverwalters, der eines Schadensersatzgläubigers und der des Schadensersatzschuldners zu unterscheiden:

1. Aufrechnungsbefugnis des Insolvenzverwalters mit der Gesamtschadensforderung gegen Insolvenzforderungen des Schadensersatzschuldners

Da die Gesamtschadensersatzgläubiger Inhaber der Gesamtschadensansprüche bleiben und die Gläubigerstellung nicht auf den Insolvenzschuldner übergeht, fehlt es für eine Aufrechnung des Insolvenzverwalters mit Gesamtschadensforderungen gegen Insolvenzforderungen des Schadensersatzschuldners schon an der erforderlichen Gegenseitigkeit. Daher ist eine Aufrechnung in diesem Fall auch nur in Höhe der Insolvenzquote nicht möglich.

Haftungsrechtlich wäre sie allerdings dann unschädlich, wenn alle Insolvenzgläubiger Gesamtansprüche gegen den Schadensersatzschuldner haben. Eine Aufrechnung führte dann nur dazu, dass eine massezugehörige Forderung (der Gesamtschadensersatzanspruch) erlischt und in Höhe der Quote eine Insolvenzforderung getilgt wird. Probleme entstehen hierdurch jedoch, wenn nur einzelne Gläubiger auch Schadensersatzgläubiger sind. Dann wird eine Zweckbindung der aus den Gesamtansprüchen eingenommenen Beträge erforderlich, die durch die Aufrechnung gegen eine Insolvenzforderung gestört würde. Wenn

⁷⁹ Siehe S. 53 ff.

nämlich die Aktivforderung (Gesamtschadensersatzanspruch) durch die Aufrechnung (teilweise) erlöschen würde, so käme dies im Ergebnis ausschließlich der nicht-zweckgebundenen Masse zugute und zwar auf Kosten der Gläubiger von Schadensersatzansprüchen. Daher ist daran festzuhalten, dass der Verwalter grundsätzlich nicht mit Gesamtschadensforderungen gegen Insolvenzforderungen des Schadensersatzschuldners aufrechnen kann.

2. Ausschluß der Aufrechnungsbefugnis der Gesamtschadensersatzgläubiger

Wenn ein Gesamtschadensersatzgläubiger gleichzeitig Schuldner des Schadensersatzschuldners ist,⁸⁰ so kann er außerhalb des Insolvenzverfahrens grundsätzlich mit seinem Teil der Gesamtschadensforderung, also mit seinem Quotenschaden, aufrechnen. Nach Verfahrenseröffnung muss aber gelten: Wer nicht verfügungsbefugt ist, der kann auch nicht mehr aufrechnen.⁸¹ Dogmatisch ergibt sich der Ausschluss der Aufrechnungsbefugnis aus der Rechtsnatur der Aufrechnung als Verfügung über die Aktivforderung in Ausübung eines Gestaltungsrechts. Weil die Aufrechnung eine Verfügung über die Aktivforderung und eine Einwirkung auf die Passivforderung kombiniert,⁸² ist für sie wenigstens Verfügungsbefugnis hinsichtlich der Aktivforderung erforderlich. Diese ist aber bezüglich der Gesamtschadensforderung analog § 80 I InsO auf den Insolvenzverwalter übergegangen. So wenig überraschend das Ergebnis ist, so kommt es doch darauf an, die Begründung hierfür nicht in §§ 94 ff. InsO zu suchen. Die §§ 94 ff. InsO schützen das Vertrauen in den Erhalt oder die insolvenzunabhängige Entstehung der Aufrechnungslage und die mit ihr verbundene Befriedigungsmöglichkeit in der Insolvenz des Schuldners.⁸³ Es geht hier gerade nicht um die Insolvenz des Schuldners der Schadensersatzforderung. Schon daher passen die §§ 94 ff. InsO nicht.

*Oepen*⁸⁴ nimmt bezüglich der Aufrechnungsbefugnis eine teleologische Reduktion der Sperrwirkung vor und kommt so zu einer (teilweisen) Anwendbarkeit der §§ 94 ff. InsO: Er will die Aufrechnung entgegen der Sperrwirkung des § 92 InsO dann zulassen, wenn sie auch in einem regulären Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schadensersatzschuldners nach §§ 94 ff. InsO zulässig wäre.⁸⁵ Daher ist er der Auffassung, dass der Schadensersatzgläubiger auch nach Insolvenzverfahrenseröffnung über das Gesellschaftsvermögen mit seinem Schadensersatzanspruch aus Insolvenzverschleppung gegen das Organ aufrechnen könne. Diese Argumentation schreibt der Einziehung der Gesamtschadensansprüche durch den Insolvenzverwalter ähnliche Wirkungen wie der Eröffnung eines eigenen Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Ersatzschuldners zu. Gerade diese

80 Dieser Fall ist nicht nur von akademischem Interesse, wenn man an Steuerforderungen und Steuererstattungsansprüche denkt, BFH, ZIP 1984, 1245 ff.

81 Ähnlich, mit teilweise abweichender Begründung: *Bork* in *Kölner Schrift*, S. 1333 (Rz. 29).

82 *Flume*, Allgemeiner Teil II, § 11 5d); *Bötticher* in FS f. Schima, S. 95 (101).

83 *Häsemeyer* in *Kölner Schrift*, S. 645 (Rz. 9); *Jauernig*, ZVIR, § 50 II, III; *Bork*, Insolvenzrecht, Rz. 262.

84 Rz. 121 ff.

85 *Oepen*, Rz. 116.

Gleichsetzung ist aber unzulässig, weil die materielle Insolvenz des Schadensersatzschuldners keine Voraussetzung für die Anwendung des § 92 InsO ist. Daher darf § 92 InsO auch nicht so ausgelegt werden, als würden hierdurch die Wirkungen eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schadensersatzschuldners vorverlegt.

3. Aufrechnungsmöglichkeiten des Gesamtschadensersatzschuldners

a) Aufrechnung des Schadensersatzschuldners mit einer Forderung gegen einen Gesamtschadensersatzgläubiger

Vor Verfahrenseröffnung kann der Schadensersatzschuldner mit Forderungen, die ihm gegen den Gesamtschadensersatzgläubiger zustehen, gegen den Schadensersatzanspruch aufrechnen,⁸⁶ soweit nicht § 393 BGB entgegensteht.⁸⁷ Bei der Frage, ob ihm dies auch nach Verfahrenseröffnung noch möglich ist, muss grundsätzlich § 406 BGB beachtet werden, dessen Rechtsgedanke erst recht zu berücksichtigen ist, wenn nur die Verfügungsbefugnis und nicht die Forderung als solche übergeht.

Für die Haftung des Kommanditisten nach § 171 IHGB ist anerkannt, dass er nach Verfahrenseröffnung nicht mehr mit Forderungen gegen einen Gesellschaftsmitglied aufrechnen kann.⁸⁸ Im Rahmen des § 92 InsO stellt sich das Problem jedoch unter anderen Voraussetzungen, weil die Haftung des Gesamtschadensersatzgläubigers nicht summamäßig beschränkt ist. Die Aufrechnung des Kommanditisten könnte dessen beschränkte Haftung erschöpfen, so dass diese auch gegenüber den anderen Gläubigern des Kommanditisten nach § 171 IHGB erlöschen würde. Im Bereich der Gesamtschadensliquidation geht es dagegen nur um die Befugnis zur Aufrechnung gegen den Quotenschadensersatzanspruch des einzelnen Gläubigers. Durch die Aufrechnung kann deshalb die Haftung nie vollständig erlöschen, so dass die übrigen Gläubiger nicht benachteiligt werden.

Zu beachten ist deshalb, dass die Aufrechnung des Gesamtschadensersatzschuldners nur insoweit wirksam ist, wie dem einzelnen Gläubiger tatsächlich ein Quotenerhöhungsanspruch zusteht. Im Übrigen ist sie unwirksam, weil keine Passivforderung besteht. Der Schuldner kann also nicht in der vollen Höhe des Gesamtschadens aufrechnen. Das Ergebnis harmonisiert mit dem oben postulierten Einwendungserhalt für den Schadensersatzschuldner,⁸⁹ denn auch vor Verfahrenseröffnung hätte der Schuldner nur in Höhe der dem einzelnen Gläubiger zustehenden Forderung aufrechnen können.

86 Wenngleich dieser Fall aus rechtspraktischen Gründen kaum einmal vorkommen wird.

87 So z.B., wenn der Schadensersatzschuldner als Geschäftsführer einer GmbH trotz Kenntnis der Insolvenzreife die Geschäfte weitergeführt hat.

88 *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 209 Rz. 44; *K. Schmidt*, Einlage und Haftung, S. 126; BGH, NJW 1958, 1139; BGHZ 58, 72 (76); BFH, ZIP 1984, 1245 ff.; *Armbruster*, S. 107 f.

89 Siehe S. 76.

b) Aufrechnung des Schadensersatzschuldners mit einer Insolvenzforderung

Der Wechsel der Verfügungsbefugnis erzeugt anders als die Zession einer Forderung grundsätzlich keine neuen Aufrechnungslagen. Auch wenn der Schadensersatzschuldner also gemäß § 92 InsO seinen Ersatz in die Masse zu leisten hat, so führt dies nicht dazu, dass er mit ihm zustehenden Insolvenzforderungen aufrechnen kann, denn die Forderungen sind nicht gegenseitig. Auch bei großzügiger Auslegung des Gegenseitigkeitserfordernisses ergäbe sich aus der Anwendung der §§ 94 ff. InsO kein Schutz der Aufrechnungslage, denn die »Aufrechnungslage« entsteht erst durch die Verfahrenseröffnung. Gemäß § 96 Nr. 1 InsO ist die Aufrechnung in diesem Fall unzulässig. Auch in Höhe der Insolvenzquote, die der Gesamtschadensersatzschuldner als Insolvenzgläubiger auf seine Forderung erhalte, ist die Aufrechnung unzulässig, denn sie würde zu Verschiebungen zwischen zweckgebundenem Teil der Masse und allgemeiner Insolvenzmasse führen:⁹⁰ Diese Aufrechnung würde im Ergebnis zu Lasten des obligatorisch gesonderten Vermögens erfolgen, denn durch sie würde eine Verbindlichkeit des nicht-zweckgebundenen Teils der Masse getilgt, jedoch eine Forderung des gebundenen Teils erlöschen. Die Schadensersatzgläubiger würden gegenüber den anderen Insolvenzgläubigern benachteiligt. Der Gesamtschadensersatzschuldner kann daher auch nicht in Höhe der Quote mit Insolvenzforderungen gegen den Quotenschadensersatzanspruch aufrechnen.⁹¹

V. Verfahrensrechtliche Konsequenzen der Einziehung nach § 92 InsO

1. Der Insolvenzverwalter als Partei kraft Amtes im Gesamtschadensprozess

Die Position des Insolvenzverwalters im Verfahren über Gesamtschadensansprüche unterscheidet sich nicht wesentlich vom normalen Masseaktivprozess. Aus der materiellrechtlichen Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters über die Gesamtansprüche folgt verfahrensrechtlich seine Prozessführungsbefugnis.⁹² Er ist daher in der Lage, die Erfüllung der Gesamtschadensansprüche zur Masse einzuklagen und macht dabei ein fremdes Recht, nämlich das der Schadensersatzgläubiger, im eigenem Namen geltend. Der Insolvenzverwalter klagt also im Gesamtschadensprozess wie nach herrschender Meinung auch bei

90 Auch dies gilt wieder nur für den Fall, dass nicht alle Insolvenzgläubiger Gesamtschadensersatzansprüche haben.

91 Die herrschende Ansicht zu § 171 II HGB, nach welcher der Kommanditist auch gegen den Anspruch des Insolvenzverwalters auf Leistung der Haftsumme mit Insolvenzforderungen aufrechnen kann, erklärt sich aus den Besonderheiten der Kommanditistenhaftung. Weil der Kommanditist vor Verfahrenseröffnung mit haftungsbefreiender Wirkung gegen den Einlageanspruch mit Forderungen gegen die Gesellschaft aufrechnen kann, soll ihm diese Möglichkeit nach Verfahrenseröffnung auch gegen den Anspruch auf die Hafteinlage zustehen. Vgl. RGZ 37, 82 (87); BGHZ 58, 72 (75 ff.); K. Schmidt in Schlegelberger, HGB, §§ 171, 172 Rz. 111. Dagegen Häsemeyer, ZHR 149. Bd., 42 (65).

92 Zum Zusammenhang von Verfügungs- und Prozessführungsbefugnis: Lüke, ZJP 76. Bd. (1963), 1 (10 ff.).

Prozessen über vermögensrechtlich dem Insolvenzschuldner zustehende Rechte⁹³ als gesetzlicher Prozessstandschafter und ist Partei kraft Amtes. Urteile, die für oder gegen den Verwalter ergehen, müssen die Rechtsträger, also die Schadensersatzgläubiger, gegen sich gelten lassen.

Der Verwalter kann den Gesamtschadensprozess durch Verzicht oder Vergleich beenden.⁹⁴ Im Innenverhältnis ist er dabei allerdings an die Interessen der Schadensersatzgläubiger gebunden, so dass diesen gegebenenfalls ein Schadensersatzanspruch nach § 60 InsO entsteht. Im Außenverhältnis sind derartige Handlungen dagegen grundsätzlich wirksam, es sei denn, sie widersprechen offensichtlich dem Zweck der Gesamtschadensliquidation.⁹⁵

2. Auswirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf bereits laufende Verfahren zwischen Gesamtschadensersatzgläubiger und Gesamtschadensersatzschuldner

Die Sperrwirkung der Gesamtschadensliquidation tritt erst mit Verfahrenseröffnung ein. Ist der Streit zwischen einem Schadensersatzgläubiger und dem Schadensersatzschuldner auf Ersatz des anteiligen Gesamtschadens bereits vor Verfahrenseröffnung rechtshängig geworden, so wird dieses Verfahren durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens analog § 17 I AnfG unterbrochen.⁹⁶ Weil solche Fälle selten sein werden,⁹⁷ ist es jedoch im Sinne der Straffung des Gesetzes zu begrüßen, dass eine ausdrückliche Regelung in § 104 RegEInsO, die sachlich dem § 17 AnfG vergleichbare Konsequenzen vorsah, vom Rechtsausschuss gestrichen wurde. Denkbar wäre allerdings auch eine Anwendung des § 265 ZPO, wonach der Gläubiger den Prozess als Prozessstandschafter fortsetzen könnte. Dabei müsste er seinen Antrag auf Leistung in die Masse umstellen. Unmittelbar erfasst § 265 ZPO den Wegfall der Prozessführungsbefugnis allerdings nicht, denn er regelt den Verlust der Aktivlegitimation – also den Wegfall einer Begründetheitsvoraussetzung. Eine analoge Anwendung des § 265 ZPO scheitert schließlich daran, dass § 17 I AnfG, der in der Rechtsfolge dem § 240 ZPO entspricht, die sachnähere Regelung ist: Schon mehrfach wurde auf die funktionale Vergleichbarkeit von Anfechtungsrecht und Gesamtschadensliquidation hingewiesen. Beide Institute ermöglichen es, die insolvenzrechtliche Haftungsordnung auch auf vermögensrechtlich schuldnerfremdes Vermögen zu erstrecken. Insofern regelt § 17 AnfG ein paralleles Problem. Durch den Eintritt der Partei kraft Amtes in den Prozess ist gewährleistet, dass der Rechtsstreit im Interesse der Gläubigersamtheit

93 Vgl. statt vieler: BGHZ 88, 331 (334); BGH, WM 1969, 36 (37); *Jaeger/Henckel*, KO, § 6 Rz. 4 ff.; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 6 Rz. 24 ff.; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 15.07 ff.; *Bork*, Insolvenzrecht, Rz. 68; *Zöller/Vollkommer*, ZPO, Vor § 50 Rz. 21.

94 So z.B. für § 93 V AktG auch *Mertens* in *Kölner Komm AktG*, § 93 Rz. 154.

95 Siehe S. 64 f.

96 *Bork* in *Kölner Schrift*, S. 1333 (Rz. 32); *Oepen*, Rz. 112.

97 Bezüglich der Haftung des Insolvenzverwalters ist es von vornherein ausgeschlossen, dass die Gläubiger Ansprüche vor Eintritt der Sperrwirkung geltend machen. So bleibt nur die Insolvenzsverschleppungshaftung. Hier ist dagegen die Beweisposition der Gläubiger regelmäßig schlecht, so dass derartige Klagen selten bleiben werden.

geführt wird. Eine Benachteiligung für den Schadensersatzschuldner entsteht hieraus nicht, da der Insolvenzverwalter den Prozess so aufnehmen muss, wie er ihn vorfindet. Daher ist eine Analogie zu § 17 AnfG vorzugswürdig.⁹⁸ Gerade die Konstellation, dass streitbefangene Rechte zwar Bestandteile der Insolvenzmasse, sind, jedoch nicht zum Schuldnervermögen gehören, wird von § 17 AnfG präzise geregelt.⁹⁹

Entsprechend § 17 I, II AnfG kann der Insolvenzverwalter den vom Gläubiger begonnenen Prozess aufnehmen und den Klageantrag auf den vollständigen Gesamtschaden erweitern. Dabei hat er den Antrag auf Leistung in die Masse umzustellen.

Der Insolvenzverwalter ist allerdings nicht gezwungen, den Prozess aufzunehmen.¹⁰⁰ Soweit der Zwang zur Aufnahme damit begründet wird, dass deren Ablehnung einer unzulässigen¹⁰¹ Freigabe des Gesamtanspruchs gleichkäme,¹⁰² wird übersehen, dass die Ablehnung der Aufnahme durch den Insolvenzverwalter keineswegs eine Aufnahmemöglichkeit für den Gläubiger eröffnet. Die Ablehnung der Aufnahme führt hier entsprechend § 17 III S. 1 AnfG – anders als bei § 85 II InsO – nicht zur Aufnahmemöglichkeit hinsichtlich des ganzen Prozesses für den Gläubiger, sondern verschafft diesem lediglich die Befugnis, nur hinsichtlich der Kosten mit dem Anfechtungsgegner weiter zu prozessieren. Auch der Anfechtungsanspruch darf nach herrschender Meinung nicht vom Verwalter freigegeben werden, weil er nur zum »Zweck der Masseauffüllung«¹⁰³ besteht. Dennoch steht dem Insolvenzverwalter die Ablehnung nach § 17 III AnfG offen. Die Befugnis zur Durchsetzung des Anfechtungsanspruchs bleibt für den Gläubiger ausgesetzt und steht ihm gemäß § 18 AnfG erst nach Beendigung des Insolvenzverfahrens wieder zu. Zu einer (unzulässigen) Freigabe kann die Ablehnung der Aufnahme daher nicht führen.

Auch nach einer mithin zulässigen Ablehnung der Aufnahme des Prozesses zwischen Gesamtschadensersatzgläubiger und Gesamtschadensersatzschuldner kann der Insolvenzverwalter daher entsprechend § 17 III S. 2 AnfG eine eigene Klage auf Ersatz des Gesamtschadens in vollem Umfang gegen den Schadensersatzschuldner anstrengen. Dies wird sich empfehlen, wenn der Gläubiger seine Position durch ungeschickte Prozessführung bereits verschlechtert hat, da der Verwalter den Prozess nur so aufnehmen kann, wie er sich zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens befindet. Der neuen Klage des Verwalters steht die Rechtshängigkeit des unterbrochenen Prozesses nicht entgegen, denn dessen Streitgegenstand ist gemäß § 17 III S. 1 AnfG auf die Prozesskosten beschränkt. Entsprechend kann der Anspruch nach dem Ende des Insolvenzverfahrens vom Gläubiger gemäß § 18 I AnfG allenfalls im Wege eines neuen Verfahrens durchgesetzt werden, eine Aufnahme des unterbrochenen Prozesses ist nicht möglich.¹⁰⁴

98 Für eine Anwendung des § 13 II AnfG a.F. auch *K. Schmidt*, Gutachten, D 47, Fn. 217.

99 A.A. *Kübler/Prütting/Lüke*, InsO, § 92 Rz. 68, die »aus Gründen der Rechtseinheit« für die Anwendung von § 85 InsO eintreten. Unentschieden *Hasselbach*, DB 1996, 2213 (2216).

100 Wie hier *Hasselbach*, DB 1996, 2213 (2216), *Oepen*, Rz. 112.

101 Siehe S. 65.

102 So *Bork* in *Kölner Schrift*, S. 1333 (Rz. 32).

103 *Kilger/K. Schmidt*, KO, § 36 Anm. 1.

104 Zum Gläubigeranfechtungsrecht *Kübler/Prütting/Paulus*, InsO, § 17 AnfG Rz. 11 f., § 18 Rz. 4.

Zum Schutz des Gesamtschadensersatzschuldners vor zu langer Ungewissheit ist schließlich auch § 17 I S. 3 AnfG analog anzuwenden, so dass für den Fall der verzögerten Aufnahme des Prozesses gewissermaßen in doppelt analoger Anwendung § 239 II – IV ZPO gilt.

3. Auftreten eines weiteren Gesamtschadensersatzgläubigers als Klageänderung?

Zu erörtern bleibt, ob es eine Klageänderung i.S.d. § 263 ZPO darstellt, wenn nach Erhebung der Gesamtschadensersatzklage weitere Gesamtschadensersatzgläubiger bekannt werden, so dass dieser Prozess auch deren Rechte betrifft.

Leven vertritt im Rahmen des § 171 II HGB die Auffassung, dass der Verwalter bei einer Klage gegen den Kommanditisten stets gehalten sei, konkret darzulegen, für welche Gesellschaftsgläubiger er vorgeht.¹⁰⁵ Daher sei das Auftreten eines neuen Gesamtschadensersatzgläubigers eine Änderung des Streitgegenstands und müsse daher den Voraussetzungen des § 263 ZPO genügen. Auch im Rahmen des § 92 InsO macht der Insolvenzverwalter nach dem hier vorgelegten Konzept, das auf einem Übergang der Verfügungsbefugnis beruht,¹⁰⁶ nicht eine einheitliche Forderung, sondern die gebündelten Rechte der Gläubiger geltend. Insofern ist der Gesamtschaden nichts anderes als die Summe der Quotenschäden. Dennoch ändert sich durch das Auftauchen weiterer Schadensersatzgläubiger nicht die Höhe der vom Verwalter einzuklagenden Ersatzleistung, denn diese bestimmt sich nach den Vermögensverlusten der Masse und ist daher unabhängig von der Zahl der geschädigten Gläubiger.

Eine Klageänderung wird durch die Änderung des Streitgegenstands begründet und tritt deshalb bei einer Veränderung des anspruchsbegründenden Lebenssachverhaltes (Klagegrund) oder bei einer Veränderung des Klageantrags ein.¹⁰⁷ Treten weitere Schadensersatzgläubiger auf, so ändern sich weder die Parteien des Gesamtschadensprozesses noch der Klageantrag, da in jedem Fall der Insolvenzverwalter als Partei kraft Amtes auf Leistung in die Masse klagt und – wie gesehen – auch die Höhe der einzuklagenden Summe gleich bleibt. Daher kommt eine Klageänderung allenfalls unter dem Gesichtspunkt einer Änderung des Lebenssachverhaltes in Betracht. In einer Änderung des Klagegrundes liegt dann eine Klageänderung, wenn sich diejenigen Tatsachen eines natürlichen Lebensvorgangs verändern, »die ganz oder teilweise den gesetzlichen Tatbestand solcher Anspruchsnormen ausfüllen, aus denen das im Antrag behauptete Recht abgeleitet werden kann.«¹⁰⁸

Einerseits lässt sich der Gesamtschaden nicht ohne die Inhaber der Insolvenzforderungen denken, die schließlich die Geschädigten sind; andererseits sind Person und Identität des einzelnen Schadensersatzgläubigers für den Gesamtschadensprozess unbeachtlich.

105 *Leven*, S. 42.

106 Siehe S. 53 ff.

107 Statt vieler: *Musielak*, ZPO, § 263 Rz. 2 ff.; *Lüke* in MünchKomm ZPO, § 263 Rz. 7 ff.; *Zöller/Greger*, ZPO, § 263 Rz. 2 m.w.N.

108 *Jauernig*, Zivilprozessrecht, § 37 VIII 1.

Insofern lassen sich für jede Position auf begrifflicher Ebene vertretbare Argumente finden. Funktional soll die Einschränkung der Zulässigkeit einer Klageänderung durch § 263 ZPO den Beklagten davor schützen, dass der Kläger ihm durch eine Änderung seines Vorbringens »den Boden unter den Füßen wegzieht«¹⁰⁹. Auf der anderen Seite schützt § 263 ZPO auch das Interesse der Allgemeinheit an einer zügigen und Kosten sparenden Beendigung des Rechtsstreits.¹¹⁰ Im Gesamtschadensprozess wird die Position des Beklagten durch das Erscheinen eines weiteren Schadenersatzgläubigers nicht verschlechtert, denn hier wird nur darüber gestritten, ob eine Masseverkürzung eingetreten ist und ob der Schadenersatzschuldner für diese einzustehen hat. Wen diese Verkürzung im Einzelnen trifft, ist eine sekundäre Frage, die erst bei der Verteilung der Erlöse im Rahmen des Insolvenzverfahrens oder nach dessen Einstellung relevant wird. Die Rechtsstellung des Gesamtschadenersatzschuldners verschlechtert sich daher nicht, wenn ein weiterer Anspruchsinhaber auftritt; ebenso verbesserte es seine Stellung nicht, wenn er beweisen könnte, dass ein bestimmter Gesamtschadenersatzgläubiger keine Insolvenzforderung und daher auch keinen Quotenschaden hat. Er bliebe stets zum Ersatz des gesamten in der Masse von ihm verursachten Schadens verpflichtet. Der Schadenersatzschuldner bedarf daher nicht des durch § 263 ZPO vermittelten Schutzes.

VI. Die Lage nach Beendigung des Insolvenzverfahrens

1. Ende von Sperr- und Ermächtigungswirkung

Ebenso wie die sonstigen Verfahrenswirkungen enden auch Sperr- und Ermächtigungswirkung des § 92 InsO mit Aufhebung oder Einstellung des Insolvenzverfahrens. Die Funktion des § 92 InsO hat mit dem Ende des Verfahrens ihren Sinn verloren, weshalb ab diesem Zeitpunkt wieder die ursprüngliche nicht durch § 92 InsO modifizierte Rechtslage gilt. Die Schadenersatzgläubiger können danach also unbeschränkt ihre Schadenersatzansprüche gegen den Ersatzschuldner geltend machen, soweit dieser nicht befreiend in die Insolvenzmasse geleistet oder andere Einreden gegen den Insolvenzverwalter erlangt hat (§ 18 I AnfG analog).¹¹¹

Speziell für die Haftung des Insolvenzverwalters nach Verfahrensbeendigung ist diese Rechtsfolge jedoch umstritten. Der BGH musste sich 1973 mit der Frage befassen, ob ein (ehemaliger) Konkursgläubiger nach dem Ende des Verfahrens den (ehemaligen) Konkursverwalter auf Ersatz des anteiligen Gesamtschadens in Anspruch nehmen kann.¹¹² Der schon damals herrschenden Meinung folgend, bejahte der BGH diese Möglichkeit mit dem Argument, dass die Rechtslage insofern dem § 13 IV AnfG a.F. (vgl. § 18 I AnfG n.F.)

109 *Stein/Jonas/Schumann*, ZPO, § 263 Rz. 1.

110 Vgl. BGH, NJW 1985, 1841 f.; *Lüke* in MünchKomm ZPO, § 263 Rz. 2.

111 Zur alten Rechtslage: BGH, NJW 1973, 1198 (1199); *Jaeger/Weber*, KO, 8. Aufl., § 82 Rz. 11; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 82 Rz. 5; *Baur/Stürmer*, ZVR Bd. II, Rz. 10.22. Zu § 92 InsO: *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 6.38; *Oepen*, Rz. 189; *Hasselbach*, DB 1996, 2213 (2216).

112 BGH, NJW 1973, 1198 ff.

entspreche. Damit setzte sich der Senat in Widerspruch zu einem Urteil des Reichsgerichts, demzufolge nur der Insolvenzschuldner nach Verfahrensbeendigung befugt sei, vom Verwalter Schadensersatz wegen Masseverkürzung zu verlangen.¹¹³ Im Ergebnis entspricht der Ausschluss der Insolvenzgläubiger von der Klagemöglichkeit gegen den Verwalter auch noch nach Verfahrensbeendigung der Auffassung *K. Schmidts*, der zu diesem Ergebnis in konsequenter Fortführung der von ihm vertretenen Konzeption der Haftung für Gesamtschäden als Innenhaftung gegenüber der Masse kommt.¹¹⁴

Letztlich lässt sich der geschilderte Streit auf die Differenzen um die Struktur der Haftung des Insolvenzverwalters für Gesamtschäden zurückführen. Wenn man diese wie *K. Schmidt* als Haftung gegenüber der Masse einstuft, bleibt nach Aufhebung des Verfahrens keine andere Möglichkeit, als dem Insolvenzschuldner die Gläubigerposition bezüglich dieses Anspruchs zuzuweisen. Denn er ist der Rechtsträger, dem die Insolvenzmasse zugeordnet ist. Diese Auffassung nimmt schwer lösbare Probleme in Kauf, wenn den Insolvenzschuldner bei Entstehung des Masseschadens ein Mitverschulden traf, oder ihm gegenüber gar keine Haftung des Verwalters feststellbar ist, weil beispielsweise Schuldner und Verwalter kollusiv zusammengewirkt¹¹⁵ haben. Ein den Gläubigern des vormaligen Insolvenzschuldners als Vollstreckungsobjekt zur Verfügung stehender Ersatzanspruch ist dann im Schuldnervermögen nicht auszumachen. Dieser entstünde vielmehr erst (wieder?), wenn eine Nachtragsverteilung gemäß § 203 InsO angeordnet würde, die das Vermögen des Schuldners erneut mit Insolvenzbeschlagn belegte.¹¹⁶ Widersprüchlich wird das Konzept, wenn eine Gesellschaft als Schuldnerin im Insolvenzverfahren liquidiert und schließlich gelöscht wurde. Dann sollen auch nach dieser Ansicht die Insolvenzgläubiger selbst Träger des Anspruchs sein.¹¹⁷

Geht man hingegen mit der herrschenden Meinung, die allein dem Konzept des § 92 InsO entspricht,¹¹⁸ davon aus, dass auch die Haftung für Gesamtschäden materiellrechtlich als Außenhaftung gegenüber den Beteiligten zu konstruieren ist, so ergeben sich diese Schwierigkeiten nicht: Die Verfügungsbefugnis, die den Gläubigern durch § 92 InsO genommen worden war, steht ihnen nach dem Ende des Verfahrens wieder vollständig zu, so dass sie direkt gegen den schädigenden Verwalter vorgehen können.¹¹⁹ Daneben besteht allerdings auch für das Insolvenzgericht die Möglichkeit, eine Nachtragsverteilung gemäß § 203 I Nr. 3 InsO anzuordnen, falls erst später Gesamtschadensansprüche »entdeckt« werden.

113 RGZ 78, 186 (188).

114 *K. Schmidt*, KTS 1976, 191 (208 ff.); *Kilger/K. Schmidt*, KO, § 82 Anm. 1a).

115 Auf diesen Fall verweist BGH, NJW 1973, 1198 (1199).

116 Vgl. *K. Schmidt*, KTS 1976, 191 (208 f.).

117 *Kilger/K. Schmidt*, KO, § 82 Anm. 4.

118 Siehe S. 21 ff.

119 Dabei müssen sie sich allerdings entsprechend § 18 I AnfG Einreden entgegenhalten lassen, die gegenüber dem Verwalter vom Schadensersatzschuldner erlangt wurden. *Oepen*, Rz. 189.

2. Verjährung der Ansprüche der Gesamtschadensersatzgläubiger

Die Verjährung der Quotenschadensersatzansprüche bestimmt sich grundsätzlich nach den für die jeweilige Anspruchsgrundlage geltenden Vorschriften. Für den Fall der Haftung des Insolvenzverwalters also nach § 62 InsO, der eine dem § 852 BGB ähnliche Regelung trifft.¹²⁰

Würde man jedoch der Eröffnung des Insolvenzverfahrens keinen Einfluss auf die Verjährung der Gesamtansprüche zuerkennen, so ließe man unberücksichtigt, dass die Gesamtschadensersatzgläubiger während dieser Zeit von allen verjährungsunterbrechenden Handlungen ausgeschlossen sind. Wie oben gezeigt, haben die Gläubiger insbesondere nicht die Möglichkeit, zwecks Unterbrechung der Verjährung als Prozesstandschafter auf Leistung in die Masse zu klagen.¹²¹ Ihnen droht daher die Verjährung ihrer Ansprüche während des Verfahrens, wenn der Verwalter es versäumt, sie geltend zu machen.¹²² Eine analoge Anwendung von § 209 II Nr. 2 BGB kommt zur Lösung der Problematik nicht in Frage, denn dieser regelt die Hemmung der Verjährung von Insolvenzforderungen, denen die Gesamtansprüche gerade nicht gleichzustellen sind.

Vielmehr ist der Gedanke des § 18 II AnfG fruchtbar zu machen.¹²³ Danach können die Einzelanfechtungsberechtigten wenigstens noch ein Jahr nach Beendigung des Insolvenzverfahrens ihre Anfechtungsrechte ausüben, sofern die entsprechenden Fristen nicht schon vor Verfahrenseröffnung verstrichen waren. Auf die Gesamtschadensforderung gewendet bedeutet dies, dass die Gesamtschadensersatzgläubiger wenigstens noch ein Jahr nach dem Ende des Verfahrens gegen den Schadensersatzschuldner vorgehen können, wenn der Insolvenzverwalter von seiner Ermächtigung aus § 92 InsO keinen Gebrauch gemacht hat und der Gesamtschadensersatzanspruch vor Verfahrenseröffnung noch nicht verjährt war. Halten sie die Jahresfrist nicht ein, so greifen die für die Gesamtschadensersatzforderung geltenden Verjährungsvorschriften. Dadurch kommt es zu einer den §§ 206, 207 BGB vergleichbaren – allerdings einjährigen – Ablaufhemmung.

120 Nach OLG Düsseldorf, NJW-RR 2000, 180 f. verjährt der Anspruch aus § 823 II BGB i.V.m. § 64 GmbHG dagegen gemäß § 43 IV GmbHG nach fünf Jahren.

121 Siehe S. 69 f.

122 Hierzu ist er allerdings im Innenverhältnis verpflichtet, wenn nicht die Aussetzung der Verwertung der Gesamtschadensersatzansprüche nach § 233 InsO angeordnet wurde. Siehe S. 89 f.

123 Vgl. *Oepen*, Rz. 106.

5. Kapitel Gesamtschadensliquidation im Insolvenzplanverfahren und in der Eigenverwaltung

I. Gesamtschadensliquidation und Insolvenzplan

Schon weil die Vorschriften über den Insolvenzplan nach den Vorstellungen des Gesetzgebers ein Kernstück der Insolvenzrechtsreform bilden,¹ müssen die Konsequenzen der Gesamtschadensliquidation auch in diesem Verfahren ausgeleuchtet werden, zumal der zentralisierten Einziehung hier die spezifische Funktion zukommt, die »Planverfügbarkeit« der Gesamtansprüche herzustellen.²

Das von der privatautonomen Entscheidung der Beteiligten³ bestimmte Insolvenzplanverfahren bietet ein hohes Maß an Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich Verfahrensziel⁴ und Verfahrensgang.⁵ Durch die Möglichkeit, von der für das Regelinsolvenzverfahren gesetzlich vorgesehenen Befriedigungsordnung abzuweichen, sollen insbesondere die Sanierungschancen in der Unternehmensinsolvenz verbessert werden.⁶

Dem Institut der Gesamtschadensliquidation kommt dabei die Aufgabe zu, die Planverfügbarkeit der Gesamtansprüche zu gewährleisten: Die Erstreckung des Insolvenzbeschlags auf die Gesamtschadensansprüche macht sie einer Regelung im Insolvenzplan zugänglich. Durch diesen wird grundsätzlich nur die Rechtsstellung der Beteiligten in Bezug auf vermögensrechtlich dem Schuldner zugeordnetes Vermögen geregelt.⁷ Daher werden die Gesamtansprüche erst durch die Einziehung zur Insolvenzmasse auch Teil der Reorganisationsmasse.⁸ Ebenso wie die Wirkungen des Insolvenzverfahrens im Falle der Zerschlagung des schuldnerischen Vermögens auf die gesamte Insolvenzmasse erstreckt werden müssen, ist für die Sanierung des Schuldners oder seines Unternehmens⁹ die gesamte Sanierungsmasse¹⁰ heranzuziehen.

Sperr- und Ermächtigungswirkung zeitigen auch im Insolvenzplanverfahren die erläuterten Rechtsfolgen. Das Ziel der Gesamtschadensliquidation ist jedoch jeweils in Abhängigkeit vom Ziel des speziellen Plans zu bestimmen. Die einheitliche Einziehung ermöglicht es zum Beispiel im Zusammenspiel mit einem Sanierungsplan, die Gesamtansprüche

1 Begr. RegEInsO zum 6. Teil, abgedruckt bei *Balz/Landfermann*, S. 460.

2 Siehe S. 44 f.

3 Begr. RegEInsO zum 6. Teil, abgedruckt bei *Balz/Landfermann*, S. 460.

4 Vgl. nur *Kübler/Prütting/Otte*, InsO, § 217 Rz. 31 f.; *Smid/Rattunde* in *Smid*, InsO, § 217 Rz. 11; *Braun/Uhlenbruck*, S. 439. Anders als nach § 18 Nr. 4 VerglO ist im Rahmen der §§ 217 ff. InsO auch ein Liquidationsplan möglich.

5 Vgl. *Braun/Uhlenbruck*, S. 465; *Smid/Rattunde*, Insolvenzplan, Rz. 126 f.

6 Vgl. *Smid/Rattunde*, Insolvenzplan, Rz. 2.

7 Vorbehaltlich der so genannten Planerstreckungsregeln der §§ 227 II und 334 I InsO.

8 So insbesondere *K. Schmidt*, Gutachten, D 46.

9 Vgl. zur Differenzierung zwischen Sanierung des Unternehmensträgers und des Unternehmens *K. Schmidt*, Insolvenzrecht der Unternehmen, S. 24 f., 141 f.; sowie *Braun/Uhlenbruck*, S. 563, die zwischen »Eigensanierung« und »übertragender Sanierung« unterscheiden.

10 Ausführlich zu diesem Begriff auf S. 103 ff.

zwar zur Masse einzuziehen, die eingenommenen Beträge aber nicht an die Gesamtschadensersatzgläubiger auszuschütten, so dass sie für eine Sanierung des Insolvenzschuldners zur Verfügung stehen. Dies setzt allerdings einen entsprechenden Verzicht der Schadensersatzgläubiger im gestaltenden Teil des Insolvenzplans auf ihre Quotenerhöhungsansprüche voraus. Die Motivation für einen solchen Verzicht entspringt aus der Aussicht auf insgesamt verbesserte Befriedigungsquoten infolge einer erfolgreichen Sanierung.

1. Bildung einer eigenständigen Gruppe der Gesamtschadensersatzgläubiger nach § 222 II InsO

Die Abstimmung über den Insolvenzplan erfolgt gemäß § 243 InsO in Gruppen. Zweck der Gruppenbildung ist es, die unterschiedliche Rechts- und Interessenlage der Beteiligten darzustellen, um Gleichbehandlung innerhalb einer Gruppe zu ermöglichen.¹¹ Stehen nicht allen Insolvenzgläubigern auch Gesamtschadensersatzansprüche zu, muss deshalb für die Schadensersatzgläubiger eine eigene Abstimmungsgruppe gebildet werden.¹² Denn die Rechtsstellung der Gesamtschadensersatzgläubiger unterscheidet sich von der sonstiger Insolvenzgläubiger, weil Erstere neben ihren Insolvenzforderungen auch Ausgleichsforderungen auf Auskehr der nach § 92 InsO erlangten Beträge (»Quotenerhöhungsansprüche«) haben. Nur durch die Bildung einer eigenständigen Gruppe können die strengen Erfordernisse des § 226 II InsO vermieden werden, denn ein Verzicht der Gesamtschadensersatzgläubiger auf ihre Quotenerhöhungsansprüche wäre innerhalb einer Gruppe gegenüber den sonstigen Insolvenzgläubigern eine Ungleichbehandlung.

Gesetzlicher Anknüpfungspunkt für die Bildung einer solchen Gruppe ist § 222 II InsO. Dagegen scheint zwar zu sprechen, dass die Gesamtschadensersatzgläubiger gegenüber den sonstigen Insolvenzgläubigern keine »gleiche Rechtsstellung« haben, jedoch ist dieses Kriterium vor dem Hintergrund des § 222 I S. 2 InsO zu deuten: In den Nr. 1 – 3 wird abschließend¹³ geregelt, welche rechtlichen Unterschiede zu einer zwingenden Gruppenbildung führen. Alle anderen (rechtlichen) Unterschiede sind danach bei der Bildung von Abstimmungsgruppen im ersten Schritt unbeachtlich und können allenfalls über § 222 II InsO Berücksichtigung finden, wenn sie auch zu wirtschaftlichen Interessenunterschieden führen.¹⁴ Die Bildung einer Gruppe der Schadensersatzgläubiger ist danach fakultativ, empfiehlt sich aber immer dann, wenn die Gesamtansprüche tatsächlich zur Sanierung oder Reorganisation des Schuldners verwendet werden sollen und nicht alle Insolvenzgläubiger auch Inhaber von Gesamtschadensersatzansprüchen sind.

Sollte die Gruppe der Gesamtschadensersatzgläubiger dem vorgeschlagenen Plan nicht zustimmen, so führt dies grundsätzlich zur Ablehnung des Plans, da gemäß § 244 I S. 1 InsO Einstimmigkeit der Gruppen erforderlich ist. Allerdings kann über das Obstruktions-

11 Vgl. *Bork*, ZfP 109. Bd. (1996), 473 (476).

12 Ebenso *Oepen*, Rz. 249, allerdings nur hinsichtlich der persönlichen Gesellschafterhaftung und der persönlichen Haftung des Ehegatten in der Insolvenz des Gesamtguts.

13 Anders noch die Regelung in § 265 II RegEInsO, die lediglich vorsah, dass »zumindest« die in § 222 I S. 2 InsO genannten Gruppen zu bilden seien.

14 Ähnlich *Flessner* in HK-InsO, § 222 Rz. 10.

verbot des § 245 InsO die Zustimmung dissentierender Gruppen fingiert werden. Bei der Entscheidung nach § 245 I Nr. 1 InsO ist dann insbesondere ihre Doppelstellung als Insolvenzgläubiger und Gläubiger des Schadensersatzschuldners zu berücksichtigen: Es ist daher im Wege einer Gesamtbetrachtung zu prüfen, ob ein im Plan vorgesehener ersatzloser Verlust der Ansprüche gegen den Schadensersatzschuldner durch höhere Quoten bei der Befriedigung der Insolvenzforderungen oder in sonstiger Weise ausgeglichen wird.¹⁵ Entscheidend ist hierbei, ob die Gesamtschadensersatzgläubiger insgesamt schlechter gestellt werden.

2. Anwendung des § 233 InsO auf das Vorgehen des Verwalters nach § 92 InsO

Ein Aussetzungsbeschluss des Insolvenzgerichts nach § 233 InsO erfasst auch die nach § 92 InsO eingenommenen Beträge. Um die Möglichkeit, die Gesamtansprüche zur Sanierung des Schuldners zu verwenden, nicht frühzeitig zu vereiteln, ist es erforderlich, dass der Verwalter die Verteilung der vom Schadensersatzschuldner eingezogenen Beträge einstellen kann. Denn deren Verteilung an die Gesamtschadensersatzgläubiger würde die Zugehörigkeit zur Sanierungsmasse aufheben und so den Schutz der Sanierungsmasse in Bezug auf die Gesamtschadensersatzansprüche zunichte machen. Die unmittelbare Anwendung des § 233 InsO auf die Gesamtschadensersatzansprüche ergibt sich daraus, dass sie gemäß § 92 InsO zur Insolvenzmasse zu erfüllen sind und die Erlöse somit Massebestandteile werden.¹⁶

3. Kürzung der Gesamtschadensansprüche analog § 227 II InsO?

In Abgrenzung zu den in §§ 93, 334 InsO geregelten Ansprüchen ist klarzustellen, dass ein Insolvenzplan nicht zur Kürzung der Gesamtschadensansprüche nach § 227 II InsO führt. Soweit der Schadensersatzschuldner also die Forderungen nicht während des Verfahrens durch Zahlung in die Masse haftungsbefreiend tilgt, können ihn die Gesamtschadensersatzgläubiger nach Ende der Sperrwirkung wieder in Anspruch nehmen.¹⁷ Der Gedanke des § 227 II InsO, dass für den persönlich haftenden Gesellschafter ein Anreiz für die Mitarbeit bei der Sanierung der insolventen Gesellschaft geschaffen werden soll, trägt hinsichtlich der Gesamtschadensansprüche grundsätzlich nicht.¹⁸ In Ausnahmefällen mag der Insolvenzplan jedoch auch eine solche Regelung ausdrücklich vorsehen, wenn zum Beispiel die weitere Mitarbeit des Geschäftsführers einer GmbH, der deren Gläubigern nach § 823 II BGB i.V.m. § 64 I GmbHG haftet, bei der Sanierung der Gesellschaft so unverzichtbar ist, dass er mit einem Teilerlass der Gesamtschadensforderungen »geködert« werden muss. In Umkehrung von § 227 II InsO kann sich dies jedoch nur aus einer ausdrücklichen Regelung im Insolvenzplan ergeben.

15 *Oepen*, Rz. 250.

16 *Siehe* S. 62 ff.

17 *Zur Lage nach Verfahrensbeendigung im Allgemeinen* S. 84 ff.

18 *Zur Regelung im Einzelnen* S. 155 ff.

II. Gesamtschadensliquidation und Eigenverwaltung

Die Möglichkeit der Eigenverwaltung durch den Insolvenzschuldner unter Aufsicht eines Sachwalters wurde vom Gesetzgeber geschaffen, um das Insolvenzverfahren zu vereinfachen und zu verbilligen.¹⁹ Dem Insolvenzschuldner wird hier zwar wie im Regelinsolvenzverfahren seine Privatautonomie genommen, jedoch erhält er qua einer Art »Amtswalterstellung in eigenen Angelegenheiten«²⁰ gemäß § 270 I S. 1 InsO die Verfügungsbefugnis über das Massevermögen. Bei der Verwaltung der Masse wird er von einem durch das Insolvenzgericht bestellten Sachwalter beaufsichtigt, dessen Zustimmung nicht nur nach § 275 I S. 1 InsO zur Eingehung ungewöhnlicher Verbindlichkeiten erforderlich ist, sondern dem nach § 280 InsO bestimmte Rechte ausschließlich zugewiesen sind.²¹

Hierzu gehört neben der Ausübung des Insolvenzanfechtungsrechts auch das Recht zur Einforderung des Gesamtschadensersatzes nach § 92 InsO. Auch im Falle der Eigenverwaltung bleibt es daher nicht dem Schuldner überlassen, gegen den Schadensersatzschuldner vorzugehen. Für einen Hauptanwendungsfall des § 92 InsO – die Insolvenzverschleppungshaftung eines Gesellschaftsorgans – würde das auch zu dem abstrusen Ergebnis führen, dass der Geschäftsführer oder der Vorstand als Organ der Insolvenzschuldnerin gegen sich selbst als schädigenden Schadensersatzschuldner vorgehen müsste.²²

Ebenso wie im Regelinsolvenzverfahren kann es auch bei der Eigenverwaltung durch den Insolvenzschuldner zu Masseschmälerungen kommen, die Gesamtschäden auslösen. Für diese haftet er wie ein Insolvenzverwalter analog § 60 I InsO.²³ Auch dieser Schaden wird gemäß § 280 InsO vom Sachwalter geltend gemacht. Diese Zugriffsmöglichkeit ist allerdings für die Gläubiger von allenfalls geringem Interesse, da der Schuldner kaum ein viel versprechender Anspruchsgegner sein wird.

Es bleibt schließlich der Fall, dass der Sachwalter Gesamtschäden verursacht.²⁴ Für solche Schäden hat er nach § 274 I i.V.m. § 60 I InsO einzustehen. In diesem Fall ist analog § 92 S. 2 InsO nur ein neu zu bestellender Sachwalter befugt, den Gesamtschadensersatzanspruch durchzusetzen.²⁵ Sonst müsste wiederum gerade der Sachwalter, der die Masse geschädigt hat, gegen sich selbst vorgehen.

19 Begr. zum Ersten Abschnitt des Achten Teils RegEInsO, 2. Abs., abgedruckt bei *Balz/Landfermann*, S. 526.

20 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 8.13; ihm folgend: *Landfermann* in HK-InsO, § 270 Rz. 9; *Smid*, Insolvenzrecht, § 25 Rz. 6.

21 Kritik an der unsystematischen Differenzierung der Befugnisse zwischen Schuldner und Sachwalter übt *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 8.04, 8.14.

22 Hierauf weist *Smid*, Insolvenzrecht, § 25 Rz. 19 zutreffend hin. Dennoch hat das AG Köln (ZIP 1999, 1646 f.) die Anordnung der Eigenverwaltung abgelehnt, weil sie die Durchsetzung von Ansprüchen aus § 64 II GmbHG gefährde.

23 Vgl. *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 8.14.

24 Beispielsweise durch pflichtwidrige Verletzungen seiner Aufsichtspflicht oder durch schuldhaftes Versäumen von Anfechtungsmöglichkeiten.

25 Vgl. *Landfermann* in HK-InsO, § 280 Rz. 2.

6. Kapitel Auswirkungen des § 92 InsO im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Gesamtschadensersatzschuldners

Die Doppelinsolvenz von Insolvenzschuldner und Gesamtschadensersatzschuldner kann zufällig eintreten oder dadurch ausgelöst werden, dass ein Insolvenzgrund beim Schadensersatzschuldner gerade durch die Geltendmachung der Gesamtschadensforderungen entsteht. Im Bereich des § 92 InsO wird anders als bei § 93 InsO¹ die Doppelinsolvenz dennoch eher die Ausnahme als die Regel sein.

Wird über das Vermögen des Gesamtschadensersatzschuldners das Insolvenzverfahren eröffnet, so hat dies grundsätzlich keine Konsequenzen für die Gesamtschadensliquidation im Verfahren über das Vermögen des Insolvenzschuldners. Erneut ist zu betonen, dass die Einziehung durch den Verwalter in diesem Fall keineswegs funktionslos wird, denn der primäre Zweck der einheitlichen Geltendmachung ist es nicht, die gleichmäßige Befriedigung aus dem Vermögen des Schadensersatzschuldners zu sichern – das könnte in der Tat auch im Verfahren über dessen Vermögen erreicht werden – sondern Gleichbehandlung zwischen allen Gläubigern des Insolvenzschuldners durch Erstreckung der Verfahrenswirkungen auf das gesamte ihnen haftungsrechtlich zuzuweisende Vermögen herzustellen. Hierfür ist die Gesamtschadensliquidation nach § 92 InsO unerlässlich. Für den Fall der Doppelinsolvenz von Insolvenzschuldner und Schadensersatzschuldner bleibt es insofern bei Sperr- und Ermächtigungswirkung des § 92 InsO.²

Für das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schadensersatzschuldners hat dies die Konsequenz, dass hier die Gesamtschadensersatzgläubiger von der selbständigen Geltendmachung ihrer Forderungen ausgeschlossen sind. An diesem Verfahren ist daher nur der Insolvenzverwalter des Schuldners neben den übrigen Gläubigern des Schadensersatzschuldners beteiligt. Die Ermächtigungswirkung vermittelt entsprechend dem Insolvenzverwalter des schuldnerischen Vermögens die Befugnis zur Insolvenzantragstellung³ sowie zur Anmeldung der Quotenschadensersatzforderungen im Verfahren über das Vermögen des Schadensersatzschuldners. Auch diese Befugnisse ergeben sich aus dem Übergang der Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter. Die Lage gestaltet sich insofern nicht anders als im Falle der Insolvenz eines Schuldners des Insolvenzschuldners. Der Insolvenzverwalter macht die Gesamtschadensersatzforderungen in diesem Verfahren als Insolvenzforderungen geltend und zieht den Erlös zur Masse.

Oben wurde der Standpunkt vertreten, dass Leistungen vor Verfahrenseröffnung an einen Schadensersatzgläubiger nicht vom Insolvenzverwalter über das schuldnerische

1 Vgl. *Ulmer* in Neuordnung des Insolvenzrechts, S. 119 (123). Im Übrigen S. 96 ff.

2 *Oepen*, Rz. 242.

3 *Oepen*, Rz. 241, weist zutreffend darauf hin, dass der Insolvenzverwalter bei der Entscheidung, ob er in Bezug auf das Drittvermögen Insolvenzantrag stellt, an die Interessen der Gesamtschadensersatzgläubiger gebunden ist. Dies entspricht der hier vertretenen allgemeinen Bindung an die Interessen der Gesamtschadensersatzgläubiger bei der Geltendmachung der Gesamtschadensforderungen. (Vgl. S. 64 f.).

Vermögen angefochten werden können.⁴ Dieser kann sich hiergegen allenfalls im Wege der Gläubigeranfechtung nach dem Anfechtungsgesetz wehren. Die Insolvenzanfechtung kann deshalb nur vom Verwalter über das Vermögen des Schadensersatzschuldners erklärt werden, wenn in diesem Verfahren deren Voraussetzungen vorliegen. Insbesondere ist auf den Zeitpunkt des Eröffnungsantrags hinsichtlich des Vermögen des Schadensersatzschuldners bei der Beurteilung der Anfechtbarkeit abzustellen.

4 Vgl. S. 71 ff.

Zusammenfassung des ersten Teils

- Durch § 92 InsO werden auch die Gesamtschadensersatzansprüche dem Insolvenzbeschlag unterworfen. Sie sind ebenso Bestandteile der Insolvenzmasse wie die Vermögenswerte, deren Verlust sie kompensieren sollen.
- Sperr- und Ermächtigungswirkung des § 92 InsO stellen sich rechtstechnisch als Übergang der Verfügungsbefugnis hinsichtlich der Gesamtschadensersatzansprüche von den Gesamtschadensersatzgläubigern auf den Insolvenzverwalter dar.
- Die aus den betroffenen Ansprüchen eingenommenen Beträge führt der Insolvenzverwalter der Insolvenzmasse zu. Eine Sondermasse wird nicht gebildet. Die Gesamtschadensersatzansprüche sind zwar nicht bei der Feststellung der Insolvenzreife zu berücksichtigen, können aber die Massearmut im Sinne der §§ 26, 207 InsO beseitigen.
- Der Insolvenzverwalter kann auch in Höhe der Insolvenzquote nicht mit Gesamtschadensersatzansprüchen gegen Insolvenzforderungen des Gesamtschadensersatzschuldners aufrechnen. Aufgrund seiner Verfügungsbefugnis ist es ihm allerdings möglich, die Ansprüche (kaufweise) abzutreten.
- Den Gesamtschadensersatzgläubigern ist es nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens infolge des Verlusts der Verfügungsbefugnis unmöglich, ihre Ansprüche selbständig durchzusetzen. Entsprechend ist ihnen auch die Aufrechnung mit den Gesamtschadensersatzansprüchen nicht mehr gestattet.
- Leistungen des Schadensersatzschuldners vor Verfahrenseröffnung an einzelne Schadensersatzgläubiger können vom Insolvenzverwalter nicht nach §§ 129 ff. InsO angefochten werden. Er kann sie allenfalls mit der Gläubigeranfechtung nach dem AnFG angreifen. Die Insolvenzanfechtung ist nur im Verfahren über das Vermögen des Schadensersatzschuldners durch den dort zuständigen Insolvenzverwalter möglich.
- Direktzahlungen an einen Gesamtschadensersatzgläubiger nach Verfahrenseröffnung wirken nur in den Grenzen des § 82 InsO für den Gesamtschadensersatzschuldner befreiend. Es bleibt ihm auch nach Verfahrenseröffnung unbenommen, mit Ansprüchen gegen einen einzelnen Schadensersatzgläubiger in Höhe des diesem zustehenden Quotenschadensersatzanspruchs aufzurechnen. Dagegen ist es ihm nicht möglich, mit einer Insolvenzforderung gegen die Inanspruchnahme durch den Insolvenzverwalter aufzurechnen.
- Im Insolvenzplanverfahren ist für die Gesamtschadensersatzgläubiger eine eigene Abstimmungsgruppe nach § 222 II InsO zu bilden, sofern der Gesamtschadensersatzschuldner nicht sämtlichen Insolvenzgläubigern haftet und diese Ansprüche von der Regelung im Insolvenzplan betroffen sind. Aussetzungsentscheidungen nach § 233 InsO umfassen auch die Auskehr der vom Gesamtschadensersatzschuldner eingezogenen Beträge.

2. Teil Die Abwicklung der Haftung des persönlich haftenden Gesellschafters nach § 93 InsO

Das Konkursverfahren über das Vermögen einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit ließ die Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger gegen die ihnen persönlich haftenden Gesellschafter grundsätzlich unberührt. Demgegenüber obliegt es nunmehr im Insolvenzverfahren dem Insolvenzverwalter, die Haftung der persönlich haftenden Gesellschafter geltend zu machen. Die Gesellschaftsgläubiger sind von der selbständigen Geltendmachung ausgeschlossen. Insofern stellt § 93 InsO eine echte Neuregelung dar und ist anders als § 92 InsO nicht nur die positive Regelung einer schon bestehenden Praxis.

Die auf einen Vorschlag *Karsten Schmidts*¹ zurückgehende Norm ist § 171 II HGB nachgebildet, der eine formal ähnliche Regelung für die Kommanditistenhaftung in der Insolvenz vorsieht.² § 93 InsO gleicht daneben vor allem hinsichtlich der Formulierung der Rechtsfolge § 92 InsO. Wie jedoch schon in der Einleitung betont, darf von der äußerlichen Ähnlichkeit der Vorschriften nicht auf ihre identische Funktion geschlossen werden.³

Zunächst soll die Funktion des § 93 InsO am Beispiel der unbeschränkten Haftung des aktiven OHG-Gesellschafters untersucht werden. Dessen Verantwortlichkeit nach § 128 HGB fällt unproblematisch in den sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich des § 93 InsO, so dass funktionale und dogmatische Einordnung der Vorschrift exemplarisch erörtert werden können.⁴ Auf Sonderprobleme in der BGB-Gesellschaft und der GmbH & Co KG wird im 7. Kapitel einzugehen sein.

1 *Ders.* in Gutachten, Teil D 46 ff.

2 Vgl. zu § 171 II HGB im Einzelnen S. 36 ff.

3 Auch *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 31.15, äußert sich ablehnend gegenüber einer einheitlichen systematischen Einordnung von §§ 93 InsO und 171 II HGB. A.A. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 54 V 1.b); *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 493; *Kübler/Prütting/Lüke*, InsO, § 93 Rz. 2; *Hess*, InsO, § 93 Rz. 13; *Nerlich/Römermann/Wittkowski*, InsO, § 93 Rz. 1.

4 Identisch zu behandeln ist die Situation des Partners in einer Partnerschaft, des Gesellschafters in einer Partenreederei, einer EWIV und des Komplementärs einer KGaA, denn auch hier gilt jeweils eine akzessorische Haftung nach dem Muster des § 128 HGB.

1. Kapitel Funktion und dogmatische Konstruktion des § 93 InsO

I. Funktion des § 93 InsO

Die Gesetzesbegründung schreibt § 93 InsO im Wesentlichen zwei Funktionen zu: Zum einen soll mittels der Abwicklung über den Verwalter der Gleichbehandlungsgrundsatz effektiviert werden, indem ein Wettlauf der Gläubiger bei der Geltendmachung der Gesellschaftershaftung unterbunden wird. Zum anderen soll die Vorschrift ein Beitrag zur Senkung der Quote der massearmen Insolvenzen sein. Denn sie erlaube es, das Gesellschaftersinsolvenzverfahren auch dann zu eröffnen, wenn das Gesellschaftsvermögen selber nicht zur Deckung der Massekosten genügt, aber bei unbeschränkt haftenden Gesellschaftern ein ausreichendes Vermögen vorhanden ist.⁵

1. Gewährleistung der Gläubigergleichbehandlung

Ausweislich der Begründung zum Regierungsentwurf soll § 93 InsO konkret gewährleisten, »dass sich keiner dieser Gläubiger (nach § 128 HGB) in der Insolvenz der Gesellschaft durch einen schnelleren Zugriff auf persönlich haftende Gesellschafter Sondervorteile verschafft.«⁶ Das ist eben der Gedanke, der auch für die Funktion des § 171 II HGB allgemein anerkannt ist.⁷

Die Kommanditistenhaftung unterscheidet sich aber wesentlich von der unbeschränkten Haftung dadurch, dass die Gleichbehandlung der Kommanditistengläubiger nicht durch ein gesondertes Insolvenzverfahren hergestellt werden kann. Weil die Haftung des Kommanditisten nicht gegenständlich beschränkt ist, ist ein gesondertes Insolvenzverfahren über die Haftsumme des Kommanditisten nicht denkbar.⁸ Dagegen ist über das Vermögen des OHG-Gesellschafters ein eigenes Verfahren selbstverständlich möglich, falls es nicht zur Deckung aller Verbindlichkeiten ausreichen sollte. In diesem Verfahren kann Gleichbehandlung zwischen allen Gläubigern des Gesellschafters – zu denen auch die Gesellschaftsgläubiger gemäß § 128 HGB gehören – hergestellt werden.⁹ Die Unmöglichkeit, auf andere Weise den Gleichbehandlungsgrundsatz durchzusetzen, vermag daher die zentralisierte Einziehung nach § 93 InsO nicht zu rechtfertigen.¹⁰ Dass die Komplementärhaftung

5 Begr. RegEInsO, § 105 abgedruckt bei *Balz/Landfermann*, S. 310 f.

6 Begr. § 105 RegEInsO 2. Abs., abgedruckt bei *Balz/Landfermann*, S. 310 (ohne Klammerzusatz). Ebenso die sich abzeichnende h.M.: *Eickmann* in HK-InsO, § 93 Rz. 1; *Bork* in *Kölner Schrift*, S. 1333 (Rz. 3, 24); *ders.*, *Insolvenzrecht*, Rz. 202 f.; *Smid* in *Smid*, InsO, § 93 Rz. 1; *Hasselbach*, DB 1996, 2213 (2217) *Theißen*, ZIP 1998, 1625, (1626); *Kübler/Pritting/Lüke*, InsO, § 93 Rz. 3; *Fuchs*, ZIP 2000, 1089 (1091); *Pelz*, S. 85.

7 Siehe S. 37 f.

8 *Häsemeyer*, *Insolvenzrecht*, Rz. 31.15.

9 Vgl. auch *Bork*, *Insolvenzrecht*, Rz. 202.

10 *Häsemeyer*, *Kölner Schrift*, S. 645 (Rz. 53). Gerade dieser Unterschied zwischen beschränkter und unbeschränkter Haftung veranlasste den HGB-Gesetzgeber, eine zentralisierte Einziehung nur für die Kommanditistenhaftung vorzusehen. Vgl. *Denkschrift zum HGB*, 115; abgedruckt

tung faktisch ebenso erschöpflich ist wie die Kommanditistenhaftung, erlaubt eben nicht den Schluss, dass sie auch in der Insolvenz der Gesellschaft gleich zu behandeln sind.¹¹

Dennoch wird der Ausschluss der Gläubiger von der Einziehung ihrer Ansprüche aus § 128 HGB mit dem Bedürfnis nach Herstellung von Gleichbehandlung unter den Nicht-Privatgläubigern des Gesellschafters gerechtfertigt. Richtig ist hieran, dass die Gesellschaftsinsolvenz regelmäßig auch den Gesellschafter in die Krise reißen wird, so dass auch er insolvent sein oder werden wird. Die zu prophezeiende Insolvenz auch des Gesellschafters schafft durchaus ein Bedürfnis für den Schutz des Gleichbehandlungsgrundsatzes hinsichtlich der Gesellschaftergläubiger.

Insofern ließe sich § 93 InsO als ein vorgreiflicher Schutz der Gleichbehandlung der Gläubiger des Gesellschafters deuten und wäre im Ergebnis nichts anderes als eine Vorwegnahme vor allem des § 89 InsO in Bezug auf dessen Vermögen, jedenfalls so weit es um seine Nicht-Privatgläubiger geht.

Ob die »befürchtete Insolvenz« des Gesellschafters jedoch den Ausschluss der Gläubiger von der privatautonomen Einziehung ihrer Forderungen aus § 128 HGB zu rechtfertigen vermag, ist höchst zweifelhaft. Man muss sich vor Augen führen, dass durch die einheitliche Einziehung das die Einzelvollstreckung beherrschende Prioritätsprinzip außer Kraft gesetzt wird. An seine Stelle tritt eine allseitig konzipierte Haftungsabwicklung. Für das Insolvenzverfahren liegt die Begründung hierfür in dem Versagen der privatautonomen Haftungssteuerung des Insolvenzschuldners.¹² Die Unfähigkeit des Schuldners, seine Verbindlichkeiten so zu steuern, dass er zu ihrer rechtzeitigen und vollständigen Befriedigung in der Lage ist, wird im Insolvenzverfahren anhand des Vorliegens eines der Eröffnungsgründe der §§ 17 ff. InsO geprüft. Eine solche Überprüfung findet aber im Rahmen des § 93 InsO bezüglich des Gesellschaftervermögens gerade nicht statt. Diese Abkehr vom Antragserfordernis lässt sich nicht durch eine bloße Vermutung für das Vorliegen eines Insolvenzgrundes rechtfertigen. Denn entgegen dieser Vermutung bleibt der Fall denkbar, dass der persönlich haftende Gesellschafter trotz der Insolvenz der Gesellschaft über genügend Vermögen verfügt, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen. Dann wäre die Ablösung des Prioritätsprinzips durch den Gleichbehandlungsgrundsatz voreilig und würde nur überflüssige Gesamtvollstreckungskosten produzieren. Auch wenn diese Konstellation eher theoretisch ist, weil der Gesellschafter schon aus Eigeninteresse die Gesellschaft vor dem auch für ihn schädlichen Insolvenzverfahren bewahren wird, soweit ihm dies möglich ist, ist sie doch der Testfall für die Frage, wie ernst man es mit der haftungsrechtlichen Trennung zwischen Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen¹³ meint. Wird diese konsequent durchgeführt, so geht kein Weg an dem Grundsatz »zwei Vermögen/zwei Verfahren« vorbei. Insofern ist es unverzichtbar, die Eröffnungsgründe getrennt zu prüfen. Denn auch die Insolvenzordnung bindet den Ausschluss der Gläubiger von der selbständigen

bei *Schubert/Schmiedel/Krampe*, Bd. II/2 S. 1045. Siehe auch *Westermann*, Personengesellschaftsrecht, Rz. 907.

11 Vgl. aber *Ulmer* in *Kübler*, Neuordnung des Insolvenzrechts, S. 119 (123).

12 Vgl. *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 1.13, 2.01.

13 Vgl. *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 209 Rz. 30; *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 477; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 31.15; *K. Schmidt*, 100 Jahre KO, S. 247 (266).

Durchsetzung ihrer Insolvenzforderungen an den Eröffnungsbeschluss, nicht an den Eintritt der materiellen Insolvenz.

Deutete man § 93 InsO dennoch ebenso wie § 171 II HGB als eine Norm, die dem Gleichbehandlungsgrundsatz im Hinblick auf die Haftung des Gesellschafters aufhelfen soll, so wäre er eine gewisse Rückwendung zum Prinzip der zwangsläufigen Doppelinsolvenz von Gesellschaft und unbeschränkt haftendem Gesellschafter, wie sie § 287 II PreußKO 1855 vorsah¹⁴ und sie heute noch das französische Insolvenzrecht¹⁵ kennt. Schon weil die Gesellschaft insolvent ist, wird danach das Prioritätsprinzip auch in Bezug auf das Gesellschaftervermögen – wenigstens für die Nicht-Privatgläubiger – außer Kraft gesetzt. Die zwangsläufige Eröffnung eines Simultaninsolvenzverfahrens über das Vermögen des Gesellschafters ist aber aus guten Gründen nicht in die Konkursordnung übernommen worden.¹⁶

Somit bleibt es die Aufgabe des Gesellschafterinsolvenzverfahrens, Gleichbehandlung zwischen den Gläubigern des Gesellschafters herzustellen. Insofern könnte § 93 InsO allenfalls eine Sicherungsfunktion in der Weise beigemessen werden, dass die einheitliche Einziehung – unabhängig von einem tatsächlich eröffneten Gesellschafterinsolvenzverfahren – für Gleichbehandlung der Nicht-Privatgläubiger des Gesellschafters sorgt. Doch auch diese Auslegung ist unzulässig, denn das Gesellschaftsinsolvenzverfahren würde dadurch für verfahrensfremde Zwecke instrumentalisiert. Es ist nicht der Zweck des Verfahrens über das Gesellschaftsvermögen, Gleichbehandlung in einer Teilmenge der Gläubiger des Gesellschafters herzustellen. Daher kann auch nicht bei Unzulänglichkeit des Gesellschaftervermögens i.S.d. § 26 I InsO dem Gleichbehandlungsgrundsatz in Bezug auf einen mehr oder weniger großen Teil der Gläubiger des Gesellschafters im Rahmen und vor allem auf Kosten des Gesellschaftsinsolvenzverfahrens aufgeholfen werden.

Auch in einer Vorverlegung der Wirkungen eines Gesellschafterinsolvenzverfahrens schon auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Gesellschaftsinsolvenzverfahrens kann keine sinnvolle Aufgabe von § 93 InsO gesehen werden, weil hierfür die §§ 88, 129 ff. InsO abschließende Regelungen sind.

Die Erstreckung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf die Ansprüche gegen den Gesellschafter lässt sich also nicht aus der Perspektive der Nicht-Privatgläubiger des Gesellschafters rechtfertigen. Denkbar bleibt aber, an die Gleichbehandlung im Gesellschaftsinsolvenzverfahren anzuknüpfen und den Rechtfertigungsgrund für die Erstreckung des

14 Vgl. *Jaeger/Weber*, KO, 8. Aufl., § 212 Rz. 1., Vorbem. § 207 Rz. 16; *K. Schmidt*, 100 Jahre KO, 247 (266 f.).

15 Art. 97 Gesetz Nr. 67 – 563 vom 13. Juli 1967, siehe *Sonnenberger*, III 48.

16 Im vom Antragsprinzip beherrschten Konkursrecht wäre ein von Amts wegen zu eröffnendes Verfahren systemfremd, weil die materielle Insolvenz des Gesellschafters nicht geprüft wird. Der Zweck der Doppelinsolvenz – den Gesellschafter zu ordentlicher Finanzierung der Gesellschaft anzuhalten, um den Eigenkonkurs abzuwenden – führt dazu, dass der Gesellschafter gezwungen wird, dem schon verlorenen Vermögen weiteres nachzuwerfen, »um ein Unternehmen zu retten, das auf die Dauer vielleicht doch nicht zuhalten ist.« *Jaeger*, Konkurs der OHG, S. 172. Weitere Bedenken gegen die zwangsläufige Doppelinsolvenz: Materialien zur KO, Begründung des Entwurfs zu §§ 198, 201 KO Entwurf, S. 449 f., abgedruckt bei *Hahn*, S. 396 ff. Vgl. in anderem Zusammenhang *C. Paulus*, EWIR § 4 InsO 1/01, 233, 234.

Gleichbehandlungsgrundsatzes auf die Ansprüche gegen den Gesellschafter in ihrer haftungsrechtlichen Zuordnung zur Insolvenzmasse im Gesellschaftsinsolvenzverfahren zu suchen. Deshalb ist ähnlich wie für die von § 92 InsO erfassten Gesamtschadensansprüche die haftungsrechtliche Zuordnung der von § 93 InsO betroffenen Ansprüche zu überprüfen. Hierfür ist ein Blick auf die Struktur der Gesellschafterhaftung aus § 128 HGB erforderlich.

a) Die Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB

Die persönliche Haftung des OHG-Gesellschafters dient dem Gläubigerschutz¹⁷ auf doppelte Weise, indem sie den Kreditgebern der Gesellschaft durch die Mithaft eines weiteren Vermögens Sicherheit bietet und eine disziplinierende Wirkung auf die geschäftsführungsberechtigten Gesellschafter ausübt.¹⁸ Für den vorliegenden Zusammenhang kommt es zunächst nur auf den ersten Aspekt an: Die Haftung des Gesellschafters eröffnet den Gesellschaftsgläubigern die Möglichkeit, zur Befriedigung ihrer Forderungen auf ein weiteres Vermögen zuzugreifen.¹⁹ Die Haftung eines OHG-Gesellschafters nach § 128 HGB ähnelt insofern funktional der Haftung eines Bürgen oder eines sonstigen Sicherungsgebers, der aus seinem Vermögen Sicherheiten für Verbindlichkeiten der Gesellschaft stellt. Da aber Sicherheiten, die sich ein Insolvenzgläubiger von Dritten hat einräumen lassen, grundsätzlich unabhängig vom Insolvenzverfahren verwertet werden können,²⁰ bedarf der Eingriff in die Rechte der Gesellschaftergläubiger der Rechtfertigung.

b) Rechtfertigung des Eingriffs in die Rechte der Gläubiger durch die haftungsrechtliche Zuordnung der Ansprüche aus § 128 HGB zur Insolvenzmasse in der Gesellschaftsinsolvenz?

Für die Gesamtschadensforderungen des § 92 InsO wurde die Rechtfertigung des Eingriffs in die Gläubigerrechte in der haftungsrechtlichen Zuordnung der Ansprüche zur Insolvenzmasse gefunden. Daher ist zu untersuchen, ob sich diese auch bezüglich § 128 HGB nachweisen lässt.

Als Begründung für die gesuchte haftungsrechtliche Zuordnung zum Gesellschaftsvermögen kommt jedenfalls nicht der im Rahmen von § 92 InsO tragende Gedanke der Kompensation für zurechenbare Massedefizite in Frage. Die Masse (das Gesellschaftsvermögen) weist für den Gesellschaftsgläubiger keineswegs ein Defizit auf, denn weder haftet der Gesellschafter, weil er die Masse verkürzt hat, noch spielt es hierfür eine Rolle,

17 Vgl. *Habersack* in Großkomm. HGB, § 128 Rz. 1.

18 Vgl. ausführlich zur Funktion der unbeschränkten Haftung: *K. Schmidt*, Die oHG im System der Handelsgesellschaften, S. 106 ff.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, S. 536.

19 Zur bürgenähnlichen Stellung des OHG-Gesellschafters *Habersack* in Großkomm. HGB, § 128 Rz. 2 und *K. Schmidt* in Schlegelberger, HGB, § 128 Rz. 16. Die früher h.M., es handele sich bei der Haftung der Gesellschaft um eine einheitliche Schuld mit verschiedenen Haftungsmassen, ist überholt. Vgl. *K. Schmidt* in Schlegelberger, HGB, § 128 Rz. 1.

20 Auch rechtspolitisch befürwortend *K. Schmidt*, Gutachten, D 48.

ob er geschuldete Einlagen nicht erbracht hat. Demgegenüber ist es gerade der Zusammenhang zwischen Einlage und Haftung, der die haftungsrechtliche Zuordnung der Haftsumme des Kommanditisten zum Gesellschaftsvermögen begründet.²¹ Zwar sind Einlageverpflichtung und Haftung des Kommanditisten sorgfältig auseinander zu halten,²² und richtig ist auch, dass § 171 II HGB nur dessen Haftung regelt. Dennoch ist andererseits der Zusammenhang zwischen Einlage und Haftung nicht zu leugnen: Soweit die Einlage in Höhe der Haftsumme an die Gesellschaft geleistet worden ist und ihr belassen wurde, haftet der Kommanditist nicht. Da dieser Satz beim OHG-Gesellschafter nicht gilt, ist haftungsrechtlich der Zugriff auf Gesellschaftervermögen auch nicht dem Zugriff auf Gesellschaftsvermögen gleichzustellen. Die in der Literatur zu Recht betonte Trennung von Einlage und Haftung des Kommanditisten darf nicht dazu führen, dass die Unterschiede in der Struktur der Haftung des Kommanditisten und der des OHG-Gesellschafters verdeckt werden.²³ Diese erschöpfen sich nicht in dem Gegensatz beschränktes/ unbeschränktes Entstehenmüssen, sondern liegen vor allem in der Möglichkeit des Kommanditisten, sich durch Zahlung an die Gesellschaft von seiner Haftung zu befreien. Die Haftungsansprüche gegen den Gesellschafter lassen sich daher wenigstens nicht aus diesem Grund haftungsrechtlich der Insolvenzmasse im Gesellschaftsinsolvenzverfahren zuordnen.

Auch wenn von Dritten für Verbindlichkeiten des Insolvenzschuldners gegebene Sicherheiten grundsätzlich nicht zur Insolvenzmasse gehören, so könnte sich doch aus den Eigenarten der Gesellschafterhaftung etwas anderes ergeben. Eine Besonderheit der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB gegenüber rechtsgeschäftlich bestellten Drittsicherheiten besteht darin, dass die Haftung des Gesellschafters grundsätzlich²⁴ gegenüber allen Gläubigern der Gesellschaft kraft Gesetzes besteht. Es wäre also zu beweisen, dass die Tatsache, dass ein Dritter sämtlichen Gläubigern des Insolvenzschuldners haftet, die Verdrängung des Prioritätsprinzips auch in Bezug auf diese Haftung rechtfertigt.²⁵ Wie eben gezeigt wurde, darf zur Begründung jedenfalls nicht auf die zu vermutende Insolvenzreife des Vermögens des Dritten abgestellt werden.

Es bleibt aber fraglich, weshalb die Ansprüche aus der Außenhaftung des Gesellschafters im Gesellschaftsinsolvenzverfahren zur Insolvenzmasse gehören sollten, nur weil alle Insolvenzgläubiger auch Ansprüche gegen den Gesellschafter haben.²⁶ Behandelte man die Ansprüche gegen den Gesellschafter als massezugehörig, wandelte sich die Außenhaftung des Gesellschafters in der Insolvenz in eine Art Innenhaftung gegenüber der Masse um.

21 Vgl. *Häsemeyer*, ZHR 149. Bd., 43 (51 f.).

22 Grundlegend *K. Schmidt*, Einlage und Haftung, S. 5 ff.

23 Mit dieser Tendenz aber *Westermann*, Personengesellschaftsrecht, Rz. 902.

24 Insbesondere der ausgeschiedene Gesellschafter haftet nach §§ 128, 160 I HGB nur den Altgläubigern, also keineswegs allen Insolvenzgläubigern. Daher soll die Haftung des Gesellschafters nicht in allen Fällen der »Gesamtheit der Gesellschaftsgläubiger zugute« kommen. So aber Begr. zu § 105 RegEInsO 2. Abs., abgedruckt bei *Balz/Landfermann*, S. 310.

25 So *K. Schmidt*, Insolvenzrecht der Unternehmen, S. 81.

26 Vorbildlich klar hiergegen *Blomeyer*, BB 1968, 1461 (1463) auf der Basis der alten Gesamthandslehre: »Entscheidend ist, dass die Identität des Haftungssubstrats die rechtliche Selbständigkeit der Haftungsansprüche nicht berührt.«

Soweit diese Innenhaftung als Verlustdeckungshaftung gedeutet wird, hat sie die Tendenz, »den Gesellschafter stärker zur Kasse zu bitten«²⁷. Damit würden die Interessen der Privatgläubiger des Gesellschafters verletzt, weil hierdurch ihre Quoten in der Gesellschaftersinsolvenz verkürzt würden. Soweit die Umwandlung in eine Innenhaftung dem Zweck dienen soll, die Erlöse der Ansprüche aus § 128 HGB auch für die Tilgung von Masseverbindlichkeiten zu verwenden, beeinträchtigte sie die Rechte der Forderungsinhaber. Denn sie müssten nicht nur von ihren Insolvenzforderungen Abzüge für Masseverbindlichkeiten hinnehmen, sondern auch von ihren an sich insolvenzfreien Ansprüchen gegen den Gesellschafter.

Die Haftungsansprüche gegen den Gesellschafter dürfen daher nicht im Gesellschaftersolvenzverfahren als Massebestandteil behandelt werden. § 93 InsO sollte deshalb auch nicht als insolvenzrechtlicher Verlustausgleichsanspruch der Gesellschaft gegen ihre Gesellschafter bezeichnet werden.²⁸ Die Vorschrift erledigt keineswegs materielle rechtliche Zweifelsfragen nach Außen- oder Innenhaftung, denn die Abwicklung durch den Verwalter darf gerade nicht dazu führen, dass die Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger wie Gesellschaftsvermögen behandelt werden.

In aller Schärfe hieß es denn auch noch in Leitsatz 6.2 des Ersten Berichts der Insolvenzrechtskommission, dass es sich »für Ansprüche von Gläubigern, die sich gegen Gesellschafter ... aus rechtsgeschäftlicher Haftung, aus den Grundsätzen der Vertrauenshaftung oder aus unerlaubter Handlung ergeben«, verbiete, »eine einheitliche Zuweisung an die Insolvenzmasse vorzunehmen.« Das Gleiche wird man bezüglich der Ansprüche aus § 128 HGB für richtig halten müssen, für deren Einbeziehung – ganz anders als für die Einbeziehung der Gesamtschäden zur Masse, Leitsatz 6.3 ff. – denn auch der Erste Bericht keinen Anhaltspunkt gibt.²⁹

Wegen der fehlenden haftungsrechtlichen Zuordnung der Ansprüche gegen den Gesellschafter zum Gesellschaftsvermögen³⁰ einerseits und andererseits der Möglichkeit, die par condicio creditorum in einem eigenen Insolvenzverfahren über das Gesellschaftervermögen herzustellen, kann Gläubigergleichbehandlung bezüglich der Haftung nach § 128 HGB nicht Aufgabe des Gesellschaftersolvenzverfahrens sein. Jedenfalls insoweit beruht die Gesetzesbegründung wohl auf einer formelhaften Beschwörung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und einer unreflektierten Übernahme der für § 171 II HGB anerkannten Grundsätze.

27 Vgl. vor allem *Blersch* in *Breutigam/Blersch/Goetsch*, InsO, § 93 Rz. 5, der § 93 InsO als allgemeinen Verlustausgleichsanspruch der Gesellschaft deutet, der sogar Masseverbindlichkeiten erfassen soll. Dies widerspricht allerdings grundlegend dem bisherigen Verständnis der Haftungsverfassung der OHG. Vgl. BGH, ZIP 1993, 208; *Ulmer* in *Großkomm. HGB*, § 105 Rz. 19. Deutung als Verlustdeckungsanspruch auch bei *K. Schmidt* in *K. Schmidt/Bitter*, ZIP 2000, 1079 (1086), dort aber mit dem klaren Hinweis, dass hieraus keine Haftungserweiterung für vom Verwalter begründete Masseschulden folge.

28 So aber *K. Schmidt*, ZGR 1996, 209 (216 f.); *ders.*, ZGR 1998, 633 (669 f.).

29 Vgl. *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 495, Fn. 72. *Kübler/Prütting/Lüke*, InsO, § 93 Rz. 2, Fn. 5.

30 Ebenso *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 31.15.

2. Verbesserung der Eröffnungschancen durch § 93 InsO?

Nunmehr soll das zweite vom Gesetzgeber genannte Ziel, nämlich die Überwindung der Massearmut, betrachtet werden.

Eine Verbesserung der Eröffnungschancen ist grundsätzlich auf zwei verschiedene Weisen denkbar: Zum einen kann sie durch eine materiellrechtliche Erweiterung der Haftung für Masseverbindlichkeiten erreicht werden: Dies würde eine Ausweitung der Haftung des Gesellschafters auch auf Masseverbindlichkeiten bedeuten. Er würde dann aus § 128 HGB nicht nur für so genannte alte³¹ und bestimmte neue Masseverbindlichkeiten, sondern vor allem auch für die Massekosten im Gesellschaftsinsolvenzverfahren haften. Eine derartige Ausdehnung der Haftung des OHG-Gesellschafters widerspräche gesellschaftsrechtlichen Grundprinzipien.³² Denn die persönliche Gesellschafterhaftung rechtfertigt sich entscheidend durch das Prinzip der Selbstorganschaft, das eine Verantwortung des geschäftsführungsbefugten Gesellschafters für die Geschicke und den Vermögensstatus der Gesellschaft begründbar macht. Diese Verantwortung ist aber wenigstens für neue Masseverbindlichkeiten nicht nachweisbar, da sich ihre Entstehung nicht auf die Geschäftsführung der Gesellschafter zurückführen lässt.³³ § 93 InsO ist denn auch mit Sicherheit nicht im Sinne einer materiellrechtlichen Erweiterung der Haftung aus § 128 HGB zu verstehen. Dagegen spricht schon die wenigstens in dieser Hinsicht eindeutige Formulierung, nach der sich die Geltendmachung durch den Verwalter auf eine schon bestehende Haftung des Gesellschafters bezieht. Eine materiellrechtliche Ausdehnung der Haftung wird dadurch nicht begründet.

Eine Verbesserung der Eröffnungschancen würde durch § 93 InsO aber auch eintreten, wenn es die einheitliche Einziehung erlaubte, die Ansprüche bei der Prüfung einer kostendeckenden Masse zu aktivieren. Dies wäre wiederum nur zulässig, wenn die durch den Verwalter vom Gesellschafter eingenommenen Beträge auch zur Tilgung von Masseverbindlichkeiten verwendet werden könnten und zwar unabhängig davon, ob materiellrechtlich eine Haftung des Gesellschafters für Masseverbindlichkeiten gegeben ist. Dies entspräche dem Konzept, welches hier hinsichtlich § 92 InsO vertreten wurde. Wie dort dargestellt,³⁴ erhöht sich mit Einziehung der Gesamtschadensansprüche durch den Verwalter die Insolvenzmasse und damit das zur Tilgung von Masseverbindlichkeiten zur Verfügung stehende Vermögen. Die Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger aus § 128 HGB gegen die Gesellschafter sind aber auch haftungsrechtlich nicht dem Gesellschaftsvermögen zugeordnet, so dass sie auch nicht im Rahmen des § 26 InsO masseerhöhend zu berücksichtigen sind. Denn sonst müssten die Gesellschaftergläubiger mit ihren massefremden An-

31 »Alte Masseverbindlichkeiten« sind solche, deren Rechtsgrund vor Verfahrenseröffnung gelegt wurde. Vgl. zur Terminologie *Sievekling*, S. 40 ff.; auch *Habersack* in *Großkomm. HGB*, § 128 Rz. 60, 71.

32 Mit dieser Tendenz aber die Begründung zu § 100 RefEInsO: Dort heißt es, dass die Massearmut den Gesellschaftern »eher zuzurechnen« sei als den Insolvenzgläubigern. Allgemeine Begründung zum RefEInsO 2. Teil, S. 45.

33 Zur Haftung des Gesellschafters für Masseverbindlichkeiten im Einzelnen auf S. 120 ff.

34 Siehe S. 59 ff.

sprüchen aus § 128 HGB für (Gesamt-) Vollstreckungskosten des Gesellschaftsverfahrens eintreten, wodurch der in § 788 ZPO angelegte vollstreckungsrechtliche Grundsatz verletzt würde, dass Vollstreckungskosten stets dem Vermögen des Vollstreckungsschuldners zur Last fallen. Daher ist es ausgeschlossen, die Haftungsansprüche zur Tilgung von solchen Masseverbindlichkeiten zu verwenden, für die materiellrechtlich keine Haftung des Gesellschafters besteht.³⁵ Die Einziehung der Gesellschafterhaftung durch den Insolvenzverwalter vergrößert also nicht die Insolvenzmasse, weshalb § 93 InsO die Eröffnungschancen nicht nachhaltig verbessern wird.³⁶

3. § 93 InsO als Mittel zum Schutz der Sanierungsmasse

Die Funktion der zentralisierten Geltendmachung der Gesellschafterhaftung liegt also weder in der Durchsetzung der Gläubigergleichbehandlung noch in der Verbesserung der Eröffnungschancen. Der entscheidende Fortschritt, den § 93 InsO ermöglicht, besteht vielmehr in der Verbreiterung und dem Schutz der Sanierungsmasse. Diese Konsequenz der einheitlichen Geltendmachung wurde schon im Rahmen von § 92 InsO erörtert.³⁷ Dort kommt ihm jedoch aufgrund der Massezugehörigkeit der Gesamtschadensersatzansprüche geringere selbständige Bedeutung zu.

Der Aspekt, dass das Gesellschaftervermögen zwar kein Teil der Insolvenzmasse ist, dennoch möglichst unverkürzt zur Sanierung des Unternehmens zur Verfügung stehen muss, wurde zwar seinerzeit schon von *Karsten Schmidt* im Gutachten für den 54. Juristentag hervorgehoben,³⁸ geriet dann aber zunehmend in den Hintergrund der Diskussion.³⁹ Im Juristentagsgutachten hieß es noch, dass die einheitliche Geltendmachung der »Koordination zwischen Unternehmensinsolvenz und Gesellschafterhaftung dienen« solle, was schon im Zerschlagungskonkurs zweckmäßig, »in der Reorganisation des Unternehmens aber geradezu unverzichtbar« sei⁴⁰. Von diesem Gedanken ist auch noch der Leitsatz

35 A.A. im Anschluss an die Gesetzesbegründung: *Smid* in *Smid*, InsO, § 93 Rz. 1; *Eickmann*, HK-InsO, § 93 Rz. 1; *Hasselbach*, DB 1996, 2213 (2217); *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 494; *Fuchs*, ZIP 2000, 1089 (1093); *Pelz*, S. 81. Wie hier *Oepen*, Rz. 225 ff.; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 31.16. Auch im Gutachten zum 54. Juristentag von *K. Schmidt*, Teil D 46 wird der Aspekt der Insolvenzmasseanreicherung nicht erwähnt.

36 Auch *Bork* in *Kölner Schrift*, S. 1333 (Rz. 24) ist skeptisch gegenüber dem Zweck der Masseerhöhung, vermischt hiermit allerdings die Frage, ob der Gesellschafter allen Insolvenzgläubigern haftet, weil nur dann auf eine Sondermassebildung verzichtet werden könne.

37 Siehe S. 87 ff.

38 *K. Schmidt*, Gutachten, Teil D 46 spricht davon, dass die Haftungsansprüche Bestandteil der »Reorganisationsmasse« seien.

39 Die Weiche, durch welche die Interpretation der Vorschrift auf das falsche Gleis gelenkt wurde, war offenbar der Referentenentwurf, denn dort wird in der Begründung zu § 100 RefEInsO die Gesellschafter- mit der Gesamtschadenshaftung haftungsrechtlich gleichgesetzt und hieraus eine identische Behandlung abgeleitet. § 100 RefEInsO solle dem »Interesse der gleichmäßigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger« dienen. RefEInsO 3. Teil, S. 100, vgl. auch RefEInsO 2. Teil, S. 45.

40 *K. Schmidt*, a.a.O.

2.4.9.7⁴¹ des Ersten Berichts der Insolvenzrechtskommission getragen.⁴² In der Begründung zum Regierungsentwurf taucht er schließlich nur noch im Allgemeinen Teil auf.⁴³

Die einheitliche Geltendmachung der Gesellschafterhaftung sollte insofern ursprünglich dem Schutz des Sanierungspotentials dienen, das in der persönlichen Haftung der Gesellschafter liegt. Schon *Kohler*⁴⁴ sah den einzigen Sinn der zwangsläufigen Doppelinsolvenz von Gesellschaft und persönlich haftendem Gesellschafter nach § 287 II PreußKO, deren Wirkungen der einheitlichen Einziehung nach § 93 InsO ähneln, in der Förderung der Sanierungschancen. Durch § 93 InsO wird nun jedoch richtigerweise nicht die Verfahrenseröffnung synchronisiert, sondern zum Schutze der Sanierungsmasse (lediglich) die Haftungsabwicklung koordiniert.⁴⁵

Die Außenhaftung des Gesellschafters wird grundsätzlich am Gesellschaftsvermögen vorbei abgewickelt. Haftungsrechtlich ist dies auch für die Insolvenz der Personengesellschaft nach den eben unter 1. und 2. getroffenen Feststellungen angemessen, verkürzt jedoch das zur Sanierung des Unternehmens bzw. des Unternehmensträgers zur Verfügung stehende Vermögen. Denn auch wenn keine haftungsrechtliche Zuordnung der Ansprüche aus § 128 HGB zum Gesellschaftsvermögen möglich ist, so sind sie doch wenigstens potentieller Teil der Sanierungs- und Reorganisationsmasse. Insofern gewährleistet § 93 InsO die Planverfügbarkeit der Gesellschafterhaftung. Die Möglichkeit, die vom Gesellschafter einzuziehenden Beträge zur Sanierung der Gesellschaft und damit zur Verbesserung der Befriedigungschancen aller Gläubiger einzusetzen, würde verspielt, wenn sich einzelne Gläubiger auch im Insolvenzverfahren aus dem Gesellschaftervermögen befriedigen könnten und dadurch die Sanierungschancen in doppelter Weise verschlechterten:

a) Verkürzung der Sanierungsmasse

Zum einen würde es durch die Liquidation an der Masse vorbei unmöglich, die aus der Haftung des Gesellschafters zu erwartenden Beträge für die Umstrukturierung des schuldenrischen Unternehmens zu verwenden. Die vom Gläubiger beim Gesellschafter erlangte Befriedigung ist für Sanierungsmaßnahmen verloren, was allenfalls durch schwer durchsetzbare Rückforderungsregelungen im Insolvenzplan wieder rückgängig zu machen wäre.

Die Eigenschaft der Haftungsansprüche als Teil der Sanierungsmasse ergibt sich allerdings nicht wie bei den Gesamtschadensansprüchen aus ihrer haftungsrechtlichen Zugehörigkeit zum Schuldnervermögen. Um deutlich zu machen, warum die Haftungsansprüche gegen die Gesellschafter dennoch als potentieller Teil der Sanierungsmasse begriffen werden können, ist zunächst der Umfang dieser Masse näher zu kennzeichnen.

41 Vgl. zum Zusammenhang zwischen diesem Leitsatz und § 93 InsO *Kübler/Prütting/Lüke*, InsO, § 93 Rz. 2.

42 Entsprechend war hier sogar nur die Möglichkeit eines Vollstreckungsmoratoriums hinsichtlich der Gesellschafterhaftung bis zur Verabschiedung eines Reorganisationsplans vorgesehen.

43 Unter A 4.b) ff), abgedruckt bei *Balz/Landfermann*, S. 155.

44 *Ders.*, Lehrbuch des Konkursrechts, S. 78.

45 *K. Schmidt*, Insolvenzrecht der Unternehmen, S. 33.

Im Gegensatz zum Begriff der »Insolvenzmasse« existiert keine Legaldefinition für den Begriff der »Sanierungsmasse«. Er dient auch mehr der untechnischen Zusammenfassung der für eine Restrukturierung und Sanierung des Schuldners oder seines Unternehmens zur Verfügung stehenden Mittel. Diese können aus den unterschiedlichsten Quellen stammen:⁴⁶ Dazu gehört jedenfalls das schuldnereigene Vermögen, also die Insolvenzmasse, dazu gehören aber auch Insolvenzforderungen der Gläubiger, die Verbindlichkeiten des zu sanierenden Vermögens darstellen, und insofern durch Erlass oder Stundung zur erfolgreichen Sanierung beitragen können. Schließlich gehören hierzu mögliche neue Kredite, die von Dritten bereitgestellt werden.

Inwieweit Drittsicherheiten zur Sanierungsmasse zu zählen sind, ist danach zu beurteilen, ob von den Sicherungsnehmern erwartet werden kann, dass sie diese in den Sanierungsverhandlungen zur Disposition stellen. Dies wird umso eher der Fall sein, je weniger der Sicherungsnehmer ein Sonderopfer bringt, wenn er seine Sicherheit zugunsten einer Sanierung aufgibt. In dieser Hinsicht kommt es dann in der Tat entscheidend darauf an, dass die Gesellschafterhaftung wenigstens im Normalfall allen Gesellschaftsgläubigern gegenüber besteht. Da sie insofern – anders als beispielsweise eine Bürgschaft – keine Vorzugsstellung eines einzelnen Gläubigers begründet, führt ein im Insolvenzplan vorgesehener Verzicht der Gläubiger auf die Auskehr der geltend gemachten Haftung nicht zu einem Konflikt mit dem Ungleichbehandlungsverbot des § 226 InsO, da hiervon alle Gläubiger betroffen sind. Infolge ihres Charakters als »Sicherheit für jedermann« ist die persönliche Haftung des Gesellschafters insofern in besonderer Weise einer Verwendung zur Sanierung zugänglich. Dies ergibt sich schon daraus, dass der einzelne Gläubiger in diesem Fall nicht allein einen Beitrag für das gemeinsame Ziel der Sanierung leistet, sondern vielmehr alle anderen ebenfalls durch einen entsprechenden Verzicht hieran mitwirken. Dies steigert auch psychologisch die Bereitschaft des einzelnen Gläubigers auf seine Sicherheit zu verzichten.

- b) Verminderung der Sanierungsbereitschaft des Gesellschafters durch Liquidation an der Masse vorbei

Weiterhin führt die unmittelbare Liquidation beim Gesellschafter dazu, dass dessen Sanierungsbereitschaft geschwächt wird. Auch hierdurch wird die Sanierungsmasse beeinträchtigt, denn das übrige Gesellschaftervermögen ist wenigstens potentieller Teil der Sanierungsmasse, weil der Gesellschafter jederzeit freiwillig⁴⁷ Kapital in die Gesellschaft nachschießen kann, ohne hierzu durch ausstehende Einlageverpflichtungen oder Haftungsansprüche gezwungen zu sein.⁴⁸ Doch die Motivation zu solchen nicht erzwingbaren Beiträgen wird durch unmittelbare Vollstreckungen der Gläubiger stark vermindert,

46 Ausführlich zu Finanzierungsmöglichkeiten einer Sanierung: *Buth/Hermanns* in *Buth/Hermanns*, § 13.

47 Eine Nachschusspflicht existiert nicht, *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 5 IV 5b).

48 Vgl. *Buth/Hermanns* in *Buth/Hermanns*, § 13 Rz. 28 ff.

verspricht sich doch der Gesellschafter von freiwilligen Nachschüssen regelmäßig, von der persönlichen Haftung in weitem Umfang verschont zu bleiben.

Durch die Haftungsbegrenzung des § 227 II InsO⁴⁹ wird dem persönlich haftenden Gesellschafter ein Anreiz gegeben, aktiv auf die Aufstellung und Durchführung eines Insolvenzplans hinzuwirken. Die Wohltat der Nachhaftungsbegrenzung nach erfolgreicher Umsetzung eines Insolvenzplans verliert aber für ihn im selben Maß an Attraktivität, wie er bereits vor oder während der Planaufstellung Zahlungen erbringen musste.⁵⁰ Je geringer dieser Anreiz durch unmittelbare Inanspruchnahme seitens der Gesellschaftsgläubiger für den Gesellschafter wird, desto geringer wird auch seine Bereitschaft, sich an der Sanierung durch aktive Mitarbeit⁵¹ oder durch finanzielles Engagement persönlich zu beteiligen. Durch die Sperrwirkung des § 93 InsO werden derartige sanierungsfeindliche Vollstreckungen der Gläubiger verhindert. Insofern kann § 93 InsO als Mittel zum Schutz der Zwecke des § 227 II InsO gedeutet werden. Hieraus folgt, dass die Vorschriften in ihrem Anwendungsbereich aufeinander abzustimmen sind.

Erkennt man, dass § 93 InsO insofern vor allem für das Insolvenzplanverfahren Vorteile bringt, wird deutlich, dass es sich hierbei um eine spezifisch auf die Insolvenz eines Unternehmensträgers bezogene Norm handelt.⁵² Denn in der Insolvenz eines nicht-unternehmerischen Rechtsträgers wird es selten oder nie zu einem Insolvenzplan kommen, soweit er nicht ohnehin, wie im Verbraucherinsolvenzverfahren nach § 312 III InsO, unzulässig ist.⁵³

4. Zwischenergebnis

Die Funktion des § 93 InsO deckt sich nur teilweise mit der des § 92 InsO: § 92 InsO erstreckt die Wirkungen des Insolvenzverfahrens auch auf die Gesamtschadensersatzansprüche, weil diese Ansprüche Bestandteile der Insolvenzmasse sind. Diese Funktion kann § 93 InsO in Bezug auf die Ansprüche nach § 128 HGB nicht beigemessen werden, weil die insolvenzrechtliche Verteilungsordnung nicht auf diese zu erstrecken ist. Die Haftungsansprüche gegen den Gesellschafter sind haftungsrechtlich den Vermögen der einzelnen Gläubiger zuzuordnen. Vermögens- und haftungsrechtliche Zuordnung fallen hier nicht auseinander.

Deshalb dient § 93 InsO auch primär nicht dem Zweck, den insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Liquidation der Haftung des Gesellschafters durchzu-

49 Dazu im Einzelnen S. 153 ff.

50 Ebenso *Theißen*, ZIP 1998, 1625 (1630); unentschieden hinsichtlich des Effekts der zentralisierten Einziehung auf den Sanierungswillen des Gesellschafters *Stürmer* in Insolvenzrecht im Umbruch, S. 41 (44).

51 Gerade die intime Kenntnis des Gesellschafters über die Verhältnisse des Unternehmens kann für eine erfolgreiche Sanierung von großer Bedeutung sein. Dieser Gedanke findet sich auch in der Einführung des Instituts der Eigenverwaltung wieder, vgl. *Jauernig*, ZVIR, § 64 I; *Smid* in *Smid*, InsO, § 270 Rz. 1.

52 Siehe auch zu § 334 I InsO, S. 174 ff.

53 Vgl. *Bork*, Insolvenzrecht, Rz. 312.

setzen. Dies kann und muss – anders als bei der Kommanditistenhaftung – einem gesonderten Verfahren über das Gesellschaftervermögen überlassen bleiben.⁵⁴ Es ist eher ein begrüßenswerter Nebeneffekt, wenn das Verfahren der zentralisierten Einziehung gewährleistet, dass die vom Gesellschafter geleisteten Beträge unabhängig von einem Insolvenzverfahren über dessen Vermögen gleichmäßig verteilt werden.

Durch § 93 InsO wird die Insolvenzmasse nicht vergrößert, so dass von der Einziehung der Gesellschafterhaftung durch den Insolvenzverwalter auch kein Beitrag zur Verbesserung der Eröffnungschancen zu erwarten ist. Die gegenteilige Ansicht geht unzulässigerweise davon aus, dass sich die Außenhaftungsansprüche der Insolvenzgläubiger gegen den Gesellschafter folgenlos der Insolvenzmasse im Gesellschaftsinsolvenzverfahren zuordnen lassen. Dieses Vorgehen verletzt aber sowohl die Rechte der Gläubiger wie auch die Befriedigungschancen der Privatgläubiger des Gesellschafters.

Primär dient § 93 InsO vielmehr dem Schutz der Sanierungsmasse, deren potentieller Teil die Haftungsansprüche gegen den Gesellschafter und freiwillige Nachschüsse durch diesen sind. Die Reorganisationsmasse soll nicht durch Vollstreckungen der Gläubiger ausgehöhlt werden können, was zusätzlich die Kooperationsbereitschaft des Gesellschafters beeinträchtigte und damit eine im Insolvenzplan vorgesehene Haftungsentlastung, § 227 II InsO, konterkarierte. Die Sperrwirkung des § 93 InsO wahrt die durch § 227 II InsO gesetzten Anreize zur Mitarbeit an der Sanierung schon in der Phase vor Inkraftsetzung eines Insolvenzplans. Die Ermächtigungswirkung macht die vom Gesellschafter eingezogenen Beträge für eine Regelung im Plan verfügbar. Kurz gesagt: § 93 InsO stellt die Insolvenzplanverfügbarkeit der Haftung eines Dritten für Insolvenzverbindlichkeiten in der Insolvenz eines Unternehmensträgers her, um die Sanierungsmasse zu schützen und zu vervollständigen.

Wenn die herrschende Meinung demgegenüber § 93 InsO vor allem als gleichbehandlungsichernde Norm begreift, so wird diese (Fehl-) Interpretation nicht zuletzt durch die unmittelbare Nähe zu § 92 InsO – sowohl was den Wortlaut angeht als auch von der Stellung im Gesetz her – begünstigt. Der Gesetzgeber hat es an dieser Stelle versäumt, die unterschiedlichen Haftungsverhältnisse klar voneinander abzugrenzen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass der ursprüngliche Zweck der einheitlichen Abwicklung der Gesellschafterhaftung während des Gesetzgebungsverfahrens immer mehr in den Hintergrund geriet und mit dem der Gesamtschadensliquidation vermischt wurde. Insofern ist es uneingeschränkt zu begrüßen, dass wenigstens § 105 II RegEInsO nicht übernommen wurde, in dem für die Lösung der Einzelprobleme bei der Abwicklung der Haftung eines Gesellschafters auf die Regelung für Gesamtschäden verwiesen wurde. Der Verweis wäre nur geeignet gewesen, das Missverständnis der einheitlichen Deutung der §§ 92, 93 InsO zu vertiefen.

54 Gewisse Vorteile sind nicht von der Hand zu weisen, wenn mangels Masse kein Verfahren über das Gesellschaftervermögen eröffnet wird, aber Teilbefriedigungen möglich sind. Dann gewährleistet § 93 InsO wenigstens für die Gesellschaftsgläubiger Gleichbehandlung. Vgl. *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 31.17.

II. Verwirklichung der Funktion des § 93 InsO

Auch wenn die §§ 92, 93 InsO ganz unterschiedliche haftungsrechtliche Verhältnisse betreffen, lässt sich auch der durch § 93 InsO vermittelte Schutz der Sanierungsmasse mit den schon von § 92 InsO vertrauten Schlagworten der Sperr- und Ermächtigungswirkung beschreiben.⁵⁵ Das Gesellschaftervermögen als Teil der Reorganisationsmasse ist ab Verfahrenseröffnung vor Einzelvollstreckungen der Gesellschaftsgläubiger zu schützen. Daher müssen die Gläubiger ab diesem Zeitpunkt jedenfalls gehindert sein, ihre Forderungen aus § 128 HGB klageweise geltend zu machen oder zu vollstrecken. Insoweit entfaltet § 93 InsO eine Sperrwirkung, deren Umfang aber im Einzelnen unabhängig von den zu § 92 InsO entwickelten Lösungen zu bestimmen sein wird. Schon an dieser Stelle kann festgehalten werden, dass zur dogmatischen Begründung der Sperrwirkung hinsichtlich der Ansprüche aus § 128 HGB eine analoge Anwendung der für massezugehörige Rechte geltenden Vorschriften (§§ 80 ff. InsO) nicht in Frage kommt, weil diese Ansprüche nicht Bestandteil der Insolvenzmasse sind. Daher kann die Sperrwirkung nicht mit dem Verlust der Verfügungsbefugnis der Gläubiger begründet werden.

Die Einbeziehung der Gesellschafterhaftung in die Reorganisationsmasse bliebe unvollständig, wenn nicht gleichzeitig dem Verwalter die Kompetenz zustünde, diese Ansprüche geltend zu machen. Erst diese Ermächtigung ermöglicht ein koordiniertes Vorgehen gegen den Gesellschafter und erlaubt es, die Beträge zur Finanzierung einer Sanierung zu verwenden, in dem sie »zur Masse«⁵⁶ gezogen werden. Daher muss die Ermächtigungswirkung des § 93 InsO dem Insolvenzverwalter jedenfalls die Kompetenz vermitteln, die Ansprüche einzuziehen, ihm also eine materielle Einziehungsermächtigung verschaffen. Diese Rechtsmacht dogmatisch unter Rückgriff auf § 80 InsO zu entwickeln, wie es für § 92 InsO vorgeführt wurde, ist jedoch mangels der haftungsrechtlichen Zuordnung der von § 93 InsO betroffenen Ansprüche zum Vermögen der Gesellschaft nicht möglich.

III. Rechtstechnische Konstruktion

Weil §§ 92, 93 InsO nur hinsichtlich des Schutzes der Sanierungsmasse funktionsidentisch sind, ist eine selbständige rechtstechnische Deutung der Vorschriften erforderlich. Daher ist die praktisch gleich formulierte Rechtsfolge der beiden Normen jeweils unterschiedlich zu interpretieren. Den systematischen Bedenken, die eine differierende Auslegung hervorruft, wurde bereits begegnet.⁵⁷ Zwar erleichtert die unterschiedliche Interpretation das Verständnis des Gesetzes nicht gerade, jedoch ist der Begriff des »Geltendmachens« ohnehin juristisch nicht präzise zu verorten, so dass der Gesetzgeber den Rechtsanwender

55 Bork in Kölner Schrift, S. 1333 (Rz. 25).

56 Die Formulierung ist untechnisch zu verstehen und soll keineswegs bedeuten, dass die vom Verwalter eingezogenen Beträge vermögensrechtlicher Bestandteil der Insolvenzmasse werden. Aus ihnen ist vielmehr eine Sondermasse zu bilden. Siehe im Einzelnen S. 112 f.

57 Siehe Einleitung, S. 2 f.

allein durch eine wiederholte Verwendung auch nicht auf eine einheitliche Auslegung (auf welche auch?) festlegen kann.

1. Dogmatische Begründung von Sperr- und Ermächtigungswirkung

Auch hier kommen daher die drei schon zu § 92 InsO erörterten Ansätze zur Interpretation der Befugnis zur Geltendmachung in Frage: Man kann die Befugnis zur Geltendmachung erstens als eine Einziehungsermächtigung des Verwalters kombiniert mit dem Wegfall der Durchsetzungsbefugnis für die Insolvenzgläubiger deuten, zweitens lässt sie sich als gesetzlicher Übergang des gesamten Anspruchs oder drittens eben auch nur der Verfügungsbefugnis verstehen. Mit jedem dieser Ansätze können, wie im zweiten Teil gezeigt wurde, Sperr- und Ermächtigungswirkung schlüssig erklärt werden. Zu Unterschieden kommt es erst in den Einzelergebnissen. So ist mit einem Forderungsübergang eine erheblich größere Veränderung der Rechtslage verbunden als mit einer bloßen Einziehungsermächtigung für den Verwalter. Die Konsequenzen für die Handlungsmöglichkeiten der Beteiligten, den Umfang der Masse, Aufrechnungslagen etc. wurden im ersten Teil bereits ausführlich erörtert.⁵⁸ Welche Lösung bezüglich § 93 InsO vorzugswürdig ist, bestimmt sich danach, wie der Schutz der Sanierungsmasse hinsichtlich der Haftungsansprüche aus § 128 HGB am besten umgesetzt werden kann.

Der Übergang der Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter würde – wie bereits angedeutet – im Rahmen von § 93 InsO eine zu weitgehende Beeinträchtigung der Rechte der Gesellschaftergläubiger auf der einen und eine zu umfangreiche Rechtsmacht für den Insolvenzverwalter auf der anderen Seite nach sich ziehen.⁵⁹ Da § 93 InsO in erster Linie die Sanierungsmasse schützen soll, bedarf der Verwalter nicht der Rechtsmacht, die Haftungsansprüche zu stunden oder zu erlassen. Entsprechende Regelungen mögen insbesondere im Hinblick auf die Sanierungsbereitschaft des Gesellschafters sinnvoll sein, müssen aber einem Insolvenzplan, welcher der Zustimmung der Gläubiger bedarf, vorbehalten bleiben. Da die Ansprüche aus § 128 HGB keine Massebestandteile sind, ließen sich der Übergang der Verfügungsbefugnis und die mit ihm verbundenen Rechtsbeeinträchtigungen der Gläubiger nicht rechtfertigen. Denn hier trifft es in der Tat zu, dass niemand (berechtigterweise) »etwas dagegen haben kann«,⁶⁰ wenn ein Gläubiger des Gesellschafters dem Gesellschafter die Forderung erlässt. Der Verzicht verkürzt zwar die Summe der Haftungsansprüche und damit auch die potentielle Sanierungsmasse, käme dieser jedoch auf der anderen Seite auch wieder zugute, denn der Erlass schont das Gesellschaftervermögen und dadurch gleichzeitig wiederum das Sanierungspotential. Ganz anders wirkt die frühzeitige Vollstreckung durch einen Gläubiger an der Masse vorbei: Sie verschafft ihm Befriedigung auf Kosten der Sanierungsfähigkeit und des Sanierungswillens des unbeschränkt haftenden Gesellschafters und wirkt damit zu Lasten der übrigen Gläubiger. Der Erlass einer Forderung wirkt also weit weniger schädlich auf die Sanie-

58 Siehe S. 46 ff.

59 Insoweit bezüglich § 93 InsO zutreffend, *Oepen*, Rz. 82.

60 Vgl. *Bork* in *Kölner Schrift*, S. 1333 (Rz. 13); in diesem Sinn auch *Oepen*, Rz. 82.

runngsmasse als ihre Einziehung. Man muss sich vergegenwärtigen, dass die Gläubiger nicht gezwungen werden können, Sanierungsbeiträge zu leisten – außer durch eine von ihnen mehrheitlich beschlossene Regelung im Insolvenzplan. § 93 InsO erzwingt denn auch nicht die Verwendung der Gesellschafterhaftung zur Sanierung, sondern erleichtert diese lediglich. Sofern aber ein einzelner Gläubiger aus welchen Gründen auch immer dem Gesellschafter die Haftung erlassen will, kann er davon nicht abgehalten werden, denn der Erlass trifft nur sein eigenes Vermögen. Eine grundsätzlich abweichende Auffassung vertritt hier *W. Lüke*,⁶¹ der davon ausgeht, dass ein solcher Erlass die Masse schädigen würde. Um dem vorzubeugen, nimmt er zur Erklärung der Ermächtigungswirkung des § 93 InsO einen Wechsel der Verfügungsbefugnis an.⁶² Durch diese Interpretation werden die Ansprüche aus § 128 HGB der Insolvenzmasse zugeordnet, was haftungsrechtlich aus den dargelegten Gründen⁶³ unzulässig ist.

Jede dogmatische Erklärung von Sperr- und Ermächtigungswirkung, die auf einem Wechsel der Verfügungsbefugnis basiert, ist daher abzulehnen. Damit scheidet sowohl eine analoge Anwendung des § 80 InsO als auch die Legalzessionslösung als Deutungsansatz für § 93 InsO aus.

Daher lässt sich die Befugnis zur Geltendmachung der unbeschränkten Gesellschafterhaftung nach § 93 InsO nur als gesetzliche Einziehungsermächtigung erfassen. Auf die dogmatisch umstrittene Herleitung des inzwischen anerkannten Instituts der Einziehungsermächtigung wurde im ersten Teil⁶⁴ schon hingewiesen. Die Einziehungsermächtigung verschafft dem Ermächtigten materiellrechtlich die Befugnis, die Erfüllung der Forderung im eigenen Namen an sich zu verlangen, ohne dass er im Wege einer Abtretung Gläubiger des Anspruchs geworden wäre.⁶⁵ Prozessual wird die Einziehungsermächtigung durch eine hiervon zu trennende Prozessstandschaft ergänzt.⁶⁶

Der Insolvenzverwalter macht danach, wenn er nach § 93 InsO gegen den Gesellschafter vorgeht, ein fremdes Recht im eigenen Namen geltend. Diese Interpretation der »Befugnis zur Geltendmachung« vermeidet die Nachteile eines Wechsels der Verfügungsbefugnis, führt nicht zu einer überschießenden Rechtsmacht des Insolvenzverwalters und ist auf der anderen Seite in der Lage, die rechtstechnische Begründung für die Berechtigung des Verwalters zur Verfolgung der Ansprüche aus § 128 HGB zu liefern.

Weil es die Funktion des § 93 InsO gebietet, die Gläubiger von der selbständigen Durchsetzung ihre Forderungen durch Klageerhebung oder Zwangsvollstreckung auszu-

61 *Kübler/Prütting/Lüke*, InsO, § 93 Rz. 16.

62 Unverständlich ist allerdings, wieso er diesen dann bei § 92 InsO nicht für erforderlich hält, *Kübler/Prütting/Lüke*, InsO, § 92 Rz. 31 ff.

63 Siehe S. 96 ff.

64 Siehe S. 47.

65 Statt vieler *Larenz*, Schuldrecht I, § 34 V c).

66 Zur Trennung zwischen materiellrechtlicher Einziehungsermächtigung und gewillkürter Prozessstandschaft vgl. auch *Stein/Jonas/Bork*, ZPO, vor § 50 Rz. 45. Gleichwohl wird eine rechtsgeschäftlich erteilte »Ermächtigung zur Einziehung« regelmäßig auch die gewillkürte Prozessstandschaft mitumfassen: *Bork*, a.a.O.; *Lindacher* in *MünchKomm ZPO*, Vor § 50 Rz. 62.

schließen, liegt zur Ausdeutung der Sperrwirkung eine analoge Anwendung der für Insolvenzforderungen geltenden Vorschriften nahe. Hierfür spricht weiter die Parallele, dass auch die Insolvenzforderungen potentieller Teil der Sanierungsmasse sind, weil in einem Insolvenzplan ihr teilweiser Erlass vorgesehen werden kann. Nach diesem Ansatz behielten die Gläubiger die Verfügungsbefugnis über ihre Ansprüche, wären jedoch insoweit gemäß §§ 87, 89 InsO nicht mehr durchsetzungsbefugt. Die Zulässigkeit der Aufrechnung beurteilte sich nach den §§ 94 ff. InsO.⁶⁷

2. Rechtszuständigkeit hinsichtlich der vom Gesellschafter erbrachten Leistungen

Hiervon zu trennen ist das Problem der Rechtszuständigkeit hinsichtlich der vom Gesellschafter auf Verlangen des Verwalters erbrachten Zahlungen. Hier sind zwei grundsätzlich verschiedene Antworten möglich: Die Zahlungen können entweder Teil der Insolvenzmasse werden, oder es ist denkbar, dass der Insolvenzverwalter eine treuhänderische Berechtigung an den geleisteten Beträgen erwirbt, aus denen er eine Sondermasse bildet⁶⁸.

a) Erwerb für die Masse?

Ein Erwerb für die Masse ist die selbstverständliche Rechtsfolge, die stets eintritt, wenn der Verwalter massezugehörige Rechte geltend macht. Da er auch hierbei nach herrschender Meinung im eigenen Namen vorgeht,⁶⁹ wäre ein entsprechender Erwerb konstruktiv fraglos möglich. Vermögensrechtlich gesehen würde die Insolvenzschuldnerin als Rechtsträgerin der Masse Berechtigte.⁷⁰

Auch die Konstellation, dass nur ein Teil der Insolvenzgläubiger Ansprüche gegen den Gesellschafter hat, lässt sich darstellen, selbst wenn man eine Einziehung zur Masse befürwortet. Die hier zu berücksichtigende Privilegierung bestimmter Gläubiger erfordert keineswegs die Bildung einer dinglich getrennten Sondermasse aus den eingezogenen Mitteln. Denn die Folge, dass nur die Gläubiger, denen gegenüber die Haftung besteht, an der Verteilung der eingenommenen Beträge teilnehmen, ließe sich ebenso wie im Rahmen von § 92 InsO⁷¹ durch eine schuldrechtliche Zweckbindung der zur Insolvenzmasse gezogenen Haftung umsetzen.⁷²

Dennoch wird man im Rahmen von § 93 InsO auf eine dingliche Sonderung der Leistungen nicht verzichten können. Die weiteren Folgen einer Einverleibung der Ansprüche gegen den Dritten in die Masse wurden bereits im ersten Teil beleuchtet. Hier sei vor allem die eintretende Masseerhöhung hervorgehoben. Die Masseerhöhung wirkte sich unter

67 Zu den Rechtsfolgen dieser Konstruktion im Einzelnen: Vgl. S. 131 ff.

68 So zu § 171 II HGB *Keuk*, ZHR 135. Bd., 410 (430).

69 Vgl. nur BGHZ 88, 331 (334); *Bork*, Insolvenzrecht, Rz. 68; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 15.06.

70 Hierfür und gegen die Bildung einer Sondermasse *Pelz*, S. 107 f. Nach seiner Auffassung fingiert § 93 InsO die Massezugehörigkeit der Ansprüche gegen die Gesellschafter, S. 81.

71 Siehe S. 62 f.

72 *K. Schmidt*, Einlage und Haftung, S. 138 f.

anderem bei der Frage aus, ob wenigstens ein i.S.d. § 26 InsO ausreichendes Vermögen vorhanden ist.⁷³ Wie oben unter I 2. gezeigt wurde, ist aber gerade die Verbesserung der Eröffnungschancen – entgegen der Gesetzesbegründung – keine von § 93 InsO zu leistende Aufgabe. Die Einziehung des auf die Haftung nach § 128 HGB Geleisteten zur Masse und die daraus folgende Masseerhöhung würde insofern nicht der Funktion entsprechen, die hier für § 93 InsO entwickelt wurde. Durch sie würden die Ansprüche gegen den Gesellschafter wie Gesellschaftsvermögen behandelt, wodurch die Rechte der Gläubiger in unzulässiger Weise verkürzt würden.⁷⁴

b) Treuhänderischer Erwerb des Insolvenzverwalters

Der Schutz der Sanierungsmasse als Ziel des § 93 InsO lässt sich ebenso gut durch eine dingliche Sonderung der erbrachten Zahlungen herstellen, ohne dass diese Lösung die dargestellten Nachteile einer Einziehung zur Masse zeitigte. Die Sanierungsmasse besteht nicht nur aus der Insolvenzmasse, sondern aus sämtlichen Vermögenswerten, die für eine Umstrukturierung herangezogen werden können. Sanierungsmassenschutz ist eben nicht gleichbedeutend mit Insolvenzmassenschutz, so dass eine vermögensrechtliche Zuordnung zur Insolvenzmasse nicht erforderlich ist.

Treuhänderischer Eigentümer des zu bildenden Sondervermögens ist der Insolvenzverwalter, an den die Zahlungen geleistet werden.⁷⁵ Im ersten Teil wurde ein Erwerb des Verwalters zu eigenem Recht mit dem Argument abgelehnt, dass diese Konstruktion systemfremd sei.⁷⁶ Dieser Einwand bezieht sich aber nur auf Bestandteile der Insolvenzmasse. Da mit § 93 InsO ein ganz neuartiges Institut geschaffen wurde, das den Verwalter mit Kompetenzen in Bezug auf Sanierungsmassebestandteile ausstattet, die nicht zur Insolvenzmasse gehören, verfängt dieser Gedanke hier nicht. So findet sich schon im Ersten Bericht der Reformkommission der Gedanke, dass der Insolvenzverwalter im Reorganisationsverfahren auf Bestellung der Reorganisationsgläubiger als »Sicherheiten-treuhänder« fungieren könne.⁷⁷ Die Rolle des »Amtstreuhänders«, die der Insolvenzverwalter ausübt, wenn er Ansprüche gegen persönlich haftende Gesellschafter geltend macht, ist allerdings insofern insolvenzrechtlich vorgeprägt, als das Treuhandverhältnis weder zur Disposition der Treugeber noch des Treuhänders steht. Zudem wirkt sich auch hier reflexartig der insolvenzrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz aus, weil die bei der Einziehung der Ansprüche erlangten Beträge vom Treuhänder gleichmäßig unter den Berechtigten zu verteilen sind.

73 Siehe S. 59 f.

74 Anders *Fuchs*, ZIP 2000, 1089 ff.

75 Ebenso *Oepen*, Rz. 171.

76 Siehe S. 51 f.

77 Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, LS 2.3.10

3. Verhältnis zu § 735 BGB

Nach § 735 BGB sind die Gesellschafter der Gesellschaft gegenüber⁷⁸ entsprechend ihrer Verlustanteile zum Ausgleich des Fehlbetrags bei der Befriedigung der Gesellschaftsschulden und der Rückerstattung der Einlagen verpflichtet.

Deutete man diese – im Übrigen dispositive⁷⁹ – Regel als Verlustdeckungsanspruch der Gesellschaft auch im Insolvenzverfahren,⁸⁰ der vom Gesellschaftsinsolvenzverwalter geltend zu machen wäre, so entstände ein Spannungsverhältnis zu § 93 InsO: Der Verwalter könnte dann entweder nach § 93 InsO die Haftung der Gesellschafter für die nicht aus dem Gesellschaftsvermögen tilgbaren Gesellschaftsverbindlichkeiten geltend machen oder nach § 735 BGB Zahlung in das Gesellschaftsvermögen verlangen. Problematisch wäre dies nicht nur wegen der unterschiedlichen Beweislage, sondern vor allem wegen der differierenden Zuordnung der Ansprüche: Nach § 93 InsO macht der Verwalter Ansprüche der Gläubiger geltend, nach § 735 BGB einen Anspruch der Gesellschaft, der zur Masse zu erfüllen wäre und nicht in eine Sondermasse gehörte. Die »Lösung« des Konkurrenzverhältnisses mit der Prognose, dass § 735 BGB neben § 93 InsO wegen der Beweisprobleme an Bedeutung verlieren würde,⁸¹ ist daher nicht überzeugend, denn aufgrund der unterschiedlichen vermögens- wie haftungsrechtlichen Zuordnung kann es nicht gleichgültig sein, welchen Anspruch der Verwalter durchsetzt.

Die Probleme lösen sich von selbst, wenn man erkennt, dass § 735 BGB nur in der Liquidation nach Gesellschaftsrecht Anwendung findet, nicht aber im besonderen Liquidationsverfahren nach der Insolvenzordnung.⁸² Denn im Rahmen eines Insolvenzverfahrens findet keine Einlagenrückgewähr an die Gesellschafter statt, wie § 735 BGB sie voraussetzt.⁸³ Im Insolvenzverfahren bilden die Einlagen bzw. die Kapitalkonten das unter den Gläubigern zu verteilende Gesellschaftsvermögen, so dass eine Ausschüttung an die Gesellschafter ausgeschlossen ist.⁸⁴ Das Insolvenzverfahren ist eben ein besonderes Liquidationsverfahren⁸⁵ mit spezifischen Regeln, auf das die Vorschriften für gesellschaftsrechtliche Liquidationen nur eingeschränkt angewendet werden können. Eine Nachschusspflicht widerspräche auch dem Zweck des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesamthandsgesellschaft: Es dient der Verwirklichung der Haftung nur des gesamthänderisch gebundenen Vermögens. Durch eine unbeschränkte Nachschusspflicht in die Insolvenzmasse würde das übrige ursprünglich nicht gebundene Vermögen der Gesamthänder in die Insolvenzmasse in der Gesellschaftsinsolvenz einbezogen, so dass die Trennung der

78 So die inzwischen h.M. *K. Schmidt* in Schlegelberger, HGB, § 149 Rz. 27 ff.; *ders.*, ZHR 153. Bd., 270 (296); *Ulmer* in MünchKomm BGB, § 735 Rz. 5; *Soergel/Hadding*, BGB, § 735 Rz. 3.

79 *Ulmer* in MünchKomm BGB, § 735 Rz. 2.

80 So offenbar *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 469.

81 So *Noack*, a.a.O.

82 A.A. *K. Schmidt* in *K. Schmidt/Bitter*, ZIP 2000, 1079 (1086); *Pelz*, S. 79.

83 Ein Defizit i.S.d. § 735 BGB kann immer nur nach Aufstellung einer Schlussabrechnung, in welche die Einlagerückgewähransprüche einzustellen sind, festgestellt werden: *Ulmer* in MünchKomm BGB, § 735 Rz. 1, § 734 Rz. 3.

84 Vgl. S. 145.

85 *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 52 III 3a).

Vermögensmassen unmöglich würde. § 735 BGB gilt daher nicht, wenn die Gesellschaft durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelöst wird. Ein Konkurrenzverhältnis zu § 93 InsO kann nicht entstehen.

IV. Ergebnis

§ 93 InsO weist dem Gesellschaftsinsolvenzverwalter die Aufgabe zu, die Haftung des Gesellschafters gegenüber den Gesellschaftsgläubigern zu realisieren. Hierdurch soll in erster Linie sichergestellt werden, dass die Sanierungsmasse, deren potentielle Teile die Ansprüche gegen den Gesellschafter sowie auch sein übriges Vermögen sind, nicht durch Einzelvollstreckungen der Gesellschaftsgläubiger ausgehöhlt wird. Solche Vollstreckungen würden die Sanierungsbereitschaft des Gesellschafters erheblich vermindern und es überdies verhindern, die aus der Gesellschafterhaftung eingenommenen Beträge für eine Sanierung zu verwenden.

Soweit § 93 InsO daneben auch für Gleichbehandlung der Nicht-Privatgläubiger des Gesellschafters unabhängig von einem Verfahren über das Vermögen des Gesellschafters sorgt, ist das ein begrüßenswerter Nebeneffekt, der jedoch nicht dazu führen darf, dass die *par condicio creditorum* unter einem Teil der Gesellschaftergläubiger auf Kosten des Gesellschaftsinsolvenzverfahrens erreicht wird. Der insolvenzrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz kann die Auslegung des § 93 InsO daher nur am Rande beeinflussen, weil entgegen aller Beteuerungen in den Gesetzesmaterialien weder das Gesellschaftervermögen noch die Ansprüche aus § 128 HGB Bestandteile der Insolvenzmasse im Gesellschaftsinsolvenzverfahren sind.

Sperr- und Ermächtigungswirkung dienen im Rahmen des § 93 InsO vielmehr dem Schutz der Sanierungsmasse. Diese Wirkungen lassen sich anders als bei § 92 InsO nicht als Konsequenzen aus dem Übergang der Verfügungsbefugnis beschreiben, denn der Insolvenzbeschluss ist nicht auf die Ansprüche gegen den Gesellschafter zu erstrecken. Für § 93 InsO ist vielmehr davon auszugehen, dass die Befugnis zur Geltendmachung, also die Ermächtigungswirkung, materiellrechtlich auf einer gesetzlichen Einziehungsermächtigung des Insolvenzverwalters beruht. Prozessual ist er entsprechend gesetzlicher Prozessstandschafter. Die Gläubiger sind umgekehrt von einer Geltendmachung ihrer Forderungen ausgeschlossen, was sich im Einzelnen aus einer analogen Anwendung der für Insolvenzforderungen geltenden Vorschriften ergibt. Die auf die Haftung des Gesellschafters von diesem erbrachten Zahlungen werden in einer dinglich getrennten Sondermasse zusammengefasst, deren treuhänderischer Berechtigter der Insolvenzverwalter ist. Bis zu einer Entscheidung über die Verwendung hat er die Sondermasse im Interesse der Gesellschaftergläubiger zu verwalten.

2. Kapitel Anwendungsbereich des § 93 InsO

I. Sachlicher Anwendungsbereich

1. Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit

§ 93 InsO gilt in allen Verfahren über das Vermögen einer »Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien«. Der Begriff der »Gesellschaft ohne eigene Rechtspersönlichkeit« wird in § 11 II Nr. 1 InsO legaldefiniert. Danach sind hierunter die Personenhandelsgesellschaften (OHG und KG, inklusive der Kapitalgesellschaft & Co KG), die Partnerschaftsgesellschaft,¹ die BGB-Gesellschaft, die Partenreederei und die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung zu verstehen. Die gesonderte Nennung der KGaA war notwendig, da diese gemäß § 278 I AktG eine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt, mit anderen Worten juristische Person ist. Weil sich die Haftung des Komplementärs einer KGaA aus §§ 278 II AktG i.V.m. §§ 161 II, 128 HGB ergibt, insofern also der eines OHG-Gesellschafters entspricht, ist die Abgrenzung des Anwendungsbereichs insoweit überzeugend.

2. Fehlerhafte Gesellschaften

§ 93 InsO betrifft auch die Insolvenzverfahren über das Vermögen entsprechender fehlerhafter Gesellschaften. Das Institut der fehlerhaften Gesellschaft ist als Mittel zur Versöhnung der Rechtsfolgen von Fehlern bei Rechtsgeschäften mit den besonderen Bedingungen des Verbands- und Organisationsrechts anerkannt und wird vom BGH² als »gesicherter Bestandteil des Gesellschaftsrechts« bezeichnet. Voraussetzungen dieses Rechtsinstituts sind, dass erstens ein Gesellschaftsvertrag geschlossen wurde,³ zweitens die Gesellschaft in Vollzug gesetzt wurde⁴ und drittens die Ursache der Fehlerhaftigkeit nicht so schwerwiegend ist, als dass vorrangige Schutzinteressen gegen die Durchführung des Gesellschaftsverhältnisses sprechen.⁵ Da die Rechtswirksamkeit der fehlerhaften Gesellschaft bei Vorliegen dieser Voraussetzungen nicht nur fingiert wird, sondern sie tatsächlich rechts-

1 Die Partnerschaft war ursprünglich in der Aufzählung nicht erwähnt, der redaktionelle Fehler ist aber durch Gesetz vom 22.7.1998 behoben worden. Zu den Sonderproblemen, die aus § 8 II PartGG resultieren, siehe *Kübler/Prütting/Lüke*, InsO, § 93 Rz. 39. Zutreffend wird dort die Ansicht vertreten, dass aus den von den Partnern geleisteten Beträgen eine Sondermasse zu bilden sei. Dies ist jedoch keine Besonderheit der Partnerschaft, denn richtigerweise ist aus den vom Gesellschafter gezahlten Beträgen stets eine Sondermasse zu bilden (vgl. S. 112 f.). Bei der Partnerschaftsgesellschaft liegt die Besonderheit darin, dass diese nur zur Befriedigung der privilegierten Gläubiger zur Verfügung steht.

2 BGHZ 55, 5 (8).

3 BGHZ 11, 190 (191); 26, 330 (337).

4 BGHZ 3, 285 (288); 13, 32 (321).

5 BGHZ 55, 5 (9); 75, 214 (217). Zu diesen Voraussetzungen insgesamt *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 6 III 1, der allerdings das letzte (negative) Tatbestandsmerkmal nicht für erforderlich hält.

wirksam entstanden ist,⁶ ist sie auch insolvenzfähig,⁷ so dass z.B. auch im Insolvenzverfahren über eine fehlerhafte KG die Frage nach der Abwicklung der Komplementärhaftung aktuell wird. Da die fehlerhafte Gesellschaft in der Haftungsstruktur keine Unterschiede zu einer fehlerfreien aufweist, gilt § 93 InsO auch hier uneingeschränkt.⁸

3. Keine Anwendung auf Schein- und Innengesellschaften

Abzulehnen ist demgegenüber die Anwendung des § 93 InsO auf Scheingesellschaften⁹ oder reine Innengesellschaften. In beiden Fällen fehlt es an einem selbständig insolvenzfähigen Rechtsträger,¹⁰ so dass kein Verfahren eröffnet werden kann, in dem die persönliche Haftung eines Dritten eine Rolle spielen könnte. Für die Scheingesellschaft ist allerdings die Einschränkung zu machen, dass dies nur dann gilt, wenn überhaupt kein Rechtsträger entstanden ist: Sollte die Schein-KG immerhin als BGB-Gesellschaft entstanden sein,¹¹ so kann nach § 11 II Nr. 2 InsO über deren Vermögen das Verfahren eröffnet werden; hier ist dann selbstverständlich auch § 93 InsO wie in jedem anderen Verfahren über das Vermögen einer BGB-Gesellschaft anzuwenden.

4. Vorgründungsgesellschaften

Von der Vorgesellschaft als der werdenden Kapitalgesellschaft¹² ist die Vorgründungsgesellschaft zu unterscheiden, also der Verbund, der zwischen den künftigen Vorgesellschaftern bis zur notariellen Beurkundung des Gesellschaftsvertrages besteht. Die Insolvenzfähigkeit eines solchen Verbands darf nicht ohne weiteres mit Verweis auf seine allgemeine Einordnung als BGB-Gesellschaft¹³ bejaht werden. Zwar ist die BGB-Gesell-

6 K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 6 III 2.

7 Jaeger/Weber, KO, 8. Aufl., §§ 209, 210 Rz. 4; Noack, Sonderband 1 zu Kübler/Prütting, InsO, Rz. 56; Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 209 Rz. 5; Kirchof in HK-InsO, § 11 Rz. 14; Schmerbach in FK-InsO, § 11 Rz. 20.

8 So zu § 171 II HGB: Armbruster, S. 78.

9 Zwischen den Fällen der »Scheingesellschaft« und des »Scheingesellschafters« ist zu unterscheiden. Im ersten Fall besteht tatsächlich keine Gesellschaft, im zweiten Fall fehlt es an der Mitgliedschaft. Vgl. K. Schmidt, JR 1976, 278 (280). Auch die Haftung des Scheingesellschafters unterliegt jedoch im Insolvenzverfahren über das Gesellschaftsvermögen nicht der Beschränkung des § 93 InsO, weil sie auf einem individuell gegenüber einzelnen Gläubigern gesetzten Rechtsschein beruht. A.A. Oepen, Rz. 267 f. Im Übrigen trifft den Scheingesellschafter keine Sanierungsverantwortung.

10 Für die Scheingesellschaft: BGHZ 11, 190 f.; Jaeger/Weber, KO, 8. Aufl., §§ 209, 210 Rz. 3; Ulmer in Großkomm. HGB, § 105 Rz. 384 f.; Kirchof in HK-InsO, § 11 Rz. 14. Für die Innengesellschaft: Kilger/K. Schmidt, KO, § 209 Anm. 5; Smid in Smid, InsO, § 11 Rz. 12; Noack, Sonderband 1 zu Kübler/Prütting, InsO, Rz. 53.

11 Vgl. BGHZ 32, 307 (310); Baumbach/Hopt, HGB, § 171 Rz. 11; vgl. auch Schmerbach in FK-InsO, § 11 Rz. 21. Eine andere Frage ist, ob bezüglich der Kommanditistenhaftung in einer solchen Schein-KG § 171 II HGB analog gilt. Bejahend BGHZ 113, 216.

12 Zur Abwicklung der Haftung in der Vorgesellschaft siehe S. 179 ff.

13 Zu dieser Deutung Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 11 Rz. 2.

schaft nach § 11 II Nr. 2 InsO grundsätzlich insolvenzfähig, jedoch kann ein entsprechendes Verfahren nur dann möglich sein, wenn ein Gesellschaftsvermögen gebildet wurde. Nur wenn die Vorgründungsgesellschaft schon ein Gesellschaftsvermögen besitzt, ist sie als BGB-Gesellschaft insolvenzfähig. In diesem Verfahren gilt unproblematisch § 93 InsO.

II. Persönlicher Anwendungsbereich

1. Haftung als aktiver Gesellschafter

§ 93 InsO ist jedenfalls auf den aktiven, persönlich haftenden Gesellschafter einer der unter I. genannten Gesellschaftsformen anwendbar. Dies ist in der KG nicht nur der Komplementär, sondern auch der Kommanditist, der nach § 176 I HGB persönlich haftet.¹⁴ Durch die einheitliche Einziehung wird die Möglichkeit gewahrt, dessen Vermögen und dessen Haftung zur Sanierung der Gesellschaft zu verwenden. Erneut hinzuweisen ist auf den missverständlichen Sprachgebrauch des Gesetzes, nach dem unter »persönlicher Haftung« nur die unbeschränkte Haftung zu verstehen ist: Der Kommanditist, der seine Einlage noch nicht geleistet hat, haftet den Gesellschaftsgläubigern nach § 171 I HGB zwar auch mit seinem eigenen Vermögen – insofern gleicht seine Haftung der des Komplementärs¹⁵ – nicht jedoch »persönlich« im Sinne des HGB oder der InsO. Für den Kommanditisten gilt daher weiterhin § 171 II HGB, § 93 InsO ist insoweit schon tatbestandlich nicht einschlägig.¹⁶

2. Haftung nach (unechtem) Ausscheiden eines Gesellschafters

Angesichts des festgestellten Normzwecks ist die Anwendung des § 93 InsO dann zweifelhaft, wenn ein Nichtgesellschafter wie ein persönlich haftender Gesellschafter für die Verbindlichkeiten des Insolvenzschuldners einzustehen hat. Zu denken ist an den ausgeschiedenen Gesellschafter sowie an den (ehemaligen) Gesellschafter einer umgewandelten oder erloschenen Gesellschaft (»unechtes Ausscheiden«). Von der herrschenden Meinung wird § 171 II HGB auch in diesen Fällen angewendet,¹⁷ weil die Norm keine Vorschrift für das Insolvenzverfahren der KG, sondern eine Regelung der Kommanditistenhaftung in der Insolvenz¹⁸ sei. Entsprechend wird eine Anwendung des § 93 InsO auch auf die Haftung eines Nichtgesellschafters befürwortet.¹⁹

14 Gleichermaßen ist auch die persönliche Haftung nach §§ 130 I, 128 HGB betroffen.

15 Vgl. *Keuk*, ZHR 135. Bd., 410; *Westermann*, Personengesellschaftsrecht, Rz. 902.

16 Anders *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting* InsO, Rz. 496; *Armbruster*, S. 149; *App* in FK-InsO, § 93 Rz. 2; *Fuchs*, ZIP 2000, 1089, die auf das Spezialitätsprinzip abstellen. Wie hier *Oepen*, Rz. 38.

17 BGH, JZ, 91, 143 (144) (anders noch BGH, WM 1976, 130 ff.); *Grunewald*, JZ 1991, 146 ff.; *K. Schmidt* in *Schlegelberger*, HGB, §§ 171, 172 Rz. 104; *Kilger/K. Schmidt*, KO, § 209 Anm. 2 d) bb); *Uhlenbruck*, GmbH & Co KG, S. 633 f.

18 *K. Schmidt*, JR 1976, 278.

19 *Armbruster*, S. 150; *Oepen*, Rz. 265. So jüngst auch *Gerhardt*, ZIP 2000, 2181 ff.

Berechtigterweise hat *Karsten Schmidt* demgegenüber schon im Juristentagsgutachten²⁰ darauf hingewiesen, dass die Einbeziehung der Haftung auch des ausgeschiedenen Gesellschafters für den Sanierungserfolg nicht ausschlaggebend ist. Der nicht mehr aktive Gesellschafter hat keine Veranlassung, sich aktiv an der Umstrukturierung und Sanierung des Unternehmens zu beteiligen. Unter dem Aspekt der Verminderung der Sanierungsbereitschaft ist eine zentralisierte Einziehung insofern nicht geboten. Gerade dann, wenn unter den Insolvenzgläubigern besonders viele Altgläubiger sind, denen der Ausgeschiedene haftet, könnte aber zum Schutze der Sanierungsmasse doch eine einheitliche Einziehung geboten sein. Denn dann verbirgt sich auch in der Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters ein, womöglich erhebliches, Sanierungspotential, wenn und weil sie zum einen schon vom Umfang her relativ bedeutend ist und zum anderen eher noch den Charakter einer Sicherheit für jedermann besitzt. Dass die Anwendung des § 93 InsO allerdings vom Anteil der Altgläubiger abhängen soll und insofern davon, wie hoch die schwer einschätzbare Chance der Sanierungsverfügbarkeit der Haftung ist,²¹ vermöchte andererseits kaum zu überzeugen.

Daher ist abzuwägen, ob die Nachteile in den Fällen, in denen das Ausscheiden bereits lange zurückliegt und die Altverbindlichkeiten deshalb nur eine geringe Rolle spielen, die Vorteile im umgekehrten Fall (nur geringe Neuverbindlichkeiten) überwiegen: Durch die Anwendung des § 93 InsO verlieren die Gläubiger der Altverbindlichkeiten die Durchsetzungsbefugnis hinsichtlich der Gesellschafterhaftung. Zum einen wird dies gerade dann, wenn das Ausscheiden lange zurücklag, kein herber Verlust für die Gläubiger sein, denn sonst hätten sie die Haftung schon längst geltend gemacht, um das Risiko der Enthaftung nach § 160 I S. 1 HGB zu vermeiden. Zum anderen muss man wie erwähnt berücksichtigen, dass in Fällen mit überwiegenden Altverbindlichkeiten die Haftung des Ausgeschiedenen ein erhebliches Sanierungspotential bergen kann, das verschenkt würde, wenn die Einzelvollstreckung weiterhin möglich wäre. Daher spricht vieles dafür, § 93 InsO auch auf die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafter anzuwenden.

Dieses Abwägungsergebnis gewinnt an Überzeugungskraft, wenn man die Fälle des so genannten »unechten Ausscheidens« in den Blick nimmt. Gerade für die Haftung des nach §§ 128 HGB, 224 UmwG haftenden Gesellschafters ist nämlich die (analoge)²² Anwendung des § 93 geboten,²³ weil dieser Gesellschafter sehr wohl noch Anlass hat, sich aktiv an der Umstrukturierung zu beteiligen. Der Anreiz hierzu könnte ihm aber durch Einzelvollstreckungen während des Insolvenzverfahrens genommen werden. Wenigstens in diesen Fällen muss § 93 InsO aus denselben Gründen wie § 227 II InsO angewendet

20 *K. Schmidt*, Gutachten, D, 47.

21 Sie ist umso höher, je mehr Gläubigern der ausgeschiedene Gesellschafter noch haftet, denn umso weniger trüge ein Verzicht auf die Auskehr der geleisteten Beträge den Charakter eines Sonderopfers.

22 Eine unmittelbare Anwendung ist nicht möglich, weil Insolvenzschildnerin hier eine Körperschaft ist, von denen nur die KGaA ausdrücklich in den Anwendungsbereich einbezogen ist.

23 Ebenso *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 505; *Kübler/Prütting/Lüke*, InsO, § 93 Rz. 12; *Hess*, InsO, § 93 Rz. 21.

werden.²⁴ Weil aber der Gesellschafter einer ehemaligen Personengesellschaft und ausgeschiedener Gesellschafter auch im Übrigen haftungsrechtlich gleich behandelt werden,²⁵ sollte nicht gerade bei der Anwendung des § 93 InsO zwischen ihnen differenziert werden. § 93 InsO greift daher sowohl beim echten als auch beim unechten Ausscheiden, hier allerdings in analoger Anwendung.

Entsprechendes gilt schließlich für die liquidationslos erloschene Gesellschaft. Nach dem Erlöschen des zweigliedrigen Verbands durch Austritt eines Gesellschafters²⁶ ist eine Sanierung der Gesellschaft als Unternehmensträgerin allerdings undenkbar, denn sie ist durch das Austreten endgültig erloschen. Möglich ist aber eine Sanierung des Unternehmens,²⁷ das nunmehr zum Vermögen des letzten Gesellschafters gehört, der es als Einzelunternehmer betreibt. Da der Ausgetretene auch in diesem Fall nach §§ 128, 160 HGB haftet,²⁸ ist auch diese Haftung einer einheitlichen Einziehung zu unterwerfen, um das in ihr liegende Sanierungspotential zu sichern.

III. Betroffene Verbindlichkeiten

§ 93 InsO erfasst jede Mithaft einer der unter II. genannten Personen für die Verpflichtungen der Gesellschaft, die nicht auf einem individuell gegenüber einem konkreten Gesellschaftsgläubiger bestehenden Rechtsgrund beruht, sondern aus einer prinzipiell allen Gesellschaftsgläubigern zugute kommenden Verpflichtung des Gesellschafters resultiert. Paradigma ist die akzessorische Haftung nach § 128 HGB.

Inwieweit der Anwendungsbereich des § 93 InsO von der Diskussion um die Haftungsverfassung der BGB-Gesellschaft berührt wird, soll gesondert dargestellt werden.²⁹ Ebenfalls in einem gesonderten Abschnitt wird die (analoge) Anwendung des § 93 InsO auf Patronatserklärungen, die Mithaft nach § 25 HGB, die Haftung in der Vorgesellschaft und die gesellschaftsrechtliche Durchgriffshaftung erörtert werden.³⁰

24 Vgl. zum Bedürfnis nach Erstreckung des § 227 II InsO (bzw. §§ 211 II KO, 109 I Nr. 1 VerglO) auf den Ausgeschiedenen: *Habersack* in Großkomm. HGB, § 128 Rz. 74, 58; *K. Schmidt* in Schlegelberger, HGB, § 128 Rz. 71. Im Übrigen S. 155 f.

25 Zur Vergleichbarkeit von § 160 HGB und § 224 UmwG: *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 13 II 3. d).

26 BGHZ 48, 203 (206); BGH, WM 1979, 249.

27 Unabhängig von der Diskussion um die Legitimationsprobleme der übertragenden Sanierung ist unstrittig, dass wirtschaftlich im Mittelpunkt der Sanierungsbemühungen ohnehin stets das Unternehmen und nicht dessen Träger steht. Vgl. *K. Schmidt*, Insolvenzrecht der Unternehmen, S. 24 f., 139 f.

28 BGHZ 48, 203 ff.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 51 I 1a).

29 Siehe S. 166 ff.

30 Siehe S. 179 ff.

1. Haftung des Gesellschafters nach § 128 HGB für Masseverbindlichkeiten

Weil § 93 InsO die Abwicklung einer schon bestehenden Haftung des Gesellschafters für Gesellschaftsverbindlichkeiten regelt, ist es eine vorrangige Frage, für welche Verbindlichkeiten der Gesellschafter in der Insolvenz der Gesellschaft überhaupt materiellrechtlich eintreten muss. Die Haftung für Insolvenzforderungen ist unproblematisch zu bejahen, weil diese sämtlich vor Verfahrenseröffnung entstanden sind, so dass insofern § 128 HGB gilt.

Die Haftung des persönlich haftenden Gesellschafters für Masseverbindlichkeiten ist dagegen schwieriger zu begründen, denn es ist umstritten, ob und inwieweit eine Einschränkung des § 128 HGB für nach Verfahrenseröffnung entstandene Gesellschaftsverbindlichkeiten geboten ist. Kern des Problems ist der Legitimationsgrund der unbeschränkten Haftung des Gesellschafters. Die persönliche Haftung lässt sich weder vom Prinzip der Selbstorganschaft noch von dem des Eigennutzes trennen.³¹ Da der Gesellschafter aber während des Insolvenzverfahrens sowohl die Herrschaft über das Unternehmen verloren hat, als auch eine Fortführung des Betriebs nicht primär in seinem Interesse erfolgt, ist seine Haftung für solche Verbindlichkeiten, die nach Verfahrenseröffnung entstanden sind, hiernach nicht zu rechtfertigen.³² Im Anschluss an die grundlegende Untersuchung *Sievekings*³³ sprechen gegen eine unbeschränkte Haftung des Gesellschafters für Masseverbindlichkeiten somit drei Gründe: Der Gesellschafter hat nur geringe Einwirkungsmöglichkeiten auf die Bestellung des Verwalters, ebenso hat er kaum Einfluss auf die Führung der Verwaltung und schließlich erfolgt die Verwaltung der Masse im Fremdinteresse.³⁴ Für Masseverbindlichkeiten gelten die Legitimationsgründe der persönlichen Haftung also grundsätzlich nicht, so dass insoweit eine teleologische Reduktion der akzessorischen Haftung des § 128 HGB geboten ist.³⁵ Hierbei muss allerdings zwischen solchen Schulden, deren Rechtsgrund noch vor Verfahrenseröffnung gelegt wurde³⁶ und anderen – so genannten »neuen Masseverbindlichkeiten«³⁷ – differenziert werden. Denn nur für »alte« Masseverbindlichkeiten ist eine Haftung des Gesellschafters zu bejahen,

31 *K. Schmidt*, ZHR 152. Bd., 108 (115 f.).

32 *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 14 II 2 e); *Wiedemann*, JZ 1969, 471. A. A. *Kübler/Prütting/Lüke*, InsO, § 93 Rz. 26 ff., der eine Haftung des Gesellschafters für sämtliche Masseverbindlichkeiten aus dem Gesichtspunkt der fehlenden Kapitalsicherung in der Personengesellschaft bejaht.

33 Die Haftung des Gemeinschuldners für Masseansprüche, Berlin 1937.

34 *Sieveking*, S. 40.

35 Zur teleologischen Reduktion des § 128 HGB: *K. Schmidt*, ZHR 152. Bd., 108 (115). Zustimmend auch *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 209 Rz. 30; *Prütting*, ZIP 1997, 1725 (1732). *Wolf*, Insolvenzrecht im Umbruch, S. 113 (123) tritt demgegenüber für eine Differenzierung zwischen sachlich notwendigen und sonstigen Geschäften des Verwalters ein. Bei Ersteren sollen die Gesellschafter automatisch mitverpflichtet sein, bei Letzteren sei ihre Zustimmung erforderlich.

36 Unbeachtlich ist hingegen der Zeitpunkt des Entstehens oder der Fälligkeit der Schuld. *Habersack* in Großkomm. HGB, § 128 Rz. 62.

37 Neue Masseverbindlichkeiten sind demgegenüber solche Masseverbindlichkeiten, die nach Verfahrenseröffnung entstanden sind. Nicht zu verwechseln mit den so genannten »Neumasseverbindlichkeiten« des § 209 I Nr. 2 InsO!

weil diese vor Verfahrenseröffnung entstanden sind, so dass der Gesellschafter für ihre Begründung noch verantwortlich ist.³⁸ Damit ist der persönlich haftende Gesellschafter in der Insolvenz der Gesellschaft einem ausgeschiedenen Gesellschafter vergleichbar, der ebenfalls nur für die Altverbindlichkeiten der Gesellschaft haftet.³⁹

Im Folgenden sollen die Kriterien der Beeinflussungsmöglichkeit und des Eigeninteresses auf die verschiedenen Masseverbindlichkeiten nach §§ 54, 55 InsO angewendet werden, um so die im Einzelfall schwierige Abgrenzung zu treffen, ob es sich um »alte« oder »neue« Masseverbindlichkeiten handelt.

a) Verfahrenskosten nach § 54 InsO

Die Frage, ob die gesellschaftsrechtliche Haftung nach § 128 HGB auch die Verfahrenskosten des Gesellschaftsinsolvenzverfahrens erfasst, ist streitig.

Wohl überwiegend wird heute zu Recht eine Haftung des Gesellschafters für Kosten des Gesellschaftsinsolvenzverfahrens abgelehnt.⁴⁰ Gegen die Haftung spricht, dass ansonsten das Gesellschaftervermögen doppelt mit Verfahrenskosten belastet werden würde, nämlich nicht nur mit den Kosten des Gesellschaftersinsolvenzverfahrens, sondern auch mit denen des Gesellschaftsverfahrens – eine deutliche Benachteiligung der Privatgläubiger des Gesellschafters.⁴¹ Die Kosten des Gesellschaftsinsolvenzverfahrens sind durch die Insolvenz des Gesellschaftsvermögens veranlasst und dürfen daher auch nur die Insolvenzmasse in diesem Verfahren belasten.

Die Gegenansicht wird damit begründet, dass die Gerichts- und Verwalterkosten wegen der schlechten Vermögenslage der Gesellschaft entstünden, die schließlich auf das Wirtschaften der Gesellschafter zurückzuführen sei.⁴² Im Übrigen habe der Gesellschafter durch seine Nichtleistung die Verfahrenseröffnung mitveranlasst.⁴³ Insofern sei durchaus eine Verantwortung des Gesellschafters auch für diese Verbindlichkeiten zu bejahen.

Weiter wird gegen die herrschende Meinung eingewendet, dass Vollstreckungskosten auch ohne Verfahrenseröffnung entstanden wären, dann eben als Kosten der Einzelzwangsvollstreckung,⁴⁴ und für diese hätte der Gesellschafter ebenso wie ein Bürge, § 767 II BGB, haften müssen. Einzel- und Gesamtvollstreckungskosten sind jedoch insoweit nicht vergleichbar, denn bezüglich der Gesamtvollstreckungskosten gilt, dass für diese auch der Insolvenzschuldner – nach freilich umstrittener Ansicht – nur beschränkt

38 *Armbruster*, S. 154 ff.; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 31.16; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 212 Rz. 5; *K. Schmidt* in *Schlegelberger*, HGB, § 128 Rz. 69; *Zimmermann*, S. 92.

39 *K. Schmidt*, Insolvenzrecht der Unternehmen, S. 131.

40 *Habersack* in *Großkomm.* HGB, § 128 Rz. 72; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 31.16; *ders.* in *Insolvenzrecht im Umbruch*, S. 101 (107); *K. Schmidt* in *Schlegelberger*, HGB, § 128 Rz. 70; differenzierend *Sieveking*, S. 67 ff.; *Armbruster*, S. 172 ff.

41 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht im Umbruch, S. 101 (107).

42 *Armbruster*, S. 159.

43 *Armbruster*, S. 174.

44 *Armbruster*, S. 174.

auf die Masse und nicht mit seinem insolvenzfremden Vermögen haftet.⁴⁵ Dieser Gesichtspunkt verdeutlicht, dass nur die Insolvenzmasse für die Insolvenzverfahrenskosten nach § 54 InsO haftet.

Durchgreifend gegen die Haftung des Gesellschafters spricht schließlich der in § 788 ZPO angelegte Gedanke, dass das gesamte pfändbare Vermögen des Vollstreckungsschuldners zur Kostenhaftung heranzuziehen ist.⁴⁶ Unabhängig von der Diskussion um die Schuldnerrolle der Gesellschafter im Insolvenzverfahren einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit,⁴⁷ wird man hier angesichts der haftungsrechtlichen Trennung zwischen Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen nicht daran vorbeikommen, dass allein das Gesellschaftsvermögen Haftungsobjekt für die Verfahrenskosten nach § 54 InsO ist. Eine Haftung des Gesellschafters ist daher abzulehnen.

b) Verbindlichkeiten aus der Verwaltung der Masse, § 55 I Nr. 1 InsO

Für Masseverbindlichkeiten, die durch den Verwalter zwecks Verwaltung der Masse begründet werden, muss der Gesellschafter nach zutreffender herrschender Meinung nicht eintreten.⁴⁸ Diese Verbindlichkeiten entstehen ohne Zutun des Gesellschafters und dienen der Liquidation oder der Sanierung des gemeinschuldnerischen Unternehmens, wobei Letztere zwar im Interesse des Gesellschafters liegen mag, aber doch nicht deswegen vorgenommen wird. Ausschlaggebend ist allein das Interesse der Insolvenzgläubiger. Die Verbindlichkeiten nach § 55 I Nr. 1 InsO sind daher typische Neuverbindlichkeiten, für die der Gesellschafter nicht haftet.

Dasselbe gilt für Schulden aus vorläufiger Insolvenzverwaltung, die nach § 55 II InsO Masseverbindlichkeiten sind. Auch bei der Begründung von Forderungen durch einen vorläufigen Insolvenzverwalter, dem nach § 22 InsO die Verfügungsbefugnis über das Schuldnervermögen übertragen wurde, hat der Gesellschafter keinerlei Mitspracherechte. Hier ist das Prinzip der Selbstorganschaft schon vor Verfahrenseröffnung außer Kraft gesetzt. Daher lässt sich für die vom so genannten »starken Verwalter« begründeten Forderungen ebenfalls keine Haftung des Gesellschafters rechtfertigen.

c) Massebereicherungen, § 55 I Nr. 3 InsO

Bereicherungsansprüche sind nach § 55 I Nr. 3 InsO dann Masseverbindlichkeiten, wenn die Bereicherung nach Verfahrenseröffnung eingetreten ist.⁴⁹ Daher sind diese Forderungen

45 *Jaeger/Lent*, KO, 8. Aufl., § 57 Rz. 5, S. 793; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 57 Rz. 10; *Oepen*, Rz. 183. A.A. *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 25.28 ff., der die Nachhaftung des Insolvenzschuldners auch auf Masseverbindlichkeiten erstreckt.

46 Vgl. *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, § 788 Rz. 3.

47 Siehe S. 142 ff.

48 *Sievekling*, S. 41 ff., 48; *K. Schmidt* in *Schlegelberger*, HGB, § 128 Rz. 70; *Jaeger/Lent*, KO, 8. Aufl., § 57 Rz. 5; *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 487 f.; *Armbruster*, S. 157 ff.; *Habersack* in *Großkomm.* HGB, § 128 Rz. 72.

49 *Smid* in *Smid*, InsO, § 55 Rz. 30; *Kübler/Prütting/Pape*, InsO, § 55 Rz. 60 m.w.N.

gen Neuverbindlichkeiten, so dass der Gesellschafter nicht eintreten muss.⁵⁰ Beispielsweise liegt es außerhalb seines Verantwortungsbereichs, wenn der Insolvenzverwalter über fremde Sachen verfügt oder nichtige Verträge abschließt und dadurch Bereicherungsansprüche nach § 55 I Nr. 3 InsO begründet.

d) Ordnungsrechtliche Verantwortlichkeit

Ordnungsrechtliche Verbindlichkeiten entstehen regelmäßig aus Vorgängen, die vor Eröffnung des Verfahrens stattfanden. Insofern trägt der Gesellschafter für diese Vorgänge nach dem Prinzip der Selbstorganschaft noch die volle Verantwortung. Denkt man zum Beispiel an die öffentlich-rechtliche Zustandshaftung, so wird diese normalerweise auf den Unternehmensbetrieb vor der Insolvenz zurückzuführen sein. Dann ist eine Haftung für solche Masseverbindlichkeiten zu bejahen. Dies wird noch deutlicher, wenn man beachtet, dass die generelle Einordnung dieser Verbindlichkeiten vor allem durch die Verwaltungsgerichte⁵¹ als Masseverbindlichkeiten ohnehin zweifelhaft ist.⁵² Für die Zustandshaftung ist richtigerweise danach zu differenzieren, wann die Gefahrenschwelle überschritten wurde. Jedenfalls wenn dieser Zeitpunkt vor Verfahrenseröffnung lag, muss der Gesellschafter ordnungsrechtlich eintreten.

e) Steuern

Soweit eine Steuerforderung Insolvenzforderung ist, weil der steuerpflichtige Tatbestand vor Verfahrenseröffnung erfüllt wurde,⁵³ haften die Gesellschafter hierfür akzessorisch. Umgekehrt gilt bei Steuerforderungen, die Masseforderungen sind, dass der Gesellschafter nicht haftet, sofern und weil er auf die Verwirklichung des Steuertatbestands keinen Einfluss hatte.

f) Sozialplanansprüche

Obwohl der Gesetzgeber die Sozialplanansprüche nach § 123 II InsO in den Rang von Masseverbindlichkeiten gehoben hat, handelt es sich bei ihnen doch eigentlich um »lupenreine Insolvenzforderungen«,⁵⁴ weil sie aus Rechtsverhältnissen stammen, die vor Verfahrenseröffnung begründet wurden. Entsprechend tragen die Gesellschafter für die Begründung dieser Forderungen dieselbe Verantwortung wie für sonstige Insolvenzforderungen.

50 *Sievekings*, S. 65 f.; *K. Schmidt* in *Schlegelberger*, HGB, § 128 Rz. 70; *Habersack* in *Großkomm.* HGB, § 128 Rz. 72. *Armbruster*, S. 161 befürwortet eine Ausnahme, wenn der Gesellschafter die rechtsgrundlose Leistung nach Verfahrenseröffnung veranlasst hat. Man wird dem von ihm gebildeten Beispielsfall aber wohl besser mit einer Rechtscheinhaftung des Gesellschafters gerecht, denn die Verpflichtung auch der Mitgesellschafter ist fragwürdig.

51 Vgl. BVerwG, ZIP 1999, 538 ff.

52 *Häsemeyer*, *Insolvenzrecht*, Rz. 13.13.

53 Jedenfalls dann handelt es sich um eine Insolvenzforderung, *Häsemeyer*, *Insolvenzrecht*, Rz. 23. 41 f.

54 *Häsemeyer*, *Insolvenzrecht*, Rz. 14.21.

Hierdurch legitimiert sich die persönliche Haftung, so dass der Gesellschafter auch für Sozialplanansprüche einzustehen hat. Hiervon geht auch die Begründung zu § 100 Ref-EInsO aus.⁵⁵

g) Forderungen aus gegenseitigen Verträgen, § 55 I Nr.2 InsO

Forderungen aus beiderseitig nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträgen, für deren Erfüllung sich der Insolvenzverwalter nach § 103 I InsO entschieden hat, sind gemäß § 55 I Nr. 2 InsO Masseschulden. Für diese Masseverbindlichkeiten hat der persönlich haftende Gesellschafter nach bisher ganz allgemeiner Meinung einzustehen, da es sich hierbei um Verpflichtungen handelt, deren Rechtsgrund noch vor Verfahrenseröffnung gelegt wurde, so dass eine teleologische Reduktion des § 128 HGB wegen Fortfalls der Selbstorganschaft nicht geboten ist.⁵⁶ Die Gesellschafter haften danach unabhängig von der Entscheidung des Verwalters.

Dieses normativ überzeugende Ergebnis ist allerdings nur schwer mit der dogmatischen Konstruktion der neueren herrschenden Meinung bezüglich des Schicksals gegenseitiger Verträge nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu vereinbaren.⁵⁷ Insbesondere die Rechtsprechung geht davon aus, dass mit Verfahrenseröffnung die Ansprüche aus beiderseits nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträgen erlöschen.⁵⁸ Dem Gläubiger stehe nunmehr nur ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung zu, mit dem er Insolvenzgläubiger sei. Wählt der Verwalter nach § 103 InsO Erfüllung, entstehe der Anspruch des Gläubigers auf die Gegenleistung neu.

Folgt man dieser Ansicht, so ist die Haftung der Gesellschafter für Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen kaum zu begründen, denn zwar waren die Gesellschafter für die ursprüngliche Verpflichtung verantwortlich, diese ist aber gerade mit Verfahrenseröffnung erloschen. Die neu entstandene Verbindlichkeit (der Ersatzanspruch oder der Erfüllungsanspruch) lässt sich insofern ausschließlich auf Handlungen des Verwalters zurückführen, so dass das Prinzip der Selbstorganschaft die Haftung nicht rechtfertigen kann. Auf diese bedenklichen Folgen der Konstruktion der herrschenden Meinung für das Schicksal

55 Zweifelnd *Armbruster*, S. 179 ff., der darauf abstellt, dass Forderungen aus einem nach Verfahrenseröffnung aufgestellten Sozialplan formal neue Masseverbindlichkeiten seien, so dass eine Haftung grundsätzlich zu verneinen sei.

56 *Sieveking*, S. 63; *Jaeger/Lent*, KO, 8. Aufl., § 57 Rz. 5; *K. Schmidt*, ZHR 152. Bd., 108 (114); *ders.* in *Schlegelberger*, HGB, § 128 Rz. 70; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 31.16; *Habersack* in *Großkomm. HGB*, § 128 Rz. 72.

57 Vgl. auch *Armbruster*, S. 175 ff. und *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 491 f., die aber beide im Ergebnis eine Haftung des Gesellschafters bejahen.

58 BGHZ 106, 236 ff. Vgl. BGH, NJW 1997, 3436; *Jaeger/Henckel*, KO, § 17 Rz. 115, 149; *Kreft*, ZIP 1997, 865 ff. Ablehnung der neuen Rechtsprechung bei *Marotzke*, EWiR 1988, 286; 92, 71; *Gerhardt* in FS f. Merz, S. 117 ff.; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 20.07; *Jauernig*, ZVIR, § 49 II; *Bork*, Insolvenzrecht, Rz. 160; *H. Roth* in FS f. Rolland, S. 305 (314); *Kübler/Prütting/Tintelnot*, InsO, § 103 Rz. 12.

akzessorischer Sicherheiten im Allgemeinen ist bereits hingewiesen worden:⁵⁹ Wendet man die so genannte »Erlöschenstheorie« konsequent auf akzessorische Sicherheiten an, die ein Dritter für eine Verbindlichkeit des späteren Insolvenzschuldners aus einem gegenseitigen Vertrag bestellt hat, so muss man zu dem Ergebnis kommen, dass auch diese wegen Wegfalls der Hauptschuld infolge der Verfahrenseröffnung erlöschen.

Für den Bereich der akzessorischen Sicherheiten und der Haftung des Personengesellschafters im Besonderen ist daher vor einer begrifflich-formalen Anwendung der Erlöschenstheorie zu warnen. Aus dieser Konstruktion, die vor allem mit dem Ziel des Masse-schutzes entwickelt wurde, dürfen nicht Ergebnisse für ganz andere Rechtsfragen deduziert werden. Will man die Erlöschenstheorie nicht insgesamt aufgeben, so bleibt wohl nur die Überlegung, dass jedenfalls der Rechtsboden für die Haftung des Gesellschafters schon vor Verfahrenseröffnung bereitet wurde, so dass es sich insofern um Altverbindlichkeiten handelt. Gleichwohl machen die geschilderten Probleme die dogmatischen Unzulänglichkeiten der »Erlöschenstheorie« deutlich.

h) Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen und Dienstverhältnissen, §§ 108, 113 InsO

Für Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen, die nach § 108 InsO mit dem Anteil, der auf die Zeit nach der Eröffnung entfällt, nach § 55 I Nr. 2 a.E. InsO Masseforderungen sind, haftet der Gesellschafter persönlich, weil es sich hierbei um Altverbindlichkeiten handelt. Dasselbe gilt für Forderungen aus Dienstverhältnissen, die mit Wirkung für die Masse fortgesetzt werden. Dem Gläubiger darf durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht die Sicherheit der Gesellschafterhaftung genommen werden, auch wenn nach der Verfahrenseröffnung nur noch die Masse und nicht mehr der Gesellschafter die Vorteile aus dem Geschäft zieht. Die Interessenlage ist insoweit nicht anders als bei nicht vollständig erfüllten gegenseitigen Verträgen. Man wird aber auch hier den Gesellschafter einer insolvenzbefangenen Gesellschaft und den ausgeschiedenen Gesellschafter gleichbehandeln müssen und zur Begrenzung der Nachhaftung analog § 160 HGB eine Enthaltung nach fünf Jahren annehmen.⁶⁰

2. Gesellschafterbürgschaften

Es ist eine offene Zweifelsfrage, inwieweit auch die Forderung aus § 765 I BGB gegen einen Gesellschafter, der sich für eine Gesellschaftsschuld verbürgt hat, von § 93 InsO erfasst wird.⁶¹

⁵⁹ Bork in FS f. Zeuner, S. 297 (313 f.); Marotzke, EWiR § 55 KO 1992, S. 71 f.; Roth in FS f. Rolland, S. 303 (306 f.).

⁶⁰ Die so genannte Kündigungstheorie, nach der eine Forthaftung des Gesellschafters nur bis zum erstmöglichen Kündigungstermin nach seinem Ausscheiden zu bejahen war, ist nach der Neufassung des § 160 HGB nicht mehr anzuwenden, BGH, ZIP 1999, 67 ff.

⁶¹ Dasselbe Problem stellt sich selbstverständlich auch bei Schuldbeitritten eines Gesellschafters. Anders sind jedoch dingliche Sicherheiten zu beurteilen, weil diese dem Gläubiger im

Grundsätzlich unterliegt die Inanspruchnahme eines Bürgen durch einen Insolvenzgläubiger ebenso wenig wie andere individuelle Sicherungsrechte weder der Sperr- noch der Ermächtigungswirkung des § 93 InsO. Im Gutachten für den 54. Juristentag war demgegenüber empfohlen worden, auch Gesellschafterbürgschaften einer einheitlichen Einziehung zu unterwerfen.⁶² Wenn jedoch § 93 InsO an die »persönliche Haftung eines Gesellschafters« anknüpft, so ist damit offensichtlich nur die Haftung nach gesellschaftsrechtlichen Regeln gemeint, so dass Bürgschaften eines Gesellschafters außerhalb des unmittelbaren Anwendungsbereichs des § 93 InsO liegen.⁶³ Der Gläubiger kann danach ohne Rücksicht auf die Sperrwirkung des § 93 InsO während des Gesellschaftersinsolvenzverfahrens gegen den bürgenden Gesellschafter vorgehen.

Eine solche Inanspruchnahme würde den Sanierungswillen und die Sanierungsfähigkeit des Gesellschafters erheblich vermindern und damit den Zweck des § 93 InsO vereiteln. Dieser Effekt wird durch § 254 II S. 1 InsO noch verschärft, weil danach die Verpflichtung aus der Bürgschaft von einem Erlass der Hauptschuld im Insolvenzplan grundsätzlich nicht berührt wird. Obendrein ist dem Bürgen gemäß § 254 II S. 2 InsO sogar der Rückgriff gegen die Gesellschaft in Höhe des Erlasses der Hauptschuld genommen. Dadurch läuft § 227 II InsO für den bürgenden Gesellschafter leer.⁶⁴ Ein Regress bei seinen Mitgesellschaftern ist schließlich nur dann möglich, wenn diese der Sicherheitenbestellung zugestimmt haben.⁶⁵ Da insofern die Gesellschafterbürgschaft für den Gläubiger unter Geltung der Insolvenzordnung einen doppelten Vorteil bietet – zum einen kann er trotz § 93 InsO weiterhin gegen den Gesellschafter vorgehen, zum anderen wird seine Forderung gegen den Gesellschafter nicht durch einen Insolvenzplan berührt – ist zu erwarten, dass ihre Bedeutung stark zunehmen wird.⁶⁶

Die Bürgschaft eines persönlich haftenden Gesellschafters wird allgemein für zulässig gehalten,⁶⁷ obgleich sie im Gegensatz zur Bürgschaft eines Dritten nicht dazu dient, die Mithaft eines weiteren Vermögens zu begründen. Der Gesellschafter haftet dem Gläubiger ohnehin, so dass es primärer Zweck der Bürgschaft ist, die §§ 93, 227 II InsO zu umgehen. Daneben kann der Aspekt der Vermeidung der Sonderverjährung oder der Enthaltung nach §§ 159, 160 I HGB treten.

Gesellschafterinsolvenzverfahren ein Absonderungsrecht gewähren, das ihm keinesfalls entzogen werden darf.

62 K. Schmidt, Gutachten, D 48.

63 Vgl. Habersack in Großkomm. HGB, § 128 Rz. 80; Noack, Sonderband 1 zu Kübler/Prütting, InsO, Rz. 509; K. Schmidt, ZGR 1998, 633 (670); ders. in Kölner Schrift, S. 1199 (Rz. 40); Theißen, ZIP 1998, 1625 ff.; Hess, InsO, § 93 Rz. 20; Braun/Uhlenbruck, S. 98.

64 Zur (abzulehnenden) analogen Anwendung des § 227 II InsO auf Gesellschafterbürgschaften siehe S. 157.

65 Kilger/K. Schmidt, KO, § 211 Anm. 3); Theißen, ZIP 1998, 1625 (1629). Für Realsicherheiten: BGHZ 100, 126.

66 K. Schmidt, ZGR 1998, 633 (670).

67 RGZ 139, 252 (253 f.); BGH, WM 1986, 850 f.; Habersack in Großkomm. HGB, § 128 Rz. 80; K. Schmidt in Schlegelberger, HGB, § 128 Rz. 79; Jaeger/Weber, KO, 8. Aufl. § 211 Rz. 3.; Noack, Sonderband 1 zu Kübler/Prütting, InsO, Rz. 537.

Deshalb ist zu untersuchen, inwieweit eine analoge Anwendung des § 93 InsO auf Bürgschaften persönlich haftender Gesellschafter möglich und geboten ist. Hierfür spricht nicht nur das Schutzbedürfnis der Gesellschafter,⁶⁸ sondern vor allem das Interesse der nicht gesicherten Insolvenzgläubiger. Deren Befriedigung kann nur noch im Wege der Zerschlagung des Gesellschaftsvermögens erfolgen, wenn durch die Geltendmachung der Bürgschaft eine erfolgreiche Sanierung unter Mitarbeit des Gesellschafters verhindert wird.

Die enge Formulierung des § 93 InsO lässt sich nur nachvollziehen, wenn man berücksichtigt, dass die Vorschrift vom Gesetzgeber als Regel zur Verwirklichung der *par condicio creditorum* gedacht war. Vor diesem Hintergrund ist die Gesellschafterbürgschaft eine zusätzliche, wirksam begründete Sicherheit, die vom Insolvenzrecht wie andere Drittsicherheiten auch grundsätzlich respektiert wird.⁶⁹ Mit der *par condicio creditorum* hat § 93 InsO jedoch richtigerweise nur am Rande etwas zu tun.⁷⁰ Der Schutz der Sanierungsmasse als Stoßrichtung des § 93 InsO wurde zwar im Juristentagsgutachten betont, vom Gesetzgeber jedoch trotz grundsätzlicher Übernahme des Vorschlags offenbar nicht wahrgenommen.⁷¹ Insofern ist die Nichteinbeziehung der Gesellschafterbürgschaft, deren Geltendmachung genauso sanierungsgefährdend wirkt wie die Geltendmachung der Haftung aus § 128 HGB, jedenfalls dann eine planwidrige Regelungslücke, wenn man sich auf das ursprüngliche Konzept der Vorschrift besinnt und nicht auf den »letzten Willen« des Gesetzgebers abstellt.

Will man es nicht zulassen, dass § 93 InsO weitgehend leer läuft, weil sich vor allem Banken stets der Bürgschaft des persönlich haftenden Gesellschafters versichern werden, so muss wenigstens die Sperrwirkung auch für die Bürgschaftsforderung gelten.⁷² Eine insofern eingeschränkt analoge Anwendung des § 93 InsO respektiert einerseits die Bürgschaft als Sicherungsmittel gegen die Wirkungen eines Insolvenzplans und als Schutz gegen die Sonderverjährung oder Enthaltung nach §§ 159, 160 HGB. Sie verhindert andererseits, dass eine Sanierung deshalb nicht zustande kommt, weil der Gesellschafter während des Verfahrens einzelne Gläubiger, denen er sich verbürgt hat, befriedigen muss. Die Bürgschaftsforderung wird damit für die Dauer der Sperrwirkung zu einer nicht durchsetzbaren Verbindlichkeit.⁷³

Dagegen ist es weder erforderlich noch sinnvoll, dem Insolvenzverwalter auch die Berechtigung zur Geltendmachung der Bürgschaftsforderung zuzuerkennen. Auch die

68 K. Schmidt in Kölner Schrift, S. 1199 (Rz. 40).

69 Zur Verwertung von Drittsicherheiten im Insolvenzverfahren: Obermüller, NZI 2001, S. 225 ff.

70 Siehe S. 96 f.

71 Immerhin ist den Gesetzesmaterialien auch keine ausdrückliche Stellungnahme gegen die Einbeziehung der Gesellschafterbürgschaft zu entnehmen.

72 Im Ergebnis ebenso Oepen, Rz. 272; Pelz, S. 85 f. Vorsichtig zustimmend Bork, ZIP 1999, 1988 (1991). A.A. Kübler/Prütting/Lüke, InsO, § 93 Rz. 18; Blersch in Breutigam/Blersch/Goetsch InsO, § 93 Rz. 7; Hess, InsO, § 93 Rz. 20, Fuchs, ZIP 2000, 1089; K. Schmidt/Bitter, ZIP 2000, 1079 ff.

73 Vgl. zum Begriff der nicht durchsetzbaren Verbindlichkeit: Larenz, Schuldrecht I, § 2 III; Esser/Schmidt, I/1, § 7 III.

Ermächtigungswirkung auf die Ansprüche aus § 765 I BGB zu beziehen, würde dazu führen, dass der Insolvenzverwalter aus allen Beträgen, die er aus Gesellschafterbürgschaften erlangt, einzelne Sondermassen zu bilden hätte. Denn die Bürgschaft sichert nur eine konkrete Verbindlichkeit, so dass das auf diese Gezahlte nicht mit den Beträgen vermischt werden darf, die der Gesellschafter zur Erfüllung seiner gesellschaftsrechtlichen Haftung leistet. Die deshalb erforderliche Sondermassenbildung würde das Gesellschaftsinsolvenzverfahren erheblich verkomplizieren, ohne dass hiervon nennenswerte Vorteile zu erwarten sind. Die analoge Anwendung des § 93 InsO gilt daher nicht für die Ermächtigungswirkung.⁷⁴

Besondere Vorteile bietet diese Lösung in der Doppelinsolvenz⁷⁵ von Gesellschaft und Gesellschafter: Wendet man, wie vorgeschlagen, die Sperrwirkung des § 93 InsO auch auf die Forderung aus § 765 I BGB gegen den Gesellschafter an, so kann der Insolvenzverwalter des Gesellschaftsvermögens die Haftungsansprüche der Gesellschaftsgläubiger geltend machen, während die zusätzlich durch Gesellschafterbürgschaften⁷⁶ gesicherten Gläubiger sich auch nicht mit ihren Bürgschaftsforderungen am Gesellschafterverfahren beteiligen können. Der Gefahr einer unzulässigen Doppelberücksichtigung der verbürgten Forderung im Gesellschafterverfahren wird so vorgebeugt und gleichzeitig der Befriedigung des Anspruchs aus § 128 HGB der Vorrang eingeräumt, wie es unter Sanierungsgesichtspunkten überzeugend ist.

IV. Inhalt der Haftung

Die Frage nach dem Inhalt der Haftung des persönlich haftenden Gesellschafters ist nicht nur im Blick auf ein Gesellschaftsinsolvenzverfahrens streitig. Auch im Übrigen ist nicht vollständig geklärt, ob der Gesellschaftsgläubiger den ihm haftenden Gesellschafter nur auf Zahlung oder auf gegenständliche Befriedigung in Anspruch nehmen kann. Herrschend ist die so genannte »Erfüllungstheorie«, nach welcher der Gläubiger vom Gesellschafter grundsätzlich dieselbe Leistung wie von der Gesellschaft verlangen kann, sofern ihm die Erbringung der Leistung – notfalls auch unter Einschaltung eines Erfüllungsgehilfen – möglich und zumutbar ist.⁷⁷

Dementsprechend ist davon auszugehen, dass der Gesellschafter außerhalb des Gesellschaftsinsolvenzverfahrens dem Gläubiger grundsätzlich zur gegenständlichen Befriedigung verpflichtet ist. Problematisch ist nun, wie sich § 45 InsO, also die Umrechnung aller Insolvenzforderungen in Geld, auf den Inhalt der Haftung des Gesellschafters auswirkt.

74 Für eine uneingeschränkte analoge Anwendung dagegen jetzt *Eickmann* in HK-InsO, § 93 Rz. 3.

75 Vgl. zur Insolvenz des Gesellschafters im Übrigen S. 160 ff.

76 Wegen der Akzessorietät der Bürgschaftsforderung erlischt diese ohnehin, soweit der Anspruch aus § 128 HGB, den der Verwalter geltend macht, befriedigt wird.

77 BGHZ 23, 302 ff.; 73, 217; *Flume*, Allgemeiner Teil I/1, § 16 III 3; *A. Hueck*, Recht der OHG, § 21 II 3; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 49 III; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 128 Rz. 9; *Habersack* in Großkomm. HGB, § 128 Rz. 28 ff.; alle m.w.N. auch zur Gegenmeinung.

Kann der Insolvenzgläubiger, dessen ursprünglich nicht auf Geld gerichtete Forderung gegen die Gesellschaft sich gemäß § 45 InsO umgewandelt hat, vom Gesellschafter noch Erfüllung verlangen? Dies wurde für das Konkursverfahren insbesondere von *Henckel*⁷⁸ bejaht; allerdings mit der Einschränkung, dass der Gläubiger dann nicht gleichzeitig seinen Schadensersatzanspruch im Gesellschaftskonkursverfahren anmelden dürfe. Dagegen wurde eingewendet, dass so der konkursbefangenen OHG⁷⁹ eine Leistung aufgenötigt werde, die diese möglicherweise weder haben wolle noch gebrauchen könne.⁸⁰ Die herrschende Auffassung verknüpfte deshalb die Gesellschafterhaftung auch inhaltlich strikt akzessorisch mit der Gesellschaftshaftung, so dass der Gesellschafter – selbstverständlich nur unter der Voraussetzung der Erfüllungsablehnung durch den Konkursverwalter – ausschließlich auf Leistung eines Geldbetrags in Anspruch genommen werden konnte und zwar unabhängig davon, ob der Gläubiger seinen Schadensersatzanspruch im Konkurs geltend machte oder nicht.⁸¹

Durch § 93 InsO hat sich der dargestellte Streit erledigt, denn es verträgt sich nicht mit den Zwecken der Geltendmachung durch den Insolvenzverwalter, wenn dieser vom Gesellschafter Sachleistungen zur Dotierung der Sondermasse verlangen kann oder muss. Die Sondermasse soll der Sanierung der Gesellschaft dienen, oder notfalls im Falle der Liquidation gleichmäßig allen berechtigten Gläubigern zugute kommen. Weder das eine noch das andere lässt sich verwirklichen, wenn der Gesellschafter Sachleistungen in die Sondermasse erbringt. Der Verwalter kann daher vom Gesellschafter immer nur Zahlung verlangen. Auch hier zeigt sich, dass eine entsprechende Anwendung der für Insolvenzforderungen geltenden Vorschriften auf die Forderungen gegen den Gesellschafter überzeugt.⁸² Danach ist § 45 InsO analog anzuwenden, so dass das vom Verwalter geltend zu machende Recht immer nur eine Geldforderung sein kann.⁸³

V. Nichtbeteiligung eines Gläubigers am Insolvenzverfahren

Schließlich bleibt zu klären, ob und wie § 93 InsO anzuwenden ist, wenn ein Gläubiger nicht am Gesellschaftsinsolvenzverfahren teilnimmt. Schon aus praktischen Gründen kann wenigstens die Ermächtigungswirkung des § 93 InsO in diesem Fall nicht greifen. Woher sollte der Verwalter auch wissen, ob und in welcher Höhe Gesellschaftsgläubiger existie-

78 *Jaeger/Henckel*, KO, § 17 Rz. 200 insoweit auch *K. Müller*, NJW 1968, 225 (228).

79 Insofern setzt diese Lösung voraus, dass es ein konkursfreies Vermögen bei der Personengesellschaft gibt, denn die Gegenleistung steht nicht der Masse zu. Vgl. *Jaeger/Henckel*, a.a.O.

80 *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 17 Rz. 36 c.

81 BGHZ 48, 203 (205 f.); *Kuhn/Uhlenbruck*, a.a.O.; *Jaeger/Weber*, KO, 8. Aufl., § 212 Rz. 1 a.E.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 49 II 3 b); *Blomeyer*, BB 1968, 1461 ff. Zum ganzen ausführlich *Wissmann*, Rz. 377 ff. A. A. *K. Müller*, NJW 1968, 225 (227), der dem Gesellschaftsgläubiger auch nach der Forderungsfeststellung das Recht gibt, Erfüllung vom Gesellschafter zu verlangen. Dagegen *Mohrbutter*, NJW 1968, 1125 ff.; *Jaeger/Henckel*, KO, § 17 Rz. 200.

82 Vgl. S. 109 f.

83 Im Ergebnis ebenso *Armbruster*, S. 144 f.; *Wissmann*, Rz. 396 f., 407.

ren, denen der Gesellschafter haftet, wenn sie sich nicht am Insolvenzverfahren beteiligen?⁸⁴

Möglich ist es also allenfalls, außenstehende Gläubiger in die Sperrwirkung einzubeziehen, so dass sie unabhängig von der Anmeldung ihrer Insolvenzforderungen nicht gegen den Gesellschafter vorgehen können. Auch hier ist ein Vergleich mit der Rechtslage für Insolvenzforderungen hilfreich: Gemäß §§ 87, 89 InsO können alle Insolvenzgläubiger – und das sind alle Gläubiger i.S.d. § 38 InsO, unabhängig davon, ob sie sich am Verfahren beteiligen – ihre Rechte nur nach den Vorschriften über das Insolvenzverfahren verfolgen. Auch nichtbeteiligte Gläubiger können ihre Rechte gegen den Insolvenzschuldner also nicht in einem Prozess außerhalb des Insolvenzverfahrens durchsetzen oder in das schuldenrische Vermögen vollstrecken. Dies muss auch für die Haftung des Gesellschafters gelten, denn sonst könnten einzelne Gläubiger durch Nichtanmeldung ihrer Forderungen die Sperrwirkung des § 93 InsO umgehen und damit im Ergebnis die Sanierungschancen verringern. Auch die Ansprüche der nichtbeteiligten Insolvenzgläubiger gegen die Gesellschafter sind nach der Insolvenzordnung Teil der Sanierungsmasse, denn auch diese werden gemäß §§ 254 I S. 3, 227 II InsO von einem im Insolvenzplan vereinbarten Erlass erfasst,⁸⁵ so dass ihre Liquidation außerhalb des Verfahrens ausgeschlossen sein muss, weil diese Regelung sonst unterlaufen würde.⁸⁶

VI. Ergebnis

§ 93 InsO gilt für die Haftung eines aktiven oder ausgeschiedenen Gesellschafters einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit oder einer KGaA. Ebenso greift § 93 InsO auch dann, wenn jemand infolge seines Ausscheidens oder des Erlöschens bzw. der Umwandlung der Gesellschaft wie ein solcher Gesellschafter den Insolvenzgläubigern haftet. Die Sperr- und Ermächtigungswirkung gilt für alle gesellschaftsrechtlich begründeten Ansprüche gegen den Gesellschafter. Für Kosten des Insolvenzverfahrens nach § 54 InsO gilt sie daher nicht, weil für diese der Gesellschafter materiellrechtlich nicht haftet. Eine analoge Anwendung des § 93 InsO auf Gesellschafterbürgschaften ist hinsichtlich der Sperrwirkung geboten, um Umgehungen des durch die Vorschrift bezweckten Schutzes der Sanierungsmasse zu verhindern. Ebenso sind auch Gläubiger, die ihre Forderungen gegen die Gesellschaft nicht im Insolvenzverfahren geltend machen, von der Verfolgung ihrer Rechte gegen die Gesellschafter nach § 93 InsO ausgeschlossen. Der Verwalter kann nach § 93 InsO immer nur Zahlung eines Geldbetrags vom Gesellschafter verlangen, unabhängig davon, ob dieser außerhalb des Insolvenzverfahrens dem Gläubiger Erfüllung schuldet.

84 *Oepen*, Rz. 83 ff.

85 Vgl. hierzu S. 153 ff.

86 Zutreffend *Bork* in *Kölner Schrift*, S. 1333 (Rz. 13).

3. Kapitel Rechtsfolgen des § 93 InsO

Ebenso wie zu § 92 InsO soll nun im Einzelnen erörtert werden, welche Konsequenzen § 93 InsO im Gesellschaftsinsolvenzverfahren hat. Dabei ist zunächst auf das Verhältnis der Sondermasse zur Insolvenzmasse einzugehen, wobei wiederum ein besonderes Augenmerk auf die Frage zu richten ist, ob die Sondermasse bei der Beurteilung der Eröffnungschancen des Insolvenzverfahrens zu berücksichtigen ist. Sodann ist zu untersuchen, was aus Ermächtigungs- und Sperrwirkung für den Insolvenzverwalter, die Insolvenzgläubiger und die Gesellschafter folgt. Schließlich werden die verfahrensrechtlichen Konsequenzen des § 93 InsO und die Lage nach Abschluss des Insolvenzverfahrens analysiert.

I. Konsequenzen der einheitlichen Einziehung

Weil die haftungsrechtliche Trennung der Vermögen von Gesellschafter und Gesellschaft auch in der Insolvenz erhalten bleiben muss, ist aus den vom Verwalter nach § 93 InsO eingezogenen Beträgen eine Sondermasse zu bilden. Im Gegensatz zur Liquidation von Gesamtschäden nach § 92 InsO ist diese Sondermasse als getrenntes Vermögen neben der Insolvenzmasse und nicht nur als ein schuldrechtlich gebundener Teil derselben zu verstehen. Aufgrund der vermögens- und haftungsrechtlichen Zuordnung der nach § 93 InsO geltend zu machenden Ansprüche zum Vermögen der Gläubiger muss eine vermögensrechtliche Vermischung mit der Insolvenzmasse verhindert werden.¹ Aus ihnen ist deshalb ein dinglich getrenntes Sondervermögen zu bilden, das der Insolvenzverwalter treuhänderisch verwaltet.²

Ebenso wie die nach § 92 InsO eingezogenen Beträge kommen auch die nach § 93 InsO vom Gesellschafter gezahlten Summen nur den Gläubigern zugute, denen gegenüber materiellrechtlich eine Haftung des Gesellschafters besteht.³ Dies ist gerade bei der Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters zu beachten, der nach §§ 128, 160 HGB nur den Altgläubigern haftet. Eine vergleichbare Inkongruenz besteht, wenn ein Gesellschafter mit einzelnen Gläubigern rechtsgeschäftlich wirksame Haftungsausschlüsse vereinbart hat. Auch in diesem Fall gewährleistet die Sondermassenbildung, dass nur die Gläubiger, denen gegenüber kein Haftungsausschluss greift, an der Verteilung der eingezogenen Beträge teilnehmen. Insofern erfüllt die Bildung eines dinglich getrennten Vermögens in dieser Hinsicht dieselbe Funktion wie die schuldrechtliche Zweckbindung innerhalb der Masse für die Gesamtschadensansprüche.

1 Siehe hierzu auch S. 111 f.

2 *Oepen*, Rz. 90.

3 *Oepen*, Rz. 92 f.

1. Bedeutung für das Vorliegen oder den Wegfall eines Eröffnungsgrundes nach §§ 19, 212 InsO

Die Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger gegen den Gesellschafter selbst fallen also ebenso wenig wie das vom Insolvenzverwalter durch Geltendmachung der Haftung Erlangte in die Insolvenzmasse.

Weil die Realisierung der Gesellschafterhaftung durch den Verwalter insofern nicht die Insolvenzmasse vergrößert, kann und darf die Vermögenssituation der persönlich haftenden Gesellschafter bei der Prüfung des Eröffnungsgrundes für das Gesellschaftsinsolvenzverfahren nicht berücksichtigt werden.⁴ Ob deren Vermögen zur Befriedigung sämtlicher Insolvenzverbindlichkeiten ausreicht, ist daher unbeachtlich. Aus tatsächlichen Gründen ist diese Prüfung ohnehin wenig erfolgversprechend, selbst wenn man die Ansprüche aus § 128 HGB bei der Prüfung des Insolvenzgrundes einbezüge: Zu einem Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Personengesellschaft wird es nur dann kommen, wenn ihre Gesellschafter finanziell nicht zur Tilgung der Gesellschaftsverbindlichkeiten in der Lage sind. Ansonsten würden sie die Gesellschaft entweder durch die Zuführung von Eigenkapital sanieren, oder außerhalb eines Insolvenzverfahrens liquidieren, um die hiermit verbundenen Rufschädigungen zu vermeiden.⁵

Ebenso wenig kann infolge von Leistungen der Gesellschafter in die Sondermasse der Eröffnungsgrund wegfallen, denn auch bei der Beurteilung nach § 212 InsO hat die Sondermasse außer Betracht zu bleiben.⁶

2. Bedeutung für die Prüfung nach §§ 26 I, 207 InsO

Wie oben dargestellt, ist eine Haftung des Gesellschafters für Massekosten des Gesellschaftsinsolvenzverfahrens aus materiellrechtlichen Gründen abzulehnen. Ebenso ist es aus haftungsrechtlichen Gründen ausgeschlossen, die auf die Haftung gemäß § 93 InsO vom Verwalter eingezogenen Beträge zur Tilgung von Masseverbindlichkeiten zu verwenden.⁷ Weil die Ansprüche gegen den Gesellschafter und das auf sie Gezahlte nicht Bestandteile der Insolvenzmasse sind, gilt für sie auch nicht die (vorrangige) Verwendung für Masseverbindlichkeiten gemäß § 53 InsO. Es bleibt mithin dabei, dass das Gesellschaftsinsolvenzverfahren einzustellen bzw. gar nicht erst zu eröffnen ist, wenn allein das Gesellschaftsvermögen nicht zur Begleichung der Massekosten ausreicht.⁸ Die der Gesetzesbegründung zu Grunde liegende Vorstellung, dass das Gesellschaftervermögen bei der

4 A.A.: *Wolf* in *Insolvenzrecht im Umbruch*, S. 113 (121); *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 478. Widersprüchlich dann aber bei Rz. 558, wenn es dort (zutreffend) heißt, dass trotz § 93 InsO die Haftung der Komplementär-GmbH nicht im Überschuldungsstatus der KG aktiviert werden könne.

5 So schon die Motive zur Konkursordnung, *Hahn*, S. 397.

6 A.A. *Armbruster*, S. 221 f.

7 Siehe S. 102 f.

8 Vgl. *K. Schmidt* in *Schlegelberger*, HGB, § 128 Rz. 70 allerdings zur alten Rechtslage. Wie hier *Oepen*, Rz. 183, 225.

Prüfung der Eröffnungsaussichten zu berücksichtigen sei,⁹ ist in aller Schärfe zurückzuweisen. Denn entweder würde hierdurch die haftungsrechtliche Trennung von Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen ignoriert, oder die materiellrechtliche Haftung des Gesellschafters für Masseverbindlichkeiten im Gesellschaftsinsolvenzverfahren systemwidrig erweitert.¹⁰

3. Die Kosten der einheitlichen Einziehung

Die Geltendmachung der Gesellschafterhaftung durch den Insolvenzverwalter verursacht ihrerseits Kosten. Soweit es sich hier um Kosten nach § 91 ZPO oder § 788 ZPO handelt, sind diese vom Vollstreckungsschuldner, also vom Gesellschafter zu tragen. Soweit aber typische Gesamtvollstreckungskosten entstehen, beispielsweise verursacht durch den erhöhten Arbeitsaufwand des Verwalters,¹¹ ist eine Überwälzung auf den Gesellschafter nicht gerechtfertigt, weil diese den Gesellschafter und vor allem seine Privatgläubiger benachteiligt. Denn die Einziehung durch den Gesellschaftsinsolvenzverwalter erfolgt allein im Interesse der Gesellschaftsgläubiger. Daher kommt es auch nicht in Betracht, ihnen insoweit einen Ersatzanspruch zuzuerkennen, den sie im Verfahren über das Vermögen des Gesellschafters als nachrangige Insolvenzforderung nach § 39 I Nr. 2 InsO geltend machen könnten, weil so im Ergebnis doch der Gesellschafter und seine Gläubiger mit den Kosten der einheitlichen Einziehung belastet würden. Andererseits ist es auch nicht angemessen, diese Kosten als Massekosten des Gesellschaftsinsolvenzverfahrens i.S.d. § 54 InsO einzuordnen. Vielmehr ist die Sondermasse mit den Mehrkosten zu belasten. Kommt es zu einer »negativen Sondermasse«,¹² weil das Vorgehen gegen den Gesellschafter mehr Kosten als Nutzen produziert, so müssen die Gläubiger, deren Ansprüche geltend gemacht wurden, mit ihren Insolvenzforderungen einstehen und entsprechende Abschläge bei ihren Insolvenzquoten hinnehmen.¹³

II. Rechtsfolgen der Ermächtigungswirkung für den Insolvenzverwalter

Nach § 93 InsO ist der Insolvenzverwalter materiellrechtlich ermächtigt, Erfüllung der Haftungsforderungen an sich zu verlangen. Aus der Einziehungsermächtigung folgt auch die Befugnis, die Erfüllung anzumahnen, um den Gesellschafter in Verzug zu setzen.¹⁴ Zur gerichtlichen Durchsetzung der Forderungen und zur Vollstreckung erlangter Titel ist er als Prozessstandschafter befugt.¹⁵

9 Begründung zu § 105 RegEInsO, 2. Abs., abgedruckt bei *Balz/Landfermann*, S. 310.

10 Siehe S. 96 f.

11 Zu deren Berechnung vgl. *Oepen*, Rz. 225.

12 *K. Schmidt* in *Schlegelberger*, HGB, §§ 171, 172 Rz. 112.

13 *Oepen*, Rz. 183. Wenn dies absehbar ist, hat allerdings die Einziehung durch den Verwalter nach dem Rechtsgedanken der §§ 26, 207 InsO zu unterbleiben.

14 *Oepen*, Rz. 175.

15 Hierzu S. 138 f.

Mangels Verfügungsbefugnis kann der Insolvenzverwalter die Ansprüche gegen die Gesellschafter nicht erlassen.¹⁶ Dieses Recht verbleibt bei der Einziehungsermächtigung den dinglich Berechtigten; im Falle des § 93 InsO also den Gesellschaftergläubigern. Vergleichsschlüsse des Verwalters sind damit gemäß § 185 I BGB von der Genehmigung der Gläubiger abhängig.

1. Der Umfang der Ermächtigung und der Fortfall des § 212 KO

Auch wenn § 212 KO, der für den Doppelkonkurs von Gesellschaft und Gesellschafter das Ausfallprinzip normierte, in der Insolvenzordnung keine Nachfolgevorschrift hat,¹⁷ kann der Insolvenzverwalter doch den Gesellschafter nicht in unbegrenzter Höhe für Gesellschaftsverbindlichkeiten in Anspruch nehmen: Grundsätzlich erwirbt der Gesellschafter einen Regressanspruch nach § 110 HGB, wenn er Forderungen gegen die Gesellschaft tilgt. Nach altem Recht konnte er mit diesem Anspruch auch dann am Konkursverfahren teilnehmen, wenn er den Gläubiger erst nach Verfahrenseröffnung befriedigte.¹⁸ Aufgrund der einheitlichen Geltendmachung durch den Insolvenzverwalter wird man diese Ansicht für das Insolvenzverfahren dahin modifizieren müssen, dass der Gesellschafter entsprechend § 44 InsO nicht mit seinem Regressanspruch am Verfahren teilnehmen kann, solange er noch irgendeinem Gesellschaftsgläubiger haftet. Sind aber alle Gesellschaftergläubiger mit Ansprüchen nach § 128 HGB im Gesellschaftsinsolvenzverfahren befriedigt, so kann der Gesellschafter dort seine Regressansprüche geltend machen. § 44 InsO steht dann nicht entgegen. Hieraus folgt, dass der Insolvenzverwalter vom Gesellschafter nicht mehr verlangen kann, als nach vollständiger Verwertung der Masse zur Befriedigung der Insolvenzgläubiger erforderlich ist.¹⁹ Nimmt der Insolvenzverwalter den Gesellschafter in weiterem Umfang in Anspruch, so kann sich dieser mit der »dolo agit« Einrede verteidigen, denn er könnte nach Befriedigung sämtlicher Gläubiger etwaige Überschüsse als Quote auf seine Regressforderung, die Insolvenzforderung ist, herausverlangen.²⁰

16 A.A. *Oepen*, Rz. 177.

17 Zu den Problemen, die hieraus für die Doppelinsolvenz entstehen, auf S. 161 ff.

18 Wegen § 68 KO setzte dies allerdings die vollständige Befriedigung des Gläubigers voraus. *Jaeger/Weber*, KO, 8. Aufl., § 212 Rz. 1; *K. Schmidt*, Einlage und Haftung, S. 147 ff. A. A. *Müller*, NJW 1968, 225 (230).

19 *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 512; *Smid* in *Smid*, InsO, § 93 Rz. 1 a.E.; *Blersch* in *Breutigam/Blersch/Goetsch*, InsO, § 93 Rz. 5, die zur Begründung auf § 199 S. 2 InsO verweisen. *Blersch*, a.a.O. weist auf die Prognoseschwierigkeiten hinsichtlich des späteren Ausfalls der Gesellschaftsgläubiger hin. Er hält es daher für zulässig, dass der Verwalter die Gesellschafter auf der Basis einer »substantiierten Eröffnungsbilanz« in Anspruch nimmt.

20 Dieses Ergebnis aus § 199 S. 1 InsO herzuleiten, erscheint wenigstens fragwürdig, weil diese Begründung die Schuldnerrolle der Gesellschafter voraussetzt. So aber insbesondere *Fuchs*, ZIP 2000, 1089 (1090 ff.), der die Entstehung von Regressansprüchen nicht berücksichtigt.

2. Befugnis des Insolvenzverwalters zur Übertragung oder Aufgabe seiner Berechtigung

Weil der Insolvenzverwalter nicht die Verfügungsbefugnis über die Ansprüche gegen die Gesellschafter besitzt, kann er entsprechende Rechte nicht an einen Dritten abtreten.²¹ Diskussionswürdig ist daher nur die Frage, inwieweit es dem Insolvenzverwalter gestattet ist, seine Einziehungsermächtigung an einen Dritten weiterzugeben oder diese ganz aufzugeben.

a) Delegationsberechtigung

Wegen der Ähnlichkeit der Einziehungsermächtigung zur Stellvertretung²² und der grundsätzlichen Zulässigkeit einer Untervertretung ist auch die Unterermächtigung einer Hilfsperson des Insolvenzverwalters möglich.²³ Insbesondere wenn der Insolvenzverwalter die Kosten der Rechtsverfolgung scheut, ein Gläubiger aber bereit ist, dieses Risiko auf sich zu nehmen, kann der Verwalter diesen ermächtigen, die Forderung geltend zu machen.²⁴

b) Freigabeberechtigung

Da die Ansprüche gegen die Gesellschafter nicht Teil der Insolvenzmasse i.S.d. § 35 InsO sind, könnte eine »Freigabe« in diesem Zusammenhang nur bedeuten, dass der Insolvenzverwalter die Ansprüche aus der Sondermasse entlässt und so die Wirkungen des § 93 InsO aufhebt. Soweit dies sämtliche Forderungen betrifft, käme dies einer Einstellung der einheitlichen Einziehung gleich, für die *Oepen*²⁵ zutreffend darauf hinweist, dass sie dem Insolvenzverwalter ebenso wenig möglich ist, wie er auch nicht in der Lage ist, das ganze Insolvenzverfahren zu beenden. Eine Einstellung der einheitlichen Einziehung kann parallel zur Regelung in § 207 InsO nur durch das Insolvenzgericht beschlossen werden, wenn sich abzeichnet, dass das Gesellschaftervermögen nicht einmal die Kosten der Einziehung decken wird. Möglich ist auch die Einstellung der einheitlichen Einziehung mit Zustimmung sämtlicher Gläubiger entsprechend § 213 InsO.

Demgegenüber ist eine Freigabe eines einzelnen Anspruchs – etwa um die Prozesskosten auf den Gläubiger abzuwälzen – unbedenklich und geboten, wenn das Prozessrisiko vom Insolvenzverwalter als unangemessen hoch beurteilt wird.

21 Ebenso *Oepen*, Rz. 179; allgemein zur Einziehungsberechtigung *Larenz*, Schuldrecht I, § 34 V c) a.E.

22 *Larenz*, Schuldrecht I, § 34 V c).

23 Ebenso *Oepen*, Rz. 178.

24 Dies ist allerdings dann sittenwidrig, wenn die Transaktion dazu dient, die Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe zu schaffen. *Roth* in MünchKomm BGB, § 398 Rz. 47.

25 Rz. 180.

III. Konsequenzen der Sperrwirkung

An der Verfolgung ihrer Ansprüche sind die Gläubiger aus rechtstechnischer Sicht nicht schon durch die Ermächtigung des Insolvenzverwalters gehindert. Grundsätzlich bleibt auch der Gläubiger neben dem Ermächtigten zur Geltendmachung des Anspruchs befugt. Die Sperrwirkung des § 93 InsO ist daher selbständig zu konstruieren. Hierbei wird erneut der Gedanke aufgegriffen, dass die Vorschriften, die sich auf Insolvenzforderungen beziehen, analog auf die gegen den Gesellschafter gerichteten Ansprüche angewendet werden können.

1. Klage- und Vollstreckungssperre

Unstreitig ist, dass die Gläubiger durch § 93 InsO daran gehindert sind, ihre Forderungen gegen den Gesellschafter klageweise geltend zu machen oder vor Verfahrenseröffnung insoweit erlangte Titel zu vollstrecken. Eine trotzdem gegen den Gesellschafter erhobene Klage ist ebenso unzulässig wie Klagen gegen den Insolvenzschuldner während des Verfahrens gemäß § 87 InsO.²⁶ Gegen Vollstreckungsversuche der Gläubiger kann sich der Gesellschafter mit der Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO oder mit der sofortigen Beschwerde nach §§ 11 I RPflG, 793 ZPO wehren,²⁷ zuständig ist hierfür in allen Fällen analog § 89 III InsO das Insolvenzgericht.²⁸

2. Befriedigungen eines Gläubigers an der Sondermasse vorbei

a) Vor Verfahrenseröffnung

Wendete man die §§ 129 ff. InsO auf Deckungen an, die ein Gesellschaftsgläubiger aus dem Gesellschaftervermögen vor Eröffnung des Gesellschaftsinsolvenzverfahrens erlangt, so könnte der Insolvenzverwalter über das Gesellschaftsvermögen nach § 143 I InsO verlangen, dass die Leistung an die Sondermasse ausgekehrt wird.²⁹

Richtigerweise ist es jedoch abzulehnen, dass der Gesellschaftsinsolvenzverwalter die haftungsrechtliche Unwirksamkeit einer Befriedigung vor Verfahrenseröffnung mit der Insolvenzanfechtung geltend machen kann. Denn sollte diese Deckungshandlung haftungsrechtlich unwirksam sein, so gehört der Gegenstand nach wie vor zum Vermögen des Gesellschafters, nicht aber in die Sondermasse. Auch wenn der Gesellschafter seinerseits insolvent sein sollte, ergibt sich nichts anderes: Denn die einheitliche Einziehung nach § 93 InsO dient nicht der Gleichbehandlung der Gesellschaftergläubiger.³⁰ Der Grundsatz der *par condicio creditorum* muss in deren Verhältnis im Gesellschafterverfahren verwirk-

26 Zur Unzulässigkeit von Leistungsklagen der Insolvenzgläubiger während des Verfahrens: *Smid* in *Smid*, InsO, § 87 Rz. 5; *Eickmann* in HK-InsO, § 87 Rz. 8.

27 Siehe hierzu *Eickmann* in HK-InsO, § 89 Rz. 8 f.; *Kübler/Prütting/Lüke*, InsO, § 89 Rz. 35 f.

28 *Oepen*, Rz. 168.

29 Hierfür *Oepen*, Rz. 131 ff.; *Bork* in *Kölner Schrift* S. 1333 (Rz. 27).

30 Siehe S. 96 ff.

licht werden, weshalb die Insolvenzanfechtung allenfalls vom Gesellschafterinsolvenzverwalter erklärt werden kann.³¹ Die geleistete Zahlung ist dann nach § 143 InsO zum Vermögen des Gesellschafters zurückzugewähren. Jede andere Lösung würde § 93 InsO unzulässigerweise die Wirkungen eines »kleinen Insolvenzverfahrens« über das Gesellschaftervermögen zuschreiben.

Vor Eröffnung des Gesellschafterinsolvenzverfahrens können solche benachteiligenden Rechtshandlungen vom Gesellschaftsverwalter deshalb nur nach dem AnfG angefochten werden. In Frage kommt hier § 3 I AnfG, der grundsätzlich auch auf kongruente Deckungen anwendbar ist.³² Die Anfechtungsbefugnis steht dem Gesellschaftsinsolvenzverwalter als Annex seiner Einziehungsbefugnis zu. Nach § 11 I AnfG kann er allerdings nicht Herausgabe des anfechtbar erlangten Gegenstands verlangen, sondern nur fordern, dass ihm dieser so zur Verfügung gestellt wird, dass er sich aus diesem wie aus sonstigem Gesellschaftervermögen befriedigen kann.³³ Der Insolvenzverwalter hat dafür allerdings zu beweisen, dass der Empfänger der Leistung die Absicht des Schuldners kannte, die übrigen Gläubiger zu benachteiligen.³⁴ Auch durch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen erlangte Deckungen sind nach § 3 I AnfG anfechtbar, sofern der Schuldner durch Tun oder Unterlassen die Maßnahme mitbewirkt hat.³⁵

b) Nach Verfahrenseröffnung

Die Sperrwirkung nimmt den Gläubigern nicht die Befähigung, Leistungen des Gesellschafters mit befreiender Wirkung anzunehmen.³⁶ Da den Gläubigern nach dem hier vertretenen Konzept die Verfügungsbefugnis über ihre Forderungen verbleibt, sind sie auch weiterhin empfangszuständig.³⁷ Daher haben Direktzahlungen an einen Gläubiger für den Gesellschafter grundsätzlich befreiende Wirkung.³⁸ Die Sperrwirkung des § 93 InsO wirkt sich daher – insoweit anders als im Rahmen des § 92 InsO³⁹ – nicht dahingehend aus, dass nur der gutgläubige Gesellschafter von seiner Leistungspflicht durch Zahlungen nach Verfahrenseröffnung frei wird. Da der Gedanke des Vertrauensschutzes im Rahmen des § 93 InsO keine Rolle spielt, kommt es auf die Gutgläubigkeit des Gesellschafters nicht an.⁴⁰ Die Streichung des in § 105 III RegEInsO i.V.m. § 103 II RegEInsO enthaltenen-

31 Hässemeyer, Insolvenzsrecht, Rz. 31.17, Fn. 34.

32 Hess/Weis, Anfechtungsrecht, § 3 AnfG Rz. 16. Zu § 31 Nr. 1 KO: OLG Karlsruhe, ZIP 1980, 260 ff.

33 Kübler/Prütting/Paulus, InsO, § 11 AnfG Rz. 2 a.E.

34 Gerhardt/Merz, S. 90.

35 BGH, WM 1959, 891 (893).

36 A.A.: Armbruster, S. 143; Bork in Kölner Schrift, S. 1333 (Rz. 27); Kübler/Prütting/Lüke, InsO, § 93 Rz. 14.

37 Vgl. zur Einziehungsermächtigung im Allgemeinen: Larenz, Schuldrecht I, § 18 I 5., S. 240; Staudinger/Olzen, BGB, § 362 Rz. 38; Heinrichs in MünchKomm BGB, § 362 Rz. 15.

38 Ebenso Oepen, Rz. 142.

39 Vgl. S. 75 ff.

40 A. A.: Bork, a.a.O.; Kübler/Prütting/Lüke, InsO, § 93 Rz. 15; Hasselbach, DB 1996, 2213 (2216).

en Verweises auf § 82 InsO ist daher nicht nur im Sinne der Straffung, sondern auch im Sinne der dogmatischen Präzision des Gesetzes zu begrüßen.

Auch wenn Zahlungen an der Sondermasse vorbei zu einer Befreiung des Gesellschafters führen, so bedeutet dies doch nicht, dass der Gläubiger das Empfangene behalten darf, denn ansonsten bliebe § 93 InsO in diesen Fällen wirkungslos. Hier hilft ein Blick auf die für die Befriedigung von Insolvenzforderungen entwickelten Lösungen: Erhält ein Insolvenzgläubiger Zahlungen aus der Insolvenzmasse, die über die ihm zustehende Quote hinausgehen, so steht der Masse ein Rückgewähranspruch zu, obwohl er eine Insolvenzforderung in womöglich größerer Höhe hat.⁴¹ Direktzahlungen auf die Forderungen aus § 128 HGB trotz § 93 InsO erzeugen eine durchaus vergleichbare Spannungslage, denn zwar hat der Gläubiger einen Anspruch gegen den Gesellschafter, so dass ihm diesem gegenüber die volle Leistung gebührt. Aber seinen Mitgläubigern gegenüber steht ihm allenfalls die aus der Sondermasse zu zahlende Quote zu. Entsprechend wird man auch hier einen Erstattungsanspruch der Sondermasse annehmen können.⁴²

IV. Verfahrensrechtliche Konsequenzen

1. Der Insolvenzverwalter als gesetzlicher Prozessstandschafter

Materiellrechtlich geht der Verwalter gegen die Gesellschafter auf der Grundlage einer gesetzlichen Einziehungsermächtigung vor. Die für die prozessuale Geltendmachung der Rechte aus § 93 InsO erforderliche Prozessführungsbefugnis des Verwalters folgt nun nicht schon aus dieser Einziehungsermächtigung selbst, sondern aus einer hiervon zu trennenden gesetzlichen Prozessstandschaft.⁴³ Denn auch die rechtsgeschäftlich erteilte Einziehungsermächtigung verleiht nicht unmittelbar die Befugnis zur prozessualen Geltendmachung des betreffenden Rechts und ist auch nicht mit dieser identisch. Daneben muss eine prozessuale Ermächtigung treten, die zu einer gewillkürten Prozessstandschaft des Ermächtigten führt.⁴⁴ Das von der herrschenden Meinung für die Zulässigkeit der gewillkürten Prozessstandschaft geforderte besondere Interesse des Ermächtigten an der

41 Nach herrschender Auffassung handelt es sich hier um einen bereicherungsrechtlichen Anspruch: Vgl. *Kübler/Prütting/Holzer*, InsO, § 187 Rz. 18. *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 2. 34 führt dagegen den Rückgewähranspruch auf die wechselseitige Ausgleichshaftung der Insolvenzgläubiger zurück.

42 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 31.17; i. Erg. auch *Kübler/Prütting/Lüke*, InsO, § 93 Rz. 14. Anders *Oepen*, Rz. 143 f., der einen Erstattungsanspruch der Sondermasse auf den Gedanken des § 147 InsO stützt und damit auf das Anfechtungsrecht zurückgreift. Dies ist jedoch abzulehnen, weil damit die Erstattung von einer Gläubigerbenachteiligung abhängig gemacht wird.

43 Ebenso: *Ulmer* in Neuordnung des Insolvenzrechts, S. 119 (124); *Hasselbach*, DB 1996, 2213 (2215).

44 Vgl. nur *Stein/Jonas/Bork*, ZPO, vor § 50 Rz. 45.

Fremdprozessführung⁴⁵ ist bei § 93 InsO allerdings nicht erforderlich, weil es sich hier um eine gesetzliche Einziehungsermächtigung handelt und entsprechend auch um eine gesetzliche Prozessstandschaft, bei der sich die Prüfung dieser zusätzlichen Voraussetzung erübrigt.⁴⁶ Deshalb ist die prozessuale Stellung des Insolvenzverwalters bei §§ 92, 93 InsO durchaus vergleichbar, denn er tritt in beiden Fällen als gesetzlicher Prozessstandschafter auf. Unterschiedlich ist nur die Herleitung dieser Berechtigung: Während sich bei § 92 InsO die Prozessführungsbefugnis schon aus der Verfügungsbefugnis über die Gesamtschadensansprüche ableiten lässt, ist im Rahmen des § 93 InsO die Prozessführungsbefugnis als selbständige Folge der Ermächtigungswirkung zu konstruieren.

Umgekehrt können die Gläubiger ihre Ansprüche gegen die Gesellschafter während des Insolvenzverfahrens nicht selbst klageweise geltend machen, was sich aus dem Rechtsgedanken des § 87 InsO ergibt.⁴⁷ Daher sind entsprechende Klagen nicht unbegründet,⁴⁸ sondern unzulässig, denn den Gläubigern fehlt nicht die Aktivlegitimation, sondern die Prozessführungsbefugnis.

Verfolgt der Verwalter in einem Prozess die Ansprüche mehrerer Gläubiger, so handelt es sich um einen Fall der kumulativen Klagehäufung, so dass die Voraussetzungen des § 260 ZPO erfüllt sein müssen. Urteile, die der Verwalter als Prozessstandschafter erstreitet, müssen die Gläubiger für und gegen sich gelten lassen.

2. Auswirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf bereits laufende Prozesse zwischen Gesellschaftsgläubiger und Gesellschafter

In den §§ 105 II, 104 RegEInsO war sowohl die Unterbrechung eines zum Eröffnungszeitpunkt schon anhängigen Rechtsstreits zwischen Gesellschafter und Drittem als auch die Möglichkeit für den Verwalter vorgesehen, diesen Rechtsstreit aufzunehmen.⁴⁹ Da der Gesetzgeber diese Vorschriften jedoch nicht in die InsO übernommen hat, müssen diese sachgerechten Lösungen aus § 93 InsO selbst abgeleitet werden.

Nahe liegend erscheint zunächst ein Rückgriff auf § 240 S. 1 ZPO.⁵⁰ Danach werden sämtliche massebezogenen Prozesse durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens unterbrochen. Damit ist auch der so genannte Massepassivprozess erfasst, mit dem ein Insolvenzgläubiger sein Recht gegen den Schuldner verfolgt. Insofern könnte eine Analogiebildung vor allem angesichts der hier vertretenen Vergleichbarkeit der Haftungsansprüche gegen den Gesellschafter mit Insolvenzforderungen zulässig sein. Die Situation des § 240

45 Vgl. nur BGHZ 94, 121 ff.; *Stein/Jonas/Bork*, ZPO, vor § 50 Rz. 42 ff.; *Jauernig*, Zivilprozessrecht, § 22 IV; *Lindacher* in MünchKomm ZPO, Vor § 50 Rz. 55.

46 *Henckel* in I. FS f. Larenz, S. 643 (653); *Larenz*, Schuldrecht I, § 34 V c) m.w.N. A.A.: BGHZ 4, 153 (165); 42, 210 (213); 78, 1 (4 f.).

47 Siehe S. 109 f.

48 Widersprüchlich *Kübler/Prütting/Lüke*, InsO, § 93 Rz. 36, § 92, Rz. 66, 70. Dort heißt es zunächst, dass die Gläubiger ihre Aktivlegitimation verlieren, während später Gläubigerklagen als »unzulässig« bezeichnet werden.

49 Zur Zwangsvollstreckung aus bereits vor Verfahrenseröffnung erlangten Titeln: OLG Dresden, DZWIR 2001, 126.

50 Hierfür *Hasselbach*, DB 1996, 2213 (2216); *Kübler/Prütting/Lüke*, InsO, § 93 Rz. 36.

ZPO ist der hier zu beurteilenden aber nur teilweise ähnlich, denn zwar erlischt hier wie dort die Prozessführungsbefugnis des Klägers entsprechend § 87 InsO, doch handelt es sich beim Vorgehen des Verwalters nach § 93 InsO nicht um einen massebezogenen Prozess. Entscheidend für die Unterbrechung nach § 240 ZPO ist aber nicht, dass eine Partei die Prozessführungsbefugnis verliert, sondern dass der Streitgegenstand des Verfahrens Massevermögen betrifft.⁵¹ Eine Analogie zu § 240 S. 1 ZPO würde daher nur dem Missverständnis weiteren Vorschub leisten, dass es sich bei den gegen den Gesellschafter gerichteten Ansprüchen in irgendeiner Form um Bestandteile der Insolvenzmasse handele.⁵²

Ebenso wenig trägt eine Analogie zu § 241 ZPO, denn der Verlust der Prozessführungsbefugnis lässt sich nicht mit dem Wegfall der Prozessfähigkeit vergleichen. Zwar ist nach § 241 III ZPO die Vorschrift auch auf den nach § 1984 BGB eingetretenen Verlust der Prozessführungsbefugnis des Erben bei der Nachlassverwaltung anwendbar, doch handelt es sich schon bei dieser Gleichstellung um eine »gesetzgeberische Fehlleistung«,⁵³ die nicht durch Analogiebildung verschärft werden sollte.

Für § 92 InsO wurde eine Analogie zu §§ 17 f. AnfG vertreten. Zwar hat die Geltendmachung nach § 93 InsO nichts mit einem Auseinanderfallen von haftungs- und vermögensrechtlicher Zuordnung – wie sie für die Anfechtung kennzeichnend ist – zu tun, dennoch sind die in § 17 AnfG vorgesehenen Rechtsfolgen auch hier angemessen.⁵⁴ Zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens rechtshängige Prozesse zwischen Gesellschaftsgläubiger und Gesellschafter werden daher analog § 17 AnfG unterbrochen. Der Verwalter kann diese aufnehmen, ist hierzu aber nicht gezwungen, wenn die Aufnahme mehr Kosten als Nutzen produzieren würde.⁵⁵

V. Die Lage nach Beendigung des Gesellschaftsinsolvenzverfahrens

Mit der Aufhebung des Insolvenzverfahrens nach § 200 InsO enden Sperr- und Ermächtigungswirkung. Die Gläubiger erlangen die volle Rechtsmacht im Hinblick auf ihre Ansprüche gegen die persönlich haftenden Gesellschafter zurück, soweit diese Forderungen nicht während des Insolvenzverfahrens durch Erlass oder Erfüllung erloschen sind oder der Gesellschafter andere Einreden gegen den Verwalter erlangt hat.

51 *Stein/Jonas/Roth*, ZPO, § 240 Rz. 9.

52 Gegen eine solche Konstruktion spricht allerdings nicht, dass sich auf diesem Weg auch eine Aufnahmemöglichkeit der Gesellschaftergläubiger analog § 85 InsO begründen ließe. Dass den Gläubigern nach der dann auch zulässigen Ablehnung der Aufnahme durch den Verwalter gemäß § 85 II InsO die Möglichkeit offen stünde, den Rechtsstreit mit dem Gesellschafter fortzusetzen, harmoniert mit der oben vertretenen Auffassung, dass Einzelfreigaben grundsätzlich zulässig sind. Siehe S. 135 f. A.A. *Oepen*, Rz. 111.

53 *Stein/Jonas/Roth*, ZPO, § 241 Rz. 10.

54 *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 520.

55 Ebenso *Blersch* in *Breutigam/Blersch/Goetsch*, InsO, § 93 Rz. 12; *Oepen*, Rz. 112. A.A. *Bork* in *Kölner Schrift*, S. 1333 (Rz. 32, Fn. 63).

Wird dagegen ein Insolvenzplan vereinbart, so erstreckt sich ein darin enthaltener Erlass der Insolvenzforderungen nach § 227 II InsO im Zweifel auch auf die Forderungen gegen die Gesellschafter, so dass die Gläubiger nicht mehr gegen die Gesellschafter vorgehen können.

Auch wenn das Insolvenzverfahren nach §§ 207 ff. InsO eingestellt wird, sind Sperr- und Ermächtigungswirkung beendet. Die durch den Insolvenzverwalter bereits vom Gesellschafter eingezogenen Beträge sind dann an die Gläubiger auszuschütten. Keinesfalls dürfen hieraus solche Massegläubiger befriedigt werden, denen der Gesellschafter nicht haftete.⁵⁶ Mit der Einziehungsermächtigung erlischt auch die treuhänderische Berechtigung des Insolvenzverwalters an der Sondermasse, so dass diese an die Treugeber, die Gesellschaftergläubiger, auszukehren ist.

Für die Verjährung der noch nicht geltend gemachten Ansprüche gegen die Gesellschafter gilt § 159 HGB, denn die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat gemäß § 131 I Nr. 3 HGB die Auflösung der Gesellschaft zur Folge.⁵⁷ Allerdings wirken Handlungen, welche die Verjährung der Gesellschaftsschuld unterbrechen (§ 209 II Nr. 2 BGB), nach § 159 IV HGB auch für die Haftung des Gesellschafters.⁵⁸

⁵⁶ Siehe S. 120 ff.

⁵⁷ Vgl. nur *K. Schmidt*, ZHR 152. Bd., 105 (118); *Habersack* in Großkomm. HGB, § 128 Rz. 71.

⁵⁸ Vgl. auch BGH, NJW 1982, 2443 f.

4. Kapitel § 93 InsO und die Rechte der Gesellschafter im Gesellschaftsinsolvenzverfahren

Die Rolle der Gesellschafter im Gesellschaftsinsolvenzverfahren lässt sich aus drei verschiedenen Perspektiven betrachten: Zum Ersten sind sie schon als Mitglieder der Gesellschaft am Insolvenzverfahren über deren Vermögen beteiligt. Zum Zweiten werden sie durch § 93 InsO als Schuldner der Insolvenzgläubiger in das Gesellschaftsinsolvenzverfahren einbezogen. Und schließlich können sie als Insolvenzgläubiger am Insolvenzverfahren teilnehmen. Der erste Aspekt ist im hier zu untersuchenden Zusammenhang nur von sekundärer Bedeutung, weil die Zuweisung von Beteiligungsrechten mit § 93 InsO nichts zu tun hat.

Im Vordergrund steht daher zunächst das Problem, ob § 93 InsO zu einem Einwendungsverlust der Gesellschafter führen kann, wobei Aufrechnungsfragen einstweilen zurückgestellt werden. Im Anschluss daran ist die Rolle der Gesellschafter unter dem Aspekt zu würdigen, dass sie selbst Forderungen gegen die Gesellschaft aus Drittschäften oder aus Regressansprüchen haben können. Wann und mit welchen Forderungen dann eine Verfahrensteilnahme als Insolvenzgläubiger möglich ist, wird unter II. zu erörtern sein.

I. Erhalt von Einwendungen gegenüber den Gesellschaftsgläubigern

Da der Gesellschafter durch die einheitliche Einziehung nicht schlechter gestellt werden soll, als er nach altem Recht stand,¹ kann er dem Insolvenzverwalter alle Einwendungen entgegenhalten, die er bei einer Inanspruchnahme durch den Gesellschafter außerhalb des Insolvenzverfahrens hätte geltend machen können. Dies sind nicht nur Einwendungen, die in der Person des Gesellschafters begründet sind – z.B. eine zwischen Gesellschafter und Gläubiger vereinbarte Stundung – sondern nach § 129 I HGB grundsätzlich alle Einwendungen und Einreden der Gesellschaft gegen die Forderung des Gläubigers. Dogmatisch bereitet dieses Ergebnis keine Probleme, denn eine Einziehungsermächtigung kann unter keinem Gesichtspunkt zu einem Einwendungsverlust führen. Auf die §§ 404, 406 BGB kommt es daher nicht an.

Überdies kann der Gesellschafter gemäß § 129 II, III HGB auch in der Insolvenz der Gesellschaft gegen das Verlangen des Insolvenzverwalters nach § 93 InsO einwenden, dass sich die Gesellschaft durch Ausübung eines Gestaltungsrechts von der Verbindlichkeit befreien könne. Der Gesellschafter soll in diesem Fall nicht zu eigenen Aufwendungen gezwungen sein; seine Leistung trotz Bestehens eines Gestaltungsrechts könnte sogar seinen Regressanspruch beeinträchtigen.²

¹ Begr. zu § 105 RegEInsO 4. Abs.; abgedruckt bei *Balz/Landfermann*, S. 311.

² *Fischer* in *Großkomm. HGB*, 3. Aufl., § 129 Rz. 10 a.E.

Der Gesellschafter kann seine Leistung also auch dann verweigern, wenn sich die Gesellschaft durch Aufrechnung von der Verbindlichkeit befreien kann. Nach ganz allgemeiner Auffassung kommt es bei § 129 III HGB nur darauf an, ob die Gesellschaft noch aufrechnen kann; die Aufrechnungsbefugnis des Gläubigers ist dagegen unbeachtlich.³ Für das Insolvenzverfahren folgt daraus, dass der Gesellschafter die Leistung auf das Verlangen nach § 93 InsO so lange und so weit verweigern kann, wie der Insolvenzverwalter die Gesellschaftsschuld durch Aufrechnung tilgen kann. Die Aufrechnungsbefugnis des Insolvenzverwalters richtet sich grundsätzlich nach den §§ 387 ff. BGB, mit den §§ 94 ff. InsO hat sie nichts zu tun.⁴ Eine Grenze findet sie in der schon angesprochenen Bindung des Verwalters an den Verfahrenszweck: Offenbar verfahrenszweckwidrige Handlungen sind danach unwirksam.⁵ Der Verwalter darf und kann deshalb dann nicht in voller Höhe der Insolvenzforderung aufrechnen, wenn nur der Insolvenzschuldner aufrechnungsbefugt und die Gegenforderung werthaltig ist, denn sonst käme es zu einer Befriedigung der Hauptforderung zum Nennwert, auf die eigentlich (mangels einer nach §§ 94 ff. InsO geschützten Aufrechnungslage) nur die Quote zu zahlen gewesen wäre. Gleichzeitig würde die Aktivmasse verkürzt, weil die massezugehörige Gegenforderung erlöschen würde. Für den Gesellschafter folgt daraus, dass er dem Insolvenzverwalter das Bestehen einer Aufrechnungslage i.S.d. § 129 III HGB allenfalls in Höhe der Insolvenzquote entgegenhalten kann, wenn die Aufrechnung in voller Höhe eine verfahrenszweckwidrige Handlung wäre.⁶

II. Der persönlich haftende Gesellschafter als Insolvenzgläubiger

1. Insolvenzforderungen aus Drittgeschäften

Nach altem wie nach neuem Recht kann der Gesellschafter mit Forderungen aus Rechtsgeschäften, bei denen er der Gesellschaft wie ein beliebiger Dritter gegenübersteht, ohne Einschränkungen am Gesellschaftsinsolvenzverfahren teilnehmen.⁷ Er kann seine Forderung als Insolvenzgläubiger anmelden und erhält auf sie die gewöhnliche Insolvenzquote.

2. Regressansprüche nach § 110 I HGB als Insolvenzforderungen

Befriedigt der unbeschränkt haftende Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft einen Gesellschaftsgläubiger, so kann er nach § 110 I HGB Regress bei der Gesellschaft

3 BGHZ 42, 396 (397 f.); *Baumbach/Hopt*, HGB, § 129 Rz. 12; *A. Hueck*, Recht der OHG, S. 324 f.; *Habersack* in *Großkomm. HGB*, § 129 Rz. 23 m.w.N.

4 *Baur/Stürner*, ZVR Bd. II, Rz. 16.2; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 53 Rz. 3.

5 Vgl. eingehend *Jauernig*, FS f. Weber, S. 307 ff.

6 Zur Aufrechnungsbefugnis des Gesellschaftsgläubiger, siehe S. 148 ff.

7 Vgl. nur *Jaeger/Weber*, KO, 8. Aufl., §§ 209, 210 Rz. 26; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 209 Rz. 62; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 31.22; *Armbruster*, S. 202; *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 458.

nehmen. Die herrschende Meinung gewährte dem Gesellschafter nach altem Recht die Möglichkeit, mit diesem Anspruch als Insolvenzgläubiger am Gesellschaftsverfahren teilzunehmen, sofern die Befriedigung vor Verfahrenseröffnung erfolgt war.⁸ Hauptargument hierfür war, dass sich durch die Verfahrensteilnahme des Gesellschafters die Quote für die übrigen Gläubiger nicht vermindere, denn sie stünden ja nicht anders, als wenn der Gesellschafter gar nicht gezahlt hätte, weil dann der Gläubiger selbst die Forderung als Insolvenzforderung geltend gemacht hätte. Bei Regressansprüchen aus Befriedigungen vor Verfahrenseröffnung steht das Verbot der Doppelberücksichtigung (§ 44 InsO) der Verfahrensteilnahme des Gesellschafters deshalb nicht entgegen, denn die Gesellschafterleistung hat dazu geführt, dass der Gläubiger überhaupt nicht am Gesellschaftsinsolvenzverfahren teilnimmt.

Ebenso konnte gemäß der herrschenden Auffassung nach altem Recht der Gesellschafter auch dann mit einer Regressforderung am Konkursverfahren teilnehmen, wenn er den Gesellschaftsgläubiger erst nach Verfahrenseröffnung befriedigt hatte.⁹ Erforderlich sei allerdings, dass der Gläubiger vollständig befriedigt wurde und deshalb nicht selbst am Verfahren teilnehme, denn sonst wäre die Verfahrensteilnahme gemäß § 68 KO (§ 44 InsO)¹⁰ unzulässig. Wenn die Gefahr der Doppelberücksichtigung vermieden werde, sei die Konkursbeteiligung aber unbedenklich, denn für die anderen Gläubiger stelle sie sich als bedeutungsloser Gläubigerwechsel dar.¹¹ Hiergegen ließ und lässt sich nicht einwenden, dass der Regressanspruch des Gesellschafters in diesem Fall gar keine Konkursforderung i.S.d. § 3 I KO (§ 38 InsO) sei, weil er erst nach Verfahrenseröffnung entstanden sei. Denn Regressansprüche werden im Insolvenzverfahren insoweit wie aufschiebend bedingte Forderungen behandelt, so dass der Regressgläubiger auch dann nach § 191 InsO mit seinem Rückgriffsanspruch am Insolvenzverfahren teilnehmen kann, wenn er den Hauptgläubiger erst nach Verfahrenseröffnung befriedigt hat.¹²

Die einheitliche Einziehung nach § 93 InsO ändert an der Entstehung dieses Regressanspruchs grundsätzlich nichts. Es ist nicht erkennbar, wie § 93 InsO als abwicklungstechnische Regelung mit der Funktion, die Sanierungschancen zu schützen, die gesellschaftsinterne Regressmöglichkeit ausschließen sollte.¹³ Um jedoch die Gefahr einer doppelten Berücksichtigung derselben Forderung auszuschließen, sind zwei Voraussetzungen für die Verfahrensteilnahme des Gesellschafters mit Regressansprüchen zu beachten: Zum einen kann der Gesellschafter nicht schon dann einen Regressanspruch geltend machen, wenn er

8 Ganz h.M. BGH, ZIP 1981, 734 (735); *Blomeyer*, BB 1968, 1461 (1462 f.); *Mohrbutter*, NJW 1968, 1125 (1127); *Jaeger/Weber*, KO, 8. Aufl., §§ 209, 210 Rz. 26 m.w.N.; *Ulmer* in Großkomm. HGB, § 110 Rz. 30; *K. Schmidt* in Schlegelberger, HGB, § 110 Rz. 32; *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 460. A.A. *Müller*, NJW 1968, 225 (229); *ders.*, NJW 1968, 2230 (2231); *Keuk*, ZHR 135. Bd., 410 (441 f.).

9 Siehe die in Fn. 8 für die h.M. Genannten.

10 Zur Anwendbarkeit des § 68 KO bzw. §§ 43, 44 InsO auf die Gesellschafterhaftung insbesondere *Blomeyer*, BB 1968, 1461 (Fn. 45). Siehe auch S. 161 ff.

11 *Mohrbutter*, NJW 1968, 1125 (1127); *Jaeger/Weber*, KO, 8. Aufl., §§ 209, 210 Rz. 26, S. 772.

12 Vgl. nur *Jauernig*, ZVIR, § 41 IV; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 16.12. Speziell zur Gesellschafterhaftung *Blomeyer*, BB 1968, 1461 (1464).

13 Vgl. hierzu auch *K. Schmidt* in *K. Schmidt/Bitter*, ZIP 2000, 1079 (1087).

an den Insolvenzverwalter geleistet hat. Diese Zahlung führt noch nicht zur Befriedigung des Gesellschaftsgläubigers, so dass dieser noch weiterhin mit seiner Insolvenzforderung am Verfahren teilnimmt. Abzustellen ist deshalb auf den Zeitpunkt, zu dem die Gläubiger Befriedigung aus der Sondermasse erlangen. Erst danach steht dem Gesellschafter die Verfahrensteilnahme offen. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass die vom Gesellschafter geleisteten Beträge durch den Insolvenzverwalter gleichmäßig unter den Gläubigern zu verteilen sind. Dies führt dazu, dass der Gesellschafter gemäß § 44 InsO so lange an der Teilnahme mit diesem Regressanspruch gehindert ist, wie die Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger nur quotaal aus der Sondermasse befriedigt werden können, denn so lange machen diese ihrerseits noch ihre Insolvenzforderungen im Gesellschaftsinsolvenzverfahren geltend. Sofern die Gläubiger nicht vollständig befriedigt wurden, kann der Gesellschafter nicht mit dem Regressanspruch am Verteilungsverfahren über das Gesellschaftsvermögen teilnehmen, weil dies zu einer Doppelberücksichtigung der Forderungen führte.¹⁴

3. Verfahrensteilnahme mit dem Kapitalanteil

Ganz übereinstimmend wurde dagegen schon im Konkursverfahren die Verfahrensteilnahme des Gesellschafters mit seinem Kapitalanteil oder Einlagerückzahlungsansprüchen abgelehnt.¹⁵ An dieser Ansicht ist auch für das Insolvenzverfahren festzuhalten,¹⁶ denn bei diesen Rechten handelt es sich um das Gesellschaftsvermögen selbst, welches das Haftungssubstrat für die Insolvenzgläubiger bildet. Sonst entzöge der Gesellschafter den Gläubigern den »Grundstock der Haftungsmasse«¹⁷.

4. Einziehung der Insolvenzforderungen des Gesellschafters zur Sondermasse

Eine unbeschränkte und nicht modifizierte Verfahrensteilnahme des Gesellschafters mit ihm aus Drittgeschäften oder gemäß § 110 IHGB zustehenden Insolvenzforderungen führte allerdings zu einem umständlichen Hin- und Herzahlen zwischen Gesellschafter und Verwalter: Jener könnte als Insolvenzgläubiger vom Verwalter quotenmäßige Befriedigung der Insolvenzforderung verlangen. Der Verwalter könnte dann seinerseits vom Gesellschafter die Auskehrung dieses Anspruchs in Ausübung der Ermächtigung nach § 93

14 So schon für das alte Recht unter Berufung auf § 68 KO: *Blomeyer*, BB 1968, 1461 (1464); *Armbruster*, S. 208.

15 Vgl. RGZ 117, 242; BGH, ZIP 1981, 734 (735); *Jaeger/Weber*, KO, 8. Aufl., §§ 209, 210 Rz. 26; *Mohrbutter*, NJW 1968, 1125 (1126); *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 209 Rz. 63; *A. Hueck*, Recht der OHG, § 26 V.

16 *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 462 ff.; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 31.23.

17 BGH, ZIP 1981, 734 (735). Anders ist entsprechend für den vor Verfahrenseröffnung ausgeschiedenen Gesellschafter und seinen Anspruch auf das Abfindungsguthaben zu entscheiden. Mit seinem Austritt wurde das Gesellschaftsvermögen ja entsprechend verkürzt, so dass sein Abfindungsanspruch kein Massebestandteil mehr ist. Statt aller *Jaeger/Weber*, KO, 8. Aufl., §§ 209, 210 Rz. 27.

InsO fordern. Um dieses Wechselspiel zu vermeiden, sind die Insolvenzforderungen nur rechnerisch als Gesellschaftervermögen zu behandeln. Der Gesellschaftsinsolvenzverwalter kann deshalb Insolvenzforderungen des Gesellschafters in die Sondermasse ziehen, wobei die auf die Insolvenzforderungen im Gesellschaftsinsolvenzverfahren zu zahlende Quote auf die Haftung des Gesellschafters angerechnet wird. Im Falle der Doppelinsolvenz müsste sich daher der Gesellschaftsinsolvenzverwalter diese Erlöse auf seine rechnerische Quote im Gesellschafterinsolvenzverfahren anrechnen lassen.

*Armbruster*¹⁸ will zur Lösung des beschriebenen Problems dem Verwalter die »dolo agit« Einrede gegen die Teilnahme des Gesellschafters mit seinem Regressanspruch¹⁹ zuerkennen. Danach bräuchte der Verwalter die Regressforderung bei der Verteilung nicht zu berücksichtigen, weil er unmittelbar danach auf das Gezahlte nach § 93 InsO zugreifen könnte. Hierbei werden Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen in unzulässiger Weise vermischt. Es trifft eben gerade nicht zu, dass das neue Recht »die rechtliche Unterscheidung zwischen Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen bei dem unbeschränkt haftenden Gesellschafter in der Insolvenz ... nahezu aufgibt.«²⁰ Die Regressansprüche gehören als Insolvenzforderungen in das Gesellschaftervermögen, was nicht zuletzt für die Stimmrechtsverteilung von Bedeutung ist. Nach der von *Armbruster* vorgeschlagenen Lösung verblieben sie aber in der Insolvenzmasse der Gesellschaft.²¹ Insolvenzforderungen und Regressansprüche müssen als das behandelt werden, was sie sind, nämlich Gesellschaftervermögen.

18 S. 212.

19 Er bezieht seine Lösung ausschließlich auf die Verfahrensteilnahme mit dem Regressanspruch.

20 *Armbruster*, a.a.O. Vgl. nur *Kübler/Prütting/Prütting* InsO, § 11 Rz. 16.

21 Zutreffend hiergegen auch *Oepen*, Rz. 233.

5. Kapitel Aufrechnungsfragen

Bei der Analyse der Wirkungen, die § 93 InsO auf Aufrechnungsmöglichkeiten hat, muss man sich vergegenwärtigen, dass er als abwicklungstechnische Regelung grundsätzlich weder bestehende Aufrechnungslagen zerstören, noch neue Aufrechnungslagen begründen kann. Dieses Ergebnis soll im Folgenden dogmatisch überprüft und abgesichert werden, wobei zwischen Aufrechnungsbefugnissen des Insolvenzverwalters, des Gläubigers und schließlich des Gesellschafters zu unterscheiden ist.

1. Aufrechnung des Insolvenzverwalters

Gegen Insolvenzforderungen, die der Gesellschafter gegen die Gesellschaft hat, sei es aus Drittgeschäften oder aus § 110 HGB, kann der Insolvenzverwalter nicht mit den von § 93 InsO erfassten Ansprüchen aufrechnen,¹ denn in dieser Konstellation richtet sich die Hauptforderung gegen die Insolvenzmasse, während die Gegenforderung zur Sondermasse zu erfüllen ist, so dass es an der nach § 387 BGB erforderlichen Gegenseitigkeit fehlt. Allerdings kann der Insolvenzverwalter zur Befriedigung der Ansprüche aus § 128 HGB die Insolvenzforderung des Gesellschafters zur Sondermasse ziehen und sie mit der an den Gesellschafter auszahlenden Quote verrechnen.²

Wenn der Gesellschafter Forderungen gegen seine Mitgesellschafter nach § 128 HGB erworben hat,³ so kann auch er Befriedigung aus der Sondermasse verlangen. Auch wenn nach dem hier vertretenen Ansatz keine *cessio legis* stattfindet, besteht doch wenigstens insofern die Gegenseitigkeit der Forderungen, als auf die Hauptforderung aus dem (Sonder-) Vermögen zu leisten ist, in das die Gegenforderung zu befriedigen ist. Dennoch ist auch in diesem Fall die Aufrechnungsbefugnis des Insolvenzverwalters zu verneinen. Ohnehin könnte sie nur in Höhe der aus der Sondermasse zu beanspruchenden Quote wirksam sein. Wie schon erläutert,⁴ kombiniert die Aufrechnung eine Verfügung über die Gegenforderung mit einer Einwirkung auf die Hauptforderung. Für die wirksame Abgabe der Aufrechnungserklärung ist daher die Verfügungsbefugnis hinsichtlich der Gegenforderung erforderlich. Der Insolvenzverwalter ist aber bezüglich der Ansprüche gegen den Gesellschafter (anders als in Bezug auf die Gesamtschadensansprüche) nur einziehungs-ermächtigt, so dass ihm die Verfügungsbefugnis und mithin die Aufrechnungsbefugnis fehlt^{5,6}.

1 Ebenso *Armbruster*, S. 196.

2 Siehe *soeben* S. 145.

3 Der Gesellschafter kann für Forderungen gegen die Gesellschaft, die ihren Rechtsgrund nicht im Gesellschaftsverhältnis haben, auch seine Mitgesellschafter nach § 128 HGB in Anspruch nehmen, er hat dabei allerdings seinen eigenen Verlustanteil vorweg abzuziehen; vgl. statt aller *Baumbach/Hopt*, HGB, § 128 Rz. 24.

4 Siehe S. 78 f.

5 Vgl. *Staudinger/Kaduk*, BGB, 12. Aufl., Einl. zu §§ 398 ff. Rz. 139.

6 A.A. *Oepen*, Rz. 174, der allerdings ebenfalls die Ansicht vertritt, dass eine solche Aufrechnung der Funktion der zentralisierten Einziehung zuwiderläuft.

Diese rechtstechnische Begründung wird durch die Überlegung gestützt, dass die Aufrechnung gegen die aus der Sondermasse zu beanspruchende Quote die Privatgläubiger in der Gesellschafterinsolvenz benachteiligte: Der Quotenanspruch des Gesellschafters aus der Sondermasse ist im Gesellschafterinsolvenzverfahren Massebestandteil. Die vom Gesellschaftsinsolvenzverwalter nach § 93 InsO geltend zu machenden Ansprüche sind in diesem Verfahren Insolvenzforderungen. Hielte man in diesem Verhältnis eine Aufrechnung für grundsätzlich möglich und wird das Gesellschafts- vor dem Gesellschafterverfahren eröffnet, so würde es sich um eine vor Verfahrenseröffnung begründete und damit durch § 94 InsO geschützte Aufrechnungslage handeln. Deshalb könnte der Insolvenzverwalter mit den von ihm geltend zu machenden Insolvenzforderungen gegen die vollständige auf den Anspruch des Gesellschafters aus der Sondermasse zu zahlende Quote aufrechnen, obwohl dem Verwalter im Verhältnis zu den Privatinsolvenzgläubigern des Gesellschafters hieraus nur die in diesem Verfahren erzielte Insolvenzquote zusteht. Dies wäre eine Verletzung des insolvenzrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes im Gesellschafterinsolvenzverfahren, weil für eine derartige Bevorzugung der Gesellschaftsinsolvenzgläubiger kein Anlass besteht, denn sie resultierte allein aus der zufälligen Reihenfolge der Verfahrenseröffnungen.

2. Aufrechnung des Gesellschaftsgläubigers mit Haftungsforderungen gegen den Gesellschafter

Bereits jetzt zeichnet sich eine Kontroverse darüber ab, ob die Sperrwirkung des § 93 InsO so weit reicht, dass sie den Gesellschaftsgläubigern auch die Befugnis nimmt, nach der Eröffnung des Gesellschaftsinsolvenzverfahrens mit ihren Haftungsansprüchen gegen Ansprüche des Gesellschafters aufzurechnen.⁷ Außerhalb der Insolvenz ist eine solche Aufrechnung grundsätzlich zulässig. Im Gesellschaftsinsolvenzverfahren hätte sie die Konsequenz, dass der aufrechnende Insolvenzgläubiger an der Sondermasse vorbei Befriedigung für seine Forderung aus § 128 HGB gegen den Gesellschafter erlangen würde.

Wendet man, wie es hier vorgeschlagen wurde, auf die Ansprüche gegen die Gesellschafter die für Insolvenzforderungen geltenden Vorschriften entsprechend an, so würde sich die Zulässigkeit der Aufrechnung nach den §§ 94 ff. InsO richten. Danach wäre die Aufrechnung dem Gläubiger dann möglich, wenn vor Verfahrenseröffnung eine unanfechtbare Aufrechnungslage bestand, oder der Gläubiger auf deren Eintritt vertrauen durfte. Unzutreffend ist es jedenfalls, zur Begründung dieses Ergebnisses auf den Rechtsgedanken der §§ 404, 406 BGB zu verweisen.⁸ Diese Vorschriften regeln den Erhalt der

7 Hierfür *Bork* in *Kölner Schrift*, S. 1333 (Rz. 29); *Kübler/Prütting/Lüke*, InsO, § 93 Rz. 33; *Fuchs*, ZIP 2000, 1089 (1097).

8 So aber die Gesetzesbegründung zu § 105 RegEInsO 5. Abs., abgedruckt bei *Balz/Landfermann*, S. 311. Der Gesetzesbegründung folgend *Hasselbach*, DB 1996, 2213 (2217); *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 517.

Aufrechnungsbefugnis des Schuldners, gewendet auf § 93 InsO also des Gesellschafters. Mit der Aufrechnungsbefugnis des Altgläubigers haben sie dagegen nichts zu tun.⁹

Für die Kommanditistenhaftung geht die ganz herrschende Meinung davon aus, dass eine entsprechende Aufrechnung an § 171 II HGB scheitert.¹⁰ Dieses Ergebnis ist jedoch nicht auf § 93 InsO übertragbar, denn für den Gläubiger des Kommanditisten entsteht nach richtiger Ansicht gar keine in der Insolvenz schützenswerte Aufrechnungslage:¹¹ Er kann sich nicht darauf verlassen, dass ihm die in der Aufrechnungsmöglichkeit liegende Befriedigungsmöglichkeit nicht durch Leistung der Einlage oder durch Befriedigung eines anderen Gläubigers genommen wird. Für die Aufrechnungsmöglichkeit eines Komplementärgläubigers spielen solche Leistungen jedoch keine Rolle, der Bestand seiner Ansprüche aus § 128 HGB ist ungefährdet. Daher ist für den Gläubiger eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters der Schutz der Aufrechnungslage im Gesellschaftersolvenzverfahren gerechtfertigt, so dass solche Aufrechnungslagen von der zentralisierten Einziehung unberührt bleiben. Es gibt keinen allgemeinen Satz des Inhalts, »wer nicht einzugsberechtigt ist, kann auch nicht aufrechnen«,¹² wie gerade die §§ 94 ff. InsO gegenüber § 87 InsO zeigen.

Schließlich wäre es nicht einleuchtend, weshalb die einheitliche Einziehung weitergehende Rechtsbeeinträchtigungen für die Gläubiger zeitigen sollte als ein Insolvenzverfahren über das Gesellschaftervermögen, in dem Aufrechnungslagen durch §§ 94 ff. InsO geschützt wären. Der Schutz der Sanierungsmasse kann nicht weiter reichen als der Schutz der Insolvenzmasse selbst. Daher verbleibt dem Gläubiger trotz der Sperrwirkung des § 93 InsO die Möglichkeit, eine gegenüber dem Gesellschafter entstandene Aufrechnungslage auszunutzen und sich so selbständige Befriedigung seiner Haftungsansprüche zu verschaffen.¹³ Soweit dieses Ergebnis auf §§ 94 ff. InsO gestützt wird, muss klargestellt werden, dass der für den Schutz der Aufrechnungsmöglichkeit maßgebliche Zeitpunkt die Eröffnung des Gesellschaftersolvenzverfahrens ist. Dadurch wird dem Gläubiger die Aufrechnung gegen solche Forderungen unmöglich, die gegen ihn nach Eröffnung des Gesellschafters- aber vor Eröffnung des Gesellschaftersolvenzverfahrens entstanden sind. Dies ist Konsequenz der Sperrwirkung des § 93 InsO und zum effektiven Schutz der Sanierungsmasse geboten.

9 Bork in Kölner Schrift, S. 1333 (Rz. 29).

10 BFH, ZIP 1984, 1245 (1246 f.); Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Rz. 20; Häsemeyer, ZHR 149. Bd., 42 (58 f.).

11 Häsemeyer, a.a.O.

12 So aber Bork in Kölner Schrift, S. 1333 (Rz. 29); Fuchs, ZIP 2000, 1089 (1097).

13 Im Ergebnis ebenso Oepen, Rz. 116 ff., der allerdings meint, dass diese Lösung nicht vom Wortlaut des § 93 gedeckt sei, da die Aufrechnung eine Form der »Geltendmachung« sei. Er nimmt daher eine teleologische Reduktion des § 93 InsO vor. Angesichts der Unschärfe des Begriffs der »Geltendmachung« erscheint diese Konstruktion jedoch nicht erforderlich.

3. Aufrechnungsbefugnis des Gesellschafters

a) Aufrechnung mit einer Forderung gegen einen Gesellschaftsgläubiger

Hat der Gesellschafter seinerseits eine Forderung gegen einen Gesellschaftsgläubiger, so kann er hiermit außerhalb der Insolvenz gegen die Inanspruchnahme für Gesellschaftsschulden in den Grenzen der §§ 387 ff. BGB aufrechnen. Folgt man der hier für § 93 InsO vertretenen Konzeption, nach welcher der Verwalter die Gesellschafterhaftung im Wege der Einziehungsermächtigung geltend macht, spricht aus rechtstechnischer Sicht nichts dagegen, es bei dieser Befugnis auch für die Gesellschaftsinsolvenz zu belassen. Auch wenn für eine Forderung eine Einziehungsermächtigung erteilt wurde, so kann der Schuldner selbstverständlich noch mit Forderungen gegen den Gläubiger aufrechnen.¹⁴ Ließe man dies nicht zu, so würde der Schuldnerschutz, der bei einer Zession durch § 406 BGB gewährleistet ist, ausgehebelt.¹⁵ Als Minus zur Abtretung kann die Einziehungsermächtigung keine schärferen Konsequenzen für den Schuldner erzeugen. Entsprechend gehen auch der Gesetzgeber und die sich abzeichnende herrschende Meinung davon aus, dass derartige Aufrechnungslagen trotz der Sperrwirkung des § 93 InsO erhalten bleiben.¹⁶

An dieser Stelle zeigt sich ganz deutlich, dass eine unterschiedliche Deutung von § 93 InsO einerseits und § 171 II HGB andererseits geboten ist. Für den Kommanditisten ist nämlich die ganz herrschende Meinung zu Recht der Auffassung, dass dieser nach Verfahrenseröffnung nicht mehr mit Forderungen aufrechnen kann, die ihm gegen den Gesellschaftsgläubiger zustehen.

Hauptargument der herrschenden Meinung gegen die Aufrechnungsbefugnis des Kommanditisten ist, dass dieser nach Verfahrenseröffnung nicht mehr mit befreiender Wirkung an den Gläubiger leisten könne. Dann soll ihm auch die Befreiungsmöglichkeit der Aufrechnung ab diesem Zeitpunkt genommen sein.¹⁷ Die Direktzahlung des Komplementärs wirkt demgegenüber auch nach Verfahrenseröffnung noch befreiend.¹⁸ Schon von daher überzeugt ein Aufrechnungsausschluss bei der persönlichen Haftung nicht. Beim Kommanditisten wird weiter geltend gemacht, dass seine Aufrechnung die gleichmäßige Verteilung seiner Haftsumme auf die Gläubiger vereitele. Da aber richtigerweise die Herstellung von Gleichbehandlung gar nicht Sinn und Zweck des § 93 InsO ist, macht auch dies nicht den Ausschluss der Aufrechnungsbefugnis erforderlich.

14 Roth in MünchKomm BGB, § 399 Rz. 45.

15 Bork in Kölner Schrift, S. 1333 (Rz. 30) will dagegen die §§ 94 ff. InsO auf die Aufrechnung des Schadensersatzschuldners mit einer Forderung gegen den Gläubiger anwenden. Ebenso Pelz, S. 90 ff. Das käme jedoch allenfalls in der Insolvenz des Gläubigers in Betracht.

16 Begr. zu § 105 RegEInsO 5. Abs., abgedruckt bei Balz/Landfermann, S. 311. Dieckmann, Insolvenzrecht im Umbruch, S. 211 (213); Häsemeyer in Kölner Schrift, S. 645 (Rz. 53); Kübler/Prütting/Lüke, InsO, § 93 Rz. 35; Noack, Sonderband 1 zu Kübler/Prütting, InsO, Rz. 517; Hasselbach, DB 1996, 2213 (2217); Fuchs, ZIP 2000, 1089 (1097 f.). A.A.: Armbruster, S. 199 f.

17 BGHZ 42, 192 (193 f.); Jaeger/Weber, KO, 8. Aufl., §§ 209, 210 Rz. 31; Schilling in Großkomm. HGB, § 171 Rz. 20.

18 Siehe S. 137 f.

b) Aufrechnung mit Forderungen gegen die Gesellschaft

Wenn oben¹⁹ festgestellt wurde, dass der Gesellschafter als Insolvenzgläubiger mit Forderungen aus Drittgeschäften²⁰ am Gesellschaftsinsolvenzverfahren teilnehmen kann, dann begründet dies die Versuchung, dem Gesellschafter die Aufrechnung mit diesen Ansprüchen gegen das Begehren des Gesellschaftsinsolvenzverwalters nach § 93 InsO zu gestatten. Die Gefahr eines solchen (Kurz-) Schlusses wird noch dadurch vergrößert, dass dem aktiven Kommanditisten nach herrschender Auffassung eine Aufrechnung mit seinem Quotenanspruch gegen die Inanspruchnahme durch den Insolvenzverwalter nach § 171 II HGB möglich ist.²¹

Erneut zeigt sich, dass die Gleichbehandlung von Komplementär- und Kommanditistenhaftung in der Insolvenz zu falschen Ergebnissen führt: Schon für die Kommanditistenhaftung wird nicht bestritten, dass es für eine Aufrechnung im Grunde an der Gegenseitigkeit der Forderungen fehlt.²² Der Kommanditist hat eine Forderung gegen die Gesellschaft, während der Verwalter Forderungen geltend macht, die den Gläubigern zustehen. Die »entsprechende Anwendung« der §§ 387 ff. BGB wird damit begründet, dass der Kommanditist vor Verfahrenseröffnung gegen die Einlageforderung mit seiner Drittgläubigerforderung hätte haftungsbefreiend aufrechnen können. Diese Möglichkeit soll ihm nicht genommen werden, wenn der Verwalter in der Insolvenz stattdessen nach § 171 II HGB vorgeht und die Haftsumme verlangt. Beim Kommanditisten ist es also der Zusammenhang von Einlage und Haftung, der die Aufrechnung trotz fehlender Gegenseitigkeit möglich machen soll.

Schon weil beim unbeschränkt haftenden Gesellschafter Einlageforderung und Haftung unverbunden nebeneinander stehen, besteht hier kein schutzwürdiges Bedürfnis für die Anerkennung einer Aufrechnungslage. Vor Verfahrenseröffnung hätte der persönlich haftende Gesellschafter zwar mit seiner Forderung gegen einen Einlageanspruch aufrechnen können, seine Außenhaftung wäre hiervon aber unberührt geblieben. Der für den Kommanditisten angeführte Grund der herrschenden Meinung, das Gegenseitigkeitserfordernis großzügig auszulegen, gilt daher für den persönlich haftenden Gesellschafter

19 Vgl. S. 143 ff.

20 Eine Aufrechnung mit Regressansprüchen scheidet immer aus, da der Gesellschafter diese erst dann geltend machen kann, wenn sämtliche Gläubiger, denen er haftet, befriedigt sind (§ 44 InsO, siehe S. 143). Es fehlt dann an der Passivforderung.

21 RGZ 37, 82 (87); BGHZ 58, 72 (75 f.); *Baumbach/Hopt*, HGB, § 171 Rz. 13; *K. Schmidt* in *Schlegelberger*, HGB, §§ 171, 172 Rz. 111; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 209 Rz. 38; *Schilling* in *Großkomm. HGB*, § 171 Rz. 20; *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 526. A.A. *Jaeger/Weber*, KO, 8. Aufl., §§ 209, 210 Rz. 31 (S. 779 unten); *Häsemeyer*, ZHR 149. Bd., 42 (65); *ders.*, Insolvenzrecht, Rz. 31.44.

22 Vgl. nur BGHZ 58, 72 (76). *Armbruster*, S. 195 weist zutreffend darauf hin, dass eine in der Insolvenz geschützte Aufrechnungslage auch dann nicht besteht, wenn man eine Legalzession der Haftungsansprüche annähme. Es würde sich dann um eine insolvenzabhängig entstandene und damit nicht schutzwürdige Aufrechnungslage handeln.

2. Teil Die Abwicklung der Haftung des persönlich haftenden Gesellschafters nach § 93 InsO

nicht.²³ Deshalb ist die Aufrechnung des unbeschränkt haftenden Gesellschafters mit Quotenansprüchen gegen das Verlangen des Insolvenzverwalters nach § 93 InsO unzulässig.

23 Im Ergebnis wird die Aufrechnung ebenfalls für unzulässig gehalten von: *Kübler/Prütting/Lüke*, InsO, § 93 Rz. 34; *Armbruster*, S. 194 ff.; *Oepen*, Rz. 212 f. Nichts anderes ergibt sich entgegen *Fuchs*, ZIP 2000, 1089 (1097, Fn. 86) aus *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 31.19. Hier ist ersichtlich die Aufrechnungsbefugnis der Gesellschafter gegen die Haftungsforderungen der Gesellschaftsgläubiger gemeint, diese kann der Gesellschafter dem Insolvenzverwalter entgegenhalten (siehe oben unter a).

6. Kapitel Gesellschaftshaftung und Insolvenzplan

Weil § 93 InsO das für eine Sanierung der schuldnerischen Gesellschaft zur Verfügung stehende Gesellschaftervermögen vor Vollstreckungen der Insolvenzgläubiger schützen soll, um so die Sanierungschancen zu erhöhen, wird seine Funktion im Insolvenzplanverfahren besonders deutlich. Die Sperrwirkung verhindert, dass die Insolvenzgläubiger durch Einzelvollstreckungen in das Gesellschaftervermögen zum einen der Sanierungsmasse Werte entziehen und dadurch zum anderen die Bereitschaft des Gesellschafters vermindern, überobligationsgemäß beim Neuaufbau mitzuwirken. Damit wird die unbefriedigende alte Rechtslage geändert, nach der sich ein Insolvenzgläubiger den Wirkungen eines (Zwangs-) Vergleichs durch Geltendmachung der Gesellschaftshaftung vor Vergleichsabschluss entziehen konnte.¹ Um diese Bedeutung des § 93 InsO vollständig ausleuchten zu können, ist es zunächst erforderlich, einen Blick auf die Konsequenzen eines Insolvenzplans für die Haftung des persönlich haftenden Gesellschafters zu werfen.

I. Wirkungen des Plans auf die Haftung des Gesellschafters

Gemäß § 227 II InsO teilt die Haftung des Gesellschafters, vorbehaltlich einer abweichenden Regelung, das im Insolvenzplan bestimmte Schicksal der Insolvenzforderungen.² Der Gesellschafter wird also grundsätzlich durch den Plan in demselben Maß von seiner persönlichen Haftung durch Stundung oder Erlass befreit, wie dies für die Gesellschaft selbst vorgesehen ist.

1. Aufhebung der Akzessorietät der Gesellschaftshaftung im Insolvenzplanverfahren

Angesichts der Akzessorietät der Gesellschaftshaftung zur Gesellschaftsschuld könnte man annehmen, dass § 227 II InsO nur deklaratorische Bedeutung hat. Allerdings folgt die Begrenzung der Haftung des Gesellschafters auf das Maß der Haftung der Gesellschaft keineswegs aus dem Zusammenhang mit der Gesellschaftsverbindlichkeit, denn die Akzessorietät zwischen Gesellschafts- und Gesellschafterschuld wird im Insolvenzplanverfahren aufgehoben.³ Für die Gesellschafterschuld gilt insoweit grundsätzlich nichts anderes als für die Bürgschaft: Beide werden für das Planverfahren von Umfang und Bestand der Hauptschuld gelöst, so dass eine abweichende Regelung im Plan möglich wird. Das Schicksal von Bürgen- bzw. Gesellschaftshaftung wird vom Gesetz allerdings vorbehaltlich abweichender Regelungen im Insolvenzplan gegensätzlich bestimmt: Für die Bürgschaft ist in § 254 II S. 1 InsO vorgesehen, dass ein Erlass der Hauptschuld den Umfang der Bürgenverbindlichkeit nicht berührt, während § 227 II InsO im Zweifel umgekehrt die Wirkungen des Plans auch auf die Gesellschaftshaftung ausdehnt. Die

1 Vgl. *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 211 Rz. 4; *Wochner*, BB 1983, 517 ff.

2 § 227 II InsO entspricht inhaltlich §§ 109 I Nr. 3 VglO, 211 II KO.

3 Vgl. für die Bürgschaft: *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 28.82.

Unabhängigkeit von Gesellschafts- und Gesellschafterschuld wirkt sich also nur aus, wenn eine von der Lösung des Gesetzes abweichende Regelung getroffen wird; erst die grundsätzliche Aufhebung der Akzessorietät macht diese aber überhaupt möglich. Insofern ist es nicht ganz richtig formuliert, wenn man davon spricht, dass § 227 II InsO das Akzessorietätsprinzip für die Gesellschafterhaftung wieder in Kraft setze,⁴ denn dann wären unterschiedliche Nachlässe für Gesellschafts- und Gesellschafterschuld nicht denkbar.⁵

Der Plan kann daher im Prinzip sowohl eine unbeschränkte Forthaftung als auch eine weitergehende Enthftung des Gesellschafters vorsehen.⁶ Ein Gleichlauf beider Verpflichtungen ist durch das Akzessorietätsprinzip nicht geboten. Zu § 109 I Nr. 3 VglO und § 211 II KO wurde allerdings vertreten, dass für einen weitergehenden Erlass der Gesellschafterschuld die Zustimmung sämtlicher Gesellschaftergläubiger mit Haftungsansprüchen erforderlich sei.⁷ Dieser Auffassung ist für das Insolvenzverfahren nicht zu folgen. Weil die Haftung des Gesellschafters Teil der Sanierungsmasse in der Gesellschaftsinsolvenz ist, kann der Insolvenzplan diese Haftung in jeder denkbaren Weise regeln, solange § 226 InsO genügt wird.⁸ Soweit die gegenteilige Auffassung damit begründet wurde, das (Zwangs-) Vergleichsverfahren könne keinen Einfluss auf die Rechte der Gläubiger gegen Dritte haben, weil ein solcher Beschluss die Befugnisse der Gläubigerversammlung überstiege, die nur das Verfahren über das Gesellschaftsvermögen betreffen,⁹ ist dem Folgendes entgegenzuhalten: Gegenstand des Insolvenzplans ist die gesamte Sanierungsmasse: Weil zu dieser auch die Ansprüche gegen den Gesellschafter gehören, muss auch die Haftung des Gesellschafters, die in dieser Hinsicht nicht anders zu behandeln ist als sonstige Bestandteile der Sanierungsmasse, voll von den Planwirkungen erfasst werden. Durch die Einbeziehung der Gesellschafterhaftung in die Sanierungsmasse erweitern sich insofern die Kompetenzen der Gläubigerversammlung; den spezifischen Interessen der Gesellschaftergläubiger kann durch § 226 InsO genügt werden. Die Zustimmung sämtlicher Gläubiger ist daher auch für einen Erlass der Gesellschafterhaftung nicht erforderlich. Weitergehende Nachlässe für den Gesellschafter mögen z.B. dann sinnvoll sein, wenn er vor Eröffnung des Verfahrens der Gesellschaft in erheblichem Umfang Eigenkapital zur Verfügung gestellt hat, um die Krise abzuwenden. Ist dieser Versuch gescheitert, erscheint aber die weitere Mitarbeit des Gesellschafters für eine erfolgreiche Sanierung dennoch erforderlich, so wird der Gesellschafter sich hierauf nur einlassen, wenn ihm eine weitgehende Schuldbefreiung in Aussicht gestellt wird. Diese

4 So aber *Oepen*, Rz. 245; *Wissmann*, Rz. 498 (Fn. 225).

5 Vgl. *Flume* in FS f. Knur, S. 125 (138); *K. Schmidt*, Einlage und Haftung, S. 172.

6 Etwas anders *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 539 ff., der auch für das Insolvenzplanverfahren an der Akzessorietät der Gesellschafterhaftung festhält. Ein Erlass der nur der Gesellschaft zugute kommt, sei daher nicht möglich.

7 RGZ 150, 163 (174); *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 211 Rz. 4a; *Jaeger/Weber*, KO, 8. Aufl., § 211 Rz. 7; *Bley/Mohrbuter*, VglO, § 109 Rz. 24.

8 A.A. *Oepen*, Rz. 247.

9 RGZ 150, 163 (174).

kann ihm im Insolvenzplan auch in größerem Umfang als der Gesellschaft gewährt werden, ohne dass sämtliche Gesellschaftergläubiger zustimmen müssen.¹⁰

2. Zweck der Planerstreckung auf den Gesellschafter

Die im Insolvenzplan vorgesehenen Nachlässe sollen gemäß § 227 II InsO auch dem persönlich haftenden Gesellschafter zugute kommen, um dessen Motivation zu freiwilligen Nachschüssen in das Gesellschaftsvermögen und zur persönlichen Mitarbeit bei der Sanierung zu stärken.¹¹ Der Erfolg des Sanierungsversuchs wäre gefährdet, wenn die Insolvenzgläubiger nach Abschluss des Insolvenzplanverfahrens unbeschränkt in das Gesellschaftervermögen vollstrecken könnten.¹² Durch die Sperrwirkung des § 93 InsO werden solche sanierungsgefährdenden Vollstreckungsversuche schon frühzeitig ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens unterbunden.¹³ Insofern ergänzt § 93 InsO den § 227 II InsO, indem er sicherstellt, dass die Gesellschafterhaftung als potentieller Regelungsgegenstand eines Insolvenzplans nicht schon entwertet worden ist, bevor es überhaupt zu einer Einigung darüber kommen konnte.¹⁴ Wenn die Haftungsrealisierung die Durchführung eines Insolvenzplans gefährden würde, so kann der Insolvenzverwalter analog § 233 InsO beantragen, dass das Insolvenzgericht die Verwertung und Verteilung aussetzt.¹⁵

3. Anwendungsbereich des § 227 II InsO

a) Anwendung des § 227 II InsO auf den ausgeschiedenen Gesellschafter

Nach der bisher herrschenden Meinung wirkte ein (Zwangs-) Vergleich nicht zugunsten des ausgeschiedenen Gesellschafters.¹⁶ Die Anwendung der §§ 211 II KO, 109 I Nr. 3 VglO wurde auf den aktiven Gesellschafter beschränkt, weil nur für diesen der Normzweck der Erstreckungsregeln als einschlägig erachtet wurde. Beim Altgesellschafter bestehe dagegen keine Veranlassung, ihm durch Haftungsbefreiung Anreize zur unterstützenden Mitarbeit bei der Sanierung zu schaffen.¹⁷ Die Begrenzung des Anwendungsbereichs wurde weiter mit dem Argument begründet, der Ausgeschiedene sei im Gesell-

10 Ebenso *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 540.

11 BGH, NJW 1970, 1921 (1922).

12 BGHZ 100, 126 (129); *Jaeger/Weber*, KO, 8. Aufl., § 211 Rz. 3; *Habersack* in *Großkomm. HGB*, § 128 Rz. 73.

13 Ebenso *Oepen*, Rz. 251, der dies allerdings nur als »erfreulichen Nebeneffekt« bezeichnet.

14 *Wochner*, BB 1983, 517 (522) schlug zur Lösung dieses Problems vor, dem Gesellschafter die Berufung auf § 14 KO im Gesellschaftskonkurs zu gestatten.

15 Ebenso *Oepen*, Rz. 251; *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 132.

16 BGH, NJW 1970, 21 (1922); *Jaeger/Weber*, KO, 8. Aufl., § 211 Rz. 5; *Bley/Mohrbutter*, VglO, § 109 Rz. 23; *Wissmann*, Rz. 493 ff. m.w.N. A.A. *Lambsdorff*, MDR 1973, 362 f.; *Blomeyer*, BB 1968, 1461 (1462 Fn. 16); *K. Schmidt* in *Schlegelberger*, HGB, § 128 Rz. 71; *Habersack* in *Großkomm. HGB*, § 128 Rz. 74; *Stürner* in *Insolvenzrecht im Umbruch*, S. 41 (45); *Armbruster*, S. 238; *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 544.

17 RGZ 142, 206 (208); BGH, NJW 1970, 21 (1922).

schaftskonkurs im Gegensatz zum aktiven Gesellschafter nicht Träger der Insolvenzschuldnerrolle. Er sei daher so zu stellen wie ein mithaftender Dritter, dem nach §§ 82 II S. 1 VglO, 193 KO die Begünstigungen des (Zwangs-) Vergleichs nicht zuteil würden.¹⁸ Dieses Argument lässt sich für das Insolvenzverfahren nicht mehr aufrechterhalten lassen, weil dem Gesetz – wie gerade § 227 II InsO zeigt – der Gedanke zugrunde liegt, dass die Gesellschaft selber Schuldnerin des Verfahrens ist.¹⁹

Ausdrücklich wurde der ausgeschiedene Gesellschafter nicht in den Anwendungsbereich des § 227 InsO einbezogen, obwohl die Kommission für die Reform des Insolvenzrechts dies empfohlen hatte.²⁰

Zweierlei spricht dafür, die Wirkungen eines Insolvenzplans auch auf den Ausgeschiedenen zu erstrecken: Zum einen ist nur in Fällen des echten Ausscheidens der Normzweck der §§ 109 I Nr. 3 VglO, 211 II KO, 227 II InsO tatsächlich nicht einschlägig.²¹ Praktisch wichtig sind aber vor allem Umwandlungen. Da der Gesellschafter einer umgewandelten Personengesellschaft nach §§ 45, 224 UmwG wie ein Ausgeschiedener behandelt wird,²² käme ihm die Begrenzung der Gesellschaftshaftung nicht zugute, obwohl er noch am Schicksal des Unternehmens und seiner Finanzierung teilhat. Weil also Umwandlungsfälle haftungsrechtlich dem Ausscheiden gleichstehen, bei der Umwandlung der Normzweck der Planerstreckungsregeln aber durchaus einschlägig ist, sind diese auf sämtliche Fälle des Ausscheidens anzuwenden. Zum anderen spricht hierfür, dass der ausgeschiedene Gesellschafter im Prinzip wie ein aktiver haftet; nur hinsichtlich der Verjährung gilt § 160 HGB. Durch das Ausscheiden darf die Haftung des (Alt-)Gesellschafters aber keinesfalls verschärft werden.²³ Hierzu würde es aber bei Nichtanwendung der Planerstreckungsregeln kommen, weil nach §§ 254 II S. 2, 227 II InsO auch der Rückgriff des in Anspruch genommenen Ausgeschiedenen gegen seine ehemaligen Mitgesellschafter und gegen die Gesellschaft selbst begrenzt ist.²⁴ Infolge der Beschränkung des Anwendungsbereichs stünde er also im Insolvenzplanverfahren nicht nur nicht besser, sondern sogar schlechter als bei einer normalen Liquidation. Damit würde der Gläubigerschutz zu Lasten des ausgeschiedenen Gesellschafters übertrieben, denn es käme zu Sanierungen auf seine Kosten.²⁵ Dieses Argument wird man kaum mit dem Hinweis widerlegen können, dass der

18 Bley/Mohrbutler, VglO, § 109 Rz. 23.

19 So schon für das Konkursverfahren: Kilger/K. Schmidt, KO, § 209 Anm. 2c). Für die InsO: K. Schmidt in Kölner Schrift, S. 1199 (Rz. 6 f.); Bork, Insolvenzrecht, Rz. 33; Noack, Sonderband 1 zu Kübler/Prütting, InsO, Rz. 36 ff. Zur Gegenmeinung: Nerlich/Römermann/Mönning, InsO, § 11 Rz. 53; Kübler/Prütting/Prütting, InsO, § 11 Rz. 6, 21 ff.; Prütting, ZIP 1997, 1725 ff.

20 Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, LS 2.4.9.7 Abs. 2, S. 284 f.

21 K. Schmidt in Schlegelberger, HGB, § 128 Rz. 71; zustimmend Habersack in Großkomm. HGB, § 128 Rz. 74.

22 Siehe auch S. 117 ff.

23 Vgl. die Bedenken von Reinicke in FS f. Westermann, S. 487 (495) und K. Schmidt, Einlage und Haftung, S. 172.

24 Die Beschränkung der Regressmöglichkeit auch gegenüber der Gesellschaft wird von Jaeger/Weber, KO, 8. Aufl., § 211 Rz. 5 zwar erkannt, aber nicht als nachteilig angesehen.

25 Reinicke in FS f. Westermann, S. 487 (495).

Verlust der Regressmöglichkeiten ebenso den Bürgen betrifft,²⁶ denn angesichts der Ungleichbehandlung von Bürgschaft und Gesellschaftshaftung durch § 254 II InsO und § 227 II InsO ist die Gleichstellung des Ausgeschiedenen mit dem Bürgen zweifelhaft.

Im Ergebnis ist daher der sich zunehmend durchsetzenden Meinung zuzustimmen, dass die Wirkungen des Insolvenzplans nach § 227 II InsO auch dem ausgeschiedenen Gesellschafter zugute kommen. Dadurch vermeidet man seine ungerechtfertigte Schlechterstellung und würdigt gleichzeitig seine fortdauernde Beteiligung in Fällen des unechten Ausscheidens nach Umwandlung oder Übertritt in die Kommanditistenstellung. Schließlich harmonisiert das Ergebnis mit der oben befürworteten Anwendung des § 93 InsO auf den Ausgeschiedenen.²⁷

b) Keine analoge Anwendung des § 227 II InsO auf die Bürgenhaftung eines Gesellschafters

Wie eben bereits angesprochen, wird die Bürgenhaftung gemäß § 254 II InsO grundsätzlich nicht von den im Insolvenzplan vorgesehenen Kürzungen der Insolvenzforderungen erfasst. Die Akzessorietät der Bürgschaftsforderung zur Hauptschuld ist im Insolvenzplanverfahren aufgehoben, so dass der Bürge nicht entsprechend § 227 I InsO befreit wird. *Oepen*²⁸ fordert allerdings für Bürgschaften eines persönlich haftenden Gesellschafters eine Ausnahme von diesem Grundsatz.²⁹

Die von ihm vertretene analoge Anwendung des § 227 II InsO entwertete gemeinsam mit der auch hier befürworteten analogen Anwendung des § 93 InsO³⁰ die Gesellschafterbürgschaft und beließe ihr lediglich die Funktion, die Nachhaftungsbegrenzung aus § 160 HGB zu vermeiden. Auch wenn hierfür im Verhältnis zum bürgenden Gesellschafter kein Anlass besteht, weil er sich an seiner wirksam begründeten Verbindlichkeit festhalten lassen muss, könnte dies doch durch die Zwecke des § 227 II InsO geboten sein, nämlich im Interesse der Insolvenzgläubigergesamtheit dem Gesellschafter Sanierungsanreize zu vermitteln.

Oepen begründet seine Ansicht dagegen damit, dass es einem Insolvenzgläubiger nicht möglich sei, sich durch schuldrechtliche Vereinbarungen mit dem Schuldner dem Gleichbehandlungsgrundsatz zu entziehen. Die *par condicio creditorum* sei insofern nicht dispositiv. Auch wenn diese Aussage an sich nicht zu bezweifeln ist, erscheint doch ihre Anwendung auf Gesellschafterbürgschaften fraglich, weil sie impliziert, dass der Gesellschafter »Schuldner« des Gesellschaftsinsolvenzverfahrens ist. Wie § 43 InsO zeigt, kann ein Insolvenzgläubiger sich sehr wohl durch schuldrechtliche Vereinbarungen mit einem Dritten dem Gleichbehandlungsgrundsatz entziehen. Auch wenn von einer starken

26 So aber *Jaeger/Weber*, KO, 8. Aufl., § 211 Rz. 5; *Wissmann*, Rz. 498 f.

27 Siehe S. 117 ff.

28 *Ders.*, Rz. 304 ff.

29 Dagegen die h.M.: *Jaeger/Weber*, KO, 8. Aufl., § 211 Rz. 3; *Habersack* in Großkomm. HGB, § 128 Rz. 80; *K. Schmidt* in Schlegelberger, HGB, § 128 Rz. 79; *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 537.

30 Vgl. S. 125 ff.

Meinung dem unbeschränkt haftenden Gesellschafter die Schuldnerrolle in der Insolvenz der Personengesellschaft zugewiesen wird,³¹ sollten doch formale Folgerungen hieraus für das ganz anders gelagerte Problem der Anerkennung von Bürgschaften vermieden werden. Bei der Diskussion um die Schuldnerposition geht es um die Zuweisung von Beteiligungsrechten und nicht um die Reichweite des Gleichbehandlungsgrundsatzes.

Solange daher nicht überzeugende Argumente für die materiellrechtliche Unwirksamkeit der Gesellschafterbürgschaft ins Feld geführt werden,³² sollte diese nicht »auf kaltem Weg« durch analoge Anwendung des § 227 II InsO herbeigeführt werden. Personalsicherheiten persönlich haftender Gesellschafter sind daher insolvenzplanfest, für sie gilt § 254 II S. 1 InsO. Allerdings fallen nach dieser Lösung die Anwendungsbereiche von § 93 und § 227 II InsO auseinander, was auf den ersten Blick überraschen mag. Zur Erklärung sei an die Funktion der Einbeziehung der Gesellschafterbürgschaft in die Sperrwirkung des § 93 InsO erinnert.³³ Sie soll (nur) gewährleisten, dass auch die Bürgenhaftung des Gesellschafters wenigstens Gegenstand der Sanierungsverhandlungen sein kann und diesen nicht noch während der Planaufstellung entzogen wird. Sie dient aber nicht dazu, die Bürgenhaftung zwangsweise in die Sanierungsmasse einzubeziehen oder gar den Gleichbehandlungsgrundsatz auch auf die Bürgschaftsforderung zu erstrecken. Diese Rechtsfolgen wären angesichts der privatautonom wirksam begründeten Bestellung der Drittsicherheit nicht zu rechtfertigen.

4. Fortfall der Haftungsbeschränkung nach § 255 InsO

Kommt der Insolvenzschuldner einer durch den Plan betroffenen Verpflichtung nicht nach, so werden gemäß § 255 I InsO entsprechende Stundungen oder Teilerlasse hinfällig, soweit nichts anderes bestimmt wurde. Gleiches gilt nach § 255 II InsO für sämtliche im Plan gewährten Vergünstigungen, wenn vor der vollständigen Erfüllung des Plan ein neues Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners eröffnet wird. Die Regel des § 227 II InsO umkehrend wird man folgern müssen, dass in diesen Fällen auch die Haftungsbeschränkungen für den persönlich haftenden Gesellschafter fortfallen. So wird die Motivation des Gesellschafters erhöht, für eine ordnungsgemäße Erfüllung des Plans Sorge zu tragen.

31 Zur KO: BGHZ 34, 293 (297); *Jaeger/Weber*, KO, 8. Aufl., § 209 Rz. 18 m.w.N.; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 209 Rz. 16 f.; *Armbruster*, S. 22 f. A. A.: *Hellwig*, System des ZPR I, S. 574; *K. Schmidt*, 100 Jahre KO, S. 247 (253); *Kilger/K. Schmidt*, KO, § 209 c) bb); *Habersack*, in Großkomm. HGB, § 124 Rz. 44. Zur InsO: *Häsemeyer*, Insolvenzrecht Rz. 31.10. Zur Gegenmeinung: *K. Schmidt* in Kölner Schrift, S. 1199 (Rz. 6 f.); *Bork*, Insolvenzrecht, Rz. 33; *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 36 ff.; *Kübler/Prütting/Prütting* InsO, § 11 Rz. 5; so jetzt auch *Baumbach/Hopt*, HGB, § 124 Rz. 46.

32 Hiergegen RGZ 139, 252 (253 f.); BGH, WM 1986, 850 f.; *Habersack* in Großkomm. HGB, § 128 Rz. 80; *K. Schmidt* in Schlegelberger, HGB, § 128 Rz. 79.

33 Vgl. S. 125 ff.

II. Bildung einer eigenständigen Gruppe der Gesellschaftergläubiger nach § 222 II InsO

Wie schon zu § 92 InsO ausgeführt,³⁴ kann es wegen des Gleichbehandlungsgebots des § 226 I InsO erforderlich sein, für die Gesellschaftergläubiger eine selbständige Gruppe zu bilden. Dieser Fall tritt dann ein, wenn nicht alle Insolvenzgläubiger Ansprüche gegen den Gesellschafter haben, der Plan aber die Verwendung dieser Forderungen zur Sanierung in der Weise vorsieht, dass die Gesellschaftergläubiger auf Befriedigung aus der Sondermasse oder sogar auf die Inanspruchnahme des Gesellschafters überhaupt verzichten. Sollten die Gesellschaftergläubiger einem Plan, der Derartiges anordnet, nicht mehrheitlich zustimmen, so kann die Zustimmung dieser Gruppe gegebenenfalls nach § 245 InsO ersetzt werden, wobei in die Beurteilung nach § 245 I Nr. 1 InsO auch die Befriedigungschancen aus der Haftungsforderung einzubeziehen sind.³⁵

III. Abstimmung mit dem Gesellschafterinsolvenzverfahren

Bei der Aufstellung des Insolvenzplans ist hinsichtlich der Gesellschafterhaftung zu berücksichtigen, dass regelmäßig auch über das Vermögen des Gesellschafters ein Verfahren eröffnet werden wird, an dessen Ende möglicherweise ebenfalls ein Insolvenzplan oder eine Restschuldbefreiung nach §§ 286 ff. InsO steht.³⁶ Dann kommt es hinsichtlich der Gesellschaftsverbindlichkeiten für den Gesellschafter zu einer doppelten Minderung, zuerst nach § 227 II InsO, sodann ein weiteres Mal durch § 227 I InsO bzw. die Restschuldbefreiung im Eigeninsolvenzverfahren. Die Rechte der Gesellschaftsgläubiger bei Planaufstellung oder Restschuldbefreiung im Gesellschafterverfahren werden dort vom Gesellschaftsinsolvenzverwalter wahrgenommen, soweit diese Verfahren gleichzeitig stattfinden.³⁷ Ein »Einheitsplan« für Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen kann nur unter Beteiligung sämtlicher betroffener Gläubiger – also insbesondere auch der Eigengläubiger des Gesellschafters – verabschiedet werden. Hierfür sollte die Abstimmung über einen solchen Plan getrennt in beiden Verfahren erfolgen.

34 Siehe S. 88 f.

35 *Oepen*, Rz. 250.

36 Siehe zur Restschuldbefreiung für den Gesellschafter S. 164 f.

37 Siehe S. 160 f.

7. Kapitel § 93 InsO und die Eigeninsolvenz des Gesellschafters

Auch nach der Einführung des § 93 InsO bleibt es bei der grundsätzlichen Unabhängigkeit der Insolvenzverfahren über das Gesellschafts- einerseits und über das Gesellschaftervermögen andererseits.¹ Weder führt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer Personengesellschaft zwingend zu einem Insolvenzverfahren auch über die Vermögen ihrer Gesellschafter, noch führt seit der Reform des HGB von 1998 das Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Gesellschafters zur Auflösung der Gesellschaft, sondern gemäß § 131 III Nr. 2 HGB lediglich zu seinem Ausscheiden.² Die einheitliche Einziehung nach § 93 InsO ist einem Insolvenzverfahren über das Gesellschaftervermögen in keiner Hinsicht funktional gleichwertig, ja nicht einmal ähnlich, so dass letzteres auch nach Eröffnung des Gesellschaftsinsolvenzverfahrens unverzichtbar bleibt. Umgekehrt wird auch nicht die einheitliche Einziehung im Gesellschaftsinsolvenzverfahren bei Verfahrenseröffnung über das Gesellschaftervermögen entbehrlich, weil sie nicht der Herstellung von Gleichbehandlung der Gesellschaftergläubiger, sondern primär dem Schutz der Sanierungsmasse im Gesellschaftsinsolvenzverfahren dient.³

Dennoch kann man nicht daran vorbeigehen, dass infolge der Insolvenz der Gesellschaft regelmäßig auch der persönlich haftende Gesellschafter zahlungsunfähig werden wird.⁴ Ein Zusammenhang zwischen beiden Verfahren besteht schon insofern, als hier teilweise Forderungen geltend gemacht werden, die dasselbe Interesse befriedigen sollen, so dass sich nicht nur das Problem stellt, wie die Doppelinsolvenz organisatorisch koordiniert wird, sondern vor allem, wie das haftungsrechtliche Verhältnis von Gesellschafts- und Gesellschafterinsolvenz ausgestaltet ist. Die Frage ist für die Insolvenzordnung, die keine dem § 212 KO vergleichbare Vorschrift kennt, neu zu beantworten. Ebenso ist zu untersuchen, ob Forderungen die im Gesellschaftsinsolvenzverfahren vorweg als Masseverbindlichkeiten zu befriedigen sind, diesen Rang auch im Gesellschafterinsolvenzverfahren haben, sofern der Gesellschafter für sie nach den oben⁵ dargestellten Grundsätzen haftet. Schließlich ist die Möglichkeit der Restschuldbefreiung für den persönlich haftenden Gesellschafter zu beleuchten.

I. Der Gesellschaftsinsolvenzverwalter als »Insolvenzgläubiger« im Gesellschafterinsolvenzverfahren

Nach § 93 InsO macht der Gesellschaftsinsolvenzverwalter die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger im Insolvenzverfahren über das Gesellschaftervermögen geltend. Er übt die Rechte aus, die ihnen als Insolvenzgläubiger in diesem Verfahren zukämen. Hiervon

1 Siehe S. 96 ff.

2 Vgl. aber § 131 Nr. 5 HGB a.F.

3 Siehe S. 96 ff.

4 Vgl. nur *K. Schmidt/Bitter*, ZIP 2000, 1079 (1083).

5 Siehe S. 120 ff.

können sich die Gesellschaftsgläubiger auch nicht durch eine Gesellschafterbürgschaft befreien, denn auch für diese gilt die Sperrwirkung des § 93 InsO,⁶ so dass die Bürgschaftsforderung nicht als Insolvenzforderung im Gesellschafterinsolvenzverfahren geltend gemacht werden kann. Der Gesellschaftsinsolvenzverwalter meldet deshalb die Haftungsansprüche zur Tabelle an, ist als Prozessstandschafter Partei im Feststellungsprozess und verlangt Ausschüttung der Quote an sich als Treuhänder der Sondermasse. Die Ermächtigungswirkung des § 93 InsO vermittelt dem Verwalter ebenfalls das Recht, Insolvenzantrag über das Vermögen des Gesellschafters zu stellen.⁷ Für die Gläubiger ist die Antragsbefugnis während der Dauer der Sperrwirkung ausgesetzt.

II. Das haftungsrechtliche Verhältnis von Gesellschafter- und Gesellschaftsvermögen

1. Doppelberücksichtigung nach § 43 InsO

Im Konkursverfahren galt für das Verhältnis zwischen Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen grundsätzlich § 68 KO.⁸ Danach konnte der Gläubiger im Gesellschaftskonkurs mit seiner vollen Forderung teilnehmen, auch wenn er während des Verfahrens Befriedigungen vom Gesellschafter erlangt hatte. Erst wenn auch über das Vermögen des Gesellschafters das Konkursverfahren eröffnet worden war, griff § 212 KO ein, wonach die Gesellschaftsgläubiger im Gesellschafterkonkursverfahren Befriedigung nur wegen des Betrages suchen konnten, mit dem sie im Gesellschaftskonkurs ausgefallen waren. In der Doppelinsolvenz galt insofern das Prinzip der Ausfallhaftung, ähnlich wie für die Befriedigung aus masseeigenen Sicherheiten (vgl. § 52 S. 2 InsO). Das Gesellschaftervermögen haftete daher nur insoweit für Gesellschaftsverbindlichkeiten, wie sich die Gesellschaftsgläubiger nicht aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigen konnten. Dieser Widerspruch zur anerkannten Gleichrangigkeit von Gesellschafts- und Gesellschafterhaftung außerhalb des Konkurses wurde damit begründet, die Ausfallhaftung gleiche nur den Nachteil der reinen Privatgläubiger des Gesellschafters aus, die in der Doppelinsolvenz nicht auf das gesamthänderisch gebundene Vermögen des Gesellschafters zugreifen könnten, sondern dies vollständig den Gesellschaftsgläubigern überlassen müssten, gleichzeitig aber deren Konkurrenz im Gesellschafterkonkurs hinzunehmen hätten.⁹ Die Ausfallhaftung sei insofern ein Gebot der Gläubigergleichbehandlung, weil die Gesellschaftsgläubiger sonst doppelte Befriedigung aus dem Gesellschaftervermögen suchen könnten: Einmal aus seinem Privatvermögen und zum anderen aus dem gesamthänderisch gebundenen Vermögen des Gesellschafters.

⁶ Siehe S. 125 ff.

⁷ Ebenso *Oepen*, Rz. 240; *Fuchs*, ZIP 2000, 1089 (1090).

⁸ Vgl. *Jaeger/Weber*, KO, 8. Aufl., § 212 Rz. 1; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 212 Rz. 2; *K. Schmidt* in *Schlegelberger*, HGB, § 128 Rz. 76.

⁹ Vgl. *A. Hueck*, Recht der OHG, § 26 VII; *Jaeger/Weber*, KO, 8. Aufl., § 212 Rz. 3; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 212 Rz. 2.

Die Insolvenzordnung kennt dagegen keine dem § 212 KO vergleichbare Vorschrift.¹⁰ Daher gilt das Prinzip der Doppelberücksichtigung nach § 43 InsO nun auch für den Fall der Insolvenz von Gesellschaft und Gesellschafter, so dass der Gläubiger in jedem Verfahren die Quote auf seine volle Forderung beanspruchen kann.¹¹ Kombiniert mit § 93 InsO bedeutet dies, dass der Gesellschaftsinsolvenzverwalter unabhängig von Verteilungen im Gesellschaftsverfahren die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger im Gesellschafterinsolvenzverfahren in voller bei Verfahrenseröffnung bestehender Höhe geltend macht, bis diese vollständig befriedigt sind.¹² Von einer Ausfallhaftung der Gesellschafter kann daher keine Rede mehr sein, sie haften ebenso wie außerhalb der Insolvenz »unmittelbar und voll«¹³ für Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Zu betonen ist, dass diese Schlechterstellung der Gesellschafter und ihrer Privatgläubiger nicht auf der Anordnung der einheitlichen Einziehung nach § 93 InsO beruht. Sie resultiert einzig und allein aus der Abschaffung der Ausfallhaftung, einem Problem, das mit der Haftungsabwicklung »über die Masse« nichts zu tun hat.¹⁴

Die Tendenz der Abschaffung des § 212 KO, die Privatgläubiger des Gesellschafters »stärker zur Kasse zu bitten«, ist entgegen mancher Stimmen in der Literatur keine »Sünde wider den Grundsatz der par condicio creditorum«¹⁵. Denn der Konzeption des Gesetzes liegt der Gedanke zugrunde, dass die Gesellschaft selber – und eben nicht die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit – Trägerin des Gesellschaftsvermögens ist. Nach der modernen Gesamthandslehre ist es eine bloße Selbstverständlichkeit, dass die Privatgläubiger nicht auf das Gesellschaftsvermögen zugreifen können, denn

10 Vgl. ausführlich zu diesem Fragenkreis *K. Schmidt/Bitter*, ZIP 2000, 1079 (1081 ff.).

11 So schon für die InsO BGH, NJW 1994, 2286 (2287).

12 Vgl. *Habersack* in Großkomm. HGB, § 128 Rz. 77; *Armbruster*, S. 221 ff.; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 31.25; *Oepen*, Rz. 210; *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 479; *Wissmann*, Rz. 448, *Bitter* in *K. Schmidt/Bitter*, ZIP 2000, 1079 (1083). Das von *Bitter* erörterte Sonderproblem im Fall der Gewährung einer persönlichen Sicherheit durch den Gesellschafter stellt sich nach dem hier vertretenen Konzept nicht, weil auch die Geltendmachung dieser Sicherheit während des Gesellschaftsinsolvenzverfahrens analog § 93 InsO ausgeschlossen ist, siehe S. 125 ff. Die von *Bitter* geforderte Sondermassenbildung ist daher nicht erforderlich.

13 Allg. Begr. RegEInsO A 4. b) ff), abgedruckt bei *Balz/Landfermann*, S. 155.

14 Anders *Armbruster*, S. 128 ff., 223 ff., der die Ansicht vertritt, dass § 212 KO schon deshalb keine Anwendung auf die Haftung des Kommanditisten finde, weil die Gesellschaftsgläubiger nach § 171 II HGB kein Verfahrensteilnahmerecht im Kommanditistenkonkurs hätten, so dass schon der Wortlaut des § 212 KO nicht einschlägig sei. Gleiches habe nun nach der Einführung des § 93 InsO auch für den unbeschränkt haftenden Gesellschafter zu gelten, weshalb eine Nachfolgevorschrift des § 212 KO keinen Anwendungsbereich gehabt hätte. Richtigerweise hat aber die einheitliche Einziehung mit der Ausfallhaftung nichts zu tun, denn man hätte leicht § 212 KO in der Formulierung auf die Einziehung durch den Verwalter abstimmen können. Insofern trifft der Satz der Regierungsbegründung durchaus zu, dass die Gesellschafter »durch die Überleitung der Haftungsansprüche auf den Verwalter nicht schlechter gestellt werden« sollen, als sie nach altem Recht standen. Vgl. Begr. zu § 105 RegEInsO 4. Abs.; abgedruckt bei *Balz/Landfermann*, S. 311. Die Schlechterstellung folgt nicht aus § 93 InsO, sondern aus der Abschaffung des § 212 KO!

15 So aber *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 479, *Armbruster*, S. 223.

dieses ist einem anderen Rechtsträger (der Gesellschaft) zugeordnet. Verbunden sind Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen insofern nur dadurch, dass zum Gesellschaftervermögen auch der Gesellschaftsanteil, also die Mitgliedschaft und der Anteil am Gesellschaftsvermögen, gehört. Dies wird allerdings nur für den Fall der isolierten Insolvenz des Gesellschafters wirklich deutlich: Dann kann der Gesellschaftsanteil zur Befriedigung der Gesellschaftergläubiger vom Insolvenzverwalter verwertet werden, § 84 InsO. Im reinen Eigeninsolvenzverfahren ist also der Gesellschaftsanteil Teil der Haftungsmasse des Gesellschaftervermögens. Sobald aber das Gesellschaftsinsolvenzverfahren eröffnet wird, verliert der Anteil am Gesellschaftsvermögen für den Gesellschafter und dessen Eigengläubiger seinen Wert, denn der Kapitalanteil begründet in diesem Verfahren keine Insolvenzforderung, weil dieser dort Teil des Haftungssubstrats ist.¹⁶ Weil es dem Gesellschafter schon in der isolierten Gesellschaftsinsolvenz unmöglich ist, seinen Anteil Gesellschaftsvermögen im Gesellschaftsverfahren geltend zu machen, kann dieser Vermögenswert in der Doppelinsolvenz auch nicht zur Befriedigung der Gesellschaftergläubiger zur Verfügung stehen. Selbstverständlich verschlechtert sich dadurch die Rechtsstellung der Privatgläubiger gegenüber der Abwicklung nach § 212 KO, doch bildet die neue Rechtslage die Haftungsverhältnisse überzeugend ab, weil den Privatgläubigern eben nicht das Vermögen der Gesellschaft, sondern nur die (in der Doppelinsolvenz wertlose) Beteiligung des Gesellschafters hieran haftet.

Auch wenn nicht mehr das Ausfallprinzip für die Haftung des Gesellschafters gilt, so kann der Verwalter ihn doch nicht in der gesamten Höhe der Gesellschaftsverbindlichkeiten, sondern richtigerweise nur insoweit in Anspruch nehmen, wie es zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger, denen der Gesellschafter haftet, erforderlich ist.¹⁷ Eine hierüber hinausgehende Forderung des Insolvenzverwalters kann der Gesellschafter mit der »dolo agit« Einrede abwehren.¹⁸

2. Der Rang von Gesellschaftsmasseverbindlichkeiten im Gesellschafterkonkurs

Soweit der Gesellschafter nach den oben erörterten Regeln für Masseverbindlichkeiten im Gesellschaftskonkurs haftet,¹⁹ ergibt sich für den Fall der Doppelinsolvenz das Anschlussproblem, ob diese Forderungen auch im Gesellschafterinsolvenzverfahren nach § 53 InsO vorweg als Masseverbindlichkeiten zu berichtigen sind. § 93 InsO hat als abwicklungstechnische Regelung keine Relevanz für diese Fragestellung, so dass insofern auf die für das Konkursverfahren entwickelten Lösungen zurückgegriffen werden kann:

Weil beide Verfahren grundsätzlich selbständig sind, ist die Einordnung einer Forderung als Masseverbindlichkeit im Gesellschaftsinsolvenzverfahren für das Gesellschafterinsolvenzverfahren unbeachtlich. Es kann nur darauf ankommen, ob im Gesellschafterver-

16 Siehe S. 145.

17 Siehe näher S. 134.

18 Diese ergibt sich daraus, dass der Gesellschafter sonst mit seinem Regressanspruch am Gesellschaftsinsolvenzverfahren teilnehmen könnte.

19 Siehe S. 120 ff.

fahren die Voraussetzungen des § 55 InsO erfüllt sind.²⁰ Sonst würden die Gesellschaftsmassegläubiger gegenüber den Privatgläubigern privilegiert. Daher sind Verbindlichkeiten aus gegenseitigen Verträgen, für die der Verwalter der Gesellschaft gemäß § 103 I InsO Erfüllung gewählt hat, im Gesellschaftsinsolvenzverfahren nach § 55 I Nr. 2 InsO Masseverbindlichkeiten, im Gesellschafterinsolvenzverfahren dagegen nur einfache Insolvenzforderungen, denn die Entscheidung des Verwalters kann keine Konsequenzen für eine andere Haftungsmasse erzeugen, deren Gläubigern er nicht verantwortlich ist.²¹ Hieran ist insbesondere für die unechten Masseverbindlichkeiten nach § 123 II InsO festzuhalten. Die Sozialplanaufstellung im Gesellschaftsinsolvenzverfahren kann keine Auswirkungen auf die Gleichbehandlung der Gläubiger im Gesellschafterinsolvenzverfahren haben, schon weil die hieran beteiligten Insolvenzgläubiger keinen Einfluss auf die Planaufstellung nehmen konnten. Ansprüche aus Sozialplänen, für welche der Gesellschafter nach § 128 HGB einzustehen hat,²² sind danach im Insolvenzverfahren über das Gesellschaftervermögen trotz § 123 II InsO Insolvenzforderungen.

III. Restschuldbefreiung für den Gesellschafter

Das neue Verfahren der Restschuldbefreiung nach §§ 286 ff. InsO ist kein reines »Verbraucherprivileg«,²³ es bietet vielmehr auch für freiberuflich oder gewerblich tätige Personen die Möglichkeit eines neuen Anfangs. Sofern also der persönlich haftende Gesellschafter eine natürliche Person ist, kommt auch für ihn eine Restschuldbefreiung nach §§ 286 ff. InsO in Frage.²⁴ Wird dem entsprechenden Antrag des Gesellschafters stattgegeben, erfasst die Befreiung konsequent auch eine Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten, resultiere diese nun aus § 128 HGB oder aus einer zusätzlich übernommenen Bürgschaft. Voraussetzung für die Zulässigkeit des Antrags ist aber die Durchführung eines eigenständigen Insolvenzverfahrens über das Gesellschaftervermögen. Die Restschuldbefreiung für den Gesellschafter im Anschluss an ein Gesellschaftsinsolvenzverfahren ist unzulässig; weder § 93 InsO noch § 227 II InsO ändern hieran etwas.²⁵ Die

20 H.M.: RGZ 135, 62 (63 f.); BGHZ 34, 293 (295 f.); *Jaeger/Weber*, KO, 8. Aufl., § 212 Rz. 8 a.E.; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 212 Rz. 5 f.; *K. Schmidt* in Schlegelberger, HGB, § 128 Rz. 75; *Habersack* in Großkomm. HGB, § 128 Rz. 80 a.E.; *Kilger/K. Schmidt*, KO, § 212 Anm. 3; *Kübler/Prütting/Lüke*, InsO, § 93 Rz. 27. A.A. für die unechten Masseschulden nach § 59 I Nr. 3a KO: BAG, ZIP 1982, 209 ff.; BAG, ZIP 1993, 1558 f. Für die unechten Masseschulden nach § 59 I Nr. 3e KO: BSG, ZIP 1984, 724 (726).

21 *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 212 Rz. 5.

22 Siehe S. 123.

23 *K. Schmidt* in Kölner Schrift, S. 1199 (Rz. 38 f.). Zur Möglichkeit der Restschuldbefreiung für den Gesellschafter auch *Fuchs*, ZIP 2000, 1089 (1094 f.).

24 Vgl. *Kübler/Prütting/Wenzel*, InsO, § 286 Rz. 72; *Ahrens* in FK-InsO, § 286 Rz. 30; *Krug/Haarmeyer* in *Smid*, InsO, § 286 Rz. 23.

25 Vgl. Begr. zu § 235 RegEInsO, abgedruckt bei *Balz/Landfermann*, S. 543; *Bork*, Insolvenzrecht, Rz. 387 (Fn. 4); *Open*, Rz. 315.

hieran anknüpfenden Bedenken *Wochners*²⁶, dass dann der Gesellschafter, der dem Unternehmen sein letztes Geld zur Verfügung gestellt hat, von der Wohltat der Restschuldbefreiung möglicherweise ausgeschlossen bleibe, weil eventuell über sein Vermögen ein Insolvenzverfahren mangels Masse nicht eröffnet werden kann, betreffen eine allgemeine Schwäche der Neuregelung. Da die nicht ausdrücklich angeordnete Möglichkeit, dem Insolvenzschuldner Prozesskostenhilfe zu gewähren,²⁷ kein spezifisches Problem für die Insolvenz eines persönlich haftenden Gesellschafters ist, sollte auch nicht versucht werden, es durch die unsystematische Vermischung von Gesellschafts- und Gesellschafterinsolvenz zu lösen, indem man das Verfahren nach §§ 286 ff. InsO für den Gesellschafter mit dem Gesellschaftsinsolvenzverfahren verknüpft.

Wird dem Gesellschafter Restschuldbefreiung gewährt, so kann dies Auswirkungen auf einen im Gesellschaftsinsolvenzverfahren vereinbarten Insolvenzplan haben: Die Forderungen aus diesem Plan sind im Gesellschafterverfahren Insolvenzforderungen. Die Erteilung der Restschuldbefreiung nach § 300 I InsO befreit den Gesellschafter deshalb gemäß § 301 InsO auch von den Planverbindlichkeiten. Schon während der Wohlverhaltensperiode gilt darüber hinaus § 294 II InsO, so dass es Plangläubigern auch nicht hilft, wenn sie sich im Plan eine Vorzugsstellung einräumen lassen. Sollen diese Gefahren schon bei Planaufstellung ausgeschlossen werden, so muss der Gesellschafter im Insolvenzplan auf das Recht, Restschuldbefreiung zu beantragen, verzichten. Dies kann für ihn interessant sein, weil er so unter Umständen die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Sanierung seines Unternehmens schafft.

26 BB 1989, 1065 (1066).

27 Hierzu mit zahlreichen Nachweisen: *Bruns*, NJW 1999, 3445 ff. Vgl. auch den Vorlagebeschluss des LG Duisburg, NZI 1999, 373 ff.

8. Kapitel Besonderheiten in anderen Gesellschaftsformen

I. Das Insolvenzverfahren über das Vermögen einer BGB-Gesellschaft

Gemäß § 11 II Nr. 1 InsO kann auch über das Vermögen einer BGB-Gesellschaft ein Insolvenzverfahren eröffnet werden.¹ Damit ist der schon unter der KO kritisierte Missstand beseitigt, dass die BGB-Gesellschaft, obwohl nicht selten zu unternehmerischen Zwecken eingesetzt, nach ganz herrschender Auffassung konkursunfähig war.² So sehr es zu begrüßen ist, dass auch die BGB-Gesellschaft nun erforderlichenfalls unter Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes liquidiert oder durch einen Insolvenzplan saniert werden kann, so deutlich wird gerade in der Insolvenz, wie umstritten und wenig konsolidiert das Wesen der BGB-Gesellschaft ist. Die Probleme resultieren vor allem aus dem Streit um die Rechtsnatur der Gesamthand sowie aus der Heterogenität der vom BGB in den §§ 705 ff. zusammengefassten Verbände. Besondere Probleme im Rahmen der Einziehung durch den Insolvenzverwalter nach § 93 InsO ergeben sich in der Insolvenz einer BGB-Gesellschaft aus ihrer nicht endgültig geklärten Haftungsverfassung.³

1. Die Haftungsverfassung der BGB-Gesellschaft und § 93 InsO

Die in § 93 InsO angeordnete Haftungsabwicklung über den Verwalter setzt einen konsolidierten Haftungsstatus des Personengesellschafters voraus.⁴ Eine Haftungsabwicklung durch den Verwalter ist nur möglich und sinnvoll, soweit dieser grundsätzlich aus dem Bestehen einer Gesellschaftsforderung auf das Bestehen einer Forderung gegen den Gesellschafter schließen kann: Die Akzessorietät der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB erlaubt diesen Schluss, sofern nicht die Haftung eines Altgesellschafters in Rede steht oder vertragliche Haftungsausschlüsse vereinbart wurden.

Nach dem Grundsatzurteil des BGH vom 29. Januar 2001⁵ und die dort vollzogene Wende zur Akzessorietätstheorie⁶ ist an dieser Stelle nur anzumerken, dass dieser Dogmenwechsel auch aus insolvenzrechtlicher Sicht zu begrüßen ist: Denn die Durchführung der von § 93 InsO vorgesehenen Haftungsabwicklung verkomplizierte sich

1 Einen Überblick zu diesem Problemkreis gewährt *Pelz*, Die BGB-Gesellschaft in der Insolvenz.

2 Vgl. *Jaeger/Henckel*, KO, § 1 Rz. 151, § 25 Rz. 20; *Jaeger/Weber*, KO, 8. Aufl., Vor § 207 Rz. 12; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht¹, S. 784; *Baur/Stürner*, ZVR Bd. II, Rz. 33.1; *Prütting*, ZIP 1997, 1725 (1729); A.A. *K. Schmidt*, der für die Konkursfähigkeit jedenfalls der unternehmenstragenden BGB-Gesellschaft eintrat: Vgl. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 60 IV 3a) m.w.N. Für die generelle Konkursfähigkeit der GbR *Hüffer* in FS f. Stimpel, S. 165 (186).

3 Vgl. die Bedenken bei *Ulmer* in Neuordnung des Insolvenzrechts, S. 119 (130).

4 *K. Schmidt*, ZGR 1996, 209 (217).

5 BGH NJW 2001, S. 1056 ff.

6 Schon früher wurde die Akzessorietätstheorie vertreten von u.a. *Flume*, Allgemeiner Teil I/1, § 16 IV 3; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 60 III 2 (unter Beschränkung auf die unternehmenstragende BGB-Gesellschaft); *Mülbart* AcP 199. Bd., 38 (67 ff.); *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, S. 520 ff. Nunmehr auch *Ulmer*, ZIP 1999, 554 ff. m.w.N.

erheblich, folgte man der bis vor kurzem noch herrschenden Doppelverpflichtungstheorie.⁷ Nach dieser Lehre haftet der Gesellschafter nicht akzessorisch für die Gesellschaftsverbindlichkeiten, sondern nur insoweit, wie in seiner Person ein besonderer Verpflichtungstatbestand erfüllt ist.⁸ Der Verwalter hätte deshalb beim Vorgehen nach § 93 InsO stets im Einzelfall prüfen müssen, ob bezüglich der jeweiligen Insolvenzforderung der jeweilige Gesellschafter mitverpflichtet ist. Mag diese Prüfung auch für rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten regelmäßig positiv ausfallen, so lässt sich doch eine Mithaft für gesetzlich begründete Forderungen gegen die Gesellschaft mit der Doppelverpflichtungstheorie häufig nur schwierig oder gar nicht begründen. So wäre beispielsweise die Mithaft der nichtbeteiligten Gesellschafter bei Ansprüchen aus unerlaubter Handlung regelmäßig zu verneinen.⁹ Für den Verwalter hätte die Anwendung der Doppelverpflichtungstheorie bedeutet, dass er aus den Insolvenzforderungen zunächst die gesetzlichen Verbindlichkeiten hätte herausfiltern müssen, für die nun die im Einzelfall schwierige Frage der Mitverpflichtung des Gesellschafters zu klären gewesen wäre. An den vom Verwalter auf dieser Grundlage bei den Gesellschaftern einzuziehenden Beträgen wären dann nur die Gläubiger berechtigt gewesen, denen gegenüber ein besonderer Verpflichtungstatbestand für den Gesellschafter erfüllt war. Eine ausufernde Sondermassenbildung wäre unvermeidlich gewesen.

Die neue Rechtsprechung erlaubt demgegenüber eine gänzlich unkomplizierte Haftungsabwicklung, denn nach der Akzessorietätstheorie haftet jeder aktive Gesellschafter grundsätzlich jedem Gesellschaftsgläubiger persönlich analog § 128 HGB. Da der BGB-Gesellschafter nach dieser Ansicht genau wie der OHG-Gesellschafter akzessorisch zu den Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet, lassen sich die für diesen gefundenen Ergebnisse vollständig übertragen.

2. Haftungsbeschränkungen in der BGB-Gesellschaft

Die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung in der BGB-Gesellschaft ist in letzter Zeit stark in die Diskussion geraten. In mehreren Fällen durchkreuzte die Rechtsprechung dabei Versuche der Gesellschafter, ihre Haftung durch Namenszusätze oder Hinweise auf dem Firmenbriefbogen auf das Gesellschaftsvermögen zu beschränken.¹⁰ Durch diese Urteile wird jedoch nicht die grundsätzliche Möglichkeit eines Haftungsausschlusses in

7 Siehe auch *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 545.

8 Neuere Stellungnahmen für die Doppelverpflichtungstheorie u.a. bei *Habersack*, DB 1999, 61 ff.; *ders.*, JuS 1993, 1 ff.; *Hommelhoff*, ZIP 1998, 8 ff.; *F. Kübler*, Gesellschaftsrecht, § 6 III 4; *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, Rz. 109 f.

9 Vgl. nur *Ulmer* in MünchKomm BGB, § 714 Rz. 53.

10 OLG München, ZIP 1999, 535 ff.; BGH, ZIP 1992, 1500 ff.; BGH, ZIP 1999, 1755 ff. OLG Jena, ZIP 1998, 1797 ff. verlangt, dass die Haftungsbeschränkung »eindeutig und erkennbar« ist. Die Bezeichnung »GbR mbH« reiche nicht aus.

Zweifel gezogen, im Streit sind nur die Voraussetzungen seiner Wirksamkeit im Einzelnen.¹¹

Im Insolvenzverfahren haben wirksame Beschränkungen der Gesellschafterhaftung – wie auch immer sie materiellrechtlich zu konstruieren sein mögen – für den Verwalter die selbstverständliche Konsequenz, dass er gegen den oder die privilegierten Gesellschafter nicht nach § 93 InsO vorgehen kann. Auch die weitestreichende Haftungsbeschränkung kann jedoch die Mithaft des Gesellschafters nicht vollständig ausschließen. Insbesondere für gesetzliche Gesellschaftsverbindlichkeiten ist der Ausschluss der persönlichen Haftung jedenfalls nach der Akzessorietätstheorie nicht möglich. So entsteht ein weiterer Fall, in dem nicht alle Insolvenzgläubiger auch Gläubiger des Gesellschafters sind. Vor besondere Schwierigkeiten wird die hier vertretene Ansicht dadurch allerdings nicht gestellt. Es gilt dasselbe wie für die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters:¹² An der aus der Gesellschafterhaftung zu bildenden Sondermasse sind nur die Gläubiger berechtigt, zu deren Gunsten tatsächlich eine persönliche Haftung besteht. Nur diesen gegenüber ist der Insolvenzverwalter treuhänderisch verpflichtet.

II. Besonderheiten der kapitalistischen Personengesellschaft

Die GmbH & Co KG nimmt bei den unternehmerisch tätigen Personenhandelsgesellschaften zahlenmäßig mit Abstand den ersten Platz ein.¹³ Überdies führt sie auch die Insolvenzstatistik nicht nur in absoluten Zahlen, sondern auch bei der Insolvenzhäufigkeit an. Die gesteigerte Insolvenzanfälligkeit der GmbH & Co KG¹⁴ und die enge Verzahnung zweier Rechtsträger macht einen besonderen Blick auf diese und verwandte Mischformen zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft erforderlich:

Auch im Insolvenzverfahren ist streng zwischen der Insolvenz der Personengesellschaft (meist eine KG) einerseits und der Insolvenz der Kapitalgesellschaft (meist eine GmbH) andererseits zu trennen.¹⁵ Die Versuchung, die haftungsrechtlich gebotene Trennung zu ignorieren, wird gerade bei der GmbH & Co KG dadurch gesteigert, dass hier praktisch immer beide Rechtsträger insolvent sein werden¹⁶ und in der Komplementärinsolvenz regelmäßig¹⁷ nur sehr wenige Eigengläubiger auftreten werden. Man könnte insofern ein

11 *Ulmer* hat gezeigt, dass solche haftungsbeschränkenden Zusätze sowohl nach der Akzessorietätstheorie (ZIP 1999, 554 (561 f.)) als auch nach der Doppelverpflichtungstheorie (ZIP 1999, 509 ff.) grundsätzlich wirksam sind, sofern hierdurch keine Verwechslungsgefahr mit einer GmbH-Firma begründet wird und zugleich die Haftungsverhältnisse klar zum Ausdruck kommen.

12 Vgl. S. 131 ff.

13 Nach Schätzungen beläuft sich ihre Zahl auf ca. 90.000 Gesellschaften. *Hesselmann/Tillmann*, Rz. 4.

14 Vgl. *Uhlenbruck*, GmbH & Co KG, S. 8.

15 *Braun/Uhlenbruck*, S. 72; *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, § 63 Rz. 128; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 63 Rz. 88; *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 550.

16 *Hesselmann/Tillmann*, GmbH & Co KG, Rz. 691.

17 Jedenfalls im Normalfall der Komplementär-GmbH ohne Eigenleben.

besonderes Komplementärinsolvenzverfahren für verzichtbar halten, zumal es zusätzliche Kosten produziert. Weil das Insolvenzverfahren aber rechtsträger- und nicht unternehmensbezogen konzipiert ist und sein muss,¹⁸ ist ein gesondertes Komplementärinsolvenzverfahren unvermeidlich. Nur so können die Eröffnungsvoraussetzungen für beide Gesellschaften getrennt geprüft werden, und nur so können vor allem die Rechte reiner GmbH-Gläubiger hinreichend geschützt werden. Weil es die Komplementär-GmbH ohne Eigen-gläubiger nicht gibt,¹⁹ ist ein gesondertes GmbH-Insolvenzverfahren zur Durchsetzung ihrer Rechte unentbehrlich.²⁰ Und weil § 93 InsO keine Verlustausgleichspflicht der unbeschränkt haftenden Gesellschafterin normiert, sondern nur eine abwicklungstechnische Modifikation darstellt, hat sich hieran auch durch die Einführung der einheitlichen Geltendmachung der Gesellschafterhaftung nichts geändert.

Die theoretisch von allen Seiten betonte Bedeutung der Verfahrenstrennung wurde im Konkursverfahren durch die weitgehend anerkannte Übung, für beide Verfahren denselben Verwalter zu bestellen, erheblich relativiert. So näherte sich das Verfahren faktisch dem »Einheitskonkurs«²¹. Hierdurch entledigte man sich vor allem der Zuständigkeitsprobleme zwischen GmbH- und KG-Verwalter.²² Gerade diese Funktion der Doppelbesetzung macht sie aber auch problematisch:²³ Denn durch die Kompetenzverwischungen wird auch die Trennung von GmbH- und KG-Vermögen aufgeweicht, was sich unter anderem bei Schadensersatzforderungen gegen GmbH-Organen wegen Pflichtverletzungen zeigt. Hier kann es im Einzelfall schwierig zu bestimmen sein, wem und in welcher Höhe ein Anspruch zusteht.²⁴ Der hieraus resultierende Interessenkonflikt wird durch die Einsetzung desselben Verwalters unter Umständen überdeckt.

Weil die Insolvenzordnung den Aufgabenkreis des KG-Verwalters so erweitert, dass er nun auch die Haftung des Komplementärs für die KG-Verbindlichkeiten nach §§ 161 II, 128 HGB gemäß § 93 InsO geltend zu machen hat, werden die gegen die bisherige Praxis ohnehin bestehenden Bedenken erheblich verstärkt, denn dann müsste der Verwalter die Haftungsansprüche der KG-Gläubiger gegen sich selbst als GmbH-Verwalter geltend machen. Unter diesen Umständen wird es dem Verwalter wohl kaum gelingen, die Interessen von KG- und GmbH-Gläubigern gleichberechtigt wahrzunehmen. Für die Insolvenzverfahren einer Personengesellschaft und ihrer Komplementär-Kapitalgesellschaft ist es deshalb ratsam, verschiedene Verwalter einzusetzen.²⁵

18 K. Schmidt, *Insolvenzrecht der Unternehmen*, S. 23 ff.

19 Zumindest Steuerforderungen werden gegen die GmbH als Eigenschulden immer bestehen.

20 K. Schmidt, *ZGR* 1996, 209 (218).

21 Hachenburg/Ulmer, *GmbHG*, § 63 Rz. 128.

22 Scholz/K. Schmidt, *GmbHG*, § 63 Rz. 88.

23 Vgl. Uhlenbruck, *GmbH & Co KG*, S. 498; Kuhn/Uhlenbruck, *KO*, § 209 Rz. 87.

24 Für den Fall der GmbH, deren einziger Zweck die Verwaltung des KG-Vermögens ist, wird der Anspruch der KG zugesprochen: BGH, *NJW* 1982, 2689 ff.; BGHZ 75, 321; 76, 326 (337 f.); K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, § 56 IV 3b); F. Kübler, *Gesellschaftsrecht*, § 21 III 2.

25 Häsemeyer, *Insolvenzrecht*, Rz. 31.27. A.A. Noack, *Sonderband 1 zu Kübler/Prütting, InsO*, Rz. 553.

Zusammenfassung des zweiten Teils

- § 93 InsO dient weder der Erstreckung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf die Ansprüche gegen den Gesellschafter, noch kann mit deren Einziehung durch den Verwalter die Massearmut in der Gesellschaftsinsolvenz beseitigt werden.
- Die Geltendmachung der Haftung durch den Insolvenzverwalter gewährleistet vielmehr die Verfügbarkeit der Ansprüche gegen den Gesellschafter für eine Sanierung des insolvenzbelegenen Unternehmens. Die Forderungen gegen den Gesellschafter und die durch deren Einziehung erlangten Beträge sind ein Teil der Sanierungsmasse im Gesellschaftsinsolvenzverfahren. Durch § 93 InsO wird verhindert, dass das in ihnen liegende Sanierungspotential durch isolierte Liquidationen einzelner Gläubiger vernichtet wird. Um Umgehungen zu vermeiden, ist die Sperrwirkung des § 93 InsO auch auf Bürgschaften und Schuldbeiträge persönlich haftender Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten zu beziehen.
- Bei der Geltendmachung der Gesellschafterhaftung kann sich der Insolvenzverwalter auf eine gesetzliche Einziehungsermächtigung stützen. Da er hierdurch nicht die Verfügungsbefugnis über die Ansprüche gegen die Gesellschafter erlangt, kann er sie weder abtreten noch mit ihnen aufrechnen. Ebenso ist eine umfassende Freigabe sämtlicher Ansprüche ausgeschlossen. Die eingezogenen Beträge hat er in einer dinglich von der Insolvenzmasse getrennten Sondermasse treuhänderisch zu verwalten. Die Haftung des Gesellschafters ist weder bei der Feststellung der Insolvenzreife der Gesellschaft noch bei der Prüfung zu berücksichtigen, ob eine im Sinne der §§ 26, 207 InsO die Verfahrenskosten deckende Insolvenzmasse vorhanden ist.
- Den Gläubigern ist es nach Verfahrenseröffnung nicht mehr möglich, ihre Forderungen selbständig klageweise geltend zu machen. Ihnen bleibt es aber in den Grenzen der §§ 94 ff. InsO unbenommen, trotz der Sperrwirkung des § 93 InsO mit ihren Forderungen gegen Ansprüche des Gesellschafters aufzurechnen.
- Direktzahlungen an einen Gläubiger wirken für den Gesellschafter grundsätzlich befreiend. Wird vor Eröffnung des Gesellschaftsinsolvenzverfahrens gezahlt, kann der Gesellschaftsinsolvenzverwalter hiergegen gegebenenfalls im Wege der Gläubigeranfechtung vorgehen. Finden sie nach Verfahrenseröffnung statt, so kann er das Erlangte beim Gläubiger kondizieren.
- Der Gesellschafter kann seinerseits mit Forderungen gegen einzelne Gläubiger gegen die Haftungsansprüche aufrechnen. Dagegen ist die Aufrechnung mit Insolvenzforderungen gegen die Inanspruchnahme durch den Verwalter unzulässig.
- Im Insolvenzplanverfahren ist für die Gesellschaftergläubiger nach § 222 II InsO eine eigene Abstimmungsgruppe zu bilden, wenn der Gesellschafter nicht allen Gläubigern haftet und diese Haftung von der Regelung im Insolvenzplan betroffen ist. Aussetzungsentscheidungen nach § 233 InsO können nicht nur die Auskehr der vom Gesellschafter erlangten Beträge erfassen, sondern schon die Geltendmachung der Haftung betreffen.

- Die Eröffnung des Gesellschafterinsolvenzverfahrens ist rechtlich unabhängig vom Insolvenzverfahren über das Gesellschaftsvermögen. In Ersterem macht der Gesellschaftsinsolvenzverwalter die Forderungen der Gesellschaftergläubiger im eigenen Namen als Insolvenzforderungen geltend. Die Forderungen gegen die Gesellschaft und die Haftungsforderungen gegen den Gesellschafter sind bis zur vollständigen Befriedigung in beiden Verfahren mit ihrem vollem Betrag zu berücksichtigen, es gilt § 43 InsO.

3. Teil Die persönliche Haftung der Ehegatten im Insolvenzverfahren über das gemeinschaftlich verwaltete Gesamtgut

Ein Insolvenzverfahren über ein gemeinschaftlich verwaltetes Gesamtgut, für das die §§ 333, 334 InsO als Sondervorschriften gelten, wird schon wegen der geringen zahlenmäßigen Bedeutung der ehelichen Gütergemeinschaft selten sein. Für den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit ist dieses Verfahren dennoch von wenigstens theoretischem Interesse, weil gemäß § 334 I InsO auch die persönliche Haftung der Ehegatten für Gesamtgutsverbindlichkeiten während des Insolvenzverfahrens über das Gesamtgut nur vom Verwalter geltend gemacht werden kann. Die Vorschrift entspricht damit § 93 InsO und war noch im Regierungsentwurf, der keinen gesonderten Abschnitt für die Insolvenz des gemeinschaftlich verwalteten Gesamtguts kannte, § 105 RegEInsO angegliedert, in dem in Absatz eins die Gesellschafterhaftung und in Absatz zwei die Ehegattenhaftung parallel geregelt wurden. Nach § 334 II InsO ist schließlich § 227 I InsO auf die persönlich haftenden Ehegatten entsprechend anwendbar. Damit wird die Ehegattenhaftung nach § 1459 II S. 1 BGB auch im Insolvenzplanverfahren wie die persönliche Haftung eines Gesellschafters behandelt, dem die Nachhaftungsbegrenzung des § 227 I InsO gemäß § 227 II InsO zugute kommt.¹

Die vergleichbaren Haftungsverhältnisse beim gemeinschaftlich verwalteten Gesamtgut und in der Personengesellschaft² unterliegen also auch im Insolvenzverfahren einer vergleichbaren Abwicklung. Inwieweit diese Gleichsetzung im Hinblick auf die Abschaffung des Ausfallprinzips des § 236 c KO überzeugt, soll hier nicht erörtert werden. Anzumerken ist nur, dass stattdessen nun § 43 InsO gilt, wodurch die Gesamtgutsgläubiger gegenüber den Eigengläubigern privilegiert werden, weil Erstere nun sowohl aus dem Sondervermögen als auch aus dem Eigenvermögen vollständig Befriedigung verlangen können und in der Eigeninsolvenz nicht mehr nur die Quote auf ihren Ausfall erhalten. Die zur Abschaffung des § 212 KO angestellten Überlegungen³ können jedenfalls nicht hierher übertragen werden, weil eine Verselbständigung des Gesamtguts zum Rechtssubjekt nach ganz herrschender Meinung abzulehnen ist.⁴

Etwas ausführlicher ist dagegen die funktionelle Einordnung des § 334 InsO zu behandeln. Im Anschluss daran kann die Frage erörtert werden, ob die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Vorschrift auf die Insolvenz des gemeinschaftlich verwalteten Gesamtguts überzeugt.

1 Für die KO und die Verwandtschaft von § 212 KO und § 236 c KO vgl. *Pagenstecher/Grimm*, § 66 I.

2 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 34.03; *Schallenger/Rafiqpoor*, FK-InsO, § 334 Rz. 5.

3 Siehe S. 161 ff.

4 Vgl. nur: *Soergel/Gaul*, BGB, § 1416 Rz. 3; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, § 38 II 3; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 8 III 3.

I. Funktion des § 334 I InsO

Soweit § 334 InsO in der Literatur überhaupt selbständig kommentiert wird, werden die von der herrschenden Ansicht zur Funktion des § 93 InsO vertretenen Ansichten vollständig auf § 334 I InsO übertragen. Zweck des § 334 I InsO sei es, Gleichbehandlung der Gesamtgutgläubiger auch hinsichtlich der Ehegattenhaftung zu gewährleisten und gleichzeitig die Quote der mangels Masse nicht eröffneten Verfahren zu senken.⁵ Wie die bisher angestellten Überlegungen gezeigt haben, sind diese Ziele jedoch nur legitim, wenn die Ansprüche der Gläubiger aus § 1459 II S. 1 BGB wie Bestandteile der Insolvenzmasse behandelt werden könnten. Nur dann wäre es gerechtfertigt, ihre Geltendmachung dem Regime des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu unterwerfen und sie wie sonstige Massebestandteile vorrangig zur Tilgung von Masseverbindlichkeiten zu verwenden. Auch für die Ansprüche aus § 1459 II S. 1 BGB ist daher zu fragen, ob sich Gründe dafür finden lassen, sie trotz ihrer vermögensrechtlichen Zuordnung zum Gläubigervermögen haftungsrechtlich dem Gesamtgut zuzuordnen.

Für die Gesamtschadensersatzansprüche konnte gezeigt werden, dass sie haftungsrechtlich zum Insolvenzschuldnervermögen gehören, weil diese Rechte Defizite in dem den Gläubigern primär haftenden Vermögen ausgleichen sollen. Weil sie Kompensationen für Masseminderungen sind, muss ihre Verteilung in der Insolvenz des betroffenen Vermögens insolvenzrechtlichen Vorschriften folgen.⁶

Weil die Haftungsverhältnisse beim persönlich haftenden Gesellschafter und bei der Ehegattenhaftung nach § 1459 II S. 1 BGB vergleichbar sind, spricht vieles dafür, dass auch die haftungsrechtliche Zuordnung der Ansprüche gleich ausfällt. Für die Haftung des Gesellschafters wurde ein Auseinanderfallen von vermögens- und haftungsrechtlicher Zuordnung verneint, weil die Gesellschaftershaftung haftungsrechtlich nicht anders zu behandeln ist als ein akzessorisches Sicherungsrecht. Allein dass der Gesellschafter im Regelfall allen Insolvenzgläubigern haftet, erlaubt es nicht, diese Ansprüche der Masse zuzuordnen.⁷ Nichts anderes kann im Ergebnis für die Haftung aus § 1459 II S. 1 BGB gelten:

Die persönliche Haftung des Ehegatten mag zwar dazu dienen, Vermögensverschiebungen zu Lasten der Gesamtgutgläubiger zwischen Gesamtgut einerseits und Sonder- bzw. Vorbehaltsgut andererseits unschädlich zu machen,⁸ setzt diese jedoch nicht voraus. Der Ehegatte haftet mit anderen Worten auch dann persönlich mit seinem Sonder- und Vorbehaltsgut, wenn solche masseverkürzenden Handlungen nicht stattgefunden haben. Nur wenn Minderungen des Gesamtguts zugunsten des Eigenvermögens eines Ehegatten tatbestandliche Voraussetzungen der Haftung wären und sich diese auch im Umfang an der

5 Kübler/Prütting/Kemper, InsO, § 334 Rz. 2; Schallenberger/Rafiqpoor, FK-InsO, § 334 Rz. 6, siehe aber auch § 333 Rz. 27.

6 Siehe S. 42 ff.

7 Siehe S. 99 ff.

8 Staudinger/Thiele, BGB, § 1459 Rz. 3; Soergel/Gaul, BGB, § 1459 Rz. 1. Grundsätzlich kritisch gegenüber der Vorschrift: Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, § 38 VIII 6.

Beeinträchtigung des Gesamtguts orientieren würden, ließe sich eine haftungsrechtliche Zuordnung zum Gesamtgut möglicherweise vertreten. So aber hat es bei der Trennung der Vermögensmassen auch und gerade in der Insolvenz zu bleiben: Die Insolvenz des Gesamtguts löst nicht zwangsläufig Insolvenzverfahren über die Eigenvermögen der Ehegatten aus,⁹ und umgekehrt tangiert die Insolvenz des Eigenvermögens nicht das Gesamtgut. Eigen- und Gesamtgutsinsolvenz werden im Insolvenzverfahren noch klarer als im Konkursverfahren geschieden, wenn in § 333 II InsO auf die Zahlungsunfähigkeit nur des Gesamtguts abgestellt wird.¹⁰ Nach § 236 a I KO hing die Eröffnung von der Zahlungsunfähigkeit der Ehegatten ab, so dass ein Gesamtgutskonkursverfahren nur eröffnet werden konnte, wenn auch die Eigenvermögen beider Gatten konkursreif waren.¹¹ Dadurch waren Sonder- und Eigenkonkurs in einer Weise miteinander verzahnt, die an den zwangsläufigen Doppelkonkurs von Gesellschaft und Gesellschafter nach § 287 II PreußKO erinnerte.¹² Durch die InsO sind nun die Eröffnungsvoraussetzungen für Gesellschafts- und Gesamtgutsinsolvenz in dieser Hinsicht harmonisiert.

Weil also die Ansprüche aus § 1459 II S. 1 BGB auch nicht haftungsrechtlich der Insolvenzmasse zuzuordnen sind, lässt sich auch ihre Gleichbehandlung mit massezugehörigem Vermögen nicht rechtfertigen. Die im ersten Teil zu § 92 InsO vertretenen Lösungen sind daher nicht für § 334 I InsO übernehmen, weil dort entscheidend auf die Natur der Gesamtschadensansprüche als Kompensationsrechte abgestellt wurde. Aufgrund der schon angesprochenen Vergleichbarkeit der Haftungsverhältnisse bei der Personengesellschaft liegt es weitaus näher, die im zweiten Teil für § 93 InsO gefundenen Lösungen auf § 334 I InsO zu übertragen.

Für § 93 InsO konnte gezeigt werden, dass er ursprünglich die Planverfügbarkeit der Gesellschafterhaftung und dadurch den Schutz der Sanierungs- und Reorganisationsmasse gewährleisten sollte.¹³ Auch wenn der Gesetzgeber diesen Normzweck aus den Augen verlor, liegt hierin doch die entscheidende Aufgabe der einheitlichen Geltendmachung der Haftung des Gesellschafter. Die Sanierung des gemeinschaftlich verwalteten Gesamtguts im Wege des Insolvenzplanverfahrens mag zwar theoretisch möglich und zulässig sein, tatsächlich wird es jedoch ein solches Verfahren wohl nie geben. Eine Sanierung verspricht doch nur dann verbesserte Befriedigungschancen für die Insolvenzgläubiger, wenn in der Insolvenzmasse ein Unternehmen enthalten ist, das im Falle einer Fortführung

9 Schallenberger/Rafiqpoor, FK-InsO, § 333 Rz. 27.

10 Schallenberger/Rafiqpoor, FK-InsO, § 333 Rz. 26 f.; Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rz. 34.04. Kübler/Prütting/Kemper, InsO, § 333 Rz. 6 umgehen diese Änderung der Rechtslage und den klaren Gesetzeswortlaut, indem sie die gesamtschuldnerische Haftung der Ehegatten für Gesamtgutsverbindlichkeiten bei der Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit des Gesamtguts mit berücksichtigen. Dies entspricht zwar der auch zu § 93 InsO teilweise vertretenen Auffassung, dass die Haftung der Gesellschafter bei der Verfahrenseröffnung über das Gesellschaftsvermögen mitanzusetzen sei, ist jedoch hier wie dort abzulehnen. Vgl. S. 132.

11 Insofern ist es wenigstens irreführend, wenn es in der Gesetzesbegründung heißt, dass § 236 a KO durch § 333 InsO »sinngemäß übernommen« wurde. Vgl. Begr. zu § 19 RegEInsO, abgedruckt bei Balz/Landfermann, S. 591.

12 Vgl. zur faktischen Abhängigkeit der Verfahrenen Baur, FamRZ 1958, 252 (259).

13 Siehe S. 103 ff.

zukünftig wieder Gewinne erwirtschaften kann, die den Zerschlagungserlös übersteigen. Insofern ist § 93 InsO eine Vorschrift für die Insolvenz eines Unternehmensträgers.¹⁴ Dass ein Sanierungsplan bei einem nicht unternehmenstragenden Sondervermögen für die Insolvenzgläubiger attraktiv ist, lässt sich praktisch ausschließen. Daher gibt es in der Insolvenz des gemeinschaftlich verwalteten Gesamtguts keine feststellbaren Sanierungsaussichten, abgesehen von dem eher theoretischen Sonderfall, dass das Gesamtgut ein Unternehmen umfasst.

Die Berechtigung einer Vorschrift, deren Sinn nur in Ausnahmefällen zur Geltung kommt und die im Übrigen vor allem zusätzliche Kosten verursacht, ist äußerst zweifelhaft. Nicht zufällig erscheint der Vorschlag, die einheitliche Einziehung auch für die Ehegattenhaftung anzuordnen, erstmals im Referentenentwurf in § 100 II RefEInsO. Denn ebenfalls im Referentenentwurf wurde zum ersten Mal die eigentliche Bedeutung der einheitlichen Einziehung der Gesellschafterhaftung als Sanierungsinstrument verkannt und ihr unzulässigerweise die Funktion der Masseanreicherung beigemessen.¹⁵ Nur weil § 93 InsO funktionell missdeutet wurde, konnte überhaupt der Gedanke aufkommen, die Haftung der Ehegatten für Gesamtgutsverbindlichkeiten nach demselben Konzept abzuwickeln.

Wenn insofern von § 334 InsO keine positiven Effekte für das Insolvenzverfahren über ein gemeinschaftlich verwaltetes Gesamtgut zu erwarten sind, so sind doch andererseits auch keine folgenschweren negativen Konsequenzen zu prognostizieren, jedenfalls sofern grundsätzlich die im zweiten Teil für § 93 InsO entwickelten Lösungen übertragen werden. Dies verhindert vor allem, dass die Ansprüche aus § 1459 II S. 1 BGB gegen die Ehegatten zur Tilgung von Gesamtgutsmasseverbindlichkeiten herangezogen werden, was die Rechte der Inhaber der Forderungen in nicht zu rechtfertigender Weise beeinträchtigen würde.

Im Einzelnen folgt hieraus für die Gläubiger, dass sie während des Gesamtgutsinsolvenzverfahrens zur Durchsetzung ihrer Ansprüche auf den Verwalter angewiesen sind, der ihre Rechte als Prozessstandschafter wahrnimmt.¹⁶ Der Insolvenzverwalter des Gesamtguts bildet aus den eingetribenen Beträgen eine dinglich von der Insolvenzmasse getrennte Sondermasse, die auch schon vor Ende des Gesamtgutsinsolvenzverfahrens vollständig verteilt werden kann. Zwischen Gläubiger und Ehegatten bestehende Aufrechnungslagen werden nicht von der Gesamtgutsinsolvenz berührt, soweit diese vor der Verfahrenseröffnung begründet wurden. Vor Verfahrenseröffnung erlangte Leistungen eines Ehegatten können vom Gesamtgutsinsolvenzverwalter allenfalls nach dem Anfechtungsgesetz angefochten werden. Direktzahlungen eines Ehegatten an einen Gläubiger nach Verfahrenseröffnung über die aus der Sondermasse zu beanspruchende Quote hinaus können vom Verwalter als ungerechtfertigte Bereicherung herausverlangt werden.

14 Siehe S. 106 f.

15 Vgl. 2. Teil Allg. Begr. zum RefEInsO, S. 45; Begr. zu § 100 RefEInsO 3. Teil, S. 96 ff.

16 Vgl. hierzu und zum Folgenden: S. 131 ff.

II. Der Anwendungsbereich des § 334 InsO

§ 334 InsO erfasst seiner systematischen Stellung und seinem Wortlaut entsprechend nur die persönliche Haftung der Ehegatten nach § 1459 II S. 1 BGB.¹⁷ Die Geltendmachung durch den Insolvenzverwalter kommt also nur in Sonderinsolvenzverfahren über ein gemeinschaftlich verwaltetes Gesamtgut zum Zuge.

Verwaltet einer der Ehegatten das Gesamtgut, findet kein Sonderinsolvenzverfahren über das Gesamtgut statt. Es gehört vielmehr zum Vermögen des verwaltenden Ehegatten, so dass es in dessen Eigeninsolvenz ohnehin Teil der Insolvenzmasse ist.¹⁸ Die Frage, wie die Haftung des verwaltenden Ehegatten für Gesamtgutsverbindlichkeiten abzuwickeln ist, stellt sich daher gar nicht. Im Insolvenzverfahren des anderen Ehegatten wäre es dagegen durchaus denkbar, die Haftung des verwaltenden Ehegatten aus § 1437 II BGB und die des Gesamtguts nach § 1437 I BGB der einheitlichen Einziehung durch den Insolvenzverwalter zu unterwerfen. Nach § 1437 I, II BGB haften das Gesamtgut und das Eigenvermögen des verwaltenden Ehegatten für sämtliche Verbindlichkeiten des anderen Ehegatten, soweit diese nach §§ 1438 ff. BGB Gesamtgutsverbindlichkeiten sind. Angesichts dieser sehr weitgehenden Mithaft ließe es sich durchaus begründen, auch diese Ansprüche in der Eigeninsolvenz der Geltendmachung durch den Verwalter zu unterwerfen, denn die Lage ist insoweit der des § 1459 II S. 1 BGB durchaus vergleichbar. Dass das Insolvenzverfahren des nicht-verwaltenden Ehegatten kein Sonderinsolvenzverfahren ist, kann kein überzeugendes Abgrenzungskriterium sein. Man mag den entscheidenden Unterschied darin sehen, dass die Haftung aus § 1437 BGB wegen ihrer Beschränkung auf die Gesamtgutsverbindlichkeiten nicht sämtliche Verbindlichkeiten des nicht-verwaltenden Ehegatten erfasst. Jedenfalls sollte diese Frage angesichts der zweifelhaften Funktion des § 334 InsO schon in der Gesamtgutsinsolvenz nicht durch dessen analoge Anwendung in der Insolvenz des nicht-verwaltenden Ehegatten gelöst werden.

17 Kübler/Priütting/Kemper, InsO, § 334 Rz. 2; Schallenberger/Rafiqpoor, FK-InsO, § 334 Rz. 1 f.

18 Staudinger/Thiele, BGB, Vorbem. zu §§ 1437 – 1440 Rz. 20.

4. Teil Analoge Anwendungsmöglichkeiten der §§ 92, 93 InsO

Abschließend soll beleuchtet werden, welche Ansprüche, die nicht in den bisher abgesteckten Anwendungsfeldern der §§ 92, 93 InsO liegen, während des Insolvenzverfahrens gleichfalls einheitlich vom Insolvenzverwalter anstelle der Gläubiger geltend zu machen sind. Zu analysieren sind somit analoge Anwendungsmöglichkeiten der §§ 92, 93 InsO. Aufgrund der haftungsrechtlichen Funktion des § 92 InsO einerseits und der Sanierungsschutzfunktion des § 93 InsO andererseits muss hier stets zunächst gefragt werden, wie die betroffenen Ansprüche haftungsrechtlich zuzuordnen sind. Wenn sich hiernach ergibt, dass es nicht gerechtfertigt ist, den Insolvenzbeschlagn auch auf sie zu erstrecken, scheidet jedenfalls das Konzept des § 92 InsO aus, denn dann ist ihre Behandlung als Massebestandteile und die faktische Umwandlung einer Außen- in eine Innenhaftung unzulässig. Man kann dann nur noch über eine Anwendung von § 93 InsO diskutieren, die ihrerseits voraussetzt, dass die Haftung des Dritten als (potentieller) Teil der Sanierungsmasse begriffen werden kann.

Vorangestellt sei eine Anmerkung zu zwei Grundvoraussetzungen der einheitlichen Einziehung, die nach dem Bisherigen fast selbstverständlich sind: Nur eine Außenhaftung, also eine unmittelbare Haftung eines Dritten gegenüber den Gläubigern des Insolvenzschuldners, kann überhaupt §§ 92 oder 93 InsO zu unterwerfen sein. Weiterhin muss diese Außenhaftung wenigstens grundsätzlich zugunsten aller Gläubiger des Schuldners bestehen. Sie darf sich mit anderen Worten nicht als individuelles Vorzugsrecht darstellen, das weder haftungsrechtlich dem Schuldnervermögen zugeordnet werden könnte, noch ein Teil der Sanierungsmasse wäre.

1. Haftung in der Vorgesellschaft

Die Rechtsnatur einer Vorgesellschaft – also einer künftigen Kapitalgesellschaft nach Abschluss des Gesellschaftsvertrages, aber vor Eintragung ins Handelsregister – ist ein alter Streitpunkt im Gesellschaftsrecht. Die Lösungen reichen hier von einer Einordnung als BGB-Gesellschaft¹ bis zur Anwendung des GmbH-Rechts, »soweit dieses nicht die Eintragung voraussetzt«². Unstreitig ist jedenfalls die Insolvenzfähigkeit der Vorgesell-

1 RGZ 82, 288 (290); 105, 228 (229).

2 BGHZ 20, 281 (285) zur Vor-eG. G. Hueck, Gesellschaftsrecht, § 35 II 2.; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 11 Rz. 6; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, § 11 Rz. 8; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 11 Rz. 3; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 11 Rz. 24, alle m.w.N.

schaft.³ Unklar ist allerdings, ob die Vorgesellschaft als »Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit« einzuordnen ist und ob § 93 InsO deshalb auf diese unmittelbar angewendet werden kann. Wäre dies zu verneinen,⁴ so wäre die Möglichkeit der analogen Anwendung des § 93 InsO zu prüfen. Die Frage nach der Zulässigkeit einer solchen Analogiebildung stellt sich jedoch nicht, wenn schon die Haftungsverfassung der Vorgesellschaft keine einheitliche Einziehung erlaubt oder erforderlich macht.

Bei der Haftung für Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft ist zwischen der Haftung der Gesellschafter und der Handelndenhaftung aus § 11 II GmbHG bzw. § 41 I S. 2 AktG zu unterscheiden.

1. Haftung der Gesellschafter

Für die Haftung der Vorgesellschafter erübrigt sich seit dem Urteil des BGH vom 27. Januar 1997⁵ jede Diskussion um eine Anwendung von §§ 92 oder 93 InsO, weil diese von der Rechtsprechung⁶ und der herrschenden Meinung in der Literatur⁷ seitdem als Innenhaftung, also als Haftung der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft, behandelt wird.⁸ Zwar mag man darüber streiten, ob nicht auch aus haftungsrechtlicher Sicht eine Außenhaftung der Gesellschafter nach dem Vorbild des § 128 HGB überzeugender wäre, auf die in der Vorgesellschaftsinsolvenz § 93 InsO angewendet werden könnte,⁹ andere als theoretische Bedeutung hat diese Diskussion jedoch nicht mehr, nachdem sich die Rechtsprechung auf das Innenhaftungsmodell festgelegt hat. Die Ansprüche gegen die Gesellschafter stehen daher der Gesellschaft zu, so dass sie ohnehin in die Insolvenzmasse in diesem Verfahren fallen und der Insolvenzverwalter die Verfügungsbefugnis über sie gemäß § 80 InsO besitzt.

2. Handelndenhaftung

Die Handelndenhaftung nach §§ 11 II GmbHG, 41 I S. 2 AktG ist dagegen zweifelsfrei eine Außenhaftung. Für sie kann daher durchaus sinnvoll gefragt werden, ob sie in der

3 Vgl. *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, § 11 Rz. 50; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 34 III 3 a); *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 11 Rz. 56; *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 57; *Schmerbach* in FK-InsO, § 11 Rz. 28.

4 So z.B. *Kübler/Prütting/Lüke*, InsO, § 93 Rz. 10, der auch eine analoge Anwendung offenbar ablehnt und hieraus wiederum Schlüsse für die gesellschaftsrechtliche Streitfrage der Haftungsverfassung zieht.

5 BGHZ 134, 333 ff.

6 Vgl. jüngst HansOLG Bremen NZG 2001, 227 f.

7 So schon *Ulmer*; ZIP 1996, 733 ff.; *Fleischer* in EWiR § 11 GmbHG 1/97, 463 f.; *F. Kübler*, Gesellschaftsrecht, § 24 III 1 c.). Ablehnend *Raab*, WM 1999, 1596 (1604). Zahlreiche weitere Nachweise auch mit Stimmen zur Gegenmeinung bei *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 145 Fn. 16.

8 Vgl. zu dieser Frage statt vieler *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, § 11 Rz. 60 ff. mit umfangreichen Nachweisen zum alten Streitstand.

9 Hierfür *K. Schmidt*, ZIP 1997, 671 f.; *Kleindiek*, ZGR 1997, 427 ff.

Insolvenz der Vorgesellschaft vom Verwalter geltend zu machen ist und wenn ja, nach welchem Konzept dies zu erfolgen hat.

Die Haftung der für die Vorgesellschaft Handelnden ist eine akzessorisch¹⁰ zur Vorgesellschaftsschuld ausgestaltete Organhaftung¹¹ für rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche¹² Verbindlichkeiten. Sie hat ihre gläubigersichernde Funktion neben der Haftung der Gesellschaft (unterfüttert durch die Innenhaftung der Gesellschafter) nicht vollständig verloren.¹³ Allerdings ist ihre Bedeutung durch die Aufgabe des Vorbelastungsverbots¹⁴ stark zurückgegangen, weshalb allgemein eine enge Auslegung des § 11 II GmbHG gefordert wird.¹⁵

Von vornherein ausgeschlossen ist angesichts dieser Funktion der Haftung jedenfalls die analoge Anwendung des § 92 InsO, da dann die Haftungsansprüche wie Gesellschaftsvermögen behandelt würden. Für eine solche haftungsrechtliche Zuordnung fehlt jeder Anhaltspunkt, denn der Handelnde haftet ja nicht abhängig von einem konkreten Defizit des Gesellschaftsvermögens, das ihm in irgendeiner Weise zugerechnet werden könnte, sondern voll und primär neben der Gesellschaft mit dem Zweck des Gläubigerschutzes. Er nimmt insofern eine bürgenähnliche Position ein.¹⁶ Die Ansprüche gegen den Handelnden kompensieren deshalb nicht Defizite der Masse, sondern konkret die Schäden der einzelnen Gläubiger. Es handelt sich insofern nicht um Gesamtschäden, so dass die Ersatzansprüche auch nicht der Gesamtheit der Insolvenzgläubiger zuzuweisen sind. § 92 InsO kann daher nicht analog angewendet werden.

Die analoge¹⁷ Anwendung des § 93 InsO wäre andererseits nur gerechtfertigt, wenn sich zeigen ließe, dass die Handelndenhaftung in vergleichbarer Weise wie die Haftung der Personengesellschafter als Teil der Sanierungs- und Reorganisationsmasse bezeichnet werden kann. Nur dann wäre zum Schutz der Sanierungsmasse eine Geltendmachung durch den Verwalter geboten. Insolvenzmassefremdes Vermögen – wie die Ansprüche gegen den Handelnden – kann nur zur Sanierungsmasse gezählt werden, wenn eine begründete Aussicht besteht, dass es tatsächlich zur Umstrukturierung zur Verfügung gestellt wird. Dagegen spricht hier, dass die Handelndenhaftung nach heutigem Verständnis auf einem individuell von einem einzelnen Beteiligten gegenüber einem einzelnen

10 *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, § 11 Rz. 100, 113; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 11 Rz. 111.

11 *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 11 Rz. 14; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 11 Rz. 101; *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, § 11 Rz. 105.

12 OLG Karlsruhe, ZIP 1998, 958; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Rittner*, GmbHG, § 11 Rz. 112; *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, S. 329 (Fn. 95).

13 BGHZ 47, 25 (29) (noch unter Geltung des Vorbelastungsverbots); BGHZ 91, 148 (152); *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 11 Rz. 93; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 11 Rz. 12; einschränkend *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, § 11 Rz. 98 m.w.N.

14 BGHZ 80, 129 ff.

15 Vgl. nur *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, § 11 Rz. 99 mit umfangreichen Nachweisen.

16 *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 11 Rz. 111, 113.

17 Eine unmittelbare Anwendung scheidet bezüglich der Haftung aus §§ 11 II GmbHG, 41 I S. 2 AktG schon daran, dass dies keine Haftung der Gesellschafter ist. Sieht man außerdem die Vorgesellschaft nicht als Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, so wäre auch für dieses Merkmal eine Analogiebildung erforderlich.

Gläubiger gelegten Rechtsgrund beruht. Warum gerade dieser durch Verzicht auf seine Ansprüche zugunsten der Sanierungsmasse zur Umstrukturierung in besonderer Weise beitragen sollten, ist nicht erkennbar. Anders als die Haftung nach § 128 HGB ist die Haftung nach §§ 11 II GmbHG, 41 I S. 2 AktG eben nicht allseitig strukturiert, es haftet vielmehr nur der konkret an einem Geschäft beteiligte Geschäftsführer¹⁸ dem einzelnen Geschäftspartner. Die einheitliche Einziehung der Handelndenhaftung wäre deshalb mit erheblichen praktischen Problemen belastet, weil der Insolvenzverwalter jeweils im Einzelfall die Voraussetzungen einer Haftung zu prüfen hätte und nicht vom Bestehen einer Vorgesellschaftsschuld auf die Haftung des Organs schließen könnte. Die Organhaftung nach §§ 11 II GmbHG, 41 I S. 2 AktG kann daher nicht analog § 93 InsO vom Insolvenzverwalter der Vorgesellschaft geltend gemacht werden.¹⁹

II. Haftung beim Übergang eines Handelsgeschäfts

Der Übergang eines Handelsgeschäfts wirft sowohl in der Insolvenz des Erwerbers, als auch in der des Altunternehmers die Frage nach der einheitlichen Geltendmachung der Haftung des jeweils anderen auf. In beiden Verfahren können unternehmensbezogene Verbindlichkeiten eine Rolle spielen, die noch vor Übergang des Unternehmens entstanden sind: Der Altunternehmer haftet für solche »Altverbindlichkeiten« in der Insolvenz des Erwerbers, weil er derjenige ist, gegen den seinerzeit der Anspruch begründet wurde, der Neuunternehmer haftet unter Umständen aus § 25 I S. 1 HGB in der Altunternehmerinsolvenz.

1. Analoge Anwendung der §§ 92, 93 InsO auf die Geschäftserwerberhaftung nach § 25 I S. 1 HGB im Insolvenzverfahren des Altunternehmers?

Eine Anwendung des § 92 InsO auf die Geschäftserwerberhaftung scheidet aus, wenn man dem hier vertretenen Konzept folgt und der Vorschrift die Funktion zuerkennt, die Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf solche insolvenzschuldnerfremden Ansprüche zu erstrecken, die aufgrund ihrer haftungsrechtlichen Zuordnung Bestandteile der Insolvenzmasse sind. Die Ansprüche gegen den Geschäftserwerber sind vermögens- wie haftungsrechtlich den Vermögen der Gläubiger zuzuordnen. Insbesondere sind sie anders als die Gesamtschadensersatzansprüche keine Kompensationsrechte für Masseverkürzungen. Deshalb sind sie kein Bestandteil des den Insolvenzgläubigern haftungsrechtlich zugewiesenen Vermögens. Die insolvenzrechtliche Haftungsordnung darf daher nicht auf sie erstreckt werden.

18 Welche Form die Beteiligung im Einzelnen haben muss, ist allerdings umstritten. Manche halten schon Kenntnis des Geschäfts für ausreichend. Für eine restriktive Auslegung *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, § 11 Rz. 110 m.w.N.

19 Mit anderem Ansatz, im Ergebnis aber ebenso: *Noack*, Sonderband 1 zu *Kübler/Prütting*, InsO, Rz. 508; *Oepen*, Rz. 283; *K Schmidt*, Insolvenzrecht der Unternehmen S. 83; *ders.*, ZGR 1996, 209 (217).

Doch auch eine entsprechende Anwendung des § 93 InsO ist abzulehnen. Die Vorschrift gewährleistet die Planverfügbarkeit der betroffenen Ansprüche, so dass diese als Teil der Sanierungsmasse geschützt werden. Ein präventiver Schutz von Sanierungschancen ist aber nur dort vonnöten, wo diese überhaupt bestehen. Wie schon zur Ehegattenhaftung in der Gesamtgutsinsolvenz gezeigt wurde, ist dies in erster Linie bei solchen Vermögen der Fall, die ein Unternehmen umfassen, denn nur dort besteht die Möglichkeit, die Befriedigungsquoten durch eine Sanierung des insolventen Vermögensträgers oder des Unternehmens selbst zu erhöhen. Die Insolvenz des Veräußerers ist aber typischerweise die Insolvenz eines »Nichtmehrunternehmers«, so dass in diesem Verfahren keine Rücksicht auf Sanierungschancen genommen werden muss. Weil § 93 InsO eine Vorschrift für die Insolvenz eines Unternehmensträgers ist, besteht kein Bedürfnis für seine analoge Anwendung auf die Geschäftserwerberhaftung nach § 25 I S. 1 HGB in der Insolvenz des Altunternehmers.

2. Analoge Anwendung des § 93 InsO auf die Haftung des Altunternehmers im Insolvenzverfahren des Geschäftserwerbers

Dagegen ist umgekehrt die Haftung des Veräußerers in der Insolvenz des Erwerbers der Einziehung durch den Insolvenzverwalter analog^{20 21} § 93 InsO zu unterwerfen.

Die Vergleichbarkeit der Interessenlage beruht entscheidend darauf, dass hier wie dort ein Dritter für einen Großteil der Verbindlichkeiten des insolventen Unternehmensträgers haftet. Besondere Ähnlichkeit besteht daher insolvenzrechtlich zur Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters, für den ebenfalls eine Anwendung des § 93 InsO gefordert wurde.²² Um zu verhindern, dass die Gläubiger diese Ansprüche liquidieren, bevor sie durch eine Regelung im Insolvenzplan zur Sanierung des Unternehmens herangezogen werden können, ist es erforderlich, die Gläubiger von der Einziehungsbefugnis auszuschließen und diese dem Verwalter zuzusprechen. Auch hier wird wieder deutlich, dass § 93 InsO allenfalls reflexartig zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes

20 Die Analogie ist erforderlich, weil hier nicht die Haftung eines persönlich haftenden Gesellschafters in Rede steht, sie ist aber aufgrund der vergleichbaren Interessenlage zulässig. Im Übrigen hat sich der Gesetzgeber weder ausdrücklich noch konkludent gegen die Einbeziehung dieser Ansprüche in das Insolvenzverfahren ausgesprochen, so dass eine Regelungslücke vorliegt.

21 Ebenso *Open*, Rz. 275. Er begründet dieses Ergebnis allerdings aus der Verteilung der Rollen von »Haupt-« und »Haftungsschuldner« und geht davon aus, dass entsprechend der *ratio legis* des § 25 HGB der Erwerber der »eigentliche Schuldner« und daher »Hauptschuldner« sei, während der Veräußerer hier nur »Haftungsschuldner« sei. Die Ansprüche seien daher zum Erwerbvermögen zu ziehen. Die Implikationen dieser Begründung sind nicht unstrittig, denn die von *Open* vorgenommene Rollenzuweisung ist nur dann schlüssig, wenn man § 25 HGB als Ausdruck der so genannten Kontinuitätstheorie auffasst (vgl. vor allem *K. Schmidt*, Handelsrecht § II 1. c). Nur wenn man das Unternehmen als maßgebliches Zuordnungsobjekt begreift, wird verständlich, weshalb dem Erwerber die Rolle des »Hauptschuldners« zuzuschreiben ist.

22 Siehe S. 117 ff. Zur materiellrechtlichen Vergleichbarkeit siehe *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 8 I 6. b).

beiträgt, denn die Anwendung der Vorschrift ist davon unabhängig, ob auch der Altunternehmer seinerseits zahlungsunfähig oder überschuldet ist, wodurch ein Bedürfnis nach Gleichbehandlung überhaupt erst entstände.

III. Haftung bei verbundenen Unternehmen

Im Insolvenzverfahren eines abhängigen Unternehmens könnte dem Insolvenzverwalter der Tochtergesellschaft das Recht zuzuerkennen sein, die Verantwortung der Muttergesellschaft für die Verbindlichkeiten ihrer insolventen Tochter geltend zu machen. Wie schon bei den anderen analysierten Fällen kann das Prinzip der §§ 92, 93 InsO nur angewendet werden, sofern sich die Verantwortung der Muttergesellschaft als Außenhaftung gegenüber den Gläubigern der Tochtergesellschaft darstellt; eine Verlustausgleichspflicht der Mutter im Innenverhältnis kann weder von § 92 InsO noch von § 93 InsO erfasst sein, weil solche Ansprüche ohnehin zur Insolvenzmasse in der Insolvenz der Tochtergesellschaft gehören und deshalb schon nach § 80 I InsO der Verfügungsbefugnis des Verwalters unterliegen.

Schadensersatzansprüche der abhängigen Gesellschaft, die gemäß §§ 309 IV, 310 IV, 317 IV, 318 IV, 323 I S. 2 AktG von deren Gläubigern geltend gemacht werden können, wurden schon im Konkursverfahren gemäß § 309 IV S. 5 AktG durch den Verwalter geltend gemacht.²³ Hieran hat sich im Insolvenzverfahren nichts geändert. An dieser Stelle ist daher nur noch zu Ansprüchen aus § 302 I AktG und zur Haftung im qualifiziert faktischen Konzern Stellung zu nehmen. Schließlich ist die Abwicklung der Haftung der Hauptgesellschaft aus § 322 AktG gegenüber den Gläubigern der eingegliederten Gesellschaft zu erörtern.

1. Verlustausgleichspflicht nach § 302 I AktG bei Gewinnabführungs- oder Beherrschungsverträgen

Im Vertragskonzern muss das herrschende Unternehmen gemäß § 302 I AktG²⁴ die dem abhängigen Unternehmen während der Vertragsdauer entstehenden Verluste ersetzen. Es bedarf kaum der Erörterung, dass weder § 92 InsO noch § 93 InsO auf die Ausgleichspflicht angewendet werden können. Denn die Funktion der §§ 92, 93 InsO läuft in Bezug auf die Ansprüche aus § 302 I AktG leer, weil diese Ansprüche schon materiellrechtlich unstreitig der abhängigen Gesellschaft selbst zustehen.²⁵ Die Verlustaus-

²³ Siehe hierzu S. 32.

²⁴ Die Vorschrift gilt unmittelbar nur, wenn das beherrschte Unternehmen die Rechtsform einer AG besitzt, wird aber analog auch auf Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge angewendet, an denen eine GmbH als abhängige Gesellschaft beteiligt ist. BGHZ 103, 1 (5 ff.); *Hachenburg/Ulmer*, Anh. § 77 Rz. 223, 209; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, Anh. § 13 Rz. 33, 48; *F. Kübler*, Gesellschaftsrecht, § 39 V4.

²⁵ *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 31 III 2.d); *Koppensteiner* in *Kölner Komm AktG*, § 302 Rz. 20; *F. Kübler*, Gesellschaftsrecht, § 39 IV 2. c); *Würdinger*, S. 329.

gleichspflicht obliegt dem herrschenden Unternehmen im Verhältnis zum abhängigen Unternehmen. Der Anspruch fällt deshalb von vornherein in die Masse des Tochterunternehmens und unterliegt der Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters.²⁶ Selbst wenn man, wie vereinzelt gefordert wird,²⁷ den Gläubigern der Tochter ein eigenes Recht zur Geltendmachung dieses Anspruchs analog § 309 IV S. 3 AktG zuspräche, forderte dies nicht die Anwendung von § 92 InsO oder § 93 InsO, denn konsequenterweise wäre nach dieser Meinung auch § 309 IV S. 5 AktG anzuwenden, so dass jedenfalls im eröffneten Insolvenzverfahren die Abwicklung über die Masse gesichert wäre. Die Verlustausgleichspflicht nach § 302 I AktG kann daher weder nach § 92 noch nach § 93 InsO liquidiert werden, weil es sich bei ihr um »eine Art Innenhaftung«²⁸ handelt.

2. Haftung im qualifiziert faktischen Konzern

Die im Einzelnen ungemein vielschichtigen materiellrechtlichen Fragen zur Haftung im qualifiziert-faktischen Konzern können hier nicht umfassend dargestellt werden.²⁹ Im Zusammenhang mit §§ 92, 93 InsO ist auch nur Folgendes von Bedeutung: Soweit im faktischen Konzern analog § 302 I AktG dem herrschenden Unternehmen eine verschuldensunabhängige Verlustausgleichshaftung auferlegt wird, kann diese entsprechend den Ausführungen unter 1. nicht in den Anwendungsbereich von §§ 92, 93 InsO fallen, weil diese eine Innenhaftung ist. Dasselbe gilt für eine verschuldensabhängige Haftung wegen fehlerhafter Konzernleitung,³⁰ soweit dieser Anspruch materiellrechtlich – wie es überzeugend erscheint – dem abhängigen Unternehmen zuerkannt wird.³¹ Die Anwendung von § 92 InsO käme daher nur dann in Frage, wenn man versuchte, Konzernprobleme mit Durchgriffsmethoden zu lösen³² und auf diesem Weg den Gläubigern der abhängigen

26 Noack, Sonderband 1 zu Kübler/Prütting, InsO, Rz. 727 f.

27 K. Müller, ZGR 1977, 1 (5). Dagegen die h.M.: vgl. nur Koppenteiner in Kölner Komm AktG, § 302 Rz. 23; Hüffer, AktG, § 302 Rz. 20 m.w.N.

28 Hüffer, AktG, § 302 Rz. 4.

29 Stellvertretend herausgegriffen seien die Darstellungen bei K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 39 III; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, Anh. § 13 Rz. 24 ff.; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, Anh. § 77 Rz. 97 ff. Ehrlicke, Das abhängige Unternehmen in der Konzerninsolvenz, S. 429 f., 436 f., wendet sich grundsätzlich gegen ein spezifisches Haftungsrecht für den qualifiziert faktischen Konzern. Umfangreiche Literaturnachweise bei Hachenburg/Ulmer, GmbHG, Anh. § 77 vor Rz. 97.

30 Vgl. das Dreistufenmodell von K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 39 III 4 b) bb). Hachenburg/Ulmer, GmbHG, Anh. § 77 Rz. 113 tritt demgegenüber für einen einheitlichen Haftungsstatbestand ein, der Verhaltens- wie Strukturelemente in sich vereint.

31 Auch Hachenburg/Ulmer, Anh. § 77 Rz. 161 geht davon aus, dass der Anspruch in die Insolvenzmasse der Tochter fällt.

32 Warnend K. Schmidt, Insolvenzrecht der Unternehmen, S. 222. In diese Richtung aber BGHZ 95, 330 ff. (»Autokran«). Das Urteil betrifft jedoch den (Sonder-)Fall der masselosen Insolvenz der Tochter, für den die Außenhaftung des Gesellschafters im Ergebnis überzeugt. (Siehe bei Fn. 39). Im Tiefbau-Urteil, BGHZ 107, 7 ff. wurde dagegen die Haftung der Mutter analog der Verlustausgleichspflicht aus § 302 I AktG als Innenhaftung entwickelt. Vgl. auch Noack, Sonderband 1 zu Kübler/Prütting, InsO, Rz. 738.

Gesellschaft einen eigenen Anspruch gegen die Mutter zu verschaffe. § 92 InsO könnte hier dafür sorgen, dass diese Ansprüche, die haftungsrechtlich wohl jedenfalls dem Vermögen der abhängigen Gesellschaft zuzuordnen sind, in deren Insolvenzmasse überführt werden. Insofern könnte § 92 InsO die Diskussion um die Konzernhaftung entlasten, denn gleichgültig, ob man diese als Innen- oder Außenhaftung konstruiert, ist jedenfalls in der Insolvenz die Abwicklung über die Masse gesichert.³³

Geht man dagegen von § 302 I AktG aus und deutet die Haftung im qualifiziert faktischen Konzern als Innenhaftung, so ist zu überlegen, ob aus § 303 AktG in analoger Anwendung jedenfalls dann, wenn die abhängige Gesellschaft im Übrigen vermögenslos ist, ein Zahlungsanspruch³⁴ ihrer Gläubiger gegen das herrschende Unternehmen herzuweisen ist.³⁵ Im Fall der masselosen Insolvenz der Tochter wird es als ein sachlich nicht gebotener Umweg bezeichnet, die Gläubiger auf die Verwertung der Sicherheiten, die sie gemäß § 303 AktG³⁶ verlangen können, oder auf die Pfändung und Überweisung der Ausgleichsansprüche nach § 302 I AktG zu verweisen.³⁷ Soweit ein solcher Zahlungsanspruch nur entstehen soll, wenn das Insolvenzverfahren über das Tochtervermögen nicht eröffnet wird,³⁸ braucht über seine einheitliche Einziehung analog § 92 InsO nicht diskutiert zu werden, denn diese setzt ja ihrerseits die Verfahrenseröffnung voraus. Wenn dieser Anspruch aber auch im eröffneten Insolvenzverfahren neben dem internen Verlustausgleichsanspruch existieren soll, so sollte auch dieses aus § 303 I AktG abgeleitete Recht der Sperrwirkung des § 92 InsO unterworfen werden. Denn es kann auch bei unbeschränkter Haftung zu Gleichbehandlungsdefiziten kommen, wenn das Mutterunternehmen später ebenfalls insolvenzreif wird.³⁹ Gegen eine Argumentation, die sich nur hierauf stützte, wäre allerdings einzuwenden, dass es Aufgabe der Insolvenzanfechtung durch den Verwalter des Vermögens der Mutter ist, solche Verletzungen zu verhindern. Das Bedürfnis nach der (analogen)⁴⁰ Anwendung des § 92 InsO erschließt sich daher erst, wenn man die haftungsrechtliche Zuordnung der Zahlungsansprüche in den Blick nimmt: Die Zahlungsansprüche sollen die Gläubiger für Verluste bei der Befriedigung aus dem Vermögen der Tochter entschädigen, die auf der missbräuchlichen Ausübung der Konzernleitungs-

33 Vgl. auch *K. Schmidt*, Insolvenzrecht der Unternehmen, S. 82.

34 Soweit ersichtlich wird nur im Rahmen des qualifiziert faktischen Konzerns diskutiert, ob sich aus § 303 AktG über seinen Wortlaut hinaus auch ein Zahlungsanspruch ergeben kann.

35 BGHZ 95, 330 ff.; *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, Anh. § 77 Rz. 170, 173 ff.; *Emmerich/Habersack*, § 303 Rz. 23 f. m.w.N. Anders *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, Anh. § 13 Rz. 33, 19; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 39 III 4 b) aa), die für ein besonderes Einziehungsrecht der Gläubiger nach dem Vorbild von § 309 IV AktG eintreten.

36 Der Anspruch auf Sicherheitenbestellung entsteht erst nach Beendigung der Beherrschung, also mit Eintritt der Insolvenz der Tochter, *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, Anh. § 77 Rz. 171, 162.

37 *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, Anh. § 77 Rz. 173.

38 So *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, Anh. § 13 Rz. 34.

39 Vgl. *Wiedemann*, ZGR 1986, 656 (667) und *Assmann*, JZ 1986, 928 (937), die § 171 II HGB analog anwenden wollen. Dagegen *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, Anh. § 77 Rz. 175.

40 Eine unmittelbare Anwendung scheidet aus, weil diese Ansprüche nicht auf Schadensersatz gerichtet sind. Daher liegt eine planwidrige Regelungslücke vor, die aufgrund der dargestellten Ähnlichkeit der betroffenen Sachverhalte durch Analogiebildung zu schließen ist.

macht⁴¹ durch das Mutterunternehmen beruhen. Denn durch die Verletzung der Eigeninteressen des abhängigen Unternehmens ist diesem ein nicht anderweitig kompensierbarer Nachteil entstanden,⁴² der sich für seine Gläubiger als Verkürzung ihres Haftungssubstrats darstellt. Insofern sind die Zahlungsansprüche der Gläubiger nichts anderes als Kompensationen für Verkürzungen des schuldnerischen Vermögens, die im Insolvenzverfahren der Masse zugute kommen müssen.

3. Haftung der Hauptgesellschaft nach § 322 I AktG für Verbindlichkeiten der eingegliederten Gesellschaft

Ist die Verbundenheit der Unternehmen so eng, dass die abhängige Gesellschaft in das Mutterunternehmen im Sinne der §§ 319 ff. AktG eingegliedert ist, so trifft die Hauptgesellschaft eine Außenhaftung für sämtliche Alt- und Neuverbindlichkeiten der eingegliederten Gesellschaft aus § 322 I S. 1, 2 AktG. Weil die eingegliederte Gesellschaft zwar rechtlich eigenständig bleibt, wirtschaftlich aber als »Betriebsabteilung der Hauptgesellschaft«⁴³ geführt wird, sieht das Gesetz die gesamtschuldnerische Haftung beider Vermögen vor. Dadurch kann im Verhältnis von Haupt- und eingegliederteter Gesellschaft nach § 323 II AktG weitgehend auf Kapitalbindungsvorschriften verzichtet werden, denn das Vermögen der Hauptgesellschaft steht den Gläubigern ebenso wie das der eingegliederten Gesellschaft zu ihrer Befriedigung zur Verfügung. Auch wenn die formalrechtliche Selbständigkeit der eingegliederten Gesellschaft nicht bestritten werden kann, bilden die beiden Gesellschaften insofern doch haftungsrechtlich eine Einheit.⁴⁴

Diese Einheit im wirtschaftlichen und im haftungsrechtlichen Sinn gilt es auch für das Insolvenzverfahren zu berücksichtigen: Einerseits ist dies schon dadurch gewährleistet, dass immer beide Rechtsträger annähernd gleichzeitig insolvenzreif sein werden. Die Insolvenzverfahren sind insofern schon faktisch synchronisiert. Hinsichtlich Abwicklung der Haftung nach § 322 I AktG drängt sich eine Anwendung des für § 92 InsO entwickelten Konzepts auf. Dadurch kann im Insolvenzverfahren über das Vermögen der eingegliederten Gesellschaft die Außenhaftung der Hauptgesellschaft als unbeschränkte Verlustausgleichshaftung geltend gemacht werden, wodurch nicht nur das Verfahren vereinfacht,⁴⁵ sondern vor allem die Verfahrenseröffnung auch dann ermöglicht wird, wenn im Übrigen das Vermögen der eingegliederten Gesellschaft nicht ausreichend im Sinne des § 26 I InsO ist.

41 BGHZ 122, 123 (130).

42 Zur Kausalität zwischen Verletzung des Eigeninteresses der Tochter und ihrem Vermögensnachteil: BGHZ 122, 123 (131 f.); *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 32.25; *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, Anh. § 77 Rz. 139; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, Anh. § 13 Rz. 27.

43 *Geßler*, ZGR 1978, 251 (261).

44 *Würdinger*, § 69 I nennt die Eingliederung »eine Art von Verschmelzung, obgleich die eingegliederte Gesellschaft als Rechtsperson bestehen bleibt.«

45 Im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Hauptgesellschaft reduziert sich die Zahl der Insolvenzgläubiger, weil hier nur noch der Insolvenzverwalter der eingegliederten Gesellschaft teilnimmt.

Durch die insolvenzbedingte Umwandlung der Außenhaftung in eine unbeschränkte Verlustausgleichshaftung erleiden die Gläubiger auch keine Nachteile, die sie nicht ohnehin aufgrund des Insolvenzfalls hinzunehmen hätten: Zwar liegt der besondere Vorzug der Außenhaftung, der sie entscheidend von der Haftung nach § 302 AktG unterscheidet, darin, dass hiernach auch die Hauptgesellschaft auf Erfüllung verklagt werden kann, so dass diese nicht nur auf das Interesse haftet, sondern den Erfüllungsgegenstand selbst schuldet.⁴⁶ Im eröffneten Insolvenzverfahren wandeln sich aber sämtliche Ansprüche gegen den Schuldner ohnehin gemäß § 45 InsO in Zahlungsansprüche, so dass die Gläubiger von der ebenfalls insolventen Hauptgesellschaft auch ohne Abwicklung nach § 92 InsO nicht länger Erfüllung verlangen könnten.

§ 92 InsO ist im Hinblick auf die Haftung nach § 322 AktG der Vorzug vor einer Abwicklung analog § 93 InsO zu geben, denn nur mit dem zur Gesamtschadensliquidation entwickelten Modell kann die haftungsrechtliche Einheit der Vermögen richtig dargestellt werden. Zwar hielt es der Aktiengesetzgeber für möglich, die für die Haftung nach § 128 HGB entwickelten Grundsätze zur Auslegung des § 322 AktG heranzuziehen.⁴⁷ Aber die heute einhellige Meinung ist der Auffassung, dass bei dieser Übertragung jedenfalls Vorsicht geboten sei.⁴⁸ § 322 AktG ist deshalb »aus sich selbst heraus auszulegen«,⁴⁹ so dass methodisch nichts gegen die Anwendung von § 92 InsO spricht. Die haftungsrechtliche Ordnung im Eingliederungskonzern ist eben nicht mit der bei der Personengesellschaft identisch, denn Personengesellschaft und Gesellschafter sind nicht nur rechtlich selbständig, sie können auch unterschiedliche Interessen haben und entsprechend ihre Vermögen zu individuellen Zwecken einsetzen. Die Eingliederung steht jedoch haftungsrechtlich einer Verschmelzung weit näher, welche die Trennung der Vermögen vollständig aufhebt. Die Eingliederung wird nicht gewählt, weil sie eine Aufrechterhaltung der Vermögens-trennung ermöglicht, sondern weil sie die Beibehaltung der Firma der eingegliederten Gesellschaft erlaubt und einfacher rückabzuwickeln ist.⁵⁰ Es ist insofern gar nicht die Funktion der formalrechtlichen Selbständigkeit der eingegliederten Gesellschaft, die Haftungsmassen von Haupt- und eingegliedertter Gesellschaft zu scheiden. Daher ist das Vermögen der Hauptgesellschaft haftungsrechtlich wie Vermögen der eingegliederten Gesellschaft zu behandeln, was durch eine unbeschränkte Innenhaftung umzusetzen ist. Infolgedessen steht dem Verwalter analog § 92 InsO die Verfügungsbefugnis über die Ansprüche nach § 322 I AktG zu.⁵¹

46 H.M.: *Geßler*, ZGR 1978, 251 (260 ff.); *K. Schmidt*, BB 1985, 2074 (2079); *Hüffer*, AktG, § 322 Rz. 4 m.w.N. A.A. *Koppensteiner* in *Kölner Komm AktG*, § 322 Rz. 8.

47 Begr. RegE zu § 322 AktG in *Kropff*, Aktiengesetz, S. 426.

48 *Koppensteiner* in *Kölner Komm AktG*, § 322 Rz. 3 f.; *Hüffer*, AktG, § 322 Rz. 2; *Semler/Grünwald* in *G/H/E/K AktG*, § 322 Rz. 5. *Geßler*, ZGR 1978, 251 (260) spricht von einem Irrtum des Gesetzgebers.

49 *Hüffer*, AktG, § 322 Rz. 3.

50 Vgl. *Würdinger*, § 69 I.

51 A.A. *Oepen*, Rz. 279 ff., der in der Insolvenz der Muttergesellschaft umgekehrt die Haftung der eingegliederten Gesellschaft einer einheitlichen Einziehung unterwerfen will. Er begründet dies damit, dass die Hauptgesellschaft hier »wirtschaftlich die Rolle des Hauptschuldners« innehatte und vergleicht die Lage insoweit mit der Geschäftserwerberhaftung nach § 25 HGB. Diese

IV. Allgemeine Durchgriffshaftung

Für die allgemeine gesellschaftsrechtliche Durchgriffshaftung gilt weitgehend dasselbe wie für die Haftung im qualifiziert faktischen Konzern: Schon weil die materiellen Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Durchgriffshaftung von Rechtsprechung und Literatur bisher nicht klar konturiert sind,⁵² muss sich die Erörterung ihrer Abwicklung im Insolvenzverfahren auf Grundsätze beschränken:

Soweit Durchgriffsprobleme mit Durchgriffsmethoden gelöst werden⁵³ – also den Gläubigern der juristischen Person der direkte Zugriff auf das Vermögen der Mitglieder gestattet wird⁵⁴ – kann § 92 InsO gewährleisten, dass diese Haftung im eröffneten Insolvenzverfahren über die Masse der juristischen Person abgewickelt wird. Gerade weil der Ansatz der Durchgriffsmethoden darauf beruht, die Trennung zwischen juristischer Person und ihren Gesellschaftern aufzuheben,⁵⁵ ist § 92 InsO anzuwenden, der diesen Gedanken im Insolvenzverfahren verwirklichen kann.

Wenn man also den unter dem Begriff der Durchgriffshaftung zusammengefassten Problemen (Vermögensvermischung, Beherrschung, Unterkapitalisierung) begegnet, indem man eine Außenhaftung der Mitglieder der juristischen Person annimmt, so ist in der Insolvenz dafür Sorge zu tragen, dass aus dieser materiellrechtlichen Konstruktion keine nicht intendierten haftungsrechtlichen Abweichungen gegenüber einer Innenhaftung folgen. Daher müssen die Außenhaftungsansprüche im eröffneten Insolvenzverfahren wie Vermögen der juristischen Person behandelt werden, so dass auf sie § 92 InsO analog anzuwenden ist. Besonders einleuchtend ist das für die Vermögensvermischung: Weil es infolge der Vermischungen zwischen Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen unmöglich geworden ist, zwischen diesen zu unterscheiden, kann sich der GmbH-Gesellschafter nicht auf § 13 II GmbHG berufen, so dass sein Privatvermögen wie Gesellschaftsvermögen zu behandeln ist. Man sollte insofern die Durchgriffshaftung wenigstens insolvenzrechtlich nicht ohne weiteres mit der Haftung aus § 128 HGB vergleichen, denn die unbeschränkte Gesellschafterhaftung in der Personenhandelsgesellschaft hebt doch gerade die Trennung zwischen Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen auf, wogegen gerade die Unmöglichkeit dieser Trennung Tatbestandsvoraussetzung der Durchgriffshaftung ist. Dieser Unterschied rechtfertigt es, auf die Durchgriffshaftung § 92 InsO anzuwenden, auch wenn sie materiellrechtlich Ähnlichkeiten zur Haftung aus § 128 HGB aufweist.

Rollenzuweisung widerspricht jedoch den Haftungsverhältnissen im Eingliederungskonzern, denn grundsätzlich erwirbt die Hauptgesellschaft einen Ausgleichsanspruch gegen die eingegliederte Gesellschaft, wenn sie deren Verbindlichkeiten tilgt, *Semler/Grunewald* in G/H/E/K AktG, § 322 Rz. 18; *Emmerich/Habersack*, § 322 Rz. 7.

52 Zur Übersicht über den Diskussionsstand: *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 9. Siehe auch: BAG, ZIP 1999, 24 ff.; dazu *Banerjea*, ZIP 1999, 1153 ff.; *Ehricke*, AcP 199. Bd., 257 ff.; *Unger*, KTS 1999, 159 ff.

53 Dagegen *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 9 IV 1.b).

54 Für ein etwas weiteres Begriffsverständnis *Stimpel* in FS f. Goerdeler, S. 601 (613).

55 Plastisch: BSG, ZIP 1984, 1217 (1219).

V. Patronatserklärungen

Ein in mehrfacher Hinsicht problematischer Anwendungsfall für die Haftungsgeltendmachung durch den Insolvenzverwalter ist die Verpflichtung des Patrons aus einer harten Patronatserklärung⁵⁶. Aus der »klassischen«⁵⁷ harten Patronatserklärung⁵⁸ folgt für den Patron die Primärpflicht gegenüber dem Erklärungsempfänger, für eine hinreichende finanzielle Ausstattung des Schuldners zur Begleichung der besicherten Verbindlichkeit zu sorgen.⁵⁹

1. Außenhaftung bei Patronatserklärungen

Der aus der Patronatserklärung geschuldete Erfolg kann vom Patron zwar in beliebiger Weise – gemäß § 267 I BGB auch durch Direktzahlung an den Gläubiger – herbeigeführt werden, eine Pflicht zur Direktzahlung wird dagegen, anders als bei der Bürgschaft nicht begründet. Die Abwicklung des Primäranspruchs⁶⁰ kann also schon deshalb kein Anwendungsgebiet für §§ 92, 93 InsO sein, weil dieser ohnehin durch Zahlung an den Schuldner zu erfüllen ist.⁶¹ Insofern gleicht die Situation haftungsrechtlich einer Innenhaftung, denn die Leistung kommt hier wie dort dem Vermögen des Schuldners zugute. Bei einer Innenhaftung braucht aber über eine einheitliche Einziehung nicht räsoniert zu werden, weil die Ansprüche schon materiellrechtlich der Masse zugewiesen sind.

Gerade in der Krise des schuldnerischen Vermögens verwandelt sich allerdings dieser Ausstattungsanspruch nach insoweit ganz herrschender Ansicht in einen Direktanspruch,

56 Für die Unwirksamkeit einer solchen Verpflichtung wegen Unbestimmtheit des Leistungsinhalts LG München, ZIP 1998, 1956 (Aufgehoben durch OLG München, Urt. v. 21.10.1998 – 7U 3960/98). Dagegen Schäfer, WM 1999, 153 ff.; v. Bernuth, ZIP 1999, 1501 ff.

57 Vgl. Michalski, WM 1994, 1229 (1235).

58 Von einem Rechtsbegriff »Patronatserklärung« kann keine Rede sein, umfasst diese Sammelbezeichnung doch von bloßen Absichtsbekundungen ohne rechtliche Verpflichtung bis zu echten rechtsverbindlichen Gewährübernahmen für die Erfüllungsfähigkeit des Schuldners Vereinbarungen mit ganz verschiedener Bindungsintensität. Vgl. die Übersicht bei Köhler, WM 1978, 1338 ff. Im vorliegenden Zusammenhang ist allein die harte Patronatserklärung von Interesse, denn die weiche Patronatserklärung begründet selbst keine Rechtspflichten, und auch die Verletzung der mit ihr bekundeten Absicht löst weder Schadensersatzansprüche noch eine Vertrauenshaftung des Patrons aus. Vgl. OLG Karlsruhe, ZIP 1992, 1394 (1397), Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 64 V 2a); Staudinger/Horn, BGB, Vorbem. zu § 765 Rz. 409.

59 Michalski, WM 1994, 1229 (1238 f.); Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 64 V 1a); Staudinger/Horn, BGB, Vorbem. zu § 765 Rz. 411 f.; Habersack, ZIP 1996, 257 f. m.w.N. Mit anderem Ansatz Schäfer, WM 1999, 153 (160), der die Ausstattungspflicht nicht als Leistungsgegenstand des Patronatsvertrages deutet. Hauptleistungspflicht sei die erst im Insolvenzfall der Tochter entstehende Zahlungspflicht des Patrons.

60 Sehr fraglich ist schon, ob dieser überhaupt gerichtlich durchsetzbar ist, weil sich kein hinreichend bestimmter Antrag formulieren lässt. Skeptisch: Köhler, WM 1978, 1338 (1345); Staudinger/Horn, BGB, Vorbem. zu § 765 Rz. 413.

61 K. Schmidt, Insolvenzrecht der Unternehmen, S. 82.

der eine unmittelbare Zahlungspflicht des Patrons an den Gläubiger zum Inhalt hat.⁶² Weil der Patron der primären Ausstattungspflicht nicht nachgekommen ist und dadurch seine Pflicht gegenüber dem Gläubiger verletzt hat, haftet er diesem auf Schadensersatz. Auch wenn die dogmatische Herleitung dieses Anspruchs umstritten ist,⁶³ so ist doch ganz unstrittig, dass er eine direkte Leistungsverpflichtung des Patrons an den Gläubiger/Erklärungsempfänger beinhaltet. Weil aber die Patronatserklärung wie jede andere Kreditsicherheit erst in der Krise des schuldnerischen Vermögens bedeutsam wird, ist allein dieser Außenhaftungsanspruch von praktischer Bedeutung. Immer dann, wenn sich die Patronatserklärung bewähren muss, folgt aus ihr insofern eine echte Außenhaftung, die ohne Einziehung nach §§ 92, 93 InsO an der Masse vorbei abgewickelt werden würde. Für den Schadensersatzanspruch ist daher zu überprüfen, ob ein Bedürfnis für eine analoge Anwendung von §§ 92 oder 93 InsO besteht.

2. Haftung gegenüber sämtlichen Gläubigern bei Patronatserklärungen

Infolge des Charakters der Patronatserklärung als rechtsgeschäftlich begründeter Einzelkreditsicherheit, die aus dem Vermögen eines Dritten gestellt wird, ist ihre haftungsrechtliche Zuordnung zur Insolvenzmasse zu verneinen. Weil die Patronatserklärung insofern eine massefremde Sicherheit ist, sind die sich aus ihr ergebenden Ansprüche auch nicht der Masse zuzuordnen, so dass die Erstreckung des Insolvenzbeschlags insoweit nicht zulässig ist. Das Modell des § 92 InsO kann daher auf die Abwicklung der Direkthaftungsansprüche aus harten Patronatserklärungen in der Insolvenz des Schuldners nicht übertragen werden.

Und auch § 93 InsO könnte nur angewendet werden, wenn die Haftung aus einer Patronatserklärung nicht nur Einzelnen zugute käme, denn nur dann könnte die Bereitschaft der Erklärungsempfänger vermutet werden, auf diese Ansprüche zugunsten einer erfolgreichen Sanierung zu verzichten und sie der Masse zur Verfügung zu stellen. Grundsätzlich ist aber auch die Patronatserklärung wie die Bürgschaft ein einseitig verpflichtender Vertrag, so dass aus ihr nur der einzelne Vertragspartner Rechte herleiten kann. Gerade harte Patronatserklärungen werden jedoch vereinzelt auch durch Aufnahme in den Geschäftsbericht einer Muttergesellschaft (zumeist eine Großbank) abgegeben. Für die Ansprüche aus diesen Erklärungen an die Allgemeinheit – soweit man ihnen überhaupt rechtsgeschäftliche Wirksamkeit zuerkennt⁶⁴ – kann durchaus an eine einheitliche Einziehung analog § 93 InsO gedacht werden.

Die Haftung aus einer Patronatserklärung an die Allgemeinheit beschränkt sich allerdings jedenfalls auf die Gläubiger rechtsgeschäftlicher, nach Erteilung der Patronatserklä-

62 BGHZ 117, 127 (130); *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 64 V 1c); v. *Bernuth*, ZIP 1999, 1501 f.; *U. H. Schneider*, ZIP 1989, 619 (622), alle m.w.N.

63 Manche halten § 280 BGB für einschlägig, nach anderer Auffassung ergibt sich der Anspruch aus dem Vertrag selbst. Übersicht zum Streitstand bei *Schäfer*, WM 1999, 153 (154).

64 Dagegen *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 64 V 2d); *Staudinger/Horn*, BGB, Vorbem. zu § 765 Rz. 407.

rung begründeter Verbindlichkeiten⁶⁵; gesetzliche Gläubiger können den Patron daher keinesfalls in Anspruch nehmen.

Weitere Einschränkungen ergeben sich unter Umständen dann, wenn der Gläubiger die Patronatserklärung der Mutter nicht kannte oder keine Betätigung des Annahmewillens festgestellt werden kann. Diese »Restunklarheiten«, deren Bedeutung für die materiellrechtliche Konstruktion der Haftung nicht bestritten werden soll, sind allerdings für die abwicklungstechnische Frage der Anwendung des § 93 InsO letztlich nicht entscheidend: Wie schon bezüglich der Handelndenhaftung in der Vor-GmbH ausgeführt wurde, sollte eine Haftung, die (höchstens) gegenüber den Gläubigern rechtsgeschäftlicher Verbindlichkeiten besteht, nicht der Sperr- und Ermächtigungswirkung des § 93 InsO unterworfen werden, denn dies würde schon erhebliche praktische Probleme für den Insolvenzverwalter mit sich bringen. Die Haftung aus einer Patronatserklärung an die Allgemeinheit ist in ihrer Reichweite nicht der Gesellschafterhaftung nach § 128 HGB vergleichbar, weil sie nicht wie diese den Charakter einer »Sicherheit für jedermann« besitzt. Durch eine einheitliche Einziehung auch solcher Haftungsarten und einer Verwendung der erlangten Beträge für die Sanierung, würde man im Übrigen die Verweigerung der Zustimmung der nach § 226 II InsO zu bildenden Gruppe heraufbeschwören und damit Ersetzungsentscheidungen nach § 245 InsO erforderlich machen.

VI. Unbeschränkte Erbenhaftung im Nachlassinsolvenzverfahren

Die Arbeit soll durch einen kurzen Blick auf die unbeschränkten Erbenhaftung nach §§ 1994 I S. 2, 2005 I S. 1 BGB abgeschlossen werden. Auch hier wird von manchen Autoren für das Nachlassinsolvenzverfahren eine Geltendmachung durch den Verwalter analog §§ 92, 93 InsO gefordert.⁶⁶ Die Erörterung der Berechtigung eines solchen Analogieschlusses erlaubt es noch einmal, die in dieser Arbeit für §§ 92, 93 InsO entwickelten Konzepte exemplarisch vorzuführen und die Abweichungen von der herrschenden Meinung zu rechtfertigen. Dabei kann insbesondere gezeigt werden, dass allein die Haftung eines Dritten für sämtliche Insolvenzverbindlichkeiten, keine hinreichende Bedingung für deren Realisierung durch den Insolvenzverwalter ist.

Wenn der Erbe das Inventar zu spät oder in wesentlichen Teilen absichtlich unvollständig errichtet, haftet er nach §§ 1994 I S. 2, 2005 I S. 1 BGB allen Nachlassgläubigern

65 Folgt man den Vorschlägen, die auf eine Annahme durch den Gläubiger der Tochter verzichten, so ergibt sich die Beschränkung auf die zukünftigen Gläubiger aus der Auslegung der Erklärung. Die Muttergesellschaft will durch die Patronatserklärung die Bonität ihrer Tochter gerade im Hinblick auf künftige Kredite erhöhen, die Verbesserung der Position der aktuellen Gläubiger ist dagegen nicht beabsichtigt. Wenn man dagegen am Vertragsmodell des § 305 BGB festhält, die Patronatserklärung also als *invitatio ad incertas personas* sieht, verengt sich der Kreis der gesicherten Gläubiger weiter auf diejenigen, die das Angebot der Konzernmutter tatsächlich angenommen haben.

66 *Wolf* in *Insolvenzrecht im Umbruch*, S. 113 (124); *Bork* in *Kölner Schrift*, 1333 (Rz. 33); *Oepen*, Rz. 277.

unbeschränkt für Nachlassverbindlichkeiten. Verkürzt gesagt führt dies gemäß § 2013 BGB dazu, dass ihm alle Möglichkeiten genommen werden, seine Haftung auf den Nachlass zu beschränken.⁶⁷ Zwar kann auf Antrag eines Gläubigers noch die Nachlassverwaltung angeordnet oder ein Nachlassinsolvenzverfahren eröffnet werden, wie § 316 I InsO zeigt, dies führt aber nicht zur Beschränkung der Haftung des Erben auf den Nachlass. Nachlassverwaltung und -insolvenzverfahren sind dennoch in diesen Fällen nicht funktionslos, denn sie dienen der Trennung der Vermögensmassen und damit dem Interesse der Nachlassgläubiger: Durch die Nachlassverwaltung oder das Nachlassinsolvenzverfahren werden die Eigengläubiger des Erben gemäß §§ 1984 II, 1985 I BGB, 325 InsO von der Befriedigung aus dem Nachlass ausgeschlossen. Aufgabe des Nachlassinsolvenzverfahrens bei unbeschränkbarer Erbenhaftung nach § 2013 BGB ist insofern die haftungsrechtliche Sonderung von Erbenvermögen und Nachlass.⁶⁸

Die beschriebene Trennung erschöpft sich jedoch nicht darin, dass die Eigengläubiger nicht mehr auf den Nachlass zugreifen können, sondern hat die weitere Konsequenz, dass im Nachlassinsolvenzverfahren für Masseverbindlichkeiten ausschließlich der Nachlass als Insolvenzmasse haftet. Diese Wirkung der Vermögenssonderung darf nicht dadurch umgangen werden, dass man die Haftung des Erben de facto als unbeschränkte Verlustausgleichshaftung gegenüber dem Nachlass behandelt. Dann würden die vom Erben erbrachten Leistungen in die Insolvenzmasse fließen und ebenso wie sonstige Massebestandteile auch für Nachlassmasserverbindlichkeiten haften. Gerade weil die Nachlassinsolvenz der Vermögenssonderung dient, darf die unbeschränkbare Haftung des Erben deshalb nicht nach § 92 InsO abgewickelt werden. Der Erbe haftet nicht, weil und soweit er den Nachlass zu Lasten der Nachlassgläubiger verkürzt hat, sondern aufgrund seiner Inventarverfehlungen nach §§ 1994, 2005 BGB, die Vermögensverschiebungen weder rechtlich noch tatsächlich voraussetzen.

Aufgrund der hier vertretenen funktionell unterschiedlichen Einordnung der §§ 92, 93 InsO ist damit aber noch nicht entschieden, ob nicht das Modell des § 93 InsO auf die Erbenhaftung zu übertragen sein könnte. Denn § 93 InsO setzt, anders als § 92 InsO, nicht die Zugehörigkeit der betroffenen Ansprüche zur Insolvenzmasse voraus. Die Voraussetzungen und Grenzen der Anwendung des § 93 InsO, die sich aus seiner sanierungsfördernden Funktion ergeben, lassen sich am Beispiel der unbeschränkten Erbenhaftung anschaulich darstellen:

Dass die gemäß §§ 1994, 2005 BGB unbeschränkte Erbenhaftung allen Nachlassgläubigern zugute kommt und sie deshalb bei der Befriedigung aus seinem Vermögen untereinander und mit den Eigengläubigern konkurrieren, erlaubt nicht die analoge Anwendung des § 93 InsO.⁶⁹ Die Vorschrift dient gerade nicht dazu, einem möglichen Wettlauf der Gläubiger bei der Befriedigung aus dem haftungsschuldnerischen Vermögen vorzubeugen. Dies ist vielmehr die originäre Aufgabe eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des

67 *Staudinger/Marotzke*, BGB, § 2013 Rz. 1

68 Vgl. *Jaeger/Weber*, KO, 8. Aufl., § 216 Rz. 2; *Kübler/Prütting/Kemper*, InsO, § 316 Rz. 9 m.w.N.

69 *Anders Oepen*, Rz. 277.

Erben. Gerade am Beispiel der Erbenhaftung kann gezeigt werden, wie wichtig die exakte Bestimmung der Funktion des § 93 InsO ist. Denn anders als bei der Gesellschafterhaftung ist es trotz der Insolvenz des Nachlasses keineswegs ausgemacht, dass auch der Erbe selbst zahlungsunfähig ist oder infolge der Geltendmachung der Haftung für Nachlassverbindlichkeiten werden wird. Die Erstreckung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Forderungen, die sich gegen den Erben persönlich richten, ist nicht zu rechtfertigen, weil ungeprüft bliebe, ob seine privatautonome Haftungssteuerung tatsächlich versagt hat. Eine solche Prüfung darf aber gerade bei der Erbenhaftung nicht unterbleiben, weil hier eben nicht einmal ein tatsächlicher Zusammenhang zwischen Insolvenz des Eigen- und des Sondervermögens besteht.

Hier zeigt sich erneut, dass § 93 InsO allenfalls reflexartig der Herstellung von Gleichbehandlung dient. Die Geltendmachung der Haftung durch den Insolvenzverwalter erfüllt primär den Zweck, die Planverfügbarkeit der betroffenen Ansprüche herzustellen, um Sanierungschancen zu steigern. Die analoge Anwendung des § 93 InsO auf die Erbenhaftung ist also nur möglich, soweit sie dem Ziel dient, ein Insolvenzplanverfahren in der Nachlassinsolvenz zu effektivieren. Ein solches wird aber – obschon zweifellos zulässig⁷⁰ – eher selten sein, denn ein Sanierungsplan ist nur dann eine sinnvolle Alternative, wenn sich in der Masse ein Unternehmen befindet. Einmal mehr ist zu betonen, dass § 93 InsO vor allem eine Vorschrift für die Insolvenz eines Unternehmensträgers ist, denn vor allem in der Unternehmensinsolvenz besteht ein Bedürfnis nach dem Schutz von Sanierungschancen. § 93 InsO ist daher in der Nicht-Unternehmerinsolvenz funktionslos. Die Einziehung der Erbenhaftung durch den Verwalter produzierte im Regelfall der Nachlassinsolvenz nur Kosten, ohne erkennbaren Nutzen zu bringen. Daher ist § 93 InsO auf die unbeschränkbare Erbenhaftung nach §§ 1994 I S. 2, 2005 I S. 1 BGB nicht entsprechend anzuwenden. Die Fälle, in denen ausnahmsweise tatsächlich ein Unternehmen zum Nachlass gehört, können weit präziser dadurch erfasst werden, dass man § 93 InsO analog auf die Haftung des Erben nach § 27 I HGB in der Nachlassinsolvenz anwendet.⁷¹

70 Vgl. die Erörterungen des Insolvenzplanverfahrens bei *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, § 49 IV 7.

71 Hierfür auch *Oepen*, Rz. 278.

Zusammenfassung der Ergebnisse

Die §§ 92, 93 InsO müssen trotz ihrer ähnlich formulierten Rechtsfolgen unterschiedlich ausgelegt werden, weil sie nur teilweise dieselben Funktionen erfüllen. Während § 92 InsO die insolvenzrechtliche Haftungsordnung auch auf die dort bezeichneten Gesamtschadensersatzansprüche erstreckt, dient § 93 InsO dem Schutz der Sanierungs- und Reorganisationsmasse in der Unternehmensinsolvenz.

§ 92 InsO betrifft in erster Linie Schadensersatzansprüche der Insolvenzgläubiger aus Betriebsfortführung trotz Insolvenzreife (»Insolvenzverschleppungshaftung«) und Ansprüche gegen den Insolvenzverwalter wegen schuldhafter Verkürzung der Insolvenzquoten. Beiden Fällen ist gemeinsam, dass durch die haftungsbegründende Handlung entweder das haftende Vermögen des Insolvenzschuldners vermindert wird oder die aus der Masse zu befriedigenden Verbindlichkeiten erhöht werden. Die aus einer Aktivmasseverkürzung wie aus einer Passivmasseerhöhung folgende Minderung der Insolvenzquoten wird durch einen Quotenschadensersatzanspruch der Insolvenzgläubiger gegen den Schädiger kompensiert. Bei der Insolvenzverschleppungshaftung ist § 823 II BGB i.V.m. der jeweiligen die Insolvenzantragspflicht begründenden Norm die Anspruchsgrundlage für den Quotenschadensersatzanspruch. Auch die Haftung des Insolvenzverwalters für Gesamtschäden ist nicht ausschließlich als Innenhaftung gegenüber der Masse zu konstruieren, denn auch hier können sich aus § 60 I InsO Ansprüche für die Insolvenzgläubiger ergeben. Diese Außenhaftungsansprüche müssen im Insolvenzverfahren über die Masse abgewickelt werden, weil sie Kompensationen für Minderungen des in Insolvenzbeschlagnommenen schuldnerischen Vermögens sind. Um die insolvenzrechtliche Haftungsordnung auch insoweit zu verwirklichen, müssen auch die Kompensationsrechte vom Insolvenzbeschlagnommenen erfasst werden. Die Ansprüche gegen den Gesamtschadensersatzschuldner sind daher den Insolvenzgläubigern ebenso wie das Vermögen des Insolvenzschuldners haftungsrechtlich zugewiesen. Insofern sind sie Bestandteile der Insolvenzmasse. Dennoch ergibt sich die Einziehungskompetenz des Insolvenzverwalters nicht unmittelbar aus § 80 I InsO, denn hiernach kann der Verwalter nur solche Verwaltungs- und Verfügungsrechte über Massebestandteile ausüben, die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens dem Insolvenzschuldner zustanden. Die für massezugehöriges Vermögen geltenden Vorschriften sind jedoch analog auch auf die Gesamtschadensersatzansprüche zu beziehen. Die Gesamtschadensersatzgläubiger sind entsprechend von Verfügungen über ihre Ansprüche ausgeschlossen, weil die Verfügungsbefugnis analog § 80 I InsO auf den Insolvenzverwalter übergegangen ist, der die Ansprüche zur Masse einzieht. Die Liquidation von Gesamtschäden nach § 92 InsO führt deshalb zu einer Vergrößerung der Insolvenzmasse. Die Bildung einer Sondermasse ist nicht erforderlich.

Die Insolvenzmasse besteht aus dem den Insolvenzgläubigern haftenden Vermögen. Dieses ist gleichzeitig Teil der Sanierungs- und Reorganisationsmasse, die alle Vermö-

genswerte umfasst, die zur Sanierung des Insolvenzschuldners zur Verfügung stehen. Hierzu gehört jedenfalls die Insolvenzmasse, weshalb ihre Vergrößerung auch eine Vergrößerung der Sanierungsmasse bedeutet. Umgekehrt folgt aus einer Zunahme der Sanierungsmasse nicht zwingend auch eine Zunahme der Insolvenzmasse, weil im Rahmen einer Sanierung unter Umständen auch durch Dritte zur Verfügung gestellte Mittel verwendet werden können, die nicht Bestandteil der Insolvenzmasse werden.

Nur die Sanierungsmasse und gerade nicht die Insolvenzmasse wird durch § 93 InsO vergrößert. Im Insolvenzverfahren darf bei der Beurteilung der Eröffnungsmöglichkeiten nach § 26 InsO deshalb nur das Vermögen der Gesellschaft berücksichtigt werden; ob das Gesellschaftervermögen zur Deckung der Kosten des Gesellschaftsverfahrens ausreicht, ist unbeachtlich. Durch die einheitliche Einziehung nach § 93 InsO werden daher die Eröffnungsaussichten für das Gesellschaftsinsolvenzverfahren nicht verbessert.

Die Vorschrift betrifft die persönliche (unbeschränkte) Haftung der Gesellschafter einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit oder einer KGaA, sowie entsprechender fehlerhafter Gesellschaften. § 93 InsO erfasst unmittelbar nur die gesellschaftsrechtliche Haftung des aktiven und des ausgeschiedenen Gesellschafters. Analog gilt die Sperrwirkung des § 93 InsO dagegen auch für Bürgschaftsforderungen und Schuldbeiträge eines Gesellschafters für Gesellschaftsverbindlichkeiten.

§ 92 InsO und § 93 InsO sind grundsätzlich unabhängig voneinander zu interpretieren, weil die Ansprüche gegen den Gesellschafter haftungsrechtlich nicht dem Vermögen der insolventen Gesellschaft zugeordnet werden können. Die von § 93 InsO erfassten Haftungsansprüche entstehen unabhängig von einem Defizit des Gesellschaftsvermögens. Der im Rahmen des § 92 InsO tragende Gedanke, dass Kompensationsrechte für vom Insolvenzbeschluss erfasstes Vermögen ebenfalls in das Insolvenzverfahren einzubeziehen sind, kann im Rahmen des § 93 InsO deshalb nicht fruchtbar gemacht werden. Auch wenn prinzipiell alle Gesellschaftsinsolvenzgläubiger auch Ansprüche gegen den Gesellschafter haben, folgt hieraus nicht, dass diese Rechte der Gesamtheit der Insolvenzgläubiger haftungsrechtlich zugewiesen sind. Deshalb dürfen die von § 93 InsO erfassten Ansprüche nicht als Massebestandteile in der Gesellschaftsinsolvenz behandelt werden.

Daher unterliegen sie nicht dem Insolvenzbeschluss im Gesellschaftsinsolvenzverfahren. Die unbeschränkte Haftung des Gesellschafters steht haftungsrechtlich auch nicht der Außenhaftung des Kommanditisten gleich. Der entscheidende Unterschied liegt haftungsrechtlich weniger darin, dass der Kommanditist beschränkt und der Komplementär unbeschränkt haftet, sondern ergibt sich daraus, dass hinsichtlich der Kommanditistenhaftung kein gesondertes, gleichbehandlungssicherndes Insolvenzverfahren möglich ist, weil die Haftung des Kommanditisten nur summenmäßig nicht aber gegenständlich beschränkt ist. Für die Gläubiger des Komplementärs muss und kann der Gleichbehandlungsgrundsatz aber durch ein gesondertes Insolvenzverfahren über das Komplementärvermögen verwirklicht werden. Daher darf die insolvenzrechtliche Haftungsordnung des Gesellschaftsinsolvenzverfahrens nicht auf die Ansprüche gegen den Gesellschafter erstreckt werden. Insofern stärkt § 93 InsO den Gleichbehandlungsgrundsatz allenfalls reflexartig, weil die Einziehung durch den Gesellschaftsinsolvenzverwalter unabhängig von einem Gesell-

schafterinsolvenzverfahren gleichmäßige Befriedigung aus der Gesellschafterhaftung gewährleistet.

Die primäre Funktion des § 93 InsO ist der Schutz der Sanierungsmasse: Die Ansprüche gegen den unbeschränkt haftenden Gesellschafter können in doppelter Hinsicht als wenigstens potentielle Bestandteile der Sanierungs- und Reorganisationsmasse im Gesellschaftsverfahren verstanden werden: Zum einen erhöht ein Verzicht der Gesellschaftergläubiger auf die Auskehr der vom Insolvenzverwalter beim Gesellschafter eingezogenen Beträge die Sanierungschancen, weil diese Beträge in das Unternehmen investiert werden können. Zum anderen können die Sanierungschancen auch durch einen (teilweisen) Verzicht schon auf die Geltendmachung der Haftung gesteigert werden, weil hierdurch für die Gesellschafter ein Anreiz geschaffen wird, sich im Rahmen des Insolvenzplans zu besonderer Mitarbeit bei der Sanierung zu verpflichten. Denn gemäß § 227 II InsO kommen die in einem Insolvenzplan für Gesellschaftsverbindlichkeiten vorgesehenen Nachlässe auch den Gesellschaftern zugute. § 93 InsO gewährleistet, dass diese Chancen auf Vergrößerung der Sanierungsmasse nicht schon vor Aufstellung eines entsprechenden Insolvenzplans durch Einzelvollstreckungen der Gesellschaftergläubiger vernichtet werden. Deshalb sind die Gesellschaftergläubiger von der selbständigen Geltendmachung ihrer Ansprüche ausgeschlossen und bei der Durchsetzung auf den Insolvenzverwalter angewiesen; einer weitergehenden Einbeziehung der Ansprüche in das Insolvenzverfahren bedarf es hierfür nicht. § 93 InsO hat insofern nur abwicklungstechnische Wirkung.

Die Unterschiede, die sich aus den geschilderten abweichenden Funktionen der §§ 92, 93 InsO ergeben, können anhand der folgenden Gegenüberstellung im Einzelnen nachvollzogen werden.

§ 92 InsO

- Gemäß § 92 InsO geht die Verfügungsbefugnis hinsichtlich der Gesamtschadensansprüche von den Gesamtschadensersatzgläubigern auf den Insolvenzverwalter über. Er kann die Ansprüche im eigenen Namen als Prozessstandschafter einklagen.
- Die gemäß § 92 InsO eingenommenen Beträge führt der Insolvenzverwalter der Insolvenzmasse zu. Die Gesamtschadensansprüche sind zwar nicht bei der Feststellung der Insolvenzreife zu berücksichtigen, haften aber für die Verfahrenskosten, so dass sie im Rahmen der §§ 26, 207 InsO aktiviert werden können, wenn sie durchsetzbar erscheinen.

§ 93 InsO

- Bei der Geltendmachung der Gesellschafterhaftung nach § 93 InsO kann sich der Insolvenzverwalter materiellrechtlich auf eine gesetzliche Einziehungsermächtigung stützen. Im Prozess ist er gesetzlicher Prozessstandschafter.
- Die nach § 93 InsO eingezogenen Beträge hat der Insolvenzverwalter in einer dinglich getrennten Sondermasse treuhänderisch zu verwalten. Die Sondermasse ist weder bei der Feststellung der Insolvenzreife noch bei der Frage einer ausreichenden Insolvenzmasse im Sinne der §§ 26, 207 InsO zu berücksichtigen. § 93 InsO ist daher kein Instrument zur Überwindung der Massearmut.

- Der Insolvenzverwalter kann nicht mit Gesamtschadensersatzansprüchen gegen Insolvenzforderungen des Schadensersatzschuldners aufrechnen. Aufgrund seiner Verfügungsbefugnis ist es ihm allerdings möglich, die Ansprüche abzutreten. Ihre Freigabe ist dagegen ausgeschlossen.
- Der Insolvenzverwalter kann die von § 93 InsO betroffenen Ansprüche gegen die Gesellschafter weder abtreten noch mit ihnen aufrechnen. Ebenso ist die umfassende Freigabe sämtlicher Forderungen ausgeschlossen. Die Einzelfreigabe bleibt jedoch möglich.
- Den Gesamtschadensersatzgläubigern ist infolge des Verlusts der Verfügungsbefugnis nach Verfahrenseröffnung die selbständige Durchsetzung ihrer Ansprüche unmöglich. Entsprechend ist ihnen auch die Aufrechnung mit den Gesamtschadensersatzansprüchen nicht mehr gestattet.
- Den Gläubigern ist es nach Verfahrenseröffnung nicht mehr möglich, ihre Forderungen selbständig klageweise geltend zu machen. Ihnen bleibt es aber in den Grenzen der §§ 94 ff. InsO unbenommen, mit ihren Forderungen gegen Ansprüche des Gesellschafters aufzurechnen.
- Leistungen des Schadensersatzschuldners vor Verfahrenseröffnung unterliegen nicht der Insolvenzanfechtung im Verfahren über das verkürzte Vermögen. Sie können vom Insolvenzverwalter allenfalls mit der Gläubigeranfechtung angegriffen werden. Direktzahlungen nach Verfahrenseröffnung wirken für den Gesamtschadensersatzschuldner nur in den Grenzen des § 82 InsO befreiend. Solche Zahlungen kann der Verwalter nach § 816 II BGB kondizieren.
- Direktzahlungen an einen Gläubiger wirken für den Gesellschafter grundsätzlich befreiend. Zahlungen vor Eröffnung des Gesellschaftsinsolvenzverfahrens, kann der Gesellschaftsinsolvenzverwalter gegebenenfalls nach dem AnfG anfechten. Wird nach Verfahrenseröffnung gezahlt, kann der Verwalter das Erlangte beim Gläubiger kondizieren.
- Der Gesamtschadensersatzschuldner kann auch nach Verfahrenseröffnung mit Ansprüchen gegen einzelne Schadensersatzgläubiger in Höhe des diesen zustehenden Quotenschadensersatzanspruchs aufrechnen. Die Aufrechnung gegen die nach § 92 InsO geltend gemachten Forderungen mit einer Insolvenzforderung ist unzulässig.
- Der Gesellschafter kann mit Forderungen gegen einzelne Gläubiger gegen die Inanspruchnahme durch den Insolvenzverwalter aufrechnen. Die Aufrechnung mit Insolvenzforderungen ist unzulässig.
- Im Insolvenzplanverfahren ist für die Gesamtschadensersatzgläubiger eine eigene Abstimmungsgruppe nach § 222 II InsO zu bilden, sofern der Gesamtschadensersatzschuldner nicht sämtlichen Insolvenzgläubigern haftet und diese Ansprüche von der Regelung im Insolvenzplan betroffen sind. Aussetzungsentscheidungen nach § 233 InsO umfassen auch die Gesamtschadensersatzansprüche.
- Unter denselben Voraussetzungen ist auch für die Gesellschaftergläubiger gemäß § 222 II InsO eine eigene Abstimmungsgruppe zu bilden. Aussetzungsentscheidungen nach § 233 InsO betreffen auch die Verwertung und Verteilung der vom Gesellschafter erlangten Beträge.

Im Eingliederungskonzern ist die Haftung der Muttergesellschaft aus § 322 AktG in der Insolvenz der Tochtergesellschaft analog § 92 InsO abzuwickeln. Dasselbe gilt für Außenhaftungsansprüche aus allgemeiner Durchgriffshaftung.

§93 InsO ist analog auf die Haftung des Altunternehmers in der Insolvenz des Geschäftserwerbers anzuwenden. Ebenso unterliegt die Haftung des Erben nach § 27 I HGB analog § 93 InsO der Geltendmachung durch den Insolvenzverwalter. Eine Analogie für die Haftung des Erwerbers aus § 25 I S. 1 HGB ist dagegen nicht möglich.

Abkürzungen

DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EGInsO	Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung
InsO	Insolvenzordnung
InsVV	Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
RefEInsO	Referentenentwurf zur Insolvenzordnung
RegEInsO	Regierungsentwurf zur Insolvenzordnung
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht

Im Übrigen wird auf *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 4. Auflage, Berlin/New York 1993 verwiesen.

Literatur

- Altmeyden*, Holger / *Wilhelm*, Jan: Quotenschaden, Individualschaden und Klagebefugnis bei der Verschleppung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH, in: NJW 1999, S. 673 ff.
- Armbruster*, Ekkehard A.: Die Stellung des haftenden Gesellschafters in der Insolvenz der Personhandelsgesellschaft nach geltendem und künftigem Recht, Berlin 1996
- Assmann*, Heinz-Dieter: Gläubigerschutz im qualifiziert faktischen Konzern durch richterliche Rechtsfortbildung – Teil 2, in: JZ 1986, S. 928 ff.
- Banerjee*, Nirmal Robert: Haftungsfragen in Fällen materieller Unterkapitalisierung und im qualifizierten faktischen Konzern, in: ZIP 1999, S. 1153 ff.
- Bar v.*, Christian: Empfehlen sich gesetzgeberische Maßnahmen zur rechtlichen Bewältigung der Haftung für Massenschäden?, in: Gutachten A für den 62. Deutschen Juristentag in Bremen, München 1998
- Baumbach*, Adolf / *Hopt*, Klaus J.: Kommentar zum HGB, 30. Auflage, München 2000
- Baumbach*, Adolf / *Hueck*, Alfred: Kommentar zum Aktiengesetz, 13. Auflage, München 1968
- Kommentar zum GmbHG, bearbeitet von Fastrich, G. Hueck, Schulze-Osterloh, Zöllner, 17. Auflage, München 2000
- Baur*, Fritz: Zwangsvollstreckungs- und konkursrechtliche Fragen zum Gleichberechtigungsgesetz, in FamRZ 1958, S. 252 ff.
- Baur*, Fritz / *Stürner*, Rolf: Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 12. Auflage,
- Bd. 1 Heidelberg 1995, zitiert: *Baur/Stürner ZVR* Bd. 1
- Bd. 2 Heidelberg 1990, zitiert: *Baur/Stürner ZVR* Bd. 2
- Fälle und Lösungen zum Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 6. Auflage, Heidelberg 1989
- Bernuth v.*, Wolf H.: Harte Patronatserklärungen in der Klauselkontrolle, in: ZIP 1999, S. 1501 ff.
- Berges*, A. M.: Die rechtlichen Grundlagen der Gläubigergleichbehandlung im Konkurs, in: KTS 1957 (18. Bd.), S. 49 ff.
- Biehl*, Kristof: Wesen und Wirkung der Insolvenzanfechtung nach neuem Recht, in: KTS 1999 (60. Bd.), S. 313 ff.
- Bitter*, Georg: Zur Haftung des Geschäftsführers aus § 64 Abs. 2 GmbHG für »Zahlungen« nach Insolvenzreife, in: WM 2001, S. 666 ff.
- Bley*, Erich / *Mohrbuter*, Jürgen: Großkommentar zur Vergleichsordnung, Zweiter Band, 4. Auflage unter Mitarbeit von Harro Mohrbutter, Berlin/New York 1981
- Blomeyer*, Jürgen: Die Haftung des Gesellschafters im Konkurs der offenen Handelsgesellschaft, in: BB 1968, S. 1461 ff.
- Bötticher*, Eduard: Besprechung von Jaeger, Konkursordnung mit Einführungsgesetzen, 8. Auflage, in: ZZP 71. Bd. (1958), S. 314 ff.
- Die »Selbstexekution« im Wege der Aufrechnung und die Sicherungsfunktion des Aufrechnungsrechts, in Festschrift für Hans Schima, herausgegeben von Fasching, Kralik, Wien 1969, S. 95 ff.
- Die Konkursmasse als Rechtsträger und der Konkursverwalter als ihr Organ, in: ZZP 77. Bd. (1964), S. 55 ff.

- Bork*, Reinhard: Gesamt(schadens)liquidation im Insolvenzverfahren, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, herausgegeben vom Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen, 2. Auflage, Herne/Berlin 2000, S. 1333 ff.
- Die Kommentare zur Insolvenzordnung, in: ZIP 1999, S. 1988 ff.
 - Einführung in das neue Insolvenzrecht, 2. Auflage, Tübingen 1998
 - Der Insolvenzplan, in: ZfP 109. Bd. (1996), S. 473 ff.
 - Haftung des GmbH-Geschäftsführers wegen verspäteten Konkursantrags – Besprechung der Entscheidung BGHZ 126, 181, in: ZGR 1995, S. 505 ff.
 - Zur Dogmatik des § 17 KO, in: Festschrift für Albrecht Zeuner, herausgegeben von Bettermann, Tübingen 1994, S. 297 ff.
 - Zur Enthaltung der Besitzgesellschaft bei der Betriebsaufspaltung analog § 26 HGB, in: ZIP 1989, S. 1369 ff.
- Breutigam*, Axel / *Blersch*, Jürgen / *Goetsch*, Hans-W.: Kommentar zur Insolvenzordnung, Loseblatt, Stand November 2000, Freiburg i. Br./Berlin 1998
- Braun*, Wilfried: Die Unabtretbarkeit konkursrechtlicher Anfechtungsansprüche – ein unverrückbares Dogma?, in: ZIP 1985, S. 786 ff.
- Braun*, Eberhard / *Uhlenbruck*, Wilhelm: Unternehmensinsolvenz, Düsseldorf 1997
- Braun*, Johann: Haftung für Massenschäden, in: NJW 1989, S. 2319 ff.
- Brehm*, Wolfgang: Anmerkung zu BGHZ 92, 348, in: JZ 1985, S. 342 ff.
- Breuer*, Wolfgang: Das Regelinsolvenzverfahren, in: Beilage zu NJW Heft 1 / 1999
- Bruns*, Karin: Entschuldung auf Staatskosten: Darf die Insolvenzkostenhilfe die materiellen Voraussetzungen für das Verbraucherinsolvenzverfahren schaffen?, in: NJW 1999, S. 3445 ff.
- Bundesministerium der Justiz*: Referentenentwurf Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, Köln 1989
- Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, Köln 1985
- Buth*, Andrea K. / *Hermanns*, Michael: Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, München 1998
- Canaris*, Claus Wilhelm: Die Haftung für fahrlässige Verletzungen der Konkursantragspflicht nach § 64 GmbHG, in: JZ 1993, S. 649 ff.
- Dauner-Lieb*, Barbara: Unternehmen in Sondervermögen – Haftung und Haftungsbeschränkung, Tübingen 1998
- Die Berechnung des Quotenschadens - Besprechung des Urteils ZIP 1997, 1542, in: ZGR 1998, S. 617 ff.
- Dehmer*, Hans: Umwandlungs- und Umwandlungssteuergesetz, 3. Auflage, München 1999
- Delhaes*, Wolfgang: Im Überblick: Der Insolvenzverwalter im eröffneten Insolvenzverfahren, in: NZI 1999, S. 47 ff.
- Dieckmann*, Albrecht: Zur Aufrechnung, in: Leipold, Insolvenzrecht im Umbruch, Köln/Berlin/Bonn/München 1991, S. 211 ff.
- Düringer – Hachenburg*: Kommentar zum HGB, II. Band/2. Hälfte, §§ 105 – 177, 335 – 342, erläutert von Julius Flechtheim, 3. Auflage, Mannheim/Berlin/Leipzig 1932
- Eckhardt*, Diederich: Zur Abtretbarkeit anfechtungsrechtlich begründeter Ansprüche im Konkurs, in: KTS 1993 (54. Bd.), S. 585 ff.
- Ehricke*, Ulrich: Zur Begründbarkeit der Durchgriffshaftung in der GmbH, insbesondere aus methodischer Sicht, in: AcP 199. Bd. (1999), S. 257 ff.
- Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz, Tübingen 1998
- Emmerich*, Volker / *Habersack*, Mathias: Aktienkonzernrecht, München 1998
- Erman*, Walter: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von H.-W. Westermann unter redaktioneller Mitwirkung von K. Küchenhoff, 10. Auflage, Münster 2000
- Esser*, Josef / *Schmidt*, Eike: Schuldrecht, Band 1 Allgemeiner Teil, 8. Auflage Heidelberg 1995
- Fikentscher*, Wolfgang: Schuldrecht, 9. Auflage Berlin/New York 1997
- Fleck*, Hans-Joachim: Zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers, in: GmbHR 1974, S. 224 ff.

- Fleischer*, Holger: Anmerkung zu BGH, ZIP 1997, 679, in: EWiR § 11 GmbHG 1/97, S. 463 f.
- Flume*, Werner: Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers bei Geschäften nach Konkursreife der GmbH, in: ZIP 1994, S. 337 ff.
- Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
 - Erster Band, Erster Teil, Die Personengesellschaft, Berlin/Heidelberg/New York 1977
 - Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 4. unveränderte Auflage, Berlin/Heidelberg/New York 1992
 - Gesellschaftsschuld und Haftungsverbindlichkeit des Gesellschafters bei der oHG, in: Festschrift für Alexander Knur, herausgegeben von Flume, Hamm, München 1972, S. 125 ff.
- Frankfurter Kommentar zur InsO*: Herausgegeben von Klaus Wimmer, Neuwied/Kriftel 1999, zitiert *Bearbeiter* in FK-InsO
- Fuchs*, Karlhans: Die persönliche Haftung des Gesellschafters gemäß § 93 InsO, in: ZIP 2000, S. 1089 ff.
- Gerhardt*, Walter: Zur Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters im Rahmen des § 93 InsO, in: ZIP 2000, S. 2181 ff.
- Vorausabtretung und § 17 KO, in: Festschrift für Franz Merz, herausgegeben von Gerhardt, Henckel, Kilger, Kreft, Köln 1992, S. 117 ff.
 - Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung, Göttingen 1969
- Gerhardt*, Walter / *Kreft*, Gerhart: Aktuelle Probleme der Gläubigeranfechtung in der Insolvenz, 6. Auflage, Köln 1995
- Gernhuber*, Joachim / *Coester-Waltjen*, Dagmar: Lehrbuch des Familienrechts, 4. Auflage, München 1994
- Geßler*, Ernst / *Hefermehl*, Wolfgang / *Eckhardt*, Ulrich / *Kropff*, Bruno: Kommentar zum Aktiengesetz, München,
- Band 1 §§ 1 – 75
 - Band 2 §§ 76 – 147
 - Band 6 §§ 291 – 410
- zitiert: *Bearbeiter* in G/H/E/K
- Godin v./Wilhelmi*, Hans: Aktiengesetz, in der vierten Auflage neu bearbeitet von Sylvester Wilhelmi, Berlin/New York 1971
- Goette*, Wulf: Zur persönlichen Haftung des Geschäftsführers einer GmbH gegenüber Dritten aus Geschäften, die nach Eintritt der Konkursreife mit ihm geschlossen werden, in: DStR 1994, S. 1048 ff.
- Gottwald*, Peter/*Adolphsen*, Joachim: Die Rechtsstellung dinglich gesicherter Gläubiger in der Insolvenzordnung, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, herausgegeben vom Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen, 2. Auflage, Herne/Berlin 2000, S. 1043 ff.
- Gounalakis*, Kathrin: Auswirkungen des neuen Insolvenzrechts für den Verbraucher, in: BB 1999, S. 224 ff.
- Großkommentar zum Aktiengesetz*: 4. Auflage: herausgegeben von Hopt, Wiedemann
- §§ 54 – 66, 15. Lieferung, bearbeitet von Henze, Wiedemann, Berlin/New York 2001
 - §§ 92 – 94, 11. Lieferung, bearbeitet von Habersack, Hopt, Berlin/New York 1999
 - 3. Auflage: Erster Band, 1. Halbband §§ 1 – 75, bearbeitet von Meyer-Landrut, Würdinger, Barz, Berlin/New York 1973. Viertes Band, §§ 291 – 410, bearbeitet von Würdinger, Barz, Schilling, Meyer-Landrut, Klug, Berlin/New York 1975
- Großkommentar zum HGB*: begründet von Hermann Staub, 4. Auflage, herausgegeben von Claus-Wilhelm Canaris, Wolfgang Schilling, Peter Ulmer, Berlin/New York 1987
- 12. Lieferung §§ 105 – 113, Bearbeiter: Peter Ulmer
 - 17. Lieferung §§ 123 – 130b, Bearbeiter: Mathias Habersack
 - 9. Lieferung §§ 161 – 177a, Bearbeiter: Wolfgang Schilling

Literatur

- 3. Auflage, Zweiter Band, 1. Halbband §§ 105 – 144, Bearbeiter: Robert Fischer, Peter Ulmer, Berlin/New York 1973
- Grunewald*, Barbara: Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, Tübingen 1999
- Anmerkung zu BGH, JZ 1991, S. 143 ff., in: JZ 1991, S. 146 ff.
- Haarmeyer*, Hans / *Wutzke*, Wolfgang / *Förster*, Karsten: Vergütung in Insolvenzverfahren, Kommentar zur InsVV/VergVO, 2. Auflage, München 1999
- Haas*, Ulrich: Fragen zur Insolvenzverschleppungshaftung des GmbH-Geschäftsführers, in: NZG 1999, S. 373 ff.
- Habersack*, Mathias: Patronatserklärungen ad incertas personas, in: ZIP 1996, S. 257 ff.
- Die Haftungsverfassung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts – Doppelverpflichtung und Akzessorietät, in: JuS 1993, S. 1 ff.
- Habscheid*, Walther J.: Prozessuale Probleme hinsichtlich der »Geltendmachung von Gläubigerrechten« durch den Konkursverwalter beim Konkurs der Aktiengesellschaft (§ 93 Abs. 5 AktG), in: Festschrift für Friedrich Weber, S. 197 ff., Berlin/New York 1975
- Hachenburg*, Max: Großkommentar zum GmbHG, herausgegeben von Peter Ulmer, 8. Auflage, Band I, §§ 1 – 34, Berlin/New York 1992
Band III, §§ 53 – 85, Berlin/New York 1995
- Häsemeyer*, Ludwig: Die Aufrechnung nach der Insolvenzordnung, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, herausgegeben vom Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen, 2. Auflage, Herne/Berlin 2000, S. 645 ff.
- Anmerkung zu BGHZ 135, 140 ff., in: ZZZ 111. Bd. (1998), S. 70 ff.
- Insolvenzrecht, 2. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1998
- Insolvenzrecht, 1. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1992, zitiert: *Häsemeyer*, Insolvenzrecht¹
- Die Regelung der Masseverbindlichkeiten, der Masseunzulänglichkeit und des Verfahrenskostenvorschusses, in: Dieter Leipold, Insolvenzrecht im Umbruch, Köln/Berlin/Bonn/München 1991, S. 101 ff.
- Gläubigerschutz und Gläubigergleichbehandlung bei Regreßverhältnissen, in: KTS 1993 (54. Bd.), S. 151 ff.
- Kommanditistenhaftung und Insolvenzrecht, in: ZHR 149. Bd. (1985), S. 42 ff.
- Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger, in: KTS 1982 (43. Bd.), S. 507 ff.
- Hahn*, Carl: Materialien zur Konkursordnung, Berlin 1881
- Hanisch*, Hans: Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, Frankfurt a. M. 1973
- Hasselbach*, Kai: Die Geltendmachung von Gesamtschadensansprüchen der Gläubiger durch den Insolvenzverwalter, in: DB 1996, S. 2213 ff.
- Heidelberger Kommentar zur InsO*: Herausgegeben von Eickmann, Flessner, Irschlinger, Kirchhof, Kreft, Landfermann, Marotzke, 2. Auflage, Heidelberg 2001, zitiert: *Bearbeiter* in HK - InsO
- Hellmann*, Friedrich: Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, Berlin 1907
- Hellwig*, Konrad: System des Deutschen Zivilprozeßrechts, Erster Teil, Leipzig 1912
- Henckel*, Wolfram: Gläubigeranfechtung im Konkurs, in: Festschrift für Erwin Deutsch, herausgegeben von Ahrens, v. Bar, Fischer, Spickhoff, Taupitz, Köln/Berlin/Bonn/München 1999, S. 967 ff.
- Insolvenzanfechtung, in: Kölner Schrift zum Insolvenzrecht, herausgegeben vom Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen, 2. Auflage, Herne/Berlin 2000, S. 813 ff.
- Insolvenzanfechtung, in: Leipold, Insolvenzrecht im Umbruch, Köln/Berlin/Bonn/München 1991, S. 239 ff.
- Grenzen der Vermögenshaftung, in: JuS 1985, S. 836 ff.
- Wert und Unwert juristischer Konstruktion im Konkursrecht, in: Festschrift für Friedrich Weber, Berlin/New York 1975, S. 237 ff.

-
- Einziehungsermächtigung und Inkassoession, in: I. Festschrift für Karl Larenz, herausgegeben von Gotthard Paulus, Uwe Diederichsen, Claus-Wilhelm Canaris, München 1973, S. 346 ff.
 - Henssler*, Martin: Die Rechts- und Pflichtenstellung des GmbH-Geschäftsführers nach Einführung der Insolvenzordnung, in: ZInsO 1999, S. 121 ff.
 - Henze*, Hartwig: Beschränkung der Gesellschafterhaftung – Teilrechtsfähigkeit der GbR im Wandel?, in: BB 1999, S. 2260 ff.
 - Henze*, Hartwig / *Bauer*, Karen: Pflichtenstellung und Haftung des GmbH-Geschäftsführers im gegenwärtigen und künftigen Insolvenzrecht, in: Kölner Schrift zum Insolvenzrecht, herausgegeben vom Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen, Herne/Berlin 2000, S. 1311 ff.
 - Hess*, Harald: Kommentar zur Insolvenzordnung mit EG InsO, Bd. 1, Heidelberg 1999
 - Hess*, Harald / *Weis*, Michaela: Anfechtungsrecht, Kommentar der §§ 129 – 147 InsO, §§ 1 – 20 AnfG, 2. Auflage, Heidelberg 1999
 - Hesselmann*, Malte / *Tillmann*, Bert: Handbuch der GmbH & Co KG, 18. Auflage, Köln 1997
 - Hirte*, Heribert: Abschied vom Quotenschaden, in: ZIP Sonderdruck, Köln 1994
 - Hommelhoff*, Peter: Wider die Akzessorietätstheorie in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, in: ZIP 1998, S. 8 ff.
 - Huber*, Michael: Anfechtungsgesetz, 9. Auflage, München 2000
 - Hueck*, Alfred: Das Recht der Offenen Handelsgesellschaft, 4. Auflage, Berlin/New York 1971
 - Hueck*, Götz: Drei Fragen zur Gesamthandsgesellschaft, in: Festschrift für Wolfgang Zöllner, herausgegeben von Lieb, Noack, Westermann, Köln/Berlin/Bonn/München 1998, Bd. 1, S. 275 ff.
 - Gesellschaftsrecht 19. Auflage, München 1991
 - Hüffer*, Uwe: Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Auflage, München 1999
 - Die Gesamthandsgesellschaft in Prozess, Gesamtvollstreckung und Konkurs, in: Festschrift für Walter Stimpel, herausgegeben von Lutter, Mertens, Ulmer, Berlin/New York 1985, S. 165 ff.
 - Jauernig*, Othmar: Kommentar zum BGB, 9. Auflage, München 1999
 - Zivilprozessrecht, 26. Auflage, München 2000
 - Zwangsvollstreckung- und Insolvenzrecht, 21. Auflage, München 1999, zitiert *Jauernig*, ZVIR
 - Ist die Rechtsmacht des Konkursverwalters durch den Konkurszweck begrenzt? in: Festschrift für Weber, herausgegeben von Böckelmann, Henckel, Jahr, Berlin/New York 1975, S. 307 ff.
 - Jaeger*, Ernst: Großkommentar zur Konkursordnung ,
 - 9. Auflage, Berlin/New York 1997, §§ 1 – 42 bearbeitet von Wolfram Henckel
 - 8. Auflage, Berlin/New York 1973, §§ 1 – 70 Erster Band, bearbeitet von Friedrich Lent, Ulrich Klug, Friedrich Weber, Günther Jahr. §§ 71 – 206 Zweiter Band, 1. Halbband, bearbeitet von Friedrich Lent, Ulrich Klug, Friedrich Weber, Günther Jahr. §§ 207 – 238 Zweiter Band, 2. Halbband, bearbeitet von Friedrich Weber, Günther Jahr, Ulrich Klug
 - Konkurs der OHG, Freiburg, Leipzig 1897
 - Karollus*, Martin: Die Rückkehr zum individuellen deliktischen Schadensersatz bei der Konkursverschleppung und der aktuelle Streit um die Aktivlegitimation, in: Festschrift für Steffen, Berlin/New York, 1995, S. 212 ff.
 - Keuk*, Brigitte: Die Haftung des Kommanditisten für die Schulden der Gesellschaft, in: ZHR 135. Bd. (1971), S. 410 ff.
 - Kilger*, Joachim: Der Konkurs des Konkurses, in: KTS 1975 (36. Bd.), S. 142 ff.
 - Kleindiek*, Detlef: Zur Gründerhaftung in der Vor-GmbH – Besprechung der Entscheidung BGH, ZIP 1997, 679 – , in: ZGR 1997, 427 ff.
 - Köhler*, Helmut: Patronatserklärungen als Kreditsicherheit: tatsächliche Verbreitung – wirtschaftliche Gründe – rechtliche Bedeutung, in: WM 1978, S. 1338 ff.
 - Kölner Kommentar zum AktG*: Herausgegeben von Wolfgang Zöllner
 - Band 1 §§ 1 – 75, 2. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1988

Literatur

- Band 2 §§ 76 – 117, 2. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1988
- Band 6, 1. Lieferung §§ 291 – 328, 2. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1987
- Kohler*, Josef: Lehrbuch des Konkursrechts, Stuttgart 1891
- Neue konkursrechtliche Forschungen, in AcP 95. Bd. (1904), S. 339 ff.
- Kreft*, Gerhart: Die Wende in der Rechtsprechung des BGH zu § 17 KO, in: ZIP 1997, S. 865 ff.
- Kropff*, Bruno: Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965 mit Begründung des Regierungsentwurfs, Düsseldorf 1965
- Kübler*, Bruno M. / *Prütting*, Hanns: Kommentar zur InsO, Köln, Stand März 2001
- Kübler*, Friedrich: Gesellschaftsrecht, 5. Auflage, Heidelberg 1999
- Kuhn*, Georg / *Uhlenbruck*, Wilhelm: Kommentar zur Konkursordnung, 11. Auflage, München 1994
- Graf Lambsdorff*, H. G.: Die Einwirkung des Vergleichs zur Abwendung des Konkurses und des Zwangsvergleichs der OHG (KG) auf die persönliche Haftung des Gesellschafters, in MDR 1973, S. 362 ff.
- Landfermann*, Georg: Allgemeine Auswirkungen der Insolvenzeröffnung, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, herausgegeben vom Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen, 2. Auflage, Herne/Berlin 2000, S. 159 ff.
- Lange*, Heinrich / *Kuchinke*, Kurt: Lehrbuch des Erbrechts, 4. Auflage, München 1996
- Larenz*, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts Band I, 14. Auflage, München 1987
- Larenz*, Karl / *Canaris*, Claus-Wilhelm: Lehrbuch des Schuldrechts Band II, 2. Halbband, 13. Auflage, München 1994
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Studienausgabe, 3. Auflage, Berlin/ Heidelberg / New York / Barcelona / Budapest / Hong Kong / London / Mailand / Paris / Tokyo 1995
- Larenz*, Karl / *Wolf*, Manfred: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Auflage, München 1998
- Leven*, Klaus: Zur persönlichen Haftung des Kommanditisten im Gesellschafterkonkurs, Köln 1966
- Lichtenberg*, Georg C.: Das Erfordernis der Gegenseitigkeit bei der Konkursaufrechnung durch einen Kommanditisten gegen die Inanspruchnahme aus § 171 II HGB, Freiburg 1981
- Lüke*, Gerhard: Die Prozessführungsbefugnis, in: ZJP 76. Bd. (1963), S. 1 ff.
- Lüke*, Wolfgang: Persönliche Haftung des Verwalters in der Insolvenz, 2. Auflage, Köln 1996
- Lutter*, Marcus: Zahlungseinstellung und Überschuldung unter der neuen Insolvenzordnung, in: ZIP 1999, S. 641 ff.
- Umwandlungsgesetz, Band I, §§ 1- 151, 2. Auflage, Köln 2000
- Lutter*, Marcus / *Hommelhoff*, Peter: GmbH-Gesetz Kommentar, 15. Auflage, Köln 2000
- Mertens*, Hans-Joachim: Die Haftung wegen Missbrauchs der Leitungsmacht nach § 309 aus schadensersatzrechtlicher Sicht, in: AcP 168. Bd. (1968), S. 225 ff.
- Michalski*, Lutz: Die Patronatserklärung, in: WM 1994, S. 1229 ff.
- Michel*, Frank: Die Inanspruchnahme des Veräußerers und des Erwerbers eines Kommanditanteils im Konkurs der KG, in: KTS 1991 (52. Bd.), S. 67 ff.
- Mohrbutter*, Harro: Handbuch der Insolvenzverwaltung, 7. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1997
- Mohrbutter*, Jürgen: Zur Einwirkung des Konkurses der OHG auf die persönliche Haftung des Gesellschafters, in: NJW 1968, S. 1125 ff.
- Mülbart*, Peter O.: Die rechtsfähige Personengesellschaft – Rechtsfähigkeit, akzessorische Mitgliederhaftung und das Umwandlungsrecht, in: AcP 199. Bd. (1999), S. 37 ff.
- Müller*, Gerd: Zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers aus culpa in contrahendo und aus § 64 Abs. 1 GmbHG, in: ZIP 1993, S. 1531 ff.
- Müller*, Klaus: Die Haftung der Muttergesellschaft für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft im Aktienrecht, in: ZGR 1977, S. 1 ff.
- Die Haftung des Gesellschafters im Konkurs der offenen Handelsgesellschaft, in: NJW 1968, S. 625 ff.

- Nochmals: Zur Einwirkung des Konkurses auf die persönliche Haftung des Gesellschafters, in: NJW 1968, 2230 f.
- Müller, Klaus: Kommentar zum Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, 2. Auflage, Bielefeld 2000
- Münchener Kommentar zum BGB: Herausgegeben von Rebmann, Rixecker, Säcker, 3. Auflage
 - Band 2 §§ 241 – 432, Redakteur Helmut Heinrichs, München 1994
 - Band 5 §§ 705 – 853, Redakteur Peter Ulmer, München 1997
 - Band 9 §§ 1922 – 2385, Redakteur Gerhard Schlichting, München 1997
- Münchener Kommentar zur ZPO:
 - Band 1 §§ 1 – 354, herausgegeben von Lüke, Wax, 2. Auflage, München 2000
 - Band 2 §§ 355 – 807, herausgegeben von Lüke, Wax, 2. Auflage, München 2000
 - Band 3 §§ 808 – 1048, herausgegeben von Lüke, Walchshöfer, München 1992
- Musielak, Hans-Joachim: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 2. Auflage, München 2000
- Nerlich, Jörg / Römermann, Volker: Insolvenzordnung, München, Stand November 2000
- Noack, Ulrich: Gesellschaftsrecht, Sonderband 1 zu Kübler/Prütting (Herausgeber), Kommentar zur Insolvenzordnung, Köln 1999
- Noack, Ulrich / Bunke, Caspar: Zur Stellung gesamtschuldnerisch oder akzessorisch Mithaftender im Insolvenzverfahren, in Festschrift für Wilhelm Uhlenbruck, herausgegeben von Hanns Prütting und Heiz Vallender, Köln 2000, S. 335 ff.
- Obermüller, Manfred / Hess, Harald: InsO, 3. Auflage, Heidelberg 1999
- Obermüller, Manfred: Verwertung von Drittsicherheiten im Insolvenzverfahren, in: NZI 2001, S. 225 ff.
- Open, Klaus: Verstoßen die Klagesperren der §§ 92, 93 InsO gegen die Rechtsweggarantie der Europäischen Menschenrechtskonvention?, in: ZIP 2000, S. 526 ff.
- Masseurfremde Masse, Tübingen 1999
- Pagenstecher, Max / Grimm, Max: Der Konkurs, 4. Auflage, München 1968
- Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, 60. Auflage, München 2001
- Paulus, Christoph G.: Anmerkung zu OLG Zweibrücken ZIP 2000, 2172, in: EWiR § 4 InsO 1/01, S. 233 f.
- Paulus, Gotthard: Sinn und Formen der Gläubigeranfechtung, in: AcP 155. Bd. (1956), S. 277 ff.
- Pawlowski, Hans-Martin: Zur Auslegung der Insolvenzordnung, in DZWIR 2001, S. 45 ff.
- Peifer, Karl-Nikolaus: Der BGH und die GbR mbH – Rückschlag oder Fortschritt auf dem Weg zum Verständnis der Gesamthand?, in: NZG 2001, S. 193 ff.
- Pelz, Christian: Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts in der Insolvenz, Bonn 1999
- Pesch, Jürgen: Patronatserklärungen im Geschäftsbericht von Banken, in: WM 1998, S. 1609 ff.
- Plate, Georg: Die Konkursbilanz, Köln/Berlin/Bonn/München, 1979
- Prütting, Hanns: Ist die Gesellschaft bürgerlichen Rechts konkursfähig?, in: ZIP 1997, S. 1725 ff.
- Raab, Thomas: Die Haftung der Gesellschafter einer Vor-GmbH im System des Gesellschaftsrechts, in: WM 1999, S. 1596 ff.
- Reiff, Peter: Die Beschränkung der persönlichen Gesellschafterhaftung in der GbR nach der Akzessorietätstheorie, in: ZIP 1999, S. 1327 ff.
- Reinicke, Dietrich: Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters, in: Festschrift für Harry Westermann, herausgegeben von Hefermehl, Gmür, Brox, Karlsruhe 1974, S. 487 ff.
- RGRK – HGB: Kommentar zum HGB, zweiter Band, §§ 105 – 177, 335 – 342, bearbeitet von Otto Weipert, 2. Auflage, Berlin 1950
- Rosenberg, Leo / Schwab, Karl Heinz/ Gottwald, Peter: Zivilprozeßrecht, 15. Auflage, München 1993

- Roth*, Herbert: Die Fortsetzung des Synallagmas mit insolvenzrechtlichen Mitteln, in: Festschrift für Walter Rolland, herausgegeben von Diederichsen, Fischer, Medicus, Pirrung, Wagenitz, Köln 1999, S. 303 ff.
- Rowedder*, Heinz: Kommentar zum GmbHG von Rowedder, Fuhrmann, Koppensteiner, Rasner, Rittner, Schmidt-Leithoff, Schaal, Wiedmann, Zimmermann, 3. Auflage, München 1997
- Säcker*, Franz-Jürgen: Die handelsrechtliche Haftung für Altschulden bei Übertragung oder Vererbung eines Handelsgeschäfts, in: ZGR 1973, S. 261 ff.
- Schäfer*, Carsten: Die harte Patronatserklärung – vergebliches Streben nach Sicherheit?, in: WM 1999, S. 153 ff.
- Schlegelberger*: Kommentar zum HGB von Gessler, Hefermehl, Hildebrandt, Schröder, Martens, K. Schmidt, 5. Auflage,
- Band III/1. Halbband, §§ 105 – 160, München 1992
 - Band III/2. Halbband, §§ 161 – 177a, §§ 333 – 342 (§§ 230 – 237 n.F.), München 1986
- Schmidt*, Karsten: Insolvenzordnung und Unternehmensrecht – Was bringt die Reform?, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, herausgegeben vom Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen, 2. Auflage, Herne/Berlin 2000, S. 1199 ff.
- Handelsrecht, 5. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1999
 - Insolvenzordnung und Gesellschaftsrecht, in: ZGR 1998, S. 633 ff.
 - Kein Abschied vom »Quotenschaden« bei der Insolvenzverschleppungshaftung, in: NZI 1998, S. 9 ff.
 - Kilger / K. Schmidt, Insolvenzgesetze, 17. Auflage, München 1997
 - Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1997
 - Zur Haftungsverfassung der Vor-GmbH, in: ZIP 1997, S. 671 ff.
 - Labyrinthus creditorum – Gesellschaftsrechtliche Haftung im Insolvenzverfahren nach §§ 92, 93 InsO –, in: ZGR 1996, S. 209 ff.
 - Anmerkung zu BGH, ZIP 1996, S. 590 ff., in: ZIP 1996, S. 593 ff.
 - Außenhaftung und Innenhaftung bei der Vor-GmbH, in: ZIP 1996, S. 353 ff.
 - Unterbrechung und Fortsetzung von Prozessen im Konkurs einer Handelsgesellschaft – Fragen und Thesen zu §§ 240 ZPO, 10 ff. KO (96 InsO) –, in: KTS 1994 (55. Bd.), S. 309 ff.
 - Anmerkung zum Vorlagebeschluß des BGH vom 20.9.1993, in: NJW 1993, S. 2934 ff.
 - Konkursanfechtung und Drittwiderspruchsklage, in: JZ 1990, S. 619 ff.
 - Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen, Köln 1990
 - Zur Haftung und Enthftung der persönlich haftenden Gesellschafter bei Liquidation und Konkurs der Personengesellschaft, in ZHR 152. Bd. (1988), S. 108 ff.
 - Zum Haftungsdurchgriff wegen Sphärenvermischung und zur Haftungsverfassung im GmbH-Konzern, in: BB 1985, S. 2074 ff.
 - Der Konkursverwalter als Gesellschaftsorgan und als Vertreter des Gemeinschuldners – Versuch einer Konkursverwaltertheorie für heute und morgen –, in: KTS 1984 (Bd. 45), S. 345 ff.
 - Möglichkeiten der Sanierung von Unternehmen durch Maßnahmen im Unternehmens-, Arbeits-, Sozial- und Insolvenzrecht, in: Gutachten für den 54. Deutschen Juristentag, München Band 1, Teil D, München 1982, zitiert: K. Schmidt, Gutachten
 - Konkursantragungspflichten bei der GmbH und bürgerliches Deliktsrecht, in: JZ 1978, S. 661 ff.
 - Unternehmenskonkurs, Unternehmensträgerkonkurs, Gesellschafterkonkurs – gesetzliche Grundentscheidungen zu den Koordinationsproblemen von Insolvenzrecht und Handelsrecht, in: Einhundert Jahre Konkursordnung, herausgegeben von Wilhelm Uhlenbruck, Köln/Berlin/Bonn/München 1977, S. 247 ff.
 - Einlage und Haftung des Kommanditisten, Köln 1977

- § 171 II HGB – eine Bestimmung nur für den Konkurs der Kommanditgesellschaft?, in JR 1976, S. 278 ff.
- Die oHG im System der Handelsgesellschaften – eine Untersuchung des gesellschaftsrechtlichen Grundsatzes der unbeschränkten Haftung, Bonn 1972
- Schmidt, Karsten / Bitter, Georg*: Doppelberücksichtigung, Ausfallprinzip und Gesellschafterhaftung in der Insolvenz, in: ZIP 2000, S. 1077 ff.
- Schmidt, Karsten / Schulz, Wolf*: Konkursfreies Vermögen insolventer Handelsgesellschaften?, in: ZIP 1982, S. 1015 ff.
- Schmidt, Karsten / Uhlenbruck, Wilhelm*: Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 2. Auflage, Köln 1999
- Schneider, Uwe H.*: Patronatserklärungen gegenüber der Allgemeinheit, in: ZIP 1989, S. 619 ff.
- Scholz, Franz*: Kommentar zum GmbH Gesetz,
 - Bd. 1 §§ 1 – 44, 9. Auflage, Köln 2000
 - Bd. 2 §§ 45 – 85, 8. Auflage, Köln 1995
- Schubert, Werner / Schmiedel, Burkhard / Krampe, Christoph*: Quellen zum Handelsgesetzbuch, Frankfurt 1988
- Schwerdtner, Peter*: Der Sozialplan im Eröffnungsverfahren und nach der Verfahrenseröffnung, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, herausgegeben vom Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen, Herne/Berlin, 2. Auflage, 2000, S. 1605 ff.
- Serick, Rolf*: Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, Band III Die einfache Sicherungsübertragung – Zweiter Teil, Heidelberg 1970
 - Die Profilierung der Mobiliarsicherheiten von heute im Konkursrecht von gestern, in: Ein-hundert Jahre Konkursordnung, herausgegeben von Wilhelm Uhlenbruck, Köln/Berlin/Bonn/München 1977, S. 271 ff.
- Sieveking, Johannes*: Die Haftung des Gemeinschuldners für Masseansprüche, Hamburg 1937, veröf-fentlicht in: Beiträge zum Zivilprozess, Heft 17
- Simon, Hans-Arno*: Die Rechte der Gläubiger einer Aktiengesellschaft gegenüber Aktionären, Orga-nen und herrschenden Unternehmen aus dogmatischer und zivilprozessualer Sicht, Göttingen 1970
- Skrotzki, A.*: Einzelfragen aus der Praxis des Konkurs- und Vergleichsrichters, in: KTS 1959 (20. Bd.), S. 24 f.
- Smid, Stefan*: Kommentar zur Insolvenzordnung, Stuttgart/Berlin/Köln 1999
 - Grundzüge des neuen Insolvenzrechts, 3. Auflage, München 1999
 - Geltendmachung des »Gesamtschadens« durch den Insolvenzverwalter, in: DZWIR 1998, S. 342 ff.
 - Die Haftung des Insolvenzverwalters im künftigen deutschen Insolvenzrecht, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, herausgegeben vom Arbeitskreis für Insolvenz- und Schieds-gerichtswesen, 2. Auflage, Herne/Berlin 2000, S. 453 ff.
- Smid, Stefan / Rattunde, Rolf*: Der Insolvenzplan – Handbuch für das Sanierungsverfahren nach dem neuen Insolvenzrecht mit praktischen Beispielen und Musterverfügungen –, Stuttgart/ Berlin/Köln 1998
- Soergel, Hans, Thomas*: Bürgerliches Gesetzbuch, neu herausgegeben von W. Siebert,
 - 12. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz
 - Band 2, Schuldrecht §§ 241 – 432, Redaktor Mertens, Stand Juli 1990
 - Band 7, Familienrecht I §§ 1297 – 1588, Redaktor Lange, Stand Sommer 1988
 - Band 9, Erbrecht §§ 1922 – 2385, Beurkundungsgesetz, Redaktor Damrau, Stand Frühjahr 1992
 - 11. Auflage
 - Band 4, Schuldrecht, §§ 705 – 853, Redaktor Mühl, Stand Frühjahr 1985

- Sonnenberger*, Hans Jürgen: Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Heidelberg 1991
- Staub*: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band I § 1 – 177, bearbeitet von Heinrich Koenige, Albert Pinner, Felix Bondi, 12. und 13. Auflage, Berlin/Leipzig 1926
- Staudinger v. Julius*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
- §§ 249 – 254, 13. Bearbeitung von Schiemann, Berlin 1998
 - §§ 362 – 396, 13. Bearbeitung von Gursky, Olzen, Berlin 1995
 - §§ 397 – 432, 13. Bearbeitung von Busche, Noack, Rieble, 1999
 - §§ 398 – 432, 12. Bearbeitung von Kaduk, Berlin 1994
 - §§ 652 – 704, 13. Bearbeitung von Martinek, Reuter, Werner, Wittmann, Berlin 1995
 - §§ 765 – 778, 13. Bearbeitung von Horn, Berlin 1997
 - §§ 1363 – 1563, 14. Bearbeitung von Thiele, Rehme, Berlin 2000
 - §§ 1967 – 2086, 13. Bearbeitung von Gursky, Marotzke, Otte, Werner, Berlin 1996
- Stein*, Friedrich / *Jonas*, Martin: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, bearbeitet von Bork, Brehm, Grunsky, Leipold, Münzberg, Roth, Schlosser, Schumann, 21. Auflage
- Bd. 1, §§ 1 – 90, Tübingen 1993
 - Bd. 2, §§ 91 – 252, Tübingen 1993
 - Bd. 3, §§ 253 – 299 a, Tübingen 1997
 - Bd. 6, §§ 704 – 863, Tübingen 1995
- Steiner*, Anton: Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 9. Auflage, 2. Band, §§ 105 – 185, München 1984
- Stimpel*, Walter: »Durchgriffshaftung« in der GmbH: Tatbestände, Verlustausgleich, Ausfallhaftung, in: Festschrift für Reinhard Goerdeler, herausgegeben von Havermann, Düsseldorf 1987, S. 601 ff.
- Stürner*, Rolf: Aufstellung und Bestätigung des Insolvenzplans, in: Dieter Leipold, Insolvenzrecht im Umbruch, Köln/Berlin/Bonn/München 1991, S. 41 ff.
- Aktuelle Probleme des Konkursrechts, in: ZVP 94. Bd. (1977), S. 263 ff.
- Theißen*, Thomas: Gesellschafterbürgschaften in der Insolvenz der OHG nach neuem Recht, in ZIP 1998, S. 1625 ff.
- Thomas*, Heinz / *Putzo*, Hans: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 22. Auflage, München 1999
- Tschierschke*, Wolf: Das Ausscheiden eines Kommanditisten und die Stellung des Ausgeschiedenen im Konkurs, München 1976
- Uhlenbruck*, Wilhelm: Ein Jahr InsO – Ziel erreicht oder Reformbedarf?, in: DZWIR 2000, S. 15 ff.
- Die Legitimation von Neugläubigerschäden wegen Konkursverschleppung, in: ZIP 1994, S. 1153 ff.
 - Die Bedeutung des Diskussionsentwurfs eines Gesetzes zur Reform des Insolvenzrechts für das Gesellschafts- und Unternehmensrecht in: GmbHR 1989, S. 101 ff.
 - Die GmbH & Co KG in Krise, Konkurs und Vergleich, 2. Auflage, Köln 1988
- Ulmer*, Peter: Gesellschafterhaftung in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Durchbruch der Akzessorietätstheorie?, in: ZIP 1999, S. 554 ff.
- Wege zum Ausschluss der persönlichen Gesellschafterhaftung in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, in: ZIP 1999, S. 509 ff.
 - Zur Haftungsverfassung in der Vor-GmbH, in: ZIP 1996, S. 733 ff.
 - Anmerkung zu BGH, ZIP 1993, 763 ff. in: ZIP 1993, S. 769 ff.
 - Die gesellschaftsrechtlichen Aspekte der neuen Insolvenzordnung, in: Die Neuordnung des Insolvenzrechts, Köln 1989, herausgegeben von Bruno M. Kübler, S. 119 ff.
 - Die gesellschaftsrechtlichen Regelungsvorschläge der Kommission für Insolvenzrecht, in: ZHR 149. Bd. (1985), S. 541 ff.
- Unger*, Klaus: 40 Jahre Durchgriffshaftung, in: KTS 1999 (59. Bd.), S. 159 ff.

- Die Haftung des ausgeschiedenen Kommanditisten im Konkurs der KG, in: KTS 1960 (21. Bd.), S. 33 ff.
- Weber*, Friedrich: Anmerkung zu BGHZ 35, 180 ff., in: JZ 1963, S. 223 ff.
- Wenzel*, Frank: Bankenhaftung bei fehlgeschlagenem Sanierungskredit, in: NZI 1999, S. 294 ff.
- Westermann*, Harry: Personengesellschaftsrecht, 4. Auflage, Köln 1979
- Widmann*, Siegfried / *Mayer*, Dieter: Umwandlungsrecht, Loseblatt, Bonn, Berlin, Stand Mai 2001
- Wiedemann*, Herbert: Spätlesung zu Autokran, in: ZGR 1986, S. 656 ff.
- Gesellschaftsrecht Band I, Grundlagen, München 1980
- Anmerkung zu BGH, JZ 1969, S. 469 f., in: JZ 1969, S. 470 ff.
- Wilhelm*, Jan: Konkursantragspflicht des GmbH-Geschäftsführers und Quotenschaden, in: ZIP 1993, S. 1833 ff.
- Rechtsform und Haftung der juristischen Person, Köln/Berlin/Bonn/München, 1981
- Windel*, Peter A.: Die Insolvenzordnung: Reform im Banner von Masseanreicherung, Unternehmenssanierung und Schuldbefreiung, in: Jura 1999, S. 1 ff.
- Zur persönlichen Haftung von Organträgern für Insolvenzverschleppungsschäden, in: KTS 1991 (52. Bd.), S. 477 ff.
- Wissmann*, Eike: Persönliche Mithaft in der Insolvenz: Die Stellung des Bürgen und des Personengesellschafters, 2. Auflage, Köln 1998
- Wochner*, Manfred: Gedanken zur Restschuldbefreiung nach dem Entwurf zum Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, in: BB 1989, S. 1065 ff.
- Die Haftung des »aufrechtstehenden« Gesellschafters im Konkurs seiner OHG, in: BB 1983, S. 517 ff.
- Wolf*, Manfred: Allgemeine Wirkungen der Insolvenzeröffnung, in: Leipold, Insolvenzrecht im Umbruch, Köln/Berlin/Bonn/München 1991, S. 113 ff.
- Wrobel*, Jürgen: Die Prozeßführungsbefugnis des Zwangsverwalters, Berlin 1993
- Würdinger*, Hans: Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen, 4. Auflage, Heidelberg/Karlsruhe 1981
- Zeller*, Friedrich / *Stöber*, Kurt: Zwangsversteigerungsgesetz, 16. Auflage, München 1999
- Zemplin*, Hans Günther: Fragen der Aufsichtsratshaftung, in: AcP 155. Bd. (1956), S. 209 ff.
- Zeuner*, Mark: Die Anfechtung in der Insolvenz, München 1999
- Zimmermann*, Klaus: Die Haftung der Gesellschafter für die vom Insolvenzverwalter einer Personengesellschaft begründeten Verbindlichkeiten, Frankfurt 1997
- Zöllner*, Richard: Zivilprozessordnung mit Nebengesetzen, 22. Auflage, Köln 2001

