

UDO BECKER

Insolvenzverwalterhaftung
bei Unternehmensfortführung

Studien zum Privatrecht

56

Mohr Siebeck

Studien zum Privatrecht

Band 56



Udo Becker

Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung

Mohr Siebeck

Udo Becker, geboren 1983; Studium der Rechtswissenschaft an der Justus-Liebig-Universität Gießen; wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung; seit 2014 Referendariat im Bezirk des OLG Frankfurt am Main.

Der Fachbereich Rechtswissenschaften der Justus-Liebig-Universität Gießen hat diese Arbeit im Wintersemester 2015/16 als Dissertation angenommen.

e-ISBN PDF 978-3-16-154780-5
ISBN 978-3-16-154779-9
ISSN 1867-4275 (Studien zum Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Meinen Eltern und meiner Schwester

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im November 2015 vom Fachbereich Rechtswissenschaften an der Universität Gießen als Dissertation angenommen. Sie befindet sich auf dem Stand April 2016.

Meinem Doktorvater, Herrn Prof. Ekkenga, danke ich für die hervorragende Betreuung bei der Erstellung dieser Arbeit und die gewährte große Freiheit während der Arbeit am Lehrstuhl. Herrn Prof. Hammen danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Dank gebührt auch all jenen, deren stete Diskussionsbereitschaft maßgeblich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen hat und die eine stets angenehme Arbeitsatmosphäre im „Haus 76“ geschaffen haben.

Zu nennen sind hier Herr Prof. Thilo Kuntz, von dem ich während der gemeinsamen Zeit am Lehrstuhl viel lernen konnte, sowie Herr Johannes Bachmann, Herr Jan F. Hellwig, Frau Anna-Sophia Böe und Herr Philipp Köster.

Zu danken ist ferner auch Frau Michaela Noske für die stets angenehme Zusammenarbeit.

Schließlich gebührt meiner Familie Dank. Meine Eltern Joachim und Marianne Becker und meiner Schwester Ina Becker haben mich sowohl während des Studiums, als auch während der Zeit der Erstellung dieser Arbeit, umfassend unterstützt. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Gießen, im April 2016

Udo Becker

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----|
| Vorwort..... | VII |
| Kapitel A: Einleitung..... | 1 |
| Kapitel B: Historische Entwicklung und heutiger Stand der Insolvenzverwalterhaftung | 3 |
| <i>I. Vor 1855</i> | 3 |
| 1. Verfahrensziele | 3 |
| 2. Haftung des „Kurators“..... | 5 |
| <i>II. Die preußische Konkursordnung 1855</i> | 5 |
| 1. Verfahrensziele | 5 |
| 2. Verwalterhaftung..... | 6 |
| <i>III. Die Konkursordnung von 1877</i> | 6 |
| 1. Verfahrensziele | 6 |
| 2. Verwalterhaftung..... | 7 |
| <i>IV. Die Insolvenzordnung von 1999</i> | 8 |
| 1. Verfahrensziele | 8 |
| 2. Verwalterhaftung..... | 9 |
| <i>V. Die Insolvenzrechtsreform von 01.03.2012 – „Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)“</i> | 10 |
| <i>VI. Erkenntnisse aus dieser Entwicklung</i> | 10 |

| | |
|--|----|
| Kapitel C: Interessenskonflikte im fortgeführten insolvenzschuldnerischen Unternehmen | 13 |
| <i>I. Die einzelnen Interessenkonflikt</i> | 13 |
| 1. Der Konflikt des Insolvenzverwalters mit den Insolvenzgläubigern (Innenverhältnis) | 13 |
| a) Insolvenzgläubiger als Residualgläubiger | 13 |
| b) Maßgeblichkeit der Residualgläubigerinteressen für den Insolvenzverwalter..... | 17 |
| aa) Die Diskussion zur werbenden Gesellschaft: Pflicht des Leitungsorgans zur Berücksichtigung des Unternehmensinteresses oder alleinige Pflicht zur Berücksichtigung des Gesellschafterinteresses | 18 |
| (1) Die Aktiengesellschaft | 18 |
| (2) Die GmbH..... | 19 |
| bb) Das fortgeführte insolvente Unternehmen: Berücksichtigung der Beteiligteninteressen oder vorrangige Berücksichtigung der Interessen der Insolvenzgläubiger | 20 |
| cc) Stellungnahme | 21 |
| c) Reaktion der Insolvenzordnung auf diese Interessenlage | 23 |
| d) Konsequenzen für die Ausgestaltung einer Haftungsregel im „Innenverhältnis“ | 25 |
| 2. Der Konflikt des Insolvenzverwalters mit den Massegläubigern (Außenverhältnis)..... | 25 |
| a) Die Insolvenzmasse reicht in jedem Fall zur vollständigen Befriedigung der Massegläubiger aus | 26 |
| aa) Massegläubiger als Festbetragsgläubiger..... | 26 |
| bb) Reaktion der Insolvenzordnung auf diese Interessenlage | 26 |
| cc) Konsequenzen für die Ausgestaltung einer Haftungsregelung im „Außenverhältnis“ | 26 |
| b) Die Insolvenzmasse reicht keinesfalls zur vollständigen Befriedigung der Massegläubiger aus | 27 |
| aa) Massegläubiger als Residualgläubiger | 27 |
| bb) Reaktion der Insolvenzordnung auf diese Interessenlage | 28 |
| cc) Konsequenzen für eine Haftungsregelung | 30 |
| c) Die Insolvenzmasse reicht möglicherweise zur Befriedigung der Massegläubiger aus | 30 |
| aa) Unklarer Residualgläubiger..... | 30 |
| bb) Konsequenzen für die Ausgestaltung einer Haftungsregel .. | 32 |
| 3. Der Konflikt des Insolvenzverwalters mit den Absonderungsberechtigten | 32 |

| | |
|--|---------------|
| 4. Der Konflikt des Insolvenzverwalters mit den Aussonderungsberechtigten | 35 |
| <i>II. Notwendigkeit der Differenzierung nach den verschiedenen Beteiligteninteressen unabhängig von der Rechtsstellung des Insolvenzverwalters und der Insolvenzmasse</i> | <i>35</i> |
| 1. Trennung zwischen Innen- und Außenverhältnis nach der Organtheorie | 36 |
| 2. Trennung zwischen Innen- und Außenverhältnis nach der Amtstheorie | 37 |
| 3. Unbeachtlichkeit des Unternehmensträgers, Beachtlichkeit des Unternehmens | 38 |
| Kapitel D: Die Haftung gegenüber den Insolvenzgläubigern – Innenhaftung | 40 |
| <i>I. Pflicht zum sorgfältigen Verhalten („duty of care“)</i> | <i>40</i> |
| 1. Aussagegehalt des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG | 41 |
| 2. Meinungsstand in der deutschen Literatur zur Übertragung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG auf die Insolvenzverwalterhaftung..... | 42 |
| 3. Rechtfertigung einer Übertragung des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG auf den Insolvenzverwalter | 44 |
| a) Gleichschaltung des Risikoprofils der Agenten mit dem der Prinzipale | 44 |
| aa) Situation bei derwerbenden Gesellschaft | 44 |
| bb) Fortgeführtes insolventes Unternehmen | 46 |
| b) Ersatz für eine volle gerichtliche Überprüfung unternehmerischer Entscheidungen..... | 47 |
| aa) Intern | 48 |
| (1) Möglichkeit, den Agenten zu überwachen | 48 |
| (a) Situation bei derwerbenden Aktiengesellschaft | 48 |
| (b) Situation beim fortgeführten insolventen Unternehmen | 48 |
| (aa) Individuelle Auskunftsrechte | 48 |
| (bb) Auskunftsrechte der Gläubigerversammlung | 49 |
| [1] Berichtspflichten..... | 49 |
| [2] Informationsrechte..... | 50 |
| [3] Einschränkungen | 50 |
| (cc) Auskunftsrechte des Gläubigerausschusses | 50 |
| (dd) Zwischenergebnis..... | 51 |

| | |
|--|----|
| (2) Möglichkeit, den Agenten anzuweisen..... | 51 |
| (a) Situation im Kapitalgesellschaftsrecht | 51 |
| (b) Situation im Insolvenzrecht..... | 52 |
| (aa) „Echtes“ Weisungsrecht | 52 |
| [1] Versuch der Herleitung eines allgemeinen Weisungsrechts | 53 |
| [2] Widerlegung der Existenz eines allgemeinen Weisungsrechts | 53 |
| (bb) „Faktisches“ Weisungsrecht durch Ausbedingung von Zustimmungsvorbehalten ... | 55 |
| (3) Möglichkeit, den Agenten auszuwechseln..... | 56 |
| (a) Situation bei der werbenden Aktiengesellschaft | 56 |
| (b) Situation im insolventen fortgeführten Unternehmen..... | 57 |
| (aa) Einfluss auf die Wahl des ersten Insolvenzverwalters durch den vorläufigen Gläubigerausschuss | 57 |
| (bb) Einfluss auf die Wahl weiterer Insolvenzverwalter durch die Gläubigerversammlung | 58 |
| (4) Erwirkung eines gerichtlichen Einschreitens..... | 60 |
| (5) Vergütung | 61 |
| (a) Situation bei der werbenden Gesellschaft | 61 |
| (b) Situation bei der insolventen fortgeführten Gesellschaft..... | 62 |
| (6) Abschließende Beurteilung der Kontrollrechte | 62 |
| bb) Extern..... | 63 |
| (1) Beteiligungsmarkt | 63 |
| (a) Situation bei der werbenden Gesellschaft | 63 |
| (b) Situation bei der fortgeführten insolventen Gesellschaft..... | 64 |
| (2) Führungskräftemarkt | 64 |
| (a) Werbende Gesellschaft | 64 |
| (b) Fortgeführtes insolventes Unternehmen | 64 |
| (aa) Ursprüngliche Auswahlentscheidung des Gerichts | 65 |
| (bb) Später gewählter Insolvenzverwalter..... | 67 |
| (3) Produktmarkt | 68 |
| (4) Zwischenergebnis | 68 |
| c) Fehlender Maßstab einer gerichtlichen Kontrolle | 68 |
| 4. Zwischenergebnis..... | 72 |
| II. Pflicht zur Treue („duty of loyalty“)..... | 72 |

| | |
|--|-----------|
| 1. Herleitung von Treuepflichten..... | 72 |
| a) Situation bei der werbenden Gesellschaft | 73 |
| b) Übertragung auf den Insolvenzverwalter | 74 |
| c) Zwischenergebnis..... | 78 |
| 2. Wettbewerbsverbot | 78 |
| a) Rechtslage bei Leitungsorganen einer werbenden Gesellschaft .. | 78 |
| b) Rechtslage beim Insolvenzverwalter | 80 |
| aa) Verbote des § 88 AktG auf den Insolvenzverwalter als Interessenwahrer trotz § 268 Abs. 3 AktG übertragbar | 80 |
| bb) Möglichkeit des Verzichts auf das Verbot durch den Interessenträger | 83 |
| cc) Rechtsfolgen eines Verbotsverstoßes..... | 85 |
| (1) Unterlassungsanspruch | 85 |
| (2) Schadensersatzanspruch | 85 |
| (3) Eintrittsrecht | 86 |
| 3. Geschäftschancenlehre..... | 88 |
| a) Situation in der werbenden Gesellschaft | 88 |
| b) Übertragung auf den Insolvenzverwalter | 89 |
| aa) Übertragung der im Gesellschaftsrecht geltenden Abgrenzungsgrundsätze | 89 |
| bb) Freigabe der Geschäftschance..... | 90 |
| cc) Rechtsfolgen | 91 |
| 4. Verschwiegenheitspflicht..... | 91 |
| a) Rechtslage bei der werbenden Gesellschaft | 91 |
| b) Übertragung dieser Grundsätze auf den Insolvenzverwalter | 92 |
| aa) In die Insolvenzmasse fallende Geheimnisse..... | 92 |
| bb) Nicht in die Insolvenzmasse fallende Geheimnisse | 94 |
| <i>III. Der Verzicht auf entstandene Innenhaftungsansprüche</i> | <i>94</i> |
| 1. Rechtslage bei der werbenden Gesellschaft | 94 |
| a) Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung..... | 95 |
| b) Tragende Rechtsgedanken für eine nur eingeschränkte Verzichtsmöglichkeit..... | 96 |
| 2. Rechtslage beim fortgeführten insolventen Unternehmen | 98 |
| a) Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung..... | 98 |
| b) Sachliche Reichweite der Entlastungswirkung eines Beschlusses der Gläubigerorgane..... | 100 |
| aa) Uneingeschränkte Entlastungswirkung soweit die Insolvenzgläubiger betroffen sind | 100 |
| bb) Beschränkte Entlastungswirkung soweit die Massegläubiger betroffen sind..... | 100 |

| | |
|---|-----|
| (1) Begrenzung durch die insolvenzrechtliche Verteilungsordnung, §§ 187ff. InsO | 100 |
| (2) Begrenzung durch die Insolvenzanfechtung, §§ 129ff. InsO..... | 102 |
| (3) Begrenzung durch die besondere Natur einzelner Schadensersatzansprüche | 105 |
| c) Voraussetzung der Entlastungswirkung eines Beschlusses der Gläubigerorgane..... | 105 |
| aa) Keine Differenzierung zwischen Beschlüssen von Gläubigerausschuss und Gläubigerversammlung..... | 105 |
| bb) Keine Differenzierung nach den Zeitpunkten der Beschlussvornahme..... | 106 |

Kapitel E: Die Haftung wegen Verletzung der Interessen des Anlegerpublikums – Innenhaftung wegen fehlerhafter Kapitalmarktinformation..... 108

| | |
|---|-----|
| I. Fortbestehen von Börsenzulassung und Emittenteneigenschaft in der Insolvenz | 109 |
| 1. Bisherige Verwaltungspraxis | 109 |
| 2. Potentielle Änderungen durch Einführung des „ESUG“ | 110 |
| II. Weiterbestehen der Pflichten nach dem BörsG und WpHG zulasten der Masse | 113 |
| 1. Abgrenzung zwischen Insolvenzverwalterkompetenz und Kompetenz des Leitungsorgans | 113 |
| a) Abgrenzung danach, ob die Bezugsobjekte kapitalmarktrechtlicher Pflichten in die Insolvenzmasse fallen..... | 113 |
| b) Abgrenzung danach, ob sich die Erfüllbarkeit kapitalmarktrechtlicher Pflichten aus der „Masseverwaltung“ ergibt | 114 |
| c) Abgrenzung danach, zu wessen Gunsten die kapitalmarktrechtlichen Pflichten nach Insolvenzverfahrenseröffnung bestehen..... | 115 |
| aa) Keine Zuständigkeit des Insolvenzverwalters für Pflichten, die allein zugunsten der Aktionäre bestehen | 116 |
| bb) Zuständigkeit des Insolvenzverwalters für Pflichten, die auch zugunsten der Insolvenzgläubiger bestehen | 117 |
| 2. Zuordnung der Einzelpflichten | 119 |

| | |
|---|---------|
| a) Pflicht nach § 26 WpHG zur Veröffentlichung der Mitteilungen nach §§ 21ff. WpHG..... | 119 |
| b) Pflicht nach § 15 WpHG zur ad hoc Mitteilung..... | 120 |
| c) Pflicht zur Mitteilung über „Directors Dealings“, § 15a WpHG | 121 |
| d) Pflicht zur Führung eines Insiderverzeichnisses, § 15b WpHG | 123 |
| e) Pflicht zur Erstellung von Finanzberichten nach §§ 37v ff. WpHG | 124 |
| f) Pflicht zur Unterlassung von Marktmanipulationen, § 20a WpHG | 124 |
| g) Pflicht zur Zahlung einer Umlage nach §§ 16, 17d FinDAG und zur Zahlung einer Notierungsgebühr | 125 |
| h) Zulassungsfolgebefugten nach §§ 40, 41 BörsG | 125 |
| <i>III. Haftungsrisiken für den Insolvenzverwalter</i> | 126 |
| 1. Haftung bei direkter Verletzung einer kapitalmarktrechtlichen Pflicht..... | 126 |
| a) Haftung nach § 26 WpHG i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB | 126 |
| b) Haftung nach §§ 37b, c WpHG | 127 |
| aa) Mögliche Erfüllung des Tatbestands durch den Insolvenzverwalter | 127 |
| bb) Keine unmittelbare Außenhaftung des Insolvenzverwalters als Privatperson | 127 |
| cc) Kein Verstoß gegen insolvenzrechtliche Prinzipien | 128 |
| (1) Kein Verstoß gegen die vorrangige Befriedigung der Massegläubiger | 128 |
| (2) Kein Verstoß gegen den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung | 132 |
| dd) Rechtsfolge | 133 |
| c) Haftung nach § 826 BGB | 134 |
| d) Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 15a WpHG, 15b WpHG oder 20a WpHG | 135 |
| 2. Haftung bei unterlassener Unterstützung des Schuldners bei der Erfüllung einer kapitalmarktrechtlichen Pflicht..... | 135 |
| a) Innenhaftung..... | 136 |
| b) Außenhaftung..... | 137 |
| aa) Haftung nach § 61 InsO..... | 137 |
| bb) Keine Haftung nach § 60 InsO..... | 137 |
| cc) Keine Haftung nach § 280 BGB..... | 138 |
| c) Zwischenergebnis..... | 138 |

| | |
|--|-----|
| <i>IV. Beendigung der kapitalmarktrechtlichen Pflichtenbindung durch Delisting</i> | 139 |
| 1. Reguläres Delisting | 139 |
| a) Antragskompetenz des Insolvenzverwalters | 139 |
| b) Keine Mitwirkung der Hauptversammlung | 140 |
| c) Rechtsfolge des Antrags auf Delisting | 140 |
| 2. Kaltes Delisting | 141 |

Kapitel F: Die Haftung gegenüber den Massegläubigern I – Außenhaftung nach § 61 InsO

143

| | |
|--|-----|
| <i>I. Entwicklungsgeschichte</i> | 143 |
| 1. Die Entwicklung bis BGH, Urteil vom 10. 4. 1979 – VI ZR 77/77 | 144 |
| 2. BGH, Urteil vom 10. 4. 1979 – VI ZR 77/77 | 144 |
| 3. BGH, Urteil vom 04. 12. 1986 – IX ZR 47/86 | 145 |
| 4. BGH, Urteil vom 14. 04. 1987 – IX ZR 260/86 | 145 |
| 5. Kodifizierung und Weiterentwicklung dieser Rechtsprechung durch § 61 InsO | 146 |
| 6. Reaktionen von Literatur und Rechtsprechung | 147 |
| 7. Weiteres Vorgehen | 148 |
| <i>II. Haftungsgrund des § 61 InsO</i> | 148 |
| 1. Vergleich der Haftung aus § 61 InsO mit der Leitungsorganhaftung gegenüber Gläubigern | 148 |
| a) Vergleich mit deliktischen Haftungstatbeständen, die die Nichterfüllung einer Forderung erfassen | 148 |
| b) Vergleich mit der Haftung aus „culpa in contrahendo“, §§ 280, 311 Abs. 3 BGB | 149 |
| c) Vergleich mit der Insolvenzverschleppungshaftung aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a InsO | 151 |
| 2. Betrachtung des § 61 InsO anhand dieser möglichen Vergleichsmaßstäbe | 154 |
| a) Wortlaut | 155 |
| b) Systematik | 156 |
| aa) Kein systematischer Anknüpfungspunkt für eine Haftung wegen Nichterfüllung einer Masseverbindlichkeit | 156 |
| bb) Systematischer Vergleich mit der Insolvenzverschleppungshaftung und der Haftung aus „culpa in contrahendo“ | 159 |

| | |
|---|-----|
| (1) Verhältnis der Haftung aus „culpa in contrahendo“ und Insolvenverschleppungshaftung bei der werbenden Gesellschaft..... | 160 |
| (a) Ansicht von Rechtsprechung und h.M. | 160 |
| (b) Ansicht von Altmeppen/Wilhelm..... | 160 |
| (c) Ansicht von Flume und K. Schmidt | 161 |
| (d) Stellungnahme | 161 |
| (2) Bedeutung für das Verständnis der Haftung aus § 61 InsO als „culpa in contrahendo“ | 163 |
| (3) Bedeutung für das Verständnis der Haftung aus § 61 InsO als Insolvenverschleppungshaftung..... | 164 |
| c) Historie | 166 |
| d) Telos | 167 |
| 3. Zwischenergebnis..... | 170 |

III. Konsequenzen des Verständnisses von § 61 InsO als

| | |
|---|-----|
| „Masseunzulänglichkeitsverschleppungshaftung | 170 |
| 1. Gebot der restriktiven Auslegung des § 61 InsO | 172 |
| a) Prinzip der begrenzten Vertreteraußenhaftung..... | 172 |
| aa) Regelungslage im BGB | 172 |
| (1) Stellvertretungsrecht..... | 172 |
| (2) Mittelbare Stellvertretung | 173 |
| (3) Geschäftsvermittler | 174 |
| bb) Regelungslage im Gesellschaftsrecht | 174 |
| (1) Keine umfassende Haftung gegenüber den Gläubigern..... | 174 |
| (2) Haftung in Ausnahmekonstellationen | 174 |
| (3) Haftung der Liquidatoren | 174 |
| (a) Körperschaften | 175 |
| (b) Gesellschaften im engeren Sinne..... | 176 |
| cc) Regelungslage bei sonstigen Vermögensverwaltern..... | 176 |
| (1) Haftung von Vormund, Betreuer, Pfleger..... | 176 |
| (2) Haftung des Nachlasspflegers | 176 |
| (a) Haftung gegenüber den „Altnachlassgläubigern“ | 177 |
| (b) Haftung gegenüber den „Neunachlassgläubigern“ .. | 178 |
| (c) Ergebnis..... | 180 |
| (3) Haftung des Testamentsvollstreckers | 180 |
| (4) Haftung des Zwangsverwalters | 181 |
| b) Maßgeblichkeit des Prinzips der begrenzten Vertreteraußenhaftung für die Insolvenzverwalterhaftung..... | 182 |
| c) Mögliche Gründe für eine schärfere Außenhaftung des Insolvenzverwalters nach § 61 InsO | 183 |

| | |
|---|-----|
| aa) Zweck des § 61 InsO | 183 |
| bb) Förderung des vom Gesetzgebers intendierten Zwecks durch § 61 InsO | 185 |
| (1) Perspektive der Neumassegläubiger | 186 |
| (2) Perspektive des Insolvenzverwalters | 186 |
| 2. Auslegung des § 61 InsO anhand des erarbeiteten Maßstabs | 188 |
| a) Zeitpunkt und Umfang der nach § 61 InsO abverlangten Liquiditätsprognose | 188 |
| aa) Prognosezeitraum..... | 188 |
| (1) Zeitpunktabhängiges Verbot bei der Insolvenzverschleppungshaftung | 188 |
| (2) Verständnis des § 61 InsO nach der h.M. | 189 |
| (3) Stellungnahme | 189 |
| bb) Prognosewahrscheinlichkeit..... | 190 |
| (1) Fortführungswahrscheinlichkeit bei der Insolvenzverschleppungshaftung | 190 |
| (2) Erfüllbarkeitswahrscheinlichkeit bei der Haftung nach § 61 InsO..... | 191 |
| (3) Stellungnahme | 192 |
| cc) Prognoseermessen..... | 193 |
| (1) Beurteilungsspielraum bei der Einschätzung der Überschuldung im Rahmen der Insolvenzverschleppungshaftung | 193 |
| (2) Beurteilungsspielraum bei der Einschätzung der Erfüllbarkeit im Rahmen des § 61 InsO..... | 194 |
| (3) Stellungnahme | 194 |
| dd) Beweislast..... | 194 |
| (1) Beweislastregelung bei der Insolvenzverschleppungshaftung | 194 |
| (2) Beweislastregelung bei § 61 InsO..... | 195 |
| (3) Stellungnahme | 195 |
| ee) Auflösung dieser Widersprüche durch vollumfängliche Angleichung der nach § 61 InsO abverlangten Erfüllbarkeitsprognose an die nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO abverlangte Fortführungsprognose durch Einführung der Masseunzulänglichkeit als objektives Tatbestandsmerkmal..... | 196 |
| b) Haftung auf das negative Interesse | 198 |
| aa) Keine Haftung auf das positive Interesse im Rahmen der Insolvenzverschleppungshaftung..... | 198 |
| bb) Keine Haftung auf das positive Interesse im Rahmen des § 61 InsO..... | 200 |
| c) Übertragung der „Drei-Wochen-Frist“ des § 15a Abs. 1 InsO .. | 201 |

| | |
|---|-----|
| aa) Beginn der „Drei-Wochen-Frist“ | 202 |
| (1) Meinungsbild für die werbende Gesellschaft | 202 |
| (2) Übertragung auf § 61 InsO..... | 204 |
| bb) Konkretisierung der Antragsfrist im Rahmen des § 15a Abs. 1 InsO..... | 205 |
| d) Einbeziehung gesetzlicher Gläubiger in den Schutzbereich | 206 |
| aa) Argumente gegen die Einbeziehung gesetzlicher Gläubiger in den Schutzbereich der Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO, die auch im Rahmen des § 61 InsO Geltung beanspruchen könnten..... | 207 |
| (1) Schutzbedürfnis deliktischer Gläubiger..... | 207 |
| (2) Kein insolvenzunabhängiger Schutz deliktischer Gläubiger durch deliktische Ansprüche gegen den Interessenvertreter persönlich | 208 |
| (3) Insolvenzspezifischer Schutz deliktischer Gläubiger.... | 211 |
| (4) Erstreckung dieses Schutzes auf sonstige gesetzliche Gläubiger | 211 |
| (a) Schutz des Geschäftsführers ohne Auftrag | 212 |
| (b) Schutz der Gläubiger vertraglicher Sekundäransprüche | 212 |
| (c) Schutz von Bereicherungsgläubigern | 213 |
| bb) Argumente gegen die Einbeziehung gesetzlicher Gläubiger in den Schutzbereich der Haftung nach § 61 InsO | 214 |
| (1) „Begründung“ gesetzlicher Verbindlichkeiten „durch eine Rechtshandlung“ | 215 |
| (2) Einbeziehung gesetzlicher Verbindlichkeiten in eine Liquiditätsprognose | 216 |
| (a) Generelle Möglichkeit der Einbeziehung gesetzlicher Verbindlichkeiten in eine Liquiditätsprognose | 217 |
| (aa) Vertragliche Sekundäransprüche..... | 217 |
| (bb) Deliktische Schadensersatzansprüche | 220 |
| (cc) Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder Bereicherungsrecht | 221 |
| (b) Möglichkeit der Miteinbeziehung gesetzlicher Verbindlichkeiten in eine Liquiditätsprognose zum Zeitpunkt ihrer Begründung | 222 |
| (aa) Vertragliche Sekundäransprüche..... | 222 |
| (bb) Deliktische Schadensersatzansprüche | 225 |
| (cc) Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder Bereicherungsrecht | 227 |
| cc) Ergebnis | 227 |

| | |
|---|-----|
| e) Haftung für oktroyierte (aufgezwungene) Verbindlichkeiten..... | 227 |
| f) Haftung bei vor Eröffnung bestehendem Dauerschuldverhältnis | 228 |
| g) Vorteilsausgleichung..... | 229 |
| aa) Abtretung des quotal zu befriedigenden Anspruchs gegen die Masse nach §§ 255, 320 Abs. 1 BGB an den Schädiger | 229 |
| bb) Keine Anrechnung von Zahlungen auf Altforderungen | 232 |

Kapitel G: Die Haftung gegenüber den Massegläubigern II – Besondere Außenhaftung nach § 60 InsO 234

I. Ergänzende Masseverkürzungshaftung nach § 60 InsO 234

| | |
|--|-----|
| 1. Haftung auf Ersatz des Gesamtschadens der Altmassegläubiger aus § 60 InsO..... | 235 |
| a) Insolvenzspezifische Pflicht zur Masseunzulänglichkeitsanzeige | 235 |
| b) Altmassegläubiger als Beteiligte | 236 |
| 2. Analoge Anwendung des § 92 InsO | 236 |
| a) Geltendmachung eines Gesamtschadens | 236 |
| b) Geltendmachung des Anspruchs..... | 237 |
| aa) Neu gewählter und bestellter Insolvenzverwalter..... | 238 |
| bb) Neu bestellter, aber nicht gewählter Insolvenzverwalter; Sonderinsolvenzverwalter | 238 |
| 3. Ergebnis..... | 239 |

II. Ergänzende Masseunzulänglichkeitsverursachungshaftung nach § 60 InsO 239

| | |
|--|-----|
| 1. Eingriff in die jeweilige Vermögensmasse, die diese potentiell aufzehren können..... | 239 |
| a) Situation bei der werbenden Gesellschaft | 239 |
| b) Situation beim fortgeführten insolventen Unternehmen | 241 |
| 2. Kompensation dieser Eingriffe | 242 |
| a) Werbende Gesellschaft..... | 243 |
| b) Fortgeführtes insolventes Unternehmen..... | 244 |

III. Haftungsmaßstab im Außenverhältnis 245

| | |
|---|-----|
| 1. Keine Anwendung der „business judgment rule“ auf die Haftung nach § 61 InsO und eine Masseverkürzungshaftung nach § 60 InsO..... | 246 |
|---|-----|

| | |
|--|-----|
| a) Interessenlage der Altmassegläubiger und Neumassegläubiger | 247 |
| aa) Alternative Mechanismen zur Kontrolle des Insolvenzverwalters | 247 |
| (1) Interne Anreize für den Insolvenzverwalter im Sinne der Massegläubiger zu handeln | 247 |
| (2) Externe Anreize für den Insolvenzverwalter im Sinne der Massegläubiger zu handeln | 247 |
| bb) Diversifikation der Massegläubiger | 247 |
| cc) Fehlender Maßstab gerichtlicher Kontrolle | 248 |
| b) Andere Rechtfertigungsversuche | 248 |
| 2. Anwendung der „business judgment rule“ auf die Masseunzulänglichkeitsverursachungshaftung nach § 60 InsO | 248 |

Kapitel H: Die Haftung gegenüber dem Insolvenzschuldner – Subsidiäre Innenhaftung..... 250

| | |
|--|-----|
| <i>I. Haftung gegenüber dem Insolvenzschuldner bei Beeinträchtigung der Masse</i> | 250 |
| 1. Keine insolvenzspezifische Pflicht zur Schuldbefreiung | 250 |
| a) Keine Doppelzuständigkeit während des Insolvenzverfahrens.. | 251 |
| b) Keine Doppelzuständigkeit nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens | 252 |
| 2. Haftung bei Beeinträchtigung von dem Insolvenzschuldner zugeordneten Massepositionen | 253 |
| a) Haftung bei Überschuldung | 254 |
| b) Haftung bei Zahlungsunfähigkeit | 255 |
| <i>II. Haftung bei Beeinträchtigung von dem Insolvenzschuldner zugeordneten massefreien Positionen</i> | 255 |
| 1. Beeinträchtigung von unpfändbaren Vermögenswerten | 255 |
| 2. Beeinträchtigung von freigegebenen Vermögenswerten | 256 |

Kapitel I: Die Haftung gegenüber den Aussonderungsberechtigten..... 257

| | |
|---|-----|
| <i>I. Haftungssituation bei der werbenden haftungsbeschränkten Gesellschaft</i> | 258 |
| 1. Haftung bei der Verletzung von Rechten, die in der Insolvenz ein Aussonderungsrecht vermitteln würden | 258 |

| | |
|---|------------|
| 2. Rechtsfolge der Verletzung von Rechten, die in der Insolvenz ein Aussonderungsrecht vermitteln würden, wenn später ein Insolvenzverfahren eröffnet wird..... | 259 |
| <i>II. Haftungssituation beim fortgeführten insolventen Unternehmen.....</i> | <i>260</i> |
| 1. Haftung bei der Verletzung von Aussonderungsrechten..... | 260 |
| 2. Rechtsfolge der Verletzung von Aussonderungsrechten | 260 |
| <i>III. Folgerungen aus dieser Gegenüberstellung für die persönliche Insolvenzverwalterhaftung.....</i> | <i>261</i> |
| 1. Haftungserweiterung durch die Annahme einer insolvenzspezifischen Pflicht..... | 261 |
| a) Tatbestand des § 60 Abs. 1 InsO subjektiv weiter als der von §§ 826, 823 Abs. 2 BGB | 262 |
| b) Tatbestand des § 60 Abs. 1 InsO objektiv weiter der von § 823 Abs. 1 BGB..... | 262 |
| aa) Pflicht zur Inbesitznahme und Verwertung der Masse, §§ 148, 156ff. InsO | 262 |
| bb) Pflicht zur Verwahrung und Sicherung der mit Aussonderungsrechten belasteten Gegenstände | 263 |
| cc) Pflicht zur Prüfung des Bestehens von Aussonderungsrechten | 263 |
| dd) Zusammenfassung | 263 |
| b) Erweitertes Einstehenmüssen für das Verhalten Dritter | 264 |
| c) Zusammenfassung | 264 |
| 2. Widerlegung von insolvenzspezifischen Pflichten i.S.v. § 60 InsO zugunsten der Aussonderungsberechtigten..... | 264 |
| a) Keine insolvenzspezifische Pflicht zur Inbesitznahme und Verwertung der Masse des Insolvenzverwalters persönlich gegenüber den Aussonderungsberechtigten | 264 |
| b) Keine insolvenzspezifische Pflicht zur Verwahrung und Sicherung der mit Aussonderungsrechten belasteten Gegenstände des Insolvenzverwalters persönlich..... | 266 |
| c) Keine insolvenzspezifische Pflicht zur Prüfung des Bestehens von Aussonderungsrechten des Insolvenzverwalters persönlich..... | 267 |

| | |
|---|-----|
| Kapitel J: Die Haftung gegenüber den Absonderungsberechtigten | 269 |
| I. Haftung als Insolvenzgläubiger | 269 |
| II. Haftung als Massegläubiger | 269 |
| III. Haftung aufgrund Bestandsverletzung | 270 |
| Kapitel K: Strategien zur abweichenden Risikoverteilung | 271 |
| I. Versicherung des Risikos | 271 |
| 1. Risikoverlagerung durch Verlagerung der Versicherungskosten . | 271 |
| 2. Führung von Verhandlungen mit dem Ziel der Risikoverschiebung | 273 |
| 3. Konkrete Ausgestaltung von Versicherungsverträgen | 273 |
| a) Haftungshöchstsummen | 275 |
| b) Ausschluss von wissentlichen Verletzungen..... | 276 |
| c) Selbstbehalt | 277 |
| 4. Ergebnis..... | 278 |
| II. Einsetzung juristischer Personen zum Insolvenzverwalter | 278 |
| 1. Generelle Zulässigkeit der Bestellung juristischer Personen..... | 278 |
| a) Regelung des § 56 Abs. 1 S. 1 InsO | 278 |
| b) Verstoß der Beschränkung auf natürliche Personen gegen die Dienstleistungsrichtlinie | 279 |
| 2. Zulässigkeit als Mittel zur Haftungsbegrenzung..... | 282 |
| a) Nachteile der Bestellung einer haftungsbeschränkten juristischen Person zum Insolvenzverwalter | 283 |
| b) Vorteile der Bestellung einer haftungsbeschränkten juristischen Person zum Insolvenzverwalter | 283 |
| c) Anforderungen an eine interessengerecht ausgestaltete haftungsbeschränkte juristische Person als Insolvenzverwalter..... | 284 |
| aa) Gesellschaftsrechtliche Lösungsmodelle | 285 |
| bb) Europarechtliche Lösungsmodelle..... | 286 |
| Kapitel L: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesenform..... | 287 |

| | |
|---------------------------|-----|
| Literaturverzeichnis..... | 291 |
| Sachregister | 307 |

Kapitel A

Einleitung

Der vorliegenden Arbeit liegt der Befund zugrunde, dass die Organhaftung bei einer werbenden Gesellschaft und die Haftung des Insolvenzverwalters bei Fortführung des insolvenzschuldnerischen Unternehmens¹ nach Rechtsprechung und herrschendem Schrifttum in wesentlichen Teilen voneinander abweichen. Insbesondere wird bei der Organhaftung sehr scharf zwischen einer Innenhaftung (gegenüber der Gesellschaft) und einer Außenhaftung (gegenüber den Gläubigern) unterschieden. In beiden Konstellationen gelten verschiedene Haftungsregime, die sich in ihren objektiven und subjektiven Tatbeständen stark voneinander unterscheiden. Demgegenüber haftet der Insolvenzverwalter *jedem* Verfahrensbeteiligten nach der Generalklausel des § 60 InsO. Die einzige Sonderhaftung statuiert § 61 InsO.

Dieser Befund muss überraschen, geht es doch in beiden Fällen der Sache nach um die treuhänderische Verwaltung einer fremden Vermögensmasse. Es stellt sich daher die Frage, wie es zu diesen Unterschieden gekommen ist und warum sie in der heutigen Literatur und Rechtsprechung kaum hinterfragt werden.

In einem ersten Schritt werden die historischen Ursachen der einheitlichen Insolvenzverwalterhaftung herausgearbeitet (dazu B.). Es wird ein besonderes Augenmerk darauf gelegt, aus welchen Motiven heraus sich der Gesetzgeber für eine generalklauselartige Haftung des Insolvenzverwalters entschied. Danach wird untersucht, ob die Interessenlagen im fortgeführten insolventen Unternehmen von denen in der werbenden Gesellschaft so wesentlich abweichen, dass die vollkommen unterschiedliche haftungsmäßige Behandlung des jeweiligen Unternehmensleiters gerechtfertigt ist (dazu C.). Diese Erkenntnisse werden die Legitimation für den eigentliche methodischen Ansatz dieser Arbeit liefern: Die Insolvenzverwalterhaftung wird durch eine Gegenüberstellung mit der Organhaftung der werbenden Gesellschaft betrachtet. Hierbei

¹ „Unternehmen“ wird im Folgenden im insolvenzrechtlichen Sinne verstanden. Der insolvenzrechtliche Unternehmensbegriff baut auf dem handelsrechtlichen Unternehmensbegriff auf (*K. Schmidt*, Handelsrecht, § 5, Rn. 92ff.; vgl. auch *ders.* Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen, S. 137ff.), nach dem „Unternehmen“ eine „anbietend am Markt in Erscheinung tretende organisierte, aus persönlichen und sachlichen Mitteln bestehende Wirtschaftseinheit“ (*K. Schmidt*, Handelsrecht, § 3, Rn. 4; *Reiff*, Die Haftungsverfassungen nichtrechtsfähiger unternehmenstragender Verbände, S. 21, jeweils m.w.N.) ist. Er wird allerdings durch § 35 InsO insoweit beschnitten, als nicht das gesamte Unternehmen in die Insolvenzmasse fällt (Zu diesen Einschränkungen unten, Kapitel H., II., 1. Insbesondere sind die Ausnahmen des § 36 InsO zu beachten).

sind die Gemeinsamkeiten und Unterschiede, die sich nach derzeit h.M. ergeben, zu erörtern und kritisch zu hinterfragen.

Es wird sich zeigen, dass auch für die Insolvenzverwalterhaftung scharf zwischen einer Innenhaftung gegenüber den Insolvenzgläubigern als Residualgläubigern (dazu D., E.) und einer Außenhaftung gegenüber den Massegläubigern als Festbetragsgläubigern (dazu F., G.) unterschieden werden muss.

Für die Innenhaftung lassen sich insbesondere durch einen Blick auf die in der werbenden haftungsbeschränkten Gesellschaft geltenden Sorgfalts- und Treuepflichten Erkenntnisse gewinnen (dazu D.). Gleiches gilt für die kapitalmarktrechtliche Verantwortlichkeit als einen besonderen Fall der Innenhaftung (dazu E.).

Demgegenüber bietet ein Vergleich der Insolvenzverwalteraußenhaftung mit der Organaußenhaftung die Möglichkeit, die Haftungsnorm des § 61 InsO dogmatisch zu erfassen (dazu F.). Außerdem ergeben sich aus § 60 InsO diese Haftung flankierende Tatbestände, die die Außenhaftung des Insolvenzverwalters an die Leitungsorganhaftung weitgehend angleichen (dazu G.).

Als insolvenzspezifische Besonderheiten stellen sich hingegen die Haftung gegenüber dem Schuldner (dazu H.), gegenüber den Aussonderungsberechtigten (dazu i.) und gegenüber den Absonderungsberechtigten (dazu J.) dar. Wie zu zeigen sein wird, können aus einem Vergleich mit der Haftung in der werbenden haftungsbeschränkten Gesellschaft gleichwohl bedeutende Erkenntnisse für diese Haftungskonstellationen gewonnen werden.

Im Anschluss werden bestimmte Strategien zur Haftungsbegrenzung diskutiert, die auch in der werbenden Gesellschaft zur Verschiebung von Risiken in Betracht kommen, namentlich die Fremdversicherung und die Einsetzung von juristischen Personen zum Insolvenzverwalter anstelle von natürlichen Personen (dazu K.).

Schließlich werden die wesentlichen Ergebnisse der Arbeit in Thesenform dargestellt (dazu L.).

Kapitel B

Historische Entwicklung und heutiger Stand der Insolvenzverwalterhaftung

Die insolvenzspezifische Haftung des Insolvenzverwalters ist im Wesentlichen auf die Generalklausel des § 60 InsO beschränkt, nach der er allen Beteiligten zum Schadensersatz verpflichtet ist, wenn er Vorschriften nach „diesem Gesetz“ (also der Insolvenzordnung) verletzt. Ergänzt wird diese Generalklausel nur durch die engere Haftung nach § 61 InsO, wonach der Insolvenzverwalter zum Schadensersatz verpflichtet ist, wenn er eine Masseverbindlichkeit begründet, obwohl er erkennen konnte, dass die Masse voraussichtlich zur Erfüllung nicht ausreicht. Eine weitere Untergliederung der Haftung, die die Besonderheiten der Verantwortlichkeit gegenüber bestimmten Beteiligten berücksichtigt oder nach sonstigen Kriterien zwischen einzelnen Haftungskonstellationen differenziert, sieht das Gesetz hingegen nicht vor.

Die Gründe für diesen Entwicklungsstand können nur nachvollzogen werden, wenn man die Vorläufer der §§ 60, 61 InsO und die jeweiligen Verfahrenszwecke, denen sie dienen, betrachtet.

Daher soll im Folgenden ein kurzer historischer Überblick über die jüngere Entwicklung der deutschen Insolvenzverwalterhaftung gegeben werden, der sich auf die Betrachtung dieser beiden Aspekte beschränkt.

I. Vor 1855

1. Verfahrensziele

Die Wurzeln der Konkursgesetze im deutschsprachigen Raum liegen im römischen Recht. Dieses differenzierte bei der Vollstreckung eines Urteils zwischen einer Personalexekution und einer Vermögensexekution¹. Bei ersterer sollte der Schuldner durch Zwang zur Bewirkung der versprochenen Leistung angehalten werden². Bei letzterer sollte hingegen das gesamte Vermögen des Schuldners zugunsten der Gesamtheit der Gläubiger beschlagnahmt werden³. Die Vermögensexekution war also Gesamtvollstreckung und damit der ei-

¹ Kaser/Hackl, S. 383ff.

² Kaser/Hackl, S. 383.

³ Kaser/Hackl, S. 388.

gentliche Vorläufer der späteren Konkursrechte⁴. Der die Vollstreckung betreibende Gläubiger wurde zunächst in das gemeinschuldnerische Vermögen eingewiesen („missio in bona“)⁵. Insbesondere bei komplizierten und längerfristigen Vermögensverwaltungen wurde ein „curator bonorum“ eingesetzt, dem ebenfalls Verwaltungsbefugnisse zukamen⁶. Andere Gläubiger konnten der Vollstreckung nun beitreten, indem sie ihre Forderungen entweder gegenüber dem die Vollstreckung betreibenden Gläubiger oder gegenüber dem Kurator anmeldeten⁷. Im Anschluss konnten die Gläubiger aus ihrer Mitte einen „magister bonorum“ wählen, auf den die Verwaltungsbefugnis überging⁸ und dem die Veräußerung der Vermögensgegenstände des Schuldners („venditio bonorum“) oblag⁹. Die Veräußerung fand im Wege der öffentlichen Versteigerung statt¹⁰. Damit waren nicht nur die Ursprünge des Verfahrens vollstreckungsrechtlich, sondern das gesamte Verfahren zielte darauf, das Vermögen des Schuldners zu versilbern und an die Gläubiger zu verteilen¹¹.

Das gemeine deutsche Recht stand immer noch unter dem Eindruck dieses tradierten Verständnisses. Nicht nur wurde die Bezeichnung „Kurator“ bzw. „Curator“ für die Vorläufer des Insolvenzverwalters oftmals übernommen¹², sondern es bestand auch kein Zweifel daran, dass die Verfahren auf eine Versilberung der Insolvenzmasse ausgerichtet waren¹³. Nachdem im sog. „Liquidationsverfahren“ die Gläubiger aufgefordert wurden ihre Forderungen anzumelden¹⁴, wurde im „Prioritätsverfahren“ der Rang der verschiedenen gesammelten Forderungen zueinander festgelegt¹⁵. Im sich anschließenden „Distributionsverfahren“ wurde dann die Aktivmasse unter den Gläubigern verteilt¹⁶. Die Vorstellung, dass dem Verwalter die Kompetenz zusteht, das gemeinschuldnerische Unternehmen längerfristig fortzuführen, war der damaligen Zeit hingegen völlig fremd. So mahnt *Schweppe* in seinem 1829 erschienenen Lehrbuch eine möglichst zügige Durchführung des Distributions-

⁴ *Kaser/Hackl*, S. 388.

⁵ *Stürner* in MünchKomm InsO, Einleitung, Rn. 26; *Kaser/Hackl*, S. 390.

⁶ *Kaser/Hackl*, S. 394.

⁷ *Stürner* in MünchKomm InsO, Einleitung, Rn. 26; *Kaser/Hackl*, S. 395.

⁸ *Kaser/Hackl*, S. 396.

⁹ *Kaser/Hackl*, S. 395f.

¹⁰ *Kaser/Hackl*, S. 397.

¹¹ *Kaser/Hackl*, S. 394ff.

¹² *Kohler*, Konkursrecht, S. 43ff.; *Rezbach*, S. 19f.

¹³ *Fuchs*, § 10 (S. 52); *Rezbach*, S. 19; *Kohler*, Konkursrecht, S. 45.

¹⁴ *Baur/Stürner*, Insolvenzrecht¹², § 3, Rn. 3.14.

¹⁵ *Baur/Stürner*, Insolvenzrecht¹², § 3, Rn. 3.15.

¹⁶ *Schweppe*, § 141 (S. 261); *Baur/Stürner*, Insolvenzrecht¹², § 3, Rn. 3.15.

verfahrens an, da eine längerfristige Verwaltung der Masse nur Kosten verursachen könne¹⁷.

2. Haftung des „Kurators“

Mit diesen Verfahrenszielen ging ein Haftungssystem einher, welches nicht nach den verschiedenen Beteiligten oder bestimmten Haftungskonstellationen trennt¹⁸. Vielmehr sollte der „Kurator“ nach gemeinem Recht einer general-klauselartigen Haftung gegenüber dem Gesamtschuldner und gegenüber allen Gläubigern unterliegen, wobei lediglich der Haftungsmaßstab umstritten war¹⁹. Teilweise wurde auf das historische Vorbild des römischen Rechts verwiesen, wonach der „curator bonorum“ nur für „dolus“ (Vorsatz) und „culpa lata“ (schwere Schuld, grobe Fahrlässigkeit) einzustehen hatte²⁰. Teilweise wurde eine Haftung für jedes Verschulden befürwortet²¹. Die wohl h.M. nahm eine analoge Anwendung des für den Vormund geltenden Pflichtenmaßstabs an, woraus ein Einstehenmüssen für die „diligentia quam in suis rebus“ (Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten) resultierte²².

II. Die preußische Konkursordnung 1855

1. Verfahrensziele

Die preußische Konkursordnung von 1855 brachte in vielerlei Hinsicht Neuerungen für das deutsche Insolvenzrecht²³. Man war bestrebt, den Konkurs nach französischem Vorbild als ein natürliches Phänomen des Wirtschaftslebens aufzufassen²⁴ und das Verfahren stärker in die Hände der Gläubiger zu legen²⁵. Man war aber noch nicht bereit, diesen auch die Kompetenz zuzugestehen, sich gegen eine Liquidation und für eine Fortführung des Unternehmens als alternative Befriedigungsmöglichkeit zu entscheiden. Eine Befriedigung der Gläubiger durch eine Unternehmensfortführung wurde nur im Wege des konkursabwendenden Vergleichs²⁶, also als ein Mittel der Insolvenzvermeidung, zugelassen.

¹⁷ Schweppe, § 141 (S. 261).

¹⁸ Schweppe, § 100 (S. 197).

¹⁹ Schweppe, § 100 (S. 197); Rezbach, S. 23.

²⁰ Ulp. Dig. 42, 5, 9.; Schweppe, § 100 (S. 198).

²¹ Fuchs, § 10 (S. 64).

²² Schmid, § 212 (S. 244); Rezbach S. 20 m.w.N.

²³ Ausführlich zu ihrer Entwicklung Thieme, FS 100 Jahre Konkursordnung, S. 35ff.

²⁴ Thieme, FS 100 Jahre Konkursordnung, S. 35 (40); Baur/Stürmer, Insolvenzrecht¹², § 3, Rn. 3.21.

²⁵ Goldammer, § 8 (S. 22).

²⁶ Goldammer, § 12 (S. 29f.).