

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 der werbenden 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 der werbenden 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 Verbotsverstößes.....	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) Zulassungsfolgebeflichten 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 Insolvenzverschleppungshaftung 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 Insolvenzverschleppungshaftung.....	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>	260
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>	261
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.).