

**Die Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters bei
der Begründung von Masseverbindlichkeiten (§§ 21, 61 InsO)**

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte
des Fachbereichs
Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes-Gutenberg-Universität
Mainz

vorgelegt von

Michaela Weis
Richterin in Alzey

2002

Tag der mündlichen Prüfung: 10.6.2002

Gliederung

| | | |
|--------|---|-------|
| Teil 1 | <u>Einleitung</u> | 1-5 |
| A. | Problemstellung | 1-4 |
| B. | Gang der Untersuchung | 4-5 |
| Teil 2 | <u>Eröffnungsverfahren und vorläufige Insolvenz- verwaltung</u> | 6-16 |
| A. | Überblick über die Neuregelung durch die InsO | 6-9 |
| B. | Ausgangssituation bei Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis im Eröffnungsverfahren | 9-16 |
| I. | Anordnung der vorläufigen Insolvenz- verwaltung durch das Insolvenzgericht | 9-11 |
| II. | Aufgaben und Funktionen des vorläufigen Insolvenzverwalters mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis | 12-16 |
| 1. | Überblick | 12-14 |
| 2. | Die Fortführungspflicht des vorläufigen Insolvenz- verwalters | 14-16 |
| Teil 3 | <u>Vorläufige Insolvenzverwaltung zwischen Sicherungsfunktion und Haftungsrisiko</u> | 16-33 |
| A. | Interessenkonflikt des vorläufigen Insolvenz- verwalters | 16-19 |
| B. | Typisierung von Haftungsrisiken | 19-33 |
| I. | Arbeitnehmeransprüche | 19-29 |
| 1. | Einfache Insolvenzforderungen oder Masse- verbindlichkeit? | 19-24 |
| 2. | Teleologische Reduktion des § 55 Abs. 2 InsO im Fall der Insolvenzgeldvorfinanzierung | 24-27 |
| 3. | Gesetzesänderung des § 55 InsO | 27 |
| 4. | Folge für den vorläufigen Insolvenzverwalter | 27-28 |
| 5. | Neues gesetzliches Hindernis: Zustimmung des | |

| | | |
|--------|---|--------|
| | Arbeitsamtes | 28-29 |
| II. | Forderungen aus dem Mietverhältnis | 29-30 |
| III. | Weiterbelieferung des Schuldnerbetriebes durch die Lieferanten | 30-31 |
| IV. | Veräußerung von Massegegenständen | 31-32 |
| V. | Altlasten | 32 |
| VI. | Sonstige notwendige Verbindlichkeiten im Zusammenhang mit der Fortführung | 33 |
| Teil 4 | <u>Die Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters im Rechtssystem der §§ 21 Abs. 1 Nr. 1, 61 InsO</u> | 33-47 |
| A. | Erweiterung der Verwalterhaftung | 33-36 |
| I. | Rechtsentwicklung | 33-35 |
| II. | Ausdehnung auf den vorläufigen Insolvenzverwalter | 36 |
| B. | Anwendbarkeit des § 61 InsO im Eröffnungsverfahren | 36-39 |
| I. | Haftung im Fall der Verfahrenseröffnung | 36-37 |
| II. | Haftung im Fall der Abweisung des Eröffnungsantrages | 38-39 |
| C. | Sinn und Rechtsnatur des § 61 InsO | 40-47 |
| I. | Rechtsnatur des § 61 InsO | 40 |
| II. | Unterfall der Haftung nach § 60 InsO? | 41-43 |
| III. | Haftung aus c.i.c. ? | 44 |
| IV. | Sonderfall der deliktsrechtlichen Regelungen | 44-47 |
| Teil 5 | <u>Die Tatbestandsstruktur des Anspruches aus § 61 i. V. m. 21 InsO</u> | 47-160 |
| A. | Vermögensverletzung | 47 |
| B. | Haftungsbegründendes Verhalten (Pflichtwidriges Handeln) | 47-93 |
| I. | Begründung einer Neumasseverbindlichkeit | 52-53 |
| II. | Pflicht zur permanenten Prüfung der Deckung von Masseverbindlichkeiten | 54-92 |
| 1. | Prüfung der zukünftigen Massedeckung | 55-62 |

| | | |
|------|---|---------------|
| a) | Parallelsituation 1: Drohende Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO | 56-58 |
| b) | Parallelsituation 2: Plan-Liquiditätsrechnung nach § 229 InsO | 58-60 |
| c) | Übertragbarkeit auf die Frage der Deckung von Masseverbindlichkeiten | 60-62 |
| 2. | Finanzplanung | 62-92 |
| a) | Informationsbeschaffung | 66-68 |
| b) | Inhalt und Gliederung | 68-92 |
| aa) | Elemente des Finanzplanes | 68-71 |
| bb) | Einzahlungen | 71-84 |
| α) | Einzahlungen aus Umsätzen | 71-82 |
| β) | Sonstige Einzahlungen | 82-84 |
| cc) | Auszahlungen | 84-90 |
| α) | Massekosten | 85-86 |
| β) | Auszahlungen für Material | 86-87 |
| γ) | Auszahlungen für Personal | 87-88 |
| δ) | Auszahlungen für Maschinen und maschinelle Anlagen | 88 |
| ε) | Auszahlungen für Betriebskosten | 89-90 |
| ζ) | Auszahlungen für Steuern | 90 |
| η) | Sonstige Auszahlungen | 91-92 |
| dd) | Zusammenfassung der Ein- und Ausgaben | 92-93 |
| III. | Pflichtverletzung und fehlerhafte Begründung von Masseverbindlichkeiten | 93 |
| C. | Haftungsbegründende Kausalität | 93-94 |
| D. | Ausschluss der Pflichtwidrigkeit in bestimmten Situationen | 94-95 |
| I. | Einwilligung des Gläubigers bei Kenntnis der Vermögenssituation | 96 |
| II. | Kein Ausschluss der Pflichtwidrigkeit bei Zustimmung des Insolvenzgerichts zu Betriebsmittelkrediten | 97-103 |
| III. | Pflichtwidrigkeit trotz Fortführungspflicht | |
| IV. | Ausschluss der Pflichtwidrigkeit bei Versagung | |

| | | |
|-------------|--|----------------|
| | der Betriebsstillegung durch das Insolvenzgericht trotz Stilllegungsantrag des Insolvenzverwalters? | 103-105 |
| V. | Ausschluss der Pflichtwidrigkeit bei „unechten oktroyierten Masseverbindlichkeiten“ | 106-132 |
| 1. | Problem der unechten oktroyierten Masseverbindlichkeiten | 106-117 |
| 2. | Lösungsansätze bei nachträglicher Massearmut | 117-125 |
| a) | Einbeziehung der notwendigen Verwaltungskosten in die Verfahrenskosten nach § 54 InsO | 117-120 |
| b) | Vorabbefriedigung der unausweichlichen Masseverbindlichkeiten | 120-125 |
| 3. | Fälle der anfänglichen Massearmut | 126-132 |
| a) | Pflichtenkollision | 126 |
| b) | Vermeidung von Masseverbindlichkeiten im Vorfeld | 126-132 |
| 4. | Ergebnis | 132 |
| E. | Ausschluss des Verschuldens | 133-152 |
| I. | Verschuldensmaßstab | 133 |
| II. | Haftung für vorsätzliches Handeln des vorläufigen Insolvenzverwalters | 133-138 |
| 1. | Lösungsansatz Entschuldigungsgrund | 134 |
| 2. | Haftungsausschließende Genehmigung durch das Insolvenzgericht? | 135 |
| 3. | Entlassungsantrag des vorläufigen Insolvenzverwalters | 136-138 |
| III. | Haftung für Fahrlässigkeit | 138-148 |
| 1. | Nichterstellung eines Finanzplans | 142 |
| 2. | Einarbeitungsphase | 142-144 |
| 3. | Nichtberücksichtigung einzelner Masseverbindlichkeiten im Finanzplan | 144-146 |
| 4. | Fehleinschätzungen des vorläufigen Insolvenzverwalters | 146-147 |
| 5. | Bestellung eines anderen Insolvenzverwalters | 147-148 |
| IV. | Verschulden von Hilfskräften | 148-152 |
| F. | Schaden | 153-159 |
| I. | Masselosigkeit | 153-154 |

| | | |
|---------------|--|----------------|
| II. | Masseunzulänglichkeit | 154-158 |
| III. | Mitverschulden des Vertragspartners | 158-159 |
| G. | Haftungsausfüllende Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden | 159-160 |
| Teil 6 | <u>Haftungsbegrenzung</u> | 161-172 |
| A. | Abdeckung des Haftungsrisikos durch die Haftpflichtversicherung? | 161-163 |
| B. | Haftungsbegrenzung durch vertragliche Haftungsausschlussklauseln? | 163-165 |
| C. | Beschränkung der vorläufigen Insolvenzverwalterhaftung durch den Gesetzgeber | 166 |
| D. | Lösung in der Praxis: Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters mit Zustimmungsvorbehalt | 166-169 |
| E. | Lösungsvorschlag: Eingehung von Masseverbindlichkeiten im Einzelfall | 169-172 |
| Teil 7 | <u>Ergebnisse</u> | 172-174 |

Literaturverzeichnis

A. Kommentare und Monographien

Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen (Hrsg.), Kölner Schrift zur Insolvenzordnung Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, Herne/Berlin, 2. Aufl. 2000 (*zit. Verf. in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*)

Balz, Manfred/ Landfermann, Hans-Georg, Die neuen Insolvenzgesetze, IDW-Verlag, Düsseldorf, 2. Aufl. 1999 (*zit. Balz/Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze*);

Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter
Zivilprozeßordnung, C.H. Beck, München 58. Aufl. 2000

Bieg, Hartmut, Unternehmenserschlagung oder Fortführung, Deutsche Anwaltakademie/Arbeitskreis Betriebswirtschaft-Steuern-Insolvenz Dr. Grannemann und Fürstenberg, 1996;

Botta, Volkmar (Hrsg.) Rechnungswesen und Controlling – Bausteine des Rechnungswesens und ihre Verknüpfung, Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, Herne/Berlin, 1998 (*zit. Bearb. in Botta, Rechnungswesen und Controlling*)

Brandes, Helmut, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Insolvenzrecht, RWS-Verlag, Köln, 3. Aufl. 1997;

Braun, Eberhard/Uhlenbruck, Wilhelm, Unternehmensinsolvenz, IDW-Verlag, Düsseldorf 1997 (*zit. Braun/Uhlenbruck, Unternehmensinsolvenz*)

Breutigam, Axel/Blersch, Jürgen/Goetsch, Hans-Wilhelm Insolvenzrecht, Haufe, Berlin Loseblatt ab 1999, Stand 5/2000 (*zit. Bearb. in Breutigam/Blersch/Goetsch, Insolvenzrecht*)

II

Domschke, Wolfgang/Scholl, Armin, Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, SpringerVerlag Berlin/Heidelberg/New York, 2000 (*zit. Domschke/Scholl*)
Eickmann, Dieter, Vergütungsrecht, RWS-Verlag, Köln, 1999 (*zit. Eickmann, Vergütungsrecht*)

Frotscher, Gerrit, Steuern im Konkurs, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 4. Auflage 1997 (*zit. Frotscher, Steuern im Konkurs*)

Eickmann, Dieter/Flessner, Axel/Irrschlinger, Friedrich/Kirchhof, Hans-Peter/Kreft, Gerhart/Landfermann, Hans-Georg/Marotzke, Wolfgang, Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, C.F. Müller, Heidelberg, 1999 (*zit. Bearb. in HK-InsO*)

Gerold, Wilhelm1/Schmidt, Herbert/von Eicken, Kurt/Madert, Wolfgang, Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte, C.H. Beck, München, 14. Auflage 1999 (*zit. Gerold/Schmidt/von Eicken/Madert, BRAGO*)

Häsemeyer, Ludwig, Insolvenzrecht, Carl Heymanns Verlag Köln/Berlin/Bonn/München, 2. Auflage 1998 (*zit. Häsemeyer, Insolvenzrecht*)

Hess, Harald, Kommentar zur Konkursordnung, Luchterhand, Neuwied/Kriftel, 6. Aufl. 1998 (*zit. Hess, KO*);

Hess, Harald/Weis, Michaela/Wienberg, Rüdiger Kommentar zur Insolvenzordnung, C.F. Müller, Heidelberg, 2. Aufl. 2001 (*zit. Hess/Weis/Wienberg, InsO*);

Hess, Harald, Insolvenzarbeitsrecht, C.F. Müller, Heidelberg, 2. Aufl. 2000 (*zit. Hess, Insolvenzarbeitsrecht*)

Hess, Harald, Kommentar zur Insolvenzzrechtlichen Vergütungsverordnung, C.F. Müller, Heidelberg, 1999 (*zit. Hess InsVV*)

III

Hess, Harald/Weis, Michaela, Anfechtungsrecht, C.F. Müller, Heidelberg, 2. Aufl. 1999
(*zit. Hess/Weis, Anfechtungsrecht*)

Hess, Harald/Boochs, Wolfgang/Weis, Michaela, Steuerrecht in der Insolvenz,
Luchterhand Verlag, Neuwied/Kriftel/Berlin, 1996 (*zit. Hess/Boochs/Weis*)

Hess/Harald/Kranemann Karl Robert/Pink, Andreas, InsO 99, Das neue Insolvenzrecht,
RWS-Verlag, Köln 1998 (*zit. Bearb. in Hess/Kranemann/Pink, InsO 99*)

Institut der Wirtschaftsprüfer (Hrsg.), Wirtschaftsprüfer-Handbuch 1998, Band II ,
IDW-Verlag, Düsseldorf, 11. Auflage 1998 (*zit. WP-Handbuch*)

Jaeger, Ernst (Begr.)/Henckel, Wolfram (Bearb.), Konkursordnung, Großkommentar,
De Gruyter, Berlin/New York, 9. Auflage 1997 (*zit. Jaeger/Henckel, KO*);

Kilger, Joachim/Schmidt, Karsten, Insolvenzgesetze KO/VglO/GesO, Beck, München,
17. Aufl. 1997 (*zit. Kilger/K. Schmidt KO/VglO/GesO*)

Kübler, Bruno M./ Prütting, Hanns, InsO Kommentar zur Insolvenzordnung, RWS-
Verlag, Köln Loseblatt ab 1999, Stand 8/2000 (*zit. Bearb. in Kübler/Prütting, InsO*)

Kuhn, Georg/Uhlenbruck, Wilhelm KO, Vahlen, München, 11. Aufl. 1994 (*zit.*
(Kuhn/Uhlenbruck, KO))

Larenz, Karl/ Canaris, Claus-Wilhelm, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band,
Besonderer Teil, 2. Halbband, C.H. Beck Verlag, München, 13. Aufl. 1994 (*zit.*
Larenz/Canaris, Schuldrecht BT, Bd. II. 2. Halbband)

Lüke, Wolfgang, Persönliche Haftung des Verwalters in der Insolvenz, RWS-Verlag,
1994;

Matzen, Klaus, Der Begriff der drohenden und eingetretenen Zahlungsunfähigkeit im Konkursstrafrecht, Diss. 1993;

Mönning, Rolf-Dieter, Betriebsfortführung in der Insolvenz, RWS-Verlag, Köln, 1997
(*zit. Mönning, Betriebsfortführung*);

Mohrbutter, Harro (Hrsg.) Handbuch der Insolvenzverwaltung, Heymanns, Köln/Berlin/Bonn/München, 7. Aufl. 1996 (*zit. Mohrbutter, Handbuch der Insolvenzverwaltung*)

Müller, Klaus, Schuldrecht, Besonderer Teil. Ein Lehrbuch, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 1990 (*zit. Müller Schuldrecht BT*)

Nerlich, Jörg/Römermann, Volker (Hrsg.) Insolvenzordnung, C.H. Beck, München, Loseblatt ab 1999 Stand 5/2000 (*zit. Bearb. in Nerlich/Römermann InsO*)

Obermüller, Manfred, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 5. Auflage 1997 (*zit. Obermüller, Rn*);

Palandt, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, C.H. Beck-Verlag, München, 58. Aufl. 1999
(*zit. Palandt/Bearb.*)

Pelka, Jürgen/Niemann, Walter, Praxis der Rechnungslegung in Insolvenzverfahren, RWS-Verlag, Köln, 4. Aufl. 1997 (*zit. Pelka/Niemann, Rn.*);

Pohlmann, Ulrich, Befugnisse und Funktionen des vorläufigen Insolvenzverwalters, RWS-Verlag, Köln 1998 (*zit. Pohlmann, Rn.*)

Rebmann, Kurt/Säcker Franz Jürgen/Rixecker, Roland, (Hrsg.) Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, C. H. Beck, München, 3. Aufl. 1997 (*zit. Bearb. in MüKo BGB*)

Schellhammer, Kurt, BGB Allgemeiner Teil und gesamtes Schuldrecht nebst Nebengesetzen, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 3. Aufl. 1999 (*zit. Schellhammer*)

Schierenbeck, Henner, Grundzüge der Betriebswirtschaftslehre, 10. Aufl. 1989;

Schneck, Ottmar Lexikon der Betriebswirtschaft, dtv , München, 3. Aufl. 1998 (*zit. Schneck*)

Smid, Stefan (Hrsg.), Insolvenzordnung, Kohlhammer, Stuttgart/Berlin/Köln, 1999 (*zit. Bearb. in Smid, InsO*)

Sorg, Peter, Analyse des betrieblichen Rechnungswesens, 1996;

Staudinger, Julius von/ Amman, Hermann, Beitzke, Günther, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schweitzer Verlag, Buch 2, §§ 243 – 254, 12. Aufl. 1983; Buch 2, §§ 823 – 832, 12. Aufl. 1986, (*zit. Bearb. in Staudinger, BGB*)

Wimmer, Klaus (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zur InsO, Luchterhand, Neuwied/Kriftel 2. Aufl. 1999 (*zit. FK-InsO/Bearb.*)

Zöller, Richard (Begr.), Zivilprozeßordnung, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 21. Aufl. 1999 (*zit. Bearb. in Zöller, ZPO*)

B. Aufsätze

Ahrendt, Christian/Struck, Christian, Begründung von Masseverbindlichkeiten durch den vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt, ZInsO 1999, 455;

Bähr, Biner, Zahlungszusagen bei Betriebsfortführung im Insolvenzeröffnungsverfahren, ZIP 1998, 1553;

Benckendorff, Hans-Peter, Freigabe von Kreditsicherheiten in der Insolvenz, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2000, S. 1099;

Berscheid, Ernst-Dieter, Rang übergeleiteter Arbeitnehmeransprüche nach der InsO, ZInsO 1998, 259;

Berscheid, Ernst-Dieter, Reformvorschläge zur Erweiterung der Befugnisse des vorläufigen Insolvenzverwalters und zur Mehrung der Masse, NZI 1999, 6;

Biehl, Kristof, Abweichungen gegenüber dem typischen Ablauf eines Insolvenzverfahrens, InVo 1998, 237;

Bittmann, Folker, Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung nach der Insolvenzordnung, Teil 1, wistra 1998, 321;

Bork, Reinhard, § 55 Abs. 2 InsO, § 108 Abs. 2 InsO und der allgemeine Zustimmungsvorbehalt, ZIP 1999, 781;

Bormann, Michael, Rangrücktritt und InsO – eine Replik zu Niesert, InVo 1998, 242 ff., InVo 1999, 105;

Brüggemann, Christian, Die Rangrücktrittserklärung im Lichte der InsO, NZG 1999, 811;

Burger, Anton, Zahlungsunfähigkeit und drohende Zahlungsunfähigkeit nach der geplanten Insolvenzordnung, DB 1992, 2149;

Burger, Anton/Buchhart, Anton, Die Notwendigkeit des neuen Insolvenztatbestands „drohende Zahlungsunfähigkeit“, Wpg 1999, 155;

Burger, Anton, Zahlungsschwierigkeiten und ihre insolvenzrechtliche Bedeutung, AG 1988, 286, 291

Burger, Anton / Schellberg, Bernhard, Die Auslösetatbestände im neuen Insolvenzrecht, BB 1995, 261, 264

Castendieck, Johann H., Die Verhinderung „künstlicher“ Masseschulden und Massekosten durch Maßnahmen im Konkurseröffnungsverfahren, KTS 1978, 9;

Delhaes, Wolfgang, Im Überblick: Der vorläufige Insolvenzverwalter, NZI 1998, 102

Dinstühler, Klaus-Jürgen, Die Abwicklung masseramer Insolvenzverfahren nach der Insolvenzordnung, ZIP 1998, 1697;

Drukarczyk, Jochen/Schüler, Andreas, Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung als Insolvenzauslöser in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung S. 95

Eckert, Hans-Georg, Miete, Pacht und Leasing im neuen Insolvenzrecht, ZIP 1996, 897

Eickmann, Dieter, Anmerkung zu OLG Düsseldorf vom 10.5.1984 – 8 U 172/83, ZIP 1984, 729;

Feuerborn, Sabine, Rechtliche Probleme der Unternehmensfortführung durch den Sequester und den vorläufigen Insolvenzverwalter, KTS 1997, 171;

Förster, Karsten, Besicherung der Geschäftspartner über Treuhandguthaben bei Betriebsfortführung durch den vorläufigen Verwalter/Insolvenzverwalter, ZInsO 1999, 268;

Förster, Karsten, Klartext: Verwertung vor dem Berichtstermin!, ZInsO 1999, 268;

Förster, Karsten, Der allgemeine Zustimmungsvorbehalt begründet keine Masseverbindlichkeiten, ZInsO 1999, 332;

Förster, Karsten, Klartext:Die Freigabe bleibt zulässig!, ZInsO 2000, 315;

Frenzel, Volkhard/ Schmidt, Nikolaus, Zur Bestimmung der verfahrenskostendeckenden Masse, InVo 2000, 149;

Gerhardt, Walter Inhalt und Umfang der Sequestrationsanordnungen, ZIP 1982, 1;

Groß, Paul J./Hess, Harald, Die Zahlungsunfähigkeit als Insolvenzauslösungsgrund. Wpg 1999, 422;

Haarmeyer, Hans, Das Ende der Betriebsfortführung im Insolvenzantragsverfahren? – Plädoyer für gesetzgeberisches Handeln, ZInsO 1998, 157

Haug, Karl, H., Fälle der Konkursverwalterhaftung, ZIP 1984, 773;

Hauschild, Bernd, InsO-Anhörung in Berlin, ZInsO 1999, 564;

Hauser, Wolfgang, Hawelka, Michael, Neue Masseverbindlichkeiten und Gefährdung der Kaug-Vorfinanzierung durch die InsO, ZIP 1998, 1261;

Heim, Gerhard, Finanzplanung in kleinen und mittelständischen Unternehmen im Rahmen der neuen Insolvenzordnung, DStR 1999, 387;

Henckel, Wolfram, Insolvenzgläubiger – Massegläubiger – Neugläubiger in:
Arbeitskreis für Insolvenz und Schiedsgerichtswesen (Hrsg.) Aktuelle Probleme des
neuen Insolvenzrechts, 2000, S. 97 ff.

Hess, Harald/Weis, Michaela, Die neue InsO – Ein Überblick, InVo 1996, 1;

Hess, Harald/Weis, Michaela, Das neue Insolvenzanfechtungsrecht, InVo 1996, 141;

Hess, Harald/Weis, Michaela, Die interne Rechnungslegung des Insolvenzverwalters
aus Anlaß der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, NZI 1999, 482;

Hess, Harald/ Klaas, Wilhelm, Insolvenzverwaltervergütung bei Verwertung von mit
Absonderungsrechten belasteten Gegenständen, InVo 1999, 193;

Hoffmann, Günther, Zahlungsunfähigkeit und Zahlungseinstellung, MDR 1979, 713;

Jaffé, Michael/Hellertm Joos, Keine Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters bei
Anordnung eines allgemeinen Zustimmungsvorbehalts, ZIP 1999, 1204;

Keller, Ulrich, Gibt es einen Zusammenhang zwischen Masselosigkeit,
Restschuldbefreiung und der Vergütung des Insolvenzverwalters, ZIP 2000, 688;

Kilger, Joachim, Der Konkurs des Konkurses, KTS 1975, 142;

Kind, Thomas, Die Bedeutung der Regelungen der InsO und des AFRG vom 24.3.1997
für die Praxis der Vorfinanzierung von Insolvenzgeld, InVo 1998, 57;

Kirchhof, Hans-Peter, Rechtsprobleme bei der vorläufigen Insolvenzverwaltung, ZInsO
1999, 365;

Kirchhof, Hans-Peter, Masseverwertung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter,
ZInsO 1999, 436;

Kniesel, Michael, Verantwortlichkeit für Altlasten und ihre Grenzen, BB 1997, 2009;

Kübler, Bruno, M. Die Behandlung massearmer Insolvenzverfahren nach neuem Recht, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung S. 967;

Lakies, Thomas, Arbeitsrechtliche Bedeutung des vorläufigen Insolvenzverwalters (§ 22 InsO), FA 1999, 40;

Livonius, Barbara, Passivierung von Forderungen mit Rangrücktritt im Überschuldungsstatus nach der Insolvenzordnung, ZInsO 1998, 309;

Lüke, Wolfgang, Umweltrecht und Insolvenz, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2000, S. 859;

Lwowski, Hans-Jürgen/Tetzlaff, Christian, Zivilrechtliche Umwelthaftung und Insolvenz, WM 1998, 1509;

Meyer-Cording, Ulrich, Mehr Klarheit für die Insolvenztatbestände, BB 1985, 1925

Merz, Franz, Die Haftung des Konkursverwalters, des Vergleichsverwalters und des Sequesters aus der Sicht des BGH, KTS 1989, 277;

Mitlehner, Stephan, Anmerkung zu OLG Naumburg vom 1.3.2000 - 5 U 192/99 – ZIP 2000, 976

Möhlmann, Thomas, Der Nachweis eingetretener und drohender Zahlungsunfähigkeit im neuen Insolvenzverfahren – Anforderungen und Aufgaben für Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, Wpg 1998, 947;

Müller, Hans-Peter Bilanzierungsprobleme bei der Erstellung eines Überschuldungsstatus nach § 19 Abs. 2 InsO in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 1799;

Niesert, Burkhard, Das Recht der Aus- und Absonderung nach der neuen Insolvenzordnung, InVo 1998, 85;

Niesert, Burkhard, Die Passivierung von eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen mit Rangrücktritt im Überschuldungsstatus nach der Insolvenzordnung, InVo 1998, 242;

Oberhofer, Hermann, Ausgewählte Probleme des Insolvenzgeldes, DZWiR 1999, 317;

Obermüller, Manfred, Verwertung von Mobiliarsicherheiten im Insolvenzantragsverfahren, DZWiR 2000, 10;

Pape, Gerhard, Ablehnung und Erfüllung schwebender Rechtsgeschäfte in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 531;

Pape, Gerhard, Aktuelle Probleme im Eröffnungsverfahren, ZInsO 1999, 398;

Peters-Lange, Susanne, Die Betriebsfortführung im Insolvenzeröffnungsverfahren, ZIP 1999, 421;

Plate, Georg, Eignung von Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung als Indikatoren für die Insolvenzreife einer Unternehmung, DB 1980, 217, 218

Rattunde, Rolf/Röder, Claudia, Verfahrenseröffnung und Kostendeckung nach der InsO, DZWiR 1999, 309;

Schlegel, Sigrun, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung – unüberwindbare Hindernisse einer Betriebsfortführung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter, DZWiR 2000, 94;

Schmidt, Karsten, Insolvenzordnung und Unternehmensrecht – Was bringt die Reform?, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2000, S. 1199;

Schmidt, Karsten, Ordnungsrechtliche Haftung der Insolvenzmasse für die Altlastenbeseitigung, ZIP 1997, 1441;

Schmidt, Karsten, „Amtshaftung“ und „interne Verantwortlichkeit“ des Konkursverwalters Eine Analyse des § 82 KO, KTS 1976, 191;

Schmidt, Karsten, Eigenkapitalersatz und Überschuldungsfeststellung, GmbHR 1999, 9;

Schmidt, Karsten/Schulz, Wolf, Konkursfreies Vermögen insolventer Handelsgesellschaften?, ZIP 1980, 1015;

Schrader, Peter, Der vorläufige Insolvenzverwalter und die Bundesanstalt für Arbeit, ZInsO 2000, 196;

Smid, Stefan, Funktion des Sequesters und Aufgaben des Insolvenzgerichts in der Eröffnungsphase nach der verabschiedeten Insolvenzordnung, WM 1995, 785;

Smid, Stefan, Die Abwicklung masseunzulänglicher Insolvenzverfahren nach neuem Recht, WM 1998, 1313;

Smid, Stefan, Die Haftung des Insolvenzverwalters im künftigen deutschen Insolvenzrecht – Kontinuität und Diskontuität des Rechts der Haftung des Insolvenzverwalters in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2000, S. 453;

Schwemer, Rolf-Oliver, Regelungen zur Überwindung der Massearmut in der Insolvenz, WM 1999, 1155;

Uhlenbruck, Wilhelm, Zur Krise des Insolvenzrechts, NJW 1975, 897;

Uhlenbruck, Wilhelm, Probleme des Eröffnungsverfahrens nach dem Insolvenzrechts-Reformgesetz 1994, KTS 1994, 169;

Uhlenbruck, Wilhelm, Die Rechtsstellung des vorläufigen Insolvenzverwalters, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2000, S. 325;

Vallender, Heinz, Aktuelle Tendenzen zum Unternehmensinsolvenzrecht, DStR 1999, 2034;

Wellensiek, Jobst, Sanieren oder Liquidieren? Unternehmensfortführung und -sanierung im Rahmen der neuen Insolvenzordnung, WM 1999, 405;

Wienberg, Rüdiger/Voigt, Claudia, Aufwendungen für Steuerberaterkosten bei masseunzulänglichen Insolvenzverfahren als Auslagen des Verwalters gemäß § 54 Nr. 2 InsO, ZIP 1999, 1662;

Wiester, Roland, Zur Vorfinanzierung von Insolvenzgeld im Insolvenzeröffnungsverfahren, NZI 1999, 397;

Wiester, Roland, Die Fortführungspflicht des vorläufigen Insolvenzverwalters und ihre Auswirkung auf die Vorfinanzierung des Insolvenzgeldes, ZInsO 1999, 99;

Wilts, Walter, Die zivilrechtliche Haftung bei strafrechtlichem Notstand, NJW 1962, 1852;

Zwanziger, Bertram, Neue Masseverbindlichkeiten durch Vorfinanzierung von Insolvenzgeld?, ZIP 1998, 2135;

Abkürzungsverzeichnis**A**

| | |
|----------|---|
| a. A. | anderer Ansicht, anderer Auffassung |
| a. a. O. | am angegebenen Ort |
| Abs. | Absatz |
| AG | 1. Amtsgericht 2. Zeitschrift „Die Aktiengesellschaft“ |
| AktG | Aktiengesetz |
| allg. | allgemein(e) |
| Anm. | Anmerkung |
| ArbG | Arbeitsgericht |
| Art. | Artikel |
| Aufl. | Auflage |
| Az. | Aktenzeichen |

B

| | |
|--------|--------------------------|
| BA | Bundesanstalt für Arbeit |
| BB | Betriebs-Berater |
| Bd. | Band |
| Bearb. | Bearbeiter |
| Begr. | Begründung |
| BFH | Bundesfinanzhof |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGBI. | Bundesgesetzblatt |
| BGH | Bundesgerichtshof |

| | |
|------------|--|
| BGHZ | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen |
| BT | Bundestag |
| BT-Drucks. | Bundestagsdrucksache |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| BVerfGE | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts |
| BVerwGE | Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts |
| bzw. | beziehungsweise |
| C | |
| ca. | circa |
| D | |
| d. h. | das heißt |
| DB | Zeitschrift „Der Betrieb“ |
| ders. | derselbe |
| dies. | dieselbe(n) |
| Drucks. | Drucksache |
| DStR | Zeitschrift „Deutsches Steuerrecht“ |
| DZWIR | Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht |
| E | |
| Einl. | Einleitung |
| EGInsO | Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung |
| EStG | Einkommensteuergesetz |

| | |
|-------------|--|
| etc. | et cetera |
| evtl. | eventuell |
| EWiR | Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht |
| EzInsR | Entscheidungssammlung zum Insolvenzrecht |
| F | |
| FA | Zeitschrift „Fachanwalt Arbeitsrecht“ |
| f./ ff. | folgend/fortfolgend(e) |
| G | |
| gem. | gemäß |
| GesO | Gesamtvollstreckungsordnung |
| GG | Grundgesetz |
| ggf. | gegebenenfalls |
| GKG | Gerichtskostengesetz |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung |
| GmbHG | Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung |
| GmbHR | Zeitschrift „GmbH-Rundschau“ (ab 1984) |
| H | |
| h. M. | herrschende Meinung |
| hrsg./Hrsg. | herausgegeben/Herausgeber |
| I | |
| i.d.F. | in der Fassung |

| | |
|----------|--|
| i.d.R. | in der Regel |
| i.S.d. | im Sinne des (der) |
| i.S.v. | im Sinne von |
| i.S. | im Sinne |
| i.V.m. | in Verbindung mit |
| InsO | Insolvenzordnung |
| InsVV | Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung |
| InVo | Zeitschrift „Insolvenz und Vollstreckung“ |
| K | |
| KG | Kammergericht |
| KO | Konkursordnung |
| krit. | kritisch |
| KTS | Zeitschrift „Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen“ |
| L | |
| LAG | Landesarbeitsgericht |
| LG | Landgericht |
| LM | Lindenmaier-Möhring Entscheidungen des Bundesgerichtshofs |
| LS | Leitsatz |
| m. w. N. | mit weiteren Nachweisen |
| M | |
| MDR | Monatsschrift für Deutsches Recht |

XVIII

N

| | |
|----------|--|
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| NJW-RR | NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht |
| Nr./Nrn. | Nummer/Nummern |
| n.v. | nicht veröffentlicht |
| NZA | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht |
| NZG | Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht |
| NZI | Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung |

O

| | |
|-----|------------------------|
| OLG | Oberlandesgericht |
| OVG | Oberverwaltungsgericht |

R

| | |
|-------|--|
| RegE | Regierungsentwurf |
| RG | Reichsgericht |
| RGZ | Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen |
| Rspr. | Rechtsprechung |
| Rn. | Randnummer |

S

| | |
|---------|--|
| s. o. | siehe oben |
| S. | Seite |
| s. | siehe |
| SGB III | Sozialgesetzbuch Drittes Buch - Arbeitsförderung |

| | |
|----------|---|
| sog. | sogenannte |
| U | |
| u. a. | unter anderem |
| u. | und |
| Urt. | Urteil |
| usw. | und so weiter |
| V | |
| Verf. | Verfasser |
| VergVO | Vergütungsverordnung |
| VersR | Versicherungsrecht |
| vgl. | vergleiche |
| VglO | Vergleichsordnung |
| v. H. | von Hundert (%) |
| VVG | Versicherungsvertragsgesetz |
| Vorbem. | Vorbemerkung |
| W | |
| wistra | Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht |
| WM | Zeitschrift „Wertpapier-Mitteilungen“ |
| Wpg | Zeitschrift „Die Wirtschaftsprüfung“ |
| Z | |
| z. B. | zum Beispiel |

| | |
|-------|---|
| z. T | zum Teil |
| ZInsO | Zeitschrift f. d. gesamte Insolvenzrecht |
| ZIP | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| zit. | zitiert |
| ZPO | Zivilprozessordnung |
| ZuSEG | Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen |
| zust. | zustimmend |
| ZVG | Zwangsversteigerungsgesetz |

Die Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters bei der Begründung von Masseverbindlichkeiten (§§ 21, 61 InsO)

Teil 1 Einleitung

A. Problemstellung

Die Insolvenzordnung (InsO) hat zum 1.1.1999 die bisherigen Verfahrensregelungen - Konkurs- und Vergleichsordnung in den alten Bundesländern bzw. Gesamtvollstreckungsordnung in den neuen Bundesländern - abgelöst und damit ein bundeseinheitlich geltendes Insolvenzrecht geschaffen.

Im Rahmen dieser umfassenden Reform wurden zwar zahlreiche Unzulänglichkeiten des früheren Rechts aufgegriffen¹ und in entsprechenden Normen umgesetzt, zugleich haben sich jedoch neue Problemkreise für Lehre und Praxis aufgetan.

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit der Frage der persönlichen Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters für Masseverbindlichkeiten, die von ihm während des Eröffnungsverfahrens begründet wurden (§§ 61, 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO). Eine derartige Haftung des Sequesters als Vorgänger des vorläufigen Insolvenzverwalters kannte das bisherige Konkurs- bzw. Gesamtvollstreckungsrecht nicht. Sie ist Ausfluss einer Stärkung der Rechtsstellung des vorläufigen Insolvenzverwalters, dem die Eingehung von Masseverbindlichkeiten bereits im Eröffnungsverfahren ermöglicht wird, sofern das Insolvenzgericht ihm die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das schuldnerische Vermögen übertragen hat (§§ 21 Abs. 2 Nr. 2, 55 Abs. 2 InsO). Die Ausgestaltung der vorläufigen Insolvenzverwaltung stellt einen der wesentlichen Reformeingriffe im Zusammenhang mit der Neuregelung des Insolvenzrechts durch die Insol-

¹ zu nennen ist in diesem Zusammenhang z.B. die offensichtlich unzureichende Regelung der Sicherungsmaßnahmen im Konkursöffnungsverfahren (§ 106 KO), auf die unten noch näher einzugehen ist;

venzordnung dar. Diese Haftungsfrage ist untrennbar mit dem Problem der Massearmut in Insolvenzverfahren verbunden, da eine Eigenhaftung des vorläufigen Insolvenzverwalters nur in Betracht kommt, wenn die vorhandene Insolvenzmasse nicht zur Befriedigung aller Massegläubiger ausreicht.

Hintergrund der Insolvenzrechtsreform war die zunehmende Massearmut der Verfahren. So wurden in den Jahren 1985 bis 1990 über 75 % aller Konkursanträge mangels Masse abgewiesen². Selbst wenn ein Konkursverfahren eröffnet worden war, wurden dadurch die Befriedigungschancen der Gläubiger nicht wesentlich verbessert: Die durchschnittliche Quote der nicht bevorrechtigten Gläubiger lag in den alten Bundesländern 1990 bei ca. 3,1 %³. In den neuen Bundesländern, dem Geltungsbereich der Gesamtvollstreckungsordnung, näherten sich die Quoten ebenfalls zunehmend dem Westniveau an bzw. unterschritten dies z.B. im Jahr 1995 mit 3,5 % sogar noch⁴. Demgegenüber lagen die Befriedigungsaussichten der einfachen Gesamtvollstreckungsgläubiger kurz nach der Wiedervereinigung 1992 noch bei astronomischen 27,4 %, da die Insolvenzmassen zu diesen Zeitpunkt noch nicht von Absonderungsrechten ausgezehrt waren.

Infolge der Verfahrensabweisung mangels Masse blieben vermutlich in zahlreichen Fällen anfechtbare Vermögensverschiebungen unentdeckt⁵, die Ab-

² vgl. die Allgemeine Begründung RegE der InsO in Balz/Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, IDW-Verlag, 2. Aufl. 1999, S. 136; s. auch Haarmeyer, ZInsO 1998, 157; Wellensiek, WM 1999, 405;

³ vgl. Hess/Weis/Wienberg, InsO, 2. Aufl. 2001, Einl. vor § 1, Rn. 189ff.; Biehl, InVo 1998, 237, der von Quoten zwischen 3% und 5 % spricht; so auch Schwemer, WM 1999, 1155; vgl. auch die Allg. Begr. RegE in Balz/Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, S. 136, der eine durchschnittliche Quote von 5 % annimmt; so auch Schmerbach in Frankfurter Kommentar zur InsO, 1999, vor § 1 Rn. 11;

⁴ vgl. 1995: 5 % Westen; die vollständige Tabelle basiert auf Angaben des Statistischen Bundesamtes in Wiesbaden und ist abgedruckt in Hess/Weis/Wienberg, InsO, Einl. vor § 1 InsO, Rn. 193

⁵ Haarmeyer, ZInsO 1998, 157;

wicklung von insolventen Gesellschaften erfolgte durch die Gesellschafter selbst, welche häufig wenig Interesse daran zeigten, ihre Gläubiger mit den wenigen vorhandenen Vermögenswerten zu befriedigen.

Als Ursache für die Massearmut der insolventen juristischen Personen oder Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit⁶ im Geltungsbereich der Konkursordnung war u.a. die weitgehende Belastung des schuldnerischen Vermögens durch Aus- und Absonderungsrechte⁷, sowie die unzureichende Eigenkapitalausstattung anzusehen. Hinzu kam die systemwidrige Belastung der Masse mit den sogenannten „unechten Masseverbindlichkeiten“, d.h. Ansprüchen von Arbeitnehmern und Fiskalansprüche aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung (§ 59 Abs. 1 Nr. 3 KO), die gedeckt sein mussten, damit das Verfahren eröffnet werden konnte.⁸

Die InsO ist das Ergebnis einer seit 1975 währenden Reformdiskussion⁹, in deren Verlauf eine kaum zu überblickende Flut von Publikationen erschienen ist¹⁰. Zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Insolvenzrechts stellt die Beseitigung der Massearmut aus den oben genannten Gründen eines der herausragendsten Reformziele der Insolvenzordnung dar. Dieses Ziel soll mit einer Reihe von massenanreichernden Regelungen erreicht werden¹¹, nämlich u.a. mit

⁶ zu dem Begriff der Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit vgl. § 11 InsO; er erfasst u.a. OHG, KG, EWiV, Partnerschaftsgesellschaften, etc.;

⁷ Allg. Begr. RegE in Balz/Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, S. 137; vgl. auch Castendieck, KZS 1978, 9f.;

⁸ Wellensiek, WM 1999, 405; Pape in Kübler/Prütting, InsO, § 53 Rn. 2;

⁹ vgl. Kilger, KTS 1975, 142, der den vielzitierten Ausspruch „Konkurs des Konkurses“ prägte; Uhlenbruck NJW 1975, 897;

¹⁰ 1996 existierten bereits mehr als 500 Abhandlungen zur Insolvenzrechtsreform, vgl.

Hess/Weis InVo 1996, 1; vgl. auch die Literaturübersicht in Nerlich/Römermann, InsO, Loseblatt ab 1999; Einleitung vor § 1;

¹¹ vgl. auch Schwemer, WM 1999, 1155;

- der Verschärfung des Insolvenzanfechtungsrechts
- der Vorverlagerung der Insolvenzreife durch die neue Definition des Insolvenzeröffnungsgrundes der Zahlungsunfähigkeit und der Einfügung des neuen Insolvenzgrundes der drohenden Zahlungsunfähigkeit
- dem in § 26 Abs. 3 InsO geregelten Erstattungsanspruch des Gläubigers, der einen Verfahrenskostenvorschuss erbracht hat, gegenüber insolvenzantragspflichtigen Personen
- der Einführung von Kostenbeiträgen für absonderungsberechtigte Gläubiger
- die Einbeziehung des Neuerwerbs in die Insolvenzmasse
- die Einführung von Kostenbeiträgen der absonderungsberechtigten Gläubiger

B. Gang der Untersuchung

Zielsetzung der vorliegenden Arbeit ist die Untersuchung der Frage, inwieweit das Haftungsrisiko des vorläufigen Insolvenzverwalters durch die Neuregelungen im Zusammenhang mit der Haftung für nicht erfüllte Masseverbindlichkeiten gestiegen ist. Hierbei soll nur auf das sogenannte Regelinsolvenzverfahren, d.h. die Insolvenz von Gesellschaften und persönlich haftenden Unternehmern eingegangen werden. Im Bereich des Verbraucherinsolvenzverfahrens ist die Haftungsproblematik des (vorläufigen) Verwalters demgegenüber eingeschränkt, da hier regelmäßig die reine Verwertungstätigkeit (sofern überhaupt pfändbares Vermögen vorhanden ist) im Vordergrund steht.

Diese Haftungsproblematik hat für die mit der Abwicklung von Insolvenzverfahren befassten Personen¹² eine erhebliche Relevanz, da es sich um *persönli-*

¹² bei den Insolvenzverwaltern handelt es sich in der Praxis in erster Linie um Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, vgl. zur Frage der Eignung als Insolvenzverwalter die Kommentierungen zu § 56 InsO;

che Haftungsrisiken handelt, die im Rahmen einer Haftpflichtversicherung nur teilweise abgedeckt werden können.¹³ Zudem können die Schadensersatzforderungen gegenüber dem vorläufigem Insolvenzverwalter im Fall einer Unternehmensfortführung zuweilen die Dimension mehrerer hunderttausend DM/€ erreichen.

In dem ersten Teil der Arbeit wird erörtert, inwiefern sich für den im Eröffnungsverfahren bestellten vorläufigen Insolvenzverwalter die Haftungsrisiken durch die Ausweitung der Haftung für nicht erfüllte Masseverbindlichkeiten erhöht haben. Es bot sich an, diese Frage bereits im Bereich der vorläufigen Insolvenzverwaltung zu prüfen, da in diesem Verfahrensabschnitt wegen der Unklarheit des weiteren Verfahrensgangs die Probleme der Erkennbarkeit einer späteren Massearmut wesentlich schärfer hervortreten als im eröffneten Insolvenzverfahren. Hinzu kommt, dass durch die Einführung des vorläufigen Insolvenzverwalters mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis¹⁴ die Wirkungen des eröffneten Verfahrens bereits teilweise auf das Eröffnungsverfahren ausgeweitet werden. Lediglich am Rande wird der vorläufige Insolvenzverwalter ohne Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis¹⁵ angesprochen, da er mangels Befugnis zur Eingehung von Masseverbindlichkeiten, keinen derartigen Haftungsrisiken ausgesetzt ist.¹⁶

Im weiteren Verlauf der Darstellung werden Fragen und Möglichkeiten der Haftungsbegrenzung angesprochen.

¹³ vgl. hierzu unten S. 11

¹⁴ sog. „starker vorläufiger Insolvenzverwalter“

¹⁵ sog. „schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter“

¹⁶ zur Ausgestaltung der Rechte des vorläufigen Insolvenzverwalters durch das Insolvenzgericht siehe unten S. 9f.

Teil 2 Eröffnungsverfahren und vorläufige Insolvenzverwaltung
A. Überblick über die Neuregelung durch die InsO

Reicht das Vermögen des Schuldners voraussichtlich nicht aus, die Kosten des gesamten Verfahrens zu decken, so bleibt dem Insolvenzgericht in der Regel keine andere Möglichkeit, als den Antrag mangels Masse abzuweisen, sofern kein ausreichender Kostenvorschuss erbracht wird (§ 26 InsO)¹⁷. Mit dieser

¹⁷ abweichend hiervon ließen bereits vor der nunmehr zum 1.1.2002 in Kraft tretenden Neuregelung der §§ 4a – 4d. InsO zahlreiche Amts- und Landgerichte z.T. die Bewilligung von Prozesskostenhilfe in Verbraucherinsolvenzverfahren zu, vgl. z.B. LG Baden-Baden vom 29. 4. 1999 – 1 T 13/99 – NZI 1999, 234; LG Bochum vom 18. 3. 1999 – 7 T 149/99 – ZInsO 1999, 360; LG Chemnitz vom 10. 12. 1999 – 11 T 4073/99 – n. v.; LG Darmstadt vom 5. 10. 1999 – 5 753/99 – NZI 2000, 236; LG Düsseldorf vom 15. 3. 1999 – 25 T 168/99 – NZI 1999, 237; LG Erfurt vom 11. 2. 2000 – 7a T 190/99 – n.v.; LG Essen vom 8. 6. 1999 – 2 T 73/99 – NZI 1999, 324; LG Frankenthal vom 14. 6. 1999 – 5 T 93/99 – NZI 1999, 274; LG Göttingen vom 10. 3. 1999 – 10 T 16/99 – NZI 1999, 204; LG Göttingen vom 18. 5. 1999 – 10 T 29/99 – ZIP 1999, 1017; LG Hamburg vom 3. 5. 1999 – 326 T 33/99 – EzInsR § 4 Nr. 24; LG Koblenz vom 10. 2. 2000 – 2 T 68/2000 – ZInsO 2000, 171; LG Konstanz vom 14. 9. 1999 – 6 T 58/99 – ZIP 1999, 1643; LG Lüneburg vom 17. 2. 1999 – 3 T 11/99 – ZIP 1999, 372; LG Mainz vom 16. 6. 1999 – 8 T 148/99 – NZI 1999, 368; LG Lübeck vom 7. 6. 1999 – 7 T 190/99 – DZWiR 1999, 389; LG Mühlhausen vom 7. 9. 1999 – 2 T 124/99 – NZI 2000, 188; LG Oldenburg vom 21. 7. 1999 – 6 T 534/99 – ZInsO 1999, 586; LG Oldenburg vom 21. 7. 1999 – 6 T 535/99 – NZI 2000, 32; LG Saarbrücken vom 14. 5. 1999 – 5 T 219/99 – ZIP 1999, 975; LG Trier vom 10. 1. 2000 – 4 T 20/99 – ZInsO 2000, 171; LG Würzburg vom 6. 8. 1999 – 3 T 2217/99 – NZI 1999, 417; LG Ulm vom 1. 7. 1999 – 5 T 101/99 – DZWiR 1999, 391; AG Dortmund vom 25. 1. 1999 – 254 K 1/99 EzInsR § 4 InsO Nr. 4; AG Dortmund vom 22. 3. 1999 – 255 IK 2/99 – InVo 1999, 147; AG Dortmund vom 25. 5. 1999 – 257 IK 5/99 – NZI 1999, 333; AG Dortmund vom 1. 6. 1999 – 257 IK 5/99 – ZInsO 1999, 417 ; AG Dortmund vom 9. 9. 1999 – 259 IK 33/99 – NZI 1999, 420; AG Düsseldorf vom 29. 7. 1999 – 503 IK 6/99 – n. v.; AG Göttingen vom 5. 2. 1999 – 74 IK 12/99 – EzInsR § 4 InsO Nr. 9; AG Göttingen vom 1. 4. 1999 74 IK 22/99 – ZIP 1999, 930; AG Göttingen vom 13. 10. 1999 – 74 IK 26/99 – ZInsO 1999, 652; AG Hamburg vom 27. 1. 1999 – 68a IK 2/99 - EzInsR § 4 InsO Nr. 11; AG Hamburg vom 10. 3. 1999 – 68a 7 IK 2/99 – NZI 1999, 243; AG Hamburg vom 12. 3. 1999 – 68b IK 1/99 – EzInsR § 4 InsO Nr. 12; AG Hamburg vom 22. 3. 1999 – 68b IK 1/99 – ZInsO 1999, 239; AG

Halle-Saalkreis vom 28. 1. 2000 – 59 IK 31/99 – ZInsO 2000, 172; AG Hechingen vom 29. 6. 1999 – IK 004/99 – ZIP 1999, 1182; AG Hildesheim vom 3. 6. 1999 – 52 IK 3/99 – NZI 1999, 332; AG Köln vom 14. 1. 1999 – 73 IK 2/99 – EzInsR § 4 InsO Nr. 14; AG München vom 7. 12. 1998 – 152 AR 220/98 – ZIP 1998, 2171; AG München vom 5. 8. 1999 – 1501 IK 277/99 – ZInsO 1999, 537; AG Neuwied vom 20. 7. 1999 – 2 IK 5/99 – ZInsO 1999, 543; AG Nordenham vom 11. 7. 1999 – 7 K 3/99 – ZInsO 1999, 481; AG Offenbach vom 29. 4. 1999 – 8 IK 7/99 – ZInsO 1999, 296; AG Offenbach vom 17. 9. 1999 – 8 IK 58/99 – n.v.; AG Oldenburg vom 4. 5. 1999 – 6 0 IK 41/99 – EzInsR § 4 InsO Nr. 25; LG Wolfratshausen vom 1. 4. 1999 – 22 K 27/99 – ZInsO 1999, 296; **ablehnend:** LG Baden-Baden vom 25. 1. 1999 – 11 IK 16/99 – DZWiR 1999, 394; LG Baden-Baden vom 29. 4. 1999 – 1 T 13/99 – NZI 1999, 234; LG Bad Kreuznach vom 30. 11. 1999 – 2 T 157/99 – NZI 2000, 188; LG Berlin vom 26. 5. 1999 – 86 T 40/99 – NZI 1999, 371; LG Braunschweig vom 28. 6. 1999 – 8 T 554/99 – ZIP 1999, 1317; LG Bremen vom 10. 11. 1999 – 2 T 800/99a – NZI 2000, 181; LG Bonn vom 19. 4. 1999 – 97 IK 12/99 – ZInsO 1999, 360; LG Bremen vom 10. 11. 1999 – 2 T 800/99a – NZI 2000, 181; LG Darmstadt vom 5. 10. 1999 – 5 T 753/99 – NZI 2000, 236; LG Düsseldorf vom 15. 3. 1999 – 25 T 187/99 – n.v.; LG Düsseldorf vom 15. 3. 1999 – 25 T 168/99 – NZI 1999, 237; LG Essen vom 28. 5. 1999 – 2 T 70/99 – ZIP 1999, 1180; LG Frankfurt/Oder vom 21. 12. 1999 – 6 (a) T 338/99 – DZWiR 2000, 164; LG Kassel vom 7. 4. 1999 – 3 T 165/99 – ZInsO 1999, 356 mit Anm. von Uhlenbruck NZI 1999, 276; LG Köln vom 26. 2. 1999 – 19 T 18/99 – EzInsR § 4 InsO Nr. 13; LG Leipzig vom 14. 9. 1999 – 12 T 7223/99 – InVo 1999, 346; LG Lüneburg vom 17. 2. 1999 – 3 T 11/99 – ZIP 1999, 372; LG Memmingen vom 5. 8. 1999 – 4 T 1298/99 – NZI 1999, 419; LG Mönchengladbach vom 3. 2. 2000 – 32 IK 15/99 – ZInsO 2000, 172; LG München I vom 1. 7. 1999 – 14 T 8337/99 – ZIP 1999, 1316; LG Münster vom 29. 6. 1999 – 5 T 611/99 – ZIP 1999, 465, 1316; LG Nürnberg-Fürth vom 27. 7. 1999 – 11 T 4949/99 – NZI 1999, 369; LG Saarbrücken vom 14. 5. 1999 – 5 T 219/99 – ZInsO 1999, 353; LG Saarbrücken vom 26. 5. 1999 – 5 T 201/99 – NZI 1999, 325; LG Stuttgart vom 13. 7. 1999 – 10 T 191/99 – NZI 2000, 236; AG Aalen vom 15. 4. 1999 – IK 11/99 – DZWiR 1999, 259; AG Aschaffenburg vom 17. 6. 1999 – IK 96/99 – n.v.; AG Baden-Baden vom 25. 1. 1999 – 11 IK 7/99 – EzInsR § 4 InsO Nr. 3; AG Bochum vom 21. 1. 1999 – 80 IK 1/99 – EzInsR § 4 InsO Nr. 5 mit Anm. von Pape EWiR 1999, 329; AG Bonn vom 19. 4. 1999 – 97 IK 12/99 – ZInsO 1999, 360; AG Bremen vom 5. 7. 1999 – 40 IK 3/99 – EzInsR § 4 InsO Nr. 26; ZInsO 1999, 543; AG Cuxhaven vom 9. 7. 1999 – 12 IK 16/99 – DZWiR 1999, 394; AG Duisburg vom 15. 6. 1999 – 6 0 IK 16/99 – ZIP 1999, 1399; AG Frankfurt vom 5. 3. 1999 – 812 IK 2/99 – EzInsR § 4 InsO Nr. 23; AG Flensburg vom 19. 4. 1999 – 56 IN 53/99 – EzInsR § 4 InsO Nr. 7; AG Hagen vom 18. 2. 1999 – 101 IK 9/99 – EzInsR § 4 InsO Nr. 10; AG Hanau vom 5. 3. 1999 – 70 IK 9/99 – InVo 1999, 276; AG Hanau vom 5. 3. 1999 – 812 IK 2/99 – ZInsO 1999, 360; AG Kassel vom 14. 1. 1999 – 660 IK 2/99 – ZInsO 1999, 119; AG Kleve vom 22. 3. 1999

Regelung der Gesamtkostendeckung ist der Gesetzgeber von seinem ursprünglichen Vorhaben in § 30 RegE abgewichen, wonach es ausreichen sollte, wenn die Kosten des Verfahrens bis zum Berichtstermin gedeckt seien.

Hintergrund dieser Entscheidung ist der Umstand, dass es der Gesetzgeber nicht in Kauf nehmen wollte, dass Verfahren eröffnet werden, denen bereits kurze Zeit später wieder die Einstellung mangels Masse droht. Dieses scheinbar so sinnlose Procedere hätte allenfalls im Hinblick auf die Geltendmachung von Anfechtungsrechten und Haftungsansprüchen gegen Gesellschafter Vorteile für die Gläubiger gebracht, wenn sich derartige Ansprüche kurz nach Verfahrenseröffnung herausgestellt hätten¹⁸. Im Hinblick auf die zu erwartende Überlastung der Insolvenzgerichte hat der Gesetzgeber die Worte „bis zum Berichtstermin“ gestrichen.¹⁹

Die in kraft getretene Regelung entspricht aber nur auf den ersten Blick der bisherigen Rechtslage nach der KO, da der Begriff der Verfahrenskosten gemäß § 54 InsO neben den Gerichtskosten lediglich die Vergütungen und Auslagen des Insolvenzverwalters, des vorläufigen Insolvenzverwalters und der Gläubigerausschussmitglieder erfasst. Demgegenüber waren nach §§ 58, 107 S. 2 KO auch die Verwaltungs-, Verwertungs- und Verteilungskosten, die in

– 34 IK 1/99 – n.v.; AG Köln vom 19. 1. 1999 – 72 IK 1/99 – EzInsR § 4 InsO Nr. 15; ZInsO 1999, 115 mit Anm. Pape; AG Mannheim vom 15. 3. 1999 – IK 7/99 – Die Justiz 1999, 169; AG Nürnberg vom 15. 4. 1999 – 8001 IK 172/99 – ZInsO 1999, 360; AG Stade vom 15. 4. 1999 – 73 IK 8/99 – ZInsO 1999, 301; AG Stendal vom 21. 5. 1999 – 7 IK 11/99 – ZInsO 1999, 357; AG Stuttgart vom 17. 3. 1999 – 3 IK 2/99 – NZI 1999, 243;

¹⁸ vgl. die allg. Begr. RegE zu § 26 InsO in Balz/Landfermann, S. 236f.

¹⁹ vgl. Ausschussbericht zu § 26 InsO in Balz/Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, S. 238;

der Praxis einen erheblichen Kostenfaktor darstellen²⁰, als Verfahrenskosten zu qualifizieren²¹.

Mit der Eingrenzung der Verfahrenskosten geht die bereits oben angesprochene Ausweitung der Masseverbindlichkeiten aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung einher. Da die vom vorläufigen Insolvenzverwalter begründeten Masseverbindlichkeiten nicht unter den Begriff der Verfahrenskosten, sondern unter die sonstigen Masseverbindlichkeiten nach § 55 InsO fallen, sind sie für die Frage der Verfahrenseröffnung oder Abweisung mangels Masse allerdings ohne Belang.

B. Ausgangssituation bei Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis im Eröffnungsverfahren

I. Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung durch das Insolvenzgericht

Nach Stellung eines zulässigen²² Antrages auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens kann das Insolvenzgericht bis zur Entscheidung über den Antrag eine

²⁰ nach bisherigem Recht gehörten u.a. die Umsatzsteueransprüche, die im Rahmen der Masseverwertung durch den Konkursverwalter anfielen, zu den Massekosten gemäß § 58 KO;

²¹ kritisch zu der hieraus resultierenden paradoxen Situation, dass § 107 KO zwar nur eine Deckung der Verfahrenskosten verlangte, im Fall der Masseunzulänglichkeit aber die Masseschulden nach § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO vorab befriedigt werden mussten: Kuhn/Uhlenbruck, KO, 11. Aufl. 1994, § 107 Rn. 4; vgl. auch Castendieck, KTS 1978, 9f., der die konkursfeindliche Rechtsprechung der Arbeits- und Finanzgerichte, die immer mehr Positionen unter den Begriff der Massekosten im Sinne des § 58 Nr. 2 KO fasste und damit eine fortschreitende Masseaushöhung zur Folge hatte;

²² Pape in Kübler/Prütting, InsO, § 21 Rn. 10; Smid in Smid InsO, 1999, § 21 Rn.1; Mönning in Nerlich/Römermann, InsO, a.a.O. § 21 Rn 19; Braun/Uhlenbruck, Unternehmensinsolvenz, S. 232;

der in § 21 InsO geregelten Maßnahmen zur Sicherung der Masse anordnen, um masseschädliche Vermögensverschiebungen zu vermeiden.

Als Sicherungsmaßnahmen kommen neben der Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters mit oder ohne gleichzeitigen Erlass eines allgemeinen Verfügungsverbot vor allem die Untersagung oder einstweilige Einstellung von laufenden Zwangsvollstreckungen in das bewegliche Vermögen in Betracht.²³ Nachträglich eingefügt wurde die Möglichkeit der Verhängung einer Postsperr gegenüber dem Schuldner bzw. seinen Vertretungsorganen (§ 21 Abs. 1 Nr. 4 InsO)²⁴.

Da die Sicherungsmaßnahmen regelmäßig einen Eingriff in die Rechte des Schuldners bzw. seiner organschaftlichen Vertreter zur Folge haben, hat das Insolvenzgericht vor Erlass derartiger Maßnahmen eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit anzustellen.²⁵ Eine pauschale Anordnung von Sicherungsmaßnahmen ist unzulässig.²⁶

Anders als die Konkursordnung, die in § 106 KO eine nur marginale Regelung der Sequestration enthielt, welche der wachsenden Bedeutung dieses Rechtsinstituts nicht mehr gerecht werden konnte²⁷, enthalten die § 21 Abs. 1 Nr. 1, § 22 InsO eine ausführliche Normierung der vorläufigen Insolvenzverwaltung im Eröffnungsverfahren.

²³ vgl. zur einstweiligen Einstellung von Zwangsverwaltungs- bzw. Zwangsversteigerungsverfahren in der Eröffnungsphase §§ 30d – f ZVG;

²⁴ vgl. Art. 2 Nr. 1 des Gesetzes zur Änderung des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung und anderer Gesetze vom 19.12.1998, BGBl. I S. 3836;

²⁵ Pape in Kübler/Prütting, InsO, § 21 Rn. 8;

²⁶ Smid in Smid InsO, 1999, § 21 Rn. 4;

²⁷ Pape in Kübler/Prütting, InsO, § 21 Rn. 1;

Bestellt das Insolvenzgericht im Eröffnungsverfahren einen vorläufigen Insolvenzverwalter, so kann es dessen Rechte nach Maßgabe der §§ 21, 22 InsO flexibel gestalten. Zwei Grundmodelle stehen dabei zur Verfügung:

- Ernennung eines vorläufigen Insolvenzverwalters ohne Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis mit oder ohne Zustimmungsvorbehalt (§ 22 Abs. 1 InsO)²⁸
- Ernennung eines vorläufigen Insolvenzverwalters mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis (§ 22 Abs.2 InsO)²⁹

Der vorläufige Insolvenzverwalter ohne Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis ähnelt hinsichtlich Rechtsstellung, Aufgaben und Befugnissen her dem Sequester nach früherem Recht.³⁰ Seine Pflichten bestimmt das Insolvenzgericht im Einzelfall, es darf ihm allerdings nicht mehr Rechte und Pflichten zugestehen, als das Gesetz dem vorläufigen Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis zubilligt.

Die Rechtsstellung des vorläufigen Insolvenzverwalters mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis ergibt sich unmittelbar aus den §§ 21, 22 InsO.

Um die hier zu untersuchende Problematik der Masseverbindlichkeiten im Eröffnungsverfahren zu verdeutlichen, wird in der folgenden Darstellung zunächst auf den vorläufigen Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis eingegangen.

²⁸ diese Variante des vorläufigen Insolvenzverwalters wird auch als „schwacher“ vorläufiger Insolvenzverwalter bezeichnet, vgl. Kirchhof, ZInsO 1999, 365;

²⁹ auch „starker“ vorläufiger Insolvenzverwalter genannt, vgl. Kirchhof ZInsO 1999, 365;

³⁰ Hess/Weis/Wienberg, InsO, § 22 Rn. 17;

II. Aufgaben und Funktionen des vorläufigen Insolvenzverwalters mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis

1. Überblick

Sofern das Insolvenzgericht einen vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt und gleichzeitig ein allgemeines Verfügungsverbot über den Schuldner³¹ verhängt, geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den vorläufigen Insolvenzverwalter über (§ 22 Abs. 1 Satz 1 InsO).

Die Aufgaben des vorläufigen Insolvenzverwalters hat der Gesetzgeber in § 22 Abs. 1 Nr. 1-3 InsO festgelegt. Hauptzweck der vorläufigen Insolvenzverwaltung, an dem sich alle Maßnahmen des vorläufigen Insolvenzverwalters auszurichten haben, stellt die Sicherung und Erhaltung des schuldnerischen Vermögens dar (§ 22 Abs. 1 Nr. 1).³² Zu diesem Zweck hat er alle Vermögensgegenstände des Schuldners³³ in Besitz zu nehmen, um gläubigerbenachteiligenden Verfügungen des Schuldners zu verhindern. Zur Sicherung des Vermögens kann es in Einzelfällen angebracht sein, für eine Siegelung der Massegegenstände oder den Austausch von Schlösser zu sorgen,³⁴ wenn eine besondere Kenntlichmachung erforderlich scheint.

³¹ diesem allgemeinen Verfügungsverbot kommt nach h.M. absolute Wirkung zu, vgl.

Hess/Weis/Wienberg, InsO § 21 Rn. 24; Pohlmann, Befugnisse und Funktionen des vorläufigen Insolvenzverwalters, 1998, Rn. 88, 263; Uhlenbruck, in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, 325; es scheidet deshalb ohne die gleichzeitige Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters aus, Mönning in Nerlich/Römermann, InsO, § 22 Rn. 37,39;

³²vgl. Pohlmann, Rn. 107f. der von der zentralen Begrenzung der Kompetenzen des vorläufigen Insolvenzverwalters spricht;

³³ vgl. zum Umfang der zu sichernden Masse Mönning in Nerlich/Römermann, InsO, § 22 Rn. 44; vgl. Pohlmann, Rn. 116, der die Sicherungspflicht auf das pfändbare Vermögen begrenzt;

³⁴ FK-InsO/Schmerbach, § 22 Rn.12;

Dem Sicherungszweck entspricht die in § 22 Abs. 1 Nr. 2 InsO geregelte Verpflichtung, das schuldnerische Unternehmen möglichst bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens fortzuführen (vgl. § 22 Abs. 1 Nr. 1, 2 InsO), um die Entscheidung der Gläubiger im Berichtstermin nicht vorwegzunehmen (vgl. §§ 156, 157f. InsO), da durch eine vorzeitige Stilllegung das gesetzgeberische Ziel, der Gläubigergemeinschaft im Wege des Insolvenzplans vom Gesetz abweichende Maßnahmen der Sanierung zu ermöglichen, von vornherein vereitelt würde³⁵.

Ist ein schuldnerisches Unternehmen einmal stillgelegt ist und sind die Arbeitnehmer entlassen, wird in der Regel kein Raum für eine Sanierung mehr sein,³⁶ weil ein wesentliches Leistungssubstrat weggefallen ist. Dies gilt auch dann, wenn das materielle Betriebsvermögen (Anlagevermögen) noch vorhanden ist³⁷. Der Kundenstamm wird in einem solchen Fall bis auf Ausnahmefälle regelmäßig weggebrochen sein, qualifizierte Mitarbeiter, die nicht mehr zur Verfügung stehen, können nicht mehr angeworben werden, der gute Ruf des alteingesessenen Unternehmens und das Know-how ist verloren.³⁸

Daneben hat der vorläufige Insolvenzverwalter die Frage der Verfahrenskostendeckung zu prüfen (Nr. 3). In diesem Zusammenhang hat er die schuldnerischen Aktiva und Passiva nach Maßgabe der in §§ 151, 152 InsO geregelten Gliederungs- und Bewertungsgrundsätze in einem Masse- und einem Gläubigerverzeichnis zu erfassen, um sich den notwendigen Überblick über die Situation des Schuldners zu verschaffen.

³⁵ Mönning in Nerlich/Römermann, InsO, § 22 Rn. 95; zu dem arbeitsmarktpolitischen Hintergrund der Fortführung Wellensiek, WM 1999, 405;

³⁶ Vallender, DStR 1999, 2034, 2039;

³⁷ vgl. dazu auch Pohlmann, Rn. 141ff.;

³⁸ diese dynamische Komponente schlägt sich z.B. in den durch §§ 19, 151 InsO normierten Bewertungsansätzen nieder, wo davon ausgegangen wird, dass der Fortführungswert regelmäßig den Zerschlagungswert übersteigt;

Das Insolvenzgericht kann den vorläufigen Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis darüber hinaus mit der Feststellung des Eröffnungsgrundes und der Prüfung von Fortführungs- und Sanierungsaussichten betrauen³⁹.

2. Die Fortführungspflicht des vorläufigen Insolvenzverwalters

Die als Regel in § 22 Abs. 2 Nr. 2 InsO für das insolvente Unternehmen normierte Fortführungspflicht stellt den vorläufigen Insolvenzverwalter vor die Notwendigkeit, zunächst die Unternehmenssituation zu analysieren. Eine Fortführung des Unternehmens oder eines Betriebes darf nur dann erfolgen, wenn sie keine erhebliche Verminderung des schuldnerischen Vermögens zur Folge hat (§ 22 Abs. 1 Nr.2 InsO).⁴⁰ Eine Unternehmens- oder Betriebsfortführung setzt zudem begriffsnotwendig voraus, dass der schuldnerische Geschäftsbetrieb nicht bereits im Vorfeld der Insolvenzantragstellung stillgelegt wurde. Bereits zusammengebrochene Betriebsstrukturen kann der vorläufige Insolvenzverwalter in der Regel weder für die Gegenwart noch die Zukunft wiederherstellen, weshalb in diesen Fällen nur die Anordnung von Sicherungsanordnungen in Betracht kommt.⁴¹ Ausgangspunkt der weiteren Untersuchungen ist daher die Situation eines schuldnerischen Unternehmens, das bei Insolvenzantragstellung noch nicht stillgelegt war.

Durch den Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis tritt der vorläufige Insolvenzverwalter faktisch bereits mit seiner Berufung an die Stelle des Schuldners: Um seiner Pflicht zur Fortführung des schuldnerischen Unternehmens nachkommen zu können, hat ihn die InsO mit einer Reihe von Hand-

³⁹ vgl. dazu Hess/Weis/Wienberg, InsO § 22 Rn. 35ff; Braun/Uhlenbruck, Unternehmensinsolvenz, a.a.O., S. 242; Pohlmann, Rn. 190ff;

⁴⁰ vgl. auch Mönning, Betriebsfortführung, Rn. 695;

⁴¹ Mönning, Betriebsfortführung, Rn. 310; Wellensiek, WM 1999, 405, 407; Schlegel, DZWiR 2000, 94;

lungsbefugnissen ausgestattet, die zum Teil bereits den Befugnissen des endgültigen Verwalters entsprechen. So werden z.B. mit der Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis anhängige Masseprozesse bereits vor Verfahrenseröffnung unterbrochen und können von dem sog. „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter nach Maßgabe der §§ 85f. InsO aufgenommen werden (§ 24 Abs. 2 InsO; § 240 ZPO)⁴².

Die wichtigste Bestimmung in diesem Zusammenhang enthält § 55 Abs. 2 InsO. Hiernach stellen Verbindlichkeiten, die durch einen sog. „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis begründet werden, im Fall der Verfahrenseröffnung Masseverbindlichkeiten dar⁴³. Entsprechendes gilt, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis für die Masse die Gegenleistung aus bestehenden Dauerschuldverhältnissen in Anspruch nimmt.

Durch die Begründung von Masseverbindlichkeiten sollen nach dem Willen des Gesetzgebers die Geschäftspartner des vorläufigen Insolvenzverwalters vor Ausfällen geschützt werden⁴⁴.

Für diese Masseverbindlichkeiten haftet der vorläufige Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis den Gläubigern im Fall der späteren Masseunzulänglichkeit auf Schadensersatz persönlich (§§ 21 Abs. 1 Nr. 1, § 61 InsO).

⁴² vgl. zum Geltungsbereich der GesO bereits LG Magdeburg vom 4.3.1997 – 2 S 698/96 – ZIP 1997, 896;

⁴³ dies wurde vereinzelt bereits für vom Sequester begründete Verbindlichkeiten vertreten vgl. Eickmann, ZIP 1984, 729; ablehnend BGH vom 10.7.1997 – IX ZR 234/96 – ZIP 1997, 1551; Bähr, ZIP 1998, 1553 m.w.N.; Hess, KO, § 59 Rn. 4; Kilger/K. Schmidt KO/VglO/GesO § 59 KO, Anm. 1d;

⁴⁴ vgl. Begr. RegE zu § 55 Abs. 2 InsO in Balz/Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, S. 267;

Seine Haftung ist nach § 61 Abs. 1 Satz 2 InsO ausgeschlossen,

„wenn der vorläufige Insolvenzverwalter zum Zeitpunkt der Begründung der Verbindlichkeiten nicht erkennen konnte, dass die Masse voraussichtlich nicht zur Erfüllung der Masseverbindlichkeiten ausreichen würde“.

Diese eigentlich auf den Insolvenzverwalter zugeschnittene neue Vorschrift, die durch § 21 Abs. 1 Nr. 1 InsO auf den vorläufigen Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis⁴⁵ ausgedehnt wird, birgt für den vorläufigen Insolvenzverwalter Haftungsgefahren, deren Ausmaß bislang nur ansatzweise untersucht wurde.⁴⁶

Teil 3. Vorläufige Insolvenzverwaltung zwischen Sicherungsfunktion und Haftungsrisiko

A. Interessenkonflikt des vorläufigen Insolvenzverwalters

Die Haftung für Masseverbindlichkeiten stellt eines der Kernprobleme der vorläufigen Insolvenzverwaltung mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis dar, da der vorläufige Insolvenzverwalter sich in einem Interessenkonflikt befindet, zwischen seiner Pflicht zur Unternehmensfortführung einerseits, die es häufig unumgänglich macht, bestimmte Verbindlichkeiten zu begründen und andererseits seinem Interesse, eine eigene persönliche Haftung zu vermeiden.

⁴⁵ der vorläufige Insolvenzverwalter ohne Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis kann keine Masseverbindlichkeiten begründen, er wird daher von § 61 InsO nicht erfasst;

⁴⁶ Ausführungen finden sich u.a. bei Pape in Kübler/Prütting, InsO, § 22 Rn. 10; FK-InsO/Schmerbach § 22 En. 21c ff.; Kirchhof in HK-InsO, § 22 Rn. 45; Hess/Weis/Wienberg, InsO, § 22 Rn. 53ff.; Smid in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 453, 480;

Wie schon dargestellt, ist es ihm bei seiner Bestellung meist noch nicht möglich, die Vermögenssituation des Schuldners zu überschauen⁴⁷, da die Prüfung der Verfahrenskostendeckung u.a. Gegenstand des ihm erteilten Mandates ist.

Der vorläufige Insolvenzverwalter sieht sich damit in der Konfliktsituation, einerseits dem Risiko einer persönlichen Haftung für Masseverbindlichkeiten ausgesetzt zu sein, wenn er das Unternehmen fortführt, ohne zu diesem Zeitpunkt beurteilen zu können, ob Kostendeckung für die Eröffnung des Verfahrens vorhanden ist und ob das Verfahren überhaupt eröffnet wird.⁴⁸ Auf der anderen Seite macht er sich aber auch gegenüber dem Schuldner schadensersatzpflichtig, wenn er seine Pflicht zur Fortführung eines fortführungswürdigen Unternehmens verletzt⁴⁹. Eine Betriebseinstellung zieht in der Regel irreversible Folgen nach sich, da der Fortführungswert eines auf dem Markt operierenden Unternehmens oder Betriebes (einschließlich Kundenstamm, Know-how etc.) häufig über dem Liquidationswert der einzelnen Gegenstände des Betriebsvermögens liegen wird.⁵⁰ Zudem müssen in diesem Fall eine Reihe von arbeits- und betriebsverfassungsrechtlichen Fragen beachtet werden (Kündigung der Arbeitsverhältnisse, Interessenausgleich, Sozialplan).⁵¹

Im Fall der Unternehmens- oder Betriebsfortführung werden die Lieferanten des Schuldners regelmäßig die hierfür erforderliche Weiterbelieferung verweigern, wenn ihnen keine ausreichenden Sicherheiten zur Verfügung stehen.⁵² Dies gilt für das Eröffnungsverfahren im besonderem Maße, da ohne die Regelung des § 55 Abs. 2 InsO nur einfache Insolvenzforderungen begründet würden (§§ 38, 108 InsO).

⁴⁷ Delhaes, NZI 1998, 102,104;

⁴⁸ vgl. dazu auch Delhaes, NZI 1998, 102,104; Förster, ZInsO 1999, 268;

⁴⁹ Hauser/Hawelka, ZIP 1998, 1261, 1262; Uhlenbruck in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung S. 325, 347; Mönning, Betriebsfortführung, S. 82f.;

⁵⁰ statt vieler Pohlmann, Rn. 141; Mönning in Nerlich/Römermann, InsO, § 19 Rn. 25ff.;

⁵¹ Uhlenbruck in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung S. 325, 347;

⁵² Begründung RegE zu § 61 InsO in Balz/Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, S. 275;

Diese Problematik widerstreitender Interessen lässt sich an folgendem **Beispiel** verdeutlichen:

Das Insolvenzgericht beruft Rechtsanwalt X. am 15.8. 1999 zum vorläufigen Insolvenzverwalter eines alteingesessenen mittelständischen Familienunternehmens. Als er das Betriebsgelände betritt, warten die Arbeiter des Schuldners in der angemieteten Fertigungshalle bereits ungeduldig auf ihn. Der Prokurist erklärt dem vorläufigen Insolvenzverwalter, dass man nicht weiterproduzieren könne, da bestimmte Rohmaterialien fehlten, um den laufenden Auftrag weiter zu bearbeiten.

Das schuldnerische Unternehmen ist in dem Beispielsfall noch nicht stillgelegt, zur Aufrechterhaltung der Produktion müsste der vorläufige Insolvenzverwalter Rohmaterial bestellen, um seiner Fortführungspflicht zu genügen. Außerdem hat er die Entscheidung zu treffen, ob er die noch nicht gekündigten Arbeitnehmer weiterbeschäftigt und ob das laufende Mietverhältnis gekündigt wird.

Die **Interessenlage** der beteiligten Personen ist in dem obigen Fall sehr unterschiedlich:

- Die **Lieferanten** sind an einer Weiterbelieferung nur interessiert, wenn sie mit Bezahlung rechnen können
- Die **Arbeitnehmer** wollen ihren Arbeitsplatz sichern und weiterarbeiten, der Lohn Gesichtspunkt steht bei ihnen nicht im Vordergrund, da sie für die letzten drei Monate vor Verfahrenseröffnung Insolvenzgeld in Höhe des Nettolohnes beanspruchen können (§§ 183 ff. SGB III)
- Der **Vermieter** der Halle ist an der Fortführung des Mietverhältnisses nur interessiert, wenn er im Gegenzug seinen Mietzins erhält
- Der **Schuldner** will eine Betriebsschließung vermeiden, da sie regelmäßig nicht umkehrbar ist und in einer Zerschlagung des Betriebsver-

mögens mündet; er hofft immer noch auf eine Rettung seines Unternehmens

- Die **Hausbank** ist an einer Minimierung ihres Ausfalles interessiert und wird notwendige Betriebsmittelkredite nur ausreichen, wenn Sicherheiten vorhanden sind
- Der **vorläufige Insolvenzverwalter** mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis will eine Haftung für nicht erfüllbare Masseverbindlichkeiten möglichst vermeiden und eine Betriebsfortführung deshalb nur dann anstreben, wenn die Deckung dieser Verbindlichkeiten gewährleistet ist.

B. Typisierung von Haftungsrisiken

I. Arbeitnehmeransprüche

Nimmt der vorläufige Insolvenzverwalter die Arbeitsleistungen der Arbeitnehmer entgegen, so werden nach dem Wortlaut des § 55 Abs. 2 InsO im Fall der Verfahrenseröffnung Masseverbindlichkeiten begründet⁵³. Es muss nicht betont werden, dass dies für den vorläufigen Insolvenzverwalter eine erhebliche Haftungsgefahr darstellen würde. Deshalb ist bereits kurze Zeit nach Inkrafttreten der Insolvenzordnung der Rang der Arbeitnehmerverbindlichkeiten umfassend diskutiert worden. Dem trägt auch das nunmehr zum 1.12.2001 in kraft getretene Gesetz zur Änderung der Insolvenzordnung und weiterer Gesetze⁵⁴ Rechnung, indem es in einem neu eingefügten § 55 Abs. 3 InsO ausdrücklich normiert, dass die auf die BA übergegangenen Sozialversicherungsansprüche Insolvenzforderungen darstellen. Es ist allerdings nicht zu erwarten, dass der aufgetretene Meinungsstreit durch diese Änderung umfassend beigelegt

⁵³ vgl. auch Mönning in Nerlich/Römermann, InsO, § 22 Rn. 114ff; zur Gegenauffassung, wonach hierdurch gemäß § 108 InsO Insolvenzforderungen begründet werden sollen, unten;

⁵⁴

wird, da die Neuregelung keine Anwendung auf bereits vor dem 1.12.2001 eröffnete Verfahren findet.⁵⁵

1. Einfache Insolvenzforderungen oder Masseverbindlichkeit?

Zum Teil wird in der Literatur⁵⁶ und neuerdings auch der Rechtsprechung⁵⁷ die Auffassung vertreten, dass die Entgeltansprüche der Arbeitnehmer, die aus einer Weiterbeschäftigung durch einen vorläufigen Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis resultieren, keine Masseverbindlichkeiten im Sinne des § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO darstellten, sondern als **einfache Insolvenzforderungen** im Sinne des § 108 Abs. 2 InsO zu behandeln seien. Begründet wird dies mit einem angeblichen Vorrang der Regelung des § 108 Abs. 2 InsO als *lex specialis* gegenüber der allgemeinen Regelung des § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO. § 108 Abs. 2 habe den Zweck, die in § 38 InsO geregelte Rangstellung wieder herzustellen.⁵⁸ Hergeleitet wird dieser Vorrang u.a. aus der Gesetzesbegründung zu § 55 InsO, wonach eine Abschaffung der unechten Masseschulden erreicht werden solle.⁵⁹ Zudem wäre dem vorläufigen Insolvenzverwalter für die Masseschaffung das wichtige Instrument der Insolvenzgeld-Vorfinanzierung aus der Hand geschlagen, wenn die auf die Bundesanstalt für Arbeit übergegangenen Forderungen als Masseverbindlichkeiten qualifi-

⁵⁵ nach dem neuen Art. 103a EGIInsO sind auf Insolvenzverfahren, die vor Inkrafttreten des o.g. Gesetzes eröffnet worden sind, die bisherigen gesetzlichen Vorschriften weiter anzuwenden.

⁵⁶ Wiester, NZI 1999, 397; Berscheid, ZInsO 1999, 259; ders. NZI 1999, 6; Niesert, InVO 1998, 85, 88; Lakies, FA 1999, 40; Hamacher in Nerlich/Römermann, InsO, vor § 113 InsO, Rn. 23 und Andres, § 55 Rn. 133 ff.; a.A. statt aller: Peters-Lange, ZIP 1999, 421; Hausser/Hawelka, ZIP 1998, 1261; Pape in Kübler/Prütting, InsO, § 22 Rn. 22; Henckel in: Aktuelle Probleme des neuen Insolvenzrechts, 2000, S. 97, 104;

⁵⁷ vgl. ArbG Bielefeld vom 16.6.1999 – 4 Ca 1444/99 – NZI 1999, 424; offen gelassen von LAG Hamm vom 10.1.2000 – 19 Sa 1638/99 – ZInsO 2000, 113;

⁵⁸ Berscheid, ZInsO 1999, 259; ArbG Bielefeld vom 16.6.1999 a.a.O.; Wiester NZI 1999, 397; vgl. auch Lakies, FA 1999, 40, 42; a.A. LAG Köln vom 25.2.2000 – 12 Sa 1512/99 – ZInsO 2000, 237;

⁵⁹ vgl. Begr. RegE zu § 55 InsO in Balz/Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, S. 266f.;

ziert würden⁶⁰. Da auf Seiten der Arbeitnehmer für das Entstehen von Masseverbindlichkeiten kein Schutzbedürfnis gegeben sei und die BA nicht besser gestellt werden solle, als nach früherem Recht, wird die Bestimmung des § 55 Abs. 2 InsO von Zwanziger⁶¹ daher teleologisch dahingehend reduziert, dass diese Forderungen nur als einfache Insolvenzforderungen begründet würden.

Dem ist entgegenzuhalten, dass § 108 Abs. 2 InsO ausweislich der Gesetzesbegründung⁶² lediglich eine klarstellende Funktion dahingehend zukommen soll, dass die vor Verfahrenseröffnung begründeten Forderungen trotz des Fortbestehens der Dauerschuldverhältnisse keine Masseverbindlichkeiten darstellen.⁶³ Soweit der Gesetzgeber selbst davon ausgeht, dass dieser Vorschrift über die reine Klarstellung hinaus keine weitere Funktion zukommt, ist das von Berschaid ins Feld geführte Argument, § 108 Abs. 2 InsO habe nur dann Sinn, wenn er als Ausnahme zu § 55 Abs. 2 InsO interpretiert werde, nicht überzeugend.

Gegen einen Vorrang des § 108 InsO lässt sich des weiteren anführen, dass § 108 InsO eine Regelung für alle vor Verfahrenseröffnung begründeten Verbindlichkeiten aus Dauerschuldverhältnissen (d.h. eine allgemeine Regelung) trifft, ohne dabei auf die Einzelheiten des Eröffnungsverfahrens einzugehen. Im Eröffnungsverfahren kommen jedoch neben der Anordnung einer vorläufigen Insolvenzverwaltung eine ganze Reihe weiterer Sicherungsmaßnahmen in Betracht, so dass die Befugnisse des mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis ausgestatteten vorläufigen Insolvenzverwalters nach § 55 Abs. 2 InsO nur eine Modalität innerhalb der Sicherungsmaßnahmen darstellen.⁶⁴

⁶⁰ vgl. zur Vorfinanzierung des Insolvenzgeldes unten S. 27ff.;

⁶¹ Zwanziger, ZIP 1998, 2135;

⁶² vgl. Begr. RegE zu § 108 InsO in Balz/Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, S. 335;

⁶³ so auch Bork, ZIP 1999, 781,782;

⁶⁴ Bork ZIP 1999, 781, 782; vgl. auch Eickmann in HK-InsO, § 55 Rn. 27;

Berscheid⁶⁵ führt u.a. die Begründung des Regierungsentwurfes zu § 55 InsO als Argument dafür an, die Arbeitnehmeransprüche keine Masseverbindlichkeiten seien könnten. Hierin heißt es ausdrücklich:

„§ 59 Abs. 1 Nr. 3 KO, der rückständige Forderungen auf Arbeitsentgelt und ähnliche Ansprüche systemwidrig als Masseansprüche einordnet (vgl. auch § 13 Abs. 1 Nr. 3 GesO), enthält in der Sache ein Konkursvorrecht. Er wird ebenso wie die Vorrechte des § 61 KO nicht in den Entwurf übernommen“.

Diese Argumentation ist allerdings insofern nicht stichhaltig, da sich die zitierte Gesetzesbegründung auf § 55 **Abs. 1** InsO⁶⁶ bezieht. und auf die sog. unechten Masseverbindlichkeiten, die auch ohne Zutun eines Sequesters allein durch den Zeitraum ihres Entstehens begründet wurden, bezug nimmt.

Demgegenüber hat sich der Gesetzgeber in § 55 **Abs.2** InsO ausdrücklich für die Entstehung von Masseverbindlichkeiten aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung entschieden.

Auch der Umstand, dass die rückständigen Ansprüche der Arbeitnehmer aus den letzten drei Monaten des Arbeitsverhältnisses vor der Verfahrenseröffnung durch Insolvenzgeld abgesichert sind und daher die Rangqualität von Masseverbindlichkeiten u.U. nicht benötigen, stellt bei genauerer Betrachtung kein erhebliches Argument dar, da § 108 Abs. 2 InsO nicht nur auf die Forderungen aus Dienstverhältnissen abstellt, sondern in gleicher Weise die Ansprüche der Vertragspartner aus sonstigen Dauerschuldverhältnissen regelt⁶⁷. Entsprechendes gilt für die Zweckmäßigkeitserwägungen Wiesters⁶⁸, die eine am Wortlaut des Gesetzes orientierte Auslegung nicht ersetzen können.

⁶⁵ Berscheid, ZInsO 1999, 259, 261; dem folgend Wiester NZI 1999, 397;

⁶⁶ vgl. Begr. RegE zu § 55 InsO in Balz/Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, S. 267;

⁶⁷ so auch Bork, ZIP 1999, 781, 783;

⁶⁸ NZI 1999, 397;

Die von Berscheid und Wiester favorisierte Auslegung würde dazu führen, dass der Anwendungsbereich des § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO faktisch leerliefe⁶⁹. Es ergäbe keinen Sinn, wenn der Gesetzgeber mit § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO ausdrücklich Masseverbindlichkeiten für die Inanspruchnahme der Gegenleistung aus Dauerschuldverhältnissen begründete, um diese Forderungsqualität an einer anderen Stelle des Gesetzes (§ 108 Abs. 2 InsO) wieder an die des § 38 InsO anzugleichen.⁷⁰

Der Umstand, dass die Regelung des § 55 Abs. 2 InsO die Handlungsbefugnisse des vorläufigen Insolvenzverwalters in vielen Bereichen beschränkt, mag, wie Berscheid⁷¹ und Zwanziger⁷² erkannt haben, die Möglichkeit einer Gesetzesergänzung des § 55 Abs. 2 InsO dahingehend rechtfertigen, dass die auf die BA übergeleiteten Ansprüche nicht erfasst werden.⁷³ Aus der bisherigen Fassung des § 55 Abs. 2 InsO ist dies nicht herauszulesen. Die Tatsache, dass durch die Überleitung der Arbeitnehmeransprüche letztendlich die BA, anstelle der Arbeitnehmer von der Masseschuldqualität profitiert, stellt vielmehr einen Rechtsreflex dar, welcher, sofern er rechtspolitisch unerwünscht ist, einer gesetzgeberischen Korrektur offen steht⁷⁴ oder im Wege einer am Gesetzeszweck orientierten Auslegung gelöst werden kann. Entgegenzuhalten ist der generellen Qualifizierung der Arbeitnehmerforderungen als Insolvenzforderungen des weiteren, dass für den Fall, dass das Eröffnungsverfahren über den dreimonati-

⁶⁹ so auch Zwanziger, ZIP 1998, 2135;

⁷⁰ so Berscheid in NZI 1999, 6, 8;

⁷¹ ZInsO 1998, 259;

⁷² ZIP 1998, 2135;

⁷³ vgl. auch ArbG Aachen vom 20.9.1999 – 5 Ca 3683/99 – NZI 1999, 510 das grundsätzlich vom Vorrang des § 55 InsO ausgeht, im Fall der Insolvenzgeldvorfinanzierung die Arbeitnehmeransprüche aber im Wege der teleologischen Reduktion aus dem Anwendungsbereich des § 55 Abs. 2 InsO herausnimmt; vgl. nunmehr auch LAG Hamm vom 10.1.2000 – 19 Sa 1638/99 - ZInsO 2000, 113

⁷⁴ Bork, ZIP 1999, 781, 783;

gen Insolvenzgeldzeitraum⁷⁵ hinausginge, die Arbeitnehmer für die übrige Zeit auf eine einfache Insolvenzforderung verwiesen würden. Entsprechendes gälte für Arbeitnehmer, die aus sonstigen Gründen, z.B. der Fristversäumnis, kein Insolvenzgeld erhalten.⁷⁶

Die vom Gesetzgeber in § 108 Abs.2 InsO gewollte Klarstellung bezieht sich vielmehr im Verhältnis zu § 55 Abs. 2 InsO darauf, dass Verbindlichkeiten aus einem Dauerschuldverhältnis, dessen Gegenleistung der vorläufige Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis nicht in Anspruch genommen hat⁷⁷, keine Masseverbindlichkeiten darstellen.

Die am Gesetzeswortlaut orientierten Argumente sprechen auch rechtssystematisch für die Begründung von Masseverbindlichkeiten, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis die Leistungen der Arbeitnehmer entgegengenommen hat.⁷⁸

2. Teleologische Reduktion des § 55 Abs. 2 InsO im Fall der Insolvenzgeldvorfinanzierung

Das obige Ergebnis ist zwar rechtsdogmatisch nachvollziehbar, würde jedoch in der Praxis zu erheblichen Haftungsproblemen des vorläufigen Insolvenzverwalters führen, da nach dem Wortlaut der § 55 Abs. 2 InsO, § 187 SGB III i.V.m. §§ 401, 402 BGB die als Masseverbindlichkeiten begründeten Entgeltansprüche der weiterbeschäftigten Arbeitnehmer aus der Zeit des Eröffnungsverfahrens im Fall der Insolvenzgeldantragstellung mit diesem Rang auf die

⁷⁵ vgl. § 183 SGB III;

⁷⁶ Pape in Kübler/Prütting, InsO, § 22 Rn. 22; dieses Argument sieht auch das LAG Hamm vom 10.1.2000 – 19 Sa 1638/99 – InVo 2000, 95, 97 mit Anm. Hess;

⁷⁷ d. h. in bezug Arbeitnehmer, dass diese freigestellt wurden;

⁷⁸ so auch Feuerborn, KTS 1997, 171, 192; Bork, ZIP 1999, 781, 783; Henckel in: Aktuelle Probleme des neuen Insolvenzrechts, 2000, S. 97, 104; FK-InsO/Schmerbach, § 22 Rn. 21c;

Bundesanstalt für Arbeit übergangen.⁷⁹ Anders als nach dem bisherigen § 59 Abs. 2 KO, der eine Herabstufung der Masseverbindlichkeiten auf den Rang einer vorrangigen Konkursforderung vorsah⁸⁰, fehlte eine derartige Vorschrift in der InsO bislang⁸¹.

Der vorläufige Insolvenzverwalter hätte in vollem Umfang das Haftungsrisiko nach § 61 InsO zu tragen, wenn er über keine hinreichende Masse verfügt und die Arbeitnehmer nicht freistellt, sondern seiner vom Gesetzgeber normierten Fortführungspflicht nachkäme und die Arbeitnehmer weiterbeschäftigen würde.⁸² Zwar hat die BA bereits in der Vergangenheit zum Ausdruck gebracht, dass in Einzelfällen ein Rangrücktritt dergestalt in Betracht komme, dass sie mit der Erfüllung dieser Masseverbindlichkeiten hinter die übrigen Massegläubiger tritt,⁸³ die Rechtsnatur einer Masseverbindlichkeit bliebe aber auch in diesem Fall erhalten⁸⁴.

Die Zwecksetzung, die Masse durch die Vorfinanzierung des Insolvenzgeldes zu mehren, ohne gleichzeitig das Risiko auf die Arbeitnehmer abzuwälzen,⁸⁵

⁷⁹ vgl. LAG Köln vom 25.2.2000 – 12 Sa 1512/99 – ZInsO 2000, 237; s. a. Wellensiek, WM 1999, 405, 407;

⁸⁰ vgl. Peters-Lange, ZIP 1999, 421; kritisch zu der Neuregelung des § 55 InsO Haarmeyer, ZInsO 1998, 157, der die Wiedereinfügung einer dem § 59 Abs. 2 KO entsprechenden Herabstufungsnorm fordert; a. A. auch Berscheid, NZI 1999, 6;

⁸¹ für die nach dem 1.12.2001 eröffneten Verfahren enthält § 55 Abs. 3 InsO nunmehr eine vergleichbare Regelung (s.u.); auf Altverfahren ist diese Vorschrift nach Art. 103a EGIInsO nicht anwendbar; der Meinungsstreit ist daher nach wie vor in Hinblick auf die vor dem 1.12.2001 eröffneten Verfahren bedeutsam;

⁸² so auch Haarmeyer, ZInsO 1998, 158;

⁸³ vgl. Berscheid, ZInsO 1999, 259 mit einer Wiedergabe der Rechtsauffassung der BA in einem Schreiben an den Kölner Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V.;

⁸⁴ Vallender DStR 1999, 2034, 2037; zur Frage des Rangrücktritts und der Rangänderung durch Insolvenzplan vgl. Hauser/Hawelka, ZIP 1999, 1261, 1263;

⁸⁵ vgl. dazu Bescheid, NZI 1999, 6; Hess/Weis/Wienberg, InsO, Art. 93 EGIInsO § 188 Rn. 43ff;

kann nach dem Wortlaut des § 55 Abs. 2 InsO durch einen vorläufigen Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis ebenfalls nicht mehr erfüllt werden⁸⁶. Auch das Ziel einer Betriebsfortführung anstelle der sofortigen Zerschlagung würde weitgehend unmöglich gemacht, wenn beim Übergang der Entgeltansprüche der Arbeitnehmer auf die BA deren Rang als Masseverbindlichkeit erhalten bliebe.⁸⁷ Zudem könnte die zusätzliche Massebelastung dazu führen, dass die Zahl der mangels Masse abgelehnten Verfahren entgegen der ausdrücklichen Zielsetzung des Reformgesetzgebers steigen würde.⁸⁸

Da der Gesetzgeber diese Folgen nicht angestrebt hat, sondern ausweislich der Gesetzesmaterialien vielmehr davon ausging, dass die Regelungen über das Insolvenzgeld weitgehend den bisherigen Vorschriften über das Konkursausfallgeld entsprechen⁸⁹, ist bei der derzeitigen Fassung des Gesetzes von einer unbewussten Regelungslücke auszugehen.

Diese Regelungslücke wird von der neueren Rechtsprechung⁹⁰ dahingehend geschlossen, dass § 55 Abs. 2 InsO im Wege der teleologischen Reduktion dahingehend ausgelegt wird, dass von seinem Geltungsbereich diejenigen Entgeltforderungen der Arbeitnehmer ausgenommen werden, die auf die Bundesanstalt für Arbeit übergegangen sind. Hierfür spricht neben den bereits oben angeführten Argumenten auch der Umstand, dass der Gesetzgeber mit der Insolvenzrechtsreform grundsätzlich eine Abschaffung der Konkursvorrechte beabsichtigte. Dem widerspräche es, wenn auch die nach § 187 SGB III auf die

⁸⁶ vgl. in diesem Zusammenhang die Lösungsansätze von FK-InsO/Schmerbach, § 22 Rn. 21d ff. der u.a. einen Rangrücktritt der BA vorschlägt;

⁸⁷ LAG Köln vom 25.2.2000 a.a.O.;

⁸⁸ LAG Köln vom 25.2.2000 a.a.O.;

⁸⁹ vgl. BT-Drucksache 13/4941, S. 143;

⁹⁰ BAG vom 3.4.2001 – 9 AZR 301/00; LAG Hamm vom 10.1.2000 – 19 Sa 1638/99 – ZInsO 2000, 113 s. dazu die Anm. von Pape ZInsO 2000, 143; LAG Köln vom 25.2.2000 a.a.O.; vgl. auch ArbG Bielefeld, vom 16.6.1999 – 4 Ca 1444/99 – NZI 1999, 424; vgl. auch ArbG Aachen vom 20.9.1999 – 5 Ca 3683/99 – NZI 1999, 510; Schrader, ZInsO 2000, 196, 199;

Bundesanstalt für Arbeit übergegangenen Arbeitnehmeransprüche Masseverbindlichkeiten darstellten.⁹¹

3. Gesetzesänderung des § 55 InsO

Die nunmehr verabschiedete Gesetzesänderung⁹² greift die von der Rechtsprechung bereits im Wege der teleologischen Auslegung zur Rechtswirklichkeit gewordene Regelung auf und sieht eine Änderung des § 55 InsO vor.⁹³

Danach wird ein folgender neuer Abs. 3 eingefügt werden:

„ (3) *Gehen nach Absatz 2 begründete Ansprüche auf Arbeitsentgelt nach § 187 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch auf die Bundesanstalt für Arbeit über, so kann die Bundesanstalt diese nur als Insolvenzgläubiger geltend machen. Satz 1 gilt entsprechend für die in § 208 Abs. 1 bezeichneten Ansprüche, soweit diese gegenüber dem Schuldner bestehen bleiben.*“

4. Folge für den vorläufigen Insolvenzverwalter

Für den vorläufigen Insolvenzverwalter hat dies in Hinblick auf die diskutierte Haftungsproblematik zur Folge, dass seine Inanspruchnahme aus dem Gesichtspunkt des § 61 InsO nicht mehr in Betracht kommt, wenn die Arbeitnehmerforderungen im Fall des Anspruchsübergangs auf die BA als Insolvenzforderungen qualifiziert werden. Er ist daher nicht darauf angewiesen, die Arbeit-

⁹¹ LAG Köln vom 25.2.2000 a.a.O.;

⁹² zur verabschiedeten Fassung siehe BGBl. 2001, 2710; vgl. auch den Diskussionsentwurf der Bundesministeriums der Justiz zur Änderung der Insolvenzordnung und anderer Gesetze, Beilage 1 zu ZInsO 9/2000;

⁹³ zum Reformbedarf vgl. auch Oberhofer, DZWIR 1999, 317, 318; Hauschild, ZInsO 1999, 564, 565;

nehmer nach Übernahme seines Amtes zunächst freizustellen,⁹⁴ um zu prüfen, ob die zur Verfügung stehende Masse zur Befriedigung dieser Verbindlichkeiten ausreichend ist.

5. Neues gesetzliches Hindernis: Zustimmung des Arbeitsamtes

Will der vorläufige Insolvenzverwalter die rückständigen Löhne und Gehälter der Arbeitnehmer über das Insolvenzgeld durch eine Bank vorfinanzieren lassen, sieht er sich allerdings einem weiteren neuen Hindernis gegenüber:

Die Möglichkeit der Vorfinanzierung des Insolvenzgeldes (§§ 183 ff SGB III), die es dem Sequester nach früherem Recht ermöglichte, während der Eröffnungsphase den schuldnerischen Betrieb mit Hilfe der Arbeitnehmer fortzuführen und dadurch die Masse anzureichern⁹⁵, wird durch die Neufassung des § 188 Abs. 4 SGB III erschwert. Zwar können nunmehr auch Anteilseigner, Gläubigerbanken und Betriebsübernehmer das Insolvenzgeld vorfinanzieren⁹⁶, die Vorfinanzierung ist jedoch von der Zustimmung des Arbeitsamtes abhängig. Die Zustimmung darf vom Arbeitsamt erteilt werden, wenn die begründete Annahme besteht, dass durch die Vorfinanzierung ein erheblicher Teil der Arbeitsplätze erhalten bleibt⁹⁷.

⁹⁴ zur arbeitsrechtlichen Zulässigkeit der Freistellung in diesen Fällen Kind, InVo 1998, 57, 60; vgl. auch Mönning in Nerlich/Römermann, InsO, § 22 Rn. 115;

⁹⁵ vgl. etwa BSG vom 22.3.1995 – 10 RaR 1/94 – ZIP 1995, 935; Mönning, Betriebsfortführung, Rn. 738ff.;

⁹⁶ Berscheid, ZInsO 1999, 259;

⁹⁷ vgl. zu den Anforderungen im Einzelfall Berscheid, NZI 1999, 6; kritisch zu der Neuregelung Wellensiek, WM 1999, 405, 407, der zu Recht darauf hinweist, dass die Frage, ob Arbeitsplätze erhalten werden können, in diesem Verfahrensstadium oftmals noch nicht abzuschätzen ist, da erst die Grundvoraussetzungen hierfür geschaffen werden müssen;

Diese Voraussetzungen wird der vorläufige Insolvenzverwalter nur dann vortragen können, wenn er die in Frage stehenden Arbeitsverhältnisse nicht zugleich kündigt.

II. Forderungen aus dem Mietverhältnis

Ähnlich stellt sich die Rechtslage unter Zugrundelegung des Wortlautes von § 55 Abs. 2 InsO bei dem Mietverhältnis dar: Das Insolvenzeröffnungsverfahren eröffnet dem vorläufigen Insolvenzverwalter keine Kündigungsmöglichkeit, die Vorschrift des § 109 InsO ist auf den endgültigen Verwalter zugeschnitten. Das ergibt sich rechtssystematisch aus dem Regelungszusammenhang mit dem vorangegangenen § 108 InsO, der ausdrücklich den Fortbestand der Dauerschuldverhältnisse für den Fall der Verfahrenseröffnung vorsieht (vgl. aber auch § 119 InsO). Der Vertragspartner des Schuldners ist seinerseits durch die in § 112 InsO normierte Kündigungssperre an einer Auflösung des Vertrages gehindert.⁹⁸

Damit hat der vorläufige Insolvenzverwalter die Situation zu beachten, dass durch das Fortbestehen des Mietvertrages nach § 55 Abs. 2 InsO Masseverbindlichkeiten fortlaufend begründet werden⁹⁹. Da dies nach § 55 Abs. 2 InsO nur dann gilt, wenn er die Gegenleistung in Anspruch nimmt, könnte er allenfalls versuchen, der haftungsträchtigen Situation durch eine Räumung zu entgehen. Die Räumung der gemieteten Räume ist dem vorläufigen Insolvenzverwalter in den seltensten Fällen ohne Verursachung zusätzlicher Kosten (Umzugsunternehmen, Einlagerungskosten) möglich, die ebenfalls Masseverbindlichkeiten darstellen würden.

⁹⁸ wegen § 112 InsO i. V. m. § 119 InsO wird auch die Vertragsbeendigung im Rahmen sog. Auflösungsklauseln als unzulässig erachtet vgl. Eckert, ZIP 1996, 897; Hess/Weis/Wienberg, InsO § 119 Rn. 16ff.; Pape in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 531, 569;

⁹⁹ so auch Mönning in Nerlich/Römermann, InsO, § 22 Rn. 145; Feuerborn, KTS 1997, 192;

Selbst wenn der Mietvertrag zur Zeit der Sicherungsanordnung durch eine vorangegangene Kündigung, einen Aufhebungsvertrag oder durch Zeitablauf schon für die nahe Zukunft beendet wäre, würde sich die Situation für den vorläufigen Insolvenzverwalter nicht viel besser darstellen, da zumindest die Umzugs- und Räumungskosten in Frage stehen.

III. Weiterbelieferung des Schuldnerbetriebes durch die Lieferanten

Lässt sich der vorläufige Insolvenzverwalter im Rahmen der Betriebsfortführung von den Lieferanten des Schuldners weiterhin mit Waren und Material beliefern, so stellen die hieraus resultierenden Forderungen nach § 55 Abs. 2 Nr. 1 InsO Masseverbindlichkeiten dar. Der vorläufige Verwalter hat zwar in diesem Fall mehr Einfluss auf die Begründung der Masseverbindlichkeiten, eine Kollision zwischen seiner Fortführungspflicht und der Haftungsvermeidung ist in diesem Fall offensichtlich, wenn die Lieferungen zur Aufrechterhaltung der Produktion dringend benötigt werden.

Förster¹⁰⁰ will das Haftungsrisiko des vorläufigen Insolvenzverwalters in diesem Fall durch die Bestellung von Sicherheiten¹⁰¹ aus dem Schuldnervermögen zugunsten der Lieferanten minimieren. Er weist jedoch selbst darauf hin, dass dieser Lösungsansatz nur dann erfolgversprechend ist, wenn ausreichend unbelastetes Massevermögen zur Verfügung steht. Im Regelfall fehlt es aber an freiem Vermögen, so dass der Ansatz von Förster nur in Ausnahmefällen zielführend ist. Ähnliches gilt für die Lieferung gegen Vorkasse.¹⁰²

Im Gegensatz zu den Miet- und Arbeitsverhältnissen kann der vorläufige Insolvenzverwalter sein Haftungsrisiko zwar dadurch reduzieren, dass er derarti-

¹⁰⁰ ZInsO 1999, 268;

¹⁰¹ d.h. Grundpfandrechte, Sicherungseigentum, Forderungsabtretung;

¹⁰² vgl. Hauser/Hawelka, ZIP 1999, 1261, 1264;

ge Lieferantenverbindlichkeiten, erst nachdem er sich eine umfassende Übersicht über die Situation des schuldnerischen Betriebes verschafft hat, eingeht. Auch hier wird sich aber häufig das Problem stellen, dass das Unternehmen bzw. der Betrieb zur Aufrechterhaltung der Produktion sofort auf Neulieferungen angewiesen sein werden.

Denkbar ist in dem Zusammenhang die Inanspruchnahme von unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Gegenständen durch den vorläufigen Insolvenzverwalter. Dies kann mit einem, zugegebenermaßen extremen, aber in der Praxis nicht ungewöhnlichen Beispiel belegt werden:

Der vorläufige Insolvenzverwalter wird an einem Freitag um 12:00 Uhr in dem Insolvenzeröffnungsverfahren eines Hühnerhofbetreibers eingesetzt. Als er sich um 16:00 Uhr Zugang in das schuldnerische Unternehmen verschafft, sieht er sich mit 20.000 abgemagerten Hühnern in engen Käfigen konfrontiert, die ersichtlich seit längerem nicht mehr gefüttert wurden. In den Lagerräumen befinden sich mehrere große Säcke mit Hühnerfutter. Aus den Lieferscheinen geht hervor, dass das Futter unter Eigentumsvorbehalt geliefert wurde.

Dem vorläufigen Insolvenzverwalter bleibt, sofern er seiner Pflicht zur Massesicherung nachkommen und zudem ein Ermittlungsverfahren wegen Tierquälerei vermeiden will, keine andere Wahl, als das in den Säcken befindliche Futter an die Hühner zu verfüttern.

IV. Veräußerung von Massegegenständen

Grundsätzlich hat der vorläufige Insolvenzverwalter zwar den Status quo zu sichern und zu erhalten. Die Veräußerung von Massegegenständen kommt dabei unter bestimmten Voraussetzungen in Betracht¹⁰³, z.B. bei verderblichen

¹⁰³ vgl. dazu im einzelnen unten S. 76ff.;

Gegenständen¹⁰⁴, wenn der Schuldner beispielsweise einen landwirtschaftlichen Betrieb betreibt und der Verkauf der bereits abgeernteten Tomaten und Salatköpfe innerhalb kürzester Zeit erforderlich ist.

Veräußert der vorläufige Insolvenzverwalter im Insolvenzeröffnungsverfahren Massegegenstände so stellt der hieraus resultierende Umsatzsteueranspruch des Finanzamtes eine Masseverbindlichkeit dar¹⁰⁵.

V. Altlasten

Unerwartete Kosten können sich bereits im Eröffnungsverfahren ergeben, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbezugnis als Zustandsstörer für Altlasten auf dem schuldnerischen Betriebsgrundstück in Anspruch genommen wird. Die Zustandsstörerhaftung im Altlastenrecht knüpft sowohl an die Eigentümerstellung als auch den tatsächlichen Sachbesitz an.¹⁰⁶

Sofern im Zusammenhang mit der Betriebsfortführung entsorgungspflichtige Abfälle entstehen, kann der vorläufige Insolvenzverwalter ebenfalls von der Ordnungsbehörde auf Beseitigung bzw. ggfls. im Wege der Ersatzvornahme in Anspruch genommen werden.¹⁰⁷

Trifft der vorläufige Insolvenzverwalter selbst Beseitigungsmaßnahmen, so werden hierdurch Masseverbindlichkeiten nach § 55 Abs. 2 Satz 1 InsO begründet.

¹⁰⁴ vgl. Kirchhof in HK-InsO, § 22 Rn. 6;

¹⁰⁵ Begr. RegE zu § 55 InsO abgedruckt in Balz/Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, S. 266, 267; Uhlenbruck, KTS 1994, 169,180; Bähr, ZIP 1998, 1553, 1559; Feuerborn, KTS 171, 191; Pelka/Niemann, Rn. 381;

¹⁰⁶ vgl. dazu ausführlich Hess/Weis/Wienberg, InsO § 38 Rn. 41;

¹⁰⁷ Mönning in Nerlich/Römermann, InsO, § 22 Rn. 155;

VI. Sonstige notwendige Verbindlichkeiten im Zusammenhang mit der Fortführung

Nicht unerwähnt sollen auch die Masseverbindlichkeiten bleiben, die sich aus der Inanspruchnahme von Strom, Wasser, Gas etc. ergeben können, ohne die jede Fortführung eines Betriebs bzw. Unternehmens von vornherein ausgeschlossen ist.

In diesem Zusammenhang sind auch die Kosten für Telefon- und sonstige Telekommunikationseinrichtungen zu nennen. Insbesondere in Dienstleistungsbetrieben, in denen der Schwerpunkt der Tätigkeit im Kommunikationsbereich liegt (z.B. Reisebüros, Public Relations- und Werbeagenturen), können diese Ausgaben einen erheblichen Kostenfaktor darstellen.

Teil 4 Die Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters im Rechtssystem der §§ 21 Abs. 1 Nr. 1, 61 InsO

A. Erweiterung der Verwalterhaftung

I. Rechtsentwicklung

Die in § 61 InsO enthaltene Regelung hat ihre Ursprünge in der Konkursordnung.

Eine Haftung des Konkursverwalters für Masseverbindlichkeiten, welche im weiteren Verlauf des Verfahrens nur quotal befriedigt werden können, wurde von der zur KO entwickelten Rechtsprechung und Literatur zunächst als Unterfall der allgemeinen Haftung für Pflichtverletzungen nach § 82 KO angenommen.¹⁰⁸

¹⁰⁸ vgl. z.B. BGH vom 4.6.1958 – V ZR 304/56 – NJW 1958, 1351; BGH vom 27.2. 1973 – VI ZR 118/71 – KTS 1973, 251, 252;

Als haftungsbegründend wurde dabei der Umstand angesehen, dass der Verwalter, der das Risiko einer Masseunzulänglichkeit erkannt hat, vor Eingehung der Verbindlichkeiten keine Vorkehrungen zur Deckung der von ihm begründeten Ansprüche getroffen und die Massegläubiger nicht über das Risiko eines Ausfalles unterrichtet hat.¹⁰⁹ Dies galt unabhängig von dem Umstand, ob eine Betriebsfortführung mit oder ohne Zustimmung der Gläubiger zur Vermeidung weitgehender Arbeitsplatzverluste erfolgt war.¹¹⁰ Diese Haftung ging zum Teil so weit, dass sogar die Veräußerung von massezugehörigen Grundstücken, d.h. der Verwertung dienende Handlungen zur Begründung von Schadensersatzansprüchen ausreichte.¹¹¹

Die Haftung des Verwalters hat der BGH später dahingehend gelockert, dass der Konkursverwalter, im Fall der Betriebsfortführung mit Zustimmung des Gläubigerausschusses, der persönlichen Haftung nach § 82 KO gegenüber den Massegläubigern nur dann ausgesetzt wurde, wenn er im Laufe der Betriebsfortführung erkannt hatte oder bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters hätte erkennen können und müssen, dass er die aus der Masse zu erfüllenden Verbindlichkeiten nicht werde tilgen können¹¹².

Der Konkursverwalter sollte in diesem Fall dafür haften, dass er das Unternehmen, obwohl feststand, dass es nicht wenigstens seinen Aufwand erwirtschaften konnte, nicht sofort liquidiert, sondern trotz erkennbarer späterer Mas-

¹⁰⁹ vgl. BGH vom 27.2.1973 – VI ZR 118/71 – KTS 1973, 251, 253;

¹¹⁰ BGH vom 4.12.1986 – IX ZR 47/86 – ZIP 1987, 115, 116; BGH vom 10.4.1979 – VI ZR 77/77 – NJW 1980, 55, 56; vgl. aber auch BGH vom 5.10.1982 – VI ZR 261/80 – ZIP 1982, 1458, in dem der BGH die Aufklärungspflicht des Konkursverwalters beschränkt hat;

¹¹¹ vgl. BGH vom 4.6.1958 – V ZR 304/56 – NJW 1958, 1351; kritisch dazu BGH vom 14.4.1987 – IX ZR 260, 86, ZIP 1987, 650,651;

¹¹² BGH vom 4.12.1986 – IX ZR 47/86 – ZIP 1987, 115, 116; vgl. zur Entwicklung der BGH-Rechtsprechung auch Merz, KTS 1989, 277ff.;

seunzulänglichkeit weitergeführt und hierdurch notwendigerweise Masseverbindlichkeiten begründet hat¹¹³. Eine Haftung nach § 82 KO sollte aber auch dann nur in Betracht kommen, wenn der Verwalter gegenüber seinem Vertragspartner aus der KO resultierende Pflichten, d.h. konkurrenzspezifische Pflichten verletzt hatte.¹¹⁴

In seiner Entscheidung vom 14.4.1987 ist der BGH davon abgekommen, die Haftung für nicht erfüllte Masseverbindlichkeiten als Unterfall des § 82 KO anzusehen: Als entscheidendes Argument hierfür wurde angeführt, dass es sich bei den Neumassegläubigern nicht um Beteiligte im Sinne des § 82 KO handle; vielmehr hafte der Konkursverwalter gegenüber Neugläubigern nach den allgemeinen Bestimmungen nur dann persönlich, wenn er ihnen gegenüber eigene Pflichten übernommen habe, einen Vertrauenstatbestand, an dem er sich festhalten lassen müsse, geschaffen oder eine unerlaubte Handlung begangen habe.¹¹⁵

Die in § 61 InsO enthaltene Regelung greift von ihrem Wortlaut her die in der Begründung zum BGH-Urteil vom 4.12.1986¹¹⁶ enthaltenen Rechtsgedanken auf.¹¹⁷

¹¹³ BGH vom 4.12.1986 – IX ZR 47/86 – ZIP 1987, 115, 116; BGH vom 14.4.1987 – IX ZR 260/86 – ZIP 1987, 650; vgl. auch OLG Hamm vom 14.10.1986 – 27 U 389/85 – ZIP 1987, 528;

¹¹⁴ BGH vom 4.12.1986 – IX ZR 47/86 – ZIP 1987, 115, 117; BGH vom 12.11.1987 – IX ZR 259/86 – ZIP 1987, 1586, 1587;

¹¹⁵ BGH vom 14.4.1987 – IX ZR 260, 86, ZIP 1987, 650, 652; BGH vom 12.11.1987 – IX ZR 259/86 – ZIP 1987, 1586, 1588; BGH vom 19.5.1988 – III ZR 38/87 – ZIP 1988, 1136, 1138; BGH vom 12.10.1989 – IX ZR 245/88 – ZIP 1989, 1584, 1587; zustimmend Kilger/K. Schmidt KO/VglO/GesO § 82 KO, Anm. 1; vgl. auch Mohrbutter, Handbuch der Insolvenzverwaltung, XIII.18;

¹¹⁶ Az. IX ZR 47/86 – ZIP 1987, 115, 116;

¹¹⁷ von der nicht durch § 82 KO erfassten Haftung gegenüber Neumassegläubigern unterschieden werden muss die Haftung des Verwalters für die bestehende Masseverbindlichkeiten, etwa

II. Ausdehnung auf den vorläufigen Insolvenzverwalter

§ 61 InsO begründet einen Schadensersatzanspruch des Insolvenzverwalters gegenüber Massegläubigern. Über die Verweisungsnorm des § 21 Abs. 1 Nr. 1 InsO, der die §§ 60, 61 InsO im Eröffnungsverfahren für entsprechend anwendbar erklärt, wird dieser Schadensersatzanspruch auf den vorläufigen Insolvenzverwalter ausgedehnt. Da nur der vorläufige Insolvenzverwalter, dem das Insolvenzgericht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis übertragen hat, Masseverbindlichkeiten begründen kann (vgl. § 55 Abs.2 InsO) kann sich diese Verweisung von vornherein nur auf diese Variante des vorläufigen Verwalter, also den sog. „starken“ vorläufigen Verwalter beziehen.

Die Situation im Eröffnungsverfahren unterscheidet sich von dem eröffneten Verfahren dahingehend, dass zu diesem Zeitpunkt noch nicht feststeht, ob das Verfahren überhaupt eröffnet wird.

Es muss daher bei der Frage der entsprechenden Anwendbarkeit des § 61 InsO zwischen der späteren Verfahrenseröffnung und der Verfahrensabweisung differenziert werden:

B. Anwendbarkeit des § 61 InsO im Eröffnungsverfahren

I. Haftung im Fall der Verfahrenseröffnung

Im Fall der Verfahrenseröffnung gelten die vom vorläufigen Insolvenzverwalter begründeten Verbindlichkeiten nach der Verfahrenseröffnung als Masseverbindlichkeiten (§ 55 Abs. 2 InsO). Ausgehend von der Regelsituation, dass der vorläufige Insolvenzverwalter bei Eröffnung des Verfahrens vom Gericht

wenn er bei der Verteilung bestimmte Gläubiger nicht berücksichtigt, vgl. Smid in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 453, 468;

auch als Insolvenzverwalter eingesetzt wird¹¹⁸, ergeben sich für ihn im eröffneten Verfahren deshalb zwei denkbare Haftungssituationen:

- zu einem späteren Zeitpunkt tritt Massearmut nach § 207 InsO ein, d.h. die Masse reicht nicht mehr zur Deckung der Verfahrenskosten aus; in diesem Fall erfolgt keine Befriedigung der Masseverbindlichkeiten nach § 55 InsO;
- es tritt im Laufe des Verfahrens Masseunzulänglichkeit nach §§ 208 ff. InsO ein; der Insolvenzverwalter ist in diesem Fall nach Maßgabe der in § 209 enthaltenen Rangfolge zur Befriedigung der Verbindlichkeiten verpflichtet.

Im erstgenannten Fall gehen die Gläubiger von „sonstigen Masseverbindlichkeiten“ (§ 55 InsO) völlig leer aus, da der Insolvenzverwalter aus den vorhandenen Barmitteln lediglich die Massekosten befriedigen muss.

Bei Eintritt der Masseunzulänglichkeit können die Massegläubiger nach § 55 InsO demgegenüber mit einer quotalen Befriedigung ihrer Ansprüche rechnen: Allerdings werden Masseverbindlichkeiten aus dem Zeitraum vor Anzeige der Masseunzulänglichkeit (sog. Altmasseverbindlichkeiten) erst dann anteilig berücksichtigt, wenn zuvor

- alle Massekosten und
- alle Neumasseverbindlichkeiten

vollumfänglich befriedigt wurden. Dies bedeutet, dass die Gläubiger, deren Ansprüche durch den vorläufigen Insolvenzverwalter begründet wurden (§ 55 Abs. 2 InsO), auch in diesem Fall mit einem teilweisen oder kompletten Ausfall ihrer Forderungen rechnen müssen.¹¹⁹

¹¹⁸ zum Fall der Ernennung eines anderen Verwalters oder der Abwahl s.u. S.149f;

¹¹⁹ zu den Einzelheiten unten S. 157f;

II. Haftung im Fall der Abweisung des Eröffnungsantrages

Im Fall der Abweisung des Insolvenzverfahrens entstehen keine Masseverbindlichkeiten; auch § 55 Abs. 2 InsO spricht ausdrücklich davon, dass die vom vorläufigen Insolvenzverwalter begründeten Verbindlichkeiten *nach* der Verfahrenseröffnung als solche *gelten*¹²⁰. Strenggenommen könnte hiernach eine Haftung nach § 61 InsO gar nicht eintreten. Dies könnte auch aus dem, Wortlaut des § 61 InsO gefolgert werden, der von einer Nichterfüllbarkeit des Anspruches *aus der Masse* spricht. Die Masse entsteht aber erst mit Verfahrenseröffnung (arg. e § 35 InsO).

Pohlmann¹²¹, der diese Frage offensichtlich als erster erkannt hat, weist in diesem Zusammenhang allerdings zu Recht darauf hin, dass aus Sinn und Zweck der Regelung des § 61 InsO und der Verweisung in § 21 InsO auch eine Anwendbarkeit für den Fall der Verfahrensabweisung folgen muss, da ansonsten ein unlösbarer Wertungswiderspruch einträte: Im Fall einer Begrenzung des Schadensersatzanspruches auf den Fall der Verfahrenseröffnung würde nämlich ein vorläufiger Insolvenzverwalter, der eine Massearmut übersehen hat, welche so naheliegend ist, dass sie eine Verfahrenseröffnung gar nicht zulässt, nicht haften. Wäre die Masse demgegenüber ausreichend, um zunächst eine Verfahrenseröffnung zu ermöglichen, sähe er sich der Haftung auch dann ausgesetzt, wenn zu einem wesentlich späteren Zeitpunkt Masseunzulänglichkeit aufträte. Da § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO lediglich eine *entsprechende* Anwendung des § 61 InsO auf den vorläufigen Insolvenzverwalter ausspricht¹²² ist es in Anlehnung an die zutreffenden Ausführungen Pohlmanns¹²³ gerechtfertigt, von

¹²⁰ offen gelassen von Kirchhof ZInsO 1999, 365, 366;

¹²¹ Pohlmann, Rn. 373, 374;

¹²² Pohlmann, Rn. 373, 374;

¹²³ Pohlmann, Rn. 373;

einer (entsprechenden) Anwendbarkeit des § 61 InsO bei Abweisung des Eröffnungsantrages auszugehen¹²⁴.

Hierfür spricht der Umstand, dass dem vorläufigen Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis die Pflicht auferlegt wird, die von ihm begründeten Verbindlichkeiten vor der Aufhebung seiner Bestellung aus dem von ihm verwalteten Vermögen zu befriedigen¹²⁵. Entsprechendes gilt für die Verbindlichkeiten aus Dauerschuldverhältnissen, soweit er die Gegenleistung in Anspruch genommen hat (§ 25 Abs. 2 InsO). Erst wenn diese Verbindlichkeiten befriedigt worden sind, hebt das Insolvenzgericht die Sicherungsmaßnahmen auf (§ 25 Abs. 1, 2 InsO).

Hieraus folgt, dass das Gesetz die vom vorläufigen Insolvenzverwalter begründeten Forderungen, die im Fall der Verfahrenseröffnung Masseverbindlichkeiten dargestellt hätten, auch dann für schutzwürdig hält, wenn es nicht zu einer Verfahrenseröffnung kommt. In diesem Fall ist aber kein Grund ersichtlich, weshalb neben dem schuldnerischen Vermögen nicht auch der vorläufige Insolvenzverwalter, auf den diese Verbindlichkeiten zurückzuführen sind, haften soll.

Der in § 61 InsO enthaltene Begriff der Masseverbindlichkeiten muss in diesem Fall dergestalt ausgelegt werden, dass alle durch den vorläufigen Insolvenzverwalter begründeten Verbindlichkeiten, die im hypothetischen Fall der Verfahrenseröffnung Masseverbindlichkeiten dargestellt hätten, erfasst werden (vgl. die dazu oben aufgezeigten Fälle). Hiervon ausgenommen sind u.a. Ansprüche aus Dauerschuldverhältnissen, deren Gegenleistung der vorläufige Insolvenzverwalter nicht in Anspruch genommen hat (§ 55 Abs. 2 InsO).

¹²⁴ so auch Eickmann in HK-InsO, § 61 Rn. 7; davon geht auch Smid in Smid InsO § 25 Rn. 6 aus;

¹²⁵ zum Umfang dieser Pflicht vgl. Pohlmann, Rn. 367;

C. Sinn und Rechtsnatur des § 61 InsO

§ 61 InsO begründet eine Schadensersatzpflicht des Insolvenzverwalters bzw. vorläufigen Insolvenzverwalters für den Fall, dass eine von ihm begründete Verbindlichkeit aus der Masse nicht (voll) erfüllt werden kann. Geschützt werden soll ausweislich der Begründung zu § 61 InsO das Interesse des Vertragspartners, trotz der Insolvenz mit einer Erfüllung aus der Masse rechnen zu können. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass sich anderenfalls kein Dritter ohne die Gewährung von Sicherheiten auf Geschäftsbeziehungen mit einem insolventen Unternehmen mehr einlassen würde und die vom Gesetzgeber aus arbeits- und sozialpolitischen Erwägungen forcierte Fortführung des Unternehmens erheblich erschwert würde.¹²⁶ Im Fall der erkennbaren voraussichtlichen Masseunzulänglichkeit sei das Risiko des Vertragspartners noch wesentlich höher als bei „normalen“ Geschäften mit einem Insolvenzverwalter und der Verwalter soll schon nach den allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen zu einer Warnung des Vertragspartners verpflichtet sein.¹²⁷

I. Rechtsnatur des § 61 InsO

Bevor auf die einzelnen Voraussetzungen des § 61 InsO eingegangen werden kann, muss zunächst der Frage nachgegangen werden, ob § 61 InsO eine eigenständige vertrags- oder deliktsrechtliche Haftungsgrundlage normiert oder lediglich in deklaratorischer Weise auf die nach allgemeinem Schuldrecht bzw. § 60 InsO begründeten Anspruchsgrundlagen Bezug nimmt¹²⁸.

¹²⁶ Begr. RegE zu § 61 in Balz/Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, S. 275;

¹²⁷ Begr. RegE zu § 61 InsO in Balz/Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, S. 275;

¹²⁸ vgl. zur Frage der Rechtsnatur des § 60 InsO/§ 82 KO BGH vom 17.1.1985 – IX ZR 59/84 – ZIP 1985, 359, 362; Smid in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 453, 458f;

II. Unterfall der Haftung nach § 60 InsO?

Ausgehend von der Rechtslage vor dem BGH-Urteil vom 14.4.1987¹²⁹ wäre eine dem § 61 InsO entsprechende Haftungsnorm überflüssig gewesen, da die Haftung für nicht erfüllte Masseverbindlichkeiten bis dato als Unterfall der allgemeinen Insolvenzverwalterhaftung nach § 82 KO (§ 60 InsO) angesehen wurde. In dem Urteil vom 14.4.1987 hat der BGH den Begriff der Beteiligten dahingehend eingegrenzt, dass hierunter

- der Schuldner,
- einfache Konkursgläubiger (jetzt als Insolvenzgläubiger bezeichnet)
- Massegläubiger
- Absonderungsberechtigte sowie
- Aussonderungsberechtigte

fallen. Ausgenommen von dem Kreis der Beteiligten sollen danach Dritte sein, die mit der Masse Rechtsgeschäfte abschließen wollen. Diesen Personen gegenüber scheidet eine Haftung aus § 82 KO aus.

Die wesentliche Begründung des BGH zielt darauf ab, dass nach allgemeinem Vertretungsrecht für Pflichtverletzungen des Vertreters im Außenverhältnis nur der Vertretene (hier der Schuldner) hafte. Die Notwendigkeit, Risiken und Vorteile des in Aussicht gestellten Geschäftes abzuwägen und gegebenenfalls Sicherheitsleistung zu fordern, werde durch die Eigenhaftung des Vertreters fremder Interessen nicht behoben. Dies müsse auch für den Konkursverwalter gelten, der bei der Eingehung von Geschäften mit Dritten primär die Belange der Masse, nicht aber die seiner Geschäftspartner zu wahren habe. Jene müssten sich bewusst sein, dass sie Risiken, insbesondere das Risiko der Masseunzulänglichkeit eingehen. Auch die Tatsache, dass der Konkursverwalter Partei kraft Amtes sei, ändere hieran nichts. Die Pflichten des Verwalters entsprächen

¹²⁹ Az. IX ZR 260/86 – ZIP 1987, 650; siehe oben S. 34

nicht denen eines Beamten, weil die Vertragspartner, anders als bei der öffentlichen Verwaltung, nicht auf die Rechtsgeschäfte mit der Masse angewiesen seien.

Die Aufklärungs- und Hinweispflichten des Verwalters entsprechen vielmehr den von allen Vertragsschließenden nach allgemeinen Grundsätzen einzuhaltenden Verpflichtungen. Verletze er eine dieser Pflichten, so hafte die Masse, nicht ihr Repräsentant, der Verwalter.¹³⁰ Eine persönliche Haftung des Vertreters komme nur nach allgemeinen Grundsätzen in Betracht, wenn er ausdrücklich Pflichten übernommen habe, einen besonderen Vertrauenstatbestand geschaffen habe, an dem er sich festhalten lassen müsse oder wenn er eine unerlaubte Handlung begangen habe¹³¹.

Es stellt sich daher die Frage, ob sich diese für den Geltungsbereich der KO entwickelten Erwägungen, welche die allgemeine Insolvenzverwalterhaftung gegenüber Neumassegläubigern ausschließen, auch auf das einheitliche, Liquidation und Sanierung vereinende Insolvenzrecht nach der InsO übertragen lassen. Hierfür spricht die Vorschrift des § 60 InsO, die inhaltlich weitgehend identisch mit der bisherigen Haftungsregelung des § 82 KO ist.

Der Wortlaut des § 60 InsO hat die vom BGH in seinem Urteil vom 4.12.1986¹³² aufgestellte Begrenzung der Haftung auf die Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten nunmehr sogar ausdrücklich übernommen¹³³. Der Begriff der Beteiligten ist im neuen Recht ebenfalls derselbe geblieben, erfasst also nur die Personen, gegenüber denen der Verwalter insolvenzspezifische

¹³⁰ BGH vom 12.10.1989 - IX ZR 245/88 – ZIP 1989, 1584, 1588;

¹³¹ BGH vom 14.4.1987 – IX ZR 260/86 - ZIP 1987, 650, 652;

¹³² BGH vom 4.12.1986 – IX ZR 47/86 – ZIP 1987, 115, 117;

¹³³ so auch Abeltschauer in Nerlich/Römermann, InsO, § 60 Rn. 5; Smid in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 453, 461;

Pflichten hat,¹³⁴ nicht aber Pflichten, die jeden Vertreter fremder Interessen treffen.

Der Umstand, dass der Gesetzgeber die von der Rechtsprechung aufgestellten Kriterien ausdrücklich zum Inhalt der neuen Haftungsnorm gemacht hat, ist ein starkes Indiz dafür, § 60 InsO auch zukünftig nicht für die Haftung gegenüber den Neumassegläubigern heranzuziehen, sondern § 61 InsO als eine von der allgemeinen Verwalterhaftung unabhängige Norm zu betrachten. Hierfür spricht insbesondere die Begründung zu § 62 InsO¹³⁵, welche ausdrücklich von den „*Schadensersatzansprüchen aus den §§ 71 und 72*“ (RegE; d.h. §§ 60 und 61 InsO) spricht.

Während § 60 InsO den Regelungsgehalt des § 82 KO weitgehend unverändert übernimmt, d.h. die Haftung des Insolvenzverwalters für die Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten gegenüber den Verfahrensbeteiligten¹³⁶ regelt, normiert § 61 InsO eine Haftungsgrundlage für Schadensersatzansprüche **Dritter**, gegenüber denen der Insolvenzverwalter Masseverbindlichkeiten begründet hat.¹³⁷

¹³⁴ vgl. Hess/Weis/Wienberg, InsO § 60 Rn. 15ff.; FK-InsO/Hössl, § 60 Rn. 13ff.; Eickmann in HK-InsO, § 60 Rn. 5ff; Smid in Smid InsO § 60 Rn. 9; neben den vom BGH in seinem Urteil vom 14.4.1987 aufgezählten Personen zählen hierzu u.a. auch der Steuerfiskus und die als Hinterlegungsstelle bezeichnete Bank;

¹³⁵ abgedruckt in Balz/Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, S. 276

¹³⁶ Abeltshauer in Nerlich/Römermann, InsO, § 60 Rn. 5; vgl. zur KO: Hess, KO § 82 Rn. 2; ergänzend ist hierbei anzumerken, dass bei der Haftung aus § 82 KO z.T. differenziert wurde zwischen der deliktsähnlichen Außenhaftung gegenüber den Verfahrensbeteiligten und der internen Verantwortlichkeit gegenüber dem Schuldner, vgl. Kilger/K. Schmidt KO/VglO/GesO § 82 KO Anm. 1 ff.; Hess, KO, § 82 Rn. 36ff.;

¹³⁷ Abeltshauer in Nerlich/Römermann, InsO, § 61 Rn. 2; Kirchhof ZInsO 1999, 365; Pohlmann, Rn. 370, der darauf hinweist, dass sich der Anwendungsbereich des § 61 InsO mit dem des § 60 InsO überschneiden kann, soweit es um die Haftung gegenüber bisherigen Insolvenzgläubigern aus Dauerschuldverhältnissen geht, deren Ansprüche durch die Inanspruchnahme der Gegenleistung nach § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO zu Masseverbindlichkeiten werden;

III. Haftung aus c.i.c.?

Nachdem der BGH in den zitierten Urteilen vom 14.4.1987¹³⁸ und 12.10.1989¹³⁹ wiederholt auf die allgemeine Haftung aus c.i.c. hingewiesen hat, böte es sich an, § 61 InsO als gesetzlich ausgestaltete Form der Haftung aus c.i.c. anzusehen.

Dies würde, ausgehend von den durch die Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen für die Begründung einer Eigenhaftung des Verwalters aus c.i.c., voraussetzen, dass der Verwalter bei der Begründung der Verbindlichkeiten besonderes persönliches Vertrauen in Anspruch genommen hat, an dem er sich festhalten lassen muss.¹⁴⁰ Eine derartige Voraussetzung normiert § 61 InsO nicht. Auch aus den Gesetzesmaterialien ist nichts dafür ersichtlich, dass diese Rechtsgrundsätze im Anwendungsbereich des § 61 InsO Geltung beanspruchen. Es widerspräche vielmehr dem vom Gesetzgeber besonders betonten Schutz der Neumassegläubiger, würde man das Vorliegen weiterer ungeschriebener Voraussetzungen in § 61 InsO verlangen.

§ 61 InsO ist deshalb nicht als Unterfall der allgemeinen Haftung aus c.i.c. anzusehen.

IV. Sonderfall der deliktsrechtlichen Regelungen

Rechtsdogmatisch spricht demgegenüber einiges dafür, § 61 InsO als Ausgestaltung der allgemeinen deliktsrechtlichen Regelungen, insbesondere der

¹³⁸ BGH vom 14.4.1987 – IX ZR 260/86 - ZIP 1987, 650, 652;

¹³⁹ BGH vom 12.10.1989 - IX ZR 245/88 – ZIP 1989, 1584, 1588;

¹⁴⁰ BGH vom 14.4.1987 – IX ZR 260/86 - ZIP 1987, 650, 652; BGH vom 12.10.1989 - IX ZR 245/88 – ZIP 1989, 1584, 1588; BGH vom 12.11.1987 – IX ZR 259/86 – ZIP 1987, 1586, 1588; BGH vom 18.1.1990 – IX ZR 71/89 – ZIP 1990, 242, 245; vgl. auch Brandes, Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Insolvenzrecht, Rn. 475;

§§ 823ff. BGB anzusehen. Hierfür spricht, dass der Tatbestand des § 61 InsO deliktsrechtliche Strukturen aufweist; er knüpft an eine Handlung des Verwalters an, durch die dem Anspruchsgegner ein Schaden erwächst, nämlich die Begründung einer Verbindlichkeit trotz der (theoretischen) Erkennbarkeit ihres späteren Ausfalls. Hierfür haftet der Verwalter dem Vertragspartner auf den Schaden in der Höhe seines Ausfalls.

Die deliktsrechtliche Haftung knüpft regelmäßig an die schuldhafte Verletzung von Verkehrssicherungspflichten an¹⁴¹ Nur in bestimmten Ausnahmen, nämlich z.B. in den Fällen der Gefährdungshaftung begründet der Gesetzgeber eine verschuldensunabhängige Haftung für an sich erlaubtes Handeln.¹⁴²

Das Wesen der Gefährdungshaftung ist dadurch charakterisiert, dass ein bestimmtes mit typischen Gefahren verbundenes Verhalten zwar als solches bei Beachtung der vorgeschriebenen Maßnahmen, die der Gefahrenabwehr dienen, von der Rechtsordnung erlaubt ist. Grundlage der Haftung des „Gefahrbeherrschers“ ist in diesem Fall nicht die pflichtwidrige Gefahrenverursachung, sondern der Umstand, dass die Gefahr (z.B. aus dem Betrieb eines KFZ) in seinen Risiko- oder Wagnisbereich fällt.¹⁴³

Ein solcher Fall liegt der Haftung nach § 61 InsO offensichtlich nicht zugrunde, da aus Satz 2 der Vorschrift explizit hervorgeht, dass der Haftungsvorwurf an den Umstand anknüpft, dass der Verwalter trotz der Erkennbarkeit, d.h. sehenden Auges Masseverbindlichkeiten begründet hat. Ausgangspunkt der Haftung ist, wie bei § 823 Abs. 1 BGB, ein pflichtwidriges Verhalten des (vorläufigen) Insolvenzverwalters .

Ein Fall der Gefährdungshaftung liegt deshalb nicht vor.

¹⁴¹ Schäfer in Staudinger, BGB Vorbem. zu § 823 Rn. 43;

¹⁴² vgl. Schäfer in Staudinger, BGB § 823 Rn. 7; Palandt/Heinrichs, § 276 Rn. 136;

¹⁴³ Schäfer in Staudinger, BGB Vorbem. zu § 823 Rn. 7 mit zahlreichen weiteren Nw.;

Für eine deliktsrechtliche Qualifizierung des Anspruches spricht auch die in § 62 InsO geregelte Verjährungsregelung, die wie § 852 BGB, für den Beginn der dreijährigen Verjährungsfrist auf die Kenntnis des Verletzten abstellt. Abweichend von § 852 BGB wird hierbei in § 62 InsO neben der Kenntnis des Schadens auf die Kenntnis der schadensbegründenden Umstände, anstelle der Kenntnis über die Person des Schädigers, abgestellt.

Allerdings handelt es sich bei § 61 InsO nicht um einen Unterfall des § 823 BGB, da § 823 BGB keine Haftung für reine Vermögensschäden begründet¹⁴⁴. Einer deliktsrechtlichen Qualifizierung der Haftung nach § 61 InsO steht dies nicht entgegen, da auch bloße Vermögensschädigungen deliktisches Unrecht darstellen können, wenn sie durch Verstoß gegen eine von der Rechtsordnung aufgestellte Verpflichtung eintreten, die den Schutz des Vermögens des Betroffenen bezweckt.¹⁴⁵ Reine Vermögensbeschädigungen werden u.a. z.B. durch den Tatbestand des § 826 BGB sanktioniert.¹⁴⁶

Der Anwendungsbereich des § 823 BGB überschneidet sich im Fall der Neubegründung von nicht aus der Masse gedeckten Neumasseverbindlichkeiten nicht. Ohne die Vorschrift des § 61 InsO bestünde vielmehr eine Regelungslücke, sofern durch den Verwalter fahrlässig Verbindlichkeiten begründet würden, die aus der Masse nicht gedeckt werden können. Sofern in einem solchen Fall die qualifizierten Anforderungen an einen Anspruch aus c.i.c nicht eingreifen würden, stände den Gläubigern gegenüber dem Verwalter trotz dessen Fahrlässigkeit kein Schadensersatzanspruch zur Seite. Der bestehende Anspruch gegenüber der Masse stellt sich für die Gläubiger demgegenüber als weitgehend wertlos dar, da diese infolge der Masseunzulänglichkeit nicht für die Befriedigung ihrer Verbindlichkeiten aufkommen kann. Dieser für den Ge-

¹⁴⁴ BGH vom 11.1.1978 – VIII ZR 1/77 – NJW 1978, 1051; Mertens in MüKo BGB, § 823 Rn. 113; Palandt/Thomas BGB § 823 Rn. 31; Müller, Schuldrecht BT Rn. 2394f;

¹⁴⁵ BGH vom 17.1.1985 – IX ZR 59/84 – ZIP 1985, 359, 361;

¹⁴⁶ vgl. Palandt/Thomas, BGB § 826 Rn. 1;

setzgeber untragbare Zustand wird von § 61 InsO erfasst. Die Vorschrift des § 61 InsO deckt die Regelungslücke des allgemeinen Deliktsrechtes durch eine eigenständige – deliktsrechtliche – Haftungsgrundlage für die Eigenhaftung des des vorläufigen Insolvenzverwalters bzw. Insolvenzverwalters.

Teil 5 Die Tatbestandsstruktur des Anspruches aus § 61 i. V. m. § 21 InsO

A. Vermögensverletzung

Verletzt ist, wie bei der Lehre von der c.i.c.¹⁴⁷ das Vermögen¹⁴⁸, welches dadurch gemindert wird, dass eine Verbindlichkeit gegenüber dem Schuldner als Träger der Masse begründet wurde¹⁴⁹, die von Anfang an (teilweise) uneinbringlich ist, da die zur Verfügung stehende Haftungsmasse zu ihrer Befriedigung nicht ausreicht.

B. Haftungsbegründendes Verhalten (Pflichtwidriges Handeln)

§ 61 InsO regelt, eine besondere Ausgestaltung der deliktischen Schadensersatzpflicht. Diese Haftung setzt regelmäßig voraus, dass dem Handelnden ein pflichtwidriges Handeln oder Unterlassen vorgeworfen werden kann¹⁵⁰, durch das der von der Rechtsordnung missbilligte Erfolg eingetreten ist.¹⁵¹

¹⁴⁷ Palandt/Heinrichs, BGB § 276 Rn. 67;

¹⁴⁸ vgl. differenzierend Schellhammer, Rn. 966, der darauf hinweist, dass es sich beim Vermögen nicht um ein Recht, sondern die Summe aller geldwerten Güter und Rechte einer Person handelt, die deliktisch nur in Sondervorschriften geschützt sind; vgl. aber auch BGH vom 11.1.1978 – VIII ZR 1/77 – NJW 1978, 1051, der vom Vermögen als „Rechtsgut“ spricht;

¹⁴⁹ vgl. Eickmann in Kübler/Prütting, InsO, § 61 Rn. 3;

¹⁵⁰ vgl. auch Kirchhof, ZInsO 1999, 365, 366; Mertens MüKo BGB, § 823 BGB Rn. 1ff ;

¹⁵¹ Palandt/Heinrichs, § 276 Rn. 135; Schäfer in Staudinger, BGB, § 823 Rn. 4;

Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung ist unter anderem die Herausarbeitung von insolvenzspezifischen Pflichten des vorläufigen Insolvenzverwalters bei der Begründung von Masseverbindlichkeiten.

Die allgemeine, über die in § 823 Abs. 2 BGB normierten Schutzgesetze hinausgehende allgemeine Verkehrssicherungspflicht, wonach jeder im Zusammenleben mit anderen in zumutbarer Weise sein Verhalten so einzurichten hat, dass es nicht zur Verletzung von geschützten Rechtsgütern kommt, wurde bereits früh von der Rechtsprechung¹⁵² anhand des § 823 Abs. 1 BGB entwickelt und gilt als gewohnheitsrechtlich verfestigt.¹⁵³ Danach folgt aus einem vorangegangenen, eine Gefahr schaffende oder unterhaltendem Verhalten die Pflicht, die erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen zu treffen, um mögliche Gefahren für Dritte abzuwenden.¹⁵⁴

Die allgemeine Verkehrssicherungspflicht wurde in der Folgezeit durch zahlreiche spezielle Verkehrssicherungspflichten konkretisiert, die nach der Verkehrsauffassung erforderlich sind, um die aus bestimmten Tätigkeiten und Verhaltensweisen herrührenden Gefahren zu beherrschen.¹⁵⁵

In bezug auf die Begründung von Masseverbindlichkeiten durch den vorläufiger Insolvenzverwalter ist diese Problematik bislang nicht thematisiert worden. Anhaltspunkte für die vom (vorläufigen) Verwalter zu beachtenden Verkehrspflichten finden sich jedoch in § 61 InsO selbst, der zum einen angeknüpft an

- die Begründung einer **Neumasseverbindlichkeit** sowie

¹⁵² vgl. RG vom 23.2.1903 – Rep VI 349/02 - RGZ 54, 53;

¹⁵³ Schäfer in Staudinger, BGB, Vorbem. zu § 823 Rn.43 und § 823 Rn. 317ff.;

¹⁵⁴ Schäfer in Staudinger, BGB, Vorbem. zu § 823 Rn.43; Palandt/Thomas, BGB § 823 Rn. 58; vgl. aber auch Mertens/MüKo § 823 Rn. 204;

¹⁵⁵ Schäfer in Staudinger, BGB, Vorbem. zu § 823 Rn.43; vgl. auch die Aufzählung bei Palandt/Heinrichs, BGB, § 823 Rn. 64ff. und MüKo/Mertens, BGB § 823 Rn. 203 ff.;

- (teilweise) **Nichterfüllung** der Masseverbindlichkeit aufgrund der späteren Masseunzulänglichkeit und
- die **Erkennbarkeit** der voraussichtlichen Masseunzulänglichkeit.

Als pflichtwidriges Verhalten kann deshalb auf das Verhalten des vorläufigen Insolvenzverwalter bei der Eingehung von Verbindlichkeiten abgestellt werden.¹⁵⁶ Die **Begründung** von Neuverbindlichkeiten als solche kann allerdings für den Vorwurf einer Pflichtwidrigkeit allein nicht ausreichen, da das Gesetz dem vorläufigen Insolvenzverwalter in § 55 Abs. 2 InsO die Berechtigung zur Eingehung neuer Masseverbindlichkeiten gerade zugesteht.

Aus der Tatsache, dass nach § 61 Satz 2 InsO die Haftung ausgeschlossen ist, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter die voraussichtliche Masseunzulänglichkeit nicht erkennen **konnte**, folgt, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass der Verwalter grundsätzlich bei der Begründung neuer Masseverbindlichkeiten prüfen muss, ob diese Verbindlichkeiten aus der Masse erfüllt werden können.

Die in § 61 InsO zum Ausdruck kommende **Pflichtwidrigkeit** muss deshalb in dem Umstand zu sehen sein, dass der (vorläufige) Insolvenzverwalter zum Zeitpunkt der Verbindlichkeitenbegründung die ihm obliegenden Prüfungspflichten verletzt hat.

Im Rahmen der Pflichtwidrigkeit ist zu prüfen

- die Eingehung neuer Masseverbindlichkeiten¹⁵⁷
- bei gleichzeitiger Verletzung der Pflicht zur Prüfung der Massedeckung¹⁵⁸

¹⁵⁶ vgl. auch Pape, ZInsO 1999, 398;

¹⁵⁷ dazu unten S. 55;

¹⁵⁸ dazu unten S. 57ff.;

Es stellt sich die Frage, ob der vorläufige Insolvenzverwalter darüber hinaus zur Warnung seiner Vertragspartner bzw. Offenbarung der Vermögensverhältnisse¹⁵⁹ in Hinblick auf eine möglicherweise drohende spätere Massearmut verpflichtet ist.

Der Gesetzgeber geht in seiner Begründung des RegE zu § 61 InsO davon aus, dass den Verwalter/vorläufigen Insolvenzverwalter eine Warnpflicht nach allgemeinen Grundsätzen trifft, wenn die Masseunzulänglichkeit voraussichtlich, d.h. mit einer mehr als 50% igen Wahrscheinlichkeit eintreten wird¹⁶⁰.

Unabhängig davon, ob eine derartige Warnpflicht erforderlich ist, was an dieser Stelle nicht erörtert werden soll, betrifft die Frage der Warnpflicht gegenüber dem Vertragspartner nicht den Tatbestand des § 61 InsO, da das Gesetz in Hinblick auf die Pflichtwidrigkeit allein auf die *Begründung* neuer Verbindlichkeiten trotz der Erkennbarkeit der späteren Masseunzulänglichkeit abstellt und nicht auf die *unterlassene* Warnung des Geschäftspartners. Der Umstand, dass in der Regel der vorläufige Insolvenzverwalter bei Eingehung der nicht gedeckten Verbindlichkeit zudem auch eine Warnung unterlassen hat und der Geschäftspartner, wenn er die voraussichtliche Nichterfüllbarkeit gekannt hätte, von Vertragsbeziehungen mit dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter Abstand genommen hätte, ist eine weitergehende, an dieser Stelle nicht zu erörternde Frage.

Die Problematik, inwieweit eine tatsächlich erfolgte Warnung des Vertragspartners durch den vorläufigen Insolvenzverwalter möglicherweise Einfluss auf die Bemessung des Schadensersatzanspruchs nach § 61 InsO hat, ist m.E. nicht

¹⁵⁹ § 208 Abs. 1 Satz 2 InsO; vgl. Abeltshauer in Nerlich/Römermann, InsO, § 61 Rn. 9;

¹⁶⁰ Begr. RegE zu § 61 InsO in Balz/Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, S. 275; Pohlmann, Rn. 371;

im Rahmen des Tatbestandes zu erörtern, sondern begründet eventuell ein Mitverschulden des Vertragspartners.¹⁶¹

Neben einer etwaigen Warnpflicht des Insolvenzverwalters stellt sich die Frage, ob das Unterlassen der Anzeige drohender Masseunzulänglichkeit im Rahmen des § 61 InsO von Bedeutung ist.

Nach § 208 Abs. 1 Satz 2 InsO hat der Insolvenzverwalter dem Insolvenzgericht auch die zukünftige Masseunzulänglichkeit anzuzeigen. Diese liegt vor, wenn die Masse voraussichtlich nicht ausreichen wird, um die bestehenden Masseverbindlichkeiten zum Zeitpunkt ihrer Fälligkeit zu erfüllen. Die Anzeige der (drohenden) Masseunzulänglichkeit nach § 208 InsO führt im eröffneten Verfahren dazu, dass die nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit begründeten Masseverbindlichkeiten vor den sonstigen (Alt)masseverbindlichkeiten befriedigt werden dürfen¹⁶².

Dass eine unterlassene Anzeige der drohenden Masseunzulänglichkeit keinen Einfluss auf den Tatbestand des § 61 InsO hat, folgt indes bereits aus dem Umstand, dass eine derartige Anzeige im Eröffnungsverfahren nicht vorgesehen ist, obgleich die Haftungsvorschrift des § 61 InsO auf den vorläufigen Insolvenzverwalter entsprechende Anwendung findet.¹⁶³ Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung ist die Anzeige einer drohenden Masseunzulänglichkeit daher sekundär. Zudem besteht die Haftung nach § 61 InsO unabhängig von der Anzeige der (drohenden) Masseunzulänglichkeit, da § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO den Neumasseverbindlichkeiten nur einen Vorrang vor den Altmasseverbindlichkeiten einräumt, nicht aber vor den Verfahrenskosten. Durch die Anzeige der drohenden Masseunzulänglichkeit kann sich der Insolvenzverwalter im Fall einer späteren Inanspruchnahme seitens der Altgläubiger dahingehend absichern, dass ab diesem Zeitpunkt die voraussichtliche Masseunzulänglichkeit

¹⁶¹ siehe dazu unten S. 162;

¹⁶² vgl. § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO;

¹⁶³ vgl. § 21 InsO;

gegenüber allen Gläubigern einheitlich entgegengehalten werden kann und die bereits begründeten Massforderungen in der Befriedigungsreihenfolge zurückgestuft werden.¹⁶⁴

Auch nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit trifft den Insolvenzverwalter nach wie vor das Risiko, dass die von ihm begründeten Neumasseverbindlichkeiten ausfallen. Gerade wenn die Masseinsuffizienz bereits angezeigt ist, besteht die Gefahr, dass neu begründete Masseverbindlichkeiten, auch wenn sie vorrangig zu befriedigen sind, nicht mehr erfüllt werden können und damit das Haftungsrisiko des § 61 InsO verwirklicht wird.¹⁶⁵

Weder die allgemeine (zivilrechtliche) Warnpflicht des Insolvenzverwalters, noch die Anzeige der (drohenden) Masseunzulänglichkeit nach § 208 InsO sind daher im Rahmen der Tatbestandsmäßigkeit des § 61 InsO relevant.

I. Begründung einer Neumasseverbindlichkeit

Haftbar nach § 61 InsO kann der vorläufige Insolvenzverwalter nur für die Begründung **neuer** Masseverbindlichkeiten gemacht werden. Aus Sinn und Zweck der Norm, die Haftung für eigene Pflichtwidrigkeiten zu begründen, ergibt sich, dass der vorläufige Insolvenzverwalter für Masseverbindlichkeiten, die bereits von seinem etwaigen Vorgänger eingegangen wurden – weil zunächst ein anderer vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt worden war¹⁶⁶ – nicht haftet¹⁶⁷.

¹⁶⁴ vgl. Kübler in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 967, 973, 975;

¹⁶⁵ Pape in Kübler/Prütting, InsO, § 208 Rn. 22; Kübler in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung S. 967, 976;

¹⁶⁶ diese Situation ist etwa denkbar, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter vom Insolvenzgericht nach §§ 21 Abs. 2 Nr. 1, 59 InsO z.B. wegen schwerwiegender Pflichtwidrigkeiten oder einer plötzlichen schweren Erkrankung abberufen wird;

¹⁶⁷ allerdings müssen auch diese Masseverbindlichkeiten bei der Verteilung der Masse berücksichtigt werden;

Die Haftung für Neumasseverbindlichkeiten muss darüber hinaus unabhängig davon eingreifen, ob dem Vertragspartner bereits Insolvenzforderungen gegenüber dem Schuldner zustehen oder ob die Geschäftsverbindung erst durch den vorläufigen Insolvenzverwalter begründet wurde.

Eine derartige Differenzierung zwischen Alt- und Neugläubigern könnte im Bereich der vorläufigen Insolvenzverwaltung allenfalls damit begründet werden, dass denjenigen Gläubigern, die bereits Forderungen gegen den Schuldner haben, in der Regel dessen desolate finanzielle Situation bekannt sein wird.¹⁶⁸ Dies muss bei Neugläubigern nicht zwingend der Fall sein. Ihm kann daher z.B. die Einsetzung eines vorläufigen Insolvenzverwalters nicht bekannt sein. Da § 61 InsO letztendlich dem Zweck dient, die Fortführung des schuldnerischen Betriebes zu ermöglichen, wäre jedoch eine Herausnahme der Altgläubiger aus dem Schutzbereich insolvenzzweckwidrig, weil sich diese Gläubiger ansonsten nicht auf neue Verträge einlassen würden und der vorläufige Insolvenzverwalter häufig gerade auf die Weiterbelieferung durch die bisherigen Lieferanten angewiesen ist.

Bei der Begründung von Neumasseverbindlichkeiten kann gemäß § 55 Abs. 2 InsO unterschieden werden zwischen der **Eingehung** ungedeckter Neuverbindlichkeiten, und zum anderen der **Inanspruchnahme** von Gegenleistungen aus bestehenden Dauerschuldverhältnissen durch den vorläufigen Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis¹⁶⁹.

¹⁶⁸ in der Regel werden sie über die öffentliche Bekanntmachung der vorläufigen Insolvenzverwaltung oder ein Rundschreiben von dem Insolvenzantrag des Schuldners Kenntnis erlangt haben;

¹⁶⁹ siehe dazu oben S. 22;

II. Pflicht zur permanenten Prüfung der Deckung von Masseverbindlichkeiten

Um sich nicht dem Vorwurf einer fahrlässigen Begründung ungedeckter Masseverbindlichkeiten auszusetzen, ist der vorläufige Insolvenzverwalter bereits im Eröffnungsverfahren gehalten, die Deckung der eingegangenen Masseverbindlichkeiten zu prüfen. Unterlässt er diese Prüfung, kommt er fälschlicherweise zum Ergebnis, dass die Verbindlichkeiten aus der Masse erfüllt werden können oder begründet er Masseverbindlichkeiten, obgleich ihre Erfüllung ersichtlich nicht gedeckt ist, so kann dies, wenn er schuldhaft gehandelt hat, den Schadensersatzanspruch nach § 61 InsO auslösen.

Hierbei lassen sich 2 verschiedene Fallgruppen bilden

- **nach** Eingehung der Masseverbindlichkeit eintretende bzw. drohende Masseunzulänglichkeit oder Massearmut
- bereits **bei** Begründung der Masseverbindlichkeit bestehende, aber nicht erkannte Masseunzulänglichkeit

Der Fall der bereits **vor** Begründung der Masseverbindlichkeit unerkannt eingetretenen Massearmut ist nicht eindeutig vom Wortlaut des § 61 InsO erfasst. Es spricht jedoch viel dafür, auch die bereits eingetretene Masseunzulänglichkeit, die vom vorläufigen Insolvenzverwalter nicht rechtzeitig erkannt wird, unter den Tatbestand des § 61 InsO zu subsumieren. Wenn nämlich der Gesetzgeber bereits für eine voraussichtlich später eintretende Masseunzulänglichkeit die persönliche Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters normiert, so muss dies erst recht für eine bereits eingetretene Massearmut, die der Verwalter nicht erkannt hat, gelten.

Diese Situation ist gerade im Eröffnungsverfahren denkbar, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter nach seiner Einsetzung noch nicht in der Lage war, sich einen ausreichenden Überblick über das Vorhandensein von Aktivvermögen zu

verschaffen. In diesem Fall ist eine Pflichtwidrigkeit dann gegeben, weil der vorläufige Insolvenzverwalter Masseverbindlichkeiten begründet hat, ohne vorher die gebotene Prüfung der Massedeckung anzustellen¹⁷⁰.

Der Eingehung ungedeckter Masseverbindlichkeiten ohne ausreichende Prüfung der Massedeckung ist der Fall gleichzustellen, dass trotz aus der Kenntnis von einer Unterdeckung, neue Masseverbindlichkeiten begründet wurden.¹⁷¹

1. Prüfung der zukünftigen Massedeckung

Fraglich ist, nach welchen Kriterien der vorläufige Insolvenzverwalter bei der Prüfung einer zukünftigen Massedeckung vorzugehen hat.

Um die Frage der zukünftigen Deckung der Masseverbindlichkeiten zum Zeitpunkt der Fälligkeit beantworten zu können, braucht der vorläufige Insolvenzverwalter **Informationen über die Liquidität** des schuldnerischen Unternehmens **zum Fälligkeitszeitpunkt** der neu einzugehenden Masseverbindlichkeit. Mit anderen Worten: Der vorläufige Insolvenzverwalter muss wissen, welche Masse ihm zum Zeitpunkt des Fälligwerdens der Verbindlichkeit zur Verfügung steht.

Das Gesetz enthält keine ausdrückliche Regelung dieser Problematik. Auch die insolvenzrechtliche Literatur und Rechtsprechung geht, abgesehen von einer Ausnahme¹⁷² auf diese betriebswirtschaftliche Fragestellung nicht ein.

Die InsO kennt jedoch Fallgestaltungen, die Parallelen zu der aufgeworfenen Frage aufweisen. Zum einen handelt es sich um die drohende Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO, zum anderen die Frage der Deckung von Insolvenzplanverbindlichkeiten nach § 229 InsO. Es ist daher zu prüfen, ob die hierzu

¹⁷⁰ zu den Anforderungen an die Deckungsprüfung in der Einarbeitungsphase S. 146;

¹⁷¹ dazu unten S.118ff.;

¹⁷² vgl. Mönning in Nerlich/Römermann, InsO, § 22 Rn. 88ff.;

von der Literatur entwickelten Grundsätze bei der Lösung der vorliegenden Problemstellung herangezogen werden können.

a) Parallelsituation 1: Drohende Zahlungsunfähigkeit nach § 18 InsO

Eine Parallelsituation stellt sich im Fall des § 18 InsO: Bei der Feststellung des Eröffnungsgrundes der drohenden Zahlungsunfähigkeit ist darauf abzustellen, ob der Schuldner voraussichtlich nicht in der Lage ist, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit zu erfüllen. Es muss für einen zukünftigen Zeitraum die voraussichtliche Deckung der bestehenden Verbindlichkeiten festgestellt werden. Insofern unterscheidet sich die zukunftsorientierte Prüfung der drohenden Zahlungsunfähigkeit von der zeitpunktorientierten Feststellung der Zahlungsunfähigkeit.¹⁷³

Das Gesetz regelt zwar nicht, in welcher Weise die Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit zu erfolgen hat, es besteht jedoch in der Literatur¹⁷⁴ Einigkeit darüber, dass für den Prognoseraum ein Finanz- bzw. Liquiditätsplan¹⁷⁵ zu erstellen ist,¹⁷⁶ den der Schuldner gegenüber dem Gericht im Rahmen seiner Auskunftspflicht nach § 20 InsO vorzulegen hat.¹⁷⁷ In diesem Plan sind ausgehend von den Anfangsbeständen an Zahlungsmitteln zu Beginn des Beurteilungszeitraums die *Einnahmen und Ausgaben zeitraumbezogen gegenüber zu*

¹⁷³ vgl. Mönning in Nerlich/Römermann, InsO, § 17 Rn. 29; Pape in Kübler/Prütting, InsO, § 18 Rn. 5; FK-InsO/Schmerbach, § 18 Rn. 8; Heim, DSrR 1999, 387, 388; a.A. Bittmann, wistra 1998, 321, 325;

¹⁷⁴ Rechtsprechung zu dieser Frage ist zur Zeit noch nicht ersichtlich;

¹⁷⁵ wobei davon auszugehen ist, dass diese Begriffe synonym verwendet werden, vgl. Schneck, S. 248, 466;

¹⁷⁶ vgl. Burger, DB 1992, 2149, 2151; Drukarczyk/Schüler in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung S. 95, 109f.; Mönning in Nerlich/Römermann, InsO, § 18 Rn. 28; Hess/Weis/Wienberg, InsO § 18 Rn. 15; Pape in Kübler/Prütting, InsO, § 18 Rn. 9; Kirchhof in HK-InsO, § 18 Rn. 14; FK-InsO/Schmerbach § 18 Rn. 9; Braun/Uhlenbruck, Unternehmensinsolvenz, S. 511; vgl. auch Smid in Smid InsO, § 18 Rn. 12; Groß/Hess, Wpg. 1999, 422, 426;

¹⁷⁷ so ausdrücklich Kirchhof in HK-InsO, § 18 Rn. 14; Smid in Smid InsO § 18 Rn. 12;

*stellen*¹⁷⁸. Die drohende Zahlungsunfähigkeit ist danach die Differenz zwischen dem Anfangsbestand an Zahlungsmitteln und den geplanten Einzahlungen einerseits und den geplanten Auszahlungen andererseits pro Periode.¹⁷⁹

Über die Dauer des zu prüfenden Zeitraums gibt es unterschiedliche Auffassungen. Während Burger¹⁸⁰ und Mönning¹⁸¹ davon ausgehen, dass auf den Zeitpunkt der zuletzt fällig werdenden Forderung abzustellen ist¹⁸², die Prüfung sich daher auch auf mehrere Jahre erstrecken kann, geht Pape¹⁸³ von einer mittelfristigen Betrachtung aus, die sich auf maximal 2 Jahre erstrecken soll¹⁸⁴.

In den Finanzplan sind zum einen die zukünftig verfügbaren Zahlungsmittel einzustellen, d.h. alle, über die der Schuldner zu einem bestimmten Zeitpunkt verfügen wird.¹⁸⁵ Dies soll nach Auffassung von Mönning¹⁸⁶ unter Zugrundelegung des Vorsichtsprinzips erfolgen, so dass ungewisse *Einnahmen* als solche zu kennzeichnen sein sollen und bei der Addition der Mittelzuflüsse außer Betracht bleiben sollen.

Auf der Seite der Auszahlungen sind alle bestehenden Zahlungspflichten auf den Zeitpunkt ihrer Fälligkeit zu berücksichtigen. Hierbei wird zum Teil vertreten, auch die zukünftigen, noch nicht begründeten, aber sicher zu erwartenden Zahlungspflichten, nicht aber ungewisse Verbindlichkeiten wie bilanzielle Rückstellungen einzubeziehen¹⁸⁷. Entsprechendes soll für

¹⁷⁸ Mönning in Nerlich/Römermann, InsO, § 18 Rn. 28;

¹⁷⁹ Burger, DB 1992, 2149, 2151;

¹⁸⁰ Burger, DB 1992, 2149, 2151;

¹⁸¹ in Nerlich/Römermann, InsO, § 18 Rn. 25;

¹⁸² vgl. auch Drukarczyk/Schüler in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung S. 95, 111;

¹⁸³ in Kübler/Prütting, InsO, § 18 Rn. 6;

¹⁸⁴ vgl. auch Bittmann, wistra 1998, S. 321,325 der von einem Maximalzeitraum von einem Jahr und FK-InsO/Schmerbach § 18 Rn. 8a, der von maximal drei Jahren ausgeht;

¹⁸⁵ Kirchhof in HK-InsO, § 18 Rn.10;

¹⁸⁶ in Nerlich/Römermann, InsO, § 18 Rn. 29;

Rückstellungen einzubeziehen¹⁸⁷. Entsprechendes soll für bestrittene Verbindlichkeiten gelten. Mönning schlägt auch in diesem Fall vor, von dem ungünstigsten Fall (worst case) auszugehen.¹⁸⁸

Die Zahlungsunfähigkeit droht dann, wenn eine eindeutige Diskrepanz zwischen dem ausgewiesenen Zahlungsmittelstand und den zur Verfügung stehenden Mitteln am Ende des Prognosezeitraums gegeben ist, während bei weniger eindeutigen Ergebnissen das prognostische Element des § 18 InsO zum Zuge kommen soll („*voraussichtlich*“).¹⁸⁹ In diesem Zusammenhang wird eine Zukunftsbetrachtung vorgenommen, die mehrere unterschiedliche Szenarien erfasst. Drohende Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn bei Zugrundelegung dieser Alternativentwicklungen der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit wahrscheinlicher ist als deren Vermeidung.¹⁹⁰

b) Parallelsituation 2: Plan-Liquiditätsrechnung nach § 229 InsO

Beim Insolvenzplan liegt eine vergleichbare Situation in den Fällen der geplanten Sanierung vor, wenn das schuldnerische Unternehmen nach der Durchführung finanzwirtschaftlicher¹⁹¹ und/oder leistungswirtschaftlicher¹⁹² Maßnahme auf der Grundlage eines Sanierungsplans fortgeführt und die Gläubiger aus den Erträgen befriedigt werden sollen.

Ausgangsgedanke für die Finanzplanung ist es, den Gläubigern eine tragbare Entscheidungsgrundlage für die Abstimmung über den Plan zu geben. Sofern

¹⁸⁷ Groß/Hess, Wpg 1999, 422, 426; a.A. Burger/Schellberg, BB 1995, 261, 264;

¹⁸⁸ Mönning in Nerlich/Römermann, InsO, § 18 Rn. 26, 30;

¹⁸⁹ Mönning in Nerlich/Römermann, InsO, § 18 Rn. 32;

¹⁹⁰ Drukarczyk/Schüler in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung S. 95, 114; Möhlmann, Wpg. 1998, 947, 954; Burger/Buchhart, Wpg. 1999, 155, 157;

¹⁹¹ z.B. Zuführung neuen Eigenkapitals durch die Altgesellschafter oder neu eintretende Gesellschafter oder Gewährung weiterer Sanierungsdarlehen durch Kreditinstitute;

¹⁹² z.B. Senkung von Lohnkosten im Wege des Personalabbaus;

der Schuldner oder Insolvenzverwalter als Planersteller¹⁹³ die Sanierung auf der Basis des Insolvenzplans bezwecken, müssen sie Auswertungen über den prognostizierten Verlauf der Unternehmensentwicklung vorlegen. Ein weiterer Aspekt für die Notwendigkeit einer Finanzplanung besteht darin, dass die Finanzplanung Auskunft über den Finanzmittelbedarf einer Periode oder einen Zeitraums geben soll¹⁹⁴. Unschlüssigkeiten des Sanierungskonzeptes können auf diese Weise vermieden bzw. erkannt werden. Es kann außerdem aufgezeigt werden, welche Finanzmittel im Zuge des Insolvenzplans (z.B. von den Gläubigern, Gesellschaftern oder externen Kreditinstituten) eingebracht werden müssen.

Bei der Erstellung eines Insolvenzplans ist deshalb dem Plan als Anlage u.a.¹⁹⁵ ein Finanzplan bzw. eine Plan-Liquiditätsrechnung¹⁹⁶ beizufügen, aus der sich ergibt, welche liquiditätswirksamen¹⁹⁷ Aufwendungen und Erträge in dem Zeitraum, während dessen die Gläubiger befriedigt werden sollen, zu erwarten sind und durch welche Abfolgen von Einzahlungen und Auszahlungen die Zahlungsfähigkeit des Unternehmens während dieses Zeitraums gewährleistet werden soll.

¹⁹³ vgl. § 218 InsO; die ursprüngliche Konzeption, wonach auch den Gläubigern eine Insolvenzplaninitiative zugebilligt werden sollte, hat der Gesetzgeber in der verabschiedeten Fassung der InsO verworfen, da befürchtet wurde, dass ansonsten eine Vielzahl von konkurrierenden Insolvenzplänen zur Abstimmung kommen würden, vgl. Begr. RegE zu § 218 InsO in Balz/Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, S. 463ff.;

¹⁹⁴ Schneck, S. 248;

¹⁹⁵ weitere Plananlagen nach § 229 InsO sind die Vermögensübersicht und die Plan-Gewinn- und-Verlustrechnung vgl. die Komm. zu § 229 in Hess/Weis/Wienberg, InsO; Kübler/Prütting, InsO; Smid in Smid InsO, FK-InsO, Nerlich/Römermann, InsO; HK-InsO; Breutigam/Blersch/Goetsch, Insolvenzrecht;

¹⁹⁶ vgl. Braun in Nerlich/Römermann, InsO, § 229 Rn. 3, 29; Otte in Kübler/Prütting, InsO, § 229 Rn. 20ff.; Hess/Weis/Wienberg, InsO § 229 Rn. 18ff; FK-InsO/Jaffé § 229 Rn. 22;

¹⁹⁷ Otte in Kübler/Prütting, InsO, § 229 Rn. 20; Braun in Nerlich/Römermann, InsO, § 229 Rn. 29;

Der Finanzplan wird aus der Plan-Gewinn-und- Verlustrechnung abgeleitet.¹⁹⁸
In dem Plan soll, beginnend mit dem Stichtag der Verfahrenseröffnung die zukünftig zu erwartende Liquidität zunächst in Wochen, dann Monatsabständen dargestellt werden.¹⁹⁹

c) Übertragbarkeit auf die Frage der Deckung von Masseverbindlichkeiten

Die Ausgangssituation des vorläufigen Insolvenzverwalters weist starke Parallelen zu den angesprochenen Finanzplänen auf, da die Frage beantwortet werden soll, ob zu einem zukünftigen Zeitpunkt die Liquidität des schuldnerischen Unternehmens gewährleistet ist. Obgleich der Gesetzgeber das prognostische Element („voraussichtlich“) nur bei der Prüfung der drohenden Zahlungsunfähigkeit ausdrücklich betont hat, folgt bereits aus der Zukunftsorientierung der Problematik, dass auch die Plan-Liquiditätsrechnung auf Prognoseelementen fußt.

Ein Unterschied hinsichtlich der Ausgangssituation besteht allerdings darin, dass bei der Erstellung einer Planliquiditätsrechnung in der Regel zumindest weitestgehend Klarheit bzgl. Art und Umfang der tatsächlich bestehenden Verbindlichkeiten besteht, da diese im Insolvenzplan bereits an anderer Stelle berücksichtigt werden müssen. Entsprechendes gilt für die erwarteten Einnahmen. Demgegenüber besteht gerade im Vorfeld der Insolvenz und im Eröffnungsverfahren in der Regel Unsicherheit, ob und inwiefern die bestehenden Außenstände realisierbar sind, da bei Bekannt werden des Insolvenzfalles Gläubiger häufig ohne sachlichen Grund die Zahlungen verweigern.

¹⁹⁸ Hess/Weis/Wienberg, InsO § 229 Rn. 19; Otte in Kübler/Prütting, InsO, § 229 Rn. 20; Pink in Hess/Kranemann/Pink, InsO 99, Rn. 1095;

¹⁹⁹ Otte in Kübler/Prütting, InsO, § 229 Rn. 21; Pink in Hess/Kranemann/Pink, InsO 99, Rn. 1095;

Es erscheint sachgerecht in Anlehnung an §§ 18, 229 InsO auch für die Frage der Masseverbindlichkeitendeckung auf einen Finanzplan²⁰⁰ zurückzugreifen²⁰¹.

Die Pflichten des vorläufigen Insolvenzverwalters müssen aber noch weiter gehen, da sich sowohl der Insolvenzverwalter, als auch der im Eröffnungsverfahren zuständige Insolvenzrichter²⁰² gegenüber dem Schuldner und den Gläubigern haftbar machen, wenn eine Betriebsfortführung durchgeführt wird, obgleich deren betriebswirtschaftliche Voraussetzungen nicht vorliegen. Dies hat zur Konsequenz, dass der vorläufige Insolvenzverwalter die Entscheidung zur Fortführung des Betriebes von der Durchführung einer umfassenden Sanierungsprüfung abhängig machen muss, zu der neben der Erstellung eines qualifizierten Fortführungskonzeptes eine Ursachen- und Potentialanalyse nebst Ertrags- und Finanzplanung gehört.²⁰³

Da in der vorliegenden Untersuchung die Problematik der Haftung gegenüber den Massegläubigern nach § 61 InsO, d.h. nicht die allgemeine Haftung des

²⁰⁰ Mönning in Nerlich/Römermann, InsO, § 22 Rn. 92 und ders. in Betriebsfortführung Rn. 779 spricht insofern von einer Liquiditätsbedarfsrechnung; vgl. auch Müller in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 1799, 1805, der die Kriterien des im Rahmen der Fortführungsprognose bei der Überschuldungsprüfung nach § 19 InsO zu erstellenden Finanzplanes aufzeigt;

²⁰¹ vgl. auch Mönning, in Nerlich/Römermann, InsO, § 22 Rn. 88 ff., der eine Plan-Ertragsrechnung und eine Plan-Liquiditätsrechnung als Entscheidungsgrundlage für die Betriebsfortführung ansieht; zur Liquiditätsplanung des Insolvenzverwalters zur Vermeidung einer Haftung Andres in Nerlich/Römermann, InsO, § 53 Rn. 20;

²⁰² Anspruchsgrundlage ist in diesem Fall § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG, das Spruchrichterprivileg des § 839 Abs. 2 BGB greift bei Entscheidungen im Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren nicht, da es sich nicht um Urteile in einer Rechtssache sondern Teile eines Vollstreckungsverfahrens handelt, BGH vom 5.11.1956 – III ZR 139/55 – LM Nr. 4 zu § 839 BGB; BGH vom 2.4.1959 – III ZR 25/58 - NJW 1959, 1085; Palandt/Thomas, BGB § 839 Rn. 70; Mönning in Nerlich/Römermann, InsO, § 22 Rn. 90;

²⁰³ vgl. Mönning in Nerlich/Römermann, InsO, § 22 Rn. 70 ff.; ders. in Betriebsfortführung Rn. 615ff; vgl. auch Vallender, DStR 1999, 2034, 2038;

vorläufigen Insolvenzverwalters nach § 60 InsO im Vordergrund steht, welche bei einer Masseminderung aufgrund einer fehlerhaften Betriebsfortführung eingreift, sollen die Aspekte der Sanierungsprüfung an dieser Stelle bewusst auf die Finanzplanung beschränkt werden. Unabhängig von der Frage, ob die Betriebsfortführung betriebswirtschaftlich sinnvoll ist, ist für die **Frage der Haftung nach § 61 InsO entscheidend**, ob der vorläufige Insolvenzverwalter die voraussichtliche **Massedeckung der neu eingegangenen Verbindlichkeiten geprüft hat**. Eine andere Frage ist, ob er sich nicht dadurch, dass er letztendlich überflüssige Masseverbindlichkeiten begründet hat, welche die für die Insolvenzgläubiger zur Verfügung stellende Masse unnötig geschmälert haben, nicht auch nach § 60 InsO gegenüber den Insolvenzgläubigern haftbar gemacht hat.²⁰⁴

2. Finanzplanung

In einem Finanzplan werden die zukünftigen Zahlungsströme erfasst, d.h. es werden aus den betrieblichen Teilbereichen die vorhandenen Informationen gesammelt und in Gestalt von Ein- und Auszahlungen zusammengefasst und festgehalten²⁰⁵. Hierbei werden die Bruttowerte aller Ein- und Auszahlungen zeitpunktgenau und beitragsgenau ausgewiesen.²⁰⁶ Die Gegenüberstellung erfolgt unsaldiert, da hierdurch zum einen der Planungsprozess erleichtert wird, zum anderen die schrittweise Erfassung der einzelnen Zahlungsströme zu valideren Ergebnissen führt.²⁰⁷ Um den zeitlichen Abstand zwischen Ausgaben und Einnahmen d.h. dadurch den zukünftigen Kapitalbedarf präzise ermitteln zu können, wird neben der einfachen Auflistung der Ein- und Auszahlungsarten auch eine kumulierte Betrachtung der Zahlungsströme empfohlen, aus der

²⁰⁴ vgl. Pohlmann, Rn. 344;

²⁰⁵ Bieg, Unternehmenserschlagung oder Fortführung, S. 28;

²⁰⁶ Schneck, S. 248; Drukarczyk/Schüler in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung S. 95, 109;

²⁰⁷ Drukarczyk/Schüler in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung S. 95, 109;

nicht nur der Kapitalbedarf zu einem Zeitpunkt, sondern auch die horizontale Zeitlücke zwischen Ausgaben und zugehörigen Einnahmen erkennbar ist.²⁰⁸

Um eine möglichst große Genauigkeit des Finanzplanes zu erzielen, müssen die Zahlungen termingenuau erfasst werden, d.h. in den Perioden, in denen sie zahlbar bzw. zu zahlen sind.²⁰⁹

Zeitlicher **Ausgangspunkt** der Finanzplanung im Eröffnungsverfahren ist der Zeitpunkt der Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters. Da die Planwerte sowohl in zeitlicher als auch betragsmäßiger Hinsicht immer ungenauer werden, je weiter der Abstand zwischen dem Planungszeitpunkt und dem Planungshorizont ist, muss der gesamte Planungszeitraum in verschiedene Planungsperioden aufgeteilt werden²¹⁰.

Bieg²¹¹ schlägt folgendes Planungsmodell vor²¹²:

| Planungsmodell | Planungszeiträume | Planteilperiode |
|-----------------------------|---|-------------------------------|
| kurzfristiger Plan | bis ein Jahr i.d.R. ein Monat oder 1 Quartal | Woche, Monat, Dekade, Quartal |
| mittelfristiger Plan | bis 2-5 Jahre i.d.R. ein Jahr | Monat, Quartal, Jahr |
| langfristiger Plan | i.d.R. bis zu 5 Jahren auch länger möglich | Quartal, Halbjahr, Jahr |

²⁰⁸ Schneck, S. 248;

²⁰⁹ Drukarczyk/Schüler in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung S. 95, 110;

²¹⁰ vgl. Bieg, S. 32;

²¹¹ S. 32;

²¹² vgl. zu den zeitlichen Abfolgen der Planung auch Botta in Botta, S. 343; Domschke/Scholl, S. 26f.;

In der Regel werden kurzfristige Planungen in mittelfristige Planungen eingebettet, d.h. es erfolgt eine detaillierte kurzfristige Planung, während die Planungstiefe mit zunehmendem Planungshorizont immer geringer und grober wird.²¹³

Während des vorläufigen Insolvenzverfahrens sind i.d.R. noch keine lang- oder mittelfristigen Planungen möglich, da es nicht in der Hand des vorläufigen Insolvenzverwalters liegt, über den Fortgang des Verfahrens zu entscheiden, sondern die maßgebliche Entscheidung über das weitere Vorgehen von den Gläubigern im Rahmen des Berichtstermins getroffen wird. Als Planungszeitraum kommt daher nur eine kurzfristige Planung in Betracht.

Wesentliches Ziel der kurzfristigen Finanzplanung ist die Sicherung der Liquidität. Bei der kurzfristigen Finanzplanung werden in der Regel sogenannte Liquiditätskennziffern verwendet, die Aufschluss darüber geben, in welchem Maß die vorhandenen Zahlungsmittel zur Abdeckung kurzfristig zu begleicher Verbindlichkeiten ausreichen:²¹⁴

Liquidität 1. Grades = $\frac{\text{Zahlungsmittelbestand}}{\text{kurzfristige Verbindlichkeiten}}$

Liquidität 2. Grades = $\frac{\text{Zahlungsmittelbestand} + \text{kurzfristige Forderungen}}{\text{kurzfristige Verbindlichkeiten}}$

Liquidität 3. Grades = $\frac{\text{Umlaufvermögen}}{\text{kurzfristige Verbindlichkeiten}}$

²¹³ Botta in Botta, S. 343;

²¹⁴ Domschke/Scholl, S. 270;

Die kurzfristige Planung kann durch eine Planfortschreibung (revolvierende Planung) verfeinert werden²¹⁵. Dabei wird nach Ablauf einer Teilperiode des Gesamtplanungszeitraums die Planung dahingehend aktualisiert, dass anstelle der vergangenen Teilperiode eine weiter in die Zukunft reichende Teilperiode in die Planung mit einbezogen wird, so dass der Planungszeitraum immer konstant bleibt²¹⁶.

Da der vorläufige Insolvenzverwalter im Regelfall ständig neue Masseverbindlichkeiten eingehen wird,²¹⁷ ist eine revolvierende Finanzplanung für ihn unumgänglich.

Um zum einen eine möglichst große Planungsgenauigkeit zu erzielen und zum anderen, um dem prognostischen Element in § 61 InsO zu genügen, ist es erforderlich, dass der vorläufige Insolvenzverwalter alternativ mögliche Geschehensabläufe mit ihrer jeweiligen Eintrittswahrscheinlichkeit berücksichtigt.²¹⁸ Zu seiner eigenen Sicherheit wird der vorläufige Insolvenzverwalter dabei im Rahmen der Massekostendeckung immer von dem ungünstigsten wahrscheinlichen Fall ausgehen müssen.²¹⁹

Hieraus ergibt sich für den vorläufigen Insolvenzverwalter, dass er, um die notwendigen Informationen über die jeweilige Massedeckung zu jedem zukünftigen Zeitpunkt zu erhalten, für eine fortlaufende Ergänzung und Aktualisierung des Finanzplans Sorge zu tragen hat.

²¹⁵ Botta in Botta, S. 344;

²¹⁶ Bieg, S. 33;

²¹⁷ z.B. durch die Weiternutzung der Telekommunikationsanlagen, Inanspruchnahme von Strom, Wasser, Energielieferungen etc.;

²¹⁸ vgl. dazu ausführlich Drukarczyk/Schüler in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung S. 95, 114;

²¹⁹ anders bei der Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit, dort kann der Prüfende die alternativen Geschehensabläufe gegenüberstellen, Drukarczyk/Schüler in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung S. 95, 116f.;

a) Informationsbeschaffung

Eines der wesentlichen Praxisprobleme des vorläufigen Insolvenzverwalters ist die Beschaffung zuverlässiger Informationen über das schuldnerische Unternehmen. Diese Informationen benötigt der vorläufige Insolvenzverwalter, um die Finanzplanung zu erstellen.

Um die erforderlichen Informationen zu erlangen, hat der vorläufige Insolvenzverwalter die vorhandenen Buchhaltungsunterlagen und Bilanzen des Schuldners auszuwerten und sich Gewissheit über den Wahrheitsgehalt der Unterlagen zu verschaffen. Die Bilanz stellt für ihn allerdings nur eine mittelbare Informationsmöglichkeit dar, weil sich aus ihr häufig Hinweise auf das vorhandene Betriebsvermögen und bestehende Verbindlichkeiten ergeben.

Als weitere Informationsquelle können der Schuldner, dessen organschaftliche Vertreter und möglicherweise im schuldnerischen Unternehmen noch vorhandene Buchhaltungskräfte befragt werden. Zur Erteilung der Auskunft ist der Schuldner bzw. sein organschaftlicher Vertreter²²⁰ im Eröffnungsverfahren nach § 20 InsO i.V.m. §§ 97, 98, 101 Abs. 1, Satz 1 verpflichtet. Anders als im Konkursverfahren sind auch die Angestellten des Schuldners zur Auskunft verpflichtet.²²¹

²²⁰ erfasst werden auch frühere Vertreter des Schuldners, sofern sie innerhalb der letzten zwei Jahre ausgeschieden sind;

²²¹ ein Unterschied zur Auskunftspflicht des Schuldners selbst bzw. seiner organschaftlichen Vertreter ergibt sich aber in Hinblick auf die Durchsetzung der Auskunftspflicht: Während der Schuldner und seine organschaftlichen Vertreter nach §§ 97, 98, 101 Abs. 1 InsO im Wege der Zwangsvorführung und Zwangshaft zur Auskunftserteilung gezwungen werden können, fehlt dieser Verweis auf § 98 InsO in § 101 Abs. 2 InsO hinsichtlich der Angestellten, so dass die Durchsetzung der Auskunftsverpflichtung in diesem Fall nur im Klagewege erreicht werden kann, vgl. auch Hess/Weis/Wienberg, InsO § 101 Rn. 26f.; Lüke in Kübler/Prütting, InsO, §

Dies gilt auch für die früheren Angestellten des Schuldners, sofern sie innerhalb der letzten zwei Jahre vor dem Eröffnungsantrag aus dem schuldnerischen Geschäftsbetrieb ausgeschieden sind.

Allerdings kann sich der vorläufige Insolvenzverwalter in der Regel, wenn er eine Haftung vermeiden möchte, nur bedingt auf diese Auskünfte stützen, da seitens der im Schuldnerunternehmen verantwortlichen Personen häufig die Tendenz besteht, die Umstände in geschöner und unvollständiger Form darzustellen. Auch die inzwischen bei vorläufigen Insolvenzverwalter und Gutachtern anzutreffende Praxis, sich mit der schriftlichen Beantwortung eines zugesandten Fragebogens zufrieden zu geben, ist bedenklich, da sie die persönliche Befragung des Schuldners und die Auswertung der vorhandenen Geschäftsunterlagen und Bücher nicht ersetzt.

Neben den Geschäftsunterlagen und Auskünften des Schuldners kann sich der vorläufige Insolvenzverwalter im Rahmen der Finanzplanung auf den zum Zeitpunkt seiner Bestellung vorhandenen Massebestand stützen, den er gegebenenfalls im Wege der Inventarisierung²²² zu erfassen hat. Häufig wird ihm gar keine andere Wahl bleiben, wenn die schuldnerische Buchhaltung über einen längeren Zeitraum nicht oder nur unzulänglich erfolgte. Darüber hinaus ist eine sofortige Inventarisierung auch in den übrigen Fällen sinnvoll, da in der kritischen Zeit vor Anordnung der gerichtlichen Sicherungsmaßnahmen Teile des Massevermögens häufig durch den Schuldner selbst oder auch durch Gläubiger im Wege der Selbsthilfe beiseite gebracht werden, so dass die buchhalte-

101 Rn. 7; Wittkowski in Nerlich/Römermann, InsO, § 101 Rn. 5; Smid in Smid, InsO, § 101 Rn. 5;.

²²² die Inventarisierung ist nach § 151 InsO ausdrücklich erst für den Insolvenzverwalter im eröffneten Verfahren vorgeschrieben;

risch ausgewiesenen Bestände nicht mit der tatsächlich vorhandenen Masse übereinstimmen²²³.

b) Inhalt und Gliederung

aa) Elemente des Finanzplans

Wie bereits oben angedeutet, zeigt ein Blick in betriebswirtschaftliche Literatur schnell auf, dass im juristischen Sprachgebrauch Begriffe mit unterschiedlichem Sinngehalt häufig undifferenziert verwendet werden. Es bedarf daher, bevor auf die Einzelheiten eingegangen werden kann, einer Definition der verwendeten Fachbegriffe.

Die Begriffe der Ein- und Auszahlung werden in der Umgangssprache häufig synonym mit Eingaben und Ausgaben bzw. Aufwendungen verwendet, während die Betriebswirtschaftslehre hier eine ganz klare Unterscheidung vornimmt:

Unter **Auszahlung** ist der Abfluss liquider Mittel, d.h. Bar- und Sichtvermögen aus dem Zahlungsmittelbestand (Kassenbestand und Guthaben auf Konten) innerhalb einer Abrechnungsperiode zu verstehen²²⁴. Demgegenüber ist der Begriff der **Ausgaben** weiter und erfasst das monetäre Äquivalent der Beschaffung oder den Geldwert aller zugegangenen Sachgüter und Dienstleistungen innerhalb einer Abrechnungsperiode nach folgender Formel, d.h. die Veränderung des Geldvermögens:²²⁵

²²³ auch an dieser Stelle kann wieder auf die praktischen Erfahrungen in Bauinsolvenzen verwiesen werden: Hier kann es schon fast als Normalfall bezeichnet werden, dass Gläubiger angeliefertes Material oder auf der Baustelle gelagertes Werkzeug an sich nehmen;

²²⁴ Budde/Förschle, Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 275 Rn. 8; Sorg, Analyse des internen Rechnungswesens, S. 9; Hoefener in Botta, S. 32;

²²⁵ Budde/Förschle, Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 275 Rn. 8; Sorg, Analyse des internen Rechnungswesens, S. 9; Hoefener in Botta Rechnungswesen und Controlling, S. 32;

Ausgaben = Auszahlungen + Forderungsabnahmen + Verbindlichkeitzunahmen

Aus dieser Definition ergibt sich, dass Auszahlungen nicht in jedem Fall Ausgaben darstellen und umgekehrt.²²⁶

Aufwendungen sind periodisierte erfolgswirksame Ausgaben, d.h. der in einer Abrechnungsperiode bewertete Güter- und Leistungsverzehr, der aufgrund gesetzlicher und bewertungsrechtlicher Bestimmungen in der Finanzbuchhaltung (z.B. steuerliche Abschreibung; Bildung von Rückstellungen) verrechnet wird.²²⁷

Auch Einnahmen und Einzahlungen können, müssen aber nicht deckungsgleich sein, da eine Einnahme nicht notwendigerweise ein Erhöhung des Zahlungsmittelbestandes zur Folge hat,²²⁸ und eine Einzahlung nicht zwangsläufig eine Einnahme beinhaltet.²²⁹

²²⁶ Eine Ausgabe ohne Auszahlung liegt z.B. vor, wenn Waren mit einem Zahlungsziel gekauft werden, da nur der Bestand der Verbindlichkeiten, nicht der Zahlungsmittelbestand beeinflusst wird, vgl. Hoefener in Botta, S. 33; umgekehrt liegt eine Auszahlung ohne Ausgabe vor, wenn ein Kredit ausgezahlt wird, da in diesem Fall der Verminderung des Zahlungsmittelbestandes eine Zunahme des Forderungsbestandes entspricht;

²²⁷ Budde/Förschle, Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 275 Rn. 8; Sorg, Analyse des internen Rechnungswesens, S. 9;

²²⁸ Als Beispiel ist der Warenverkauf auf Kredit, bei dem zwar der Forderungsbestand zunimmt, aber gleichzeitig keine unmittelbare Erhöhung der Zahlungsmittel erfolgt, vgl. Schneck, S. 202;

²²⁹ Wenn z.B. ein Barkredit aufgenommen wird, erhöht sich der Zahlungsmittelbestand, aber nicht das Geldvermögen, da der Einzahlung der Kreditsumme in gleicher Höhe eine Verbindlichkeitzunahme gegenübersteht, vgl. Schneck, S. 202;

Einzahlungen stellen den Zufluss liquider Mittel dar, durch den der Zahlungsmittelbestand erhöht wird.

Der Begriff der **Einnahmen** beschreibt hingegen den Betrag aller erbrachten Leistungen und Güter sowie sonstige Zahlungsmittel innerhalb einer Rechnungsperiode.²³⁰

Einnahme = Einzahlungen + Forderungszunahmen + Verbindlichkeitenabnahmen

Erträge sind definiert als der *Wert* aller erbrachten Leistungen und Güter einer Rechnungsperiode, d.h. periodisierte erfolgswirksame Einnahmen.²³¹

Der Finanzplan gliedert sich wie folgt²³²

Zahlungsmittelbestand

- + **Einzahlungen aus Umsätzen**
- + **Sonstige Einzahlungen**
- ./. **Auszahlungen für Material**
- ./. **Auszahlungen für Personal**
- ./. **Auszahlungen für Maschinen und maschinelle Anlagen**

²³⁰ Budde/Förschle, Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 275 Rn. 8; Sorg, Analyse des internen Rechnungswesens, S. 12;

²³¹ Budde/Förschle, Beck'scher Bilanz-Kommentar, § 275 Rn. 8; Sorg, Analyse des internen Rechnungswesens, S. 12;

²³² Bieg, Unternehmenserschlagung oder Fortführung, S. 38; die dort als Beispiel genannte Gliederung wurde vorliegend z.T. abgewandelt; vgl. auch Drukarczyk/Schüler in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung S. 95, 109, die im Rahmen der Prüfung der drohenden Zahlungsunfähigkeit von einer weiter differenzierten Berechnungsmethode zur Bestimmung des Netto-Cash-Flow ausgehen;

(eventuell auch Anlagevermögen)

- ./. **Auszahlungen Betriebliche Aufwendungen**
- ./. **Steuerauszahlungen**
- ./. **Sonstige Auszahlungen**

Finanzmittelüberschuss/-defizit

Bei Zugrundelegung dieses Schemas muss der vorläufige Verwalter den Besonderheiten des Eröffnungsverfahrens Rechnung tragen:

- bb) Einzahlungen**
- α) Einzahlungen aus Umsätzen**

Auf der Seite der Zahlungseingänge hat der vorläufige Insolvenzverwalter zunächst alle offenen Forderungen des Schuldners aus der Vergangenheit einzu beziehen. Hierbei sind etwa bestehende Aufrechnungsbefugnisse der Gläubiger (vgl. §§ 94 ff. InsO)²³³ von vornherein zu berücksichtigen, da sie die Höhe der tatsächlich zu erwartenden Einzahlungen mindern.

Um einen Ausfall²³⁴ zu vermeiden, hat der vorläufige Insolvenzverwalter die Forderungen hinsichtlich ihrer Einbringlichkeit zu bewerten, d.h. er muss die Höhe der tatsächlich erwarteten Zahlungseingänge ermitteln. Die Bewertung kann anhand der in § 18 InsO vorgeschlagenen Alternativszenarien im Wege einer Einzelwertberichtigung erfolgen, d.h. durch Ermittlung des konkreten Ausfallrisikos für jede Forderung.

²³³ soweit sie aus den schuldnerischen Unterlagen bereits ersichtlich sind;

²³⁴ z.B. allgemeines Ausfallrisiko, Verzögerungsrisiko, Wechselkursrisiko, vgl. Schneck, S. 205;

Sinnvoller erscheint es angesichts der zeitlichen Bedrängnis im Eröffnungsverfahren, dass der vorläufige Insolvenzverwalter die Forderungen in bestimmten Risikoklassen zusammenfasst und innerhalb dieser Klassen eine Pauschalabwertung vom Nennwert der jeweiligen Forderungen vornimmt.²³⁵ Die Zusammenfassung in Risikoklassen erfolgt nach der Art der Drittschuldner und der Laufzeit der Forderungen, wobei die Höhe der Abwertung i.d.R. nach Erfahrungen in der Vergangenheit erfolgt.²³⁶

Aus Sicherheitsgründen kann in der Insolvenz zumindest eine ca. 30-50 %ige Abwertung der Forderungen angezeigt sein. In bestimmten Branchen, z.B. der Bauwirtschaft kann unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles auch ein weitaus höherer Abschlag gerechtfertigt sein, da hier die Drittschuldner häufig bereits mit Stellung des Insolvenzantrags ihre Zahlungen unter Berufung auf angebliche oder tatsächlich bestehende Mängel einstellen und die bestehenden Forderungen regelmäßig nicht zum Nennwert einbringlich sind.²³⁷

Als **Zwischenergebnis** hat der vorläufige Insolvenzverwalter den tatsächlich aus den vorangegangenen Umsatzgeschäften erwarteten Betrag **x** festzuhalten.

Neben der Abwertung der Forderungen muss der vorläufige Insolvenzverwalter berücksichtigen, dass die Einzahlungen der Gläubiger (x) nicht zeitgleich erfolgen, sondern sich auf einen längeren Zeitraum der Planungsperiode erstrecken können.

Daneben sind bei den Sofortzahlungen Skontoabschläge in Höhe von 2 % in Abzug zu bringen.

²³⁵ pauschale Einzelwertberichtigung, vgl. Schneck, S. 205;

²³⁶ Schneck, S. 205;

²³⁷ diese Aussage beruht auf Praxiserfahrungen, welche der Verfasserin im Rahmen ihrer Tätigkeit in einer auf Insolvenzrecht spezialisierten Kanzlei bekannt geworden sind;

Bieg²³⁸ schlägt hinsichtlich der zeitlichen Zuordnung der Zahlungen folgende Aufteilung vor:

- 10% als Barumsätze
- 54 % als Zahlung im ersten Monat nach dem Umsatz
- 24% als Zahlung im zweiten Monat nach dem Umsatz
- 9% Zahlung im dritten Monat nach dem Umsatz
- 3% Forderungsausfälle

Da die Zahl der Forderungsausfälle in der Insolvenz regelmäßig höher ist (s.o.), kann diese zeitliche Aufteilung nicht uneingeschränkt übernommen werden sondern muss an die Höhe der konkret (d.h. unter Berücksichtigung der jeweiligen Branche und des konkreten Unternehmens) geschätzten Ausfälle angepasst werden.

Fraglich ist, ob der vorläufige Insolvenzverwalter im Rahmen des Finanzplans auf der Seite der Einzahlungen auch **zukünftige Verwertungserlöse** berücksichtigen darf.

Eine Verwertung der Masse hat nach überwiegender Auffassung grundsätzlich erst im eröffneten Verfahren zu erfolgen, da das Eröffnungsverfahren primär Sicherungscharakter hat²³⁹. Nur in eingeschränktem Umfang soll bereits der vorläufige Insolvenzverwalter zur Verwertung der Insolvenzmasse befugt sein. Als klassischer Fall ist hier die Notverwertungsbefugnis von verderblichen Waren zu nennen aber auch die Veräußerung von ausproduzierten Waren im

²³⁸ Bieg, Unternehmenserschlagung oder Fortführung, S. 35;

²³⁹ vgl. Obermüller, DZWIR 2000, 10ff.; Uhlenbruck in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 325, 353;

Rahmen der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes²⁴⁰, nicht aber die Verwertung des betriebsnotwendigen Anlagevermögens.

Dies kann den vorläufigen Insolvenzverwalter in ein Dilemma bringen, wenn außer dem Betriebsvermögen keine anderen verwertbaren Vermögensgegenstände vorhanden sind: Im Fall der Abweisungsreife muss der vorläufige Insolvenzverwalter die von ihm begründeten Masseverbindlichkeiten nämlich bereits im Eröffnungsverfahren befriedigen: Nach § 25 Abs. 2 InsO, hat er diese Verbindlichkeiten vor der Aufhebung seiner Bestellung zu erfüllen. In diesem Fall kann es daher vorkommen, dass die Masseverbindlichkeiten bereits vor ihrer eigentlichen Fälligkeit befriedigt werden müssen, ohne dass ein entsprechendes Barvermögen vorhanden ist.

Es stellt sich deshalb die Frage, ob der vorläufige Insolvenzverwalter in einem derartigen Fall nicht insoweit zur Verwertung der vorhandenen Massegegenstände befugt ist, als er den Verwertungserlös zur Deckung der von ihm begründeten Verbindlichkeiten benötigt.

Exkurs:

Die angesprochene Problematik wird an folgendem Beispiel verdeutlicht:

Bsp.: Das schuldnerische Unternehmen ist bereits stillgelegt. Der vorläufige Insolvenzverwalter lässt unmittelbar nach seiner Bestellung im Rahmen des Sicherungszwecks einen Schaden am Dach des schuldnerischen Bürogebäudes beheben, da zu befürchten ist, dass die dort befindlichen Einrichtungsgegenstände und EDV-Anlagen durch die fortdauernd eindringende Feuchtigkeit beschädigt werden. Der beauftragte

²⁴⁰ vgl. u.a. Pape in Kübler/Prütting, InsO, § 22 Rn. 25; FK-InsO/ Schmerbach, § 22 Rn. 5; Pohlmann, Rn. 315, 388ff; Delhaes, NZI 1998, 102, 104; Obermüller DZWIR 2000, 10ff.; Vallender, DStR 1999, 2034, 2037; Schlegel, DZWIR 2000, 94, 98;

Handwerker hat es nicht eilig mit seiner Rechnungsstellung. Bevor die Rechnung eintrifft, stellt sich heraus, dass das Verfahren mangels Masse abgewiesen werden muss, da keine ausreichende Masse zur Durchführung des Verfahrens vorhanden ist.

Der vorläufige Insolvenzverwalter muss in diesem Fall die Masseverbindlichkeit des Handwerkers nach § 25 Abs.2 InsO vor der Aufhebung seiner Bestellung befriedigen, obgleich sie mangels Rechnungsstellung noch nicht fällig ist.

Er befindet sich nun in dem Dilemma, dass der Verwertungserlös der in dem Gebäude befindlichen Massegegenstände zwar möglicherweise die Kosten des Eröffnungsverfahrens einschließlich der von ihm begründeten Masseverbindlichkeit gedeckt hätte; zur Verwertung dieser Massegegenstände soll er aber nach h.M. nicht berechtigt sein²⁴¹.

Es spricht demgegenüber einiges dafür, dem vorläufigen Insolvenzverwalter in einem solchen Fall die Verwertungsbefugnis auch hinsichtlich des ohnehin nicht (mehr) betriebsnotwendigen Anlagevermögens²⁴² einzuräumen²⁴³. § 25 InsO spricht ausdrücklich davon, dass der vorläufige Insolvenzverwalter die Masseverbindlichkeiten „aus dem von ihm verwalteten Vermögen“ zu berichtigen hat. Hieraus ist keine Beschränkung auf das Barvermögen ersichtlich. Würde man dem vorläufigen Insolvenzverwalter demgegenüber die Möglichkeit verwehren, zur Deckung der von ihm begründeten Verbindlichkeiten Massegegenstände zu verwerten, so hätte dies im Fall der Abweisungsreife zur

²⁴¹ vgl. Pape in Kübler/Prütting, InsO, § 25 Rn. 12; Schlegel, DZWiR 2000, 94, 98;

²⁴² zur Abgrenzung vom betriebsnotwendigen Vermögens vgl. WP-Handbuch, Abschnitt A, Rn. 134;

²⁴³ vgl. Uhlenbruck in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung S. 325, 338; Obermüller DZWiR 2000, 10, 11; vgl. auch Förster, ZInsO 2000, 141, 142, der zutreffend darauf hinweist, dass das Fortführungsgebot bei einer bereits vom Schuldner durchgeführten Stilllegung ohnehin leer läuft und in einem derartigen Fall das Verwertungsverbot keinen Sinn mehr ergibt; vgl. auch Schlegel, DZWiR 2000, 94, 97;

Folge, dass dem Schuldner die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen wieder übertragen würde. Der Schuldner, der primär für alle Verbindlichkeiten haftet, ist seinerseits nicht an eine bestimmte Befriedigungsreihenfolge gebunden, d.h. er kann durchaus Insolvenzforderungen anstelle der Masseverbindlichkeiten bedienen. Dies hätte zur Folge, dass der vorläufige Insolvenzverwalter persönlich für die nicht befriedigten Masseverbindlichkeiten einzustehen hätte, obgleich die Masse insoweit ausreichend gewesen wäre.

Im Ergebnis ist dem vorläufigen Insolvenzverwalter daher auch im Fall der Abweisungsreife eine Verwertungsbefugnis hinsichtlich des Anlagevermögens zuzubilligen, soweit die Verwertungserlöse zur Befriedigung der eingegangenen Masseverbindlichkeiten benötigt werden.

Der vorläufige Insolvenzverwalter darf daher selbst bei absehbarer Abweisungsreife im Rahmen des Finanzplanes auch die mutmaßlichen Verwertungserlöse aus den Massegegenständen berücksichtigen.

Im übrigen hat er hinsichtlich der Verwertungserlöse bereits zum Zeitpunkt der Planerstellung im Rahmen der von ihm vorzunehmenden betriebswirtschaftlichen Analyse festzustellen, ob langfristig eine Sanierung in Betracht kommt. Wenn Sanierungsaussichten bestehen, darf er nicht eine Verwertung des betriebsnotwendigen Anlagevermögens vornehmen, da die Entscheidung über Sanierung oder Fortführung den Gläubigern im Berichtstermin obliegt.²⁴⁴

In den Finanzplan aufnehmen darf er in diesem Fall allerdings die Erlöse aus der Verwertung des nicht betriebsnotwendigen Anlagevermögens²⁴⁵. So kann

²⁴⁴ Kirchhof, ZInsO 1999, 436; vgl. dazu auch Wellensiek, WM 1999, 405, 407;

²⁴⁵ vgl. Kirchhof ZInsO 1999, 436, der dem vorläufigem Insolvenzverwalter im Rahmen der Masseverwaltung die Befugnis zur Veräußerung von Umlaufvermögen und nicht betriebsnotwendigem Anlagevermögen zum Zweck der Liquiditätsschaffung zubilligt, echte Verwertungsmaßnahmen seien demgegenüber auf die Notverwertungsbefugnis beschränkt;

er, wenn zur Aufrechterhaltung des schuldnerischen Betriebes etwa die Veräußerung eines nicht betrieblich genutzten Grundstückes erfolgen soll, die erwarteten Verwertungserlöse aus diesem Grundstück oder eines nicht zur Fortführung benötigten KFZ in Ansatz bringen.

Kommt der vorläufige Insolvenzverwalter im Rahmen seiner betriebswirtschaftlichen Analyse zum Ergebnis, dass eine Sanierung nicht aussichtsreich ist²⁴⁶, d.h. wenn allenfalls eine kurzfristige Fortführung in Betracht kommt (z.B. zur Ausproduzierung vorhandener Halbfertigbestände)²⁴⁷, so wird er die Verwertungserlöse uneingeschränkt ansetzen können²⁴⁸. Entsprechendes gilt bei einem geordneten Abverkauf der Lagerware.²⁴⁹

Problematisch ist bei der Berücksichtigung dieser Zahlungseingänge allerdings auch der zeitliche Aspekt, da der vorläufige Insolvenzverwalter noch nicht absehen kann, zu welchem Zeitpunkt er verwerten wird. Er kann daher auch noch nicht ersehen, zu welchem Zeitpunkt der Masse Liquidität in Gestalt der Erlöse zufließt.

Aus Sicherheitsgründen empfiehlt es sich für den vorläufigen Insolvenzverwalter, die Erlöse zu einem möglichst späten Termin auszuweisen, da ihm andernfalls Liquiditätslücken drohen.

²⁴⁶ vgl. zu den 4-stufigen Fortführungszielen im Rahmen des Fortführungskonzeptes: Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes bis zur Verfahrenseröffnung (1. Stufe), Aufrechterhaltung bis zum Berichtstermin (2. Stufe), Fortführung mit dem Ziel einer übertragenden Sanierung (3. Stufe) und dauerhafte Betriebsfortführung zum Zwecke der Reorganisation (4. Stufe), Mönning in Nerlich/Römermann, InsO, § 22 Rn. 71;

²⁴⁷ vgl. dazu Mönning, Betriebsfortführung, Rn. 716, 741 f.; Wellensiek, WM 1999, 405, 406;

²⁴⁸ vgl. auch Kirchhof, ZInsO 1999, 436, der die Veräußerung von Unternehmensprodukten im Rahmen der Betriebsfortführung nicht als Verwertung ansieht, sondern als (zulässige) Verwaltung; so auch Förster, ZInsO 2000, 141;

²⁴⁹ Förster, ZInsO 2000, 141;

Da die Verwertung auch im eröffneten Verfahren erst nach dem Berichtstermin erfolgen soll, § 159 InsO, kann als Anhaltspunkt ein Regelzeitraum von ca. 1 Monat nach dem Berichtstermin gewählt werden. Der Berichtstermin hat nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 InsO spätestens drei Monate nach Verfahrenseröffnung stattzufinden. Als mutmaßlicher Eröffnungszeitraum ist ausgehend vom durchschnittlichen Insolvenzgeldzeitraum vom dritten Monat nach dem Eröffnungsantrag auszugehen:

- 3 Monate Eröffnungsverfahren
- 2 Monate bis zum Berichtstermin
- 1 Monat bis zur Verwertung
- 7 Monate seit Insolvenzantrag

Die Ausweisung der Verwertungserlöse auf der Einnahmenseite des Finanzplanes sollte deshalb aus Sicherheitsgründen von dem vorläufigen Insolvenzverwalter unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles frühestens auf den 7. Monat seit Insolvenzantragstellung erfolgen²⁵⁰, um eine Deckungslücke zu vermeiden.

Bei der **Bewertung** der mutmaßlichen Verwertungserlöse hat der vorläufige Insolvenzverwalter im Regelfall von Zerschlagungswerten²⁵¹ auszugehen, da in diesem Verfahrensstadium regelmäßig noch nicht abzusehen ist, ob eine Gesamtverwertung im Rahmen der sog übertragenden Sanierung in Betracht

²⁵⁰ vgl. auch Drukarczyk/Schüler in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung S. 95, 110, die im Rahmen der Finanzplanung zur Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit die Massegegenstände als noch nicht genutztes Liquiditätspotential außerhalb der Ein- und Auszahlungen berücksichtigen; dies erscheint bei Feststellung des Insolvenzgrundes sachgerecht, da zu diesem Zeitpunkt grundsätzlich von der Fortführung auszugehen ist, ist aber auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar, da die Verwertungsreife bereits festgestellt wurde;

²⁵¹ auch als Liquidations- oder Substanzwert bezeichnet, vgl. Mönning in Nerlich/Römermann, InsO, § 19 Rn. 27; Schneck, S. 465, 692;

kommt²⁵². Die Gesamtveräußerung kommt als Bewertungsgrundlage nur dann in Betracht, wenn bereits konkrete Aussichten für eine übertragende Sanierung bestehen. Zu berücksichtigen hat der vorläufige Insolvenzverwalter in diesem Fall auch den Umstand, dass eine Gesamtveräußerung im Rahmen des Regelverfahrens gemäß § 162 InsO an die Zustimmung der Gläubigerversammlung gebunden ist.²⁵³

Den Begriff des Zerschlagungswertes kommt in den §§ 151, 153 InsO zum Ausdruck. Der Zerschlagungswert ist der bei einer Verwertung zu erzielende Marktpreis und ist daher abhängig von dem Verwertungszeitpunkt, der Verwertungsgeschwindigkeit sowie Angebot und Nachfrage.²⁵⁴ Der Zerschlagungswert weicht i.d.R. von den Buchwerten ab.²⁵⁵

Je mehr ein Massegegenstand auf bestimmte Bedürfnisse des schuldnerischen Unternehmens abgestimmt ist, desto geringer ist der in Frage kommende Absatzmarkt und damit der Zerschlagungswert. Mit zunehmender Komplexität steigt der Wertverlust im Rahmen einer Einzelverwertung bis hin zum bloßen Schrottwert, der u.U. noch von den Demontagekosten aufgezehrt wird.²⁵⁶

Wertbestimmend ist auch die Frage, ob die Insolvenzursache u.a. in einer generellen Konjunkturschwäche der betreffenden Branche liegt, da in einem solchen Fall auch die Konkurrenzunternehmen häufig wirtschaftlich so geschwächt sind, dass sie selbst ums Überleben kämpfen oder zumindest keine Investitionen vornehmen.

²⁵² dazu Wellensiek, WM 1999, 405, 408;

²⁵³ vgl. auch Wellensiek, WM 1999, 405, 408, der darauf hinweist, dass auf Antrag des Schuldners oder einer einzelnen Gläubigergruppen das Gericht die Veräußerung nach § 163 InsO untersagen kann, wenn seitens der Antragsteller günstigere Verwertungsmöglichkeiten glaubhaft gemacht werden können;

²⁵⁴ Andres in Nerlich/Römermann, InsO, § 151 Rn. 16; FK-InsO/Wegener, § 151 Rn. 13; Hess/Weis, NZI 1999, 482, 483; Holzer in Kübler/Prütting, InsO, § 151 Rn. 15;

²⁵⁵ Smid in Smid, InsO § 153, Rn. 2; Hess/Weis, NZI 1999, 482, 483;

²⁵⁶ Wellensiek, WM 1999, 405, 406;

Sofern im schuldnerischen Betrieb oder Unternehmen noch Halbfertigprodukte vorhanden sind, deren Ausproduktion nicht mehr in Betracht kommt, ist bei der Bewertung zu berücksichtigen, dass für derartige Gegenstände in der Regel kein Markt besteht. Dies führt in der Regel dazu, dass der Zerschlagungswert erheblich unter dem Wert des Endproduktes²⁵⁷ oder sogar des Materialwertes liegt.²⁵⁸

Wertbestimmend ist des weiteren das Alter der betreffenden Massegegenstände. Dies gilt vor allem um moderne Computer- und Multimediaprodukte, die aufgrund der fortschreitenden Weiterentwicklung einem rasanten Preisverfall unterliegen.

Je weniger Zeit dem Insolvenzverwalter für eine Verwertung zur Verfügung steht, desto geringer werden in der Regel die Verwertungserlöse sein. Besonders bei Saisonartikeln ist auch der Zeitpunkt der Verwertung ein entscheidendes Kriterium für den zu erzielenden Marktpreis - der Monat Januar dürfte z.B. denkbar schlecht geeignet zur Veräußerung von Christbaumkugeln sein!

Bei bestimmten Masseprodukten wie z.B. KFZ besteht demgegenüber ein eigener vom Grundsatz her saisonunabhängiger Absatzmarkt für gebrauchte Gegenstände. Hier kann sich der vorläufige Insolvenzverwalter bei der Bewertung auf allgemeine Bewertungsansätze, wie z.B. für Kraftfahrzeuge auf die Schwacke-Liste stützen.

Verwertungserlöse von Sicherungsgegenständen, die mit Absonderungsrechten belastet sind, hat der vorläufige Insolvenzverwalter bei den Einzahlungen nur insoweit zu berücksichtigen, als nach Befriedigung der Absonderungs-

²⁵⁷ vgl. Wellensiek, WM 1999, 405, 406; Schlegel, DZWIR 2000, 94, 97;

berechtigten ein Mehrerlös zur Masse erwartet werden kann²⁵⁹. Zu berücksichtigen sind als zukünftige Zahlungseingänge in diesem Zusammenhang auch die Feststellungs- und Verwertungskostenbeiträge nach § 170 InsO. Gemäß § 170 Abs. 1, 171 Abs. 1 InsO ist aus dem Verwertungserlös ein pauschaler Betrag von 4 % für die Feststellung des Absonderungsrechtes abzuführen. Wenn der Verwalter im eröffneten Verfahren den Absonderungsgegenstand selbst verwertet hat, sind darüber hinaus nach §§ 170 Abs. 1, 171 Abs. 2 InsO zumindest pauschal 5 % des Erlöses als Verwertungskostenbeitrag abzuführen. Sofern die tatsächlichen Kosten erheblich höher oder niedriger lagen, sind diese nach § 171 Abs. 2 InsO anzusetzen. Da der vorläufige Insolvenzverwalter die tatsächlichen Verwertungskosten kaum einschätzen können wird, kann er jedoch die Pauschale anzusetzen.

Sofern bei der Verwertung Umsatzsteuer anfällt, ist diese ebenfalls von dem Verwertungserlös abzusetzen, § 171 Abs. 2 InsO.²⁶⁰ Die Kostenbeiträge nach §§ 170, 171 InsO sind in ihrer geschätzten Höhe auf der Einzahlungsseite auszuweisen.

Kommt der vorläufige Insolvenzverwalter im Rahmen der betriebswirtschaftlichen Fortführungsanalyse²⁶¹ zu dem Ergebnis, dass eine Betriebsfortführung

²⁵⁹ zur Verwertung im Eröffnungsverfahren siehe Obermüller DZWIR 2000, 10ff.; vgl. auch Delhaes, NZI 1998, 102, 104; Pape in Kübler/Prütting, InsO, § 55 Rn. 67, die auf das Risiko hinweisen, dass der vorläufige Insolvenzverwalter bei Verwertung von Absonderungsgut im Eröffnungsverfahren einen Schadensersatzanspruch gegenüber der Masse nach § 60 InsO begründet, weil der Masse der Feststellungs- und Verwertungskostenbeitrag nach §§ 170, 171 InsO entgeht; dem kann sich der vorläufige Insolvenzverwalter aber durch entsprechende Vereinbarungen mit den Sicherungsgläubigern entziehen, wodurch die Masse so gestellt wird, als sei die Verwertung im eröffneten Verfahren erfolgt;

²⁶⁰ die Umsatzsteuer dürfte hier einen typischen Fall der Einzahlung darstellen, der keine Einnahme ist. Da nämlich der vorläufige Insolvenzverwalter verpflichtet ist, die Umsatzsteuer zum jeweiligen Fälligkeitstermin an das Finanzamt abzuführen, wird gleichzeitig mit dem Zahlungseingang der Bestand der Verbindlichkeiten erhöht;

²⁶¹ vgl. dazu Mönning in Nerlich/Römermann, InsO, § 22 Rn. 75ff.;

wirtschaftlich vertretbar ist, so muss er wegen § 22 Abs. 1 Nr. 2 InsO stets von der Fortführungsprämisse ausgehen. In diesem Fall darf er im Rahmen des Finanzplans auch künftige Kundenforderungen aus der Verwertung der produzierten Waren als Einzahlungen berücksichtigen.²⁶²

Den Umfang der neu entstehenden Forderungen aus dem laufenden Geschäftsbetrieb kann der vorläufige Insolvenzverwalter nur dann ermitteln, wenn er die prognostizierten Absatzzahlen kennt. Diese hat er im Rahmen des betriebswirtschaftlichen Fortführungskonzeptes²⁶³ durch eine Absatzplanung zu ermitteln.

β) Sonstige Einzahlungen

Einzahlungen, die nicht unter die vorgenannten Kategorien fallen, sind als sonstige Einzahlungen zu erfassen (z.B. Steuererstattungen).

In Betracht zu ziehen ist hierbei u.a. die Aufnahme von Darlehen durch den vorläufigen Insolvenzverwalter zur Sicherung der notwendigen Liquidität²⁶⁴. Derartige Kredite wird der vorläufige Insolvenzverwalter in der Regel nur dann erlangen, wenn er gegenüber der Bank die Rückzahlung gewährleisten kann. Bei der Eingehung eines neuen Kreditvertrages mit dem vorläufigen Insolvenzverwalter hat die Bank die Wahl zu entscheiden, ob ihr die Eigenschaft als zukünftige Masseverbindlichkeit ausreicht, oder ob sie zusätzliche Sicherheiten in Anspruch nehmen will. Ohne werthaltige Sicherung ihrer Forderung ist in diesem Stadium der Insolvenz allerdings keine Bank zur Kreditvergabe an den vorläufigen Insolvenzverwalter bereit.²⁶⁵

²⁶² vgl. zur Abwertung und zeitlichen Staffelung oben S. 74f.;

²⁶³ dazu Mönning in Nerlich/Römermann, InsO, § 22 Rn. 75ff.;

²⁶⁴ vgl. auch die Plan-Liquiditätsrechnung von Mönning in Betriebsfortführung, Anhang 2;

²⁶⁵ Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rn. 5.224.; vgl. auch Uhlenbruck in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung S. 325, 361;

Daraus ergibt sich für den vorläufigen Insolvenzverwalter zwingend die Notwendigkeit vor einer Kreditaufnahme zunächst die finanzielle Situation des Schuldners dahingehend zu prüfen, ob die Rückzahlung des Darlehens gewährleistet ist und ob die gestellten Sicherheiten frei von bereits bestehenden Aus- oder Absonderungsrechten sind.

Als sonstige „insolvenztypische“ Einzahlungen sind die Ansprüche gegenüber den persönlich haftenden Gesellschaftern bzw. Geschäftsleitern und Anfechtungsansprüche in die Finanzplanung zu nennen. Haftungsansprüche gegenüber Geschäftsführern bzw. den Vorständen einer AG können sich z.B. aus dem Gesichtspunkt der Insolvenzverschleppung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 GmbHG, § 92 AktG ergeben.

Anfechtungsansprüche können sich nach Maßgabe der §§ 129ff. InsO ergeben, wenn Gegenstände aus dem Vermögen des Schuldners zum Nachteil der Insolvenzgläubiger an Dritte verschoben wurden. Beim Insolvenzanfechtungsrecht ist zu beachten, dass diese Ansprüche erst mit der Verfahrenseröffnung entstehen und im Regelinsolvenzverfahren nur vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden können.²⁶⁶

Einzahlungen können sich darüber hinaus aus allen sonstigen Schadensersatzansprüchen gegenüber Dritten ergeben.

Bei der Bewertung dieser Ansprüche hat der vorläufige Insolvenzverwalter das Prozesskosten- und Beweisrisiko zu berücksichtigen, d.h. Ansprüche, deren Durchsetzung wegen einer unklarer Sachverhalts- oder Beweislage eher unwahrscheinlich ist, hat er sicherheitshalber mit Null zu bewerten. Entsprechen-

²⁶⁶ vgl. BGH vom 22.12.1982 – VIII ZR 214/81 – WM 1983, 174; BGH vom 11.6.1992 – IX ZR 147/91 – WM 1992, 1334; Hess/Weis, Anfechtungsrecht § 143 Rn. 118; Paulus in Kübler/Prütting, InsO, § 129 Rn. 52; Nerlich in Nerlich/Römermann, InsO, § 129 Rn. 24; FK-InsO/Dauernheim, § 143 Rn. 39;

des gilt auch dann, wenn die Chance, in einem Prozess gegen den Anspruchsgegner zu obsiegen, sehr gut ist, aber gleichzeitig bereits bekannt ist, dass der Gegner selbst insolvent ist.

cc) **Auszahlungen**

Bei den Auszahlungen sind im Finanzplan nicht sämtliche fälligen oder fällig werdenden Verbindlichkeiten einzustellen, sondern nur diejenigen, die von dem Verwalter zur Vermeidung seiner Haftung aus § 61 InsO aus der Masse bedient werden müssen, d.h. nur die **Massekosten** und die sonstigen **Masseverbindlichkeiten**. Außer Acht bleiben demgegenüber die Insolvenzforderungen, da sie erst nach den Masseverbindlichkeiten bedient werden müssen (§ 53 InsO).

Unberücksichtigt bleiben auch die Ansprüche der Absonderungsberechtigten, da diese nur bzgl. des auf der Einnahmenseite unberücksichtigt gebliebenen Verwertungserlöses aus der Sicherheitenverwertung vorrangig befriedigt werden, während ein eventuell bestehender Ausfall als Insolvenzforderung zu begleichen ist, wenn der Schuldner den Sicherungsgläubigern auch persönlich haftet.

Die Aussonderungsberechtigten bleiben auf der Auszahlungsseite außer Betracht, da sie außerhalb des Insolvenzverfahrens Herausgabe des belasteten Gegenstandes verlangen können. Die mit Aussonderungsrechten belasteten Gegenstände sind nicht massezugehörig (§ 47 InsO)²⁶⁷.

²⁶⁷ vgl. Prütting in Kübler/Prütting, InsO, § 47 Rn. 4; Hess/Weis/Wienberg, InsO § 47 Rn. 1; Andres in Nerlich/Römermann, InsO, § 47 Rn. 1; Eickmann in HK-InsO, § 47 Rn.1; FK-InsO/Joneleit/Imberger § 47 Rn. 2; Breutigam in Breutigam/Blersch/Goetsch, Insolvenzrecht § 47 Rn. 1;

α) Massekosten

Hinsichtlich der Massekosten hat der vorläufige Insolvenzverwalter die Höhe der voraussichtlichen Gerichtskosten und seiner Vergütung nebst Auslagen zu ermitteln. Die Berechnung der Gerichtskosten erfolgt nach Maßgabe des GKG und orientiert sich an der Höhe der vorhandenen Masse zum Zeitpunkt der Beendigung des Insolvenzverfahrens (§ 37 GKG)²⁶⁸.

Die Vergütung des vorläufiger Insolvenzverwalters beurteilt sich nach §§ 21 Abs. 2 Nr. 1, 63, 64 InsO i.V.m. § 11 der insolvenzrechtlichen Vergütungsverordnung (InsVV). Gemäß § 11 InsVV soll sie unter Berücksichtigung von Art, Dauer und Umfangs der Tätigkeit des vorläufigen Insolvenzverwalters einen angemessenen Bruchteil der Verwaltervergütung nicht überschreiten. In der Vergangenheit hatte sich im Zusammenhang mit der Sequestervergütung als Regelsatz 25 % der Vergütung des endgültigen Verwalters herausgebildet.²⁶⁹ Angesichts des erweiterten Aufgaben- und Pflichtenkreises des vorläufigen Insolvenzverwalters mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis erscheint ein darüber hinausgehender Prozentsatz als angemessen.²⁷⁰

Neben der Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters ist auch die Vergütung des Insolvenzverwalters in der Finanzplanung zu berücksichtigen, wenn von der Eröffnung des Verfahrens ausgegangen wird.

Die Vergütung berechnet sich gemäß § 1 Abs. 1 InsVV nach der Aktivmasse zum Zeitpunkt der Beendigung des Insolvenzverfahrens. Da der vorläufige

²⁶⁹ vgl. AG Köln vom 19.3.1986 – 71 N 641/85 – ZIP 1986, 1138; Hess, KO § 2 VergVO Rn. 34;

²⁷⁰ vgl. AG Bonn vom 9.7.1999 – 98 IN 23/99 – ZIP 1999, 2167, das einen Satz von 50 % der Insolvenzverwaltervergütung bei einer knapp 2 Monate dauernden Tätigkeit mit einer Vielzahl von Gläubigern wegen der Schwierigkeit des Falles für angemessen erachtet hat; vgl. auch AG Göttingen vom 2.9.1999 – 74 IN 31/99 – NZI 1999, 469; anders noch AG Göttingen vom 2.7.1999 – 71/74 IN 49/99 – NZI 1999, 382;

Insolvenzverwalter bei der Aufstellung des Finanzplanes noch keine exakten Kenntnisse über die Masse zu diesem Zeitpunkt hat, kann die Berechnung der Vergütung nur nach der vorhandenen Masse geschätzt werden²⁷¹. Ob der vorläufige Insolvenzverwalter dabei die Regelvergütung ansetzt oder Zuschläge berücksichtigt, bleibt seiner Einschätzung überlassen, sollte aus Sicherheitsgründen im Finanzplan allerdings eher zu hoch als zu niedrig bemessen sein²⁷².

β) Auszahlungen für Material

Im Rahmen der Auszahlungen hat der vorläufige Insolvenzverwalter die Ansprüche der Lieferanten für Materiallieferungen insoweit zu berücksichtigen, als es sich um Masseverbindlichkeiten handelt. Die bereits als Insolvenzforderungen bestehenden Forderungen sind hierbei außer acht zu lassen. Sie müssen nur dann befriedigt werden, wenn alle Masseverbindlichkeiten gedeckt sind. Für die Insolvenzforderungen haftet der vorläufige Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis zudem nicht, da es sich um Verbindlichkeiten handelt, die der Schuldner begründet hat.

Etwas anderes gilt nur, wenn diese Verbindlichkeiten zugunsten der Lieferanten durch einen Eigentumsvorbehalt gesichert sind, da der vorläufige Insolvenzverwalter in diesem Fall die Forderungen ablösen muss, wenn er den gesicherten Gegenstand in Anspruch nehmen will.²⁷³ Dann muss der vorläufige Insolvenzverwalter in der Finanzplanung berücksichtigen, dass die Forderung des Eigentumsvorbehaltslieferanten bei Erfüllungswahl (§§ 107 Abs. 2, 103 InsO) als zukünftige Masseverbindlichkeit eingestellt werden muss.

²⁷¹ vgl. auch Uhlenbruck in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 325, 329;

²⁷² zur Berechnung der Verwaltervergütung Hess, InsVV, § 1ff; Pape in Kübler/Prütting, InsO, § 55 Rn. 34ff; Hess/Klaas, InVo 1999, 193;

²⁷³ a. A. Schlegel, DZWIR 2000, 94,97, die eine Verwertungsbefugnis abweichend von der vertraglichen Gestaltung zwischen den Parteien aus dem Fortführungsauftrag des vorläufigen Insolvenzverwalters ableitet;

Um die Höhe der erforderlichen Auszahlungen zu ermitteln, bedarf der vorläufige Insolvenzverwalter einer detaillierten Beschaffungsplanung, aus der im einzelnen hervorgeht, welche Materialien in welcher Menge benötigt werden.

γ) Auszahlungen für Personal

Die Lohnansprüche der Arbeitnehmer sind ebenfalls in die Finanzplanung mit einzubeziehen, soweit sie durch den vorläufigen Insolvenzverwalter als Masseverbindlichkeiten begründet wurden, d.h. sofern sie nicht im Wege des Anspruchsübergang nach § 187 SGB III auf die BA übergegangen sind.²⁷⁴ Hier von betroffen sind die Fälle, in denen Beschäftigte aus verschiedenen Gründen, z.B. wegen Versäumnis der Antragsfrist für die Beantragung des Insolvenzgeldes kein Insolvenzgeld in Anspruch nehmen können.

Auszugehen ist dabei von den Bruttolöhnen, da es auf die Höhe der tatsächlichen Auszahlungen ankommt.

Bei den Auszahlungen für das Personal hat der vorläufige Insolvenzverwalter nur auf die zur Aufrechterhaltung des schuldnerischen Betriebes unbedingt erforderlichen Arbeitnehmer abzustellen, die keinen Insolvenzgeldanspruch haben. Im Fall einer Ausproduzierung hat er z.B. konkret zu ermitteln, welche Arbeitnehmer er weiterbeschäftigen muss, da nur hinsichtlich dieser Arbeitnehmer Masseverbindlichkeiten entstehen. Die Höhe der Personalaufwendungen geht aus der zu erstellenden Personalplanung hervor²⁷⁵.

Bei der Auszahlung der Löhne ist auf den jeweiligen vertraglich vereinbarten Fälligkeitszeitpunkt abzustellen.

²⁷⁴ vgl. zu den als Insolvenzforderungen begründeten Arbeitnehmeransprüchen die Ausführungen oben S.18ff.;

²⁷⁵ allgemein zur Personalplanung, Schierenbeck, S. 173f.;

Ergibt sich im Rahmen der Personalplanung, dass ein Teil der Belegschaft entlassen werden muss, so hat der vorläufige Insolvenzverwalter die Mitbestimmungsrechte nach §§ 121 ff. InsO i.V.m. §§ 111 ff. BetrVG zu berücksichtigen und muss eventuelle Sozialplanansprüche der Arbeitnehmer in die Finanzplanung einbeziehen. Da die Höhe der Sozialplanleistungen davon abhängig sein kann, ob der Sozialplan vor oder nach der Verfahrenseröffnung erstellt wurde - § 123 InsO enthält eine absolute und relative Begrenzung des Sozialplanvolumens²⁷⁶ muss auch der Zeitpunkt der Sozialplanerstellung in Betracht gezogen werden.

δ) Auszahlungen für Maschinen und maschinelle Anlagen

Sofern im Rahmen der (betriebswirtschaftlich sinnvollen) Betriebsfortführung die Anschaffung bestimmter Maschinen und maschineller Anlagen erforderlich ist, hat der vorläufige Insolvenzverwalter entsprechende Auszahlungen in dem Finanzplan auszuweisen (Maschinenplanung). Denkbar ist auch der Fall, dass eine bereits vor Insolvenzantragstellung bestellte Maschine erst im Eröffnungsverfahren geliefert wird. In diesem Fall hat der vorläufige Insolvenzverwalter zu prüfen, ob die Maschine zur Fortführung benötigt wird.

ε) Auszahlungen für Betriebskosten

Zu berücksichtigen hat der vorläufige Insolvenzverwalter im Rahmen der Auszahlungen auch die laufenden Betriebskosten zum Fälligkeitszeitpunkt z.B. für Wasser, Strom, Telekommunikation, laufende Versicherungen²⁷⁷ und Miet- bzw. Pachtzins. Hinsichtlich der Höhe kann er sich an den bisherigen Werten orientieren.

²⁷⁶ vgl. dazu Hess, Insolvenzarbeitsrecht, Rn. 36ff; Moll in Kübler/Prütting, InsO, § 123, 124 Rn. 49ff.; Smid in Smid, InsO § 123 Rn. 9ff.;

²⁷⁷ z.B. Kfz-Versicherung, Brandschutzversicherung;

§) **Auszahlungen für Steuern**

Die Steuern, die durch das Handeln des vorläufigen Insolvenzverwalters begründet wurden (§ 55 Abs. 2 InsO)²⁷⁸, z.B. Umsatzsteuer aus der Verwertung von Massegut oder anfallende Lohnsteuer²⁷⁹, hat er zum Zeitpunkt ihres Fälligkeitszeitpunktes in dem Finanzplan auszuweisen. Entsprechendes gilt für die voraussichtliche Masseverwertung im Rahmen des eröffneten Verfahrens (s.o.)²⁸⁰.

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch der Umsatzsteuerbetrag, der bei einer Verwertung von Sicherungsgut im eröffneten Verfahren anfällt²⁸¹, da der Insolvenzverwalter insofern verpflichtet ist, die (vom Verwertungserlös einbehaltene Umsatzsteuer, § 171 InsO) an das Finanzamt abzuführen.

Weiterhin muss der vorläufige Insolvenzverwalter für den Zeitraum des eröffneten Verfahrens die zukünftig fällig werdende Lohnsteuer in dem Finanzplan berücksichtigen. Die Höhe der Lohnsteuer hängt davon ab, wie viele Arbeitnehmer weiter beschäftigt werden sollen. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass der vorläufige Insolvenzverwalter für die nicht einbehaltene und nicht abgeführte Lohnsteuer nach § 42d EStG, §§ 34, 69 AO persönlich haftet.²⁸²

²⁷⁸ z.B. Umsatzsteuer aus der Verwertung; Die Umsatzsteuer muss innerhalb von 10 Tagen nach Ablauf des jeweiligen Voranmeldungszeitraums (d.h. Kalendermonat oder Kalendervierteljahr) angemeldet und bezahlt werden vgl. Hess/Boochs/Weis, Steuerrecht in der Insolvenz, Rn. 1365ff.;

²⁷⁹ siehe auch oben unter Personalauszahlungen; der vorläufige Insolvenzverwalter muss insofern darauf achten, dass er die Lohnsteuer nicht doppelt berücksichtigt;

²⁸⁰ vgl. zur Umsatzsteuerpflicht des Konkursverwalters Frotscher, S.197ff.;

²⁸¹ vgl. auch Pape in Kübler/Prütting, InsO, § 55 Rn. 66; Eickmann in HK-InsO, § 55 Rn. 9;

²⁸² vgl. Hess/Boochs/Weis, Rn. 614; vgl. zum vorläufigen Insolvenzverwalter auch Uhlenbruck in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung S. 325, 351;

Zu berücksichtigen sind im Rahmen der Auszahlungen sonstige Steuern, die im eröffneten Verfahren fällig werden können, etwa Einkommensteuer,²⁸³ Kfz-Steuer,²⁸⁴ Körperschaft- und Gewerbesteuer²⁸⁵, Grunderwerbsteuer²⁸⁶ und Grundsteuer.²⁸⁷

η) Sonstige Auszahlungen

Sonstige Auszahlungen können sich z.B. aus bestehenden Altlasten oder Abfällen ergeben, wenn abzusehen ist, dass die zuständige Behörde den vorläufiger Insolvenzverwalter bzw. den Verwalter in Anspruch nehmen wird²⁸⁸.

Sonstige Auszahlungen können auch auf Prozesshandlungen des Insolvenzverwalters beruhen, wenn ein Rechtsstreit vom vorläufigen Insolvenzverwalter (vgl. § 24 Abs. 2 InsO) oder dem Insolvenzverwalter aufgenommen bzw. anhängig gemacht wird.²⁸⁹

²⁸³ Hess/Boochs/Weis, Rn. 439ff.; Eickmann in HK-InsO, § 55 Rn. 7 auch zu der umstr. Frage, ob Einkommensteuer aus der Aufdeckung stiller Reserven als Insolvenzforderungen oder Masseverbindlichkeiten nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO zu berücksichtigen ist; sicherheitshalber sollte sich der vorläufige Insolvenzverwalter hierbei an der Rspr. des BFH vom 7.11.1963 – IV 210/62 S – NJW 1964, 613; vom 28.3.1984 – IV R 271/83 - ZIP 1984, 853; vom 11.11.1993 – XI R 73/92 - ZIP 1994, 1286 orientieren, die von einer Masseverbindlichkeit ausgeht; a. A. Eickmann, a.a.O., Braun/Uhlenbruck, Unternehmensinsolvenz, S. 142;

²⁸⁴ Hess/Boochs/Weis, Rn. 457; Frotscher, S. 262; Pape in Kübler/Prütting, InsO, § 17;

²⁸⁵ Hess/Boochs/Weis, Rn. 442; Pape in Kübler/Prütting, InsO, § 55 Rn. 15; Eickmann in HK-InsO, § 55 Rn. 8;

²⁸⁶ vgl. Hess/Boochs/Weis, Rn. 455; Frotscher, S. 262; Eickmann in HK-InsO, § 55 Rn. 6;

²⁸⁷ Hess/Boochs/Weis, Rn. 456; Eickmann in HK-InsO, § 55 Rn. 4;

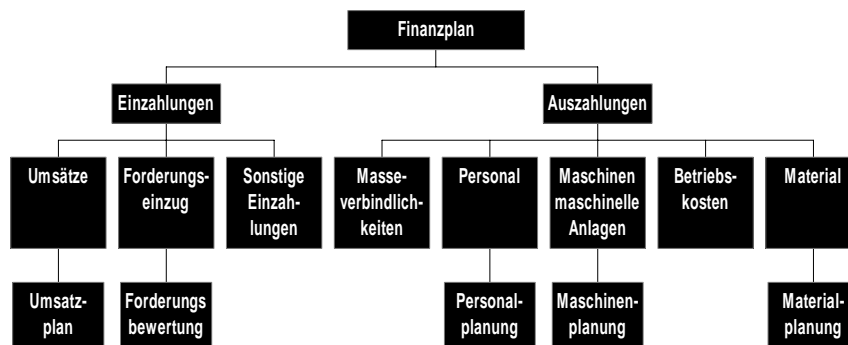
²⁸⁸ vgl. auch Eickmann in HK-InsO, § 55 Rn. 16; ausführlich zu abfallrechtlichen Beseitigungspflichten Hess/Weis/Wienberg, InsO § 38 Rn. 41ff, 50 m. w. Nw., die für die Abgrenzung zwischen Masseverbindlichkeiten und Insolvenzforderungen danach differenzieren, wann die Behörde die Beseitigungsverfügung erlassen hat;

²⁸⁹ vgl. Pape in Kübler/Prütting, InsO, § 55 Rn. 30;

cc) Zusammenfassung der Ein- und Ausgaben

Vereinfacht lassen sich die im Finanzplan zu berücksichtigenden Ein- und Auszahlungen wie folgt darstellen:

Gliederung des Finanzplanes



Hieraus ergibt sich für den Finanzplan vereinfacht folgendes Aufbauschema:

| | Stichtag | Woche 1 | Woche 2 | Woche 3 | Woche 4 | Monat 2, 3, etc. | |
|----------------|----------|---------|---------|---------|---------|------------------|--|
| Einzahlung | | | | | | | |
| Umsätze | | | | | | | |
| sonstige | | | | | | | |
| Auszahlungen | | | | | | | |
| Material | | | | | | | |
| Personal | | | | | | | |
| Maschinen | | | | | | | |
| Betriebskosten | | | | | | | |
| Steuern | | | | | | | |
| Sonstige | | | | | | | |
| Saldo | | | | | | | |

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass der vorläufige Insolvenzverwalter bereits im Rahmen der Finanzplanung eine Reihe von betriebswirtschaftlichen Planungsprozessen durchführen muss, ohne die sich die Höhe der zukünftigen Masseverbindlichkeiten nicht abschätzen lassen. Dass die Finanzplanung hierbei nicht isoliert durchgeführt werden kann, sondern im Rahmen einer Gesamtanalyse des schuldnerischen Geschäftsbetriebs erfolgen muss, wurde bereits oben betont.

III. Pflichtverletzung und fehlerhafte Begründung von Masseverbindlichkeiten

Eine Pflichtverletzung des vorläufigen Insolvenzverwalters ist immer darin zu sehen, wenn er die gebotene Erstellung eines Finanzplanes unterlassen hat. Entsprechendes gilt, wenn er einen Finanzplan aufgestellt hat, und Masseverbindlichkeiten begründet, obgleich eine Deckung aus der Masse nicht ersichtlich ist.

Schwieriger gestaltet sich die Beurteilung dann, wenn sich aus dem erstellten Finanzplan die Deckung ergeben hat, Gläubiger aber dennoch ausgefallen sind, d.h. wenn sich die in dem Finanzplan ausgewiesenen Zahlen im nachhinein als falsch erwiesen haben.

Dies kann zum einen darauf beruhen, dass der vorläufige Insolvenzverwalter pflichtwidrig bestimmte Verbindlichkeiten nicht berücksichtigt hat, z.B., um einen besonders krassen Fall zu nennen, wenn er die Massekosten nicht in den Finanzplan eingestellt hat. Zum anderen kann die Pflichtwidrigkeit auf einer Fehleinschätzung des vorläufigen Verwalters in bezug auf einzelne Rechnungsgrößen, die auf Prognoseentscheidungen fußen, beruhen.²⁹⁰

²⁹⁰ z.B. die kalkulierten Absatzzahlen;

In diesen Fällen stellt sich die Frage, nach welchen Maßstäben sich die „Erkennbarkeit“ beurteilt (dazu unten im Rahmen des Verschuldens).

C. Haftungsbegründende Kausalität

Voraussetzung der deliktsrechtlichen Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters ist der Ursachenzusammenhang zwischen seinem Verhalten und dem Verletzungserfolg. Das Kausalitätserfordernis ist bei einem positiven Tun des Schädigers dann erfüllt, wenn das Verhalten nicht weggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiele (*conditio sine qua non*).²⁹¹

Da im Bereich der Haftungsnorm des § 61 InsO anders als § 823 Abs. 1 BGB die schädigende Handlung bereits gesetzlich auf ein bestimmtes Verhalten beschränkt ist, wirft die haftungsbegründende Kausalität im Rahmen des § 61 InsO keine Probleme auf.

D. Ausschluss der Pflichtwidrigkeit in bestimmten Situationen

Es wurde bereits anhand der Beispiele aufgezeigt, dass der vorläufige Insolvenzverwalter sich bei der Begründung von Masseverbindlichkeiten regelmäßig in einem Interessenkonflikt zwischen seiner Fortführungspflicht und der Vermeidung eigener Haftung befindet. Allein der Umstand, dass der vorläufige Insolvenzverwalter Masseverbindlichkeiten begründet hat, deren Deckung ungesichert ist, kann daher nicht alleine ausreichen, um die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens zu begründen.

Zur Feststellung des Rechtswidrigkeitsurteils kann deshalb anders als im Bereich des § 823 Abs. 1 BGB nicht auf die generelle Indizwirkung des tat-

²⁹¹ zur haftungsbegründenden Kausalität Grunsky in MüKo vor § 249 Rn. 38;

bestandlichen Erfolges zurückgegriffen werden,²⁹² sondern es muss vielmehr einzelfallbezogen untersucht werden, ob die Pflichtwidrigkeit des schuldnerischen Verhaltens aufgrund der jeweiligen Situation ausgeschlossen ist.

I. Einwilligung des Gläubigers bei Kenntnis der Vermögenssituation

Ein Ausschluss der Pflichtwidrigkeit bei der Begründung von Masseverbindlichkeiten ist insbesondere in den Fällen der Einwilligung in die Rechtsverletzung denkbar, namentlich dann, wenn der Vertragspartner Kenntnis von der finanziellen Situation des schuldnerischen Unternehmens hatte. Wie bereits dargestellt²⁹³ ist der vorläufige Insolvenzverwalter im Rahmen des § 61 InsO nicht zur Warnung seines Vertragspartners über die Vermögenssituation des Schuldners verpflichtet. Eine andere Frage ist demgegenüber, ob der vorläufige Insolvenzverwalter sich darauf berufen kann, dass er den Vertragspartner über die drohende Masseunzulänglichkeit informiert habe. Entsprechend zu beurteilen ist der – nicht unbedingt praxisrelevante Fall²⁹⁴ – dass der Vertragspartner bei Begründung der Masseverbindlichkeit aus anderen zuverlässigen Quellen sichere Anhaltspunkte für die desolante vermögensrechtliche Situation des Schuldners hatte.

Die Einwilligung, die als Rechtfertigungsgrund in erster Linie im Bereich des Arzthaftungsrechtes diskutiert wird, greift ein, wenn der Verletzte Kenntnis

²⁹² vgl. zu den unterschiedlichen Auffassungen der Lehre vom Erfolgsunrecht bzw. der Lehre vom Handlungsunrecht Schäfer in Staudinger, BGB § 823 Rn. 1; Mertens in MüKo BGB § 823 Rn. 13 ff.; vgl. auch Schellhammer, Rn. 987;

²⁹³ siehe oben S.48f.;

²⁹⁴ denkbar ist ein solches Handeln des Vertragspartners dann, wenn er etwa eine weitergehende Geschäftsverbindung mit dem Verwalter anstrebt und daher aus unternehmerischem Kalkül eine derartige unsichere Verbindlichkeit eingeht;

von dem voraussichtlichen Verlauf und den möglichen Folgen der tatbestandlichen Handlung hatte.²⁹⁵

Die Einwilligung muss nicht notwendigerweise ausdrücklich erfolgen, sondern kann auch konkludent erteilt werden,²⁹⁶ z.B. vorliegend dadurch, dass sich der Vertragspartner auf ein Geschäft mit dem vorläufigen Insolvenzverwalter einlässt, obgleich ihm bekannt ist, dass die Masse u.U. nicht zur Deckung seiner Verbindlichkeit ausreicht. Der Ausschluss der Rechtswidrigkeit aus dem Gesichtspunkt der Einwilligung kommt allerdings dann nicht zur Anwendung, wenn es nicht ausgeschlossen ist, dass die Rechtsgutsverletzung ausbleibt, d.h. wenn der Vertragspartner darauf vertraut, dass die Masse zum Zeitpunkt der Fälligkeit doch zur Erfüllung seiner Forderung ausreicht.²⁹⁷

In diesem Fall ist die Kenntnis des Vertragspartners deshalb allenfalls im Bereich des § 254 BGB zu berücksichtigen.²⁹⁸

Ein Ausschluss der Pflichtwidrigkeit aus dem Gesichtspunkt der Einwilligung wird daher in der Praxis regelmäßig ausscheiden.

²⁹⁵ zur Rechtsnatur als geschäftsähnliche Willenserklärung vgl. Schäfer in Staudinger BGB, § 823 Rn. 455; vgl. zur Einwilligung auch Palandt/Thomas, BGB, § 823 Rn. 42; Müller Schuldrecht BT Rn. 2418;

²⁹⁶ Schäfer in Staudinger BGB, § 823 Rn. 463; Mertens in MüKo BGB § 823 Rn. 42;

²⁹⁷ Eine rechtfertigende Einwilligung könnte eventuell im eröffneten Verfahren hinsichtlich derjenigen Gläubiger diskutiert werden, die nach Anzeige und öffentlicher Bekanntmachung der Masseunzulänglichkeit durch Insolvenzverwalter bzw. Insolvenzgericht Verträge mit dem Verwalter abschließen. Allerdings wird ein Gläubiger auch in diesem Fall darauf vertrauen, dass die Masse hinsichtlich seiner Forderung gedeckt ist, da § 209 InsO insofern einen Vorrang der nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit begründeten Masseverbindlichkeiten vorsieht;

²⁹⁸ Mertens in MüKo BGB § 823 Rn. 42;

II. Kein Ausschluss der Pflichtwidrigkeit bei Zustimmung des Insolvenzgerichts zu Betriebsmittelkrediten

Da dem vorläufigen Insolvenzverwalter im Eröffnungsverfahren nicht mehr Rechte als dem endgültigen Insolvenzverwalter zukommen sollen, bedarf auch der vorläufige Insolvenzverwalter zur Aufnahme eines Betriebsmittelkredites, den er zur Fortführung des schuldnerischen Unternehmens benötigt, in analoger Anwendung des § 160 Abs. 2 Nr. 2 InsO der Zustimmung des Insolvenzgerichts.²⁹⁹

Allerdings war bereits nach bisherigen Recht anerkannt, dass die Zustimmung des Gläubigerausschusses die Haftung des Konkursverwalters nur bedingt ausschließen konnte, soweit die Handlung des Konkursverwalters vertretbar war.³⁰⁰

Ob die Begründung einer Masseverbindlichkeit vertretbar ist, beurteilt sich danach, ob sie voraussichtlich aus der Masse gedeckt werden kann. Die Begründung erkennbar nicht gedeckter Masseverbindlichkeiten wird nicht vertretbar sein, so dass die Zustimmung des Insolvenzgerichts zur Begründung der Verbindlichkeit den vorläufigen Insolvenzverwalter nicht von der Deckungsprüfung entbindet. Hierfür spricht auch der Umstand, dass sich das Insolvenzgericht bei seiner Zustimmungsentscheidung auf die Informationen des vorläufigen Insolvenzverwalters stützt, d.h. selbst keine eigene Prüfung anstellt. Für eine die Pflichtwidrigkeit ausschließende Wirkung der gerichtlichen Zustimmung ist daher kein Raum.

²⁹⁹ Pohlmann, Rn. 350, 353ff.;

³⁰⁰ vgl. OLG Bamberg vom 24.9.1952 – 2 W 266/52 – NJW 1953, 109; BGH vom 22.1.1985 – VI ZR 131/83 – WM 1985, 423, 424; Lüke, Persönliche Haftung des Verwalters in der Insolvenz, S. 50f.; siehe auch Smid in Smid InsO § 61 Rn. 2 zur Zustimmung sämtlicher Gläubiger;

III. Pflichtwidrigkeit trotz Fortführungspflicht

Zu untersuchen ist, ob sich der vorläufige Insolvenzverwalter im Rahmen der Rechtswidrigkeitsprüfung darauf berufen kann, dass er zur Fortführung des insolventen Betriebs bzw. Unternehmens verpflichtet war.

Bsp. Um das schuldnerische Unternehmen fortzuführen, lässt der vorläufige Insolvenzverwalter zur Aufrechterhaltung der Produktion unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Gegenstände im Wert von DM 30.000,- verarbeiten.

Kirchhof³⁰¹ vertritt die Auffassung, dass die dem starken vorläufigen Insolvenzverwalter in § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO auferlegte Fortführungspflicht ihm alle Maßnahmen gestatte, die zur Erfüllung der Unternehmensfortführung erforderlich seien. § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 komme daher „eine rechtfertigende Wirkung“ zu bzw. das Handeln des vorläufigen Insolvenzverwalters sei „nicht pflichtwidrig“³⁰². Die von ihm begründeten neuen Masseverbindlichkeiten seien vergleichbar mit den bereits bestehenden „unkündbaren“ Verbindlichkeiten.

Dem ist in dieser Pauschalität zu widersprechen, da ansonsten die Gefahr bestünde, dass die Prüfungspflichten des vorläufigen Insolvenzverwalters leer laufen, wenn nach dieser Auffassung lediglich die Erforderlichkeit einzelner Verbindlichkeiten im Rahmen der Betriebsfortführung geprüft werden müsste, nicht aber die Erforderlichkeit der Betriebsfortführung selbst.

³⁰¹ ZInsO 1999, 365, 366;

³⁰² Kirchhof, ZInsO 1999, 365, 366; vgl. auch Wiester, ZInsO 1998,99, 102;

Aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes, die Masse durch die Anordnung entsprechender Maßnahmen zu sichern und zu erhalten,³⁰³ ist zu schließen, dass das Gesetz nicht die Unternehmensfortführung um jeden Preis vorsieht, sondern lediglich die betriebswirtschaftlich sinnvolle Fortführung (s.o.). Die Fortführungspflicht des vorläufigen Insolvenzverwalters stellt keinen Selbstzweck dar, sondern steht notwendigerweise unter der Prämisse der Masseerhaltung. Sie soll nur die Erhaltung von fortführungsfähigen Betrieben und Unternehmen ermöglichen.³⁰⁴ Dass die Verpflichtung des vorläufigen Insolvenzverwalters zur Fortführung des schuldnerischen Betriebs bzw. Unternehmens keine unbedingte ist, sondern u.a. vom Ergebnis der betriebswirtschaftlichen Fortführungsanalyse abhängig ist, folgt bereits aus dem Wortlaut des § 22 Abs. 1 Nr.2 InsO :

„.....ein Unternehmen, das der Schuldner betreibt, bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens fortzuführen, soweit nicht das Insolvenzgericht einer Stilllegung zustimmt, um eine erhebliche Verminderung des Vermögens zu vermeiden.“

Zwar betont der Gesetzgeber in den Materialien zu § 22 InsO, dass der vorläufige Insolvenzverwalter noch nicht gehalten sei, die Fortführungsaussichten zu prüfen.³⁰⁵ Diese Aussage steht aber im Widerspruch zu der Stilllegungsmöglichkeit des § 22 Abs. 1 Nr. 2 InsO und den Haftungsnormen des §§ 60, 61 InsO. Das Gericht ist mangels anderweitiger Informationsmöglichkeiten darauf angewiesen, vom Verwalter über etwaige Fortführungsverluste in Kenntnis

³⁰³ vgl. die in § 21 Abs. 1 InsO getroffene Grundwertung, die in den §§ 21 Abs. 2, 22 Abs. 1 Nr. 1 InsO konkretisiert wird; vgl. auch Delhaes, NZI 1998, 102, 103; Kirchhof in HK-InsO, § 22 Rn. 4ff.; Smid in Smid, InsO § 22 Rn.8ff.;

³⁰⁴ vgl. AG Aachen vom 29.3.1999 – 19 IN 53/99 – ZIP 1999, 1494; Mönning in Nerlich/Römermann, InsO, § 22 Rn. 67ff., 91; Wellensiek, WM 1999, 405, 407; Vallender, DStR 1999, 2034, 2038;

³⁰⁵ vgl. in diesem Zusammenhang die Gesetzesmaterialien zu § 22 InsO, abgedruckt in Balz/Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, S.232;

gesetzt zu werden, um die Entscheidung über eine Stilllegung zu treffen. Die Kenntnis der Verlustsituation erhält der vorläufige Insolvenzverwalter erst über eine Gesamtanalyse des Unternehmens, da die Tagesdaten keine hinreichende Aussage über die zukünftige Entwicklung geben. Würde man die Fortführungsanalyse für entbehrlich halten, so liefe die Stilllegungsmöglichkeit faktisch leer, der vorläufige Insolvenzverwalter könnte auch dann den Betrieb/das Unternehmen fortführen, wenn dies betriebswirtschaftlich widersinnig wäre und zu Verlusten führen würde.

Dieses Ergebnis stände auch in Widerspruch zu den aus § 61 InsO resultierenden Prüfungspflichten, da § 61 ausweislich seines Wortlautes eine Haftung nur dann ausschließt, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter die mangelnde Deckung zum Zeitpunkt der Begründung nicht erkennen konnte. Gleichzeitig ist es nicht interessengerecht, einem vorläufigen Insolvenzverwalter, der das schuldenrische Unternehmen trotz erheblicher Verluste fortgeführt hat, im Rahmen der Haftung nach § 60 InsO gegenüber dem Schuldner und den Gläubigern durch die Annahme einer absoluten und uneingeschränkten Fortführungspflicht zu exkulpieren, da eine konzeptionslose, unzureichend geplante und nicht an den Insolvenzverfahrenszielen ausgerichtete Fortführung regelmäßig insolvenzzweckwidrig ist.³⁰⁶

Der vorläufige Insolvenzverwalter kann sich zur Rechtfertigung eingegangener Masseverbindlichkeiten deshalb nicht darauf berufen, dass diese zur Aufrechterhaltung des Betriebs bzw. Unternehmens erforderlich gewesen seien, sondern muss zunächst die Fortführungsaussichten analysieren (s.o.) und die Deckung der Masseverbindlichkeiten im Wege der Finanzplanung sicherstellen. Kommt der vorläufige Insolvenzverwalter im Rahmen der Unternehmensanalyse zu dem Ergebnis, dass eine Betriebsfortführung zu erheblichen Verlusten führt, so

³⁰⁶ so zutreffend Mönning in Nerlich/Römermann, InsO, § 22 Rn. 67ff.; Wellensiek, WM 1999, 405, 407;

ist er gehalten, die Zustimmung des Insolvenzgerichts zur Stilllegung zu erlangen.³⁰⁷

Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, unter welchen **Voraussetzungen** die **Stilllegung** in Betracht kommt.

Es könnte hier die These vertreten werden, dass eine Stilllegung immer schon dann in Betracht kommt, wenn nicht alle zukünftigen Masseverbindlichkeiten gedeckt werden können, weil in diesen Fällen eine „Erheblichkeit“ der Verluste gegeben wäre.

Aus der Gesetzesbegründung zu § 26 InsO ist ersichtlich, dass der Gesetzgeber bei der Stilllegung im Eröffnungsverfahren von Unternehmen ausgegangen ist, die hohe Verluste erwirtschaften und keine Aussichten auf Sanierung haben.³⁰⁸ Diese Aussage des Gesetzgebers ist vor dem Hintergrund einer weitgehenden Massesicherung und -erhaltung in Hinblick auf nicht stillgelegte Schuldnerbetriebe bzw. -unternehmen während des Eröffnungsverfahrens zu sehen.³⁰⁹ Eine voreilige Stilllegung soll wegen der irreversiblen Folgen gerade vermieden werden.³¹⁰ Mönning weist ergänzend darauf hin, dass den Beteiligten in diesem Zusammenhang Opfer zugemutet würden, die es rechtfertigten, dass in gewissem Umfang auch Massemittel verbraucht würden. Er sieht die Grenze in dem Bereich, in dem die Vermögenseinbußen eine nicht mehr zumutbare Grenze überschritten haben.³¹¹ Die Zumutbarkeitsgrenze sei überschritten, wenn Unterdeckungen drohten, die auch durch die Versilberung wesentlicher Vermö-

³⁰⁷ vgl. dazu insbesondere Wiester, ZInsO 1999, 99, 100;

³⁰⁸ vgl. Begr. RegE zu § 26 InsO abgedruckt in Balz/Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, S. 232; vgl. auch Mönning in Kübler/Prütting, InsO, § 22 Rn. 164; Kirchhof in HK-InsO, § 22 Rn. 10;

³⁰⁹ vgl. zu den irreversiblen Folgen einer Stilllegung oben S. 16; siehe auch BGH vom 11.4.1988 – II ZR 313/87 – ZIP 1988, 727, 728;

³¹⁰ Pohlmann, Rn. 144;

³¹¹ Mönning in Kübler/Prütting, InsO, § 22 Rn. 165;

gensgegenstände nicht abgedeckt werden können, was in bestimmten Fällen auch bei betragsmäßig geringen Verlusten der Fall sein könne.³¹² Als Grundregel sei demgegenüber von einem erheblichen Wertverlust zumindest dann auszugehen, wenn der um die Sicherungsrechte bereinigten Masse ein Verlust von 25 % drohe.³¹³

Demgegenüber sieht Kirchhof eine Vermögensverminderung bereits dann als erheblich an, wenn sich die Befriedigung der Gläubiger ernsthaft zu verschlechtern drohe, was bereits bei einer Einbuße von 10% der Fall sei. Eine Vermögensminderung trete auch dann ein, wenn das Unternehmen nicht kostendeckend arbeite, was auch nicht in zulässiger und zumutbarer Weise vermeidbar sei. Zudem dürfe keine konkrete Aussicht auf eine Sanierung bestehen³¹⁴. Auch hier zeigt sich wiederum das Dilemma des vorläufigen Insolvenzverwalters, der sich gehalten sieht, den Betrieb oder das Unternehmen im Falle etwaiger Sanierungsaussichten möglichst fortzuführen, der aber auf der anderen Seite im Fall des Scheiterns einer persönlichen Haftung ausgesetzt ist.

Diese Aussagen stehen der aufgestellten These nicht entgegen. Eine Vermögensminderung ist nämlich bereits dann gegeben, wenn der Insolvenzverwalter neue Masseverbindlichkeiten, d.h. neue Passiva begründet. Gleichzeitig verschlechtert sich die Befriedigungssituation der Insolvenzgläubiger bei Hinzutreten neuer Massegläubiger, da die Masseverbindlichkeiten gemäß § 53 InsO vor den Insolvenzforderungen zu befriedigen sind. Ist in dieser Situation eine spätere Erfüllung der Masseverbindlichkeiten bereits ausgeschlossen, so gilt

³¹² vgl. auch AG Aachen vom 29.3.1999 – 19 IN 53/99 – ZIP 1999, 1494, das eine weitere Betriebsfortführung bei Verlusten von ca. 270.000- DM und einer freien Masse von 235.000,- DM als unsinnig angesehen hat; siehe in diesem Zusammenhang auch Wellensiek, WM 1999, 405, 410;

³¹³ Mönning in Kübler/Prütting, InsO, § 22 Rn. 166;

³¹⁴ Kirchhof in HK-InsO, § 22 Rn. 10; Pohlmann, Rn. 144; Delhaes, NZI 1998, 102, 103; so auch schon zur KO Castendieck, KTS 1978, 8; vgl. auch Kilger/K. Schmidt KO/VglO/GesO § 106 KO, 4; die Stilllegung ablehnend Gerhardt, ZIP 1982, 1, 7;

dies erst recht für die Insolvenzforderungen, die erst bedient werden, wenn alle Masseverbindlichkeiten erfüllt sind. Dieser Fall unterscheidet sich von der Situation, in der die Masseverbindlichkeiten gedeckt sind und durch die Fortführung lediglich Verluste auf Seiten der einfachen Insolvenzgläubiger eintreten.³¹⁵

Sofern noch nicht einmal die Deckung der vorrangigen Masseverbindlichkeiten gewährleistet ist, erscheint eine weitere Fortführung des Unternehmens den Gläubigern nicht mehr zumutbar, da ein Betrieb oder Unternehmen, das noch nicht einmal mehr in der Lage ist, seine **neu** begründeten Verbindlichkeiten zum Zeitpunkt ihrer Fälligkeit zu befriedigen, unter keinem Gesichtspunkt als fortführungswürdig zu bewerten ist.

In einem derartigen Fall muss das Interesse der Inhaber an der Erhaltung des Unternehmens hinter das Interesse der (Masse-)Gläubiger an der Erhaltung und Sicherung der vorhandenen Masse zurücktreten.³¹⁶

Auf die Fortführungspflicht als Rechtfertigungsgrund kann sich der vorläufige Insolvenzverwalter daher nicht berufen, wenn aus dem schuldnerischen Vermögen nicht einmal die Masseverbindlichkeiten gedeckt werden können. In diesem Fall hat der vorläufige Insolvenzverwalter unverzüglich einen Antrag auf Zustimmung des Insolvenzgerichts zur Stilllegung des schuldnerischen Betriebs oder Unternehmen zu stellen³¹⁷.

³¹⁵ was außerhalb des Insolvenzverfahrens bei der GmbH nach Eintritt eines Insolvenzgrundes bereits zu einer Eigenhaftung des Geschäftsführers nach § 64 GmbHG führen würde, wenn die Insolvenzantragspflicht versäumt würde;

³¹⁶ nicht verschwiegen werden soll an dieser Stelle allerdings das Risiko des Verwalters bei pflichtwidriger Stilllegung einer Haftung gegenüber dem Schuldner ausgesetzt zu werden, vgl. Hauser/Hawelka, ZIP 1998, 1261;

³¹⁷ zu den formellen und inhaltlichen Anforderungen an den Antrag Mönning in Nerlich/Römermann, InsO, § 22 Rn. 157;

Da die Feststellung der Fortführungsaussichten regelmäßig einige Zeit in Anspruch nimmt³¹⁸ – der vorläufige Insolvenzverwalter muss sich nach der Übernahme seines Amtes zunächst einmal die erforderlichen Daten und Informationen beschaffen und auswerten, ist fraglich, ob er sich *bis zum Ergebnis dieser Untersuchung* auf seine Fortführungspflicht stützen kann, soweit er Masseverbindlichkeiten eingeht.

Dem steht allerdings die Kollision zwischen den Interessen der Gläubigern und denen des vorläufigen Insolvenzverwalters entgegen, wonach der vorläufige Insolvenzverwalter berechtigt wäre, in rechtmäßiger Weise in die Rechtsgüter der Massegläubiger einzugreifen, ohne dass diese dem entgegenreten könnten.

Ein Ausschluss der Pflichtwidrigkeit aus dem Gesichtspunkt der Fortführungspflicht ist deshalb generell abzulehnen.

IV. Ausschluss der Pflichtwidrigkeit bei Versagung der Betriebsstilllegung durch das Insolvenzgericht trotz Stilllegungsantrag des Insolvenzverwalters?

Sofern der vorläufige Insolvenzverwalter im Rahmen seiner Fortführungsanalyse zum Ergebnis kommt, dass eine Fortführung wegen der Gefahr erheblicher Verluste ausscheidet, stellt sich die Frage welchen Einfluss der abschlägig beschiedene Antrag des vorläufigen Insolvenzverwalters auf Stilllegung des Betriebes oder Unternehmens auf die Rechtswidrigkeit seines Handelns hat.

Ausweislich des ausdrücklichen Gesetzeswortlautes von § 22 Abs. 1 Nr.2 InsO kann der vorläufige Insolvenzverwalter die Entscheidung über die Stilllegung

³¹⁸ vgl. auch Wiester, ZInsO 1999, 99, 100 mit dem Hinweis, dass eine Handlung in dem gleichen Gesetz nicht gleichzeitig als rechtmäßig und rechtswidrig gewertet werden kann;

nicht ohne Zustimmung des Insolvenzgerichts treffen.³¹⁹ Durch diese gesetzliche Regelung soll vermieden werden, dass der vorläufige Insolvenzverwalter eigenmächtig vollendete Tatsachen schafft. Der Schuldner soll dadurch vor irreversiblen wirtschaftlichen Entscheidungen geschützt werden.³²⁰ Dies hat zur Folge, dass der vorläufige Insolvenzverwalter auch nach Kenntniserlangung von der Aussichtslosigkeit der Fortführung bis zu einer zustimmenden Entscheidung des Insolvenzgerichts zur Fortführung verpflichtet bleibt.

Im Zusammenhang mit einem bereits gestellten Antrag auf Zustimmung zur Stilllegung können sich in Hinblick auf den vorläufigen Insolvenzverwalter mehrere haftungsrechtlich relevante Situation darstellen:

Zum einen vergeht zwischen der Antragstellung und der tatsächlichen Stilllegung- je nach Vorgehensweise des jeweiligen Insolvenzgerichts - möglicherweise noch einige Zeit, bis das Insolvenzgericht einen entsprechenden Beschluss gefasst hat.³²¹ In dieser Zeit besteht einerseits die Fortführungspflicht fort³²², zum andern hat der vorläufige Insolvenzverwalter nunmehr positive Kenntnis von der Masseunzulänglichkeit.

³¹⁹ so auch Mönning in Nerlich/Römermann, InsO, § 22 Rn. 101, 157ff.;

³²⁰ siehe oben S. 17;

³²¹ Wiester, ZInsO 1999, 99, 100; Mönning in Nerlich/Römermann, InsO, § 22 Rn. 102ff. weist zwar auf die absolute Eilbedürftigkeit der Entscheidung hin und vertritt in diesem Zusammenhang die Auffassung, dass das Insolvenzgericht auf den Stilllegungsantrag innerhalb weniger Stunden reagieren müsse; eine andere Frage ist jedoch, ob dies in der Praxis tatsächlich so gehandhabt wird;

³²² vgl. aber auch Mönning in Nerlich/Römermann, InsO, § 22 Rn. 171, der dem vorläufigen Insolvenzverwalter bei unvorsehbaren Ereignissen und nicht kalkulierbaren Entwicklungen, die innerhalb kürzester Zeit zu erheblichen Vermögensminderungen führen, eine sofortige Stilllegungsmöglichkeit ohne Zustimmung des Gerichts als Notmaßnahme zubilligt; selbst wenn man dem folgt, birgt dies für den vorläufigen Insolvenzverwalter immer das Risiko einer Fehleinschätzung mit der Folge, dass das Insolvenzgericht die Stilllegung nachträglich als unzulässig bewertet und seine Genehmigung versagt;

Ist der Beschluss des Insolvenzgericht über den Stillelegungsantrag schließlich ergangen und hat das Insolvenzgericht dem Antrag des vorläufigen Insolvenzverwalters auf Stillelegung seine Zustimmung verweigert³²³, obgleich der vorläufige Verwalter auf die drohende Verlustsituation und mangelnde Massedekung hingewiesen hat,³²⁴ so stellt sich auch hier wieder die Frage, ob ab diesem Zeitpunkt die Rechtswidrigkeit seines Handelns in Hinblick auf die Haftung nach § 61 InsO ausgeschlossen ist,³²⁵ da der vorläufige Insolvenzverwalter die Stillelegungsentscheidung zum einen nicht ohne Zustimmung des Insolvenzgerichts treffen kann. Zum anderen hat er keine Möglichkeit, sein Amt niederzulegen, wenn das Insolvenzgericht seinem Stillelegungsantrag nicht stattgibt, sondern kann allenfalls einen Antrag auf Entlassung bzw. Aufhebung seiner Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis stellen.³²⁶

Gegen eine Haftungseinschränkung sprechen aber auch hier Gläubigerschutzgesichtspunkte, da der vorläufige Insolvenzverwalter gerade in dem Extremfall, dass das Insolvenzgericht eine Stillelegung unbegründeterweise ablehnt, von der Eingehung neuer Masseverbindlichkeiten absehen muss.

³²³ zur Unanfechtbarkeit des Beschlusses Mönning in Nerlich/Römermann, InsO, § 22 Rn. 172;

³²⁴ z.B. weil das Insolvenzgericht die Meinung des vorläufigen Insolvenzverwalters nicht teilt und zunächst ein anderes Gutachten einholen will; Mönning in Nerlich/Römermann, InsO, § 22 Rn. 22 Rn. 104 geht davon aus, dass wegen der Eilbedürftigkeit die Einholung eines Zweitgutachtens ausscheidet;

³²⁵ vgl. insofern auch Haarmeyer ZInsO 1999, 398;

³²⁶ vgl. Lüke in Kübler/Prütting, InsO, § 59 Rn. 9; Hess/Weis/Wienberg, InsO § 59 Rn. 27; § 59 InsO ist über die Verweisung in § 21 Abs. 1 Nr. 1 auch für den vorläufigen Insolvenzverwalter anwendbar, vgl. Hess/Weis/Wienberg, InsO § 59 Rn. 30;

V. **Ausschluss der Pflichtwidrigkeit bei „unechten oktroyierten Masseverbindlichkeiten“**

1. **Problem der unechten oktroyierten Masseverbindlichkeiten**

Ein mehr im Bereich des eröffneten Verfahrens diskutiertes Problem stellen die sogenannten oktroyierten Masseverbindlichkeiten dar. Hierunter sind die Fälle zu verstehen, in denen der Verwalter auf die Entstehung der Masseverbindlichkeit keinen Einfluss hat. Als Beispiel hierfür sind gegenseitige Verträge zu nennen, deren Erfüllung für die Zeit nach Verfahrenseröffnung gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO erfolgen muss. Hierunter fallen u.a. Mietverhältnisse und sonstige Dauerschuldverhältnisse, aus denen nach der Verfahrenseröffnung Ansprüche der Vertragspartner unabhängig von einer Inanspruchnahme der Gegenleistung entstehen³²⁷.

Im Eröffnungsverfahren stellt sich das Problem der oktroyierten Masseverbindlichkeiten nur in eingeschränktem Umfang, da der vorläufige Insolvenzverwalter rechtlich nicht zur Inanspruchnahme von Leistungen verpflichtet ist, sondern nach § 55 Abs. 2 InsO nur dann Masseverbindlichkeiten begründet werden, wenn er selbst Verträge abschließt oder die Gegenleistung aus laufenden Vertragsverhältnissen in Anspruch nimmt. Echte oktroyierte Masseverbindlichkeiten bestehen daher im Insolvenzeröffnungsverfahren nicht. Wie bereits dargestellt, sind aber eine ganze Reihe von Fallgruppen denkbar, in denen der vorläufige Insolvenzverwalter **faktisch** zur Inanspruchnahme einer Leistung

³²⁷ als Pflichtwidrigkeit kann in einem solchen Fall aber u.U. an die Unterlassung einer gebotenen Kündigung angeknüpft werden, vgl. auch die Begr. RegE zu § 61 InsO in Balz/Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, S. 275f.; hat der Insolvenzverwalter hingegen zum erstmöglichen Beendigungstermin gekündigt, so entstehen die Ansprüche für die Dauer der Kündigungsfrist als oktroyierte Masseverbindlichkeiten, auf deren Entstehung er keinen Einfluss hat;

verpflichtet ist³²⁸, um seine Sicherungs- und Erhaltungsaufgaben im Eröffnungsverfahren wahrzunehmen oder Schaden von der Masse abzuwenden. Für diese Fälle bietet sich die Bezeichnung als **unechte oktroyierte Masseverbindlichkeiten** oder „**notwendige Masseverbindlichkeiten**“ an. Unecht deshalb, weil in sonstiger Weise Zwang zur Eingehung derartiger Masseverbindlichkeiten besteht.

Bei den echten oktroyierten Masseverbindlichkeiten im eröffneten Verfahren muss gefragt werden, ob sie überhaupt in den Schutzbereich des § 61 InsO fallen³²⁹, da sie unabhängig von einem Handeln³³⁰ und somit einer Pflichtwidrigkeit des Verwalters entstehen. Für eine derartige Eingrenzung des Schutzbereichs spricht insbesondere der Wortlaut des § 61 InsO: „*durch eine Rechts-handlung begründet hat*“.³³¹

Hierauf kann sich der Insolvenzverwalter im eröffneten Verfahren allerdings nur berufen, soweit es um seine eigene Haftung geht. Im Rahmen der Befriedigung der Masseverbindlichkeiten im Fall der Masseunzulänglichkeit ist er demgegenüber an die gesetzlich normierte Befriedigungsreihenfolge des § 209 InsO gebunden, muss also z.B. die Massekosten vorab erfüllen, auch wenn er dadurch die (teilweise) Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten riskiert, die

³²⁸ als Beispiel ist der oben geschilderte Fall zu nennen, in denen dem Verwalter eine sofortige Räumung der gemieteten Geschäftsräume aus tatsächlichen Gründen nicht möglich ist;

³²⁹ dagegen Peters-Lange ZIP 1999, 421, 423; Uhlenbruck, KTS 1994, 172; Feuerborn KTS 1997, 171; Wiester ZInsO 1998, 102; Smid in Smid InsO § 61 Rn. 5; Braun/Wierzioch DB 1998, 2219;

³³⁰ hierunter fällt auch ein Unterlassen z.B. das Unterlassen der Kündigung zum nächstmöglichen Termin, vgl. Balz/Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, S. 276;

³³¹ diese Frage soll im Rahmen der aufs Eröffnungsverfahren ausgerichteten Untersuchung hier offen bleiben;

durch sein eigenes Handeln begründet wurden.³³² Einen Vorrang der vom Insolvenzverwalter begründeten Masseverbindlichkeiten kennt das Gesetz nicht.

Selbst wenn eine Eingrenzung des Schutzbereiches in Hinblick auf die oktroyierten Masseverbindlichkeiten eingreifen sollte, so stellt sich die Frage, was mit Verbindlichkeiten geschieht, die der Verwalter begründen muss, um seinen gesetzlichen Aufgaben im Rahmen der Verfahrensabwicklung nachzukommen.

An dieser Stelle zeigt sich die Kehrseite des neuen § 54 InsO, wonach ein Insolvenzverfahren auch dann eröffnet werden kann, wenn die Deckung der Massekosten unabhängig von der Erfüllbarkeit der Masseverbindlichkeiten gewährleistet ist. Dies kann zu einer für den Insolvenzverwalter untragbaren Situation führen, soweit es beispielsweise um die Erfüllung seiner steuerrechtlichen oder abfallrechtlichen Beseitigungspflichten geht, bei denen er auf die Mitwirkung Dritter angewiesen ist.³³³ Diese Aufgaben hat er grundsätzlich auch dann zu erfüllen, wenn Masseunzulänglichkeit eingetreten ist.³³⁴ Eine Einstellung mangels Masse nach § 207 InsO ist, solange die Kosten des Verfahrens gedeckt sind, nicht möglich.³³⁵ Der Insolvenzverwalter hat in diesem Fall die Wahl, den Vertragspartner aus eigener Tasche zu entlohnen, d.h. mit ihm persönlich einen Vertrag abzuschließen, um seinen insolvenzrechtlichen Pflichten nachzukommen oder einen Vertrag mit der Masse zu schließen, wozu im Fall der angezeigten Masseunzulänglichkeit allerdings regelmäßig kein nach kaufmännischen Grundsätzen rechnender Vertragspartner bereit sein

³³² nach § 210 InsO sind zunächst die Massekosten, sodann die Masseverbindlichkeiten, die nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit begründet wurden, und schließlich die sonstigen Masseverbindlichkeiten zu bedienen;

³³³ vgl. dazu auch Frenzel/Schmidt, InVo 2000, 149;

³³⁴ vgl. § 208 InsO; Rattunde/Röder, DZWIR 1999, 309, 311; zu den Grenzen der steuerrechtlichen Rechnungslegungspflicht aus dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit BFH vom 23.8.1994 - VII R 143/92 – ZIP 1994, 1969; Wienberg/Voigt, ZIP 1999, 1662, 1664;

³³⁵ vgl. Wienberg/Voigt, ZIP 1999, 1662, 1664;

wird.³³⁶ Sollte er dennoch dazu bereit sein, so muss der Verwalter befürchten, nach § 61 InsO wegen der Nichterfüllbarkeit dieser Verbindlichkeiten in Anspruch genommen zu werden.³³⁷ Unterlässt der Insolvenzverwalter jegliches Handeln, so droht ihm wegen der daraus resultierenden Pflichtverletzung möglicherweise eine Inanspruchnahme von dritter Seite.³³⁸ In jedem dieser Fälle wird die durch Art. 12 GG geschützte Vergütung des Insolvenzverwalters³³⁹ gemindert.³⁴⁰

Dieser Interessenwiderstreit wird von einer neuen Auffassung in der Literatur über eine teleologische Auslegung des § 54 InsO dahingehend gelöst, dass derartige unausweichliche Verwaltungskosten als Annex der Verfahrenskosten bzw. als Auslagen des Verwalters in die Vorrangstellung der Massekosten (vgl. § 209 Abs. 1 Nr. 1 InsO) einbezogen werden.³⁴¹

Demgegenüber hat das AG Charlottenburg in vergleichbar gelagerten Fällen, in denen zwar die Massekosten, nicht aber kurzfristig notwendige Masseverbind-

³³⁶ Wienberg/Voigt, ZIP 1999, 1662, 1664;

³³⁷ Rattunde/Röder DZWiR 1999, 309, 312; Frenzel/Schmidt, InVo 2000, 149, 152;

³³⁸ vgl. Rattunde/Röder, DZWiR 1999, 309, 312ff.; Frenzel/Schmidt, InVo 2000, 149, 152;

³³⁹ vgl. zum Konkursverwalter die Entscheidung des BVerfG vom 30.3.1993 – 1 BvR 1045/89, 1 BvL 11/90 – ZIP 1993, 838, 843, in der das BVerfG dem Vergütungsanspruch im Fall der Massearmut einen Vorrang vor den übrigen Masseschulden aus dem Gesichtspunkt zugewilligt hat, dass es dem Verwalter nicht zugemutet werden könne, masselose Konkurse im öffentlichen Interesse und im Interesse der Gläubiger ohne Aussicht auf eine angemessene Vergütung abzuwickeln;

³⁴⁰ Rattunde/Röder, DZWiR 1999, 309, 312ff., Wienberg/Voigt, ZIP 1999, 1662, 1666; Frenzel/Schmidt, InVo 2000, 149, 152;

³⁴¹ vgl. Rattunde/Röder, DZWiR 1999, 309, 315; enger Wienberg/Voigt, ZIP 1999, 1662, 1665ff., die ein im Ergebnis vergleichbares Ergebnis über die verfassungskonforme Auslegung des Auslagenbegriffes in § 4 Abs. 2 InsVV erreichen; siehe auch Frenzel/Schmidt, InVo 2000, 149, 155;

lichkeiten gedeckt waren, eine Verfahrenseröffnung abgelehnt.³⁴² Auch ein Ausschluss oder eine Milderung der Haftung aus § 61 InsO wird in diesem Zusammenhang diskutiert.

Dem treten Röder/Rattunde³⁴³ mit dem Argument entgegen, dass hierdurch denjenigen Gläubigern, die auf die persönliche Haftung des Verwalters im Fall des Ausfalls ihrer nach § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO bevorrechtigten Forderungen vertrauten, diese Sicherheit verlören, was zur Folge haben müsse, dass die Gläubiger sich in der Konsequenz nur noch gegen Vorkasse oder Übernahme der persönlichen Haftung auf Geschäfte mit dem Verwalter einließen.

Ähnlich gestaltet sich die Situation bei den unechten oktroyierten Masseverbindlichkeiten, die der **vorläufige Insolvenzverwalter im Eröffnungsverfahren** begründet hat, da es sich ebenfalls um notwendige Masseverbindlichkeiten handelt. Hier wirft sich die Frage auf, ob die Tatsache, dass der vorläufige Insolvenzverwalter in Wahrnehmung seiner Sicherungsfunktion zum schnellstmöglichen Handeln verpflichtet war, zum Ausschluss der Pflichtwidrigkeit führt.

Bsp. 1:

Der vorläufige Insolvenzverwalter lässt das Dach notdürftig reparieren, um die gelagerten Gegenstände vor dem Verderben zu bewahren. Hierbei handelt er in erster Linie, um die Masse zu erhalten.

Weder der Rechtfertigungsgrund der Notwehr – es fehlt bereits an einem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff, noch der des Notstandes – die in Frage

³⁴² vgl. AG Charlottenburg vom 3.5.1999 – 107 IN 299/99 – ZIP 1999, 1687; vom 26.4.1999 – 103 IN 502/99 – ZIP 1999, 1688; a.A.: AG Neuruppin vom 10.5.1999 – 15 IN 15/99 – ZIP 1999, 1687;

³⁴³ Rattunde/Röder DZWIR 1999, 309, 314;

stehende Handlung des vorläufigen Insolvenzverwalters stellt weder ein Beschädigen, noch ein Zerstören des Daches dar - greifen ein. Auch der Tatbestand der Selbsthilfe ist aus den gleichen Gründen nicht einschlägig, zudem handelt der vorläufige Insolvenzverwalter nicht zur Durchsetzung oder Sicherung eines Anspruchs, wie es § 229 BGB voraussetzt.³⁴⁴

Bsp. 2:

Die vom vorläufigen Insolvenzverwalter im schuldnerischen Hühnerhof aufgefundenen Hühner drohen unmittelbar zu verhungern, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter nicht innerhalb kürzester Zeit handelt. Der vorläufige Insolvenzverwalter füttert die Hühner daher mit den von L unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Körnern.

Hintergrund des Tätigwerdens ist in diesem Beispiel neben der Erhaltung der Masse die Erfüllung tierschutzrechtlicher Bestimmungen, die dem vorläufigen Insolvenzverwalter ein sofortiges Eingreifen auferlegen.

Auch dieser Sachverhalt lässt sich unter keinen der im BGB geregelten Rechtfertigungsgründe subsumieren. So ist der Rechtfertigungsgrund der Selbsthilfe in Hinblick auf die Verfütterung des Hühnerfutters nicht einschlägig, weil der vorläufige Insolvenzverwalter nicht zur Sicherung eines Anspruchs³⁴⁵, sondern in Erfüllung seiner Pflichten handelt.

Auch der Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen gemäß § 193 StGB, der vor allem im Zusammenhang mit Eingriffen in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und Verletzungen des Persönlichkeitsrechtes anerkannt ist,³⁴⁶ ist nicht einschlägig, da die Verletzungshandlung

³⁴⁴ vgl. Palandt/Heinrichs, BGB § 229 Rn. 1;

³⁴⁵ vgl. Palandt/Heinrichs, BGB § 229, Rn. 2f.;

³⁴⁶ vgl. z.B. BGH vom 4.11.1997 – VI ZR 348/96 – NJW 1998, 377, 380, der in dem zu entscheidenden Fall den Rechtfertigungsgrund verneint hat; s.a. Müller, Schuldrecht BT Rn.

in derartigen Fällen in Beleidigungen oder der Behauptung unwahrer Tatsachen liegt.

Würde man in diesen Fällen das Rechtswidrigkeitsurteil aus dem Gesichtspunkt der notwendigen „Massesicherung bzw. Masseerhaltung“ ausschließen, so würde dies im Ergebnis dazu führen, dass die Vertragspartner einen Eingriff in ihre rechtlich geschützten Interessen³⁴⁷ hinnehmen müssten, der sich ihnen gegenüber als rechtmäßig darstellt, obgleich der Verwalter bei der Begründung der Verbindlichkeiten nicht wusste, ob er zur Erfüllung in der Lage ist. Die Vertragspartner wären demgegenüber auch in den Fällen, in denen z.B. ihr Eigentum in Anspruch genommen wird, nicht in der Lage, dem rechtmäßigen Handeln des vorläufigen Verwalters entgegenzutreten.

Variante zu Bsp. 2:

In dem Augenblick, als der vorläufige Insolvenzverwalter gerade dazu ansetzt, die schuldnerischen Hühner mit dem von L unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Hühnerfutter zu füttern, erscheint L, um seine Ware mitzunehmen.

Ungeachtet der Frage, ob L während des Eröffnungsverfahrens berechtigt ist, Aussonderungsgut an sich zu nehmen, so müsste der Lieferant L bei Ausschluss der Rechtswidrigkeit zugunsten des vorläufigen Insolvenzverwalters gegen seinen Willen zulassen, dass der vorläufige Insolvenzverwalter seine Ware verfüttert, ohne dass L wegen der möglicherweise bestehenden Massearmut konkrete Aussichten auf Zahlung des vereinbarten Kaufpreises hat. Ein Anspruch gegen den vorläufigen Insolvenzverwalter persönlich stünde ihm mangels Rechtswidrigkeit im Sinne des § 61 InsO ebenfalls nicht zur Seite.

2424ff.; Larenz/Canaris, Schuldrecht BT, Bd. 2, 2. Halbband § 75 II 2c; vgl. auch § 824 Abs. 2 BGB;

³⁴⁷ z.B. in das Eigentum wie im Hühnerhoffall;

Darüber hinaus sind aber sowohl im bereits stillgelegten als auch in dem noch fortgeführten Unternehmen Situationen denkbar, in denen der vorläufige Insolvenzverwalter zur Eingehung bestimmter Verbindlichkeiten aufgrund öffentlich-rechtlicher Bestimmungen (z.B. Abfallbeseitigungsvorschriften) verpflichtet ist.

Angesprochen sind dabei in erster Linie die Fälle, in denen der vorläufige Insolvenzverwalter notwendige Masseverbindlichkeiten in Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht (z.B. zur Abfallbeseitigung) eingeht.

Es wirft sich auch hier die Frage auf, ob in derartigen Fällen dennoch von einer Pflichtwidrigkeit des vorläufigen Insolvenzverwalter auszugehen ist, oder ob Fallgestaltungen denkbar sind, in denen eine Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters trotz Kenntnis der mangelnden Massendeckung ausscheidet.

Bsp 3³⁴⁸:

Der vorläufige Insolvenzverwalter sieht sich im Insolvenzeröffnungsverfahren eines Industriebetriebes mit der Situation konfrontiert, dass ein baufälliger Schornstein auf eine benachbarte Straße zu stürzen droht. Er muss zur Beseitigung dieser Gefahr ein Sicherungsunternehmen einschalten, wenn er nicht riskieren will, dass unbeteiligte Dritte oder fremde Gegenstände durch den einstürzenden Schornstein zu Schaden kommen.

Im Rahmen seiner Ermittlungen hat der vorläufige Insolvenzverwalter bereits festgestellt, dass eine freie Vermögensmasse in Gestalt eines Kontoguthabens von 30.000,- DM vorhanden ist. Die Verfahrenskosten im Sinne des §§ 26, 54 InsO umfassen die Verwaltergebühren in Höhe

³⁴⁸ abgewandelter Fall nach Rattunde/Röder, DZWIR 1999, 309,311;

von DM 16.008,- zzgl. der Gerichtskosten von DM 1662,50, d.h. insgesamt DM 17.670,50.

Das Sicherungsunternehmen verlangt DM 20.000 für die Absicherung des Schornsteins.

In diesem Fall sind die reinen Verfahrenskosten gemäß §§ 26, 54 InsO gedeckt, d.h. es liegt eine Ausgangssituation vor, in der das Insolvenzgericht das Insolvenzverfahren eröffnen wird. Obgleich die Verfahrenskosten befriedigt werden können, ist bereits vor der Eröffnung ersichtlich, dass für die vom vorläufigen Insolvenzverwalter nach § 55 Abs. 2 Satz 1 InsO begründeten Masseverbindlichkeiten gegenüber dem Sicherungsunternehmen keine ausreichenden finanziellen Mittel zur Verfügung stehen:

| | |
|---|--------------------|
| • Gerichtskosten | DM 1662,50 |
| • Insolvenzverwaltervergütung (Regelsatz ohne Zuschläge) | DM 16.008,- |
| • Zwischensumme Verfahrenskosten | DM 17.670,- |

Unter Zugrundelegung der Masse von DM 30.000,- ergibt sich folgende Rechnung

| | |
|--|--------------------|
| Masse | DM 30.000 |
| ./. Verfahrenskosten | DM 17.670,- |
| Restmasse | DM 12.330,- |
| ./. Masseverbindlichkeit nach §§ 55 Abs. 2 InsO gegenüber dem Sicherungsunternehmen | DM 20.000,- |
| Unterdeckung | DM 7670,- |

Die Unterdeckung hat zur Folge, dass die Masseverbindlichkeiten des Sicherungsunternehmens im Fall der Verfahrenseröffnung nur in Höhe eines Teilbetrages von DM 12.330,- befriedigt werden können, im übrigen fällt das Unternehmen mit seiner Forderung aus.³⁴⁹

Die vom Gesetzgeber bewusst in Kauf genommene Minimalvorgabe für die Verfahrenseröffnung³⁵⁰ - ursprünglich sollte es sogar ausreichend sein, wenn nur die Verfahrenskosten bis zum Berichtstermin gedeckt waren³⁵¹ - steht vor dem Hintergrund, dass möglichst viele Verfahren eröffnet werden sollen, damit sich der Insolvenzverwalter einen umfassenden Überblick über etwaige Anfechtungsrechte³⁵² und den Schuldenstand verschaffen kann.³⁵³ Sie führt in dem vorgenannten Fall zu dem unbefriedigenden Ergebnis, dass der vorläufige Insolvenzverwalter im eröffneten Verfahren noch nicht einmal die unbedingt erforderlichen - bereits begründeten - Masseverbindlichkeiten decken kann,³⁵⁴ d.h. dass unmittelbar mit Verfahrenseröffnung Masseunzulänglichkeit eintritt.

Da dem vorläufigen Insolvenzverwalter aufgrund seiner bereits gewonnenen Erkenntnisse über die Vermögenssituation des schuldnerischen Unternehmens im Beispielfall schon bekannt war, dass dem Sicherungsunternehmen ein Teilausfall mit der Masseverbindlichkeit droht³⁵⁵, könnte man argumentieren, dass

³⁴⁹ dies steht unter der Prämisse, dass keine anderweitigen Masseverbindlichkeiten vorhanden sind, anderenfalls wäre der Ausfall noch höher;

³⁵⁰ vgl. Dinstühler, ZIP 1998, 1697, 1698;

³⁵¹ vgl. § 30 RegE der InsO, abgedruckt bei Balz/Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, S. 236;

³⁵² die er dann gegebenenfalls mit Hilfe von Prozesskostenhilfe geltend machen kann, vgl.

Hess/Weis/Wienberg, InsO § 4 Rn. 90; Prütting in Kübler/Prütting, InsO, § 4 Rn. 11;

³⁵³ Begründung zu § 26 InsO, abgedruckt bei Balz/Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, S. 237;

³⁵⁴ vgl. dazu auch Wienberg/Voigt, ZIP 1999, 1662 ff.;

³⁵⁵ auf § 61 S. 2 InsO, der hier ersichtlich nicht eingreift, sollen in diesem Zusammenhang noch nicht eingegangen werden;

damit die Voraussetzungen für den Schadensersatzanspruch nach § 61 InsO erfüllt sind und er sich möglicherweise darüber hinaus einem Strafverfahren nach § 263 StGB aussetzt.³⁵⁶

Dieses Ergebnis ist ersichtlich unbefriedigend, da der vorläufige Verwalter das Sicherungsunternehmen einschalten musste, um die von dem einsturzgefährdeten Schornstein ausgehenden Gefahren zu beseitigen. Anderenfalls hätte ihm möglicherweise die Inanspruchnahme nach § 823 BGB bzw. § 836 BGB gedroht.

Der vorläufige Insolvenzverwalter sähe sich somit, unabhängig von der Vorgehensweise, die er wählt, in jedem Fall dem Risiko von Schadensersatzansprüchen ausgesetzt. Dies hat zur Folge, dass die - durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte - Vergütung des Verwalters in jeder Handlungsalternative zu seinen Lasten verringert werden könnte.³⁵⁷ Letztendlich hätte er somit sämtliche Haftungsgefahren des Insolvenzeröffnungsverfahrens persönlich zu tragen, ohne dass ihm in Gestalt einer angemessenen Vergütung ein Ausgleich für das eingegangene Risiko gewährt würde.

Allen oben genannten Beispielfällen ist ein nur schwer lösbarer Interessenkonflikt des vorläufigen Insolvenzverwalters gemein. Es stellt sich daher die Frage, wie dieser Konflikt auch unter Berücksichtigung der Interessen der Vertragspartner des vorläufigen Insolvenzverwalter zufriedenstellend gelöst werden kann.

M.E. spricht viel dafür, die Pflichtwidrigkeit seines Handelns in diesen Fällen davon abhängig zu machen, ob ihm alternative Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung standen. Nur wenn ihm die Pflichtenkollision tatsächlich keine an-

³⁵⁶ Rattunde/Röder, DZWiR 1999.309, 313; vgl. auch Frenzel/Schmidt, InVo 2000, 149, 152;

³⁵⁷ vgl. dazu die Parallelfallgestaltung im eröffneten Verfahren Wienberg/Voigt, ZIP 1999, 1662, 1666; Rattunde/Röder, DZWiR 1999, 309, 315;

dere Wahl lässt, als die Entstehung ungedeckter Masseverbindlichkeiten einerseits oder sonstiger Ersatzansprüche andererseits in Kauf zu nehmen, kann daher eine Pflichtwidrigkeit verneint werden.

Differenziert werden muss wegen der unterschiedlichen Ausgangssituation hierbei zwischen der anfänglichen und nachträglichen Massearmut.

2. Lösungsansätze bei nachträglicher Massearmut

a) Einbeziehung der notwendigen Verwaltungskosten in die Verfahrenskosten nach § 54 InsO

Als Lösungsansatz bietet sich in Anlehnung an Wienberg/Voigt auch in diesem Zusammenhang ein Rückgriff auf den Auslagenbegriff an, um die Verbindlichkeiten, die in dieser Situation eingegangen wurden, als Auslagen in den Geltungsbereich des § 54 InsO, d.h. der Massekosten einzubeziehen.

An dieser Stelle kommt dieselbe Problematik zu Tragen, die bereits im eröffneten masseunzulänglichen Verfahren unter dem Stichwort „unausweichliche Verwaltungskosten“³⁵⁸ im Zusammenhang mit dem § 54 InsO diskutiert wird.³⁵⁹

Nach § 4 Abs. 2 der Insolvenzrechtlichen Vergütungsverordnung (InsVV) kann der Insolvenzverwalter³⁶⁰ die Erstattung besonderer Kosten, die ihm im Einzelfall entstehen, z.B. Reisen als Auslagen erstattet bekommen. Diese Auslagen werden durch § 54 Nr. 2 InsO ausdrücklich zu den Massekosten gezählt. Das hätte zur Folge, dass das Sicherungsunternehmen als Massekostengläubiger

³⁵⁸ vgl. Rattunde/Röder, DZWIR 1999, 311;

³⁵⁹ siehe oben S. 106;

³⁶⁰ auf den vorläufigen Insolvenzverwalter gelten die Vorschriften über die Vergütung des Insolvenzverwalter entsprechend §§ 10 ff. InsVV;

nach Verfahrenseröffnung die Vorrangstellung nach § 209 Abs. 1 Nr. 1 InsO gegenüber allen Gläubigern von sonstigen Masseverbindlichkeiten einnehmen würde.³⁶¹

In diesem Fall stellt sich die Berechnung der Massekostendeckung wie folgt dar:

| | |
|---|------------------|
| Masse | DM 30.000 |
| ./ Vergütung und Gerichtskosten | DM 17.670,- |
| ./ Auslagen gegenüber dem Sicherungsunternehmen | DM 20.000,- |
| Unterdeckung | DM 7670,- |

Dies führt im Beispielsfall zu dem Ergebnis, dass eine Verfahrenseröffnung mangels Masse nach § 26 InsO abgelehnt werden müsste, da die Verfahrenskosten aus der Masse nicht (mehr) gedeckt werden können. Die als Auslagen in den Massekostenbegriff einbezogenen Ausgaben für die Wahrnehmung dringender Massepflichten wären in diesem Fall ursächlich für die Nichteröffnung des Verfahrens.

Gegen diese Lösung sprechen mehrere Aspekte: Der Begriff der Auslagen wird in § 4 Abs. 2 InsVV dahingehend umschrieben, dass es sich hierbei um solche sächlichen Aufwendungen handeln muss, die der (vorläufige) Insolvenzverwalter in einem konkreten Verfahren tatsächlich erbracht hat. Durch die Bezugnahme auf ein bestimmtes Verfahren und den konkreten Einzelnachweis der Auslagen werden diese zu den allgemeinen Geschäftskosten des Verwalters, die unabhängig von einem bestimmten Verfahren anfallen,³⁶² abgegrenzt.³⁶³ Zu

³⁶¹ die ihnen allerdings wenig hilft, wenn noch nicht einmal die vorrangigen Masseverbindlichkeiten befriedigt werden können;

³⁶² z.B. Büromieten, Energiekosten, Angestelltegehälter, etc. vgl. § 4 Abs. 1 InsVV und Delhaes in Nerlich/Römermann, InsO, § 63 Rn. 28;

den Auslagen zählen Reisen des Insolvenzverwalters, Telefon-, Telex- und Faxgebühren, Fotokopier- und Portokosten des Verfahrens.³⁶⁴ Da eine weitergehende Definition des Auslagenbegriffes in der InsVV und der bisher ergangenen Kommentarliteratur fehlt, kann eine weitere Eingrenzung nur über die entsprechende Anwendung der §§ 24ff. BRAGO erreicht werden, die den Ersatz von Auslagen im Rahmen des allgemeinen Anwaltsvertrages regeln. Nach §§ 25 Abs. 3, 26-28 BRAGO sind dem Rechtsanwalt als Auslagen zum einen die bereits oben genannten Post- und Telekommunikationsleistungen sowie Reisekosten zu erstatten. Daneben sind Schreibauslagen nach Maßgabe des § 28 BRAGO als Auslagen erstattungsfähig.³⁶⁵ Dienst- und Werkverträge mit Dritten werden von dem Auslagenbegriff der §§ 25 ff. BRAGO nicht erfasst. Dass der Abschluss von Dienst- und Werkverträgen mit Dritten für die Masse nicht unter den Begriff der Auslagen fällt, zeigt auch die ausdrückliche Regelung des § 4 Abs. 1 Satz 3 InsVV. Hiernach ist der Verwalter berechtigt, für die Masse Dienst- oder Werkverträge mit Dritten abzuschließen, mit der Folge, dass diese Dritten wegen der ausdrücklichen Regelung in § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO einen unmittelbaren vertraglichen Zahlungsanspruch gegenüber der Masse mit dem Rang einer Masseverbindlichkeit erwerben.³⁶⁶

Gegen eine Einbeziehung in den Bereich der Massekosten spricht zudem der Umstand, dass es sich gemäß § 53 InsO auch bei den Massekosten um Masseverbindlichkeiten im Sinne des § 61 InsO handelt und der vorläufige Insol-

³⁶³ Eickmann, Vergütungsrecht § 4 Rn. 5;

³⁶⁴ Delhaes in Nerlich/Römermann, InsO, § 63 Rn. 29; Eickmann in HK-InsO, § 63 Rn. 11; vgl. auch Frenzel/Schmidt, InVo 2000, 149, 155;

³⁶⁵ vgl. auch Gerold/Schmidt/von Eicken/Madert, BRAGO § 25 Rn. 3;

³⁶⁶ vgl. Eickmann, Vergütungsrecht, § 4 Rn. 5; ders. in HK-InsO, § 63 Rn. 12 mit dem Hinweis, dass die bisherige Möglichkeit, die Kosten der Hilfskräfte im Wege der Erstattung von Aufwendungen nach § 5 Abs. 2 VergVO zu erlangen, nach der InsVV nicht mehr zugelassen ist;

venzverwalter auch im Fall der Verfahrensabweisung mangels Masse nach §§ 61, 21 InsO haftet.³⁶⁷

Eine Qualifizierung der unausweichlichen Verwaltungskosten unter den Auslagenbegriff ist daher abzulehnen.

b) Vorabbefriedigung der unausweichlichen Masseverbindlichkeiten

Statt über die Ausweitung des Auslagenbegriffs ist eine Lösung dieses Interessenkonfliktes dergestalt möglich, dass dem vorläufigen Insolvenzverwalter bereits im Eröffnungsverfahren die Befriedigung der betroffenen Massegläubiger zugestanden wird, mit dem Ergebnis, dass für die Verfahrenskosten nur noch der Differenzbetrag zur Verfügung steht.

| | | |
|-----------------------|-----------|-----------------|
| Masse | DM | 30.000,- |
| ./. Gefahrbeseitigung | DM | 20.000,- |
| Restmasse: | DM | 10.000,- |

Dieser Ansatz lässt sich mit einer auf der Masse bzw. dem Grundstück ruhenden „Quasi-Belastung“ rechtfertigen. Ähnlich wie beim Vorhandensein von Absonderungsrechten nur das freie Vermögen für die Berechnung der Masse in Betracht gezogen wird, kommt vorliegend nur der nach Abzug der Gefahrbeseitigungskosten verbleibende Betrag bei der Masse in Ansatz.

Dies hat zur Konsequenz, dass die Insolvenzgläubiger im Eröffnungsverfahren letztlich ähnlich wie im eröffneten Verfahren (vgl. § 53 InsO) vorab befriedigt werden und damit für eine Ausfallhaftung nach §§ 21, 61 InsO kein Raum mehr wäre. § 53 InsO stellt zwar unmittelbar nur auf die Situation des eröffneten Verfahrens ab – dies ergibt sich aus der systematischen Stellung der Norm

³⁶⁷ siehe oben S. 36ff.;

und dem Umstand, dass § 53 InsO von der Erfüllung der Masseverbindlichkeiten *aus der Insolvenzmasse* spricht, welche nach § 38 InsO erst mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entsteht.

Den Massegläubigern wird durch die Regelung des § 53 InsO und den korrespondierenden Vorschriften der §§ 89, 90 InsO eine gegenüber den einfachen Insolvenzgläubigern erheblich erweiterte Rechtsstellung zugestanden. Anders als die Insolvenzgläubiger unterliegen sie bis zur Anzeige der Masseunzulänglichkeit nicht dem Gleichbehandlungsgebot, sondern können außerhalb des Verfahrens die volle Leistung vom Verwalter verlangen und gegebenenfalls auch gegen den Verwalter auf Leistung³⁶⁸ klagen und in die Masse vollstrecken.³⁶⁹

Dem entspricht es, bestimmte Masseverbindlichkeiten bei Fälligkeit bereits im Eröffnungsverfahren zu befriedigen, da hier die Interessenlage vergleichbar ist.

Diese Lösung ist sachgerecht, da sie sowohl die Interessen des Verwalters, der primär an einer Haftungsvermeidung interessiert ist und die des Massegläubigers an der Erfüllung seiner Außenstände berücksichtigt. Auch den Belangen außenstehender Dritter – in dem Beispielsfall die Interessen der potentiell durch den Schornstein gefährdeten Personen – wird durch diesen Ansatz Rechnung getragen. Der Lösungsansatz hat zudem den Vorteil, dass er auch auf die sonstigen praxisrelevanten Fallgruppen anwendbar ist. So lässt sich im oben aufgeführten Hühnerhoffall unter Vermeidung der haftungsrechtlichen Inanspruchnahme des Verwalters eine dogmatisch und zugleich ergebnisorientierte Lösung finden.

³⁶⁸ nicht wie die Insolvenzgläubiger auf Feststellung zur Tabelle;

³⁶⁹ Eickmann in HK-InsO, § 53 Rn. 3ff; Andres in Nerlich/Römermann, InsO, § 53 Rn. 13, 28, 34; Pape in Kübler/Prütting, InsO, § 53 Rn. 14; Hess/Weis/Wienberg, InsO § 53 Rn. 24ff.;

Unter sozialpolitischen Aspekten ist die dadurch erreichte Verfahrenseröffnung ebenfalls wünschenswert, um eine geordnete gleichmäßige Gläubigerbefriedigung zu ermöglichen³⁷⁰ bzw. dem Insolvenzverwalter die Durchsetzung möglicher Anfechtungs- und Haftungsansprüche zu ermöglichen. Zudem können im eröffneten Verfahren die Interessen besonders schutzwürdiger Gläubigergruppen, vor allem der Arbeitnehmer besser verwirklicht werden, z.B. die Ausstellung von Arbeits- und Verdienstnachweisen.³⁷¹

Auch aus Sicht der Gläubiger führt dieses Ergebnis zu einer sachgerechten Lösung, da die nunmehr verbleibende freie Masse bei der Berechnung der im Verfahren anfallenden Gebühren angesetzt wird und sich hierdurch die im Insolvenzverfahren anfallenden Gebühren wesentlich verringern. Im vorliegenden Fall ist danach nur von einer freien Masse von DM 10.000.- auszugehen.

Der Schuldner, wird, sofern es sich bei ihm um eine natürliche Person handelt, ebenfalls an einer Verfahrenseröffnung interessiert sein, da ihm der Zugang zum Restschuldbefreiungsverfahren nur dann eröffnet ist, wenn ein Insolvenzverfahren eröffnet und eine Verteilung stattgefunden hat (vgl. § 289 InsO).³⁷²

Die Kosten des Insolvenzverfahrens setzen sich bei einer Masse von DM 10.000,- wie folgt zusammen:³⁷³

³⁷⁰ vgl. dazu die Allgemeine Begründung zum Regierungsentwurf der InsO, abgedruckt in Balz/Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, 1. Aufl. 1995, S. 4, 15;

³⁷¹ vgl. Smid WM 1998, 1313; Frenzel/Schmidt, InVo 2000, 149;

³⁷² vgl. dazu Keller, ZIP 2000, 688;

³⁷³ es wird davon ausgegangen, dass in einem derartigen Kleinverfahren bereits aus Kostengründen von der Bestellung eines Gläubigerausschusses abgesehen wird;

Berechnung der Regelvergütung des Insolvenzverwalters:

| | | |
|--|---|------------------|
| Teilungsmasse i.S. des § 1 InsVV | = | DM 10.000,- |
| Regelsatz nach § 2 InsVV ³⁷⁴ d.h. 40 % von 10.000,- | | DM 4000,- |
| Auslagenpauschale nach § 8 Abs. 3 InsVV bei Zugrundelegung von einem Jahr Verfahrensdauer | | |
| 15 % der gesetzlichen Vergütung , d.h., 15 % von 4000,- | | DM 600,- |
| <u>zzgl. 16 % Umsatzsteuer gemäß § 7 InsVV</u> | | <u>DM 736,-</u> |
| Summe | | DM 5336,- |

Ermittlung Gerichtskosten:

| | | |
|--|--|-----------------------|
| Teilungsmasse | | DM 10.000,- |
| ½ Gebühr für das Eröffnungsverfahren gemäß § 50 GKG i.V.m Nr. 4110, 4220 KV | | |
| 0,5 x 235,- | | DM 117,50 |
| 2 ½ Gebühren für die Durchführung des Insolvenzverfahrens | | |
| 2,5 x 235,- | | DM 587,50 |
| <u>Veröffentlichungskosten</u> | | <u>ca. DM 2.000,-</u> |
| Summe: | | DM 2.705,- |

Insgesamt betragen die für eine Verfahrenseröffnung gemäß §§ 26, 54 InsO erforderlichen Kosten³⁷⁵ daher:

³⁷⁴ die Regelvergütung wurde vorliegend ohne Zu- und Abschläge i.S.d. § 3 InsVV berechnet;

³⁷⁵ vgl. zur Kostenberechnung auch Keller, ZIP 2000, 688, 691f.;

| | |
|------------------------------------|--------------------|
| Regelvergütung Insolvenzverwalter | DM 5.336,- |
| Gerichtskosten ³⁷⁶ | <u>DM 2.705,-</u> |
| Kosten gemäß §§ 26, 54 InsO | DM 8.041,00 |

Eine Eröffnung ist somit in dem Beispielfall möglich, da die Verfahrenskosten aus der Masse gedeckt werden können. Gleichzeitig ist der vorläufige Insolvenzverwalter von der Haftung für die notwendigen Masseverbindlichkeiten befreit, da ihm die Vorabbefriedigung dieser Ansprüche gestattet wird. Bei noch nicht eingetretener Fälligkeit reicht es demgegenüber aus, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter den zur Erfüllung notwendigen Betrag nicht in die Massekostenrechnung mit einbezieht.

Eine Eröffnung wird aber regelmäßig dann **ausscheiden**, wenn nach Vorabbefriedigung des Massegläubigers aus der verbleibenden Masse noch nicht einmal die Minimalkosten eines Verfahrens (ca. DM 3192,40) unter Berücksichtigung einer Mindestvergütung des Verwalters nach § 2 Abs. 2 InsVV³⁷⁷ und des geringsten Gerichtskostensatzes³⁷⁸ gedeckt werden kann.

Zwar wird in derartigen Fällen auch das Interesse der Gläubiger an einer Verfahrenseröffnung nicht besonders groß sein, wenn abzusehen ist, dass sie noch nicht einmal eine quotale Befriedigung erlangen können. Da die Durchführung eines Insolvenzverfahren keinen Selbstzweck darstellt und nicht der Sicherung des Vergütungsanspruches des Insolvenzverwalter, sondern primär der gleich-

³⁷⁶ die Gerichtskosten ermitteln sich nach §§ 50 GKG i.V.m Nr. 4110, 4220 KV; für das Eröffnungsverfahren fällt hierbei eine ½ Gebühr an, für die Durchführung des Insolvenzverfahrens 2 ½ Gebühren, insgesamt also 3 Gebühren;

³⁷⁷ § 2 Abs. 2 InsVV schreibt als Mindestvergütung DM 1000,- vor, zzgl. der Pauschalauslagen und der USt sind also minimal DM 1177,40 für den Verwalter anzusetzen;

³⁷⁸ die Gerichtskosten betragen nach der geringsten Gebührenstufe DM 150,- zzgl. der Veröffentlichungskosten von ca. 2000,- sind also nochmals DM 2015,- zu veranschlagen;

mäßigen Befriedigung der Gläubiger dienen soll,³⁷⁹ ist in einem derartigen Fall eine Abweisung mangels Masse gerechtfertigt. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens u.a. die Verfolgung von Anfechtungs- und Schadensersatzansprüchen gegenüber Gesellschaftsorganen und Dritten ermöglichen soll, da der vorläufige Insolvenzverwalter bei der Erstellung seines Gutachtens derartige Ansprüche regelmäßig bereits im Rahmen der Ermittlung der Aktivmasse berücksichtigt und mit ihrem mutmaßlichen Wert in seine Rechnungswerke einstellt. Sofern derartige geldwerte Ansprüche vorhanden sind, ist der Wert der freien Masse größer und eventuell aus diesem Grund eine Verfahrenseröffnung möglich.³⁸⁰

Erkennt man das Vorabbefriedigungsrecht des vorläufigen Insolvenzverwalters in den oben genannten Fällen an, so lässt sich die aufgetretene Pflichtenkollision bei den unausweichlichen Masseverbindlichkeiten bereits über den Vorrang dieser Ansprüche lösen.

Aus Gläubigersichtpunkten bedarf es jedoch zur Vermeidung der Masseauszehrung einer scharfen Abgrenzung zwischen den unausweichlichen Masseverbindlichkeiten und sonstigen Masseverbindlichkeiten, die das Privileg der Vorabbefriedigung nicht genießen. Geht der vorläufige Insolvenzverwalter derartige nicht privilegierte Masseverbindlichkeiten ein, so ist sein Handeln als pflichtwidrig zu qualifizieren.

³⁷⁹ vgl. die Allgemeine Begründung des Regierungsentwurfs zur InsO, abgedruckt in Balz/Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, S. 136;

³⁸⁰ diese Ansprüche kann der Insolvenzverwalter im eröffneten Verfahren dann im Rahmen der Prozesskostenhilfe (§ 116 ff. InsO) gegenüber dem Anfechtungsgegner verfolgen, vgl. Hess/Weis/Wienberg, InsO § 4 Rn. 90ff.;

3. Fälle der anfänglichen Massearmut

a) Pflichtenkollision

Wenn die zur Verfügung stehende Masse allerdings **noch nicht einmal zur Erfüllung der eingegangenen Masseverbindlichkeit ausreicht**, stellt sich die Haftungsproblematik des vorläufigen Insolvenzverwalters demgegenüber schwieriger dar. Der vorläufige Insolvenzverwalter sieht sich in dieser Situation mit einer (öffentlich-rechtlichen) Verpflichtung konfrontiert, zu deren Erfüllung ihm von vornherein die finanziellen Mittel fehlen. Geht er derartige Verbindlichkeiten dennoch ein, so soll er nach § 61 InsO haften. Zwar ist in diesen Fällen eine Eröffnung des Verfahrens mangels Masse ausgeschlossen, die Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters greift jedoch auch im Fall der Abweisung mangels Masse ein³⁸¹.

In den Fällen der anfänglichen Massearmut ist die Pflichtenkollision daher noch schwerwiegender, als in der oben untersuchten Fallgruppe, in der zumindest die unausweichlichen Masseverbindlichkeiten gedeckt sind.

b) Vermeidung von Masseverbindlichkeiten im Vorfeld

Auch in diesen Fällen ist im Rahmen der Pflichtwidrigkeit zu prüfen, ob die Pflichtenkollision dem vorläufigen Insolvenzverwalter Handlungsalternativen offen lässt.

In den Altlastenfällen und sonstigen Fällen, in denen Ordnungsbehörden den vorläufigen Verwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis im Wege der Gefahrenabwehr zur Verantwortung ziehen³⁸², muss der vorläufige Insolvenz-

³⁸¹ siehe oben S. 37ff;

³⁸² vgl. zur öffentlich rechtlichen Zustandshaftung des vorläufigen Insolvenzverwalters Lwowski/Tetzlaff, WM 1998, 1509ff.;

verwalter daher vorab prüfen, ob sich die Entstehung einer Masseverbindlichkeit im Sinne des § 55 Abs. 2 InsO nicht von vornherein verhindern lässt.

Er kann nämlich, soweit eine Beseitigungsverfügung ergeht, ein eigenes Tätigwerden unterlassen und die zuständige Behörde stattdessen darauf verweisen, ihn im Wege der Ersatzvornahme in Anspruch zu nehmen. In diesem Fall sind die hieraus resultierenden Ersatzvornahmekosten nur als Insolvenzforderungen zu qualifizieren,³⁸³ da es sich um keine von ihm rechtsgeschäftlich begründeten Verbindlichkeiten im Sinne des § 55 Abs. 2 InsO handelt.

Eine weitere in diesem Zusammenhang auftretende Frage ist, ob sich der vorläufige Insolvenzverwalter durch eine Freigabe der öffentlich-rechtlichen Inanspruchnahme entziehen kann. Im eröffneten Verfahren ist diese Problematik stark umstritten.³⁸⁴ Das Bundesverwaltungsgericht bejaht diese Möglichkeit mit der Folge, dass ab der Freigabe der betroffene Gegenstand aus dem Insolvenzbeschlagnahme gelöst und die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Schuldners mit den damit verbundenen öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen wieder auflebe.³⁸⁵ Dem hält das OVG Lüneburg entgegen, dass die isolierte Freigabe von belasteten Abfällen den Verwalter zumindest in den Fällen, in denen eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung nicht an das Eigentum, sondern an den Betrieb einer Anlage und die Sachherrschaft des Betreibers anknüpfe, von seiner Verpflichtung nicht befreie.³⁸⁶

³⁸³ vgl. BVerwG vom 10.2.1999 – BVerwG 11 C 9.97 – ZIP 1999, 538, 540;

³⁸⁴ so BVerwG vom 20.1.1984 – 4 C 37/80- NJW 1984, 2427; a.A. OVG Lüneburg vom 7.1.1993 – 7 M 5684/92 - NJW 1993, 1671; OVG Mecklenburg-Vorpommern vom 16.1.1997 – 3 L 94/96 - ZIP 1997, 1460; Kilger/K. Schmidt KO/VglO/GesO § 6, 5g;

³⁸⁵ BVerwG vom 20.1.1984 – 4 C 37/80- NJW 1984, 2427; vgl. auch Lüke in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 859, 890 ff.;

³⁸⁶ OVG Lüneburg vom 7.1.1993 – 7 M 5684/92 - NJW 1993, 1671;

Unter einer (echten)³⁸⁷ Freigabe ist die Entlassung eines insolvenzbefangenen Gegenstandes aus dem Insolvenzbeschlagn durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Insolvenzverwalters zu verstehen.³⁸⁸ Das Recht des Insolvenzverwalters zur Freigabe ist gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt, wird aber in § 32 Abs. 3 Satz 1 InsO vorausgesetzt.³⁸⁹ Nach der Rechtsprechung ist der Insolvenzverwalter grundsätzlich zur Freigabe massezugehöriger Gegenstände berechtigt, sofern sie unverwertbar sind oder ein die Verwertungskosten übersteigender Erlös nicht zu realisieren ist.³⁹⁰ Sie ist nur dann als unwirksam anzusehen, wenn sie offensichtlich dem Insolvenzszweck, eine gleichmäßige Befriedigung der Insolvenzgläubiger herbeizuführen, zuwiderläuft und dies unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten offensichtlich ist.³⁹¹

Die echte Freigabe bewirkt, dass der Vermögensgegenstand wieder in das insolvenzfremde Vermögen des Schuldners gelangt, der die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis hinsichtlich dieses Gegenstandes zurückerlangt.³⁹² Die Freigabe muss in diesem Fall gegenüber dem Schuldner oder seinem gesetzlichen Vertreter erklärt werden.³⁹³

³⁸⁷ diese ist abzugrenzen von der sog. modifizierten Freigabe, mit der der Zweck verfolgt wird, den Wert des Massegegenstandes letztlich wieder zur Masse zu ziehen, indem dem Schuldner eine Verwertung ermöglicht wird, dazu Hess/Weis/Wienberg, InsO § 35, 36 Rn. 93;

³⁸⁸ vgl. RG vom 19.10.1918 – Rep V 176/18 – RGZ 94, 55; BGH vom 5.10.1994 – XII ZR 53/93 – WM 1994, 2130, 2132; zum Begriff und den Voraussetzungen Lüke in Kübler/Prütting, InsO, § 80 Rn. 57, 59; Eickmann in HK-InsO, § 80 Rn. 10; Kilger/K. Schmidt KO/VglO/GesO § 6 KO 4d aa;

³⁸⁹ vgl. auch Lüke, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 859, 886;

³⁹⁰ OLG Naumburg vom 1.3.2000 – 5 U 192/99 – ZIP 2000, 976; vgl. auch Eickmann in HK-InsO, § 80 Rn. 10;

³⁹¹ BGH vom 29.5.1961 – VII ZR 46/60 - NJW 1961, 1528, 1529; BVerwG vom 20.1.1984 – 4 C 37/80 – NJW 1994, 2427;

³⁹² vgl. dazu Benckendorff in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 1099, 1103f.;

³⁹³ Lüke in Kübler/Prütting, InsO, § 80 Rn. 59;

Die Diskussion über die Freigabe der Insolvenz stellte sich beim Sequester alten Rechts vor allem in Hinblick auf die Freigabe von Sicherungsgut im Eröffnungsverfahren. In diesem Zusammenhang wurde eine Freigabe an absonderungsberechtigte Gläubiger, die regelmäßig aus umsatzsteuerrechtlichen Gründen³⁹⁴ erfolgte, als zulässig erachtet.³⁹⁵

Auch beim vorläufigen Insolvenzverwalter wird die Befugnis zur Freigabe vorausgesetzt³⁹⁶. Für eine Freigabebefugnis des vorläufigen Insolvenzverwalters spricht der Umstand, dass durch die Freigabe die Masse letztendlich entlastet wird. Dies steht auch nicht in Widerspruch zu der Sicherungsfunktion des vorläufigen Insolvenzverwalters, da die Sicherung eines Gegenstandes, der nicht werthaltig ist, sondern die Masse im Gegenteil belastet, für die Gläubiger nicht von Interesse ist.

Umstritten ist jedoch die Frage, ob die Freigabemöglichkeit auch bei Handelsgesellschaften³⁹⁷ besteht.³⁹⁸ Karsten Schmidt³⁹⁹ lehnt eine Freigabebefugnis mit der Begründung ab, dass der Verwalter zur Vollliquidation der Gesellschaft berufen sei. Dies führt er unter anderem darauf zurück, dass in dem Regie-

³⁹⁴ die Freigabe an den Sicherungsnehmer ist als umsatzsteuerpflichtige entgeltliche Lieferung anzusehen; bei Freigabe vor der Verfahrenseröffnung wurde der Umsatzsteueranspruch des Finanzamtes als einfache Konkursforderung begründet;

³⁹⁵ wobei sich hier die Besonderheit ergab, dass der Sequester ja noch gar keine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den Massegegenstand innehatte;

³⁹⁶ Pohlmann Rn. 271, 476;

³⁹⁷ einschließlich sonstiger juristischer Personen und Personengesellschaften, vgl. K. Schmidt, ZIP 1997, 1441, 1444;

³⁹⁸ zustimmend BGH vom 28.3.1996 – IX ZR 77/95 - ZIP 1996, 842, 844; OLG Naumburg vom 1.3.2000 – 5 U 192/99 – ZIP 2000, 976; Förster, ZInsO 2000, 315; ablehnend OVG Greifswald vom 16.1.1997 – 3 L 94/96 - ZIP 1997, 1460; K. Schmidt, ZIP 1997, 1441, 1444; vgl. auch die Nachweise bei Eickmann in HK-InsO, § 80 Rn. 10; offengelassen bei Lüke in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 859, 889f.;

³⁹⁹ Kilger/K. Schmidt KO/VglO/GesO § 6, 5g; ders. Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 1199, 1208; vgl. auch Lüke, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 859, 887;

rungsentwurf des § 1 Abs. 2 Satz 3 RegE⁴⁰⁰ ausdrücklich vorgesehen war, dass das Insolvenzverfahren bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit an die Stelle der gesellschafts- oder organisationsrechtlichen Abwicklung treten solle. Obgleich dieser Satz in der endgültigen Fassung des § 1 InsO weggefallen ist, geht K. Schmidt wegen der in § 199 Abs. 2 InsO enthaltenen Regelung, wonach der Insolvenzverwalter einen nach der Schlussverteilung etwa überbliebenen Überschuss an die Gesellschafter herauszugeben habe, davon aus, dass der Gesetzgeber am Grundsatz der Vollabwicklung festgehalten habe. K. Schmidt geht deshalb davon aus, dass die Masse im Sinne des § 35 InsO im Unternehmenskonkurs das gesamte Vermögen einschließlich sämtlichen Neuerwerbs erfasse, ohne dass Raum für insolvenzfremde Gegenstände sei⁴⁰¹.

Daraus darf jedoch nicht zwingend folgen, dass nicht nachträglich noch freie Masse entstehen kann.⁴⁰² Hierfür spricht der Umstand, dass § 32 Abs. 3 Satz 1 InsO die Freigabeberechtigung des Insolvenzverwalters ausdrücklich vorausgesetzt hat, zum anderen die in § 80 InsO geregelte Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters.⁴⁰³ Zudem mag eine Vollabwicklung der schuldnerischen Gesellschaft zwar gesetzgeberisch in geeigneten Fällen erwünscht sein, eine Vorschrift, wonach der Insolvenzverwalter hieran zwingend gebunden sei, existiert demgegenüber nicht.⁴⁰⁴ Im Eröffnungsverfahren

⁴⁰⁰ abgedruckt bei Balz/Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, S. 202;

⁴⁰¹ vgl. K. Schmidt, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 1199, 1208f.; vgl. bereits zum alten Recht K. Schmidt/Schulz, ZIP 1980, 1015; a.A. BGH vom 28.3.1996 – IX ZR 77/95 – ZIP 1996, 842; Lwowski/Tetzlaff, WM 1998, 1509, 1511 Fn. 18 mit dem Hinweis, dass es sich bei den freigegebenen Gegenständen gerade nicht um Neuerwerb handle, so dass zumindest diese Gegenstände notwendigerweise insolvenzfremdes Vermögen darstellen;

⁴⁰² vgl. auch Andres in Nerlich/Römermann, InsO, § 35 Rn. 3;

⁴⁰³ so auch Andres in Nerlich/Römermann, InsO, § 36 Rn. 51; vgl. auch Lwowski/Tetzlaff, WM 1998, 1509, 1511 Fn. 18;

⁴⁰⁴ vgl. auch Hess, KO § 38 Rn. 39; Mitlehner, Anmerkung zu OLG Naumburg vom 1.3.2000 – 5 U 192/99 – ZIP 2000, 976;

kann diese von K. Schmidt/Schulz ausgehende Diskussion bereits deshalb offen bleiben, weil hier eine Vollabwicklung der Gesellschaft noch nicht zur Debatte steht.

Offen bleiben kann in der vorliegenden Erörterung letztlich auch die oben angeschnittene Frage, ob sich der vorläufige Insolvenzverwalter durch die Freigabe seiner öffentlich-rechtlichen Verantwortung entziehen kann, da es an dieser Stelle in erster Linie um die Vermeidung von **Masseverbindlichkeiten** geht. Selbst wenn man also davon ausginge, dass die Freigabe den vorläufigen Insolvenzverwalter in den Fällen, in denen die Haftung an den Besitz des Verwalters anknüpft, nicht aus seiner Verpflichtung zur Gefahrbeseitigung entließe⁴⁰⁵, so könnte der Verwalter die zuständige Behörde auch in diesen Fällen zumindest auf die Ersatzvornahme verweisen. Die Kosten dieser Ersatzvornahme würden dann ebenfalls nicht als Masseverbindlichkeiten begründet.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass der vorläufige Insolvenzverwalter in den Fällen der öffentlich-rechtlichen Inanspruchnahme durch die Verweisung der zuständigen Behörde auf die Ersatzvornahme bzw. durch die Freigabe des belasteten Gegenstandes die Entstehung von Masseverbindlichkeiten vermeiden kann.

Entscheidet er sich in diesen Fällen trotz dieser Handlungsalternative dennoch für die Eingehung von Masseverbindlichkeiten, so stellt sich sein Handeln als pflichtwidrig dar.

In den übrigen Fällen, in denen der vorläufige Insolvenzverwalter aufgrund einer unlösbaren Pflichtenkollision Masseverbindlichkeiten einget, ohne dass ihm eine Handlungsalternative zur Verfügung steht, ist sein Handeln nicht als pflichtwidrig zu qualifizieren.

⁴⁰⁵ vgl. die Argumentation des BGH vom 5.10.1994 – XII ZR 53/93 - WM 1994, 2130, 2133;

4. Ergebnis

Die Frage der Pflichtwidrigkeit beurteilt sich bei unausweichlichen Masseverbindlichkeiten danach, ob der vorläufige Insolvenzverwalter sich bei der Eingehung in einer unlösbaren Pflichtenkollision befand.

Sofern die freie Masse zur Deckung der notwendigen Masseverbindlichkeiten ausreicht, ist der vorläufige Insolvenzverwalter berechtigt, die Masseverbindlichkeit vorab zu befriedigen, so dass für die Berechnung der Massekostendeckung dieser Betrag bereits abgezogen wird. Eine Haftung kommt in diesen Fällen schon deshalb nicht in Betracht, weil die Massegläubiger keinen Ausfall erleiden.

Pflichtwidrig und haftungsbegründend kann danach nur die Eingehung nicht notwendiger Masseverbindlichkeiten sein.

Bei den Fällen der anfänglichen Massearmut ist zu untersuchen, ob der vorläufige Insolvenzverwalter insofern Handlungsalternativen hatte, als er die Entstehung von Masseverbindlichkeiten dadurch hätte vermeiden können, dass er den belasteten Gegenstand freigibt oder auf eine Ersatzvornahme verweist. Fehlt es demgegenüber an derartigen Alternativen, so kann die Eingehung notwendiger Masseverbindlichkeiten nicht als pflichtwidrig angesehen werden.

Wie die obigen Ausführungen gezeigt haben, stellt sich die Eingehung ungedeckter Masseverbindlichkeiten durch den vorläufigen Insolvenzverwalter nur dann nicht als pflichtwidrig dar, wenn sich der vorläufige Insolvenzverwalter bei der Begründung unechter oktroyierter Masseverbindlichkeiten in einer nicht anders lösbaren Pflichtenkollision befunden hat.

In allen übrigen Fällen ist er verpflichtet, von der Begründung nicht gedeckter Masseverbindlichkeiten abzusehen.

E. Ausschluss des Verschuldens

Da § 61 InsO seiner Struktur nach den deliktsrechtlichen Haftungsnormen des §§ 823 ff. BGB bzw. § 60 InsO entspricht, und eine verschuldensabhängige Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters normiert,⁴⁰⁶ sind im folgenden die Anforderungen an das Verschulden des vorläufigen Insolvenzverwalters zu untersuchen. Des weiteren wird der Frage nachgegangen, ob auf der Schuldenebene eine Haftungsbegrenzung zugunsten des vorläufigen Insolvenzverwalters möglich ist.

I. Verschuldensmaßstab

Verschulden im Sinne des Privatrechts⁴⁰⁷ ist nach § 276 Abs. 1 BGB im Fall des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit gegeben.⁴⁰⁸

II. Haftung für vorsätzliches Handeln des vorläufigen Insolvenzverwalters

Der Vorsatz ist die schwerste Schuldform des Zivilrechts.⁴⁰⁹ Vorsatz im Sinne des § 276 BGB beinhaltet das Wissen und Wollen des rechtswidrigen Erfolges: Der Handelnde muss also den rechtswidrigen Erfolg vorausgesehen und in seinen Willen aufgenommen haben. Dabei ist es nicht erforderlich, dass der Erfolg gewünscht oder beabsichtigt war.⁴¹⁰

⁴⁰⁶ siehe oben S. 44ff;

⁴⁰⁷ außerhalb und innerhalb des BGB vgl. Palandt/Heinrichs BGB § 276 Rn. 4;

⁴⁰⁸ Hanau in MüKo BGB § 276 Rn. 2;

⁴⁰⁹ Hanau in MüKo BGB § 276 Rn. 52;

⁴¹⁰ Heinrichs/Palandt, BGB § 276 Rn. 10; vgl. auch Hanau MüKo BGB § 276 Rn. 41;

Eine Vorsatzhaftung kommt vorliegend allenfalls bezüglich der vom vorläufigen Insolvenzverwalter in Kenntnis der Massearmut eingegangenen Masseverbindlichkeiten in Betracht. Im einzelnen handelt es sich dabei um die nicht unter den Begriff der unechten oktroyierten Masseverbindlichkeiten fallenden Forderungen, die der vorläufige Insolvenzverwalter eingegangen ist, um z.B. seiner Fortführungspflicht nachzukommen.

Da er sich auch hierbei in einem Interessenkonflikt zwischen seiner Pflicht zur Aufrechterhaltung des schuldnerischen Unternehmens und der Vermeidung einer eigenen Haftung befand, der sich jedoch nicht so schwerwiegend darstellt, wie im Fall der unechten oktroyierten Masseverbindlichkeiten, stellt sich die Frage, ob ein Haftungsausschluss auf der Ebene des Verschuldens möglich ist.

1. Lösungsansatz Entschuldigungsgrund

Für die Lösung dieser Konfliktsituation böte sich zum einen der Weg über einen Entschuldigungsgrund an, d. h. die Frage, ob sich der Insolvenzverwalter haftungsausschließend darauf berufen kann, dass er aufgrund seiner Fortführungspflicht Masseverbindlichkeiten eingehen musste.

Entschuldigungsgründe werden - anders als im Strafrecht - im Zivilrecht allerdings nur in sehr engem Umfang anerkannt.⁴¹¹ und sind hier nicht ersichtlich.

⁴¹¹ vgl. Palandt/Heinrichs, § 276 Rn. 7;

2. Haftungsausschließende Genehmigung durch das Insolvenzgericht?

Da über die allgemeinen Entschuldigungsgründe vorliegend kein Ausschluss der Haftung für die vorsätzlich begründeten Masseverbindlichkeiten möglich ist, muss geprüft werden, ob eine interessengerechte Lösung im Wege einer insolvenzspezifischen Haftungsbegrenzung erfolgen kann.

Eine Lösungsmöglichkeit bestünde darin, das Insolvenzgerichts von dem Konfliktfall in Kenntnis zu setzen und um gerichtliche Einwilligung zur **Vornahme** der gebotenen Handlung und damit zur Eingehung der Masseverbindlichkeit zu ersuchen. Dieser Genehmigung des Insolvenzgerichts müsste eine haftungsausschließende Wirkung in Hinblick auf § 61 InsO zukommen, um der Situation des vorläufigen Insolvenzverwalters ausreichend Rechnung zu tragen.

Allerdings stellt sich sodann die Frage, wer für die **Kosten** der erforderlichen Maßnahme aufkommt. Hier stellt sich wieder das Problem, dass kein (potentieller) Vertragspartner zur Erbringung einer Leistung bereit sein wird, wenn deren Bezahlung nicht gesichert ist. Primär haftet in einem derartigen Fall zwar der Schuldner als Träger der Masse. Da dieser gerade nicht (voll) leistungsfähig ist, und eine Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters aus den oben genannten Gründen abgelehnt wurde, muss die Frage erörtert werden, ob in derartigen Fällen nicht eine Kostentragung durch das Insolvenzgerichts möglich ist. Für eine derartige Aufbürdung von Kostenpflichten fehlt jedoch eine gesetzliche Regelung.

Eine Genehmigung zur Eingehung der Masseverbindlichkeit führt deshalb ebenso wenig zu einem befriedigenden Ergebnis.

3. Entlassungsantrag des vorläufigen Insolvenzverwalters

Um dem vorläufigen Insolvenzverwalter einen Ausweg aus seiner Interessenkonfliktsituation zu ermöglichen, bliebe als insolvenzrechtlicher Lösungsansatz noch die Möglichkeit, in derartigen Fällen einen Entlassungsantrag stellen.⁴¹² Dabei könnte man darauf abstellen, dass das Insolvenzgericht wegen der Unzumutbarkeit einer Fortführung der vorläufigen Verwaltungstätigkeit dem Antrag stattgeben müsse.

Diese Vorgehensweise würde zwar zu einem für den vorläufigen Insolvenzverwalter befriedigenden Ergebnis führen, nämlich einen Ausschluss der Haftung für die Zukunft. Allerdings hätte die Entlassung des vorläufigen Insolvenzverwalters nachteilige Folgen für den Verfahrensfortgang, da er die mit seiner Bestellung verbundenen insolvenzrechtlichen Pflichten - Massesicherung, Masseerhaltung und Prüfung der Verfahrensdeckung - nicht weiter erfüllen würde. Die Entlassung des vorläufigen Insolvenzverwalters vor Beendigung seiner Aufgaben hätte daher letztlich zur Konsequenz, dass das Gericht, um den in § 5 Abs. 1 InsO niedergelegten Ermittlungspflichten nachzukommen, einen neuen vorläufigen Insolvenzverwalter oder Gutachter bestellen würde, der sich erneut einarbeiten müsste.

Zudem kann die Entlassung des vorläufigen Insolvenzverwalters seine Haftung nur für die Zukunft beschränken. Bezüglich der bereits eingegangenen Verbindlichkeiten kann das Verschulden demgegenüber nicht mehr ausgeschlossen werden.

Dieser Ansatz führt daher zu keinem tragbaren Ergebnis.

⁴¹² ausgeschlossen ist demgegenüber wohl eine Amtsniederlegung, vgl. Lüke in Kübler/Prütting, InsO, § 59 Rn. 2, 9; Hess/Weis/Wienberg, InsO § 59 Rn. 27; Delhaes in Nerlich/Römermann, InsO, § 59 Rn. 6; Eickmann in HK-InsO, § 59 Rn. 6; Smid in Smid, InsO § 59 Rn. 11; zur KO: Kilger/K. Schmidt KO/VglO/GesO § 84 KO, 3; Kuhn/Uhlenbruck, KO § 84 Rn. 4;

Alternativ zum Entlassungsantrag könnte der vorläufige Insolvenzverwalter beim Insolvenzgericht allerdings auch beantragen, die Sicherungsmaßnahmen im Eröffnungsverfahren dahingehend einzuschränken, dass ihm die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das schuldnerische Vermögen durch eine Anordnung im Sinne des § 21 InsO wieder entzogen wird. Da das Insolvenzgericht nach § 21 Abs. 1 nur verpflichtet ist, die zur Vermeidung der Gläubigerbenachteiligung erforderlichen Maßnahmen anzuordnen, kann daraus im Wege des Umkehrschlusses gefolgt werden, dass es zur Aufhebung nicht mehr erforderlicher Anordnungen berechtigt, wenn nicht sogar verpflichtet ist.⁴¹³

Dies hat zwar zur Folge, dass die Chancen, einen vertragsbereiten Dritten zu finden, um so geringer sind. Kann der potentielle Vertragspartner nämlich bei einem vorläufigem Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis zumindest damit rechnen, dass er den vorläufigen Insolvenzverwalter im Wege des Schadensersatzanspruches nach §§ 21, 61 InsO zur Verantwortung ziehen kann, so fällt diese Möglichkeit beim vorläufigen Insolvenzverwalter ohne Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis weg, da dieser nicht zur Eingehung von Masseverbindlichkeiten berechtigt ist. Geht er dennoch Vertragsbeziehungen mit dem vorläufigen Insolvenzverwalter ohne Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis ein, so muss er sich von vornherein um anderweitige Sicherheiten bemühen bzw. einem Ausfall der Forderungen rechnen, so dass er nur eingeschränkt schutzwürdig ist.

Für den vorläufigen Insolvenzverwalter ist diese Lösung befriedigend, da er für die neu eingegangenen Verbindlichkeiten nicht mehr nach §§ 61, 21 haftet.

Auch diese Lösung entfaltet allerdings keine Wirkung in Hinblick auf die bereits vor diesem Zeitpunkt vom vorläufigen Insolvenzverwalter begründeten Masseverbindlichkeiten.

⁴¹³ vgl. zur Zulässigkeit der nachträglichen Einschränkung der vorläufigen Insolvenzverwaltung Mönning in Nerlich/Römermann, InsO, § 22 Rn. 207;

In den Fällen in denen der vorläufige Insolvenzverwalter in Erfüllung seiner Fortführungspflicht Masseverbindlichkeiten eingeht riskiert er seine persönliche Inanspruchnahme nach §§ 61, 21 InsO. Ein Ausschluss des Verschuldens für bereits bestehende Verbindlichkeiten besteht nicht.

Der vorläufige Insolvenzverwalter kann beim Insolvenzgericht lediglich auf eine baldige Aufhebung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis drängen, um die zukünftige Entstehung von weiteren Masseverbindlichkeiten und damit seine Haftung zu vermeiden.

III. Haftung für Fahrlässigkeit

Der Begriff der Fahrlässigkeit ist in der Insolvenzordnung nicht spezialgesetzlich geregelt. Maßgeblich für Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters ist deshalb der in § 276 BGB geregelte Fahrlässigkeitsbegriff,⁴¹⁴ der durch den in § 60 InsO enthaltenen Sorgfaltsmaßstab konkretisiert wird.

Eine Haftung für Fahrlässigkeit im Zusammenhang mit der Begründung neuer Masseverbindlichkeiten kommt in Betracht, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.⁴¹⁵ Aus den zur Insolvenzordnung erschienenen Kommentaren lässt sich entnehmen, dass für eine Fahrlässigkeitshaftung des Insolvenzverwalters – entsprechendes muss auch für den vorläufigen Insolvenzverwalter gelten - bereits leichte Fahrlässigkeit ausreichend ist.⁴¹⁶

⁴¹⁴ Abeltshauer in Nerlich/Römermann, InsO, § 61 Rn. 17 und § 60 Rn. 58;

⁴¹⁵ vgl. § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB zur Bestimmung des zivilrechtlichen Fahrlässigkeitsbegriffes vgl. Palandt/Heinrichs BGB § 276 Rn. 12; Hanau in MüKo, BGB, § 276 Rn. 74ff.; Löwisch in Staudinger BGB § 276 Rn. 16ff.; vgl. auch Hess/Weis/Wienberg, InsO § 60 Rn. 72;

⁴¹⁶ Hess/Weis/Wienberg, InsO § 60 Rn. 72; Smid in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung S. 453, 473 mit Verweis auf FK-InsO/Hössl, § 60 Rn. 38; Abeltshauer in Nerlich/Römermann,

Wie der Vorsatz besteht auch die Fahrlässigkeit aus einem intellektuellen und einem voluntativen Element, d.h. sie setzt Erkennbarkeit und Vermeidbarkeit der drohenden Tatbestandsverwirklichung voraus.⁴¹⁷ Dabei ist die Frage der Erkennbarkeit zum Teil tatsächlicher Art: Gefragt wird danach, welche Umstände zur Tatzeit (d.h. ex ante) erkennbar waren und mit welchen Auswirkungen dieser Umstände gerechnet werden konnte. Der normative Aspekt der Erkennbarkeit zeigt sich dagegen in der Fragestellung, welche Überprüfungspflichten in Bezug auf vorhandene Gefahren und mögliche Schadensfolgen angenommen werden.⁴¹⁸

Das voluntative Element der Vermeidbarkeit liegt vor, wenn die Tatbestandsverwirklichung bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt vermieden werden musste und konnte.⁴¹⁹

Maßgeblicher **Sorgfaltsmaßstab** ist auch bei der Haftung nach § 61 InsO der in § 60 InsO geregelte Haftungsmaßstab, nämlich die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften vorläufigen Insolvenzverwalters (§ 60 Abs. 1 Satz 2 InsO)⁴²⁰.

Dieser Haftungsmaßstab lehnt sich an vergleichbare Regelungen im Handels- und Gesellschaftsrecht an⁴²¹. Hierbei bildet die Sorgfalt eines durchschnittlich

InsO, § 60 Rn. 58; bei der „leichten“ Fahrlässigkeit handelt es sich um die im BGB vorausgesetzte gewöhnliche Fahrlässigkeit, vgl. Löwisch in Staudinger, BGB § 276 Rn. 52;

⁴¹⁷ Hanau in MüKo BGB § 276 Rn. 75;

⁴¹⁸ Hanau in MüKo BGB § 276 Rn. 75, 100f.;

⁴¹⁹ Hanau in MüKo BGB § 276 Rn. 75;

⁴²⁰ vgl. dazu auch Smid in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 453, 456; Uhlenbruck in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung S. 325, 368; Lüke in Kübler/Prütting, InsO, § 61 Rn. 12;

⁴²¹ z.B. die Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns in § 347 Abs. 1 HGB, die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters in § 93 Abs. 1 AktG, § 34 Abs. 1 Satz 1 GenG oder die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes in § 43 Abs.1 GmbHG; vgl. Lüke in Kübler/Prütting, InsO, § 60 Rn. 36;

ordentlichen und gewissenhaften Verwalters einen objektiven Mindestmaßstab⁴²², der dort zu korrigieren ist, wo der konkrete Verwalter über besondere individuelle Fähigkeiten verfügt.⁴²³ Bei der Anwendung des Sorgfaltsmaßstabes nach § 60 Abs. 1 Satz 2 InsO muss daher einzelfallbezogen den spezifischen Besonderheiten des einzelnen Verfahrens und der schwierigen Aufgaben des vorläufigen Insolvenzverwalters Rechnung getragen werden.⁴²⁴

Fahrlässigkeit liegt deshalb vor, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter bei Anspannung seiner Fähigkeiten und Kenntnisse die voraussichtliche Masseunzulänglichkeit hätte erkennen können und die Verbindlichkeit dennoch eingegangen ist. Dies lässt sich auch aus einem Umkehrschluss des § 61 S. 2 InsO folgern, wonach die Haftung des (vorläufigen) Verwalters **ausscheidet**, wenn er bei Begründung der Verbindlichkeit nicht erkennen konnte, dass die Masse voraussichtlich **nicht** zur Erfüllung aller Verbindlichkeiten ausreicht. Die Regelung des § 61 Satz 2 InsO stellt zwar ausweislich der Gesetzesbegründung keinen Haftungsausschluss dar, sondern enthält eine Beweislastumkehr zu Lasten des Verwalters,⁴²⁵ aus ihr ist jedoch zugleich ein Rückschluss auf die Fahrlässigkeitskriterien möglich.

Voraussichtlich heißt, dass der Eintritt des Ereignisses (d.h. der Masseunzulänglichkeit) wahrscheinlicher sein muss als der Nichteintritt.⁴²⁶ Hinsichtlich der Erkennbarkeit der Masseunzulänglichkeit muss zur Begründung einer Haftung daher aus der ex-ante Sicht (bei Begründung der Verbindlichkeit) aus der Sicht eines objektiven Betrachters eine mehr als 50 %ige Wahrscheinlichkeit

⁴²² vgl. Eickmann in HK-InsO, § 60 Rn. 11;

⁴²³ vgl. zu § 43 GmbHG H. Schneider in Scholz, GmbHG § 43 Rn. 165;

⁴²⁴ Uhlenbruck in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung S. 325, 368;

⁴²⁵ vgl. Balz/Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, S.275f.; zur Beweislast im einzelnen unten;

⁴²⁶ Bähr, ZIP 1998, 1553, 1562; Smid in Smid, InsO § 61 Rn. 3;

vorliegen,⁴²⁷ während umgekehrt die Haftung ausscheidet, wenn die Nichterkennbarkeit mit einer mehr als 50%igen Wahrscheinlichkeit gegeben ist.

Da im Rahmen der Pflichtwidrigkeit bereits festgestellt wurde, dass der Verwalter bzgl. der Masseverbindlichkeitendeckung zur ständigen Prüfung im Rahmen einer Finanzplanung verpflichtet ist, muss bei der Prüfung der Fahrlässigkeit darauf abgestellt werden, in welchem Maß für ihn die zur Unterdeckung der Masseverbindlichkeit führende tatsächliche Entwicklung zum Zeit der Verbindlichkeitenbegründung absehbar war.

Diese Frage lässt sich am einfachsten beantworten, wenn man hierbei zwischen mehreren Fallgruppen unterscheidet:

1. Der vorläufige Insolvenzverwalter hat gar keinen Finanzplan erstellt.
2. Der vorläufige Insolvenzverwalter hat Verbindlichkeiten in der Einarbeitungsphase begründet, in der ihm noch keine genaue Übersicht über den Stand des schuldnerischen Vermögens möglich war.
3. Bei der Finanzplanung wurden bestimmte Verbindlichkeiten nicht oder nicht in voller Höhe berücksichtigt, mit der Folge, dass die Masse nicht zur Deckung aller Masseverbindlichkeiten ausreicht
4. Der vorläufige Insolvenzverwalter hat sich beim Ansatz von Prognosewerten, z.B. Absatzzahlen, Verwertungserlöse verkalkuliert. Aufgrund der Fehleinschätzung sind weniger Einzahlungen bzw. mehr Auszahlungen als erwartet, erfolgt.
5. Anstelle des bisherigen vorläufigen Insolvenzverwalters wurde eine andere Person zum Insolvenzverwalter bestellt. Dieser

⁴²⁷ FK-InsO/ Hössl § 61 Rn. 4;

Insolvenzverwalter hat sein eigenes Konzept und geht abweichend von der Planung des ursprünglichen vorläufigen Insolvenzverwalters vor. Es kommt zur Masseunzulänglichkeit.

1. Nichterstellung eines Finanzplanes

Sofern der vorläufige Insolvenzverwalter keinen Finanzplan erstellt hat und aus diesem Grund nicht abschätzen kann, ob die von ihm begründeten Masseverbindlichkeiten letztlich befriedigt werden können, so handelt er fahrlässig, da ihm bereits aufgrund der Insolvenzantragstellung bekannt ist, dass aus der zukünftigen Masse höchstwahrscheinlich nicht alle vorhandenen Verbindlichkeiten gedeckt werden können – anderenfalls wäre kein Insolvenzeröffnungsverfahren eingeleitet worden.⁴²⁸ Er hätte daher im Zeitpunkt der Begründung der Verbindlichkeit Veranlassung gehabt, nachzuprüfen, inwiefern das schuldnerische Vermögen zur Deckung der einzugehenden Verbindlichkeiten ausreicht. Verschafft er sich dennoch keine Informationen d.h. unterlässt er die Aufstellung eines erforderlichen Finanzplanes, so kann er sich im Nachhinein nicht auf seine Unkenntnis berufen. Als ordentlicher und gewissenhafter vorläufiger Insolvenzverwalter wäre er vielmehr verpflichtet gewesen, in einer derartigen Situation die Begründung neuer Masseverbindlichkeiten zumindest so lange zu unterlassen, wie ihm ein Überblick über die schuldnerische Finanzsituation nicht möglich war.

2. Einarbeitungsphase

Eine besondere Situation liegt in der sog. Einarbeitungsphase, d.h. in den ersten 1 bis 2 Wochen nach der Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters

⁴²⁸ etwas anderes kann u.U. dann gelten, wenn ein Gläubigerinsolvenzantrag vorliegt, der aus sachfremden Motiven gestellt wurde; in der Regel kann der vorläufige Insolvenzverwalter aber davon ausgehen, dass das Insolvenzgericht dies vor Anordnung der Sicherungsmaßnahmen geprüft hat;

vor. Der vorläufige Verwalter kennt weder das schuldnerische Unternehmen, noch dessen Finanzstruktur und ist gleichsam durch die Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis zur Fortführung dieses Unternehmens gehalten. Dieser Konfliktsituation gerecht zu werden und trotzdem den Interessen der Massegläubiger Rechnung zu tragen ist schwierig. Ein vollständiger Verzicht auf eine Finanzplanung steht in Widerspruch zu dem Regelungsgehalt des § 61 InsO, den Gläubigern in einem gewissen Maß Sicherheit zu verschaffen. Andererseits dauert es eine gewisse Zeit, bis sich der vorläufige Insolvenzverwalter einen vollständigen Überblick über die Vermögenssituation des Schuldners verschafft hat.

Es wird in diesem Fall diskutiert, dem vorläufigen Insolvenzverwalter die Einarbeitungszeit als eigenen haftungsausschließender Schuldausschließungsgrund zur Seite zu stellen,⁴²⁹ wenn er sich z.B. darauf beruft, dass ihm aus Zeitgründen die Erstellung eines Finanzplanes noch nicht möglich gewesen sei.

Den Interessen der Beteiligten - im Fall eines Schuldausschließungsgrundes entfällt nicht notwendigerweise die zivilrechtliche Ersatzpflicht⁴³⁰ - entspricht es allerdings eher, diesem Konflikt durch eine Reduzierung des Prüfungsmaßstabes bei der Finanzplanung Rechnung zu tragen. Dies bedeutet, dass sich der vorläufige Insolvenzverwalter auf eine Plausibilitätskontrolle der ihm vorliegenden Unterlagen beschränken darf. Er muss also im Rahmen der Einzahlungen nicht sämtliche Ansprüche einzeln bewerten, sondern darf die Zahlen aus den schuldnerischen Büchern mit einem pauschalen Sicherheitsabschlag übernehmen. Entsprechend überschlägig hat er auch Ansprüche gegenüber Dritten (z.B. Anfechtungs- oder Schadensersatzansprüche) zu bewerten.

⁴²⁹ vgl. Kuhn/Uhlenbruck, KO § 82 Rn. 11a und Lüke, Haftung, S. 45; Feuerborn KTS 1997, 171, 207; s. auch Bähr, ZIP 1998, 1553, 1562;

⁴³⁰ Hanau in MüKo § 276 Rn. 70; BGH vom 23.1.1985 – IVa ZR 128/83 – NJW 1985, 2648; Wilts, NJW 1962, 1852;

Dieser eingeschränkte Prüfungsmaßstab gilt jedoch nur für die ersten Wochen nach der Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters. Um eine ordnungsgemäße Finanzplanung im weiteren Verfahren zu gewährleisten, muss der vorläufige Insolvenzverwalter diese anfänglichen Feststellungen deshalb später verifizieren und seine Finanzplanung entsprechend korrigieren.

Da hinsichtlich des Verschuldens maßgeblich ist, ob der vorläufige Insolvenzverwalter die spätere Massearmut zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses erkennen konnte, sind die späteren Erkenntnisse für einen Haftungsanspruch ohne Belang. Für den vorläufigen Verwalter empfiehlt es sich zu seiner Entlastung jedoch unbedingt, diese erste Plausibilitätsprüfung und eine Liste der ihm bereits vorliegenden Unterlagen zu dokumentieren.

3. Nichtberücksichtigung einzelner Masseverbindlichkeiten im Finanzplan

Denkbar ist auch der Fall, dass der vorläufige Insolvenzverwalter zwar ordnungsgemäß einen Finanzplan erstellt hat, dabei aber irrtümlicherweise bestimmte Verbindlichkeiten nicht berücksichtigt hat. Dies hat zur Folge, dass die Summe der Masseverbindlichkeiten die Höhe der zur Verfügung stehenden Masse übersteigt, mit der Folge, dass einzelne Gläubiger ganz oder teilweise ausfallen. Als typischer Fall wäre hier der Sachverhalt zu nennen, in dem eine Einigungsstelle nach Verfahrenseröffnung einen Sozialplan erstellt hat.

Erkennbar ist die voraussichtliche Masseunzulänglichkeit in derartigen Fällen, wenn die **Entstehung der nicht berücksichtigten Masseverbindlichkeiten** für den vorläufigen Insolvenzverwalter absehbar war. Dabei handelt es sich um eine einzelfallbezogene Beurteilung. Allerdings muss auch bei der Absehbarkeit der einzelnen Verbindlichkeiten auf eine mehr als 50% ige Wahrscheinlichkeit abgestellt werden.

Einfluss auf die Wahrscheinlichkeit hat auf jeden Fall der Zeitfaktor. Je entfernter eine Masseverbindlichkeit eintritt, desto weniger ist sie in der Regel vorhersehbar.

Sind also beispielsweise bereits im vorläufigen Insolvenzverfahren von dem vorläufigen Insolvenzverwalter Verhandlungen mit dem Betriebsrat über die Höhe eines Sozialplanes aufgenommen worden, ohne dass diesbezüglich eine Einigung erfolgt ist, so ist die Wahrscheinlichkeit, dass nach Verfahrenseröffnung ein Sozialplan erstellt wird, relativ hoch. Lässt der vorläufige Insolvenzverwalter diese Verbindlichkeiten in seinem Finanzplan dennoch völlig außer acht, so ist sein Handeln als fahrlässig zu qualifizieren.

Umgekehrt scheidet eine solche Fahrlässigkeit aus, wenn der Verwalter z.B. erst nach der Verfahrenseröffnung von einer Altlastenkontamination erfährt und diesbezüglich von der zuständigen Behörde auf Beseitigung in Anspruch genommen wird.⁴³¹

Ähnlich ist der Fall zu beurteilen, dass Gläubiger nach Verfahrenseröffnung gegenüber dem vorläufigen Insolvenzverwalter Schadensersatz- oder Garantieansprüche geltend machen, ohne dass sich aus den ihm vorliegenden Unterlagen Anhaltspunkte diesbezüglich ergeben hätten.

„Typische“ Masseverbindlichkeiten, die in (nahezu) jedem Verfahren entstehen, hat der vorläufige Insolvenzverwalter bei seiner Finanzplanung allerdings immer zu berücksichtigen. So dürfte die Nichtberücksichtigung der im Insolvenzverfahren regelmäßig anfallenden Gerichtskosten m.E. bereits eine grobe Fahrlässigkeit begründen.

⁴³¹ in diesem Fall werden auch bei einer Ersatzvornahme Masseverbindlichkeiten begründet, wenn der Verwalter nicht zuvor den belasteten Gegenstand freigegeben hat, vgl. u.a. K. Schmidt, ZIP 1997, 1441, 1444; v. Wilmowsky, ZIP 1997, 389, 390f.;

Fahrlässigkeit im obigen Sinn ist auch dann gegeben, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter die Finanzplanung nicht laufend aktualisiert und dadurch eine Anpassung an möglicherweise eingetretene Umstandsänderungen ermöglicht.

4. Fehleinschätzungen des vorläufigen Insolvenzverwalters

Als dritte Fallgruppe sind die Fehleinschätzungen in Bezug auf die Höhe der einzelnen Masseverbindlichkeiten zu nennen. In diesem Bereich wird es dem vorläufigen Insolvenzverwalter am ehesten möglich sein, sich auf eine mangelnde Erkennbarkeit zu berufen.

Unter dieser Fallgruppe sind alle Fälle der betriebswirtschaftlichen Fehleinschätzungen zusammenzufassen, d.h. alle Sachverhalte, bei denen sich der vorläufige Insolvenzverwalter z.B. beim Ansatz von Prognosewerten, z.B. Absatzzahlen oder Verwertungserlösen verkalkuliert hat.

Bei der hier angesprochenen Fallgruppe ist für die Frage der Erkennbarkeit darauf abzustellen, ob die Planung in sich nachvollziehbar und vertretbar ist. Eine Fahrlässigkeitshaftung kommt danach nur dann in Betracht, wenn die ausgewiesenen Zahlen deutlich unrealistisch und betriebswirtschaftlich nicht vertretbar waren.

Eine Haftung kann sich auch darauf gründen, dass der vorläufige Insolvenzverwalter sich im Rahmen der Finanzplanung mit mündlichen und/oder schriftlichen Auskünften des Schuldners zufrieden gegeben hat, anstelle die Geschäftsunterlagen zu prüfen, da in der Praxis bekannt ist, dass diese Informationen des Schuldners häufig falsch oder unvollständig sind.

Maßgeblich ist insofern auch der Zeitfaktor. Je weiter sich eine Planung in die Zukunft erstreckt, desto ungenauer ist sie.⁴³² Hieraus lässt sich schließen, dass es dem Verwalter, je weiter seine Planung in die Zukunft reicht, umso weniger erkennbar sein wird, ob die Erfüllung aller Masseverbindlichkeiten gewährleistet ist.

Ausgeschlossen ist die Haftung des Verwalters immer dann, wenn sich die Prognosen aufgrund von äußeren Ereignissen, die zum Zeitpunkt der Planung **nicht absehbar** waren, nicht erfüllt haben. Hierunter fallen z.B. Naturereignisse⁴³³ oder Kriege.

Eine Fehleinschätzung kann aber auch auf inneren Vorgängen im Geschäftsbereich des Schuldners beruhen, z.B. wenn sich im eröffneten Verfahren mehr Gläubiger als erwartet auf Aufrechnungsrechte berufen. In diesem Fall dürfte eine Erkennbarkeit nur dann gegeben sein, wenn dies Aufrechnungsbefugnis aus den schuldnerischen Unterlagen ersichtlich war.

5. Bestellung eines anderen Insolvenzverwalters

Im Fall eines Verwalterwechsels⁴³⁴ beurteilt sich die Fahrlässigkeitshaftung des zunächst bestellten (vorläufigen) Insolvenzverwalters nach den o.g. Grundsätzen. Da auf den Zeitpunkt der Begründung der Masseverbindlichkeiten abzustellen ist, ist der spätere Verwalterwechsel ohne Belang. Entscheidend ist vielmehr, ob die von dem bisherigen vorläufigen Insolvenzverwalter erstellte

⁴³² siehe oben S. 62ff;

⁴³³ z.B. die Zerstörung der gesamten Ernte aufgrund eines heftigen Unwetters;

⁴³⁴ das Insolvenzgericht ist nicht gezwungen, den bisherigen vorläufigen Insolvenzverwalter zum Insolvenzverwalter zu bestellen; ein Verwalterwechsel kann auch dann zustande kommen, wenn die erste Gläubigerversammlung den vom Gericht eingesetzten Verwalter nach § 57 abwählt oder das Insolvenzgericht den bisherigen Verwalter wegen Pflichtverletzung, Krankheit, etc. entlässt;

Finanzplanung in sich schlüssig und nachvollziehbar ist und ob der vorläufige Insolvenzverwalter alle wahrscheinlichen Masseverbindlichkeiten in die Planung eingestellt hat.

Eine spätere Änderung der Vorgehensweise durch den Nachfolgeverwalter ist demgegenüber für den ersten vorläufigen Insolvenzverwalter regelmäßig nicht absehbar und muss für seine Haftung daher unbeachtlich sein. Konnte er demnach also z.B. aufgrund seiner vollständigen und schlüssigen Finanzplanung davon ausgehen, dass die Erlöse aus einer Betriebsfortführung zur Deckung aller Masseverbindlichkeiten ausreichen, so ist es ihm nicht anzulasten, dass der Nachfolgeverwalter z.B. aufgrund später eingetretener Umstände den Betrieb stillgelegt hat.

Durch den am Verfahrensstadium orientierten Haftungsmaßstab ist gewährleistet, dass die Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters auf angemessene Weise seiner schwierigen Aufgabenstellung gerecht wird. So wird insbesondere der unsicheren Situation in der sogenannten Eingewöhnungsphase angemessene Rechnung getragen, ohne dass die Interessen der Massegläubiger unberücksichtigt bleiben.

IV. Verschulden von Hilfskräften

Ein weiteres Problem stellt sich, sofern der vorläufige Insolvenzverwalter bei der Betriebsfortführung Angestellte des Schuldners im Rahmen ihrer bisherigen Tätigkeit eingesetzt hat.

Diese Personen können wegen des Übergangs der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den vorläufigen Insolvenzverwalter Masseverbindlichkeiten im Sinne des § 55 Abs. 2 InsO nur dann begründen, wenn sie vom vorläufigen Insolvenzverwalter hierzu bevollmächtigt wurden. Dabei wird es sich in der

Regel um kleinere Anschaffungen im Rahmen des ordentlichen Geschäftsbetriebes handeln, z.B. den Einkauf von Büroartikeln, etc. Eine Delegation scheidet demgegenüber aus, soweit es sich um für die Masse erhebliche Rechtsgeschäfte handelt, da die Entscheidungen von besonderer Bedeutung nach § 60 Abs. 2 Satz InsO ausdrücklich dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter vorbehalten sind.

Die Zurechnung des Verhaltens Dritter erfolgt im Bereich der allgemeinen Verwalterhaftung des § 60 InsO über § 60 Abs. 2 InsO. § 60 Abs. 2 InsO hat folgenden Wortlaut:

„Soweit er zur Erfüllung der ihm als Verwalter obliegenden Pflichten Angestellte des Schuldners im Rahmen ihrer bisherigen Tätigkeit einsetzen muss und diese Angestellten nicht offensichtlich ungeeignet sind, hat der Verwalter ein Verschulden dieser Personen nicht gemäß § 278 BGB des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu vertreten, sondern ist nur für deren Überwachung und für Entscheidungen von besonderer Bedeutung verantwortlich.“

Schon für das frühere Recht der Konkursordnung war anerkannt, dass der Verwalter für das Verschulden dritter Personen, die er zur Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten herangezogen hat, wie für eigenes Verschulden einzustehen hat.⁴³⁵ Im Geltungsbereich der Konkursordnung war dabei umstritten, nach welcher Vorschrift die Zurechnung des Verschuldens Dritter erfolgte.⁴³⁶

In der Rechtsprechung und Literatur überwog hierbei die Auffassung, dass eine Haftung für das Verschulden von Erfüllungsgehilfen ungeachtet des überwie-

⁴³⁵ vgl. Begr. RegE zu § 60 InsO abgedruckt in Balz/Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, S. 274;

⁴³⁶ vgl. Eickmann in HK-InsO, § 60 Rn. 15 m.w.N.; Kuhn/Uhlenbruck, KO § 82 Rn. 12ff.;

gend deliktsrechtlichen Charakter des § 82 KO⁴³⁷ über § 278 BGB begründet werde.⁴³⁸ wobei den Verwalter allerdings nur eine Art Auswahlverschulden treffen sollte, wenn er die Erledigung bestimmter Angelegenheiten einer geeigneten dritten Person⁴³⁹ übertragen hatte.⁴⁴⁰

Die Gegenauffassung⁴⁴¹ differenzierte demgegenüber zwischen der Innenhaftung des Verwalters gegenüber dem Gemeinschuldner, bei der § 278 BGB zur Anwendung kommen sollte und der Außenhaftung gegenüber Dritten, bei der eine Zurechnung des Verschuldens Dritter über § 278 BGB angenommen wurde.

Mit der Neufassung des § 60 Abs. 2 InsO knüpft der Gesetzgeber an die bisherige h.M. an, indem er grundsätzlich die Haftung für Erfüllungsgehilfen nach § 278 normiert.⁴⁴² Die Verantwortung des Verwalters wird allerdings in den Fällen, in denen er innerhalb seines Pflichtenkreises auf die Hilfe Angestellter des Schuldners angewiesen ist, auf ein Auswahl- und Überwachungsverschulden reduziert.⁴⁴³ Entsprechendes soll nach Eickmann⁴⁴⁴ gelten, wenn sich der

⁴³⁷ nunmehr § 60 InsO;

⁴³⁸ vgl. BGH vom 21.3.1961 – VI ZR 149/60 – VersR 1961, 450, 451; BGH vom 17.1.1985 – IX ZR 59/884 – ZIP 1985, 359, 361f.; Merz, KTS 1989, 277, 284; Kilger/Karsten Schmidt, KO/VglO/GesO, § 82 KO, 3c;

⁴³⁹ in dem entschiedenen Fall handelte es sich um einen Steuerberater;

⁴⁴⁰ vgl. BGH vom 29.5.1979 – VI ZR 104/78 – ZIP 1980, 25 mit Anm. von Kilger; vgl. dazu auch Haug, ZIP 1984, 773, 776; Eickmann, in HK-InsO, § 60 Rn. 16; kritisch Lücke, Die persönliche Haftung des Verwalters in der Insolvenz, S. 46;

⁴⁴¹ Karsten Schmidt, KTS 1976, 191, Lücke, Die persönliche Haftung des Verwalters in der Insolvenz, S. 46;

⁴⁴² vgl. den Ausschussbericht zu § 60 InsO, abgedruckt in Balz/Landfermann, Die neuen Insolvenzgesetze, S. 275; Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 6.41; Lücke in Kübler/Prütting, InsO, § 60 Rn. 40; Hössl in FK-InsO § 60 Rn. 52f.; differenzierend Abeltshausen in Nerlich/Römermann, InsO, § 60 Rn. 59;

⁴⁴³ Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 6.41; vgl. zu den gesetzgeberischen Hintergründen Smid in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 453, 476;

Verwalter zur Erfüllung seiner Aufgaben selbständiger Dritter, z.B. Steuerberater, Buchführungsunternehmen, Verwertungsgesellschaften) bedient.

Übertragen auf die Problematik des § 61 InsO im Eröffnungsverfahren bedeutet dies, dass zunächst differenziert werden muss, durch wen die später ausgefallenen Masseverbindlichkeiten begründet wurden.

Bei der Begründung von Masseverbindlichkeiten durch Angestellte des Verwalters wird dem Verwalter das Fremdverschulden nach § 278 BGB wie eigenes Verschulden zugerechnet. Dies ist auch sachgerecht, da die Entscheidungen über die verfahrenserhebliche Frage der Eingehung neuer Masseverbindlichkeiten in diesem Verfahrensstadium grundsätzlich dem Verwalter selbst obliegt. Delegiert er das gesamte Eröffnungsverfahren oder einen Teil desselben auf Dritte, ist es gerechtfertigt, ihm das Verschulden dieser Personen zuzurechnen, da auch die Erfüllungsgehilfen neue Verbindlichkeiten nur eingehen dürfen, wenn deren Erfüllung gewährleistet ist.

Bei der Heranziehung der Angestellten des Schuldners haftet der vorläufige Insolvenzverwalter zwar grundsätzlich nur für ein Auswahl- und Überwachungsverschulden. Dies gilt aber ausweislich des Wortlautes von § 60 Abs.2 InsO nicht uneingeschränkt. Eine Ausnahme hiervon gilt für Entscheidungen von grundsätzlicher Bedeutung.

Eine solche wesentliche Entscheidung stellt im Eröffnungsverfahren die Frage der Begründung neuer Verbindlichkeiten dar. Diese Entscheidung muss - unabhängig von der Höhe einzelner Forderungen⁴⁴⁵ - grundsätzlich vom vorläufigen Insolvenzverwalter selbst getroffen werden, so dass er, auch wenn er be-

⁴⁴⁴ HK-InsO, § 60 Rn. 16;

⁴⁴⁵ um die Begründung von Kleinverbindlichkeiten zu ermöglichen, kann der vorläufige Insolvenzverwalter den damit befassten Angestellten des Schuldners einen vom Finanzplan gedeckten finanziellen Rahmen vorgeben, innerhalb dessen sie Verbindlichkeiten eingehen können.

reits im Eröffnungsverfahren Angestellte⁴⁴⁶ des Schuldners heranzieht, für diese Entscheidung selbst verantwortlich bleiben muss.

Bei verfahrenswesentlichen Entscheidungen greift der Grundsatz des § 60 Abs. 2 InsO wieder ein, wonach er gemäß § 278 BGB auch für das Verschulden der Angestellten des Schuldners einzustehen hat⁴⁴⁷.

Dafür sprechen auch die schützenswerten Interessen des Vertragspartners, der sich bei Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf das Entstehen von (realisierbaren) Masseverbindlichkeiten verlassen darf. Der vorläufige Insolvenzverwalter kann sich demgegenüber nicht darauf verlassen, dass Gläubiger von Masseverbindlichkeiten, die letztlich mit seiner Billigung eingegangen wurden, ausfallen, ohne dass er insoweit haftet. Anderenfalls wäre eine Umgehung des § 61 InsO ohne weiteres möglich, wenn alle maßgeblichen Masseverbindlichkeiten nicht durch den vorläufigen Insolvenzverwalter selbst, sondern Angestellte des Schuldners eingegangen würden.

Es obliegt dem vorläufigen Insolvenzverwalter durch entsprechende Anweisungen dafür Sorge zu tragen, dass nur Verbindlichkeiten begründet werden, die ausweislich der Finanzplanung auch gedeckt sind.

Im Ergebnis haftet der vorläufige Insolvenzverwalter bei der Eingehung von Masseverbindlichkeiten, die Dritte in seinem Namen als Vertreter für die Masse eingegangen sind, in gleichem Maß wie für Masseverbindlichkeiten, die er selbst begründet hat.

⁴⁴⁶ der Begriff der Angestellten ist nicht im arbeitsrechtlichen Sinn zu verstehen, erfasst sind alle Mitarbeiter, vgl. Eickmann in HK-InsO, § 60 Rn. 20;

⁴⁴⁷ vgl. auch Blerch in Breutigam/Blerch/Goetsch, Insolvenzrecht § 60 Rn. 14 ;

F. Schaden

Der Umfang des Schadensersatzanspruches bemisst sich nach dem § 249ff. BGB⁴⁴⁸, wobei der Schaden die Differenz zwischen dem vollen Betrag des Anspruches des Massegläubigers und dessen Ausfall⁴⁴⁹ umfasst⁴⁵⁰. Der vorläufige Insolvenzverwalter hat den geschädigten Massegläubiger daher so zu stellen, als hätte er seine Pflichten nicht verletzt. Der Schadensersatzanspruch erfasst in diesem Fall auch Aufwendungen des Geschädigten sowie den entgangenen Gewinn im Sinne des §§ 251, 252 BGB.⁴⁵¹

Der Massegläubiger kann jedoch keinen Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, da die Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters auf einem gesetzlichen Schuldverhältnis beruht und unabhängig von dessen Willen begründet wird.⁴⁵²

I. Masselosigkeit

Ein vollständiger Ausfall der Massegläubiger im Sinne der § 55 Abs.2 InsO kommt vor allem dann in Betracht, wenn **Masselosigkeit** im Sinne des § 207

⁴⁴⁸ Abeltshauer in Nerlich/Römermann, InsO, § 60 Rn. 64; Hess/Weis/Wienberg, InsO § 60 Rn. 100; Eickmann in HK-InsO, § 60 Rn. 23; Blersch in Breutigam/Blersch/Goetsch, Insolvenzrecht § 60 Rn. 10; Hössl in FK-InsO § 60 Rn. 50; Smid in Smid InsO § 60 Rn. 27; vgl. zum Anwendungsbereich des § 249 BGB auf alle Schadensersatzansprüche auch Palandt/Heinrichs, BGB, Vorbem. vor § 249 BGB, Rn. 2;

⁴⁴⁹ missverständlich insofern Pape, ZInsO 1999, 398, der im Verhältnis vorläufiger Insolvenzverwalter/Masse von einer Gesamtschuldnerschaft ausgeht;

⁴⁵⁰ zur sog. Differenzhypothese bei der Bemessung von Vermögensschäden Palandt/Heinrichs, BGB Vorbem. vor § 249 Rn. 8;

⁴⁵¹ BGH vom 4.6.1956 – V ZR 304/56 – NJW 1958, 1351, 1352; dazu Mölders, NJW 1958, 1681; Abeltshauer in Nerlich/Römermann, InsO, § 60 Rn. 66;

⁴⁵² BGH vom 4.6.1958 – V ZR 304/56 – NJW 1958, 1351; vgl. dazu auch die Anm. vom Mölders in NJW 1958, 1681f.;

InsO vorliegt, die Masse also noch nicht einmal mehr ausreicht, die vorrangigen Massekosten gemäß § 54 InsO zu bedienen. In diesem Fall stellt das Insolvenzgericht das Insolvenzverfahren mangels Masse ein. Der Insolvenzverwalter hat vor der Einstellung lediglich die Verfahrenskosten, davon zuerst die Auslagen, aus den vorhandenen Barmitteln zu befriedigen.⁴⁵³ Reicht die Masse nicht zur vollständigen Befriedigung aus, so sind die Ansprüche der Massekostengläubiger quotal zu bedienen. Die übrigen Masseverbindlichkeiten fallen aus, der Verwalter ist nach § 207 Abs. 3 InsO zu einer Verwertung der Massegegenstände nicht mehr verpflichtet.

II. Masseunzulänglichkeit

Die hier untersuchten Masseverbindlichkeiten aus der Zeit vor der Verfahrenseröffnung können aber auch im Fall der **Masseunzulänglichkeit** nach § 208 ff. InsO gänzlich leer ausgehen. Masseunzulänglichkeit ist gegeben, wenn die Massekosten (§ 54 InsO) gedeckt sind, die Insolvenzmasse aber nicht ausreicht, um auch die sonstigen Masseverbindlichkeiten⁴⁵⁴ zu erfüllen. Der bereits eingetretenen Masseunzulänglichkeit steht die drohende Masseunzulänglichkeit nach § 208 Abs. 1 Satz 2 InsO gleich. Stellt der Insolvenzverwalter im Rahmen seiner Finanzplanung die (drohende) Masseunzulänglichkeit fest, so hat er dies nach § 208 InsO dem Insolvenzgericht anzuzeigen. Die Rechtswirkungen der §§ 209ff. InsO treten ab dem Augenblick ein, in dem die vom Verwalter festgestellte Anzeige der Masseunzulänglichkeit bei dem Insolvenzgericht eingeht.⁴⁵⁵ Das Insolvenzgericht prüft selbst nicht nach, ob Masseunzulänglichkeit tatsächlich vorliegt⁴⁵⁶ sondern veranlasst lediglich die ~~öffentliche Bekanntmachung~~ der Masseunzulänglichkeit und eine Zustellung

⁴⁵³ vgl. § 207 Abs. 3 InsO; dazu auch Westphal in Nerlich/Römermann, InsO, § 207 Rn. 32;

Schulz in FK-InsO § 207 Rn. 10;

⁴⁵⁴ vgl. § 55 InsO;

⁴⁵⁵ vgl. dazu Pape in Kübler/Prütting, InsO, § 209 Rn. 10; Landfermann in HK-InsO, § 209 Rn. 6; Schulz in FK-InsO § 209 Rn. 12;

⁴⁵⁶ Westphal in Nerlich/Römermann, InsO, § 208 Rn. 16; Landfermann in HK-InsO, § 208 Rn.5; Schulz in FK-InsO, § 208 Rn. 5; Breutigam in Breutigam/Blersch/Goetsch, Insolvenz-

Bekanntmachung der Masseunzulänglichkeit und eine Zustellung an die Massegläubiger.

Die angezeigte Masseunzulänglichkeit hat hinsichtlich der Befriedigung der Massegläubiger zur Folge, dass ab diesem Zeitpunkt die Rangfolge des § 209 InsO eintritt. Hiernach haben die Massekosten Vorrang vor allen übrigen Masseverbindlichkeiten. An zweiter Stelle sind die Masseverbindlichkeiten zu befriedigen, die der Verwalter nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit begründet hat (sogenannte Neumasseverbindlichkeiten)⁴⁵⁷. Die vor Anzeige der Masseunzulänglichkeit begründeten Altmasseverbindlichkeiten, d.h. auch die vom vorläufigen Insolvenzverwalter begründeten Masseverbindlichkeiten sind erst an letzter Rangstelle zu bedienen. Innerhalb der einzelnen Rangklassen sind die Masseverbindlichkeiten nach dem Verhältnis ihrer Beträge zu berücksichtigen, d.h. quotal. Gleichzeitig werden die Altmassegläubiger durch das gesetzliche Vollstreckungsverbot des § 210 InsO daran gehindert, die vorgeschriebene Befriedigungsrangfolge durch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zu durchbrechen.

Diese Neuregelung, die Ergebnis einer jahrelangen Diskussion ist,⁴⁵⁸ ermöglicht die Durchführung eines geordneten Befriedigungsverfahrens im „Konkurs des Konkurses“, da der Insolvenzverwalter durch den gesetzlichen Vorrang der Neumasseverbindlichkeiten in die Lage versetzt wird, zur Abwicklung erforderliche neue Masseverbindlichkeiten einzugehen.⁴⁵⁹ Er muss in diesem Fall

recht § 208 Rn. 2, 18; vgl. auch Pape in Kübler/Prütting, InsO, § 208 Rn. 3 ff. und Rn. 9, 10 der darauf hinweist, dass letztlich mit der Schlussrechnung doch eine Überprüfungsmöglichkeit besteht;

⁴⁵⁷ die Neumasseverbindlichkeiten sind in § 209 Abs. 2 InsO genauer definiert;

⁴⁵⁸ vgl. zur Gesetzesgeschichte der sehr umstrittenen Vorgängernorm des § 60 KO, die vor allem in Hinblick auf die Vergütung des Konkursverwalters Gegenstand einer Reihe von höchstrichterlichen Urteilen war: Hess/Weis/Wienberg, InsO § 209 Rn. 8ff.; Pape in Kübler/Prütting, InsO, § 209 Rn. 1; Lüke in Kübler/Prütting, InsO, § 61 Rn. 9;

⁴⁵⁹ vgl. Lüke in Kübler/Prütting, InsO, § 61 Rn. 10;

bei der Begründung neuer Masseverbindlichkeiten wegen der Rangfolge des § 209 InsO zur Vermeidung einer Haftung aus § 61 InsO jedoch nachprüfen, ob durch die Insolvenzmasse

- die Massekosten und
- die Neumasseverbindlichkeiten (§ 209 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 InsO)

gedeckt sind. Die nachrangigen Altmasseverbindlichkeiten kann er im Rahmen dieser Prüfung unberücksichtigt lassen.

Diese gesetzliche Regelung hat daher zur Folge, dass der Insolvenzverwalter in der Situation der Masseunzulänglichkeit, die Befriedigungsaussichten der Altmassegläubiger sehenden Auges vermindern kann.

Dies verdeutlicht das nachfolgende stark vereinfachte **Beispiel**:

Bei Anzeige der Masseunzulänglichkeit ist eine Masse von DM 10.000,- vorhanden. Hiervon stellen DM 8041,- Verfahrenskosten⁴⁶⁰ dar. Masseverbindlichkeiten sind bereits in Höhe von DM 2000,- zugunsten des A (DM 1500,-) und B (DM 500,-) vorhanden. Es besteht also zunächst eine Unterdeckung von DM 41,-, d.h. die Massegläubiger würden anteilig mit einer Quote von 97,95 % bedient.⁴⁶¹

| | |
|---|--------------------|
| Vorhandene Masse | DM 10.000.- |
| 1. Befriedigung der Verfahrenskosten nach § 209 Abs. 1 Nr. 1 InsO | DM 8.041.- |
| 2. Befriedigung der Altmassegläubiger A und B aus den restlichen DM 1959,- mit einer Quote von | |

⁴⁶⁰ vgl. zur Berechnung oben auf S. 127;

⁴⁶¹ Verteilungssumme x 100 : Summe der Masseverbindlichkeiten;

jeweils 97,95 % d.h.

| | |
|----------|------------|
| A erhält | DM1.469,25 |
| B erhält | DM 489,75 |

Der Insolvenzverwalter begründet nun im Rahmen der Abwicklung eine Neumasseverbindlichkeit in Höhe von DM 1000,-. Die Befriedigung gestaltet sich nunmehr wie folgt:

| | |
|--|--------------------|
| Vorhandene Masse | DM 10.000.- |
| 1. Befriedigung der Verfahrenskosten nach § 209 Abs. 1 Nr. 1 InsO | DM 8.041.- |
| 2. Befriedigung der Neumasseverbindlichkeit | DM 1.000,- |
| 3. Befriedigung der Altmassegläubiger A und B aus den verbliebenen DM 959,- mit einer Quote von jeweils 47,95 % d.h. | |
| A erhält | DM 719,- |
| B erhält | DM 239,75 |

Eine Haftung des Insolvenzverwalter gegenüber den Altmassegläubigern aus § 61 InsO ist auch in diesen Fällen nur dann begründet, wenn der Verwalter bei Eingehung der Altmasseverbindlichkeit bereits eine Unterdeckung erkennen konnte. Der Umstand, dass er den Teilausfall der Altmassegläubiger bei Begründung der Neumasseverbindlichkeit vorhersehen konnte, muss demgegenüber außer Betracht bleiben, da ansonsten der Sinn und Zweck der Regelung des § 209 InsO, dem Verwalter auch bei eingetretener Masseunzulänglichkeit eine geordnete Abwicklung zu ermöglichen,⁴⁶² ins Gegenteil verkehrt würde.

⁴⁶² vgl. dazu Abeltschauer in Nerlich/Römermann, InsO, § 61 Rn. 13;

Daraus folgt für die materiellrechtliche⁴⁶³ Berechnung der Schadenshöhe im Rahmen des § 61 InsO, dass hierbei ebenfalls nur auf den Zeitpunkt der Begründung der Verbindlichkeit abgestellt werden muss. Eine nachträgliche Verschlechterung der Befriedigungschancen durch die Begründung von Neumas-severbindlichkeiten führt demgegenüber nicht zu einer Erhöhung des bereits eingetretenen Schadens.

M.a.W., es muss nachträglich eine auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bezogene hypothetische Feststellung der Schadenshöhe vorgenommen werden.

Stellt sich allerdings nach Beendigung des Verfahrens gemäß § 211 InsO noch Masse heraus, so kann der bereits eingetretene Schaden des Vertragspartners nachträglich wieder entfallen oder reduziert werden.⁴⁶⁴ In einem solchen Fall besteht nämlich die Möglichkeit, zugunsten der Massegläubiger eine Nachtragsverteilung nach § 211 Abs.3 i.V.m. §§ 203, 204, 205 InsO anzuordnen und die Massegläubiger (teilweise) zu befriedigen.

III. Mitverschulden des Vertragspartners

Ein **mitwirkendes Verschulden** des Vertragspartners ist bei der Schadensbe-messung gemäß § 254 BGB zu berücksichtigen⁴⁶⁵. Im Rahmen des § 61 InsO

⁴⁶³ vgl. zu der Unterscheidung zwischen materiellrechtlicher und prozessualer Schadenser-mittlung Medicus in Staudinger, BGB § 249 Rn. 239;

⁴⁶⁴ BGH vom 4.3.1977 – V ZR 236/75 – NJW 1978, 262; vgl. auch Blersch in Breuti-gam/Blersch/Goetsch, Insolvenzrecht § 61 Rn. 3;

⁴⁶⁵ vgl. Lüke in Kübler/Prütting, InsO, § 60 Rn. 42; Abeltshauser in Nerlich/Römermann, InsO, § 60 Rn. 66; Smid in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 452, 474; zur KO: OLG Düsseldorf vom 19.12.1997 - 22 U 133/97 - NJW-RR 1998, 559-561; Hanseatisches Oberlan-desgericht Hamburg vom 23.2.1996 - 1 U 131/95 - InVo 1996, 237; OLG Celle vom 45.10.1993 - 16 U 12/93 - ZIP 1993, 1720; OLG Hamm vom 29.11.1982 – 5 U 232/81 – ZIP

ist ein Mitverschulden jedoch nicht bereits in dem Umstand zu sehen, dass der Vertragspartner Kenntnis von dem laufenden Insolvenzantragsverfahren hatte. Dies hätte zur Folge, dass sich Vertragspartner nur noch schwerlich bereit fänden, Verträge mit dem vorläufigen Insolvenzverwalter einzugehen, was dem Sinn und Zweck der vorläufigen Insolvenzverwaltung – Ermöglichung einer Betriebsfortführung in den geeigneten Fällen – widerspräche.⁴⁶⁶ Umgekehrt muss ein Masseschuldner es sich im Rahmen des Mitverschuldens jedoch entgegenhalten lassen, wenn er - z.B. als Insider oder aufgrund einer Warnung des vorläufigen Insolvenzverwalters umfassend über die schuldnerischen Vermögensverhältnisse aufgeklärt war und den Vertrag mit dem vorläufigen Insolvenzverwalter dennoch ohne ausreichende Risikoprüfung abgeschlossen hat.

G. Haftungsausfüllende Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden

Zwischen der Pflichtwidrigkeit des vorläufigen Insolvenzverwalters und dem Schaden auf Seiten der Massegläubiger muss ein Ursachenzusammenhang⁴⁶⁷ bestehen, damit eine Haftung des vorläufigen Verwalters angenommen werden kann.⁴⁶⁸

Ursächlich ist das Verhalten nach der Äquivalenztheorie, wenn die Handlung des vorläufigen Insolvenzverwalters nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfielen (conditio sine qua non).⁴⁶⁹ Um die weitgehenden Ergebnisse der Äquivalenztheorie einzuschränken, wird nach der von der Recht-

1983,341, 342; zur Haftung eines Vergleichsverwalters BGH vom 4.5.1961 – VII ZR 43/60 – BB 1961, 801;

⁴⁶⁶ vgl. auch Hössl in FK- InsO § 60 Rn. 6; Smid Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 453;

⁴⁶⁷ BGH vom 4.6.1958 – V ZR 304/56 – NJW 1958, 1351 = KTS 1958, 143; vom 21.3.1961 – VI ZR 149/60 – KTS 1961, 94;

⁴⁶⁸ vgl. zu § 60 InsO Lüke in Kübler/Prütting, InsO, § 60 Rn. 35;

⁴⁶⁹ Grunsky in MüKo BGB vor § 249 Rn. 36; Palandt/Heinrichs, BGB, vor § 249 Rn. 57;

sprechung vertretenen Adäquanztheorie⁴⁷⁰ ergänzend danach gefragt, wie wahrscheinlich die im Sinne der *Conditio-sine-qua-non*-Formel relevanten Ursachen in Hinblick auf den konkreten Erfolg sind.⁴⁷¹ Ausgeschlossen werden Bedingungen, die ihrer Natur nach für die Entstehung des Schadens gleichgültig sind und nur durch eine Verkettung außergewöhnlicher Umstände zum Erfolg geführt haben.⁴⁷²

Übertragen auf die Situation des vorläufigen Insolvenzverwalters bei der Begründung von Masseverbindlichkeiten sind in Hinblick auf die Verursachung des Schadens keine Probleme ersichtlich, da sowohl die Handlung – pflichtwidrige Begründung von Masseverbindlichkeiten, als auch der Schaden – Ausfall der Gläubiger infolge Masseunzulänglichkeit - durch den Gesetzestext des § 61 InsO bereits hinreichend konkretisiert sind.

⁴⁷⁰ RG vom 22.6.1931 – VI 46/31 - RGZ 133, 126, 127; RG vom 4.2.1932 – VI 310/31 - RGZ 135, 149, 154; RG vom 13.12.1933 – V 302/33 - RGZ 142, 383, 388; RG vom 30.10.1942 – II 24/42 - RGZ 170, 136; BGH vom 23.10.1951 - I ZR 31/51 - BGHZ 3, 261, 266; BGH vom 25.9.1952 - III ZR 322/51 -BGHZ 7, 198, 204 = NJW 1953, 700; BGH vom 17.10.1955- III ZR 84/54 - BGHZ 18, 286 = NJW 1955, 1876; BGH vom 2.7.1957 - VI ZR 205/56 - BGHZ 25, 86 = NJW 1957, 1475; BGH vom 14.10.1971 - VII ZR 313/69 - BGHZ 57, 137, 141 = NJW 1972, 36; BGH vom 16.2.1972 - VI ZR 128/70 - BGHZ 58, 162 = NJW 1972, 904; BGH vom 26.6.1972 - III ZR 114/70 - BGHZ 59, 139, 144 = NJW 1972, 1943; BGH vom 3.2.1976 - VI ZR 235/74 - NJW 1976, 1143, 1144; BGH vom 14.3.1985 - IX ZR 26/84 - NJW 1986, 1329, 1331; zu den anderen haftungseinschränkenden Theorien vgl. Grunsky in MüKo BGB vor § 249 Rn. 40, der die Adäquanztheorie ablehnt, Rn. 42ff.;

⁴⁷¹ Staudinger/Medicus, § 249 Rn. 34ff. vgl. auch die Nachweise bei Grunsky in MüKo vor § 249 Rn. 41; Palandt/Heinrichs, BGB, vor § 249 Rn. 58f.; zu § 60 InsO Lüke in Kübler/Prütting, InsO, § 60 Rn. 35; Abeltshauer in Nerlich/Römermann, InsO, § 60 Rn. 57; Hössl in FK-InsO § 60 Rn. 44; Smid in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 453, 474; vgl. auch Kuhn/Uhlenbruck, KO § 82 Rn. 10;

⁴⁷² sog. „negative Formulierung der Adäquanztheorie“ vgl. Grunsky in MüKo BGB vor § 249 Rn. 40;

Teil 6 Haftungsbegrenzung

A. Abdeckung des Haftungsrisikos durch die Haftpflichtversicherung?

Steht fest, dass der vorläufige Insolvenzverwalter dem Massegläubiger haftet, so stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob dieses Risiko durch den Abschluss einer Haftpflichtversicherung relativiert werden kann.

Anerkannt ist, dass die gesetzliche Haftung des Insolvenzverwalter nach § 60 InsO einen Fall der Haftpflicht im Sinne der § 149ff VVG darstellt,⁴⁷³ der durch eine entsprechende Versicherung abgedeckt werden kann.

Die Kosten der Haftpflichtversicherung für den Insolvenzverwalter sind nach § 4 Abs. 3 InsVV bzw. § 11 InsVV beim vorläufigen Insolvenzverwalter, grundsätzlich mit der Vergütung abgegolten. Eine Ausnahme gilt nach § 4 Abs. 3 Satz 2 InsVV jedoch in den Fällen, in denen die Verwaltung mit einem besonderen Haftungsrisiko verbunden ist. In diesem Fall sind die Kosten einer angemessenen zusätzlichen Haftpflichtversicherung als Auslagen zu erstatten.

Angesichts der oben dargestellten besonderen Haftungsrisiken des vorläufigen Verwalters mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis aus § 61 InsO kann davon ausgegangen werden, dass in den Fällen, in denen das Insolvenzgericht bereits im Eröffnungsverfahren ein allgemeines Verfügungsverbot über den Schuldner verhängt hat, eine zusätzliche Haftpflichtversicherung durchaus angemessen sein kann.

⁴⁷³ vgl. Abeltshauser in Nerlich/Römermann, InsO, § 60 Rn. 74ff.; Lüke in Kübler/Prütting, InsO, § 60 Rn. 60; zur KO Kuhn/Uhlenbruck, KO § 82 Rn. 16; Kilger/K. Schmidt KO/VglO/GesO, § 82 KO, 9; Lüke, persönliche Haftung des Verwalters in der Insolvenz, S. 68;

Entscheidend ist letztlich aber die Frage, ob durch die zusätzliche Haftpflichtversicherung die in Frage stehenden Haftungsrisiken überhaupt abgedeckt werden können.

Im Bereich der **Vorsatzhaftung** des vorläufigen Insolvenzverwalters⁴⁷⁴ ist eine Absicherung durch eine Haftpflichtversicherung von vornherein ausgeschlossen, da sich der Versicherungsschutz grundsätzlich nicht auf vorsätzlich verursachte Schäden erstreckt.

Aber auch bei der Haftung für Fahrlässigkeit muss geprüft werden, ob Schadensersatzansprüche nach § 61 InsO vom Versicherungsschutz erfasst werden, da die Allgemeinen Versicherungsbedingungen der Haftpflichtversicherungen die Haftung für „unternehmerische Fehlentscheidungen“ ausdrücklich ausschließen⁴⁷⁵.

Der BGH ist im Geltungsbereich der Konkursordnung bei der Auslegung der Risikoausschlussklauseln hinsichtlich der Frage, ob eine unternehmerische Entscheidung vorliegt, vom Zweck des jeweiligen Geschäfts ausgegangen und hat danach gefragt, ob der Verwalter sich dabei noch im Rahmen einer zweckbestimmten Konkursverwaltung gehalten habe. Sofern die angegriffene Entscheidung des Konkursverwalters im Rahmen einer zeitweisen Betriebsfortführung erfolgt sei, sei dies nicht mit der Leitung eines nicht insolvenzbefangenen Unternehmens vergleichbar.⁴⁷⁶

⁴⁷⁴ siehe dazu oben S. 118ff;

⁴⁷⁵ Es handelt sich dabei um Ausschlussklauseln, wonach die Haftpflichtansprüche vom Versicherungsschutz ausgeschlossen sind, die darauf beruhen, dass Fragen kaufmännischen Ermessens nicht oder fehlerhaft entschieden wurden;

⁴⁷⁶ BGH vom 30.1.1980 – IV ZR 86/78 – ZIP 1980, 851, 854; vgl. auch BGH vom 13.1.1982 – IVa ZR 162/80 – ZIP 1982, 326; Haug, ZIP 1984, 773, 781; Lüke, Die persönliche Haftung des Verwalters in der Insolvenz, S. 69f.; Abeltschauer in Nerlich/Römermann, InsO, § 60 Rn. 77; Lüke in Kübler/Prütting, InsO, § 60 Rn. 61;

Anders sei der Fall zu beurteilen, wenn der konkursbezogene Verwaltung des schuldnerischen Unternehmens vollständig in den Hintergrund getreten sei und vielmehr echte unternehmerische Zwecke verfolgt werden, d.h. die leitenden Entscheidungen nicht mehr vom Konkurszweck geprägt seien, sondern auf einen gewinnbringenden Überschuss gerichtet seien.⁴⁷⁷

Übertragen auf die Situation im Insolvenzeröffnungsverfahren, in der die Betriebsfortführung durch § 22 Abs. 1 Nr. 2 InsO ausdrücklich als Zielvorgabe definiert ist, bedeutet dies, dass die wirtschaftlichen Entscheidungen, durch die vom vorläufigen Insolvenzverwalter Masseverbindlichkeiten begründet werden, im Rahmen des Insolvenzzwecks sind. Ein Ausschluss durch die o.g. Risikoausschlussklauseln greift daher nicht ein.

Im **Ergebnis** bedeutet dies im Bereich der Vorsatzhaftung, dass eine Haftungsminimierung durch den Abschluss einer Haftpflichtversicherung grundsätzlich ausgeschlossen ist.

Dagegen kann das Haftungsrisiko des vorläufigen Insolvenzverwalters im Bereich der Fahrlässigkeitshaftung durch den Abschluss einer Haftpflichtversicherung zumindest eingeschränkt werden.

B. Haftungsbegrenzung durch vertragliche Haftungsausschlussklauseln?

Da auch durch den Abschluss von Haftpflichtversicherungen eine Haftung nur in eingeschränktem Umfang vermieden werden kann, stellt sich die Frage, ob der vorläufige Insolvenzverwalter abweichend von § 55 Abs. 2 die Entstehung des Schadensersatzanspruches aus § 61 InsO durch Einbeziehung von Risikoausschlussklauseln verhindern kann.

⁴⁷⁷ BGH vom 30.1.1980 a.a.O.; BGH vom 13.1.1982 a.a.O.;

Das Landgericht Erfurt ist in einem unveröffentlichten Urteil⁴⁷⁸ entschieden, dass ein im Geltungsbereich der GesO bestellter Sequester seine spätere persönliche Inanspruchnahme als Gesamtvollstreckungsverwalter durch die vertragliche Vereinbarung eines Haftungsausschlusses verhindern könne. In dem genannten Fall hatte der Sequester mit seinem Vertragspartner folgende Klausel vereinbart:

„Die Parteien sind sich darüber im klaren, dass Gewährleistungsansprüche und Schadensersatzansprüche nach Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens nicht entgegen den dann bestellten Verwalter geltend gemacht werden. Die Anmeldung dieser Ansprüche zur Tabelle bleibt unbenommen.“

Das LG Erfurt ist in seinem Urteil davon ausgegangen, dass die Parteien mit dieser Klausel die Haftung aus Culpa in contrahendo wegen der aufgrund Masseunzulänglichkeit nicht erfüllten Ansprüche des Vertragspartners wirksam ausgeschlossen haben. Da der Verwalter die Vereinbarung noch nicht in seiner Eigenschaft als Gesamtvollstreckungsverwalter, sondern als Sequester für die Zeit nach Verfahrenseröffnung abgeschlossen habe, sei ein pactum de non petendo gegeben. Bei Auslegung der Klausel ergebe sich, dass sich der Haftungsausschluss auch auf die gegen den Verwalter persönlich gerichteten Ansprüche erstrecke.⁴⁷⁹

Da es sich um eine Entscheidung auf dem Gebiet des Gesamtvollstreckungsrechtes handelt, die Haftung des Verwalters für nicht erfüllte Masseverbindlichkeiten also auf c.i.c., nicht auf § 61 InsO gestützt wird, muss dieses Ergebnis allerdings hinterfragt werden.

⁴⁷⁸ LG Erfurt vom 22.02.2000 – 9 O 1717/99 – nicht veröffentlicht;

⁴⁷⁹ LG Erfurt vom 22.2.2000. a.a.O.;

Wie bereits oben festgestellt wurde,⁴⁸⁰ handelt es sich bei der Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalter nämlich um eine Form der deliktischen Haftung.

Aus dem Wortlaut des § 276 BGB⁴⁸¹ ergibt sich, dass die vertragliche Haftung für Fahrlässigkeit grundsätzlich durch entsprechende Vereinbarungen ausgeschlossen werden kann.⁴⁸² Ein derartiger Haftungsausschluss ist grundsätzlich auch in Hinblick auf deliktische Ansprüche möglich.⁴⁸³

Vertragliche Freizeichnungsklauseln werden allerdings eng und gegen den ausgelegt, der die Haftung abbedingen will.⁴⁸⁴

Ausgeschlossen ist die vertragliche Freizeichnung zudem für vorsätzliches Handeln⁴⁸⁵

Aus den obigen Feststellungen folgt, dass der vorläufige Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis zur Beschränkung seiner Haftung aus § 61 InsO vertragliche Ausschlussklauseln für eine Fahrlässigkeitshaftung mit seinen Vertragspartnern vereinbaren kann. Allerdings ist fraglich, wie viele Vertragspartner in der Praxis tatsächlich zum Abschluss einer derartigen Freizeichnungsklausel bereit sein werden.

Zudem greift diese Möglichkeit in den Fällen der vorsätzlichen Verwalterhaftung nicht ein, so dass auch hier die besonders problematischen Fälle der Interessenkollision offen bleiben müssen.

⁴⁸⁰ siehe oben S. 44ff.;

⁴⁸¹ „soweit nichts anderes bestimmt ist“;

⁴⁸² Palandt/Henrichs, BGB § 276 Rn. 57;

⁴⁸³ Palandt/Heinrichs, BGB § 276 Rn. 58; Löwisch in Staudinger, BGB § 276 Rn. 71; Schäfer in Staudinger, BGB, Vorbem. zu §§ 823ff., Rn. 60; BGH vom 24.11.1976 – VIII ZR 137/75 - BGHZ 67, 366;

⁴⁸⁴ st. Rspr. vgl. RG vom 6.12.1933 – I 136/33 - RGZ 142, 353, 354ff.; BGH vom 29.10.1956 – II ZR 79/55 - BGHZ 22, 91, 96; BGH vom 11.7.1963 – VII ZR 120/62 - BGHZ 40, 65, 69; BGH vom 5.4.1967 – VIII ZR 32/65 - BGHZ 47, 312, 318; BGH vom 30.9.1970 – III ZR 87/69 - BGHZ 54, 305; BGH vom 22.10.1969 – VIII ZR 196/67 - NJW 1970, 386;

⁴⁸⁵ vgl. § 276 Abs. 2 BGB;

C. Beschränkung der vorläufigen Insolvenzverwalterhaftung durch den Gesetzgeber

Bähr⁴⁸⁶ schlägt vor, die Haftung des Insolvenzverwalters und damit auch des vorläufigen Insolvenzverwalters) aus § 61 InsO auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu beschränken. Dieser Ansatz krankt an dem Umstand, dass gerade die Fälle der Interessenkollisionen, die zur Entstehung von unechten oktroyierten Masseverbindlichkeiten führen, nicht von der Haftungsbeschränkung erfasst würden. Im Bereich der Haftung für einfache Fahrlässigkeit ist m.E. durch die Anwendung eines an das Verfahrensstadium angepassten Prüfungsumfangs und die Möglichkeit des Abschlusses einer Haftpflichtversicherung ein ausreichender Schutz des vorläufigen Insolvenzverwalter gegen eine haftungsrechtliche Inanspruchnahme gewährleistet.

D. Lösung in der Praxis: Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters mit Zustimmungsvorbehalt

Die Praxis der Insolvenzgerichte geht derzeit einen anderen Lösungsweg: Während die Bestellung von vorläufigen Insolvenzverwaltern mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis weitgehend vermieden wird, werden stattdessen vorläufige Insolvenzverwalter ohne Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis, bei gleichzeitiger Verhängung eines **Zustimmungsvorbehaltes** bestellt. Hierdurch wird einerseits die oben angesprochene Haftungssituation des starken vorläufigen Insolvenzverwalters für Masseverbindlichkeiten vermieden, da § 61 InsO nicht anwendbar ist⁴⁸⁷. Auf der anderen Seite kann der vorläufige

⁴⁸⁶ ZIP 1998, 1553, 1562;

⁴⁸⁷ vgl. Bähr, ZIP 1998, 1553, 1562, der darauf hinweist, dass auch die Haftung nach § 60 InsO kein Raum ist, weil der Dritte noch kein „Beteiligter“ ist; vgl. auch Pohlmann, Rn. 370;

Insolvenzverwalter über den Zustimmungsvorbehalt die Ein- und Ausgaben des Schuldners kontrollieren.

Zum Teil wird die Auffassung vertreten, diese Praxisübung stelle eine bewusste und unzulässige Umgehung der Rechtswirkungen des § 55 Abs. 2 InsO dar. Aus diesem Grund sei es erforderlich, § 55 Abs. 2 InsO analog auf einen vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt anzuwenden.⁴⁸⁸ Da in beiden Fällen die Entscheidung über die Eingehung neuer Geschäfte letztlich durch den vorläufigen Insolvenzverwalter getroffen würde, dürfe es im Außenverhältnis auch keinen Unterschied machen, ob ein vorläufiger Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis oder ein vorläufiger Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt bestellt sei.⁴⁸⁹ Für den betroffenen Vertragspartner sei es unerheblich, dass die Initiative für den Geschäftsabschluss im Innenverhältnis bei der Anordnung des allgemeinen Zustimmungsvorbehaltes vom Schuldner, anderenfalls vom vorläufiger Insolvenzverwalter ausgehe, da das wirtschaftliche Ergebnis dasselbe sei. Ausschlaggebend sei vielmehr, dass in beiden Fällen die Begründung der Verbindlichkeit letztendlich auf den Willen des Schuldners zurückgehe.⁴⁹⁰ Von anderen Autoren wird die Begründung von Masseverbindlichkeiten durch einen vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt im Wege einer analogen Anwendung der Regelungen über die Eigenverwaltung, § 277 Abs. 1 InsO hergeleitet.⁴⁹¹

Gegen diese Auffassungen wird zu Recht eingewandt, dass der Gesetzgeber den vorläufigen Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis und den vorläufigen Verwalter mit Zustimmungsvorbehalt z.B. in §§ 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 bewusst gleichbehandelt hat, während in § 24 Abs. 2 InsO auf den

⁴⁸⁸ Bork, ZIP 1999, 781, 784f.;

⁴⁸⁹ Bork ZIP 1999, 781, 784f.;

⁴⁹⁰ Bork, ZIP 2000, 781, 785; vgl. dazu auch die anonyme Besprechung in ZInsO 1999, 348;

⁴⁹¹ Ahrendt/Struck, ZInsO 1999, 450;

Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis abgestellt wird.⁴⁹² Auch § 55 Abs. 2 InsO erfasst ausdrücklich nur den vorläufigen Insolvenzverwalter, auf den die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis übergegangen ist, so dass es für eine analoge Anwendung des § 55 Abs. 2 InsO auf den vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt bereits an einer Regelungslücke fehlt, da der Gesetzgeber den Unterschied zwischen dem allgemeinen Verfügungsverbot und dem allgemeinen Zustimmungsvorbehalt erkannt hat.⁴⁹³ Dies ergibt sich u.a. aus dem Umstand, dass nur der vorläufige Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis zur Unternehmensfortführung verpflichtet werden kann und solche Unternehmensfortführungen den Regelfall der Begründung von Masseverbindlichkeiten darstellen.⁴⁹⁴ Auch für die analoge Anwendung des § 277 Abs. 1 InsO fehlt es an einer derartigen Regelungslücke.

Zudem ist es für den Geschäftspartner durch die Veröffentlichung der Sicherungsanordnungen auch erkennbar, welche Art von Verfügungsbeschränkung dem Schuldner auferlegt worden sei, so dass auch der Schutz des Vertragspartners keine Gleichbehandlung erfordert.⁴⁹⁵ Entgegen der von Bork vertretenen Auffassung ist auch im Innenverhältnis keine vergleichbare Situation gegeben, da im Fall der Anordnung des Zustimmungsvorbehaltes die Entscheidungen über den Abschluss von Verträgen nicht durch den vorläufigen Insolvenzverwalter, sondern im Konsensprinzip entschieden werden⁴⁹⁶ und das Initiativrecht beim Schuldner verbleibt.⁴⁹⁷ Auch im Außenverhältnis liegen ein grundlegende Unterschiede vor, weil der Schuldner nur im Fall der Anordnung eines

⁴⁹² Kirchhof, ZInsO 1999, 365, 369; vgl. auch Vallender DStR 1999, 2034, 2037; Jaffé/Hellert, ZIP 1999, 1204, 1205;

⁴⁹³ Pohlmann, Rn. 346ff.; vgl. auch AG Leipzig vom 4.9.2001 – 08 C 2818/01;

⁴⁹⁴ AG Leipzig vom 4.9.2001 – 08 C 2818/01;

⁴⁹⁵ Kirchhof, ZInsO 1999, 365, 369;

⁴⁹⁶ Förster, ZInsO 1999, 332, 333; Jaffé/Hellert, ZIP 1999, 1204, 1205;

⁴⁹⁷ Jaffé/Hellert, ZIP 1999, 1204, 1205;

allgemeinen Verwaltungs- und Verfügungsverbot als Nichtberechtigter handelt.⁴⁹⁸

Der in § 1 InsO normierte Zweck des Insolvenzverfahren, eine gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubiger herbeizuführen, gebietet es ebenfalls, den Umfang der Masseverbindlichkeiten durch Zulassung ungerechtfertigter Analogien zweckwidrig weiter auszudehnen.⁴⁹⁹

Der BGH, der in seinem Urteil vom 21.6.1999⁵⁰⁰ erstmals zu dem Verhältnis zwischen vorläufigem Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt und vorläufigem Verwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis Stellung genommen hat, hat eine Gleichstellung oder analoge Behandlung ebenfalls ausdrücklich abgelehnt.⁵⁰¹

Da eine Gleichbehandlung im Ergebnis nicht stattfindet, bietet die Bestellung eines mit Zustimmungsvorbehalt ausgestatteten vorläufigen Insolvenzverwalter in der Praxis derzeit eine praktikable Kompromisslösung.

E. Lösungsvorschlag: Eingehung von Masseverbindlichkeiten im Einzelfall

Pohlmann⁵⁰² schlägt zur Lösung der oben aufgezeigten Konfliktsituation eine Gesetzesänderung vor, wonach der vorläufige Insolvenzverwalter nach § 22 Abs. 2 Satz 2 InsO im Einzelfall zur Aufnahme von Masseverbindlichkeiten

⁴⁹⁸ Jaffé/Hellert, ZIP 1999, 1204, 1205;

⁴⁹⁹ AG Leipzig vom 4.9.2001 – 08 C 2818/01;

⁵⁰⁰ Az. II ZR 70/98 – ZInsO 1999, 472;

⁵⁰¹ In dem entschiedenen Fall ging es um die Unterbrechung eines anhängigen Rechtsstreits gemäß § 240 ZPO, die nur bei Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis vor Verfahrenseröffnung eingreift;

⁵⁰² Pohlmann, Rn. 334, 349;

ermächtigt wird. Andere Autoren sehen diese Möglichkeit bereits unter der Geltung des momentanen Gesetzeswortlautes als gegeben an.⁵⁰³

Nach § 22 Abs. 2 Satz 2 InsO bestimmt das Gericht, sofern dem Schuldner kein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt wird, im Einzelfall die Pflichten des vorläufigen Insolvenzverwalters. Eine Grenze sieht § 22 Abs. 3 Satz 3 InsO vor. Danach darf das Insolvenzgericht nicht über die Pflichten des vorläufigen Insolvenzverwalters mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis hinausgehen.

Der Wortlaut des § 22 Abs. 2 InsO steht einer Ermächtigung des vorläufigen Insolvenzverwalters ohne Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis zur Eingehung von Masseverbindlichkeiten im Einzelfall nicht entgegen. Fraglich ist demgegenüber, ob Sinn und Zweck des § 22 InsO einer derartigen Anordnung entgegenstehen, insbesondere ob eine gesetzwidrige Umgehung vorliegt.

Wie bereits an anderer Stelle festgestellt, ist die Unternehmensfortführung neben der Massesicherung und –erhaltung eine der wesentlichen Aufgaben des vorläufigen Insolvenzverwalters mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis⁵⁰⁴. Eine Inanspruchnahme der Leistungen von Lieferanten und sonstigen Vertragspartnern ist regelmäßig aber nur dann möglich, wenn der vorläufige Verwalter in irgendeiner Art und Weise Sicherheiten bieten kann. Durch die Eingehung von Masseverbindlichkeiten im Einzelfall ist dem Rechnung getragen. Allerdings muss das Gericht m.E. das Ziel der Unternehmensfortführung in die Anordnung der Sicherungsmaßnahmen ausdrücklich aufnehmen, da der vorläufige Verwalter ohne Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis ansonsten nicht zwangsläufig zur Weiterführung verpflichtet wäre.

⁵⁰³ vgl. auch Hauser/Hawelka, ZIP 1998, 1261; Bork ZIP 1999, 783; Kirchhof in HK-InsO, § 22 Rn. 28;

⁵⁰⁴ vgl. § 22 Abs. 1 Nr. 2 InsO;

Gleichzeitig wird die Anordnung eines Zustimmungsvorbehaltes erforderlich sein, um dem vorläufigen Insolvenzverwalter eine Überwachung des Schuldners zu ermöglichen.

Im Ergebnis hätte der vorläufige Insolvenzverwalter eine an die Stellung des vorläufigen Insolvenzverwalters mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis stark angenäherte Rechtsstellung inne. Der einzige Unterschied zwischen den zwei Verwaltervarianten läge in diesem Fall darin, dass der eine in **jedem Fall** durch sein Handeln Masseverbindlichkeiten begründen würde, der andere nur, sofern dies **ausdrücklich vereinbart** wäre.

Die Interessen der Gläubiger sind auch in diesem Fall durch die öffentliche Bekanntmachung des Zustimmungsvorbehalts gewahrt.⁵⁰⁵

Zudem haftet auch der vorläufige Insolvenzverwalter ohne Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis für die eingegangenen Masseverbindlichkeiten nach § 61 InsO. Dies ergibt sich aus der Verweisung des § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO, die ausdrücklich eine „entsprechende Anwendung der §§ 56, 59 bis 66 InsO“ vorsieht, ohne sich dabei auf den vorläufigen Verwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis zu beschränken.

Da der vorläufige Insolvenzverwalter ohne Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis für die Dauer des Eröffnungsverfahrens noch nicht als Vermögensverwalter im Sinne des § 34 AO bzw. als ordnungsrechtlicher Zustandsstörer anzusehen ist, kann er gleichzeitig die oben geschilderten Pflichtenkollisionen im Bereich der Vorsatzhaftung vermeiden. Die steuerlichen Pflichten sind damit während des Eröffnungsverfahrens weiter vom Schuldner wahrzunehmen. Will dieser z.B. seinen Steuerberater weiter heranziehen, so hat der vorläufige Insolvenzverwalter zuzustimmen und kann insofern gegebenenfalls Masseverbindlichkeiten begründen. Entsprechendes gilt bei der Inanspruchnahme durch Ordnungsbehörden.

⁵⁰⁵ § 23 InsO;

Ein weiterer Vorteil dieser Regelung ist darin zu sehen, dass bei der Veräußerung von Massegegenständen die Umsatzsteuerforderungen des Finanzamtes nicht zwangsläufig als Masseverbindlichkeiten entstehen, wie es beim vorläufigen Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis der Fall ist. Dadurch kann verhindert werden, dass die Masse bereits im Eröffnungsverfahren durch eine Vielzahl von Masseverbindlichkeiten unnötig belastet wird. Ähnliches gilt bei der Inanspruchnahme der Mieträume des Schuldners.

Soweit der vorläufige Insolvenzverwalter jedoch Masseverbindlichkeiten begründet, hat er auch bei der Einzelermächtigung dafür Sorge zu tragen, dass diese erfüllt werden können. Um eine Finanzplanung kommt er also auch in diesem Fall nicht herum.

Teil 7. Ergebnisse

Die vorstehende Untersuchung hat gezeigt, dass den vorläufigen Insolvenzverwalter gerade im Bereich der bislang unberücksichtigten Vorsatzhaftung ein großes Haftungsrisiko trifft.

Ein ganz wesentlicher Nachteil der vorläufigen Insolvenzverwaltung mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis ist zudem der Umstand, dass im Fall der Verwertung von Massegegenständen zwangsläufig Umsatzsteuerforderungen als Masseverbindlichkeiten entstehen und dadurch die gesetzliche Vorgabe einer Masseanreicherung im Eröffnungsverfahren verfehlt wird.

Um diese Nachteile zu vermeiden empfiehlt es sich, statt der Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis die Bestimmung der Pflichten im Einzelfall.

1. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass sich das Haftungsrisiko des vorläufigen Insolvenzverwalters im Fall der Übertragung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis gegenüber dem früheren Sequester, der für Pflichtverletzungen nur nach Maßgabe des § 82 KO haftete, nicht unerheblich erhöht hat.
2. Das anfänglich befürchtete Haftungsrisiko des starken vorläufigen Insolvenzverwalter in bezug auf die während des Eröffnungsverfahrens begründeten Arbeitnehmerforderungen hat sich durch die neuere Rechtsentwicklung allerdings stark relativiert. Durch die teleologische Reduktion des § 55 Abs. 2 InsO im Fall des Anspruchsübergangs auf die Bundesanstalt der Arbeit bzw. die zu erwartende Gesetzesänderung ist dem vorläufigen Insolvenzverwalter die Weiterbeschäftigung der Arbeitnehmer, soweit sie durch Insolvenzgeld gedeckt ist, weiter möglich.
3. Der vorläufige Insolvenzverwalter hat notwendige Masseverbindlichkeiten vorab aus der (späteren) Masse zu erfüllen. Diese Verbindlichkeiten werden bei der Prüfung, ob eine zur Deckung der Verfahrenskosten ausreichende Masse vorhanden ist (§ 26 InsO) nicht mit einbezogen. Dadurch wird ausgeschlossen, dass unmittelbar nach Verfahrenseröffnung Masseunzulänglichkeit eintritt. Bei der Berechnung der für die Verfahrenseröffnung erforderlichen Verfahrenskosten ist von dem um die notwendigen Massekosten reduzierten Betrag auszugehen, so dass insgesamt niedrigere Verfahrenskosten anfallen.
4. Reichen die vorhandenen Mittel im Insolvenzeröffnungsverfahren noch nicht mal zur Deckung der notwendigen Masseverbindlichkeiten aus, so kann sich der vorläufige Insolvenzverwalter seiner Haftung dadurch entziehen, dass er im Fall der Altlastenhaftung die zuständige Behörde auf eine Ersatzvornahme verweist. In den übrigen Fällen muss er beim

Insolvenzgericht die schnellstmögliche Aufhebung des Verfügungsverbotens veranlassen, um einen Haftungskonflikt zu vermeiden.

5. Dem vorläufigen Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis stehen nur in beschränktem Maß Möglichkeiten zur Verfügung, die Haftung aus § 61 InsO zu vermeiden. So kann er zur Vermeidung einer persönlichen Haftung wegen Fahrlässigkeit vertragliche Freizeichnungsklauseln vereinbaren oder dieses Risiko durch eine Haftpflichtversicherung abdecken. Die Haftung wegen Vorsatz kann er auf diese Weise allerdings nicht einschränken.

6. Um die Haftungsrisiken des vorläufigen Insolvenzverwalters zu mindern, empfiehlt es sich, den vorläufigen Insolvenzverwalter ohne gleichzeitige Übertragung der Verwaltungs- und Verfügungsmacht zu bestellen. Gleichzeitig kann das Insolvenzgericht den vorläufigen Insolvenzverwalter mit einem Zustimmungsvorbehalt ausstatten und ihm sofern erforderlich die Ermächtigung zur Eingehung von Masseverbindlichkeiten im Einzelfall erteilen.