

# Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	17
1. Problemaufriss	19
2. Gang der Untersuchung	23
2.1 Zielstellung	23
2.2 Einschränkungen	24
II. Zusammenfassung der Kernidee der Arbeit	25
III. Grundlagen	29
1. Die Betriebsfortführung im Eröffnungsverfahren	31
1.1 Die Entwicklung der Sanierung als Verwertungsoption	31
1.2 Die Entwicklung der Betriebsfortführung	31
1.3 Betriebsfortführung als Sanierungsvoraussetzung	32
2. Sanierung als Verfahrensziel	34
2.1 Ziele im eröffneten Verfahren	34
2.1.1 Die Bedeutung des Wortlauts des § 1 InsO	34
2.1.2 Ziel der Erhaltung volkswirtschaftlicher Produktionskapazität?	36
2.1.3 Gläubigerbefriedigung als Hauptziel des § 1 InsO	37
2.1.4 Gesetzgeberische Intention	38
2.1.5 Zwischenergebnis	39
2.2 Ziele im Eröffnungsverfahren	40
2.2.1 Vermögenssicherung	40
2.2.1.1 Bisherige Literatur	40
2.2.1.2 Keine Gläubigerbefriedigung im Eröffnungsverfahren	42
2.2.1.3 Ausschließlicher Sicherungszweck	42
2.2.1.4 „Nachteilige Veränderung der Vermögenslage“	43
2.2.2 „Bestmögliche“ Gläubigerbefriedigung?	43
2.2.2.1 Bisheriges Schrifttum	43
2.2.2.2 Insolvenzquote kein absoluter Messwert für Gläubigerbefriedigung	44

2.2.2.3	Temporärer Fortführungsvorrang im Interesse der Gläubigerbefriedigung	46
2.2.3	Gläubigerautonomie?	46
2.2.3.1	Marktkonformität	47
2.2.3.2	Wirkung marktkonformer Gläubigerautonomie auf die Vermögenssicherung	48
2.3	Zwischenergebnis	49
2.3.1	Grundsatz	49
2.3.2	Modifizierte Rangfolge im Insolvenzeröffnungsverfahren	49
3.	Fortführungspflicht	51
3.1	Einstweilige Fortführung als Erfordernis zur Gewährleistung der Gläubigerautonomie	51
3.2	Fortführungspflicht des „starken“ vorläufigen Verwalters	52
3.3	Fortführungspflicht des „schwachen“ vorläufigen Verwalters	52
3.3.1	Rahmenbedingungen	52
3.3.2	Pflicht zur Förderung vom Schuldner betriebener Betriebsfortführung	53
3.4	Fortführungskriterien	55
3.4.1	Kurzfristige Fortführungskriterien	55
3.4.1.1	Liquiditätsbeschaffung	56
3.4.2	Langfristige Fortführungskriterien	57
3.4.2.1	Die verschiedenen Sanierungsziele	57
4.	Stilllegungspflicht	59
4.1	Herrschende Auslegung erheblicher Vermögensverminderung	59
4.2	Abweichende Auslegung erheblicher Vermögensverminderung	61
4.2.1	Temporärer Fortführungsvorrang	61
4.2.2	Vermögensbegriff	62
4.2.3	Teleologische Auslegung	62
4.2.4	Einwand: Stilllegung zum Vermögensschutz?	63
4.2.4.1	Betriebsstilllegung kein gläubigerschützender Notverkauf	64
4.2.4.2	Betriebsstilllegung als Verwertungshandlung	64
4.2.4.3	Rechte des Schuldners	65
4.3	Materielle Stilllegungsvoraussetzungen	65
4.4	Formelle Stilllegungsvoraussetzungen	66

4.4.1	Gerichtliche Ermächtigung	66
4.4.2	Zerschlagungsbeschluss des vorläufigen Gläubigerausschusses	67
5.	Grundlagen der Verwalterhaftung	69
5.1	Die Haftungsnorm des § 60 InsO	69
5.1.1	Anwendung auf den vorläufigen Insolvenzverwalter	69
5.1.2	Haftungsmaßstab	69
5.1.2.1	Verschuldensabhängige Haftung	70
5.1.2.2	Angepasster Sorgfaltsmaßstab	70
5.1.2.3	Maßgeblicher Zeitpunkt	71
5.1.3	Anspruchsberechtigte	72
5.1.4	Beweislast	73
5.2	Die Haftungsnorm des § 61 InsO	73
5.2.1	Frühere Rechtslage	73
5.2.2	Heutige Rechtslage	73
5.2.3	Regelungsziel	74
5.2.4	Verschuldenshaftung	74
5.2.5	Haftungsmaßstab und maßgeblicher Zeitpunkt	75
5.2.6	Anwendung auf den vorläufigen Insolvenzverwalter	75
5.2.7	Exkulpation	76
5.2.8	Keine Pflicht aus § 61 InsO zur Warnung vor möglicher späterer Masseunzulänglichkeit	76
6.	Spezifische Haftungsrisiken bei Betriebsfortführung im Eröffnungs- verfahren	77
6.1	Risikotypen und deren Wirkung auf die Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters	77
6.2	Haftung für Masseverbindlichkeiten nach der h.L.	78
6.2.1	„Starker“ vorläufiger Verwalter	79
6.2.2	„Schwacher“ vorläufiger Verwalter	80
6.2.2.1	Keine Haftung nach § 61 InsO mangels Masseverbindlichkeit	81
6.2.2.2	Ausnahmehaftung bei Masseverbindlichkeiten durch Ermächtigungsbeschluss	82
6.3	Haftung für Zahlungszusagen	82
6.3.1	Praktische Notwendigkeit von Zahlungszusagen	83
6.3.2	Zivilrechtliche Haftung aus gesetzlichem Schuldverhältnis	84

6.3.2.1	Schutzwürdigkeit des Vertragspartners	84
6.3.2.2	Wertung	86
6.3.2.3	Persönliche Haftung	86
6.3.2.4	Haftung der Insolvenzmasse	87
6.3.3	Haftung aus Garantieverprechen	88
6.4	Haftung des „schwachen“ vorläufigen Verwalters bei Unterlassen von Zahlungszusagen	90
6.5	Haftung des „schwachen“ vorläufigen Verwalters für die Begleichung von Fortführungsverbindlichkeiten, die keine Masseverbindlichkeiten sind	91
6.5.1	Haftung gegenüber der Masse nach § 60 InsO	92
6.5.2	Haftung gegenüber dem Gläubiger im Anfechtungsfall	93
6.5.2.1	Anfechtbarkeit	93
6.5.2.2	Bargeschäftseinwand	94
6.5.2.3	Schutzwürdiges Vertrauen	95
6.5.2.4	Missbrauch marktbeherrschender Stellung	96
6.5.2.5	Rechts- und Haftungsfolgen der Anfechtbarkeit	97
6.5.3	Zwischenergebnis	97
6.6	Haftung für Fortführungsverluste nach der h.L.	98
6.6.1	Lösung nach herrschender Lehre	99
6.6.2	Abwandlung: Sanierungsaussicht	100
6.7	Haftung für oktroyierte Masseverbindlichkeiten	102
6.7.1	Echte oktroyierte Masseverbindlichkeiten	102
6.7.1.1	Keine unmittelbare Haftung nach § 61 InsO	103
6.7.1.2	Mittelbare Haftungswirkung	103
6.7.2	Unechte (notwendige) oktroyierte Masseverbindlichkeiten	103
6.7.2.1	Zustandsbedingte Lasten	104
6.7.2.2	Verhaltensbedingte Lasten	105
6.8	Haftung für Verschulden von Hilfspersonen	107
6.8.1	Haftung für Angestellte des Schuldnerunternehmens	107
6.8.2	Haftung für Erfüllungsgehilfen	107
6.8.2.1	Angepasster Haftungsmaßstab	108
6.9	Haftung im Zusammenhang mit der Mitwirkung des vorläufigen Gläubigerausschusses	109
6.9.1	Haftung bei Missachtung eines Gläubigerbeschlusses	109
6.9.2	Haftung nach § 61 InsO trotz Gläubigerbeschluss	109
6.9.3	Haftung nach § 60 InsO trotz Gläubigerbeschluss	110

6.10 Haftung trotz gerichtlicher Ermächtigung	111
6.11 Haftungsrisiken im Kontext paneuropäischer Betriebsfortführung	111
6.11.1 Europäisches Insolvenzrecht	111
6.11.2 Komplexität grenzüberschreitender Insolvenzverwaltung	112
7. Kritik der bestehenden Haftungssituation	113
7.1 Risiken der Betriebsfortführung	113
7.1.1 Praktische Schwierigkeiten	113
7.1.2 Konflikt von Fortführungs- und Massesicherungspflicht	114
7.2 Rechtsunsicherheit bei Fortführung durch schwachen vorläufigen Verwalter	115
7.2.1 „Starke“ oder „schwache“ Insolvenzverwaltung?	115
7.2.2 Haftungsrisiko aus nicht erfüllten Zahlungszusagen	116
7.2.2.1 Systemwidrige Haftungsfolge bei Garantieversprechen	116
7.2.3 Haftungsrisiko aus erfüllten Zahlungszusagen	118
7.3 Haftung nach § 61 InsO als „verschleierte Risikohaftung“	118
7.3.1 Weit gefasste Tatbestandsvoraussetzungen	118
7.3.2 Beweislast	119
7.3.2.1 Beweis negativer Tatsachen	119
7.3.2.2 Wertung	119
7.3.3 Verkettungswirkung	121
7.3.4 Eingeschränkte Möglichkeiten zur Risikosteuerung	121
7.3.5 Eingeschränkte Versicherbarkeit	122
7.4 Haftung hemmt effektive Betriebsfortführung	123
7.4.1 Konflikt von Fortführungspflicht mit Haftung für Masseverbindlichkeiten	124
7.4.2 Interessenwiderstreit zwischen Massegläubigern und Insolvenzgläubigern	125
7.4.3 Konflikt von Fortführungspflicht mit Pflicht zur Vermögenserhaltung	126
7.4.3.1 Wertmehrungsgebot	126
7.4.3.2 Risikotragung	127
7.4.4 Risikoaversion	127
7.5 Hinderung einer effektiven Sanierungskultur	128
7.5.1 Sanierungswidrige Pflichtenkollision	128
7.5.2 Rechtspolitische Implikationen	129

IV. Haftungsprivilegierung	131
1. Bisherige Lösungsansätze zu § 61 InsO	133
1.1 Geltungsbeschränkungen des § 61 InsO	133
1.1.1 Nichtanwendung des § 61 InsO im Eröffnungsverfahren	133
1.1.2 Nichtanwendung des § 61 InsO während Fortführungspflicht	134
1.1.3 Beschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit	135
1.2 Analoge Anwendung des § 93 AktG	135
1.3 Analoge Anwendung des § 64 GmbHG	136
1.4 „Analoge“ Anwendung des § 208 Abs. 1 InsO	136
1.5 Exkulpation durch Liquiditätsplanung	138
1.5.1 Herrschende Lehre	138
1.5.2 Kritik	138
1.5.2.1 Praktische Probleme im Eröffnungsverfahren	138
1.5.2.2 Symptombekämpfung anstatt Ursachenbehebung	139
1.6 Sonderkonstellationen	139
1.6.1 Privilegierung während Einarbeitungszeit	139
1.6.1.1 Bisherige Dogmatik	140
1.6.1.2 Wortlautauslegung und subjektive Erkennbarkeit	141
1.6.1.3 Fortbestehen der Beweislastproblematik	143
1.6.1.4 <i>Prima-facie</i> Beweis während Einarbeitungszeit	143
1.6.1.5 Zwischenergebnis	144
1.6.2 Privilegierung aufgrund Fortführungspflicht	145
1.6.2.1 Kirchhof'sche Rechtfertigungstheorie	145
1.6.2.2 Wertung	146
1.7 Zwischenergebnis	146
2. Erleichterte Exkulpation unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Risiken	148
2.1 Die Bedeutung wirtschaftlicher Risiken im Kontext der Betriebsfortführung	148
2.2 Die sachwidrige Risikoallokation im Eröffnungsverfahren	150
2.3 Kriterien für sachgemäße Risikoallokation	151
2.3.1 Risikoallokation aufgrund Amtspflichten des vorläufigen Insolvenzverwalters	152

2.3.2	Risikoallokation aufgrund wirtschaftlicher Verantwortlichkeit (Marktprinzip)	152
2.3.3	Risikoallokation zu Massegläubigern trotz fehlender Teilhabe an Insolvenzmasse?	153
2.3.4	Risikoallokation zur Handlungssteuerung?	154
2.3.5	Risikoallokation aufgrund wirtschaftlichem Äquivalenzprinzip	155
2.3.6	Risikoallokation aufgrund gesetzlicher Wertung?	156
2.3.7	Zwischenergebnis	156
2.4	Auflösung sachwidriger Risikoallokation	157
2.4.1	Geltung des Haftungsmaßstabes des § 60 für die Haftung nach § 61	157
2.4.1.1	Systematik der §§ 60, 61 InsO	157
2.4.1.2	Verschränkte Haftungsgründe	158
2.4.1.3	Haftungsidentität	159
2.4.2	Folgen für die Haftungsbemessung	159
2.5	Haftungsrelevante Pflichten eines ordentlichen Insolvenzverwalters bei der Betriebsfortführung im Eröffnungsverfahren	160
2.5.1	Pflichtenkatalog	160
2.5.2	Pflichtenkonkurrenz	161
2.5.2.1	Schutz der Massegläubiger vs. Masseerhaltung	161
2.5.2.2	Gemeininteresse vor Einzelinteresse	161
2.5.2.3	Marktprinzip	161
2.5.3	Pflichtenintensität	163
2.5.4	Beweislast	163
2.6	„Erkennbarkeit“	163
2.7	Exkulpation bei Nichterkennbarkeit der Stilllegungspflicht	164
2.8	Stellungnahme zu denkbaren Kritik	164
2.9	Zwischenergebnis	166
3.	Bisherige Lösungsansätze zu § 60 InsO	167
3.1	Business Judgement Rule	167
3.1.1	Tatbestand	167
3.1.2	Anwendung auf die Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters	167
3.1.3	Kritik	168
3.1.3.1	Primäre Risikoquelle ist Informationsmangel	168

3.1.3.2	Gesetzgeberische Intention	169
3.1.3.3	Keine entkoppelte Haftung in der InsO	169
3.1.3.4	Redundanz	170
3.2	Analoge Anwendung gesellschaftsrechtlicher Zahlungsverbote	171
3.3	Übrige Literatur, Rechtsprechung	172
3.4	Zwischenergebnis	173
4.	Sanierungsorientierter Haftungsmaßstab für § 60	174
4.1	Betriebserhalt als insolvenzrechtliches Nebenziel	174
4.1.1	Grundsatz	174
4.1.2	Eröffnungsverfahren	175
4.2	Betriebserhalt im Interesse der Verfahrensbeteiligten	175
4.3	Sicherung des Schuldnervermögens	175
4.4	Gemeininteresse vor Einzelinteresse	176
4.5	Zumutbarkeit der Risikotragung durch die Gläubiger	177
4.5.1	Dogmatische Verschränkung der §§ 60, 61 InsO	177
4.5.1.1	Übertragung der Risikoallokation des § 61 auf § 60	177
4.5.1.2	Erkennbarkeit	178
4.5.1.3	Beweislast	178
4.6	Zwischenergebnis	178
4.7	Praktische Anwendung der Privilegierung auf Beispiel 3a	179
4.8	Stellungnahme zu denkbarer Kritik	180
4.8.1	Gläubigerautonomie	180
4.8.2	Enteignungseinwand	181
5.	Privilegierung bei der allgemeinen zivilrechtlichen Haftung	183
5.1	Analoge Anwendung des § 61 S. 2 InsO?	183
5.2	Wertung	184
5.3	Zwischenergebnis	184
V.	Praktische Ansätze zur Minimierung von Haftungsrisiken	187
1.	Haftungsvermeidung durch erfolgreiche Betriebsfortführung	189
1.1	Insolvenzzursachen	189
1.1.1	Managementfehler führen zur Ertragsschwäche	190
1.1.2	Erfolgreiche Fortführung ist Beseitigung von Insolvenzzursachen	193



1.2	Abgrenzung von Sanierungszielen zu Fortführungszielen	194
1.2.1	Betriebsfortführung keine Sanierungsmaßnahme	194
1.2.2	Erleichterte Fortführung für den Insolvenzverwalter	195
2.	Rechtsgestalterische Ansätze zur Haftungsminimierung	196
2.1	Haftungsbeschränkung per AGB?	196
2.2	Aufklärung über Masseunzulänglichkeitsrisiko	197
3.	Erfüllung von Fortführungsverbindlichkeiten durch den „schwachen“ vorläufigen Verwalter	198
3.1	Risikosituation	198
3.1.1	Risiken bei Zahlung vor Verfahrenseröffnung	198
3.1.2	Risiken bei Zahlung nach Verfahrenseröffnung	199
3.2	Die Theorie der „starken Fortführung“	199
3.3	Analoge Anwendung des § 55 Abs. 2 InsO	200
3.4	Bargeschäft	201
3.5	Ermächtigungslösungen	201
3.5.1	Ermächtigung und teilweises Verfügungsverbot	201
3.5.2	Pauschalermächtigung	202
3.5.3	Einzelermächtigung	203
3.5.3.1	Voraussetzungen	203
3.5.3.2	Ausfall- und Haftungsrisiko	204
3.5.3.3	Einzelermächtigung nachrangig	204
3.6	Einbehaltungsrecht	205
3.6.1	Entstehung einer Sondermasse durch Einbehaltung?	205
3.6.2	Wertung	207
3.7	Treuhandlösungen	207
3.7.1	Funktionsweise	208
3.7.2	Anfechtungsfeste Deckung	210
3.7.3	Verstoß gegen Gläubigergleichbehandlung?	210
3.8	Wertung und Lösungsansatz	211
3.8.1	Insolvenzfestigkeit durch Genehmigung	211
3.8.1.1	Schutzwürdiges Vertrauen schließt Anfechtung aus	211
3.8.1.1.1	Besondere Schutzwürdigkeit im Fortführungskontext	212
3.8.2	Sanierungsorientierter Verteilungsansatz	213
3.8.2.1	Absonderungsrecht durch Genehmigung	213

3.8.2.2	Keine Insolvenzzweckwidrigkeit	213
3.8.2.3	Folgen der Risikoallokation	213
3.8.2.4	Unterstützung der Verfahrensziele (Fortführungsvorbehalt und Marktprinzip)	214
3.8.2.5	Billigkeit	214
3.8.2.6	Stellungnahme zu denkbarer Kritik	214
3.9	Zwischenergebnis	215
VI.	Fazit	217
	Thesen	224
	Literaturverzeichnis	225