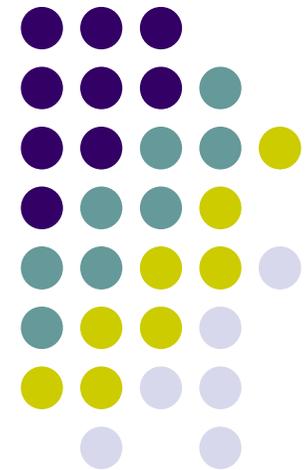


# Aktuelle Haftungsgefahren für den Insolvenzverwalter

Tagung des Verbandes junger  
Insolvenzverwalter 3.9.2010  
–Berlin–

RiAG Frank Frind  
- AG Hamburg, Insolvenzgericht -



# Agenda



- Kurzüberblick: Relevanz und dogmatische Konstruktion der Haftungsnormen
- I. Beispiele vertragsähnlicher Haftung
- II. Haftung gem. § 61 InsO bei der Betriebsfortführung gegenüber Lieferanten
- Sonderprobleme bei öffentlich-rechtlichen Pflichten, etc.
- III. Haftungsfälle gem. § 60 InsO
- 1. Falschbefriedigung
- 2. Unterlassene Massegenerierung
- 3. Haftung wg. Verletzung Aus- und Absonderungsrechte
- 4. Haftung wg. Anspruchsvereitelung, Schlechtverwertung oder nicht zeitnahe Beendigung

# Relevanz der Verwalterhaftung -Tendenzen



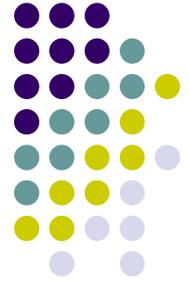
- **Steigende Zahl von Haftungsfällen** (s. Veröffentlichungen) – auch im Bereich § 92 InsO
- **Relevanz für Auswahl-Entscheidungen** der Insolvenzgerichte bei Marktverengung und -verrechtlichung
- **Kritische Beobachtung** durch „institutionelle“ Gläubiger
- **Verstärkte Schlussrechnungsprüfung**
- Verstärkte Thematisierung der „nicht verfolgten Ansprüche“

# Haftungsmaximen in der InsO

## – dogmatische Konstruktion



- Aufteilung der Haftung auf Pflichten-Bereiche:  
**§§ 60, 61 InsO; § 92 S.2 InsO: Sonderfall des § 60 InsO**
- § 60 InsO analog zu § 82 KO: Haftung wegen Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten, aber Erleichterung im Bereich notwendiger Angestellter des Schuldners
- § 61 InsO Haftung wegen nicht erfüllbarer Masseverbindlichkeiten mit Beweislastumkehr (Lieferantenschutz)

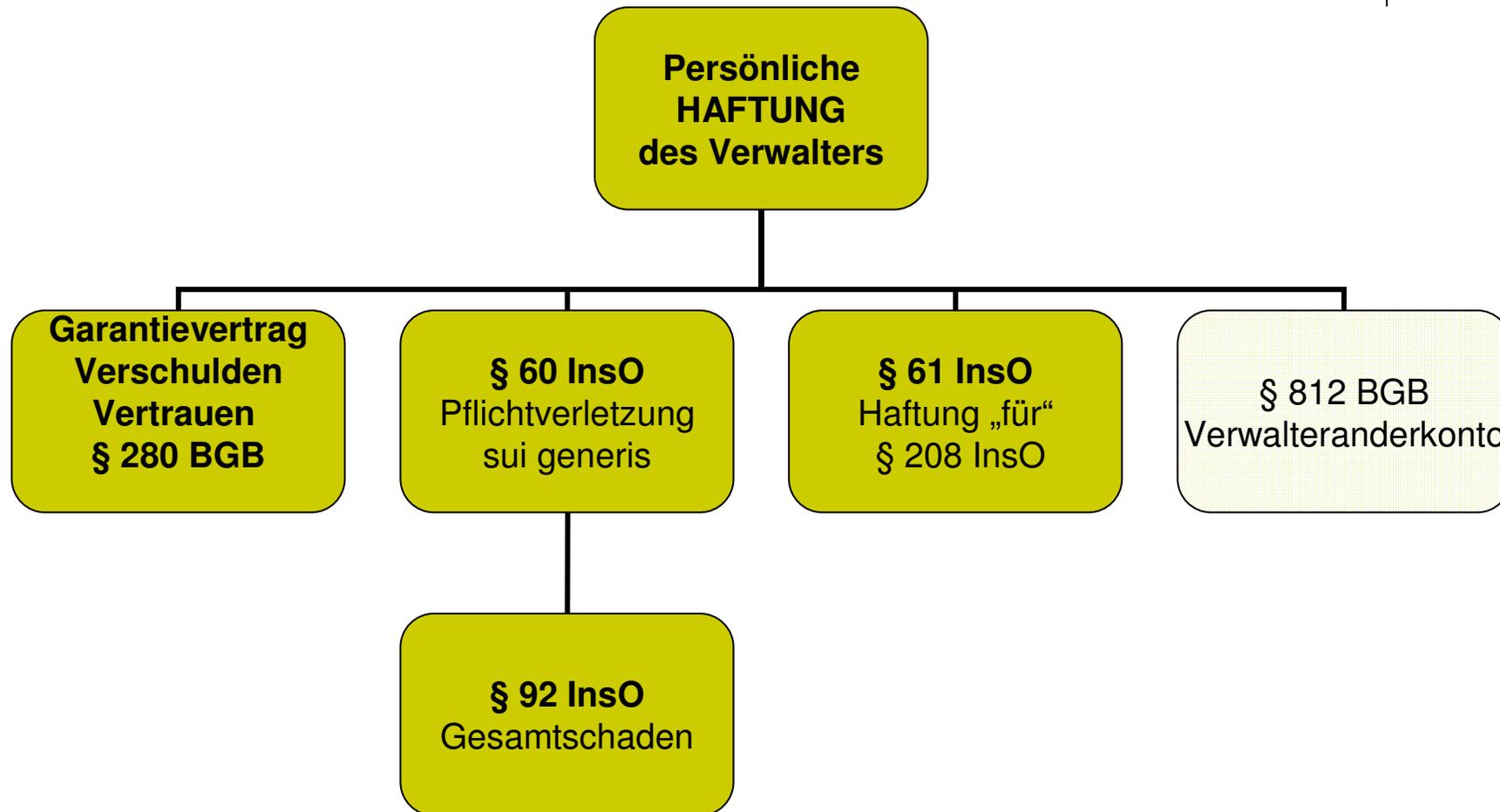


# Abgrenzung

**Während § 61 InsO die pflichtwidrige Begründung von Masseverbindlichkeiten sanktioniert, betrifft § 60 InsO die pflichtwidrige Verkürzung der Masse**

**(BGH v. 6.5.2004, NZI 2004, 435)**

# Haftungsfallgruppen bei der Insolvenzverwaltung



## Subsidiarität der Haftung des Verwalters ? „Erholungsprognose“ bei § 208 InsO ?



- **Der Schadenersatzanspruch gegen den Verwalter persönlich ist nicht subsidiär gegenüber einem Schadenersatzanspruch gegen die Masse (BGH, ZIP 2006, 194=ZInsO 2006, 100)**
- Der Geschädigte muss sich auch nicht auf eine anderweitige Ersatzmöglichkeit, z.B. gem. § 613a BGB, verweisen lassen (BAG v. 25.1.2007, ZIP 2007, 1169=ZInsO 2007, 781)
- Ggfs. ist gem. **§ 255 BGB** zu verfahren

# Bei § 61 InsO: Massegläubiger muss zum Zeitpunkt der Fälligkeit nicht zahlbar sein



- Die Haftung aus § 61 InsO kommt erst in Betracht, wenn die Masse insgesamt zur Erfüllung einer Masseverbindlichkeit nicht ausreicht: BGH, Beschl. v. 18.2.2010, IX ZR 89/09, LNR 2010, 11605:
- kein Anspruch (und deshalb keine Verwalterhaftung) auf Erfüllung einer Beitragsforderung aus einem bestimmten Erlös der Masse (hier Grundstücksverkauf) solange Masse ansonsten ausreichend.

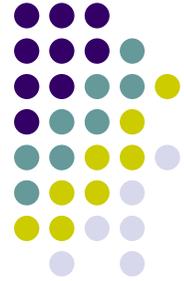
# I. Haftungsgefahren im Eröffnungsverfahren –

## „Vertragsähnliche“ persönliche Haftung gegenüber Lieferanten - Überblick



- 1. Garantieverantwortung :  
(Vorl.)Verwalter macht deutlich, persönlich für Bezahlung einstehen zu wollen
- 2. „cic“ - §§ 311 Abs.2, 241, 280 BGB:  
Inanspruchnahme besonderen Gläubiger-Vertrauens qua (verletzter) Hinweispflicht des vorläufigen Verwalters ?

# „Garantiehafung“ erzeugt ...



- Der „Zahlungs-Sicherstellungsbrief“ mit „persönlichem Einstandseinschlag“
- „Gut-Sagen“
- Selbständige Garantie-Erklärung  
→ do not or do consciously



# Beispiel I

- **OLG Celle v. 21.10.2003 (NZI 2004, 89 )**
- **Vorl. Verwalter „bestätigt, dass Zahlungen durch Insolvenzsonderkonto sichergestellt“ auf Schreiben unter seinem Briefkopf**



## Beispiel II

- **OLG Celle v. 26.5.2004 (ZInsO 2004, 865)**
- **“ Für die Bezahlung Ihrer erbrachten Leistungen komme ich ab Eröffnungsbeschluss des Insolvenzverfahrens persönlich auf“**



## Beispiel III

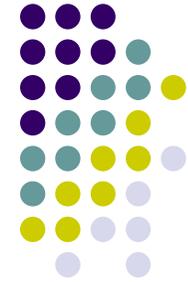
- **ArbG Essen, (18.5.2004), ZInsO 2005, 54**
- **Versicherung an Spieler eines Eishockeyvereins, er werde ihnen „jeden Penny zahlen, den er ihnen schulde“**

# Abgrenzung



- BAG, Urt. v. 25.6.2009, ZInsO 2009, 1648:
- Nachfrage von AN, was geschehe, wenn Auftraggeber während und für die angeordnete Weiterarbeit nicht zahlten,
- *Verwalter : bin dann gut versichert,*
- umfasst diese Garantieerklärung nur den Fall des Risikos der Zahlung der Weiterarbeit aufgrund säumiger Auftraggeber, **nicht die Haftung für unbekannte Hindernisse**, die der Fortführung des Betriebes entgegenstehen könnten (hier: insgeheim nicht vorhandene Gewerbeerlaubnis, die bei Aufdeckung dieses Umstandes zur sofortigen Betriebseinstellung führte)

# Haftung aus „c.i.c.“- §§ 311 Abs.2, 241, 280 BGB



- Persönliche Erfüllungszusage mit verletzter „Risiko-Hinweispflicht“
- Zuweisung der Aufklärungspflicht gegenüber Weiter-Lieferanten über das Ausfall-Risiko des § 208 InsO an den „kundigen“ Insolvenzanwalt

# Grenzen der Aufklärungspflicht ?



- **BGH v. 24.5.2005 (ZIP 2005, 1327=ZVI 2005,373=ZInsO 2005, 885 :**  
**Verletzte der Verwalter im Zuge von Verhandlungen als Verwalter für die Masse vorvertragliche Hinweis- und Aufklärungspflichten, so haften in aller Regel nur die Masse. Der Verwalter nehme nicht mehr als das im Geschäftsverkehr übliche Vertrauen in Anspruch, wenn er als solcher in Erscheinung trete.**



# Aber:

- Einen besonderen Vertrauenstatbestand schaffe er nur, wenn er beim Verhandlungspartner ein zusätzliches, **von ihm persönlich ausgehendes Vertrauen auf die Vollständigkeit und Richtigkeit seiner Erklärungen und die Durchführbarkeit des vereinbarten Geschäftes hervorgerufen habe.** Denn Eigenhaftung entstehe nur, wenn er den Eindruck erwecke, persönlich dafür sorgen zu wollen, daß der Vertrag durchgeführt und die Klägerin ihr Geld erhalten werde

# Beispiel c.i.c./§ 280 BGB



- **OLG Frankfurt v. 8.3.2007, ZInsO 2007, 548**

„Fertigbeton“:

Der Beklagte bestätigte als Zustimmungsverwalter unter seinem Anwaltsbriefkopf, dass die Kosten für die Lieferung von Transportbeton für das Bauvorhaben „B“ aus der Masse im vorläufigen Insolvenzverfahren beglichen würden. Zwei Rechnungen für Lieferungen ab dem 1.4.2005 blieben offen. An diesem Tage war das Verfahren eröffnet worden und zu diesem Datum eine – rückwirkende- Betriebsübernahme durch einen neuen Inhaber vereinbart worden. Darüber war die Klägerin nicht in Kenntnis gesetzt worden.

# Beispiel II



- Das OLG bestätigt die Verurteilung wegen Verschuldens bei Vertragsschluss. Das OLG stützt sich auf die Entscheidungen des OLG Schleswig ( **31.10.03 NZI 2004, 92**) und BGH ZIP 2005, 1327 (s.u.).
- Der enge Bereich der Inanspruchnahme persönlichen Vertrauens durch den vorläufigen Verwalter sei erreicht.
- Die Klägerin habe auf die Zusage, die das „Normale“ beim Zustimmungsverwalter überschritten habe, vertrauen dürfen, dass die Vergütung ihrer Leistungen aus der Masse gesichert sei.
- Eine persönliche Garantieerklärung der Haftung mit eigenem Vermögen beinhalte das Schreiben jedoch nicht, da der Beklagte auf die Masse verwiesen habe

# Beispiel



- **LG Trier v. 23.3.2009, ZInsO 2009, 1208**
- *Gegengezeichnet: "Zu Ihrer und unserer Absicherung bringen wir in Vorschlag, dass für all diejenigen Bestellungen, die durch die vorläufige Insolvenzverwalterin gegengezeichnet sind, die Zusage des Rechnungsausgleichs innerhalb der vorgenannten Zahlungsfristen als zugesagt gilt."*
- *"Soweit im Rahmen der vorläufigen Insolvenzverwaltung Forderungen durch Lieferungen begründet wurden, gehe ich davon aus, dass diese zeitnah zum Ausgleich gebracht werden können."*



## Und Zusatz:

- *„Die Weichen werden derzeit gestellt in Richtung der Erarbeitung eines Insolvenzplans zur Befriedigung der Gläubiger. Die Geschäftsleitung hat einen Investor gefunden, der bereits in die bestehenden Gesellschaftsstrukturen eingebunden wurde.“*
- Das LG gelangt zu der Wertung, dass die klagende Lieferantin daraus die Ungewissheit der Zahlung erkennen musste

# LG Trier: Kenntnis von Risiko bei Geschäften mit vorläufigen Verwalter vorauszusetzen



- Das LG gelangt zu der Wertung, dass die klagende Lieferantin durch Verweise auf einen zu erarbeitenden Insolvenzplan die Ungewissheit der Zahlung erkennen musste. Es meint:  
*„Dies gilt umso mehr, als es sich bei der Klägerin um eine GmbH handelt. **Eine Kapitalgesellschaft muss erkennen, dass Geschäftsbeziehungen mit einer anderen Kapitalgesellschaft, die sich in vorläufiger Insolvenz befindet, ein Restrisiko des Zahlungsausfalls mit sich bringen.**“*

## II. Haftung gem. § 61 InsO für nicht erfüllbare Masseverbindlichkeiten



- 1. „Aufgezwungene“, unvermeidbare Masseverbindlichkeiten
- 2. Anfangs oktroyierte, aber vermeidbare Masseverbindlichkeiten
- 3. Bewusst begründete Masseverbindlichkeiten – falsche Planung
- 4. Sonderfälle: Haftung aus öffentlich-rechtlicher Pflichtenstellung für – unbezahlbare- Masseverbindlichkeiten

# 1. „Oktroyierte“ Verbindlichkeiten



- → Keine Haftung ohne Einfluss
- besonders relevant - Ansprüche aus Dauerschuldverhältnissen (Miete, Arbeitsverhältnisse, etc.)
- Nach AG Hamburg ZInsO 2002, 36 (m.w.N.) setzt das „Begründen“ iSd § 61 InsO einer Verbindlichkeit voraus, dass der Verwalter Kenntnis vom Bestehen des Dauerschuldverhältnisses hat.



## 2. „Reissleine ziehen“

- **Der Verwalter muss aber bei absehbar nicht vorhandener Befriedigungsmöglichkeit das Kündigungsrecht zum frühestmöglichen Kündigungszeitpunkt nutzen**
- Erklärungsverlangen gem. § 103 Abs.2 S.2 InsO sind unverzüglich (Dauer: Lage des Einzelfalles) jedenfalls bis Berichtstermin zu beantworten

# Versäumen der Kündigungsmöglichkeit - falsch



- OLG Schleswig v. 17.12.2004, ZInsO 2005, 606:
- angestellter Geschäftsführer  
weiterbeschäftigt
- bei Masseunzulänglichkeit nicht gekündigt
- Haftung auf Arbeitsentgelt

# Versäumen der Kündigungsmöglichkeit - richtig



- LAG Hamm v. 27.5.2009, ZInsO 2009, 1457:  
Verwalter hatte aufgrund plausiblen Finanzplanes und sachlich nachvollziehbarer Einschätzungen einen Weiterbetrieb für drei Monate prognostiziert.
- Nach Abbruch von Geschäftsverbindungen durch Lieferanten musste später die Abwicklung des Betriebes eingestellt werden. Anspruch auf Freistellung bestehe nur bei unzureichenden Vergütungsaussichten oder fehlender Beschäftigung.
- Das LAG bescheinigt dem Verwalter, dass diese nachfolgenden Ereignisse bei Entgegennahme der Arbeitsleistungen noch nicht erkennbar waren. Als Verwalter sie bemerkte, hat er zeitnah Masseunzulänglichkeit angezeigt u. freigestellt.

# keine Freistellung bei unterlassener Annahme



- LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 17.9.2009, 2 sa 338/09, ZInsO 2010, 1110:  
kein Schadenersatzanspruch wegen unterlassener Freistellung bei mehrfachem Angebot der Auflösung des Vertragsverhältnisses und Untätigkeit des AN betreffs Aufnahme anderweitiger Arbeit und freiwilligem Verbleib im Betrieb

# Haftung durch konkludente Erfüllungswahl



- OLG Naumburg, ZInsO 2004, 1145:  
*Schweigen und Zeitablauf rechtfertigen grundsätzlich noch nicht die Annahme einer stillschweigenden Erklärung, die Erfüllung des Vertrages verlangen zu wollen.*
- ***Nimmt aber der Verwalter z.B. monatelang Strom ab und hat er bereits als vorläufiger (schwacher) Verwalter äußern lassen, daß er die Weiterlieferung im eröffneten Verfahren wolle, ergibt dieser enge zeitliche Zusammenhang im eröffneten Verfahren eine Erfüllungswahl. Der Verwalter hätte ansonsten die begründete Erwartung der Klägerin, er wolle Strom abnehmen und als Masseverbindlichkeit bezahlen, mit einer entsprechenden, gegenteiligen Äußerung enttäuschen müssen.***

# 3. § 61 – Kernproblem Betriebsfortführung



- zunächst „automatischer“ Haftungseintritt bei Nichterfüllbarkeit der Lieferanten(Massegläubiger-)forderungen
- Verteidigung: Liquiditätsplanung !
- Merke: Diese ist bei sorgfältigen Gerichten auch zur Beantragung der Einzelermächtigung beizufügen
- Prüfe die Herkunft der Prognosebasis !

# Verlassen auf bisherige betriebliche Berater



- **OLG Celle ZInsO 2003, 334** :  
*Dort hatte der Verwalter sich bei seiner Finanzplanung auf die geschönten Zahlen des Steuerberaters der Schuldnerin verlassen und sich damit zu entlasten versucht, dass er „kein Prophet“ sei.*

# Verlassen auf bisherige betriebliche Berater II



- LG Köln NZI 2003, 652:  
*Der Unternehmensberater prüfte sämtliche Verträge und bezeichnete sie in einem Bericht vom 10.6.02 an den Verwalter als „sehr lukrativ“. Gegenüber der Gläubigerin erklärte er, zuletzt mit Schreiben vom 17.7.02, das auch vom Verwalter unterzeichnet war, dass alle Bestellungen im Rahmen der gültigen Zahlungsbedingungen bezahlt würden.*

# Verlassen auf „Zahlen aus Unternehmen“



- **OLG Karlsruhe ZInsO 2003, 229:** *Der Verwalter bestellte nach Eröffnung mehrere kältetechnische Produkte bei der Gläubigerin. Nach Lieferung der Produkte, aber vor deren Bezahlung zeigte der Verwalter Masseunzulänglichkeit an. Er wandte im Prozess ein, ihm sei vom kaufmännischen Leiter der Schuldnerin ein Liquiditätsplan vorgelegt worden, aus dem sich positive Zahlen ergeben hätten.*

# Eigene (!) Liquiditätsplanung



- BGH v. 17.12.2004, ZIP 2005, 311=ZInsO 2005, 205:
- **Der Verwalter hat eine eigene Liquiditätsvorschau –je nach erlangaberen Erkenntnissen- zur Frage der Bezahlbarkeit zu begründender Masseverbindlichkeiten zu erstellen**
- **Mittel: Zahlen mit eigenen Leuten erheben oder wenigstens prüfen**
- **dokumentieren !!!**
- **am besten durch Zwischenbericht zur Akte !**

# Einzelermächtigung - § 61



- **BGH vom 18.7.2002 (NZI 2003, 543); BGH v. 7.5.2009, ZInsO 2009, 1102; Schluck-Amend/Seibold, ZIP 2010, 62, 68; Heyn InsbürO 2010, 134; Küpper/Heinze (ZInsO 2010, 214, 218); Heidelberger Leitlinien“, NZI 2009, 593, 595**
- Schnelle Prüfung der Notwendigkeit
- Einreichung der Liquiditätsvorschau an das Gericht (Kirchhof, ZInsO 2007, 228, 229; Schmidt/Roth, ZInsO 2006, 177; AG Hamburg ZInsO 2006, 218 abl. wg. angeblicher Mithaftungsgefahr Horstkotte/Martini, ZInsO 2010 , 750 )
- **Rechtzeitige Einzelermächtigungsanträge: Gruppen – und Projektermächtigungen bei Bestimmbarkeit der Gläubiger zulässig**

## 4. a.) Sonderfall : Haftung aus „öffentlich-rechtlicher“ Pflichtenstellung für unbezahlbare Masseverbindlichkeiten



- Gem.Rechtsprechung des BVerwG muß der Verwalter die Möglichkeit zur Freigabe kontaminierter Massegegenstände zum Zwecke der Kostenabwendung von der Masse nutzen, sonst kann er nach § 60 InsO haften  
(BVerwG, ZInsO 2004, 1206; ZInsO 2004, 917; Vierhaus, ZInsO 2005, 127 ff. u. 1026 ff.).
- Eine weitere Vermeidungsstrategie kann Grundstücksteilung oder Grundstücksveräußerung (hier aber Rückgriffsgefahr !) sein (Küpper/Heinze, ZInsO 2005, 413 f.)

# Beispiel: öffentlich-rechtliche Haftung - Abgrenzung



Das OVG Berlin-Brandenburg (17.4.2007, ZInsO 2008, 1088) weist darauf hin, dass § 5 BImSchG vom „Betreiber“ spricht und sich keine Anhaltspunkte dafür finden, dass ein erweiterter Adressatenkreis als Anlagebetreiber gemeint sein könnte.

Knüpft die Inanspruchnahme des Verwalters **nicht an eine sich aus der Betreiberstellung ergebende Verhaltensverantwortlichkeit an**, sondern nur an eine vom früheren Betreiber (Schuldner) gem. §§ 80, 148 InsO erlangte Verfügungsgewalt, entfällt mit der Freigabe aus der Insolvenzmasse diese Verfügungsbefugnis und damit die die Zustandsverantwortlichkeit begründende Sachherrschaft. Da diese Freigabe insolvenzrechtliche Amtspflicht des Verwalters ist, ist sie selbst, auch nicht ordnungswidrig.

# Verwalter = „Betreiber“ ??



- Die Rechtsprechung **knüpft deshalb die Verantwortlichkeit häufig an die Fortführung durch den Insolvenzverwalter** (BVerwG, Urt. v. 13.12.2007, Aktz. 7 C 40.07; ZInsO 2008, 560 = keine bergbaurechtliche Verantwortung des Insolvenzverwalters für Rekultivierung des Tagebaus, wenn Unternehmen nicht durch diesen fortgeführt; verantwortlich bleiben Schuldnerin und Geschäftsführung selbst;
- so auch OVG Lüneburg v. 3.12.2009, NZI 2010, 235=ZInsO 2010, 1094;
- VG Gera v. 21.2.2007, 2 K 1253/05 –ZfB 2007, 167: anders, wenn Eintritt in Pflichtenstellung der unternehmerischen Betätigung)



# Beispiel

- Im Falle OVG Lüneburg v. 3.12.2009, ZInsO 2010, 1094, hatte der Verwalter den Betrieb seit Eröffnung geschlossen, er war nicht in die „Betreiberstellung“ eingerückt; die Freigabe änderte daher an den Besitzverhältnissen nichts (zustimmend: Sämisch, ZInsO 2010, 1096, der durchgeführte „Abverkauf“ ändere daran nichts).
- Andere Auffassung: K. Schmidt, NJW 2010, 1545 ff.: der Verwalter habe immer „ohne Wenn und Aber“ die Ordnungspflicht zu erfüllen („Kontinuität“; quasi hoheitliche Aufgabe)



# Beispiele

- Einhaltung öffentlich-rechtlicher Sicherheitsvorschriften bzgl. Grundstücken
- Für die **Sicherheitsüberprüfung des baurechtlichen Zustandes des Gebäudes ist er als „Veranlasser“ anzusehen.** Die Kostenschuld trifft –zunächst- die Masse (VGH Kassel v. 2.11.2009, ZIP 2010, 298; Überprüfung vormittags, nachmittags Freigabe



# Beispiel

- Ein Insolvenzverwalter kann nach Freigabe (hier eines Tanklagers) der Gemeinschuldnerin nicht als Betreiber dieser Anlage zur Gefahrenabwehr herangezogen werden.
- Einem vorläufigen „schwachen“ Insolvenzverwalter fehlt für eine Gefahrenabwehrpflicht bereits die für eine Verhaltensverantwortlichkeit notwendige alleine Verfügungsbefugnis über die Gefahrenquelle (**VGH Kassel v. 11.9.2009, ZIP 2010, 92=NZI 2010, 236**)

# Freigabe - Einschränkungen



- Wenn der Verwalter das Grundstück übernommen und den Betrieb bzw. die **Anlage „betriebsgestaltend“**, wenn auch nur kurzfristig, fortgeführt hat, muß der Freigabe auch eine anschließende Veränderung der faktischen Besitzverhältnisse folgen, sonst bleibt sie wirkungslos für die Ordnungspflicht des Insolvenzverwalters (BVerwG v. 5.10.2005, ZInsO 2006, 495)
- s. auch: Bay.VGH v. 4.4.2005, ZInsO 2006, 496

# 4b.) Sonderproblem: Pflicht aus ZVG ?



- Antrag der Masse auf Zwangsverwaltung
- § 61 InsO schützt auch **nicht den Zwangsverwalter**, der **mit seiner Vergütung (hier Mindestvergütung) ausfällt**, da der Zwangsverwalter durch § 155 Abs.1 ZVG (Vorschussanforderungsmöglichkeit) ausreichend geschützt ist (LG Neuruppin v. 21.10.2008, NZI 2009, 60= ZIP 2009, 431; bestätigt durch **BGH v. 10.12.2009**, ZIP 2010, 242=NZI 2010, 187: auch keine Haftung gem. § 60 InsO, da Zwangsverwalter kein Verfahrensbeteiligter)

# III. § 60 - Haftungsfallgruppen



- Die „insolvenzspezifische Pflicht“ ist verletzt
- Folge: Verkürzung der Masse insgesamt oder
- Schädigung einzelner Gläubiger



# 1. Falschbefriedigung

- Diese liegt bei Befriedigung von einzelnen Gläubigern vor anderen ranggleichen Gläubigern vor  
(BGH ZInsO 2004, 609; OLG Celle ZIP 1993, 1720 (unterlassene Berücksichtigung im Schlußverzeichnis))
- Verletzung auch der **Pflicht zur anteiligen Befriedigung gleichrangiger Massegläubiger.**
- Die Pflichtwidrigkeit ist hier von den Gläubigern zu beweisen.



# Falschbefriedigung ?

- Wenn der Verwalter eine spätere Masseunzulänglichkeit nicht voraussehen kann, haftet er nicht aus § 60 InsO, wenn er zunächst die Entgelte der noch beschäftigten Arbeitnehmer vor den Entgelten der bereits entlassenen Arbeitnehmer (Massegläubiger für die während der Kündigungsfrist nicht gezahlten Entgelte) zahlt (BAG v. 1.6.2006, ZIP 2006, 1830).

# Beachtung d. Befriedigungsreihenfolge der Masseunzulänglichkeit auch ohne Anzeige - § 209 InsO



- Auch bei nicht angezeigter Masseunzulänglichkeit hat die in § 209 InsO vorgesehene **Befriedigungsreihenfolge absoluten Vorrang** (dh aus vorhandener Masse sind zunächst die Kosten zu zahlen), dies gilt auch in Stundungsfällen, bei denen eine Einstellung des Verfahrens nur wegen der Stundungswirkungen nicht erfolgt (**BGH v. 19.11.2009, ZInsO 2010, 63**).
- Bei verspäteter Anzeige findet eine Aufteilung der Kosten in die Zeit vor und nach der Anzeige nicht statt (BGH ZInsO 2006, 541 Rn.24)

# „Falschbefriedigung“ durch Mieta- Einzug ohne Weiterleitung ?



- **Der vorläufige Insolvenzverwalter darf Masse generieren, indem er Mieten für die schuldnerische Zwischenvermieterin einzieht, sie aber nicht an den Hauptvermieter weiterleitet.**
- Er muss aber abwägen, ob er dadurch Mietrückstände erzeugt, die zu einer Kündigung des Mietverhältnisses berechtigen, dessen Nutzungsmöglichkeit für die Insolvenzmasse erhalten bleiben müsste (**BGH v. 24.1.2008, ZInsO 2008, 322**)

# Falschbefriedigung durch Lastschriftwiderruf: Haftungsgefahr insbes. b. natürliche Personen - § 826 BGB – ?



- sind „existenzwichtige Vertragsbeziehungen“  
dadurch gefährdet ? Miete, Krankenkasse,  
HVV-Abo, Sportverein ?
- „existenzwichtig“ – Auslegungsfrage
- **„muß oder darf“ Verwalter Genehmigung  
verweigern ? m.E. Prüfung=Pflicht**
- Gefährdungen der Vertragsbeziehungen  
empirisch nicht erwiesen : Frind, NZI  
2009,140

# „Gretchenfrage“: Pflicht oder Kür ?



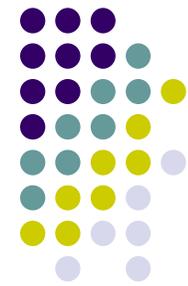
- BGH v. 4.11.2004 –ZInsO 2005, 40:  
*„Da der vorläufige Insolvenzverwalter in beiden Erscheinungsformen die künftige Masse zu sichern und zu erhalten hat, kann es nicht seine Sache sein, eine vor dem Eröffnungsantrag unvollständig erfüllte Verbindlichkeit des Schuldners vollständig zu erfüllen oder einer Erfüllungshandlung des Schuldners durch seine Zustimmung Wirksamkeit zu verleihen, falls dies nicht im Interesse aller Gläubiger liegt. „*

# Haftung wegen Unterlassen des Lastschrift-Widerrufes ?



- Gem. LG Ulm v. 14.12.2009 (NZI 1/2010, VII) haftet ein Verwalter den übrigen Gläubigern wenn er durch Unterlassen einer Lastschrift-Widerrufs-Möglichkeit einzelne ungesicherte Insolvenzgläubiger befriedigt
- A.A. Haftung aus pVV gegenüber Einziehungsgläubiger: z.B. OLG Hamm v. 26.3.2010, ZInsO 2010, 951

# Haftung aus § 826 BGB schon allein durch „Widerruf“ kommt nicht in Betracht



- AG Hildesheim v. 6.10.2009, NZI 2009, 897;
- LG Köln v. 27.1.2009, ZInsO 2009, 337
- BGH IX.Senat 20.7.2010- ZInsO 2010, 1534:  
Da es fraglos auch unberechtigte Lastschriften gibt, darf eine konkludente Genehmigung nicht vorschnell bejaht werden. Entscheidend sind jeweils die Umstände des Einzelfalls.  
Der Insolvenzverwalter kann nicht mehr pauschal allen Lastschriften, die noch nicht genehmigt sind, "widersprechen", das heißt die Genehmigung verweigern. **Er muss vielmehr prüfen**, ob das pfändungsfreie "Schonvermögen" des Schuldners betroffen ist.

# Leistungen aus unpfändbarem Einkommen : Masse ?



- → „Widerspruch“ soweit Abbuchung später anfechtbar oder kein Schonvermögen betroffen
- → Haftungsgefahren:  
**BGH v. 20.7.2010, ZIP 2010, 1552, Rn.26:** Kann der Verwalter erkennen, dass Schonvermögen betroffen und er „widerspricht“ trotzdem und die Bank folgt dem, weil sie glaubt, es sei eine rechtmäßige Handlung, **haftet der Verwalter, wenn dem Schuldner dadurch Schaden entsteht, gem. § 60 InsO**
- s. bereits: BGH v. 10.7.2008, ZInsO 2008, 971=ZIP 2008, 1685
- Rn.27: Möglich auch Haftung gegenüber Lastschriftgläubiger aus § 826 BGB, wenn Schuldner schon genehmigt hat (ausdrücklich oder konkludent)

## 2. Haftung bei erfolgloser oder unterlassener Massegenerierung I



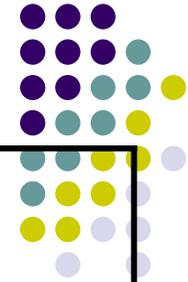
- Die **Ermittlung und ggfs. gerichtliche Durchsetzung aufgefundener Ansprüche der Masse gegen Dritte gehört zu den insolvenzspezifischen Pflichten** des Verwalters gem. § 60 InsO.
- Insofern kann die Unterlassung von Ermittlungen solcher Ansprüche oder die Unterlassung der Verfolgung erfolgversprechender mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand „eintreibbarer“ Ansprüche, bei denen eine erfolgreiche Vollstreckung nicht ausgeschlossen erscheint, zu **Schadenersatzansprüchen** führen (BGH, ZInsO 2004, 676)

# „check-Liste“ der Ansprüche



- Gutachten →
- Das Insolvenzgericht darf eine Entscheidung „Abweisung mangels Masse“ **nur auf ein sorgfältiges, in sich widerspruchsfreies Gutachten stützen** (BGH v. 15.1.2009, ZInsO 2009, 433; BGH v. 17.6.2003, ZIP 2003, 2171, 2172)
- aufgefundene Ansprüche =
- § 156 InsO-Bericht =
- Schlußbericht
- In der Akte „Linien“ v. Gutachten über den Bericht nach § 156 InsO bis zum Schlussbericht verfolgen !

# Fehlerliste Gutachten



Keine Aussagen über Ansprüche aus Eigenkapitalersatz ( <a href="#">§§ 32a ff. GmbHG</a> )	95,6 %
Keine Angaben zu Haftungsansprüchen gegen Gesellschafter/Mitgesellschafter ( <a href="#">§§ 30, 31 GmbHG</a> )	94,7 %
Fehlende Angaben über eine mögliche Unterbilanz- und Verlustdeckungshaftung ( <a href="#">§§ 43 Abs. 2, 9a Abs. 2 GmbHG</a> )	92,9 %
Keine Überprüfung der Kapitalerhaltung ( <a href="#">§§ 31 Abs. 6, 43 Abs. 3 GmbHG</a> )	90,8 %
Keine Angaben zur Massesicherungs- und Erhaltungspflicht ( <a href="#">§ 64 Abs. 2 GmbHG</a> )	90,3 %
Keine Aussagen zur Geschäftsführerhaftung allg. ( <a href="#">§ 43 Abs. 3 GmbHG</a> )	87,6 %
Keine Angaben über immaterielle Vermögensgegenstände	69,7 %
Keine Angaben über eine mögliche Insolvenzverschleppung ( <a href="#">§ 64 Abs. 1 GmbHG, § 130a HGB, § 92 Abs. 2 AktG, § 99 Abs. 1 GenG</a> )	62,2 %
Keine Aussagen zu anfechtbaren Handlungen ( <a href="#">§§ 129 ff. InsO</a> )	44,5 %
Kein geeigneter Nachweis zur Stammkapitalaufbringung	41,0 %
Keine Angaben zu der Höhe der Verfahrenskosten nach <a href="#">§ 54 InsO</a>	28,3 %
Angaben zur Aufbringung der Stammeinlage sind nicht transparent	26,5 %
Verfahrenskosten nach <a href="#">§ 54 InsO</a> wurden falsch berechnet	10,3 %
Gutachtenerstellung nach Aktenlage	6,7%

- RiAG Frank F. Lind - VJI 2010

(Haarmeyer/Suvacarevic, ZInsO 2006, 953)

# Haftung bei erfolgloser oder unterlassener Massegenerierung – abgeschlossenes Verfahren



- Der Insolvenzgläubiger kann nach Abschluss des Verfahrens seinen **Quotenschaden (aus dem Gesamtschaden) wegen pflichtwidriger Masseverkürzung in Form der Nichtverfolgung eines Anspruches** (vorliegend: nicht ordnungsgemäße Kapitalerhöhung) selbst direkt gegen den Verwalter persönlich geltend machen (**BGH v. 14.5.2009, ZInsO 2009, 2008**)

# aber nur bei **Vollbefriedigung** ?



- Nach Abschluss des Verfahrens kann ein Insolvenzgläubiger einen Gemeinschaftsschaden nicht mehr gegen den Verwalter verfolgen, wenn der Schadensbetrag zur Befriedigung der Konkursgläubiger benötigt wird (BGH v. 14.5.2009, ZInsO 2009, 2008), gfs. ist Nachtragsverteilung zu beantragen
- daher im Verfahren rechtzeitig: § 92 InsO !

# 3. Haftung wegen Verletzung von Aus- und Absonderungsrechten



Der Verwalter kann haften:

- wegen Verkaufs der dem Pfandrecht unterliegenden Ware und
- wegen „Vereitelns“ der Ununterscheidbarkeit des Erlöses
- wegen Beeinträchtigung der Ausschöpfung des Aus- oder Absonderungsrechtes

→ Im Verwalterbüro sind Vorkehrungen zur sorgfältigen Erfassung dieser Rechte zu treffen

# Aussonderung: Konkretisierung und Beachtung des Drittrechtes



- Der Aussonderungsberechtigte ist verpflichtet, konkret aussondernde Gegenstände zu benennen,
- der Verwalter ist verpflichtet, vor sich aufdrängenden Aus- oder Absonderungsrechten nicht die Augen zu verschließen (OLG Jena, 27.10.2004, ZInsO 2005, 44; BGH, ZInsO 2004, 151)

# Unzulässige Delegation der Prüfung des Absonderungsrechtes



- **Thüringische OLG** hat am 18.6.2008 (7 U 1151/05; siehe Rendels, INDAT-Report 7/08, 50)
- Verwalter verurteilt, **der die Prüfung der Vorbehaltsrechte einem Auktionator überlassen hatte**. Die EV-Lieferantin machte ausdrücklich auf den EV aufmerksam. Der Erlös wurde nicht separiert, ein Ersatzaussonderungsrecht ging daher unter

# Unzulässige Delegation der Prüfung des Absonderungsrechtes



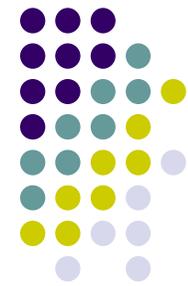
- Im Fall **OLG Hamm v. 5.2.2009** (ZInsO 2009, 2296; dazu Heinze DZWIR 2009,392) :
- Verwalter die Verwertung von Absonderungsgegenständen einem Auktionator überlassen, der den Erlös veruntreute.
- Das OLG verneint eine Schadenersatzpflicht des Verwalters aus § 278 BGB, denn er habe sich anderer Selbständiger bedient, hafte daher nur für ein Auswahlverschulden gem. § 831 BGB.
- Eine Vertrauensschadensversicherung zur Begrenzung des Veruntreuungsrisikos habe er vom Auktionator nicht nachgewiesen verlangen müssen, da eine solche Versicherung selbst für Verwalter wg. der hohen Kosten umstritten sei (Disk. zu GAVI)

# Beispiel: Zerstörtes Zugriffsrecht



- LG Berlin, Urt. v. 13.5.2008 – 14 O 438/07, ZInsO 2008, 1027
- Haftung des Verwalters wegen **unterlassener Separierung des Verwertungserlöses sicherungsübereigneter Waren** in Höhe von EUR 1.338.344,32 bei anschließender Nicht-Erfüllbarkeit des Auszahlungsanspruches aus § 170 Abs.1 InsO und der infolgedessen entstandenen Masseverbindlichkeit aus § 55 Abs.1 Ziff.3 InsO wegen Masseunzulänglichkeit,
- da dadurch in absehbarer Zeit keine Befriedigungsaussicht der Absonderungsgläubigerin, was zur Schadensentstehung genügt

# Verwertungserlös: Separierung, gfs. Hinterlegung ! Wiederholt vom BGH gefordert



- BGH v. 16.10.2008 – IX ZR 183/06 (OLG Karlsruhe, LG Baden-Baden) – ZIP 2009, 91-99 =ZInsO 2009, 87-92=NZI 2009, 171=WM 2009, 117 mit zust. Anmerk. Frind, EWiR 2009, 305 ; Frind, EWiR 2008, 693;
- Bei anhaltender Unsicherheit über den Bestand von Aussonderungsrechten oder der Vermischung von Aussonderungsgütern hat der Verwalter **Erlöse zur Vermeidung von Haftung zu separieren (BGH v. 16.10.2008, ZIP 2009, 91=ZInsO 2009, 87**

# Haftungsgefahr beim Einzug abgetretener Forderungen (im Eröffnungsverfahren)



- Einzugsermächtigung für Schuldner besteht fort, wenn v. Sicherungsnehmer nicht Dritten offengelegt und/oder widerrufen →
- Schuldner oder vorläufiger Verwalter können einziehen (BGH v. 21.1.2010, ZIP 2010, 739, 741=ZInsO 2010, 714)
- Einziehungsermächtigung des schuldenden Zedenten erlischt durch Einleitung eines Insolvenzverfahrens und vorläufige „schwache“ Insolvenzverwaltung nicht automatisch (OLG Frankfurt v. 6.12.2006, OLG –Report 2007, 839; BGH v. 21.1.2010, ZIP 2010, 739, 741=ZInsO 2010, 714: bei Sicherungsmaßnahme in Frage gestellt vor dem Hintergrund des neuen § 21 Abs.2 Ziff.5 InsO).
- Einziehung auf das normale Schuldnerkonto auch durch den vorläufigen Verwalter verschafft der Zessionarin kein neues Absonderungsrecht

# Folge berechtigten Einzuges



- das Absonderungsrecht erlischt →
- **BGH v. 6.4.2006, ZInsO 2006, 544=ZIP 2006, 1009:**  
*Wird eine zederte Forderung aufgrund **Einziehungsermächtigung** der späteren Insolvenzschuldnerin vom Drittschuldner an diese gezahlt, erlischt das Absonderungsrecht (welches gem. § 52 InsO zu berücksichtigen wäre, BGH, ZIP 2002, 2182), wenn vorher keine Offenlegung erfolgte (**Fortbestand der Einziehungsermächtigung**)*
- aber: gewollt ist kein endgültiger Rechtsverlust des Zessionars (BGH 21.1.2010) →
- Ersatzabsonderungsrecht (§ 48 InsO) kann nicht entstehen, da „berechtigt“
- **„Ersatzabsonderungsrecht“ analog § 170 Abs.1 S.2 bei unterscheidbarem Vorhandensein** (BGH v. 21.1.2010)

# Folge: Einzug absonderungsbelasteter Forderungen



- ansonsten –nicht unterscheidbar- hat der Sicherungsnehmer nur einen Anspruch entsprechend § 55 Abs.2 S.1 InsO als Massegläubiger (BGH v. 21.1.2010, ZInsO 2010, 714, 719) → Haftungsgefahr
- analoge Geltung auch beim vorl.“schwachen“ Verwalter (Lohmann, InsVZ 2010, 201, 202)
- → **Der vorläufige Verwalter hat den „Erlös“ aus einem Forderungseinzug zur Vermeidung eigener Haftung zu separieren und darf ihn nicht in der Betriebsfortführung „untergehen“ lassen**

# Lösung ?



- Einigung vorl. „schwacher Verw./Schuldner“ mit Bank, etc., dass Einzug auch zur Verwendung als „Neu-Liquidität“ (Lohmann, InsVZ 2010, 201, 202)
- „Sonderfall“ Globalzession: Abtretung neugenerierter Drittschuldnerforderungen aus Betriebsfortführung
- Berechtigung ? Entstehung anfechtbar
- **Zusatzvereinbarung für den Fall der Globalzession (Lohmann, InsVZ 2010, 201, 202; so auch Bales, InsbürO 2010, 266, 267 mit Verhandlungspunkten; Ganter, NZI 2010, 551, 554)**, dass eine Verwendung des Erlöses zur Betriebsfortführung statthaft ist, sofern aus dieser gleichwertige Sicherheiten (neue Forderungen) zugunsten des Sicherungsnehmers entstehen



# Unberechtigter Einzug

- Einzugsermächtigung widerrufen
- vorl. „schwacher“ Verwalter: keine Einzugsberechtigung
- aber: gerichtliche Ermächtigung gem. § 22 Abs.2 InsO im Beschluss oder gar gem. § 21 Abs.2 Ziff.5 InsO (Gundlach/Frenzel/Jahn, NZI 2010, 336) (individuell !) ersetzt
- → berechtigter Einzug; Folge siehe vorher

# Auszahlung an Absonderungsberechtigten bei Verwertungsreife, sonst: „Parken“



- BGH v. 11.12.2008 –ZIP 2009, 228:
- *Zieht der Verwalter eine vom Schuldner sicherungshalber abgetretene Forderung ein, ohne dass der Schuldner für die gesicherte Verbindlichkeit persönlich haftet, ist der Gläubiger aus dem eingezogenen Betrag nur dann unverzüglich zu befriedigen, wenn die Sicherheit auch ohne die Insolvenz verwertungsreif gewesen wäre.*
- *Steht dieser Umstand noch nicht fest, so ist der möglicherweise dem Gläubiger verbleibende Betrag bei der Verteilung zurückzubehalten.*

# 4. Absonderungsrechte: Vereitelung Verwertungsvorschlag



- Geht ein „**Günstiger-Verwertungsvorschlag**“ des Gläubiger binnen der Frist aus **§ 168 Abs.2 InsO** ein, **muß der Verwalter diesen wahrnehmen oder den Gläubiger so stellen, als hätte er ihn wahrgenommen.**
- Problematisch war, ob der Verwalter gem. § 60 I InsO haftet, wenn er nach dem „Günstiger-Vorschlag“ des Gläubigers seinerseits eine noch günstigere Verwertungsmöglichkeit findet und den Gläubiger davon nicht informiert, dieser aber noch günstiger hätte verwerten können

# Haftung wegen Nicht-Wahrnehmung der „zweiten Verwertungsalternative“ ?



- Eine nochmalige Aufforderung an den Gläubiger, einen „Noch–Günstiger-Vorschlag“ zu machen, wird teilweise abgelehnt (**LG Neubrandenburg, ZInsO 2006, 381; OLG Karlsruhe v. 9.10.2008, NZI 2008, 747=ZInsO 2008,1329=ZIP 2009, 282**)
- Dies hat der **BGH nunmehr mit Entscheidung v. 22.4.2010 (ZInsO 2010, 1000) bestätigt.**
- Der Verwalter haftete nicht gem. § 60 I InsO für die Differenz zwischen dem weiteren besseren Vorschlag des Gläubigers und dem Verwertungserlös

# 5. Vereitelung des Anspruches - Falschvermietung



- Der Verwalter darf auch die Mietsache nicht an einen unzuverlässigen Untermieter **weitervermieten**
- und damit den Rückgabeanspruch des Vermieters inzident gefährden (BGH v. 25.1.2007, ZInsO 2007, 264)

# 6. Haftung wegen Schlechtverwertung und Mitarbeiterverschulden



- Haftung für eingeschaltete Schuldnermitarbeiter gem. **§ 60 Abs.2 InsO** durch Verwertungseinschaltung → Überwachungspflicht
- Prokurist übernimmt Firma und soll Masse „mitverwerten“ (OLG Hamm v. 20.6.2006, ZInsO 2007, 216)
- Mitarbeiter, der Resturlaub abbummelt, soll verwerten (OLG Hamm, ZInsO 2007, 216)

# 7. Verletzung der Pflicht zur zeitnahen Beendigung des Verfahrens



- **Das Verfahren ist mit der Schlussverteilung zu beenden, sobald eine Generierung von Masse nicht mehr stattfindet**
- **Zinsschaden** der Gläubiger → vermeiden durch **Zwischenabschlagsverteilungen**
- Rechtsanspruch der Gläubiger auf zeitnahe Beendigung ?
- Aufsicht - § 58 InsO – amtswegiges Eingreifen ?
- Hergenröder, ZVI 2005, 521, 527; Pape/Graeber-Spliedt, Handbuch Verwalterhaftung, Teil 3 Rz. 424

# The End



**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit und  
Mitarbeit !**