

Roma Iocuta, causa finita?

Folgefragen aus dem BGH-Urteil zur Haftung der Geschäftsleiter in der Eigenverwaltung

PROF. DR. STEPHAN MADAUS

Dieser Beitrag versucht, aus der Grundsatzentscheidung zur Geschäftsleiterhaftung in der Eigenverwaltung Linien herauszuarbeiten, anhand derer offene gebliebene Fragen künftig entschieden werden könnten.

I. Die Ausgangslage – Die insolvenzrechtliche Haftung der Geschäftsleitung bei Eigenverwaltung

Mit dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26.4.2018¹ ist die Grundfrage einer Haftung der Geschäftsleistung vorerst entschieden. Ist der insolvente Schuldner eine Gesellschaft und wird bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen die Eigenverwaltung angeordnet, so haften die „Geschäftsleiter“ der Gesellschaft nicht nur nach den allgemeinen zivil- und gesellschaftsrechtlichen Regeln, sondern auch in analoger Anwendung der §§ 60 und 61 InsO. Zulässigkeit wie auch Zweckmäßigkeit dieser (doppelten) Analogie waren überaus streitig;² sie sind vom BGH zu Recht und mit detailreicher Begründung bejaht worden.

In der Eigenverwaltung einer Gesellschaft lässt sich die insolvenzrechtliche Haftung des Eigenverwalters nun nicht mehr auf die Gesellschaft begrenzen. Die „Geschäftsleiter“ haften ebenso. Akzeptiert man diesen Ausgangsbefund, so stellt sich die Frage, wer die Geschäftsleiter sind und inwieweit sich deren Haftung steuern lässt.

1) BGH, Urt. v. 26.4.2018 – IX ZR 238/17 (OLG Düsseldorf), ZIP 2018, 977.

2) Ausführliche Nachweise aaO, Rn. 47.

II. *Der Begriff des „Geschäftsleiters“*

Die Antwort auf die Frage, wer als „Geschäftsleiter“ analog § 60 InsO in der Eigenverwaltung haftet, wird vom BGH nicht explizit beantwortet. Zum Teil scheint er den Begriff eher zufällig mit dem des Organs zu ersetzen.³ Tatsächlich wird der Begriff des Geschäftsleiters in den Normen des Gesellschaftsrechts nicht durchgehend oder gar stringent verwendet. Er hat seine Heimat im Aufsichtsrecht. Prominent definiert wird er in § 1 Abs. 2 KWG:

„Geschäftsleiter im Sinne dieses Gesetzes sind diejenigen natürlichen Personen, die nach Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrag zur Führung der Geschäfte und zur Vertretung eines Instituts oder eines Unternehmens in der Rechtsform einer juristischen Person oder einer Personenhandelsgesellschaft berufen sind.“

Geschäftsleiter sind mithin die Organe der Gesellschaft im Sinne der gesellschaftsrechtlichen Organtheorie.⁴ Ein synonymes Verständnis beider Begriffe ist insofern naheliegend. Sie wird als Ausgangspunkt auch zur Bestimmung der Reichweite der Haftung in der Eigenverwaltung dienen können. In den Grenzbereichen bleibt eine rein begriffliche Bestimmung des „Geschäftsleiters“ allerdings zu schematisch. Hier wird man die durchaus unterschiedlichen Haftungsfunktionen der §§ 60, 61 InsO in die Betrachtung einbeziehen müssen, um zu sachgerechten Lösungen zu gelangen. Schon der methodische Zugang über die Analogie zwingt den Rechtsanwender dazu, die Vergleichbarkeit der Interessenlage für den jeweiligen Geschäftsleiter positiv festzustellen. Hierzu muss in einem ersten Schritt herausgearbeitet werden, welche Interessen durch die Haftung des Insolvenzverwalters gemäß der §§ 60, 61 InsO bedient werden, um dann in einem zweiten Schritt zu schauen, bei welchen Personen in der „Geschäftsleitung“ des eigenverwaltenden Schuldners tatsächlich im Einzelfall eine vergleichbare Interessenlage besteht. Dabei werden diese Prüfungsschritte bei beiden Haftungstatbeständen jeweils gesondert vorzunehmen sein. Wir beginnen die Untersuchung mit der Insolvenzverwalterhaftung nach § 60 InsO.

III. *Die Geschäftsleiterhaftung analog § 60 InsO im eröffneten Verfahren in Eigenverwaltung*

3) Darauf hinweisend *Horstkotte*, ZInsO 2018, 2329 f.

4) Vgl. MüKoBGB-*Leuschner*, 8. Aufl. 2018, § 31 Rn. 1 mwN.

Der Haftungstatbestand des § 60 InsO lautet wie folgt:

„(1) ¹Der Insolvenzverwalter ist allen Beteiligten zum Schadenersatz verpflichtet, wenn er schuldhaft die Pflichten verletzt, die ihm nach diesem Gesetz obliegen. ²Er hat für die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters einzustehen.

(2) 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 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu vertreten, sondern ist nur für deren Überwachung und für Entscheidungen von besonderer Bedeutung verantwortlich.“

1. Grundlagen der Verwalterhaftung nach § 60 InsO

Die Rechtsnatur der Verwalterhaftung ist streitig, soweit es um deren Charakterisierung als deliktisch oder deliktsähnlich aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis geht.⁵ Unstreitig ist, dass die Verwalterhaftung aus § 60 InsO an die Amtsstellung des Verwalters anknüpft (*Amtsträgeraspekt*). Der Verwalter haftet aufgrund seiner Amtsbefugnisse über fremdes Vermögen und den daraus folgenden Gefährdungen für die Vermögensinteressen der „Beteiligten“. Die Haftung setzt folgerichtig die Verletzung insolvenzspezifischer, also amtsspezifischer Pflichten voraus.⁶ Ob daraus (nur) ein Gesamtschaden kraft Masseminderung oder auch ein Individualschaden entsteht, ist dann nur für die Bestimmung des Kreises der Anspruchsberechtigten relevant.⁷

Die vieldiskutierte Nähe der Verwalterhaftung zum Deliktsrecht erklärt sich aus dem zweiten wesensprägenden Aspekt. Die Verwalterhaftung ist stets Handelndenhaftung (*Handelndenaspekt*). Der Insolvenzverwalter nimmt sein Amt als natürliche Person wahr (§ 56 Abs. 1 InsO), was bedeutet, dass er mit seinem gesamten Privatvermögen für seine Handlungen in Erfüllung seiner Amtspflichten haftet.⁸ Bedient er sich insoweit Hilfspersonen, haftet er für deren Handeln über § 278 BGB, soweit nicht § 60 Abs. 2 InsO einschlägig ist. Der Verwalter haftet aus § 60 InsO also weder mit dem verwalteten Ver-

5) Siehe BGH, Urtr. v. 3.3.2016 – IX ZR 119/15, NZI 2016, 352, Rn. 19; BGH, Urtr. v. 17.1.1985 – IX ZR 59/84, BGHZ 93, 278, 284 = NJW 1985, 1161 (unter 2 e); siehe auch K. Schmidt, KTS 1976, 191 ff.; Jaeger-Gerhardt, InsO, 2007, § 60 Rn. 13 ff.

6) AllgA – vgl. BGH, Urtr. v. 25.1.07 – IX ZR 216/05, ZIP 2007, 539 Rn. 7; auch BGH, Urtr. v. 25.9.08 – IX ZR 235/07, NZI 2008, 735 Rn. 3; Uhlenbruck-Sinz, 15. Aufl. 2019, InsO § 60 Rn. 12.

7) Siehe KPB-Lüke, 76. Lfg. 5/2018, § 60 InsO Rn. 30; Uhlenbruck-Sinz, 15. Aufl. 2019, InsO § 60 Rn. 118.

8) BGH, Urtr. v. 26. 4. 2018 – IX ZR 238/ 17, ZIP 2018, 977 Rn. 34 aE; BGH, Beschl. v. 19. 9. 2013 – IX AR (VZ) 1/12, BGHZ 198, 225 = NJW 2013, 3374 Rn. 27.

mögen noch mit dem Vermögen der Kanzlei oder Gesellschaft, der er angehört. Die Haftung aus § 60 InsO führt daher stets zur Verhaftung einer Vermögensmasse jenseits der Insolvenzmasse – der des handelnden Insolvenzverwalters.

2. *Übertragung auf die Eigenverwaltung*

Überträgt man die so in § 60 InsO gestaltete Interessenlage auf die Eigenverwaltung einer Gesellschaft, so findet man auf den ersten Blick schon keinen Amtsträger mit der insolvenzspezifischen Kompetenz zur Verwaltung der Insolvenzmasse. Beide Aspekte scheinen hier auseinanderzufallen. Mit dem bestellten Sachwalter findet sich zwar ein Amtsträger, diesem fehlt eben die Verwaltungskompetenz für die Insolvenzmasse. Diese Verwaltungskompetenz bleibt in der Eigenverwaltung beim Schuldner, im Fall einer Schuldnergesellschaft also bei dieser. Insoweit ist dann allerdings der Handelndenaspekt zu beachten, der nach einem haftenden Drittvermögen und damit nach einer Anknüpfung an eine natürliche Person verlangt. Diese Handelndenhaftung trifft daher nicht die Gesellschaft, sondern deren Organe. Findet sich dann wiederum eine Gesellschaft in der Organstellung, wie etwa bei einer GmbH & Co. KG, so ist das für den Aspekt der Handelndenhaftung irrelevant; sie trifft stets die als Verwalter handelnde natürliche Person, ggf. also das Organ der Gesellschaft in Organstellung einer anderen Gesellschaft.

Für die Eigenverwaltung ist damit typisch, dass die formale Amtsträgerschaft von der Verwaltungsbefugnis getrennt wird. Dies bedeutet aber nicht, dass die Verwaltung der Insolvenzmasse nun frei von den insolvenzspezifischen Pflichten der InsO erfolgen darf. Die Pflichtenbindung folgt der Verwaltungsbefugnis – jedenfalls im eröffneten Verfahren⁹ (für das Eröffnungsverfahren siehe unten III.). Der Handelndenaspekt des § 60 InsO verlangt insofern nach einer natürlichen Person als Verwalter. Bei Schuldnergesellschaften ist es damit erst die gesellschaftsrechtliche Konstruktion der Organe, d.h. der verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Sinne des § 31 BGB, die sicherstellt, dass die insolvenzspezifischen Pflichten durch natürliche Personen tatsächlich erfüllt werden. Man darf insofern zu Recht auch vom Eigenver-

9) BGH, Urt. v. 26. 4. 2018 – IX ZR 238/ 17, ZIP 2018, 977 Rn. 53; K. Schmidt-Undritz, InsO, 19. Aufl. 2016, § 270 Rn. 17 (wohl unstrittig). Schon die Gesetzesbegründung zum ESUG enthielt die Aussage, dass in der Eigenverwaltung die Führung der Geschäfte „an den Interessen der Gläubiger auszurichten“ sei; vgl. BT-Drucks. 17/5712, S. 42 (zu § 276a).

walter sprechen, auch wenn im Fall der Eigenverwaltung einer Schuldnergesellschaft nicht der oder die einzelnen Organmitglieder unmittelbar als Eigenverwalter „bestellt“ werden.¹⁰

Eine Besonderheit besteht schließlich darin, dass auch im Fall der Eigenverwaltung die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens stets zur Auflösung der Gesellschaft führt. Ihre Organe handeln insofern fortan als Liquidatoren, die im Insolvenzfall das besondere Liquidationsprogramm der InsO erfüllen müssen. Ihr Austausch ist folgerichtig nicht mehr allein nach gesellschaftsrechtlichen Regeln möglich (vgl. § 276a InsO).

Ob die damit – jedenfalls im eröffneten Verfahren wohl unstrittige – Pflichtenbindung in dogmatischer Hinsicht auch dazu führt, den Organen der eigenverwaltenden Schuldnergesellschaft unmittelbar eine formale Amtsträgerschaft in der Eigenverwaltung zuzuweisen, scheint für die Behandlung der Haftungsfrage nicht mehr von Bedeutung. Der jede Haftung nach § 60 InsO prägende Amtsträgeraspekt wäre hinreichend durch die Pflichtenbindung der Handelnden abgebildet. Allerdings spricht die durch die Pflichtenbindung insolvenzrechtlich geprägte Rechtsstellung des Schuldners in der Eigenverwaltung in der Tat für die Annahme einer Amtsträgerschaft.¹¹ Bei einer Schuldnergesellschaft würde dieses Amt durch die Organe wahrgenommen.

a) Der Generalbevollmächtigte haftet (grundsätzlich) nicht

Der aufgezeigte Regelungshintergrund des § 60 InsO macht bereits deutlich, wer in der Eigenverwaltung nicht analog § 60 InsO haften kann. Personen, die nicht in die Organstellung gehen, werden nicht von den amtspezifischen Pflichten der Insolvenzordnung erfasst, aus denen die Haftung resultiert. Die Entscheidung gegen die Organstellung ist damit eine Entscheidung gegen die Haftung analog § 60 InsO. Insbesondere Generalbevollmächtigte oder Proku-

10) Siehe BT-Drucks. 17/5712, S. 42 (zu § 276a): „Die Eigenverwaltung wird bei einer Gesellschaft nicht für eine bestimmte natürliche Person als Geschäftsleiter angeordnet, sondern sie betrifft die (jeweilige) Geschäftsleitung der insolventen Gesellschaft.“

11) So für den Schuldner etwa auch Gottwald-Haas, *Insolvenzrechts-Handbuch*, 5. Aufl. 2015, § 90 Rn. 3; Häsemeyer, *Insolvenzrecht*, 4. Aufl. 2007, Rn. 8.13; Smid, WM 1998, 2489, 2510; MüKoInsO-Tetzlaff, 3. Aufl. 2014, § 270 Rn. 141; K. Schmidt-Undritz, *InsO*, 19. Aufl. 2016, § 270 Rn. 17; Uhlenbruck-Zipperer, 15. Aufl. 2019, *InsO* § 270 Rn. 12.

risten der Schuldnergesellschaft werden mithin nicht unmittelbar von ihr erfasst.¹²

Dies gilt selbst in den Fällen, in denen die Organe der Gesellschaft die Wahrnehmung insolvenzspezifischer Kompetenzen und die Erfüllung insolvenzspezifischer Pflichten bewusst auf solche Personen übertragen. Die fehlende haftungsrechtliche Relevanz solcher Maßnahmen folgt aus der fehlenden Möglichkeit zur haftungsbefreienden Delegation der Amtspflichten, die sich im Umkehrschluss aus § 60 Abs. 2 InsO ergibt. Hilfspersonen des Amtsträgers werden nicht selbst Amtsträger mit der Folge einer Außenhaftung nach § 60 InsO; sie haften nur intern gegenüber ihrem Geschäftsherrn, der wiederum über § 278 BGB extern für entstandene Schäden einzustehen hat.¹³ Generalbevollmächtigte, denen in der Eigenverwaltung die Erfüllung insolvenzspezifischer Pflichten übertragen wird, haften bei Pflichtverletzungen folglich nicht analog § 60 InsO den geschädigten Beteiligten, sondern nur der beauftragenden Gesellschaft im Innenverhältnis. Die Außenhaftung beschränkt sich auf die Gesellschaftsorgane. Das Fehlen einer Durchgriffshaftung hat dann natürlich zur Folge, dass die Bedingungen einer Rückgriffshaftung des Generalbevollmächtigten für Fehler zwischen ihm und der Gesellschaft frei vertraglich gestaltet werden können.¹⁴ Hier besteht dieselbe Gestaltungsfreiheit wie in Fragen der Festlegung des Aufgabenbereichs des Bevollmächtigten oder in Fragen seiner Vergütung.

Eine Sonderkonstellation wird erst dann erreicht, wenn der Bevollmächtigte über die Rechtsfigur des „faktischen Geschäftsführers“ haftungsrechtlich in die Organstellung gelangt. Dann haftet er als Organ auch analog § 60 InsO.¹⁵ Hierzu müssen aber die gesellschaftsrechtlichen Anforderungen an eine faktische Geschäftsführung erfüllt sein. Dies erfordert ein eigenes Auftreten nach außen, das die Tätigkeit des rechtlichen Geschäftsführungsorgans nachhaltig prägt und dessen Gesamterscheinungsbild den Eindruck erweckt, dass der Betreffende die Geschicke der Gesellschaft durch eigenes Handeln im Außenverhältnis maßgeblich in die Hand genommen hat.¹⁶ Der Generalbevoll-

12) Ebenso *Bachmann/Becker*, NJW 2018, 2235, 2237; *Bitter*, ZIP 2018, 986, 988; *Weber*, NZI 2018, 553, 555 f.; aA aber etwa *Baumert*, LMK 2018, 407918; auch *Taras/Jungclaus*, NJW-Spezial 2018, 405, 406.

13) BGH, Urt. v. 3.3.2016 – IX ZR 119/15, NZI 2016, 352, Rn. 19; *Uhlenbruck-Sinz*, 15. Aufl. 2019, InsO § 60 Rn. 99.

14) Darauf hinweisend *Horstkotte*, ZInsO 2018, 2329, 2332.

15) Ebenso *Bitter*, ZIP 2018, 986, 988; *Taras/Jungclaus*, NJW-Spezial 2018, 405, 406; mit Vorsicht auch *Thole*, EWIR 2018, 339, 340.

16) BGH, Urt. v. 11.7.2005 – II ZR 235/03, NZI 2006, 63.

mächtigte müsste also im Außenverhältnis die Geschicke der Schuldnergesellschaft nicht nur im Hinblick auf das Insolvenzverfahren, sondern auch im täglichen Geschäftsbetrieb dominant leiten. Dies ist in der heutigen Restrukturierungspraxis regelmäßig nicht der Fall.¹⁷ Dann scheidet eine Haftung aus diesem Gesichtspunkt aus.¹⁸

b) Ressortverantwortlichkeit in mehrgliedrigen Geschäftsleitungen

Die Geschäftsleiterhaftung analog § 60 InsO erfasst alle Personen in Organisation bei der Schuldnergesellschaft. Ist hier nicht nur eine Person tätig, sondern eine Mehrzahl an Vorständen oder auch Geschäftsführern bestellt, so ist zu klären, ob auch alle der Haftung unterfallen bzw. ob sich die Haftung der einzelnen Personen in mehrgliedrigen Geschäftsleitungen effektiv begrenzen lässt.

Der Amtsträgeraspekt der Haftung aus § 60 InsO spricht hier zunächst gegen eine subjektive Haftungsbegrenzung, sind doch alle Organe der Schuldnergesellschaft auch Organe des Amtsträgers in der Eigenverwaltung. Ansatzpunkt kann daher nur der Handelndenaspekt sein. Insbesondere die Bestellung einer Person in der Geschäftsleitung, der unter der Bezeichnung als CRO oder CIO allein die Erfüllung insolvenzspezifischer Pflichten übertragen wird, scheint hier ein tragfähiger Ansatz.

Dem steht jedenfalls nicht die fehlende Möglichkeit einer haftungsbefreienden Delegation entgegen, liegt doch in der Kompetenzzuweisung innerhalb der Geschäftsleitung keine Delegation auf eine Hilfsperson. Die Situation ist insbesondere nicht vergleichbar mit der eines Insolvenzverwalters, der sich zur Abwicklung des Verfahrens weitgehend seines ebenfalls als Verwalter gelisteten Kollegen in der Sozietät als "Schattenverwalter" oder "Grauverwalter" bedient. Es geht hier vielmehr um den haftungsrechtlichen Umgang mit einer Mehrheit an Amtsträgern, die sich im Regelinsolvenzverfahren nur im Fall der Bestellung von Sonderinsolvenzverwaltern findet. Für diese Konstellation ist anerkannt, dass jeder dieser Verwalter nur für die Schäden aus § 60 InsO haftet, die er durch seine Pflichtverletzungen in seinem Pflichtenkreis verursacht. Eine Mithaftung für die Pflichtverletzungen des anderen

17) Darauf hinweisend *Horstkotte*, ZInsO 2018, 2329, 2331.

18) Anders (und in seiner Pauschalität zu weitgehend) aber *Baumert*, LMK 2018, 407918 („faktischer Eigenverwalter“).

findet sich nicht; ebenso wenig eine Zurechnung über § 278 BGB. Es gilt der Grundsatz der eigenen Haftungsverantwortung.¹⁹

Dieser insolvenzrechtliche Haftungsgrundsatz bei Amtsträgermehrheit deckt sich mit dem gesellschaftsrechtlichen bei Organmehrheit. Auch hier gilt der Grundsatz der Ressortverantwortlichkeit. Dieser besagt, dass dem einzelnen Geschäftsführer nicht auch das pflicht- und sorgfaltswidrige Verhalten seiner Mitgeschäftsführer zugerechnet werden kann.²⁰ Diese haftungsrechtliche Entlastung setzt allerdings voraus, dass es dem betreffenden Mitglied der Geschäftsführung aufgrund der Geschäftsverteilung verwehrt ist, in die Tätigkeitsbereiche der anderen Mitglieder einzugreifen. Zugleich folgt für den Vorstand einer Aktiengesellschaft auch in diesen Fällen aus dem Grundsatz der Gesamtverantwortung des Vorstandes eine Pflicht zur allgemeinen Aufsichtigung.²¹

Eine strenge automatische Mithaftung der Privatvermögen der anderen Geschäftsleiter findet mithin weder im Gesellschafts- noch im Insolvenzrecht ein Vorbild. Es solche Mithaftung im Wege der Geschäftsleiterhaftung analog § 60 InsO zu konstruieren, würde mithin eine überschießende Haftungsfolge erzeugen. Richtigerweise ist im Einzelfall zu klären, welches Organmitglied konkret die Handlung vorgenommen hat, die sich als Pflichtverletzung darstellt und bei Beteiligten zu einem Schaden geführt hat. Aus diesem Ansatz folgt, dass eine kollektive Ausgestaltung der Entscheidungsmechanismen in der Geschäftsleitung durchaus auch zu einer kollektiven Haftung führen wird. Im Umkehrschluss können Alleinentscheidungs- und Einzelhandlungsbefugnisse, insbesondere des CRO oder CIO bzgl. insolvenzspezifischer Pflichten, zu einer Ressortverantwortlichkeit und damit zu einer Haftung führen, die auf den konkret Handelnden beschränkt ist.²²

Ob es zur Begründung einer Ressortverantwortlichkeit notwendig ist, die Geschäftsverteilung unter den Organmitgliedern schriftlich und eindeutig zu fixieren,²³ scheint fraglich. Tatsächlich wird es hier weniger um eine materi-

19) K. Schmidt-Ries, 19. Aufl. 2016, InsO § 56 Rn. 65; auch KPBLiuke, 76. Lfg. 5/2018, § 56 InsO Rn. 78.

20) BeckOK GmbHG-Haas/Ziemons, 37. Ed. 1.8.2017, GmbHG § 43 Rn. 251; MüKoAktG-Spindler, 5. Aufl. 2019, AktG § 93 Rn. 169.

21) Siehe zum Ganzen MüKoAktG-Spindler, 5. Aufl. 2019, AktG § 93 Rn. 170 mwN.

22) IE ebenso Weber, NZI 2018, 553, 556.

23) So etwa für die Aktiengesellschaft BFH, Urteil vom 26.4.1984 – V R 128/79, BFHE 141, 443, 447; BFH, Urt. v. 23.6.1998 – VII R 4/98, BFHE 186, 132; auch Fleischer, NZG 2003, 449, 452.

ell-rechtliche Anforderung an die Haftungsbegrenzung gehen als um die Beweisbarkeit einer Ressortverteilung im Haftungsfall.²⁴ Insofern könnte im Sonderfall der Eigenverwaltung schon die Bestellung als „Chief Restructuring Officer“, „Chief Insolvency Officer“ oder eben als „Sanierungsgeschäftsführer“ nach außen hinreichend deutlich machen und damit beweisen, mit welchen Aufgaben dieses Organmitglied betraut wurde. Im Zweifel sollte dennoch eine Geschäftsverteilungsabsprache dokumentiert werden.

Im Ergebnis spricht mithin viel dafür, eine Haftungsbegrenzung dann zuzulassen, wenn die Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten nach § 60 InsO nicht kollektiv durch die Geschäftsleitung erfolgt, sondern nur individuell durch eine Person in der Geschäftsleitung im Rahmen ihrer Ressorttätigkeit. Die Bestellung eines CRO oder CIO kann diese Beschränkung bewirken, wenn dieser Person im Einzelfall tatsächlich die jeweilige Alleinentscheidungskompetenz für die haftungsrelevante Handlung zukam.

IV. Die Geschäftsleiterhaftung analog § 61 InsO im eröffneten Verfahren in Eigenverwaltung

Der Haftungstatbestand des § 61 InsO lautet wie folgt:

„¹Kann eine Masseverbindlichkeit, die durch eine Rechtshandlung des Insolvenzverwalters begründet worden ist, aus der Insolvenzmasse nicht voll erfüllt werden, so ist der Verwalter dem Massegläubiger zum Schadenersatz verpflichtet. ²Dies gilt nicht, wenn der Verwalter bei der Begründung der Verbindlichkeit nicht erkennen konnte, daß die Masse voraussichtlich zur Erfüllung nicht ausreichen würde.“

1. Grundlagen der Verwalterhaftung nach § 61 InsO

Die Frage, wer als „Geschäftsleiter“ analog § 61 InsO für nicht erfüllte Masseverbindlichkeiten aus einer Eigenverwaltung haftet, kann nicht schlicht mit einem Verweis auf die Ausführungen zu § 60 InsO beantwortet werden, findet sich doch in § 61 InsO ein besonderer Interessenausgleich normiert. Dessen maßgebliche Grundsätze sind also herauszuarbeiten, um zu klären, ob sie im Wege der Analogie auch in der Eigenverwaltung zur Anwendung kommen sollten.

24) Ebenso MüKoAktG-*Spindler*, 5. Aufl. 2019, AktG § 93 Rn. 171.

Die Nichterfüllungshaftung des Verwalters aus § 61 InsO beinhaltet die Antwort des InsO-Gesetzgebers auf die unter der Konkursordnung streitige Frage nach der persönlichen Haftung für die Nichterfüllung von durch den Verwalter begründeten Masseverbindlichkeiten. Der Gesetzgeber erkannte, dass die allgemeinen Haftungsgrundsätze einer zivilrechtlichen Vertrauenshaftung bei Geschäften mit dem Insolvenzverwalter für den Vertragspartner kaum Schutz bieten. Die zivilrechtlichen Grundsätze der „Sachwalterhaftung“, die sich in 311 Abs. 3 BGB verankert finden und zu einer Nichterfüllungshaftung von Vertretern und sonstigen Dritten führen können, sind an strenge Voraussetzungen geknüpft. Zwar nimmt der Verwalter bei Verträgen besonderes Vertrauen im Hinblick auf die Befriedigung als Masseverbindlichkeit in Anspruch. Der BGH hielt dieses Vertrauen allerdings kaum für schutzwürdig, da die Geschäftspartner des Konkursverwalters durch die Konkursöffnung gewarnt und sich bewusst sein müssen, dass sie Risiken, insbesondere das Risiko der Massenunzulänglichkeit, eingehen.²⁵ Der damit fehlende Schutz der Massegläubiger ließ den Gesetzgeber befürchten, dass Dritte nicht mehr bereit sein könnten, Geschäftsbeziehungen mit insolventen Unternehmen aufzunehmen, ohne besondere Sicherheiten für die Erfüllung der Verbindlichkeiten des Unternehmens zu verlangen, was dann wiederum die Unternehmensfortführung im Insolvenzverfahren entscheidend erschweren könnte.²⁶ Er schuf daher in § 61 InsO einen eigenständigen Haftungstatbestand, der nicht mehr an die Schutzwürdigkeit des Vertrauens des Geschäftspartners, sondern an die pflichtgemäße Liquiditätsplanung des Verwalters anknüpft. Grundlage der Nichterfüllungshaftung ist dennoch weiter der Gedanke enttäuschten Vertrauens (Sachwalterhaftung).

Folgerichtig lassen sich wieder zwei Kernaspekte der Haftung herausarbeiten. Zum einen muss der Haftende durch seine konkreten Handlungen einen Vertrauenstatbestand geschaffen haben (*Handelndenaspekt*). Es bedarf also einer Rechtshandlung des Verwalters; oktroyierte Masseverbindlichkeiten sind nicht geschützt.²⁷ Zum anderen muss das Vertrauen des Geschädigten in die Erfüllung schützenswert sein (*Vertrauensaspekt*), wobei im Fall des Eingehens von Masseverbindlichkeiten das Vertrauen an die Planungskompetenzen des Insolvenzverwalters anknüpft, der als einziger „einen vollständigen Überblick über den Umfang der Masse und die Höhe der Masseverbindlich-

25) BGH, Urt. v. 14.4.1987 – IX ZR 260/86, BGHZ 100, 346, 351 = NJW 1987, 3133, 3135.

26) BT-Drucks. 12/2443, S. 129 (zu § 72).

27) BGH, Urt. v. 2.12.2004 - IX ZR 142/03, BGHZ 161, 236, 239 f. = NZI 2005, 155; Jaeger-Gerhardt, InsO, 2007, § 61 Rn. 15; Uhlenbruck-Sinz, 15. Aufl. 2019, InsO § 61 Rn. 5 f.

keiten“ hat.²⁸ Über den Vertrauensaspekt kommt so mittelbar wieder dem Amtsträgeraspekt eine Rolle zu, wenngleich dies hier nur mittelbar und eher typisierend über den Einblick in die Vermögensverhältnisse und damit in die Planbarkeit des künftigen Liquiditätsbedarfs erfolgt.

2. Übertragung auf die Eigenverwaltung

Überträgt man die so gesetzlich gestaltete Interessenlage auf die Eigenverwaltung einer Gesellschaft, so kommt der richtigen Identifikation eines Amtsträgers mithin schon keine primäre Bedeutung zu. Die Wahrnehmung von Amtspflichten durch Organmitglieder indiziert allenfalls die Schutzwürdigkeit des Vertrauens von Geschäftspartnern. Primär maßgeblich ist vielmehr der Handelndenaspekt, also die rechtliche Befugnis zur Begründung von Masseverbindlichkeiten in der Eigenverwaltung und deren Ausübung im betreffenden Einzelfall (*Handelndenaspekt*). Diese Kompetenz liegt in der Eigenverwaltung in der Regel – also vom Sonderfall des § 277 InsO abgesehen – allein beim Schuldner²⁹ und wird damit im Fall einer Schuldnergesellschaft durch deren Organe wahrgenommen. Zugleich findet sich in der Eigenverwaltung bei diesen Personen auch der vom Gesetzgeber vorausgesetzte vollständige Überblick über den Umfang der Masse und die Höhe der Masseverbindlichkeiten, auf den der Geschäftspartner vertrauen darf (*Vertrauensaspekt*). Die Organe der Schuldnergesellschaft treten mithin als Sachwalter im zivilrechtlichen Sinn auf, was analog § 61 InsO ihre Nichterfüllungshaftung trotz Vertreterstellung rechtfertigt. Die Norm typisiert insofern die Schutzwürdigkeit des Vertrauens des Massegläubigers in seine Privilegierung als Massegläubiger und die Kompetenz der für die Schuldnergesellschaft handelnden Personen zur adäquaten Liquiditätsplanung.

a) *Der Generalbevollmächtigte haftet (grundsätzlich) nicht*

Aus diesen Grundsätzen folgt für die Möglichkeit der Erweiterung der Haftung auf Personen außerhalb einer Organstellung zunächst die Feststellung, dass die Haftung aus § 61 InsO – anders als die aus § 60 InsO – nicht an eine Amtsstellung anknüpft. Entscheidend sind die rechtliche Befugnis zur Begründung von Masseverbindlichkeiten (*Handelndenaspekt*) sowie die persönliche Inanspruchnahme besonderen Vertrauens aufgrund der Befähigung zur

28) BT-Drucks. 12/2443, S. 129 (zu § 72).

29) Vgl. nur Uhlenbruck-Zipperer, 15. Aufl. 2019, InsO § 270 Rn. 13.

Liquiditätsplanung im Hinblick auf die Erfüllung von Masseverbindlichkeiten (*Vertrauensaspekt*).

Für Prokuristen oder Generalbevollmächtigte bedeutet dies, dass sie überhaupt nur dann in die Gefahr einer Nichterfüllungshaftung analog § 61 InsO geraten könnten, wenn sie kraft ihrer Bevollmächtigung auch Masseverbindlichkeiten begründen können. Und selbst in diesen Fällen ist zu beachten, dass dieser Personenkreis stets und nach außen sichtbar nur im fremden Namen und damit als Hilfsperson der Geschäftsleitung tätig wird. Bevollmächtigte nehmen eben keine eigene Kompetenz und damit auch kein eigenes Vertrauen in Anspruch. Sie einer erleichterten zivilrechtlichen Sachwalterhaftung analog § 61 InsO zu unterwerfen, ist daher nicht gerechtfertigt.³⁰

Eine andere Bewertung ist folglich allein in dem Ausnahmefall denkbar, in dem ein Bevollmächtigter als faktischer Geschäftsführer auftritt, also gerade nicht als Hilfsperson, sondern als Geschäftsführungsorgan nach außen hin tätig wird, indem er den Eindruck vermittelt, die Geschicke der Gesellschaft in der Hand zu halten.³¹ In diesen seltenen Fällen einer faktischen Geschäftsführung durch den Generalbevollmächtigten kann das Vertrauen der Vertragspartner atypisch in der als CRO/CIO auftretenden Person des Generalbevollmächtigten entstehen, was eine Haftung analog § 61 InsO rechtfertigt.

b) *Ressortverantwortlichkeit in mehrgliedrigen Geschäftsleitungen*

Handelt für die Schuldnergesellschaft in Eigenverwaltung ein Kollektivorgan, so können grundsätzlich alle Organmitglieder die Befugnis zur Begründung von Masseverbindlichkeiten ausüben und zugleich über ihren Einblick in die Vermögensverhältnisse der Gesellschaft hinreichendes Vertrauen erzeugen, um analog § 61 InsO zu haften. Übt nur einer von ihnen diese Befugnis aus, so folgt eine kollektive Mithaftung nicht aus der Natur der Sache. Sie ist begründungsbedürftig und kann sich aus einer kollektiven Geschäftsführung ergeben. Lässt sich hingegen (nachweisbar) eine Ressortverteilung feststellen, die im betreffenden Einzelfall bei der Begründung der Masseverbindlichkeit (nachweisbar) eingehalten wurde, so wird eine Mithaftung der nicht beteiligten Organmitglieder ausscheiden. Die Begrenzung des Haftungsrisikos aus § 61 InsO bei mehreren Geschäftsleitern ist mithin wie bei

30) Ebenso *Bachmann/Becker*, NJW 2018, 2235, 2237; *Bitter*, ZIP 2018, 986, 988; *Weber*, NZI 2018, 553, 555 f.; aA aber etwa *Baumert*, LMK 2018, 407918; auch *Taras/Jungclaus*, NJW-Spezial 2018, 405, 406.

31) Zum Tatbestand der „faktischen Geschäftsführung“ siehe schon oben unter III.2.a).

§ 60 InsO dadurch möglich, dass eine Ressortverantwortung dokumentiert und eingehalten wird. Insbesondere die Bestellung eines CRO oder CIO kann daher dazu in der Lage sein, im Wege der Durchführung von Alleinentscheidungs- und Einzelhandlungskompetenzen haftungsbegrenzend zu wirken.³²

V. *Die Geschäftsleiterhaftung in der vorläufigen Eigenverwaltung*

Während sich im eröffneten Insolvenzverfahren ein Gleichlauf der Haftung von Insolvenzverwalter und Eigenverwalter als natürliche Personen aufgrund des Gleichlaufs ihrer Pflichten und Kompetenzen gut begründen lässt, muss für das Eröffnungsverfahren in Eigenverwaltung schon hinterfragt werden, ob es hier überhaupt schon einen Gleichlauf an Pflichten geben kann.

1. *Die Pflichtenbindung in der werbenden Gesellschaft*

In der vorläufigen Eigenverwaltung gilt es insoweit eine Besonderheit zu beachten. Die Gesellschaft ist vor der Verfahrenseröffnung noch nicht aufgelöst. Die Organe handeln also trotz materieller Insolvenz unter voller Bindung an die gesellschaftsrechtlichen Pflichten. Pflichtverletzungen werden über das gesellschaftsrechtliche Haftungssystem erfasst und in der Regel im Wege der Innenhaftung sanktioniert (vgl. § 43 GmbHG, §§ 92, 93 AktG). Die Haftungsdurchsetzung obliegt dann im eröffneten Eigenverwaltungsverfahren dem Sachwalter (§ 280 InsO), soweit Gesamtschäden zu liquidieren sind.

2. *Die insolvenzrechtliche Pflichtenbindung in der vorläufigen Insolvenzverwaltung*

Für die Frage nach einer zusätzlichen Haftung analog §§ 60, 61 InsO ist vor diesem Hintergrund zunächst zu klären, welche insolvenzspezifischen Pflichten das Insolvenzrecht dem Verwalter überhaupt schon im Eröffnungsverfahren auferlegt. Die Antwort findet sich in den §§ 21, 22 InsO. Diese Regelungen machen deutlich, dass es der Anordnung von Sicherungsmaßnahmen durch das Insolvenzgericht bedarf, um bestimmte Verfahrenswirkungen in

32) IE wohl ebenso *Weber*, NZI 2018, 553, 556.

das Eröffnungsverfahren vorzuziehen. Erst die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters und die Auferlegung von Verfügungsbeschränkungen bilden die Grundlage einer insolvenzspezifischen Pflichtenbindung, die zu einer Verwalterhaftung führen kann. Insbesondere die Pflicht zur Massesicherung und Masseerhaltung folgt allein aus der Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 InsO und obliegt nur diesem. Für den starken vorläufigen Insolvenzverwalter ergibt sich die Pflichtenbindung explizit aus § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 InsO;³³ für den vorläufigen schwachen Insolvenzverwalter aus seiner Überwachungsfunktion.³⁴

Den Schuldner treffen solche Massesicherungspflichten im Eröffnungsverfahren nicht. Er muss sich weiter rechtskonform verhalten und ggf. Leistungspflichten erfüllen. Seine Leistungen und insbesondere kongruente Deckungen sind ggf. anfechtbar, er darf sie aber nicht verweigern. Diese Aufgabe käme allein dem vorläufigen Verwalter aufgrund eines Zustimmungsvorbehalts zu. Der Schuldner führt also sein Geschäft nach Antragstellung grundsätzlich so wie bisher fort. Geht er Verpflichtungen ein, sind diese wirksam, begründen aber nur Insolvenzforderungen.³⁵ Als besondere Pflicht trifft den Schuldner allein die Auskunft- und Mitwirkungspflicht in § 20 Abs. 1 InsO. Es ist diese Pflichtenlage, die Sicherungsmaßnahmen nach § 22 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 InsO erst rechtfertigen.

3. *Die Pflichtenbindung in der vorläufigen Eigenverwaltung*

Die Pflichtenlage in der vorläufigen Eigenverwaltung ist gem. § 270a Abs. 1 Satz 1 InsO nun gerade dadurch geprägt, dass das Insolvenzgericht auf Sicherungsmaßnahmen verzichtet. Es wird weder ein vorläufiger Verwalter mit den Pflichten des § 22 InsO bestellt noch ein Verfügungsverbot oder ein Zustimmungsvorbehalt angeordnet. Damit fehlt jede Grundlage für eine insolvenzspezifische Pflichtenbindung des Schuldners und seiner Organe. Ihre Betriebsfortführung bleibt allein dem außerinsolvenzlichen Rechtskreis unterworfen. Die gesellschaftsrechtlichen Bindungen werden nicht überlagert. Der Masseschutz findet allein über das Insolvenzanfechtungsrecht statt. Ignoriert der Schuldner in dieser Phase Aus- oder Absonderungsrechte, so haftet

33) BGH, Urt. v. 4.11.2004 – IX ZR 22/03, BGHZ 161, 49, 55 = NJW 2005, 675, 676 f.

34) BGH, Urt. v. 5.5.2011 – IX ZR 144/10, BGHZ 189, 299 = NJW 2011, 2960, Rn 49.

35) BeckOK InsO-Windau, 13. Ed. 28.1.2019, InsO § 22 Rn. 68.

er folglich nicht analog § 60 InsO auf den entstehenden Einzelschaden,³⁶ sondern aus der zugrundeliegenden vertraglichen Haftung (etwa § 280 Abs. 1 BGB) oder gesetzlichen Haftungsnorm (bei Aussonderungsrechten etwa §§ 989, 990 BGB).

Eine vollständige Überlagerung dieser Pflichten, insbesondere durch eine Pflicht zur Rücksicht auf Gläubigerinteressen, lässt sich in diesem Verfahrensstadium auch nur schwer aus allgemeinen Rechtsgedanken rechtfertigen. Es verwundert insofern nicht, dass eine den Schuldner nach Antragstellung treffende Pflicht zur Sicherung der künftigen Insolvenzmasse schlicht angenommen, aber eben nicht begründet wird³⁷ oder aber allein auf den äußeren Anschein abgestellt wird.³⁸ Insbesondere das Argument, die Gesellschaft gehöre in der materiellen Insolvenz bei wirtschaftlicher Betrachtung den Gläubigern und nicht mehr den Gesellschaftern,³⁹ kann eine Überlagerung der gesellschaftsrechtlichen Pflichtenbindung im Wege der Vorwirkung der Insolvenzeröffnung nicht rechtfertigen. Zum einen treten die *Rechtsänderungen* bei einer materiellen Insolvenz eben erst mit der Verfahrenseröffnung ein, nicht schon bei Antragstellung oder gar Überschuldung. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz stellen gerichtliche Sicherungsmaßnahmen nach § 21 InsO dar, die Eröffnungswirkungen schon vorläufig zur Geltung bringen können. Zum anderen sind die Gläubiger auch in der materiellen Insolvenz der Gesellschaft allein zum Zugriff auf die Masse, nicht aber zur Weisung an die Geschäftsleitung nach Maßgabe des Gesellschaftsrechts befugt. Und den Zugriff auf die Masse erhalten sie auch in der materiellen Insolvenz nur nach Maßgabe der vollstreckungs- und insolvenzrechtlichen Gläubigerbefugnisse; letztere sind im Eröffnungsverfahren noch sehr begrenzt. Die Organe der Schuldnergesellschaft bleiben folglich im Wesentlichen den noch unbeschränkt geltenden gesellschaftsrechtlichen Pflichten unterworfen.

Im Ergebnis bleibt so festzuhalten, dass sich im Fall eines Eröffnungsverfahrens in Eigenverwaltung unter Geltung des § 270a InsO kaum spezifisch insolvenzrechtlichen Pflichten oder Kompetenzen des Schuldners und seiner Organe finden, die für eine Haftung analog § 60 InsO relevant sein könnten.

36) Hieraus haftet der vorläufige Insolvenzverwalter; vgl. BGH, Urt. v. 5.5.2011 – IX ZR 144/10, BGHZ 189, 299 = NJW 2011, 2960, Rn. 29.

37) Kübler-Hofmann, HRI, 3. Aufl. 2019, § 7 Rn. 229.

38) Hofmann, ZIP 2018, 1429, 1430 weist etwa allein darauf hin, dass die „Geschäftsleiter wie ein vorläufiger Insolvenzverwalter“ handeln. Später (S. 1431) wird eine (wohl gesellschaftsrechtliche) „Treupflicht gegenüber der Gläubigergemeinschaft“ nur postuliert, nicht aber hergeleitet.

39) Hofmann, ZIP 2018, 1429, 1432.

Die Haftung für Pflichtverletzungen beschränkt sich insofern mangels insolvenzspezifischer Pflichten (nicht aber mangels rechtlicher Anwendbarkeit der Haftungstatbestände⁴⁰⁾ auf die Haftung aus gesellschafts- und allgemeinen zivilrechtlichen Haftungsnormen, die insofern weder überlagert noch verdrängt werden.

Entsprechendes gilt in Fällen eines Eröffnungsverfahrens nach § 270b InsO (Schutzschirmverfahren). Auch hier ist es dem Insolvenzgericht gerade untersagt, im Wege der Sicherungsmaßnahmen nach § 21 InsO einen vorläufigen Insolvenzverwalter zu bestellen und Verfügungsbeschränkungen anzuordnen.⁴¹ Wieder fehlt damit die Grundlage für eine haftungsrelevante insolvenzspezifische Pflichtenbindung des Schuldners. Auch die Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans begründet keine insolvenzspezifische und damit haftungsträchtige Pflicht des Schuldners; gelingt die Planvorlage nicht, droht als Sanktion allein die Eröffnung des Verfahrens ohne Schuldnerplan.⁴²

3. *Die Haftung für Masseverbindlichkeiten aus der vorläufigen Eigenverwaltung*

Mit der fehlenden Pflicht des Schuldners im Eröffnungsverfahren zur Massesicherung korreliert dessen fehlende Befugnis zur Begründung von Masseverbindlichkeiten. Geht der Schuldner – in vorläufiger Eigen- wie Fremdverwaltung – in dieser Phase neue Verbindlichkeiten ein, so entstehen Insolvenzforderungen nach § 38 InsO. Eine Haftung analog § 61 InsO ist insofern schon im Grundsatz nicht denkbar.

Die Befugnis zur Begründung von Masseverbindlichkeiten in diesem Verfahrensstadium ist folglich ein Ausnahmefall und ein Systembruch. § 55 Abs. 2 InsO sieht ihn nur in den Fällen einer vorläufigen starken Insolvenzverwaltung vor, gleichen doch hier die Verfahrenswirkungen hinsichtlich der Vermögensverwaltung doch bereits weitgehend denen des eröffneten Verfahrens. Eine schlichte analoge Anwendung dieser Norm auf die vorläufige schwache Insolvenzverwaltung⁴³ ist daher ebenso ausgeschlossen wie auf die vorläufi-

40) Die Argumentation des BGH rechtfertigt in der Tat eine analoge Anwendung des § 60 InsO dem Grund nach; ebenso *Bitter*, ZIP 2018, 986, 988; *Hofmann*, ZIP 2018, 1429, 1430; aA *Baumert*, LMK 2018, 407918.

41) BT-Drucks. 17/5712, S. 40 f.

42) Vgl. *MüKoInsO-Kern*, 3. Aufl. 2014, InsO § 270b Rn. 76; BeckOK InsO-*Martini*, 13. Ed. 28.1.2019, InsO § 270b Rn. 55.

43) BGH, Urt. v. 29.1.2015 – IX ZR 258/12, BGHZ 204, 74 = ZIP 2015, 434, Rn. 18; BGH, Urt. v. 13. 1. 2011 – IX ZR 233/09, NZI 2011, 143, Rn. 9.

ge Eigenverwaltung.⁴⁴ Da sich aber in der Praxis eine Betriebsfortführung im Eröffnungsverfahren nur durchführen lässt, wenn schon in diesem Stadium Masseverbindlichkeiten begründet werden können, hat die Rechtsprechung dem Insolvenzgericht erlaubt, den vorläufigen schwachen Insolvenzverwalter über § 22 Abs. 2 InsO zu ermächtigen, einzelne, im Voraus genau festgelegte Verpflichtungen zu Lasten der späteren Insolvenzmasse einzugehen, soweit dies für eine erfolgreiche Verwaltung nötig ist.⁴⁵ Auf dieser Grundlage bestimmt § 270b Abs. 3 InsO, dass im Schutzschirmverfahren das Insolvenzgericht den Schuldner auf seinen Antrag hin entsprechend ermächtigen muss.⁴⁶ In der vorläufigen Eigenverwaltung jenseits des Schutzschirmverfahrens erlaubt der BGH dem Insolvenzgericht eine Einzelermächtigung des Schuldners analog der Rechtsprechung zum vorläufigen schwachen Insolvenzverwalter als Sicherungsmaßnahmen nach § 21 Abs. 1 Satz 1 InsO.⁴⁷ Masseverbindlichkeiten sind danach auf das zur Betriebsfortführung notwendige Maß zu begrenzen.

Die damit festzustellende Kompetenz des eigenverwaltenden Schuldners bzw. seiner Organe zur Begründung von Masseverbindlichkeiten wirft die Frage nach einer Haftung analog § 61 InsO bei Masseunzulänglichkeit auf. Man wird die Nichterfüllungshaftung als notwendiges Korrelat zur Befugnis verstehen müssen, solche Verbindlichkeiten zu begründen und die Frage daher für die vorläufige Eigenverwaltung ebenso bejahen wie für die vorläufige (schwache) Insolvenzverwaltung.⁴⁸ Es gelten insofern dann dieselben Grundsätze wie im eröffneten Verfahren in Eigenverwaltung.⁴⁹

V. Fazit

Die Geschäftsleitung des eigenverwaltenden Schuldners haftet analog §§ 60 und 61 InsO sowohl im eröffneten Verfahren in Eigenverwaltung als auch –

44) BGH, Urt. v. 22.11.2018 – IX ZR 167/16, NJW 2019, 224, Rn. 10 f. Der vorläufige Eigenverwalter ist eben kein vorläufiger starker Insolvenzverwalter im Sinne der Norm; so aber (einzig) LG Erfurt NZI 2016, 32, 33.

45) Grundlegend BGH, Urt. v. 18.7.2002 – IX ZR 195/01, BGHZ 151, 353, 363 ff. = NZI 2002, 543, 546.

46) Dazu grundlegend BGH, Urt. v. 16.6.2016 – IX ZR 114/15, BGHZ 210, 372 = ZIP 2016, 1295.

47) BGH, Urt. v. 22.11.2018 – IX ZR 167/16, NJW 2019, 224, Rn. 16.

48) Für den Ermächtigungsverwalter wohl unstreitig – vgl. K. Schmidt-Thole, InsO, 19. Aufl. 2016, § 61 Rn. 4; Uhlenbruck-Sinz, 15. Aufl. 2019, InsO § 61 Rn. 35.

49) Bitter, ZIP 2018, 986, 988; Hofmann, ZIP 2018, 1429, 1430 und 1434; aA Baumert, LMK 2018, 407918.

soweit bereits entsprechende Pflichten und Kompetenzen bestehen – in der vorläufigen Eigenverwaltung. Bei Geschäftsleitungen mit mehreren Geschäftsleitern findet eine Mithaftung nur statt, wenn kollektiv gehandelt wird. Eine solche Mithaftung lässt sich folglich durch die klare und dokumentierte Zuweisung von Handlungskompetenzen in der Geschäftsleitung (Ressortbildung) begrenzen.

Generalbevollmächtigte haften grundsätzlich weder analog § 60 InsO noch analog § 61 InsO. Etwas anderes ist nur in dem seltenen Ausnahmefall denkbar, in dem der Bevollmächtigte nach außen als faktischer Geschäftsführer auftritt. Ansonsten haften Bevollmächtigte für Pflichtverletzungen nur nach Maßgabe des Innenverhältnisses.