

Kapitel 2: Das Amt des Insolvenzverwalters und des *bankruptcy trustee*

Um die persönliche Haftung des Insolvenzverwalters und des *bankruptcy trustee* sinnvoll darstellen und bewerten zu können, ist es erforderlich, sich zuvor mit dem Verwalteramt, der Person des Amtsträgers und seiner Rolle im Verfahren auseinanderzusetzen. Die das Haftungssubjekt betreffenden Merkmale, wie die Gestalt und Reichweite seiner Verfahrenskompetenzen und Pflichten sowie seine Beziehung zu den anderen Verfahrensbeteiligten, stehen mit seiner persönlichen Haftungsverantwortung im Konnex. Daneben ist vor der vergleichenden Untersuchung des Haftungsrechts zu klären, ob beide Verfahrensorgane, im Sinne der funktionalen Rechtsvergleichung, dieselbe Funktion erfüllen.³⁵ Die folgenden Ausführungen haben damit eine dichotome Zielrichtung: Sie bereiten die Grundlage für die Analyse des Haftungsrechts beider Rechtsordnungen und zeigen anhand der einzelnen mit Amt und Person des Amtsträgers verknüpften Aspekte auf, inwieweit beide Fremdverwalter funktionale Äquivalente sind.

A. Der Insolvenzverwalter im Verfahren nach der Insolvenzordnung

Der Insolvenzverwalter der InsO ist Dreh- und Angelpunkt des Verfahrens. Als unabhängiger Amtstreuhand ist ihm, im Zusammenspiel mit den Gläubigern, die Abwicklung der schuldnerischen Haftungsmasse anvertraut. Wesentliche Charakteristika sind seine mehrseitige Fremdbestimmtheit und seine umfassenden Befugnisse.

³⁵ Zu diesem Grundsatz der funktionalen Rechtsvergleichung *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 33.

I. Bestellung und Aufgaben

1. Begründung der Amtsstellung

Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens ernennt das Insolvenzgericht den Insolvenzverwalter (Bestellung).³⁶ Die Amtsstellung³⁷ der natürlichen Person³⁸ wird erst durch die Amtsübernahmeerklärung final begründet³⁹, es bedarf also der Mitwirkung des Ernannten.⁴⁰ Die Personenauswahl ist nicht alleinige Sache des Insolvenzgerichts, vielmehr sieht die InsO weitreichende Partizipationsmöglichkeiten der Gläubiger vor. So können die stimmberechtigten Teilnehmer der ersten Gläubigerversammlung, die auf die Bestellung des Verwalters folgt, an dessen Stelle eine andere Person wählen; erforderlich sind die Mehrheit der Forderungsbeträge der Abstimmenden sowie die Mehrheit nach Köpfen.⁴¹ Des hoheitlichen Bestellungsakts durch das Gericht bedarf es weiterhin.⁴² Ferner hat seit Geltung des ESUG der Gläubigereinfluss hinsichtlich der Verwalterauswahl weiter zugenommen: Durch § 56a InsO hat der vorläufige Gläubigerausschuss die Möglichkeit, bereits auf die Auswahl des vorläufigen Insolvenzverwalters⁴³ einzuwirken.⁴⁴

Neben der Abwahl gem. § 57 S. 1 InsO endet das Verwalteramt mit der regulären Aufhebung⁴⁵ oder Einstellung des Verfahrens mangels Masse⁴⁶. Ferner kann der Verwalter, auf eigenen Antrag, *ex officio* oder durch Antrag der Gläubigerorgane bei Vorliegen eines wichtigen Grundes durch das Insolvenzgericht aus dem Amt entlassen werden.⁴⁷

36 §§ 27 Abs. 1 S. 1, 56 Abs. 1 InsO. Die funktionelle Zuständigkeit liegt beim Insolvenzrichter, § 18 Abs. 1 Nr. 1 RPfG.

37 Die Amtsstellung des Verwalters und das Verwalteramt als Institution sind strikt zu unterscheiden, vgl. *Jacoby*, Das private Amt, S. 163 f.

38 Nach § 56 Abs. 1 S. 1 InsO können nur natürliche Personen zum Insolvenzverwalter bestellt werden. Der Ausschluss juristischer Personen vom Verwalteramt wurde verfassungsgerichtlich bestätigt, vgl. BVerfG NJW 2016, 930.

39 Jaeger/*Gerhardt*, § 56, Rn. 30; Uhlenbruck/*Zipperer*, § 56, Rn. 63.

40 *Jacoby*, Das private Amt, S. 496 f.

41 § 57 S. 1, 2 InsO i.V.m. § 76 Abs. 2 InsO.

42 Schmidt/*Ries*, § 57, Rn. 11. Die Regelung beschränkt die Kompetenz des Insolvenzgerichts auf die Bestellung des Amtswalters, *Jacoby*, Das private Amt, S. 496.

43 Vgl. § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO.

44 S. hierzu Schmidt/*Ries*, § 56a, Rn. 1 ff.

45 Vgl. §§ 200, 258, 259 Abs. 1 S. 1 InsO.

46 § 207 Abs. 1 S. 1 InsO.

47 § 59 Abs. 1 InsO; vgl. zum Ganzen Uhlenbruck/*Zipperer*, § 56, Rn. 64.

2. Gesetzliche Aufgabenzuweisung

a) Ausübung der massebezogenen Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis

Eine der prägenden Rechtswirkungen des Insolvenzverfahrens ist der sich mit Verfahrenseröffnung vollziehende Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Schuldners auf den Verwalter.⁴⁸ Mit Eröffnung des Verfahrens, und nicht erst nach erstmaligem Tätigwerden des Verwalters, fällt das Schuldnervermögen (in den Grenzen der §§ 35 f. InsO) *ipso iure* unter den Insolvenzbeschlag und bildet die Insolvenzmasse.⁴⁹ Der Schuldner bleibt mit Verfahrenseröffnung Rechtsträger und Inhaber seiner Rechte, der Verwalter erwirbt kein eigenes Recht an ihnen; allerdings geht die Rechtsmacht, die mit den Rechten des Schuldners verbundenen Verhaltensberechtigungen auszuüben, vollständig auf den Insolvenzverwalter über, er wird also zum Funktionsträger des „Sondervermögens Insolvenzmasse“.⁵⁰

Die Wirkung des § 80 Abs. 1 InsO, der „Grundnorm der Masseverwaltung“⁵¹, schafft die notwendige Voraussetzung für die Tätigkeit des Insolvenzverwalters, denn ihm wird hierdurch die für seine Tätigkeit erforderliche Rechtsmacht verliehen.⁵² Sie ermöglicht, dass die Insolvenzmasse durch den Verwalter zusammengestellt, verwaltet und verteilt werden kann. Ferner wird gleichzeitig ein etwaiger masseschädlicher Zugriff des Schuldners verhütet.⁵³ Die gesetzliche Anordnung des Übergangs der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis ist folglich elementar für das Erreichen des Insolvenzszwecks der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung.⁵⁴ Gleichmaßen ist sie charakteristisch für die der InsO (wie auch bereits der KO) inhärenten Struktur einer fremdnützigen⁵⁵ und treuhänderisch⁵⁶ geprägten Verwaltung des Schuldnervermögens.

48 § 80 Abs. 1 InsO.

49 Vgl. Jaeger/Windel, § 80, Rn. 9 f.

50 Vgl. Jacoby, Das private Amt, S. 28.

51 Jaeger/Windel, § 80, Rn. 5.

52 Vgl. Jaeger/Windel, § 80, Rn. 6; s. auch Preuß, Zivilrechtspflege, S. 55; die Rechtsmacht wird auch als zentrales Instrument der mit der Amtsstellung verbundenen „Verwalterbefugnis“ verstanden, s. Preuß, a.a.O., S. 333 f.

53 Vgl. Schmidt/Sternal, § 80, Rn. 1; Uhlenbruck/Mock, § 80, Rn. 4.

54 Vgl. zum Ganzen Jaeger/Windel, § 80, Rn. 6.

55 Vgl. hierzu unten Kap. 2 A.II.3.

56 Vgl. Stüdemann, FS 100 Jahre KO, S. 401, 404; Pape, ZInsO 2005, 953; Grüneberg/Ellenberger, Einf. v. § 164, Rn. 9.

b) Überblick über die Aufgabenzuweisung nach der InsO

Insolvenzrecht ist Haftungsrecht.⁵⁷ Ziel des Verfahrens ist die gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubiger (§ 1 S. 1 InsO), ihnen ist die Masse haftungsrechtlich zugewiesen.⁵⁸ Vor diesem Hintergrund weist die InsO dem Verwalter zahlreiche Aufgaben zu.⁵⁹

Er hat nach Verfahrenseröffnung die Masse in Besitz und Verwaltung zu nehmen.⁶⁰ Das Schuldnerunternehmen hat er zumindest bis zum Berichtstermin fortzuführen.⁶¹ Im Vorfeld dieses Berichtstermins, in dem die Gläubiger über den Fortgang des Verfahrens befinden und damit die Marschroute für den weiteren Verfahrensgang festlegen (§ 157 InsO), trägt der Verwalter zur Entscheidungsfindung der Gläubiger bei, indem er den Sachverhalt ermittelt und auswertet, um den Gläubigern über die Ergebnisse im Berichtstermin zu berichten.⁶²

Sofern die Gläubiger nicht Anderes beschlossen haben, folgt auf den Berichtstermin die Masseverwertung (§ 159 InsO). Das beinhaltet unter anderem die Masseoptimierung, die eine der zentralen Tätigkeiten des Insolvenzverwalters als Verwalter des fremden Sondervermögens darstellt.⁶³ Vermögensgegenstände der Masse müssen liquidiert werden, sei es durch Forderungseinzug oder Veräußerung.⁶⁴ Gegebenenfalls hat der Verwalter das Unternehmen fortzuführen.⁶⁵ Ferner ist er zur Verteilung der Liquidationserlöse nach Maßgabe der §§ 187 ff. InsO verpflichtet.

Im Berichtstermin kann dem Verwalter aufgegeben werden, einen Insolvenzplan auszuarbeiten.⁶⁶ Das Insolvenzplanverfahren (§§ 217 ff. InsO) ist neben der Liquidation eine weitere durch die Insolvenzordnung aner-

57 Anschaulich zu dieser Klassifizierung *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 1.11 ff.

58 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 1.15.

59 Eine erschöpfende Darstellung der Aufgaben ist angesichts der Zielsetzung der Arbeit nicht zweckmäßig. Es wird zudem auf die Darstellung der insolvenzspezifischen Verwalterpflichten unter Kap. 4 B.II.1.b) verwiesen.

60 § 148 Abs. 1 InsO.

61 Vgl. *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204 f.; die vorherige Veräußerung oder Stilllegung des Unternehmens bedarf der Zustimmung des Gläubigerausschusses, § 158 Abs. 1 InsO.

62 Vgl. § 156 Abs. 1 InsO; vgl. auch *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 54.

63 *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 55.

64 *Bork*, Insolvenzrecht, § 7, Rn. 63.

65 Vgl. § 157 S. 1 InsO; vgl. auch *Schmidt/Sternal*, § 80, Rn. 23.

66 Vgl. §§ 157 S. 2, 218 Abs. 2 InsO.

kannte⁶⁷ Form der Haftungsverwirklichung.⁶⁸ Der Verwalter nimmt am Erörterungs- und Abstimmungstermin teil (§ 235 Abs. 3 S. 1 InsO). Sofern der Plan durch das Insolvenzgericht rechtskräftig bestätigt wurde⁶⁹, kann der Verwalter mit der Überwachung der Planerfüllung sowie der Ausübung von Zustimmungsvorbehalten bei Rechtsgeschäften des Schuldners betraut werden.⁷⁰

Obwohl dem Verwalter auch konkret verfahrensbezogene Aufgaben und Kompetenzen zugewiesen sind, wie z.B. das Führen der Insolvenztabelle (§§ 174 ff. InsO) oder Maßnahmen gegen den Schuldner (§§ 97 ff. InsO), ist seine Tätigkeit in Gesamtbetrachtung sehr betriebswirtschaftlich-unternehmerisch geprägt.⁷¹

II. Charakterisierung der Rechtsstellung

Die Bestimmung der Rechtsstellung des Insolvenzverwalters ist ein zentrales Thema innerhalb der insolvenzrechtlichen Literatur. Der Fokus der Diskussion liegt auf dem Streit um die richtige Verwaltertheorie. Hierbei geht es um den Versuch der zivilrechtlichen Einordnung der Wirkungen des Verwalterhandelns. Davon zu unterscheiden ist die Frage nach der amtsrechtlichen Stellung des Verwalters, also der rechtlichen Natur und Rolle des Verwalteramtes als Institution im System staatlicher Justizgewährung. Beide Fragen haben einen unterschiedlichen Gegenstand, stehen aber in Zusammenhang.⁷²

1. Amtsrechtliche Stellung

Zur amtsrechtlichen Stellung des Verwalters trifft die InsO keine konkrete Aussage, sie verwendet allerdings an verschiedener Stelle den Begriff des „Amtes“ in Bezug auf den Insolvenzverwalter⁷³, die Existenz eines irgend-

67 Vgl. § 1 S. 1 InsO.

68 Vgl. T. Kluth, NZI 2000, 351, 352; Preuß, Zivilrechtspflege, S. 55; Uhlenbruck/Lüer/Streit, § 217, Rn. 1.

69 Vgl. § 248 Abs. 1 InsO i.V.m. § 254 Abs. 1 InsO.

70 Vgl. §§ 260, 261 Abs. 1, 262, 263 InsO; vgl. auch T. Kluth, NZI 2000, 351, 352.

71 Vgl. bereits zum Konkursverwalter Stüdemann, FS 100 Jahre KO, S. 401 ff.

72 Schick, NJW 1991, 1328; vgl. auch Jaeger/Windel, § 80, Rn. 19; Brinkmann, Private in gerichtlichem Auftrag, S. 28 f.

73 Vgl. §§ 56 Abs. 2 S. 2, 56a Abs. 2 S. 1, 57 S. 3, 59 Abs. 1 S. 1 InsO.

wie gearteten Amtes wird demnach vorausgesetzt.⁷⁴ Sinnvoll ist, zunächst das Insolvenzverfahren als Institut im Kontext staatlicher Justizgewährung zu beleuchten.

a) Das Verwalteramt im Kontext der staatlichen Justizgewährungspflicht

aa) Verfassungsrechtliche Garantie des Insolvenzverfahrens

Das Insolvenzverfahren markiert den Übergang von der Einzelvollstreckung zu einem geordneten Verfahren gleichmäßiger Gläubigerbefriedigung (*par conditio creditorum*) in Form der Gesamtvollstreckung.⁷⁵ Wenn das Vermögen des Schuldners nicht ausreicht, um alle Gläubiger zu befriedigen, läge in dem der Einzelvollstreckung inhärenten Prioritätsprinzip⁷⁶, wonach nur dem (u.U. zufällig) schnellsten Gläubiger die Befriedigung offen steht, die Gefahr des „*bellum omnium contra omnes*“.⁷⁷ Hinter dieser Formulierung⁷⁸ verbirgt sich, dass, unbeschadet der grundsätzlichen Legitimität des Einzelvollstreckungsverfahrens als Mittel zur Rechtsdurchsetzung, die Konkurrenzsituation der Gläubiger untereinander im Szenario der Vermögensinsuffizienz des Schuldners aus Perspektive des Einzelnen willkürliche Ergebnisse hervorzubringen vermag und deshalb das Potential hat, den Erhalt des Rechtsfriedens in Frage zu stellen.⁷⁹ Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und das Sozialstaatsprinzip gebieten deshalb

74 Vgl. Preuß, Zivilrechtspflege, S. 304 f.

75 Baur/Stürner II, Rn. 1.5; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard/Gaul, ZVR, § 1, Rn. 45; das für die Dauer des Insolvenzverfahrens herrschende Vollstreckungsverbot gem. § 89 InsO ist hierfür exemplarisch; allgemein zum Grundsatz der *par conditio creditorum* MüKo/Stürner, Einl., Rn. 62 f.; s. ferner die verschiedenen Ansichten zur rechtssystematischen Einordnung des Insolvenzverfahrens bei Preuß, Zivilrechtspflege, S. 36 f. m.w.N.

76 Allgemein hierzu Gaul/Schilken/Becker-Eberhard/Gaul, ZVR, § 1, Rn. 84 ff.

77 Uhlenbruck, KTS 1989, 229, 235; Baur/Stürner II, Rn. 1.2; Uhlenbruck/Pape, § 1, Rn. 2.

78 Das Zitat stammt ursprünglich von Thomas Hobbes und beschreibt den unzivilisierten Naturzustand des Menschen, vgl. Hobbes, De cive, Praefatio, S. 32.

79 So die h.M., vgl. Gaul, ZZP 112 (1999), 135, 157; Baur/Stürner II, Rn. 1.2, 6.2; Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 2.01 f.; MüKo/Stürner, Einl., Rn. 77; krit. zur Wahrung sozialen Friedens als Legitimationsgrund Hoffmann, Prioritätsgrundsatz und Gläubigergleichbehandlung, S. 194 f.; ferner bestünde die Gefahr, dass das Schuldnervermögen einer effizienten Nutzungsmöglichkeit entzogen würde, vgl. Schick, NJW 1991, 1328.

den staatlichen Eingriff in Form eines Gesamtvollstreckungsverfahrens, das dem Einzelnen die Rechtsdurchsetzungsinitiative nach dem Prioritätsprinzip aus der Hand nimmt und die Haftungsverwirklichung der Gläubiger kollektiviert⁸⁰; die im Insolvenzverfahren verwirklichte gleichmäßige Gläubigerbefriedigung durch Liquidation des Schuldnervermögens ist daher als Institut verfassungsrechtlich garantiert.⁸¹

bb) Erfüllung der Justizgewährungspflicht durch Einrichtung des Insolvenzverfahrens

Mit der Einrichtung der verfahrensförmigen Gesamtvollstreckung erfüllt der Staat seine gegenüber dem Einzelnen bestehende Pflicht auf Gewährung von Rechtsschutz. Inhalt des sog. Justizgewährungsanspruchs⁸² ist die Schaffung und Unterhaltung von Verfahren, die dem Bürger die Durchsetzung seiner Rechte in zivilrechtlichen Streitigkeiten ermöglichen.⁸³ Der Justizgewährungsanspruch wird durch das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung aus dem jeweilig betroffenen Grundrecht in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet.⁸⁴ Er bildet das

80 § 1 S. 1 InsO spricht von der „gemeinschaftlichen“ Befriedigung der Gläubiger.

81 Vgl. *Stürner*, ZZP 99 (1986), 291, 326 f.; *Baur/Stürner* II, Rn. 6.2; *Schick*, NJW 1991, 1328; *MüKo/Stürner*, Einl., Rn. 77; ähnlich *Laukemann*, Unabhängigkeit, S. 67; gegen die Heranziehung von Art. 3 Abs. 1 GG *Hoffmann*, Prioritätsgrundsatz und Gläubigergleichbehandlung, S. 199 f.; anderes gilt für das Insolvenzplanverfahren (§§ 217 ff. InsO). Dieses ist zwar Ausdruck gesetzgeberischen Gestaltungswillens im Hinblick auf die Ausübungsmöglichkeit der rechtsgutsbezogenen Dispositionsfreiheit des Gläubigers, die auch im Vollstreckungsverfahren bestehen muss, jedoch ist seine Einrichtung als Verfahrensart nicht von Verfassungs wegen geboten. Es stellt sich stattdessen umgekehrt die Frage, welche Anforderungen an das Planverfahren zu stellen sind, wenn es das durch die Verfassung garantierte liquidationsmäßige Gesamtexekutionsverfahren beschränkt, vgl. zum Ganzen *Baur/Stürner* II, Rn. 6.5 ff. (zum Vergleichsverfahren) und *MüKo/Stürner*, Einl., Rn. 79 f.

82 Zur Terminologie *Stein/Jonas/Brehm*, ZPO, vor § 1, Rn. 285.

83 *Baur/Stürner* I, Rn. 1.3; *Schmidt-Jortzig*, NJW 1994, 2569, 2571; *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 2 f.; zur Abgrenzung des Justizgewährungsanspruchs von der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG gegen die öffentliche Gewalt *Maurer*, FS Bethge, S. 535, 547 ff.

84 Vgl. BVerfG NJW 1992, 1673; BVerfG NJW 1993, 1635; BVerfG NJW 1995, 3173; BVerfG NJW-RR 2010, 207, 208; vgl. auch *Stürner*, FS Baur, S. 647, 649; *Baur/Stürner* I, Rn. 1.3; *MüKo/Stürner*, Rn. 77; *Stein/Jonas/Brehm*, ZPO, vor § 1, Rn. 287 f.; die Pflicht des Staates zur Justizgewährung wird auch durch

Gegenstück zum staatlichen Gewaltmonopol⁸⁵: wenn dem Einzelnen die Selbsthilfe von hoheitlicher Seite untersagt ist, muss der Staat für die Bereitstellung wirkungsvoller Rechtsschutzmöglichkeiten Sorge tragen.⁸⁶ Dies umfasst nicht nur die Schaffung eines rechtsstaatlichen Erkenntnisverfahrens, sondern auch die Ermöglichung der Vollstreckung.⁸⁷ Soweit der Staat die Einzelvollstreckung untersagt, hat er für eine gerechte Vermögensverteilung im Wege der Gesamtvollstreckung zu sorgen.⁸⁸ Folglich erfüllt der Staat mit Schaffung und Unterhaltung des Insolvenzverfahrens, ebenso wie mit der Ermöglichung der Einzelvollstreckung, seine Justizgewährungspflicht.⁸⁹

cc) Einbindung des Verwalteramtes in die staatliche Zivilrechtspflege

Das Insolvenzverfahren ist Bestandteil der staatlichen Zivilrechtspflege zum Zwecke der Justizgewährung.⁹⁰ Schaffung und Unterhaltung des Verfahrens sind Aufgabe des Staates. Dieser bedient sich zur Durchführung des Insolvenzverfahrens, neben dem Insolvenzgericht – funktionell dem Insolvenzrichter und dem Rechtspfleger⁹¹ – des Insolvenzverwalters, der „zentralen Figur des Konkurses“⁹². Anders als die beiden Vorgenannten ist der Verwalter nicht in die staatliche Justizorganisation eingegliedert, stattdessen ist ihm die öffentliche Aufgabe der Verfahrensabwicklung⁹³ als externer Funktionsträger zugewiesen.⁹⁴ Korrespondierend mit der im

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK vorgeschrieben, vgl. Stein/Jonas/Brehm, ZPO, vor § 1, Rn. 286.

85 Stürner, FS Baur, S. 647, 649; Baur/Stürner I, Rn. 1.3; Preuß, Zivilrechtspflege, S. 2 f.

86 Baur/Stürner I, Rn. 1.1; Stein/Jonas/Brehm, ZPO, vor § 1, Rn. 284.

87 BVerfG NJW 2016, 930, 932; Baur/Stürner I, Rn. 1.3; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard/Gaul, ZVR, § 1, Rn. 16, § 6, Rn. 2 ff.; MüKo/Stürner, Einl., Rn. 77.

88 Uhlenbruck, KTS 1989, 229, 235; Laukemann, Unabhängigkeit, S. 93.

89 BVerfG NJW 2016, 930, 932; Baur/Stürner II, Rn. 6.2; MüKo/Stürner, Einl., Rn. 77; Nerlich/Römermann/Becker, § 1, Rn. 3; vgl. auch Kessler, ZIP 2000, 1565, 1572.

90 Preuß, Zivilrechtspflege, S. 5; zu den Charakteristika staatlicher Rechtspflege durch Zivilverfahren Preuß, a.a.O., S. 6 ff.; s. bereits Berges, KTS 1960, 1 ff. zum Konkursverfahren als treuhänderische Rechtspflege.

91 Vgl. § 2 Abs. 1 InsO und § 18 RPfG.

92 Baur/Stürner II, Rn. 1.2.; Graeber, NZI 2003, 569.

93 Vgl. Brinkmann, Private in gerichtlichem Auftrag, S. 91.

94 Preuß, Zivilrechtspflege, S. 8 f. Für die Begründung justizieller Funktionsträgerschaft von Personen außerhalb der staatlichen Justizorganisation ist erforderlich,

regulären eröffneten Verfahren vorherrschenden Inquisitionsmaxime konzentrieren sich bei ihm und beim Insolvenzgericht Verfahrenskompetenzen.⁹⁵ Des Weiteren sind gewisse verfahrensbestimmende Entscheidungen den Gläubigerorganen überantwortet⁹⁶, namentlich der Gläubigerversammlung und dem Gläubigerausschuss.⁹⁷ Verbreitet wird dem deutschen Insolvenzverfahren eine Struktur der staatlich überwachten Selbstverwaltung der Gläubiger attestiert.⁹⁸

Der Gesetzgeber hat sich gegen die vollständige Durchführung des Insolvenzverfahrens durch eigene Behörden entschieden, obwohl die Vollübertragung der Verfahrenskompetenzen auf solche möglich wäre.⁹⁹ Wenn der Staat die Erfüllung seines Justizgewährungsauftrags in die insoweit „fremden Hände“ des Verwalters legt, wird die Frage der Verortung des Verwalteramtes virulent. Diese lässt sich anhand der dem Verwalter zugewiesenen Kompetenzen einordnen. Der Verwalter übernimmt anstelle des insolventen Schuldners die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Massevermögen, er ist zuständig für die Anreicherung, Verwaltung und Verwertung der Masse, mitsamt anschließender Erlösverteilung an die Gläubiger. Ihm sind, eingeschränkt durch Entscheidungskompeten-

dass sie von einem staatlichen Hoheitsträger unabhängige Entscheidungskompetenzen zur Erreichung der Verfahrensziele innehaben, vgl. *Preuß*, a.a.O., S. 9; ebenso *Höfling*, JZ 2009, 339, 341.

95 Uhlenbruck/*Pape*, § 5, Rn. 1; auf *Preuß* geht das Modell zurück, wonach dem Verwalter eine Rolle als Bestandteil der Zivilrechtspflege zukommt, der der funktionellen Ergänzung des Insolvenzgerichts dient. Erst durch das Zusammenwirken des Insolvenzgerichts als staatliche (interne) Rechtspflegeeinrichtung und des Verwalters als (externes) Organ der Zivilrechtspflege, als „Funktionseinheit Gericht und Verwalter“, könne der Staat seiner Justizgewährungsaufgabe gerecht werden, vgl. *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 57, 81, 302 ff.; *dies*. ZIP 2011, 933, 934; zustimmend *Höfling*, JZ 2009, 339, 341; *Frind*, ZInsO 2009, 1997, 1998 f.; *ders.*, NZI 2016; 156, 157. Diesem Modell wird u.a. wegen der Verschiedenheit der Funktionen, die Verwalter und Gericht innehaben, Kritik entgegengebracht, vgl. *Laukemann*, Unabhängigkeit, S. 93 ff.; ablehnend auch *Jaeger/Windel*, § 80, Rn. 19.

96 Vgl. z.B. § 160 ff. InsO.

97 Vgl. zu den Aufgaben der Gläubigerorgane unten Kap. 2 A.III.2.e).

98 *Stüdemann*, FS 100 Jahre KO, S. 401, 404; *Uhlenbruck*, KTS 1989, 229, 235 m.w.N.; *Baur/Stürner* II, Rn. 1.2.; diese Formulierung stößt ob der weitreichenden Kompetenzen des Verwalters bzw. der umfassenden staatlichen Einwirkungen auf das Verfahren auf Kritik, vgl. *Schick*, NJW 1991, 1328 und *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 49.

99 *Schick*, NJW 1991, 1328; *Baur/Stürner* II, Rn. 1.2; *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 333; ähnlich *Brinkmann*, Private in gerichtlichem Auftrag, S. 91.

zen der Gläubiger und außerhalb des gerichtlichen Kompetenzbereichs¹⁰⁰, wesentliche Bereiche der Verfahrensabwicklung anvertraut.¹⁰¹ Seine Aufgaben nimmt er unter hoheitlicher Rechtsaufsicht¹⁰², aber weisungsfrei¹⁰³, eigenverantwortlich und unabhängig¹⁰⁴ wahr; sie wurden ihm zur eigenständigen Erfüllung übertragen.¹⁰⁵ Es ist daher verfehlt, den Verwalter auf eine Stellung als Gerichtsgehilfen¹⁰⁶ zu reduzieren.¹⁰⁷ An die ordnungsgemäße Erfüllung seiner Tätigkeit ist maßgeblich die mit dem Gesamtvollstreckungsverfahren bezweckte kollektivierte Haftungsverwirklichung geknüpft¹⁰⁸, die dem Verwalter und nicht einem Funktionsträger des Staates in weiten Teilen überantwortet wird.¹⁰⁹ Durch Einsatz des Insolvenzverwalters erfüllt der Staat die ihm obliegende Pflicht zur Durchführung eines Gesamtvollstreckungsverfahrens.¹¹⁰ Fraglos ist das private Verwalteramt¹¹¹ in die staatliche Rechtspflege integriert.¹¹²

Festzuhalten ist, dass die der InsO zugrundeliegende Strukturentscheidung die Ermöglichung eines Gesamtvollstreckungsverfahrens durch das Tätigwerden eines privaten Amtsträgers vorsieht. Als solcher partizipiert der Verwalter, angesichts seiner vielfältigen Befugnisse, an der Durchführung eines staatlichen Verfahrens und damit an der Verfahrenshoheit.¹¹³

100 Prägnant *Laukemann*, Unabhängigkeit, S. 88: „Das Amt des Insolvenzverwalters steht im Spannungsfeld von gerichtlichen und gläubigerautonomem Verfahrenskompetenzen“.

101 Zum Ganzen *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 54 ff.

102 H.M., vgl. *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 442 f.; vgl. zur Gerichtsaufsicht unten Kap. 2 A.III.2.c).

103 Vgl. zur Weisungsfreiheit des Verwalters im Verhältnis zum Schuldner und den Gläubigern *Laukemann*, Unabhängigkeit, S. 79 f.; vgl. insbesondere die Ausführungen unter Kap. 2 A.III.2.

104 Vgl. § 56 Abs. 1 S. 1 InsO.

105 *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 331.

106 Vgl. *MüKo/Graeber*, § 56, Rn. 143.

107 So im Ergebnis auch *Brinkmann*, Private in gerichtlichem Auftrag, S. 30; *Marotzke*, ZInsO 2009, 1929, 1930; *Gehrlein*, NJW 2013, 3756, 3757.

108 So BVerfG NJW 2016, 930, 932.

109 Vgl. *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 53 f.; *Brinkmann*, Private in gerichtlichem Auftrag, S. 29; *Laukemann*, Unabhängigkeit, S. 72.

110 Vgl. *Jacoby*, Das private Amt, S. 176; deutlich *Höfling*, JZ 2009, 339, 343: „Der Insolvenzverwalter übernimmt als externer Funktionsträger [...] Aufgaben, deren Erfüllung zugleich die Realisierung der verfassungsrechtlichen Pflicht zur Justizgewährleistung durch den Staat bedeutet.“

111 Vgl. zum privaten Amt sogleich unten Kap. 2 A.II.1.b).

112 Vgl. *Laukemann*, Unabhängigkeit, S. 69, 72.

113 *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 54. Dies unterscheidet das Verwalteramt von anderen privaten Ämtern, wie dem Testamentsvollstrecker (§ 2197 BGB) und dem

dd) Dualistische Zweckrichtung des Verwalteramtes

Aus Vorgenanntem lässt sich ein Rückschluss auf die mit dem Verwalteramt verbundene Zweckrichtung ableiten. Unmittelbar dient die treuhänderische Verwaltungstätigkeit¹¹⁴ den Privatinteressen der einzelnen Beteiligten des Insolvenzverfahrens, insbesondere der Gläubiger, denen das Schuldnervermögen haftungsrechtlich zugewiesen ist.¹¹⁵ Ihr Interesse an der Haftungsverwirklichung ist synonym mit dem Insolvenzziel, an dem sich das Verwalterhandeln auszurichten hat.¹¹⁶

Zu dieser privaten Zweckrichtung gesellt sich eine weitere, die mit der Einbindung des Amtes in ein staatliches Rechtspflegeverfahren verknüpft ist. In der Vermögensverwaltungstätigkeit liegt die (teilweise) Verwirklichung des dem Bürger gegenüber dem Staat zustehenden Anspruchs auf Schaffung eines Gesamtvollstreckungsverfahrens zum Zwecke der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung. An dem Verwalteramt und seiner Tätigkeit besteht deshalb auch ein mit der Justizgewährungspflicht korrespondierendes öffentliches Interesse.¹¹⁷

Vormund (§§ 1773 ff. BGB), vgl. *Preuß*, a.a.O., S. 17 ff.; *Laukemann*, Unabhängigkeit, S. 104.

114 *Stüdemann*, FS 100 Jahre KO, S. 401, 404; *Grüneberg/Ellenberger*, Einf. v. § 164, Rn. 9.

115 Vgl. *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 1.15; *Laukemann*, Unabhängigkeit, S. 69; *Kessler*, ZIP 2000, 1565, 1572 sieht den Verwalter als Interessenvertreter der Gläubiger.

116 Hierzu, im Zusammenhang mit der Schutzrichtung der Verwalterunabhängigkeit, *Laukemann*, Unabhängigkeit, S. 59 f. m.w.N.

117 Vgl. BGH NJW 1992, 692, 693; BGH NJW 2004, 1957, 1959; BGH NJW-RR 2006, 697, 698; ebenso *Frind*, ZInsO 2009, 1997, 1998 f.; *Marotzke*, ZInsO 2009; 1929 f.; *Gehrlein*, NJW 2013, 3756, 3757; *Uhlenbruck*, KTS 1989, 229, 230 sieht den Verwalter als Vertreter (auch) öffentlicher Interessen; s. ferner *Schumann*, FS Geimer, S. 1043, 1047 m.w.N.; krit. *Jaeger/Windel*, § 80, Rn. 19, dessen Einwand jedoch zu entgegen ist, dass nur weil die Tätigkeit des Verwalters der Haftungsverwirklichung zugunsten der Gläubiger dient, nicht bedeutet, dass nicht zugleich auch ein öffentliches Interesse an der Tätigkeit bestehen kann, ähnlich auch *K/P/B/Lüke*, § 80, Rn. 37; das öffentliche Interesse am Verwalteramt unterscheidet es unter anderem vom privaten Amt des Testamentsvollstreckers, vgl. *Laukemann*, Unabhängigkeit, S. 105.

b) Der Insolvenzverwalter als Träger eines privaten Amtes

Die Einbindung des Verwalters in das staatliche Gesamtvollstreckungsverfahren und die damit verbundene (auch) öffentliche Zweckrichtung seines Amtes dürfen nicht den Blick für dessen privatrechtlichen Charakter verstellen. Wie bereits dargelegt, ist er nicht Träger eines öffentlichen Amtes, deshalb gilt Art. 33 Abs. 2 GG nicht für ihn.¹¹⁸ Der hoheitliche Charakter bzw. die „hoheitliche Rückbindung“¹¹⁹ des Amtes beschränkt sich darauf, dass der Verwalter der insolvenzgerichtlichen Aufsicht untersteht (§ 58 InsO) und er seine Amtsstellung aus dem gerichtlichen Legitimationsakt ableitet.¹²⁰ Der Verwalter handelt trotz der Notwendigkeit seiner Tätigkeit für die staatliche Justizgewährungsaufgabe nicht als Organ des Staates, ferner ist er nicht an dessen Willen und Weisungen gebunden, sondern verfügt über eigene Entscheidungskompetenzen.¹²¹ Er übt insbesondere keine staatliche Zwangsgewalt aus¹²², sondern handelt ausschließlich in privatrechtlicher Form.¹²³ Das Verwalteramt zählt deshalb, wie die ganz h.L. und insbesondere die Vertreter der Amtstheorie¹²⁴ zutreffend hervorheben, zur Gruppe der privaten Ämter.¹²⁵ Als Träger eines solchen nimmt

118 Vgl. BVerfG NZI 2006, 453, 454; T. Kluth, NZI 2000, 351, 353; Preuß, Zivilrechtspflege, S. 332; Brinkmann, Private in gerichtlichem Auftrag, S. 29; Jaeger/Gerhardt, § 56, Rn. 9; Höfling, JZ 2009, 339, 341; Laukemann, Unabhängigkeit, S. 29; Uhlenbruck/Zipperer, § 56, Rn. 6; Uhlenbruck/Mock, § 80, Rn. 59; die Ansicht von Bley, KuT 1928, 161, 162, der den Konkursverwalter als Träger eines öffentlichen Amtes ansah, findet nur noch vereinzelte Anhängerschaft, s. z.B. Werres, Grundrechtsschutz in der Insolvenz, S. 32; Schmidt/Ries, § 56, Rn. 6; ähnlich auch Schick, NJW 1991, 1328, 1329 f.

119 Laukemann, Unabhängigkeit, S. 89.

120 Vgl. Jaeger/Gerhardt, § 56, Rn. 10; Uhlenbruck/Zipperer, § 56, Rn. 6.

121 Vgl. Jaeger/Gerhardt, § 56, Rn. 9; s. auch Steiner, Öffentliche Verwaltung durch Private, S. 61.

122 Lepa, Insolvenzordnung und Verfassungsrecht, S. 232; Jaeger/Gerhardt, § 56, Rn. 9.

123 Vgl. T. Kluth, NZI 2000, 351, 353; Preuß, Zivilrechtspflege, S. 333 ff.; Marotzke, ZInsO 2009, 1929, 1931; Uhlenbruck/Mock, § 80, Rn. 59; unzutreffend klassifizieren Leichtle/Theusinger, NZG 2018, 251, 252 die Verwaltertätigkeit als öffentlich-rechtliches Handeln.

124 Vgl. hierzu unten Kap. 2 A.II.2.f).

125 BGH NJW 1960, 1006, 1007; NJW 1984, 739; NJW 1987, 3133, 3135; NJW 2020, 1800, 1802, Rn. 41; BVerwG NZI 2005, 510, 513; v. Spreckelsen, Begriff des privatrechtlichen Amtes, S. 95 ff.; Steiner, Öffentliche Verwaltung durch Private, S. 61 f.; T. Kluth, NZI 2000, 351, 353; Brinkmann, Private in gerichtlichem Auftrag, S. 28 f.; Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 15.06; Smid, ZInsO 2009, 113, 114; Laukemann, Unabhängigkeit, S. 29 u. 72; Berger/Frege/Nicht, NZI 2010, 321, 322;

der Verwalter Rechtspflegeaufgaben wahr.¹²⁶ Zutreffend wird er deshalb auch als Organ der Zivilrechtspflege bezeichnet¹²⁷ und seiner Tätigkeit ein hybrider Charakter zugesprochen.¹²⁸ Dass das Verwalteramt durch die ihm überantwortete Haftungsverwirklichung zum Wohle der Gläubiger auch der Erfüllung der staatlichen Justizgewährungspflicht dient, steht im Übrigen nicht im Konflikt mit der Einordnung als privates Amt.¹²⁹ Letztendlich ist die Privatheit des Verwalteramtes Wesensmerkmal der Struktur des Insolvenzverfahrens: In einem staatlichen Gesamtvollstreckungsverfahren zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger findet die eigentliche Abwicklung des Vermögens in rein privatrechtlicher Form und ohne staatliche Zwangsgewalt statt.¹³⁰

c) Hoheitsrechtliche Qualifikation der Verwalterbefugnisse

Zu untersuchen ist ferner, ob der Verwalter als externer Funktionsträger in einem staatlichen Rechtspflegeverfahren Inhaber hoheitlicher Befugnisse ist und inwieweit die Struktur seiner Einbeziehung mit Rechtsfiguren des öffentlichen Rechts beschrieben werden kann.

Jacoby, Das private Amt, S. 191; *Bork*, Insolvenzrecht, § 7, Rn. 65; *Bruns/Thönissen*, KTS 2017, 236, 244; *MüKo/Papier/Shirvani*, BGB, § 839, Rn. 186; *Thole*, ZIP 2018, 1001, 1002; *Grüneberg/Ellenberger*, Einf. v. § 164, Rn. 9; *Jaeger/Windel*, § 80, Rn. 19 weist darauf hin, dass auch die Vertretertheorien vom privatrechtlichen Charakter des Amtes ausgehen.

126 *Laukemann*, Unabhängigkeit, S. 72.

127 Vgl. BVerwG NZI 2005, 510, 513; *Stüdemann*, FS 100 Jahre KO, S. 401, 403; *Marotzke*, ZInsO 2009, 1929 f.; *Gehrlein*, NJW 2013, 3756, 3758; *Bork*, Insolvenzrecht, § 7, Rn. 78; *Bruns/Thönissen*, KTS 2017, 236, 244; befürwortend auch *Preuß*, Zivilrechtspflege, 306 f., die aber die Rechtsfigur des privaten Amtes als unzureichend ansieht, um das Verwalteramt zu charakterisieren; befürwortend, aber von einem öffentlichen Verwalteramt ausgehend, *Schmidt/Ries*, § 56, Rn. 6, 58; ablehnend *Jaeger/Gerhardt*, § 56, Rn. 9; nahezu wortgleich *Sabel/Wimmer*, ZIP 2008, 2097, 2102; *Graf-Schlicker*, Kölner Schrift, Kap. 8, Rn. 13; ebenso *Smid*, ZInsO 2009, 113, 114.

128 Vgl. *Berger/Frege/Nicht*, NZI 2010, 321, 322; ähnlich geht *T. Kluth*, NZI 2000, 351, 353, von einer ambivalenten Stellung als Exekutivorgan der Gläubigerselbstverwaltung und Amtsträger aus.

129 Dies wird deutlich bei *Jacoby*, Das private Amt, S. 176.

130 Vgl. *Jaeger/Gerhardt*, § 56, Rn. 13.

aa) Inhaberschaft hoheitlicher Befugnisse versus Befugnis zu hoheitlichem Handeln

Das Bundesverfassungsgericht konstatierte unlängst, dass in der gerichtlichen Bestellung des Verwalters und der damit verbundenen Befugnis das Schuldnervermögen zu verwalten die „Übertragung hoheitlicher Befugnisse“ liege.¹³¹ Wortgleich äußerte sich wenig später auch der 9. Zivilsenat des BGH.¹³² Bereits zum Konkursverwalter wurde vertreten, dass dieser Hoheitsrechte wahrnehme.¹³³ Vereinzelt lässt sich dies auch zum Insolvenzverwalter vernehmen.¹³⁴ Vor dem Hintergrund des privatrechtlichen Charakters des Amtes ist eine nähere Würdigung der Verwalterbefugnis angezeigt.

Im Kontext des Insolvenzverfahrens ist der Begriff der „hoheitlichen Befugnis“ als die von hoheitlicher Seite, beschränkt auf das jeweilige Verfahren und seinen Zweck, verliehene Befugnis, Handlungen als Funktionsträger in einem staatlichen Verfahren vornehmen und den Verwaltungsauftrag im Sinne der Insolvenz Zwecke unter staatlicher Aufsicht erfüllen zu können, zu verstehen.¹³⁵ Der Entzug der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Schuldners ist Folge hoheitlichen Eingriffs in der Situation der Insolvenz und stellt einen umfassenden Eingriff in seine Grundrechte (u.a. Art. 2 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 GG) dar.¹³⁶ Die Befugnisse, die dem Verwalter zwecks Wahrnehmung von Rechtspflegeaufgaben übertragen werden, sind deshalb Ausdruck des staatlichen Gewaltmonopols, sie sind (nur) insoweit

131 BVerfG NZI 2016, 163, 164 f., Rn. 45; hierzu *Frind*, NZI 2016, 156 f.

132 BGH ZIP 2016, 1543, 1545, Rn. 27; BGH NZI 2017, 260, 262.

133 Vgl. *Schick*, NJW 1991, 1328, 1329.

134 Vgl. MüKo/Graeber, § 56, Rn. 143; thematisch ähnlich gelagert ist die Diskussion um die sachliche Anwendbarkeit der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (sog. Dienstleistungsrichtlinie), bei der es um die Frage geht, ob die Verwaltertätigkeit gem. Art. 2 Abs. 2 lit. i Dienstleistungsrichtlinie i.V.m. Art. 51 AEUV (ehem. Art. 45 EGV) vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen ist, weil sie mit der „Ausübung öffentlicher Gewalt“ verbunden ist. Für die Ausnahme vom Anwendungsbereich *Slopek*, ZInsO 2008, 1243, 1246 ff.; *Frind*, ZInsO 2008, 1248 ff.; *ders.*, ZInsO 2009, 1997, 1998 f.; *Marotzke*, ZInsO 2009, 1929 ff.; *Preuß*, ZIP 2011, 933, 937 f.; *Gehrlein*, NJW 2013, 3756 ff.; *Schmidt/Ries*, § 56, Rn. 6; hiergegen *Sabel/Wimmer*, ZIP 2008, 2097, 2102; *Graf-Schlicker*, Kölner Schrift, Kap. 8, Rn. 12 ff.; *Piekenbrock/Bluhm*, NJW 2016, 930, 935; *Uhlenbruck/Zipperer*, § 56, Rn. 5.

135 Vgl. *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 333 f., die hierfür den Begriff der „Amtsgewalt“ verwendet.

136 Hierzu MüKo/Stürmer, Einl., Rn. 88 ff.

auch hoheitlichen Charakters. Hiermit korrespondierend trifft das Insolvenzgericht die Pflicht zur Beaufsichtigung des Verwalters.¹³⁷ Deutlich wird der Zusammenhang zwischen Verwalterbefugnissen und staatlicher Gewaltausübung beim Blick auf die Instrumente des Verwalters¹³⁸, die den grundrechtlich geschützten Rechtskreis des Schuldners tangieren.¹³⁹ „Hoheitliche Befugnis“ meint nach dem hier zugrunde gelegten Begriffsverständnis ausschließlich den hoheitlichen Ursprung der Verwaltungsbefugnis und die hoheitlich legitimierte Ermächtigung, in einem staatlichen Verfahren Kompetenzen eigenverantwortlich wahrzunehmen.¹⁴⁰

Die Übertragung der Verwaltungsbefugnis darf aber nicht so verstanden werden, dass dem Verwalter damit auch die Befugnis zum unmittelbar hoheitlichen Handeln, d.h. in den Formen des öffentlichen Rechts, verliehen wird.¹⁴¹ Er ist beschränkt auf die Handlungsformen des Privatrechts und darf insbesondere keine staatliche Zwangsgewalt ausüben.¹⁴² Auch für die Ausübung potentiell grundrechtsintensiver Maßnahmen zu Lasten des Schuldners kann er nicht auf den Weg über das Insolvenzgericht und staatliche Behörden verzichten.¹⁴³ Es mangelt dem Verwalter an den für das staatliche Handeln typischen „originär hoheitsrechtlichen Eingriffsbefugnissen“.¹⁴⁴

137 Vgl. BVerfG NJW 2016, 930, 932, Rn. 45.

138 Vgl. §§ 97 Abs. 1, 99 Abs. 2, 148 Abs. 1 InsO.

139 Vgl. *Laukemann*, Unabhängigkeit, S. 93 f., der diese Befugnisse als „hoheitliche Verfahrenskompetenzen“ bezeichnet; s. auch *Marotzke*, ZInsO 2009, 1929, 1931; zur verfassungsrechtlichen Würdigung der Mitwirkungspflichten des Schuldners *Lepa*, Insolvenzordnung und Verfassungsrecht, S. 197 ff.

140 Vgl. *Preuß*, Zivilrechtspflege, 334: „Mittels der Verwalterbefugnis nimmt der Amtsträger an der Verfahrenshoheit teil.“

141 Vgl. *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 333 f.; *Brinkmann*, Private in gerichtlichem Auftrag, S. 88; wenigstens missverständlich daher BGH ZIP 2016, 1543, 1545, Rn. 27, wie *Bork*, Insolvenzrecht, § 7, Rn. 65, Fn. 3 hervorhebt.

142 Vgl. oben Kap. 2 A.II.1.b).

143 Vgl. *Lepa*, Insolvenzordnung und Verfassungsrecht, S. 232; *Heese*, Gläubigerinformation, S. 35 f.; *Graf-Schlicker*, Kölner Schrift, Kap. 8, Rn. 13; *Uhlenbruck/Zipperer*, § 56, Rn. 5; a.A. *Werres*, Grundrechtsschutz in der Insolvenz, S. 31, der aber unzutreffend davon ausgeht, der Insolvenzverwalter selbst könne eine eidesstattliche Versicherung des Schuldners gem. § 98 InsO anordnen. Die Anordnung ergeht jedoch gem. § 98 Abs. 1 InsO ausschließlich *ex officio* durch das Insolvenzgericht, dem Verwalter wird nur ein Antragsrecht zugebilligt, vgl. *MüKo/Stephan*, § 98, Rn. 11 f.; auch der vorläufige Verwalter kann keinen unmittelbaren Zwang gegen den Schuldner anwenden, vgl. *Uhlenbruck/Vallender*, § 22, Rn. 293.

144 *Laukemann*, Unabhängigkeit, S. 31, 94; ähnlich *Lepa*, Insolvenzordnung und Verfassungsrecht, S. 232.

bb) Keine Beleihung des Verwalters

Weil die Befugnis zum Handeln in öffentlich-rechtlicher Form nach h.L. Voraussetzung für die Beleihung ist¹⁴⁵, verbietet sich auch der von einzelnen Stimmen der Literatur¹⁴⁶ befürwortete Rückgriff auf diese Rechtsfigur, um das Verwalteramt zu charakterisieren.¹⁴⁷ Zwar ist dieser Ansicht zu konzedieren, dass die Beleihung die Konstruktion der Einbeziehung des Verwalters als Privaten in ein unter gerichtlicher Trägerschaft befindliches Verfahren illustriert und den hoheitlichen Ursprung der Handlungsbefugnisse des Verwalters hervorhebt¹⁴⁸, gleichwohl tritt der Verwalter den Beteiligten gegenüber nicht als Behörde auf¹⁴⁹, was aber Wesensmerkmal der Beleihung ist.¹⁵⁰ Der Verwalter unterliegt auch nicht der für das Rechtsverhältnis zwischen Staat und Beliehenen typischen Fachaufsicht¹⁵¹, sondern lediglich der Rechtsaufsicht durch das Insolvenzgericht.¹⁵² Ferner würde

145 Vgl. *Brinkmann*, Private in gerichtlichem Auftrag, S. 77; *Dürig/Herzog/Scholz/Ibler*, Art. 86, Rn. 75; *Schoch/Schneider/Bier/Ehlers/Schneider*, § 40, Rn. 275 m.w.N.

146 Vgl. bereits zum Konkursverwalter *Adam*, Probleme des Konkursverfahrens, S. 135 f.; *Schick*, NJW 1991, 1328, 1329; zum Insolvenzverwalter *Wellensiek*, NZI 1999, 169, 171; *Werres*, Grundrechtsschutz in der Insolvenz, S. 30 ff.; *Slopek*, ZInsO 2008, 1243, 1246; *Gehrlein*, NJW 2013, 3756, 3758; *Schmidt/Ries*, § 56, Rn. 6.

147 Eine Beleihung ebenfalls ablehnend *Steiner*, Öffentliche Verwaltung durch Private, S. 61 f.; *T. Kluth*, NZI 2000, 351, 353; *Lepa*, Insolvenzordnung und Verfassungsrecht, S. 231 ff.; *Brinkmann*, Private in gerichtlichem Auftrag, S. 90; *Heese*, Gläubigerinformation, S. 35; *Marotzke*, ZInsO 2009, 1929; *Laukemann*, Unabhängigkeit, S. 30 f.; *MüKo/Papier/Shirvani*, BGB, § 839, Rn. 186; *Schoch/Schneider/Bier/Ehlers/Schneider*, § 40, Rn. 279; im Ergebnis auch *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 335 f.; eine Beleihung wird teilweise für bestimmte Einzeltätigkeiten wie die Zustellung (vgl. § 8 Abs. 3 InsO) und die Führung der Insolvenztabelle angenommen, allerdings wird ebenfalls ein genereller Status als Beliehener abgelehnt, vgl. *Thole*, ZIP 2018, 1001, 1005 f.; *Theurich/Degenhardt*, NZI 2018, 870, 873; ebenso *Bornheimer/Park*, NZI 2018, 877, 880.

148 *So Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 335.

149 *Heese*, Gläubigerinformation, S. 36.

150 Vgl. *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23, Rn. 58; es unterscheidet sie von der Privatisierung, vgl. *Dürig/Herzog/Scholz/Ibler*, Art. 86, Rn. 76.

151 Vgl. *Stober*, NJW 2008, 2301, 2306; *Dürig/Herzog/Scholz/Ibler*, Art. 86, Rn. 75.

152 Vgl. zur Gerichtsaufsicht unten Kap. 2 A.III.2.c); aufgrund der umfassenden Entscheidungskompetenzen und der weitgehenden Weisungsfreiheit ist der Verwalter auch nicht als Verwaltungshelfer zu charakterisieren, zu dieser Rechtsfigur *Stober*, NJW 2008, 2301, 2306.

die Annahme einer hoheitlichen Beleihung auch zu haftungsrechtlich fragwürdigen Ergebnissen führen, da hierdurch dem Verwalter der Status als Beamter im haftungsrechtlichen Sinne zukäme¹⁵³, was die Haftung des Staates (§ 839 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 34 GG) für Pflichtverletzungen des Verwalters zur Folge hätte. Weder ist dies nach rechtlichem *status quo* der Fall noch ist dies durch den Gesetzgeber gewollt, was die §§ 60 f. InsO bezeugen, die die Eigenverantwortlichkeit des Verwalters eindeutig festlegen.¹⁵⁴

Mangels Beliehenenstatus des Verwalters besteht kein Konflikt mit dem Funktionsvorbehalt des Art. 34 Abs. 4 GG, wonach „hoheitsrechtliche Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen sind“. Dieser begrenzt als zwingende Vorschrift¹⁵⁵ die Privatisierungsmöglichkeit des Staates¹⁵⁶, jedoch wurden dem Verwalter keine hoheitsrechtlichen Befugnisse i.S.d. Vorschrift übertragen.¹⁵⁷ Die Verwaltungstätigkeit ist freiberuflichen Charakters, für sie ist die Berufsfreiheit des Art. 12 GG maßgeblich, Art. 33 Abs. 4 GG wird nicht berührt.¹⁵⁸ Wie bereits festgestellt, trägt der Verwalter kein öffentliches Amt, seine Tätigkeit ist insbesondere nicht wie die des Gerichtsvollziehers im Einzelzwangsvollstreckungsverfahren zu qualifizieren.¹⁵⁹ Er nimmt auch keine Staatsaufgabe, sondern lediglich eine öffentliche Aufgabe eigenverantwortlich als Privater wahr.¹⁶⁰ Im Übrigen steht auch Art. 92 GG, der die rechtssprechende Gewalt den staatlichen Richtern zuweist, nicht im Konflikt mit der Verwaltungstätigkeit, da es ihr an der Rechtsprechungsqualität mangelt.¹⁶¹

153 Vgl. hierzu MüKo/Papier/Shirvani, BGB, § 839, Rn. 185.

154 Vgl. K. Schmidt, KTS 1976, 191, 197; Baur/Stürner II, Rn. 10.18; Jaeger/Gerhardt, § 56, Rn. 20; MüKo/Papier/Shirvani, BGB, § 839, Rn. 186.

155 Vgl. Thiele, Der Staat 2010, 274, 277 f.

156 Vgl. Brinkmann, Privat in gerichtlichem Auftrag, S. 79; Balzer, Republikprinzip und Berufsbeamtentum, S. 171.

157 Vgl. Brinkmann, Privat in gerichtlichem Auftrag, S. 87 ff.; Art. 33 Abs. 4 GG scheidet bei privatrechtlicher Aufgabenwahrnehmung tatbestandlich aus, vgl. Thiele, Der Staat 2010, 274, 287 f. (zur materiellen Privatisierung).

158 Laukemann, Unabhängigkeit, S. 30 f.

159 Brinkmann, Privat in gerichtlichem Auftrag, S. 89 f.; zur Unterscheidung von Zwangsvollstreckung und Verwertungsmaßnahmen im Insolvenzverfahren BGH NJW 1993, 513.

160 Brinkmann, Privat in gerichtlichem Auftrag, S. 92 f.; Laukemann, Unabhängigkeit, S. 31.

161 Schick, NJW 1991, 1328, 1329; Laukemann, Unabhängigkeit, S. 98.

Kritisch zu betrachten ist auch die Charakterisierung der Rechtsstellung des Verwalters als „amtsähnlich“¹⁶², weil sie das Verwalteramt in die Nähe eines öffentlichen Amtes rückt. Wenn der Gesetzgeber dem Verwalter eine Stellung näher an derjenigen eines öffentlichen Amtes oder eines privaten Beliehenen hätte verleihen wollen, hätte er ihm originär staatliche Zwangsbefugnisse zukommen lassen können.¹⁶³ Der Versuch der Nutzbarmachung öffentlich-rechtlicher Rechtsfiguren ist symptomatisch für die Schwierigkeit, bei der dem Insolvenzverfahren inhärenten Struktur der privaten Vermögensabwicklung innerhalb eines staatlichen Gesamtvollstreckungsverfahrens den Rechtsstatus des Insolvenzverwalters abstrakt zu bestimmen.¹⁶⁴

cc) Staatliche Gewährleistungsverantwortung als Folge des Verwaltereinsatzes

Versucht man, die dem deutschen Insolvenzverfahren inhärente Funktionsverteilung einer der im öffentlichen Recht anerkannten Formen der Privatisierung¹⁶⁵ zuzuordnen, so zeigen sich teilweise Übereinstimmungen mit dem Modell der sog. materiellen bzw. Aufgabenprivatisierung.¹⁶⁶ Der Verwalter nimmt die Verfahrensabwicklung als eigene Aufgabe und eigenverantwortlich in privatrechtlicher Form wahr, die Leitentscheidungen des Verfahrens sind ihm bzw. den Gläubigern überantwortet; als hoheitlich ausgeführte Staatsaufgaben verbleiben die Verfahrenseröffnung, die Verwalterbestellung und die Rechtmäßigkeitskontrolle von Verfahrensentscheidungen.¹⁶⁷ Greift der Staat im Wege der materiellen Privatisierung auf Private zurück, so wird er grundsätzlich nicht entpflichtet, vielmehr

162 So bei *Schick*, NJW 1991, 1328, 1329; *Wellensiek*, NZI 1999, 169, 171; MüKo/Graeber § 56, Rn. 143.

163 Für die Zustellung durch den Verwalter gem. § 8 Abs. 3 InsO hat der Gesetzgeber sich an der Beleihung orientiert, s. BT-Drucks. 16/3227 S. 13.

164 Exemplarisch hierfür sieht *Frind*, ZInsO 2008, 1248, 1250 den Verwalter als „Rechtsfigur sui generis zwischen öffentlichem Amt und privater Forderungsdurchsetzung“.

165 S. zu Begriffsverständnissen und den einzelnen Formen der Privatisierung *Brinkmann*, Private in gerichtlichem Auftrag, S. 72 ff. und *Balzer*, Republikprinzip und Berufsbeamtentum, S. 171 ff.

166 Vgl. hierzu *Brinkmann*, Private in gerichtlichem Auftrag, S. 98 ff.; *dies.*, a.a.O., S. 83 ff. auch allgemein zur materiellen Privatisierung.

167 Vgl. *Brinkmann*, Private in gerichtlichem Auftrag, S. 98 f., die von einer „Teil-Aufgabenprivatisierung“ ausgeht.

tritt an die Stelle der (eigenen) staatlichen Aufgabenwahrnehmung eine umfassende Gewährleistungsverantwortung.¹⁶⁸ Strukturell entsprechend erwächst auch aus dem Rückgriff auf den Insolvenzverwalter als externen Funktionsträger die Pflicht des Staates, Instrumente vorzuhalten, die der Vermeidung von Fehlern und der Beseitigung deren Folgen dienen.¹⁶⁹ Niederschlag findet dies in der Aufsichtspflicht des Insolvenzgerichts (§ 58 InsO) sowie in der Bestellungsentscheidung und der Entscheidung über die Aufnahme von potentiellen Amtskandidaten in die Vorauswahlliste.¹⁷⁰ Auch die Einrichtung der Gläubigerautonomie sowie der verfahrensstrukturellen Gläubigerkontrolle der Verwaltungstätigkeit¹⁷¹ sind Ausdruck der hoheitlichen Gewährleistungsverantwortung.¹⁷²

2. Der Theorienstreit um die Rechtsstellung des Insolvenzverwalters

Vom Rechtsstatus des Verwalteramtes ist die anhand der sog. Verwaltertheorien vorgenommene rechtliche Konstruktion der Wirkung des Verwalterhandelns für und gegen die Insolvenzmasse zu unterscheiden. Es geht beim Theorienstreit um die Rechtsstellung des Verwalters darum, anhand des Zivilrechts die dem Verwalter zum Erreichen der Verfahrensziele verliehene Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis zu systematisieren.¹⁷³ Hervorzuheben ist, dass die Klassifizierung der Verpflichtungsmacht des Verwalters als treuhänderischer Vermögensverwalter nur einen, wenn auch wesentlichen, Mosaikstein im Gesamtbild des Verwalteramtes und seiner Einbindung in die staatliche Zivilrechtspflege darstellt.¹⁷⁴ Die Verwaltertheorien beschreiben gewissermaßen das „Wie“ der Aufgabenerfüllung durch das „Rechtspflegeorgan Insolvenzverwalter“, das Aufgabenpro-

168 S. allgemein zur staatlichen Gewährleistungsverwaltung *Schoch*, NVwZ 2008, 241 ff.; *Stober*, NJW 2008, 2301, 2304 f.; *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23, Rn. 65.

169 Vgl. *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 324.

170 Vgl. *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 325 ff. u. 439 ff.; *Höfling*, JZ 2009, 339, 341.

171 Vgl. hierzu im Einzelnen unten Kap. 2 A.III.2.e).

172 Vgl. *Brinkmann*, Private in gerichtlichem Auftrag, S. 100, laut der der staatliche Mitwirkungsbeitrag im Insolvenzverfahren über die bloße Gewährleistungsverantwortung hinausgeht.

173 Vgl. *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 339; s. auch *MüKo/Ott/Vuia*, § 80, Rn. 21; *Bork*, Insolvenzrecht, § 7, Rn. 65, 73 unterscheidet insoweit zwischen amts- und zivilrechtlicher Stellung des Verwalters.

174 Vgl. *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 340.

gramm des Verwalters und die Verfahrensziele können von ihnen nicht bestimmt werden.¹⁷⁵

Das Spektrum der Meinungen zum Wert des seit Geltung der Konkursordnung bis heute geführten Theorienstreits ist breit.¹⁷⁶ Eine Systemisierungsfunktion¹⁷⁷ kann man dem Theorienstreit nicht absprechen. Im Übrigen trifft man stets dann auf die Theorien, wenn es um Auslegung und rechtliche Konstruktion der Befugnisse und Handlungen des Verwalters und somit auch um Haftungsfragen geht¹⁷⁸; auch deshalb sind der Theorienstreit sowie die Kenntnis um die Theorien relevant. Im Folgenden sollen die einzelnen Verwaltertheorien, ob der in der rechtswissenschaftlichen Literatur intensiv geführten Diskussion und damit verbunden Vielzahl umfassender inhaltlicher Darstellungen, in ihren Grundlinien¹⁷⁹ dargestellt und beurteilt werden.

a) Gläubigerververtretungstheorie

Nach dieser heute nicht mehr vertretenen¹⁸⁰ Theorie ist der Verwalter als Vertreter der Gläubiger bzw. als Organ der Gläubigerselbstverwaltung anzusehen.¹⁸¹ Grundlage der Gläubigerververtretungstheorie ist der vorrangige Verfahrenszweck des Konkursverfahrens, nämlich die Befriedigung der Gläubiger.¹⁸² Diese Anknüpfung an den Verfahrenszweck und der daraus gezogene Schluss der Gläubigerververtretung ist mit der amtsbezogenen

175 *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 340 f.; in diesem Sinne auch *Jaeger/Windel*, § 80, Rn. 11.

176 S. hierzu *T. Kluth*, NZI 2000, 351 f. m.w.N., der seinerseits den Theorienstreit für obsolet hält, vgl. *ders.*, a.a.O., 355.

177 *Jaeger/Windel*, § 80, Rn. 11.

178 *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 38; s. exemplarisch zum Verwalterbesitz und der potentiellen Verantwortlichkeit für Verkehrspflichten *Eckardt*, KTS 1997, 411, 423 ff.

179 Der Theorienstreit wurde in der Wissenschaft, insbesondere durch die Kommentarliteratur, vielfach eingehend dargelegt, sodass im Folgenden nur ein Überblick gegeben werden kann. Sehr detailliert ist die Darstellung des Streits bei *Jaeger/Henckel*, KO, § 6, Rn. 4 ff.

180 Vgl. hierzu *Lüke*, Konkursverwalterhaftung, S. 52; *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 341.

181 *Kohler*, Lehrbuch des Konkursrechts, S. 399 ff.; *Eckstein*, ZZP 40 (1910), 48, 86 ff.; s. ferner *Jaeger/Windel*, § 80, Rn. 13 m.w.N. zu Vertretern dieser Theorie; vgl. allgemein zu Vertretertheorien, ohne Beschränkung auf den Insolvenzverwalter *Jacoby*, Das private Amt, S. 283 ff.

182 *Lüke*, Konkursverwalterhaftung, S. 52 f.

Strukturentscheidung der mehrseitigen, also nicht lediglich gläubigerseitigen, Fremdbestimmung¹⁸³ der Verwaltungstätigkeit unvereinbar.¹⁸⁴

b) Schuldnervertretungstheorie

Diese Theorie sieht den Verwalter als gesetzlichen Vertreter des Schuldners, seine Vertretungsmacht beschränkt sich dabei auf die Insolvenzmasse.¹⁸⁵ Für die Schuldnervertretungstheorie spricht, dass durch die Anknüpfung an das Stellvertretungsrecht die Wirkung des Handelns des Verwalters für den Schuldner zivilrechtlich begründet und betont wird, dass diesem die Rechtshandlungen des Verwalters letztendlich zuzurechnen sind.¹⁸⁶ Allerdings muss sich die Schuldnervertretungstheorie, ähnlich wie die Gläubigerververtretungstheorie, entgegenhalten lassen, dass sie den notwendigen Ausgleich mehrseitiger Interessen im Insolvenzverfahren aufgrund des singulären Zurechnungsbezugs auf den Gemeinschuldner nicht korrekt abzubilden vermag.¹⁸⁷

c) Organtheorie

Die Vertreter der Organtheorie sehen den Verwalter als Organ oder Vertreter der rechtlich verselbstständigten Insolvenzmasse, der dementsprechend eine eigene Rechtspersönlichkeit zukommen soll.¹⁸⁸ Ein Vorteil dieser Theorie ist, dass sich durch sie etliche dem Insolvenzverfahren inhärente Spezifika, z.B. die Zurechnung der Verwalterhaftung zur Masse analog

183 Vgl. hierzu unten Kap. 2 A.II.3.

184 Lücke, Konkursverwalterhaftung, S. 53; Baur/Stürner II, 10.5; Preuß, Zivilrechtspflege, S. 341 f.

185 S. hierzu Jaeger/Windel, § 80, Rn. 14 m.w.N. zu ihren Vertretern; die Vertreterstheorie findet auch heute noch vereinzelt Anhängerschaft in der insolvenzrechtlichen Literatur, vgl. Stamm, KTS 2016, 279, 282, 289 ff.

186 Baur/Stürner II, 10.6; Stamm, KTS 2016, 279, 282.

187 Baur/Stürner II, 10.6; Preuß, Zivilrechtspflege, S. 344; Bork, Insolvenzrecht, § 7, Rn. 76; krit. hinsichtlich der der Theorie inhärenten Beschränkung auf die §§ 164 ff. BGB Jaeger/Windel, § 80, Rn. 14.

188 Vgl. Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, Band I, S. 295 ff., 308 ff.; Bötticher, Z郑 71 (1958), 314, 319 f.; ders., Z郑 77 (1964), 55, 56 ff.; Erdmann, KTS 1967, 87 ff.; Hanisch, Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, S. 23 ff, 283 ff.; Stürner, Z郑 94 (1981), 263, 286 ff.

§ 31 BGB, problemlos juristisch einordnen lassen.¹⁸⁹ Ihr zentraler Gegenstand, die rechtlich verselbstständigte Insolvenzmasse, erweist sich dabei gleichzeitig als ihr größter Kritikpunkt, da es für diese Verselbstständigung an gesetzlichen Anknüpfungspunkten mangelt und die Rechtsträgerschaft der Insolvenzmasse beim Schuldner verbleibt.¹⁹⁰

d) Neue Vertreter- und Organtheorie

Nach der auf *Karsten Schmidt* zurückgehenden neuen Vertreter- und Organtheorie, die eine Abwandlung der Schuldnervertretungstheorie darstellt¹⁹¹, soll der Verwalter in der Insolvenz einer Gesellschaft deren Vertretungsorgan sein.¹⁹² *Schmidt* sieht dabei das Unternehmensinsolvenzrecht, insbesondere das der juristischen Personen, als paradigmatisch für das Insolvenzrecht insgesamt an.¹⁹³ Die Theorie hat gegenüber der Organtheorie den Vorteil, dass sie durch die zwangsweise Zuweisung organisationsrechtlicher Kompetenzen auf den Verwalter auf die Regelungen organchaftlicher Vertretung (§§ 164 ff. BGB) zurückgreifen kann, ohne dass es der Konstruktion der Insolvenzmasse als Rechtssubjekt bedarf.¹⁹⁴ Nachteilig ist, dass dieses Modell mit der Insolvenz natürlicher Personen nicht kompatibel ist, sodass hierdurch keine einheitliche Lösung bereitgestellt wird.¹⁹⁵ Auch besteht durch die organschaftliche Schuldnervertretung, ebenso wie bei den anderen Vertretertheorien, ein Konflikt mit der Pflicht des Verwalters, sein Handeln fremdnützig an den Interessen aller Verfahrensbeteiligten auszurichten.¹⁹⁶ *Preuß* wendet ferner ein, dass die neue Vertreter- und Organtheorie weiter gehe als die bloße rechtliche Einordnung der Drittwirkung des Verwalterhandelns, dass sie nämlich einen Ansatz zur Reform der Unternehmensinsolvenz darstelle, der sich nicht über die

189 Vgl. *Baur/Stürner* II, 10.10 mit weiteren Einzelbeispielen; *Lüke*, Konkursverwalterhaftung, S. 61.

190 Vgl. *Baur/Stürner* II, 10.11; *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 342; *Jacoby*, Das private Amt, S. 286; vgl. auch oben Kap. 2 A.I.2.a).

191 Vgl. *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 345; *Jaeger/Windel*, § 80, Rn. 18.

192 *K. Schmidt*, KTS 1984, 345, 360 ff.; *ders.*, NJW 1987, 1905, 1906 f.; *ders.*, KTS 1991, 211, 221 f.; *ders.*, NJW 1995, 911, 912 f.

193 Vgl. *K. Schmidt*, KTS 1984, 345, 361.

194 *Jacoby*, Das private Amt, S. 286 f.

195 *Jaeger/Windel*, § 80, Rn. 18.

196 Vgl. hierzu *Jacoby*, Das private Amt, S. 287 f., der auch weitere gesellschaftsrechtliche Probleme der Theorie aufzeigt.

bloße Neubestimmung der Verwalterposition als Zwangsorgan erreichen lasse.¹⁹⁷

e) Theorie vom neutralen Handeln

Nach der von *Dölle* entwickelten Theorie vom neutralen Handeln wird der Verwalter weder im eigenen noch im fremden Namen (z.B. als Vertreter des Schuldners) tätig, sondern nur bezogen auf die Insolvenzmasse; sein Handeln ist also nicht subjektbezogen, sondern objektbezogen.¹⁹⁸ Dieser Konstruktion ist zuzugestehen, dass sie der dem Verwalteramt inhärenten Interessenausgleichung zwischen den Beteiligten Rechnung trägt.¹⁹⁹ Die Theorie lässt sich jedoch nicht in die deutsche Rechtsordnung einfügen, da nach dieser jedes Handeln Subjektbezug aufweisen muss.²⁰⁰

f) Amtstheorie

In Rechtsprechung und Literatur ist die bereits im Zusammenhang mit den Ausführungen zum privatrechtlichen Charakter des Verwalteramtes erwähnte sog. Amtstheorie vorherrschend, wonach der Verwalter die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis als Träger eines privaten Amtes fremdnützig im eigenen Namen mit Wirkung für die Masse ausübt.²⁰¹ Er handelt hiernach vermögensbezogen.²⁰² Die Verwalterbefugnis als Summe sei-

197 Vgl. *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 345 f.

198 *Dölle*, FS Schulz, S. 268 ff.

199 Vgl. *Jacoby*, Das private Amt, S. 288; *Jaeger/Windel*, § 80, Rn. 16.

200 *Jacoby*, Das private Amt, S. 288; *Bork*, Insolvenzrecht, § 7, Rn. 77.

201 Vgl. RGZ 29, 29 f.; 35, 28, 31; 53, 8, 9; 66, 113, 114; BGHZ 44, 1, 4; BGH NJW 1984, 739; 1987, 3133, 3135; *Weber*, KTS 1955, 102 ff.; *Eckardt*, KTS 1997, 411, 428 ff.; *Baur/Stürner* II, Rn. 10.12; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 15.06; *Jaeger/Windel*, § 80, Rn. 15; *Bruns/Thönissen*, KTS 2017, 236, 244; *Grüneberg/Ellenberger*, Einf. v. § 164, Rn. 9; HK-InsO/*Kayser*, § 80, Rn. 14; *Musielak/Voit/Weth*, ZPO, § 51, Rn. 19a.

202 Vgl. *Grüneberg/Ellenberger*, Einf. v. § 164, Rn. 9; *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 346, sieht die zivilrechtliche Begründung für die „Vermögensbezogenheit“ des Verwalterhandelns in der Theorie vom neutralen Handeln. S. auch die von *Jacoby*, Das private Amt, S. 298 ff. entwickelte „moderne Amtstheorie“, die im Wesentlichen eine Weiterentwicklung der klassischen Amtstheorie darstellt, indem das objektive Merkmal der Vermögensbezogenheit des Verwalterhaltens zu einer eigenen Handlungsform erhoben wird.

ner rechtlichen Kompetenzen wird abstrakt dem Amt und nicht der Person des Verwalters zugeordnet.²⁰³ Im Prozess tritt er als Partei kraft Amtes in Prozessstandschaft für den Gemeinschuldner auf.²⁰⁴ Für die Amtstheorie streitet unter anderem, dass sie die mehrseitige Interessenausrichtung des Verwalteramtes abbildet, ohne der Insolvenzmasse Rechtsfähigkeit zukommen zu lassen.²⁰⁵ Vorwerfen lassen muss sich die Amtstheorie, dass sie sich nicht zur Systembildung eignet, weil sie sich auf den Verweis auf die Funktion und die mit ihr verbundenen Kompetenzen des Verwalters als Rechtspflegeorgan beschränkt und deshalb kein einheitliches privatrechtliches Grundmuster zwecks Ableitung von Ergebnissen nutzbar macht.²⁰⁶ Sie setzt die Zurechnung des Verwalterhandelns voraus, ohne eine eigene Lösung zu deren Konstruktion zu liefern.²⁰⁷ Im Vergleich zu den Vertretertheorien argumentiert die Amtstheorie damit „auf anderer Ebene“²⁰⁸.

Gerade in diesem programmatischen Ansatz²⁰⁹ liegt der Vorteil der Amtstheorie gegenüber den anderen Verwaltertheorien.²¹⁰ Sie erlaubt die Nutzbarmachung verschiedener zivilrechtlicher Rechtsfiguren, ohne wie andere Theorien dem Zwang der vollständigen Adaption zu unterliegen, weshalb sie auch keine Systembrüche in Kauf nehmen muss, um zweckgerechte Lösungen zu bieten.²¹¹ Sie erlaubt – und ist als „Leerformel“²¹² auch darauf angewiesen – Zurechnungsmodelle der Organ- und Vertretertheorien zu bemühen.²¹³ Die Amtstheorie bildet dabei zutreffend ab, dass der privatrechtlich-systematischen Lösung von Einzelproblemen die Funktion des Verwalteramtes und die Verfahrensziele voranzustellen sind, nicht umgekehrt.²¹⁴ Sie überzeugt, weil sie den Verwalter als Rechtspflegeorgan

203 Vgl. *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 15.06; *Eckardt*, KTS 1997, 411, 424 f.; s. zur kritischen Würdigung der Zweiteilung der Rechtssphären (eigenes Handeln versus Handeln als Amtsträger) *Jacoby*, Das private Amt, S. 290 ff.

204 Vgl. BGH NJW 1984, 739; *Weber*, KTS 1955, 102, 103; *Musielak/Voit/Weth*, ZPO, § 51, Rn. 19a. Die Amtstheorie bzw. „Lehre von der Partei kraft Amtes“ hat ihren Ursprung in der Prozessführung durch den Verwalter, vgl. *Eckardt*, KTS 1997, 411, 428; *Jacoby*, Das private Amt, S. 290.

205 *Jacoby*, Das private Amt, S. 289.

206 Vgl. hierzu *Baur/Stürner* II, Rn. 10.9.

207 Vgl. *Eckardt*, KTS 1997, 411, 425.

208 *Baur/Stürner* II, Rn. 10.9.

209 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 15.07.

210 Ebenso HK-InsO/*Kayser*, § 80, Rn. 14.

211 Vgl. *Eckardt*, KTS 1997, 411, 428 f.; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 15.07.

212 *Baur/Stürner* II, Rn. 10.12.

213 *Eckardt*, KTS 1997, 411, 429.

214 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 15.07; *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 349.

und damit Zweck und öffentliches Interesse am Insolvenzverfahren und nicht rechtliche Konstruktionslösungen in den Vordergrund stellt.²¹⁵

3. Mehrseitige Fremdbestimmung des Insolvenzverwalters

Zentrale Aufgabe des Insolvenzverwalters ist die fremdnützige Verwaltung des „Sondervermögens Insolvenzmasse“. Er nimmt die Stellung eines privaten Treuhänders im Verhältnis zu den Beteiligten ein; zwischen diesen wird mit der Amtsübernahme ein gesetzliches Schuldverhältnis begründet.²¹⁶ An dieser Stelle ist die „mehrseitige Fremdbestimmung“²¹⁷ der Verwaltertätigkeit hervorzuheben. Die Aufgabenerfüllung schuldet der Verwalter nicht nur einem bestimmten Verfahrensbeteiligten (z.B. dem Schuldner) oder einer Beteiligtengruppe (z.B. den Insolvenzgläubigern), sondern allen Beteiligten gleichermaßen; das notwendige Austarieren der teilweise gegenläufigen Interessenlagen der Beteiligten ist dem Verwalteramt inhärent.²¹⁸

Hiermit korrespondiert, dass die Amtsbefugnisse des Verwalters Ausdruck staatlichen Eingriffs in der besonderen Situation der Vermögensinsuffizienz des Schuldners sind, die die Unterbrechung der Einzelzwangsvollstreckung und die Schaffung eines Verfahrens zur gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung als solches von Verfassungen wegen gebietet.²¹⁹ Beschränkt auf den Verfahrenszweck (§ 1 InsO) und einen gesetzlich festgelegten Teilbereich, wird dem Verwalter Hoheit über die Durchführung dieses Verfahrens verliehen.²²⁰ Weil das Ziel der kollektivierten Haftungsverwirklichung das Verwalterhandeln determiniert und seine Grenzen bestimmt²²¹, ist die Vertretung von Individualinteressen einzelner Gläubiger durch den Verwalter ausgeschlossen.

215 Vgl. *Baur/Stürner II*, Rn 10.8; *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 349.

216 BGH NJW 2005, 1057, 1058; MüKo/Graeber, § 56, Rn. 148; s. auch *Pape*, ZInsO 2005, 953; *Laukemann*, Unabhängigkeit, S. 69.

217 *Baur/Stürner II*, Rn. 10.1; ähnlich *Schumann*, FS Geimer, S. 1043, 1046 f.

218 *Baur/Stürner II*, Rn. 10.1; s. auch *Uhlenbruck*, KTS 1989, 229, 230.

219 *Uhlenbruck*, KTS 1989, 229, 235; *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 53; ähnlich *Baur/Stürner II*, Rn. 10.1; vgl. auch oben Kap. 2 A.II.1.a)aa).

220 *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 54; vgl. auch die Ausführungen unter Kap. 2 A.II.1.a)cc).

221 *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 54.

Allerdings trifft zu, dass die Befriedigung der Gläubiger Hauptzweck des Insolvenzverfahrens²²² und ihnen das Schuldnervermögen haftungsrechtlich zugewiesen ist²²³, das Verfahren also maßgeblich zu ihren Gunsten existiert. Ferner ist das Insolvenzverfahren, durch das ESUG nochmals betont²²⁴, besonders durch die Autonomie der Gläubiger geprägt.²²⁵ Die Schlussfolgerung dahingehend, dass dem Verwalter die ausschließliche Vertretung der Interessen der Gläubigergemeinschaft obliegt, wäre jedoch verfehlt. Auch der Gemeinschuldner hat im Insolvenzverfahren Interessen, die der Verwalter zu beachten hat, ungeachtet der haftungsrechtlichen Zuweisung seines Vermögens.²²⁶ Die mehrseitige Fremdbestimmung ist gesetzlich in Gestalt der zentralen Haftungsregelung des § 60 Abs. 1 S. 1 InsO reflektiert²²⁷: Hiernach ist der Verwalter allen Beteiligten gegenüber zum Schadensersatz für die Verletzung seiner gesetzlichen Pflichten verantwortlich.

4. Die Höchstpersönlichkeit des Insolvenzverwalteramtes

Das Verwalteramt ist als höchstpersönliches Amt ausgestaltet: Der dem Verwalter übertragene Verwaltungsauftrag, einschließlich der durch die InsO vorgegebenen Verfahrensaufgaben, trifft ihn persönlich.²²⁸ Daraus folgt, dass er das Amt samt der mit ihm verbundenen Rechte und Pflichten grundsätzlich nicht auf Dritte übertragen darf.²²⁹

Dabei ist bereits wegen der Anforderungen der Praxis, insbesondere bei Großverfahren und Unternehmensfortführungen, aber auch aufgrund gesetzlicher Vorgaben, wie z.B. dem Anwaltszwang vor den Landgerich-

222 MüKo/Ganter/Bruns, § 1, Rn. 20.

223 Hagemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 1.15.

224 Vgl. Göb, NZG 2012, 371, 372 ff.

225 Vgl. MüKo/Ehrcke/Ahrens, § 74, Rn. 3.

226 Deutlich BVerfG NJW 2006, 2613, 2614 f.; s. auch die von Jaeger/Windel, § 80, Rn. 13, angestellte Parallelbetrachtung von Insolvenzverwalter und Gerichtsvollzieher in der Einzelvollstreckung. Ebenso bereits zur KO Jaeger/Henckel, KO, § 6, Rn. 5; die Rehabilitation des Schuldners durch Restschuldbefreiung ist ein (nachrangiges) Ziel des Insolvenzverfahrens (§ 1 S. 2 InsO), hierzu Hagemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 1.12 und MüKo/Ganter/Bruns, § 1, Rn. 97.

227 Jaeger/Windel, § 80, Rn. 13; Baur/Stürner II, Rn. 10.1.

228 Vgl. Pape, ZIP 1993, 737, 741; Preuß, Zivilrechtspflege, S. 333; Uhlenbruck/Zipperer, § 56, Rn. 20; MüKo/Graeber, § 56, Rn. 149.

229 BGH NZI 2016, 352, 353; Jaeger/Windel, § 80, Rn. 19; Bruns/Thönissen, KTS 2017, 236, 247.

ten²³⁰, ersichtlich, dass für den Verwalter die Möglichkeit bestehen muss, im Rahmen der Verwaltung auf Dritte zurückzugreifen.²³¹ Ein gesetzlicher Anknüpfungspunkt für den Einsatz Dritter durch den Verwalter findet sich z.B. bei § 60 Abs. 2 InsO, der das Verschulden bei Einsatz von Angestellten des Schuldners regelt. Ferner geht auch § 5 InsVV vom Rückgriff auf Dritte mit besonderer Sachkunde aus.²³² Im Übrigen ist eine geeignete Büroorganisation, die in der Regel Angestellte umfasst, Grundvoraussetzung für die Durchführung eines jeden Verfahrens.²³³

Ein generelles Verbot des Einsatzes von Hilfspersonen durch den Verwalter kommt auf dieser Grundlage nicht in Frage. Zu klären bleibt, wie der Einsatz rechtlich konstruiert wird und welcher Tätigkeitsbereich der Delegation zugänglich ist, mithin, wie die Höchstpersönlichkeit des Amtes und die Zuhilfenahme Dritter zu vereinen sind.

a) Rechtliche Konstruktion des Einsatzes Dritter

Diskutiert wird unter anderem die Übertragung der Aufgabenausführung vom Verwalter auf einen Dritten in Form der Substitution (§ 664 BGB). Bei der (vollständigen oder teilweisen) Substitution tritt der Dritte an die Stelle des Übertragenden, er wird hierbei eigenverantwortlich und vom Übertragenden grundsätzlich unbeeinflusst tätig.²³⁴ Abzugrenzen ist die Substitution von der Aufgabendelegation in Form des Einsatzes eines Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB), der als Hilfsperson mit Willen des Verpflichteten bei der Erfüllung von dessen Pflichten tätig wird.²³⁵ Die Hilfsperson im Sinne des § 278 BGB wird, anders als ein Substitut, nur unterstützend tätig.²³⁶

Aufgrund des mit einer Substitution einhergehenden Einflussverlustes auf die Tätigkeit der Hilfskraft und der damit verbundenen Gefahr der fak-

230 § 78 ZPO.

231 Vgl. *Graeber*, NZI 2003, 569, 570 f.; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 6.28; *Bruns/Thönissen*, KTS 2017, 236, 248; *MüKo/Graeber*, § 56, Rn. 150.

232 Vgl. BGH NJW-RR 2016, 686, 687, Rn. 17.

233 Auch hierfür findet sich eine gesetzliche Anknüpfung, vgl. § 4 Abs. 1 S. 2 InsVV. Eine geeignete Büroorganisation ist ferner ein relevantes, nicht normiertes Vorauswahlkriterium für die Entscheidung über die Verwalterbestellung, vgl. hierzu *Uhlenbruck/Zipperer*, § 56, Rn. 27.

234 Vgl. *Eickmann*, KTS 1986, 197, 198; *MüKo/Schäfer*, BGB, § 664, Rn. 6.

235 BGH NJW 1987, 1323, 1326; *MüKo/Schäfer*, BGB, § 664, Rn. 6.

236 *Grüneberg/Sprau*, § 664, Rn. 2.

tischen Umgehung der gerichtlichen Entscheidung über die Verwalterauswahl (insbesondere im Falle einer Vollübertragung) wird sie nach zutreffender überwiegender Ansicht abgelehnt.²³⁷ Hieran wird ersichtlich, dass die „Höchstpersönlichkeit des Amtes“, als gleichgesetzt mit dem Verbot der Totalsubstitution verstanden, letztendlich dem Schutz der gerichtlichen Ermessensausübung im Vorfeld der Verwalterernennung dient. Weil die Einflussnahme auf den eingesetzten Dritten durch den gerichtlich ausgewählten und qua Hoheitsaktes legitimierten Verwalter gewährleistet sein muss, kommt nur die Aufgabenübertragung in Form des Einsatzes von Erfüllungsgehilfen in Betracht.

b) Höchstpersönlicher und delegationsfähiger Aufgabenkreis

aa) Kein Einfluss auf die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit

Die Verantwortlichkeit des Verwalters gegenüber den Beteiligten (§ 60 Abs. 1 S. 1 InsO) besteht unabhängig von der Einordnung von Verwalteraufgaben als höchstpersönlich oder delegationsfähig. Relevant wird die Unterscheidung einzig für die Frage, ob eine eigene zu vertretene Pflichtverletzung des Verwalters vorliegt oder ob es eines Rückgriffs auf § 278 BGB bedarf, wonach Pflichtverletzung und Verschulden²³⁸ des Erfüllungsgehilfen dem Verwalter zuzurechnen sind.²³⁹ Nur weil eine Aufgabe nicht höchstpersönlich durch den Verwalter zu erfüllen ist und er sich Dritter zu ihrer Erfüllung bedienen darf, bedeutet dies nicht, dass hiermit gleichzeitig eine Beschränkung des haftungsbewehrten Amtspflichtenkreises einhergeht. Allerdings wurde für den Fall des Einsatzes Dritter mit besonderer Sachkunde von der h.L. eine verkürzte Pflichtenstellung des Verwalters bejaht, worauf an gegebener Stelle einzugehen ist.²⁴⁰

237 Eingehend *Graeber*, NZI 2003, 569, 572; ebenso *Eickmann*, KTS 1986, 197, 198 f.; *Jaeger/Windel*, § 80, Rn. 19; *Bruns/Thönissen*, KTS 2017, 236, 247 f.; anders *Uhlenbruck/Zipperer*, § 56, Rn. 20, der die erlaubte Substitution (§ 664 Abs. 1 S. 2 BGB) in Fällen nicht-höchstpersönlicher Verwalteraufgaben für zulässig hält.

238 *MüKo/Grundmann*, BGB, § 278, Rn. 50.

239 Vgl. *Graeber*, NZI 2003, 569, 577; *Uhlenbruck/Zipperer*, § 56, Rn. 24.

240 Vgl. unten Kap. 4 B.V.1.c).

bb) Insolvenztypizität als Kriterium für die Höchstpersönlichkeit der Tätigkeit

Der Begriff der „höchstpersönlichen Aufgabe“ bezeichnet solche Aufgaben, deren Delegation auf Dritte nicht gestattet ist²⁴¹ und die entsprechend durch die Person des Verwalters selbst vorgenommen werden müssen.²⁴² Als maßgebliches Kriterium für die Klassifikation der Verwaltertätigkeit als „höchstpersönlich“ dient nach herrschender Ansicht ihre Insolvenz- bzw. Insolvenzverfahrenstypizität.²⁴³ Hiermit sind die Aufgaben gemeint, die mit den Spezifika des Insolvenzverfahrens verknüpft sind, die also außerhalb der Insolvenz nicht durch den Schuldner vorgenommen werden könnten.²⁴⁴ Hierzu gehören z.B. die Aufnahme von gem. § 240 ZPO unterbrochenen Verfahren, die Teilnahme an Gläubigerversammlungen, die Berichterstattung an das Insolvenzgericht oder die Entscheidung über die Art und Weise der Masseverwertung.²⁴⁵ Nicht im Konflikt mit dem mit der insolvenzspezifischen Handlung verbundenen Delegationsverbot steht die unterstützende Zuarbeit durch eigene Hilfskräfte des Verwalters; dieser muss die Tätigkeiten nur „im Wesentlichen“ persönlich vornehmen.²⁴⁶ Entscheidend ist, dass die Entscheidung über eine Maßnahme, im Sinne einer Willensbildung, der alleinigen Betätigung des Verwalters entspringt, hierauf bezogene Umsetzungstätigkeiten können auch durch Mitarbeiter erfolgen.²⁴⁷ Nicht insolvenztypische Tätigkeiten, wie z.B. Teile der mit der Betriebsfortführung verbundenen Entscheidungen²⁴⁸, können, so die Überwachungs- und Eingriffsmöglichkeit durch den Verwalter gegeben ist, auf Erfüllungsgehilfen übertragen werden.²⁴⁹

241 Ein Verstoß des Verwalters gegen das Delegationsverbot kann zum Eingreifen des Insolvenzgerichts führen, vgl. *Graeber*, NZI 2003, 569, 577.

242 Vgl. *Graeber*, NZI 2003, 569, 572; *Bruns/Thönissen*, KTS 2017, 236, 247.

243 Vgl. BGH NJW 2013, 3374; BGH NZI 2016, 352, 353; *Eickmann*, KTS 1986, 197, 202 f.; *Graeber*, NZI 2003, 569, 573; *Bruns/Thönissen*, KTS 2017, 236, 247; *MüKo/Graeber*, § 56, Rn. 149.

244 Vgl. *Eickmann*, KTS 1986, 197, 202 f.

245 Vgl. *Graeber*, NZI 2003, 569, 573 ff. und *Uhlenbruck/Zipperer*, § 56, Rn. 21, jeweils mit weiteren Beispielen.

246 Vgl. BGH NJW 2013, 3374; BGH NZI 2016, 352, 353; *MüKo/Graeber*, § 56, Rn. 150; die unterstützende Tätigkeit durch Mitarbeiter kann im Gegenteil sogar ökonomisch geboten sein, vgl. *Uhlenbruck/Zipperer*, § 56, Rn. 21.

247 Vgl. *Graeber*, NZI 2003, 569, 573 f.; *Uhlenbruck/Zipperer*, § 56, Rn. 21.

248 Hierzu im Einzelnen *Graeber*, NZI 2003, 575.

249 S. die Aufzählung delegationsfähiger Aufgaben bei *Uhlenbruck/Zipperer*, § 56, Rn. 22.

III. Bestimmung der Verwalterautonomie

Von zentraler Bedeutung für die Charakterisierung des Verwalteramtes und der Funktion, die dem Verwalter im Verfahren zukommt, ist der Umfang seines autonomen Wirkungskreises. Hierzu gehört zwangsläufig die Bestimmung der Kompetenzen der anderen Verfahrensakteure und ihr Zusammenspiel mit den Verwalterbefugnissen. Im Folgenden sollen deshalb die Verwalterbefugnisse sowie die Einflussmöglichkeiten der übrigen Akteure des Verfahrens beleuchtet und gewürdigt werden.

1. Spannungsfeld von staatlicher Kontrolle und Verwalterautonomie als verfahrensstrukturelle Ausgangslage

Der Staat bedient sich zur Erfüllung seiner aus der Justizgewährungspflicht erwachsenden Rechtspflegeaufgabe im Gesamtvollstreckungsverfahren nicht nur eigener Behörden, sondern in großem Umfang der Person des Insolvenzverwalters als privaten Amtsträgers.²⁵⁰ Hieraus folgt nicht etwa eine Entpflichtung des Staates, sondern die Transformation der Pflicht zur eigenen Aufgabenwahrnehmung in eine Gewährleistungsverantwortung²⁵¹, was bedeutet, dass der Staat die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung durch den privaten Amtswalter sicherzustellen und die aus der gewählten Delegationsstruktur resultierenden Nachteile für am Verfahren Beteiligte auszugleichen hat.²⁵² Typischerweise geschieht dies – unabhängig von der konkreten Form der Rechtspflegeleistung – durch Instrumente wie die hoheitliche Auswahlverantwortung und Aufsicht über die Amtsführung.²⁵³ Bezogen auf den Insolvenzverwalter tritt die staatliche Gewährleistungsverantwortung anhand der Regelungen zur Verwalterbestellung (§ 56 InsO) und -aufsicht (§ 58 InsO) zu Tage.²⁵⁴ Beides sind – im Zusammenspiel mit § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG haftungsbewehrte

250 Vgl. oben Kap. 2 A.II.1.b).

251 *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 312, 324, 439; *Höfling*, JZ 2009, 339, 341; vgl. auch oben Kap. 2 A.II.1.c)cc).

252 *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 82.

253 Zum Ganzen *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 82; s. ferner *Höfling*, JZ 2009, 339, 341.

254 Vgl. oben Kap. 2 A.II.1.c)cc). Zur Aufsichtspflicht wird vertreten, dass sie Folge der Fremdverwaltung von Vermögen durch den Insolvenzverwalter sei, vgl. MüKo/Graeber, § 58, Rn. 1; Uhlenbruck/Vallender/Zipperer, § 58, Rn. 1; BVerfG NZI 2016, 163, 164 f., Rn. 45. *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 440, kritisiert diese Begründung als verkürzt.

– Amtspflichten des Staates.²⁵⁵ Hinzu kommen, wie aus dem Erfordernis der Geeignetheit in § 56 Abs. 1 S. 1 InsO hervorgeht, Vorgaben, die der Verwalter in seiner Person erfüllen muss.²⁵⁶ In jedem Fall müssen die staatlichen Kontrollinstrumente so ausgestaltet sein, dass das Risiko, das aus dem Rückgriff auf Dritte anstelle staatseigenen Personals resultiert, wirksam eingehegt und materialisierte Schäden kompensiert werden.²⁵⁷

Das Gegenstück zur staatlichen Kontrollverantwortung und gleichzeitig ausschlaggebende Intention für den Rückgriff auf einen „externen“ Amtswalter, ist das Bedürfnis nach der Schaffung eines autonomen Handlungsfreiraums des Verwalters, der die eigene Willensbildung ermöglicht, um das Ziel einer möglichst effizienten Verfahrensabwicklung zu erreichen.²⁵⁸ Staatlichen Kontrollmaßnahmen müssen daher sachgerechte Grenzen gezogen werden, um dem Verwalter einen ausreichenden unbeeinflussten Handlungsbereich zu belassen.²⁵⁹ Die auf die optimale Verfahrenszweckverwirklichung gerichtete Auflösung des Spannungsfeldes von Kontrolle und Handlungsfreiraum des Verwalters stellt sich hierbei als zentrale Aufgabe des Staates dar.²⁶⁰ Fraglos darf diese als verfehlt betrachtet werden, würde die Verwalterautonomie durch Staatseinfluss auf ein Minimum beschränkt, da für die Nutzbarmachung der Fähigkeiten des Verwalters und damit eine möglichst effiziente Verfahrensabwicklung kaum Raum wäre. Gleichmaßen würde die vollständige Abwesenheit staatlicher Auf-

255 Wird ein ungeeigneter Verwalter bestellt, so kommt die Haftung des Staates für daraus resultierende Schäden in Frage, wobei das Privileg des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB mangels Rechtsprechungscharakter der Bestellentscheidung nicht greift, vgl. Uhlenbruck/Zipperer, § 56, Rn. 61; s. zur Begrenzung der Staatshaftung auf die Auswahl eines geeigneten Verwalters Preuß, Zivilrechtspflege, S. 397; vgl. zur Staatshaftung wegen Verletzung der Aufsichtspflicht unten Kap. 2 A.III.2.c)bb).

256 Vgl. zu diesen „institutionellen Grundpflichten“ des Verwalters, wie Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Verschwiegenheit, Preuß, Zivilrechtspflege, S. 308 ff.; umfassend zu Begriff und Funktion der Verwalterunabhängigkeit Laukemann, Unabhängigkeit, S. 54 ff.

257 Preuß, Zivilrechtspflege, S. 324.

258 Vgl. Preuß, Zivilrechtspflege, S. 82; Uhlenbruck/Vallender/Zipperer, § 58, Rn. 21.

259 Vgl. Preuß, Zivilrechtspflege, S. 325 f., 439, 442, bezugnehmend auf den Begriff des „funktionalen Freiraums“ des Verwalters nach Heinze, Insolvenzrecht im Umbruch, S. 31; s. ferner Laukemann, Unabhängigkeit, S. 78 f., der den Unterschied der richterlichen Unabhängigkeit nach Art. 97 GG vom funktionalen Freiraum des Verwalters betont.

260 Vgl. Preuß, Zivilrechtspflege, S. 82, 442.

sicht der Nichterfüllung der staatlichen Pflicht zur Risikoeinhegung und -Folgenbeseitigung gleichkommen.²⁶¹

2. Handlungsautonomie des Insolvenzverwalters und ihre Grenzen *de lege lata*

Das Verwalteramt befindet sich, mit der Diktion *Jacobys*²⁶², in einem Organisationsverhältnis mit anderen Verfahrensorganen, namentlich dem Gericht, dem Schuldner und den Gläubigern, letztere als Gremien organisiert. Neben dem Verwalter sind auch anderen Verfahrensteilnehmern von Gesetzes wegen Kompetenzen zugewiesen, die zwar zum Teil unterschiedliche Funktionen und Wirkrichtungen aufweisen, denen jedoch gemeinsam ist, dass sie potentiell den verwaltereigenen Kompetenzbereich begrenzen. Dass dem Verwalter im Verfahren überhaupt Handlungsautonomie zukommen muss, um seine Bestellung einem verfahrensbezogenen Zweck zuführen zu können, wurde soeben festgestellt. Um die genauen Umrissse der Verwaltermacht zu bestimmen, ist ihre Verortung im Spannungsfeld mit konkurrierenden Kompetenzen der weiteren Verfahrensteilnehmer zu untersuchen. Eine äußere Grenze findet die Verwaltermacht durch die Unwirksamkeit evident insolvenzzweckwidriger Handlungen. Die Verwalterautonomie im Innen- wie im Außenverhältnis wird im Folgenden näher erläutert.

a) Grundsatz umfassender Handlungsbefugnis des Verwalters

Mit Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis²⁶³ wird dem Insolvenzverwalter die für die Durchführung seiner Tätigkeit – gegenständlich auf die Insolvenzmasse beschränkte²⁶⁴ – notwendige Rechtsmacht verliehen.²⁶⁵ Er wird durch die InsO zur Erreichung des Insolvenzzwecks der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung mit zahlreichen Pflichten betraut²⁶⁶, aber gleichzeitig auch mit umfangreichen Handlungsbefugnissen

261 Ähnlich *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 83.

262 *Jacoby*, Das private Amt, S. 393.

263 § 80 Abs. 1 InsO.

264 K/P/B/Lüke, § 80, Rn. 21.

265 Vgl. oben Kap. 2 A.I.2.a).

266 S. exemplarisch die Aufzählung bei *Graeber*, NZI 2003, 596, 570 und die Ausführungen oben unter Kap. 2 A.I.2.b).

und einem weiten Ermessensspielraum ausgestattet.²⁶⁷ In der Systematik der Funktionsverteilung unter der InsO ist der Verwalter maßgeblicher Träger der Selbstverwaltung²⁶⁸ sowie Zentralorgan²⁶⁹ des unter gerichtlicher Oberhoheit stehenden Verfahrens²⁷⁰ und nicht bloßer Gehilfe des Insolvenzgerichts.²⁷¹ Die Insolvenzordnung versieht den Verwalter zwecks effizienter Verfahrensabwicklung mit einem eigenen, von sachlicher Unabhängigkeit von anderen Verfahrensbeteiligten geprägten Handlungsfreiraum.²⁷² Unabhängigkeit bedeutet nach *Laukemann* auch das Recht des Verwalters, sein Amt weisungsfrei ausführen zu können.²⁷³

b) Evidente Insolvenzzweckwidrigkeit als äußere Grenze der Handlungsmacht

Entsprechend der umfassenden Handlungsautonomie des Verwalters sind dessen Verfügungen im Außenverhältnis grundsätzlich wirksam; dies gilt selbst dann, wenn sie unzumutbar oder unrichtig sind.²⁷⁴ Andernfalls würde der Verkehrsschutz eine erhebliche Einschränkung erfahren und die Möglichkeit der effektiven Verfahrensdurchführung negativ beeinträchtigt werden.²⁷⁵

Gleichwohl kann die massebezogene Handlungsmacht des Verwalters im Einzelfall eingeschränkt sein. Nach früher herrschender Ansicht war die Rechtsmacht des Verwalters auf den Insolvenzzweck begrenzt, sodass evident insolvenzzweckwidrige Handlungen unwirksam sein sollten.²⁷⁶

267 BGH ZIP 1996, 1886, 1891; Jaeger/*Windel*, § 80, Rn. 253; *Marotzke*, KTS 2014, 113, 115.

268 Vgl. Jaeger/*Gerhardt*, § 2, Rn. 25 f., dort auch allgemein zum Grundsatz der Selbstverwaltung.

269 BGH NZI 2004, 440, 443.

270 *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 53 f.

271 Vgl. oben Kap. 2 A.II.1.a)cc).

272 Vgl. *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 325 f.; s. bereits zum Konkursverwalter *Levy*, KuT 1928, 149: „Die deutsche Konkursordnung hat dem Konkursverwalter für die Ausübung seines Amtes die größte Freiheit gewährt.“

273 *Laukemann*, Unabhängigkeit, S. 79.

274 BGH NJW 1983, 2018, 2019; *Uhlenbruck/Mock*, § 80, Rn. 83; derartige Handlungen können freilich haftungsrelevante Pflichtverletzungen i.S.v. § 60 InsO darstellen, vgl. *Schmidt/Sternal*, § 80, Rn. 33.

275 Vgl. *Lüke*, Konkursverwalterhaftung, S. 121 f.

276 Vgl. BGH NJW 1971, 701, 702 f.; BGH NJW 1983, 2018, 2019; BGH NJW 1994, 323, 326; BGH ZIP 2013, 531; *Jauernig*, FS Weber, S. 307 ff.; *Häsemeyer*,

Evident bzw. offenkundig sollte der Verstoß gegen den Insolvenzszweck dann sein, wenn er für einen verständigen Beobachter ohne weiteres ersichtlich ist.²⁷⁷

Die heute wohl vorherrschende Ansicht wendet in dieser Frage die Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht an, wonach eine Handlung des Verwalters erst dann unwirksam ist, wenn sie offensichtlich dem Insolvenzszweck zuwiderläuft und sich dieser Umstand dem Geschäftsgegner aufdrängen muss, sodass diesem zumindest grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist.²⁷⁸

Der maßgebliche Unterschied beider Ansichten liegt darin, dass es, wenn man die Lehre des Missbrauchs der Vertretungsmacht anwendet, auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des konkreten Geschäftsgegners ankommt, wohingegen nach der Theorie der evidenten Insolvenzszweckwidrigkeit auf die Sicht eines verständigen Dritten als Maßstab abzustellen ist; die Lehre des Missbrauchs der Vertretungsmacht betont damit den Schutz des Geschäftsgegners.²⁷⁹ Ob beide Ansichten *in praxi* zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, ist zu bezweifeln, denn wenn das Auseinanderfallen der Handlung des Verwalters mit dem Insolvenzszweck bereits einem verständlichen Dritten offensichtlich ist, wird regelmäßig auch grobe Fahrlässigkeit eines Geschäftsgegners anzunehmen sein.²⁸⁰

In der Kasuistik und Literatur haben sich Fallgruppen zu Handlungen herausgebildet, die insolvenzszweckwidrig und damit in der Regel unwirksam sind, mithin also die äußere Grenze der Handlungsmacht des Verwalters konkretisieren. Hierzu gehören z.B. Schenkungen aus der Masse²⁸¹, die Anerkennung tatsächlich nicht bestehender Aus- oder Absonderungsrechte²⁸², die Ablösungszahlung für wirtschaftlich wertlose Grundpfand-

Insolvenzrecht, Rn. 14.09; Nerlich/Römermann/Wittkowski/Kruth, § 80, Rn. 119; einschränkend Lücke, Konkursverwalterhaftung, S. 130 ff. und K/P/B/Lücke, § 80, Rn. 22, 28 ff., der die Unwirksamkeit lediglich an das objektive Merkmal der Insolvenzszweckwidrigkeit knüpft; vgl. auch Jaeger/Windel, § 80, Rn. 252 für weitere Nachweise zur Rechtsprechung des Reichsgerichts.

277 BGH NJW 1994, 323, 326.

278 BGH NZI 2002, 375, 377; BGH NJW 2008, 63, 68; Lent, KTS 1956, 161 ff.; Stürner, ZGP 94 (1981), 263, 290 f.; Spickhoff, KTS 2000, 15 ff.; Preuß, NZI 2003, 625 ff.; Uhlenbruck/Mock, § 80, Rn. 84 f.

279 Zum Ganzen Jaeger/Windel, § 80, Rn. 252.

280 Vgl. Schmidt/Sternal, § 80, Rn. 34.

281 Vgl. RGZ 57, 195 199.

282 Vgl. RGZ 23, 54, 62 f.; zur teleologischen Reduktion von § 814 BGB in diesen Fällen Jaeger/Windel, § 80, Rn. 255.

rechte²⁸³, die Erlösauszahlung an einen Gläubiger, die seine tatsächliche Quote übersteigt²⁸⁴ oder die Anerkennung einer tatsächlich nicht bestehenden Masseverbindlichkeit²⁸⁵. Unbeschadet dessen muss dem Verwalter ein umfassender Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Zweckmäßigkeit einzelner Verwaltungsmaßnahmen zustehen, um das Ziel der kollektiven Haftungsverwirklichung im Verfahren effektiv verfolgen zu können.²⁸⁶

c) Bedeutung insolvenzgerichtlicher Aufsicht

Dem Insolvenzgericht obliegen zum Zwecke der gesetzeskonformen Verfahrensabwicklung grundlegende Verfahrensentscheidungen.²⁸⁷ Hierzu gehören zunächst prozessuale Aufgaben im Eröffnungs- sowie im eröffneten Verfahren, wie z.B. die Entscheidung über die Verfahrenseröffnung (§§ 11 ff. InsO), die Anordnung vorläufiger Maßnahmen (§§ 21 ff. InsO) oder die Anordnung von Zwangsmitteln (§§ 58 Abs. 2, 97 ff. InsO); daneben obliegen ihm auch sog. administrative Aufgaben, zu denen, neben der Ernennung (§ 27 InsO) und Entlassung (§ 59 InsO), auch die Aufsicht über den Insolvenzverwalter (§ 58 Abs. 1 S. 1 InsO) gehört.²⁸⁸ Insbesondere Letztere ist Ausdruck der aus dem Verwaltereinsatz resultierenden Kontrollverantwortung des Staates.²⁸⁹

aa) Keine Zweckmäßigkeitskontrolle und kein Weisungsrecht

Korrespondierend mit der Verwalterautonomie beinhaltet die Aufsicht des Insolvenzgerichts keine Zweckmäßigkeitskontrolle im Sinne einer Fachaufsicht, vielmehr wird lediglich die Rechtmäßigkeit der Verwalterhand-

283 Vgl. BGH NJW 2008, 365; zum Ganzen Schmidt/*Sternal*, § 80, Rn. 35.

284 Vgl. Jaeger/*Windel*, § 80, Rn. 255.

285 Uhlenbruck/*Mock*, § 80, Rn. 88.

286 Jaeger/*Windel*, § 80, Rn. 259 f.

287 Jaeger/*Gerhardt*, § 2, Rn. 26.

288 Allgemein zu den prozessualen und administrativen Aufgaben des Insolvenzgerichts Jaeger/*Gerhardt*, § 2, Rn. 27 ff. Die administrativen Aufgaben sind Tätigkeiten der Rechtsfürsorge, vgl. Häsemeyer, *Insolvenzrecht*, Rn. 3.05; Jacoby, *Das private Amt*, S. 406.

289 Vgl. oben Kap. 2 A.III.1.

lungen kontrolliert.²⁹⁰ Das Gericht darf sein eigenes Ermessen und seine Vorstellung von Zweckmäßigkeit von Verwaltungsmaßnahmen nicht an die Stelle rechtmäßigen Verwalterhandelns setzen.²⁹¹ Insbesondere fungiert das Insolvenzgericht im Verfahren nicht als ein zusätzliches bzw. dem Verwalter übergeordnetes Verwaltungsorgan.²⁹² Ein solches Verständnis stünde im Widerspruch zur Funktionsverteilungsstruktur im deutschen Insolvenzverfahren, die den Verwalter bewusst mit umfassender Autonomie ausstattet.²⁹³ Hiermit geht einher, dass das Gericht nicht dazu berechtigt ist, dem Verwalter innerhalb des ihm eingeräumten Ermessensspielraumes rechtsverbindlich zu Handlungen anzuweisen und hierdurch mit der Verfahrensabwicklung zu interferieren.²⁹⁴ Im Rahmen der Aufsicht zulässige bzw. notwendige Anordnungen sind von einer solchen initiativen Weisungsbefugnis zu unterscheiden, weil erstere nur die Ausführung bestehender Pflichten sicherstellen soll, wohingegen letztere neue Verwalterpflichten begründen würde.²⁹⁵ Bedacht werden muss, auch aus rechtspolitischer Sicht, dass jede Ausdehnung der Aufsichtstätigkeit potentiell die Reduktion der Gläubigerautonomie bedeutet und das Verfahren verstärkt der hoheitlichen Administration unterstellt, was zu einer Steigerung des gerichtsseitigen Verwaltungsaufwands und einer erhöhten Haftungsexposition des Staates führt.²⁹⁶ Unbeschadet dessen kennt die InsO Regelungen, die dem Gericht einen eigenen Handlungsrahmen zukommen lassen (z.B. § 158 Abs. 2 S. 2 InsO), innerhalb dessen es nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten entscheidet.²⁹⁷ Das Prinzip des weitgehend autonom agierenden Verwalters zielt auf die Gewährleistung eines effizienten Insolvenzverfahrens ab.

290 Gehrlein, NJW 2013, 3756, 3757; Schmidt/Ries, § 58, Rn. 3; Uhlenbruck/Vallender/Zipperer, § 58, Rn. 2; K/P/B/Lüke, § 58, Rn. 11; s. auch BT-Drucks. 12/2443, S. 80: „[Das Insolvenzgericht] ist im wesentlichen Hüter der Rechtmäßigkeit des Verfahrens“; krit. hinsichtlich der Verwendung der dem Verwaltungsrecht entstammenden terminologischen Abgrenzung von Rechts- und Fachaufsicht Jaeger/Gerhardt, § 58, Rn. 7.

291 Schmidt/Ries, § 58, Rn. 11.

292 Uhlenbruck/Vallender/Zipperer, § 58, Rn. 10; s. auch Schmidt/Ries, § 58, Rn. 12 (Gericht ist kein „Schattenverwalter“).

293 Vgl. Gehrlein, NJW 2013, 3756, 3757; s. auch Preuß, Zivilrechtspflege, S. 442 f.

294 Vgl. AG Köln NZI 2005, 226, 227; AG Hamburg, NZI 2009 331, 332; Hanisch, Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, S. 134; Jaeger/Gerhardt, § 58, Rn. 13; Schmidberger, NZI 2011, 928, 931; K/P/B/Lüke, § 58, Rn. 11.

295 Instruktiv Jacoby, Das private Amt, S. 417 f.

296 Vgl. hierzu Schmidberger, NZI 2011, 928, 931 und Uhlenbruck/Vallender/Zipperer, § 58, Rn. 2.

297 Hierzu Schmidt/Ries, § 58, Rn. 13 mit einer Aufzählung der gesetzlichen Tatbestände.

rens – übermäßige Gerichtskontrolle kann dieser Zielrichtung entgegenwirken.²⁹⁸

bb) Aufsichtspflicht des Gerichts

Das Insolvenzgericht übt seine Aufsichtspflicht nach eigenem pflichtgemäßem Ermessen aus.²⁹⁹ Die Kontrolldichte ist einzelfallbezogen sowohl von der Komplexität des Verfahrens als auch der Erfahrung und Qualität des Verwalters abhängig.³⁰⁰ Das Bestehen eines Gläubigerausschusses, der seinerseits zur Aufsicht verpflichtet ist³⁰¹, beseitigt nicht die Aufsichtspflicht des Insolvenzgerichts³⁰², kann sich jedoch, je nach konkretem Fall, mildernd auf die gerichtliche Kontrollintensität auswirken.³⁰³ Die Aufsichtstätigkeit erfolgt ausschließlich von Amts wegen, ein Anspruch auf gerichtliches Tätigwerden existiert *de lege lata* nicht.³⁰⁴ Allerdings kann sich das Gericht auf Anregung, sofern diese nicht rechtsmissbräuchlich motiviert oder unsubstantiiert ist, zum Handeln entschließen bzw. ist gegebenenfalls sogar zum Handeln verpflichtet.³⁰⁵

Das Gericht ist im Rahmen der Aufsichtspflicht bei Pflichtverletzungen und insolvenzzweckwidrigen Handlungen durch den Verwalter zum Eingreifen verpflichtet³⁰⁶; es soll auf derartiges Handeln mit Aufsichtsmaßnahmen reagieren.³⁰⁷ Ihm obliegt die Prüfung, ob Verwalterhandlungen im Einklang mit den Insolvenzzwecken durchgeführt werden; innerhalb

298 Vgl. Uhlenbruck/Vallender/Zipperer, § 58, Rn. 21.

299 BGH NZI 2010, 147, Rn. 5; BGH NZI 2016, 163, 165, Rn. 47.

300 BGH NZI 2016, 163, 165, Rn. 47.

301 Vgl. unten Kap. 2 A.III.2.e)bb).

302 Zum Nebeneinander von Gerichts- und Gläubigeraufsicht bereits Levy, KuT 1927, 170; ders., KuT 1928, 74.

303 Vgl. Jaeger/Gerhardt, § 58, Rn. 6; K/P/B/Lüke, § 58, Rn. 7. Das Thema ist im Einzelnen umstritten, s. zu den vertretenen Ansichten Uhlenbruck/Vallender/Zipperer, § 58, Rn. 6 m.w.N.

304 Schmidt/Ries, § 58, Rn. 8; Uhlenbruck/Vallender/Zipperer, § 58, Rn. 20.

305 Uhlenbruck/Vallender/Zipperer, § 58, Rn. 20; wird das Gericht entgegen der Anregung eines Beteiligten nicht tätig, so steht diesem gegen die Entscheidung kein Beschwerderecht zu, vgl. BGH NZI 2006, 593. Der Beteiligtenschutz ist durch die Amtshaftung des Gerichts (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG) und die persönliche Haftung des Verwalters (§§ 60 f. InsO) gewährleistet, s. nur K/P/B/Lüke, § 58, Rn. 12 unter Verweis auf OLG München NJW-RR 1992, 1508.

306 LG Köln, NZI 2001, 157, 158.

307 Jaeger/Gerhardt, § 58, Rn. 8.

des Ermessensspielraums des Verwalters hat eine Zweckmäßigkeitskontrolle grundsätzlich zu unterbleiben.³⁰⁸ Insolvenzzweckwidrige Handlungen sind der typische Fall, der insolvenzgerichtliches Eingreifen erfordert.³⁰⁹ Ein gerichtliches Tätigwerden ist z.B. stets dann erforderlich, wenn die gesetzlich verankerten Zustimmungspflichten der Gläubiger missachtet werden³¹⁰ oder wenn strafbares Verwalterhandeln in Frage steht.³¹¹

Kommt das Gericht seiner Aufsichtspflicht schuldhaft nicht nach, kommt die Haftung nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG in Frage; das Spruchrichterprivileg des § 839 Abs. 2 BGB greift in diesen Fällen nicht.³¹² Da der Aufsichtspflichtverletzung pflichtwidriges Verwalterhandeln zugrunde liegt und dieses häufig die persönliche Haftung desselben zur Folge hat (§§ 60 f. InsO), wird die Privilegierung durch die Subsidiaritätsklausel in § 839 Abs. 1 S. 2 BGB praktisch oftmals greifen.³¹³

cc) Aufsichtsmaßnahmen und Entlassung des Verwalters aus wichtigem Grund

Zu den Aufsichtsmitteln gehört zunächst ein umfassendes Auskunftsrecht. Das Gericht kann jederzeit Auskunft über den Stand des Verfahrens vom Verwalter einholen (§ 58 Abs. 1 S. 2 InsO) und sich damit nicht nur eine eigene Informationsgrundlage verschaffen, sondern auch die informatorische Rechtsstellung der Gläubiger absichern.³¹⁴ Letzterer kommt wegen des Prinzips der Gläubigerautonomie besondere Bedeutung im Konzert

308 Schmidt/Ries, § 58, Rn. 9. Naturgemäß ist die Abgrenzung von Pflichtwidrigkeit und Unzweckmäßigkeit schwierig. Im Einzelfall können deshalb Zweckwidrigkeitsgesichtspunkte auf die Pflichtwidrigkeit hinweisen und somit u.U. Gegenstand der gerichtlichen Prüfung sein, s. hierzu MüKo/Graeber, § 5, Rn. 20 und Uhlenbruck/Vallender/Zipperer, § 58, Rn. 5.

309 Vgl. Schmidt/Ries, § 58, Rn. 9.

310 Vgl. Frind, ZInsO 2006, 182, 186.

311 Uhlenbruck/Vallender/Zipperer, § 58, Rn. 8.

312 MüKo/Graeber, § 58, Rn. 62; Uhlenbruck, KTS 1989, 229, 237 weist zutreffend darauf hin, dass der Staat trotz des Einflusses der Gläubiger auf die Verwalterauswahl nicht seiner haftungsrechtlichen Verantwortung für Aufsichtsfehler entgeht.

313 Uhlenbruck/Vallender/Zipperer, § 58, Rn. 38.

314 Vgl. Schmidt/Ries, § 58, Rn. 6.

der gerichtlichen Aufsichtsmaßnahmen zu.³¹⁵ Das Insolvenzgericht ist frei bei der Wahl der Form der Auskunftserlangung.³¹⁶

Ob das Gericht dem Verwalter im Rahmen der Aufsicht auch verbindliche Anweisungen erteilen und damit zu einem konkreten Tun oder Unterlassen verpflichten darf, wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beantwortet. Zum Teil wird dem Insolvenzgericht das Recht zur Anordnung wie zur Untersagung von Handlungen zugestanden.³¹⁷ Teilweise als zulässig erachtet wird z.B. eine gerichtliche Anordnung an den Verwalter, mit der er zur Zahlung von Geldbeträgen (z.B. Rückzahlungen an die Masse oder Leistung von Schadensersatz) verpflichtet wird.³¹⁸ Ganz überwiegend wird jedoch hinsichtlich der Aufsichtsmaßnahme differenziert und das Recht zur Anordnung von Zahlungen abgelehnt³¹⁹, aber die Untersagung pflichtwidriger Handlungen als vom Aufsichtsrecht umfasst betrachtet.³²⁰ Zu bedenken ist, dass Anweisungen, wie z.B. eine Zahlungsanordnung an den Verwalter, potentiell der Entscheidung des für die Klärung der streitigen materiellen Rechtsfragen zuständigen Gerichts vorgreifen.³²¹ Die Art und Weise der Reaktion auf pflichtwidriges Verwalterhandeln ist vornehmlich Sache der Gläubiger; diese können u.U. die Bestellung eines Sonderinsolvenzverwalters anstreben, weshalb das Gericht primär unterstützend, z.B. mit Zuleitung von Informationen, aber nicht vorgreifend sachentscheidend tätig werden sollte.³²² Zahlungsanordnungen sind daher mit der h.M. als nicht vom ge-

315 Vgl. Schmidt/Ries, § 58, Rn. 4, 17.

316 S. zu möglichen Maßnahmen K/P/B/Lüke, § 58, Rn. 14.

317 Vgl. Frind, ZInsO 2006, 182, 186; Nerlich/Römermann/Römermann, § 58, Rn. 10 ff.; beschränkend auf Ausnahmefälle K/P/B/Lüke, § 58, Rn. 13.

318 OLG Köln, KTS 1977, 56, 61 (Anweisung zur Rückzahlung von Gebühren, die der Rechtswalt-Verwalter für die eigene außergerichtliche Tätigkeiten entnommen hatte); zustimmend Frind, ZInsO 2006, 182, 186.

319 LG Freiburg, ZIP 1980, 438 (keine Aufforderung zur Schadensersatzleistung); LG Mönchengladbach, ZInsO 2009, 1074, 1075; Schmidt, Rpfleger 1968, 251, 256; Jaeger/Gerhardt, § 58, Rn. 17; Schmidt/Ries, § 58, Rn. 17; MüKo/Graeber, § 58, Rn. 41; Uhlenbruck/Vallender/Zipperer, § 58, Rn. 11.

320 BGH NJW 1980, 55 (Untersagung rechtsmissbräuchlicher Betriebsfortführung); BGH NJW 1991, 982, 984 (Untersagung eines Vertragsschlusses bei Befangenheit des Verwalters); Uhlenbruck/Vallender/Zipperer, § 58, Rn. 11 („präventive Weisungen“); MüKo/Graeber, § 58, Rn. 41.

321 LG Freiburg, ZIP 1980, 438 f.; LG Göttingen, ZIP 1995, 858, 859; LG Mönchengladbach, ZInsO 2009, 1074, 1075; Schmidberger, NZI 2011, 928, 930; Uhlenbruck/Vallender/Zipperer, § 58, Rn. 12; K/P/B/Lüke, § 58, Rn. 13a.

322 Vgl. LG Köln, NZI 2001, 157, 158; Leithaus, NZI 2001, 124, 127; Schmidt/Ries, § 58, Rn. 17; Uhlenbruck/Vallender/Zipperer, § 58, Rn. 11 f.

richtlichen Aufsichtsrecht umfasst anzusehen. Generell ist vor dem Hintergrund der mit der bewusst umfassend ausgestalteten Handlungsautonomie des Verwalters korrespondierenden Beschränkung insolvenzgerichtlicher Ermessensentscheidungen im Verfahren sowie des Vorrangs der gerichtlichen Klärung von Rechtsstreitigkeiten auf Betreiben der Gläubiger, bei der Annahme gerichtlicher Weisungskompetenzen, die über Fälle der präventiven Untersagung hinausgehen, Zurückhaltung geboten.³²³

Dem Gericht stehen ferner Zwangsmittel zur Verfügung: Gem. § 58 Abs. 2 S. 1 InsO kann es, wenn der Verwalter seine Pflichten nicht erfüllt, nach vorheriger Androhung ein Zwangsgeld gegen ihn festsetzen.³²⁴ Hiermit soll die Pflichterfüllung durch den Verwalter erzwungen werden, nicht eine begangene Pflichtverletzung bestraft werden, weshalb es für zurückliegende Verwalterhandlungen auch nicht festgesetzt wird.³²⁵ Ferner können gem. § 58 Abs. 3 InsO auch Herausgabepflichten des entlassenen Verwalters erzwungen werden.³²⁶ Gegen den gerichtlichen Beschluss steht dem Verwalter die sofortige Beschwerde zu (§ 58 Abs. 2 S. 3 InsO).

Sollten Zwangsmittel nicht ausreichen, hat das Gericht als „schärfste Waffe zur Verhinderung von Pflichtwidrigkeiten“³²⁷ auch die Möglichkeit, den Verwalter aus wichtigem Grund zu entlassen (§ 59 Abs. 1 InsO). Es handelt sich hierbei nicht um ein Zwangsmittel im Rahmen insolvenzgerichtlicher Aufsicht und kommt, worüber die systematische Stellung Aufschluss gibt, nur als *ultima ratio* bei schwerwiegenden Pflichtverletzungen in Betracht. Daher muss bei Wahl dieses Mittels, insbesondere aufgrund des die Verwaltertätigkeit umfassenden Schutzes des Art. 12 GG, stets der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtet werden.³²⁸

323 So auch Schmidt/Ries, § 58, Rn. 17, der jedoch weitergehend auch präventiven Untersagungen durch das Gericht ablehnend gegenübersteht.

324 Das Zwangsgeld ist auf den Betrag von 25.000 Euro limitiert, § 58 Abs. 2 S. 2 InsO.

325 Vgl. BGH ZIP 2005, 865, 867; LG Göttingen ZIP 2009, 1021, 1023; Jaeger/Gerhardt, § 58, Rn. 24; K/P/B/Lüke, § 58, Rn. 17.

326 Die Erzwingung kann sich auf die Herausgabe aller im Zuge der Verwaltertätigkeit in Besitz genommenen Gegenstände richten, vgl. K/P/B/Lüke, § 58, Rn. 18.

327 K/P/B/Lüke, § 59, Rn. 2.

328 Vgl. LG Göttingen, NZI 2003, 499, 500; BGH 2006, 697, 698; MüKo/Graeber, § 59, Rn. 12 (ders., a.a.O., Rn. 17 ff. auch zu einzelnen Entlassungsgründen); Uhlenbruck/Vallender/Zipperer, § 59, Rn. 1 f.

dd) Fazit

Das Insolvenzgericht kontrolliert nur die Rechtmäßigkeit des Verwalterhandelns und darf nicht im Sinne einer Fachaufsicht die Zweckmäßigkeit von Entscheidungen überprüfen. Es darf insbesondere nicht ohne Weiteres durch Weisungen in die Verfahrensabwicklung eingreifen. Das Gericht ist deshalb kein „zusätzlicher Verwalter“. Innerhalb rechtmäßigen Handelns übt der Insolvenzverwalter sein Amt und seine Handlungsmacht unabhängig von gerichtlicher Beeinflussung aus. Der ihm eingeräumte Ermessensbereich hinsichtlich der Verfahrensabwicklung wird nicht durch gerichtliche Einflussnahme tangiert. Eine Interferenz mit der Verwaltertätigkeit ergibt sich durch gerichtliches Einschreiten erst im Bereich der Pflichtwidrigkeit, der seinerseits ein Verlassen des funktionalen Handlungsrahmens seitens des Verwalters markiert.

d) Kein Einfluss des Gemeinschuldners

Dem Gemeinschuldner, der seine massevermögensbezogene Verfügungsbefugnis an den Verwalter verliert (§ 80 Abs. 1 InsO), steht gegenüber diesem kein Weisungsrecht zu.³²⁹ Gleiches gilt, im Falle einer Unternehmensinsolvenz, für die Aufsichtsorgane des Schuldnerunternehmens, die zwar trotz Verfahrenseröffnung bestehen bleiben, die jedoch keine gegen den Verwalter gerichteten Aufsichts- oder Weisungsbefugnisse innehaben.³³⁰ Dem Schuldner verbleibt, Aufsichtsmaßnahmen gegen den Verwalter beim Insolvenzgericht zu erbitten; einen Anspruch auf gerichtliches Tätigwerden hat er jedoch nicht, ferner steht ihm auch kein Rechtsmittel zu, wenn sich das Gericht gegen die Vornahme von Aufsichtsmaßnahmen entscheidet.³³¹

329 *Laukemann*, Unabhängigkeit, S. 79.

330 Vgl. *Laukemann*, a.a.O.; *Schmidt/Sternal*, § 80, Rn. 21; *Uhlenbruck/Mock*, § 80, Rn. 55.

331 Vgl. BGH ZIP 2015, 1645, 1647.

e) Einfluss der Gläubigerorgane

Das deutsche Insolvenzverfahren ist maßgeblich vom Prinzip der Gläubigerautonomie geprägt.³³² Der hiermit im Zusammenhang stehende Begriff der Deregulierung des Verfahrens umschreibt das Bestreben nach weitestmöglicher gläubigerautonomer Verfahrensgestaltung, komplementär zum Rückzug staatlicher Steuerung.³³³ Mit einem hohen Maß an privat-autonom geleiteten Verfahrensentscheidungen soll eine möglichst effiziente Verfahrensabwicklung erreicht werden.³³⁴ Als Zwangsgemeinschaft³³⁵ werden den Gläubigern grundlegende Entscheidungen hinsichtlich der Art und Weise der Masseverwertung und damit über den Ablauf des Verfahrens anheimgestellt.³³⁶ Im eröffneten Verfahren sieht die InsO als Gläubigerorgane die Gläubigerversammlung und den Gläubigerausschuss vor; beide sind, nebst Verwalter, Bestandteil der Selbstverwaltung im deutschen Insolvenzrecht.³³⁷

aa) Gläubigerversammlung

Die Gläubigerversammlung³³⁸ ist das zentrale Organ der Gläubigerpartizipation im Verfahren, ohne ein Rechtspflegeorgan zu sein.³³⁹ Sie vertritt allein die Interessen der Insolvenzgläubiger und Absonderungsberechtigten³⁴⁰, agiert jedoch als „verfahrensinternes Organ“³⁴¹ nicht als deren Ver-

332 Uhlenbruck/*Knof*, § 74, Rn. 1-4; MüKo/*Ehrliche/Ahrens*, § 74, Rn. 3; s. ferner *Oelrichs*, Gläubigermitwirkung, S. 8 f.; zur verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Gläubigerautonomie MüKo/*Stürmer*, Einl., Rn. 83.

333 Vgl. Uhlenbruck/*Pape*, § 1, Rn. 9; s. allgemein zur Beteiligtenautonomie BT-Drucks. 12/2443, S. 99 f.

334 Vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 78.

335 MüKo/*Ehrliche/Ahrens*, § 74, Rn. 7.

336 Vgl. MüKo/*Ganter/Bruns*, § 1, Rn. 53.

337 K/P/B/*Lüke*, § 74, Rn. 3; MüKo/*Ehrliche/Ahrens*, § 74, Rn. 2.

338 Teilnahmeberechtigt sind gem. § 74 Abs. 1 S. 2 InsO die Absonderungsberechtigten, die Insolvenzgläubiger, der Verwalter, die Mitglieder des Gläubigerausschusses sowie der Schuldner. Stimmberechtigt sind nur Gläubiger, exklusive der nachrangigen Gläubiger i.S.d. § 39 InsO, vgl. §§ 76, 77 InsO.

339 Vgl. LG Stuttgart, ZIP 1989, 1595, 1596; K/P/B/*Kübler*, § 74, Rn. 3 f.; vgl. auch Uhlenbruck/*Knof*, § 74, Rn. 1-4 f., der sie als wichtigstes Organ des Verfahrens betitelt.

340 Schmidt/*Jungmann*, § 74, Rn. 3.

341 MüKo/*Ehrliche/Ahrens*, § 74, Rn. 2.

treter in Bezug auf Rechtsgeschäfte mit Dritten, denn ihre Befugnisse entfalten allein Wirkung im Binnenverhältnis.³⁴²

Die elementare Rolle, die der Gläubigerversammlung im Verfahren zukommt, wird anhand ihrer umfassenden, durch die InsO abschließend geregelten Entscheidungsbefugnisse deutlich.³⁴³ Diese reichen von Entscheidungen über die Konstitution und Zusammensetzung am Verfahren beteiligter Organe, z.B. die Wahl oder der Antrag zur Entlassung des Insolvenzverwalters³⁴⁴ sowie Einsetzung bzw. Beibehaltung des gerichtlich eingesetzten Gläubigerausschusses³⁴⁵, bis hin zu grundlegenden Entscheidungen mit konkretem Verwaltungsbezug, wie dem Beschluss über Fortführung oder Stilllegung des Schuldnerunternehmens und der Beauftragung des Verwalters zur Ausarbeitung eines Insolvenzplans³⁴⁶ sowie der Einflussnahme auf die Masseverwertung³⁴⁷. Ferner hat der Verwalter, sofern ein Gläubigerausschuss nicht besteht, die Zustimmung der Gläubigerversammlung zu bedeutsamen Rechtshandlungen einzuholen.³⁴⁸ Wo die InsO Entscheidungsbefugnisse exklusiv der Gläubigerversammlung zuschreibt, stellt sich dies, aufgrund der bindenden Beschlusswirkung im Innenverhältnis³⁴⁹, spiegelbildlich als Begrenzung der Verwalterautonomie dar.

Gleichwohl steht der Gläubigerversammlung nicht das Recht zu, den Verwalter rechtsverbindlich zu Handlungen anzuweisen³⁵⁰; sie kann, außerhalb der durch die InsO festgelegten Befugnisse, lediglich ihren Willen zu Verfahrensfragen kundtun und dem Verwalter diesbezüglich Vorschläge unterbreiten, diese binden ihn jedoch nicht und entfalten höchstens Einfluss im Rahmen dessen Ermessensausübung.³⁵¹ Der Annahme sog.

342 K/P/B/Kübler, § 74, Rn. 4.

343 S. die Auflistung bei MüKo/Ehrliche/Ahrens, § 74, Rn. 13.

344 §§ 57 S. 1, 59 Abs. 1 S. 2 InsO.

345 § 68 Abs. 1 InsO.

346 § 157 S. 1, 2 InsO.

347 § 159 HS. 2 InsO.

348 § 160 Abs. 1 S. 2 InsO.

349 Vgl. Pape, ZIP 1990, 1251, 1254; s. aber § 164 InsO, wonach Verstöße gegen die §§ 160-163 InsO nicht die Wirksamkeit der Verwalterhandlung im Außenverhältnis berühren.

350 Pape, NZI 2006, 65, 70; K/P/B/Kübler, § 74, Rn. 6; MüKo/Ehrliche/Ahrens, § 74, Rn. 18; Uhlenbruck/Knof, § 74, Rn. 13; Jacoby, Das private Amt, S. 412, attestiert dieser Organisationsform aufgrund der autonomen Verwalterbefugnisse eine gewaltenteilige Prägung.

351 Pape, ZIP 1990, 1251, 1254; ders., NZI 2006, 65, 70; Schmidt/Jungmann, § 74, Rn. 5; MüKo/Ehrliche/Ahrens, § 74, Rn. 14; die persönlich Haftung des Verwalters

„ungeschriebener Kompetenzen“ der Gläubigerversammlung, die ein verwalterbezogenes Weisungsrecht konstituieren sollen³⁵², ist vor dem Hintergrund der Funktionenverteilung unter der InsO, die die Gläubigerbefugnisse für einen abgeschlossenen (wenngleich für den Verfahrensablauf grundlegenden) Bereich regelt und den Verwalter, unter der Maßgabe der mehrseitigen Interessenwahrung aller Verfahrensbeteiligter³⁵³, mit einem eigenen Handlungsfreiraum zur effektiven Verfahrensabwicklung und damit Erfüllung der Rechtspflegeaufgabe ausstattet, mit der ganz h.M. eine Absage zu erteilen.³⁵⁴

bb) Gläubigerausschuss

Der Gläubigerausschuss³⁵⁵ stellt ein unabhängiges³⁵⁶ und eigenständiges Organ im Verfahren dar³⁵⁷, das vornehmlich die Interessen der Insolvenzgläubiger und Absonderungsberechtigten vertritt³⁵⁸, daneben jedoch auch die Interessen der weiteren Verfahrensbeteiligten wahrzunehmen hat.³⁵⁹

kann insbesondere nicht allein darauf gestützt werden, dass dieser einen Vorschlag der Gläubigerversammlung nicht befolgt, vgl. Uhlenbruck/Knof, § 74, Rn. 13.

352 So vertreten von *Oelrichs*, Gläubigermitwirkung, S. 66 ff.

353 Vgl. oben Kap. 2 A.II.3.

354 So auch *Pape*, NZI 2006, 65, 70; *Laukemann*, Unabhängigkeit, S. 79; *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 55; K/P/B/Kübler, § 74, Rn. 6; MüKo/Ehrlich/Ahrens, § 74, Rn. 14; ungeschriebene Kompetenzen ebenfalls ablehnend *Thole*, FS Valender, S. 679, 680; Schmidt/Jungmann, § 74, Rn. 4.

355 Seine Einsetzung erfolgt durch die Gläubigerversammlung (§ 68 Abs. 1 S. 1 InsO), wenn dies nicht bereits das Insolvenzgericht geschehen ist (§ 67 Abs. 1 InsO). Die einzelnen Mitglieder sind, wie der Verwalter, Träger eines privaten Amtes, vgl. K/P/B/Kübler, § 69, Rn. 11.

356 Exemplarisch hierfür ist, dass die Gläubigerversammlung trotz ihrer Entscheidungsgewalt über die Einsetzung des Ausschusses, diesem gegenüber nicht weisungsbefugt ist, vgl. Uhlenbruck/Knof, § 69, Rn. 14.

357 BGH ZIP 2008, 652, 654, Rn. 15.

358 Nur diesen steht der Schadensersatzanspruch gem. § 71 InsO zu, vgl. K/P/B/Kübler, § 71, Rn. 5.

359 Vgl. Schmidt/Jungmann, § 69, Rn. 3; K/P/B/Kübler, § 69, Rn. 4 f.; MüKo/Schmid-Burgh, § 69, Rn. 2; ferner BGH NJW 1994, 453, 454; a.A., beschränkend auf Gläubigerinteressen, BGH ZIP 2008, 652, 654, Rn. 15.

Es ist, ähnlich wie die Gläubigerversammlung, als reines Innenorgan konzipiert, das nicht nach außen auftritt.³⁶⁰

Qua gesetzlicher Zuweisung trifft den Gläubigerausschuss die Aufgabe, den Verwalter bei der Geschäftsführung zu unterstützen und zu überwachen, ferner ist er verpflichtet, sich über den Geschäftsgang zu unterrichten (§ 69 S. 1, 2 InsO).³⁶¹ Durch die Beratungstätigkeit sowie die gesetzlichen Zustimmungsvorbehalte wirkt er präventiv-kontrollierend auf die Willensbildung des Verwalters ein.³⁶² Anders als die insolvenzgerichtliche Überwachung betrifft die des Gläubigerausschusses die gesamte Geschäftsführung des Verwalters³⁶³ und umfasst auch die Zweckmäßigkeit von Verwaltungsmaßnahmen.³⁶⁴ Ihm steht allerdings keine Sanktionsmöglichkeit gegen den Verwalter zu, stattdessen ist er darauf verwiesen, Fehlverhalten dem Insolvenzgericht anzuzeigen und damit dessen Tätigwerden zu erwirken.³⁶⁵ Vor allem steht auch dem Gläubigerausschuss nicht das Recht zu, den Verwalter zu Handlungen anzuweisen.³⁶⁶ Die Verwaltungstätigkeit ist allein beim Insolvenzverwalter verortet, der Gläubigerausschuss kann dessen hoheitlich zugewiesene Verwaltungsmacht nicht beeinflussen oder anneklieren.³⁶⁷ Deutlich wird dies bereits anhand der Anordnung der Wirksamkeit von Verwalterhandlungen im Außenverhältnis, die unter Missachtung des Zustimmungsvorbehalts des Gläubigerausschusses (oder der Gläubigerversammlung) erfolgt sind³⁶⁸ – Zustimmungsvorbehalte entfalten lediglich Wirkung im Binnenverhältnis.³⁶⁹

360 Vgl. BGH ZIP 1981, 1001, 1002; Uhlenbruck/*Knof*, § 69, Rn. 2; K/P/B/*Kübler*, § 69, Rn. 6; deshalb sind Verwalterhandlungen im Außenverhältnis auch ohne die Mitwirkung des Gläubigerausschusses wirksam, vgl. Jaeger/*Gerhardt*, § 69, Rn. 7.

361 S. zu den einzelnen Aufgaben K/P/B/*Kübler*, § 69, Rn. 13 ff.

362 *Jacoby*, Das private Amt, S. 411.

363 Jaeger/*Gerhardt*, § 69, Rn. 11.

364 K/P/B/*Kübler*, § 69, Rn. 2; MüKo/*Schmid-Burgk*, § 69, Rn. 11.

365 Uhlenbruck/*Knof*, § 69, Rn. 1.

366 *Frege*, NZG 1999, 478, 483; Jaeger/*Gerhardt*, § 69, Rn. 8, 11; Schmidt/*Jungmann*, § 69, Rn. 5.

367 Vgl. *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 52; Uhlenbruck/*Knof*, § 69, Rn. 10; Nerlich/*Römermann/Weiß*, § 69, Rn. 11.

368 § 164 InsO.

369 Abstrakt zur Wirkung von Zustimmungsvorbehalten *Jacoby*, Das private Amt, S. 416.

f) Fazit

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die dem Verwalter zustehenden Handlungsbefugnisse nur in geringem Maße Beschränkungen erfahren. Seine Handlungsmacht im Außenverhältnis wird allein durch die Unwirksamkeit evident insolvenzzweckwidriger Handlungen, unter den zusätzlichen Voraussetzungen nach den Grundsätzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht, begrenzt. Der Verstoß gegen Entscheidungsbefugnisse, die die InsO im Interesse der Gläubigerautonomie den Gläubigerorganen zuweist, wirkt sich auf die Verpflichtungsmacht im Außenverhältnis nicht aus.

Das Insolvenzgericht ist auf die Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkt und darf nicht aktiv in die Verwaltung eingreifen oder dem Verwalter, im Rahmen dessen rechtmäßiger Ermessensausübung, verbindliche Weisungen erteilen. Ferner ist dem Gemeinschuldner die Einflussnahme auf die Verwaltungstätigkeit vollständig untersagt. Ansonsten ist das Binnenverhältnis durch die den als Gremien organisierten Gläubigern zustehenden Kompetenzbereiche geprägt, die den Handlungsbereich des Verwalters merklich einschränken. Hierbei geht es vor allem um grundlegende Verfahrensentscheidungen, die die InsO den Gläubigern als maßgeblich Betroffenen des Verfahrens anheimstellt. Gleichwohl steht den Gläubigern, ebenso wie dem Gericht, kein über die gesetzlich zugewiesenen Kompetenzen hinausgehendes initiatives Weisungsrecht gegenüber dem Verwalter zu. Der Verwalter führt somit – um auf die Terminologie *Jacobys* zu rekurrieren³⁷⁰ – die Abwicklung als einzige „Leitungseinheit“ im Funktionsgeflecht von Gläubigern, Gericht und Schuldner weisungsunabhängig aus und nimmt damit als exklusiv nach außen tätiges Verfahrensorgan eine Zentralfunktion ein.

B. Der bankruptcy trustee in den Verfahren unter dem Bankruptcy Code

Der *bankruptcy trustee* ist das zentrale Fremdverwaltungsorgan im U.S.-amerikanischen Insolvenzrecht, obwohl ihm in der Gesamtschau aufgrund des Primats der Eigenverwaltung im Reorganisationsverfahren nach *Chapter 11* eine weniger prominente Rolle als dem deutschen Verwalter zuteilwird. Unbeschadet dessen wird der *trustee* in jedem Liquidationsverfahren nach *Chapter 7* und selten auch im Reorganisationsverfahren als allein ver-

370 S. *Jacoby*, Das private Amt, S. 408 ff.

fügungsbefugter Verwalter der Insolvenzmasse bestellt und ist als solcher mit einem vielfältigen Aufgabenprogramm betraut.

I. Rechtsquellen des U.S.-amerikanischen Insolvenzrechts

Das Insolvenzrecht der USA ist Bestandteil des Bundesrechts.³⁷¹ Materielles und prozessuales Insolvenzrecht des maßgeblichen *Bankruptcy Reform Act of 1978* sind im 11. Titel des *United States Code* kodifiziert, der gemeinhin als *Bankruptcy Code* bezeichnet wird.³⁷² Zudem sind, charakteristisch für Rechtsordnungen des *common law*, *case law* und durch richterliche Rechtsfortbildung geschaffene Doktrinen von hoher Relevanz.³⁷³ Die Gerichtsorganisation und Fragen des Rechtswegs sind im 28. Titel (*Judiciary and Judicial Procedure*) des *United States Code* geregelt, ferner beinhalten die *Federal Rules of Bankruptcy Procedure* Verfahrensregelungen für die Insolvenzverfahren unter dem *Bankruptcy Code*.³⁷⁴ Diese wurden vom U.S. Supreme Court per Verordnung erlassen³⁷⁵ und verweisen ihrerseits an etlichen Stellen auf die *Federal Rules of Civil Procedure*.

II. Überblick über wesentliche Aspekte des Insolvenzverfahrens

Der Ablauf des U.S.-amerikanischen Insolvenzverfahrens ist schon mehrfach skizziert worden.³⁷⁶ Die folgenden Ausführungen beschränken sich deshalb auf die wesentlichen Aspekte des eröffneten Verfahrens, um eine hinreichende Ausgangslage für die Darstellung des Amtes des *trustee* und seiner Funktion zu bereiten. Zudem wird die prozessuale Funktion des Insolvenzgerichts näher beleuchtet, weil diesem eine zentrale Rolle bei der Verfahrensadministration zukommt.

371 Die nicht-insolvenzrechtlichen Regelungen des jeweiligen *state law* sind trotzdem von Relevanz. Auf die Schaffung eines vollumfassenden Insolvenzrechts, das ohne Rückgriffe auf das Recht der Bundesstaaten auskommt, wurde bewusst verzichtet, vgl. hierzu Aaron, Bankruptcy Law, § 1:1.

372 Aaron, Bankruptcy Law, § 1:1.

373 Dies trifft insbesondere für die Verwalterhaftung zu, s. Kap. 3 B.I.1.

374 Vgl. FRBP 1001.

375 Die Kompetenz des U.S. Supreme Court zum Erlass von Verfahrensregelungen für Insolvenzverfahren ergibt sich aus 28 U.S.C. § 2075.

376 Eine anschauliche Darstellung der Verfahrenseinleitung und des Fortgangs des eröffneten Verfahrens gibt Heese, Gläubigerinformation, S. 133 ff., 215 ff.

1. Der U.S. bankruptcy court

a) Konstitution und prozessuale Funktion

Die U.S. bankruptcy courts umgibt eine wechselvolle legislatorische Geschichte, deren detaillierte Wiedergabe vor dem Hintergrund der Zielsetzung dieser Arbeit nicht geboten ist.³⁷⁷ Die Folgende Untersuchung beschränkt sich deshalb auf den rechtlichen *status quo*.

aa) Der bankruptcy court als Abteilung des federal district court

Organisation und Zuständigkeit der Insolvenzgerichte sind in Kapitel 6 des 28. Titels des *United States Code* geregelt.³⁷⁸ Nach 28 U.S.C. § 151 S. 1 bilden in jedem Gerichtsbezirk (*judicial district*) die Insolvenzrichter (*bankruptcy judges*) eine Abteilung (*unit*) des Bezirksgerichts (*district court*)³⁷⁹, die das Insolvenzgericht (*bankruptcy court*) für diesen *judicial district* darstellt. 28 U.S.C. § 151 S. 2 legt fest, dass die Insolvenzrichter justizielle Amtsträger des jeweiligen *district court* sind, die die unter Kapitel 6 übertragene Entscheidungsbefugnis über Prozesshandlungen, Klagen und sonstige Verfahren ausüben, sofern nicht Gesetz oder Anordnungen des *district court* anderes bestimmen.³⁸⁰

Dass 28 U.S.C. § 151 die *bankruptcy courts* als „units“ der *district courts* bezeichnet, gibt Aufschluss über ihren Sonderstatus. Die *bankruptcy courts* sind keine eigenständig konstituierten, unabhängigen Gerichte im System der Bundesgerichte, sondern stellen eine funktionelle Ausgliederung der

377 Einen Überblick über die Entwicklungen, vom *Bankruptcy Act of 1898* über den *Bankruptcy Reform Act of 1978*, bis zur Grundsatzentscheidung *Northern Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipe Line Co.*, 458 U.S. 50 (1982) und dem anschließenden *Bankruptcy Amendments and Federal Judgeship Act of 1984*, geben *Daley/Shuster*, 3 DePaul Bus. & Comm. L.J. 383, 384 ff. (2005).

378 Vgl. 28 U.S.C. §§ 151-159.

379 Die 94 *district courts* in den 50 Bundestaaten sowie dem *District of Columbia* und Puerto Rico, 28 U.S.C. § 133, dienen als erstinstanzliche Gerichte im dreistufigen Instanzenzug im System der Bundesgerichte. Die *district courts* sind wiederum regional 13 Gerichtsbezirken (*circuits*) zugeordnet, denen jeweils ein *United States Court of Appeals* vorsteht, 28 U.S.C. §§ 41, 41 (a). Diese fungieren als allgemeine Rechtsmittelinstanz, 28 U.S.C. § 1291, zum Ganzen *Schack*, US-amerikanisches Zivilprozessrecht, Rn. 5 f.

380 Vgl. 28 U.S.C. § 151.

district courts dar.³⁸¹ Dieser Abteilungsstatus³⁸² erschöpft sich nicht in einer schlicht organisatorischen Abgrenzung vom *district court*. Stattdessen wird ein qualitativer Sonderstatus der Insolvenzgerichte im Verhältnis zu anderen Bundesgerichten deutlich, der sich insbesondere in der Person des Insolvenzrichters manifestiert. Diese haben, anders als andere Bundesrichter, keinen Status unter Artikel III, Section 1 der Verfassung der USA inne, da sie nicht auf Lebenszeit ernannt werden³⁸³ und ihre Vergütung nicht unreduzierbar ist.³⁸⁴ Außerdem werden sie von den Richtern der *U.S. courts of appeals* ernannt³⁸⁵, anstatt vom Präsidenten der USA.³⁸⁶

Der Sonderstatus der Insolvenzrichter der USA unterscheidet sie von ihrem deutschen Pendant. Zwar ist beim Amtsgericht³⁸⁷ das Insolvenzgericht im organisatorischen Sinne ebenfalls eine Abteilung³⁸⁸, allerdings fungieren die funktionell zuständigen Amtsrichter als Richter in Insolvenzsachen³⁸⁹ mit unverändertem Status. Der mit der justiziellen Verfahrensadministration betraute *officer* des *district court*³⁹⁰ ist zwar dem Namen nach, nicht jedoch in Bezug auf seinen rechtlichen Status, ein „Richter“, was nichts daran ändert, dass sowohl äußere Erscheinung und Arbeitsweise als auch Entscheidungskompetenz des Insolvenzgerichts derjenigen der regulären Gerichte entsprechen.³⁹¹

381 Vgl. *Cowans*, Bankruptcy Law and Practice, § 1.1, S. 3.

382 So auch *Baur/Stürmer* II, Rn. 39.86.

383 Sondern für eine 14-jährige Amtszeit, vgl. 28 U.S.C. § 152 (a) (1).

384 Northern Pipeline Construction Co. V. Marathon Pipe Line Co., 458 U.S. 50, 59-60 (1982); vgl. auch *Cowans*, Bankruptcy Law and Practice, § 1.2 (a), S. 4 f.; Insolvenzrichter erhalten eine Vergütung in Höhe von 92% derjenigen des *district judge*, vgl. 28 U.S.C. § 153 (a).

385 28 U.S.C. § 152 (a) (1).

386 Vgl. z.B. für die Ernennung des *district judge* 28 U.S.C. § 133 (a); das Statusproblem der *bankruptcy courts* zeigt sich auch anhand der umstrittenen Frage, ob sie zu den „*courts of the United States*“ i.S.v. 28 U.S.C. § 451 zählen, hierzu *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 2.02 [4].

387 Vgl. § 2 Abs. 1 InsO.

388 Vgl. *MüKo/Ganter/Bruns*, § 2, Rn. 4.

389 Sie müssen über zusätzliche Kenntnisse über das Insolvenzrecht und für Insolvenzverfahren relevante Rechtsgebiete verfügen, vgl. § 22 Abs. 6 Satz 2 GVG. Krit. zur Erfüllbarkeit der Anforderungen bei der gegenwärtigen Gerichtsorganisation *Bogumil*, NZI 2018, 774, 775 f.

390 28 U.S.C. § 151.

391 Vgl. auch *Treister/Trost/Forman/Klee/Levin*, Fundamentals, S. 27.

bb) Originäre Sachzuständigkeit der *district courts* für Insolvenzsachen

Die sachliche Zuständigkeit für Insolvenzsachen ist originär bei den *district courts* verortet.³⁹² Zu den Insolvenzsachen gehören *cases* unter dem *Bankruptcy Code*, Zivilverfahren (*civil proceedings*), die sich unter dem *Bankruptcy Code* ergeben, sich aus den *cases* unter dem *Bankruptcy Code* ergeben oder mit diesen im Zusammenhang stehen sowie Sachen mit Bezug zum Eigentum des Schuldners und der Insolvenzmasse.³⁹³

Der Begriff des „*case*“ unter dem *Bankruptcy Code*³⁹⁴ meint das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners als solches und umfasst als „*umbrella*“ alle Verfahren, die sich nach dem Eröffnungsantrag ergeben und mit den Verfahrensschritten in direktem Zusammenhang stehen.³⁹⁵ Hierfür besteht die exklusive und erstinstanzliche (funktionale) Zuständigkeit des *district court*.³⁹⁶

Ebenso exklusiv ist die Zuständigkeit für Eigentum des Schuldners und der Insolvenzmasse³⁹⁷, was z.B. streitige Verfahren über die Feststellung der Eigentumslage oder das Bestehen von Pfandrechten an Vermögensgegenständen umfasst.³⁹⁸ Die Regelung verdeutlicht, dass es im Insolvenzverfahren in erster Linie um die Massezusammenstellung, -liquidation und -verteilung geht.³⁹⁹

Für Zivilverfahren nach 28 U.S.C. § 1334 (b) besteht die erstinstanzliche, aber nicht die ausschließliche Zuständigkeit der *district courts*.⁴⁰⁰ Der Begriff des „*civil proceeding*“ ist weit zu verstehen, er umfasst sämtliche

392 Vgl. 28 U.S.C. § 1334.

393 Vgl. 28 U.S.C. § 1334 (a), (b), (c).

394 28 U.S.C. § 1334 (a).

395 *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 3.01 [2]; s. zur Abgrenzung des *case* von *civil proceedings* i.S.d. 28 U.S.C. § 1334 (b) *Treister/Trost/Forman/Klee/Levin*, Fundamentals, S. 29.

396 28 U.S.C. § 1334 (a); hieran wird deutlich, dass der Gesetzgeber den Staatsgerichten keine Sachzuständigkeit über Insolvenzsachen zukommen lassen wollte, vgl. *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 3.01 [2]; zur Unterscheidung von *exclusive* und *original jurisdiction* *Schack*, U.S.-amerikanisches Zivilprozessrecht, Rn. 39, Fn. 151.

397 28 U.S.C. § 1334 (e) (1); zur „*in rem jurisdiction*“ *Daley/Shuster*, 3 DePaul Bus. & Comm. L.J. 383, 389 ff. (2005).

398 *Treister/Trost/Forman/Klee/Levin*, Fundamentals, S. 35.

399 Vgl. *Treister/Trost/Forman/Klee/Levin*, a.a.O.

400 Die Möglichkeit, zivilrechtliche Streitigkeiten mit Insolvenzbezug vor anderen Bundesgerichten oder den Staatsgerichten zu klären ist damit nicht versperrt, trotzdem liegt die Zuständigkeit in der Praxis meistens beim *district court*, vgl. hierzu *Treister/Trost/Forman/Klee/Levin*, Fundamentals, S. 31.

Arten zivilprozessualer Verfahrensarten zur Klärung von Streitfragen.⁴⁰¹ Ein Verfahren steht bereits dann im Zusammenhang mit einem *case* unter dem *Bankruptcy Code*, wenn sich dessen Ausgang auf die Verwaltung des *estate* oder die Rechtsposition des Schuldners auswirken könnte.⁴⁰² Die im Normtext angelegte Dreiteilung im Hinblick auf den Ursprung des Zivilverfahrens („*arising under*“, „*arising in*“ und „*related to*“⁴⁰³) ist von Bedeutung für die Ausübung der Sachzuständigkeit durch den *bankruptcy court*.

In der Gesamtschau zeigt sich eine umfassende Zuständigkeitskonzentration beim *district court*. Diese Hinwendung zur *vis attractiva concursus*⁴⁰⁴, auf die das deutsche Insolvenzrecht bewusst verzichtet hat⁴⁰⁵, ist für die USA, deren Justizsystem durch die Parallelexistenz von Bundes- und Staatengerichten geprägt ist, als Mittel zur Sicherung der Verfahrensökonomie zu bewerten. Streitigkeiten mit Bezug zum Insolvenzverfahren und dem Massevermögen sollen möglichst nur vor einem designierten Forum behandelt werden, um die effiziente und geordnete Verfahrensabwicklung zu gewährleisten.⁴⁰⁶

cc) Ausübung der Sachzuständigkeit durch die *bankruptcy courts*

Nach den bisherigen Ausführungen stellt sich die Frage nach der Einbeziehung der *bankruptcy courts*. Zunächst verleiht 28 U.S.C. § 151 S. 2 den Insolvenzrichtern die Kompetenz zur Ausübung prozessualer Befugnisse. *De facto* stellt dies einen Verweis auf 28 U.S.C. § 157 (a) dar⁴⁰⁷, wonach die *district courts* bestimmen können, dass *cases* sowie Verfahren, die sich unter dem *Bankruptcy Code* ergeben, sich aus den *cases* unter dem *Bankruptcy Code* ergeben oder mit diesen im Zusammenhang stehen, auf

401 Umfasst sind z.B. *contested matters*, *adversary proceedings* und *plenary actions*, vgl. *Resnick/Sommer*, *Collier on Bankruptcy*, P 3.01 [3] [d].

402 Vgl. zur weitgehend identischen Vorgängernorm des 28 U.S.C. § 1334 *Pacor, Inc. v. Higgins*, 743 F.2d 984, 987 (Fn. 4), 994 (3rd Cir. 1984).

403 Vgl. 28 U.S.C. § 1334 (b); „*related*“ markiert die äußere Grenze der Sachzuständigkeit, vgl. *Daley/Shuster*, 3 DePaul Bus. & Comm. L.J. 383, 394 f. (2005).

404 *Baur/Stürmer* II, Rn.39.86; s. noch zur Rechtslage vor dem *Bankruptcy Code* *Hanisch*, Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, S. 185 ff.

405 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 2.10; K/P/B/Prütting, § 2, Rn. 32.

406 Vgl. insoweit zur Zuständigkeit der *bankruptcy courts* *Pacor, Inc. v. Higgins*, 743 F.2d 984, 994 (3rd Cir. 1984); *Elscent, Inc. v. First Wisconsin Financial Corp. (In re Xonics, Inc.)* 813 F.2d 127, 131 (7th Cir. 1987).

407 *Resnick/Sommer*, *Collier on Bankruptcy*, P 2.02 [3].

die Insolvenzrichter des jeweiligen Distrikts übertragen werden.⁴⁰⁸ Die Regelung dient als Scharnier zwischen bezirksgerichtlicher und insolvenzgerichtlicher Zuständigkeitsausübung. Der Delegationsakt des übergeordneten, originär zuständigen Gerichts bildet die dogmatische Grundlage insolvenzgerichtlicher Sachzuständigkeit. Diese Delegation ist von Gesetzes wegen nicht zwingend⁴⁰⁹, allerdings wurden entsprechende Anordnungen in jedem *district* ausgegeben⁴¹⁰, sodass faktisch die Insolvenzgerichte die originär bei den *district courts* verortete Sachzuständigkeit ausüben.⁴¹¹ Es besteht aber das Recht der *district courts*, die Delegation rückgängig zu machen.⁴¹²

dd) Reichweite der Zuständigkeitsausübung: *cases*, *core*- und *noncore*-Verfahren

Neben der Delegation der Ausübungsbefugnis ist deren sachliche Reichweite klärungsbedürftig. Hier ist mit 28 U.S.C. § 157 (b) (1) zu unterscheiden: Bei *cases* unter dem *Bankruptcy Code* sowie den *core proceedings*, die sich unter dem *Bankruptcy Code* ergeben oder sich aus den *cases* unter dem *Bankruptcy Code* ergeben, kann das Insolvenzgericht entscheiden und Anordnungen treffen. Es hat eine vollumfängliche Gerichtsstellung inne und nimmt die Verfahrenskompetenzen des *district court* wie seine eigenen wahr. *Cases* und *core proceedings* decken den ganz überwiegenden Teil der Verfahren ab, die sich typischerweise in Insolvenzverfahren ereignen.⁴¹³

Bei *noncore proceedings*, die mit einem *case* unter dem *Bankruptcy Code* in Zusammenhang stehen, übernimmt der Insolvenzrichter lediglich die Tatsachenaufklärung und die juristische Bewertung des Falls. Die Ergebnisse präsentiert er dem *district court*, der auf dieser Basis eine Anordnung

408 Dass die Zuständigkeit über Eigentumssachen in 28 U.S.C. § 157 (a) keine Erwähnung findet gilt als Redaktionsversehen und hat kein praktische Auswirkung, vgl. *Treister/Trost/Forman/Klee/Levin*, Fundamentals, S. 37 ff.

409 Vgl. 28 U.S.C. § 157 (a) („*district court may provide*“).

410 *Daley/Shuster*, 3 DePaul Bus. & Comm. L.J. 383, 387 (2005); *Resnick/Sommer*, *Collier on Bankruptcy*, P 3.02 [1].

411 Diese Zuständigkeit ist auf den Umfang derjenigen der übertragenden *district courts* limitiert, vgl. In re Hanks, 182 B.R. 930, 934, Fn. 4, (Bankr. N.D. Ga. 1995).

412 Vgl. 28 U.S.C. § 157 (d). Hierzu *Daley/Shuster*, 3 DePaul Bus. & Comm. L.J. 383, 431 ff. (2005).

413 Vgl. den nicht abschließenden Katalog unter 28 U.S.C. § 157 (b) (2) (A)-(P) sowie die Erläuterungen bei *Aaron*, *Bankruptcy Law*, § 3:3.

oder Entscheidung trifft.⁴¹⁴ Der Grund für die mangelnde Letztentscheidungskompetenz der Insolvenzrichter bei *noncore proceedings* ist deren Sonderstatus, nachdem sie keine vollwertigen Richter i.S.d. Artikel III der Verfassung der USA sind; Insolvenzgerichte sollen nur über die insolvenzbezogenen „Kernthemen“ finale Entscheidungen treffen können.⁴¹⁵ Was als „related“⁴¹⁶ *noncore proceeding* zählt, ist durch Einzelfallbetrachtung zu ermitteln.⁴¹⁷

b) Instanzenzug

Die zweite Instanz für Insolvenzsachen ist zweigliedrig ausgestaltet: Grundsätzlich fungiert der *district court* des Bezirks, in dem der Insolvenzrichter seine Tätigkeit ausübt, als erste Instanz für Berufungen (*appeals*).⁴¹⁸ Zudem gibt es in einigen *circuits* einen Berufungsausschuss für Insolvenzsachen, das *Bankruptcy Appellate Panel* (B.A.P.), das aus Insolvenzrichtern des entsprechenden *circuits* gebildet wird und das, sofern alle Verfahrensparteien zustimmen, ebenfalls als Berufungsinstanz fungieren kann.⁴¹⁹ Für beide Varianten beträgt die Berufungsfrist 14 Tage ab Entscheidung des Insolvenzgerichts.⁴²⁰ Die zweite Berufungsinstanz, sowohl für Entscheidungen des *district court* als auch des B.A.P., sind die *courts of appeals*.⁴²¹ Sie stehen quasi „in den Schuhen“ des *district court* und befassen sich erneut mit der Grundentscheidung des Insolvenzgerichts.⁴²² Entscheidungen der *courts of appeals* können nur noch unter den Voraussetzungen des 28 U.S.C. § 1254 vor den *U.S. Supreme Court* als oberste Revisionsinstanz gebracht werden.

414 28 U.S.C. § 157 (c) (1); mit Zustimmung aller Verfahrensparteien kann der *district court* auch ein *noncore proceeding* zur Entscheidung an den Insolvenzrichter übertragen, vgl. 28 U.S.C. § 157 (c) (2).

415 Vgl. Harris v. Wittman (In re Harris), 590 F.3d 730, 736 (9th Cir. 2009).

416 28 U.S.C. § 157 (c) (1).

417 Eingehend hierzu Daley/Shuster, 3 DePaul Bus. & Comm. L.J. 383, 394 ff. (2005).

418 28 U.S.C. § 158 (a).

419 28 U.S.C. § 158 (b); der Berufungsverhandlung vor dem B.A.P. sitzen drei Richter vor, wobei ein Insolvenzrichter von einer Sache ausgeschlossen ist, wenn sie seinem *district* entstammt, 28 U.S.C. § 158 (b) (5).

420 Vgl. FRBP 8002 (a) (1), 8003 (a) (1).

421 Vgl. 28 U.S.C. § 158 (d) (1) i.V.m. § 1291.

422 Vgl. In re Lehal Realty Associates, 101 F.3d 272, 276 (2nd Cir. 1996); In re VistaCare Group, LLC, 678 F.3d 218, 224 (3rd Cir. 2012).

2. Zentrale Rechtsfolgen der Verfahrenseinleitung

Die Verfahrenseinleitung (*commencement of a case*) erfolgt in den meisten Fällen durch einen Antrag des Schuldners (*voluntary petition*)⁴²³ an den *bankruptcy court*⁴²⁴, dabei ist, im Unterschied zum deutschen Insolvenzverfahren⁴²⁵, die materielle Insolvenz des Schuldners keine Voraussetzung für die Verfahrenseröffnung.⁴²⁶ In der Regel konstituiert deshalb bereits die Antragstellung automatisch die *order for relief*.⁴²⁷ Diese markiert den Beginn der rechtlichen Zuständigkeit des *bankruptcy court* für das Insolvenzverfahren des Gemeinschuldners unter dem jeweiligen *Chapter*.⁴²⁸ Zentrale und verfahrensprägende Rechtswirkungen, wie der *automatic stay* sowie die Bildung des *bankruptcy estate*, treten jedoch unmittelbar mit der Verfahrenseinleitung durch die *petition* ein.

423 11 U.S.C. § 301. Mehr als 99% aller Insolvenzanträge sind *voluntary cases*, vgl. *Tabb/Brubaker*, Bankruptcy Law, S. 73. Als Mitursache hierfür benennt *Heese*, Gläubigerinformation, S. 114 f. und *ders.*, Funktion des Insolvenzrechts, S. 24 f. das Haftungsrisiko der antragstellenden Gläubiger beim Fremdantrag nach 11 U.S.C. § 303 (*involuntary petition*), hierzu *Aaron*, Bankruptcy Law, § 2:10, und identifiziert dies als Ausdruck der schuldnerschützenden Ausrichtung des U.S.-amerikanischen Insolvenzrechts.

424 Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach dem *judicial district*, in dem der Schuldner 180 Tage (oder den größten Teil dieser Zeit) vor Antragstellung seinen Wohnsitz bzw. Aufenthaltsort oder Hauptgeschäftssitz hatte oder wo seine wesentlichen Vermögensgegenstände lokalisiert waren, vgl. 28 U.S.C. § 1408; s. zur Festlegung der örtlichen Gerichtszuständigkeit bei örtlichem Auseinanderfallen der einzelnen Bestimmungsmerkmale *Daley/Shuster*, 3 DePaul Bus. & Comm. L.J. 383, 400 f. (2005).

425 Vgl. §§ 16 ff. InsO.

426 Vgl. *Aaron*, Bankruptcy Law, § 2:1. Auch dieser Umstand bezeugt die im Vergleich zum deutschen Recht starke Betonung des Schuldnerschutzes in den USA, vgl. *Heese*, Gläubigerinformation, S. 6 f. „*Insolvent*“, vgl. die Legaldefinition unter 11 U.S.C. § 101 (32), ist allerdings beim Kommunalinsolvenzverfahren nach *Chapter 9* Voraussetzung für die Antragsberechtigung, vgl. 11 USC § 109 (c) (3).

427 11 U.S.C. § 301 (b); ein Vorverfahren deutscher Prägung ist dem U.S.-amerikanischen Insolvenzrecht unbekannt, allerdings folgt auf einen Gläubigerantrag eine Phase zwischen *petition* und Verfahrenseröffnung (*involuntary gap*), s. hierzu *Heese*, Gläubigerinformation, S. 114 ff. u. 118 f.

428 *Aaron*, Bankruptcy Law, § 2:5.

a) Bildung der Insolvenzmasse (*estate*)

Rechtlich entsteht mit Antragstellung die Insolvenzmasse (*estate*).⁴²⁹ Sie umfasst grundsätzlich alle vermögenswerten Rechte, die dem Schuldner im Zeitpunkt der Antragstellung zustehen, unabhängig von der Lokalisation der Sache und etwaigem Besitz durch einen Dritten (11 U.S.C. § 541 (a) (1)).⁴³⁰ Aus dem Abstellen des Gesetzes auf den Zeitpunkt der Antragstellung folgt, dass, bis auf einige Ausnahmen⁴³¹, danach hinzuerworbenes Vermögen nicht Bestandteil der Masse wird.⁴³² Ist der Schuldner eine natürliche Person, so hat er die Möglichkeit, bestimmte Vermögensgegenstände aus der Insolvenzmasse auszusondern (*exemptions*), er kann hierfür zwischen dem bundesrechtlichen Regime des *Bankruptcy Code* und dem des jeweiligen Staatsrechts wählen.⁴³³

b) *Automatic stay*

Mit Antragstellung beginnt die für das U.S.-amerikanische Insolvenzverfahren charakteristische Wirkung des *automatic stay*. Dieser stellt ein gesetzliches Moratorium zu Gunsten des Schuldners, dessen Vermögen und des *estate* dar, denn gegen sie gerichtete Rechtshandlungen, wie beispielsweise die Einleitung oder Fortführung von Gerichtsverfahren, die Vollstreckung von Urteilen oder der Zugriff auf Massegegenstände, werden ausgesetzt bzw. sind ab Geltung des *automatic stay* unzulässig.⁴³⁴ Bestimmte Maßnahmen, wie z.B. die strafrechtliche Verfolgung des Schuldners, sind vom Moratorium ausgenommen.⁴³⁵ Handlungen im Widerspruch zur Anordnung des *automatic stay* sind nach Ansicht der Gerichte entweder

429 11 U.S.C. § 541 (a).

430 Vgl. Baur/Stürner II, Rn. 39.88.

431 Z.B. fallen Erbschaften des Schuldners innerhalb der ersten 180 Tage nach Antragstellung in die Insolvenzmasse, vgl. 11 U.S.C. 541 (a) (5) (A).

432 Dieser Umstand ist bezeichnend für das Ziel des *fresh start* bei Verfahren nach *Chapter 7*. Dementsprechend werden in den Verfahren nach *Chapter 11* und *13*, die keine Restschuldbefreiung, sondern einen Insolvenzplan vorsehen, auch zukünftige Einkünfte Bestandteil des *estate*, 11 U.S.C §§ 1115 (a), 1306 (a). Vgl. zum Ganzen Aaron, Bankruptcy Law, §§ 6:8, 6:9.

433 Vgl. 11 U.S.C. § 522 (b). Eingehend zu *exemptions*, insbesondere zum Verhältnis von *federal law* und *state law* Aaron, Bankruptcy Law, § 7:1 ff.

434 Vgl. 11 U.S.C. § 362 (a). S. für einzelne Beispielfälle Aaron, Bankruptcy Law, § 5:1.

435 Vgl. die Ausnahmen unter 11 U.S.C. § 362 (b).

unwirksam oder anfechtbar.⁴³⁶ Die Wirksamkeit des Moratoriums wird durch Sanktionen für seine Verletzung abgesichert: 11 U.S.C. § 362 (k) verschafft dem Schuldner, sofern er eine natürliche Person ist, einen Schadensersatzanspruch für vorsätzliche Verletzungen des *automatic stay*, mit dem auch *punitive damages* festgelegt werden können.

Der *automatic stay* dient dem Schuldner als Phase der Erholung vor Maßnahmen der Gläubiger, deren Wettlauf um die Befriedigung aus dem Schuldnervermögen wird unterbrochen und dem *bankruptcy court* wird die Einleitung einer geordneten Verfahrensadministration ermöglicht.⁴³⁷ Im Liquidationsverfahren bewirkt das Moratorium, dass der *trustee* die geordnete Verwertung des Vermögens ohne Gläubigerzugriffe durchführen kann.⁴³⁸ Insbesondere wird hierdurch eine Verringerung der Verteilungsmasse verhindert und damit die im Insolvenzverfahren bezweckte Verteilungsgerechtigkeit gesichert, weshalb der *automatic stay* auch die Gläubigergesamtheit schützt.⁴³⁹ Im Reorganisationsverfahren ermöglicht der *automatic stay* die störungsfreie Vorbereitung der Sanierung und sorgt dafür, dass der Geschäftsbetrieb des Schuldners als Einheit erhalten bleibt, was in der Regel Voraussetzung für dessen erfolgreiche Reorganisation ist.⁴⁴⁰

3. Formelle Unterteilung der Verfahrensarten nach *Chapters*

Charakteristisch für das U.S.-amerikanische Insolvenzrecht ist die Einteilung der verschiedenen Verfahrensarten in *Chapters*, wobei ein *Chapter* auf einen Abschnitt des *Bankruptcy Code* verweist, in dem die besonderen Regelungen der jeweiligen Verfahrensart niedergelegt sind. Obwohl mit Antragstellung die Verfahrensart festgelegt wird, bedeutet dies keine endgültige Trennung, denn im Verlauf des Verfahrens besteht die Möglichkeit des Wechsels vom gewählten in ein anderes *Chapter*. Nachfolgend wird ein Überblick über das Liquidations- und das Reorganisationsverfahren gegeben.⁴⁴¹ Ausweislich der Kasuistik kommt es primär in diesen Verfahren zu

436 *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 362.02.

437 Vgl. *Aaron*, Bankruptcy Law, § 5:1; *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 362.03; s. auch *Heese*, Funktion des Insolvenzrechts, S. 26 f.

438 *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 362.03 [1].

439 *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 362.03.

440 *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 362.03 [2].

441 Hierneben existieren noch die Verfahren nach *Chapter 9* (Insolvenzverfahren für Kommunen), nach *Chapter 12* (Reorganisationsverfahren für Landwirte)

haftungsrelevantem Fremdverwalterhandeln, was auch in der gesetzlichen Aufgabenzuweisung begründet ist.⁴⁴²

a) *Chapter 7 (Liquidation)*

Das am häufigsten beantragte⁴⁴³ Verfahren nach *Chapter 7*⁴⁴⁴ regelt die geordnete Liquidation des Schuldnervermögens und die gleichmäßige Erlösverteilung an die Gläubiger. Wie im deutschen Recht geht es um den Übergang von der durch den Gläubigerwettbewerb geprägten Einzelvollstreckung nach staatenrechtlichen Regeln in eine Phase gleichmäßiger Gläubigerbefriedigung unter einem bundesrechtlichen Rechtsregime.⁴⁴⁵ Die Durchführung des Verfahrens ist dem *bankruptcy trustee* überantwortet⁴⁴⁶, der, ähnlich wie der deutsche Insolvenzverwalter, als staatlich bestellter Verwalter des Schuldnervermögens fungiert.⁴⁴⁷ Zur Fortführung des Schuldnerunternehmens kommt es nach 11 U.S.C. § 721 nur nach gerichtlicher Genehmigung. Das Liquidationsverfahren steht natürlichen Personen, *partnerships* und *corporations* offen.⁴⁴⁸ Nach Abschluss des Verfahrens besteht für natürliche Personen die Möglichkeit der Restschuldbefreiung (*discharge*), sofern nicht einer der Ausschlussgründe gegeben ist,

und nach *Chapter 13* (Verfahren zur Regulierung von Schulden). Letzteres bietet natürlichen Personen die Möglichkeit zur Reorganisation mittels Insolvenzplan, vgl. 11 U.S.C. §§ 1321 ff. Es zielt auf die ratenweise Befriedigung der Gläubigerforderungen aus dem regelmäßigen Einkommen des Schuldners ab und wird grundsätzlich in Eigenverwaltung durchgeführt (11 U.S.C. § 1306 (b)), vgl. hierzu Aaron, Bankruptcy Law, § 1:9.

442 Der in jedem Verfahren nach *Chapter 13* bestellte *trustee* (11 U.S.C. § 1302 (a)) wird nicht als Masseverwalter tätig, führt keinen Betrieb fort und hat primär für die Zahlungsweiterleitung an die Gläubiger zu sorgen, vgl. 11 U.S.C. § 1302 (b). Anders als im Liquidation- und Reorganisationsverfahren hat er eher eine Aufsichts- und Beraterrolle inne, vgl. zum Ganzen Maschmeyer, Handbook for Trustees, P 4.03 [5].

443 Von 612.561 beantragten Insolvenzverfahren im zum 30. September 2020 beendeten Zwölfmonatszeitraum waren 412.369 Verfahren nach *Chapter 7* und 7.981 Verfahren nach *Chapter 11*, vgl. Table F-2 – *Bankruptcy Filings* (abrufbar unter <https://www.uscourts.gov/statistics/table/f-2/bankruptcy-filings/2020/09/30>).

444 Vgl. 11 U.S.C. § 701 ff.

445 Anschaulich Aaron, Bankruptcy Law, § 10:1.

446 11 U.S.C. § 704.

447 Vgl. eingehend hierzu unten Kap. 2 B.III.1.

448 Vgl. 11 U.S.C. §§ 109 (b), 101 (41).

die die Gewährung der *discharge* durch das Gericht verhindern.⁴⁴⁹ Dem Liquidationsverfahren ist somit eine dichotome Zweckrichtung inhärent: zum einen dient es der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung, zum anderen der Restschuldbefreiung für in wirtschaftliche Not geratene natürliche Personen.⁴⁵⁰ Die Aussicht auf die *discharge* und einen schuldenfreien Neustart liefert Erklärung für den hohen Anteil an Eigenanträgen durch natürliche Personen bei Liquidationsverfahren.⁴⁵¹ In den meisten Fällen handelt es sich um sog. „*no asset cases*“, also Verfahren, in denen der Schuldner nicht über Vermögenswerte verfügt, die über die Befriedigung der gesicherten Gläubiger hinausgehend an ungesicherte Gläubiger verteilt werden können.⁴⁵² Dieser Befund verdeutlicht die schuldnerschützende Grundorientierung des U.S.-amerikanischen Insolvenzrechts.⁴⁵³

Obwohl mit Blick auf die Fallzahlen der Praxis der dominierende Konnex von *Chapter 7* und Verbraucherinsolvenz nicht verneint werden kann, dient das Liquidationsverfahren auch in nicht unerheblichem Maße als Instrument zur Abwicklung von Unternehmen, bei denen keine Aussicht auf Sanierung besteht. In absoluten Zahlen wird das Liquidationsverfahren bei Unternehmensinsolvenzen häufiger als das Reorganisationsverfahren nach *Chapter 11* beantragt.⁴⁵⁴ Auch wenn das auf die Abwicklung ge-

449 Die Gründe für die Versagung der *discharge* stehen weitgehend im Zusammenhang mit missbräuchlichem Verhalten des Schuldners, vgl. 11 U.S.C. § 727 (a).

450 Vgl. Aaron, Bankruptcy Law, § 1:3; s. auch Jiménez, 83 Am. Bankr. L.J. 795 f. (2009).

451 In den 412.369 Verfahren nach *Chapter 7* im zum 30. September 2020 beendeten Zwölfmonatszeitraum ging es in 399.356 Fällen hauptsächlich um Verbraucher- sonstige Verbindlichkeiten, die nicht aus geschäftlicher Betätigung stammen, vgl. *Table F-2 – Bankruptcy Filings* (abrufbar unter <https://www.uscourts.gov/statistics/table/f-2/bankruptcy-filings/2020/09/30>); s. auch Aaron, Bankruptcy Law, § 11:1; Heese, Gläubigerinformation, S. 217 f.

452 Vgl. Jiménez, 83 Am. Bankr. L.J. 795, 797 ff. (2009), die nach der Untersuchung von Daten aus dem Jahr 2007 zu dem Ergebnis kommt, dass 93 % der von natürlichen Personen beantragten Verfahren *no asset cases* sind.

453 Vgl. hierzu oben Kap. 1 A.III.; zur Senkung der Missbrauchsanfälligkeit des Liquidationsverfahrens bei Verbraucheranträgen führte der U.S. Congress im Rahmen des BAPCPA Änderungen des Bankruptcy Code ein. Hierzu zählt maßgeblich der sog. *means test* (11 U.S.C. § 707 (b) (2) (A)), nach welchem die Missbrauchsvermutung anzunehmen ist, wenn das monatliche Einkommen des Schuldners den gesetzlich festgelegten Grenzwert überschreitet, was die Abweisung des Verfahrens (*dismissal*) zur Folge haben kann, hierzu Aaron, Bankruptcy Law, § 1:6; s. hierzu sowie allgemein zur Abweisung des Verfahrens Heese, Gläubigerinformation, S. 223 ff.

454 Vgl. oben Kap. 1 A.III.

richtete Verfahren für die Geschäftsleitung eines in der Krise befindlichen Unternehmens naturgemäß nicht das Mittel der Wahl ist, insbesondere, wenn die Fremdverwaltung durch Durchführung des Reorganisationsverfahrens vermieden werden kann, so bewirkt das rechtliche Instrument des Verfahrenswechsels (*conversion*)⁴⁵⁵ oft, dass ein als Reorganisation unter Eigenverwaltung begonnenes Verfahren in die Liquidation nach *Chapter 7* übergeht.⁴⁵⁶ Auch in den USA ist der Marktaustritt nicht überlebensfähiger Unternehmen nicht unumgänglich.⁴⁵⁷

b) *Chapter 11 (Reorganization)*

Das Reorganisationsverfahren nach *Chapter 11*⁴⁵⁸ zielt auf die Sanierung des Schuldners und die Vermeidung ökonomischer Nachteile, die mit der zerschlagenden Liquidation potentiell einhergehen.⁴⁵⁹ Charakteristisch für das Verfahren ist, dass es in der Regel in Eigenverwaltung durch den *debtor in possession*⁴⁶⁰ (DIP) und unter Fortführung des Geschäftsbetriebs⁴⁶¹ durchgeführt wird.⁴⁶² *Chapter 11* bietet dem Schuldner die Möglichkeit, unter der schützenden Wirkung des *automatic stay* die Gesellschafts- und Betriebsstrukturen einschließlich der Finanzierung etc. umfassend zu reorganisieren, um die Sanierung oder auch die geordnete Liquidation, z.B. durch Verkauf des Unternehmens als Ganzes (übertragende Sanierung), zu verwirklichen.⁴⁶³ Angesichts dessen wäre eine binäre Betrachtung dahin-

455 Vgl. hierzu unten Kap. 2 B.II.3.c).

456 Lubben, 81 Am. Bankr. L.J., 65 ff. (2007) kommt in seiner Studie zu dem Ergebnis, dass vor allem wenn die Liquidation das Unternehmens unter *Chapter 11* geplant ist (*liquidating plan*), ein Großteil der Verfahren unter *Chapter 7* beendet wird.

457 Vgl. Heese, Funktion des Insolvenzrechts, S. 24.

458 Vgl. 11 U.S.C. §§ 1101 ff.; s. für einen knappen Überblick über das Verfahren Heese, Funktion des Insolvenzrechts, S. 25 ff.

459 Vgl. NLRB v. Bildisco & Bildisco, 465 U.S. 513, 529 (1984); Aaron, Bankruptcy Law, § 1:4.

460 U.S.C. § 1107 (a).

461 11 U.S.C. § 1108.

462 Gleichwohl besteht die Möglichkeit zur Einsetzung eines *trustee* anstelle des DIP, 11 U.S.C. § 1104. Vgl. hierzu unten Kap. 2 B.III.2.a)bb).

463 Vgl. Resnick/Sommer, Collier on Bankruptcy, P 1100.01; 11 U.S.C. § 1123 (b) (4) nennt ausdrücklich die Liquidation als Gegenstand des Plans.

gehend, dass unter *Chapter 7* stets liquidiert und unter *Chapter 11* stets saniert wird, unzutreffend.⁴⁶⁴

Das Verfahrensziel wird mittels eines Insolvenzplans erreicht. Dieser bedarf vor Umsetzung der gerichtlichen Bestätigung.⁴⁶⁵ Zur Planeinreichung ist bis 120 Tage nach Verfahrenseröffnung der Schuldner exklusiv berechtigt.⁴⁶⁶ Auch natürliche Personen sind zur Antragstellung berechtigt, allerdings ist das Verfahren klar auf die Unternehmenssanierung ausgerichtet, was sich auch in der niedrigen Zahl an Anträgen natürlicher Personen widerspiegelt.⁴⁶⁷ Dem Verfahren nach *Chapter 11* liegt der Gedanke zugrunde, dass durch den Erhalt des Geschäftsbetriebs, unabhängig ob beim ursprünglichen Rechtsträger oder nach Übertragung, höhere Werte realisiert werden können als bei der zerschlagenden Liquidation.⁴⁶⁸ Im Fokus stehen auch Erwägungen wie die Vermeidung von aus der Betriebsstilllegung resultierender Verwerfungen sowie der Erhalt von Arbeitsplätzen und der (unternehmenssteuerbasierten) Kommunalfinanzierung.⁴⁶⁹

c) Wechsel des *Chapters* (*conversion*)

Die Möglichkeit, die Verfahrensart nach Verfahrensbeginn zu wechseln (*conversion of a case*)⁴⁷⁰, weicht die formelle Trennung der einzelnen *Chapters* erheblich auf. Insolvenzverfahren werden daher oftmals nicht unter dem *Chapter* beendet, das der Antragsteller ursprünglich gewählt hatte.

Der Wechsel vom Liquidationsverfahren in das Verfahren nach *Chapter 11*, *12* und *13* kann vom Schuldner jederzeit und weitgehend unbe-

464 S. hierzu Aaron, Bankruptcy Law, § 12:2.

465 11 U.S.C. § 1121 ff. S. zum Ablauf der Planerstellung Aaron, Bankruptcy Law, § 1:4.

466 Vgl. 11 U.S.C. § 1121 (b).

467 Resnick/Sommer, Collier on Bankruptcy, P 1100.01. Nur 668 der insgesamt 7.981 Verfahren nach *Chapter 11* im zum 30. September 2020 beendeten Zwölfmonatszeitraum hatten Verbraucher- und sonstige Verbindlichkeiten, die nicht aus geschäftlicher Betätigung stammen, zum Gegenstand, vgl. Table F-2 – Bankruptcy Filings (abrufbar unter <https://www.uscourts.gov/statistics/table/f-2/bankruptcy-filings/2020/09/30>).

468 Vgl. Aaron, Bankruptcy Law, § 1:4.

469 Vgl. NLRB v. Bildisco & Bildisco, 465 U.S. 513, 528 (1984); Resnick/Sommer, Collier on Bankruptcy, P 1100.01.

470 Die *conversion* konstituiert eine *order for relief* unter der Verfahrensart, in die gewechselt wurde, vgl. 11 U.S.C. § 348 (a); s. zur *conversion* auch Heese, Gläubigerinformation, S. 219.

schränkt veranlasst werden (11 U.S.C. § 706 (a)). Auf Antrag einer *party in interest*⁴⁷¹ kann das Gericht den Wechsel in das Verfahren nach *Chapter 11* anordnen (11 U.S.C. § 706 (b)), wobei sich die Ermessensausübung am Interesse aller *parties in interest* zu orientieren hat.⁴⁷²

Der Schuldner hat auch die Möglichkeit der *conversion* vom Reorganisationsverfahren ins Liquidationsverfahren⁴⁷³; ausgeschlossen ist dies nur dann, wenn er kein DIP ist, wenn das Verfahren auf Gläubigerantrag eröffnet wurde oder wenn es bereits Resultat einer *conversion* auf fremde Veranlassung ist.⁴⁷⁴ Daneben kann auch eine *party in interest* bei Gericht den Wechsel in das Liquidationsverfahren beantragen, wenn hierfür ein Grund vorliegt (11 U.S.C. § 1112 (b) (1)). Als Gründe nennt das Gesetz u.a. kontinuierliche Masseverluste bei mangelnder Sanierungsaussicht oder grobe Fehler bei der Verwaltung⁴⁷⁵, im Übrigen kann das Gericht nach eigenem Ermessen Gründe für die *conversion* annehmen.⁴⁷⁶ Es hat im Interesse der Gläubiger und der Masse zu entscheiden, ob die *conversion*, die Abweisung des Verfahrens (*dismissal*) oder gar die Bestellung eines *trustee* die beste Maßnahme darstellt.⁴⁷⁷

III. Bestellung, Funktion und Rechtsstellung des *bankruptcy trustee*

Im Folgenden wird die Rolle des *bankruptcy trustee* im Liquidations- und Reorganisationsverfahren untersucht. Im Fokus stehen seine Bestellung, Befugnisse und Pflichten sowie Rechtsstellung.

471 Der Begriff „*party in interest*“ ist nicht legaldefiniert und umfasst grundsätzlich alle Personen, deren wirtschaftliche Interessen unmittelbar durch das Insolvenzverfahren betroffen sind, vgl. *Yadkin Valley Bank & Trust Co. v. McGee* (In re Hutchinson), 5 f.3d 750, 755 f. (4th Cir. 1993). Hierzu zählen u.a. die Gläubiger, die Anteilseigner am Schuldnerunternehmen (jeweils individuell und als Ausschuss), der Schuldner sowie der *trustee*, vgl. *Maschmeyer*, Handbook for Trustees, P 4.01.

472 Vgl. *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 706.03.

473 Die Androhung des Wechsels in das Liquidationsverfahren kann dem DIP im Prozess der Verhandlungen über den Insolvenzplan als Druckmittel gegen die Gläubiger dienen, vgl. *Lubben*, 81 Am. Bankr. L.J., 65, 84 f. (2007).

474 11 U.S.C. § 1112 (a).

475 S. die Aufzählung unter 11 U.S.C. § 1112 (b) (4).

476 Vgl. *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 1112.01 [2].

477 11 U.S.C. § 1112 (b) (1).

1. Der *trustee* im Liquidationsverfahren nach *Chapter 7*

Ähnlich wie der deutsche Insolvenzverwalter ist auch der *bankruptcy trustee* die „central figure“⁴⁷⁸ des Liquidationsverfahrens. Er ist hauptzuständig für die Verwaltung und die Erreichung des Verfahrenszwecks der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung.

a) Bestellung

Unmittelbar nach der *order for relief*, unabhängig ob auf initiale Antragstellung oder nach *conversion* ins Liquidationsverfahren⁴⁷⁹, wird durch den *United States trustee*⁴⁸⁰ ein vorläufiger Insolvenzverwalter (*interim trustee*) ernannt (11 U.S.C. § 701 (a) (1)).⁴⁸¹ Dieser wird aus dem durch ihn zusammengestellten und beaufsichtigten *panel of private trustees* erwählt, welches eine Auswahlgruppe potentiell geeigneter Kandidaten für das Amt des *trustee* darstellt, die zur Bestellung in Verfahren nach *Chapter 7* zur Verfügung stehen.⁴⁸² Ähnlich dem für den deutschen Insolvenzverwalter durch § 56 Abs. 1 S. 1 InsO festgelegten Kriterium der Unabhängigkeit, schreibt auch der *Bankruptcy Code* vor, dass der *interim trustee* eine „disinterested person“ sein muss (11 U.S.C. § 701 (a) (1)).⁴⁸³ Ferner muss er, unabhängig vom *Chapter*, unter dem er bestellt wird, innerhalb von sieben Tagen nach Ernennung und vor Aufnahme seiner Verwaltungstätigkeit, einen *bond* bereitstellen.⁴⁸⁴

478 LoPucki/Mirick, *Strategies for Creditors in Bankruptcy Proceedings*, § 7.03, S. 361.

479 Resnick/Sommer, *Collier on Bankruptcy*, P 701.02 [1].

480 Vgl. zum *United States trustee* unten Kap. 2 B.IV.1.a).

481 Zur Sicherung des Massevermögens kann die Bestellung eines *interim trustee* auf Antrag einer *party in interest* in der Phase zwischen *involuntary petition* und *order for relief* durch das Gericht angeordnet werden, vgl. 11 U.S.C. § 303 (g).

482 Vgl. 11 U.S.C. § 701 (a) (1), 28 U.S.C. § 586 (a) (1); im Unterschied zum deutschen Recht kann der *bankruptcy trustee* auch eine *corporation* sein (11 U.S.C. § 321 (a) (2)), was in der Praxis selten vorkommt, hierzu Cowans, *Bankruptcy Law and Practice*, § 2.2, S. 148; s. zu den persönlichen Anforderungen, die *trustees* erfüllen müssen, um in das *panel* aufgenommen zu werden, Maschmeyer, *Handbook for Trustees*, P 4.04 [3].

483 Vgl. die Legaldefinition in 11 U.S.C. § 101 (14).

484 11 U.S.C. § 322 (a). Vgl. hierzu unten Kap. 3 B.II.2.d)cc).

Der *interim trustee* ist im Wesentlichen für die Sicherung der Insolvenzmasse zuständig.⁴⁸⁵ Ähnlich der deutschen Verwaltungspraxis handelt es sich bei ihm regelmäßig um einen Rechtsanwalt, der auf dem Gebiet des Insolvenzrechts tätig ist.⁴⁸⁶ Für den Fall, dass kein Mitglied des *panel* der Bestellung als *interim trustee* zustimmt, kann diese Funktion auch vom *United States trustee* selbst übernommen werden.⁴⁸⁷

Auf der nach der *order for relief* unter Leitung des *United States trustee* stattfindenden Gläubigerversammlung (*meeting of creditors*)⁴⁸⁸ haben die Gläubiger die Möglichkeit, eine andere Person als die bereits als *interim trustee* bestellte Person als *trustee* zu wählen.⁴⁸⁹ Die Wahl muss durch Gläubiger beantragt werden, die zusammen mindestens 20% der ungesicherten Forderungen gegen den Schuldner haben.⁴⁹⁰ Insider sind von der Abstimmung ausgeschlossen.⁴⁹¹ Der Kandidat ist dann gewählt, wenn ein Abstimmungsquorum von 20% der ungesicherten Forderungen erreicht wird und die Mehrheit, gemessen an den Forderungsbeträgen der Abstimmenden, für ihn stimmt.⁴⁹² Der Wahlmodus unterscheidet sich damit von dem der InsO, nach dem der Antrag eines anwesenden Gläubigers ausreichend ist⁴⁹³, kein Abstimmungsquorum erreicht werden muss und auch Absonderungsberechtigte zur Abstimmung berechtigt sind.⁴⁹⁴ Die

485 Vgl. *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 701.04.

486 Vgl. *Aaron*, Bankruptcy Law, § 4:4. Dies stellt jedoch keine gesetzliche Vorgabe dar, vgl. 11 U.S.C. § 321.

487 Vgl. 11 U.S.C. § 701 (a) (2), 28 U.S.C. § 586 (a) (2). Dies kommt vor allem bei *no asset cases* vor, vgl. *Aaron*, Bankruptcy Law, § 4:4. Allerdings wird in der Regel aus Kostengründen versucht, einen *trustee* aus dem *panel* für die Verwaltungstätigkeit zu gewinnen, sodass die Verwaltung durch den *United States trustee* in der Praxis ein Ausnahmefall ist, vgl. *Treister/Trost/Forman/Klee/Levin*, Fundamentals, S. 73.

488 11 U.S.C. § 341 (a). Die Gläubigerversammlung hat in Verfahren nach *Chapter 7* und *11* im Zeitraum nach 21 und bis 40 Tagen nach der *order for relief* stattzufinden, FRBP 2003 (a). Bis auf die Möglichkeit der Einberufung einer weiteren Gläubigerversammlung auf Antrag einer *party in interest* oder auf Initiative des *United States trustee* (FRBP 2003 (f)) ist keine weitere Gläubigerversammlung im Liquidationsverfahren vorgesehen, vgl. *Heese*, Gläubigerinformation, S. 232 f.

489 11 U.S.C. § 702 (b).

490 Vgl. 11 U.S.C. § 702 (a), (b), FRBP 2003 (b) (3).

491 11 U.S.C. § 702 (a) (3). Insider sind z.B. Verwandte des Schuldners oder, wenn der Schuldner eine *corporation* ist, deren Geschäftsleiter oder kontrollierende Personen, vgl. 11 U.S.C. § 101 (31).

492 11 U.S.C. § 702 (c).

493 Vgl. *Uhlenbruck/Vallender/Zipperer*, § 57, Rn. 11.

494 Vgl. § 57 S. 2 InsO i.V.m. § 76 Abs. 2 HS. 2 InsO.

vergleichsweise strengen Anforderungen sind auch ein Grund dafür, dass eine Wahl nur selten stattfindet und in der Regel der *interim trustee* als *trustee* das Verfahren übernimmt.⁴⁹⁵ Die Konsequenzen sind nicht zu unterschätzen, denn den Gläubigern steht im Liquidationsverfahren keine reguläre Wahlmöglichkeit mehr zu.⁴⁹⁶ Kritisch betrachtet wird zudem der sich aus der alleinigen Wahlberechtigung der ungesicherten Insolvenzgläubiger ergebende Umstand, dass *trustees* teilweise ein (unrichtiges) Rollenverständnis von sich als exklusiver Vertreter der Interessen der ungesicherten Gläubiger haben.⁴⁹⁷

b) Aufgaben und Befugnisse

Das Aufgabenprogramm des *trustee* im Liquidationsverfahren ist in weiten Teilen mit dem des deutschen Verwalters kongruent.⁴⁹⁸ Grundsätzlich ist er verfügungsbefugter Vertreter des *estate*.⁴⁹⁹ Seine Kernpflichten sind die Inbesitznahme und Zusammenstellung des als *estate* zusammengefassten Schuldnervermögens, für das er rechenschaftspflichtig ist⁵⁰⁰, dessen Verwertung⁵⁰¹ sowie, nach erfolgter Forderungsprüfung⁵⁰², die Verteilung der Erlöse.⁵⁰³

Er ist umfassend und nach eigenem Ermessen zur Führung von Prozessen anstelle des Schuldners sowie im Namen des *estate* ermächtigt⁵⁰⁴; die bei Verfahrenseröffnung gegen den Schuldner anhängigen Verfahren wird er insbesondere dann an dessen Stelle aufnehmen und fortführen, wenn es dem Schutz der Insolvenzmasse dient.⁵⁰⁵ Er hat die finanziellen Verhältnisse des Schuldners zu untersuchen⁵⁰⁶ und gegebenenfalls dessen

495 11 U.S.C. § 702 (d); vgl. *LoPucki/Mirick*, *Strategies for Creditors in Bankruptcy Proceedings*, § 6.07, S. 345.

496 Vgl. *Resnick/Sommer*, *Collier on Bankruptcy*, P 702.05.

497 Vgl. *LoPucki/Mirick*, *Strategies for Creditors in Bankruptcy Proceedings*, § 7.03, S. 361.

498 So auch *Heese*, *Gläubigerinformation*, S. 216.

499 11 U.S.C. § 323 (a).

500 11 U.S.C. § 704 (a) (2).

501 11 U.S.C. § 704 (a) (1).

502 11 U.S.C. § 704 (a) (5).

503 Die Schlussverteilung erfolgt nach dem in 11 U.S.C. § 726 festgelegten Schema. 504 FRBP 6009.

505 *Maschmeyer*, *Handbook for Trustees*, P 4.07.

506 11 U.S.C. § 704 (a) (4). Hierfür kann ihm vom *bankruptcy court* die Genehmigung erteilt werden, die Wohnung des Schuldners nach Vermögensgegenstän-

Restschuldbefreiung zu widersprechen.⁵⁰⁷ Dritte im Besitz von Massegegenständen sind ihm zur Herausgabe verpflichtet⁵⁰⁸, im Streitfall hat er die gerichtliche Klärung herbeizuführen.⁵⁰⁹ Er wählt nach eigenem Ermessen die Verwertungsart, die die höchsten Erlöse zu erzielen verspricht.⁵¹⁰ Ihm obliegt grundsätzlich die Verwertung von Sicherungsgut⁵¹¹, jedoch hat er vollständig besicherte Massegegenstände freizugeben (11 U.S.C. §§ 554, 725), wenn klar ist, dass nach der Verwertung der Sache kein über die gesicherte Forderung hinausgehender Betrag erzielt wird.⁵¹²

Zur effektiven Wahrnehmung seiner Aufgaben stellt der *Bankruptcy Code* dem *trustee* ein umfassendes Instrumentarium an Maßnahmen zur Seite, dessen Nutzung in seinem Ermessen liegt. Wie der deutsche Verwalter hat auch der *trustee* das Recht zur Erfüllungswahl bei schwebenden Verträgen (*executory contracts*), er benötigt jedoch die Zustimmung des Insolvenzgerichts.⁵¹³ *Par conditio creditorum* und die gleichmäßige Partizipation aller Gläubiger an der Verteilungsmasse werden durch verschiedene Anfechtungsrechte (*avoiding powers*) gewährleistet, durch die der *trustee* vorinsolvenzliche, masseverkürzende Übertragungen⁵¹⁴ durch den Schuldner rückgängig machen kann.⁵¹⁵ Er kann z.B. nach 11 U.S.C. § 548 (a) Verfügungen des Schuldners der letzten zwei Jahre vor Antragstellung

den zu durchsuchen. Er ist dann an verfassungsrechtliche Vorgaben gebunden, vgl. unten Kap. 2 B.III.3.b).

507 11 U.S.C. § 704 (a) (6); die Mitwirkungsverweigerung des Schuldners bei der Untersuchung seiner finanziellen Verhältnisse durch den *trustee* kann einen Grund für die Versagung der *discharge* konstituieren, vgl. Norton, Bankruptcy Law and Practice, § 77:15.

508 11 U.S.C. § 542 (a).

509 Vgl. Maschmeyer, Handbook for Trustees, P 14.03; das Verfahren über die Herausgabe von Vermögensgegenständen wird als *adversary proceeding* geführt, FRBP 7001 (1).

510 Zu den möglichen Verwertungsarten Maschmeyer, Handbook for Trustees, P 11.01 [3].

511 Anschaulich hierzu LoPucki/Mirick, Strategies for Creditors in Bankruptcy Proceedings, § 7.03, S. 360 f.

512 Vgl. Resnick/Sommer, Collier on Bankruptcy, P 725.01; s. auch Aaron, Bankruptcy Law, § 9:6.

513 11 U.S.C. § 365 (a). Wie im deutschen Insolvenzrecht geht es um beidseitig nicht vollständig erfüllte Verträge, s. hierzu Resnick/Sommer, Collier on Bankruptcy, P 365.02 [2] [a]. Nach Ablauf von 60 Tagen nach *order for relief* ohne Entscheidung des *trustee* wird die Ablehnung der Erfüllung fingiert, 11 U.S.C. § 365 (d) (1). Eingehend zu *executory contracts* Pickerill, 83 Am. Bankr. L.J. 63 ff. (2009).

514 S. die Legaldefinition von „*transfer*“ in 11 U.S.C. § 101 (54).

515 Vgl. 11 U.S.C. §§ 544, 545, 547, 548, 549.

anfechten, wenn sie mit Täuschungsabsicht vorgenommen wurden oder im Zuge faktischer Zahlungsunfähigkeit und gegen zu geringwertige Gegenleistung erfolgten (*fraudulent transfers and obligations*).⁵¹⁶

Mit der singulären Ausrichtung des Liquidationsverfahrens auf die Verwertung und gleichmäßige Verteilung des Schuldnervermögens sowie der damit einhergehenden Fokussierung auf die Abwicklung von Betriebseinheiten korrespondiert, dass eine (zeitweise) Unternehmensfortführung durch den *trustee*, anders als unter dem Verfahren nach *Chapter 11*⁵¹⁷, nur in Ausnahmefällen stattfindet.⁵¹⁸ Sie bedarf stets der gerichtlichen Zustimmung, die nur für einen begrenzten Zeitraum erteilt wird, nämlich wenn die Fortführung im Interesse der Mehrung der Masse geschieht und der ordnungsgemäßen Liquidation nicht zuwiderläuft.⁵¹⁹ Dies kann z.B. der Fall sein, wenn eine Betriebsveräußerung als Ganzes möglich ist und einen höheren Verkaufserlös verspricht, oder wenn Güter fertigproduziert werden können, die im Verkauf einen größeren Erlös einbringen als die einzelnen Produktionsbestandteile.⁵²⁰ Trotz des Ausnahmecharakters der Betriebsfortführung unter *Chapter 7* kommt sie in der Praxis vor, umgekehrt wird das Schuldnervermögen auch im Reorganisationsverfahren mitunter mittels Insolvenzplan durch den *trustee* liquidiert.⁵²¹

516 Der Anfechtungsgegner ist zur Herausgabe des Erlangten an die Masse oder, sofern das Gericht dies anordnet, zur Leistung von Wertersatz verpflichtet, vgl. 11 U.S.C. § 550 (a). Instruktiv zum Anfechtungsrecht unter dem *Bankruptcy Code* in deutscher Sprache Bruns, FS Vallender, S. 55 ff.

517 Vgl. unten Kap. 2 B.III.2.b).

518 Eine durch die Betriebsfortführung bewirkte Verzögerung der Verfahrensabwicklung steht potentiell im Konflikt mit der Pflicht des *trustee* zur zügigen Verwertung und Abschluss des Verfahrens, vgl. 11 U.S.C. § 704 (a) (1).

519 11 U.S.C. § 721.

520 Vgl. In re A & T Trailer Park, Inc., 53 B.R. 144, 147 (Bankr. D. Wyo. 1985); Resnick/Sommer, Collier on Bankruptcy, P 721.02; die zeitweise Fortführung wird durch Gerichte außerdem dann genehmigt, wenn die sofortige Betriebsstilllegung eine besondere Härte für Personen oder Personengruppen bedeuten würde, so z.B. bei Krankenhäusern, wobei streitig ist, ob dies vom Wortlaut des 11 U.S.C § 721 abgedeckt ist, s. hierzu Norton, Bankruptcy Law and Practice, § 80:01.

521 Vgl. Bogart, 102 Dick. L. Rev. 711, 726 (1998).

2. Der trustee im Reorganisationsverfahren nach Chapter 11

Die Einsetzung eines trustee im Reorganisationsverfahren bedeutet eine Abweichung vom praktischen Regelfall der Eigenverwaltung durch den DIP. Der Primat der Eigenverwaltung im Reorganisationsverfahren ist ein prägendes Charakteristikum des U.S.-amerikanischen Insolvenzrechts.

a) Bestellung

Die Bestellung eines trustee als den DIP verdrängenden Fremdverwalter stellt in der Praxis einen Ausnahmefall dar. Gleichwohl kommt es in bestimmten Konstellationen zur Fremdverwaltung, zudem ist die Rechtsfigur des DIP rechtssystematisch ein Surrogat des *bankruptcy trustee*.

aa) Fortführung durch den debtor in possession als Regelfall

Das U.S.-amerikanische Insolvenzrecht sieht in der Geschäftsleitung des in die Krise geratenen Unternehmens ob seiner Kenntnis um den schuldnerischen Betrieb traditionell den geeignetsten Kandidaten für eine erfolgreiche Sanierung.⁵²² Die Einarbeitungszeit, die ein Fremdverwalter benötigen würde, wird als Kostenfaktor gesehen, den es, angesichts des ohnehin finanziell angeschlagenen Schuldners, zu vermeiden gilt.⁵²³ Die Kontinuität der Geschäftsleitung über den Insolvenzantrag hinaus soll einen Anreiz darstellen, sich frühzeitig in die Reorganisation zu begeben.⁵²⁴ Dem Grundsatz nach soll das Reorganisationserfahren deshalb in Eigenverwaltung durch den Schuldner stattfinden.⁵²⁵ Die *prima facie* bestehende Widersprüchlichkeit, demjenigen, der für die Krise verantwortlich ist, auch

522 Vgl. Dardarian v. La Sherene, Inc. (In re La Sherene, Inc.), 3 B.R. 169, 174 (Bankr. N.D. Ga. 1980); In re V. Savino Oil & Heating Co., 99 B.R. 518, 524 (Bankr. E.D.N.Y. 1989).

523 Vgl. Roache, 1993 U. Ill. L. Rev. 133, 140 (1993).

524 Resnick/Sommer, Collier on Bankruptcy, P 1104.02 [1]; krit. hierzu LoPucki, 57 Am. Bankr. L.J. 247, 265 f. (1983).

525 Vgl. Cajun Elec. Power Co-Op., Inc. v. Central Louisiana Elec. Co. (In re Cajun Elec. Power Co-Op., Inc.), 69 F.3d 746, 749 (5th Cir. 1995); Official Committee of Asbestos Claimants v. G-I Holdings, Inc. (In re G-I Holdings, Inc.), 385 F.3d 313 (3rd Cir. 2004); In re Macon Prestressed Concrete Co., 61 B.R. 432, 438 (Bankr. M.D. Ga. 1986).

die Sanierung zuzutrauen, wird dabei nicht negiert, vielmehr verlässt man sich auf verfahrensinhärente Kontrollelemente wie den Gläubigerausschuss und die gesetzlich verankerte umfassende Einbindung der Verfahrensbeteiligten bei Verwaltungsmaßnahmen.⁵²⁶

Die rechtliche Existenz des DIP beginnt mit Antragstellung zur Eröffnung des Reorganisationsverfahrens; er ist identisch mit dem Gemeinschuldner⁵²⁷ und weitgehend mit den Befugnissen und Pflichten eines *trustee* ausgestattet.⁵²⁸ Obwohl Eigenverwaltung die praktische Regel ist, gilt der DIP rechtssystematisch als Surrogat für den *bankruptcy trustee*.⁵²⁹ Entscheidungsbefugnisse sind, wie vor Antragstellung, bei der Geschäftsleitung des Schuldners verortet.

bb) Bestellung eines *trustee* in begründeten Fällen

Im Zeitraum nach Einleitung des Reorganisationsverfahrens und vor Bestätigung des Insolvenzplans⁵³⁰ ordnet das Gericht auf Antrag einer *party in interest* oder des *United States trustee*⁵³¹, nach Benachrichtigung der Beteiligten und Möglichkeit zur gerichtlichen Anhörung, die Bestellung eines *trustee* für das Verfahren an.⁵³² Materiellrechtlich ist hierfür das Vor-

526 Aaron, Bankruptcy Law, § 4:5; vgl. zu den Kontrollmechanismen unten Kap. 2 B.IV.

527 Vgl. 11 U.S.C. § 1101 (1); vgl. auch Nimmer/Feinberg, 6 Bankr. Dev. J. 1, 20 (1989): „[...] *the DIP is the preexisting debtor with modified rights and obligations.*“ S. zur mittlerweile nicht mehr vertretenen „*New Entity Theory*“, wonach der DIP eine neben dem Schuldner bestehende Rechtsperson sein sollte, Kelch, 38 Wayne L. Rev. 1323, 1329 ff. (1992) sowie NLRB v. Bildisco & Bildisco, 465 U.S. 513, 527 f. (1984).

528 Vgl. 11 U.S.C. § 1107 (a); vgl. auch Bienenstock, 61 U. Cin. L. Rev. 543, 547 ff. (1992). Ausgespart sind solche Pflichten des *trustee*, die auf die Investigation des Schuldners gerichtet sind, weil sie vom DIP nicht erfüllt werden können bzw. ihm die ordnungsgemäße Durchführung nicht zugetraut wird, hierzu Kelch, 38 Wayne L. Rev. 1323, 1325 ff. (1992).

529 Vgl. Kelch, 38 Wayne L. Rev. 1323 (1992).

530 11 U.S.C. § 1129.

531 Vereinzelt halten Gerichte auch den *bankruptcy court* für befähigt, auf Basis von 11 U.S.C. § 105 (a) auf eigene Initiative (*sua sponte*) die Bestellung eines *trustee* anzuordnen, vgl. nur U.S. v. Bond, 762 F.3d 255, 260, Fn. 4 (2nd Cir. 2014).

532 11 U.S.C. § 1104 (a).

liegen eines Grundes Bedingung⁵³³: Die Bestellung eines *trustee* kann zum einen erfolgen, wenn die gegenwärtige Geschäftsleitung vor oder nach Einleitung des Verfahrens betrügerisch oder unehrlich gehandelt hat oder für grobe unternehmerische Fehlentscheidungen verantwortlich war bzw. ist.⁵³⁴ Zum anderen kann die Ernennung erfolgen, wenn diese im Interesse der Gläubiger, Anteilseigner und sonstiger Beteiligten liegt.⁵³⁵ Ferner hat nach 11 U.S.C. § 1104 (e) der *United States trustee* die Anordnung zur Einsetzung eines *trustee* zu beantragen, wenn die begründete Vermutung besteht, dass Mitglieder der gegenwärtigen Geschäftsleitung an Betrug oder sonstigen kriminellen Handlungen beteiligt waren.⁵³⁶

Ausgehend vom Grundsatz des Primats der Eigenverwaltung stellt die Bestellung eines *trustee*, unter anderem aufgrund der zusätzlichen finanziellen Belastung für die Masse, im Verfahren nach *Chapter 11* eine Maßnahme mit Ausnahmecharakter dar, deshalb obliegt der die Bestellung beantragende Partei eine umfassende Beweislast für das Vorliegen eines Grundes.⁵³⁷ Dieses für Antragsteller durch ständige Gerichtspraxis etablierte hohe Anforderungsniveau an die Antragsbegründung ist eine der Ursachen dafür, dass das Reorganisationsverfahren in den meisten Fällen ohne die Bestellung eines *trustee* stattfindet.⁵³⁸ Anzumerken ist gleichwohl, dass

533 Der *telos* der Vorschrift sieht die Fremdverwaltung samt ihrer Transaktionskosten nur gerechtfertigt, wenn dem andernfalls überwiegende Nachteile gegenüberstehen, vgl. *Resnick/Sommer*, *Collier on Bankruptcy*, P 1104.02 [3] [a].

534 11 U.S.C. § 1104 (a) (1). Die im Gesetz genannten Fälle sind nicht abschließend, s. hierzu und zu den Fallgruppen, die eine Bestellung begründen, *Berdan/Arnold*, 67 Marq. L. Rev. 457, 476 ff. (1984). 11 U.S.C. § 1104 (a) (1), (2) stellen ferner klar, dass sich allein aus der Zahl der Anteilseigner oder der Höhe der Bilanzsumme kein Grund für eine Bestellung ergibt.

535 11 U.S.C. § 1104 (a) (2). Eingehend zu den einschlägigen Fallgruppen dieser Variante *Resnick/Sommer*, *Collier on Bankruptcy*, P 1104.02 [3] [d] [ii], [iii].

536 Die Regelung ist im Zuge des BAPCPA als Reaktion auf prominente Insolvenzen wie die der *Enron Corp.*, wo trotz strafrechtlicher Ermittlungen gegen Teile der Geschäftsleitung kein *trustee* ernannt wurde, in den *Bankruptcy Code* aufgenommen worden, s. hierzu *Resnick/Sommer*, *Collier on Bankruptcy*, P 1104.02 [4] [a].

537 Vgl. In re Ford, 36 B.R. 501, 504 (Bankr. W.D. Ky. 1983); In re Sovereign Estates, Ltd., 104 B.R. 702, 704 f. (Bankr. E.D. Pa. 1989); der vom Antragsteller geltend gemachte Grund muss daher auch eine gewisse Erheblichkeitsschwelle überschreiten, zum Ganzen *Berdan/Arnold*, 67 Marq. L. Rev. 457, 469 ff. (1984) m.w.N.

538 Vgl. *Norton*, *Bankruptcy Law and Practice*, § 99:1; In re Sharon Steel Corp., 871 F.2d 1217, 1225 (3rd Cir. 1989): „*It is settled that appointment of a trustee should be the exception, rather than the rule.*“ Hinzuweisen ist aber auf den am 23.08.2019 als H.R. 3311 in Kraft getretenen *Small Business Reorganization Act*

insbesondere Fälle, in denen der *trustee* zur Reorganisation des Schuldners bestellt wurde, zur Entwicklung des Haftungsrechts beigetragen haben.

Sofern die gerichtliche Anordnung ergangen ist, gibt das Gesetz zwei Verfahren vor, nach denen ein *trustee* bestellt wird: Innerhalb von 30 Tagen nach der Anordnung kann eine *party in interest* beim *United States trustee* die Einberufung einer Gläubigerversammlung zwecks Wahl eines *trustee* beantragen; das Wahlverfahren entspricht dem für die Wahl eines *trustee* unter *Chapter 7*.⁵³⁹ Nach erfolgter Wahl berichtet der *United States trustee* dem Gericht, unter dessen Genehmigungsvorbehalt die Bestellung steht.⁵⁴⁰ Wurde die Einberufung einer Gläubigerversammlung nicht beantragt, so hat der *United States trustee*, nach Einbeziehung der *parties in interest*, eine unabhängige Person als *trustee* für das Verfahren zu bestellen; die Bestellung steht unter Vorbehalt der gerichtlichen Zustimmung.⁵⁴¹ Der *trustee* muss nicht dem für Liquidationsverfahren geschaffenen *panel of trustees* entstammen, umgekehrt hindert die Zugehörigkeit zum *panel* nicht die Möglichkeit der Bestellung als *trustee* in einem Reorganisationsverfahren.⁵⁴²

b) Aufgaben und Befugnisse

Der *trustee* stellt, ähnlich wie davor der DIP (bzw. dessen Geschäftsleitung), den er durch seine Bestellung ersetzt, den Dreh- und Angelpunkt des Reorganisationsverfahrens dar.⁵⁴³ Ihm obliegt ein Aufgabenprogramm teilweise analog zu dem im Liquidationsverfahren; er ist rechenschafts-

of 2019 (abrufbar unter <https://www.govtrack.us/congress/bills/116/hr3311/text>), der mittlerweile als *Subchapter V* zu *Chapter 11* in den *Bankruptcy Code* inkorporiert wurde, 11 U.S.C. §§ 1181 ff. In diesem Reorganisationsverfahren für kleine Unternehmen (*Small Business Debtor Reorganization*) wird stets ein *trustee* neben dem DIP bestellt, 11 U.S.C. § 1183 (a). Dieser ist dort im Wesentlichen mit der Überwachung des Schuldners und der Unterstützung bei der Planerstellung betraut. Sofern der DIP abgesetzt wird (11 U.S.C. § 1185 (a)), hat er das Unternehmen auch fortzuführen, vgl. 11 U.S.C. § 1183 (b).

539 11 U.S.C. § 1104 (b) (1), FRBP 2007.1 (b); vgl. oben Kap. 2 B.III.1.a).

540 Vgl. 11 U.S.C. § 1104 (b) (2), FRBP 2007.1 (b), (c).

541 Vgl. 11 U.S.C. § 1104 (d), FRBP 2007.1 (c).

542 In re Lathorp Mobile Investors, 55 B.R. 766, 768 (B.A.P. 9th Cir. 1985).

543 Maschmeyer, Handbook for Trustees, P 7.01.

pflichtig für die Masse, prüft Forderungen und hat informatorische Pflichten gegenüber den Verfahrensbeteiligten zu erfüllen.⁵⁴⁴

Das Reorganisationsverfahren ist auf die Sanierung des Schuldners und den Betriebserhalt ausgerichtet. Grundlegend für die Tätigkeit des *trustee* ist daher die Fortführung des Schuldnerbetriebs.⁵⁴⁵ Seine Rolle entspricht dabei derjenigen der Geschäftsleitung des Schuldners.⁵⁴⁶ Im Verfahren nach *Chapter 11* wird der *trustee* damit, ähnlich wie sein deutsches Pendant bei Unternehmensinsolvenzen und im Gegensatz zum Liquidationsverfahren, umfänglich unternehmerisch tätig.⁵⁴⁷ Er hat nach seiner Ernennung insbesondere das Schuldnerunternehmen eingehend in allen wesentlichen Belangen, die relevant im Hinblick auf das Verfahren und die Planerstellung sind, zu untersuchen und zu prüfen, ob die weitere Unternehmensfortführung erfolversprechend ist.⁵⁴⁸ Unprofitable Betriebsteile kann er bereits vor Erstellung des Insolvenzplans liquidieren.⁵⁴⁹ Ferner sind die bereits zu *Chapter 7* erwähnten Instrumente, wie z.B. Anfechtungsrechte und das Wahlrecht bei schwebenden Verträgen, auch unter *Chapter 11* von herausragender Bedeutung für eine erfolgreiche Restrukturierung des Schuldners.

Im Zentrum der Aufgaben des *trustee* steht die Ausarbeitung und Einreichung eines Insolvenzplans.⁵⁵⁰ Seine Tätigkeit ist dabei von enger Zusammenarbeit mit den Ausschüssen der Gläubiger und Anteilseigner geprägt, weshalb dem *trustee*, neben seinen informatorischen Pflichten⁵⁵¹, regelmäßig eine Rolle als Mediator bzw. Vermittler in Interessenkonflikten zwischen den Verfahrensbeteiligten zukommt.⁵⁵² Nach der Planbestätigung⁵⁵³ kann der trustee weiter mit der Verwaltung der Masse und Umsetzung der im Plan festgelegten Maßnahmen betraut sein.⁵⁵⁴

544 Vgl. 11 U.S.C. § 1106 (a) (1), der auf die jeweiligen Pflichten unter *Chapter 7* verweist.

545 11 U.S.C. § 1108.

546 Vgl. Norton, Bankruptcy Law and Practice, § 99:15.

547 Vgl. Maschmeyer, Handbook for Trustees, P 16.01.

548 11 U.S.C. § 1106 (4).

549 Maschmeyer, Handbook for Trustees, P 16.02.

550 11 U.S.C. § 1106 (a) (5).

551 Vgl. §§ 1103 (c) (1), 1106 (a) (1), (4) i.V.m. § 704 (a) (7).

552 Anschaulich hierzu Maschmeyer, Handbook for Trustees, P 16.03.

553 11 U.S.C. § 1129.

554 Maschmeyer, Handbook for Trustees, P 16.05.

3. Charakterisierung des Amtes und der Rechtsstellung des *trustee*

Das Amt des *trustee* ist hybriden Charakters. Er ist ein mehrseitig fremdbestimmter privater Treuhänder und zugleich als *officer of the court* in ein hoheitliches Verfahren eingebunden.

a) Mehrseitig fremdbestimmter Amtstreuhänder

Der *trustee* ist – unabhängig von der Verfahrensart, unter der er bestellt ist – alleiniger Vertreter der Insolvenzmasse und kann als solcher klagen und verklagt werden.⁵⁵⁵ Er wird mit Amtsübernahme nicht Eigentümer des in der Masse zusammengefassten Schuldnervermögens, sondern erhält die Verfügungsbefugnis.⁵⁵⁶ Die Pflichten treffen den *trustee*, ähnlich wie es die Amtstheorie für den deutschen Verwalter vorsieht, als Amtsträger (*official capacity*), nicht in seiner Eigenschaft als Privatperson.

Seine Stellung zu den anderen Verfahrensbeteiligten wird maßgeblich durch seine Funktion als Treuhänder (*fiduciary*) des *estate* bestimmt. Als solcher steht er mit denjenigen, zu deren Gunsten der *estate* existiert (*beneficiaries*), in einem besonderen treuhänderischen Rechtsverhältnis.⁵⁵⁷ Dieses Rechtsverhältnis definiert auch die haftungsrelevanten Pflichten des *trustee*, die *fiduciary duties*. Dabei ist der *bankruptcy trustee*, trotz terminologischer Kongruenzen und struktureller Ähnlichkeiten, nicht mit der

555 Vgl. 11 U.S.C. § 323 (a), (b); bei Verfahrenseröffnung anhängige Gerichtsverfahren, die vom Schuldner betrieben wurden, werden abgewiesen, wenn der *trustee* sich nicht zur Weiterverfolgung entscheidet, vgl. *Solt v. Credit Protection Ass'n, L.P.* (In re *Solt*), 425 B.R. 263, 266 (Bankr. W.D. Va. 2010).

556 Vgl. *Resnick/Sommer*, *Collier on Bankruptcy*, P 323.02 [1]; s. aber noch zur Rechtslage vor dem *Bankruptcy Reform Act of 1978* *Hanisch*, Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, S. 203.

557 Vgl. *Hall v. Perry* (In re *Cochise College Park, Inc.*), 703 F.2d 1339, 1357 (9th Cir. 1983); *Pereira v. Foong* (In re *Ngan Gung Restaurant*), 254 B.R. 566, 570 (Bankr. S.D.N.Y. 2000); *Dye v. Brown* (In re *AFI Holding, Inc.*), 530 F.3d 832, 844 (9th Cir. 2008); In re *Robert Plan Corp.*, 439 B.R. 29, 38 (Bankr. E.D.N.Y. 2010); In re *All Island Truck Leasing Corp.*, 546 B.R. 522, 532 (Bankr. E.D.N.Y. 2016); *E. McCullough*, 15 *Lewis & Clark L. Rev.* 153, 162 (2011); *Maschmeyer*, *Handbook for Trustees*, P 4.02; *Hague*, 121 *W. Va. L. Rev.* 83, 91 ff. (2018); dieselbe Rolle kommt dem DIP zu, vgl. *CFTC v. Weintraub*, 471 U.S. 343, 355 (1985).

Rechtsfigur des *trustee* für ein Treuhandvermögen (*trust*) aus dem *trust law* zu verwechseln oder gleichzusetzen.⁵⁵⁸

Aus der Treuhänderstellung des *bankruptcy trustee* leitet sich seine Funktion als Interessenvertreter aller *beneficiaries*⁵⁵⁹, insbesondere aber der Gläubiger ab.⁵⁶⁰ Dabei ist zu beachten, dass er nicht die „*hired gun*“ der Gläubiger, sondern unabhängig ist.⁵⁶¹ Den Gläubigern steht ihm gegenüber kein Weisungsrecht zu.⁵⁶² Im Einklang mit der *par conditio creditorum* ist er nicht Vertreter der Partikularinteressen einzelner Gläubiger, stattdessen vertritt er die Interessen der Gläubigergesamtheit.⁵⁶³ Ferner ist der *trustee* nicht nur den Interessen der ungesicherten Gläubiger, sondern auch denjenigen der gesicherten Gläubiger verpflichtet.⁵⁶⁴ Im Ergebnis führt er damit seine Tätigkeit, wie der deutsche Verwalter, „mehrseitig fremdbestimmt“ aus.

b) Hybrider Charakter des Amtes des *trustee*

Der *bankruptcy trustee* gilt als „*hybrid official*“.⁵⁶⁵ Sein Amt vereint simultan hoheitliche und privatrechtliche Aspekte.⁵⁶⁶ Auf der einen Seite wird der

558 Vgl. zu den *fiduciary duties* und den Anleihen aus dem *trust law* unten Kap. 3 B.II.2.d)aa).

559 Vgl. In re WHET, Inc., 750 F.2d 149 (1st Cir. 1984); Maschmeyer, Handbook for Trustees, P 4.02.

560 Vgl. Cowans, Bankruptcy Law and Practice, § 2.6, S. 154: „*The concept of a trustee in bankruptcy is that of a creditor representative whose single effort will replace the multiple and often wasteful and competitive efforts of individual creditors.*“; ein Vorrang der Gläubigerinteressen wird deutlich bei In re Bashour, 124 B.R. 52, 54 (Bankr. N.D. Ohio 1991), wo die treuhänderische Pflichtenbindung des *trustee* gegenüber dem Schuldner generell verneint wurde.

561 In re Vasquez, 325 B.R. 30, 37 f. (Bankr. S.D. Fla. 2005).

562 In re Vasquez, 325 B.R. 30, 38 (Bankr. S.D. Fla. 2005); Rhodes, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 155 (2006).

563 Vgl. In re Russo, 18 B.R. 257, 270 f. (Bankr. E.D. N.Y. 1982); Hague, 121 W. Va. L. Rev. 83, 92 (2018).

564 Vgl. LoPucki/Mirick, Strategies for Creditors in Bankruptcy Proceedings, § 7.03, S. 361 f.; Resnick/Sommer, Collier on Bankruptcy, P 323.02 [1]; a.A., für den Vorrang der Interessen der ungesicherten Gläubiger, In re Nadler, 8 B.R. 330, 333 (Bankr. E.D. Pa. 1980); Ford Motor Credit Co. v. Weaver, 680 F.2d 451, 462, Fn. 8 (6th Cir. 1982).

565 Curry v. Castillo (In re Castillo), 297 F.3d 940, 951 (9th Cir. 2002).

566 Vgl. Youngman v. Bursztyn (In re Bursztyn), 366 B.R. 353, 365 (Bankr. D.N.J. 2007); Sousa, 28 Yale J. on Reg. 367, 379 (2011).

trustee nach seiner Bestellung als „*officer of the appointing court*“⁵⁶⁷ in die insolvenzgerichtliche Verfahrensadministration eingebunden. Anordnungen des Insolvenzgerichts, als dessen verlängerter Arm er gilt („*arm of the court*“⁵⁶⁸), hat er auszuführen.⁵⁶⁹ Generell zeigt sich eine vergleichsweise enge verfahrensorganisatorische Anbindung seines Amtes an das Insolvenzgericht. Ferner wird der *trustee* im Liquidationsverfahren vom *United States trustee*, einem Beamten des Justizministeriums, bestellt und beaufsichtigt, zudem verfügt das Insolvenzgericht über etliche Kontrollmittel.⁵⁷⁰ Diese Berührungspunkte mit Hoheitsträgern sind auch der Grund dafür, dass der *trustee* bei Durchsuchung der Wohnung des Schuldners an die Vorgaben des 4. Zusatzartikels zur Verfassung der USA gebunden ist, der Bürger vor unverhältnismäßigen Durchsuchungen durch Träger öffentlicher Gewalt schützt.⁵⁷¹

Auf der anderen Seite steht er in einem treuhänderischen Rechtsverhältnis mit den *beneficiaries*. Er vertritt deren Interessen bei der privatrechtlichen Vermögensabwicklung weisungsfrei und unabhängig. Er ist kein Richter und weder Angestellter der Staatsverwaltung noch steht er unter deren unmittelbarer Kontrolle, sondern unstreitig eine „*private party*“.⁵⁷²

Der hybride Amtscharakter hat bei Fragen zur persönlichen Haftung des *trustee* sowie besonderen Formen der Haftungsbegrenzung zu Widersprüchen und Uneinigkeiten innerhalb der Rechtsprechung und der rechtswissenschaftlichen Literatur geführt, worauf im folgenden Kapitel dezidiert eingegangen wird. Vorausgeschickt werden kann die Analyse *Bogarts*, die Probleme im Konnex von Amtsstellung und Haftung verortet:

„*A bankruptcy trustee is one of the most peculiar of statutory creatures. He is simultaneously a fiduciary and a court appointed officer, and therein lies the problem. Where do the limits of liability in one role end and the liabilities, and limitations on liability for the other, begin?*“⁵⁷³

567 *Kashani v. Fulton* (In re *Kashani*), 190 B.R. 875, 883 (B.A.P. 9th Cir. 1995).

568 *Boullion v. McClanahan*, 639 F.2d 213, 214 (5th Cir. 1981).

569 *Youngman v. Bursztyn* (In re *Bursztyn*), 366 B.R. 353, 365 (Bankr. D.N.J. 2007).

570 *Taunt v. Barman* (In re *Barman*), 252 B.R. 403, 412 (Bankr. E.D. Mich. 2000); vgl. zur insolvenzgerichtlichen Kontrolle unten Kap. 3 B.IV.2.

571 Vgl. *Taunt v. Barman* (In re *Barman*), 252 B.R. 403, 411 f. (Bankr. E.D. Mich. 2000); *Youngman v. Bursztyn* (In re *Bursztyn*), 366 B.R. 353, 365 (Bankr. D.N.J. 2007); *Sousa*, 28 Yale J. on Reg. 367, 378 ff. (2011).

572 Vgl. *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 152 (2006); *Wells v. United States*, 98 B.R. 806, 810 (N.D. Ill. 1989); *Youngman v. Bursztyn* (In re *Bursztyn*), 366 B.R. 353, 365 (Bankr. D.N.J. 2007).

573 *Bogart*, 102 Dick. L. Rev. 703, 709 (1998); ebenso *E. McCullough*, 15 Lewis & Clark L. Rev. 153, 162 (2011).

4. Einsatz professioneller Hilfskräfte durch den *trustee*

Ähnlich wie dem deutschen Insolvenzverwalter wird auch dem *trustee* nicht zugemutet, seine Aufgaben ohne Zuhilfenahme Dritter erfüllen zu müssen. Nach 11 U.S.C. § 327 (a), FRBP 2014 kann der *trustee*, vorbehaltlich gerichtlicher Zustimmung, Rechtsanwälte, Buchhalter, Auktionatoren oder sonstige professionelle Hilfskräfte auf Kosten der Masse anstellen, um ihn bei der Verwaltung zu unterstützen.⁵⁷⁴ Vorgabe ist, dass die jeweilige Person *disinterested*⁵⁷⁵ ist und kein eigenes ökonomisches Interesse gegenläufig zu dem des *estate* hat.⁵⁷⁶ Dem *trustee* wird hinsichtlich der Auswahl der Personen ein weites Ermessen eingeräumt, allerdings muss die Notwendigkeit der Anstellung zumindest nachvollziehbar sein.⁵⁷⁷

Der Aufgabendelegation wurden durch die Rechtsprechung Grenzen gesetzt. Professionelle Hilfskräfte dürfen keine Verwaltungsaufgaben wahrnehmen, die dem *trustee* zur eigenen Ausführung obliegen, sondern sind auf den Tätigkeitsbereich beschränkt, für den sie besonders qualifiziert sind (z.B. als Rechtsanwalt).⁵⁷⁸ Die essentiellen Entscheidungsbefugnisse des *trustee* dürfen nicht delegiert werden.⁵⁷⁹ Nehmen Hilfskräfte die gesetzlichen Pflichten des *trustee* wahr, so erhalten sie hierfür keine Gebüh-

574 Er kann sich auch selbst als Rechtsanwalt oder Buchhalter auf Kosten der Masse anstellen, wenn das Gericht seine Zustimmung erteilt, vgl. 11 U.S.C. § 327 (d); Personen, die keine „*professional persons*“ i.S.d. Vorschrift sind, können vom *trustee* ohne Gerichtszustimmung angestellt werden, s. zur Abgrenzung *Resnick/Sommer*, *Collier on Bankruptcy*, P 327.02 [6] [a].

575 Vgl. die Legaldefinition in 11 U.S.C. § 101 (14).

576 11 U.S.C. § 327 (a). Gemeint ist ein ökonomisches Interesse, das zu einem Wertverlust der Masse oder einem Streitfall führen kann, in dem die Masse konkurrierender Kläger ist, vgl. In re American Printers & Lithographers, Inc., 148 B.R. 862, 864 (Bankr. N.D. Ill. 1992).

577 Vgl. In re Computer Learning Centers, Inc., 272 B.R. 897, 903 (Bankr. E.D. Va. 2001).

578 Vgl. In re King, 88 B.R. 768, 770 (Bankr. E.D. Va. 1988); In re Computer Learning Centers, Inc., 272 B.R. 897, 903 f. (Bankr. E.D. Va. 2001); *McCafferty/Holthus*, 91 Com. L.J. 469, 477 f. (1986); *Resnick/Sommer*, *Collier on Bankruptcy*, P 327.02 [2].

579 In re Computer Learning Centers Inc., 285 B.R. 191, 207 (Bankr. E.D. Va. 2002); weitgehender *DiStefano v. Stern* (In re J.F.D. Enterprises, Inc.), 223 B.R. 610, 630 (Bankr. D. Mass. 1998) (keine Delegation durch den *trustee* unter *Chapter 11*).

renzzahlung⁵⁸⁰ aus der Masse.⁵⁸¹ Eine Totaldelegation von Aufgaben ist verboten und zieht Haftungskonsequenzen nach sich, weil die gerichtliche Kontrolle über die erforderlichen Qualifikationen des *trustee* hierdurch umgangen würde.⁵⁸² Zudem birgt sie die Gefahr einer ungerechtfertigten Masseschmälerung, wenn diese mit den zweifachen Gebühren für die gleiche Tätigkeit belastet würde, ferner würde die gesetzlich vorgegebene Aufgabenzuweisung unterlaufen.⁵⁸³ Weil sich die Grenzziehung zwischen den Tätigkeitsbereichen des *trustee* und der professionellen Hilfskraft miteinander schwierig gestalten kann, ist zu empfehlen, die Aufgabe, aufgrund derer die Hilfskraft angestellt werden soll, im Anstellungsantrag an das Gericht⁵⁸⁴ eindeutig anzugeben.⁵⁸⁵

IV. Aufsicht und gesetzliche Kontrollmechanismen

Bei der Untersuchung der Verfahrensstellung des *trustee* kommt der Frage der Reichweite seines autonomen Handlungsrahmens eine Schlüsselrolle zu. Für dessen Bestimmung sind seine Entscheidungskompetenzen im Zusammenspiel mit den Befugnissen der anderen Verfahrensorgane zu skizzieren. Konkret geht es hierbei um die Aufsichtstätigkeit der Gläubiger und des *United States trustee*. Daneben sind gesetzlich verankerte Verfahrensstrukturmerkmale von besonderer Relevanz.

1. Aufsicht durch die Verfahrensorgane

Die Aufsicht über den *trustee* im Sinne einer aktiven Überwachungstätigkeit obliegt dem *United States trustee* und den Gläubigerausschüssen.

580 Vgl. 11 U.S.C. § 330 (a).

581 In re Shades of Beauty, Inc., 56 B.R. 946, 949 (Bankr. E.D. N.Y. 1986); In re King, 88 B.R. 768, 770 (Bankr. E.D. Va. 1988); anderes kann in komplexen Ausnahmefällen gelten, vgl. hierzu United States Trustee v. Porter, Wright, Morris & Arthur (In re J.W. Knapp Co.), 930 F.2d 386, 388 (4th Cir. 1991).

582 Vgl. für den *trustee* im Reorganisationsverfahren In re Lowry Graphics, 86 B.R. 74, 76 (Bankr. S.D. Tex. 1988).

583 Vgl. In re Meade Land & Development Co., Inc., 527 F.2d 280, 285 (3rd Cir. 1975).

584 Vgl. FRBP 2014 (a).

585 Vgl. In re King, 88 B.R. 768, 770 (Bankr. E.D. Va. 1988).

a) Aufsichtstätigkeit des *United States trustee*

aa) Grundsätzliches zum Amt des *United States trustee*

Das U.S.-amerikanische Insolvenzrecht beherbergt mit dem *United States trustee* ein Verfahrensorgan, das im deutschen Insolvenzrecht kein Gegenstück hat.⁵⁸⁶ Geschaffen wurde das Amt im Zuge des *Bankruptcy Reform Act of 1978*, um die administrativen Tätigkeiten des Insolvenzverfahrens, wie z.B. die Ernennung von *trustees*⁵⁸⁷, die bis dahin vom Gericht übernommen wurden, auf die Staatsverwaltung, also die Exekutive zu übertragen.⁵⁸⁸ Gerichtliche Entscheidungen sollten weiterhin ausschließlich in Händen der Justiz verbleiben.⁵⁸⁹ Die mit der Reform bezweckte Abtrennung rein administrativer Tätigkeiten von den Gerichten diente u.a. der Wahrung der Unparteilichkeit der Richter; diese hatten davor in kontradiktorischen Verfahren zu entscheiden, in denen der *trustee*, den sie selbst ernannt hatten, Partei war.⁵⁹⁰ Für die 21 aus Bundesgerichtsbezirken zusammengesetzten Regionen ernannt der *Attorney General*⁵⁹¹ jeweils einen *United States trustee* für eine Amtszeit von fünf Jahren.⁵⁹²

bb) Aufgaben im Verfahren

Zunächst hat der *United States trustee* das Recht, sich zu jeglicher Angelegenheit in Bezug auf ein Verfahren unter dem *Bankruptcy Code* zu

586 S. aber *Pollmächer/Siemon*, NZI 2017, 93, 96 ff. zur Idee eines „Bundesinsolvenzverwalters“, die auch auf dem Vorbild des *United States trustee* basiert.

587 Vgl. 11 U.S.C. §§ 701 (a) (1), 1104 (d).

588 Vgl. *Norton*, Bankruptcy Law and Practice, § 26:1; *Brooks v. U.S.*, 127 F.3d 1192 (9th Cir. 1997). Das reformierte Verwaltungssystem wurde in allen Bundesstaaten bis auf Alabama und North Carolina umgesetzt, wo *Bankruptcy Administrators* ähnliche Aufgaben wie der *United States trustee* wahrnehmen, vgl. *Resnick/Sommer*, *Collier on Bankruptcy*, P 6.01.

589 *In re Crosby*, 93 B.R. 798, 802 (Bankr. S.D. Ga. 1988).

590 Vgl. *Cowans*, Bankruptcy Law and Practice, § 2.09, S. 174 f. Dies hatte auch das Vertrauen der anderen Prozesspartei in die richterliche Unabhängigkeit beeinträchtigt, s. hierzu und weiteren Gründen für die Reform *Resnick/Sommer*, *Collier on Bankruptcy*, P 6.01.

591 Der *Attorney General* ist Vorsitzender des *United States Department of Justice* und wird von Präsidenten der USA ernannt, 28 U.S.C. § 503.

592 28 U.S.C. § 581 (a), (b).

äußern und gerichtliches Gehör zu erhalten (*right to be heard*).⁵⁹³ Sein Vorbringen muss keine ökonomische Relevanz aufweisen, weil er das öffentliche Interesse an der gesetzmäßigen Durchführung des Insolvenzverfahrens vertritt.⁵⁹⁴ Er kann ferner gegen Gerichtsentscheidungen Berufung einlegen.⁵⁹⁵ Daneben trifft ihn ein vielfältiges Aufgabenprogramm.⁵⁹⁶ Ihm obliegt z.B. die Einrichtung und Beaufsichtigung des *panel of private trustees* für den Einsatz im Liquidationsverfahren.⁵⁹⁷ Falls notwendig, hat er eigenständig die Aufgaben eines *trustee* unter den verschiedenen Verfahrensarten wahrzunehmen.⁵⁹⁸

Neben der bereits erwähnten Zuständigkeit für die Bestellung von *trustees* kommt ihm im Verfahren die Rolle eines Aufsichtsorgans zu, wobei sich die Aufsichtspflicht generell auf die Verfahrensadministration, d.h. auch, aber nicht nur, auf die Tätigkeit von *trustees* bezieht.⁵⁹⁹ Er hat z.B. Anträge auf Gebührenzahlungen aus der Masse zu prüfen und gegebenenfalls Widerspruch dagegen einzulegen⁶⁰⁰, Insolvenzpläne zu kontrollieren (*monitoring*) und dem Gericht Kommentare darüber zuzuleiten⁶⁰¹, nach seinem Ermessen dafür zu sorgen, dass der Schuldner seinen Berichts- und Gebührenzahlungspflichten nachkommt⁶⁰², dem *United States attorney* Hinweise auf etwaige Straftaten zuzuleiten und ihn gegebenenfalls bei der Strafverfolgung zu unterstützen⁶⁰³ sowie generell den Fortschritt des Verfahrens zu überwachen und nach eigenem Ermessen zu intervenieren, um unnötige Verzögerungen zu vermeiden⁶⁰⁴. Zusammengefasst zielt die Aufsichtspflicht des *United States trustee* darauf ab, die effiziente, zweckorientierte und gesetzeskonforme Durchführung des Verfahrens zu

593 11 U.S.C § 307.

594 Vgl. In re Clark, 927 F.2d 793, 796 (4th Cir. 1991); Adams v. Zarnel (In re Zarnel), 619 F.3d 156, 162 (2nd Cir. 2010).

595 In re Revco D.S., Inc., 898 F.2d 498, 500 (6th Cir. 1990).

596 Vgl. im Einzelnen 28 U.S.C. 586 (a), (b), (e), (f). Zur effektiven Wahrnehmung seiner Aufgaben sichern FRBP 2002 (k), 5005 (b), 9034 die informatorische Einbeziehung des *United States trustee* ab, hierzu Norton, Bankruptcy Law and Practice, § 26:3.

597 28 U.S.C. § 586 (a) (1).

598 28 U.S.C. § 586 (a) (2).

599 Er hat z.B. auch die Tätigkeit des Gläubigerausschusses zu überwachen, 28 U.S.C. § 586 (a) (E).

600 28 U.S.C. § 586 (3) (A) (i), (ii).

601 28 U.S.C. § 586 (3) (B), (C).

602 28 U.S.C. § 586 (3) (D).

603 28 U.S.C. § 586 (3) (F).

604 28 U.S.C. § 586 (a) (3) (G).

fördern.⁶⁰⁵ Trotz umfassender Einbeziehung in die Verfahrensabwicklung ist seine Rolle als eher passiv zu klassifizieren. An unmittelbaren Eingriffsbefugnissen und gerichtlichen Entscheidungskompetenzen fehlt es ihm.⁶⁰⁶ Insbesondere steht ihm gegenüber dem *trustee* kein Weisungsrecht zu⁶⁰⁷, stattdessen verwirklicht er seine Aufsichtspflicht über den Weg zum Gericht und Beantragung entsprechender Verfügungen.⁶⁰⁸ Treffend wird die Rolle des *United States trustee* daher auch als die des „*watchdog of the bankruptcy system*“⁶⁰⁹ beschrieben.

b) Aufsichtstätigkeit der Gläubigerausschüsse

Die Aufsichtsfunktion ist bei den Gläubigerausschüssen verortet. Die Gläubigerversammlung ist hiermit nicht befasst, was mit ihrer im Vergleich zur Gläubigerversammlung der InsO begrenzten Bedeutung für die laufende Verwaltung korrespondiert.⁶¹⁰

aa) Liquidationsverfahren

Im Verfahren nach *Chapter 7* steht die Einrichtung eines Gläubigerausschusses (*creditors' committee*) im Ermessen der Gläubiger. Dieser wird auf der ersten Gläubigerversammlung durch die zur Wahl des *trustee* gem. 11 U.S.C. § 702 (a) berechtigten, ungesicherten Gläubiger gewählt und besteht aus mindestens drei und höchstens elf zur Teilnahme an der Schlussverteilung berechtigten, ungesicherten Gläubigern.⁶¹¹ Der Ausschuss berät den *United States trustee* sowie den *trustee* hinsichtlich der Verfahrensdurchführung und Aufgabenerfüllung und spricht diesbezüglich Empfehlungen aus; ferner kann er Fragen zur Verfahrensadministration an das Gericht

605 *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 6.11.

606 S. exemplarisch *In re Crosby*, 93 B.R. 798 (Bankr. S.D. Ga. 1988) (Ablehnung des vom *United States trustee* beantragten Verfahrenswechsels, trotz Verstoßes des Schuldners gegen ihm auf Basis des Aufsichtsrechts auferlegte Vorgaben).

607 Vgl. *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 6.11.

608 Vgl. *Treister/Trost/Forman/Klee/Levin*, Fundamentals, S. 75.

609 *Curry v. Castillo* (*In re Castillo*), 297 F.3d 940, 950 (9th Cir. 2002).

610 Die Entscheidung über die Art des Verfahrens wird bereits mit der *order for relief* getroffen und obliegt, anders als in Deutschland, nicht der Gläubigerversammlung, vgl. *Heese*, Gläubigerinformation, 233 f.

611 Vgl. 11 U.S.C. §§ 705 (a), 726 (a) (2).

oder den *United States trustee* richten.⁶¹² Die Tätigkeit des Ausschusses beschränkt sich in der Regel auf diese Beratungsfunktion; ein Anspruch auf gerichtliches Gehör auf eigene Initiative (*right to be heard*) in Bezug auf jegliche Maßnahme im Verfahrensablauf steht dem Ausschuss, im Unterschied zum *United States trustee* und dem Gläubigerausschuss im Reorganisationsverfahren⁶¹³, nicht zu.⁶¹⁴

Obwohl der Gläubigerausschuss Aspekte der Masseverwaltung durch den *trustee* zur Sprache bringen und entsprechende Fragen an das Gericht richten kann, lässt sich seine Tätigkeit nicht im gleichen Maße als Aufsicht im Sinne einer Kontrolle und Hinwirkung auf gerichtlich Maßnahmen wie diejenige des *United States trustee* klassifizieren. Darüber hinaus kommt es in der Praxis im Liquidationsverfahren nur selten zur Wahl eines Ausschusses. Dies ist darin begründet, dass die Tätigkeit von professionellen Angestellten des Ausschusses (z.B. eines Rechtsanwalts) nicht aus der Masse vergütet wird⁶¹⁵ und die Verwaltung durch den *trustee*, auf dessen Auswahl die Insolvenzgläubiger maßgeblichen Einfluss haben, in der Regel als ausreichend angesehen wird.⁶¹⁶

bb) Reorganisationsverfahren

(1) Konstituierung und Rechtsstellung

Anders als im Liquidationsverfahren ist die Einsetzung eines Gläubigerausschusses im Verfahren nach *Chapter 11* obligatorisch.⁶¹⁷ Nach der *order for relief* ernennt der *United States trustee* einen Ausschuss der ungesicherten Gläubiger sowie, nach seinem Ermessen, weitere Ausschüsse, z.B. den der gesicherten Gläubiger⁶¹⁸ oder den der gesellschaftsrechtlich Beteiligten (*committee of equity security holders*).⁶¹⁹ Zur Zusammensetzung des Gläubi-

612 11 U.S.C. § 705 (b), FRBP 2002 (i).

613 Vgl. 11 U.S.C. § 1109 (b).

614 *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 705.03 [2].

615 In re MF Global Inc., 462 B.R. 36, 41 (Bankr. S.D.N.Y. 2011).

616 Vgl. *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 341.02 [5] [c].

617 Die Ausnahme bilden *small business cases* oder Verfahren nach *Subchapter V*, 11 U.S.C. § 1102 (a) (3).

618 In re Diversified Capital Corp., 89 B.R. 826, 831 (Bankr. C.D. Cal. 1988).

619 11 U.S.C. § 1102 (a) (1). Die Einsetzung zusätzlicher Ausschüsse kann auch nach Antrag einer *party in interest* durch das Gericht angeordnet werden, wenn dies zur Vertretung der entsprechenden Gläubiger bzw. gesellschaftsrechtlich

gerausschusses gibt 11 U.S.C. § 1102 (b) (1) vor, dass er aus den Gläubigern mit den sieben höchsten Forderungen gegen den Schuldner bestehen soll, so sie sich bereiterklären. Allerdings wird dem *United States trustee* hierfür ein weites Ermessen eingeräumt und die tatsächliche Zusammensetzung des Gläubigerausschusses kann von den Vorgaben abweichen.⁶²⁰ Die Tätigkeit als Mitglied des Gläubigerausschusses wird nicht vergütet.⁶²¹ Vorbehaltlich gerichtlicher Zustimmung kann der Ausschuss professionelle Hilfskräfte, z.B. einen Rechtsanwalt, zur Unterstützung seiner Tätigkeit anstellen⁶²², deren Gebühren aus Mitteln der Masse vergütet werden.⁶²³

Der Gläubigerausschuss fungiert als Organ zur Vertretung der Interessen der Gesamtheit der durch ihn repräsentierten Gläubigerklasse und damit als Gegengewicht zum in der Regel durch Eigeninteressen geleiteten DIP.⁶²⁴ Hiermit korrespondiert eine treuhänderische Pflichtenstellung gegenüber den Vertretenen⁶²⁵ und, bei schweren Verfehlungen, auch die persönliche Haftung der Ausschussmitglieder.⁶²⁶

(2) Aufgaben und Befugnisse

Der Gläubigerausschuss nimmt nicht zuletzt aufgrund seiner Involvierung in den Verhandlungen über den Insolvenzplan eine elementare Position im Verfahren ein.⁶²⁷ Durch den *Bankruptcy Code* ist er mit Rechten versehen, mit denen er in nicht unerheblichem Maße Kontrolle über den Schuldner ausüben kann. Hierzu gehört zunächst die Möglichkeit des

Beteiligten erforderlich ist, 11 U.S.C. § 1102 (1), (2). Die Beweislast hierfür trägt der Antragsteller, vgl. In re Dow Corning Corp., 194 B.R. 121, 144 (Bankr. E.D. Mich. 1994).

620 Norton, Bankruptcy Law and Practice, § 98:9.

621 Allerdings können Auslagen eines Ausschussmitglieds, die im Zuge der Erfüllung der Aufgaben für den Ausschuss angefallen sind, aus der Masse bezahlt werden, 11 U.S.C § 503 (b) (3) (F).

622 11 U.S.C. § 1103 (a), FRBP 2014, 5002.

623 11 U.S.C. § 330 (a) (1), 503 (b) (2).

624 Vgl. In re AKF Foods, Inc., 36 B.R. 288, 289 f. (E.D.N.Y. 1984. Der Entzug administrativer Aufgaben vom Insolvenzrichter im Zuge der Schaffung des *Bankruptcy Code* sollte durch die Tätigkeit des Gläubigerausschusses unter *Chapter 11* kompensiert werden, vgl. In re Western Management, Inc., 6 BR. 438, 443 (Bankr. W.D. Ky. 1980).

625 Nimmer/Feinberg, 6 Bankr. Dev. L.J. 1, 29 (1989).

626 Vgl. Resnick/Sommer, Collier on Bankruptcy, P 1103.05 [2], [3].

627 Hierzu Norton, Bankruptcy Law and Practice, § 98:1.

Hinwirkens auf die Einsetzung eines *trustee* anstelle der Geschäftsleitung des Schuldners.⁶²⁸ Bereits die Androhung des Antrags zur Einsetzung eines *trustee* wirkt als starkes Druckmittel gegenüber dem DIP.⁶²⁹ In der späteren Wahl und Amtsübernahme, so das Gericht seine Einsetzung anordnet, manifestiert sich die Kontrollmacht des Ausschusses, denn dem *trustee* obliegt u.a. die Untersuchung der finanziellen Verhältnisse des Schuldners⁶³⁰, wodurch eine entsprechende Untersuchung durch den Gläubigerausschuss⁶³¹ obsolet wird.⁶³² Zu beachten ist, dass der *trustee* zwar von den Gläubigern gewählt wird, er jedoch nicht deren alleiniger Interessenvertreter ist; ferner könnten Gerichte, nachdem die Gläubiger mit der Einsetzung des *trustee* erfolgreich waren, weiteren Versuchen der Einflussnahme auf den Schuldner kritisch gegenüberstehen.⁶³³

Der Gläubigerausschuss steht im Rahmen des Reorganisationsprozesses im engen Austausch mit dem *trustee* bzw. dem DIP.⁶³⁴ Seine Bedenken und Vorschläge zur Verfahrensabwicklung sind durch das jeweilige Verwaltungsorgan zu beachten und in Entscheidungsprozesse einzubeziehen. Gleichwohl übt er keine direkte Kontrolle über die Verwaltung im Sinne eigener Entscheidungskompetenzen aus, sondern kann seine Interessen im Hinblick auf einzelne Verwaltungsmaßnahmen im Zusammenspiel mit den gesetzlichen Anhörungs- und Widerspruchsrechten auf gerichtlichem Wege geltend machen⁶³⁵, auf die sogleich einzugehen ist. Es besteht auch kein Weisungsrecht gegenüber dem *trustee*.⁶³⁶ Im Übrigen vertritt der Gläubigerausschuss die Interessen der durch ihn vertretenen Gläubiger bei den Verhandlungen über den Insolvenzplan.⁶³⁷ Neben seiner unmittelbaren Involvierung in den Prozess der Planerstellung stellt sein Einfluss auf die von ihm Vertretenen und damit auf die Zustimmung zum Plan ein elementares Kontrollmittel gegenüber dem Schuldner dar.⁶³⁸

628 11 U.S.C. § 1103 (c) (4) i.V.m. § 1104 (a).

629 *Nimmer/Feinberg*, 6 Bankr. Dev. J. 1, 54 (1989); *Kelch*, 38 Wayne L. Rev. 1323, 1366 (1992).

630 11 U.S.C. § 1106 (a) (3).

631 11 U.S.C. § 1103 (c) (2).

632 Vgl. *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 1103.05 [1] [c].

633 Vgl. *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 1103.05 [1] [e].

634 11 U.S.C. § 1103 (c) (1).

635 *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 1103.05 [1] [b].

636 *In re Vasquez*, 325 B.R. 30, 38 (Bankr. S.D. Fla. 2005); vgl. auch Kap. 2 B.III.3.a).

637 11 U.S.C. § 1103 (c) (3).

638 *Nimmer/Feinberg*, 6 Bankr. Dev. J. 1, 54 (1989).

2. Verfahrensstrukturelle Kontrollmechanismen

Prägend für das U.S.-amerikanische Insolvenzverfahren sind gesetzlich verankerte Mechanismen, die den Verfahrensbeteiligten Kontrolle über die Verfahrensabwicklung geben und damit den Bereich autonomer Entscheidungsmöglichkeiten des *trustee* bzw. DIP einschränken.

a) Zwingende Benachrichtigungserfordernisse und Anhörungsmöglichkeiten

Eine zentrale Rolle kommt der Regelung des 11 U.S.C. § 363 (b) zu, wonach der *trustee* Massegegenstände außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsgangs nur nach Benachrichtigung der Verfahrensbeteiligten⁶³⁹ und entsprechender Möglichkeit gerichtlicher Anhörung (*after notice and a hearing*⁶⁴⁰) in Gebrauch nehmen, veräußern oder vermieten darf.⁶⁴¹ Der Widerspruch eines Gläubigers gegen die beabsichtigte Maßnahme leitet ein Streitiges Verfahren ein, das mit einer Entscheidung des Insolvenzgerichts endet.⁶⁴² Eine Maßnahme unter Missachtung der Vorgaben von 11 U.S.C. § 363 (b) (1) ist, je nach gerichtlicher Auffassung, unwirksam oder anfechtbar.⁶⁴³

Die Regelung macht Alleingänge des *trustee* unmöglich, fördert die Verfahrenstransparenz und unterwirft besondere Verwaltungsmaßnahmen der Gläubiger- und Gerichtskontrolle.⁶⁴⁴ Unverkennbar wird der unabhängige Entscheidungsspielraum des *trustee* hierdurch, insbesondere im Vergleich zum deutschen Verwalter, erheblich beschränkt.⁶⁴⁵ Aus Sicht

639 Adressaten der Benachrichtigung sind u.a. der Schuldner sowie die Gläubiger, vgl. FRBP 6004 (a), 2002 (a) (2).

640 Eine Anhörung hat aber nur tatsächlich stattzufinden, wenn dies durch einen Beteiligten gefordert wird, s. die Legaldefinition unter 11 U.S.C. § 102 (1).

641 S. zur Bedeutung der Regelung bei übertragenden Sanierungen im Reorganisationsverfahren *Resnick/Sommer*, *Collier on Bankruptcy*, P 363.02 [3].

642 FRBP 6004 (b), 9014; vgl. *Heese*, Gläubigerinformation, S.217; nur im Falle eines Widerspruchs kommt es zur Gerichtsentscheidung, ansonsten ist sie keine Voraussetzung unter 11 U.S.C. § 363 (b), vgl. *Resnick/Sommer*, *Collier on Bankruptcy*, P 363.02 [1]; vgl. zum Prüfungsumfang des *bankruptcy court* unten Kap. 4 B.III.3.a).

643 Vgl. *In re Weisser Eyecare, Inc.*, 245 B.R. 844, 850 (Bankr. N.D. Ill. 2000).

644 Vgl. *Myers v. Martin* (In re Martin), 91 F.3d 389, 395 (3rd Cir. 1996).

645 So in Bezug auf das Liquidationsverfahren auch *Heese*, Gläubigerinformation, S. 217.

des U.S.-amerikanischen Gesetzgebers ist dies notwendig, um die Interessen der Gläubiger bei bedeutsamen Maßnahmen abzusichern⁶⁴⁶; hierbei soll die Beschränkung der Benachrichtigungspflicht auf eben diese Maßnahmen den bestmöglichen Ausgleich zwischen Verwalterunabhängigkeit und effizienter Verfahrensabwicklung sowie Beteiligtenkontrolle bei möglichst geringer Gerichtsinvolvierung erzielen.⁶⁴⁷ Dem Aspekt der Verfahrensökonomie wird der durch 11 U.S.C. § 363 (b) (1) vermittelte Gläubigerschutz auch dadurch gerecht, dass der *bankruptcy court* nicht zwangsläufig in jede Transaktionsentscheidung involviert wird, sondern nur, wenn ein Widerspruch gegen eine Maßnahme ergangen ist.⁶⁴⁸

Strukturell ähnlich ausgestaltet ist die Regelung des 11 U.S.C. § 364 (b). Will der *trustee* außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsgangs ein unbesichertes Darlehen aufnehmen, das aus Mitteln der Masse bedient wird, so kann er dies nur nach vorheriger Benachrichtigung der Beteiligten und gerichtlicher Anordnung.⁶⁴⁹ Gleiches gilt für die Vereinbarung erstrangiger (*superpriority*) oder besicherter Massekredite durch den *trustee*.⁶⁵⁰ Auch die Freigabe massebelastender Vermögensgegenstände durch den *trustee* setzt die Benachrichtigung und Widerspruchsmöglichkeit der Verfahrensbeteiligten voraus.⁶⁵¹ Nach eingelegtem Widerspruch setzt das Gericht einen Anhörungstermin mit den Beteiligten an, um die Sachlage zu erörtern.⁶⁵²

Wie bereits angedeutet, sieht das U.S.-amerikanische Insolvenzrecht unbeeinflusste Handlungsautonomie für den *trustee* oder DIP insbesondere bei Maßnahmen im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsgangs vor.⁶⁵³

646 Vgl. *Bienenstock*, 61 U. Cin. L. Rev. 543, 564 (1992).

647 Instruktiv *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 1108.02 [4]; zusätzlichen Schutz erfährt die Rechtsposition gesicherter Gläubiger durch 11 U.S.C. § 363 (c) (2) (A), wonach dem *trustee* die Nutzung oder Veräußerung von „*cash collateral*“ (vgl. die Legaldefinition in 11 U.S.C. §§ 363 (a), 101 (49)) nur unter Zustimmung des jeweiligen berechtigten Gläubigers gestattet ist, sowie durch 11 U.S.C. § 363 (e), der einem Beteiligten die Möglichkeit gibt, den Verkauf bzw. die Nutzung von Vermögensgegenständen, an denen er berechtigt ist, durch das Gericht verhindern oder unter Bedingungen stellen zu lassen, die ihn unter den Vorgaben von 11 U.S.C. § 361 (*adequate protection*) schadlos stellen, s. zum Ganzen *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 363.05.

648 Vgl. *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 363.02 [1] [e].

649 11 U.S.C. § 364 (b); zu den Folgen fehlerhafter Nichteinholung der gerichtlichen Zustimmung *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 364.03 [2].

650 11 U.S.C. § 364 (c); vgl. hierzu *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 364.04.

651 11 U.S.C. § 554 (a).

652 FRBP 6007 (a); vgl. *Maschmeyer*, Handbook for Trustees, P 14.13.

653 Vgl. auch *Nimmer/Feinberg*, 6 Bankr. Dev. J. 1, 12 (1989).

Verfügungen über Massegegenstände oder die Vereinbarung eines Massekredits können in diesen Fällen ohne die vorherige Benachrichtigung und Anhörungsmöglichkeit der Gläubiger vorgenommen werden.⁶⁵⁴ Weil diese Privilegierungen nur für fortgeführte Unternehmen gelten, sind sie für das Liquidationsverfahren nur von nachrangiger praktischer Bedeutung.⁶⁵⁵ Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die gesetzlich verankerte Kontrolle durch die anderen Verfahrensbeteiligten umso geringer ist, je weniger bedeutsam eine Maßnahme in unternehmerischer Hinsicht ist und je geringer ihre Auswirkungen auf die Beteiligten sind.⁶⁵⁶

b) Gerichtliche Zustimmungsvorbehalte

Ein weiteres Charakteristikum des U.S.-amerikanischen Insolvenzverfahrens sind die zahlreichen Zustimmungsvorbehalte des Insolvenzgerichts bei einzelnen Verwaltungsmaßnahmen, für die es im deutschen Recht kein direktes Äquivalent gibt. Neben dem bereits erwähnten gerichtlichen Vorbehalt bei der Aufnahme von Darlehen besteht ein solcher auch bei der Erfüllungs- oder Ablehnungswahl beidseitig nicht vollständig erfüllter Verträge (*executory contracts*).⁶⁵⁷ Der *trustee* hat mittels *motion* an das Insolvenzgericht dessen Zustimmung (*court approval*) zu beantragen, hierüber hat er den anderen Vertragsteil und den *United States trustee* zu benachrichtigen.⁶⁵⁸ Durch die Maßnahme betroffene Verfahrensparteien können dem Vorhaben widersprechen.⁶⁵⁹ Die gerichtliche Zustimmung ist ebenso, neben der Anhörungs- und Widerspruchsmöglichkeit der anderen Verfahrensbeteiligten, bei Vereinbarung eines Vergleichs erforderlich.⁶⁶⁰ Auch die Einstellung professioneller Hilfskräfte auf Kosten der Masse bedarf gem. 11 U.S.C. § 327 (a) der Zustimmung des Insolvenzgerichts.

Der *bankruptcy court* ist damit stetig in Verwaltungsentscheidungen einbezogen, entweder weil widerspruchsberechtigte Beteiligte ein Streitiges

654 Vgl. 11 U.S.C. §§ 363 (c) (1), 364 (a).

655 So bereits Heese, Gläubigerinformation, S. 217. Gleichwohl kann die Regelung des 11 U.S.C. § 363 (c) (1) auch im Liquidationsverfahren Bedeutung erlangen, z.B. wenn der *trustee* Verträge zu erfüllen hat, vgl. Resnick/Sommer, Collier on Bankruptcy, P 363.03.

656 Vgl. Kelch, 38 Wayne L. Rev. 1323, 1366 (1992).

657 11 U.S.C. § 365 (a).

658 FRBP 6006 (a), (c), 9014.

659 Resnick/Sommer, Collier on Bankruptcy, P 365.03 [1].

660 FRBP 9019 (a).

Verfahren eingeleitet haben oder weil das Gesetz die gerichtliche Zustimmung als Voraussetzung für einzelne Maßnahmen vorsieht. Auch wenn die Gerichte in der Regel der Entscheidung des *trustee* folgen und nicht ihr eigenes Ermessen an dessen Stelle setzen⁶⁶¹, wirkt sich dieser Umstand erheblich zu Lasten der unbeeinflussten Handlungsmacht des *trustee* aus.

C. Vergleichsergebnisse

I. Begründung der Amtsstellung

Auffälligster (Struktur-)Unterschied zwischen beiden Rechtsordnungen ist, dass das Reorganisationsverfahren unter dem *Bankruptcy Code* in der Regel ohne Verwalterbestellung durchgeführt wird. Die trotz gegenläufiger Stimmen der Literatur bestehende ablehnende Grundhaltung gegenüber der Fremdverwaltung wird mit den erhöhten Transaktionskosten und der Anreizwirkung für die frühzeitige Antragstellung durch den Schuldner begründet⁶⁶²; sie fügt sich in das Bild vom schuldnerschutzfokussierten U.S.-amerikanischen Insolvenzrecht.⁶⁶³ Unbeschadet dessen kommt die Verwalterbestellung auch unter *Chapter 11* vor. Sie ist als Kontrollmaßnahme gegen den DIP zu verstehen, denn sie wird auf Antrag einer *party in interest* durch das Insolvenzgericht angeordnet, wenn ein Grund vorliegt. Anders sieht es beim praktisch am häufigsten beantragten Liquidationsverfahren aus. Dort ist, wie unter der InsO, die Fremdverwalterbestellung obligatorisch.⁶⁶⁴

Hinsichtlich der Begründung der Amtsstellung weisen beide Rechtsordnungen weitgehende Gemeinsamkeiten auf. Die Fremdverwalter werden jeweils durch hoheitlichen Akt legitimiert. In Deutschland ist das Insolvenzgericht⁶⁶⁵, in den USA der *United States trustee*, für die Bestellung verantwortlich. Obwohl nicht zwingend, werden in der Praxis jeweils vornehmlich Rechtsanwälte als natürliche Personen zum Verwalter bestellt, zudem bleibt meist der vorläufige Verwalter auch Verwalter im eröffneten Verfahren. Das Wahlprocedere ähnelt sich strukturell, weist im Ein-

661 Vgl. zur gerichtlichen Kontrolle von Ermessensentscheidungen des *trustee* unten Kap. 4 B.III.3.a).

662 Vgl. oben Kap. 2 B.III.2.a)aa).

663 Vgl. oben Kap. 1 A.III.

664 Vgl. oben Kap. 2 B.III.1.a).

665 Vgl. oben Kap. 2 A.I.1.

zelen aber Unterschiede auf. Jeweils wird die Auswahl des Verwalters den Gläubigern als Abstimmung anheimgestellt, wobei in den USA, anders als unter der InsO, die gesicherten Gläubiger, also die Äquivalente zu den Absonderungsberechtigten, nicht zur Wahl berechtigt sind. Im Liquidationsverfahren ist ferner ein Antragsquorum von 20% der Insolvenzforderungen erforderlich, um eine andere Person als *trustee* wählen zu können. Zudem muss dasselbe Quorum auch bei der Abstimmung über den Amtskandidaten erreicht werden. Anders als unter der InsO ist dann aber nur die einfache Forderungsmehrheit und keine zusätzlich Kopfmehrheit erforderlich. Die gleichen Wahlvoraussetzungen bestehen auch bei der Bestellung des *trustee* im Verfahren nach *Chapter 11*, sofern das Gericht diese anordnet. Im Ergebnis schreibt das U.S.-amerikanische Insolvenzrecht damit höhere Hürden für die Verwalterwahl vor und zieht den Kreis der Wahlberechtigten enger als das deutsche Insolvenzrecht.

II. Aufgaben und Funktion im Verfahren

Stellt man dem einheitlichen⁶⁶⁶ deutschen Insolvenzverfahren das Liquidationsverfahren nach *Chapter 7* und das Reorganisationsverfahren nach *Chapter 11* in Gesamtbetrachtung gegenüber, so zeigen sich weitgehende Kongruenzen hinsichtlich des Aufgabenprofils⁶⁶⁷ und damit der Funktion der jeweiligen Fremdverwalter. Zunächst ist dabei festzuhalten, dass die Bestimmung des konkreten Verfahrensziels, also die zerschlagende Liquidation oder die Fortführung des Krisenunternehmens mit Hoffnung auf einen (Teil-) Betriebserhalt oder eine echte Sanierung, jeweils nicht dem Verwalter, sondern den Gläubigern bzw., in den USA, dem Schuldner im Zusammenspiel mit Letzteren obliegt. Der Schuldner gibt dort die Verfahrensrichtung mit Antragstellung vor, unbeschadet eines möglichen Fremdantrags oder Hinwirkens der anderen Verfahrensparteien auf eine *conversion*, und handelt unter *Chapter 11* mit den anderen Verfahrensparteien die Inhalte des Insolvenzplans aus.⁶⁶⁸

666 Hierzu im Zusammenhang mit der Insolvenzrechtsreform Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 4.04.

667 Vgl. für den Insolvenzverwalter oben Kap. 2 A.I.2. und unten Kap. 4 B.II.1.b); für den *bankruptcy trustee* oben Kap. 2 B.III.1.b), 2.b) und unten Kap. 4 B.II.2.b)bb).

668 Vgl. oben Kap. 2 B.II.2., 3.b), c).

Beide Fremdverwalter sind für die Insolvenzmasse allein verwaltungszuständig und Verfügungsbefugt. Zu den Kernaufgaben beider gehört die Inbesitznahme und Anreicherung der Masse mit Maßnahmen wie der gerichtlichen und außergerichtlichen Geltendmachung von Masseforderungen, der Prüfung der Forderungen von Gläubigern und der Anfechtung vorinsolvenzlicher masseschmälernder Handlungen. Die Verwaltung umfasst in beiden Fällen die Verwahrung und Bewahrung des Massevermögens sowie dessen bestmögliche Verwertung und die Erlösverteilung an die Gläubiger (in den USA unter *Chapter 7*). Beiden Verwaltern obliegt damit ein Aufgabenprogramm, das sowohl gebundene als auch Ermessensentscheidungen, z.B. über Anfechtungsrechte und die Erfüllungswahl bei beidseitig nicht voll erfüllten Verträgen, beinhaltet und das auf die Verwirklichung der bestmöglichen Abwicklung der Haftungsmasse zu Gunsten der Gläubiger gerichtet ist.

Hinsichtlich der Betriebsfortführung, konkreter der Frequenz, mit der Verwalter mit einer solchen befasst sind, unterscheiden sich beide Rechtsordnungen. Während sie bei deutschen Unternehmensinsolvenzen wenigstens bis zum Berichtstermin – sofern ein fortführungsfähiger Betrieb noch besteht – zu den Verwalteraufgaben zählt, was seine Rolle und Selbstverständnis nicht unerheblich prägt, kommt sie unter *Chapter 7*, weil es auf die zügige Masseabwicklung gerichtet ist, nur in Ausnahmefällen und nach gerichtlicher Genehmigung vor, z.B. wenn fertigproduzierte Waren bessere Liquidationserlöse erzielen oder eine übertragende Sanierung in Aussicht steht. Echtes unternehmerisches Handeln wird dem *trustee* im typischen Liquidationsverfahren damit in der Regel nicht abverlangt. Anders sieht es im Reorganisationsverfahren aus. Der *trustee* ersetzt dann, wie der deutsche Verwalter, die Geschäftsleitung des Schuldners und führt das Unternehmen bis zur Bestätigung des Insolvenzplans fort. In diesen Fällen hat die Tätigkeit des *trustee* eine umfassende betriebswirtschaftliche Prägung. Wie eine Fortführung unter *Chapter 7* stellt aber auch dies eher die Ausnahme als die Regel dar. Vor dem Hintergrund des Primats der Eigenverwaltung im Reorganisationsverfahren der USA lässt sich für die Rolle beider Verwalter ableiten, dass der *trustee* vornehmlich als fremdnütziger Liquidator tätig wird und nur selten mit der Fortführung in Krise geratener Unternehmen befasst ist, wohingegen die Betriebsfortführung zu den typischen Aufgaben des deutschen Verwalters zählt.

III. Amt und Rechtsstellung

1. Mehrseitig fremdbestimmte Amtstreuhänder

Sowohl Insolvenzverwalter als auch *trustee* üben ihr Amt als unabhängige und fremdnützig tätige Treuhänder „mehrseitig fremdbestimmt“ aus.⁶⁶⁹ Sie haben die Interessen der Beteiligten bzw. *beneficiaries* zu beachten und in Einklang zu bringen, wobei in den USA die Vertretung der Gläubigerinteressen im Vordergrund steht und eine treuhänderische Pflichtenbindung gegenüber dem Schuldner teilweise abgelehnt wird. Die gesetzlichen Pflichten treffen beide jeweils in ihrer Funktion als Amtsträger, nicht in ihrer Eigenschaft als Privatperson. Insoweit lässt sich beiden Fremdverwaltern eine Rechtsstellung attestieren, die mittels Amtstheorie, für die der Rechtssphärendualismus charakteristisch ist⁶⁷⁰, beschrieben werden kann. Der Feststellung *Hanischs*⁶⁷¹ hinsichtlich der im Vergleich zum deutschen Recht geringen Bedeutung von Rechtsstellungstheorien im U.S.-amerikanischen Insolvenzrecht kann auch nach Geltung des *Bankruptcy Code* noch beigespflichtet werden. Ein „Theorienstreit“ über die Konstruktion der Zurechnung des Handelns des *trustee* zum *estate* deutschen Vorbilds ist nicht auszumachen. Man begnügt sich mit der Funktion des *trustee* als „*representative of the estate*“.⁶⁷²

2. Hybrider Amtscharakter

Übereinstimmungen zwischen beiden Rechtsordnungen bestehen teilweise im Hinblick auf den Hybridcharakter des Verwalteramtes. Der deutsche Insolvenzverwalter ist Träger eines privaten Amtes, als solcher ist er mit der treuhänderischen Masseabwicklung in privatrechtlicher Form befasst.⁶⁷³ Zugleich ist er unter hoheitlicher Legitimation und Aufsicht als externer Funktionsträger in ein staatliches Rechtspflegeverfahren eingebunden.⁶⁷⁴ Auch der *trustee* ist simultan ein privater Treuhänder (*fiduciary*)

669 Vgl. für den Insolvenzverwalter oben Kap. 2 A.II.3. und für den *trustee* oben Kap. 2 B.III.3.a).

670 Vgl. oben Kap. 2 A.II.2.f).

671 *Hanisch*, Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, S. 203.

672 11 U.S.C. § 323 (a).

673 Vgl. oben Kap. 2 A.II.1.b).

674 Vgl. oben Kap. 2 A.II.1.a)cc).

und *officer of the court* im hoheitlich administrierten Insolvenzverfahren.⁶⁷⁵ In beiden Rechtsordnungen findet die Abwicklung der Haftungsmasse damit auf privatrechtlichem Wege innerhalb eines staatlichen Verfahrens statt.

Dem Amt des *trustee* ist aber, anders dem des deutschen Verwalters, der nur über Bestellung und Aufsicht hoheitlich rückgebunden ist, ein quasi-öffentlicher Charakter eigen. Für den *trustee* gelten z.B. bei der Durchsuchung der Wohnung des Schuldners, die er persönlich nach gerichtlicher Zustimmung vornimmt, die Vorgaben des 4. Zusatzartikels zur Verfassung der USA, die nur Träger öffentlicher Gewalt binden. Verfahrensorganisatorisch ist sein Amt dem Insolvenzgericht gewissermaßen angegliedert. Insolvenzgerichtliche Anordnungen hat der *trustee* auszuführen, er gilt insoweit als dessen verlängerter Arm.

3. Höchstpersönlichkeit

Schließlich sind beide Verwalterämter auch höchstpersönlich ausgestaltet. Dies wird für den deutschen Verwalter explizit verlautbart und materialisiert sich im Delegationsverbot insolvenzspezifischer Verwalteraufgaben.⁶⁷⁶ Ähnlich wird die Höchstpersönlichkeit des Amtes des *trustee* durch das Verbot der Delegation gesetzlicher Verwalteraufgaben auf Dritte impliziert.⁶⁷⁷ Im Übrigen tragen beide Rechtsordnungen der Erforderlichkeit des Rückgriffs des Fremdverwalters auf professionelle Hilfskräfte für die Aufgabenerfüllung Rechnung.

IV. Funktionaler Freiraum und Kontrolle

Bei Betrachtung des den Fremdverwaltern durch die jeweilige Verfahrensordnung eingeräumten funktionalen Handlungsfreiraums, also des Bereichs, in dem autonom rechtsverbindliche Verwaltungsmaßnahmen getroffen werden können, zeigen sich teilweise Kongruenzen, überwie-

⁶⁷⁵ Vgl. oben Kap. 2 B.III.3.b).

⁶⁷⁶ Vgl. oben Kap. 2 A.II.4.

⁶⁷⁷ Vgl. oben Kap. 2 B.III.4.

gend aber Unterschiede zwischen deutschem und U.S.-amerikanischem Recht.⁶⁷⁸

Für die Funktionsverteilung der InsO ist prägend, dass dem Verwalter ein weit gefasster autonomer Handlungsrahmen zukommt, innerhalb dessen er seine Amtspflichten eigenständig und eigenverantwortlich erfüllt.⁶⁷⁹ Eine Begrenzung erfährt die Verwalterautonomie durch die Entscheidungsbefugnisse der Gläubigerversammlung⁶⁸⁰ sowie die Unwirksamkeit evident insolvenzzweckwidriger Handlungen.⁶⁸¹ Dem Insolvenzgericht obliegt die Rechtsaufsicht über den Verwalter, die Zweckmäßigkeit seiner Handlungen wird nicht kontrolliert, ebenso besteht ihm gegenüber auch kein Weisungsrecht.⁶⁸² Auch der Gläubigerausschuss ist zur Überwachung der Verwaltertätigkeit verpflichtet; er kontrolliert dabei zwar auch die Zweckmäßigkeit seiner Handlungen, eigene Sanktionsmöglichkeiten oder ein Weisungsrecht stehen ihm, wie der Gläubigerversammlung, aber nicht zu.⁶⁸³

Der *bankruptcy trustee* untersteht der hoheitlichen Aufsicht des *United States trustee*, der allerdings Teil der Exekutive und nicht der Justiz ist.⁶⁸⁴ Eigene Sanktionsmittel hat er nicht. Hierfür muss er sich an das Insolvenzgericht wenden, ebenso steht ihm auch kein Weisungsrecht gegenüber dem *trustee* zu. Wie auch in Deutschland wird der *trustee* durch den Gläubigerausschuss unterstützt und überwacht, dem ebenso weder Sanktionsmittel noch Weisungsrecht zukommen und der sich für Maßnahmen gegen den *trustee* an das Gericht wenden muss.⁶⁸⁵

Der *Bankruptcy Code* unterscheidet sich von der InsO jedoch dahingehend, dass ihm eine Verfahrensstruktur inhärent ist, die die regelmäßige Involvierung der anderen Verfahrensparteien inklusive dem Insolvenzgericht vorsieht.⁶⁸⁶ Eine Vielzahl von Verwaltungsmaßnahmen bedarf, sofern diese als außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsgangs zu bewerten sind, vor ihrer Durchführung der Benachrichtigung der Gläubiger.⁶⁸⁷ Diese

678 S. für den Insolvenzverwalter die Ausführungen unter Kap. 2 A.III. und für den *trustee* unter Kap. 2 B.IV.

679 Vgl. oben Kap. 2 A.III.2.a).

680 Vgl. oben Kap. 2 A.III.2.e)aa).

681 Vgl. oben Kap. 2 A.III.2.b).

682 Vgl. oben Kap. 2 A.III.2.c)aa).

683 Vgl. oben Kap. 2 A.III.2.e)bb).

684 Vgl. oben Kap. 2 B.IV.1.a).

685 Vgl. oben Kap. 2 B.IV.1.b)aa), bb)(2).

686 Vgl. oben Kap. 2 B.IV.2.

687 Vgl. oben Kap. 2 B.IV.2.a).

können durch Widerspruch gegen die Maßnahme ein gerichtliches Verfahren einleiten, das mit einer Entscheidung des Insolvenzgerichts endet, die der *trustee* entsprechend auszuführen hat. Das Gesetz unterstellt ferner etliche Maßnahmen, wie z.B. die Erfüllungswahl bei schwebenden Verträgen, dem insolvenzgerichtlichen Zustimmungsvorbehalt.⁶⁸⁸

Deutlich wird damit eine im Vergleich zum deutschen Recht intensive *ex-ante*-Kontrolle von Verwaltungsmaßnahmen durch Gläubiger und Insolvenzgericht, was zwangsläufig eine erhebliche Beschränkung des autonomen Handlungsrahmens des *trustee* bedeutet.⁶⁸⁹ Zwar nimmt das Insolvenzgericht grundsätzlich keine Zweckmäßigkeitsbewertung vor, ferner wird dem *trustee* ein weiter Ermessensspielraum zugestanden.⁶⁹⁰ Anders als für den deutschen Verwalter, den man aufgrund seiner umfassenden Befugnisse und der eigenständigen Aufgabenerfüllung nicht als Gerichtsgehilfen bezeichnen kann, bedingt die mit der Verfahrensstruktur des *Bankruptcy Code* verbundene Durchziehung des Verwaltungsprozesses mit gerichtlichen Einzelentscheidungen aber, dass der *trustee* zu einem wesentlichen Teil (nur) ein *arm of the court* ist, dem eine verhältnismäßig geringe Entscheidungsautonomie zukommt.

V. Fazit zur funktionalen Vergleichbarkeit von Insolvenzverwalter und *trustee*

Rekurrierend auf die zu Beginn des Kapitels aufgeworfene Frage ist festzuhalten, dass Insolvenzverwalter und *bankruptcy trustee* weitgehend funktional äquivalente Rechtsfiguren darstellen. Bei beiden handelt es sich um mehrseitig fremdbestimmte Amtstreuhande, die zur privatrechtlichen Vermögensabwicklung zu Gunsten der Gläubiger unter hoheitlicher Bestellung und Aufsicht in einem staatlichen Rechtspflegeverfahren tätig werden. Beide sind jeweils allein verwaltungszuständig für die Insolvenzmasse, sind in Masseprozessen Parteien kraft Amtes, nehmen das Massevermögen in Besitz, verwalten und verwerten es und verteilen die Erlöse an die Gläubiger. Beiden stellt die jeweilige Verfahrensordnung besondere Verwaltungsinstrumente wie Anfechtungsrechte und die Erfüllungswahl zur Verfügung. Fraglos ist das typische Aufgabenprofil des *trustee* weniger unternehmerisch geprägt als das des Insolvenzverwalters, weshalb sich

688 Vgl. oben Kap. 2 B.IV.2.b).

689 So für das Liquidationsverfahren auch Heese, Gläubigerinformation, S. 217.

690 Vgl. hierzu unten Kap. 4 B.III.3.a).

auch das Rollenverständnis beider Verwalter unterscheidet. Dies tut der funktionalen Vergleichbarkeit aber keinen Abbruch, denn wenn unter *Chapter 11* ein *trustee* bestellt wird oder wenn in *Chapter 7* die zeitweise Fortführung angeordnet wird, wird auch der *trustee* wie ein Unternehmer in haftungsträchtigem Terrain tätig. Dass der *trustee* mit geringerer Autonomie als sein deutsches Pendant ausgestattet ist, markiert ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal beider Fremdverwalter, das aber primär der Verfahrensstruktur und weniger der gesetzlichen Aufgabenzuweisung entspringt und die Funktionsäquivalenz nicht ausschließt, sondern gerade zur Untersuchung der haftungsrechtlichen Dimension auffordert.