

Kapitel 1: Einleitung

„In this cold cruel world, infants and incompetents may be sued; charitable institutions may be sued; doctors and hospitals may be sued; municipal, school, state, federal and foreign governments and their officials may be sued; and, worst of all, judges may be sued. Chapter 7 trustees possess no special immunity from one of life's less pleasant experiences, and no compelling reason has been shown why one should be created at this time.“¹

A. Anlass, Gegenstand und Ziele der Arbeit

I. Insolvenzverwalterhaftung als kontinuierlicher Gegenstand des rechtswissenschaftlichen Diskurses

Die Haftung des Insolvenzverwalters² ist seit längerem ein vielbesprochener Aspekt des deutschen Insolvenzrechts. Neben Lükes Werk zur Haftung des Konkursverwalters³, das weiterhin als einer der Referenzpunkte zu grundlegenden Fragen gelten darf, bezeugen auch nach Schaffung der §§ 60, 61 InsO mit Inkrafttreten der Insolvenzordnung unzählige Zeitschriftenbeiträge, eine umfangreiche Kommentar- und Handbuchliteratur sowie etliche Monographien das verbreitete Interesse an der Thematik.

Hieraus zu schließen, dass zur Insolvenzverwalterhaftung bereits alles gesagt sei, wäre jedoch verfehlt. Insbesondere die Haftung für die Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten nach § 60 Abs. 1 InsO ist eine diffizile Materie. Einzelne Tatbestandsmerkmale der Norm sind unbestimmt und ihr rechtlicher Gehalt zum Teil umstritten. Im Kern geht es hierbei oft um die Reichweite und Beschränkbarkeit der persönlichen Haftungsverantwortung des Verwalters und damit um nicht weniger als die Risikoverteilung im Insolvenzverfahren. § 60 InsO ist insoweit auch Kristallisierungspunkt nicht nur heterogener, sondern konfligierender Interessen: Das des

1 Reich v. Burke (In re Reich), 54 B.R. 995, 997 (Bankr. E.D. Mich. 1985).

2 Die Begriffe „Insolvenzverwalter“ und „Verwalter“ werden in dieser Arbeit synonym verwendet.

3 Lüke, Konkursverwalterhaftung, S. 1 ff.; s. auch ders., Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 1 ff.

Insolvenzverwalters an einer Risikobegrenzung und das der durch § 60 Abs. 1 S. 1 InsO geschützten Beteiligten an seiner Haftung stehen sich gegenüber.

Das Haftungsrisiko des Verwalters und die Tatbestandsmerkmale des § 60 InsO, anhand derer es sich manifestiert⁴, beschäftigen Literatur und Gerichte fortwährend. Wiederkehrend werden Forderungen nach Haftungsbeschränkungen zu Gunsten des Verwalters erhoben.⁵ Insbesondere scheint die gegenwärtige Häufung von Beiträgen mit Schwerpunkt auf dem Verwalterermessen und der Frage nach der Anwendbarkeit der dem Gesellschaftsrecht entstammenden *Business Judgment Rule*⁶ auf die Haftung nach § 60 Abs. 1 InsO⁷ symptomatisch für das Bedürfnis nach weiterer Konturierung der Verwalterhaftung zu sein.

Zu dieser trugen in der jüngeren Vergangenheit auch Urteile des BGH bei. Der 9. Zivilsenat sprach sich jeweils für einen tendenziell weit gefassten Pflichtenkreis und eine entsprechend extensive Haftungsverantwortung des Verwalters aus. Konkret ging es um die Pflicht des Insolvenzverwalters zur zinsgünstigen Anlage nicht benötigter Massegelder⁸, seine persönliche Verantwortlichkeit für das Verschulden eines beauftragten Rechtsanwalts⁹, seine Pflicht zur Mehrung des Massevermögens und das Verbot der Nutzung von Geschäftschancen der Masse zu seinem eigenen Vorteil¹⁰ sowie um die Überprüfung von unternehmerischen Ermessensentscheidungen und die (Nicht-)Geltung der *Business Judgment Rule*¹¹.

4 S. zum Begriff der materiell-rechtlichen Haftungsbeschränkung *Brunns*, Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung, S. 3.

5 Vgl. hierzu unten Kap. 4 A.I.1.

6 Vgl. hierzu unten Kap. 4 B.III.2.b)aa).

7 Allein die Fülle monographischer Beiträge ist beachtlich, s. *Bönnner*, Ermessen und Haftung, S. 1 ff.; *Oldiges*, Haftung unter der Business Judgment Rule, S. 1 ff.; *Kirschen*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 1 ff.; *Resch*, Business Judgment Rule und Insolvenzverwalterhaftung, S. 1 ff.; *Kühl*, Unternehmerisches Ermessen in der Insolvenz, S. 171 ff.; ebenfalls eingehend thematisiert bei *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 40 ff.

8 BGH NJW-RR 2014, 1516.

9 BGH NJW-RR 2016, 686.

10 BGH NJW 2017, 1749.

11 BGH NJW 2020, 1800.

II. Bewertungsparameter für die Risikotragung im Zusammenhang mit § 60 Abs. 1 S. 1 InsO

Angesichts dieser Entwicklungsdynamik, gepaart mit der Resonanz und den rechtspolitischen Impulsen seitens der Literatur, ist angezeigt, einen Schritt zurückzutreten und sich die Systematik und den Zweck der Verwalterhaftung von neuem zu vergegenwärtigen. Neben der ganzheitlichen Darstellung der Grundlagen der Insolvenzverwalterhaftung analysiert diese Arbeit schwerpunktmäßig die Haftung nach § 60 InsO und ihre Funktion innerhalb der Funktionsverteilung und dem multipolaren Interessengefüge des Insolvenzverfahrens und zeigt Parameter auf, die für die Bestimmung des vom Verwalter zu tragenden Haftungsrisikos maßgeblich sind. Auf Basis der gesetzlichen Vorgaben, der Ziele des Insolvenzverfahrens¹² sowie des Amtes und der Rechtsstellung des Verwalters, wird eine Bewertungsgrundlage aufgezeigt, anhand derer die jüngeren rechtlichen Entwicklungen eingeordnet werden können und gegenwärtige wie künftige Forderungen nach mehr Haftung bzw. Haftungsbeschränkungen zu messen sind. Dies geschieht mittels vergleichender Betrachtung mit der Haftung des *bankruptcy trustee*¹³ unter dem *Bankruptcy Code* der USA. Es wird aufgezeigt, dass § 60 Abs. 1 S. 1 InsO dem Grundsatz nach haftungsbetonnt auszulegen ist, damit seine Schutzfunktion wirksam erfüllt wird, aber dass hierzu auch Ausnahmen bestehen.

Der Fokus dieser Abhandlung liegt auf § 60 InsO, weil dieser die auf die Verfahrenssituation zugeschnittene, „insolvenzspezifische“ Haftungsnorm darstellt, die das Haftungsrisiko des Verwalters in der Konfliktsituation mit den bestehenden Verfahrensparteien abbildet. § 61 InsO wird daher, und weil dieser Regelung eine spezielle Zweckvorstellung zugrunde liegt, die eine eigenständige Darstellung gebietet, nur nachgeordnet behandelt. Zudem wird in personeller Hinsicht nur die Haftung des Insolvenzverwalters im eröffneten Verfahren beleuchtet, weil sich dort typischerweise der Großteil der Erfüllung der nach § 60 Abs. 1 S. 1 InsO haftungsbewehrten Pflichten vollzieht.

12 § 1 S. 1 InsO.

13 Wenn in dieser Arbeit lediglich vom „*trustee*“ die Rede ist, so ist hiermit der „*bankruptcy trustee*“ des *Bankruptcy Code* gemeint.

III. Vergleichsbetrachtung mit der Haftung des *bankruptcy trustee* des U.S.-amerikanischen Insolvenzrechts

Die vergleichende Untersuchung des Rechts der Haftung des *bankruptcy trustee* bietet sich aus mehreren Gründen an. Zunächst eröffnet sie einen erweiterten Blickwinkel für die Betrachtung der deutschen Verwalterhaftung und fördert das Verständnis¹⁴ ihrer Funktion innerhalb der Verfahrensstruktur nach der InsO. Nach Gegenüberstellung der dogmatischen Grundlagen und Voraussetzungen in beiden Rechtsordnungen wird die persönliche Haftung von Insolvenzverwalter und *trustee* im Lichte dieser Schutzfunktion analysiert und bewertet; sie stellt im Grunde die Vergleichsfrage im Sinne der funktionalen Rechtsvergleichung¹⁵ und das *tertium comparationis*¹⁶ dar. Damit beantwortet die Arbeit nicht nur die Frage nach der rechtlichen Ausgestaltung der Verwalterhaftung, sondern auch, wie ihre Schutzfunktion mit der Rechtsstellung und dem Handlungsfreiraum des jeweiligen Verwalters verknüpft ist, wie sich dieser Umstand auf dessen konkrete Risikotragung auswirkt und letztlich, in welchem Maße das deutsche und U.S.-amerikanische Insolvenzrecht den Vermögensschutz der Verfahrensbeteiligten bei Verwaltungsmaßnahmen über die persönliche Verwalterhaftung verwirklichen. Schließlich wird auf Grundlage dessen aufgezeigt, dass Übernahmen von Elementen des fremden Rechts für die InsO weder notwendig noch kompatibel sind.

Daneben stellt diese Arbeit erstmalig die Haftung des U.S.-amerikanischen „Insolvenzverwalters“ ganzheitlich dar. Bis auf die Erwähnung bei *Hanisch*¹⁷, der die Rechtslage vor dem *Bankruptcy Reform Act of 1978* zugrunde liegt und die den Kernaspekt, die Haftung für die Verletzung treuhänderischer Pflichten, nicht behandelt, finden sich keine Beiträge zur Thematik in der deutschen rechtswissenschaftlichen Literatur.¹⁸ Dass dieser Aspekt aus deutscher Perspektive bislang so gut wie keine Beachtung fand, muss verwundern, diente doch u.a. das U.S.-amerikanische Reorgani-

¹⁴ Allgemein zu dieser Funktion der Rechtsvergleichung *Kischel*, Rechtsvergleichung, § 2, Rn. 20 f.

¹⁵ Hierzu *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 33 ff.

¹⁶ Allgemein hierzu *Kischel*, Rechtsvergleichung, § 1, Rn 9.

¹⁷ Vgl. *Hanisch*, Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, S. 133 f.

¹⁸ Eine knappe Darstellung der Thematik findet sich in einem Werk zum Schweizer Recht bei *Oebri*, Der Sachwalter im Nachlassverfahren, S. 83 ff.; hinzuzufügen ist, dass auch in den USA nur wenige Abhandlungen zur Haftung des *trustee* existieren.

sationsverfahren nach *Chapter 11*¹⁹ bei Schaffung der Eigenverwaltung²⁰ und des Insolvenzplanverfahrens²¹ dem deutschen Insolvenzrecht als Vorbild.²² Einer der Gründe hierfür mag sein, dass das Reorganisationsverfahren anders als das Liquidationsverfahren nach *Chapter 7*²³ in der Regel nicht durch einen *trustee*, sondern in Eigenverwaltung durch den *debtor in possession* (DIP) durchgeführt wird.²⁴ Die Befassung mit der Haftung des (Fremd-)Verwalters in den USA ist gleichwohl angezeigt, denn zum einen kommt die Bestellung eines *trustee* im Reorganisationsverfahren in der Praxis, wenn auch eher selten, durchaus vor, zum anderen beruht die Haftung des DIP dogmatisch auf denselben Grundlagen wie die Haftung des *trustee*; sie stellt sich als Analogie zu dieser dar. Wenn man also Verfahrensstrukturen fremder Rechtsordnungen übernimmt, ist sinnvoll, auch die Ausgestaltung der Haftung der maßgeblichen Akteure in den Blick zu nehmen. Daneben ist unbeschadet der Popularität von *Chapter 11* das Liquidationsverfahren nach *Chapter 7* die mit Abstand am häufigsten beantragte Verfahrensart, in absoluten Zahlen auch bei Unternehmensinsolvenzen.²⁵ Die vorliegende Arbeit dient somit auch der Ausfüllung eines „weißen Fleckens auf der Landkarte“²⁶ der Rechtsvergleichung und kann für künftige Befassungen mit dem U.S.-amerikanischen Insolvenzrecht als Grundlage dienen.

Nur knapp skizziert werden soll an dieser Stelle noch die bereits ausgiebig untersuchte Divergenz der Funktionsbestimmungen von deutschem und U.S.-amerikanischem Insolvenzrecht.²⁷ Während die InsO als Primär-

19 11 U.S.C. §§ 1101 ff.

20 §§ 270 ff. InsO.

21 §§ 217 ff. InsO.

22 Vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 100, 105 f.; BT-Drucks. 17/5712, S. 18; *Baur/Stürner II*, Rn. 39.85; MüKo/Stürner, Einl., Rn. 21; *Heese*, Gläubigerinformation, S. 5; *ders.*, Funktion des Insolvenzrechts, S. 21 f.

23 11 U.S.C. §§ 701 ff.

24 Vgl. hierzu unten Kap. 2 B.III.2.a)aa).

25 Von den 22.391 Insolvenzverfahren im zum 30. September 2020 beendeten Zwölftmonatszeitraum, die Unternehmensverbindlichkeiten bzw. Verbindlichkeiten aus geschäftlicher Betätigung zum Gegenstand hatten, wurden 13.013 unter *Chapter 7* und 7.313 unter *Chapter 11* eingeleitet, vgl. *Table F-2 – Bankruptcy Filings* (abrufbar unter <https://www.uscourts.gov/statistics/table/f-2/bankruptcy-filings/2020/09/30>).

26 *Kischel*, Rechtsvergleichung, § 1, Rn. 65.

27 Einen anschaulichen vergleichenden Überblick unter Einbeziehung der wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Dimension gibt *Heese*, Funktion des Insolvenzrechts, S. 16 ff.; s. in diesem Zusammenhang auch die Gegenüberstellung

zweck die bestmögliche Gläubigerbefriedigung vorgibt (§ 1 S. 1 InsO)²⁸, ist das U.S.-amerikanische Insolvenzrecht vordergründig bemüht, dem in die Krise geratenen „*honest but unfortunate debtor*“ einen „*fresh start*“²⁹ im Sinne eines ökonomischen Neuanfangs zu verschaffen. Konkreten Ausdruck findet diese Zentrierung auf den Schuldnerschutz u.a. in Form der Restschuldbefreiung (*discharge*), die natürliche Personen im Rahmen des Liquidationsverfahrens nach *Chapter 7* erlangen können³⁰, sowie in Gestalt des auf die Unternehmenssanierung ausgerichteten Reorganisationsverfahrens nach *Chapter 11*³¹, das den Schuldner mit wirkungsvollen Gestaltungsmitteln versieht.³² Die gemeinschaftliche Gläubigerbefriedigung durch Liquidation tritt im Rahmen des Verfahrens nach *Chapter 7* (neben der *discharge*) zwar als Zweck in Erscheinung³³, insgesamt nimmt sie aber eine zweitrangige Stellung ein.³⁴

Diese Funktionsunterschiede sind einer Vergleichsbetrachtung indes nicht abträglich, da die Fremdverwaltung von Massevermögen in beiden Rechtsordnungen (unter *Chapter 11* jedoch nur ausnahmsweise) ein zentrales Verfahrenscharakteristikum darstellt. Entsprechend sind die Verfahrensbeteiligten und ihre Vermögensposition, allen voran die der Gläubiger, von den Maßnahmen des jeweiligen Fremdverwalters betroffen. Damit ist rechtsordnungsübergreifend ein insolvenzspezifischer Schutzbedarf präsent, der durch die Verwalterhaftung verwirklicht wird.

des jeweiligen Verständnisses von Privatautonomie und Wettbewerb in den USA und Kontinentaleuropa durch *Stürner*, AcP 210 (2010), S. 105, 106 ff.

- 28 Der Unternehmenserhalt ist kein Verfahrensziel, vgl. zum Ganzen *Heese*, Funktion des Insolvenzrechts, S. 16; Uhlenbrück/Pape, § 1, Rn. 1; HK-InsO/Sternal, § 1, Rn. 3.
- 29 Vgl. *Grogan v. Garner*, 498 U.S. 279, 286 f. (1991); *Rupp v. Biarge* (*In re Biarge*), 536 B.R. 24, 33 (Bankr. D. Utah 2015); vgl. auch *Heese*, Funktion des Insolvenzrechts, S. 23 f. m.w.N. aus der Rechtsprechung.
- 30 11 U.S.C. § 727; eingehend zur *discharge Aaron*, Bankruptcy Law, § 11:1; zum Vorbildcharakter der *discharge* für die Einführung der Restschuldbefreiung im deutschen Insolvenzrecht *Heese*, Gläubigerinformation, S. 4 f.
- 31 Anschaulich zum Zweck *NLRB v. Bildisco & Bildisco*, 465 U.S. 513, 528 (1984).
- 32 Vgl. zum Ganzen *Heese*, Gläubigerinformation, S. 6 f.; ders., Funktion des Insolvenzrechts, S. 23 f.
- 33 Vgl. *Aaron*, Bankruptcy Law, § 1:3.
- 34 Vgl. *Heese*, Funktion des Insolvenzrechts, S. 24.

B. Gang der Untersuchung

Kapitel 2 analysiert das Amt des Insolvenzverwalters und des *bankruptcy trustee*, stellt beide Rechtsfiguren vergleichend gegenüber und beantwortet die Frage nach ihrer funktionalen Vergleichbarkeit. Porträtiert werden die Modi der Verwalterwahl und -bestellung sowie die Aufgabenzuweisung unter der jeweiligen Verfahrensordnung. Im Fokus der Untersuchung stehen Amts- und Rechtsstellung der Fremdverwalter. Hierbei geht es zum einen um den rechtlichen Charakter der Ämter sowie ihre Verortung innerhalb des staatlichen Rechtspflegeverfahrens. Herausgestellt wird, inwieweit beiden Ämtern eine Hybridstruktur inhärent ist. Übereinstimmungen bestehen bei der Stellung als privater Treuhänder, weitergehend ist aber der *trustee* auch ein *officer of the court* und enger an das Insolvenzgericht gebunden. Zum anderen werden die Interessenbindung der Fremdverwalter, ihre Rechtsbeziehung zu den anderen Verfahrensbeteiligten, die Ausgestaltung und Reichweite von Aufsicht und Kontrolle über sie, der hiermit korrespondierende Umfang ihrer Handlungsautonomie sowie die rechtliche Konstruktion des Rückgriffs auf Dritte eingehend dargelegt.

Kapitel 3 befasst sich mit den rechtsdogmatischen Grundlagen und der Systematik der Verwalterhaftung in Deutschland und den USA. Betrachtet werden jeweils das insolvenzspezifische Haftungsregime und die Haftung nach allgemeinen zivilrechtlichen Regeln, wobei für das U.S.-amerikanische Recht eine aufgeschlüsselte Darstellung der einzelnen richterrechtlich geschaffenen Haftungs- und Immunitätsdoktrinen erfolgt. Daneben werden auch das jeweilige Verhältnis von Masse- und Verwalterhaftung sowie prozessuale Aspekte beleuchtet. Besonderes Augenmerk liegt auf der besonderen Schutzfunktion der Haftung für die Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten nach § 60 Abs. 1 S. 1 InsO bzw. *breach of fiduciary duty* und ihre Bedeutung innerhalb der jeweiligen Verfahrensstruktur. Dargelegt wird, dass beide Rechtsordnungen auf den generalpräventiven Effekt der Haftungsandrohung und die Kompensationsfunktion setzen. Angeknüpft wird auch an die Ergebnisse der Untersuchung aus Kapitel 2 und aufgezeigt, inwieweit die Rechtsstellung der Verwalter dogmatisch im Haftungsrecht reflektiert ist.

Kapitel 4 widmet sich der Haftung für die Verletzung insolvenzspezifischer bzw. treuhänderischer Pflichten und der mit ihr verbundenen Risikotragung der Fremdverwalter. Nach Skizzierung der rechtsordnungsübergreifenden Fragestellung nach dem angemessenen Haftungsrisiko des Verwalters erfolgen die Herausarbeitung von Kriterien für eine zweckadäquate Auslegung des § 60 InsO und die Darlegung der haftungsrechtli-

Kapitel 1: Einleitung

chen Prämissen des U.S.-amerikanischen Insolvenzrechts. Darauffolgend werden die Haftungsansprüche beider Rechtsordnungen analysiert, ihre einzelnen Voraussetzungen vergleichend gegenübergestellt und eruiert, inwieweit jeweils anspruchsinhärerente Haftungsbeschränkungen verwirklicht sind. Für das deutsche Recht werden die teils strittigen Einzelfragen zu Tatbestandsmerkmalen des § 60 InsO im Lichte des Kriteriums der Zweckadäquanz gewürdigt. Des Weiteren werden die steuerbaren bzw. in der Verfahrensstruktur verankerten Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten im deutschen und U.S.-amerikanischen Recht dargelegt, um anschließend eine Bewertung der Vergleichsergebnisse vorzunehmen. Das Kapitel schließt mit einem zusammenfassenden Fazit.