

Nicolas Altmeyer

Insolvenzverwalterhaftung in Deutschland und den USA



Nomos

Schriften zum Insolvenzrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Ulrich Ehricke, Universität zu Köln und
Prof. Dr. Florian Jacoby, Universität Bielefeld

Band 87

Nicolas Altmeyer

Insolvenzverwalterhaftung in Deutschland und den USA



Nomos

The book processing charge was funded by the Baden-Württemberg Ministry of Science, Research and Arts in the funding programme Open Access Publishing and the University of Freiburg.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Freiburg, Univ., Diss., 2021

1. Auflage 2022

© Nicolas Altmeyer

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-8487-8501-8

ISBN (ePDF): 978-3-7489-2879-9

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748928799>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

Meiner Frau Emily

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Wintersemester 2021/2022 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Sie wurde auf dem Stand der Rechtsprechung und Literatur vom November 2020 abgeschlossen; Änderungen sind bis Dezember 2021 berücksichtigt.

Ganz besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Alexander Bruns, LL.M. (Duke Univ.), der das Thema angeregt, das Promotionsvorhaben hervorragend betreut und das Erstgutachten erstellt hat. Danken möchte ich auch Herrn Professor Dr. Jan Lieder, LL.M. (Harvard) für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Zudem danke ich dem Deutschen Akademischen Austauschdienst für die großzügige Förderung des Forschungsaufenthaltes an der Duke University School of Law sowie Herrn Professor Dr. Michael Heese, LL.M. (Yale) für die Unterstützung bei der Bewerbung um das Forschungsstipendium.

Dank gilt außerdem den Herausgebern für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Schriften zum Insolvenzrecht“ sowie den Verlagsmitarbeitern für die Unterstützung bei der Veröffentlichung. Dem Konsortium Baden-Württemberg danke ich vielmals für die großzügige Übernahme der Druckkosten.

Danken möchte ich auch meinen Freunden Herrn Privatdozent Dr. Stefan Thönissen, LL.M. (Yale), der mit wertvollen Denkanstößen zum Gelingen dieses Promotionsvorhabens beigetragen hat, und Herrn Rechtsanwalt Johannes Martini, der mir bei der Korrektur des Manuskriptes behilflich war.

Bei meinen Eltern möchte ich mich von Herzen für ihre umfassende Unterstützung bei meinem Werdegang bedanken. Schließlich bin ich meiner Frau, Emily Altmeyer, zu tiefem Dank verpflichtet. Sie hat mich während der Entstehung dieser Arbeit nicht nur geduldig unterstützt, sondern war mir auch bei der Überarbeitung des Manuskriptes eine große Hilfe. Ihr ist diese Arbeit gewidmet.

Frankfurt am Main, im Dezember 2021

Nicolas Alexander Altmeyer

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	23
Kapitel 1: Einleitung	29
A. Anlass, Gegenstand und Ziele der Arbeit	29
I. Insolvenzverwalterhaftung als kontinuierlicher Gegenstand des rechtswissenschaftlichen Diskurses	29
II. Bewertungsparameter für die Risikotragung im Zusammenhang mit § 60 Abs. 1 S. 1 InsO	31
III. Vergleichsbetrachtung mit der Haftung des <i>bankruptcy</i> <i>trustee</i> des U.S.-amerikanischen Insolvenzrechts	32
B. Gang der Untersuchung	35
Kapitel 2: Das Amt des Insolvenzverwalters und des <i>bankruptcy</i> <i>trustee</i>	37
A. Der Insolvenzverwalter im Verfahren nach der Insolvenzordnung	37
I. Bestellung und Aufgaben	38
1. Begründung der Amtsstellung	38
2. Gesetzliche Aufgabenzuweisung	39
a) Ausübung der massebezogenen Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis	39
b) Überblick über die Aufgabenzuweisung nach der InsO	40
II. Charakterisierung der Rechtsstellung	41
1. Amtsrechtliche Stellung	41
a) Das Verwalteramt im Kontext der staatlichen Justizgewährungspflicht	42
aa) Verfassungsrechtliche Garantie des Insolvenzverfahrens	42
bb) Erfüllung der Justizgewährungspflicht durch Einrichtung des Insolvenzverfahrens	43
cc) Einbindung des Verwalteramtes in die staatliche Zivilrechtspflege	44
dd) Dualistische Zweckrichtung des Verwalteramtes	47

b) Der Insolvenzverwalter als Träger eines privaten Amtes	48
c) Hoheitsrechtliche Qualifikation der Verwalterbefugnisse	49
aa) Inhaberschaft hoheitlicher Befugnisse versus Befugnis zu hoheitlichem Handeln	50
bb) Keine Beleihung des Verwalters	52
cc) Staatliche Gewährleistungsverantwortung als Folge des Verwaltereinsatzes	54
2. Der Theorienstreit um die Rechtsstellung des Insolvenzverwalters	55
a) Gläubigerververtretungstheorie	56
b) Schuldnervertretungstheorie	57
c) Organtheorie	57
d) Neue Vertreter- und Organtheorie	58
e) Theorie vom neutralen Handeln	59
f) Amtstheorie	59
3. Mehrseitige Fremdbestimmung des Insolvenzverwalters	61
4. Die Höchstpersönlichkeit des Insolvenzverwalteramtes	62
a) Rechtliche Konstruktion des Einsatzes Dritter	63
b) Höchstpersönlicher und delegationsfähiger Aufgabenkreis	64
aa) Kein Einfluss auf die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit	64
bb) Insolvenztypizität als Kriterium für die Höchstpersönlichkeit der Tätigkeit	65
III. Bestimmung der Verwalterautonomie	66
1. Spannungsfeld von staatlicher Kontrolle und Verwalterautonomie als verfahrensstrukturelle Ausgangslage	66
2. Handlungsautonomie des Insolvenzverwalters und ihre Grenzen <i>de lege lata</i>	68
a) Grundsatz umfassender Handlungsbefugnis des Verwalters	68
b) Evidente Insolvenzzweckwidrigkeit als äußere Grenze der Handlungsmacht	69
c) Bedeutung insolvenzgerichtlicher Aufsicht	71
aa) Keine Zweckmäßigkeitskontrolle und kein Weisungsrecht	71
bb) Aufsichtspflicht des Gerichts	73

cc) Aufsichtsmaßnahmen und Entlassung des Verwalters aus wichtigem Grund	74
dd) Fazit	77
d) Kein Einfluss des Gemeinschuldners	77
e) Einfluss der Gläubigerorgane	78
aa) Gläubigerversammlung	78
bb) Gläubigerausschuss	80
f) Fazit	82
B. Der <i>bankruptcy trustee</i> in den Verfahren unter dem <i>Bankruptcy Code</i>	82
I. Rechtsquellen des U.S.-amerikanischen Insolvenzrechts	83
II. Überblick über wesentliche Aspekte des Insolvenzverfahrens	83
1. Der <i>U.S. bankruptcy court</i>	84
a) Konstitution und prozessuale Funktion	84
aa) Der <i>bankruptcy court</i> als Abteilung des <i>federal district court</i>	84
bb) Originäre Sachzuständigkeit der <i>district courts</i> für Insolvenzsachen	86
cc) Ausübung der Sachzuständigkeit durch die <i>bankruptcy courts</i>	87
dd) Reichweite der Zuständigkeitsausübung: <i>cases</i> , <i>core-</i> und <i>noncore</i> -Verfahren	88
b) Instanzenzug	89
2. Zentrale Rechtsfolgen der Verfahrenseinleitung	90
a) Bildung der Insolvenzmasse (<i>estate</i>)	91
b) <i>Automatic stay</i>	91
3. Formelle Unterteilung der Verfahrensarten nach <i>Chapters</i>	92
a) <i>Chapter 7 (Liquidation)</i>	93
b) <i>Chapter 11 (Reorganization)</i>	95
c) Wechsel des <i>Chapters (conversion)</i>	96
III. Bestellung, Funktion und Rechtsstellung des <i>bankruptcy trustee</i>	97
1. Der <i>trustee</i> im Liquidationsverfahren nach <i>Chapter 7</i>	98
a) Bestellung	98
b) Aufgaben und Befugnisse	100

2. Der <i>trustee</i> im Reorganisationsverfahren nach <i>Chapter 11</i>	103
a) Bestellung	103
aa) Fortführung durch den <i>debtor in possession</i> als Regelfall	103
bb) Bestellung eines <i>trustee</i> in begründeten Fällen	104
b) Aufgaben und Befugnisse	106
3. Charakterisierung des Amtes und der Rechtsstellung des <i>trustee</i>	108
a) Mehrseitig fremdbestimmter Amtstreuhand	108
b) Hybrider Charakter des Amtes des <i>trustee</i>	109
4. Einsatz professioneller Hilfskräfte durch den <i>trustee</i>	111
IV. Aufsicht und gesetzliche Kontrollmechanismen	112
1. Aufsicht durch die Verfahrensorgane	112
a) Aufsichtstätigkeit des <i>United States trustee</i>	113
aa) Grundsätzliches zum Amt des <i>United States trustee</i>	113
bb) Aufgaben im Verfahren	113
b) Aufsichtstätigkeit der Gläubigerausschüsse	115
aa) Liquidationsverfahren	115
bb) Reorganisationsverfahren	116
(1) Konstituierung und Rechtsstellung	116
(2) Aufgaben und Befugnisse	117
2. Verfahrensstrukturelle Kontrollmechanismen	119
a) Zwingende Benachrichtigungserfordernisse und Anhörungsmöglichkeiten	119
b) Gerichtliche Zustimmungsvorbehalte	121
C. Vergleichsergebnisse	122
I. Begründung der Amtsstellung	122
II. Aufgaben und Funktion im Verfahren	123
III. Amt und Rechtsstellung	125
1. Mehrseitig fremdbestimmte Amtstreuhand	125
2. Hybrider Amtscharakter	125
3. Höchstpersönlichkeit	126
IV. Funktionaler Freiraum und Kontrolle	126
V. Fazit zur funktionalen Vergleichbarkeit von Insolvenzverwalter und <i>trustee</i>	128

Kapitel 3: Grundlagen der Insolvenzverwalterhaftung in Deutschland und den USA	130
A. Grundlagen der Insolvenzverwalterhaftung in Deutschland	130
I. Haftung nach § 60 InsO	131
1. Überblick	131
2. Rechtsgrund der Haftung	132
a) Verletzung eines gesetzlichen Schuldverhältnisses	132
b) Deliktische Prägung der Verwalterhaftung	133
c) Theorie des zweigeteilten Schadensersatzanspruchs	134
d) Stellungnahme	134
3. Funktionsbestimmung	136
a) Verwalterhaftung als Korrelat für Handlungsbefugnisse und korrespondierendes Vermögensrisiko	136
aa) Korrespondenz von Verwaltermacht und Risikoexposition der Beteiligten	137
bb) § 60 InsO als Vereinigung von Handlungsmacht und Haftungsverantwortung	139
b) Vermögensschutz durch Prävention und Kompensation	142
aa) Steuerungsfunktion der Verwalterhaftung nach § 60 InsO	142
(1) Verhaltenssteuerung durch Haftungsandrohung	142
(2) Materielle Ausrichtung an den Insolvenz Zwecken – Individueller und kollektiver Vermögensschutz	144
(3) Wirkungskongruenz von Haftung und Aufsicht	145
bb) Kompensationsfunktion der Verwalterhaftung	147
cc) Bedeutung der Haftpflichtversicherung des Verwalters	147
(1) Versicherbarkeit des Haftungsrisikos	148
(2) Staatliche Gewährleistungsverantwortung für die Absicherung des Ausfallrisikos der Beteiligten	149
dd) Fazit	150
II. Haftung nach § 61 InsO	150
1. Überblick	150
2. Entstehungshintergrund und Funktion	151

3. § 61 InsO als <i>lex specialis</i> zu § 60 Abs. 1 InsO	152
III. Haftung nach allgemeinen zivilrechtlichen Regeln	153
1. Vertragliche und vertragsähnliche Haftung	153
a) Haftung für eigene vertragliche Verpflichtungen	153
b) Haftung aus <i>culpa in contrahendo</i>	154
c) Haftung analog § 179 BGB bei insolvenzzweckwidrigen Handlungen?	155
2. Deliktische Haftung des Verwalters	156
a) Allgemeines	156
b) Persönliche Haftung für die Verletzung von Verkehrspflichten	157
aa) Meinungsstand	157
bb) Stellungnahme	158
IV. Verhältnis von Masse- und persönlicher Verwalterhaftung	159
1. Die Haftung der Masse für Handlungen des Verwalters analog § 31 BGB	159
2. Parallelität und Gleichrangigkeit von Masse- und Verwalterhaftung	162
3. Haftungsverteilung im Innenverhältnis	163
V. Prozessuales	165
B. Grundlagen der Haftung des <i>bankruptcy trustee</i> in den USA	166
I. Rechtsquellen der Haftung	166
1. Abwesenheit kodifizierten Haftungsrechts	166
2. Das Recht der Verwalterhaftung als Bestandteil des <i>common law</i>	167
II. Grundlagen des Haftungsrechts	168
1. Rechtsstrukturelle Dichotomie – Unterscheidung anhand der Qualifikation des Haftungsgläubigers	168
2. Persönliche Haftung gegenüber den <i>beneficiaries</i>	169
a) U.S. Supreme Court-Entscheidung <i>Mosser v. Darrow</i>	169
aa) Sachverhalt	170
bb) Entscheidungsbegründung	171
cc) Erkenntnisgewinn	172
b) Persönliche Haftung für <i>breach of fiduciary duty</i>	173
aa) Schadensersatzpflicht für die Verletzung treuhänderischer Pflichten	173
bb) Verwirkung der Vergütung	174
c) Identische Haftungsgrundlagen für <i>trustees</i> und <i>debtors in possession</i>	175

d)	Dogmatische Grundlagen und Funktion der Haftung	176
aa)	<i>Fiduciary common law</i> und die treuhänderische Beziehung zwischen <i>trustee</i> und <i>beneficiaries</i>	176
bb)	Handlungssteuerung und Schadenskompensation	178
cc)	Bedeutung des <i>trustee bond</i>	179
dd)	Gesamtschau mit der Verwalterautonomie und den Gerichts- und Gläubigerbefugnissen	180
3.	Persönliche Haftung gegenüber <i>third parties</i>	182
III.	Doktrinen zur Haftungsimmunität des <i>trustee</i>	183
1.	Doktrin quasi-richterlicher Immunität	183
a)	Historische und dogmatische Entwicklung	184
aa)	Amtsträgerschaft als Grundlage für Haftungsimmunität	184
bb)	Der „ <i>functional approach</i> “	187
cc)	Die historisch-funktionale Zweistufenprüfung	188
(1)	Etablierung der Prüfungsschritte	188
(2)	Anwendung auf den <i>bankruptcy trustee</i>	189
b)	Materieller Gehalt und praktische Relevanz	190
2.	<i>McNulta Rule</i> – Immunität und Haftung gegenüber <i>third parties</i>	192
a)	<i>McNulta v. Lochridge</i>	193
b)	Anwendung der <i>McNulta Rule</i> auf <i>bankruptcy trustees</i>	194
c)	Regelungsgehalt	195
aa)	Schutz des <i>trustee</i> als „ <i>arm of the court</i> “	195
bb)	Beschränkung auf <i>third party claims</i> – Abgrenzung von <i>immunity</i> und <i>fiduciary analysis</i>	197
cc)	Konkretisierung des <i>scope of authority</i>	199
(1)	Deliktisches Handeln	200
(2)	Rechtsgeschäftliches Handeln	202
3.	<i>Barton doctrine</i>	203
a)	<i>Barton v. Barbour</i>	203
b)	Regelungsgehalt	204
c)	Funktion	206
d)	Gerichtliche Entscheidung über <i>leave of court</i>	207
e)	Ausnahmeregelung des 28 U.S.C. § 959 (a)	209
IV.	Prozessuales	210
1.	Ansprüche gegen den <i>estate</i>	211
2.	Ansprüche gegen den <i>trustee</i> wegen <i>ultra-vires</i> -Handlungen	212

3. Ansprüche wegen <i>breach of fiduciary duty</i>	212
C. Vergleichsergebnisse	213
I. Systematik und Struktur des Haftungsrechts	213
II. Haftung für die Verletzung von Amtspflichten	214
1. Tatbestandliche Struktur und Rechtsfolgen	214
2. Rechtsgrund	215
3. Funktion	215
a) Gemeinsamkeiten	215
b) Unterschiede	216
4. Universelle Anwendung bei Fremd- und Eigenverwaltung	217
III. Vertragliche und deliktische Haftung	217
IV. Unterschiede bei der Gerichtszuständigkeit für Schadensersatzansprüche	219
V. Keine Parallelität von Masse- und Verwalterhaftung in den USA	219
VI. Bedeutungszusammenhang von Rechtsstellung und persönlicher Haftungsverantwortung	220
1. Keine <i>quasi-judicial immunity</i> für den deutschen Insolvenzverwalter	221
2. Teilweise Übereinstimmungen bei der Haftung gegenüber Nicht-Beteiligten	221
3. Weitgehende Kongruenz bei der Haftung gegenüber den Verfahrensbeteiligten	222
Kapitel 4: Umfang, Grenzen und Beschränkbarkeit der Haftung wegen der Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten	223
A. Grundsätze zur Risikotragung bei der Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten	224
I. Umfang der Haftung als rechtsordnungsübergreifende Problemstellung	224
1. Risikofokussierung in der Diskussion um die Haftung des deutschen Insolvenzverwalters	224
2. Überblick zum Diskurs in den USA	226
II. Auslegungsrelevante Grundsätze für die Haftung nach § 60 InsO	227
1. Gesetzliche Regelung als Ausgangspunkt	227
2. Kein Gebot unbeschränkter Haftung	228

3. <i>Telos</i> des § 60 InsO und das Prinzip des Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung	230
a) Ursprung des Prinzips und Verwirklichung im deutschen Zivilrecht	231
aa) Gleichlauf von Herrschaft und Haftung im Ordoliberalismus	231
bb) Gleichlauf von Herrschaft und Haftung im deutschen Zivilrecht	232
b) Verwirklichung des Grundsatzes in § 60 InsO	233
c) Deduktionen für Umfang und Beschränkbarkeit der Verwalterhaftung	234
4. Funktionaler Zusammenhang von Haftung, Versicherung und Vergütung	236
a) Versicherung	236
b) Vergütung	237
5. Fazit	238
III. Divergierende Prämissen im U.S.-amerikanischen Insolvenzrecht	238
1. Hohe Kontrolldichte <i>ex ante</i>	238
2. Nähe des Amtes zum Insolvenzgericht	239
3. Vergleichsweise geringer Vergütungsanreiz	240
4. Fehlen eines kodifizierten Haftungsrahmens	241
B. Vergleichende Untersuchung der Anspruchsvoraussetzungen	241
I. Der Kreis potentieller Anspruchsgläubiger	242
1. Begriff des Beteiligten	242
a) Überblick über die Entwicklung der Rechtsprechung zu § 82 KO	242
b) Der Beteiligtenbegriff des § 60 Abs. 1 S. 1 InsO	244
2. <i>Beneficiaries of the estate</i>	244
3. Ergebnis	245
II. Verletzung besonderer Verwalterpflichten	246
1. Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten i.S.d. § 60 Abs. 1 S. 1 InsO	246
a) Begriff der insolvenzspezifischen Pflicht	246
aa) Begrenzung der Haftung auf die insolvenzspezifischen Pflichten	246
bb) Auslegung des Pflichtenbegriffs des § 60 Abs. 1 S. 1 InsO	247
(1) Strenge Wortautororientierung	247
(2) Wortlautüberschreitende Auslegung	248

(3) Übertragung der Grundsätze des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte	249
(4) Stellungnahme	249
b) Überblick über den Kanon haftungsbewehrter Verwalterpflichten	251
aa) Pflichten im Zusammenhang mit Inbesitznahme, Erhalt und Verwertung der Masse	251
(1) Inbesitznahme	251
(2) Erhalt und Mehrung der Masse	252
(3) Verwertung	253
bb) Pflichten gegenüber Insolvenzgläubigern	254
cc) Pflichten gegenüber Massegläubigern	254
dd) Pflichten gegenüber Aussonderungsberechtigten	255
ee) Pflichten gegenüber Absonderungsberechtigten	256
ff) Pflichten gegenüber dem Schuldner	256
2. <i>Breach of fiduciary duty</i>	257
a) Begriff der <i>fiduciary duty</i>	257
b) Inhalt der Pflichten	258
aa) Grundpflichten	259
(1) <i>Duty of loyalty</i>	259
(2) <i>Duty of care</i>	261
(3) <i>Duty of impartiality</i>	262
bb) Pflichten mit konkretem Verwaltungsbezug	263
(1) Pflicht zur Maximierung des Massevermögens	263
(2) Pflicht zur zügigen Verfahrensabwicklung	265
(3) Rechenschaftspflicht	266
(4) Pflichten gegenüber den gesicherten Gläubigern	267
(5) Pflichten gegenüber dem Schuldner	268
(6) Besondere Pflichten im Reorganisationsverfahren	268
3. Ergebnis	269
a) Amtspflichten als Anknüpfungspunkt für die persönliche Haftung	269
b) Gemeinsamkeiten beim Pflichtenprogramm	269
III. Haftung bei unternehmerischen Ermessensentscheidungen	270
1. Ermessensentscheidungen im Insolvenzverfahren	270

2. Die Behandlung von Ermessensentscheidungen im Rahmen des § 60 InsO	272
a) Weiter Ermessensspielraum des Verwalters	272
b) Weitergehende Haftungsprivilegierung durch die <i>Business Judgment Rule</i> ?	274
aa) Aussagegehalt und Rechtfertigung der BJR im Gesellschaftsrecht	274
bb) Meinungsstand zur Übertragung der BJR auf die Insolvenzverwalterhaftung	276
(1) Befürwortung der Haftungsprivilegierung des Verwalters	276
(2) Keine Übertragung der BJR auf die Verwalterhaftung	278
cc) Stellungnahme	279
3. Der Umgang mit Ermessensentscheidungen des <i>bankruptcy trustee</i>	281
a) Eingeschränkte gerichtliche Überprüfung von <i>business judgments</i>	281
b) Keine einheitliche Anwendung der <i>Business Judgment Rule</i>	283
aa) <i>Ex-ante</i> -Szenario	283
bb) <i>Ex-post</i> -Szenario	285
4. Ergebnis	286
IV. Verstoß gegen die objektiv bestimmte Sorgfaltsanforderung	287
1. Verschulden bei der Haftung des Insolvenzverwalters	287
a) Haftung für Fahrlässigkeit	287
b) § 60 Abs. 1 S. 2 InsO – Mindestsorgfalt und Haftungsbegrenzung	288
c) Faktische Kongruenz von Pflichtverletzung und Verschulden	289
2. Der <i>standard of care</i> des <i>bankruptcy trustee</i>	290
a) Verstoß gegen den objektiven Sorgfaltsmaßstab	290
b) <i>Circuit split</i> nach Fehlinterpretation von <i>Mosser v. Darrow</i>	291
aa) Haftung für vorsätzliche Pflichtverletzungen (<i>willful and deliberate conduct</i>)	292
bb) Haftung für Fahrlässigkeit (<i>negligence</i>)	294
cc) Haftung für grobe Fahrlässigkeit (<i>gross negligence</i>)	295
3. Ergebnis	296

V. Haftung für Dritte	297
1. Haftung des deutschen Insolvenzverwalters für das Verhalten Dritter	297
a) Haftung für eigenes Hilfspersonal	297
b) Haftung für Angestellte des Schuldners	298
c) Haftung für beauftragte Dritte mit besonderer Sachkunde	298
aa) Meinungsstand	299
(1) Bislang h.M. der Literatur	299
(2) Rechtsprechung des BGH und Rezeption durch die Literatur	299
bb) Stellungnahme	301
2. Haftung des <i>trustee</i> für beauftragte Dritte	303
3. Ergebnis	304
VI. Schaden und Anspruchsgeltendmachung	305
1. Schadensersatz im Rahmen des § 60 Abs. 1 S. 1 InsO	305
a) Beschränkung der Haftung auf das negative Interesse	305
b) Zweckwidrigkeit von Haftungshöchstsummen	306
c) Unterscheidung von Einzel- und Gesamtschaden	307
aa) Geltendmachung des Gesamtschadens	307
bb) Geltendmachung des Einzelschadens	308
2. Schadensersatz bei <i>breach of fiduciary duty</i>	309
a) Ersatz des kausal entstandenen Schadens	309
b) Geltendmachung von Einzel- und Gesamtschaden	309
3. Ergebnis	310
C. Steuerbare und verfahrensstrukturelle Haftungsbeschränkungen	311
I. Steuerbare Haftungsbeschränkungen im Rahmen des § 60 InsO	311
1. Haftungsrechtliche Bedeutung von Beschlüssen der Gläubigerorgane	311
a) Gesetzliche Entscheidungskompetenzen und Zustimmungsvorbehalte	312
b) Sonstige Beschlüsse	315
2. Keine vertragliche Haftungsfreizeichnung	316
II. Haftungsimmunität des <i>trustee</i> durch gerichtliche Anordnung	318
1. Haftungsbeschränkende Wirkung der Zustimmung des <i>bankruptcy court</i>	318
2. <i>Telos</i> und Einordnung in die Dogmatik der Immunitätsdoktrinen	320

3. Praktische Bedeutung für die Risikotragung des <i>trustee</i> und die Verfahrensökonomie	321
D. Würdigung der Vergleichsergebnisse und Fazit	323
I. Divergierende Haftungskonzepte in Deutschland und den USA	323
1. Haftungsrisiko von Insolvenzverwalter und <i>trustee</i>	323
a) Anspruchsinhärente Haftungsbegrenzungen	323
b) Verfahrensstrukturelle und steuerbare Haftungsbeschränkungen	324
2. Rechtsstrukturelle Ursachen und Merkmale	325
a) Verwalterautonomie, Gläubigerpartizipation und Gerichtseinfluss	325
aa) <i>Ex-ante</i> -Kontrolle versus funktionaler Freiraum	325
bb) Auswirkungen auf die Bedeutung der Verwalterhaftung	326
b) Haftungsisolierung für den <i>officer of the court</i>	328
c) Geringerer Vergütungsanreiz	329
3. Gleichlauf von Herrschaft und Haftung als rechtsordnungsübergreifender Grundsatz?	330
II. Zurückhaltung bei der Übertragung gesellschaftsrechtlicher Wertungen auf die insolvenzspezifische Haftung	331
III. Funktion der Verwalterhaftung im Kontext rechtskreistypischer Unterscheidungsmerkmale	332
IV. U.S.-amerikanische Verwalterhaftung als Vorbild für die InsO?	334
1. Kein Reformbedarf der deutschen Insolvenzverwalterhaftung <i>de lege lata</i>	335
2. Inkompatibilität der anspruchsinhärenten Haftungsschranken	335
3. Systemwidrigkeit verfahrensstruktureller Haftungsbeschränkungen	336
a) Kein Konflikt mit verfassungsrechtlichen Vorgaben	336
b) Rechtsübernahmen als systemische Fremdkörper im deutschen Insolvenzrecht	337
V. Fazit	340
Literaturverzeichnis	343

Abkürzungsverzeichnis

Deutschland

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
Aufl.	Auflage
AVB-WSR	Allgemeine und Besondere Versicherungsbedingungen sowie Risikobeschreibungen zur Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer, Steuerberater, Rechtsanwälte und Patentanwälte
BAG	Bundesarbeitsgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BJR	Business Judgment Rule
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ESUG	Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht

Abkürzungsverzeichnis

ff.	folgende
Fn.	Fußnote
GenG	Genossenschaftsgesetz
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
i.S.d./i.S.v.	im Sinne des/im Sinne von
InsO	Insolvenzordnung
InsVV	Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KO	Konkursordnung
krit.	kritisch
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen (1955-1988), Konkurs, Treuhand, Sanierung (1989-2003), Zeitschrift für Insolvenzrecht (seit 2004)
KuT	Konkurs- und Treuhandwesen
LG	Landgericht
lit.	littera
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht

OLGR	OLG-Report
RdA	Recht der Arbeit
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
RPflG	Rechtspflegergesetz
s.	siehe
S.	Satz / Seite
sog.	sogenannt
u.a.	unter anderen
u.U.	unter Umständen
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkungen
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
z.B.	Zum Beispiel
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenz- und Sanierungsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung
ZwVwV	Zwangsverwalterverordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess (bis 1942 Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess)

USA

Am. Bankr. Inst. L. Rev.	American Bankruptcy Institute Law Review
Am. Bankr. L.J.	American Bankruptcy Law Journal
B.R.	Bankruptcy Reporter
Bankr.	United States Bankruptcy Court
Bankr. Dev. J.	Bankruptcy Developments Journal
B.A.P.	Bankruptcy Appellate Panel
BAPCPA	Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005
Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.	Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law
Cal. App.	California Appellate Reports
Cal.App.2d	California Appellate Reports, Second Edition
Cir.	Circuit
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Com. L.J.	Commercial Law Journal
Conn. L. Rev.	Connecticut Law Review
DePaul Bus. & Comm L.J.	DePaul Business & Commercial Law Journal
DIP	debtor in possession
Dick. L. Rev.	Dickinson Law Review
Duke L.J.	Duke Law Journal
Emory L.J.	Emory Law Journal
F.	Federal Reporter
F. Supp.	Federal Supplement Reports
F.2d	Federal Reporter, Second Series
F.3d	Federal Reporter, Third Series
F.R.D.	Federal Rules Decisions
FRBP	Federal Rules of Bankruptcy Procedure
FRCP	Federal Rules of Civil Procedure
Geo. L.J.	Georgetown Law Journal
H.R.	U.S. House of Representatives
Hastings L.J.	The Hastings Law Journal
Ill. App. Ct.	Illinois Appellate Court
Lewis & Clark L. Rev.	Lewis & Clark Law Review
Marq. L. Rev.	Marquette Law Review

Mass.	Supreme Judicial Court of Massachusetts
Mich.	Michigan Supreme Court Reports
Misc.2d	New York Miscellaneous Reports, 2d Series
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review
N.Y. Sup. Ct.	New York Supreme Court
U. Cin. L. Rev.	The University of Cincinnati Law Review
U. Ill. L. Rev.	University of Illinois Law Review
U.S.	United States/United States Supreme Court Reports
U.S. Dist.	United States District Court
U.S.C.	United States Code
USA	United States of America
Utah 2d	Utah Reports, Second Series
W. Va. L. Rev.	West Virginia Law Review
Wall.	Wallace's United States Supreme Court Reports (1863-1874)
Wayne L. Rev.	Wayne Law Review
Wis.2d	Wisconsin Reports, 2d Series
Wm. & Mary L. Rev.	William & Mary Law Review
Yale J. on Reg.	Yale Journal on Regulation

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 Lütke's 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 Kristallisationspunkt 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 Lütke, 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 *Bruns*, 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. *Bönner*, Ermessen und Haftung, S. 1 ff.; *Oldiges*, Haftung unter der Business Judgment Rule, S. 1 ff.; *Kirschey*, 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

Angeichts 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 haftungsbetont 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 Zwölfmonatszeitraum, 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; Uhlenbruck/Pape, § 1, Rn. 1; HK-InsO/Sternal, § 1, Rn. 3.

29 Vgl. Grogan v. Garner, 498 U.S. 279, 286 f. (1991); Rupp v. Biorge (In re Biorge), 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. Portraitiert 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-

chen Prämissen des U.S.-amerikanischen Insolvenzrechts. Daraufgehend werden die Haftungsansprüche beider Rechtsordnungen analysiert, ihre einzelnen Voraussetzungen vergleichend gegenübergestellt und eruiert, inwieweit jeweils anspruchsinhärente 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.

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 Insolvenz zwecks 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; Grünberg/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 unzüivilisierten 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 RPflG.

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 Insolvenzszweck, 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 Insolvenzzwecke 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 Insolvenzfahrens (§ 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 Insolvenzzweck 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 Insolvenzzweck 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 Insolvenzzweckwidrigkeit 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 Insolvenzzweck 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 insolvenzzweckwidrig 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 Insolvenzzweckwidrigkeit 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, ZZP 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 Insolvenzverfah-

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 pflichtgemäßen 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 Beteiligtschutz 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/*Ehrliche/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.

füguungsbefugter 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 (c) (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). Instrukтив 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. Bursztytn (In re Bursztytn), 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*).

renzahlung⁵⁸⁰ 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 Amtstreuhänder, 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.

Kapitel 3: Grundlagen der Insolvenzverwalterhaftung in Deutschland und den USA

Sowohl der *trustee* als auch der deutsche Verwalter haften grundsätzlich persönlich nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regeln sowie nach einem besonderen, auf die Verfahrenssituation zugeschnittenen „insolvenzspezifischen“ Haftungsregime. Letzteres bildet den Schwerpunkt der Untersuchung in dieser Arbeit und ist für den Rechtsvergleich von besonderem Interesse.

Ein wesentlicher Unterschied formeller Art ist, dass dem kodifizierten deutschen Recht in den USA ein Mosaik aus richterrechtlich geschaffenen Doktrinen gegenübersteht, was der Übersichtlichkeit des dortigen Rechts zum Nachteil gereicht. Trotz weitgehender struktureller und auch materieller Übereinstimmungen weisen die Haftungsordnungen beider Länder auch Divergenzen auf, insbesondere im Hinblick die Reichweite der deliktischen Haftung, das Verhältnis von Masse- und Verwalterhaftung sowie die dogmatische Grundlage der „Nicht-Haftung“ bzw. Haftungsimmunität des *trustee*. Im Folgenden werden die Haftungssysteme beider Rechtsordnungen vergleichend gegenübergestellt, die Detailuntersuchung der einzelnen materiellen Haftungsvoraussetzungen ist Gegenstand des darauffolgenden Kapitels 4.

A. Grundlagen der Insolvenzverwalterhaftung in Deutschland

Höchste Bedeutung kommt dem insolvenzspezifischen Haftungsregime der §§ 60, 61 InsO zu. Der Fokus dieses Abschnitts liegt auf der Funktion der Haftung aus § 60 InsO. Diese steht im engen Zusammenhang mit der rechtlichen Stellung des Verwalters, die im vorangegangenen Kapitel eingehend beleuchtet wurde. Daneben sind die Haftung nach den allgemeinen Regeln des Vertrags- und Deliktsrechts sowie die Konstruktion der Zurechnung der Haftung an die Insolvenzmasse von Relevanz.

I. Haftung nach § 60 InsO

1. Überblick

§ 60 Abs. 1 S. 1 InsO ist die zentrale Regelung zur persönlichen Verantwortlichkeit des Insolvenzverwalters. Hiernach haftet der Verwalter den Beteiligten gegenüber für Schäden, die sich aus der schuldhaften Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten ergeben. § 60 Abs. 2 InsO trifft eine Aussage zur Haftung für Fälle, in denen der Verwalter sich zur Erfüllung seiner Aufgaben Angestellter des Schuldners bedienen muss. Seine Haftungsverantwortung ist dann auf deren Überwachung und auf Entscheidungen von besonderer Bedeutung beschränkt.

Bereits unter der Konkursordnung war die persönliche Haftung des Verwalters mit § 82 KO, wonach der Konkursverwalter allen Beteiligten gegenüber für die Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten verantwortlich war, gesetzlich festgeschrieben.⁶⁹¹ Mit Einführung der §§ 60 bis 62 InsO wurde der materielle Regelungsgehalt des § 82 KO in eine gesetzlich ausdifferenziertere Form gegossen.⁶⁹² Insbesondere § 60 InsO bildet die vorherrschende Ansicht in der Literatur zu § 82 KO sowie die hierzu ergangene Rechtsprechung ab, ohne das materiellrechtlich Neues geschaffen wurde.⁶⁹³ Innerhalb der Rechtsprechung des BGH hatte sich seit Mitte der 1980er Jahre⁶⁹⁴, parallel zu einem Reformverfahren der KO und vor dem Hintergrund häufigerer Unternehmensfortführungen innerhalb der Verwaltungspraxis, ein Wandel hinsichtlich der Auslegung des Beteiligten- und Pflichtenbegriffs vollzogen.⁶⁹⁵ Auch mit der Verjährungsvorschrift des § 62 InsO wurde die geänderte BGH-Rechtsprechung geschriebenes Recht: Während für Ansprüche nach § 82 KO zunächst die dreißigjährige Verjährungsfrist des § 195 BGB a.F. angenommen wurde⁶⁹⁶, änderte sich dies mit einem Urteil des BGH, nach welchem, in entsprechender Anwendung des

691 Einen konzipierten Überblick über die historische Entwicklung der Insolvenzverwalterhaftung gibt *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 3 ff.

692 Uhlenbruck/*Sinz*, § 60, Rn. 1.

693 Vgl. *Lüke*, ZIP 2005, 1113 f.; *Jaeger/Gerhardt*, § 60, Rn. 1; *Smid*, Kölner Schrift, Kap. 10, Rn. 16; s. auch BT-Drucks. 12/2443, S. 129.

694 Vgl. BGH ZIP 1987, 115.

695 Vgl. *Lüke*, ZIP 2005, 1113, 1114; *Jaeger/Gerhardt*, § 60, Rn. 2 ff.; vgl. hierzu unten Kap. 4 B.I.1.; zugleich beschränkte die Rechtsprechung die Haftung des Verwalters für die Eingehung nicht erfüllbarer Masseverbindlichkeiten, was die Schaffung des § 61 InsO begründete, vgl. *Pape*, ZInsO 2003, 1013 ff.

696 Vgl. RGZ 78, 186, 190 (noch zu § 74 KO).

§ 852 Abs. 1 BGB a.F., der Schadensersatzanspruch bereits nach drei Jahren verjähren sollte.⁶⁹⁷

2. Rechtsgrund der Haftung

Die Frage nach dem Rechtsgrund der Haftung des Verwalters nach § 60 InsO ist – wie bereits zu § 82 KO – Gegenstand ausgiebigen Diskurses. Streitgegenstand ist nicht das Rechtsverhältnis zwischen Verwalter und Beteiligten nach erfolgter pflichtwidriger Schädigung⁶⁹⁸, sondern die Frage, ob davor bereits ein Schuldverhältnis bestand, also § 60 InsO eine aus einem gewandelten Primärrechtsverhältnis folgende (sekundäre) Schadensersatzpflicht darstellt oder die Haftung mangels bestehender Sonderverbindung einen mit § 839 Abs. 1 S. 1 BGB vergleichbaren deliktischen Charakter trägt.⁶⁹⁹ Unumstritten ist, dass mit Amtsübernahme kein vertragliches Primärrechtsverhältnis mit den Beteiligten zur Entstehung gelangt.⁷⁰⁰ Materiellrechtliche Auswirkungen des Streits, wie die Frage nach der Gehilfenhaftung und der Anspruchsverjährung, wurden durch Schaffung der §§ 60 Abs. 2, 62 InsO eindeutig geklärt, weshalb der Meinungsstreit vorwiegend von akademischer Relevanz ist.⁷⁰¹ Die Auseinandersetzung mit dem Rechtsgrund des Anspruchs aus § 60 Abs. 1 S. 1 InsO ist aber geboten, weil er die rechtsdogmatische Grundlage der persönlichen Verantwortlichkeit des Verwalters beschreibt.

a) Verletzung eines gesetzlichen Schuldverhältnisses

Nach der in Literatur und Rechtsprechung vorherrschenden Ansicht liegt der Rechtsgrund der Haftung des Verwalters nach § 60 Abs. 1 InsO in der Verletzung eines zwischen ihm und den Beteiligten bestehenden ge-

697 BGH ZIP 1985, 359, 362. Diese Begrenzung wurde angesichts des Haftungsrisikos des Verwalters für nötig erachtet, vgl. Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 8; vgl. auch Lücke, NJW 1985, 1161, 1164.

698 Die aus § 60 InsO folgende Schadensersatzpflicht begründet fraglos ein gesetzliches Schuldverhältnis, s. bereits BGH NJW 1958, 1351.

699 Vgl. MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 4.

700 Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 13.

701 Vgl. Nerlich/Römermann/Rein, § 60, Rn. 3; K/P/B/Lücke, § 60, Rn. 11; für die Frage nach der Eröffnung des Gerichtsstands des § 32 ZPO ist ihm noch Bedeutung beizumessen, s. hierzu Kap. 3 A.V.

setzlichen Schuldverhältnisses, das mit Amtsübernahme begründet wird und aus dem eine rechtsgeschäftliche Sonderbeziehung folgt.⁷⁰² Dieses Sonderverhältnis entstehe mit Amtsübernahme gegenüber denjenigen, die bereits zur Verfahrenseröffnung die Beteiligtenstellung innehaben (z.B. die Insolvenzgläubiger), später hinzutretenden gegenüber, wie Neumassegläubigern, entstehe das Schuldverhältnis, wenn die Amtspflichten des Verwalters diesen gegenüber zur Entstehung gelangten.⁷⁰³

b) Deliktische Prägung der Verwalterhaftung

Teilweise wird vertreten, die Haftung nach § 60 InsO sei deliktischen Charakters.⁷⁰⁴ Die für den Insolvenzverwalter charakteristische mehrseitige Pflichtenbindung erfordere, ähnlich wie die Amtshaftung nach § 839 Abs. 1 S. 1 BGB, die Einzeluntersuchung der jeweiligen Pflicht.⁷⁰⁵ Der Rechtsgrund der Haftung liege allein in der Verletzung drittschützender Pflichten.⁷⁰⁶ Mit § 62 InsO sei außerdem die deliktische Verjährung nach § 852 a.F. BGB im Grunde übernommen worden, ferner würde auch bei der Haftung nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG die Gehilfenhaftung über § 278 BGB vorgenommen, was durch § 60 Abs. 2 InsO vorausgesetzt wür-

702 Vgl. BGH NJW 1985, 1161, 1162; BGH NJW 1994, 323, 324; Weber, FS Lent, S. 301, 311 f.; Baur, GS Bruns, S. 241, 246 ff.; Lüke, Konkursverwalterhaftung, S. 74; Baur/Stürner II, Rn. 10.18; Gerhardt, ZInsO 2000, 574, 576; Jacoby, Das Private Amt, S. 565; Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 13; Bönner, Ermessen und Haftung, S. 16 f.; Schmidt/Thole, § 60, Rn. 2; Bruns/Thönissen, KTS 2017, 236, 244; MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 7 f.; K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 11; wenigstens ungenau Kirschey, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 52, der zwar von einem gesetzlichen Schuldverhältnis als Grundlage der Haftung ausgeht, sich jedoch konkret auf das mit Pflichtverletzung entstehende (also durch § 60 InsO begründete) Schuldverhältnis bezieht, welches aber seinerseits nicht Gegenstand des Meinungsstreits ist. Auch die Haftung nach §§ 823 Abs. 1, 2, 826, 839 BGB begründet ein gesetzlichen Schuldverhältnis zwischen Haftungsschuldner und Geschädigtem, vgl. Grüneberg/Grüneberg, Überbl. v. § 311, Rn. 5. Die Frage nach der Rechtsnatur der Haftung wird durch diesen Hinweis also nicht beantwortet. Daher weist auch Lüke, Konkursverwalterhaftung, S. 38, darauf hin, dass die Haftung nach § 82 KO nur Rechtsfolge des Schuldverhältnisses ist.

703 Weber, FS Lent, S. 301, 311; Gerhardt, ZInsO 2000, 574, 576; Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 13.

704 Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 6.35 f.; Braun/Baumert, § 60, Rn. 3; in diese Richtung auch Eckardt, KTS 1997, 411, 413.

705 Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 6.35.

706 Eckardt, KTS 1997, 411, 413; Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 6.36.

de.⁷⁰⁷ Andere Stimmen gehen von einem gesetzlichen Schuldverhältnis als Grundlage der Haftung aus, schreiben diesem jedoch eine deliktische Prägung zu.⁷⁰⁸ Dies wurde so vom BGH zu § 82 KO vertreten, mit der Folge, dass die Verjährung nach § 852 a.F. BGB Anwendung finden sollte.⁷⁰⁹ Die strukturelle Ähnlichkeit der Haftung nach § 82 KO bzw. § 60 InsO und § 839 Abs. 1 S. 1 BGB zeige sich ferner daran, dass auch die Verfahrensbeteiligten, ähnlich wie der Bürger im Verhältnis zum Beamten, sich den Verwalter nicht aussuchen könnten.⁷¹⁰

c) Theorie des zweigeteilten Schadensersatzanspruchs

Karsten Schmidt prägte die Theorie, die § 82 KO als zweigeteilten Haftungsanspruch versteht: Ein Schuldverhältnis bestehe nur im Verhältnis zur Masse, also rechtstechnisch zum Gesamtschuldner. Hieraus ergebe sich eine „interne Verantwortlichkeit“ für Gesamtschäden; die Haftung für Einzelschäden gegenüber den sonstigen Beteiligten hingegen stelle sich als eine mit § 839 Abs. 1 S. 1 BGB vergleichbare „Amtshaftung“ des Verwalters dar.⁷¹¹ Letztere sei deliktsrechtlich zu qualifizieren, weil sie auf der Verletzung drittschützender Pflichten beruhe.⁷¹² Aus der dogmatischen Trennung von interner Verantwortlichkeit ergaben sich etliche anspruchsbetreffende Folgen, z.B. sollte für die Amtshaftung die Verjährung des § 852 BGB gelten, der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung gem. § 32 ZPO anwendbar sein und bezüglich der Anwendung von § 278 BGB bei der Gehilfenhaftung differenziert werden.⁷¹³

d) Stellungnahme

Gegen eine deliktsrechtliche Qualifikation der Verwalterhaftung spricht zunächst das mit der treuhänderisch geprägten Amtsstellung des Verwal-

707 Zum Ganzen *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 6.36 m.w.N.

708 Nerlich/Römermann/*Rein*, § 60, Rn. 3; *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 52.

709 Vgl. BGH NJW 1985, 1161, 1162 ff.; krit. hierzu *Lüke*, NJW 1985, 1161, 1164.

710 Vgl. *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 53.

711 *K. Schmidt*, KTS 1976, 191, 192 ff.; *ders.*, ZIP 1988, 7 ff., zustimmend *Haug*, ZIP 1984, 773, 776 ff.; *Peters*, JZ 1985, 583.

712 *K. Schmidt*, KTS 1976, 191, 197 ff., 203.

713 Zum Ganzen *K. Schmidt*, KTS 1976, 191, 204 ff.

ters⁷¹⁴ einhergehende besondere Näheverhältnis zu den Beteiligten bzw. deren Rechtsgütern und deren damit verbundenen Risikoexposition; § 60 InsO schützt die Beteiligten gerade vor der Verletzung der auf diesem Sonderverhältnis basierenden Amtspflichten.⁷¹⁵ Eine rein deliktische Haftungsqualifikation vernachlässigt die Existenz dieser bereits vor schädigender Pflichtverletzung bestehenden, gesetzlich induzierten Rechtsbeziehung. Haftungsgrundlage ist deshalb mit der zutreffenden h.M. das mit Amtsübernahme begründete gesetzliche Schuldverhältnis zu den Beteiligten.

Mag auch der Anspruch aus § 60 Abs. 1 S. 1 InsO strukturell Ähnlichkeit mit Ansprüchen des Deliktsrechts aufweisen, so ist dieser Feststellung allein für die Identifizierung des Rechtsgrunds der Verwalterhaftung nur wenig Wert beizumessen, zumal sich materiell-rechtliche Ergebnisse hieraus aufgrund der §§ 60 Abs. 2, 62 InsO nicht mehr ableiten lassen.⁷¹⁶ Zwar haben auch die durch § 60 Abs. 1 InsO haftungsbewehrten Pflichten drittschützenden Charakter. Ein grundlegender Unterschied zur Delikthaftung besteht jedoch darin, dass diese Pflichten gerade nicht potentiell gegenüber jedem bestehen können; das private Verwalteramt wird, anders als das öffentliche Amt, durch Bestellung des jeweiligen Amtswalters für jedes Verfahren personell neu besetzt und jedes dieser Verfahren verfügt über einen eigenen, abgrenzbaren Kreis an Pflichtenbegünstigten, also Beteiligten i.S.d. § 60 Abs. 1 S. 1 InsO.⁷¹⁷ Der begrenzte Beteiligtenkreis wird anhand der Zusammenschau mit der Regelung des § 61 InsO deutlich: Ein potentieller Massegläubiger ist kein Verfahrensbeteiligter, ihm gegenüber besteht keine schuldrechtliche Sonderbeziehung, deren Verletzung durch § 60 Abs. 1 S. 1 InsO sanktioniert ist. Erst die Begründung der nicht erfüllbaren Masseschuld bringt ihn in eine Rechtsstellung zum Verwalter und macht ihn zum Beteiligten i.S.v. § 60 Abs. 1 S. 1 InsO.⁷¹⁸ Ferner stößt das dem Grundsatz nach zutreffende Argument, die Beteiligten könnten sich den Verwalter, so wie der Bürger den Amtsträger, nicht aussuchen, im Fall der Neumassegläubiger an seine Grenzen.⁷¹⁹

714 Vgl. auch oben Kap. 2 A.II.3.

715 So auch *Jacoby*, Das private Amt, S. 565; vgl. zur Funktion des § 60 InsO unten Kap. 3 A.I.3.

716 S. aber zur Frage nach der Anwendbarkeit des § 32 ZPO unten Kap. 3 A.V.

717 Vgl. *Jacoby*, Das private Amt, S. 565, der den Drittschutz der Verwalterpflichten mit dem des Vertrages zugunsten Dritter vergleicht.

718 Vgl. *Jacoby*, Das private Amt, S. 566; vgl. auch unten Kap. 3 A.II.3.

719 Vgl. *Baur*, GS Bruns, S. 241, 247.

Der Ansicht *Karsten Schmidts* ist zu konzедieren, dass sie zur Strukturierung und Übersichtlichkeit der von § 82 KO bzw. § 60 InsO erfassten Fallgruppen beiträgt⁷²⁰; darüber hinaus einen dogmatisch zweigeteilten Haftungsanspruch anzunehmen, ginge in der Sache aber zu weit.⁷²¹ Die Zweiteilung des Anspruchs ist nicht in § 82 KO angelegt gewesen⁷²², was genauso, zusätzlich zur nunmehr einheitlichen Regelung der Verjährung und Gehilfenhaftung, für § 60 InsO gilt.⁷²³

3. Funktionsbestimmung

Gegenstand der folgenden Untersuchung ist die Funktion, die der Haftung des Verwalters nach § 60 InsO im Gesamtkontext des Insolvenzverfahrens zukommt. Beleuchtet wird die intendierte Wirkung der Haftungsnorm im Sinne einer Zielvorgabe bzw. *telos*, nicht nur ihre tatsächlichen Wirkungen.

a) Verwalterhaftung als Korrelat für Handlungsbefugnisse und korrespondierendes Vermögensrisiko

Die Funktion der persönlichen Haftung des Verwalters fußt auf der ihm zum Wohle der Verfahrenszielverwirklichung verliehenen umfassenden Handlungsbefugnis und der damit korrespondierenden Risikoexposition am Verfahren Beteiligten. Haftungsverantwortung und Handlungsverantwortung, also die Verwalterbefugnisse und seine Einwirkungsmacht, stehen dabei in einem Ausgleichsverhältnis, dessen Zweckrichtung auf den Vermögensschutz der Begünstigten der Verwalterpflichten ausgerichtet ist. Die insolvenzspezifische Haftung stellt sich damit als unverzichtbares Strukturelement im Funktionsgefüge unter der Insolvenzordnung dar.

720 Jaeger/*Gerhardt*, § 60, Rn. 15.

721 Ähnlich *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 6.36, der die „haftungsstrukturierende“ Bedeutung ablehnt.

722 So bereits *Lüke*, Konkursverwalterhaftung, S. 49.

723 Vgl. *Jacoby*, Das private Amt, S. 565; *Lüke*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 101 f.; *K/P/B/Lüke*, § 60, Rn. 11.

aa) Korrespondenz von Verwaltermacht und Risikoexposition der Beteiligten

Grundsätzlich stellt für am Verfahren Beteiligte der Eröffnungsbeschluss⁷²⁴ eine Zäsur dar: Sie sind, sofern sie ihre Interessen verfolgen wollen, zur Teilnahme an einem Gesamtvollstreckungsverfahren gezwungen und können, im Falle der Insolvenzgläubiger, nur auf eine quotale Befriedigung ihrer Forderungen hoffen. Die Befugnis, das haftungsrechtlich den Gläubigern zugewiesene Vermögen⁷²⁵ zu verwalten, geht jedoch mit Verfahrenseröffnung (§ 80 Abs. 1 InsO) nicht etwa auf diese (materiell Betroffenen) über, sondern wird dem Insolvenzverwalter überantwortet, der zwar qua hoheitlichen Bestellungsaktes legitimiert, jedoch als Träger eines privaten Amtes nicht Teil des staatlichen Justizapparates ist.⁷²⁶

Aus einem abstrakten Betrachtungswinkel liegt es in der Natur der Sache, dass wenn einem Dritten Verfügungsmacht über fremdes Vermögen eingeräumt wird, hiermit die Gefahr einhergeht, dass dieser Dritte Fehler macht oder gar seine Macht missbraucht und hieraus Vermögensschäden resultieren. Die Beziehung zwischen der Fremdverwaltung von Vermögen und dem Vermögensausfallrisiko der Vermögensbegünstigten ist somit gewissermaßen axiomatisch.⁷²⁷ Allerdings ist der bloße Verweis auf den Verwaltereinsatz allein nicht ausreichend, um das Vermögensrisiko Beteiligter adäquat zu beschreiben. Erst unter Einbeziehung der verfahrensimmanenten Funktionsverteilung, im Zusammenspiel mit der konkreten Lenkungs- und Handlungsmacht des Fremdverwalters sowie den Einwirkungsmöglichkeiten der von der Fremdverwaltung Betroffenen, erhält man Aufschluss über das konkrete Ausmaß der Vermögensrisikoexposition der Beteiligten.⁷²⁸

Nach der der InsO zugrundeliegenden Verfahrensstruktur und Funktionsverteilung, die dem Verwalter zum großen Teil die haftungsrechtliche

724 § 27 InsO.

725 Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 1.15.

726 Vgl. oben Kap. 2 A.II.1.a)cc), b).

727 Dies trifft nicht für das Verhältnis von Fremdverwaltung und Vermögensschaden zu, denn ein Fremdverwalter kann seine Tätigkeit fehlerfrei ausüben, sodass sich das bestehende Risiko nicht in einem Schaden materialisiert.

728 Theoretisch könnte eine Verfahrensordnung den Handlungsrahmen des Fremdverwalters auf ein Minimum beschränken und die Vermögensabwicklung weitestgehend den Beteiligten überantworten. Entsprechend der Abnahme der Fremdverwaltermacht nähme auch das damit korrespondierende Vermögensrisiko der Beteiligten ab.

Vermögensabwicklung zuschreibt, befinden sich die Verfahrensbeteiligten in einem mit einem Vermögensrisiko korrespondierenden Abhängigkeitsverhältnis zu diesem.⁷²⁹ Die Insolvenzgläubiger, denen im Sinne der *par conditio creditorum* die Zwangsvollstreckung in die Masse und das sonstige Vermögen des Schuldners verboten ist (§ 89 Abs. 1 InsO)⁷³⁰ und die ihre Forderungen gem. § 87 InsO nur über das Insolvenzverfahren verfolgen können, sind auf die ordnungsgemäße Verwaltertätigkeit angewiesen⁷³¹ und hinsichtlich des ökonomischen Ergebnisses des Verfahrens, mit Blick auf die Quote bei der Schlussverteilung, von seiner Kompetenz abhängig. Sie selbst können lediglich durch Mitwirkung in Gläubigergremien und die sonstigen durch die InsO bereitgestellten Mittel ausschließlich im Innenverhältnis an der Willensbildung des Verwalters und damit der Verfahrensgestaltung partizipieren; weitergehender Einfluss auf die Umsetzung der insolvenzrechtlichen Haftungsordnung ist ihnen verwehrt.⁷³² Ein über ihren eigenen Entscheidungskompetenzbereich hinausgehendes Initiativrecht zur Anweisung des Verwalters besteht zudem nicht.⁷³³

Ein Risiko besteht nach Verfahrenseröffnung auch für Ab- und Aussonderungsberechtigte sowie Massegläubiger, die, obwohl sie nicht an der regulären insolvenzmäßigen Befriedigung partizipieren, auf den Verwalter und dessen pflichtgemäße Tätigkeit angewiesen sind⁷³⁴; ihre Einwirkungsmöglichkeiten sind ebenfalls gering. Gleiches gilt für den Gemeinschuldner, dessen grundrechtliche Rechtsposition ohnehin erheblich durch das Insolvenzverfahren berührt wird⁷³⁵; auch er ist auf die bestmögliche Ver-

729 BGH NZI 2018, 519, 525, Rn. 58; die Abhängigkeit der Insolvenzgläubiger betonend K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 5.

730 Zum *telos* des § 89 Abs. 1 InsO MüKo/Breuer/Flöther, § 89, Rn. 1.

731 Vgl. Lüke, Konkursverwalterhaftung, S. 95; Meyer-Löwy/Poertzgen, ZInsO 2004, 363, 364; K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 5; ähnlich Kirschey, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 50; MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 1.

732 Lüke, Konkursverwalterhaftung, S. 95.

733 Vgl. zum Ganzen oben Kap. 2 A.III.2.

734 Lüke, Konkursverwalterhaftung, S. 95; Kirschey, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 50; MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 1; Aus- und Absonderungsberechtigte sind z.B. darauf angewiesen, dass der Verwalter mit dem Aussonderungs- bzw. Sicherungsgut ordnungsgemäß umgeht. Nicht nachvollziehbar ist daher die Ansicht von Kirchhof, Haftung gegenüber den Absonderungsberechtigten, S. 94, dass Absonderungsberechtigte kein Risiko durch die Verfahrenseröffnung erlitten.

735 Hierzu MüKo/Stürner, Einl., Rn. 88 ff., insbes. Rn. 94: Auch die Befugnis zur Verfassungsbeschwerde ist vom Schuldner auf den Verwalter verlagert, der Schuldner ist kompensatorisch auf die persönliche Haftung des Verwalters verwiesen.

mögensverwertung durch den Verwalter angewiesen, nicht zuletzt, um einer Nachhaftung nach § 201 Abs. 1 InsO zu entgehen.⁷³⁶

Komplementär zur Abhängigkeit von der ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung des Verwalters sind die Schutzinstrumente der InsO in Form der Gerichts- und Gläubigeraufsicht nicht dergestalt, dass sie das Vermögensrisiko der Beteiligten beseitigen, vielmehr bewirken sie nur eine Risikoreduktion.⁷³⁷ Dass trotz Aufsicht ein Vermögensrisiko besteht, wird bereits aus dem Umstand deutlich, dass nach der Strukturentscheidung des regulären deutschen Insolvenzverfahrens dem Verwalter ein eigener funktionaler Freiraum zukommen muss, der nicht durch Aufsichtsmaßnahmen berührt wird.⁷³⁸ In diesem Bereich der Verwalterautonomie kann es stets zu fahrlässigen Fehlern kommen, die das „Haftungssubstrat Insolvenzmasse“ schmälern. Diese werden aber nicht durch gerichtliches Eingreifen korrigiert, denn Aufsichtsmaßnahmen werden nicht für in der Vergangenheit liegende Pflichtwidrigkeiten angeordnet. Vielmehr hat die gerichtliche Aufsicht eine präventive Wirkrichtung und setzt diese auch mit Zwang durch bzw. sorgt durch die Auswechslung des Verwalters dafür, dass von diesem ultimativ keine Pflichtverletzungen mehr begangen werden können. Eingetretene Schäden korrigieren kann sie jedoch nicht. Mit der ungeschriebenen Vorgabe, dass evident insolvenzzweckwidrige Handlungen in der Regel unwirksam sind⁷³⁹, erfahren Masse und damit die Gläubiger zwar einen gewissen Vermögensschutz⁷⁴⁰, gleichwohl sind Handlungen wirksam, wenn sie unzumutbar sind; der von der Regel ausgehende Schutz wirkt sich damit nur im Randbereich der Verwalterautonomie aus.

bb) § 60 InsO als Vereinigung von Handlungsmacht und Haftungsverantwortung

§ 60 InsO bezweckt den Ausgleich dieser aus der Verwalterautonomie und der unzureichenden Aufsicht resultierenden Risikoexposition der Beteiligten

736 Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 82.

737 Vgl. BGH NJW 1985, 1161, 1163; BGH NZI 2018, 519, 525, Rn. 55; Schmidt/Thole, § 60, Rn. 1; Kirschey, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 50; MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 1.

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

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

740 Vgl. K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 6a; anzumerken ist, dass auch unwirksame Handlungen des Verwalters Schäden verursachen können.

ten⁷⁴¹, indem dem umfassend Befugten und Verpflichteten auch die Verantwortung für eigenes Fehlverhalten zugewiesen wird. In diesem Zusammenhang wird in Literatur und Rechtsprechung zutreffend die Funktion der Haftung als „Korrelat“ für die dem Verwalter verliehene Handlungsmacht betont⁷⁴² oder das Prinzip des Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung⁷⁴³ herangezogen.

Durch die insolvenzspezifische Haftung wird den Beteiligten der Verwalter als vom Gemeinschuldner verschiedenes, leistungsfähiges Haftungssubjekt zur Verfügung gestellt⁷⁴⁴, gleichzeitig werden sie durch den Direktanspruch gegen den Verwalter des Umstands entledigt, auf etwaige Ansprüche des Schuldners gegen den Verwalter verwiesen zu sein.⁷⁴⁵ Beteiligte haben gegen den Verwalter hinsichtlich dessen Amtspflichten keinen einklagbaren Erfüllungsanspruch, dafür versieht sie § 60 Abs. 1 InsO mit dem Recht, auf der Sekundärebene Schadensersatz zu verlangen.⁷⁴⁶ Ohne die insolvenzspezifische Haftungsordnung, die gerade für die Ausgleichung von Vermögensschäden konzipiert ist⁷⁴⁷, wären die Verfahrenseteiligten auf einen nur unzureichenden deliktischen Schutz verwiesen.⁷⁴⁸ Mit § 60 InsO hat der Gesetzgeber die Handlungsmacht des Verwalters mit der Haftungsverantwortung vereint, die Regelung bringt damit zur Geltung, dass der Verwalter an seine insolvenzrechtlichen Verpflichtungen

741 Vgl. BGH NJW 1973, 1198, 1199; BGH NJW 1985, 1161, 1163; BGH NZI 2018, 519, 525 f., Rn. 57, 58, 59; Lüke, Konkursverwalterhaftung, S. 95; Meyer-Löwy/Poertzgen, ZInsO 2004, 363, 364; Lüke, ZIP 2005, 1113, 1115; Leibner, KTS 2005, 75, 76; FK-InsO/Jahntz, § 60, Rn. 2; K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 5; MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 1a.

742 Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 6.34; Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 52; Thole/Brückmans, ZIP 2013, 1097, 1103; Schmidt/Thole, § 60, Rn. 1; HambKom-InsO/Weitzmann, § 60, Rn. 1; Kirschey, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 50; Nerlich/Römermann/Rein, § 60, Rn. 2.

743 Marotzke, KTS 2014, 113, 114 ff.; Lüke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 6; Kirschey, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 194; Schaal, Haftung der Geschäftsführungsorgane, S. 135, 256 ff.; implizit BGH NZI 2018, 519, 521, Rn. 29; vgl. zur Nutzbarmachung des Prinzips für die Auslegung von § 60 InsO unten Kap. 4 A.II.3.

744 Thole/Brückmans, ZIP 2013, 1097, 1103.

745 BGH NZI 2018, 519, 523, Rn. 35; MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 1.

746 Instrukтив sowie differenzierend zwischen Vermögensträger und sonstigen Interessenträgern Jacoby, Das private Amt, S. 566 f.

747 Schmidt/Thole, § 60, Rn. 1; K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 5.

748 Thole/Brückmans, ZIP 2013, 1097, 1103; § 823 Abs. 1 BGB schützt nicht das Vermögen, anderes gilt nur unter den Voraussetzungen der §§ 823 Abs. 2, 826 BGB, vgl. MüKo/Wagner, BGB, § 823, Rn. 423.

gebunden ist.⁷⁴⁹ Die Pflicht, mit dem privaten Vermögen für eigenes Fehlverhalten zu haften, stellt im Grunde Eigenverantwortung in Reinform dar.⁷⁵⁰ Insofern lässt sich in Bezug auf § 60 InsO auch von der kodifizierten Eigenverantwortlichkeit des Verwalters sprechen.

Grundlegende Elemente der auf § 80 Abs. 1 InsO beruhenden Verwalterautonomie, wie der weisungsfreie Handlungsrahmen, kommen zum Preis der persönlichen Haftpflicht für Fehler: Gläubiger können den Verwalter nicht rechtsverbindlich zu konkreten Handlungen anweisen, dieser mangelnde Einfluss wird auf der Sekundärebene über die persönliche Verwalterhaftung kompensiert.⁷⁵¹ Fehlentscheidungen des Verwalters werden nicht gerichtlich korrigiert, sondern über dessen persönliche Haftung ausgeglichen.⁷⁵² Auch Zustimmungsvorbehalte der Gläubiger beschränken nicht die Verwaltermacht im Außenverhältnis, behelfen können sich die Gläubiger bei einem Zuwiderhandeln durch die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen.

Vor dem Hintergrund der staatlichen Pflicht, aus der Delegationsstruktur resultierende Nachteile auszugleichen⁷⁵³, folgt aus der Anordnung der Eigenverantwortung des Verwalters auch, dass seine Einsetzung für die Beteiligten formell keine Schlechterstellung bedeutet, als wenn der Staat die Masse durch eigene justizangehörige Funktionsträger verwalten lassen würde. Trotz des Nichtgreifens der Staatshaftung für Pflichtverletzungen des Verwalters nach § 839 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 34 GG weist § 60 InsO ihnen ein leistungsfähiges⁷⁵⁴ Haftungssubjekt, nämlich den handelnden privaten Amtsträger zu. *Laukemann* spricht in diesem Zusammenhang treffend von der „Mediatisierung“ der Staatshaftung für Pflichtverletzungen des Verwalters durch dessen, auf dem Schuldverhältnis zwischen ihm und den Beteiligten beruhende, persönliche Haftungsverantwortung aus § 60 InsO.⁷⁵⁵

749 Vgl. *Thole/Brückmann*, ZIP 2013, 1097, 1103.

750 Vgl. auch *Wolf/Neuner*, AT des Bürgerlichen Rechts, § 30, Rn. 10: „Privatautonomie ohne Verantwortung macht keinen Sinn.“

751 *Pape*, NZI 2006, 65, 66.

752 Vgl. *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 445, die diesen Umstand als Wesensmerkmal dessen funktionalen Freiraums des Verwalters hervorhebt.

753 Vgl. hierzu oben Kap. 2 A.II.1.c)cc).

754 Vgl. zur Haftpflichtversicherung des Verwalters unten Kap. 3 A.I.3.b)cc).

755 *Laukemann*, Unabhängigkeit, S. 31.

b) Vermögensschutz durch Prävention und Kompensation

Von der Funktion der Haftung als Antwort auf das Vermögensrisiko der Beteiligten ist das „Wie“, also die Art und Weise, auf die § 60 InsO den Vermögensschutz erreicht, zu unterscheiden. Dies geschieht, wie allgemein im deutschen Haftungsrecht⁷⁵⁶, durch die präventive Wirkung der Haftungsandrohung und die Kompensation eingetretener Schäden.

aa) Steuerungsfunktion der Verwalterhaftung nach § 60 InsO

Die Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs mit der Folge der Kompensation durch den Verwalter (oder dessen Haftpflichtversicherung) ist die zweite und letzte Stufe des durch § 60 InsO bezweckten Vermögensschutzes. Der Haftungsverantwortung des Verwalters kommt hierneben eine weitere, zeitlich vorgelagerte Schutzkomponente zu: Die Androhung der persönlichen Haftung soll ihn zur Unterlassung vermögensschädigenden Verhaltens veranlassen.

(1) Verhaltenssteuerung durch Haftungsandrohung

Der Haftung nach § 60 Abs. 1 InsO kommt, weil sie den Verwalter zu pflichtgemäßem Handeln anhält, eine verhaltenssteuernde Funktion zu.⁷⁵⁷ Durch die Anordnung der persönlichen Einstandspflicht als Folge der schuldhaften Verletzung einer insolvenzspezifischen Pflicht wird dem Verwalter eine ihn persönlich treffende Sanktion in Form des Verlusts privaten Vermögens angedroht. Diese Fehlerfolge wird der Verwalter in seinen

756 Hierzu *Fischinger*, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, S. 1 m.w.N.; den traditionellen Vorrang der Kompensationsfunktion betonend *Stürner*, AcP 210 (2010), S. 105, 136; insbesondere zur Steuerungsfunktion *Wagner*, AcP 206 (2006), S. 352 ff., 451 ff.

757 Vgl. BGH NZI 2018, 519, 521 f., 526 Rn. 29, 59; *Lüke*, Konkursverwalterhaftung, S. 2; *Gerhardt*, ZInsO 2000, 574, 576; *Jaeger/Gerhardt*, § 60, Rn. 11; *Lüke*, ZIP 2005, 1113, 1114 f.; *Pape*, ZInsO 2005, 953; *Preuß*, Unabhängigkeit, S. 324; *Laukemann*, Unabhängigkeit, S. 110 f.; *Thole/Brünkmans*, ZIP 2013, 1097, 1105; *Lüke*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 8; K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 6; *Kirschey*, Insolvenzverwalterhaftung, S. 50, 194; *Bork*, Insolvenzrecht, § 7, Rn. 68; vgl. zur Steuerungswirkung der Verwalterhaftung für Verkehrspflichtverletzungen *Eckardt*, KTS 1997, 411, 420.

Entscheidungsprozess einbeziehen, sie wird damit psychologisch im *forum internum* wirkend⁷⁵⁸ den Effekt haben, dass er sein Handeln so ausrichtet, dass die Sanktion ihn nicht trifft.⁷⁵⁹ Im Sinne negativer Generalprävention⁷⁶⁰ wird der Verwalter im Zweifel haftungsauslösendes Verhalten, sei es in Form aktiven Tuns oder passiven Unterlassens, vermeiden. Der durch § 60 Abs. 1 InsO angeordneten persönlichen Haftung ist damit eine Steuerungswirkung zuzuschreiben, die präventiv auf die Unterlassung pflichtwidriger Handlungen und damit den Vermögensschutz der Beteiligten gerichtet ist.⁷⁶¹

Zu klären verbleibt, ob sich die Haftpflichtversicherung des Verwalters⁷⁶² auf die Steuerungswirkung der Haftung auswirkt. Denkbar wäre, dass, wenn der Verwalter aufgrund der Versicherbarkeit der Schäden die Sanktionswirkung der Haftung kaum spürt, von der persönlichen Haftung also keine abschreckende Wirkung ausginge.⁷⁶³ Zwar wird das Privatvermögen des Verwalters aufgrund seiner Haftpflichtversicherung in der Regel nicht unmittelbar betroffen, allerdings hat dies nicht zur Folge, dass ein potentieller Haftungsfall keine abschreckende Wirkung mehr entfaltet. Zunächst fallen die Prämien der Berufshaftpflichtversicherung dem Verwalter weiterhin zur Last und erhöhen sich gegebenenfalls nach Verursachung eines Versicherungsfalls.⁷⁶⁴ Zudem drohen dem Verwalter nach Verursachung eines Haftungsfalls Reputationsschäden.⁷⁶⁵ Auch ist denkbar, dass ein Insolvenzgericht weniger geneigt ist, einen Verwalter, der in vergangenen Verfahren schadensersatzauslösend seine Pflichten verletzt hat, für ein großvolumiges und gebührenlukratives Verfahren zu bestel-

758 Paulus, NZI 2008, 705, 707.

759 Grundannahme ist freilich, dass es sich bei der Person des Verwalters um einen *Homo Oeconomicus* handelt, der nicht zu seinem eigenen Nachteil handelt.

760 Allgemein zu dieser Wirkung Schlobach, Das Präventionsprinzip im Recht des Schadensersatzes, S. 307 f.

761 Allgemein zur Bedeutung der Verhaltenssteuerung als Funktion von Haftung Wagner, AcP 206 (2006), S. 352 ff., 451 ff.; Franck, Marktordnung durch Haftung, S. 69 ff.

762 Vgl. hierzu unten Kap. 3 A.I.3.b)cc).

763 Dieser Fragestellung widmet sich die Rechtswissenschaft schon seit langem, jedoch bislang ohne Fokus auf der Insolvenzverwalterhaftung. Anschaulich zu dieser Thematik im Hinblick auf die Steuerungsfunktion der deliktischen Haftpflicht im Allgemeinen und für Schäden im Straßenverkehr Franck, Marktordnung durch Haftung, S. 60 ff. m.w.N. Die Steuerungswirkung wird trotz Versicherbarkeit des Risikos gemeinhin angenommen, vgl. auch Wagner, AcP 206 (2006), S. 352, 455.

764 Vgl. Lüke, Konkursverwalterhaftung, S. 3.

765 Vgl. Lüke, a.a.O.

len.⁷⁶⁶ Ferner dürfte bereits die Aussicht auf das Führen oft langwieriger Haftungsprozesse abschreckende Wirkung entfalten. Dies gilt umso mehr, als dass das Beteiligtenumfeld des Insolvenzverfahrens, das sich naturgemäß mit Vermögensverlustrisiken konfrontiert sieht, für die Haftungsthematik sensibilisiert sein und im Zweifel eher häufig als selten Klagen wird.⁷⁶⁷ Der Verwalter kann sich daher nicht der Hoffnung hingeben, dass die Geltendmachung etwaiger Haftungsansprüche durch die Beteiligten unterbleibt.

(2) Materielle Ausrichtung an den Insolvenzzwecken – Individueller und kollektiver Vermögensschutz

Vom formellen Wirkungsmechanismus der Haftungsandrohung ist die materielle Wirkrichtung der Steuerungsfunktion zu unterscheiden. Sie wird durch den Inhalt der insolvenzspezifischen Pflichten bestimmt und ist zugleich hierauf beschränkt (§ 60 Abs. 1 InsO). Dem Umfang des Kanons haftungsbewehrter Pflichten entspricht damit auch die Vielfältigkeit der Schutzrichtung, die durch die „Blankettnorm“⁷⁶⁸ des § 60 InsO verfolgt wird.

Unmittelbar werden durch die Haftungsandrohung der Individualschutz einzelner Beteiligter (Einzelschäden) und der Schutz der Gesamtheit der Insolvenzgläubiger bei Massekürzungen (Gesamtschäden) sichergestellt, weil derart schädigende Handlungen in der Regel auch die Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten i.S.d. § 60 Abs. 1 InsO bedeuten. Hierneben existiert, aufgrund der Insolvenzzweckorientierung des Pflichtenkostüms des Verwalters, eine globale bzw. kollektive Schutzrichtung der Verhaltenssteuerung. Diese ergibt sich daraus, dass die ordnungsgemäße Erfüllung der Amtspflichten, die dem Verwalter als Organ der Rechtspflege auferlegt sind, der Verwirklichung der Insolvenzzwecke (§ 1 S. 1 InsO) und damit der Umsetzung der insolvenzrechtlichen Haftungsordnung dient, die zwar vorwiegend im Gläubigerinteresse, jedoch gleichzeitig unter Wahrung der Rechts- und Vermögensinteressen aller Beteiligten

766 Auf diesen „Zertifizierungsmakel“ weist Ehlers, ZInsO 2011, 458, 461 hin.

767 Vgl. Lüke, ZIP 2005, 1113; ders., Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 1.

768 MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 1a.

geschieht.⁷⁶⁹ Die Haftungsandrohung des § 60 InsO vermittelt den präventiven Vermögensschutz daher nicht nur unmittelbar individualistisch, sondern mittelbar auch dem Kollektiv der an der Gesamtvollstreckung Beteiligten.⁷⁷⁰

(3) Wirkungskongruenz von Haftung und Aufsicht

Nach der Gesetzessystematik der InsO sind die Regelungen der Verwalterhaftung (§§ 60-62 InsO) in unmittelbarer Nachbarschaft zu denen der Gerichtsaufsicht und der Entlassung des Verwalters (§§ 58, 59 InsO) verortet. Dieser systematische Zusammenhang findet seine Entsprechung in der gemeinsamen Zweck- und Wirkrichtung, die der Verwalterhaftung und den Aufsichtsmitteln der InsO zugrunde liegen.⁷⁷¹

Ebenso wie die Haftung nach § 60 Abs. 1 InsO soll auch die Gerichtsaufsicht durch die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Verwalterhandlungen und das Einschreiten bei Pflichtwidrigkeiten die ordnungsgemäße Verfahrensabwicklung gewährleisten.⁷⁷² Auch ihre Schutzfunktion fußt dogmatisch auf der dem Verwalter verliehenen Handlungsmacht.⁷⁷³ Beide, Haftungsandrohung und Gerichtsaufsicht, bezwecken, dass der Verwalter pflichtgemäß handelt⁷⁷⁴ und bewirken damit als präventive Kontrollmit-

769 So auch *Laukemann*, Unabhängigkeit, S. 59 f., der der Verwalterunabhängigkeit die entsprechende, an den Insolvenz Zwecken ausgerichtete, kollektive Schutzrichtung attestiert.

770 Die insolvenzzweckbezogene Wirkungsvielfalt der Haftungsandrohung äußert sich aufgrund der umfassenden Pflichtenbindung des Verwalters an etlichen Stellschrauben des Verfahrens. So dient z.B. die Verwalterhaftung für Schäden durch Verfahrensverzögerung der Konzentrationsmaxime im Insolvenzverfahren bzw. der Gewährleistung des Grundsatzes schleunigen Rechtsschutzes, vgl. *MüKo/Stirner*, Einl. Rn. 59, 86. Auch wird die Beachtung der *par conditio creditorum* durch den Verwalter forciert, indem die Nichtgeltendmachung von Anfechtungsrechten (§ 129 ff. InsO) dessen persönliche Haftung nach § 60 Abs. 1 InsO zu Folge hat, vgl. hierzu unten Kap. 4 B.II.1.b)aa)(1).

771 *Lüke*, ZIP 2005, 1113, 1114 f.; *Jaeger/Gerhardt*, § 60, Rn. 12; *Lüke*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 8; ähnlich *Paulus*, NZI 2008, 705, 707, der Haftung als ein Kontrollmittel neben der Aufsicht durch Dritte nennt; die gemeinsame präventive Schutzrichtung von Haftung und Aufsicht benennt auch *Laukemann*, Unabhängigkeit, S. 58, 109 ff., dort auch weitergehend zu Wirkungszusammenhängen mit der Verwalterunabhängigkeit.

772 Vgl. hierzu oben Kap. 2 A.III.2.c).

773 BGH NJW 2016, 930, 932, Rn. 45.

774 *Gerhardt*, ZInsO 2000, 574, 576; *Lüke*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 8.

tel, dass Vermögenspositionen der Beteiligten geschützt und das Insolvenzverfahren als Form staatlicher Justizgewährung ordnungsgemäß durchgeführt wird.⁷⁷⁵ Für die Gerichtsaufsicht ist anerkannt, dass sie auch das öffentliche Interesse an einem ordnungsgemäßen Verfahrensablauf zu bedienen hat.⁷⁷⁶ Da die Haftungsverantwortung die Bindung des Verwalters an seine Pflichten bewirkt und hierdurch präventiv deren Erfüllung im Sinne der Insolvenzzweckverwirklichung gefördert wird, lässt sich, parallel zur dualistischen Zweckrichtung des Verwalteramtes⁷⁷⁷, anführen, dass die persönliche Haftung auch der Verwirklichung des auf der Justizgewährungspflicht fußenden öffentlichen Interesses dient.

Bezieht man die durch den Gläubigerausschuss ausgeübte Kontrolle⁷⁷⁸ in die Betrachtung ein, so lassen sich auch hier Wirkungsgemeinsamkeiten mit der Verwalterhaftung beobachten, auch wenn diese Form der Überwachung gerade nicht auf der staatlichen Kontrollverantwortung fußt, sondern Bestandteil privatautonomer Verfahrenspartizipation im Sinne der Gläubigerautonomie ist.⁷⁷⁹ Ihm stehen zwar keine Eingriffsbefugnisse oder Zwangsmittel analog zu denen des Gerichts (§ 58 Abs. 2 InsO) zu, vielmehr ist der Gläubigerausschuss darauf verwiesen, Verstöße des Verwalters dem Gericht mitzuteilen und hierdurch dessen Eingreifen zu erwirken.⁷⁸⁰ Gleichwohl wird auf diesem Wege die Umsetzung der Verwalterpflichten gefördert.

Trotz weitgehender Ähnlichkeit im Hinblick auf den präventiven, auf pflichtgemäßes Verwalterhandeln gerichteten Schutzcharakter, der durch Haftung und Aufsicht vermittelt wird, ist keine vollständige Funktionskongruenz dieser Instrumente festzustellen. Haftung erschöpft sich nicht in der Prävention, sondern dient weitergehend auch der Ausgleichung eingetretener Schäden. Ferner weichen Haftung und Aufsicht hinsichtlich ihrer Wirkungsweise voneinander ab: Während Aufsicht das Handeln des Aufsichtspflichtigen erfordert, wirkt die Haftungsandrohung im *forum*

775 Vgl. für die Aufsicht BGH NJW 2016, 930, 932, Rn. 45.

776 *Smid*, ZIP 1995, 1137, 1141; MüKo/Graeber, § 58, Rn. 2; s. ferner bereits *Levy*, KuT 1928, 74, der betont, dass durch die Gerichtsaufsicht das Vertrauen in die Rechtspflege gestärkt wird.

777 Vgl. oben Kap. 2 A.II.1.a)dd).

778 § 69 S. 1 InsO.

779 Vgl. bereits oben Kap. 2 A.III.2.e). Der Tätigkeitsbereich der Gläubigergremien bedeutet einen partiellen Rückzug des Staates zu Gunsten der Privatautonomie der Gläubiger, hierzu *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 49 ff.

780 Uhlenbruck/*Knof*, § 69, Rn. 1.; Vgl. oben Kap. 2 A.III.2.e)bb).

*internum*⁷⁸¹ als „Selbstregulativ“⁷⁸², ist also auf Ebene der präventivwirksamen Sanktionsandrohung unabhängig vom Handeln Dritter.⁷⁸³ Die Haftung nach § 60 Abs. 1 InsO ist deshalb kein Aufsichtsmittel im engeren Sinne, steht jedoch mit diesen in einem Wirkungszusammenhang.

bb) Kompensationsfunktion der Verwalterhaftung

Dem Schutzbedürfnis der Beteiligten ist nicht bereits durch die verhaltenssteuernde Wirkung der Haftung Genüge getan, sondern erst, wenn die Schadensfolgen als Materialisierung des Risikopotentials der Fremdverwaltung auch ausgeglichen werden. Nach § 60 Abs. 1 S. 1 InsO haftet der Verwalter mit seinem privaten Vermögen. Die neben der Präventivwirkung bestehende Kompensationsfunktion der Haftung aus § 60 Abs. 1 S. 1 InsO⁷⁸⁴ ist für den effektiven Vermögensschutz unentbehrlich, weil die Aufsichtsinstrumente der InsO nicht als Ausgleichsmittel für materialisierte Vermögensschäden konzipiert sind.⁷⁸⁵ Ferner kann Haftung als Androhung nur verhaltenssteuernd wirken, wenn sie, als tatsächliche Verhaltenssanktion, auch zur Durchsetzung gelangen kann; die Präventivfunktion ist damit zu einem gewissen Grad von der Kompensationsfunktion abhängig.⁷⁸⁶

cc) Bedeutung der Haftpflichtversicherung des Verwalters

Wenn dem Vermögensschutz durch Verwalterhaftung wirksam Rechnung getragen werden soll, ist die Frage nach der Leistungsfähigkeit des Verwalters im Haftungsfall von Relevanz.⁷⁸⁷ In diesem Zusammenhang spielt

781 *Paulus*, NZI 2008, 705, 707.

782 *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 324.

783 Freilich ist die Haftungsdurchsetzung wiederum vom Tätigwerden des Geschädigten abhängig, dann geht es aber nicht mehr um Prävention, sondern um Kompensation.

784 *Bachmann*, ZIP 2015, 101, 103; s. auch *Laukemann*, Unabhängigkeit, S. 110: „[...] §§ 60 f. InsO wirken repressiv, doch zugleich verhaltenssteuernd [...]“.

785 Die Kompensation ist deshalb auch nicht optional und nicht der Abbedingung zugänglich, zum Ganzen *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 83.

786 Zu einem ähnlichen Schluss gelangt *Wagner*, AcP 206 (2006), S. 352, 469.

787 §§ 60 f. InsO sollen dem durch Pflichtverletzung Geschädigten einen leistungsfähigen Haftungsschuldner verschaffen, vgl. BGH NZI 2018, 519, 523, Rn. 35.

die Haftpflichtversicherung des Verwalters eine wesentliche Rolle. Die Kompensationsfunktion der Haftung kann in der Regel nur verwirklicht werden, wenn die in Frage stehenden Risiken versicherbar sind.⁷⁸⁸

(1) Versicherbarkeit des Haftungsrisikos

Der Verwalter hat die Möglichkeit, eine Haftpflichtversicherung⁷⁸⁹ zur Absicherung seines Haftungsrisikos abzuschließen.⁷⁹⁰ Die für den praktisch häufigsten Verwaltertypus bestehende Berufshaftpflichtversicherung für Rechtsanwälte ist häufig unzureichend, weil ihre Mindestdeckung⁷⁹¹ und zuweilen auch die Jahreshöchstdeckung gerade in komplexen, risikoträchtigen Verfahren überschritten werden.⁷⁹² Hinzu kommt, dass zwar die Tätigkeit als Insolvenzverwalter und insbesondere auch haftungsrelevante Entscheidungen im Rahmen der Betriebsfortführung, sofern sie vom Insolvenzweck getragen sind, nach AVB-WSR vom Versicherungsschutz umfasst sind⁷⁹³, Risiken aus unternehmerischer Fehlentscheidung jedoch ausgeschlossen sind.⁷⁹⁴ Ferner besteht die Leistungspflicht des Versicherers nicht bei vorsätzlicher widerrechtlicher Schädigung durch den Verwalter (§ 103 VVG), auch bei grob fahrlässiger Herbeiführung des Versicherungsfalls kann der Versicherer seine Leistung entsprechend des Verschuldungsgrads des Verwalters kürzen (§ 81 Abs. 2 VVG).⁷⁹⁵ Ein ergänzender, speziell auf die Risiken der Insolvenzverwaltertätigkeit zugeschnittener Versicherungsschutz ist daher angezeigt.⁷⁹⁶ Die Kosten der allgemeinen Haftpflichtversicherung des Verwalters sind mit seiner Vergütung abgegolten, Kosten von Zusatzversicherungen für besondere Haftungsrisiken im Rahmen der Verwaltung sind als Auslagen zu erstatten.⁷⁹⁷

788 Allgemein zu diesem Prinzip *Franck*, Marktordnung durch Haftung, S. 83 ff.

789 §§ 100 ff., 113 Abs. 1 VVG.

790 *MüKo/Schoppmeyer*, § 60, Rn. 112; *Uhlenbruck/Sinz*, § 60, Rn. 132.

791 Für Rechtsanwälte beträgt die Mindestversicherungssumme 250.000,00 EURO, § 51 Abs. 4 BRAO.

792 Instrukтив hierzu *Ehlers*, ZInsO 2011, 458, 462 ff., der diesbezüglich auf die Möglichkeit der Einzelfalldeckung für haftungsträchtige Verwaltungstätigkeiten hinweist.

793 BGH ZIP 1980, 851, 854.

794 Vgl. *MüKo/Schoppmeyer*, § 60, Rn. 112; *K/P/B/Lüke*, § 60, Rn. 61.

795 Vgl. *Ehlers*, ZInsO 2011, 458, 464 f.

796 *Ehlers*, ZInsO 2011, 458, 466; *Uhlenbruck/Sinz*, § 60, Rn. 132; eingehend zu den einzelnen Versicherungsbedingungen *Zimmermann*, NZI 2006, 386, 387 ff.

797 § 4 Abs. 3 S. 1, 2 InsVV. Vgl. hierzu *Haarmeyer/Mock*, InsVV, § 4, Rn. 100 ff.

(2) Staatliche Gewährleistungsverantwortung für die Absicherung des Ausfallrisikos der Beteiligten

Für pflichtwidrige Handlungen des Verwalters ist, weil er kein Amtsträger im haftungsrechtlichen Sinne ist⁷⁹⁸, die Staatshaftung nach § 839 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 34 GG nicht vorgesehen, stattdessen handelt er unter eigener Haftungsverantwortung. Damit sich hieraus für die Beteiligten hinsichtlich ihres Ausfallrisikos keine Schlechterstellung ergibt, als wenn das Vermögen des stets solventen Staates als Haftungssubstrat zur Verfügung stünde, muss dieser gewährleisten, dass gegen den Verwalter bestehende Schadensersatzansprüche auch werthaltig sind.⁷⁹⁹ Die InsO jedoch sieht keine explizite Versicherungspflicht des Insolvenzverwalters vor⁸⁰⁰, diesbezügliche Reformvorschläge haben keine Umsetzung erfahren.⁸⁰¹ Ferner wurde auf die Aufnahme einer Regelung zur Auferlegung einer Sicherheitsleistung entsprechend § 78 Abs. 2 KO verzichtet.⁸⁰² Stattdessen erfüllt der Staat seine Aufgabe im Rahmen der Verwalterauswahl und Überwachung, denn der Verwalter hat eine angemessene Vermögensschadenshaftpflichtversicherung bereits zur Aufnahme in die Vorauswahlliste sowie in regelmäßigen Abständen nach Bestellung nachzuweisen.⁸⁰³ Das Fehlen einer ausreichenden Haftpflichtversicherung stellt sich insoweit als Eignungsmangel für die Aufnahme in das Amt dar.⁸⁰⁴ Für Haftungsausfälle, die aus mangelndem Versicherungsschutz resultieren, muss daher die Staatshaftung gem. § 839 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 34 GG greifen.⁸⁰⁵ Andernfalls würden Geschädigte potentiell schlechterstellen, als wenn der Staat die Masseverwaltung durch Beamte durchführen ließe, denn das Risiko

798 Vgl. oben Kap. 2 A.II.1.c)bb).

799 Vgl. *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 311, 354, 391 f.

800 S. im Unterschied hierzu die Versicherungspflicht des Zwangsverwalters in § 1 Abs. 4 ZwVwV.

801 Der Gesetzesentwurf des Bundesrates zur Verbesserung und Vereinfachung der Aufsicht im Insolvenzverfahren (GAVI) sah die Schaffung eines § 60a InsO vor, der die Versicherungspflicht des Verwalters regelte, vgl. BT-Drucks. 16/7251, S. 13; s. auch K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 60.

802 *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 391.

803 Vgl. *Preuß*, Zivilrechtspflege, S. 392; *Zimmermann*, NZI 2006, 386, 387; *Braun/Baumert*, § 60, Rn. 45; der Nachweis einer Vertrauensschadenshaftpflichtversicherung, die auch deliktische Vermögensschäden absichert, kann jedoch nicht verlangt werden, vgl. *Uhlenbruck/Sinz*, § 60, Rn. 53.

804 *Braun/Baumert*, § 60, Rn. 45.

805 So auch *Braun/Baumert*, § 60, Rn. 45.

der Unterversicherung bei umfangreichen Insolvenzverfahren, bei denen Schäden in Millionenhöhe verwirklicht werden können, besteht latent.

dd) Fazit

§ 60 InsO stellt sich als Vermögensschutzinstrument mit dualistischer Funktionsweise dar. Zum einen wird durch die präventiv-verhaltenssteuernde Wirkung der Haftungsandrohung der Verwalter zum pflichtgemäßen Handeln veranlasst, wodurch sowohl einzelne Beteiligte geschützt werden als auch die Umsetzung der insolvenzrechtlichen Haftungsanordnung in ihrer Gesamtheit gefördert wird. Insoweit steht sie in einem Wirkungszusammenhang mit den anderen Aufsichtsmitteln der InsO. Zum anderen dient sie der Ausgleichung verursachter Schäden; mit dieser Kompensationsfunktion ergänzt sie die sonstigen Aufsichtsmittel. Ob der umfassenden Steuerungswirkung, die durch die Eigenverantwortlichkeit des Verwalters erzeugt wird, wäre es verfehlt, die Haftung auf ihre Kompensationsfunktion zu reduzieren. Gleichmaßen darf trotz der Betonung der Kontrollfunktion der Haftung nicht außer Acht gelassen werden, dass sie das einzige Instrument zur Ausgleichung eingetretener Schäden und damit die finale Antwort auf das materialisierte Vermögensrisiko der Beteiligten ist.

II. Haftung nach § 61 InsO

1. Überblick

§ 61 S. 1 InsO ordnet die persönliche Haftung des Verwalters an, wenn dieser durch Rechtshandlung eine Masseverbindlichkeit begründet hat, die aus der Masse nicht voll erfüllbar ist. Für das Merkmal der Begründung kommen nicht nur der Vertragsschluss, sondern auch Handlungen im Zusammenhang mit den insolvenzrechtlichen Sonderbefugnissen in Betracht, wie die Erfüllungswahl (§ 103 Abs. 1 InsO) und die Nicht-Kündigung von Dauerschuldverhältnissen.⁸⁰⁶ Die Haftungsfolge tritt gem. § 61 S. 2 InsO nicht ein, wenn für den Verwalter bei Begründung der Verbindlichkeit nicht erkennbar war, dass die Masse für die Forderungserfüllung insuffizient sein würde. Aus der gesetzlichen Vermutung des § 61 S. InsO

⁸⁰⁶ Eingehend zum Merkmal der Begründung Uhlenbruck/Sinz, § 61, Rn. 5 ff.

folgt die Beweislastumkehr zu Lasten des Verwalters; sie umfasst die Massensuffizienz wie auch deren Nichterkennbarkeit.⁸⁰⁷

2. Entstehungshintergrund und Funktion

Anders als § 60 InsO stellt die Regelung keine Abbildung der unter der Konkursordnung ergangenen Rechtsprechung dar, sondern wurde als Reaktion auf diese neu geschaffen.⁸⁰⁸ Die durch den Rechtsprechungswandel eingeschränkte Haftung des Verwalters gegenüber neu hinzutretenden Gläubigern, die sich ihnen gegenüber in den meisten Fällen nur aus den allgemeinen Regeln und nur ausnahmsweise aus § 82 KO ergeben konnten⁸⁰⁹, bedeutete eine Risikoverlagerung zu Lasten der Massegläubiger.⁸¹⁰ Mit Schaffung des § 61 InsO wurde, bewusst entgegen der haftungsbeschränkenden Rechtsprechung des BGH, auch die Begründung von Masseschulden mit einer insolvenzrechtlichen Haftung unterlegt und das Risiko des Forderungsausfalls⁸¹¹ dem Verwalter wieder auferlegt.⁸¹²

§ 61 InsO stellt sich im Vergleich zu § 82 KO als Haftungsverschärfung dar, wobei das Verschuldenserfordernis (§ 276 BGB) und das Erfordernis des tatsächlichen Forderungsausfalls⁸¹³ das Haftungsrisiko des Verwalters abfedern.⁸¹⁴ Eine uneingeschränkte Haftungsverantwortung soll den Verwalter gerade nicht treffen.⁸¹⁵ Der *telos* der Regelung liegt darin, bei potentiellen Vertragspartnern Bereitschaft dafür zu schaffen, mit einem insolventen Unternehmen zu kontrahieren, um damit eine wirksame Be-

807 MüKo/Schoppmeyer, § 61, Rn. 21.

808 Vgl. Lüke, ZIP 2005, 1113, 1114.

809 BGH NJW 1987, 3133, 3134 f.; hierzu Laws, MDR 2003, 787.

810 Vgl. Pape, ZInsO 2005, 1013, 1014; MüKo/Schoppmeyer, § 61, Rn. 5.

811 Zur Terminologie: der Verwalter haftet nicht für einen „Ausfallschaden“ im Sinne eines Nichterfüllungsschadens, sondern nur auf das negative Interesse, vgl. MüKo/Schoppmeyer, § 61, Rn. 30, 46.

812 Vgl. von Olshausen, ZIP 2002, 237, 238; Pape, ZInsO 2005, 1013, 1014 f.; BT-Drucks. 12/2443, S. 129.

813 Umstritten ist, ob bereits Zahlungsverzug (§ 286 BGB) für die Begründung des Schadens ausreicht, dagegen u.a. Uhlenbruck/Sinz, § 61, Rn. 13; dafür OLG Hamm NZI 2003, 150, 151; Laws, MDR 2003, 787, 789; Pape, ZInsO 2005, 1013, 1019; K/P/B/Lüke, § 61, Rn. 12b.

814 Schmidt/Thole, § 61, Rn. 1; in diesem Sinne auch MüKo/Schoppmeyer, § 61, Rn. 6.

815 Anschaulich BGH NZI 2004, 435, 436, vgl. auch Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 6.

triebsfortführung durch den Verwalter zu ermöglichen.⁸¹⁶ § 61 InsO ist damit eine der Grundvoraussetzungen dafür, dass insolvente Unternehmen weiter am Geschäftsverkehr partizipieren und als Betriebsgesamtheit erhalten oder saniert werden können.⁸¹⁷

3. § 61 InsO als *lex specialis* zu § 60 Abs. 1 InsO

Während § 60 Abs. 1 S. 1 InsO die Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten sanktioniert, sieht § 61 InsO die Verwalterhaftung ausschließlich für die Begründung von Masseschulden trotz Massearmut vor. Bereits aus der Gesetzessystematik wird deutlich, dass § 61 InsO keine insolvenzspezifische Pflicht sanktioniert, ansonsten hätte es einer eigenen Regelung außerhalb des § 60 InsO nicht bedurft.⁸¹⁸ Den potentiellen Neumassegläubigern, denen gegenüber (noch) keine insolvenzspezifischen Pflichten bestehen und denen § 60 InsO daher nicht offensteht, kommt durch § 61 InsO eine insolvenzrechtliche Haftungsnorm zugute, die systematisch unter die Kategorie der *culpa in contrahendo* fällt.⁸¹⁹ Sie fußt, anders als § 60 InsO, nicht auf einem besonderen Rechtsverhältnis des Verwalters, sondern ist eine Regelung zur Außenhaftung, die gegenüber jedem Vertragspartner der Masse greift.⁸²⁰ § 61 InsO ist daher im Verhältnis zu § 60 InsO *lex specialis* für die pflichtwidrige Begründung von Masseverbindlichkeiten.⁸²¹ Für Umstände aus der Zeit nach Begründung der Masseverbindlichkeit lassen sich aus § 61 InsO keine Schadensersatzansprüche mehr herleiten, allerdings sind Massegläubiger Begünstigte insolvenzspezifischer Verwalterpflichten und daher potentiell unter § 60 InsO aktivlegitimiert.⁸²²

816 Vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 129; s. auch Pape, ZInsO 2005, 1013, 1015; Schmidt/Thole, § 61, Rn. 1.

817 Vgl. Jaeger/Gerhardt, § 61, Rn. 2.

818 Lüke, ZIP 2005, 1113, 1117; K/P/B/Lüke, § 61, Rn. 3.

819 Jaeger/Gerhardt, § 61, Rn. 5.

820 Jacoby, Das Private Amt, S. 566.

821 Gerhardt, ZInsO 2000, 574, 582; Jaeger/Gerhardt, § 61, Rn. 5; Schmidt/Thole, § 61, Rn. 1; Uhlenbruck/Sinz, § 61, Rn. 4.

822 BGH NZI 2004, 435, 436; Uhlenbruck/Sinz, § 61, Rn. 4; vgl. zu den Pflichten des Verwalters gegenüber den Massegläubigern unten Kap. 4 B.II.1.b)cc).

III. Haftung nach allgemeinen zivilrechtlichen Regeln

Neben dem insolvenzspezifischen Haftungsregime kann sich die persönliche Haftung des Verwalters auch aus allgemeinen Vorschriften, insbesondere aus zivilrechtlichen Instituten wie Vertrag, *culpa in contrahendo* sowie Delikt ergeben.⁸²³ Der BGH hat hierzu in einer grundlegenden Entscheidung verlautbart, dass zwar für die Verletzung nicht-insolvenzspezifischer Pflichten, wie solcher aus Vertrag oder *culpa in contrahendo*, dem Grundsatz nach die Insolvenzmasse hafte, der Verwalter jedoch in Ausnahmefällen persönlich hafte, wenn er eigene vertragliche Pflichten übernommen hat, wenn er einen besonderen Vertrauenstatbestand geschaffen hat, an dem er sich festhalten lassen muss, oder wenn er eine unerlaubte Handlung begangen hat.⁸²⁴

1. Vertragliche und vertragsähnliche Haftung

a) Haftung für eigene vertragliche Verpflichtungen

Rechtsgeschäftliche Handlungen des Verwalters verpflichten die Insolvenzmasse, gleichgültig welcher Ansicht des Theorienstreits man anhängt.⁸²⁵ Aus für die Masse abgeschlossenen Verträgen haftet er, abgesehen von den durch § 61 InsO erfassten Fällen, grundsätzlich nicht persönlich.⁸²⁶ Anderes gilt ausnahmsweise dann, wenn er sich persönlich vertraglich gegenüber Dritten verpflichtet.⁸²⁷ Verspricht der Insolvenzverwalter z.B. Grundpfandgläubigern, gegen Vergütung den freihändigen Verkauf von Grundstücken durchzuführen und scheitert dieser Verkauf durch Verschulden des Verwalters, so kommt dessen persönliche Haftung aus

823 A.A. Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 6.44, der für die Verdrängung vertraglicher und deliktischer Haftung neben der Verwalterhaftung aufgrund deren struktureller Ähnlichkeit mit der Amtshaftung eintritt, vgl. oben Kap. 3 A.I.2.b); in der Kommentarliteratur findet zudem die Haftung nach Steuer-, Arbeits- und Sozialrecht Erwähnung, hierzu sowie zur öffentlich-rechtlichen Verantwortung des Verwalters K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 51 ff.

824 BGH ZIP 1987, 650, 652 f.; ebenso BGH ZIP 1987, 1586, 1587 f.

825 Lüke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 51.

826 Vgl. Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 156; Schmidt/Thole, § 60, Rn. 46; zur Abgrenzung der eigenen Verpflichtung des Verwalters von der Verpflichtung der Masse bei der Anstellung von Hilfspersonal Lüke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 68 ff.

827 Vgl. BGH ZIP 1987, 1586, 1588; Lüke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 66; MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 72.

diesem Vertrag in Betracht.⁸²⁸ Ebenso ist die persönliche Haftung wegen Abgabe einer Garantieerklärung denkbar, allerdings muss der Verwalter eindeutig zum Ausdruck gebracht haben, eine eigene, über die gesetzliche Haftung hinausgehende Einstandspflicht übernehmen zu wollen.⁸²⁹ Der persönlichen vertraglichen Haftung des Verwalters ist mehr theoretische als praktische Bedeutung beizumessen, wird doch der Wille, persönliche Vertragspflichten im Rahmen der Insolvenzverwaltung zu übernehmen, regelmäßig fehlen.

b) Haftung aus *culpa in contrahendo*

Ähnlich wie die eigene vertragliche Verpflichtung ist die persönliche Haftung des Verwalters aus *culpa in contrahendo*⁸³⁰ praktisch selten.⁸³¹ Der Verwalter, der mit Dritten in geschäftlichen Kontakt tritt, begründet in der Regel Verpflichtungen für die Masse, sodass diese auch für die Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten haftet.⁸³² Ein Eigeninteresse des Verwalters an der Vertragsdurchführung wird regelmäßig zu verneinen sein, ferner sind an die Schaffung eines Vertrauenstatbestands (§ 311 Abs. 3 BGB) durch den Verwalter hohe Anforderungen zu stellen.⁸³³ Eine etwaige haftungsauslösende Sachwalterstellung ergibt sich insbesondere nicht allein daraus, dass der Verwalter erkennbar als solcher für die Insolvenzmasse geschäftlich tätig wird.⁸³⁴ Um persönlich zu haften, muss der Verwalter zusätzlich beim Verhandlungspartner ein „von ihm persönlich ausgehendes Vertrauen auf die Vollständigkeit und Richtigkeit seiner Erklärungen und die Durchführbarkeit des vereinbarten Geschäfts hervorrufen“. ⁸³⁵ Dass ein Verwalter als besonders vertrauenswürdig scheint, genügt

828 Vgl. BGH ZIP 1987, 1586, 1588.

829 BGH NZI 2004, 435, 439; s. auch K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 50.

830 §§ 311 Abs. 2, 280, 241 Abs. 2 BGB.

831 Eingehend zu dieser Thematik Lüke, Konkursverwalterhaftung, S. 135 ff.

832 BGH NJW 1987, 3133; BGH NZI 2005, 500.

833 Vgl. Baur, GS Bruns, S. 241, 243 f.; Schmidt/Thole, § 60, Rn. 47; MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 74.

834 Vgl. BGH NZI 2005, 500.

835 BGH NZI 2005, 500 f. Erforderlich ist zudem ein eigenes wirtschaftliches Interesse des Verwalters an der Vertragsdurchführung, BGH a.a.O. Dieses ist nicht bereits durch das Interesse an den Gebühren begründet, vgl. HK-InsO/Lohmann, § 60, Rn. 42.

hierfür nicht⁸³⁶, wohl aber, wenn er Bezahlung einer Forderung aus der Masse garantiert.⁸³⁷

c) Haftung analog § 179 BGB bei insolvenzzweckwidrigen Handlungen?

Vornehmlich *Lüke* tritt für die Haftung des Verwalters analog § 179 BGB für insolvenzzweckwidrige und in der Folge unwirksame Rechtsgeschäfte des Verwalters gegenüber dem anderen Teil ein.⁸³⁸ Er geht dabei entgegen der h.M. von einer rein objektiven Bestimmung der Insolvenzzweckwidrigkeit aus und will dem Verkehrsschutz dadurch Rechnung tragen, dass der Gegenpartei der Schadensersatzanspruch gegen den Verwalter persönlich analog § 179 BGB zustehen soll.⁸³⁹ Vorteilhaft sei diese Lösung u.a. deshalb, weil man auf das gesetzliche Vorbild des Vertretungsrechts zurückgreifen könne, ohne zwangsläufig der Vertretertheorie folgen zu müssen, weil die Regelung auf dem allgemeinen Vertrauensschutzgedanken beruhe.⁸⁴⁰

Dem wird von *Gerhardt* entgegengehalten, dass es der Anwendung des § 179 BGB nicht bedürfe, da, wenn es in Folge einer insolvenzzweckwidrigen Handlung zu einer Verkürzung der Insolvenzmasse und damit zu einem Gesamtschaden komme, der Verwalter ihr gegenüber aus § 60 InsO hafte, weil insolvenzzweckwidrige Maßnahmen eine Pflichtverletzung darstellten. Die gleiche Haftung müsse auch gegenüber einem Vertragspartner des Verwalters bestehen, der durch die insolvenzzweckwidrige Maßnahme einen Einzelschaden erlitten hat.⁸⁴¹

Die Ansicht *Lükes* ist nachvollziehbar, wenn man wie er die Insolvenzzweckwidrigkeit rein objektiv bestimmt. Bestimmt man sie allerdings mit der vorzugswürdigen h.M. unter der zusätzlichen Voraussetzung

836 OLG Koblenz ZIP 1992, 420, 423.

837 Vgl. OLG Rostock ZIP 2005, 220, 221.

838 Vgl. *Lüke*, Konkursverwalterhaftung, S. 121 ff.; K/P/B/*Lüke*, § 60, Rn. 50; *Baur*, GS Bruns, S. 241, 244 f., hält die Haftung aus § 179 BGB für denkbar, lehnt sie in seinem Beispiel jedoch ab.

839 *Lüke*, Konkursverwalterhaftung, S. 130 f.

840 *Lüke*, Konkursverwalterhaftung, S. 131.

841 Vgl. zum Ganzen *Jaeger/Gerhardt*, § 60, Rn. 157; gegen die Anwendung von § 179 BGB auch *Stamm*, KTS 2016, 279, 298 f.; *Schmidt/Thole*, § 60, Rn. 47 hält die Haftung aus § 179 BGB für konsequent, verweist aber auf den zugleich bestehenden Anspruch nach § 60 InsO.

der Evidenz⁸⁴², verbleibt für die Haftung nach § 179 BGB wegen § 179 Abs. 3 S. 1 BGB⁸⁴³ faktisch kein Anwendungsbereich mehr.⁸⁴⁴ Ferner bestehen auch bei einer objektiven Bestimmung der Insolvenzzweckwidrigkeit keine Schutzlücken zu Lasten des anderen Vertragsteils. Er kann den durch insolvenzzweckwidriges Verwalterhandeln verursachten Einzelschaden mittels § 60 Abs. 1 InsO kompensieren.⁸⁴⁵ Fraglich ist zudem die Existenz einer für die analoge Anwendung vertretungsrechtlicher Haftungsregelungen erforderlichen Regelungslücke, wenn eine spezialgesetzliche Haftungsnorm zur Verfügung steht, insbesondere wenn man der herrschenden Amtstheorie folgt.⁸⁴⁶

2. Deliktische Haftung des Verwalters

a) Allgemeines

Die deliktsrechtliche Verantwortlichkeit des Verwalters besteht trotz Geltung der insolvenzspezifischen Anspruchsgrundlage des § 60 InsO fort.⁸⁴⁷ Bei der deliktischen Haftung geht es aber um die Verletzung nicht-insolvenzspezifischer Pflichten.⁸⁴⁸ Erfüllt sein Verhalten einen deliktsrechtlichen Tatbestand wie §§ 823 Abs. 1, Abs. 2 i.V.m. einem Schutzgesetz⁸⁴⁹ oder § 826 BGB, so ist er dem Geschädigten für die Verletzung der geschützten Rechtsgüter und absoluten Rechte persönlich zum Ersatz verpflichtet.⁸⁵⁰ Freilich kann in der schädigenden Handlung simultan auch

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

843 Hierzu MüKo/Schubert, BGB, § 164, Rn. 227.

844 So auch Lücke, Konkursverwalterhaftung, S. 130 selbst; vgl. Stamm, KTS 2016, 279, 298 f.

845 Vgl. Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 157; Stamm, KTS 2016, 279, 298 f.; Schmidt/Thole, § 60, Rn. 47. Sofern man mit der h.M. die Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht als maßgeblich sieht, wäre der Haftungsanspruch aus § 60 Abs. 1 S. 1 InsO im Sinne des § 179 Abs. 3 S. 1 BGB durch Mitverschulden (§ 254 BGB) des Anspruchsgläubigers u.U. vollständig zu kürzen, vgl. Stamm, a.a.O., 299.

846 Selbst Anhänger der Vertretertheorie sehen die Anwendung des § 179 BGB als entbehrlich an, s. nur Stamm, KTS 2016, 279, 299.

847 Lücke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 83.

848 Vgl. Eckardt, KTS 1997, 411, 414; Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 58.

849 § 60 InsO ist kein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB, sondern weiterhin eigenständige Anspruchsgrundlage, vgl. Lücke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 83.

850 Vgl. Eckardt, KTS 1997, 414; Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 150.

die Verletzung einer insolvenzspezifischen Pflicht gegenüber einem Beteiligten liegen⁸⁵¹, in diesem Fall besteht der Anspruch aus § 60 InsO in Konkurrenz zum jeweiligen deliktischen Anspruch.⁸⁵²

b) Persönliche Haftung für die Verletzung von Verkehrspflichten

Auf einem anderen Blatt steht die Frage, ob der Verwalter auch persönlich für die Verletzung von Verkehrspflichten⁸⁵³ haftet oder ob lediglich die Haftung der Insolvenzmasse besteht.⁸⁵⁴ Diskutiert wird, ob der Verwalter in Fällen der Verletzung von Verkehrssicherungspflichten der richtige Haftungsadressat ist.

aa) Meinungsstand

Früher wurde überwiegend vertreten, der Verwalter hafte persönlich nach Deliktsrecht für die Verletzung von Verkehrspflichten, unbeschadet der Tatsache, dass auch die Masse analog § 31 BGB⁸⁵⁵ haftet.⁸⁵⁶ Weil dem Gemeinschuldner die Verfügungsbefugnis entzogen und auf den Verwalter übertragen wurde (§ 80 Abs. 1 InsO), könne Ersterer nicht mehr die Gefahr beherrschen, die von Massegegenständen ausgeht, daher sei der Verwalter Adressat der Verkehrspflichten.⁸⁵⁷

Nach mittlerweile wohl vorherrschender, von *Eckardt* begründeter Ansicht, soll es bei der Verletzung allgemeiner Verkehrspflichten nicht zu einer Haftungszurechnung an die Masse über § 31 BGB kommen, statt-

851 Z.B. im Falle der Veräußerung von Aussonderungsgut durch den Verwalter, vgl. BGH NJW 1996, 2233.

852 Vgl. Jaeger/*Gerhardt*, § 60, Rn. 150; MüKo/*Schoppmeyer*, § 60, Rn. 75.

853 Diese stellen keine insolvenzspezifischen Pflichten i.S.d. § 60 Abs. 1 S. 1 InsO dar, weshalb ihre Verletzung lediglich eine Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB begründen kann, vgl. hierzu BGH ZIP 1987, 1398, 1399 f.; eingehend zu Verkehrspflichten v. Bar, Verkehrspflichten, S. 1 ff. und MüKo/*Wagner*, BGB, § 823, Rn. 433 ff.

854 Einen knappen Überblick über die Thematik liefert MüKo/*Schoppmeyer*, § 60, Rn. 7 ff.

855 So die h.M., vgl. unten Kap. 3 A.IV.1.

856 Vgl. BGH ZIP 1987, 1398; v. Bar, Verkehrspflichten, S. 123; Uhlenbruck/*Sinz*, § 60, Rn. 58.

857 Vgl. v. Bar, Verkehrspflichten, S. 123; s. auch Jaeger/*Gerhardt*, § 60, Rn. 151.

dessen sei die Insolvenzmasse primäres Haftungssubjekt.⁸⁵⁸ Als dogmatische Grundlage hierfür wird die besitzrechtliche Dimension im Lichte der Amtstheorie betont: der Verwalter habe zwar den unmittelbaren Besitz, dieser sei jedoch als „Amtsbesitz“ nicht ihm persönlich, sondern der Sphäre der von ihm verwalteten Insolvenzmasse zuzuordnen.⁸⁵⁹ Aus dem Verwalterbesitz erwachse daher keine persönliche Pflichtenstellung.⁸⁶⁰ Unbeschadet fehlender eigener Deliktsverantwortlichkeit des Verwalters und der daraus resultierenden Unanwendbarkeit des § 31 BGB soll die Masse originär und unmittelbar für das Handeln des Verwalters und die massebezogene Verkehrspflicht haften.⁸⁶¹ Der Verwalter soll gleichwohl dann als „sekundärer Verkehrspflichtadressat“ persönlich haften, wenn sich Verkehrspflichten an ihn persönlich richten, was durch Auslegung unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes des Verkehrs zu ermitteln sei.⁸⁶²

bb) Stellungnahme

Die Haftung für allgemeine Verkehrspflichten dem Sondervermögen aufzuerlegen ist überzeugend. Der unmittelbare Besitz des Verwalters vollzieht sich innerhalb seiner Amtssphäre und kann ihn nicht ohne Weiteres persönlich zum Verkehrspflichtadressaten machen. Dass das verwaltete Vermögen verpflichtet wird, scheint damit sachgerecht⁸⁶³, ebenso wie sein rechtsgeschäftliches Handeln im eigenen Namen nicht ihn persönlich, sondern die Insolvenzmasse verpflichtet. Rechtsgeschäftliche und deliktische Haftung für Verkehrspflichtverletzung der Masse werden hierdurch gewissermaßen synchronisiert.⁸⁶⁴ Weil die Masse durch den Verwalter erst handlungsfähig und in die Lage versetzt wird, ökonomische Vorteile zu

858 Vgl. *Eckardt*, KTS 1997, 411 ff., dessen umfassende Begründung nicht in allen Einzelheiten wiedergegeben werden kann; ihm zustimmend *Gerhardt*, ZInsO 2000, 574, 578 f.; *Jaeger/Gerhardt*, § 60, Rn. 152; *Jaeger/Windel*, § 80, Rn. 57; *Jacoby*, Das private Amt, S. 587; *K/P/B/Lüke*, § 60, Rn. 50; ebenfalls für eine Haftungsbeschränkung, jedoch über die Anwendung des Verschuldensmaßstabs des § 60 Abs. 1 S. 2 InsO für die deliktische Haftung *MüKo/Schoppmeyer*, § 60, Rn. 78.

859 *Eckardt*, KTS 1997, 411, 424; *Gerhardt*, ZInsO 2000, 574, 579; *Jaeger/Gerhardt*, § 60, Rn. 152.

860 *Eckardt*, a.a.O.

861 *Eckardt*, a.a.O., 439; *MüKo/Schoppmeyer*, § 60, Rn. 78.

862 Vgl. *Eckardt*, KTS 1997, 411, 440 ff.; *Jaeger/Gerhardt*, § 60, Rn. 152.

863 Vgl. *Jaeger/Gerhardt*, § 60, Rn. 152.

864 Vgl. *K/P/B/Lüke*, § 60, Rn. 50.

erlangen, ist es naheliegend, ihr die Haftungskonsequenzen bei Verkehrspflichten als Ausdruck unternehmerischen Risikos zuzuweisen.⁸⁶⁵ Auch entstehen Verkehrspflichten, anders als die durch § 60 InsO haftungsbewehrten Pflichten, nicht mit Amtsübernahme des Verwalters und sind nicht von einseitiger Abhängigkeit von diesem innerhalb eines gesetzlichen Schuldverhältnisses geprägt. Daher besteht auch kein Erfordernis, einem Gläubiger deliktischer Ansprüche wegen Verkehrspflichtverletzungen, der jeder Dritte sein kann, einen Haftungsschuldner neben der Masse zu verschaffen. Ferner besteht nach *Eckardt* auch kein haftungsfreier Raum, weil der Verwalter als sekundärer Pflichtenadressat unter Verkehrsschutzaspekten persönlicher Träger von Verkehrspflichten sein kann, sodass kein Verhaltensanreiz zu Lasten der Masseverwaltung oder potentiell deliktisch Geschädigter zu erwarten ist. Im Übrigen steht den Beteiligten die Möglichkeit der Liquidation von Gesamtschäden im Innenverhältnis gegenüber dem Verwalter gem. § 60 Abs. 1 InsO offen.⁸⁶⁶

IV. Verhältnis von Masse- und persönlicher Verwalterhaftung

Kommt es im Rahmen der Verwaltungstätigkeit zu einer Schädigung eines Dritten durch den Verwalter, so kommen sowohl dessen persönliche Haftung als auch die Haftung der Masse in Betracht. Beide können parallel nebeneinanderstehen. Von besonderem Interesse sind die rechtliche Konstruktion der Haftungszurechnung zur Masse und der Ausgleich zwischen Insolvenzmasse und Verwalter im Innenverhältnis.

1. Die Haftung der Masse für Handlungen des Verwalters analog § 31 BGB

Die persönliche Haftung des Verwalters und die Haftung der Masse⁸⁶⁷ für Handlungen des Verwalters sind strikt zu unterscheiden.⁸⁶⁸ Grundsätzlich wird durch Rechtsgeschäfte des Verwalters die Insolvenzmasse

865 *Eckardt*, KTS 1997, 411, 418; vgl. auch zur vergleichenden Betrachtung der Außenhaftung von Organen juristischer Personen *Eckardt*, a.a.O., 421 f.; *Gerhardt*, ZInsO 2000, 574, 578 f.; *Jaeger/Gerhardt*, § 60, Rn. 153.

866 Vgl. *Eckardt*, KTS 1997, 411, 447 f.

867 Letztlich meint ihre Haftung, mangels Rechtssubjektivität der Masse, die Haftung des Schuldners, s. *Eckardt*, KTS 1997, 411, 431.

868 *Lüke*, ZIP 2005, 1113, 1115; *K/P/B/Lüke*, § 60, Rn. 7.

verpflichtet⁸⁶⁹; diese haftet aus abgeschlossenen Verträgen in der Regel, der Verwalter nur ausnahmsweise unter besonderen Voraussetzungen.⁸⁷⁰ Problematisch ist, dass keine spezielle Zurechnungsnorm existiert, die die Haftungsverantwortung der Insolvenzmasse für unerlaubtes sowie vertragsverletzendes Verwalterhandeln begründet, denn der bloße Verweis auf die Fremdwirkung des Handelns ist insoweit nicht ausreichend.⁸⁷¹ Rechtsprechung und Literatur kommen bei dieser Frage zu verschiedenen Lösungen.⁸⁷²

§ 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO kommt als Zurechnungsnorm nicht in Frage, vielmehr wird mit der Norm die Haftung vorausgesetzt.⁸⁷³ Ebenso wenig hilft (unmittelbar oder analog) § 831 Abs. 1 BGB, weil der Verwalter nicht als Verrichtungsgehilfe des Schuldners zu qualifizieren ist, insbesondere hat er auf dessen Auswahl keine Einwirkungsmöglichkeit.⁸⁷⁴ In Frage kommt eine Zurechnung über § 278 BGB.⁸⁷⁵ Diese Regelung weist den Nachteil auf, dass sie nur innerhalb bereits existierender Sonderrechtsverhältnisse Anwendung finden kann.⁸⁷⁶ Folge dessen wäre eine weitgehende Haftungsfreiheit der Masse für Delikte des Verwalters.⁸⁷⁷ Mit der ganz überwiegend vertretenen Ansicht verbleibt als einheitliche Zurechnungsnorm nur § 31 BGB, der entweder (von Anhängern der Organtheorie ohne Not) unmittelbar⁸⁷⁸ oder, mit der h.M., analog zur Anwendung gelangen soll.⁸⁷⁹ Die Frage, ob § 278 BGB auch bei bestehenden Schuldverhältnissen

869 Lücke, ZIP 2005, 1113, 1115; ders., Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 51.

870 Vgl. oben Kap. 3 A.III.1.a).

871 Eckardt, KTS 1997, 411, 431; vgl. auch Lücke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 53.

872 S. die Gesamtschau der vertretenen Zurechnungsmodelle bei Jaeger/Windel, § 80, Rn. 53 ff.

873 Vgl. Lücke, Konkursverwalterhaftung, S. 108 (zu § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO); Eckardt, KTS 1997, 411, 431 f.; Jaeger/Windel, § 80, Rn. 54.

874 Hanisch, Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, S. 132; Lücke, Konkursverwalterhaftung, S. 108 f.; Jaeger/Windel, § 80, Rn. 54.

875 So früher durch den BGH NJW 1958, 670 (Vertragsverletzung) sowie in der konkursrechtlichen Literatur vertreten, s. die Nachweise bei K/P/B/Lücke, § 60, Rn. 7, Fn. 20; gegenwärtig u.a. von Grüneberg/Grüneberg, § 278, Rn. 5 vertreten; missverständlich Lücke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 54, der davon ausgeht, dass Vertreter der Amtstheorie § 278 BGB befürworten, was aber nicht der Fall ist, vgl. nur Jacoby, Das Private Amt, S. 297, Fn. 434.

876 MüKo/Grundmann, BGB, § 278, Rn. 15.

877 Hanisch, Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, S. 135; Lücke, Konkursverwalterhaftung, S. 109; Jaeger/Windel, § 80, Rn. 54; K/P/B/Lücke, § 60, Rn. 7.

878 Vgl. Hanisch, Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, S. 134 ff.

879 Für die Analogie bzw. eine entsprechende Anwendung BGH NZI 2006, 592 f.; Lücke, Konkursverwalterhaftung, S. 108 ff.; Eckardt, KTS 1997, 411, 433 ff.; Baur/

durch § 31 BGB verdrängt wird, wird teilweise offengelassen⁸⁸⁰, überwiegend aber befürwortet.⁸⁸¹

Die h.M. verdient Zustimmung, da § 31 BGB analog eine Handlungszurechnung ermöglicht, ohne den Verwalter als Organ einer subjektivierten Insolvenzmasse ansehen zu müssen.⁸⁸² Durch § 31 BGB sollen natürliche und juristische Personen eine Gleichstellung erfahren.⁸⁸³ Aus sich heraus nicht handlungsfähige Körperschaften, denen aus dem Handeln ihrer Organe die Möglichkeit zur Teilnahme am Rechtsverkehr erwächst, sollen zugleich das aus dem Organhandeln erwachsende Risiko tragen, ohne den Geschädigten auf die Haftung des Handelnden zu verweisen.⁸⁸⁴ Dieser Gedanke ist auf die Interessenlagen im Insolvenzverfahren übertragbar.⁸⁸⁵ Ebenso wie für die juristische Person wäre es auch für die Insolvenzmasse rechtspolitisch verfehlt, sie – und damit letztlich die Insolvenzgläubiger, denen sie als Haftungsmasse zusteht⁸⁸⁶ – haftungsrechtlich zu privilegieren, nur weil ein Amtswalter anstelle des Rechtsträgers (§ 80 Abs. 1 InsO) ihre Verkehrsteilnahme bewirkt.⁸⁸⁷ Für ein Auseinanderfallen von Gewinnchancen der Massebegünstigten und deren Vermögensverlustrisiko mangelt es an einer materiellen Rechtfertigung. Diese ergibt sich auch nicht daraus, dass sich die Insolvenzgläubiger in einer Art unfreiwilliger Schicksalsgemeinschaft befinden, denn zum einen muss, wer am Ge-

Stürner II, Rn. 10.21; Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 6.34, 14.10, 15.07; Jaeger/Henckel, § 55, Rn. 14 ff.; Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 186; Jaeger/Windel, § 80, Rn. 55 f.; Lüke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 59; K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 7; offenlassend BGH NJW 2018, 2125, 2128; Lüke, ZIP 2005, 1113, 1116; Jacoby, Das private Amt, S. 297, Fn. 434; MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 113; Staudinger/Schwennicke, § 31, Rn. 110.

880 Hanisch, Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, S. 135; Eckardt, KTS 1997, S. 437.

881 Lüke, Konkursverwalterhaftung, S. 192; s. auch Jaeger/Windel, § 80, Rn. 56 m.w.N. zur h.M.

882 Anschaulich Jaeger/Windel, § 80, Rn. 55; vgl. auch Lüke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 55.

883 MüKo/Leuschner, BGB, § 31, Rn. 1, der jedoch seinerseits der Anwendung von § 31 BGB auf nicht verbandsrechtliche Sondervermögen kritisch gegenübersteht (a.a.O. Rn. 10).

884 Vgl. Lüke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 56 unter Verweis auf Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 408 f.; s. auch Eckardt, KTS 1997, 411, 433 f.

885 Instruktiv zum Ganzen Eckardt, KTS 1997, 411, 433 ff.

886 Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 1.15.

887 Vgl. Eckardt, KTS 1997, 411, 434; Jaeger/Windel, § 80, Rn. 55; Lüke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 56 ff.; K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 7.

schäftsverkehr teilnimmt, mit dem Risiko der Insolvenz des anderen Teils kalkulieren, zum anderen versieht die InsO die Gläubiger mit Auswahl⁸⁸⁸ und Kontrollmitteln⁸⁸⁹, über die Einfluss ausgeübt werden kann.⁸⁹⁰

Spiegelbildlich ist auch die haftungsrechtliche Schlechterstellung eines im Zuge der Insolvenzverwaltung Geschädigten rechtspolitisch weder geboten noch zu rechtfertigen. § 31 BGB bewirkt, weil dem Geschädigten mehr als ein Schuldner zur Verfügung steht, eine Verbesserung seiner haftungsrechtlichen Situation.⁸⁹¹ Es ist keine Begründung dafür ersichtlich, dass dem Gläubiger eines deliktischen Schadensersatzanspruchs gegen eine insolvente Gesellschaft nicht die Sondervermögensmasse als Haftungssubstrat zur Verfügung stehen soll, wie es bei einer werbenden Gesellschaft der Fall wäre; zudem befindet dieser sich unfreiwillig in seiner Position.⁸⁹² Das Privatvermögen des Verwalters allein vermag das von der Masse ausgehende Verkehrsrisiko nicht angemessen zu bedienen.⁸⁹³

Ferner lässt sich auch ein anderer, der Rechtsfigur der Repräsentantenhaftung⁸⁹⁴ entlehnter Gedanke für die Haftung der Insolvenzmasse nutzbar machen, nämlich die auf der Verwaltungstätigkeit basierende umfassende Einwirkungsmöglichkeit des Insolvenzverwalters auf geschützte Rechtspositionen Dritter. Diese steht im Missverhältnis zu den Einflussmöglichkeiten, die ihm als Privatperson zukämen; um Einwirkungsmöglichkeiten und Haftung bzw. verfügbare Haftungsmasse in Gleichklang zu bringen, ist die Haftung der Masse für Delikte des Verwalters geboten.⁸⁹⁵

2. Parallelität und Gleichrangigkeit von Masse- und Verwalterhaftung

Die Massehaftung, genauer, die auf die Masse beschränkte Haftung des Gemeinschuldners, kann parallel zur persönlichen Haftung des Verwalters

888 §§ 56a, 57 InsO.

889 Vgl. hierzu oben Kap. 2 A.III.2.e).

890 Vgl. auch *Eckardt*, KTS 1997, S. 434 f.

891 Vgl. *Bruns*, Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung, S. 180.

892 Vgl. *Hanisch*, Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, S. 130; *Jaeger/Heckel*, § 55, Rn. 17; *Jaeger/Windel*, § 80, Rn. 55.

893 Vgl. *Jaeger/Windel*, § 80, Rn. 55.

894 S. allgemein zur Repräsentantenhaftung im Rahmen des § 31 BGB *Staudinger/Schwennicke*, § 31, Rn. 21 ff.

895 Vgl. *Lücke*, Konkursverwalterhaftung, S. 110; *ders.*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 58; s. zum Ganzen auch *Hanisch*, Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, S. 132 ff., dort auch zur vergleichenden Betrachtung des U.S.-amerikanischen Rechts.

bestehen, ungeachtet, ob es sich um die Haftung wegen der Verletzung insolvenzspezifischer oder nicht-insolvenzspezifischer Pflichten handelt.⁸⁹⁶ Die Schadensersatzforderungen stehen dabei gleichrangig nebeneinander; eine Primärhaftung der Masse besteht nicht, sie ist weder gesetzlich vorgesehen noch folgt sie aus der analogen Anwendung von § 31 BGB, der Gläubiger muss sich deshalb nicht vorrangig an die Masse wenden.⁸⁹⁷ Vielmehr gelten für Verwalter und Insolvenzmasse die Regeln der Gesamtschuld (§ 421 BGB)⁸⁹⁸, sofern die Ansprüche auf dasselbe Interesse gerichtet sind.⁸⁹⁹

3. Haftungsverteilung im Innenverhältnis

Wenn Handelnder und repräsentierte Vermögensmasse Gesamtschuldner sind, stellt sich die Frage nach der Verteilung der Verantwortung im Innenverhältnis. Der Gesamtschuldnerausgleich vollzieht sich nach § 426 BGB. Maßgeblich ist primär die Rechtsbeziehung zwischen den Schuldnern, nachrangig gelten gesetzliche Spezialregeln wie § 254 BGB und hilfs-

896 Baur/Stürner II, Rn. 10.21; Jaeger/Henckel, § 55, Rn. 20; HK-InsO/Lohmann, § 60, Rn. 48; K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 48.

897 BGH ZIP 2006 194, 195 f.; OLG Frankfurt, Urt. v. 05. März. 2010 – 19 U 247/08; HK-InsO/Lohmann, § 60, Rn. 48; MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 113. Dies steht nicht im Konflikt mit der These von Eckardt, KTS 1997, 411, 430, wonach die Masse „primärer“ Adressat der Verkehrspflichten ist, so aber Uhlenbruck, RdA 2008, 44, 45, denn hier besteht grundsätzlich keine unmittelbare Verwalterhaftung, die subsidiär gegenüber der Massehaftung sein könnte, vielmehr haftet die Masse exklusiv.

898 Vgl. K. Schmidt, KTS 1976, 191, 206 f.; instruktiv zum Ganzen Lüke, Konkursverwalterhaftung, S. 192 ff.; s. auch Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 186.

899 Daran soll es fehlen, wenn die Masse auf das positive Interesse und der Verwalter auf das negative Interesse haftet, vgl. Lüke, Konkursverwalterhaftung, S. 193. Dem ist zu entgegnen, dass auch dann Gesamtschuld vorliegen kann, wenn der eine Schadensersatzanspruch auf das positive, der andere auf das negative Interesse gerichtet ist, vgl. BGH NJW 2012, 1070, 1071. Anderes gilt bei parallelem Bestehen eines Erfüllungsanspruchs gegen die Masse und einer Schadensersatzforderung aus § 60 InsO gegen den Verwalter, vgl. aber BAG ZIP 2007, 1169, 1170 f. In dieser Konstellation dürfte es an einem durch den Verwalter zu ersetzenden Schaden mangeln, wenn durch die Masse erfüllt werden kann. An der Gleichstufigkeit wird es daher fehlen, vgl. Lüke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 65; Uhlenbruck, RdA 2008, 44 46; HK-InsO/Lohmann, § 60, Rn. 48; K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 8; a.A. Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 113.

weise eine Verantwortungsverteilung zu gleichen Teilen nach Köpfen.⁹⁰⁰ In der Literatur werden verschiedene Wege der Verantwortungsverteilung diskutiert.

Hanisch fordert wegen der von dem fortgeführten Schuldnerbetrieb ausgehenden gesteigerten „Schädigungsgefahr“ eine Haftungserleichterung für den Verwalter.⁹⁰¹ Für die Adjustierung der Verwalterverantwortlichkeit im Innenverhältnis zieht er den Grundsatz des innerbetrieblichen Schadensausgleichs bei gefahrgeneigter Arbeit heran.⁹⁰² § 254 BGB biete die Möglichkeit, das typische Risiko als Schadensbeitrag quotaal zu berücksichtigen.⁹⁰³ Diese Risikoverteilung sei auch beim Regress für Gesamtschäden gegen den Verwalter nach § 82 KO (heute § 60 InsO) vorzunehmen, die Masse müsse sich die von ihr ausgehende Verursachungsgefahr entgegenhalten lassen.⁹⁰⁴ Die Ansicht vermag nicht zu überzeugen, weil die arbeitsrechtlichen Wertungen, die hinter dem haftungsbeschränkenden Grundsatz der gefahrgeneigten Arbeit stehen, nicht auf den Verwalter und sein Verhältnis zur Masse passen.⁹⁰⁵

Dem Grundsatz nach ist der Ansicht *Karsten Schmidts* zuzustimmen, die das zwischen Verwalter und Insolvenzmasse bestehende Amtsverhältnis als das für den Gesamtschuldnerausgleich vorrangige Rechtsverhältnis ansieht.⁹⁰⁶ Innerhalb dessen ist der Verwalter verpflichtet, die Masse von durch ihn verursachten Verbindlichkeiten zu befreien, sodass er in der Regel im Innenverhältnis die alleinige Haftungsverantwortung zu tragen hat.⁹⁰⁷ Der Regelfall der umfassenden Verwalterverantwortlichkeit lässt sich auf die gesetzliche Anordnung des § 60 Abs. 1 InsO und die Abwesenheit besonders geregelter Haftungsbeschränkungen stützen.⁹⁰⁸ Zu bedenken ist, dass die im Fall der Außenhaftung über § 31 BGB analog verpflichtete Masse nur zum Regress gegen den Verwalter berechtigt ist, wenn der Verwalter ihr gegenüber auch pflichtwidrig gehandelt hat. Hier-

900 *K. Schmidt*, KTS 1976, 191, 207; *MüKo/Schoppmeyer*, § 60, Rn. 114; *K/P/B/Lüke*, § 60, Rn. 48.

901 Vgl. *Hanisch*, Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, S. 139 ff.

902 *Hanisch*, a.a.O., S. 140.

903 *Hanisch*, a.a.O., S. 140.

904 *Hanisch*, a.a.O., S. 140 f.

905 Vgl. hierzu *Lüke*, Konkursverwalterhaftung, S. 195 f.; ebenfalls ablehnend *Eckardt*, KTS 1997, 411, 448; *Jacoby*, Das private Amt, S. 592; zudem wurde der Grundsatz der gefahrgeneigten Arbeit mittlerweile aufgegeben, vgl. BAG NJW 1995, 210, 211 ff.

906 *K. Schmidt*, KTS 1976, 191, 207; *ders.*, ZZZ 90 (1977), 38, 65 f.

907 Vgl. *K. Schmidt*, KTS 1976, 191, 207; *MüKo/Schoppmeyer*, § 60, Rn. 114.

908 Vgl. *Jacoby*, Das private Amt, S. 592.

an kann es fehlen, wenn Gläubigerorgane der entsprechenden Maßnahme ordnungsgemäß zugestimmt haben.⁹⁰⁹ Bei einem Einzelschaden eines Beteiligten ist theoretisch ein Ausgleichsanspruch des Verwalters gegen die Masse denkbar, bei unberührter Verantwortlichkeit im Außenverhältnis.⁹¹⁰ Bei Gesamtschäden haftet die Masse im Innenverhältnis nicht, ein Zustimmungsbeschluss der Gläubiger kann aber die für den Regress gegen den Verwalter erforderliche Pflichtwidrigkeit beseitigen.⁹¹¹

V. Prozessuales

Das deutsche Insolvenzrecht hat sich, anders als das U.S.-amerikanische, gegen eine *vis attractiva concursus* entschieden.⁹¹² Für Schadensersatzansprüche gegen den Verwalter sind deshalb die ordentlichen Gerichte als Prozessgerichte zuständig.⁹¹³ Streitwertbedingt⁹¹⁴ werden in der Praxis die Landgerichte sachlich zuständig sein. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach dem allgemeinen Gerichtsstand des Verwalters. Mangels Bezug der Schadensersatzklage zur Insolvenzmasse ist der Gerichtsstand des § 19a ZPO nicht einschlägig.⁹¹⁵ Die h.M. sieht auch den Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (§ 32 ZPO) als eröffnet an⁹¹⁶, was aber mangels deliktsrechtlicher Qualifikation der insolvenzspezifischen Haftung⁹¹⁷ zweifelhaft ist.⁹¹⁸

909 So auch *Eckardt*, KTS 1997, 411, 448; abzulehnen ist die pauschale Haftungsmilderung nach Zustimmung der Gläubigerversammlung zur Betriebsfortführung über § 254 BGB nach *Lüke*, Konkursverwalterhaftung, S. 197 f. Diese Lösung ist nicht einzelfallbezogen, der Schaden wird sich oft nur mittelbar auf den Fortführungsbeschluss selbst zurückführen lassen, zudem ist die Milderungsquote kaum angemessen zu berechnen; vgl. zu den Auswirkungen von Beschlüssen der Gläubigerorgane auf die Haftung des Verwalters unten Kap. 4 C.I.1.

910 Vgl. *Jaeger/Gerhardt*, § 60, Rn. 186.

911 Vgl. *Jaeger/Gerhardt*, § 60, Rn. 187.

912 Vgl. oben Kap. 2 B.II.1.a)bb).

913 *Uhlenbruck/Sinz*, § 60, Rn. 136.

914 §§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG.

915 *HK-InsO/Lohmann*, § 60, Rn. 52.

916 Vgl. OLG Celle WM 1988, 131, 133; *Uhlenbruck/Sinz*, § 60, Rn. 137; *MüKo/Schoppmeyer*, § 60, Rn. 119; *HK-InsO/Lohmann*, § 60, Rn. 52; *Musielak/Voit/Heinrich*, ZPO, § 32, Rn. 8.

917 Vgl. hierzu oben Kap. 3 A.I.2.d).

918 Gegen § 32 ZPO auch *Gerhardt*, ZInsO 2000, 574, 576; *Jaeger/Gerhardt*, § 60, Rn. 13; die Anwendung bezweifelnd *Schultz*, ZInsO 2015, 529, 538.

B. Grundlagen der Haftung des *bankruptcy trustee* in den USA

„*The liability of bankruptcy trustees is a complex issue.*“⁹¹⁹ Grund hierfür ist unter anderem, dass die Haftungsregeln ausschließlich auf richterrechtlich geschaffenen Grundsätzen beruhen, die jeweils unterschiedlich durch die Gerichte interpretiert und angewendet werden. Entsprechendes gilt für den Aussagegehalt der bislang einzigen Entscheidung durch den *U.S. Supreme Court*. Unbeschadet dessen ist die Verwalterhaftung ein fest verankertes Institut des U.S.-amerikanischen Insolvenzrechts. Gegenstand dieses Kapitels ist die Darlegung seiner Struktur, dogmatischen Grundlagen, Funktion sowie Rolle im Zusammenspiel mit der dem *trustee* durch verschiedene Doktrinen gewährten Immunität gegen Klagen.

I. Rechtsquellen der Haftung

1. Abwesenheit kodifizierten Haftungsrechts

Formelles Charakteristikum des Rechts der Haftung des *trustee* ist die Abwesenheit kodifizierter Regelungen. Obwohl der *Bankruptcy Code* die einzelnen Pflichten des *trustee* unter den verschiedenen Verfahrensarten detailliert beschreibt⁹²⁰, schweigt er hinsichtlich dessen persönlicher Haftung für Pflichtverletzungen.⁹²¹ 11 U.S.C. § 323 (b)⁹²² beschreibt lediglich die Funktion des *trustee* als aktiv- und passivlegitimierter prozessualer Vertreter des *estate* und trifft keine materielle Aussage zu seiner Haftung. Entsprechendes trifft auf 28 U.S.C. § 959 (a), (b) zu. 28 U.S.C. § 959 (a)⁹²³ stellt eine gesetzliche Ausnahme zur im U.S.-amerikanischen *common law* entwickelten *Barton Doctrine* für Klagen gegen den *trustee* im Zusammenhang mit der Betriebsfortführung dar; auf diese Regelungen wird an geeigneter Stelle näher eingegangen.⁹²⁴ Festzuhalten ist, dass es sich hierbei um eine prozessbezogene Sonderregelung bei Klagen gegen den *trustee* in

919 *Schechter v. Ill. Department of Revenue* (In re Markos Gurnee Partnership), 182 B.R. 211, 214 (Bankr. N.D. Ill. 1995).

920 Vgl. 11 U.S.C. §§ 704, 1106, 1302.

921 Vgl. auch *R. McCullough*, 103 Com. L.J. 129, 126 (1998).

922 „*The trustee in a case under this title has the capacity to sue and be sued.*“

923 „*Trustees [...] may be sued, without leave of the court appointing them, with respect to any of their acts or transaction in carrying on business connected with such property.*“

924 Vgl. unten Kap. 3 B.III.3.

seiner offiziellen Funktion und damit letztlich gegen den *estate* handelt. Gleichermäßen ist die Pflicht zur Befolgung bundesstaatlicher Gesetze in Bezug auf Massegegenstände nach 28 U.S.C. § 959 (b)⁹²⁵ an den *trustee* in seiner *official capacity* adressiert, die Haftungsverantwortung liegt beim *estate*.⁹²⁶

2. Das Recht der Verwalterhaftung als Bestandteil des *common law*

Das Recht der persönlichen Haftung des *bankruptcy trustee* ist alleiniges Produkt richterlicher Rechtsfortbildung und Bestandteil des *common law* der USA.⁹²⁷ Drei Entscheidungen des *U.S. Supreme Court*⁹²⁸ waren von besonderer Relevanz für die Herausbildung des Haftungsrechts für die fremd- und eigenverwaltenden Verfahrensorgane. Dieses findet unbeeinflusst durch legislatorische Veränderungen bis heute Anwendung auf den *bankruptcy trustee* und den DIP. Die konkrete Ausformung des Haftungsrechts ist vor allem auf die *courts of appeals*, *district courts* und *bankruptcy courts* zurückzuführen. Deren Rechtsfortbildung war mitunter uneinheitlich⁹²⁹ und hat auch entgegen zuvor etablierter Haftungs doktrinen widersprüchliche Entscheidungen hervorgebracht.⁹³⁰ Ergebnis dieses Prozesses ist ein Konglomerat materieller und prozessualer Doktrinen, die zwar ein weitgehend funktionierendes Regelwerk bilden, jedoch aufgrund systematischer Ungenauigkeiten und inhaltlicher Divergenzen je nach *circuit* Anwendungsprobleme bereiten. Dieser Umstand wird auch innerhalb der rechtswissenschaftlichen Literatur kritisiert⁹³¹:

925 „[...] a trustee [...] shall manage and operate the property in his possession as such trustee [...] according to the requirements of the valid laws of the State in which such property is situated, in the same manner that the owner or possessor thereof would be bound to do if in possession thereof.”

926 Vgl. *Schechter v. Ill. Department of Revenue* (In re Markos Gurnee Partnership), 182 B.R. 211, 226 f. (Bankr. N.D. Ill. 1995), unter Verweis auf *State v. Better Brite Plating, Inc.*, 168 Wis.2d 363, 382 ff. (1992); *Allard*, 106 Com. L.J. 415, 422 (2001).

927 *Tiller*, 53 Am. Bankr. L.J. 75, 76 (1979).

928 *Barton v. Barbour*, 104 U.S. 126, 134 (1881), *McNulta v. Lochridge*, 141 U.S. 327 (1891) und *Mosser v. Darrow*, 341 U.S. 267 (1951).

929 Vgl. zum *circuit split* unten Kap. 4 B.IV.2.b).

930 Vgl. unten Kap. 3 B.III.2.c)bb).

931 Vgl. z.B. *Allard*, 106 Com. L.J. 415, 429 (2001) („crazy quilt of decisions“); *Pri-mack*, 43 Wm. & Mary L. Rev. 1297, 1298 (2002) („Confusion“); *Radwan*, 35

*„Few aspects of the bankruptcy law are as rife with confusion, misunderstanding and irreconcilable statements as the subject of the trustee’s liability for his or her acts or omissions. There is no clear and well-settled body of the law.”*⁹³²

Legislatorische Fortentwicklungen konnten seitdem nicht beobachtet werden. Die im Jahr 1997 beim *United States Congress* eingereichten Vorschläge der *National Bankruptcy Review Commission*⁹³³, die unter anderem die Implementierung von Regelungen der persönlichen Haftung in den *Bankruptcy Code* beinhalteten, sind nie Gesetz geworden.⁹³⁴ Rufe nach einer Kodifizierung des Haftungsrechts werden bis heute laut.⁹³⁵

II. Grundlagen des Haftungsrechts

1. Rechtsstrukturelle Dichotomie – Unterscheidung anhand der Qualifikation des Haftungsgläubigers

Das Recht der Haftung des *trustee* ist dogmatisch zweigeteilt. Die (Innen-)Haftung gegenüber den Verfahrensbeteiligten, den *beneficiaries*, wird durch ein insolvenzspezifisches Haftungsregime geregelt, das auf der besonderen treuhänderischen Pflichtenbindung des *trustee* fußt.⁹³⁶ Hiervon zu unterscheiden sind Dritte, sog. *third parties*, die nicht in den Kreis der treuhänderischen Pflichten einbezogen sind, sondern auf sonstige Art mit der Verwaltungstätigkeit des *trustee* in Kontakt gekommen sind.⁹³⁷ Die (Außen-)Haftung ihnen gegenüber richtet sich nach allgemeinen Ansprüchen aus dem Recht des jeweiligen Bundesstaats, also in der Regel nach

Conn. L. Rev. 525, 529 (2003) („*potpourri of decisions*“); E. McCullough, 15 Lewis & Clark L. Rev. 153, 183 (2011) („*Madness*“).

932 Cowans, Bankruptcy Law and Practice, § 2.6, S. 161.

933 Informationen zur Schaffung der Kommission, ihrer Tätigkeit und dem Inhalt der Reformvorschläge abrufbar unter <https://govinfo.library.unt.edu/nbric/index.html>.

934 S. die umfassende kritische Würdigung der Reformvorschläge zur Haftung des *trustee* bei Bogart, 102 Dick. L. Rev. 703, 727 ff. (1998).

935 Vgl. Maschmeyer, Handbook for Trustees, P 4.08.

936 Vgl. hierzu unten Kap. 3 B.II.2.b)aa).

937 Vgl. zum Ganzen E. McCullough, 15 Lewis & Clark L. Rev. 153, 163 (2011); vgl. hierzu auch unten Kap. 3 B.II.3.

Vertrags- und Deliktsrecht.⁹³⁸ Diese strukturelle Dichotomie fußt auf der „dual personality“⁹³⁹ des *trustee*, sie ist also eng mit seiner Rechtsstellung⁹⁴⁰ verknüpft. Je nach Qualifikation des Geschädigten folgt die Bestimmung der persönlichen Verantwortlichkeit des *trustee* unterschiedlichen Analysepfaden.⁹⁴¹ Die Betrachtung des Anspruchstellers muss deshalb der erste Schritt bei der Prüfung der persönlichen Haftung des *trustee* sein.⁹⁴² Dies wird betont, weil Gerichte diese Vorgabe teilweise missachtet und Entscheidungen getroffen haben, die im Widerspruch zu geltenden Doktrinen stehen und die aufgrund der Präcedenzwirkung Perpetuierung durch Folgeentscheidungen erfahren haben.⁹⁴³

2. Persönliche Haftung gegenüber den *beneficiaries*

Die persönliche Verantwortlichkeit des *trustee* gegenüber den Verfahrensbeteiligten für die Verletzung seiner treuhänderischen Pflichten ist das funktionale Äquivalent zu § 60 InsO und zentrales Element der Verwalterhaftung in den USA.

a) U.S. Supreme Court-Entscheidung *Mosser v. Darrow*

*Mosser v. Darrow*⁹⁴⁴ ist die bislang einzige Entscheidung des *U.S. Supreme Court*, die die persönliche Haftung des *trustee* für die Verletzung seiner treuhänderischen Pflichten zum Gegenstand hat. Ihre herausragende Bedeutung für das Haftungsrecht speist sich aus ihrer Rolle als Präzedenzfall im *common law* mit entsprechender Bindungswirkung.⁹⁴⁵ Die Entscheidung stellt als „*landmark case*“ die Grundlage der Entwicklung der Dogma-

938 Vgl. *Kirk v. Hendon* (In re Heinsohn), 231 B.R. 48, 65 (Bankr. E.D. Tenn. 1999).

939 *Tiller*, 53 Am. Bankr. L.J. 75, 76 (1979).

940 Vgl. hierzu unten Kap. 3 B.II.2.b)aa).

941 Vgl. *Tiller*, 53 Am. Bankr. L.J. 75, 76 u. 89 (1979); *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 205 (1994); *ders.*, 102 Dick. L. Rev. 703, 723 (1998).

942 *R. McCullough*, 103 Com. L.J. 129, 126 (1998); *Bogart*, 102 Dick. L. Rev. 703, 723 (1998); *E. McCullough*, 15 Lewis & Clark L. Rev. 153, 162 (2011).

943 Vgl. *E. McCullough*, 15 Lewis & Clark L. Rev. 153, 162 (2011); *Hague*, 121 W. Va. L. Rev. 83, 93 (2018); vgl. hierzu auch unten Kap. 3 B.III.2.c)bb).

944 *Mosser v. Darrow*, 341 U.S. 267 (1951).

945 S. zur *stare decisis* im *common law* *Kischel*, Rechtsvergleichung, § 5, Rn. 21 ff.

tik zur Haftung von *trustees* gegenüber den Verfahrensbeteiligten dar.⁹⁴⁶ Dabei diene sie den *courts of appeals* als Auslegungs- und Argumentationsgrundlage für die Etablierung stark divergierender Sorgfaltsmaßstäbe für den *trustee*.⁹⁴⁷ Ferner deckt die *Mosser*-Entscheidung ein breites Spektrum relevanter Einzelfragen zur persönlichen Haftung des *trustee* ab. Die folgende Darstellung der Entscheidung eignet sich damit als Einstieg in die Untersuchung der U.S.-amerikanischen Insolvenzverwalterhaftung.⁹⁴⁸

aa) Sachverhalt

Darrow wurde 1935 als *reorganization trustee*⁹⁴⁹ für zwei *common law trusts* bestellt, die als Holdinggesellschaften fungierten und deren Vermögen im Wesentlichen aus Wertpapieren an den 27 Portfoliogesellschaften bestand, die ihrerseits jeweils über Immobilieneigentum und eine selbstständige Fremd- und Eigenkapitalstruktur verfügten.⁹⁵⁰ *Darrow* beschäftigte zur Unterstützung zwei Angestellte der insolventen *trusts* weiter, die mit dem Geschäftsbetrieb, der Finanzierungs- und Kapitalstruktur und den Investoren der Gesellschaften vertraut waren.⁹⁵¹ Eine der Reorganisationsmaßnahmen *Darrows* war der Rückkauf ausstehender *bonds* der Tochtergesellschaften, wenn sie zu reduzierten Preisen verfügbar waren; hierfür war er auf die Kenntnisse der fortbeschäftigten Mitarbeiter angewiesen.⁹⁵² *Darrow* gestattete beiden Mitarbeitern, mit Wertpapieren der Tochtergesellschaften der Schuldner-*trusts* persönlich zu handeln.⁹⁵³ In der Folgezeit handelten die Angestellten mit den *bonds* der Tochtergesellschaften, wobei es dazu kam, dass sie diese für sich selbst kauften, um sie sodann an *Darrow* als *trustee* gewinnbringend weiterzuverkaufen.⁹⁵⁴

946 Stubbe v. Estrada (In re San Juan Hotel Corp.) 71 B.R. 413, 426 (D.P.R. 1987).

947 Vgl. *Allard*, 106 Com. L.J. 415, 429 (2001); *Pottow*, *Fiduciary Principles*, S. 222 f.; vgl. zum *circuit split* unten Kap. 4 B.IV.2.b).

948 So auch die Einschätzung von *Radwan*, 35 Conn. L. Rev. 525, 527 (2003).

949 Zum Entscheidungszeitpunkt war der *Bankruptcy Act of 1898* in Kraft, der *reorganization trustee* entspricht dem heutigen *bankruptcy trustee* im Verfahren nach *Chapter 11*, vgl. *Primack*, 43 Wm. & Mary L. Rev. 1297, 1301 (2002).

950 *Mosser v. Darrow*, 341 U.S. 267, 268 (1951).

951 *Mosser v. Darrow*, 341 U.S. 267, 269 (1951).

952 *Mosser v. Darrow*, 341 U.S. 267, 269 (1951).

953 *Mosser v. Darrow*, 341 U.S. 267, 269 (1951).

954 *Mosser v. Darrow*, 341 U.S. 267, 269 (1951).

Nachdem *Darrow* in acht Jahren seiner Tätigkeit nur einen Finanzbericht für einen der beiden *trusts* einreichte, ordnete die *Securities and Exchange Commission* die Untersuchung seiner Verwaltungstätigkeit an, woraufhin er von seinem Amt zurücktrat und Finanzberichte einreichte, die sein Amtsnachfolger als *trustee*, *Mosser*, beanstandete.⁹⁵⁵ In der Folge kam es zur Zahlungsforderung (*surcharge*) gegen *Darrow* persönlich, die der *district court* als berechtigt ansah und ihn zur Zahlung von 43.447,46 USD verurteilte. *Darrows* Berufung vor dem *court of appeals* wurde stattgegeben. *Mosser* beantragte daraufhin beim *U.S. Supreme Court* mit einem Antrag auf *writ for certiorari* die Überprüfung der Entscheidung des *court of appeals*.⁹⁵⁶ Diesem Antrag wurde stattgegeben und *Darrow* zur Zahlung der genannten Summe verurteilt.

bb) Entscheidungsbegründung

Das Gericht begründete die persönliche Haftung für die durch die Angestellten vereinnahmten Gewinne damit, dass einem *trustee* ein gegen das verwaltete Vermögen gerichtetes eigenes Interesse verboten sei.⁹⁵⁷ Gleiches gelte für die Gestattung der Gewinnerzielung durch seine Angestellten, da das Verbot ansonsten umgangen werden könnte.⁹⁵⁸ *Darrow* habe dem Handeln seiner Angestellten bewusst zugestimmt, seine Haftung beruhe nicht auf einem fehlerhaften Nichtaufdecken von Unterschlagungen, wo es auf Fahrlässigkeit ankäme, sondern auf dem bewussten Ermöglichen einer Interessenlage seiner Angestellten konträr zu der des *trust*.⁹⁵⁹ Zwar sei dem *trust* durch den Eigenhandel der Angestellten kein unmittelbarer Schaden entstanden und das Rückkaufprogramm insgesamt vorteilhaft gewesen, jedoch sei der Rückkaufpreis durch die eingenommene Marge erhöht worden bzw. hätte der *trustee* die *bonds* zu einem niedrigeren Preis rückerwerben können.⁹⁶⁰

Dem Einwand der Vorinstanz, dass die persönliche Haftung eines *trustee*, der keinen eigenen Vorteil aus seinem Handeln gezogen habe, abschreckende Wirkung gegenüber jedem habe, der fremdnützig tätig wird,

955 *Mosser v. Darrow*, 341 U.S. 267, 270 (1951).

956 Zum Ganzen *Mosser v. Darrow*, 341 U.S. 267, 270 (1951).

957 *Mosser v. Darrow*, 341 U.S. 267, 271 (1951): „*Equity tolerates in bankruptcy trustees no interest adverse to the trust.*”

958 *Mosser v. Darrow*, 341 U.S. 267, 271 (1951).

959 *Mosser v. Darrow*, 341 U.S. 267, 272 (1951).

960 *Mosser v. Darrow*, 341 U.S. 267, 272 f. (1951).

entgegnete das Gericht, dass die Arbeit als *trustee* ernst zu nehmen sei und dass die persönliche Haftung die wirksamste Maßnahme für eine gute Verwaltung sei.⁹⁶¹ *Trustees* könnten sich absichern, indem sie bei schwierigen Ermessensfragen eine gerichtliche Anweisungen einholen.⁹⁶² Im konkreten Fall hätte *Darrow* die Umstände, mit denen er die Zustimmung zum eigennützigen Wertpapierhandel begründete, dem Gericht und den Gläubigern erläutern können.⁹⁶³ Ferner könnten *trustees* ihre persönliche Haftung durch regelmäßige Rechenschaftslegung beschränken und im konkreten Fall hätte *Darrow*, hätte er dies befolgt, bemerkt, dass das Handeln der Angestellten beanstandenswürdig war.⁹⁶⁴

cc) Erkenntnisgewinn

Ohne die detaillierte Betrachtung des Schadensersatzanspruchs vorwegzunehmen⁹⁶⁵, lassen sich aus *Mosser v. Darrow* etliche Aspekte zur Haftung des *trustee* ableiten. Zunächst wird deutlich, unter welchen Voraussetzung der *trustee* persönlich haftet. Erforderlich ist die Verletzung einer ihm obliegenden Pflicht. Was im Urteil implizit gerügt wurde, ist ein Verstoß gegen die Pflicht, nur im Interesse des *estate* und ohne eigene Vorteilsziehung zu dessen Lasten zu handeln.⁹⁶⁶ Außerdem zeigt die Entscheidung, dass *trustees* auch für das Verhalten Dritter persönlich haften können. *Mosser* gibt ferner Aufschluss über das Erfordernis der Missachtung eines Sorgfaltsmaßstabs durch den *trustee*. In jedem Fall haften *trustees* nach *Mosser* für vorsätzliche Pflichtverletzungen⁹⁶⁷, im Übrigen deutet die Nennung verschiedener Sorgfaltsmaßstäbe⁹⁶⁸ an, dass das Gericht sich mit verschiedenen Abstufungen der Sorgfalt befasst hat. Daneben besteht offenkundig das Erfordernis eines Vermögensschadens, der im Fall in den erhöhten Kosten für den Rückerwerb von Wertpapieren lag. Ferner zeigen sich mit

961 *Mosser v. Darrow*, 341 U.S. 267, 274 (1951).

962 *Mosser v. Darrow*, 341 U.S. 267, 274 (1951).

963 *Mosser v. Darrow*, 341 U.S. 267, 274 (1951).

964 *Mosser v. Darrow*, 341 U.S. 267, 274 f. (1951).

965 Umfangreiche Erläuterungen zu den einzelnen Punkten erfolgen unter Kapitel 4.

966 Vgl. zur *duty of loyalty* unten Kap. 4 B.II.2.b)aa)(1).

967 *So DiStefano v. Stern* (In re J.F.D. Enterprises, Inc.), 223 B.R. 610, 625 (Bankr. D. Mass. 1998).

968 „*Willful and deliberate*“, „*negligence*“ und „*supine negligence*“, vgl. *Mosser v. Darrow*, 341 U.S. 267, 272 (1951).

der Anspruchsgeltendmachung durch den nachfolgenden *trustee* Modalitäten, die der Geltendmachung von Gesamtschäden im Rahmen des § 60 InsO ähneln. Ferner findet auch die Möglichkeit zur Haftungsvermeidung durch Einholung einer gerichtlichen Anordnung Erwähnung.⁹⁶⁹ Obwohl die Haftungsimmunität im U.S.-amerikanischen Insolvenzrecht größeren Raum einnimmt, als *Mosser v. Darrow* vermuten lässt, wird deutlich, dass Gerichte für den Haftungsschutz von *trustees* sensibilisiert sind.

b) Persönliche Haftung für *breach of fiduciary duty*

Kommt es zur Verletzung einer treuhänderischen Pflicht durch den *trustee*, sieht das *common law* auf Rechtsfolgenseite die Verpflichtung zur Zahlung von Schadensersatz oder die Streichung seiner Gebühren vor.

aa) Schadensersatzpflicht für die Verletzung treuhänderischer Pflichten

Seit *Mosser v. Darrow* hat sich im Wege richterlicher Rechtsfortbildung eine Doktrin der persönlichen Haftung des *trustee* entwickelt⁹⁷⁰, die formell der deutschen Insolvenzverwalterhaftung nach § 60 InsO gleicht: Der *trustee* haftet den Verfahrensbeteiligten (*beneficiaries*) mit seinem privaten Vermögen, wenn er, unter Missachtung eines objektiven Sorgfaltsmaßstabs (*standard of care*), ihm obliegende Pflichten (*fiduciary duties*) verletzt und dabei einen Schaden verursacht.⁹⁷¹ Der Kreis der *beneficiaries of the estate*, denen der *trustee* treuhänderisch verbunden ist, umfasst die gesicherten und ungesicherten Gläubiger, Vertragspartner von beidseitig nicht vollständig erfüllten Verträgen⁹⁷², den Schuldner⁹⁷³ und Anteilseigner am

969 Vgl. hierzu unten Kap. 4 C.II.

970 *Radwan*, 35 Conn. L. Rev. 525, 529 (2003).

971 Vgl. *Hall v. Perry* (In re Cochise College Park, Inc.), 703 F.2d 1339, 1357 (9th Cir. 1983); *Gorski v. Kirschenbaum* (In re Gorski), 766 F.2d 723, 727 (2nd Cir. 1985).

972 Vgl. 11 U.S.C. § 365.

973 Der Schuldner ist im Liquidationsverfahren dann ein *beneficiary*, wenn die Masse solvent ist, also Überschüsse erzielt, vgl. *Ebel v. King* (In re Ebel), 338 B.R. 862, 873 (Bankr. D. Colo. 2005); *Norton*, Bankruptcy Law and Practice, § 99:15; *Maschmeyer*, Handbook for Trustees, P 4.02; gleiches gilt, wenn der *trustee* im Besitz von *exempted property* ist, das auch in der Insolvenz alleinig dem Schuldner zugewiesen ist, vgl. *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 196 f. (2006).

Schuldnerunternehmen.⁹⁷⁴ Liegen die Anspruchsvoraussetzungen vor, verurteilt das Gericht den *trustee*, unerheblich, unter welcher Verfahrensart er bestellt ist, zur Zahlung des Schadensbetrags (*surcharge*). Neben der Liquidation von Einzelschäden gibt es, ähnlich wie bei § 60 Abs. 1 S. 1 InsO, die Möglichkeit der Geltendmachung der Haftung für Schäden, die den *estate* betreffen, also jeden Gläubiger quotal betreffen (Gesamtschaden), durch einen nachfolgenden *trustee*.⁹⁷⁵

Anders als im deutschen Recht besteht beim Anspruch aus *breach of fiduciary duty* keine Parallelhaftung von *estate* und *trustee*. Dieser Haftungsanspruch kann nur gegen den *trustee* persönlich durchgesetzt werden. Für Masseschäden soll der *estate* nicht als Haftungssubjekt gegenüber den Gläubigern dienen.⁹⁷⁶ Anderes gilt bei *third party claims* für Handlungen, die der *trustee* im Rahmen seines gesetzlichen Wirkungskreises vornimmt. Dort wird, wiederum exklusiv, die Haftung der Masse zugewiesen und die Geltendmachung gegenüber dem *trustee* persönlich versperrt.⁹⁷⁷

bb) Verwirkung der Vergütung

Neben der Rechtsfolge der Verpflichtung zur Zahlung eines Geldbetrags wird die persönliche Haftungsverantwortung des *trustee* bei *breach of fiduciary duty* regelmäßig auch über die Streichung des dem *trustee* gem. 11 U.S.C. §§ 330, 326 zustehenden Gebührenanspruchs durchgesetzt.⁹⁷⁸

974 Vgl. *CFTC v. Weintraub*, 471 U.S. 343, 355 (1985); vgl. *Hall v. Perry* (In re *Cochise College Park, Inc.*), 703 F.2d 1339, 1357 (9th Cir. 1983); In re *WHET, Inc.*, 750 F.2d 149 (1st Cir. 1984); *Meronek v. Arter & Hadden, LLP* (In re *Meronek*), 249 B.R. 209, 214 (B.A.P. 9th Cir. 2000); *Kelch*, 38 Wayne L. Rev. 1323, 1335 f. (1992); *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 187 (1994); *Cowans*, Bankruptcy Law and Practice, § 2.6, S. 161; *E. McCullough*, 15 Lewis & Clark L. Rev. 153, 163 (2011); bei Insolvenz einer *partnership* bestehen *fiduciary duties* gegenüber den *limited partners*, vgl. In re *Neshaminy Office Bldg. Assocs.*, 62 B.R. 798, 804 (E.D. Pa. 1986).

975 So z.B. bei *Stubbe v. Estrada* (In re *San Juan Hotel Corp.*) 71 B.R. 413 (D.P.R. 1987); s. auch *Lopez-Stubbe v. Rodriguez-Estrada* (In re *San Juan Hotel Corp.*), 847 F.2d 931, 937 (1st Cir. 1988).

976 Instrukativ *Carter v. Schott* (In re *Carter Paper Company, Inc.*), 220 B.R. 276, 296 (Bankr. M.D. La. 1998); s. auch *Allard*, 106 Com. L.J. 415, 434 f.

977 Vgl. hierzu unten Kap. 3 B.III.2.c)aa).

978 Vgl. In re *Endeco, Inc.*, 675 F.2d 166 (8th Cir. 1982); *Walsh v. Northwestern National Insurance Company of Milwaukee* (In re *Ferrante*), 51 F.3d 1473, 1479 (9th Cir. 1995); In re *C. Keffas & Son Florist*, 240 B.R. 466, 474 (Bankr. E.D.N.Y. 1999); In re *Moon*, 258 B.R. 828, 837 ff. (Bankr. N.D. Fla. 2001); In

Veruntreut der *trustee* Vermögen der Masse, verwirkt er, so wie der deutsche Insolvenzverwalter in ähnlich gelagerten schweren Fällen⁹⁷⁹, seine Vergütung.⁹⁸⁰ Des Weiteren kann bei Pflichtverletzungen die Gebühr, die dem *trustee* am Ende des Verfahrens aus dem Massevermögen zufließt, durch das Gericht um den Betrag gekürzt werden, der dem verursachten Schaden entspricht; übersteigt der Schaden den Gebührenanspruch, kann dieser Überschuss dem *trustee* als Schadensersatzpflicht auferlegt werden.⁹⁸¹ Im Ergebnis ähnlich kennt das deutsche Recht zwar grundsätzlich keine Minderung der Vergütung wegen Schlechtleistung, erlaubt aber die Aufrechnung bzw. Verrechnung von Schadensersatzforderungen mit dem festgesetzten Gebührenanspruch des Verwalters.⁹⁸²

c) Identische Haftungsgrundlagen für *trustees* und *debtors in possession*

Da der DIP rechtstechnisch ein Surrogat des *trustee* darstellt⁹⁸³, überrascht nicht, dass die Regelungen persönlicher Haftung für *breach of fiduciary duty* für beide Verwaltungsformen identisch sind. Das von den Gerichten für den *bankruptcy trustee* entwickelte *common law* der *fiduciary duties* gilt ebenso für den DIP und dessen *directors*.⁹⁸⁴ Die persönliche Haftung der Geschäftsleiter in der Eigenverwaltung unter *Chapter 11* für die Verletzung der dem DIP obliegenden treuhänderischen Pflichten folgt in analoger Weise dem für den Fremdverwalter maßgeblichen Haftungsregime.⁹⁸⁵ Hieran wird deutlich, dass die Regelungen zur Haftung des *trustee*, auch

re All Island Truck Leasing Corp., 546 B.R. 522, 534 (Bankr. E.D.N.Y. 2016); *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 151 (2006) m.w.N.; *Norton*, Bankruptcy Law and Practice, § 99:23.

979 Vgl. BGH NJW 2019, 935, 937 f. (Verwirkung der Vergütung wegen strafbarer Untreue).

980 In re Endeco, Inc., 675 F.2d 166 (8th Cir. 1982); *Walsh v. Northwestern National Insurance Company of Milwaukee* (In re Ferrante), 51 F.3d 1473, 1479 (9th Cir. 1995).

981 Vgl. In re C. Keffas & Son Florist, 240 B.R. 466, 474 f. (Bankr. E.D.N.Y. 1999).

982 Vgl. Uhlenbruck/Mock, § 63, Rn. 45 ff.

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

984 Vgl. *Wolf v. Weinstein*, 372 U.S. 633, 649 ff. (1963); *CFTC v. Weintraub*, 471 U.S. 343, 355 (1985); *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 185, 212 f. (1994); *ders.*, 102 Dick. L. Rev. 703, 739 (1998); *Cuevas*, 73 Notre Dame L. Rev. 385, 388 ff. (1998).

985 Vgl. *Ford Motor Credit Co. v. Weaver*, 680 F.2d 451, 462 (6th Cir. 1982); In *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 204, 212 f. (1994); *Cuevas*, 73 Notre Dame L. Rev. 385, 390 ff. (1998); *Allard*, 106 Com. L.J. 415, 429 (2001).

wenn dieser nicht regelmäßig unternehmerisch tätig wird, aufgrund ihrer Anwendung auf den DIP auch in großen Unternehmensinsolvenzen relevant sind.

d) Dogmatische Grundlagen und Funktion der Haftung

aa) *Fiduciary common law* und die treuhänderische Beziehung zwischen *trustee* und *beneficiaries*

Der *bankruptcy trustee* steht im Verhältnis zu den *beneficiaries* als *fiduciary* in einer treuhänderischen Rechtsbeziehung.⁹⁸⁶ Das dogmatische Kernelement der Haftungsverantwortung liegt in der Verletzung der dem *trustee* in dieser Sonderbeziehung obliegenden treuhänderischen Pflichten. Hierzu führte Benjamin N. Cardozo nicht ohne Pathos aus:

„A trustee is held to something stricter than the morals of the market place. Not honesty alone, but the punctilio of an honor the most sensitive, is then the standard of behavior.“⁹⁸⁷

Die *fiduciary duties* wurden, trotz ihrer grundlegenden Bedeutung für die Verfahrensabwicklung, nicht im *Bankruptcy Code* kodifiziert.⁹⁸⁸ Vielmehr sind sie, gleichlaufend mit der Haftungsdoktrin, auf außer-insolvenzrechtliche Grundsätze zurückzuführen: Für die Bestimmung des materiellen Gehalts von Pflichtenstellung und persönlicher Verantwortung des *bankruptcy trustee* standen den Bundesgerichten im Wesentlichen das *trust law* und die Rechtsfiguren des *common law trustee* und des *receiver Mo-*

986 Vgl. hierzu oben Kap. 2 B.III.3.a).

987 Meinhard v. Salmon, 165 N.E. 545, 546 (NY 1928). Das Urteil wird, auch wenn der Fall keinen *bankruptcy trustee* betraf, oft im Zusammenhang mit den Pflichten eben dieser zitiert, z.B. zur *duty of loyalty* bei Bennett v. Gemmill (In re Combined Metals Reduction Co.), 557 F.2d 179, 196 (9th Cir. 1977).

988 Vgl. Pottow, *Fiduciary Principles*, S. 205.

dell.⁹⁸⁹ Folge hieraus war die Schaffung eines genuinen, für das Insolvenzrecht und den *bankruptcy trustee* gültigen *fiduciary common law*.⁹⁹⁰

Der Anspruch wegen *breach of fiduciary duty* ist auf einer treuhänderischen Sonderverbindung begründet, er kann daher ausschließlich dem begrenzten Kreis derjenigen zustehen, denen gegenüber qua Stellung im Verfahren Treuepflichten seitens des *trustee* bestehen. Er stellt sich damit gewissermaßen als Anspruch *sui generis* des *common law* dar, der nicht dem Delikts- und auch nicht dem Vertragsrecht entstammt.⁹⁹¹ Hieran wird die enge dogmatische Verknüpfung der persönlichen Haftung des Verwalters und dessen Rechtsstellung offenkundig: Er ist gleichzeitig privater Treuhänder und *officer of the court*.⁹⁹² Die im ersten Aspekt verwirklichte Nähe- und Pflichtenbeziehung des *trustee* zu den Verfahrensbeteiligten bildet die Grundlage für die persönliche Haftungsverantwortung.⁹⁹³

Grundlegend für die Funktion der persönlichen Haftungsverantwortung innerhalb der treuhänderischen Sonderverbindung ist, ähnlich wie bei § 60 InsO, das Abhängigkeitsverhältnis zwischen *trustee* und *beneficiaries*. Letztere, im Wesentlichen die Gläubiger, sind auf eine ordnungsgemäße Amtsführung des *trustee* bei Verwaltung ihrer im *estate* zusammengefassten Vermögensinteressen angewiesen.⁹⁹⁴ Die sich hieraus ergebende Verwundbarkeit der *beneficiaries* soll durch die haftungsbewehrte Pflicht-

989 Vgl. Schechter v. Ill. Department of Revenue (In re Markos Gurnee Partnership), 182 B.R. 211, 214 f., 219 (Bankr. N.D. Ill. 1995); Tiller, 53 Am. Bankr. L.J. 75, 76, 90 (1979); Bogart, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 164, 185, 187 f., 204 f. (1994); R. McCullough, 103 Com. L.J. 129, 126 (1998); Bogart, 102 Dick. L. Rev. 703, 709 (1998), der weiter die terminologische Kongruenzen zwischen *Bankruptcy Code* und *trust law* hervorhebt; Rhodes, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 151 (2006) m.w.N. aus der Rechtsprechung; Pottow, 13 Brook. J. Corp. Fin. & Com. L. 87, 88, 90 (2018); ders., *Fiduciary Principles*, 211.

990 Tiller, 53 Am. Bankr. L.J. 75, 76 (1979); Bogart, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 185 (1994); Bogart, 102 Dick. L. Rev. 703, 709, 739 (1998); Pottow, *Fiduciary Principles*, S. 211; entsprechendes gilt für den DIP, vgl. Cuevas, 73 Notre Dame L. Rev. 385, 389 f. (1998).

991 Vgl. Kirk v. Hendon (In re Heinsohn), 231 B.R. 48, 65 (Bankr. E.D. Tenn. 1999); Bogart, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 205 (1994).

992 Bogart, 102 Dick. L. Rev. 703, 709 (1998); vgl. hierzu auch oben Kap. 2 B.III.3.b).

993 Vgl. auch Maschmeyer, *Handbook for Trustees*, P 10.01: „*The fiduciary nature of the trustee's position, which imposes the highest standards of loyalty and discretion, cannot be overstated.*“

994 Vgl. Stubbe v. Estrada (In re San Juan Hotel Corp.) 71 B.R. 413, 417 f. (D.P.R. 1987); Bogart, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 204 (1994), unter Verweis auf Nimmer/Feinberg, 6 Bankr. Dev. J. 1, 34 (1989); Bogart, 102 Dick. L. Rev. 703, 722 (1998).

tenstellung abgesichert werden.⁹⁹⁵ Ihr ursprünglich eigenes Vermögensrisiko wird, analog zum *common law trustee* des *trust law*, im Kontext der Insolvenzverwaltung vom *bankruptcy trustee* getragen.⁹⁹⁶

bb) Handlungssteuerung und Schadenskompensation

Die persönliche Haftungsverantwortung für die Verletzung treuhänderischer Pflichten soll den *trustee* zu pflichtgemäßem Handeln veranlassen.⁹⁹⁷ Der U.S. *Supreme Court* führte in seiner Leitentscheidung hierzu aus: „*The most effective sanction for good administration is personal liability for the consequences of forbidden acts [...]*“⁹⁹⁸ Die generalpräventive Steuerungswirkung der Haftung soll die Verfahrensbeteiligten vor unvorsichtigen Handlungen, die sich schädigend auswirken, schützen und zugleich den *trustee* animieren, seine Pflichten, z.B. die Mehrung des Massevermögens, bestmöglich auszuführen.⁹⁹⁹ Treuhänderische Pflichtenbindung und gerichtliche Kontrolle stehen hierbei in einem Wirkungszusammenhang.¹⁰⁰⁰ Die Notwendigkeit der persönlichen Haftung ergibt sich zudem daraus, dass eine vollständige Überwachung des *trustee* unzumutbar und ökonomisch aufwendig wäre.¹⁰⁰¹ Seiner persönlichen Haftung ist damit eine Funktion der Selbstkontrolle inhärent.

Neben dem handlungssteuernden Effekt dient die Haftpflicht des *trustee* auch der Kompensation der durch ihn verursachten Vermögensschäden des *estate* oder unmittelbar der *beneficiaries*. Den Gläubigern wird hierdurch ein vom *estate* verschiedenes Haftungssubjekt zur Verfügung gestellt.¹⁰⁰² Der Zahlungspflicht wird kein Strafcharakter beigemessen, sie bezweckt einzig die Ausgleichung von Schäden der Verfahrensbeteilig-

995 *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 204 (1994).

996 *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 204 f. (1994); *ders.*, 102 Dick. L. Rev. 703, 722 (1998).

997 *Radwan*, 35 Conn. L. Rev. 525, 536 (2003).

998 *Mosser v. Darrow*, 341 U.S. 267, 274 (1951); ebenso *States v. Schilling* (In re Big Rivers Elec. Corp.), 355 F.3d 415, 443 (6th Cir. 2004); s. auch *Dana Commercial Credit Corp. v. Nisselson* (In re Center Teleproductions, Inc.), 112 B.R. 567, 577 (Bankr. S.D.N.Y. 1990).

999 Vgl. *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 211 (1994); *ders.*, 102 Dick. L. Rev. 703, 711 (1998); *Cuevas*, 73 Notre Dame L. Rev. 385, 391 f. (1998).

1000 Vgl. *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 183 (1994).

1001 *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 211 (1994).

1002 *Radwan*, 35 Conn. L. Rev. 525, 536 (2003).

ten¹⁰⁰³, weshalb auf das Schadenserfordernis im Rahmen der Anspruchsprüfung grundsätzlich nicht verzichtet werden kann.¹⁰⁰⁴

cc) Bedeutung des *trustee bond*

Auch im Insolvenzrecht der USA existiert ein Instrument, das die Werthaltigkeit von Haftungsansprüchen gegen den *trustee* gewährleistet. *Trustees* sind verpflichtet, innerhalb von sieben Tagen nach ihrer Bestellung und vor Aufnahme ihrer Tätigkeit, einen *bond* bereitzustellen, der die *United States* als Gläubiger benennt.¹⁰⁰⁵ Inhaltlich sind die Bedingungen dieses *surety bond*¹⁰⁰⁶ meist so ausgestaltet, dass der *surety* zur Leistung an den Gläubiger verpflichtet ist, wenn der *trustee* (*principal*) gerichtliche Anordnungen nicht befolgt, seine Rechenschaftspflicht für das Massevermögen verletzt, oder seinen offiziellen Pflichten nicht gewissenhaft nachkommt.¹⁰⁰⁷ Die Betragshöhe des *bond* wird durch den *United States trustee* festgelegt.¹⁰⁰⁸ Der *trustee* muss gleichwohl durchgehend prüfen, ob der Betrag des *bond* ausreichend ist und gegebenenfalls vor haftungsträchtigen Maßnahmen eine Erhöhung veranlassen.¹⁰⁰⁹ Die Zahlungspflicht des *surety* ist mit der Haftpflicht des *trustee* verknüpft, sodass die Leistungspflicht aus dem *bond* dann besteht, wenn die Haftung wegen Pflichtverletzung

1003 Vgl. *Maguire v. Puente*, 120 Misc.2d 871, 875 (N.Y. Sup. Ct. 1983).

1004 Anschaulich *Gorski v. Kirschenbaum* (In re *Gorski*), 766 F.2d 723, 727 f. (2nd Cir. 1985) (Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer durch den *bankruptcy court* aus eigener Initiative angeordneten *surcharge* gegen den *trustee* in Höhe von 500 USD, ohne dass zur konkreten Schadenshöhe vorgetragen wurde); *Lopez-Stubbe v. Rodriguez-Estrada* (In re *San Juan Hotel Corp.*), 847 F.2d 931, 937 f. (1st Cir. 1988).

1005 11. U.S.C. § 322 (a), FRBP 2008, 2010. Erst mit Bereitstellung des *bond* beginnt die offizielle Amtsstellung des *trustee*, vgl. *Block v. United States*, 9 F.2d 618, 619 (2nd Cir. 1925). Gleichwohl berührt die verspätete Bereitstellung nicht die Wahl und Bestellung sowie die Wirksamkeit bereits als „*de facto trustee*“ vorgenommener Handlungen, vgl. *Granderson v. Carpenter* (In re *Granderson*), 252 B.R. 1, 5 (B.A.P. 1st Cir. 2000).

1006 Allgemein zum *surety bond* *Thönissen*, Die Versicherung von Bonitätsrisiken, S. 53 ff.

1007 *Resnick/Sommer*, *Collier on Bankruptcy*, P 322.02 [2]; s. exemplarisch In re *James E. O'Connell Co.*, 82 B.R. 118, 119 (N.D. Cal. 1988).

1008 11 U.S.C. § 322 (b) (2).

1009 Vgl. *Handbook for Chapter 7 Trustees*, S. 2-9 (abrufbar unter <https://www.justice.gov/ust/page/file/762521/download>).

feststeht.¹⁰¹⁰ Die *beneficiaries* können für ihren erlittenen Schaden wahlweise Kompensation vom *trustee* selbst oder aus dem *bond* von dem *surety* verlangen.¹⁰¹¹ Der Zweck des *bond* besteht in der Absicherung der gewissenhaften Aufgabenerfüllung durch den *trustee* und der Kompensation von Schäden am Massevermögen, die durch sein Fehlverhalten verursacht wurden.¹⁰¹² Er dient damit ausschließlich den Verfahrensbeteiligten¹⁰¹³ und, anders als bei einer Haftpflichtversicherung, nicht dem Schutz der wirtschaftlichen Existenz des *trustee*, da der *surety* den *trustee* nach Leistung in Regress nehmen kann.¹⁰¹⁴ Das Justizministerium empfiehlt *trustees* deshalb den Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung.¹⁰¹⁵

dd) Gesamtschau mit der Verwalterautonomie und den Gerichts- und Gläubigerbefugnissen

Das Gewicht, das der persönlichen Haftung als Instrument zur Risikoausgleichung zukommt, lässt sich nur im Verhältnis zur tatsächlichen Handlungsmacht des *trustee* bzw., im Umkehrschluss, zum Gläubigereinfluss bestimmen.¹⁰¹⁶ Je höher das Maß an Aufsicht über den *trustee* und je geringer der Bereich eigener Ermessensentscheidungen bei der Verfahrens-

1010 Vgl. *Reich v. Burke* (In re Reich), 54 B.R. 995, 1008 f. (Bankr. E.D. Mich. 1985); *In re Oles Grain Co.*, 206 B.R. 126, 132 (Bankr. N.D. Tex. 1997).

1011 Vgl. *In re George Schumann Tire & Battery Co., Inc.*, 145 B.R. 104, 107 (Bankr. M.D. Fla. 1992); der Anspruch aus dem *bond* kann von jeder *party in interest* im Namen der *United States* geltend gemacht werden (FRBP 2010 (b)). Er unterliegt einer zweijährigen Verjährungsfrist ab Entlassung des *trustee* aus dem Amt, 11 U.S.C. § 322 (d), was jedoch nicht für Ansprüche gegen gilt, die direkt gegenüber dem *trustee* geltend gemacht werden, vgl. *In re Smith*, 400 B.R. 370, 380 (Bankr. E.D.N.Y. 2009).

1012 *Resnick/Sommer*, *Collier on Bankruptcy*, P 322.02 [2]; s. auch *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 174 (2006).

1013 Vgl. FRBP 2010 (b). *Third parties* sind keine Adressaten der Leistungspflicht des *bond*. Vertragsparteien des *trustee*, die mit diesem in seiner *official capacity*, also der Masse kontrahieren, können keine Zahlung aus dem *bond* verlangen, vgl. *Cowans*, *Bankruptcy Law and Practice*, § 2.6, S. 165 f.

1014 Vgl. *Resnick/Sommer*, *Collier on Bankruptcy*, P 322.04.

1015 *Handbook for Chapter 7 Trustees*, S. 2-9 (abrufbar unter <https://www.justice.gov/ust/page/file/762521/download>).

1016 Grundsätzlich ist im *fiduciary law* die Intensität der Pflichtenbindung von der Unabhängigkeit und Autonomie des Treuhänders abhängig, s. hierzu *Kelch*, 38 Wayne L. Rev. 1323, 1345 ff. (1992).

abwicklung, desto geringer müsste die Ausprägung der haftungsbewehrten Pflichtenbindung sein.¹⁰¹⁷

Fiduciary duties sind in diesem Kontext nur ein Kontrollmittel neben der Gläubiger- und Gerichtsaufsicht.¹⁰¹⁸ Mitunter wird auf Basis gerichtlicher Aufsichtsmaßnahmen, wie der Entlassung des *trustee* aus dem Amt aus wichtigem Grund¹⁰¹⁹ oder der Kontrolle des *United States trustee* über das *panel* potentieller Amtsträger, der Haftung des *trustee* eine nachgeordnete Bedeutung zugeschrieben.¹⁰²⁰ Die Relevanz der treuhänderischen Pflichtenbindung wird hierdurch nicht negiert, vielmehr wird betont, dass ihre Durchsetzung weniger durch Schadensersatzklagen als durch hoheitliche Aufsicht gewährleistet wird.¹⁰²¹ Insbesondere die im *Bankruptcy Code* verankerten Zustimmungspflichten des Insolvenzgerichts stellen sich als eine starke Beschränkung der Entscheidungsautonomie des *trustee* dar.¹⁰²² Verfahrensbeteiligten in den USA werden in erheblichem Umfang Anhörungs- und Mitspracherechte in Bezug auf einzelne Verwaltungshandlungen gewährt.¹⁰²³ Hierdurch können Konflikte vor dem *bankruptcy court* gelöst werden, ohne dass stets auf das Sanktionsmittel der Haftung wegen *breach of fiduciary duty* zurückgegriffen werden muss.¹⁰²⁴ Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass der Haftung wegen Verletzung treuhänderischer Pflichten ein geringeres Gewicht als Kontrollmittel im Verfahren zukommt, als dies beim deutschen Insolvenzverwalter der Fall ist.

1017 *Kelch*, 38 Wayne L. Rev. 1323, 1347 (1992).

1018 Vgl. zu diesem Zusammenhang im Reorganisationsverfahren *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 182 ff. (1994).

1019 11 U.S.C. § 324.

1020 Vgl. *Pottow*, 13 Brook. J. Corp. Fin. & Com. L. 87, 90 (2018); *ders.*, *Fiduciary Principles*, 211; s. auch *R. McCullough*, 103 Com. L.J. 129, 135 f. (1998), der aus diesen Gründen Notwendigkeit einer Haftung für einfach Fahrlässigkeit des *trustee* ablehnt.

1021 Vgl. *Pottow*, 13 Brook. J. Corp. Fin. & Com. L. 87, 90 (2018).

1022 Vgl. oben Kap. 2 B.IV.2.b).

1023 Vgl. *Bienenstock*, 61 U. Cin. L. Rev. 543, 564 ff. (1992); vgl. auch oben Kap. 2 B.IV.2.a).

1024 *Pottow*, 13 Brook. J. Corp. Fin. & Com. L. 87, 93 (2018).

3. Persönliche Haftung gegenüber *third parties*

Third parties gegenüber bestehen keine treuhänderischen Pflichten, sie sind „*non-beneficiaries*“¹⁰²⁵, der Anspruch wegen *breach of fiduciary duty* kommt für sie nicht in Betracht. Ihre Schadensersatzansprüche gegen den *trustee* beschränken sich auf die des Vertrags- (*contract*) und Deliktsrechts (*tort*), die in der Regel dem Recht der jeweiligen Bundesstaaten zu entnehmen sind.¹⁰²⁶ Der dem Amt des *trustee* inhärente Rechtssphärendualismus (Amtsträger und Privatperson) wird im Zusammenhang mit *third party claims* virulent, denn für die Frage, ob der *trustee* hierfür persönlich (*personal capacity*) oder nur als Vertreter der Masse haftet (*official capacity*), sieht die sog. *McNulta Rule* eine weitgehende Haftungszuweisung an die Insolvenzmasse vor, worauf an späterer Stelle eingegangen wird.¹⁰²⁷

Wer *third party* ist, ergibt sich aus dem Umkehrschluss zur Qualifikation als *beneficiary* und kann nicht abschließend bestimmt werden. Aus der Praxis sind indes typische Fallgruppen bekannt. In Frage kommen Personen, die in Kontakt mit der Amtsführung des *trustee* geraten, weil dieser durch unerlaubte Handlungen ihre Rechtssphäre berührt, indem er z.B. fälschlicherweise schuldnerfremdes Eigentum als vermeintlichen Teil des *estate* in Beschlag nimmt¹⁰²⁸, einem Mieter die Einräumung des Besitzes an der Mietsache verwehrt¹⁰²⁹ oder wenn Personen im Rahmen der Betriebsfortführung körperlich geschädigt werden.¹⁰³⁰ Typischerweise treten auch Bundesstaaten als Deliktskläger und damit als *third parties* auf, z.B. bei Verstößen gegen Umweltschutzgesetze.¹⁰³¹ Ebenso sind Vertragsparteien des *estate* für den Zweck der Geltendmachung von Primär- oder Sekundäransprüchen *third parties* und auf diese vertraglichen Ansprüche beschränkt.¹⁰³² So sind auch solche Personen, die grundsätzlich aufgrund ihrer Stellung zum *trustee* und der Masse als *beneficiaries* zu qualifizieren

1025 E. McCullough, 15 Lewis & Clark L. Rev. 153, 163 (2011).

1026 Vgl. Bogart, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 205 (1994).

1027 Vgl. unten Kap. 3 B.III.2.

1028 Vgl. Tiller, 53 Am. Bankr. L.J. 75, 84 f. (1979).

1029 Vgl. In re J & S Properties, LLC, 872 F.3d 138 (3rd Cir. 2017).

1030 Vgl. McNulta v. Lochridge, 141 U.S. 327 (1891); Ziegler v. Pitney, 139 F.2d 595, 596 (2nd Cir. 1943).

1031 Vgl. State v. Better Brite Plating, Inc., 168 Wis.2d 363 (1992).

1032 Vgl. z.B. In re James E. O'Connell Co., 82 B.R. 118 (N.D. Cal. 1988); s. auch Tennsco Corp. v. Estey Metal Products, Inc., 200 B.R. 542, 545 (D.N.J. 1996) (Käufer eines Grundstücks vom Schuldner ist nicht Verfahrensbeteiligter, sondern *third party*).

sind, dann Dritte, wenn der Anspruch, den sie gegen den *trustee* geltend machen, lediglich vertraglicher Natur ist und nicht auf treuhänderischen Pflichten beruht.¹⁰³³

III. Doktrinen zur Haftungsimmunität des *trustee*

Der Begriff „*immunity*“ wird oft im selben Atemzug mit der persönlichen Haftung des *trustee* erwähnt. Die Untersuchung der Haftung für die Verletzung treuhänderischer Pflichten (*fiduciary analysis*) wäre bereits deshalb unvollständig, unterließe man die Darstellung der Doktrinen, die dem *trustee* Haftungsimmunität verleihen (*immunity analysis*). Vor allem gibt es materielle Gründe, die die Untersuchung der Immunität gebieten: Das Recht der Haftung des *trustee* ist untrennbar mit seiner dichotom strukturierten Rechtsstellung verknüpft. Während sich die *fiduciary analysis* von seiner Stellung als Treuhänder im Verhältnis zu den weiteren Verfahrensbeteiligten ableitet, stellt seine simultane Qualifikation als *officer of the court* die dogmatische Grundlage für seine Haftungsisolation in bestimmten Konstellationen dar. Letztlich ist die Verbindung von Rechtsstellung und Haftung nur dann erfassbar, wenn die haftungsrechtlichen Auswirkungen beider Rechtsstellungsaspekte bekannt sind. Haftungsimmunität und persönliche Schadensersatzverpflichtung scheinen sich widersprüchlich gegenüberzustehen bzw. ein Spannungsfeld zu bilden. Tatsächlich – das wird die Untersuchung zeigen – haben beide Institute eigene Anwendungsbereiche und koexistieren ohne Überschneidungen.

1. Doktrin quasi-richterlicher Immunität

Ebenso wie die persönliche Haftung hat auch die *trustee immunity* keine Kodifizierung erfahren. Die Entwicklung der Immunitätsdoktrin für *bankruptcy trustees* entstand sukzessive in Form bundesgerichtlicher Rechtsprechung, beginnend in den 1970er-Jahren. Als dogmatische Grundlage hierfür diente die bereits früh im Recht der USA etablierte – dem englischen Recht entstammende – Haftungsimmunität des Richters, die heute

1033 Vgl. In re Weisser Eyecare, Inc., 245 B.R. 844, 849 (Bankr. N.D. Ill. 2000) (Kläger ist Anteilseigner des Schuldners, damit grds. *beneficiary*, klagt aber wegen Vertragsverletzung gegen *trustee*).

Bestandteil des dortigen *common law* ist.¹⁰³⁴ Daher wird in der Regel von der *doctrine of quasi-judicial immunity* oder *derived judicial immunity*¹⁰³⁵ gesprochen.¹⁰³⁶ Der *bankruptcy trustee* genießt durch sie absoluten Schutz gegen Schadensersatzklagen, die sich gegen ihn persönlich richten.

a) Historische und dogmatische Entwicklung

Im Folgenden wird die Entwicklung der für die Immunität des *trustee* maßgeblichen Rechtsprechung dargelegt und ausgewertet.¹⁰³⁷

aa) Amtsträgerschaft als Grundlage für Haftungsimmunität

Im Jahr 1973 befasste sich ein *district court* mit der Frage nach der Geltung richterlicher Immunität für *bankruptcy trustees*.¹⁰³⁸ Das Gericht stellte zunächst fest, dass Richter, wie andere Amtsträger der Justiz, gegen Schadensersatzklagen immun seien¹⁰³⁹ und berief sich auf zwei Urteile des *U.S. Supreme Court*:

1034 Umfassend zu den Ursprüngen der *judicial immunity* in England sowie zur weiteren Entwicklung in den USA *Block*, 1980 Duke L.J. 879, 881 ff., 897 ff. (1980).

1035 Vgl. *Lonneker Farms, Inc. v. Klobucher*, 804 F.2d 1096, 1097 (9th Cir. 1986).

1036 Vgl. *Mullis v. U.S. Bankruptcy Court, Dist. of Nevada*, 828 F.2d 1388 (9th Cir. 1987); zum Ganzen *E. McCullough*, 15 Lewis & Clark L. Rev., 153, 164 ff. (2011); s. allgemein zur Entwicklung der Doktrinen der *judicial* und *quasi-judicial immunity* durch die Rechtsprechung, ohne konkreten Bezug zum *trustee*, *Forouzan*, 66 Emory L.J. 123, 128 ff. (2016).

1037 Die Reihenfolge der Urteilsdarstellung erfolgt in Anlehnung an *E. McCullough*, 15 Lewis & Clark L. Rev., 153, 164 ff. (2011); vgl. für einen konzisen Überblick auch *In re J & S Properties, LLC*, 872 F.3d 138, 148 ff. (3rd Cir. 2017).

1038 *Smallwood v. United States of America*, 358 F. Supp. 398 (E.D. Mo. 1973) (Schadensersatzklage gegen u.a. einen *trustee* wegen Verletzung von *civil rights* gem. 42 U.S.C. § 1983).

1039 *Smallwood v. United States of America*, 358 F. Supp. 398, 402 (E.D. Mo. 1973): „*The principle is well established that judicial officers are immune from suits for money damages for acts performed in the discharge of their official duties.*”

In der frühen Entscheidung *Bradley v. Fisher*¹⁰⁴⁰ konstatierte das Gericht, dass aus richterlichen Handlungen (*judicial acts*), ungeachtet ob sie fehlerhaft waren oder Schäden zur Folge hatten, keine zivilrechtliche Haftung folge, da andernfalls die richterliche Unabhängigkeit beschränkt und damit die Funktionsfähigkeit der Justiz bedroht wäre.¹⁰⁴¹ Erforderlich sei jedoch, dass die Handlung nicht offensichtlich außerhalb der richterlichen Zuständigkeit vorgenommen wurde.¹⁰⁴² In der zweiten Entscheidung befand der U.S. Supreme Court einen Richter, unter Berufung auf *Bradley v. Fisher*, für immun gegen die Haftung auf Schadensersatz.¹⁰⁴³ Fehler seien im Instanzenzug zu korrigieren; den Richter der Haftung gegenüber unzufriedenen Prozessteilnehmern auszusetzen, fördere nicht die unabhängige Entscheidungsfindung, sondern schüchtere den Richter ein.¹⁰⁴⁴

Der *district court* folgerte, dass Amtsträger wie *bankruptcy trustees* ebenso wie Richter durch Immunität vor zivilrechtlicher Haftung geschützt seien.¹⁰⁴⁵ Der beklagte *trustee* sei ordnungsgemäß gewählt und ernannt worden, er müsse daher wie ein Amtsträger der Justiz behandelt werden; ferner habe er zum Kläger lediglich in seiner Amtsfunktion Kontakt gehabt, ihm stehe daher Haftungsimmunität zu.¹⁰⁴⁶

Diese Rechtsauslegung des *district court* macht den derivativen Charakter der Immunität des *trustee* deutlich: Sie bestand als Rechtskonstrukt des *common law* für Richter und wird analog auch auf weitere Amtsträger ausgeweitet. Zwar spricht das Gericht nicht explizit von abgeleiteter oder quasi-richterlicher Immunität, jedoch wird mit Blick auf die Hervor-

1040 *Bradley v. Fisher*, (13 Wall.) 80 U.S. 335 (1871) (Schadensersatzklage gegen einen Richter wegen Streichens des klagenden Rechtsanwalts von der *roll of attorneys*).

1041 *Bradley v. Fisher*, 80 U.S. 335, 347 (1871).

1042 *Bradley v. Fisher*, 80 U.S. 335, 351 f. (1871).

1043 *Pierson v. Ray*, 386 U.S. 547, 553 f. (1967) (Schadensersatzklage wegen Verletzung von *civil rights* gem. 42 U.S.C. § 1983).

1044 *Pierson v. Ray*, 386 U.S. 547, 554 f. (1967). Das Gericht hob (a.a.O.) weiter hervor, dass auch die Schaffung des Anspruchs aus 42 U.S.C. § 1983, der die Haftung der Personen vorsieht, die im Namen des Gesetzes Bürgern ihre Bürgerrechte entziehen, an der Gültigkeit der Immunitätsdoktrin nichts geändert habe. S. auch die kritische Würdigung des Urteils vor dem Hintergrund des *Civil Rights Act of 1871* und der Entstehungsgeschichte von 42 U.S.C. § 1983 *Block*, 1980 Duke L.J. 879, 908 ff. (1980).

1045 Vgl. *Smallwood v. United States of America*, 358 F. Supp. 398, 404 (E.D. Mo. 1973); s. hierzu auch *Bush v. Rauch*, 38 F.3d 842, 847 (6th Cir. 1994).

1046 *Smallwood v. United States of America*, 358 F. Supp. 398, 404 (E.D. Mo. 1973); s. hierzu auch *E. McCullough*, 15 Lewis & Clark L. Rev., 153, 165 f. (2011).

hebung der ordnungsgemäßen Bestellung des *trustee* und der Verortung seiner Tätigkeit im Justizbereich deutlich, dass die Nähe seines Amtes zum Insolvenzgericht für seine Einbeziehung in den Schutzbereich der richterlichen Immunitätsdoktrin entscheidend war. Anknüpfungspunkt für die Übertragung der Haftungsimmunität auf den *trustee* war seine Amtsträgereigenschaft.

In einer späteren Entscheidung begründete ein *court of appeals*¹⁰⁴⁷ die vom Richter abgeleitete Haftungsimmunität in ähnlicher Weise: *Trustees* agierten unter der Oberhoheit des Insolvenzgerichts und übten eine essentielle Tätigkeit im Bereich der Justiz aus, sie hätten daher Anspruch auf *derived judicial immunity*.¹⁰⁴⁸ Wenig später kam das Gericht in einer erneuten Entscheidung zum selben Ergebnis¹⁰⁴⁹: Die Immunität leite sich von der des ernennenden Richters ab, ferner seien die vermeintlich schädlichen Handlungen des *trustee* im Rahmen der offiziellen Amtspflichten geschehen.¹⁰⁵⁰ Im Einklang mit der *Smallwood*-Entscheidung lag die Begründung für den Haftungsschutz des *trustee* in der funktionalen Verortung seines Amtes als Teil der Justiz sowie seiner Nähe zum ernennenden Richter und zu dessen Immunität. Dem Gericht genügte die Feststellung, dass die Handlungen des *trustee* im Rahmen seiner Amtspflichten und innerhalb seiner rechtlichen Zuständigkeit geschahen.¹⁰⁵¹

1047 *Lonneker Farms, Inc. v. Klobucher*, 804 F.2d 1096 (9th Cir. 1986) (Klage des Schuldners auf Schadensersatz gem. 42 U.S.C. § 1983 gegen einen Richter und den *trustee*); krit. zu dieser Entscheidung *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 207 (1994).

1048 *Lonneker Farms, Inc. v. Klobucher*, 804 F.2d 1096, 1097 (9th Cir. 1986).

1049 *Mullis v. U.S. Bankruptcy Court, Dist. of Nevada*, 828 F.2d 1385 (9th Cir. 1987). Auch dieser Fall hatte die Schadensersatzklage gegen den *trustee* wegen der Verletzung von Bürgerrechten wie dem *right to due process* auf Basis von 42 U.S.C. § 1983 zum Gegenstand. Weil die Beklagten auf bundesgesetzlicher Grundlage und nicht nach *state law* handelten, habe der Kläger sich laut Gericht auf den deliktischen Anspruch gem. der Doktrin nach *Bivens v. Six Unknown Named Agents of the Federal Bureau of Narcotics*, 403 U.S. 388 (1971) berufen müssen, vgl. *Mullis v. U.S. Bankruptcy Court, Dist. of Nevada*, 828 F.2d 1385, 1387 (9th Cir. 1987). S. zu dieser *Bivens doctrine* und ihrem Verhältnis zu 42 U.S.C. § 1983 *Pfander/Baltmanis*, 98 Geo. L.J. 117 ff., 139 ff. (2009).

1050 *Mullis v. U.S. Bankruptcy Court, Dist. of Nevada*, 828 F.2d 1385, 1390 f. (9th Cir. 1987).

1051 Vgl. *E. McCullough*, 15 Lewis & Clark L. Rev., 153, 166 (2011).

bb) Der „functional approach“

Im Jahr 1988 änderte der U.S. Supreme Court¹⁰⁵² die Grundsätze zur Bestimmung der Haftungsimmunität von Richtern.¹⁰⁵³ Das Gericht führte aus, dass die grundsätzlich sinnvolle Steuerungsfunktion persönlicher Haftung bei Trägern öffentlicher Ämter ungewünschte Effekte hervorrufe, weil ihr Verhalten auf übermäßig passive Weise determiniert würde, was der *rule of law* abträglich sei.¹⁰⁵⁴ Zur Prüfung, ob dem Amtsträger Immunität zusteht, favorisierte das Gericht einen *functional approach*: Es sei zu untersuchen, wie sich die persönliche Haftungsverantwortung auf die Erfüllung der dem Amtsträger übertragenen Aufgaben auswirken würde.¹⁰⁵⁵ Schwierig sei die Abgrenzung von *judicial acts* und sonstigen von Richtern vorgenommenen Handlungen; ob Immunität besteht bemesse sich nur anhand der jeweiligen Tätigkeit, nicht der Person des Handelnden.¹⁰⁵⁶ Im konkreten Fall wertete das Gericht die Entlassung der klagenden Bewährungshelferin als eine rein administrative Tätigkeit für die, anders als für richterliche Tätigkeiten, keine Immunität gelte.¹⁰⁵⁷

Mit seiner Entscheidung hat das Gericht der Immunitätsdoktrin schärfere Konturen verliehen und mit der Qualifikation einer Tätigkeit, entweder als richterlich oder administrativ, ein einheitliches Prüfungsprogramm etabliert.¹⁰⁵⁸ Der bloße Status als hoheitlicher Amtsträger war danach nicht mehr ausreichend, um Haftungsimmunität innezuhaben. Das Urteil muss auch vor dem Hintergrund der sukzessiven Ausweitung von Haftungsim-

1052 Forrester v. White, 484 U.S. 219 (1988) (Schadensersatzklage auf Basis von 42 U.S.C. § 1983 wegen Geschlechterdiskriminierung, nachdem die Klägerin von einem Richter aus ihrer Anstellung als *probation officer* entlassen wurde). Dass die Doktrin der Immunität von Amtsträgern gehäuft bei Klagen wegen der Verletzung verfassungsmäßiger Rechte Urteilsgegenstand ist lässt sich damit erklären, dass sowohl 42 U.S.C § 1983 (für Amtsträger unter *state law*) als auch der Anspruch nach der *Bivens doctrine* (für Amtsträger unter *federal law*) *federal remedies* sind, die auf das Verhältnis zwischen Hoheitsträger und Privatperson zugeschnitten sind. Rein privates Fehlverhalten kann hierüber nicht vor Gericht verfolgt werden, vgl. Merkle, 1980 Duke L. J. 568 (1980).

1053 Vgl. E. McCullough, 15 Lewis & Clark L. Rev., 153, 166 (2011).

1054 Forrester v. White, 484 U.S. 219, 223 (1988).

1055 Forrester v. White, 484 U.S. 219, 224 (1988); vgl. zum Ganzen E. McCullough, 15 Lewis & Clark L. Rev., 153, 166 f. (2011).

1056 Forrester v. White, 484 U.S. 219, 227 (1988).

1057 Forrester v. White, 484 U.S. 219, 229 (1988).

1058 Bis zu dieser Entscheidung lagen keine tätigkeitsbezogenen Prüfungsmerkmale für Immunität vor, vgl. Forrester v. White, 484 U.S. 219, 227 (1988).

munität auf quasi-richterliche Amtsträger durch die Judikatur gewürdigt werden.¹⁰⁵⁹

cc) Die historisch-funktionale Zweistufenprüfung

(1) Etablierung der Prüfungsschritte

Der U.S. Supreme Court war im Jahr 1993 mit der Frage befasst, ob ein *court reporter*¹⁰⁶⁰ durch Immunität geschützt ist.¹⁰⁶¹ Das Gericht gründete seine Untersuchung auf eine zweistufige Prüfung¹⁰⁶²: Zunächst wurde geklärt, ob das *common law* den betreffenden Amtsträger historisch mit Immunität versehen hat.¹⁰⁶³ Nach Verneinung dessen im konkreten Fall wurde auf der zweiten Ebene geprüft, ob die konkrete Tätigkeit, unterstellt sie wäre historisch einem durch Immunität geschützten Amtsträger zugeordnet, funktional richterlicher Qualität, also von eigener Ermessensausübung geprägt ist, und nicht eine bloße Administrationstätigkeit darstellt.¹⁰⁶⁴ Das Gericht kam zu dem Ergebnis, dass im *common law* kein mit dem heutigen *court reporter* vergleichbares, durch Immunität geschütztes Amt existierte und überdies dessen Tätigkeit auch nicht von einem richterlichem Ermessen geprägt sei, weshalb ihm keine Haftungsimmunität zustehe.¹⁰⁶⁵

Die Zweistufenprüfung stellt einen Wandel für die Immunitätsbestimmung dar.¹⁰⁶⁶ Sie verdeutlicht, dass die Ausweitung quasi-richterlicher Haftungsimmunität auf einen Amtsträger, der nicht Bestandteil der Justizorganisation ist, von der von ihm ausgeübten Tätigkeit und deren Qualifikation als richterlich oder administrativ abhängig ist.

1059 So das Gericht selbst, vgl. *Forrester v. White*, 484 U.S. 219, 225 f. (1988).

1060 Vgl. 28 U.S.C. § 753.

1061 *Antoine v. Byers & Anderson, Inc.*, 508 U.S. 429 (1993).

1062 Vgl. *E. McCullough*, 15 Lewis & Clark L. Rev., 153, 168 (2011) („two-part test“); *Pottow*, *Fiduciary Principles*, S. 221.

1063 Vgl. *Antoine v. Byers & Anderson, Inc.*, 508 U.S. 429, 432 f. (1993).

1064 Vgl. *Antoine v. Byers & Anderson, Inc.*, 508 U.S. 429, 434 ff. (1993) unter Verweis auf *Forrester v. White*, 484 U.S. 219, 227 (1988).

1065 Vgl. *Antoine v. Byers & Anderson, Inc.*, 508 U.S. 429, 433 ff. (1993).

1066 *Curry v. Castillo* (In re Castillo), 297 F.3d 940, 948 (9th Cir. 2002).

(2) Anwendung auf den *bankruptcy trustee*

Die Zweistufenprüfung gelangte später durch einen *court of appeals* für den *bankruptcy trustee* zur Anwendung.¹⁰⁶⁷ Ein Schuldner im Verfahren nach *Chapter 13* begehrte vom *trustee* Schadensersatz wegen der Fehlerminierung eines *confirmation hearing* und der Nicht-Unterrichtung des Schuldners hierüber, was dessen Fernbleiben im Termin und die Verfahrensabweisung zur Folge hatte. Die vom Schuldner bewohnte Immobilie wurde daraufhin im Rahmen der Zwangsversteigerung veräußert.¹⁰⁶⁸

Das Gericht stellte fest, dass die historischen Vorgänger des *trustee* sowohl mit administrativen als auch mit richterlichen Aufgaben betraut waren und dass dem *trustee* Immunität für richterliche Handlungen zukomme, die denen eines heutigen Insolvenzrichters entsprechen.¹⁰⁶⁹ *Trustees*

1067 Curry v. Castillo (In re Castillo), 297 F.3d 940 (9th Cir. 2002).

1068 Curry v. Castillo (In re Castillo), 297 F.3d 940, 943 f. (9th Cir. 2002).

1069 Curry v. Castillo (In re Castillo), 297 F.3d 940, 950 (9th Cir. 2002); die legislatorische Geschichte des Insolvenzrechts der USA zeigt einen steten Wandel hinsichtlich der Verortung von Verfahrensaufgaben bei einzelnen Funktionsträgern. Das erste U.S.-amerikanische Insolvenzgesetz, der *Bankruptcy Act of 1800*, stellte im Wesentlichen ein Abbild des damaligen englischen Insolvenzrechts dar. Das 1570 unter *Elizabeth I.* erlassene Insolvenzgesetz war das erste Englands, das in einem umfassenden Gesetzeswerk niedergelegt war. Die Zuständigkeit für Insolvenzverfahren lag beim *Lord Chancellor*, der wiederum *bankruptcy commissioners* zur Überwachung der Verfahrensabwicklung ernannte. Deren Aufgaben entsprachen im Grunde denen des heutigen *bankruptcy judge* und *bankruptcy trustee*. Sie waren für die Inbesitznahme und Liquidation des Schuldnervermögens zuständig, hatten aber auch justizielle Befugnisse wie die Beschlagnahme von Eigentum oder die Inhaftierung von Personen. Anfang des 18. Jahrhunderts wurde die administrativen Verwaltungsaufgaben auf *assignees* übertragen, deren Name auf der Zuweisung (*assignment*) der Insolvenzmasse auf sie basiert. Sie sind das historische Gegenstück zum heutigen *trustee*. Das erste U.S.-amerikanische Insolvenzgesetz auf Bundesebene von 1800 blieb nur bis 1803 in Kraft. Bis 1898 hatte kein Insolvenzgesetz längerfristigen Bestand. Erst der *Bankruptcy Act of 1898* existierte durchgehend, aber mehrfach reformiert, bis 1978. In ihm wurden materielles und Verfahrensrecht umfassend geregelt: *Assignees* wurden in *trustees* umbenannt und die *district courts* waren zuständig für Insolvenzsachen. Ein großer Teil der justiziellen und administrativen Aufgaben kam *referees in bankruptcy* (Nachfolger der *commissioners* und *registers* früherer Insolvenzgesetze) zu. Sie wurden 1973 zu *bankruptcy judges*. Mit dem *Bankruptcy Reform Act of 1978* wurde besonderes Augenmerk auf die Optimierung der Verfahrensabwicklung gelegt. Damit Insolvenzrichter sich auf die richterlichen Tätigkeiten fokussieren können, wurden ihre administrativen Verfahrensaufgaben auf den *United States trustee* übertragen (vgl. hierzu auch oben Kap. 2 B.IV.1.a)aa)). *Bankruptcy trustees*

seien „*hybrid officials*“, denen sowohl Aufgaben obliegen, denen historisch eine richterliche Natur zuerkannt wurde, als auch solche, die nur administrativen Charakters sind; Immunität bestehe nur für Handlungen, die für die hoheitliche Entscheidung über private Rechte an der Insolvenzmasse wesentlich sind.¹⁰⁷⁰ Die Terminfestlegung von Anhörungen bewertete das Gericht im Einklang mit der Vorinstanz als von Immunität geschützte richterliche Ermessensentscheidung.¹⁰⁷¹ Gleiches gelte, abweichend von der vorinstanzlichen Entscheidung¹⁰⁷², auch für die Unterrichtung der Verfahrensparteien über den Termin; beide, Terminfestlegung und Benachrichtigung, gehörten zum richterlichen Aufgabenbereich der Verwaltung des Gerichtskalenders und seien nicht voneinander trennbar.¹⁰⁷³

b) Materieller Gehalt und praktische Relevanz

Der hoheitliche Aspekt des hybriden Amtes¹⁰⁷⁴ des *trustee* bewirkt, dass ihm Schutzinstrumente zukommen, die sich im *common law* zur Absicherung unabhängiger Entscheidungsfindung von Amtsträgern der Justiz entwickelt haben. *Quasi-judicial immunity* verleiht dem *trustee* absoluten Schutz gegen persönliche Haftung (*absolute immunity*¹⁰⁷⁵), wenn die konkrete Handlung einem *judicial act* vergleichbar ist bzw. im engen Zusammenhang mit dem gerichtlichen Verfahren steht.¹⁰⁷⁶ Die Haftungsimmunität sperrt den Klageweg gegen den *trustee* persönlich; sie lässt nicht

wurden für die Abwicklung im Liquidationsverfahren zuständig und im neu geschaffenen Verfahren nach *Chapter 11* nur aus besonderem Grund bestellt, vgl. zum Ganzen *Tabb*, 3 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 5, 6 ff., 13 ff., 19, 23, 25, 35 (1995) sowie In re J & S Properties, LLC, 872 F.3d 138, 149 f. (3rd Cir. 2017).

1070 Curry v. Castillo (In re Castillo), 297 F.3d 940, 951 (9th Cir. 2002).

1071 Curry v. Castillo (In re Castillo), 297 F.3d 940, 951 (9th Cir. 2002).

1072 Diese wertete der Terminfestlegung als richterliche, die Benachrichtigung hingegen als administrative Handlung, weshalb für letztere die Immunität abgelehnt wurde, vgl. In re Castillo 248 B.R. 153, 159 f. (B.A.P. 9th Cir. 2002).

1073 Curry v. Castillo (In re Castillo), 297 F.3d 940, 952 (9th Cir. 2002).

1074 Vgl. oben Kap. 2 B.III.3.b).

1075 Mullis v. U.S. Bankruptcy Court, Dist. of Nevada, 828 F.2d 1385, 1390 (9th Cir. 1987). Diese ist von der *qualified immunity* zu unterscheiden, die zwar ebenfalls Amtsträgern zusteht, aber nur bei Vorliegen objektiver und subjektiver Merkmale greift und daher abstrakt betrachtet ein schwächeres Schutzmittel ist, s. hierzu Harlow v. Fitzgerald, 457 U.S. 800 (1982). Exemplarisch zur Abgrenzung der *quasi-judicial immunity* von der *qualified immunity* In re J & S Properties, LLC, 872 F.3d 138, 146 ff. (3rd Cir. 2017).

1076 Maschmeyer, Handbook for Trustees, P 4.08.

etwa Pflichtwidrigkeit oder Verschulden entfallen, sondern unterbindet die Anspruchsprüfung insgesamt.¹⁰⁷⁷ Ein weiteres Charakteristikum der *quasi-judicial immunity* für richter-ähnliche Handlungen ist, dass sie grundsätzlich unabhängig von der Qualifikation des Klägers Anwendung finden kann.¹⁰⁷⁸

Da *quasi-judicial immunity* anhand der konkreten Tätigkeit des *trustee* zu bestimmen ist und zwischen „richterlich“ und „administrativ“ regelmäßig keine scharfe Trennlinie verläuft, muss stets eine Einzelfallbetrachtung vorgenommen werden.¹⁰⁷⁹ Schon gar nicht existiert ein Katalog absolut geschützter Tätigkeiten des *trustee*. Fest steht aber, dass die Handlung im Rahmen der Aufgabenwahrnehmung und rechtlichen Zuständigkeit des *trustee* erfolgt sein muss; fehlt der Bezug zur Insolvenzverwaltungs-tätigkeit, besteht von vornherein keine Immunität.¹⁰⁸⁰ Anhand einzelner Fallbeispiele der Rechtsprechung lässt sich grob skizzieren, welcher Aufgabenbereich des *trustee* absolutem Schutz unterliegt. *Trustees* sind z.B. verpflichtet, Insolvenzstraftaten beim *United States attorney* zur Anzeige zu bringen.¹⁰⁸¹ Diese Pflicht hat keinen unmittelbaren Bezug zur Masseverwaltung, sondern trägt vor allem justiziellen Charakter; *trustees* sollen diese Aufgabe nach eigenem Ermessen erfüllen können, ohne zivilrechtliche Haftungskonsequenzen durch deliktsrechtliche Ansprüche wegen *malicious prosecution* fürchten zu müssen.¹⁰⁸² Ebenfalls richterlichen Charakter trägt, wie bereits dargestellt, die Terminierung gerichtlicher Anhörungen sowie die Benachrichtigung des Schuldners hierüber und ist deshalb mit absoluter Immunität versehen.¹⁰⁸³

1077 Ein Beispiel für die Fehlanwendung der Doktrin bildet In re Continental Coin Corp., 380 B.R. 1, 11 (Bankr. C.D. Cal. 2007), wo das Gericht für Liquidationsmaßnahmen quasi-richterliche Immunität annahm und sodann die persönliche Haftung des *trustee* wegen grob fahrlässiger oder vorsätzlicher Pflichtverletzung prüfte. S. zu dieser Entscheidung E. McCullough, 15 Lewis & Clark L. Rev. 153, 183 ff. (2011).

1078 Bei Curry v. Castillo (In re Castillo), 297 F.3d 940 (9th Cir. 2002) klagte ein Schuldner, also potentieller *beneficiary*; vgl. auch E. McCullough, 15 Lewis & Clark L. Rev. 153, 170 (2011).

1079 Pottow, Fiduciary Principles, S. 221.

1080 Mullis v. U.S. Bankruptcy Court, Dist. of Nevada, 828 F.2d 1385, 1390 (9th Cir. 1987); vgl. auch In re J & S Properties, LLC, 872 F.3d 138, 149 (3rd Cir. 2017).

1081 18 U.S.C. § 3057 (a).

1082 Vgl. Pottow, Fiduciary Principles, S. 221; Kirk v. Hendon (In re Heinsohn), 247 B.R. 237, 245 (E.D. Tenn. 2000).

1083 Vgl. Curry v. Castillo (In re Castillo), 297 F.3d 940, 951 (9th Cir. 2002); s. ferner die bei Mullis v. U.S. Bankruptcy Court, Dist. of Nevada, 828 F.2d 1385,

Einfacher fällt die negative Abgrenzung des absolut geschützten Handlungsbereichs aufgrund der umfassenden Judikatur zu den *fiduciary duties* des *trustee*. Der Haftungsschutz durch *quasi-judicial immunity* besteht nicht¹⁰⁸⁴, wenn der *trustee* treuhänderische Pflichten gegenüber den Beteiligten verletzt.¹⁰⁸⁵ Sie sind Ausdruck eines Nähe- und Abhängigkeitsverhältnisses im Rahmen der privatrechtlichen Abwicklung der Insolvenzmasse und haben nicht den Charakter hoheitlicher Entscheidungsbefugnisse. Mit Blick auf die einleitend aufgeworfene Frage nach dem Spannungsfeld zwischen persönlicher Haftung und Haftungsimmunität ist damit festzustellen, dass ein solches nicht besteht. Da ein Großteil der Tätigkeiten des *trustee* die Masseverwaltung betrifft, also administrativer Natur ist, ist die praktische Relevanz der Immunität für richterliche Handlungen äußerst gering.¹⁰⁸⁶ Ungeachtet dessen kommt dem Begriff „*quasi-judicial immunity*“ hohe terminologische Bedeutung zu, weil er mitunter global für alle Ausformungen der Immunität des *trustee* verwandt wird.

2. *McNulta Rule* – Immunität und Haftung gegenüber *third parties*

Neben der Immunität für richterliche Handlungen existiert mit der sog. „*McNulta Rule*“¹⁰⁸⁷ eine weitere Doktrin im Gebiet der *immunity analysis*. Sie stellt das maßgebliche Regelungsregime zur Haftungsverantwortung

1390 (9th Cir. 1987) genannten Tätigkeiten, die als Anhaltspunkte für die Bestimmung des absolut geschützten „quasi-richterlichen“ Handlungsbereichs dienen können.

1084 Eine Ausnahme bildet die Immunität durch gerichtliche Anordnung, vgl. unten Kap. 4 C.II.1.

1085 *Maschmeyer*, Handbook for Trustees, P 4.08; s. auch *Bogart*, 102 Dick. L. Rev., 703, 720 (1998): „*Trustees are simply not 'immune' from suits brought by their beneficiaries.*“ Hier ist zu differenzieren: Immunität kann auch gegenüber *beneficiaries* greifen, wenn die Handlung richterlicher Natur ist. Dem dürfte in der Praxis kaum Bedeutung zukommen, weil *beneficiaries* in aller Regel wegen *breach of fiduciary duty* klagen.

1086 Auch das Gericht in *Curry v. Castillo* (In re Castillo), 297 F.3d 940, 953 (9th Cir. 2002) wollte die Immunität auf die streitgegenständlich Handlung beschränkt wissen. *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 208 (1994) und *ders.*, 102 Dick. L. Rev. 720 (1998) verzichtet gar auf die Erwähnung dieser Form der Haftungsimmunität.

1087 Nach *McNulta v. Lochridge*, 141 U.S. 327 (1891), vgl. *Allard*, 106 Com. L.J. 415, 427 (2001).

des *trustee* gegenüber *third parties* dar¹⁰⁸⁸, die Haftung gegenüber den Verfahrensbeteiligten wird durch sie jedoch nicht berührt.¹⁰⁸⁹

a) *McNulta v. Lochridge*

In der frühen Entscheidung des *U.S. Supreme Court* war die Frage zu klären, ob *receiver*¹⁰⁹⁰ in persönlicher Kapazität Adressaten deliktischer Haftung sein können. Der *receiver* einer Eisenbahngesellschaft war vorinstanzlich zur Zahlung von Schadensersatz verurteilt worden, dies beruhte auf der Tötung zweier Menschen im Rahmen des Betriebes der unter Verwaltung stehenden Eisenbahn, die sich unter der Ägide seines Amtsvorgängers ereignet hatte.¹⁰⁹¹

Bezogen auf das Vorbringen des *receiver*, nicht für Handlungen seines Amtsvorgängers verantwortlich zu sein, bildete das Gericht eine Analogie zum Gesellschaftsrecht, wonach gelte, dass der gegenwärtige Amtsinhaber auch für Fehlverhalten seines Amtsvorgängers einstehen müsse.¹⁰⁹² Obwohl die mit dem Amt des *receivers* betraute Person ausgewechselt werden könne, sei die *receivership* ein ununterbrochener Zustand, solange sich das Gesellschaftseigentum in *custodia* des Gerichts befindet.¹⁰⁹³ Klagen gegen den *receiver* seien aber wie Klagen gegen das unter Verwaltung stehende Vermögen zu betrachten, aus diesem seien Schadensersatzforderungen zu begleichen.¹⁰⁹⁴ Die Haftung für Schadensersatz treffe ihn nur in seiner Amtssphäre, in *official capacity*, mit der Folge, dass die Haftungsverantwortung beim verwalteten Vermögen liege. Auf das Vorbringen des *receiver* kam es damit gar nicht an. Auch für eigene Handlungen wäre nach Diktion des Gerichts nicht er persönlich verantwortlich, sondern das von

1088 *R. McCullough*, 103 Com. L.J.123, 127 (1998).

1089 *Tiller*, 53 Am. Bankr. L.J. 75, 89 (1979); *Allard*, 106 Com. L.J. 415, 428 (2001).

1090 *Equity receivership* war in der Zeit vor Verabschiedung des *Bankruptcy Act of 1898* ein Vorgängerverfahren moderner Reorganisationsverfahren, das bei den Bundesgerichten entstand. Häufige Anwendung erfuhr es im späten 19. Jahrhundert, als die ökonomisch bedeutsamen Eisenbahngesellschaften in eine Krise gerieten. Hierzu kam, dass es kein bundesrechtliches Reorganisationsverfahren gab und staatenrechtliche Mechanismen wegen des Schienenverlaufs durch mehrere Bundesstaaten unzulänglich waren, s. zum Ganzen *Tabb*, 3 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 5, 21 ff. (1995).

1091 Vgl. *McNulta v. Lochridge*, 141 U.S. 327, 330 f. (1891).

1092 *McNulta v. Lochridge*, 141 U.S. 327, 331 (1891).

1093 *McNulta v. Lochridge*, 141 U.S. 327, 332 (1891).

1094 *McNulta v. Lochridge*, 141 U.S. 327, 332 (1891).

ihm verwaltete Vermögen. *McNulta v. Lochridge* bildet den Grundstein für die Zuordnung der Haftungsverantwortung für rechtsgeschäftliches und deliktisches Handeln im Verhältnis zu Dritten.¹⁰⁹⁵

b) Anwendung der *McNulta Rule* auf *bankruptcy trustees*

Die *McNulta Rule* wurde in der Folgezeit durch Gerichte auf *bankruptcy trustees* angewendet¹⁰⁹⁶, hierdurch etablierte sich das Haftungsrecht gegenüber *third parties*¹⁰⁹⁷, das bis heute gültig ist.¹⁰⁹⁸ Anhand zweier Urteile lässt sich die Übertragung der Doktrin auf den *trustee* skizzieren.¹⁰⁹⁹

Noch vor Inkrafttreten des *Bankruptcy Code* folgte ein *court of appeals* der *McNulta*-Entscheidung bei der persönlichen Haftung von *trustees* für das Verschulden seiner Angestellten.¹¹⁰⁰ Das für *common law trustees* geltende Prinzip der Geschäftsherrenhaftung (*respondeat superior*)¹¹⁰¹ wurde vom Gericht in Bezug auf *bankruptcy trustees*, die mit der Betriebsfortführung im Rahmen eines Reorganisationsverfahrens betraut wurden, für nicht anwendbar erklärt.¹¹⁰² *Bankruptcy trustees* hafteten nur als solche, also in ihrer amtlichen Funktion, nicht jedoch persönlich, sofern sie nicht außerhalb ihrer rechtlichen Zuständigkeit (*ultra vires*) handeln.¹¹⁰³ Mangels

1095 S. ferner die vergleichende Betrachtung der Haftung des *receiver* und des *common law trustee* bei *Fulda/Pond*, 41 Colum. L. Rev. 1332, 1136 f. (1941) und *Tiller*, 53 Am. Bankr. L.J. 75, 77 ff. (1979).

1096 Vgl. *Ziegler v. Pitney*, 139 F.2d 595, 596 (2nd Cir. 1943); *Kirk v. Hendon* (In re Heinsohn), 247 B.R. 237 (E.D. Tenn. 2000).

1097 *Tiller*, 53 Am. Bankr. L.J. 75, 79 f. (1979).

1098 Vgl. z.B. (implizit) In re McKenzie, 716 F.3d 404 (6th Cir. 2013); In re J & S Properties, LLC, 872 F.3d 138, 151 (3rd Cir. 2017).

1099 S. für weitere Nachweise aus der Rechtsprechung *R. McCullough*, 103 Com. L.J. 123, 128 (1998).

1100 *Ziegler v. Pitney*, 139 F.2d 595 (2nd Cir. 1943) (Schadensersatzklage gegen zwei *trustees* einer in Reorganisation befindlichen Eisenbahngesellschaft wegen fahrlässigen Betriebens der Eisenbahn durch deren Angestellte, das die Tötung eines Menschen zur Folge hatte).

1101 S. zur Idee der strikten Gehilfenhaftung nach dem Prinzip der *respondeat superior* innerhalb der Reformdiskussion zur Haftung für Verrichtungsgehilfen in Deutschland MüKo/Wagner, BGB, § 831, Rn. 3 ff.

1102 *Ziegler v. Pitney*, 139 F.2d 595, 596 (2nd Cir. 1943).

1103 Vgl. *Ziegler v. Pitney*, 139 F.2d 595, 596 (2nd Cir. 1943).

Handlung *ultra vires* lehnte das Gericht die persönliche deliktsrechtliche Haftungsverantwortung des *trustee* ab.¹¹⁰⁴

In jüngerer Zeit befasste sich ein *court of appeals* mit der Frage nach Immunität im Sinne der *McNulta Rule*.¹¹⁰⁵ Das Gericht stellte zunächst fest, dass dem *trustee* die *quasi-judicial immunity* nicht bei Ansprüchen der *beneficiaries* wegen *breach of fiduciary duty* zugutekomme, was jedoch für den konkreten Rechtsstreit nicht erheblich sei, weil als *third party* geklagt wurde.¹¹⁰⁶ Nur im Verhältnis zu diesen bestehe Haftungsimmunität für Handlungen, die im Rahmen der Amtskompetenz vorgenommen wurden.¹¹⁰⁷ Die *ultra vires*-Ausnahme läge im konkreten Fall nicht vor¹¹⁰⁸, falsches oder unangemessenes Handeln des *trustee* sei nicht gleichbedeutend mit dem Handeln außerhalb der gesetzlichen Zuständigkeit.¹¹⁰⁹ Im Ergebnis lehnte das Gericht die Haftung des *trustee* aufgrund dessen Haftungsimmunität ab.¹¹¹⁰

c) Regelungsgehalt

aa) Schutz des *trustee* als „*arm of the court*“

Nach der *McNulta Rule* sind *trustees* nicht persönlich, sondern nur in amtlicher Kapazität (*official capacity*) für Handlungen verantwortlich¹¹¹¹, die innerhalb ihrer rechtlichen Zuständigkeit vorgenommen wurden, die

1104 Ziegler v. Pitney, 139 F.2d 595, 596 (2nd Cir. 1943). Es verwies zudem auf die parallel bei einem *district court* anhängige Klage gegen die *trustees* in ihrer *official capacity*.

1105 Vgl. In re McKenzie, 716 F.3d 404, 408 ff. (6th Cir. 2013) (Klage einer Anwaltskanzlei gegen den *trustee* auf Basis von *malicious prosecution*, weil dieser rechtsmissbräuchlich eine Herausgabeanordnung des Insolvenzgerichts bezüglich Vermögensgegenständen im Besitz der Klägerin veranlasst habe).

1106 In re McKenzie, 716 F.3d 404, 413 (6th Cir. 2013).

1107 In re McKenzie, 716 F.3d 404, 413 (6th Cir. 2013).

1108 *Ultra vires* sei zwar die fehlerhafte Inbesitznahme schuldnerfremden Eigentums, nicht jedoch schon der Antrag an das Gericht zum Erlasses einer entsprechenden Anordnung, vgl. In re McKenzie, 716 F.3d 404, 415 f. (6th Cir. 2013).

1109 In re McKenzie, 716 F.3d 404, 420 (6th Cir. 2013).

1110 In re McKenzie, 716 F.3d 404, 425 (6th Cir. 2013).

1111 Sie wird daher auch als „*official liability doctrine*“ bezeichnet, vgl. *Rothschild*, 15 Hastings L.J. 520, 526 (1964).

Haftpflicht liegt damit beim verwalteten Vermögen.¹¹¹² Die *McNulta Rule* schützt den *bankruptcy trustee* wegen seiner Amtsstellung bzw. Funktion als „*arm of the court*“ und ist Bestandteil der *doctrine of quasi-judicial immunity*.¹¹¹³ Weil die Beschränkung der Haftpflicht auf die amtliche Kapazität nicht die Haftung als Ganzes ausschließt, sondern lediglich die Auswahl der Adressaten auf die Insolvenzmasse beschränkt, fungiert die *McNulta Rule* faktisch als Regelung zur Haftungszuweisung.¹¹¹⁴ Die Haftung kann gegen den *estate* durchgesetzt werden, der *trustee* fungiert dann in *official capacity* als dessen prozessualer Vertreter.¹¹¹⁵ Die Haftungszuweisung ist absolut: Wenn der *trustee* in *official capacity* verantwortlich ist, haftet nur die Masse, nicht jedoch der *trustee* persönlich.¹¹¹⁶ Der deliktische Schadensersatzanspruch gilt in der Regel als Masseverbindlichkeit (*administrative expenses*).¹¹¹⁷ Grundsätzlich wird man die Haftung des *trustee* gegenüber den *beneficiaries* für die durch ihn verursachte Masseverkürzung annehmen können, wenn er zugleich schuldhaft eine treuhänderische Pflicht verletzt hat; Kasuistik existiert zu dieser einem Innenregress vergleichbaren Haftungskonstellation aber kaum.¹¹¹⁸ Handelt der *trustee ultra vires* haftet nur

-
- 1112 Vgl. *Schechter v. Ill. Department of Revenue* (In re Markos Gurnee Partnership), 182 B.R. 211, 215 ff. (Bankr. N.D. Ill. 1995); In re *Weisser Eyecare, Inc.*, 245 B.R. 844, 848 (Bankr. N.D. Ill. 2000); In re *J & S Properties, LLC*, 872 F.3d 138, 151 (3rd Cir. 2017); *Tiller*, 53 Am. Bankr. L.J. 75, 81 ff. (1979); *Allard*, 106 Com. L.J. 415, 427 (2001); *E. McCullough*, 15 Lewis & Clark L. Rev. 153, 170 (2011); *Pottow*, *Fiduciary Principles*, S. 221; s. aus der deutschen Literatur nur *Hanisch*, *Rechtszuständigkeit der Konkursmasse*, S. 134 f., 242 f.
 - 1113 Vgl. *Weissman v. Hasset*, 47 B.R. 462, 466 (S.D.N.Y. 1985); In re *Lehal Realty Associates*, 101 F.3d 272, 276 (2nd Cir. 1996); *Kirk v. Hendon* (In re *Heinsohn*), 247 B.R. 237, 244 (E.D. Tenn. 2000); In re *Weisser Eyecare, Inc.*, 245 B.R. 844, 848 (Bankr. N.D. Ill. 2000); *Tiller*, 53 Am. Bankr. L.J. 75, 76 (1979); *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 205 (1994); *R. McCullough*, 103 Com. L.J. 123, 127 f. (1998); *Radwan*, 35 Conn. L. Rev. 525, 537 f. (2003).
 - 1114 So im Ergebnis auch *Tiller*, 53 Am. Bankr. L.J. 75, 81 (1979).
 - 1115 Vgl. exemplarisch *Ziegler v. Pitney*, 139 F.2d 595, 596 (2nd Cir. 1943); *Schechter v. Ill. Department of Revenue* (In re Markos Gurnee Partnership), 182 B.R. 211, 225 ff. (Bankr. N.D. Ill. 1995).
 - 1116 Vgl. *E. McCullough*, 15 Lewis & Clark L. Rev. 153, 170 (2011).
 - 1117 11 U.S.C. § 503 (b); vgl. *Norton*, *Bankruptcy Law and Practice*, §§ 49:19, 49:25 unter Verweis auf *Reading Co. v. Brown*, 391 U.S. 471 (1968).
 - 1118 Vgl. nur *Carter v. Schott* (In re *Carter Paper Company, Inc.*), 220 B.R. 276, 298 (Bankr. M.D. La. 1998); *Allard*, 106 Com. L.J. 415, 435 (2001).

er persönlich, nicht jedoch die Masse.¹¹¹⁹ Es besteht ein striktes Exklusivverhältnis zwischen Masse- und Verwalterhaftung.¹¹²⁰

bb) Beschränkung auf *third party claims* – Abgrenzung von *immunity* und *fiduciary analysis*

Immunität unter der *McNulta Rule* besteht nur gegenüber vertraglichen und deliktischen Ansprüchen von *third parties*, also denjenigen, die nicht als *beneficiaries* am Verfahren beteiligt sind.¹¹²¹ Ferner wird die Einstandspflicht des *trustee* für deliktische Handlungen Dritter, wie Angestellte des Schuldners, umfassend beschränkt.¹¹²² Die strikte Zurechnung des Handelns von Angestellten nach der *respondeat superior*-Doktrin findet keine Anwendung auf *bankruptcy trustees*; sie sind persönlich nur für eigene Handlungen *ultra vires* verantwortlich.¹¹²³

Anhand der *McNulta Rule* manifestieren sich die haftungsrechtlichen Auswirkungen des hybriden Amtes. Die exklusive Zuweisung der Haftung an die Insolvenzmasse hat keine Bedeutung für die persönliche Verantwortlichkeit im treuhänderisch geprägten Näheverhältnis zwischen *trustee* und *beneficiaries*.¹¹²⁴ Gegen Ansprüche wegen *breach of fiduciary duty* besteht, weil hier das Risiko aus dem Abhängigkeitsverhältnis abgesichert

1119 Vgl. *Schechter v. Ill. Department of Revenue (In re Markos Gurnee Partnership)*, 182 B.R. 211, 218 (Bankr. N.D. Ill. 1995).

1120 Dies impliziert auch *Radwan*, 35 Conn. L. Rev. 525, 529 f. (2003).

1121 Vgl. *In re McKenzie*, 716 F.3d 404, 413; (6th Cir. 2013) m.w.N.; *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 204 ff. (1994); *Primack*, 43 Wm. & Mary L. Rev. 1297, 1307 f. (2002); *McCullough*, 15 Lewis & Clark L. Rev. 153, 170 (2011); *Pottow*, *Fiduciary Principles*, S. 221, der, weil *McNulta* den bestehenden Haftungsschutz bei quasi-richterlichen Handlungen gegen Ansprüche von Dritten erweitert, von „*additional immunity*“ spricht.

1122 Vgl. *Ziegler v. Pitney*, 139 F.2d 595, 596 (2nd Cir. 1943); *Rothschild*, 15 Hastings L.J. 520, 526 f. (1964); *Tiller*, 53 Am. Bankr. L.J. 75, 81 (1979); vgl. auch *Schechter v. Ill. Department of Revenue (In re Markos Gurnee Partnership)*, 182 B.R. 211, 216 f. (Bankr. N.D. Ill. 1995): „*Thus, a trustee is not personally liable on contracts entered into on behalf of the estate, or for torts committed by employees of the estate.*“

1123 Der Schutz vor Haftung für die Handlungen Angestellter erklärt sich historisch im Kontext der großen Eisenbahnreorganisationen des späten 19. Jahrhunderts, in denen der Verwalter gezwungen war, viele Angestellte des Schuldners weiter zu beschäftigen, vgl. hierzu *Rothschild*, 15 Hastings L.J. 520, 526 f., Fn. 35 (1964).

1124 *Tiller*, 53 Am. Bankr. L.J. 75, 89 (1979).

werden soll¹¹²⁵, keine Immunität unter der *McNulta Rule*.¹¹²⁶ Dies ist konsequent, denn nähme man bei Ansprüchen aus *breach of fiduciary duty* eine Haftung in *official capacity* an, hätte dies zur Folge, dass Schäden der *beneficiaries* aus dem ihnen haftungsrechtlich zugewiesenen Verteilungsvermögen auszugleichen wären.¹¹²⁷ Ihnen stünde dann kein leistungsfähiger Haftungsschuldner zur Seite, stattdessen müssten sie sich mit dem oft insuffizienten Massevermögen begnügen.¹¹²⁸

Die Bedeutung der Abgrenzung der *immunity analysis* (bei *third parties*) von der *fiduciary analysis* (bei *beneficiaries*) wird offenkundig. Gleichwohl kam es in der vielfach kritisierten Entscheidung *Sherr v. Winkler* durch einen *court of appeals* zur Fehlanwendung der Doktrinen, was zur Folge hatte, dass für die Verletzung treuhänderischer Pflichten durch den *trustee* die *official liability*, also die Haftung der Masse angenommen wurde.¹¹²⁹ Das Gericht beschritt den falschen Analysepfad, weil es bei der Klage durch *third parties* die Haftung aus *breach of fiduciary duty* anstelle der deliktischen Haftung und Immunität unter der *McNulta Rule* prüfte.¹¹³⁰ Persönliche Haftung hätte sich nur bei einer Handlung *ultra vires* ergeben dürfen.¹¹³¹ Zudem ging das Gericht davon aus, dass „*personal liability*“

1125 *Bogart*, 102 Dick. L. Rev. 703, 722 (1998).

1126 Vgl. *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 204 ff. (1994); *ders.*, 102 Dick. L. Rev. 703, 719 f. (1998).

1127 Vgl. *Carter v. Schott* (In re *Carter Paper Company, Inc.*), 220 B.R. 276, 296 f. (Bankr. M.D. La. 1998); hierzu auch *Allard*, 106 Com. L.J. 415, 434 f. (2001).

1128 *Radwan*, 35 Conn. L. Rev. 525, 527 (2003).

1129 *Sherr v. Winkler*, 552 F.2d 1367, 1375 (10th Cir. 1977) (Klage von *third parties* gegen den *trustee* wegen pflichtwidrigen Erwirkens einer Herausgabeordnung bezüglich Klägereigentums); sich dem anschließend *United States v. Sapp* (In re *S. Found Corp.*), 641 F.2d 182, 185 (4th Cir. 1981); *Ford Motor Credit Co. v. Weaver*, 680 F.2d 451, 461 (6th Cir. 1982); *Tiller*, 53 Am. Bankr. L.J. 75, 76 (1979) sieht die Entscheidung als exemplarisch für die Unübersichtlichkeit des Rechts der Haftung des *trustee* im U.S.-amerikanischen Insolvenzrecht; drastischer *Bogart*, 102 Dick. L. Rev. 703, 717 (1998) („*destructive error*“); s. auch die kritische Würdigung der Entscheidung bei *Carter v. Schott* (In re *Carter Paper Company, Inc.*), 220 B.R. 276, 293 ff. (Bankr. M.D. La. 1998) und *Primack*, 43 Wm. & Mary L. Rev. 1297, 1306 f. (2002).

1130 Vgl. *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 206 (1994); *ders.*, 102 Dick. L. Rev. 703, 717 ff. (1998); ebenso *E. McCullough*, 15 Lewis & Clark L. Rev. 153, 177 (2011).

1131 *Tiller*, 53 Am. Bankr. L.J. 75, 100 (1979).

persönliche Verwalterhaftung und „surcharge“ die Massehaftung meint¹¹³², tatsächlich sind es Synonyme.¹¹³³

cc) Konkretisierung des *scope of authority*

Voraussetzung für die Haftungszuweisung an den *estate* ist, dass die Handlung des *trustee* im Rahmen seiner rechtlichen Zuständigkeit vorgenommen wurde. Der *scope of authority* bestimmt damit die sachliche Reichweite der Haftungsimmunität. Seine Bestimmung macht die Einzelfallbetrachtung erforderlich. Klärungsbedürftig ist, welche Handlungen typischerweise *ultra vires* sind und den Weg für die Klage gegen den *trustee* persönlich eröffnen. Da die *McNulta Rule* nur gegenüber *third parties* Anwendung finden kann, ist hierfür auf deliktische und rechtsgeschäftliche Handlungen abzustellen.

Grundvoraussetzung ist, dass die Handlung des *trustee* im Rahmen seiner Amtsausführung vorgenommen wurde. Rein private Tätigkeiten, ohne Bezug zur Masseverwaltung, sind nicht Teil des rechtlichen Zuständigkeitsbereichs.¹¹³⁴ Ferner kann grundsätzlich das, was von Gesetzes wegen Aufgabe des *trustee* ist, nicht als Handlung *ultra vires* gegen ihn persönlich verfolgt werden, denn der Zuständigkeitsbereich bestimmt sich anhand der gesetzlich festgelegten Aufgaben und Pflichten.¹¹³⁵ Umgekehrt handelt der *trustee* dann *ultra vires*, wenn seiner Handlung eine rechtliche Grundlage fehlt, sie also weder auf Gesetzesnorm noch auf gerichtlicher Anordnung basiert.¹¹³⁶ Im Folgenden soll der Versuch einer Konkretisierung des *scope of authority* unternommen werden.

1132 Vgl. Sherr v. Winkler, 552 F.2d 1367, 1375 (10th Cir. 1977).

1133 Tiller, 53 Am. Bankr. L.J. 75, 99 (1979); Bogart, 102 Dick. L. Rev. 703, 716 (1998).

1134 Schechter v. Ill. Department of Revenue (In re Markos Gurnee Partnership), 182 B.R. 211, 217 (Bankr. N.D. Ill. 1995).

1135 Vgl. In re Weisser Eyecare, Inc., 245 B.R. 844, 849 (Bankr. N.D. Ill. 2000).

1136 Vgl. exemplarisch State v. Better Brite Plating, Inc., 168 Wis.2d 363, 375, 386 (1992) (*trustee* handelt nicht *ultra vires*, wenn er eine gerichtliche Anordnung durchsetzt, auch wenn dabei Umweltschutzgesetze verletzt werden).

(1) Deliktisches Handeln

Führt ein *trustee* ohne gerichtliche Zustimmung das Schuldnerunternehmen fort, entfällt seine deliktische Haftung, auch für das Handeln seiner Angestellten, nicht.¹¹³⁷ Ebenfalls als Handlung *ultra vires* identifiziert wurde die Inbesitznahme schuldnerfremder Vermögensgegenstände.¹¹³⁸ Geschädigte können in derartigen Fällen auf die unter dem Recht des jeweiligen Bundesstaats bestehenden eigentumsbezogenen Deliktsansprüche zurückgreifen, um den *trustee* in seiner privaten Funktion zu verklagen.¹¹³⁹ Gleiches gilt für die Haftung wegen tätlicher Angriffe durch den *trustee*.¹¹⁴⁰ Dogmatischer Hintergrund der Öffnung des Klagewegs gegen den deliktisch handelnden *trustee* persönlich ist, dass dieser die nicht rechtsselbstständige Vermögensmasse nur dann durch sein Handeln haftungsrechtlich verpflichtet, wenn die Handlung auch Bestandteil des amtsbezogenen Pflichtenkreises ist. Handlungen *ultra vires* gelten als außerhalb der Amtssphäre vorgenommen.¹¹⁴¹

Die Frage, wie Handlungen zu bewerten sind, die grundsätzlich zum gesetzlichen Aufgabenkreis des *trustee* gehören, jedoch aufgrund fahrlässiger Durchführung zu einer Schädigung Dritter führen, wird nicht einheitlich beantwortet. Unstreitig ist, dass vorsätzliche Delikte *ultra vires* sind.¹¹⁴² Weil die Judikatur eine Haftungsimmunität gegenüber Dritten regelmäßig für Schäden annahm, die sich aufgrund fahrlässiger Pflichtverletzung

1137 Vgl. *E. McCullough*, 15 Lewis & Clark L. Rev. 153, 172 f. (2011).

1138 Vgl. bereits *Barton v. Barbour*, 104 U.S. 126, 134 (1881); *Leonard v. Vrooman*, 383 F.2d 556, 560 (9th Cir. 1967); vgl. auch *Tiller* 53 Am. Bankr. L.J. 75, 84 f. (1979) m.w.N.

1139 Gegen den *trustee* persönlich zugelassen wurden u.a. *actions in trover* und *conversion* (Schadensersatz für unrechtmäßige Inbesitznahme von Eigentum), nicht jedoch die *action in replevin* (Rückübertragung des Besitzes), da letztere zu Interferenzen mit der *Barton doctrine* (vgl. dazu unten Kap. 3 B.III.3.) führt, vgl. *Tiller*, 53 Am. Bankr. L.J. 75, 84 (1979).

1140 Vgl. *Rothschild*, 15 Hastings L.J. 520, 527 (1964).

1141 Zum Ganzen *Schechter v. Ill. Department of Revenue* (In re *Markos Gurnee Partnership*), 182 B.R. 211, 217 (Bankr. N.D. Ill. 1995). Hier lässt sich auch eine Parallelbetrachtung mit der Stellvertretung im deutschen Zivilrecht anstellen: Die im *Bankruptcy Code* festgelegten Rechte und Pflichten konstituieren das „rechtliche Können“ des *trustee*.

1142 Vgl. auch 18 U.S.C. § 1911 zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von *trustees* für die vorsätzliche Verletzung von bundesstaatlichem Recht im Rahmen der Masseverwaltung, hierzu *Schechter v. Ill. Department of Revenue* (In re *Markos Gurnee Partnership*), 182 B.R. 211, 218 (Bankr. N.D. Ill. 1995).

durch Unterlassen bei der Amtsführung ereigneten, wird teilweise angenommen, dass positives deliktisches Tun stets *ultra vires* sei.¹¹⁴³

Mit der Rechtsprechung wird man aber von einem weitergehenden Haftungsschutz des *trustee* ausgehen können.¹¹⁴⁴ Die Urteilsgrundlage sei für die Annahme einer umfassenden Haftung für positives Tun ungeeignet, zudem würde es, weil bereits fahrlässige deliktische Handlungen persönliche Haftung bedeuteten, zu einer rechtspolitisch unerwünschten Abschreckungswirkung auf potentielle Kandidaten für das Amt des *trustee* kommen.¹¹⁴⁵ Gerichte stellen regelmäßig fest, dass Handlungen nicht *ipso facto ultra vires* sind, nur weil der *trustee* bei ihrer Durchführung die erforderliche Sorgfalt missachtet oder Fehler gemacht hat.¹¹⁴⁶ Auch der U.S. Supreme Court benennt in *McNulta* die „*contracts, misfeances, negligences and liabilities*“ des *receiver* als „*official and not personal*.“¹¹⁴⁷ Handlungen, die grundsätzlich dem gesetzlichen Aufgabenbereich des *trustee* zuzurechnen sind, jedoch fahrlässig ausgeführt werden, sind hiernach nicht *ultra vires*.

Im Ergebnis lässt sich der *scope of authority* nur annäherungsweise bestimmen. Gerichte werden weiterhin den konkreten Einzelfall betrachten. Erkennbar ist aber die Tendenz zur Haftungsfreistellung des *trustee*.¹¹⁴⁸

1143 Vgl. *Tiller*, 53 Am. Bankr. L.J. 75, 82 f. (1979) u.a. auf *Chiesur v. Superior Court*, 76 Cal.App.2d 198, 201 (1946) (*receiver* immun gegen Haftung für Schädigung eines Mieters aufgrund fahrlässig nichtbeobachteten Mangels an einem unter Verwaltung stehenden Gebäude) und *Richins v. Mitchell*, 19 Utah 2d 406 (1967) (keine Haftung des *receiver* für fehlerhaft nicht gezahlte Arbeitnehmerversicherungsprämien) verweisend. *Tiller* selbst befindet die unterschiedliche Behandlung von Tun und Unterlassung für unbillig, auch weil der aktiv tätige Verwalter bestraft und der passiv agierende belohnt würde; ebenso, ohne nähere Begründung, *R. McCullough*, 103 Com. L.J. 123, 128 (1998).

1144 *E. McCullough*, 15 Lewis & Clark L. Rev. 153, 174 (2011): „*Courts [...] have been cautious when finding a trustee's conduct truly outside the scope of his or her authority or ultra vires.*“

1145 Vgl. *Schechter v. Ill. Department of Revenue* (In re Markos Gurnee Partnership), 182 B.R. 211, 218 (Bankr. N.D. Ill. 1995) unter Verweis auf *State v. Better Brite Plating, Inc.*, 168 Wis.2d 363, 386 (1992).

1146 Vgl. *State v. Better Brite Plating, Inc.*, 168 Wis.2d 363, 374 (1992); *Schechter v. Ill. Department of Revenue* (In re Markos Gurnee Partnership), 182 B.R. 211, 224 (Bankr. N.D. Ill. 1995); In re *Cutright*, No. 08-70160-SCS (Bankr. E.D. Va. May 30, 2012); In re *McKenzie*, 716 F.3d 404, 420 (6th Cir. 2013); im Ergebnis auch *Rothschild*, 15 Hastings L.J. 527 f. (1964), der *official liability* annimmt, wenn der *trustee* im guten Glauben und zum Wohle der Masse gehandelt hat.

1147 *McNulta v. Lochridge*, 141 U.S. 327, 332 (1891).

1148 Laut *Pottow*, *Fiduciary Principles*, S. 221, sind *ultra-vires*-Fälle selten.

(2) Rechtsgeschäftliches Handeln

Die *McNulta Rule* findet auch auf rechtsgeschäftliches Handeln Anwendung. Der *trustee* ist nicht für Verträge verantwortlich, die im Rahmen seines *scope of authority* abgeschlossen wurden, wird aber persönlich gegenüber *third parties* verpflichtet, wenn der Vertragsschluss *ultra vires* war.¹¹⁴⁹ Verträge, die der *trustee* für den *estate* abschließt, ohne seine Stellung als dessen Vertreter gegenüber dem anderen Teil offenzulegen, gelten als *ultra vires*.¹¹⁵⁰ Folglich kann persönliche Haftung aus den allgemeinen Grundsätzen des Stellvertretungsrechts resultieren, ohne dass insolvenzrechtliche Regelungen hiermit interferieren.¹¹⁵¹ Umgekehrt kann sich ein Vertragspartner eines *trustee*, der bei Vertragsschluss seine Funktion als Vertreter des *estate* offengelegt hat, nicht bei diesem für vertragliche Ansprüche schadlos halten; wer mit einem Verwalter, in Kenntnis um die gerichtlich angeordnete Verwaltung des Unternehmens, einen Vertrag schließt, muss das Ausfallrisiko seiner Vertragsforderung selbst tragen und handelt auf eigene Gefahr.¹¹⁵²

Auch konstituiert, ähnlich wie bei unerlaubten Handlungen, nicht jeder Fehler im Zusammenhang mit einem Vertragsschluss eine Handlung *ultra vires*. Ein Verstoß gegen die gläubigerschützenden Informationspflichten des 11 U.S.C. § 363 (b) (1), mit der Folge der Nichtigkeit des mit dem *trustee* in amtlicher Kapazität geschlossene Vertrages, ist keine Handlung *ultra vires* und gibt dem anderen Teil keinen Anspruch wegen des gescheiterten Vertrages gegen den *trustee* persönlich.¹¹⁵³ Gerichte sind bei der Bestimmung einer fehlerhaften Verwalterhandlung als *ultra vires* restriktiv,

1149 Tiller, 53 Am. Bankr. L.J. 75, 88 (1979); E. McCullough, 15 Lewis & Clark L. Rev. 153, 174 (2011).

1150 Vgl. Tiller, 53 Am. Bankr. L.J. 75, 88 (1979).

1151 Vgl. Clark v. Baen, 75 Cal. App. 389, 242 P. 872, 874 (1925) (Persönliche Haftung eines *receiver*, weil er, handelnd durch einen Vertreter, gegenüber dem anderem Vertragsteil nicht offengelegt hatte, als Vertreter der unter Verwaltung stehenden Gesellschaft zu handeln); hierzu auch Tiller, 53 Am. Bankr. L.J. 75, 88 (1979).

1152 Vgl. Gibbs v. Detroit Trust Co., 264 Mich. 308, 312 f. (1933); hierzu auch Tiller, 53 Am. Bankr. L.J. 75, 88 (1979); aus der deutschen Literatur Hanisch, Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, S. 134; s. aber Noyes v. Gold, 310 Ill. App. 1, 16 (Ill. App. Ct. 1941) (*trustee* handelt *ultra vires*, wenn er einen Vertrag über den Vertrieb von Aktien nicht beendet, nachdem er die entsprechenden Aktien eigenständig verkauft hat. Er haftet persönlich aus diesem Vertrag für Vermögensschäden der Broker).

1153 Vgl. In re Weisser Eyecare, Inc., 245 B.R. 844, 850 f. (Bankr. N.D. Ill. 2000).

wenn die Tätigkeit in direktem Zusammenhang mit den gesetzlichen Verwaltungspflichten des *trustee* vollzogen wird.¹¹⁵⁴ Die Haftungszuweisung an den *estate* soll ihn bei Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben schützen. Deshalb, sowie um potentielle *trustees* nicht von der Amtsübernahme abzuschrecken, sind Gerichte bemüht, den *ultra-vires*-Bereich eng zu definieren.¹¹⁵⁵ In Anbetracht dieser Wertung und der Tatsache, dass ein Vertrag *ultra vires* wie ein eigener Vertrag des *trustee* zu behandeln ist, was im Zuge der Verwaltung des *estate* nur in seltenen Ausnahmen die Intention des *trustee* sein wird, ist die praktische Relevanz der *ultra-vires*-Ausnahme im rechtsgeschäftlichen Bereich als gering einzuschätzen.

3. *Barton doctrine*

Mit der sog. *Barton doctrine*¹¹⁵⁶ hat sich bereits im späten 19. Jahrhundert eine Regel im U.S.-amerikanischen *common law* herausgebildet, wonach dem *bankruptcy court* die Entscheidungskompetenz über die sachliche Zuständigkeit für Klagen gegen *trustees* in ihrer Rolle als Amtsträger zukommt. Ungeachtet ihres Alters und vielfältiger Änderungen bzw. Neufassungen der Insolvenzgesetze in den USA gilt die *Barton doctrine* bis heute fort.¹¹⁵⁷ Auch sie hat keine Kodifikation erfahren.¹¹⁵⁸

a) *Barton v. Barbour*

Der U.S. *Supreme Court* befasste sich in *Barton v. Barbour* mit der deliktischen Haftung des *receiver* einer Eisenbahngesellschaft.¹¹⁵⁹ Laut *receiver* sei das Gericht, bei dem Klage eingereicht worden war, nicht zuständig

1154 Anschaulich In re Cutright, No. 08-70160-SCS (Bankr. E.D. Va. May 30, 2012) (keine Handlung *ultra vires*, wenn der *trustee* einen Vertrag über den Verkauf eines Grundstücks abschließt, an dem ein Dritter Miteigentum hat).

1155 Vgl. In re Weisser Eyecare, Inc., 245 B.R. 844, 851 f. (Bankr. N.D. Ill. 2000).

1156 Benannt nach und etabliert in der Entscheidung des U.S. *Supreme Court* Barton v. Barbour, 104 U.S. 126 (1881).

1157 Vgl. In re VistaCare Group, LLC, 678 F.3d 218, 225 ff. (3rd Cir. 2012).

1158 Das Gesetz geht allerdings in 28 U.S.C. § 959 (a) von der Existenz der Doktrin aus, In re Linton, 136 F.3d 544, 545 (7th Cir. 1998).

1159 Barton v. Barbour, 104 U.S. 126, 127 (1881) (Klägerin wurde als Passagierin in einem Waggon verletzt, der aufgrund mangelhafter Gleise, deren Instandsetzung der *receiver* in fahrlässiger Weise unterlassen habe, entgleist war).

gewesen, da er auf Beschluss eines anderen Gerichts mit der Amtsführung betraut worden sei und er nur nach vorheriger Zustimmung dessen vor einem anderen Gericht hätte verklagt werden können.¹¹⁶⁰ Der *U.S. Supreme Court* stimmte dem zu. Klagen gegen den *receiver* bedürften der vorherigen Zustimmung des Gerichts, das ihn ernannt hat.¹¹⁶¹ Andernfalls könnten Kläger durch Vollstreckung von Urteilen anderer Foren Zugriff auf Vermögensbestandteile der unter Verwaltung stehenden Vermögensmasse und damit Vorteile gegenüber den anderen Verfahrensbeteiligten erlangen, ohne dass das ernennende Gericht dies verhindern könne.¹¹⁶² Die Entscheidung über die Weitergabe von Verfahren an andere Gerichte liege im Ermessen des *bankruptcy court*. Anderes gelte, wenn der Verwalter schuldnerfremdes Eigentum in Besitz genommen hat, dann könne der Geschädigte ihn persönlich vor einem anderen Gericht verklagen.¹¹⁶³ Könnte der *receiver* bei Betriebsfortführung nach den gängigen Regeln verklagt werden, könne das Gericht seine Aufgabe zur Vermögensbewahrung und Erlösverteilung an die Berechtigten nicht erfüllen. Das Erfordernis der *leave of court* bei Klagen gegen den *receiver* wegen fahrlässiger Pflichtverletzung sei daher notwendig.¹¹⁶⁴

b) Regelungsgehalt

Die *Barton doctrine* bestimmt, dass Klagen gegen den *trustee* wegen Handlungen, die dieser in seiner offiziellen Funktion und im Rahmen seiner rechtlichen Zuständigkeit vorgenommen hat, der Zustimmung des *bankruptcy court* (*leave of court*) bedürfen, wenn ein anderes Gericht angerufen werden soll.¹¹⁶⁵ Dies gilt zunächst unabhängig davon, ob der *trustee* persönlich oder in offizieller Funktion verklagt wird, weil die Prüfung

1160 Vgl. *Barton v. Barbour*, 104 U.S. 126, 127 (1881). Das Verfahren gelangte vom *Supreme Court of the District of Columbia* zum *U.S. Supreme Court*. Der *receiver* war jedoch vom *Circuit Court for the City of Alexandria, Virginia* mit der Amtsführung betraut worden.

1161 *Barton v. Barbour*, 104 U.S. 126, 128 (1881).

1162 Vgl. *Barton v. Barbour*, 104 U.S. 126, 128 f. (1881).

1163 Vgl. *Barton v. Barbour*, 104 U.S. 126, 134 (1881).

1164 Vgl. *Barton v. Barbour*, 104 U.S. 126, 136 f. (1881).

1165 Vgl. *In re VistaCare Group, LLC*, 678 F.3d 218, 224 (3rd Cir. 2012); *McDaniel v. Blust*, 668 F.3d 153, 157 (4th Cir. 2012); *In re Cutright*, No. 08-70160-SCS (Bankr. E.D. Va. May 30, 2012); *In re McKenzie*, 716 F.3d 404, 414 (6th Cir. 2013); s. für weitere Nachweise zur Judikatur *Allard*, 106 Com. L.J. 415, 424 ff. (2001).

der Massebetroffenheit bei erfolgreicher Klage dem Insolvenzgericht überlassen bleiben soll.¹¹⁶⁶ Für Klagen aus *breach of fiduciary duty* gilt die Doktrin nicht, weil hierfür stets nur der *bankruptcy court* sachlich zuständig ist.¹¹⁶⁷ Sie wird daher praktisch im Zusammenhang mit deliktischen oder vertraglichen Ansprüchen von *third parties* relevant, da diese häufig den *state court* als bevorzugtes Forum für die Verfolgung ihrer Ansprüche wählen.¹¹⁶⁸ Wird der *trustee* ohne *leave of court* in Anspruch genommen, obwohl *Barton* anwendbar ist, fehlt dem ausgewählten Gericht die sachliche Zuständigkeit und es darf über den Fall nicht entscheiden.¹¹⁶⁹ Grundsätzlich unerheblich ist, ob der Kläger einen *state court* oder einen anderen *federal district court* als Forum wählt.¹¹⁷⁰ Die ursprünglich anhand des *receiver* etablierte Doktrin gilt gleichermaßen für den *bankruptcy trustee* als dessen gesetzlichen Nachfolger.¹¹⁷¹ Dass der *trustee*, anders als noch der *receiver*, unter dem *Bankruptcy Code* nicht mehr vom Insolvenzgericht ernannt wird, es also keinen „*appointing court*“¹¹⁷² mehr gibt, hat auf die Anwendung der Doktrin keine Auswirkung.¹¹⁷³

Beide, *Barton doctrine* und *McNulta Rule*, kreisen um die Frage, ob der *trustee* innerhalb seiner rechtlichen Zuständigkeit gehandelt hat und bedienen sich dabei identischer Terminologie. Das Handeln *ultra vires* ist hier als doppeltrelevantes Merkmal zu betrachten: Es ist für die Anwendbarkeit der *Barton doctrine* relevant und ist deshalb als Voraussetzung im prozessualen Zusammenhang zu verstehen, zugleich hat es auf materiellrechtlicher Ebene für die Immunität unter der *McNulta Rule* eigenständige Bedeutung.¹¹⁷⁴ Ob der *trustee ultra vires* im materiellen Sinne gehandelt hat, wird, so die *Barton doctrine* Anwendung findet, im zweiten Schritt viru-

1166 Vgl. *Barbee v. Price Waterhouse, L.L.P.* (In re Solar Financial Services, Inc.) 255 B.R. 801, 805 f. (Bankr. S.D. Fla. 2000); s. auch *Vellegas v. Schmidt*, 788 F.3d 156 (5th Cir. 2015).

1167 Vgl. hierzu unten Kap. 3 B.IV.3.

1168 *E. McCullough*, 15 Lewis & Clark L. Rev. 153, 173 (2011).

1169 In re *VistaCare Group, LLC*, 678 F.3d 218, 225 (3rd Cir. 2012).

1170 Vgl. *Carroll v. Abide*, 788 F.3d 502, 505 f. (5th Cir. 2015).

1171 In re *Linton*, 136 F.3d 544, 545 (7th Cir. 1998); In re *VistaCare Group, LLC*, 678 F.3d 218, 224 (3rd Cir. 2012) m.w.N.; *Carroll v. Abide*, 788 F.3d 502, 505 (5th Cir. 2015); auch ein vom *trustee* angestellter und gerichtlich bestätigter Rechtsanwalt fällt unter den Wirkungsbereich der *Barton doctrine*, vgl. *Allard v. Weitzman* (In re DeLorean Motor Co.), 991 F.2d 1236, 1241 (6th Cir. 1993).

1172 *Barton v. Barbour*, 104 U.S. 126, 128 (1881).

1173 Vgl. In re *VistaCare Group, LLC*, 678 F.3d 218, 229 (3rd Cir. 2012).

1174 In re *Cutright*, No. 08-70160-SCS, S. 14 f. (Bankr. E.D. Va. May 30, 2012).

lent, wenn das Insolvenzgericht die Gewährung der *leave of court* prüft.¹¹⁷⁵ Die materiellrechtliche Immunitätsregelung und die prozessrechtliche Klagezulässigkeitsregel sind somit eng verwoben.¹¹⁷⁶

c) Funktion

Das *leave-of-court*-Erfordernis soll den *trustee* vor einer Beeinträchtigung durch Schadensersatzklagen von *third parties* schützen, die im Zuge der Verwaltung ökonomische Einbußen erlitten haben; es gewährleistet, dass er ohne Furcht vor der Überhäufung mit Klagen vor Staatengerichten seine gesetzlichen Aufgaben erfüllen kann.¹¹⁷⁷ Es hat den gleichen Zweck wie die *quasi-judicial immunity*, nämlich die abschreckende Wirkung eines hohen Haftungsrisikos auf potentielle Amtsträger zu eliminieren und damit die Administrationskosten für Insolvenzverfahren gering zu halten.¹¹⁷⁸ Hinter dem Klageschutz steht auch ein Interesse des Insolvenzgerichts, denn unter seiner Oberhoheit und in dessen Sinne erfüllt der *trustee* seine Aufgaben.¹¹⁷⁹ Das Zustimmungserfordernis sichert die störungsfreie Verfahrensadministration und dient dem Gericht als Kontrollmechanismus.¹¹⁸⁰ Ferner sorgt die zwingende Einbeziehung des Insolvenzrichters

1175 Hierzu In re Cutright, No. 08-70160-SCS, S. 14 f., 26 (Bankr. E.D. Va. May 30, 2012).

1176 So impliziert bei In re McKenzie, 716 F.3d 404, 414 (6th Cir. 2013). Wenn der *trustee* Immunität hat, wird das Gericht keine *leave of court* gewähren, vgl. Pottow, Fiduciary Principles, S. 220. Ohne Zustimmung des Insolvenzgerichts vor einem Staatengericht gegen den *trustee* persönlich zu klagen ist deshalb nur ratsam, wenn die Handlung eindeutig in eine der anerkannten *ultra vires*-Fallgruppen fällt, vgl. Tiller, 53 Am. Bankr. L.J. 75, 84 f. (1979).

1177 Vgl. In re Linton, 136 F.3d 544, 545 (7th Cir. 1998); In re Weisser Eyecare, Inc., 245 B.R. 844, 848 f. (Bankr. N.D. Ill. 2000); Barbee v. Price Waterhouse, L.L.P. (In re Solar Financial Services, Inc.) 255 B.R. 801, 805 f. (Bankr. S.D. Fla. 2000).

1178 Vgl. In re Linton, 136 F.3d 544, 545 (7th Cir. 1998) unter Hinweis auf die Erhöhung von Haftpflichtversicherungsprämien; ebenso In re Weisser Eyecare, Inc., 245 B.R. 844, 849 (Bankr. N.D. Ill. 2000); da die *Barton doctrine* die Zulässigkeit einer Klage von der Ermessensentscheidung des Insolvenzgerichts abhängig macht, wird sie auch als „*procedural immunity*“ bezeichnet, In re J & S Properties, LLC, 872 F.3d 138, 150 (3rd Cir. 2017).

1179 In re Linton, 136 F.3d 544, 545 (7th Cir. 1998).

1180 Vgl. Allard v. Weitzman (In re DeLorean Motor Co.), 991 F.2d 1236, 1240 (6th Cir. 1993); In re Linton, 136 F.3d 544, 545 (7th Cir. 1998); Barbee v. Price Waterhouse, L.L.P. (In re Solar Financial Services, Inc.) 255 B.R. 801, 805 f.

und dessen Vorabbefassung bei Klagen gegen den *trustee* dafür, dass dieser die Verwaltertätigkeit angemessen überwachen kann; der Richter kann diese Informationen bei der Auswahlentscheidung über die Zulassung eines *trustee* in einem späteren Verfahren einfließen lassen.¹¹⁸¹

Eine weitere Schutzfunktion der *Barton doctrine* liegt in der Verhütung staatengerichtlicher Urteile, die den *estate* bedrohen.¹¹⁸² *Richard Posner* hob die Bedeutung der Doktrin für die „*integrity of the bankruptcy jurisdiction*“ hervor.¹¹⁸³ Folge der unkontrollierten Klagemöglichkeit gegen den *trustee* sei, dass mit staatengerichtlichen Urteilen die ökonomischen Resultate eines Insolvenzverfahrens umgekehrt werden könnten.¹¹⁸⁴ Das *leave-of-court*-Erfordernis befinde sich auch im Einklang mit der verfassungsmäßigen Ermächtigung des *U.S. Congress* zum Erlass bundesweit geltender Insolvenzgesetze¹¹⁸⁵ und der dahinterstehenden Erwägung, nämlich der Vermeidung einer unbilligen Bevorteilung einzelner Verfahrensparteien durch die Bundesstaaten.¹¹⁸⁶

d) Gerichtliche Entscheidung über *leave of court*

Die Entscheidung über die Gewährung der *leave of court* liegt im Ermessen des *bankruptcy court*.¹¹⁸⁷ In der Gerichtspraxis hat sich ein zweistufiges gerichtliches Prüfungsverfahren etabliert. Der Antragsteller hat zunächst die anspruchsbegründenden Tatsachen *prima facie* darzulegen, damit das

(Bankr. S.D. Fla. 2000); *In re Ridley Owens, Inc.*, 391 B.R. 867, 871 (Bankr. N.D. Fla. 2008) betont zudem den Effekt der Anspruchsbündelung.

1181 *In re Linton*, 136 F.3d 544, 545 (7th Cir. 1998).

1182 So bereits *Barton v. Barbour*, 104 U.S. 126, 128 f. (1881).

1183 *In re Linton*, 136 F.3d 544, 546 (7th Cir. 1998).

1184 *In re Linton*, 136 F.3d 544, 546 (7th Cir. 1998): „If [...] parties to a bankruptcy proceeding could sue the trustee in state court for damages arising out of the conduct of the proceeding, that court would have the practical power to turn bankruptcy losers into bankruptcy winners, and vice versa.“ Die Doktrin gelte daher nach Verfahrensende fort, vgl. a.a.O.

1185 Vgl. Art. 1, § 8, Abs. 4 der Verfassung der USA: „The Congress shall have power [...] to establish [...] uniform laws on the subject of bankruptcies throughout the United States“.

1186 *In re Linton*, 136 F.3d 544, 546 (7th Cir. 1998); s. zum Ganzen *Resnick/Sommer*, *Collier on Bankruptcy*, P 10.01 [1] [a].

1187 *Kashani v. Fulton* (*In re Kashani*), 190 B.R. 875, 881 (B.A.P. 9th Cir. 1995).

Gericht die gegen den *trustee* erhobenen Ansprüche evaluieren kann.¹¹⁸⁸ Danach übt das Gericht auf der Basis der dargelegten Informationen sein Ermessen aus, hierbei sind die Interessen aller beteiligten Parteien mit einzubeziehen und gegeneinander abzuwägen.¹¹⁸⁹ Bestimmte Faktoren sind für den Entscheidungsprozess besonders relevant, nämlich ob die Ausnahmeregelung zur *Barton doctrine* in 28 U.S.C. § 959 (a) einschlägig ist, ob die schädigende Handlung im Rahmen der Masseverwaltung vorgenommen wurde¹¹⁹⁰, ob der *trustee* innerhalb seiner rechtlichen Zuständigkeit bzw. auf gerichtliche Anordnung gehandelt hat, sodass ihm Haftungsimmunität zugutekommt, ob Schadensersatz vom *trustee* persönlich gefordert wird und ob der Anspruch des Klägers auf der Verletzung von *fiduciary duties* beruht.¹¹⁹¹

Auch wenn bei vertraglichen oder deliktischen Ansprüchen die Öffnung des Weges zu den Staatengerichten in Frage kommt, kann das Insolvenzgericht, wenn die schädigende Handlung in engem Kontext mit der gesetzlichen Aufgabenerfüllung steht, die eigene Behandlung dieser Ansprüche bestimmen.¹¹⁹² Gleiches gilt, wenn das Gericht feststellt, dass dem *trustee* *quasi-judicial immunity* zusteht.¹¹⁹³ Dies ist konsequent, denn unter der *McNulta Rule* haftet der *estate* für Handlungen des *trustee*, weshalb das Insolvenzgericht entscheiden wollen wird. *Leave of court* kommt in der Regel nicht in Frage, wenn ein ausschließlicher Bezug zur Masseverwaltung

1188 Vgl. In re National Molding Company, 230 F.2d 69, 71 (3rd Cir. 1956); Kashani v. Fulton (In re Kashani), 190 B.R. 875, 885 (B.A.P. 9th Cir. 1995).

1189 Kashani v. Fulton (In re Kashani), 190 B.R. 875, 886 (B.A.P. 9th Cir. 1995). Trotz Erfüllens der *prima-facie*-Anforderung, kann das Gericht beschließen, die Verhandlung des Klägersanspruchs vor dem Insolvenzgericht der vor einem Staatengericht vorzuziehen, a.a.O.

1190 Hierbei ist festzustellen, ob u.U. die exklusive Zuständigkeit des Insolvenzgerichts für das Verfahren gegen den *trustee* besteht, Kashani v. Fulton (In re Kashani), 190 B.R. 875, 886 (B.A.P. 9th Cir. 1995).

1191 Vgl. zum Ganzen Kashani v. Fulton (In re Kashani), 190 B.R. 875, 886 f. (B.A.P. 9th Cir. 1995). Die Prüfungsfolge wurde durch andere Gerichte adaptiert, s. z.B. In re McKenzie, No. 08-16378, S. 13 ff. (Bankr. E.D. Tenn. Aug. 5, 2011) und In re Cutright, No. 08-70160-SCS, S. 19 ff. (Bankr. E.D. Va. May 30, 2012).

1192 So geschehen bei In re Cutright, No. 08-70160-SCS, S. 29 (Bankr. E.D. Va. May 30, 2012).

1193 Exemplarisch In re Weisser Eyecare, Inc., 245 B.R. 844 ff. (Bankr. N.D. Ill. 2000), wo aufgrund der Immunität des *trustee* unter der *McNulta Rule* *leave of court* verweigert wurde; s. auch Kashani v. Fulton (In re Kashani), 190 B.R. 875, 887 (B.A.P. 9th Cir. 1995).

besteht.¹¹⁹⁴ Ferner können auch verfahrensökonomische Gesichtspunkte das Insolvenzgericht dazu veranlassen, die Zustimmung zu verweigern, wenn z.B. die Befassung des Staatengerichts ressourcenbelastend für Justiz und Parteien zu werden verspricht oder ihm insolvenzrechtliche Expertise zu fehlen scheint.¹¹⁹⁵

e) Ausnahmeregelung des 28 U.S.C. § 959 (a)

Nach 28 U.S.C. § 959 (a) kann Klage gegen den *trustee* (sowie dem DIP) ohne *leave of court* erhoben werden, wenn der Anspruch auf Handlungen beruht, die im Rahmen der Fortführung des Schuldnerbetriebs vorgenommen wurden.¹¹⁹⁶ Die Norm wird einhellig als Ausnahmeregelung zur *Barton doctrine* angesehen.¹¹⁹⁷ Sie erweitert, beschränkt auf die Betriebsfortführung, die prozessualen Gestaltungsmöglichkeiten eines potentiellen Klägers, indem sie für deliktische und vertragliche Ansprüche¹¹⁹⁸ gegen den *trustee*, die nicht auf *ultra vires*-Handlungen beruhen, die Staatengerichte als Foren eröffnen.¹¹⁹⁹ Der Normtext („*carrying on the business*“) wird restriktiv ausgelegt, sodass ausschließlich Tätigkeiten im direkten Kontext der Fortführung hierunter fallen; typische Aufgaben des Liquidationsverfahrens, wie die Massezusammenstellung, -verwaltung und -liquidation,

1194 Vgl. *Kashani v. Fulton* (In re *Kashani*), 190 B.R. 875, 887 (B.A.P. 9th Cir. 1995). Dort auch zur gerichtlichen Prüfung der Anspruchspräkclusion des potentiellen Klägers auf Grundlage von *res judicata* sowie *collateral estoppel*. Hiermit ist (vereinfacht) die präkludierende Wirkung der Rechtskraft einer vorgehenden gerichtlichen Entscheidung gemeint, auch wenn Rechtskraft und ihre Geltendmachung im U.S.-amerikanischen Zivilprozessrecht dogmatisch auf anderen Grundlagen als im deutschen Zivilprozessrecht beruhen, anschaulich hierzu *Schack*, US-amerikanisches Zivilprozessrecht, Rn. 177 ff.

1195 In re *McKenzie*, No. 08-16378, S. 21 ff. (Bankr. E.D. Tenn. Aug. 5, 2011).

1196 Vgl. 28 U.S.C. § 959 (a).

1197 Vgl. *Allard v. Weitzman* (In re *DeLorean Motor Co.*), 991 F.2d 1236, 1240 f. (6th Cir. 1993); *Kashani v. Fulton* (In re *Kashani*), 190 B.R. 875, 884 (B.A.P. 9th Cir. 1995); In re *VistaCare Group, LLC*, 678 F.3d 218, 227 (3rd Cir. 2012); *R. McCullough*, 103 Com. L.J. 123, 125 (1998); *Allard*, 106 Com. L.J. 415, 421 (2001).

1198 Nicht jedoch für Ansprüche wegen *breach of fiduciary duty*, vgl. *Kashani v. Fulton* (In re *Kashani*), 190 B.R. 875, 884 (B.A.P. 9th Cir. 1995); In re *Lehal Realty Associates*, 101 F.3d 272, 276 (2nd Cir. 1996).

1199 *Tiller*, 53 Am. Bankr. L.J. 75, 85 f. (1979). Für offensichtliche Handlungen *ultra vires* findet bereits die *Barton doctrine* keine Anwendung.

sind nicht inkludiert.¹²⁰⁰ Auch wenn die zeitweise Betriebsfortführung im Verfahren nach *Chapter 7* denkbar ist, dürfte die praktische Bedeutung der Ausnahmeregelung im Reorganisationsverfahren liegen.¹²⁰¹ Dieses Ergebnis steht im Einklang mit der gesetzgeberischen Intention, die hinter der Schaffung der Vorgängernorm von 28 U.S.C. § 959 (a) stand, welche sechs Jahre nach *Barton v. Barbour* als Reaktion auf die dort verlautbarte Ansicht von *Justice Miller* erlassen wurde.¹²⁰² Dieser konstatierte, dass, wenn *receiver* ausschließlich zu Zwecken der Liquidation eines Unternehmens bestellt würden, die Zuständigkeitskonzentration beim Insolvenzgericht gerechtfertigt sei. Es gebe aber keinen Grund für dieses Privileg, wenn er wie ein regulärer Unternehmer den Betrieb fortführt und sich im Zuge dessen die Schädigung eines Dritten ereignet. Andernfalls würde faktisch die Jurisdiktion über das gesamte, umsatzstarke Geschäftsfeld der Eisenbahnbetriebe¹²⁰³ den regulären, für diese Angelegenheiten fachkompetenten Gerichten entzogen und auf die Insolvenzgerichte übertragen und das durch die Verfassung garantierte Recht auf ein *jury*-Verfahren beschränkt.¹²⁰⁴

IV. Prozessuales

Verfahren wegen Schadensersatzklagen gegen den *trustee*, ungeachtet ob gegen ihn persönlich oder als Partei kraft Amtes, qualifizieren als kontra-

1200 Vgl. *Allard v. Weitzman* (In re DeLorean Motor Co.), 991 F.2d 1236, 1241 (6th Cir. 1993); ebenso *Resnick/Sommer*, *Collier on Bankruptcy*, P 323.03 [3] [b].

1201 *R. McCullough*, 103 Com. L.J. 123, 125 (1998) geht davon aus, dass 28 U.S.C. § 959 (a) im Liquidationsverfahren nicht anwendbar ist. Er ist jedenfalls auch im Reorganisationsverfahren nicht anwendbar, wenn die Handlung nicht mit der Fortführung im Zusammenhang steht, vgl. In re *Lehal Realty Associates*, 101 F.3d 272, 276 (2nd Cir. 1996); *Muratore v. Darr*, 375 F.3d 140, 146 (1st Cir. 2004).

1202 In re *VistaCare Group, LLC*, 678 F.3d 218, 226 (3rd Cir. 2012); ebenso *Resnick/Sommer*, *Collier on Bankruptcy*, P 10.01 [d]; s. zur legislatorischen Entwicklung *Schechter v. Ill. Department of Revenue* (In re *Markos Gurnee Partnership*), 182 B.R. 211, 221 (Bankr. N.D. Ill. 1995).

1203 Laut *Miller* befand sich die Mehrzahl der Eisenbahnunternehmen in *receivership*, im Rahmen derer der Verwalter, unter Beteiligung des Insolvenzgerichts, den Betrieb fortführte, vgl. *Barton v. Barbour*, 104 U.S. 126, 137 f. (1881).

1204 Zum Ganzen *Barton v. Barbour*, 104 U.S. 126, 138 ff. (1881).

diktorisches Verfahren (*adversary proceeding*¹²⁰⁵).¹²⁰⁶ *Adversary proceedings* werden mit Einreichung einer Beschwerde (*complaint*) bei Gericht initiiert.¹²⁰⁷ Sie folgen weitgehend dem regulären Zivilprozessrecht und verweisen teilweise auf dessen Regeln, allerdings wurden für den insolvenzrechtlichen Kontext Modifikationen vorgenommen, die das *adversary proceeding* beschleunigen.¹²⁰⁸

Der *bankruptcy court* ist sachlich zuständig für Schadensersatzklagen, wenn sie unter die Sachzuständigkeit des *district court* fallen, die auf den *bankruptcy court* delegiert wird.¹²⁰⁹ Erforderlich ist, dass es sich um *core proceedings* i.S.d. 28 U.S.C. § 157 (b) handelt und nicht nur ein loser Zusammenhang mit dem Insolvenzverfahren als *related matter* besteht.¹²¹⁰ Je nach Klagegegenstand bestehen unterschiedliche sachliche Zuständigkeiten.

1. Ansprüche gegen den *estate*

Die *McNulta rule* weist die Haftungsverantwortung dem *estate* zu, solange der *trustee* innerhalb seiner rechtlichen Zuständigkeit handelt.¹²¹¹ Für diese Schadensersatzklagen (*official liability actions*) tritt der *trustee* nur als Partei kraft Amtes im Prozess auf. Nach der *Barton doctrine* können Klagen, die sich gegen den *estate* richten, ohne *leave of court* durch das Insolvenzgericht nicht vor einem anderen Gericht geltend gemacht werden.¹²¹² In der Regel muss die Haftung der Masse damit vor dem Insolvenzgericht durchgesetzt werden, wenn nicht die Ausnahmeregelung des 28 U.S.C. § 959 (a)¹²¹³ greift.

Ansprüche gegen den *estate* sind *core proceedings*, sodass das Insolvenzgericht vollwertige Rechtsprechungskompetenz gem. 28 U.S.C. § 157 (b) innehat. Bestimmte Ansprüche gegen die Masse sind bereits gesetzlich veran-

1205 Vgl. die abschließende Liste in FRBP 7001.

1206 S. z.B. für die Klage wegen Verletzung der *fiduciary duties* In re Sturm, 121 B.R. 443 (Bankr. E.D. Pa. 1990); United States v. Lasich (In re Kinross Mfg. Corp.), 174 B.R. 702 (Bankr. W. D. Mich. 1994).

1207 Vgl. FRBP 7003 i.V.m. FRCP 3. Neben dem *adversary proceedings* sehen die FRPB noch das *contested matter* vor, das mit einer *motion* eingeleitet wird, vgl. FRBP 9014.

1208 Daley/Shuster, 3 DePaul Bus. & Comm. L.J. 383, 409 (2005).

1209 Vgl. 28 U.S.C. § 1334 (b) i.V.m. § 157 (a).

1210 Vgl. hierzu oben Kap. 2 B.II.1.a)cc), bb).

1211 Vgl. oben Kap. 3 B.III.2.c)aa).

1212 Vgl. oben Kap. 3 B.III.3.b).

1213 Vgl. oben Kap. 3 B.III.3.e).

kert¹²¹⁴, Verfahren hierüber ergeben sich unter dem *Bankruptcy Code* i.S.v. 28 U.S.C. § 157 (b).¹²¹⁵ Ansprüche wegen Vertragsverletzungen oder Delikten des *trustee* basieren auf dem Recht der einzelnen Bundesstaaten¹²¹⁶, weshalb sich die Verfahren nicht unmittelbar unter dem *Bankruptcy Code* ergeben; weil aber die Ansprüche auf Handlungen des *trustee* im Rahmen der Insolvenzverwaltung beruhen, ergeben sich die Verfahren in einem *case* unter dem *Bankruptcy Code* i.S.v. 28 U.S.C. § 157 (b) (1), (2) (A).¹²¹⁷

2. Ansprüche gegen den *trustee* wegen *ultra-vires*-Handlungen

Schließt der *trustee ultra vires* einen Vertrag ab oder begeht er eine unerlaubte Handlung, so kommt ihm die *McNulta rule* nicht zugute. Dementsprechend haftet er mit seinem privaten Vermögen und der *estate* wird in der Regel nicht durch die Entscheidung betroffen. Die Handlungen gelten als private Tätigkeiten des *trustee* außerhalb dessen Amtssphäre. Für die zwingende Involvierung des Insolvenzgerichts besteht in diesen Fällen kein Anlass, sodass sich Kläger an die gemäß dem jeweiligen Prozessrecht vorgeschriebenen Gerichtsstände wenden müssen.¹²¹⁸ Abseits dessen kann die Zuständigkeit des *bankruptcy court* ausnahmsweise auch bei *ultra vires*-Ansprüchen gegeben sein, wenn das Verfahren vor einem anderen Gericht Einfluss auf den *estate* oder dessen Verwaltung hat.¹²¹⁹

3. Ansprüche wegen *breach of fiduciary duty*

Ansprüche eines *beneficiary* wegen *breach of fiduciary duty* gegen den *trustee* müssen vor dem Insolvenzgericht durchgesetzt werden, den Staatenge-

1214 Z.B. Masseforderungen (*administrative expenses*), 11 U.S.C. § 503.

1215 Vgl. Schechter v. Ill. Department of Revenue (In re Markos Gurnee Partnership), 182 B.R. 211, 221 (Bankr. N.D. Ill. 1995).

1216 Ein Verfahren ist nicht bereits deshalb kein *core proceeding*, weil Staatenrecht bei der Klärung der Rechtsfrage anzuwenden ist, vgl. 28 U.S.C. § 157 (b) (3).

1217 Zum Ganzen Harris v. Wittman (In re Harris), 590 F.3d 730, 737 ff. (9th Cir. 2009).

1218 Zum Ganzen Schechter v. Ill. Department of Revenue (In re Markos Gurnee Partnership), 182 B.R. 211, 222 (Bankr. N.D. Ill. 1995).

1219 Vgl. Leonard v. Vrooman, 383 F.2d 556, 560 (9th Cir. 1967).

richten mangelt es an der Sachzuständigkeit.¹²²⁰ Dies gilt, obwohl der Anspruch auf die persönliche Haftung des *trustee* gerichtet ist und, wie bei Ansprüchen wegen Handlungen *ultra vires*, das Massevermögen hiervon nicht betroffen ist.¹²²¹ Viele der Pflichten, deren Verletzung gleichzeitig eine Verletzung von *fiduciary duties* bedeutet, sind im *Bankruptcy Code* normiert, ferner kann der Anspruch wegen *breach of fiduciary duty* ausschließlich im Zuge des Insolvenzverfahrens entstehen, weswegen ein *core proceeding* und damit die Entscheidungskompetenz des Insolvenzgerichts gem. 28 U.S.C. § 157 (b) vorliegt.¹²²²

C. Vergleichsergebnisse

I. Systematik und Struktur des Haftungsrechts

In beiden Rechtsordnungen haftet der Verwalter grundsätzlich nach allgemeinen zivilrechtlichen Regeln und ist daneben den Verfahrensbeteiligten gegenüber nach einem insolvenzspezifischen Haftungsregime persönlich verantwortlich. Beiden Insolvenzrechtsordnungen ist der Bedarf gemein, das Verwaltungsorgan einer speziellen Haftungsordnung zu unterstellen, die in der Verwaltungssituation auftretende Pflichtverletzungen sanktioniert und Vermögensschäden ausgleicht. Dementsprechend kommt die Haftung jeweils nicht jedem Dritten, sondern (für Deutschland bezogen auf § 60 InsO) nur dem Personenkreis der am Verfahren beteiligten zugute.

Die bereits festgestellte intensivere gerichtliche *ex-ante*-Kontrolle von Verwaltungsmaßnahmen des *trustee*¹²²³ könnte einer der Gründe dafür sein, dass in den USA kein Anspruch entsprechend § 61 InsO existiert. Bedeutsame Maßnahmen, wie etwa die Aufnahme eines Massekredits, bedürfen in der Regel der vorherigen Einbeziehung der anderen Verfahrensbeteiligten und der Zustimmung des Insolvenzgerichts.¹²²⁴ Alleingänge des *trustee* sind außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsgangs kaum mög-

1220 *Maguire v. Puente*, 120 Misc.2d 871, 875 (N.Y. Sup. Ct. 1983); *State v. Better Brite Plating, Inc.*, 168 Wis.2d 363, 376 f. (1992).

1221 *Schechter v. Ill. Department of Revenue* (In re Markos Gurnee Partnership), 182 B.R. 211, 223 (Bankr. N.D. Ill. 1995).

1222 *Schechter v. Ill. Department of Revenue* (In re Markos Gurnee Partnership), 182 B.R. 211, 223 (Bankr. N.D. Ill. 1995).

1223 Vgl. oben Kap. 2 C.IV.

1224 Vgl. 11 U.S.C. § 364 (b), (c).

lich. Im Übrigen ist auch die Verkehrserwartung vom Grundsatz geprägt, dass wer mit dem *trustee*, der als solcher erkennbar ist, Verträge schließt, grundsätzlich auf eigene Gefahr handelt.¹²²⁵

Charakteristisch für den jeweiligen Rechtskreis¹²²⁶ stehen dem kodifizierten deutschen Recht in Gestalt der §§ 60, 61 InsO richterrechtlich geschaffene Doktrinen in den USA gegenüber. Dabei ist hervorzuheben, dass die doktrinelte Komplexität und Unübersichtlichkeit des Rechts in den USA zu fehlerbehafteten Gerichtsentscheidungen geführt hat. Mangelnde Klarheit und Anwendbarkeit des Rechts werden beklagt und Kodifikationen sowie klärende Entscheidungen des *U.S. Supreme Court* erhofft. Als Randnotiz sei an dieser Stelle erwähnt, dass man für das der deutschen Jurisprudenz mitunter attestierte „hochgezüchtet-systematische Begriffsdenken“¹²²⁷ beim Versuch der systematischen Aufbereitung des U.S.-amerikanischen Rechts der Verwalterhaftung durchaus Sympathie entwickelt.

II. Haftung für die Verletzung von Amtspflichten

1. Tatbestandliche Struktur und Rechtsfolgen

Ungeachtet der materiellrechtlichen Ausformung der einzelnen Tatbestandsmerkmale¹²²⁸, haftet in Deutschland und den USA der Verwalter persönlich den Beteiligten bzw. *beneficiaries of the estate* gegenüber, wenn er schuldhaft ihm obliegende insolvenzspezifische Pflichten bzw. *fiduciary duties* verletzt und hierdurch ein Schaden entsteht. Dem zentralen Haftungstatbestand beider Rechtsordnungen liegt damit eine ähnliche Struktur zugrunde. Anders als im deutschen Recht wird die Rechtsfolge der persönlichen Haftung in den USA bei Masseschäden oft durch die Streichung der Verwaltergebühren umgesetzt.¹²²⁹

1225 Vgl. bereits *Rothschild*, 15 Hastings L.J. 520, 525 f. (1964); *Hanisch*, Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, S. 134.

1226 Zur Bedeutung des *case law* bzw. des Gesetzesrechts als Rechtsquelle des jeweiligen Rechtskreises *Kischel*, Rechtsvergleichung, § 5, Rn. 4 ff. und § 6, Rn. 8 ff.

1227 *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 34.

1228 Vgl. hierzu die Ausführungen unter Kap. 4 B.

1229 Vgl. oben Kap. 3 B.II.2.b)bb).

2. Rechtsgrund

Dogmatischer Anknüpfungspunkt bzw. Rechtsgrund der insolvenzspezifischen Haftung ist sowohl in Deutschland nach h.M. als auch in den USA die Verletzung von Pflichten innerhalb der zwischen den Verfahrensbeteiligten und dem Verwalter mit Amtsübernahme begründeten Rechtsbeziehung.¹²³⁰ Anders als im deutschen Recht werden Rechtsnatur bzw. Rechtsgrund des Anspruchs aus *breach of fiduciary duty* nicht kontrovers diskutiert. Es besteht Einigkeit darüber, dass dieser weder vertraglicher noch deliktischer Natur, sondern Teil des im Wege richterlicher Rechtsfortbildung geschaffenen *fiduciary common law* für *bankruptcy trustees* ist, das Einflüsse verschiedener Rechtsfiguren, insbesondere des *common law of trusts*, in sich vereint.

3. Funktion

a) Gemeinsamkeiten

Die insolvenzspezifische Haftung dient in beiden Rechtsordnungen primär dem Zweck, das Vermögen der Verfahrensbeteiligten zu schützen. Deren einseitige Abhängigkeit von einem Verwalter im Zusammenspiel mit gesetzlichen Vollstreckungsverboten begründet eine Vermögensrisikolage, der mit dem Schutzinstrument des Schadensersatzanspruchs gegen den Verwalter persönlich begegnet wird.¹²³¹ Den Beteiligten wird mit dem Verwalter ein von der Insolvenzmasse verschiedenes Haftungssubjekt zur Verfügung gestellt.

Die Schutzfunktion weist in beiden Rechtsordnungen eine zugleich präventive und repressive Wirkrichtung auf.¹²³² Durch die Haftungsandrohung als im *forum internum* wirkendes Instrument der Selbstkontrolle soll der Verwalter generalpräventiv zu pflichtgemäßem Handeln animiert werden. Dieser Effekt wird auch durch die Haftpflichtversicherung des Insolvenzverwalters nicht aufgehoben.¹²³³ Die materielle Schutzrichtung

1230 Vgl. für das deutsche Recht oben Kap. 3 A.I.2.d); für das U.S.-amerikanische Recht oben Kap. 3.B.II.2.d)aa).

1231 Vgl. für das deutsche Recht oben Kap. 3.A.I.3.a); für das U.S.-amerikanische Recht oben Kap. 3 B.II.2.d)aa).

1232 Vgl. für Deutschland oben Kap. 3.A.I.3.b); für die USA oben Kap. 3 B.II.2.d)bb).

1233 Vgl. oben Kap. 3 A.I.3.b)aa)(1).

wird unter der InsO durch die insolvenzspezifischen Pflichten und Insolvenzzwecke, in den USA durch die treuhänderische Pflichtenbindung, die je nach gewählter Verfahrensart eine eigene Prägung hat, vorgegeben.

Im Hinblick auf die Kompensationsfunktion der Haftung halten beide Insolvenzrechtsordnungen Mechanismen zur Sicherstellung der Werthaltigkeit von Ansprüchen gegen den Verwalter vor.¹²³⁴ Der Insolvenzverwalter hat das Bestehen einer angemessenen Haftpflichtversicherung nachzuweisen, zudem kann er auf Kosten der Masse zusätzlichen Versicherungsschutz vor risikoträchtigen Maßnahmen erlangen. Der *trustee* hat unmittelbar nach Bestellung einen *surety bond* bereitzustellen. Dieser dient aber nur den Beteiligten, nicht dem Schutz der wirtschaftlichen Existenz des *trustee*; sobald Zahlungspflicht des *surety* unter dem *bond* besteht wird der *trustee* regresspflichtig, weshalb dieser zusätzlich eine Haftpflichtversicherung abschließen sollte.

b) Unterschiede

Das deutsche und das U.S.-amerikanische Insolvenzrecht unterscheiden sich im Hinblick auf die Bedeutung, die der persönlichen Verwalterhaftung als Instrument zur Risikoausgleichung zukommt. An dieser Stelle ist auf den Ergebnissen der vergleichenden Betrachtung der Verwalterämter im vorherigen Kapitel aufzubauen. Dort war festzustellen, dass der funktionale Freiraum, der dem *trustee* im Verfahren zukommt, wesentlich beschränkter als derjenige des deutschen Insolvenzverwalters ist.¹²³⁵ Maßnahmen des *trustee* unterliegen einer umfassenden *ex-ante*-Kontrolle, vermittelt über gesetzlich verankerte Partizipationsrechte der *parties in interest*. Diese können mittels ihrer Einwirkungsmöglichkeiten das Insolvenzgericht, dem daneben etliche Zustimmungsvorbehalte zustehen, zur verbindlichen Entscheidung über einzelne Maßnahmen einbeziehen. Aus diesem Umstand ist abzuleiten, dass das durch die Fremdverwaltung vermittelte Vermögensrisiko der Beteiligten, das durch die persönliche Haftung des *trustee* aufzufangen wäre, zwar nicht auf ein Minimum reduziert, aber geringer als in Deutschland ist. Die Haftung fungiert in den USA zwar ebenfalls als Korrelat für die Befugnisse des *trustee*¹²³⁶, jedoch mit

1234 Vgl. für Deutschland oben Kap. 3.A.I.3.b)cc); für die USA oben Kap. 3 B.II.2.d)cc).

1235 Vgl. oben Kap. 2 C.IV.

1236 Vgl. zu dieser Funktion im deutschen Insolvenzrecht oben Kap. 3 A.I.3.a)bb).

geringerer Gewichtung. Eine defizitäre Aufsicht über den *trustee*, die durch Haftung zu ergänzen wäre, liegt nicht in mit der InsO vergleichbarer Form vor.

4. Universelle Anwendung bei Fremd- und Eigenverwaltung

Eine nennenswerte Beobachtung lässt sich im Hinblick auf den personellen Anwendungsbereich des insolvenzspezifischen Haftungsregimes anstellen. Die Haftung für *breach of fiduciary duty* findet in analoger Weise Anwendung auf den DIP und seine Geschäftsleiter.¹²³⁷ Letztere haften persönlich, wenn sie die dem DIP obliegenden treuhänderischen Pflichten verletzen. Mittlerweile ist auch für die Eigenverwaltung im deutschen Insolvenzrecht¹²³⁸, der das Verfahren nach *Chapter 11* und der DIP als Vorbild dienten¹²³⁹, höchstrichterlich entschieden, dass die Geschäftsleiter einer insolventen juristischen Person persönlich analog der insolvenzspezifischen Regeln (§§ 60, 61 InsO) haften.¹²⁴⁰ Beide Insolvenzrechtsordnungen gehen damit von der universalen Geltung des für den Fremdverwalter maßgeblichen Haftungsregimes für die Geschäftsleiter des Schuldners in der Eigenverwaltung aus.

III. Vertragliche und deliktische Haftung

Für den deutschen Verwalter ist anerkannt, dass Verträge in aller Regel die Masse und nicht ihn persönlich verpflichten.¹²⁴¹ Eigene vertragliche Verpflichtungen des Verwalters sind denkbar, aber praktisch selten. Die *McNulta Rule* im Insolvenzrecht der USA weist die Haftungsfolgen rechtsgeschäftlichen und deliktischen Handelns exklusiv der Masse zu, wenn der *trustee* innerhalb seiner rechtlichen Zuständigkeit gehandelt hat.¹²⁴² Nur wenn das Handeln *ultra vires* war, z.B. wenn er seine Rolle als *trustee* dem anderen Vertragsteil verschweigt, wird es als Eigenhandeln mit der Verpflichtungsfolge innerhalb seiner persönlichen Sphäre gewertet.¹²⁴³ Inhalt-

1237 Vgl. oben Kap. 3 B.II.2.c).

1238 Vgl. §§ 270 ff. InsO.

1239 Vgl. oben Kap. 1 A.III.

1240 Vgl. BGH NZI 2018, 519 ff.

1241 Vgl. oben Kap. 3 A.III.1.a).

1242 Vgl. oben Kap. 3 B.III.2.c).

1243 Vgl. oben Kap. 3 B.III.2.c)cc)(2).

lich kommen beide Rechtsordnungen damit bei Rechtsgeschäften zu ähnlichen Ergebnissen: In der Regel treffen die Folgen rechtsgeschäftlichen Handelns das Sondervermögen, für das der Amtstreuhandler im Rechtsverkehr im eigenen Namen auftritt. Es entfaltet nach außen ausschließlich Wirkung in der Amtssphäre. Das deutsche Recht begründet dies mit der Fremdbezogenheit des Handelns des Amtstreuhandlers. In den USA fußt dieser Gedanke auf einem für den *trustee*, als *arm of the court* in einem staatlichen Verfahren, identifizierten Schutzbedürfnis und ist eine Form der *quasi-judicial immunity*.

Innerhalb dieser kommt dem *trustee* aber ein weitergehender Haftungsschutz auch für unerlaubte Handlungen zu, der keine Entsprechung im deutschen Insolvenzrecht hat.¹²⁴⁴ Zwar haftet auch der *trustee* für vorsätzliches deliktisches Handeln sowie insbesondere für die Verfügung über schuldnerfremde Vermögensgegenstände, die er für Masseeigentum hält. *McNulta Rule* und deutsches Recht kommen insoweit (in den USA jedoch stets ohne Gesamtschuld zwischen Masse und *trustee*) zum ähnlichen Ergebnis. Auch unter § 31 BGB analog¹²⁴⁵ kann es im Übrigen nur dann zu einer Haftungszurechnung an die Masse kommen, wenn die schädigende Handlung auch im Zusammenhang mit der vom Verwalter in seiner Funktion als Amtsträger vorgenommenen Masseverwaltung steht.¹²⁴⁶ Für fahrlässige Schädigungen von *third parties* durch den *trustee* im Rahmen der Masseverwaltung weisen die Gerichte die Haftung aber in der Regel exklusiv dem *estate* zu. Hier unterscheiden sich beide Rechtsordnungen deutlich.

Anderes gilt wiederum im Hinblick auf die Haftung für die Verletzung von Verkehrspflichten, wenn man in Deutschland auf die zutreffende h.M. abstellt. Hier haftet im Außenverhältnis wegen des sich in der Amtssphäre des Verwalters vollziehenden Besitzes lediglich die Insolvenzmasse.¹²⁴⁷ Deutsches Recht und *McNulta Rule* gelangen hier zum selben Ergebnis.

1244 Vgl. zum deutschen Recht oben Kap. 3 A.III.2.a); zum U.S.-amerikanischen Recht oben Kap. 3 B.III.2.c)cc)(1).

1245 Vgl. oben Kap. 3 A.IV.1.

1246 Vgl. *Lücke*, Konkursverwalterhaftung, S. 110.

1247 Vgl. oben Kap. 3 A.III.2.b).

IV. Unterschiede bei der Gerichtszuständigkeit für Schadensersatzansprüche

Im deutschen Recht besteht für Schadensersatzansprüche gegen den Verwalter, ungeachtet ob sie auf insolvenzspezifischen oder allgemeinen Regeln beruhen, die sachliche Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte.¹²⁴⁸ Im Unterschied hierzu sieht das Insolvenzrecht der USA, im Einklang mit der dort verwirklichten *vis attractiva concursus*¹²⁴⁹, die ausschließliche Zuständigkeit des Insolvenzgerichts bei Schadensersatzansprüchen gegen den *trustee* wegen *breach of fiduciary duty* vor.¹²⁵⁰ Generell ist dort eine starke Tendenz zur Zuständigkeitskonzentration beim Insolvenzgericht zu beobachten, die durch Instrumente wie die prozessrechtliche *Barton doctrine* abgesichert wird.¹²⁵¹ Außer bei zweifelsfreien Fällen des 28 U.S.C. § 959 (a)¹²⁵² oder einer offensichtlichen Handlung des *trustee ultra vires*, ist der Haftungsgläubiger zum Gang über das Insolvenzgericht gezwungen. Diese breite Sachzuständigkeit für Schadensersatzklagen komplettiert das Bild von der Zentralstellung des *bankruptcy court*, das bereits im Zusammenhang mit den Entscheidungsbefugnissen im Rahmen der laufenden Verwaltung skizziert wurde.

V. Keine Parallelität von Masse- und Verwalterhaftung in den USA

Beide Insolvenzrechtsordnungen unterscheiden sich im Hinblick auf die mögliche Parallelhaftung von Masse und Verwalter. Während im deutschen Insolvenzrecht die Verwalterhaftung und die über § 31 BGB analog zugerechnete Haftung der Masse gleichrangig nebeneinanderstehen können, egal ob es um die Verletzung insolvenzspezifischer- oder nicht insolvenzspezifischer Pflichten geht¹²⁵³, besteht im U.S.-amerikanischen Recht ein striktes Exklusivverhältnis zwischen der Haftung des *estate* und der des *trustee*. Bei Ansprüchen wegen *breach of fiduciary duty* haftet nur der *trustee*, bei den allgemeinen Ansprüchen des *state law* haftet wegen der *McNulta*

1248 Vgl. oben Kap. 3 A.V.

1249 Vgl. hierzu oben Kap. 2 B.II.1.a)bb).

1250 Vgl. oben Kap. 3 B.IV.3.

1251 Vgl. hierzu oben Kap. 3 III.3.b), c), d).

1252 Vgl. hierzu oben Kap. 3 III.3.e).

1253 Vgl. oben Kap. 3 A.IV.2.

Rule in der Regel nur die Masse oder, wenn die schädigende Handlung *ultra vires* war, nur der *trustee*.¹²⁵⁴

Tendenziell bedeutet dies eine Schlechterstellung des Haftungsgläubigers im U.S.-amerikanischen Insolvenzrecht, weil er nicht aus zwei Haftungsschuldnern auswählen kann. Die Exklusivhaftung des *estate* bei deliktischen und vertraglichen Ansprüchen, außerhalb der *ultra vires*-Fälle, dürfte aber der Verkehrserwartung entsprechen und steht im Einklang mit dem Prinzip der *respondeat superior*.¹²⁵⁵ Handlungen des *trustee* unterstehen teils enger gerichtlicher Kontrolle, entsprechend seiner beschränkten Einwirkungsmöglichkeiten ist auch seine persönliche Verantwortung reduziert bzw. wird exklusiv vom in *custodia* des Insolvenzgerichts befindlichen Vermögen getragen.¹²⁵⁶ Dabei steht auch im „Innenverhältnis“ zu den *beneficiaries* nicht automatisch fest, dass der *trustee* für die Verursachung von Masseverbindlichkeiten persönlich ersatzpflichtig ist, wie es im deutschen Insolvenzrecht anklingt.¹²⁵⁷ Der *trustee* haftet nur dann, wenn in der Begründung der Masseverbindlichkeit auch die Verletzung einer treuhänderischen Pflicht liegt, was denkbar, aber nicht pauschal der Fall ist.¹²⁵⁸ Im Ergebnis lassen die Gerichte in den USA dem *trustee* einen im Vergleich zum deutschen Verwalter erhöhten Haftungsschutz im Zusammenhang mit der deliktischen Haftung Dritter zukommen.

VI. Bedeutungszusammenhang von Rechtsstellung und persönlicher Haftungsverantwortung

Im vorangegangenen Kapitel 2 wurde festgestellt, dass die Verwalter beider Rechtsordnungen fremdnützige und mehrseitig fremdbestimmte, private Amtstreuhänder sind, für deren Rechtsstellung ein Rechtssphärendualismus charakteristisch ist. Auch sind beide Ämter in gewisser Weise hybrider Gestalt; das Handeln vollzieht sich in privatrechtlicher Form, zugleich besteht eine Einbindung in ein hoheitliches Verfahren.¹²⁵⁹ Stellt man den Zusammenhang von Rechtsstellung und der persönlichen Haftungsverantwortung des Amtsträgers beider Rechtssysteme gegenüber, so zeigen sich

1254 Vgl. oben Kap. 3 B.II.2.b)aa).

1255 Vgl. *Reading Co. v. Brown*, 391 U.S. 471, 477 f. (1968).

1256 Vgl. zu diesem Gedanken mit Blick auf das U.S.-amerikanische Recht *Hanisch*, Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, S. 133 f.

1257 Vgl. oben Kap. 3 A.IV.3.

1258 Vgl. hierzu oben Kap. 3 B.III.2.c)aa).

1259 Vgl. oben Kap. 2 C.III.2.

weitgehende Übereinstimmungen, obwohl für den *trustee* als *arm of the court* regelmäßig der Haftungsschutz der *quasi-judicial immunity* betont wird und dem deutschen Verwalter kein äquivalenter, vom Insolvenzrichter abgeleiteter Haftungsschutz aus der bloßen Amtsstellung zukommt. Die Ausformungen der unter der *immunity analysis* zu gruppierenden Doktrinen bilden die haftungsrechtliche Folge des hoheitlichen Aspekts des hybriden Amtes des *trustee* ab. Die zweite Komponente, die private Treuhänderschaft, hat ihre Entsprechung in der *fiduciary analysis*.

1. Keine *quasi-judicial immunity* für den deutschen Insolvenzverwalter

Die absolute *quasi-judicial immunity* des *bankruptcy trustee* für *judicial acts*¹²⁶⁰ ist dem deutschen Recht in dieser Form unbekannt. Zwar ist auch in § 839 Abs. 2 S. 1 BGB das Spruchrichterprivileg verankert, dieses schützt aber nur Richter und nur die tatsächlich spruchrichterliche Tätigkeit. Es muss sich um Entscheidungen handeln, die der Rechtskraft fähig sind; dies trifft auf Beschlüsse im Insolvenzverfahren in der Regel nicht zu.¹²⁶¹ Es bezweckt nach wohl h.M. auch nicht den Schutz der richterlichen Unabhängigkeit¹²⁶², sondern der Rechtskraft des Urteils.¹²⁶³ *Judicial immunity* und insbesondere *quasi-judicial immunity* des *trustee* gehen viel weiter. Lässt man den Gesamtkomplex der vergleichenden Amts- und Staatshaftung einmal außen vor, so ergeben sich für die Verwalterhaftung hieraus aber keine wesentlichen Unterschiede. Potentiell schädigende *judicial acts* des *trustee* sind im U.S.-amerikanischen Insolvenzrecht kaum identifiziert. Die absolute Haftungsimmunität für richterliche Handlungen ist für die Praxis vernachlässigbar.

2. Teilweise Übereinstimmungen bei der Haftung gegenüber Nicht-Beteiligten

Im U.S.-amerikanischen Insolvenzrecht kommt die *immunity analysis* maßgeblich im Rahmen der *third party liability* zum Tragen. Der über die *McNulta Rule* vermittelte Haftungsschutz, genauer, die exklusive Haftungs-

1260 Vgl. oben Kap. 3 B.III.1.b).

1261 Vgl. MüKo/Papier/Shirvani, BGB, § 839, Rn. 384 f.

1262 So aber die *judicial immunity* in den USA, vgl. oben Kap. 3 B.III.1.a)aa),bb).

1263 MüKo/Papier/Shirvani, BGB, § 839, Rn. 382 m.w.N.

zuweisung an die Masse bei vertraglichen und deliktischen Ansprüchen Dritter, weist im Vergleich zur deutschen Verwalterhaftung, wie soeben dargelegt, teilweise Abweichungen, aber auch Gemeinsamkeiten auf. Dies betrifft im Wesentlichen den Bereich fahrlässiger deliktischer Schädigungen Dritter im Zuge der Verwaltung, für die *trustees* eine Haftungsentlastung erfahren, die das deutsche Recht nicht vorsieht. Beide Rechtsordnungen ähneln sich jedoch sehr im Bereich der vertraglichen Verantwortlichkeit sowie bei der Haftung für Verkehrspflichtverletzungen.

3. Weitgehende Kongruenz bei der Haftung gegenüber den Verfahrensbeteiligten

Bei der Haftung gegenüber den Verfahrensbeteiligten kommen beide Rechtsordnungen zum selben Ergebnis. Dem Insolvenzverwalter wie dem *trustee* kommt gegenüber denjenigen, in deren Interesse die privatrechtliche Abwicklung des Schuldnervermögens geschieht und mit denen er in einer besonderen treuhänderischen Rechtsbeziehung steht, kein in der Amtsstellung begründeter Haftungsschutz zu.¹²⁶⁴ Im Gegenteil dient hier die persönliche Haftung der Sicherstellung der ihnen gegenüber bestehenden Amtspflichten. Auch der *trustee* ist nicht immun gegen die Haftung aus *breach of fiduciary duty*.

Allerdings – und dort materialisiert sich der Hauptunterschied bei der Verwalterhaftung zwischen beiden Rechtsordnungen – kommen dem *trustee* umfassende anspruchsinhärente und steuerbare Haftungsbeschränkungen zugute, die Gegenstand des folgenden Kapitels 4 sind.

1264 Vgl. für den *trustee* oben Kap. 3 B.III.2.c)bb).

Kapitel 4: Umfang, Grenzen und Beschränkbarkeit der Haftung wegen der Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten

Zentrales Element der Insolvenzverwalterhaftung ist die Verantwortlichkeit für die Verletzung besonderer Amtspflichten. Der insolvenzspezifische Schadensersatzanspruch bildet die besonderen Konfliktlagen innerhalb der Rechtsbeziehung zwischen dem Fremdverwalter und den Begünstigten der Insolvenzmasse ab. Reichweite und Beschränkbarkeit der Haftung können als Synonym für den Umfang des vom Verwalter zu tragenden Risikos verstanden werden, welches wiederum ein mit dem Verwalteramt verbundenes und dieses prägendes Merkmal darstellt.

Daneben kann der Haftungsumfang auch Auskunft darüber geben, inwieweit eine Verfahrensordnung den Schutz der Rechtsposition der Verfahrensbeteiligten über die persönliche Verantwortlichkeit des Verwalters verwirklicht. Es geht also um den Analyseschritt, der der abstrakten Funktionsbestimmung¹²⁶⁵ nachfolgt, nämlich die Untersuchung des konkreten Gewichts, das der Schutzfunktion der Verwalterhaftung in der Gesamtschau mit den weiteren verfahrensinhärenten Schutz- und Kontrollmitteln zukommt.

Dass beiden Rechtsordnungen divergierende Strukturen bei der Abwicklung des Schuldnervermögens zugrunde liegen, konnte bereits festgestellt werden.¹²⁶⁶ Diese sind im Rahmen der Vergleichsuntersuchung, die sowohl den Haftungsanspruch an sich also auch in der Verfahrensstruktur angelegte Haftungsbeschränkungen zum Gegenstand hat, in Rechnung zu stellen, um die Ergebnisse sinnvoll einordnen und anschließend würdigen zu können.

1265 Vgl. für § 60 Abs. 1 InsO oben Kap 3 A.I.3.; für *breach of fiduciary duty* oben Kap 3 B.II.2.d).

1266 Vgl. oben Kap. 2 C.IV.

A. Grundsätze zur Risikotragung bei der Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten

Vor der Vergleichsuntersuchung sind die verfahrensstrukturellen Gegebenheiten, die geeignet sind, (mittelbar) mit der Verwalterhaftung zu interferieren, zu betrachten. Dies ist erforderlich, um das jeweilige nationale Recht für sich angemessen bewerten zu können. Insbesondere für das deutsche Recht werden im Folgenden Grundsätze herausgearbeitet bzw. konturiert, die bei der Bestimmung und Auslegung einzelner, teils umstrittener Merkmale des § 60 Abs. 1 InsO zugrunde gelegt werden können. Daneben ist die Untersuchung der Rahmenbedingungen unverzichtbar, um im Rechtsvergleich Wertungen im Gesamtzusammenhang der jeweiligen Verfahrensordnungen vornehmen und Erkenntnisse aus der Untersuchung des U.S.-amerikanischen Rechts für das deutsche Insolvenzrecht nutzbar machen zu können.

I. Umfang der Haftung als rechtsordnungsübergreifende Problemstellung

Der Umfang der insolvenzspezifischen Verwalterhaftung und ihre Auswirkungen auf die Verfahrensabwicklung sowie die Attraktivität des Verwalteramtes sind in Deutschland und den USA Diskussionsgegenstand.

1. Risikofokussierung in der Diskussion um die Haftung des deutschen Insolvenzverwalters

Das Haftungsrisiko des Insolvenzverwalters findet seit langem umfassende Resonanz im rechtswissenschaftlichen Diskurs. Zutreffend wird konstatiert, dass ein zu hohes Haftungsrisiko den Verwalter an der bestmöglichen Aufgabenerfüllung hindere, weil es abschreckend wirke und ihn zu defensivem Verhalten determiniere.¹²⁶⁷ Umgekehrt liegt auf der Hand, dass auch ein zu milder Haftungsmaßstab sich negativ auf die Verwaltung auswirken würde. Es bestünde die Gefahr, dass der Verwalter nicht hinreichend von riskantem Verhalten abgehalten wird, was die Befriedigungsaussichten der Gläubiger trüben könnte. Beteiligte laufen dann zu-

¹²⁶⁷ Vgl. *Laukemann*, Unabhängigkeit, S. 110 f.; *Lüke*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 3; K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 1.

dem Gefahr, keine Kompensation für erlittene Schäden zu erlangen.¹²⁶⁸ Konkret wird befürchtet, auch im Zusammenhang mit der Haftung des Verwalters für die Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten¹²⁶⁹, dass wenn das Haftungsrisiko zu hoch bemessen ist, der Verwalter die sofortige Liquidation der (zeitweisen) Unternehmensfortführung vorzöge.¹²⁷⁰ Dabei werden der Pflichtenumfang des Verwalters im Allgemeinen sowie die Betriebsfortführung im Besonderen als im Lichte von § 60 InsO haftungsträchtige Komponenten der Verwaltertätigkeit identifiziert.¹²⁷¹ Vereinzelt wird auch angemerkt, dass ein zu hohes Haftungsrisiko die Gefahr berge, verantwortungsbewusste potentielle Kandidaten von der Tätigkeit als Insolvenzverwalter abzuhalten.¹²⁷²

Vorgenanntes ist auch der Grund dafür, dass regelmäßig Stimmen der Literatur Forderungen zur Beschränkung der Verwalterhaftung verschiedener Gestalt erheben¹²⁷³, wie z.B. durch die Einführung einer Haftungshöchstgrenze *de lege ferenda*¹²⁷⁴, die Haftungsprivilegierung durch die *Business Judgment Rule* für den fortführenden Verwalter¹²⁷⁵ oder eine Enthaftungsmöglichkeit des Verwalters durch die Einholung externen Rechtsrats¹²⁷⁶.

1268 Hierzu im Zusammenhang mit der Haftungssanktion von Verstößen gegen das Unabhängigkeitsgebot *Laukemann*, Unabhängigkeit, S. 111.

1269 Häufig wird betont, dass mit der Einführung des § 61 InsO eine Haftungserhöhung zu Lasten des Verwalters einherging, vgl. *v. Olshausen*, ZIP 2002, 237 ff.; *Laws*, MDR 2003, 787 ff.; *Pape*, ZInsO 2003, 1013 ff.

1270 Vgl. *Stüdemann*, FS 100 Jahre KO, S. 401, 439; *Lüke*, Konkursverwalterhaftung, S. 6 f.; *Eckardt*, KTS 1997, 411, 413, 420; *Ehlers*, ZInsO 1998, 356, 357; *Meyer-Löwy/Poertzgen*, ZInsO 2004, 363, 366; *Lüke*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn.; *K/P/B/Lüke*, § 60, Rn. 1.

1271 Vgl. *Ehlers*, ZInsO 1998, 356 f.; *Meyer/Schulteis*, DZWIR 2004, 319 ff.; *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204, 206.

1272 *Hanisch*, Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, S. 143; *v. Olshausen*, ZIP 2002, 237, 239; krit. hierzu *K. Schmidt*, KTS 1976, 191, 194 f.

1273 S. allgemein auch *Leibner*, KTS 2005, 75 ff.

1274 *Meyer/Schulteis*, DZWIR 2004, 319, 323.

1275 Vgl. hierzu unten Kap. 4 B.III.2.b).

1276 Vgl. *Leichtle/Theusinger*, NZG 2018, 251, 254 f.

2. Überblick zum Diskurs in den USA

Die Ausführungen zur *quasi-judicial immunity* und insbesondere zur *McNulta Rule*¹²⁷⁷ haben gezeigt, dass das U.S.-amerikanische Insolvenzrecht von der Furcht vor der abschreckenden Wirkung eines zu hohen Haftungsrisikos auf potentielle Kandidaten für das Amt des *trustee* dominiert wird.¹²⁷⁸ *Trustees* sollen als *officers of the court* entsprechenden Schutz vor persönlicher Haftung im Rahmen der Masseverwaltung erfahren. Diese Erwägungen betreffen aber die Haftung gegenüber *third parties*, also die „Außenhaftung“. Bei der Haftung wegen *breach of fiduciary duty* gegenüber den Verfahrensbeteiligten entfaltet die *immunity analysis* grundsätzlich keine Wirkung.

Gleichwohl nimmt auch die Diskussion um den Umfang des Risikos bei der insolvenzspezifischen Haftung auch in den USA einigen Raum ein.¹²⁷⁹ Vermieden werden soll, dass die persönliche Haftung derart starkes Gewicht hat, dass *trustees* zu zurückhaltend agieren und damit nicht in effektiver Weise die Verwaltung durchführen.¹²⁸⁰ Wie in Deutschland¹²⁸¹ wird die Metapher des Damoklesschwertes bemüht.¹²⁸² Uneinigkeit besteht über den vom *trustee* einzuhaltenden Sorgfaltsmaßstab.¹²⁸³ Angeführt wird, dass zu geringe Anforderungen an *trustees* und die Geschäftsleiter des DIP dazu führen, dass sie nicht umsichtig und im besten Interesse der Insolvenzgläubiger zur Massemehrung handeln und u.U. Eigeninteressen oder Interessen der Anteilseigner in den Vordergrund stellen.¹²⁸⁴ Hiergegen wird eingewendet, dass ein zu hohes Haftungsrisiko bewirke, dass der *trustee* sich zu passiv bei der Massezusammenstellung und -Verwaltung verhalte.¹²⁸⁵ Der Haftungsmaßstab müsse den besonderen Umständen der Insolvenz gerecht werden; zu beachten sei hinsichtlich der geforderten Sorgfalt des *trustee* dessen mangelnde Kenntnis über das Schuldnerunter-

1277 Vgl. oben Kap. 3 B.III.2.c).

1278 Vgl. *Radwan*, 35 Conn. L. Rev. 525, 537, 543 (2003); s. auch *R. McCullough*, 103 Com. L.J. 123, 135 (1998).

1279 Anschaulich *DiStefano v. Stern* (In re J.F.D. Enterprises, Inc.), 223 B.R. 610, 627 (Bankr. D. Mass. 1998).

1280 *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 193 (1994).

1281 Vgl. *Stüdemann*, FS 100 Jahre KO, S. 401, 439.

1282 *Dana Commercial Credit Corp. v. Nisselson* (In re Center Teleproductions, Inc.), 112 B.R. 567, 577 (Bankr. S.D.N.Y. 1990).

1283 Vgl. hierzu unten Kap. 4 B.IV.2.b).

1284 *Cuevas*, 73 Notre Dame L. Rev. 385, 391 f. (1998).

1285 Vgl. *R. McCullough*, 103 Com. L.J. 123, 135 (1998).

nehmen¹²⁸⁶ und dass der Schuldner sich in einer finanziellen Krise befindet.¹²⁸⁷ Teilweise wird vertreten, der *bankruptcy trustee* werde, anders als der reguläre *trustee* des *trust law*, im öffentlichen Interesse tätig, was für die Reduzierung des Haftungsumfangs spreche.¹²⁸⁸

II. Auslegungsrelevante Grundsätze für die Haftung nach § 60 InsO

Angesichts der allgemeinen Risikosensitivität und der rechtspolitischen Forderungen nach Haftungsbeschränkungen drängt sich die Frage auf, ob und welchen Beschränkungsmöglichkeiten die Haftung für die Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten *de lege lata* überhaupt zugänglich ist. Mit den folgenden Ausführungen sollen anhand der Regelung des § 60 InsO, der mit ihr verwirklichten Zweckvorstellungen sowie weiterer, das Haftungsrecht tangierender Aspekte, abstrakte Grundsätze herausgearbeitet werden, die zur Beantwortung teils strittiger Einzelfragen zum Haftungsumfang heranzuziehen sind.

1. Gesetzliche Regelung als Ausgangspunkt

Ausgangspunkt der Bestimmung des Haftungsrisikos und dessen Beschränkbarkeit muss der Text des § 60 InsO sein.¹²⁸⁹ Unabhängig von der konkreten Auslegung unbestimmter Begriffe des § 60 Abs. 1 InsO ist der Verwalter hiernach allen Beteiligten gegenüber persönlich zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er schuldhaft Pflichten verletzt, die ihm nach der InsO obliegen. Zudem bestimmt § 60 Abs. 1 S. 2 InsO einen besonderen, auf den Verwalter zugeschnittenen Sorgfaltsmaßstab. Die InsO spricht also eine eindeutige Sprache: Sie gibt dem Verwalter die volle Haftungsverantwortung für sein Handeln. Der Gesetzgeber setzt bei der Verwalter-

1286 Vgl. DiStefano v. Stern (In re J.F.D. Enterprises, Inc.), 223 B.R. 610, 627 f. (Bankr. D. Mass. 1998).

1287 Vgl. Radwan, 35 Conn. L. Rev. 525, 543 (2003).

1288 Vgl. R. McCullough, 103 Com. L.J. 123, 134 f. (1998); ähnlich Radwan, 35 Conn. L. Rev. 525, 543 (2003).

1289 Allgemein zum Wortsinn als Auslegungskriterium Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 141 ff.

haftung auf das Alles-oder-Nichts-Prinzip¹²⁹⁰, Abweichungen hiervon sind nicht vorgesehen. Zudem sind sonstige spezielle Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung kaum vorhanden. Außer in § 60 Abs. 2 InsO, der die Haftung des Verwalters beim Einsatz von Angestellten des Gemeinschuldners regelt, sieht die Insolvenzordnung keine Begrenzung der Haftung zu Gunsten des Verwalters vor. Die Anordnung persönlicher Haftung bei gleichzeitiger, weitgehender Nichtregelung spezieller Haftungsschranken zeigt die gesetzgeberische Positionierung für eine grundsätzlich umfassende Verwalterverantwortlichkeit.¹²⁹¹

Im Zusammenhang mit der gesetzlichen Regelung der Verwalterhaftung ist auch das formelle Kriterium der Transparenz der insolvenzspezifischen Haftung zu erwähnen, an dessen Erfüllung in Bezug auf § 60 InsO indes kein Zweifel besteht. Generell muss der Verwalter erkennen können, in welchen Situationen und für welche Handlungen ihm persönliche Haftung droht.¹²⁹² Dies ist auch Grundvoraussetzung dafür, dass die präventive Steuerungsfunktion der Haftung ihre Wirkung effektiv entfalten kann.

2. Kein Gebot unbeschränkter Haftung

Obwohl die InsO den Verwalter für umfassend persönlich verantwortlich erklärt, ist hieraus kein Gebot einer unbeschränkten Haftung abzuleiten.¹²⁹³ Das ergibt sich bereits aus dem *telos* des § 60 InsO, der speziell solche Risiken ausgleichen soll, die sich aus den weitreichenden Befugnissen des Verwalters ergeben, nicht aber jedes erdenkliche Vermögensrisiko der Beteiligten.¹²⁹⁴ Einzelnen Tatbestandsmerkmalen des § 60 InsO sind durch Auslegung rechtliche Konturen zu verleihen. Dies hat vor der Geltung des

1290 Vgl. K. Schmidt, KTS 1976, 191, 207; allgemein zum Alles-oder-Nichts-Prinzip mit rechtsvergleichenden Bezügen Bruns, Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung, S. 8.

1291 Vgl. auch Jacoby, Das Private Amt, S. 592, der die ausschließliche Verwalterverantwortlichkeit im Innenverhältnis (zur Masse) durch die explizite Regelung der persönlichen Haftung in § 60 InsO und der Nichtregelung von Haftungsbeschränkung begründet sieht.

1292 Vgl. auch MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 1.

1293 Vgl. Leibner, KTS 2005, 75, 77; Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 6.39 befürwortet eine Haftungsbegrenzung über den Pflichtenumfang.

1294 Der Verwalter haftet auch nach Verfahrenseröffnung jedermann gegenüber nach allgemeinen deliktischen Regeln, vgl. oben Kap. 3 A.III. Ginge es um Haftungsrisiken, die bereits über die §§ 823 ff. BGB abgedeckt sind, hätte es der Schaffung des § 60 InsO nicht bedurft.

Ziels der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung (§ 1 S. 1 InsO) und der Besonderheiten der Rechtsstellung des Verwalters zu geschehen. Das Interesse der Beteiligten an der Verwalterhaftung und das des Verwalters an der Haftungsfreistellung sind sinnvoll zusammenzubringen.

Dass der fremdnützig und treuhänderisch tätige Verwalter die häufig gegenläufigen Interessen aller Verfahrensbeteiligten zu beachten und in Einklang zu bringen hat¹²⁹⁵, muss im Rahmen der Auslegung des § 60 InsO zu seinen Gunsten Beachtung finden.¹²⁹⁶ Anderes hieße, mittels Haftung die mit der Stellung des Verwalteramtes im Verfahren verbundene Strukturentscheidung der InsO zu konterkarieren und die Amtsausführung zu erschweren.

Die persönliche Verantwortlichkeit hat auch im Hinblick auf besondere Risiken, die der Insolvenzverwaltung eigen sind, einen angemessenen Zuschnitt zu erfahren, damit nicht die Risikolast die bestmögliche Aufgabenerfüllung im Sinne des Verfahrensziels verhindert. Hierzu gehört die potentiell haftungsträchtige Tätigkeit der Unternehmensfortführung, zu der der Verwalter bis zum Berichtstermin, sofern ein fortführungsfähiger Betrieb noch besteht, grundsätzlich verpflichtet ist.¹²⁹⁷ Ein insolvenzspezifisches Haftungsregime, das die praktischen Unwägbarkeiten, die sich aus der Leitung eines Betriebes in der Krise ergeben, nicht in Rechnung stellt, würde die Funktionsfähigkeit des (einheitlichen¹²⁹⁸) Verfahrens in Frage stellen. Wenn der Verwalter zum Treffen unternehmerischer, typischerweise risikogeprägter Entscheidungen gezwungen ist, muss hierauf bei Auslegung des § 60 InsO Rücksicht genommen werden.¹²⁹⁹ Zwar ist die Sanierung nur ein durch die InsO eröffneter Weg zur Verwirklichung der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung und keineswegs Primärziel¹³⁰⁰, gleichwohl liefe man mit einer unbegrenzten und sachlich undifferenziierten Haftungsanordnung Gefahr, die in der InsO vorgesehene Betriebsfortführung sowie die Möglichkeit des Betriebserhalts oder einer Sanierung zur Makulatur werden zu lassen.

1295 Vgl. zur „mehrheitlichen Fremdbestimmtheit“ des Verwalters oben Kap. 2 A.II.3.

1296 Vgl. Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 10; Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 6.39; K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 5.

1297 Vgl. Berger/Frege, ZIP 2008, 204.

1298 Vgl. zu den erhofften Vorteilen eines einheitlichen Insolvenzverfahrens Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 4.04.

1299 Vgl. Berger/Frege, ZIP 2008, 204, 205.

1300 Vgl. Jaeger/Henckel, § 1, Rn. 5; Uhlenbruck/Pape, § 1, Rn. 1.

Umgekehrt darf nicht über den Haftungsmaßstab das Mittel der Unternehmensfortführung oder gar der Unternehmenserhalt eine Sonderförderung erfahren, denn Maßgeblich sind allein die Ziele des Insolvenzverfahrens, primär die gemeinschaftliche Gläubigerbefriedigung (§ 1 S. 1 InsO).¹³⁰¹ In jedem Fall würde aber ein Haftungsmaßstab, der den Verwalter stets zur schnellstmöglichen zerschlagenden Liquidation drängt, dem Ziel der Erlösmaximierung zu Gunsten der Gläubiger immer dann widersprechen, wenn die Fortführung eine höhere Verteilungsquote verspricht.¹³⁰²

3. Telos des § 60 InsO und das Prinzip des Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung

Von zentraler Bedeutung für die Auslegung des § 60 InsO ist seine Funktion. Die Regelung bezweckt den Vermögensschutz der Beteiligten, indem der Verwalter durch die Haftungsandrohung zu pflichtgemäßem Handeln animiert wird und Schäden durch ihn, als leistungsfähiges, von der Masse verschiedenes Haftungssubjekt kompensiert werden.¹³⁰³ Ausgehend hiervon fordert eine funktions- bzw. zweckadäquate Auslegung des § 60 InsO, dass Verfahrensbeteiligte ihre durch den Verwalter verursachten Schäden ungehindert ausgleichen können müssen. Schutzlücken zu ihren Lasten dürfen bei der Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten nicht bestehen.

Eine weitergehende Konturierung könnte durch die Übertragung des Prinzips des Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung erreicht werden.¹³⁰⁴ Dieses besagt im Grunde, dass die persönliche Haftungsverantwortung mit den Einwirkungsbefugnissen korrespondieren muss. Hierdurch würde der abstrakte Schutzgedanke aus § 60 InsO konkretisiert, weil naturgemäß, wenn zwei Aspekte in einen Ausgleich gebracht werden sollen, eine Form der Quantifizierung erforderlich ist. Angesichts des in § 60 InsO verwirklichten „Korrelatsgedankens“¹³⁰⁵ ist die Betrachtung dieses Grundsatzes naheliegend.

1301 Vgl. *Lüke*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 281; K/P/B/*Lüke*, § 60, Rn. 37b; *Jungmann*, NZI 2020, 651, 655; zum Primat der Gläubigerinteressen *Heese*, Funktion des Insolvenzrechts, S. 16 f.

1302 Zum Verhältnis von Liquidation und Fortführung *Jaeger/Henckel*, § 1, Rn. 4.

1303 Vgl. zur Funktion des § 60 InsO oben Kap. 3 A.I.3.

1304 Zu diesem Grundsatz im Zusammenhang mit der Haftung der Beteiligten im Insolvenzverfahren *Marotzke*, KTS 2014, 113 ff.

1305 Vgl. hierzu oben Kap. 3 A.I.3.a)bb).

a) Ursprung des Prinzips und Verwirklichung im deutschen Zivilrecht

Der Gleichlauf von Herrschaft und Haftung hat mit dem ordoliberalen Ansatz zur Wirtschaftsordnung zunächst eine volkswirtschaftliche Dimension. Daneben ist das Prinzip auch im allgemeinen Zivilrecht reflektiert.

aa) Gleichlauf von Herrschaft und Haftung im Ordoliberalismus

Das Prinzip des Gleichlaufs bzw. der Korrespondenz von Herrschaft und Haftung wird stark mit dem Ordoliberalismus der Freiburger Schule und insbesondere der Person *Walter Eucken* identifiziert.¹³⁰⁶ Diskussionsgegenstand sind die Auswirkungen, die sich für die Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung aufgrund des Umstands ergeben, dass bei Kapitalgesellschaften durch Gesellschaftereinfluss umfassende Herrschaft bei lediglich auf das Gesellschaftsvermögen beschränkter Haftung ausgeübt werden kann.¹³⁰⁷ Es geht also um die Funktion, die der Haftung in der Volkswirtschaft zukommt.

Essenz des ordoliberalen Ansatzes ist, dass wer Nutzen hat, auch den Schaden zu tragen hat¹³⁰⁸ bzw. dass Haftung das Gegenstück zur Freiheit darstellt.¹³⁰⁹ Der Haftung komme die Funktion einer Bestenauslese

1306 Vgl. *Eucken*, Grundätze der Wirtschaftspolitik, S. 279 ff. Hierbei ist festzuhalten, dass die Bedeutung unbeschränkter Haftung für die Wettbewerbsordnung und die Korrespondenz von Freiheit und Verantwortung ideell bereits vor dem Ordoliberalismus des 19. Jahrhunderts Bestand hatten, vgl. hierzu *Immenga*, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S. 118 f. m.w.N.; s. auch bereits, mit rechtsvergleichenden Bezügen, *Müller-Erzbach*, LZ 1933, 145 ff.

1307 Vgl. *Immenga*, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S. 117 ff.

1308 So *Eucken*, Grundätze der Wirtschaftspolitik, S. 279; s. zu den Einwänden gegen den ordoliberalen Ansatz *Fischinger*, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, S. 261 ff. m.w.N.

1309 Vgl. *Großfeld*, Aktiengesellschaft, S. 105 f.; *Fischinger*, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, S. 259; die Begriffspaare „Nutzen und Schaden“ und „Herrschaft und Haftung“ werden mitunter im selben Atemzug genannt, haben aber nicht dieselbe Bedeutung. „Nutzen“, also ein ökonomischer Vorteil, und „Herrschaft“, verstanden als Einwirkungsmöglichkeit, müssen nicht zwingend zusammenfallen. „Schaden“ meint eine Interessenbeeinträchtigung, vgl. *MüKo/Oetker*, BGB, § 249, Rn. 16 m.w.N., während „Haftung“ zivilrechtlich als Einstandspflicht zu verstehen ist. *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S. 279 f. unterscheidet nicht scharf und sieht „Nutzen“ in der „Herrschaft über das Unternehmen“ und verwendet „Haftung“ und den „zu tragenden Schaden“ synonym.

hinsichtlich der Betriebe und des Führungspersonals zu, zudem bewirke Haftung, dass Investitionen sorgfältig getätigt werden wodurch die Verschleuderung von Kapital verhindert werde.¹³¹⁰ Könnten aus unternehmerischen Fehlentscheidungen resultierende Verluste durch die Haftungsbeschränkung zum Teil auf die Gläubiger abgewälzt werden, hindere dies den eigentlich angemessenen Marktaustritt des Unternehmens.¹³¹¹ Ferner wirke die unbeschränkte Haftung der Unternehmenskonzentration und Konzernbildung entgegen; die unbeschränkte Haftung bewirke, dass Unternehmenszukäufe nicht aus bloßem Machtstreben erfolgten.¹³¹² Zulässig seien Haftungsbeschränkungen im Gesellschaftsrecht nur dort, wo keine oder nur begrenzte Geschäftsführungsverantwortung des Kapitalgebers bestehe, wie beim Kommanditisten oder Kleinaktionär.¹³¹³

bb) Gleichlauf von Herrschaft und Haftung im deutschen Zivilrecht

Die juristische Dimension des Grundsatzes des Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung beschränkt sich nicht auf die Diskussion über die Legitimität von institutionellen Haftungsbeschränkungen in Form juristischer Personen.¹³¹⁴ Vielmehr findet sich das Prinzip, wie *Fischinger* aufzeigt, zwar nicht ohne Durchbrechungen¹³¹⁵, aber doch in etlichen Bereichen des deutschen Zivilrechts wieder.¹³¹⁶ Genannt seien als gesellschaftsrechtliche Beispiele die OHG und die KG: Bei ersterer haften die geschäftsführenden und vertretungsberechtigten Gesellschafter unbeschränkt mit ihrem privaten Vermögen¹³¹⁷, bei letzterer haften die von der Geschäftsführung aus-

1310 *Eucken*, Grundätze der Wirtschaftspolitik, S. 280; *Immenga*, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S. 118.

1311 *Immenga*, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S. 118.

1312 *Eucken*, Grundätze der Wirtschaftspolitik, S. 280; *Immenga*, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S. 118.

1313 *Eucken*, Grundätze der Wirtschaftspolitik, S. 281.

1314 S. aus der jüngeren Vergangenheit zur Frage der Legitimität des § 13 Abs. 2 GmbHG *Fischinger*, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, S. 245 ff.

1315 Vgl. *Fischinger*, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, S. 280 ff., der u.a. auf die Billigkeitshaftung nach § 829 BGB, vertragliche Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, das Spruchrichterprivileg des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB und Haftungshöchstsummen verweist.

1316 *Fischinger*, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, S. 278 ff.

1317 Vgl. §§ 114 Abs. 1, 115 Abs. 1, 128 S. 1 HGB.

geschlossenen Kommanditisten lediglich beschränkt auf ihre Einlage.¹³¹⁸ Daneben findet die Korrespondenz von Herrschaft und Haftung auch im Deliktsrecht in Gestalt der §§ 827, 828 BGB Niederschlag, wonach ein gewisses Maß an Beherrschbarkeit des Risikos die Voraussetzung ist, um die Haftungsfolge zu begründen.¹³¹⁹ Das BGB sieht allgemein dann die persönliche Verantwortlichkeit vor, wenn man aus freiem Willen mit anderen kontrahiert oder wenigstens fahrlässig andere schädigt.¹³²⁰

Mitunter wird der Grundsatz des Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung als „rechtsethisches Postulat“¹³²¹ oder gar als „wichtiges Element der sozialen Ordnung“¹³²² verstanden. Eine Antwort auf die Frage, inwieweit sich aus diesen Klassifizierungen rechtsverbindliche Folgen deduzieren lassen, muss man an dieser Stelle schuldig bleiben. Jedenfalls lässt sich, wie *Fischinger* darlegt, dem Prinzip des Gleichklangs von Herrschaft und Haftung aus guten Gründen keine Geltung als bindendes Prinzip zusprechen.¹³²³ Gleichwohl wird man in Anbetracht der mannigfaltigen Verwirklichung des Prinzips nicht von der Hand weisen können, dass es einen der dogmatischen „Grundpfeiler“ des deutschen Zivilrechts darstellt.¹³²⁴

b) Verwirklichung des Grundsatzes in § 60 InsO

Es wurde bereits dargelegt, dass § 60 InsO dem Schutz der Beteiligten dient. Dieser Schutz adressiert nicht deren allgemeine Risiken, sondern soll speziell solche Risiken ausgleichen, die sich aus den weitreichenden Befugnissen des Verwalters ergeben. Der dem Verwalter gewährte umfassende und unabhängige Handlungsrahmen, der, mit vergleichendem Blick auf die USA, als Charakteristikum des deutschen Insolvenzverfahrens gelten darf¹³²⁵, bietet die Möglichkeit einer schlanken, an gerichtlicher Einmischung armen Verwaltung, birgt aber zugleich ein erhebliches Vermögensrisiko für die Beteiligten. Weil die Gerichts- und Gläubigeraufsicht diesem nur begrenzt begegnen kann, soll die persönliche Haftung als

1318 Vgl. §§ 164, 167 Abs. 3, 170, 171 Abs. 1 HGB; zum Ganzen *Immenga*, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S. 119 f.

1319 *Fischinger*, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, S. 279.

1320 *Fischinger*, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, S. 280.

1321 *Marotzke*, KTS 2014, 113, 114.

1322 *Immenga*, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S. 119.

1323 Vgl. *Fischinger*, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, S. 276 ff.

1324 So *Fischinger*, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, S. 282.

1325 Vgl. hierzu oben Kap. 2 C.IV.

„Korrelat“ dienen, indem Handlungsmacht und Haftungsverantwortung zusammengebracht werden.¹³²⁶

Diese Zweckerwägungen und das Prinzip, dass derjenige, der über Handlungsmacht verfügt, auch die Folgen seines Handelns zu tragen hat, sind augenscheinlich kongruent. Die Insolvenzordnung versieht den Verwalter in den Grenzen der Insolvenzzwecke simultan mit umfangreicher und unbeeinflusster Handlungsmacht sowie mit der weitgehend unbeschränkten persönlichen Haftungsverantwortung durch § 60 Abs. 1 InsO. Auch der BGH verwies jüngst implizit auf den Grundsatz des Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung, indem er zur Haftung der Geschäftsleitung in der Eigenverwaltung analog §§ 60, 61 InsO betonte, dass es einem allgemeinen Grundsatz entspreche, „dass jeder, der über erhebliche Herrschafts- und Einflussmöglichkeiten verfügt, im Falle eines Fehlgebrauchs einer persönlichen Haftung zu unterwerfen ist.“¹³²⁷ Im Ergebnis spricht deshalb viel dafür, den Gleichlauf von Herrschaft und Haftung, losgelöst von ordoliberalen Erwägungen, als einen in § 60 InsO verwirklichten bzw. von dessen *telos* umfassten Rechtsgrundsatz zu betrachten.¹³²⁸

c) Deduktionen für Umfang und Beschränkbarkeit der Verwalterhaftung

Es verbleibt zu klären, was sich hieraus für die zweckadäquate Anwendung des § 60 InsO ableiten lässt. An dieser Stelle sind Erwartungen an konkrete Direktiven erheblich zu dämpfen, denn exakte Kenngrößen von Handlungsmacht und Haftung sind naturgemäß kaum bestimmbar. Möglich ist im Kontext der Verwalterhaftung nicht mehr – aber auch nicht weniger – als eine näherungsweise Bestimmung des vom Verwalter zu tragenden Haftungsrisikos.

In Anbetracht der weitgehenden Befugnisse des Verwalters streitet neben dem Normtext des § 60 InsO auch die zweckadäquate Auslegung für eine haftungsbetonte Grundtendenz. Wann immer haftungsauslösendes Verhalten Ausfluss eigener Steuerungsbefugnisse des Verwalters ist, muss grundsätzlich die persönliche Haftung die Folge sein, damit sich Herrschaft und Haftung im Gleichklang befinden. Negativ lässt sich ableiten, dass die Verwalterhaftung beschränkt sein muss, wenn nicht (nur)

1326 Vgl. oben Kap. 3 A.I.3.a).

1327 BGH NZI 2018, 519, 521, Rn. 29.

1328 Im Ergebnis auch *Marotzke*, KTS 2014, 113, 115 f.; *Schaal*, Haftung der Geschäftsführungsorgane, S. 135, 256 ff.

die ausgeübten Verwalterbefugnisse, sondern die Einwirkung Dritter oder des Geschädigten (mit-)ursächlich für die Schadensverursachung war. Andernfalls unterläge der Verwalter einer Haftung ohne korrespondierende Herrschaft. § 60 InsO ist so auszulegen, dass keine Schutzlücken der Beteiligten aufgrund von Divergenzen zwischen Handlungsmacht und Haftungsverantwortung bestehen. Beschränkungen der Verwalterhaftung sind denkbar, sie müssen aber mit abgesenkten Befugnissen des Verwalters bzw. angehobenen Einwirkungsmöglichkeiten anderer Beteiligter erkaufte werden.¹³²⁹

Weiterhin ist zu überlegen, unter welchen Voraussetzungen Ausnahmen vom Gleichlauf von Herrschaft und Haftung möglich sind. Da die Regel primär eine Grundtendenz zum Haftungsumfang konstituiert und auch im allgemeinen Zivilrecht Ausnahmen vom Grundsatz bestehen, sind Durchbrechungsmöglichkeiten auch im Rahmen der Verwalterhaftung naheliegend.

Sie könnten geboten sein, falls der Insolvenzszweck (§ 1 S. 1 InsO) es erfordert, da § 60 InsO in seinem Sinne anzuwenden ist. Die Haftung nach § 60 Abs. 1 S. 1 InsO könnte z.B. dann bei umfassender Handlungsmacht des Verwalters zu beschränken sein, wenn dadurch das Ziel der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung gefördert wird. Zu bedenken ist, dass § 60 InsO nicht die unbeschränkte Verwalterhaftung fordert, sondern das Haftungsrisiko einer angemessenen Eingrenzung bedarf, um nachteilige Steuerungseffekte zu vermeiden.¹³³⁰ Zu diesen zählt z.B. eine Prädeterminierung des Verwalters auf passives Verhalten und die damit einhergehende faktische Unterbindung der (zeitweisen) Betriebsfortführung, wenn diese höhere Erlöse für die Gläubiger verspricht.¹³³¹ Daneben könnte auch das Interesse der Beteiligten für eine Reduktion der Haftung bei gleichbleibender Handlungsmacht sprechen. Die Haftung dient dem Schutz ihres Vermögens und gleicht ihre aus dem Verwaltereinsatz resultierenden Risiken aus. Sofern das Absenken des Haftungsniveaus zu Gunsten des Verwalters dem Interesse der Gesamtheit der Beteiligten entspräche, was

1329 Zu dieser Feststellung passen die Ausführungen von *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 72, in denen er andeutet, dass dem Verwalter der Haftungsfreiraum durch die *Business Judgment Rule* dann zugutekommen könnte, wenn den Gläubigern alternative Kontrollmechanismen, konkret die Wahl und Abwahl des Verwalters, zustünden. Hier wird die Haftungserleichterung für den Verwalter mit der Anhebung der Einflussmöglichkeiten der Beteiligten begründet. Vgl. hierzu unten Kap. 4 B.III.2.b).

1330 Vgl. oben Kap. 4 A.II.2.

1331 Vgl. hierzu oben Kap. 4 A.I.1.

zwar denkbar ist, praktisch aber nur selten der Fall sein wird, könnte die Durchbrechung des Gleichklangs von Herrschaft und Haftung geboten sein.

4. Funktionaler Zusammenhang von Haftung, Versicherung und Vergütung

Bei der Frage nach den Grundsätzen zur Bestimmung des Haftungsrisikos ist der Blick auf die Vergütung des Verwalters¹³³² geboten, weil sie den Anreiz für die Übernahme des Amtes und den ökonomischen Ausgleich bzw. die „Prämie“¹³³³ für die Risikotragung darstellt.¹³³⁴ Entsprechendes gilt für seine Haftpflichtversicherung, denn mit ihr können die wirtschaftlichen Folgen der Risikoübernahme abgedeckt werden.¹³³⁵

a) Versicherung

Der Versicherungsschutz des Verwalters¹³³⁶ erfüllt eine Doppelfunktion: Er gewährleistet die Leistungsfähigkeit des Verwalters, was Voraussetzung für die Erfüllung der Vermögensschutzzfunktion des § 60 InsO ist, zugleich verhindert er, dass die persönliche Inanspruchnahme wegen Schadenersatzes gravierende wirtschaftliche Auswirkungen für den Verwalter hat. Negative Folgen für das private Vermögen aus dem umfassenden Haftungsrisiko werden damit weitgehend abgesichert. Der Versicherbarkeit des Haftungsrisikos ist insoweit bei der Bestimmung der Reichweite der persönlichen Haftung Rechnung zu tragen. Dabei sprechen die „faktische Versicherungspflicht“¹³³⁷ und § 4 Abs. 3 InsVV für eine Risikoverteilung zu Lasten des Verwalters.¹³³⁸

1332 Vgl. §§ 63 Abs. 1 InsO, 1 ff. InsVV.

1333 *Jacoby*, Das Private Amt. S. 592.

1334 So bereits im Zusammenhang mit dem Haftungsrisiko aufgrund der Unternehmensfortführung *Stüdemann*, FS 100 Jahre KO, S. 401, 440.

1335 Vgl. zu beiden Aspekten im Zusammenhang mit der Haftung des Konkursverwalters, jedoch krit. zu Höhe der Vergütung, *Hanisch*, Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, S. 140; vgl. auch *K. Schmidt*, KTS 1976, 191, 195; *Jacoby*, Das private Amt, S. 592.

1336 Vgl. hierzu oben Kap. 3 A.I.3.b)cc)(1).

1337 Vgl. oben Kap. 3 A.I.3.b)cc)(2).

1338 Vgl. *Jacoby*, Das Private Amt. S. 592 f.

b) Vergütung

Der Verwalter hat einen verfassungsrechtlich geschützten Anspruch auf eine angemessene Vergütung¹³³⁹; es wäre nicht mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar, ihn zur Erfüllung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe heranzuziehen, ohne ihm eine angemessene Kompensation zukommen zu lassen.¹³⁴⁰ Eine Verwirkung des Gebührenanspruchs kommt, anders als in den USA, nur in Ausnahmefällen, z.B. bei gravierendem Fehlverhalten, in Betracht.¹³⁴¹ Die Höhe der Vergütung wird anhand des Wertes der Insolvenzmasse zur Zeit der Beendigung des Verfahrens berechnet.¹³⁴² Besonderen Schwierigkeiten im Rahmen der Geschäftsführung des Verwalters wird gem. § 63 Abs. 1 S. 3 InsO durch Abweichungen von der Regelvergütung Rechnung getragen.¹³⁴³ Hierdurch werden z.B. große Verfahren, bei denen die degressive Regelvergütung keine angemessene Gegenleistung für den erhöhten Arbeitsaufwand des Verwalters darstellt, oder die potentiell haftungsträchtige Unternehmensfortführung in Form von Zuschlägen vergütungsrechtlich zu Gunsten des Verwalters berücksichtigt.¹³⁴⁴ Der Vergütungsanreiz kann somit auch bei steigender Haftungsgefahr erhalten werden.¹³⁴⁵ Der Katalog in § 3 Abs. 1 InsVV ist nicht abschließend, sodass weitere Aspekte, die den Umfang und die Schwierigkeit der Geschäftsführung für den Verwalter erhöhen, bei seiner Vergütung zwingend Beachtung finden.¹³⁴⁶ Das Vergütungssystem ist damit in der Lage, Besonderheiten des Verfahrens angemessen zu begegnen und den Verwalter dynamisch auch für gesteigerte Risiken zu entlasten. Einer grundsätzlich umfangreichen Haftung des Verwalters steht damit eine Gegenleistung in Form der Vergütung gegenüber.¹³⁴⁷ Mit Blick auf § 60 InsO ist sie als Risikoausgleich zu betrachten und bei Auslegung der Norm zu berücksichtigen.¹³⁴⁸

1339 Er beruht auf Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG, vgl. Uhlenbruck/*Mock*, § 63, Rn. 5.

1340 BGH NJW 1992, 692, 693; BGH NJW 2004, 1957, 1959.

1341 Vgl. Uhlenbruck/*Mock*, § 63, Rn. 50 m.w.N.; vgl. auch oben Kap. 3 B.II.2.b)bb).

1342 § 63 Abs. 1 S. 2 InsO.

1343 S. zur Kritik an der veränderten vergütungsrechtlichen Lage nach Inkrafttreten der InsO Jaeger/*Schilken*, § 63, Rn. 42.

1344 Vgl. § 3 Abs. 1 b), c) InsVV; vgl. auch *Lissner*, DZWIR 2013, 159, 162.

1345 Ähnlich Meyer-Löwy/*Poertzgen*, ZInsO 2004, 363, 366.

1346 Vgl. Jaeger/*Schilken*, § 63, Rn. 46 f.

1347 *Lissner*, DZWIR 2013, 159, 161.

1348 Vgl. *Jacoby*, Das Private Amt, S. 592.

5. Fazit

Die gesetzliche Anordnung in § 60 Abs. 1 S. 1 InsO und die weitgehende Abwesenheit kodifizierter Haftungsschranken indizieren die umfassende Verantwortlichkeit des Verwalters und eine haftungsbetonte Grundtendenz bei der Normenanwendung. Hierfür spricht auch ihr *telos*: Eine zweckadäquate Anwendung des § 60 InsO fordert, dass keine Schutzlücken zu Lasten der Beteiligten bestehen. Im Einklang mit der umfassenden Verwalterautonomie muss auch die Haftungsbelastung stehen. Haftungsbeschränkungen müssen grundsätzlich mit einem abgesenkten Schutzbedarf bzw. dem Interesse oder eigenen Einwirkungsmöglichkeiten der Beteiligten einhergehen. Als Ausgleich für das übernommene Risiko steht dem Verwalter eine Vergütung zu, die die Besonderheiten haftungsträchtiger Verfahren berücksichtigt. Zusätzlich hierzu kann der Verwalter sich gegen die meisten Risiken durch eine Haftpflichtversicherung schützen. Ungeachtet der Grundausrichtung ist die Haftung im Rahmen des § 60 InsO nicht schrankenlos. Einhegungen des Haftungsrisikos haben dann zu erfolgen, wenn die insolvenzzweckkonforme Verfahrensabwicklung oder die Stellung des Verwalters im Verfahren es gebieten.

III. Divergierende Prämissen im U.S.-amerikanischen Insolvenzrecht

Auch für das U.S.-amerikanische Recht sind die Rahmenbedingungen zu beleuchten, die für die Risikotragung des *trustee* von Bedeutung sind. Dies gilt umso mehr, als die bisherige Untersuchung teils erhebliche Unterschiede zwischen beiden Rechtsordnungen im Hinblick auf die Verfahrensabwicklung gezeigt hat.

1. Hohe Kontrolldichte *ex ante*

Der Bereich, in dem der *trustee* unabhängig verbindliche Entscheidungen treffen kann, ist weit eingeschränkter als der des deutschen Verwalters. Korrespondierend sind die Einwirkungsmöglichkeiten der Gläubiger und des Gerichts umfangreicher.¹³⁴⁹ Hierauf aufbauend wurde die Hypothese aufgestellt, dass der Haftung für *breach of duty* als Steuerungs- und Schutzinstrument ein im Vergleich zu dem deutschen Insolvenzrecht geringeres

1349 Vgl. oben Kap. 2 C.IV.

Gewicht innerhalb der Verfahrensstruktur zukommen müsste.¹³⁵⁰ Sofern auch im Insolvenzverfahren der USA Einwirkungsmacht und Haftungsverantwortung im Gleichklang stehen, wäre zu erwarten, dass das über die insolvenzspezifische Haftung vermittelte Risiko des *trustee* geringer als das des deutschen Verwalters bzw. auf andere Verfahrensakteure verlagert ist.¹³⁵¹

Von besonderem Interesse für den Vergleich sind die Stellschrauben, anhand derer eine (vermutete) Haftungsbegrenzung vorgenommen wird, insbesondere, weil das Aufgabenprogramm des *trustee*, kumuliert man die Tätigkeiten unter *Chapter 7* und *Chapter 11*, dem des deutschen Verwalters stark ähnelt.¹³⁵² Auch der *trustee* hat potentiell haftungsträchtige Ermessensentscheidungen zu treffen und mitunter den Schuldnerbetrieb mit nur kurzer Einarbeitungszeit und oft unzureichenden Informationen fortzuführen.

2. Nähe des Amtes zum Insolvenzgericht

Im Verhältnis zu den *beneficiaries* kommt dem *trustee* kein über die *immunity analysis* vermittelter Haftungsschutz zu. Er ist ihnen gegenüber als Treuhänder grundsätzlich vollumfänglich verantwortlich.¹³⁵³ Gleichwohl ist das Amt des *trustee* durch eine vergleichsweise enge verfahrensorganisatorische Angliederung an den Insolvenzrichter gekennzeichnet¹³⁵⁴, der im *common law* der USA mit einer weitgehenden Haftungsimmunität versehen ist. Insolvenzgerichtliche Anordnungen zu Verwaltungsmaßnahmen hat der *trustee* auszuführen. Für die Risikotragung des *trustee* ist deshalb zu erwarten, dass sie in den Fällen beschränkt ist, in denen das Insolvenzgericht auf die Verwaltung einwirkt bzw. Entscheidungen in Streitfällen über Verwaltungsmaßnahmen trifft.

1350 Vgl. oben Kap. 3 C.II.3.b).

1351 R. McCullough, 103. Com. L.J. 123, 135 (1998) vertritt z.B., dass aufgrund der hohen Kontrolldichte der *trustee* nur einer Haftung für Vorsatz unterliegen sollte.

1352 Vgl. oben Kap. 2 C.II.

1353 Vgl. oben Kap. 3 B.III.2.c)bb).

1354 Vgl. oben Kap. 2 C.III.2.

3. Vergleichsweise geringer Vergütungsanreiz

Auch der *bankruptcy trustee* hat einen Anspruch auf eine angemessene Vergütung für seine Tätigkeit und auf die Erstattung von Auslagen.¹³⁵⁵ Bei *trustees* im Verfahren nach *Chapter 11* richtet sich die gerichtlich zu bestimmende Angemessenheit der Vergütung u.a. danach, wie viel Arbeitszeit anfiel, welche Gebühren der *trustee* für seine Tätigkeit veranschlagt, ob die zu vergütenden Tätigkeiten notwendig und vorteilhaft für die Verwaltung waren und ob sie der Komplexität der Aufgabe entsprachen.¹³⁵⁶ Der Vergütungsanspruch unterliegt jedoch einer strengen, im Vergleich zur Regelvergütung des deutschen Verwalters unattraktiven Limitierung, die anhand der durch den *trustee* an die Gläubiger verteilten Masse berechnet wird.¹³⁵⁷ Gerichte dürfen das gesetzliche Vergütungslimit, das auch keine Zuschläge für die risikoträchtige Tätigkeiten wie die Unternehmensfortführung bereithält, nicht überschreiten.¹³⁵⁸ Zudem besteht auch kein Anspruch, stets die maximal mögliche Vergütung zu erhalten.¹³⁵⁹ Zwar kann auch eine geringere Vergütung Anreizwirkung haben¹³⁶⁰, diese kann sich in der Regel aber nur bei entsprechend geringem Haftungsrisiko entfalten. Folglich begründet auch der Vergütungsaspekt die Erwartung, dass die persönliche Haftung des *trustee* beschränkter sein muss als die des deutschen Verwalters.¹³⁶¹

1355 11 U.S.C. § 330 (a) (1), FRBP 2016 (a); s. zur Vergütungslage bei Masseinsuffizienz *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 326.02 [1] [c]; der DIP selbst hat keinen Vergütungsanspruch unter dem *Bankruptcy Code*, vgl. 11 U.S.C. § 1107 (a), jedoch kann das Management gem. 11 U.S.C. §§ 327 (a), 330 (a) angestellt und vergütet werden, vgl. In re Crouse Group, Inc., 75 B.R. 553 (Bankr. E.D. Pa. 1987).

1356 11 U.S.C. § 330 (a) (3).

1357 Vgl. die Prozentsätze für die Regelvergütung des Verwalters nach § 2 InsVV im Vergleich denen in 11 U.S.C. § 326 (a).

1358 Vgl. hierzu *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 326.02 [1] [d].

1359 *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 330.02 [1].

1360 Die Anhebung auf die gegenwärtig gültigen Obergrenzen für die Vergütung geschah vor dem Hintergrund der Gewinnung geeigneter Amtskandidaten, denen meist höhere Vergütungen in der Privatwirtschaft offenstehen, vgl. *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 326.LH [6].

1361 Mitunter wird die geringe Vergütung als Begründung für Haftungsbeschränkungen zu Gunsten des *trustee* ins Feld geführt, vgl. *Radwan*, 35 Conn. L. Rev. 525, 543 (2003).

4. Fehlen eines kodifizierten Haftungsrahmens

Für die persönliche Haftung des *trustee* existiert kein gesetzlich festgelegter Rahmen. Zwar bedeutet dieser formelle Aspekt weder, dass kein einheitliches Haftungsrecht bestehen kann, noch, dass die Haftung besonders beschränkt sein muss, allerdings ist der Raum für gerichtliche Interpretationen und Erwägungen zur Risikotragung tendenziell größer, als wenn eine gesetzliche Haftungsnorm die Grenzen definiert. Hinzu kommt, dass der U.S. Supreme Court mit *Mosser v. Darrow* zwar den Grundstein für das Recht der Verwalterhaftung gelegt hat¹³⁶², jedoch nicht vermocht hat, hiermit auch eine einheitliche Judikatur bezüglich des an den *trustee* zu stellenden Sorgfaltsmaßstabes zu befördern. Diese Situation bietet der Verwirklichung autonomer gerichtlicher Vorstellungen von einer angemessenen Risikotragung des *trustee* ein weites Feld, was die nachfolgende Untersuchung der Haftungs Voraussetzung aufzeigen wird.

B. Vergleichende Untersuchung der Anspruchsvoraussetzungen

Die Tatbestandsvoraussetzungen des Schadensersatzanspruchs bestimmen Umfang und zugleich (anspruchsinhärente) Schranken der Haftung.¹³⁶³ Ihr materieller Regelungsgehalt ist ein Indikator für das vom Verwalter zu tragende Risiko, damit gebietet sich die Betrachtung des Kreises der potentiellen Anspruchsgläubiger, des Pflichtenumfangs, des Sorgfaltsmaßstabes, der Einstandspflicht für Dritte, des Umfang des zu ersetzenden Schadens sowie der Modalitäten zur Anspruchsgeltendmachung. Im Folgenden werden diese Merkmale des § 60 InsO im Lichte der herausgearbeiteten Grundsätze zur Zweckadäquanz dargelegt und denen des strukturell ähnlichen Schadensersatzanspruchs wegen *breach of fiduciary duty* gegenübergestellt. Beleuchtet werden hierbei die systematischen und materiellen Gemeinsamkeiten und Unterschiede in beiden Rechtsordnungen, mit besonderem Fokus auf dem Umfang und den Schranken der Haftung.

1362 Vgl. oben Kap. 3 B.II.2.a).

1363 Zum Begriff der materiell-rechtlichen Haftungsbeschränkung *Bruns*, Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung, S. 3.

I. Der Kreis potentieller Anspruchsgläubiger

Der Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung insolvenzspezifischer bzw. treuhänderischer Pflichten steht in beiden Rechtsordnungen nicht jedermann, sondern nur einem bestimmten Personenkreis zu, nämlich den Beteiligten bzw. den *beneficiaries*. Hinsichtlich deren jeweiliger Qualifikation unterscheiden sich beide Rechtsordnungen.

1. Begriff des Beteiligten

Nach § 60 Abs. 1 S. 1 InsO ist der Insolvenzverwalter den Beteiligten zum Schadensersatz verpflichtet. Im Folgenden wird ein kurzer Überblick über die Auslegungshistorie des Beteiligtenbegriffs unter § 82 KO gegeben, um im Anschluss den rechtlichen *status quo* zu beleuchten.

a) Überblick über die Entwicklung der Rechtsprechung zu § 82 KO

Die Auslegung des bereits in § 82 KO verwendeten Begriffs hat im Laufe der Zeit erhebliche Veränderungen erfahren.¹³⁶⁴ Das Reichsgericht legte zu Beginn einen formellen Beteiligtenbegriff zugrunde, der sich an § 9 ZVG orientierte, was vor dem legislatorischen Kontext, in dem sich § 82 KO als Nachbildung des § 154 S. 1 ZVG zeigt, zu bewerten ist; Beteiligte i.S.d. § 82 KO waren daher nur diejenigen, denen als formelle Teilnehmer des Konkursverfahrens eigene Rechtspositionen eingeräumt waren.¹³⁶⁵

In der Folgezeit ging die höchstrichterliche Rechtsprechung von einem materiell bestimmten¹³⁶⁶ und sehr weit gefassten Beteiligtenbegriff des § 82 KO aus, der auch Verhandlungs- und Vertragspartner des Verwalters, also solche Personen, die durch Vertragsschluss Massegläubiger wurden, umfasste.¹³⁶⁷ Eine Unterscheidung der Beteiligtenstellung zwischen Altgläubigern und nach Verfahrenseröffnung neu hinzutretenden Massegläu-

1364 Vgl. eingehend hierzu *Lüke*, Konkursverwalterhaftung, S. 29 ff.

1365 Vgl. RGZ 74, 258, 259 ff.; Jaeger/*Gerhardt*, § 60, Rn. 21.

1366 Vgl. RGZ 144, 179, 181 f.; RGZ 149, 182, 185; hierzu *Lüke*, Konkursverwalterhaftung, S. 31 f.

1367 Vgl. RGZ 144, 179, 181 f.; BGH NJW 1973, 1043; BGH ZIP 1982, 1458, 1459; Jaeger/*Gerhardt*, § 60, Rn. 2.

bigern fand nicht statt.¹³⁶⁸ Folge dessen war ein hohes Haftungsrisiko, gerade in Fällen der Betriebsfortführung, denn der Verwalter verstieß gegen Pflichten i.S.d. § 82 KO, wenn er Masseansprüche begründete, deren Erfüllung aufgrund insuffizienten Massevermögens ausfiel.¹³⁶⁹ Er wurde damit zum persönlichen Träger des wirtschaftlichen Risikos der Unternehmensfortführung.¹³⁷⁰

Mit einer späteren Entscheidung des BGH¹³⁷¹ begann eine umfassende Änderung der Rechtsprechung.¹³⁷² Der Pflichtenkreis des Verwalters wurde auf die „konkursspezifischen“ begrenzt, „Pflichten, die dem Verwalter der Konkursmasse wie jedem Vertreter fremder Interessen gegenüber seinem Geschäftspartner bei oder nach Vertragsschluß obliegen“, waren davon nicht mehr umfasst.¹³⁷³ Bei Verletzung derartiger Pflichten hafte laut BGH in der Regel der Vertretene, also die Masse; deren Geschäftspartner seien durch Verfahrenseröffnung gewarnt und könnten das damit verbundene Risiko selbst abschätzen.¹³⁷⁴ Eine Haftung des Verwalters käme dann lediglich aus allgemeinen Regeln in Betracht, nämlich wenn er eigene Pflichten übernommen hätte, einen Vertrauenstatbestand begründet oder eine unerlaubte Handlung begangen hätte.¹³⁷⁵ Mit der Eingrenzung des Pflichtenbegriffs beschnitt der BGH auch den Beteiligtenbegriff, denn Beteiligter war nur derjenige, demgegenüber die konkurspezifischen Pflichten bestanden.¹³⁷⁶

1368 *Pape*, ZInsO 2003, 1013, 1014.

1369 Vgl. BGH NJW 1958, 1351 mit Verweis auf *Weber*, FS Lent, S. 301, 314 f.; BGH NJW 1973, 1043; BGH NJW 1980, 55, 56; krit. hierzu bereits *Baur*, GS Bruns, S. 241, 248 ff.; *Jaeger/Gerhardt*, § 60, Rn. 3.

1370 Vgl. BGH NJW 1973, 1043; *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 58 f.

1371 BGH ZIP 1987, 115.

1372 *Jaeger/Gerhardt*, § 60, Rn. 5; *K/P/B/Lücke*, § 60, Rn. 3.

1373 Vgl. BGH ZIP 1987, 115, 117 (Haftung des Verwalters für die Begründung von Masseverbindlichkeiten im Rahmen der Betriebsfortführung), unter Bezugnahme auf u.a. *Baur*, GS Bruns, S. 241 f.

1374 Vgl. BGH ZIP 1987, 650, 652 (Haftung des Verwalters für die Verletzung von Aufklärungspflichten).

1375 BGH ZIP 1987, 650, 653.

1376 Vgl. BGH ZIP 1987, 115, 117; BGH ZIP 1987, 650, 652; *Pape*, ZInsO 2003, 1013, 1014; *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 59.

b) Der Beteiligtenbegriff des § 60 Abs. 1 S. 1 InsO

An der bereits zu § 82 KO vorgenommenen materiell-rechtlichen Auslegung des Beteiligtenbegriffs hat sich nach Einführung des § 60 InsO nichts geändert: Beteiligte im Sinne des § 60 Abs. 1 S. 1 InsO sind diejenigen, denen gegenüber der Verwalter insolvenzspezifische Pflichten zu erfüllen hat und deren Interessen durch die Verletzung dieser Pflichten berührt werden können.¹³⁷⁷ Das maßgebliche, strikte Korrespondenzverhältnis von Beteiligtenstellung und Verwalterpflichten verdeutlicht, dass dem Beteiligtenbegriff keine eigenständige Bedeutung als Voraussetzung des § 60 Abs. 1 S. 1 InsO zukommt.¹³⁷⁸ Er hat folglich keine haftungsbegrenzende Funktion.¹³⁷⁹

Da der materielle Beteiligtenbegriff sich nach den insolvenzspezifischen Pflichten richtet, was hinsichtlich der Anspruchsgläubigerstellung eine Einzelfallbetrachtung erforderlich macht, ist die Benennung eines „gesicherten Katalogs“¹³⁸⁰ von Beteiligten nicht angezeigt. Praktisch am häufigsten sind aber Fälle, die den Insolvenzschuldner, Insolvenz- und Massegläubiger sowie Aus- und Absonderungsberechtigte als Beteiligte involvieren.¹³⁸¹ Neumassegläubiger sind nach der *ratio* des § 60 Abs. 1 S. 1 InsO keine Beteiligten, denn ihnen gegenüber bestehen keine insolvenzspezifischen Pflichten.¹³⁸²

2. *Beneficiaries of the estate*

Beneficiaries of the estate sind diejenigen, an die potentiell Massevermögen zu verteilen ist.¹³⁸³ Ausschließlich ihnen gegenüber besteht qua formeller

1377 Klar h.L., vgl. BGH NZI 2006, 350; Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 22; Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 6.37; Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 9; K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 13; Schmidt/Thole, § 60, Rn. 6; zwischen ihnen und dem Verwalter besteht ein gesetzliches Schuldverhältnis, vgl. oben Kap. 3 A.I.2.a), d).

1378 Vgl. K. Schmidt, KTS 1976, 191, 199, 211, der im Rahmen der Amtshaftung (hierzu oben Kap. 3 A.I.2.c) von einem materiellen Beteiligtenbegriff ausgeht; Lüke, Konkursverwalterhaftung, S. 35 f.; Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 22; Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 6.37; K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 13; HK-InsO/Lohmann, § 60, Rn. 6.

1379 Kirschey, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 61.

1380 K. Schmidt, KTS 1976, 191, 199.

1381 Vgl. hierzu Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 10.

1382 Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 11.

1383 Maschmeyer, Handbook for Trustees, P 4.01.

Stellung im Verfahren ein Treuhandverhältnis, in welchem dem *trustee* treuhänderische Pflichten obliegen. Ihr Kreis umfasst den Schuldner, die gesicherten und ungesicherten Gläubiger ungeachtet ihrer Rangordnung, einschließlich Gläubigern von *executory contracts*¹³⁸⁴, sowie die Gesellschafter des Gemeinschuldners.¹³⁸⁵ Andere Personen, die auf sonstige Weise Kontakt zur Masse und Masseverwaltung haben, sind keine *beneficiaries*, sondern *third parties*; ihnen steht mangels treuhänderischer Bindung zum *trustee* kein Anspruch aus *breach of fiduciary duty* zu. Hierzu zählen z.B. Personen, die durch unerlaubte Handlungen des *trustee* geschädigt wurden oder Vertragspartner des *estate*, z.B. Käufer von Vermögensgegenständen.¹³⁸⁶ Auch Eigentümer von Vermögensgegenständen, die fehlerhaft vom *trustee* zur Masse gezogen wurden (denen also nach deutschem Recht ein Aussonderungsrecht zustehen würde), sind mangels treuhänderischer Sonderbindung *third parties* und auf deliktische Ansprüche verwiesen.¹³⁸⁷

3. Ergebnis

Nach dem in Deutschland maßgeblichen Beteiligtenbegriff folgt die Position als potentieller Anspruchsgläubiger der Pflichtenstellung des Verwalters, ihm kommt daher keine eigenständige Bedeutung zu. Gegenteiliges trifft für das U.S.-amerikanische Insolvenzrecht zu: *beneficiaries* sind diejenigen, denen der *Bankruptcy Code* eine Verfahrensstellung zuschreibt und die an der Verteilung des Massevermögens partizipieren. Die Pflichtenstellung des *trustee* folgt bei diesem Verständnis der Verfahrensstellung der Beteiligten, diese definiert den subjektiven Schutzbereich der Haftungsvorschrift. Hiermit geht einher, dass in den USA der Beteiligtenkreis und damit die Vielfalt potentieller Haftungsgläubiger fixiert ist, ferner ist er auch weniger umfangreich als im deutschen Insolvenzrecht. Dem funktionalen Äquivalent des Aussonderungsberechtigten kommt im U.S.-amerikanischen Insolvenzrecht kein insolvenzspezifischer Haftungsanspruch zuge.¹³⁸⁸ Auch ist der Schuldner im Verfahren nach *Chapter 7* nur dann

1384 11 U.S.C. § 365.

1385 Vgl. hierzu oben Kap. 3 B.II.2.b)aa).

1386 Vgl. *Tennsco Corp. v. Estey Metal Products, Inc.*, 200 B.R. 542, 545 (D.N.J. 1996); In re *Cutright*, No. 08-70160-SCS, S. 18 f. (Bankr. E.D. Va. May 30, 2012).

1387 Vgl. zum Ganzen oben Kap. 3 B.II.3.

1388 Die Beteiligtenstellung einzelner Konkursgläubiger, Aussonderungs- und Absonderungsberechtigter war historisch auch im deutschen Insolvenzrecht nicht

ein *beneficiary*, wenn die Masse Überschüsse erzielt. Im Ergebnis wird in den USA über den Beteiligtenbegriff die persönliche Verwalterhaftung in personeller Hinsicht begrenzt.

II. Verletzung besonderer Verwalterpflichten

In beiden Rechtsordnungen ist die Verletzung einer besonderen, dem Verwalter obliegenden Pflicht der Anknüpfungspunkt für dessen persönliche Haftung. Die InsO nennt hierfür die insolvenzspezifische Pflicht des Verwalters, im *common law* der USA sind die *fiduciary duties* des *trustee* maßgeblich. Das Pflichtenprogramm beider Fremdverwalter ähnelt sich.

1. Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten i.S.d. § 60 Abs. 1 S. 1 InsO

a) Begriff der insolvenzspezifischen Pflicht

§ 60 Abs. 1 S. 1 InsO orientiert sich sprachlich und materiell an der zu § 82 KO ergangenen Rechtsprechung zur konkursspezifischen Pflicht. Die Auslegung des Pflichtbegriffs ist in der Literatur umstritten.

aa) Begrenzung der Haftung auf die insolvenzspezifischen Pflichten

Nach § 60 Abs. 1 S. 1 InsO ist der Insolvenzverwalter den Beteiligten zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er Pflichten verletzt, die ihm „nach diesem Gesetz obliegen“. Mit Blick auf die Entwicklung des Beteiligtenbegriffs¹³⁸⁹ wird deutlich, dass der Gesetzgeber sich mit Fassung des § 60 Abs. 1 S. 1 InsO sprachlich an der Rechtsprechung zur Verletzung konkursspezifischer Pflichten orientiert hat¹³⁹⁰: sanktioniert werden soll nur die Verletzung der speziell in der InsO niedergelegten Pflichten.¹³⁹¹ Diese Konkretisierung des Pflichtenkreises stellt, weil solche Pflichten, die dem Verwalter wie jedem Vertreter fremder Interessen Dritten gegenüber oblie-

immer eindeutig geklärt, s. hierzu K. Schmidt, KTS 1976, 191, 196 unter Verweis auf RGZ 34, 26, 29.

1389 Vgl. oben Kap. 4 B.I.1.a).

1390 Vgl. BGH ZIP 1987, 115, 117.

1391 Vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 129; Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 9.

gen oder ihn als Verhandlungs- und Vertragspartner solcher treffen, hiervon ausgenommen sind¹³⁹², zugleich eine gesetzliche Begrenzung der persönlichen Haftung des Verwalters dar.¹³⁹³ Hierdurch soll eine „Ausuferung der Haftung“ vermieden werden.¹³⁹⁴ Abgesehen von der terminologischen Anknüpfung an die zu § 82 KO ergangene Rechtsprechung kommt dem Pflichtenbegriff des § 60 Abs. 1 S. 1 InsO kein weitergehender materieller Gehalt zu.¹³⁹⁵

bb) Auslegung des Pflichtenbegriffs des § 60 Abs. 1 S. 1 InsO

Einigkeit besteht darüber, dass § 60 Abs. 1 S. 1 InsO nur die Verletzung einer insolvenzspezifischen Pflicht durch den Verwalter sanktioniert.¹³⁹⁶ Umstritten ist jedoch, ob lediglich in der InsO normierte Pflichten haftungsbewehrt sind oder ob eine weitere Auslegung geboten ist.

(1) Strenge Wortlautorientierung

Teilweise wird eine eng am Wortlaut des § 60 Abs. 1 S. 1 InsO orientierte Auslegung vertreten. Haftungsbewehrte insolvenzspezifische Pflichten seien nur solche, die explizit in der InsO niedergelegt sind.¹³⁹⁷ Hierfür spreche, neben dem Wortlaut, auch die im Gesetzesentwurf der Bundesre-

1392 Vgl. BGH ZIP 1987, 115, 117; BAG NZI 2013, 284, 287, Rn. 41; dem Grundsatz nach auch BGH NZI 2007, 286, Rn. 7. Zugleich wurde in dieser Entscheidung die Verletzung von Vertragspflichten als gem. § 60 Abs. 1 InsO haftungsbegründend angesehen, sofern hierdurch die Erfüllung von gegenüber dem Vertragspartner bestehenden insolvenzspezifischen Pflichten gefährdet wird.

1393 Vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 129; Meyer-Löwy/Poertzgen, ZInsO 2004, 363, 364.

1394 BT-Drucks. 12/2443, S. 129; BGH NJW 2005, 901, 902; BAG NZI 2013, 284, 287, Rn. 41.

1395 Zum Ganzen Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 9, der von einer „bloßen Klarstellung“ spricht.

1396 Vgl. BGH ZIP 2007, 539; BAG NZI 2013, 284, 287; Lüke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 103; Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 12; Nerlich/Römermann/Rein, § 60, Rn. 18; K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 12; krit. zur Eignung des Begriffs der insolvenzspezifischen Pflicht Zipperer, KTS 2008, 167 ff.

1397 Bönner, Ermessen und Haftung, S. 20 f.; Nerlich/Römermann/Rein, § 60, Rn. 18; Kirschey, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 66; ebenso Andres/Leithaus/Andres, § 60, Rn. 4, der aber anerkennt, dass auch nicht ausdrücklich in der InsO normierte Pflichten, je nach Ergebnis der Einzelfallprüfung, insolvenzspezifische Pflichten i.S.v. § 60 Abs. 1 S. 1 InsO sein können; terminolo-

gierung dargelegte¹³⁹⁸ gesetzgeberische Intention.¹³⁹⁹ Eine Erweiterung des Pflichtenkreises über die InsO hinaus bedeute eine unsachgemäße Ausweitung der persönlichen Verwalterhaftung; diese habe aber gerade durch die Neuregelung des § 60 Abs. 1 S. 1 InsO, dessen Text im Unterschied zu § 82 KO konkret auf das für die Pflichten maßgebliche Rechtsregime verweise, begrenzt werden sollen.¹⁴⁰⁰

(2) Wortlautüberschreitende Auslegung

Andere Stimmen gelangen zu einer weiteren Auslegung und sehen den Kreis haftungsbewehrter insolvenzspezifischer Pflichten nicht auf die konkret in der InsO normierten Pflichten beschränkt.¹⁴⁰¹ Insolvenzspezifische Verwalterpflichten könnten sich auch aus insolvenzrechtlichen Nebengesetzen, allgemeinen Gesetzesregelungen oder gerichtlicher Übertragung ergeben.¹⁴⁰² Nach dieser Ansicht wird der Pflichtenbegriff materiell¹⁴⁰³ bestimmt: Maßgeblich sei allein die Verletzung einer Pflicht, die den Verwalter in seiner Funktion als Amtsträger, also als Amtspflicht, trifft.¹⁴⁰⁴

gisch klingt die strenge Wortlautorientierung auch bei BGH NZI 2016, 580 f., Rn. 14 an.

1398 Vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 129.

1399 Nerlich/Römermann/Rein, § 60, Rn. 18, Fn. 4; Kirschey, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 65 f.

1400 Vgl. Kirschey, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 65 f.

1401 Wohl überwiegende Ansicht, vgl. Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 23; Oldiges, Haftung unter der Business Judgment Rule, S. 76; Schmidt/Thole, § 60, Rn. 7; K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 12; MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 1a; Pape, ZInsO 2019, 2033, 2035; ähnlich, für einen auf das gesamte Insolvenzrecht bezogenen Pflichtwidrigkeitsmaßstab, Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 6.39; im Ergebnis ebenfalls die reine Wortlautorientierung verlassend BGH NZI 2007, 286, Rn. 7, hierzu Kirschey, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 64 f.

1402 Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 23; Schmidt/Thole, § 60, Rn. 7, der auch ungeschriebene Amtspflichten miteinbezieht; K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 12, mit Verweis auf OLG Hamm, OLGR Hamm 2008, 364, 365, wo die auf den Treuhänder übertragene (§ 8 Abs. 3 InsO) Pflicht zur Zustellung des Eröffnungsbeschlusses gem. § 30 Abs. 2 InsO als nach § 60 Abs. 1 S. 1 InsO haftungsbewehrte insolvenzspezifische Pflicht qualifiziert wurde; hierzu auch Jaeger/Gerhardt, § 8, Rn. 12.

1403 MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 1a.

1404 Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 23; Schmidt/Thole, § 60, Rn. 7; Pape, ZInsO 2019, 2033, 2035; fehlt geht der Hinweis von Kirschey, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 64, Fn. 433, dass Gerhardt, a.a.O., sich in seiner Kommentierung zu arbeits- und sozialrechtlichen Pflichten des Verwalters selbst widerspreche.

Es müsse bei der Pflichtenbestimmung danach geschaut werden, ob die verletzte Pflicht dem Risikoschutz der Beteiligten diene.¹⁴⁰⁵

(3) Übertragung der Grundsätze des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte

Eine weitere Ansicht bestimmt die Insolvenzspezifität anhand der für die Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte entwickelten Voraussetzungen.¹⁴⁰⁶ Abgestellt wird auf die Merkmale Leistungsnähe, Schutzbedürftigkeit und Erkennbarkeit.¹⁴⁰⁷ Maßgeblich für die Einbeziehung in den Schutzbereich einer insolvenzspezifischen Pflicht sei unter anderem, ob das Insolvenzverfahren zu Einschnitten in den Rechtskreis des Beteiligten führe.¹⁴⁰⁸

(4) Stellungnahme

Zunächst ist festzuhalten, dass der Pflichtenkreis des Verwalters nicht auf solche Pflichten beschränkt sein kann, die sich im Text der InsO formell als solche lesen, d.h. dem Verwalter ein konkretes Handeln gebieten oder verbieten, denn dann wäre kaum begründbar, warum die masseschmälernde Nichtausübung einer dem Verwalter zustehenden Befugnis (z.B. Anfechtungsrechte nach §§ 129 ff. InsO) eine haftungsbegründende Pflichtverletzung darstellen soll.¹⁴⁰⁹ Dieses Ergebnis wird auch von der streng wortautorientierten Ansicht nicht gefordert sein. Dieser Ansicht ist im Übrigen zu konzedieren, dass der Wortlaut des § 60 Abs. 1 S. 1 InsO für die Annahme von Pflichten außerhalb der InsO kaum Raum lässt.¹⁴¹⁰ Ferner ergibt sich zweifelsohne der ganz überwiegende Anteil der insol-

Gerhardt sieht (a.a.O.) nach seiner Auslegung des Pflichtenbegriffs *keine* Notwendigkeit, diese Pflichten als insolvenzspezifisch zu klassifizieren und ist insoweit konsistent mit seinen Ausführungen a.a.O., Rn. 98.

1405 Vgl. K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 12; MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 1a.

1406 Bislang nur *Kirchhof*, Haftung gegenüber den Absonderungsberechtigten, S. 85 ff.

1407 *Kirchhof*, a.a.O., S. 86 ff.

1408 *Kirchhof*, a.a.O., S. 90.

1409 Vgl. Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 24.

1410 Gleiches gilt für die entsprechenden Aussagen in BT- Drucks. 12/2443, S. 129.

venzspezifischen Pflichten aus den Regelungen der InsO als maßgeblicher Rechtsrahmen der Insolvenzverwaltung.

Gleichwohl liegt im starren Festhalten am Wortlaut der Norm die Gefahr, die dogmatischen Grundlagen und Funktion der persönlichen Verwalterhaftung außer Betracht zu lassen, die ihrerseits gerade maßgeblich für die Pflichtenbestimmung sein sollten.¹⁴¹¹ Wenn die Norm Pflichten benennt, die dem Verwalter nach der InsO obliegen, so ist, wie die zweitgenannte Ansicht zutreffend hervorhebt, der Verwalter als Pflichtenadressat in den Fokus zu rücken.¹⁴¹² Da der *telos* des § 60 InsO im Ausgleich der durch die Fremdverwaltung induzierten Risikoexposition der Beteiligten liegt, ist es auch sachgerecht, sich bei Bestimmung des Kreises haftungsbewehrter Pflichten materiell und damit zweckadäquat am von den Verwalterbefugnissen ausgehenden Risiko zu orientieren, anstatt sich auf die rein formelle Verortung in der InsO zu beschränken.¹⁴¹³ Aus demselben Grund kann auch der drittgenannten Ansicht nicht gefolgt werden. Nicht dem Einschnitt in den Rechtskreis eines Beteiligten, sondern dem abstrakten Vermögensrisiko, das der Einsatz eines umfassend befugten Fremdverwalters mit sich bringt, soll § 60 InsO begegnen. Dieses Risiko kann auch dann bestehen, wenn keine Reduzierung der Rechtsposition vorliegt.¹⁴¹⁴

Ferner gelangt man mit der materiellen Pflichtenbestimmung auch nicht zu einer sachwidrigen Ausweitung des Haftungsrisikos des Verwalters.¹⁴¹⁵ Die dem Begriff der konkursspezifischen Pflicht inhärente, haftungsbegrenzende Negativbestimmung ist mit der materiellen Auslegung des Pflichtenbegriffs nach § 60 Abs. 1 S. 1 InsO kongruent, weil die allgemeinen Pflichten auch hiernach nicht insolvenzspezifisch sind.¹⁴¹⁶ Damit wird gerade nicht jede erdenkliche Verwalterpflicht zur insolvenzspezifischen Pflicht erhoben, sondern nur diejenigen, die auf der besonderen Funktion des Verwalteramtes fußen.¹⁴¹⁷

1411 So K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 12.

1412 Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 23.

1413 Vgl. K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 12; MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 1a.

1414 So auch Lüke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 106 f.; K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 12a.

1415 So aber Kirschey, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 65.

1416 Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 23.

1417 Anschaulich Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 98; s. auch die Entgegnung von K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 12, Fn. 52, auf die Kritik Gerhardts. Beide Ansichten unterscheiden sich im Ergebnis nicht.

b) Überblick über den Kanon haftungsbewehrter Verwalterpflichten

Im Folgenden wird ein Überblick über einzelne insolvenzspezifische Pflichten gegeben.¹⁴¹⁸ Typischerweise wirkt sich die Art, auf die das Verfahren abgewickelt werden soll, auf den Pflichtenkreis des Verwalters aus. So stehen bei der zerschlagenden Liquidation andere insolvenzspezifische Pflichten als bei der Unternehmensfortführung im Fokus.

aa) Pflichten im Zusammenhang mit Inbesitznahme, Erhalt und Verwertung der Masse

Der Verwalter hat sämtliches zur Masse gehörendes Vermögen in Besitz und Verwaltung zu nehmen (§ 148 Abs. 1 InsO). Er ist verpflichtet, das Massevermögen zu bewahren und ordnungsgemäß zu verwalten.¹⁴¹⁹ Ferner hat er die Masse zu verwerten, soweit Beschlüsse der Gläubigerversammlung nicht entgegenstehen (§ 159 InsO). Verletzt der Verwalter diese Pflichten, entsteht in der Regel ein Gesamtschaden, der alle Gläubiger in ihrer Gesamtheit betrifft.¹⁴²⁰

(1) Inbesitznahme

Die Pflicht zur Inbesitznahme betrifft auch ausländisches Vermögen des Schuldners.¹⁴²¹ Der Verwalter hat die Schuldenmasse zu ermitteln und nicht-bestehenden Insolvenzforderungen zu widersprechen (§ 178 Abs. 1 InsO).¹⁴²² Ansprüche der Masse gegen Dritte¹⁴²³ hat er vor Verjährungseintritt geltend zu machen, wenn die Erfolgsprognose positiv und der Klageaufwand wirtschaftlich vertretbar ist.¹⁴²⁴ Des Weiteren muss er untersuchen, was durch anfechtbare Handlungen aus dem Schuldnervermögen

1418 Eine erschöpfende Darstellung aller Pflichten ist weder möglich noch zweckmäßig. Insoweit wird auf die umfassende Kommentarliteratur verwiesen.

1419 BGH ZIP 2014, 1448, 1449.

1420 MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 11; vgl. zur Unterscheidung von Einzel- und Gesamtschaden unten Kap. 4 B.VI.1.c).

1421 BGH NJW 1983, 2147; HK-InsO/Lohmann, § 60, Rn. 9.

1422 Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 28.

1423 Z.B. aus § 826 BGB, vgl. BGH NJW 1986, 1174; BGH ZIP 2008, 455.

1424 Im Zweifel hat er verjährungshemmende Maßnahmen einzuleiten, vgl. zum Ganzen MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 14.

abgeflissen ist und ist verpflichtet, Anfechtungsrechte gerichtlich durchzusetzen.¹⁴²⁵ Bei einer insolventen Kapitalgesellschaft gehört zu den Verwaltungspflichten die Prüfung, ob Grundsätze der Kapitalaufbringung und -erhaltung beachtet worden sind.¹⁴²⁶ Ferner hat er, bei Insolvenz einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit oder einer KGaA, Ansprüche gem. § 93 InsO durchzusetzen.¹⁴²⁷

(2) Erhalt und Mehrung der Masse

Zur den Pflichten des Verwalters gehört, Massegegenstände zu erhalten und vor Beschädigung zu schützen.¹⁴²⁸ Neben tatsächlichen Sicherungsmaßnahmen ist er auch verpflichtet, Massegegenstände ausreichend gegen Schäden durch Diebstahl, Feuer, Wasser oder Sturm zu versichern.¹⁴²⁹ Dies gilt nicht, wenn die Insolvenzmasse über keine ausreichenden Mittel zur Deckung der Versicherungsprämien verfügt.¹⁴³⁰ Der Verwalter hat in der Zeit nach dem Berichtstermin einen Betrieb stillzulegen, wenn bei der Fortführung Verluste entstehen; bis zum Berichtstermin hat er, sofern nicht eine erhebliche Verminderung der Insolvenzmasse droht, den Betrieb auch verlustreich fortzuführen (§ 158 Abs. 2 S. 2 InsO).¹⁴³¹ Massegegenstände, deren Verbleib in der Masse einen größeren wirtschaftlichen Aufwand erzeugt, als die Verwertung einbringt, muss der Verwalter freigeben.¹⁴³² Umgekehrt bedeutet die Freigabe von Massegegenständen eine

1425 Meyer-Löwy/Poertzgen/Sauer, ZInsO 2005, 691, 693; s. zu haftungsrechtlichen Konsequenzen des Erlasses von anfechtungsrechtlichen Rückgewähransprüchen Bork, ZIP 2006, 589, 593.

1426 BGH NZI 2009, 771, 772.

1427 Vgl. MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 13.

1428 Vgl. Schmidt/Thole, § 60, Rn. 9; HK-InsO/Lohmann, § 60, Rn. 11; hierzu gehört auch, Vorkehrungen zur Verhinderung eines Wasserschadens an massezugehörigen Gebäuden zu treffen, vgl. BGH NJW 1988, 209, 210.

1429 Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 39; Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 24; rückständige Versicherungsprämien aus der Zeit vor der Insolvenzverfahrenseröffnung darf der Verwalter in der Regel aufgrund des Grundsatzes der *par conditio creditorum* nicht bezahlen. Er hat dann anderweitig für Versicherungsschutz sorgen und muss u.U. eine neue Versicherung abschließen, hierzu BGH NJW 1989, 1034, 1036.

1430 Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 24.

1431 Vgl. Lücke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 217 f.

1432 Vgl. MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 16.

Pflichtverletzung, wenn nach der Verwertung ein positiver Saldo für die Masse bestanden hätte.¹⁴³³

Der Verwalter hat das Massevermögen auch zu mehren.¹⁴³⁴ Er muss deshalb Forderungen des Schuldners gegen Dritte einziehen¹⁴³⁵ und nicht benötigte Geldmittel zinsgünstig anlegen.¹⁴³⁶ Der Verwalter kann ferner, unter Berücksichtigung eines weiten unternehmerischen Ermessens und nach den Umständen des Einzelfalls, zur aktiven Wahrnehmung von Geschäftschancen verpflichtet sein.¹⁴³⁷ Korrespondierend hierzu darf er im Zuge der Betriebsfortführung keine Geschäftschancen, die der Sphäre des Gemeinschuldners zuzuordnen sind, für sich selbst nutzen.¹⁴³⁸

(3) Verwertung

Der Insolvenzverwalter ist zur bestmöglichen Masseverwertung verpflichtet.¹⁴³⁹ Im Berichtstermin entscheidet die Gläubigerversammlung darüber, ob das Unternehmen des Schuldners vorläufig fortgeführt oder stillgelegt wird (§ 157 S. 1 InsO). Davor sind Verwertungshandlungen durch den Verwalter zu unterlassen.¹⁴⁴⁰ Nach dem Berichtstermin ist er verpflichtet, das Massevermögen unverzüglich zu verwerten, soweit Beschlüsse der Gläubigerversammlung nicht entgegenstehen (§ 159 InsO), gleichwohl kann eine übereilte Liquidation eine Verletzung der Pflicht zur optimalen Verfahrensabwicklung darstellen.¹⁴⁴¹ Der Verwalter ist verpflichtet, bei der Verwertung für eine möglichst gleichmäßige Befriedigung der Forderungen der Insolvenzgläubiger zu sorgen.¹⁴⁴² Massegegenstände hat er so günstig

1433 Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 14.

1434 Vgl. BGH NJW 2017, 1749, 1750, Rn. 13; MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 29; krit. Böhme, ZInsO 2017, 1468 ff.

1435 HK-InsO/Lohmann, § 60, Rn. 10.

1436 Vgl. BGH NZI 2014, 757, 758 ff; BGH ZIP 2017, 779, 780; krit. Lücke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 208 ff.

1437 Vgl. BGH ZIP 2017, 779, 781; MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 31.

1438 Der BGH wendet hierzu die Grundsätze des § 88 Abs. 1 S. 1 AktG analog auf den Insolvenzverwalter an, vgl. BGH ZIP 2017, 779, 781 f.; s. zum Ganzen auch Becker, NZI 2017, 435 ff.

1439 Vgl. BGH NJW-RR 2016, 686, 687, Rn. 15; Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 16; K/P/B/Lücke, § 60, Rn. 23c.

1440 Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 40. Ausgenommen sind Verwertungshandlungen innerhalb des durch § 158 InsO gesetzten Rahmens.

1441 Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 16.

1442 BGH ZIP 1987, 1586, 1587.

wie möglich zu veräußern.¹⁴⁴³ Veräußert er einzelne Vermögensgegenstände oder auch das Unternehmen bzw. Unternehmensteile unter Wert, so verstößt er gegen die Pflicht zur bestmöglichen Masseverwertung.¹⁴⁴⁴

bb) Pflichten gegenüber Insolvenzgläubigern

Die Verletzung der vorgenannten Pflichten resultiert in der Regel in einem Gesamtschaden. Den Verwalter treffen zudem auch Pflichten gegenüber den einzelnen Gläubigern, deren Verletzung einen Einzelschaden bei diesen verursacht. So ist der Verwalter verpflichtet, Forderungsanmeldungen zur Tabelle entgegenzunehmen und zu prüfen.¹⁴⁴⁵ Vor der Verteilung hat er ein Verzeichnis der Forderungen aufzustellen, die bei der Verteilung zu berücksichtigen sind (§ 188 S. 1 InsO). Für die Richtig- und Vollständigkeit dieses Verzeichnisses ist der Verwalter verantwortlich.¹⁴⁴⁶ Auch stellt die den Quoten entsprechende Erlösverteilung an die Gläubiger¹⁴⁴⁷ eine insolvenzspezifische Pflicht des Verwalters dar.¹⁴⁴⁸ Er begeht dann eine Pflichtverletzung, wenn er es unterlässt, die Forderung eines Gläubigers in das Schlussverzeichnis aufzunehmen.¹⁴⁴⁹

cc) Pflichten gegenüber Massegläubigern

Der Verwalter steht in einer insolvenzspezifischen Pflichtenbeziehung zu den Massegläubigern, was sich bereits aus § 53 InsO ergibt.¹⁴⁵⁰ Er darf

1443 MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 33.

1444 Neben dem durch die unterwertige Veräußerung verursachten Gesamtschaden kann, sofern der Veräußerungserlös die Summe der Forderungen überstiegen hätte, auch ein Einzelschaden beim Schuldner in Höhe des ansonsten an ihn auszukehrenden Wertes bestehen, vgl. MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 33.

1445 Vgl. §§ 174 ff. InsO.

1446 K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 23; MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 48.

1447 Vgl. §§ 187 ff. InsO.

1448 Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 22.

1449 Vgl. BGH NJW 1994, 2286; Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 21; wenn infolgedessen eine Erlösverteilung an den entsprechenden Gläubiger unterbleibt, haftet der Verwalter diesem gegenüber aus § 60 Abs. 1 S. 1 InsO persönlich. Der Gläubiger muss sich jedoch ein Mitverschulden gem. § 254 BGB entgegenhalten lassen, wenn er gegen das Schlussverzeichnis keine Einwendungen erhebt, vgl. K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 23.

1450 BGH NZI 2004, 435, 436; Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 26.

Masseforderungen nicht wie Insolvenzforderungen behandeln und hat Massegläubiger, die irrtümlich Forderungen als Insolvenzforderung zur Tabelle angemeldet haben, darauf hinzuweisen.¹⁴⁵¹ Den Verwalter trifft die Pflicht, eine Verminderung der Masse, sei es durch aktive Verringerung oder durch Erhöhung der Passiva, zu verhindern.¹⁴⁵² Die Pflicht zur Anzeige der Masseunzulänglichkeit (§ 208 Abs. 1 S. 1 InsO) ist zugleich eine insolvenzspezifische Pflicht gegenüber den Massegläubigern.¹⁴⁵³ Ferner hat der Verwalter die durch § 209 InsO festgelegte Befriedigungsrangfolge zu beachten.¹⁴⁵⁴

dd) Pflichten gegenüber Aussonderungsberechtigten

Obwohl Aussonderungsberechtigte¹⁴⁵⁵ nicht am Insolvenzverfahren teilnehmen, bestehen ihnen gegenüber, wegen der Exposition ihres Eigentumsrechts, insolvenzspezifische Pflichten.¹⁴⁵⁶ Der Verwalter muss Aussonderungsrechte beachten und an der Herausgabe der Gegenstände mitwirken.¹⁴⁵⁷ Fremdes Vermögen, das vom Verwalter als solches erkannt wurde, darf er nicht für die Masse in Besitz nehmen.¹⁴⁵⁸ Hinsichtlich des Aussonderungsgutes trifft ihn die Pflicht zur sorgfältigen Behandlung und Verwahrung, was z.B. den Schutz vor Verlust, Diebstahl sowie Beschädigung umfasst.¹⁴⁵⁹ Eine allgemeine Untersuchungspflicht der Vermögensgegenstände hinsichtlich des Bestehens von Aussonderungsrechten trifft den Verwalter nach h.L. nicht. Es würde eine unzumutbare Belastung für ihn darstellen, müsste er jeden Vermögensgegenstand des Schuldners überprüfen. Vielmehr ist er nur zur Überprüfung von Rechten Dritter verpflichtet, wenn solche Rechte erkennbar sind bzw. Anhaltspunkte für ihr Bestehen vorliegen.¹⁴⁶⁰

1451 OLG München ZIP 1981, 887, 888; Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 67.

1452 BGH NZI 2004, 435.

1453 Vgl. Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 27 m.w.N.

1454 Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 68.

1455 Vgl. § 47 InsO.

1456 K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 14.

1457 BGH ZIP 2006, 194, 195.

1458 Lüke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 103.

1459 Lüke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 122 f.; Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 31.

1460 Vgl. OLG Düsseldorf ZIP 1988, 450, 451; K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 15a.

ee) Pflichten gegenüber Absonderungsberechtigten

Der Verwalter ist zur Inbesitznahme, Verwahrung und Verwertung der mit Absonderungsrechten belegten Gegenstände verpflichtet.¹⁴⁶¹ Ihm obliegt die Obhutspflicht für die in seinem Besitz befindlichen Gegenstände, was den Abschluss von Versicherungen einschließen kann.¹⁴⁶² Dies gilt unabhängig von der Möglichkeit etwaiger Erlösüberschüsse nach Verwertung des Gegenstands.¹⁴⁶³ Der Insolvenzverwalter hat das Recht zur freihändigen Verwertung der Absonderungsgegenstände (§ 166 Abs. 1 InsO), allerdings bestehen Informations- bzw. Mitteilungspflichten zu Gunsten des Absonderungsberechtigten¹⁴⁶⁴, die nach h.M. insolvenzspezifische Pflichten sind.¹⁴⁶⁵ Der Verwalter verletzt seine insolvenzspezifischen Pflichten, wenn er durch die unsachgemäße Verwertung das Absonderungsrecht vernichtet oder wenn er den Verwertungserlös nicht an den Gläubiger abführt.¹⁴⁶⁶

ff) Pflichten gegenüber dem Schuldner

Die Pflichten des Verwalters gegenüber dem Gemeinschuldner sind weitgehend mit denen kongruent, die ihm gegenüber den Insolvenzgläubigern obliegen.¹⁴⁶⁷ Er ist ihm gegenüber zur bestmöglichen Verfahrensabwicklung verpflichtet, was sich bereits aus dem Interesse des Schuldners ergibt, eine etwaige Nachhaftung nach § 201 Abs. 1 InsO gering zu halten.¹⁴⁶⁸ Hierzu gehören z.B. die prozessuale Durchsetzung von Ansprüchen¹⁴⁶⁹ und die Erhaltung von Massegegenständen.¹⁴⁷⁰ Pflichtverletzungen, die zu einer Masseminderung führen, stellen zugleich auch die Verletzung

1461 K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 17.

1462 Vgl. K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 17; einschränkend MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 60, der einen Schadensersatzanspruch gegen den Verwalter bei Unterlassen des Abschlusses einer Feuerversicherung nur bei Gefährdung des Grundpfandrechts annimmt.

1463 Vgl. hierzu Lüke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 139.

1464 Vgl. §§ 167 f. InsO.

1465 Vgl. Lüke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 143 f.; K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 18.

1466 Lüke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 155; Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 40.

1467 Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 47.

1468 Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 81 f.; HK-InsO/Lohmann, § 60, Rn. 17.

1469 BGH NJW 1994, 323, 324.

1470 MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 15.

insolvenzspezifischer Pflichten gegenüber dem Insolvenzschuldner dar.¹⁴⁷¹ Der Verwalter verletzt auch dann seine Pflicht gegenüber dem Schuldner, wenn er durch sein Verhalten eine Unternehmensveräußerung, die dem Schuldner einen Vermögensüberschuss eingebracht hätte, verhindert oder wenn er das Verfahren in übertriebener Eile durchführt.¹⁴⁷² Der Verwalter darf auch nicht über unpfändbares und damit nicht zur Masse gehöriges Eigentum¹⁴⁷³ des Schuldners verfügen.¹⁴⁷⁴

2. *Breach of fiduciary duty*

a) Begriff der *fiduciary duty*

Die treuhänderischen Pflichten (*fiduciary duties*) sind nicht Teil des kodifizierten Rechts, sondern wurden im Wege richterlicher Rechtsfortbildung, maßgeblich durch Bezugnahme auf das *trust law*, für den *bankruptcy trustee* als eigenständiges *common law* entwickelt. *Fiduciary duties* beschreiben die Pflichten, die dem *trustee* als fremdnützigem Treuhänder gegenüber den *beneficiaries* obliegen.¹⁴⁷⁵ Sie treffen ihn unabhängig von der Verfahrensart, unter der er bestellt wurde, und gelten ebenso für den DIP.¹⁴⁷⁶

Zu klären ist das Verhältnis der *fiduciary duties* zu den gesetzlich normierten Pflichten (*statutory duties*) des *trustee*.¹⁴⁷⁷ Gewisse *statutory duties* sind aufgrund ihres materiellen Gehalts zugleich *fiduciary duties*, wie z.B. die in 11 U.S.C. § 704 (a) (2) festgelegte Rechenschaftspflicht bezüglich des Vermögens des *estate* oder die Pflicht zur Massezusammenstellung- und Verwertung gem. 11 U.S.C. § 704 (1) (a).¹⁴⁷⁸ Insoweit sind die gesetzlich festgelegten Pflichten des *trustee* teilweise zugleich treuhänderische Pflichten. Dies gilt nicht bei solchen *statutory duties*, die nicht von einem treuhänderischen Verhältnis zwischen *trustee* und *beneficiaries* geprägt, sondern

1471 Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 82.

1472 Vgl. BGH ZIP 1985, 423, 425.

1473 § 36 Abs. 1 InsO.

1474 Vgl. BGH ZIP 2008, 1685, 1686.

1475 Vgl. zum Ganzen oben Kap. 3 B.II.2.d)aa).

1476 Vgl. *Kelch*, 38 Wayne L. Rev. 1323, 1340 (1992); *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 188, 193 (1994); *ders.*, 102 Dick. L. Rev. 703, 725 f. (1998).

1477 Vgl. 11 U.S.C. §§ 704, 1106.

1478 Vgl. In re Melenzyer, 140 B.R. 143, 154 (W.D. Tex. 1992); *Schechter v. Ill. Department of Revenue* (In re Markos Gurnee Partnership), 182 B.R. 211, 218 f. (Bankr. N.D. Ill. 1995); *Pottow*, *Fiduciary Principles*, S. 209.

rein administrativer Natur sind.¹⁴⁷⁹ Es gilt der Grundsatz, dass die Abwesenheit der expliziten Kennzeichnung einer gesetzlichen Pflicht als „*fiduciary*“ nicht ausschließt, dass sie treuhänderischer Natur ist; umgekehrt bedeutet die Nennung einer Pflicht im *Bankruptcy Code* nicht automatisch, dass die Pflicht eine *fiduciary duty* ist.¹⁴⁸⁰ Grundsätzlich indiziert der Verstoß gegen eine *statutory duty* eine Sorgfaltspflichtverletzung und damit einen Verstoß gegen die *fiduciary duty of care*.¹⁴⁸¹

b) Inhalt der Pflichten

Wesentlich sind zunächst die „Grundpflichten“, die *duty of care* und die *duty of loyalty*.¹⁴⁸² Auch die *duty of impartiality*, die Pflicht zur Gleichbehandlung aller Beteiligten, hat grundlegenden Charakter. Die Grundpflichten zeichnen sich dadurch aus, dass sie allgemeingültige Prinzipien darstellen, nach denen sich die Tätigkeit des *trustee* auszurichten hat, anstatt konkret einzelne Verwaltungstätigkeiten zu beschreiben.¹⁴⁸³

Dazu haben sich in der Kasuistik etliche Pflichten mit konkretem Verwaltungsbezug herausgebildet, deren Gestalt je nach Verfahrensart variiert,

1479 Wie z.B. die in 11 U.S.C. § 704 (a) (12) beschriebene Pflicht des *trustee* zur Verlegung von Patienten von Betrieben im Gesundheitswesen, deren Schließung droht, in eine vergleichbare Einrichtung, vgl. Pottow, *Fiduciary Principles*, S. 209.

1480 Vgl. allgemein Pottow, *Fiduciary Principles*, S. 208 ff.

1481 In re Cutright, No. 08-70160-SCS, S. 23 (Bankr. E.D. Va. May 30, 2012); vgl. zur *duty of care* unten Kap. 4 B.II.2.b)aa)(2).

1482 Vgl. Maschmeyer, *Handbook for Trustees*, P 4.08. Vereinzelt wird die *duty of obedience* als dritte Grundpflicht von *trustees* genannt, vgl. z.B. E. McCullough, 15 Lewis & Clark L. Rev. 153, 161 (2011). Hiernach ist der *trustee* verpflichtet, nicht außerhalb seiner rechtlichen Befugnisse zu handeln, vgl. In re Dalen, 259 B.R. 586, 610 ff. (Bankr. W.D. Mich. 2001); In re Levine, 287 B.R. 683, 688 (Bankr. E.D. Mich. 2002) In re Engman, 331 B.R. 277, 288 (Bankr. W.D. Mich. 2005); In re Anderson, 357 B.R. 452, 456 (Bankr. W.D. Mich. 2006). Nachvollziehbarer Weise wird an dieser Klassifizierung kritisiert, dass die Pflicht zum Handeln innerhalb der rechtlichen Befugnisse ein allgemeines Grundprinzip darstellt, ferner entstammen die Entscheidungen hierzu demselben Gerichtsbezirk, vgl. hierzu Rhodes, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 155, Fn. 36 (2006).

1483 E. McCullough, 15 Lewis & Clark L. Rev. 153, 161 (2011) bezeichnet sie als „*basic overriding fiduciary duties*“.

wobei ein abschließender Katalog nicht existiert.¹⁴⁸⁴ Sie umfassen im Liquidationsverfahren vor allem den Bereich der Massezusammenstellung, -erhaltung und -verwertung sowie die Verteilung des Erlöses an die Gläubiger. Im Reorganisationsverfahren gelten, neben dem freilich divergierenden, auf die Fortführung und Reorganisation ausgerichteten Aufgabenprogramm, viele Pflichten aus *Chapter 7* fort.¹⁴⁸⁵

aa) Grundpflichten

(1) *Duty of loyalty*

Der U.S. Supreme Court konstatierte in *Mosser v. Darrow*, der *trustee* dürfe bei Durchführung seiner Tätigkeit keine persönlichen Interessen verfolgen oder eigenen Nutzen aus der Verwaltung ziehen.¹⁴⁸⁶ Die damit umschriebene *duty of loyalty* verlangt vom *trustee*, ausschließlich im Interesse der Masse und der *beneficiaries* zu handeln; zugleich ist ihm untersagt, eigene Interessen im Rahmen der Verwaltung zu verfolgen, die denen der Masse entgegenstehen oder sich in eine Position zu begeben, in der die Verletzung der Loyalitätspflicht ihm zum eigenen Nutzen gereicht.¹⁴⁸⁷ Die *duty of loyalty* verkörpert damit ein der Rechtsbeziehung zwischen fremdnützigem Vermögensverwalter im weiteren Sinne und Vermögensbegünstigten inhärentes Grundprinzip.¹⁴⁸⁸ Gesetzliche Anknüpfungspunkte zu dieser Grundpflicht finden sich in den Regeln zur Verwalterbestellung, die verlangen, dass der *trustee* „*disinterested*“ ist.¹⁴⁸⁹

1484 Die folgende Darstellung umfasst nur einen Teil der in Frage kommenden treuhänderischen Pflichten, s. für eine umfassende Darstellung *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 154 ff. (2006).

1485 Vgl. 11 U.S.C. § 1106 (a) (1); *Bogart*, 102 Dick. L. Rev. 711, 725 ff. (1998).

1486 Vgl. *Mosser v. Darrow* 341 U.S. 267, 271 (1951): „*Equity tolerates in bankruptcy trustees no interest adverse to the trust. This is not because such interests are always corrupt, but because they are always corrupting.*“

1487 Vgl. In re Palm Coast, Matanza Shores Ltd. Partnership, 101 F.3d 253, 258 (2d Cir. 1996); *Massaro v. Massaro* (In re Massaro), 235 B.R. 757, 763 (Bankr. D.N.J. 1999); *Rutanen v. Baylis* (In re Baylis), 313 F.3d 9, 20 (1st Cir. 2002); weitergehend In re Spielfogel, 211 B.R. 133, 144 (E.D. N.Y. 1997); vgl. zum Ganzen *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 156 (2006).

1488 Eingehend zur Auflösung von Interessenkonflikten bei den Verfahrensbeteiligten durch den *trustee Pottow*, *Fiduciary Principles*, S. 212 ff.

1489 Vgl. 11 U.S.C. §§ 701 (a) (1), 1104 (b) (1) sowie die Legaldefinition des Begriffs in 11 U.S.C. § 101 (14). Auch wenn 11 U.S.C. § 701 (a) (1) nur den *interim*

Die *duty of loyalty*, als allgemeines haftungsbewehrtes Unabhängigkeitsgebot, wird in zahllosen Situationen der Insolvenzverwaltung virulent. In der Rechtsprechung haben sich hierzu Fallgruppen herausgebildet, denen selbstbegünstigendes Handeln (*self-dealing*), Interessenkonflikte (*conflicts of interest*) oder unangemessen erscheinendes Verhalten (*appearance of impropriety*) zugrunde liegen.¹⁴⁹⁰

Der *trustee* verletzt dann die *duty of loyalty*, wenn er wider besseres Wissen um die schlechte finanzielle Situation des Schuldners, einen Verfahrenswechsel vom Reorganisationsverfahren ins Liquidationsverfahren verhindert, um höhere Vergütungen zu erhalten.¹⁴⁹¹ Das sanktionierte Verhalten liegt darin, dass die Verwaltung zur Generierung eigener Vermögensvorteile zu Lasten des *estate* genutzt wird. Auch bei *Mosser v. Darrow* war die Loyalitätspflicht dadurch verletzt worden, dass der *trustee* Angestellten das Handeln mit Wertpapieren des Gemeinschuldners zum eigenen Vorteil gestattete.¹⁴⁹² Ein Pflichtverstoß liegt auch dann vor, wenn der *trustee* sich vom Gemeinschuldner vertraglich Zahlungen dafür einräumen lässt, dass er der vom Schuldner beantragten Verfahrenseinstellung nicht widerspricht¹⁴⁹³, oder wenn er Vermögensgegenstände der Masse für sich selbst erwirbt oder erwerben lässt.¹⁴⁹⁴ Der *trustee* darf, neben seinen Gebühren, keine Vorteile aus der Verwaltung ziehen.¹⁴⁹⁵

trustee nennt, gilt die Voraussetzung auch für nach 11 U.S.C. § 702 gewählte *trustees*, s. hierzu In re Greenberg, 189 B.R. 906, 911 (Bankr. E.D. Pa. 1995) und Rhodes, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 157 (2006).

1490 Die Darstellung im Folgenden orientiert sich an *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 188 ff. (1994).

1491 Vgl. Stubbe v. Estrada (In re San Juan Hotel Corp.) 71 B.R. 413 (D.P.R. 1987). In diesem beispielhaften Fall hatte der *trustee* die schlechte wirtschaftliche Situation des Schuldners verheimlicht, um weiter Gebühren aus dem Reorganisationsverfahren zu erhalten, obwohl die Sanierung aussichtslos war, und die Räumlichkeiten des Schuldnerbetriebs, ein Hotel, für private Anlässe genutzt, ohne dafür zu bezahlen, vgl. Stubbe v. Estrada (In re San Juan Hotel Corp.) 71 B.R. 413, 419 (D.P.R. 1987); vgl. hierzu auch *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 189 f. (1994) sowie die Entscheidung der Folgeinstanz Lopez-Stubbe v. Rodriguez-Estrada (In re San Juan Hotel Corp.), 847 F.2d 931 (1st Cir. 1988).

1492 Vgl. oben Kap. 3 B.II.2.a)bb).

1493 Vgl. In re Redman, 69 B.R. 27, 29 (Bankr. D. Haw. 1986).

1494 Vgl. In re Lowry Graphics, 86 B.R. 74, 80 (Bankr. S.D. Tex. 1988).

1495 Vgl. York International Building, Inc. v. Chaney (In re York International Building, Inc.) 527 F.2d 1061 (9th Cir. 1975) (*trustee* schließt im Namen der Masse Dienstleistungsverträge über dem marktüblichen Vergütungssatz mit seinem eigenen Unternehmen ab).

Weniger offensichtlich aber gleichwohl pflichtverletzend sind Interessenkonflikte auf Seiten des *trustee*.¹⁴⁹⁶ Bei Bestehen eines solchen, z.B. weil ein Verwandter des *trustee* Gläubiger des Schuldners ist, ist der *trustee* verpflichtet, von der Amtsführung abzusehen.¹⁴⁹⁷ Die *duty of loyalty* geht soweit, dass der bloße Anschein einer interessenbezogenen Unangemessenheit einer Handlung des *trustee* ausreicht, um einen Pflichtverstoß zu begründen. Deshalb ist es z.B. einem ehemaligen *trustee* verboten, Anteile am Schuldnerunternehmen von seinem Amtsnachfolger zu erwerben.¹⁴⁹⁸

(2) *Duty of care*

Die *duty of care* verpflichtet den *trustee*, sein Amt mit angemessener Sorgfalt auszuführen.¹⁴⁹⁹ Er hat das Maß an Sorgfalt anzuwenden, das eine durchschnittliche umsichtige Person unter ähnlichen Umständen anwenden würde¹⁵⁰⁰ oder mit der ein durchschnittlicher und umsichtiger Dritter seine persönlichen Angelegenheiten unter gleichen Umständen und bei gleicher Sachkenntnis zu erledigen pflegt.¹⁵⁰¹ Verstößt der *trustee* hiergegen, muss er daraus resultierende Schäden mit seinem privaten Vermögen ausgleichen.¹⁵⁰² Die *duty of care* ist das Gebot, den objektiven

1496 *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 191 (1994).

1497 Ferner sind verursachte Schäden zu ersetzen, vgl. *Bennett v. Gemmill* (In re Combined Metals Reduction Co.), 557 F.2d 179 (9th Cir. 1977); die Pflicht zur Amtsniederlegung besteht auch, wenn der *trustee* sich einer Anwaltssozietät anschließt, die einen Gläubiger im Verfahren vertritt. Ein derartiger Interessenkonflikt schließt das Kriterium „*disinterested*“ aus und kann die Verwirkung die Vergütung zur Folge haben, vgl. In re Paolino, 80 B.R. 341 (Bankr. E.D. Pa. 1987).

1498 Vgl. In re Grodel Manufacturing, Inc., 33 B.R. 693, 696 (Bankr. D. Conn. 1983); s. zu den gesetzlich vorgesehen Ausnahmen der absoluten Loyalitätspflicht *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 161 ff. (2006).

1499 Vgl. bereits *United States ex rel. Willoughby v. Howard*, 302 U.S. 445, 450 (1938).

1500 Vgl. *United States v. Aldrich* (In re Rigden), 795 F.2d 727, 730 (9th Cir. 1986): „*A bankruptcy or reorganization trustee has a duty to exercise that measure of care and diligence that an ordinary prudent person would exercise under similar circumstances.*“; vgl. auch *Sherr v. Winkler*, 552 F.2d 1367, 1375 (10th Cir. 1977); In re Barrows, 171 B.R. 455, 457 (Bankr. D.N.H. 1994).

1501 *Reich v. Burke* (In re Reich), 54 B.R. 995, 998 (Bankr. E.D. Mich. 1985); s. auch *Ford Motor Credit Co. v. Weaver*, 680 F.2d 451, 461 (6th Cir. 1982).

1502 *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 193 (1994).

Sorgfaltsmaßstab einzuhalten bzw. nicht fahrlässig zu handeln.¹⁵⁰³ Weil bei objektiven Sorgfaltsmaßstäben die Pflichtverletzung i.d.R. simultan das Verschulden begründet, ist die Trennung beider Institute, wie sie für das deutsche Zivilrecht charakteristisch ist¹⁵⁰⁴, praktisch unerheblich. Da Verstöße gegen die Sorgfaltspflicht einen Verstoß gegen die *duty of care* darstellen, wird das gesamte Spektrum der dem Verwalter obliegenden Pflichten haftungsrelevant.¹⁵⁰⁵

(3) *Duty of impartiality*

Die *duty of impartiality* sanktioniert Verstöße gegen die mehrseitige Fremdbestimmtheit des *trustee*. Er ist verpflichtet, die *beneficiaries* gleich und fair zu behandeln, und nicht einzelne unsachgemäß zu bevorzugen.¹⁵⁰⁶ Seine amtliche Stellung verlangt von ihm strikte Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit.¹⁵⁰⁷ Er hat, wie der deutsche Insolvenzverwalter, die Interessen aller Beteiligten in Einklang zu bringen und darf sich nicht zum Vertreter einzelner Parteien aufschwingen; hierdurch wird auch ein übergeordnetes Verfahrensziel, die Gleichbehandlung aller Gläubiger, gewährleistet.¹⁵⁰⁸ Ein Verstoß gegen die Gleichbehandlungspflicht liegt z.B. vor, wenn der *trustee* Verträge über eine erfolgsabhängige Zusatzvergütung mit einem Teil der Gläubiger schließt, ohne die Gläubigergesamtheit und das Gericht in den Prozess zu involvieren.¹⁵⁰⁹ Oft liegt zugleich ein Verstoß gegen die *duty of loyalty* vor.¹⁵¹⁰

Die Ausübung von Sonderbefugnissen wie Anfechtungsrechten oder die Zurückweisung nicht erfüllter Verträge stellt freilich keine Pflichtverletzung in diesem Sinne dar. Das Gesetz löst damit verbundene Konflikt-

1503 *Kelch*, 38 Wayne L. Rev. 1323, 1340 (1992).

1504 Wobei die Unterscheidung im Kontext der Verwalterhaftung auch im deutschen Recht praktisch unbedeutend ist, vgl. unten Kap. 4 B.IV.1.c).

1505 Vgl. auch *Kelch*, 38 Wayne L. Rev. 1323, 1340 (1992).

1506 Vgl. *Sherr v. Winkler*, 552 F.2d 1367, 1374 (10th Cir. 1977); *Hall v. Perry* (In re Cochise College Park, Inc.), 703 F.2d 1339, 1357 (9th Cir. 1983); *Wissman v. Pittsburgh Nat. Bank*, 942 F.2d 867, 872 (4th Cir.1991).

1507 Vgl. *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 184 (2006) m.w.N. aus der Rechtsprechung.

1508 Vgl. *Gross v. Russo* (In re Russo), 18 B.R. 257, 270 f. (Bankr. E.D.N.Y. 1982).

1509 So geschehen durch einen *examiner* im bei *United States v. Schilling* (In re Rivers Elec. Corp.), 355 F.3d 415, 441 (6th Cir. 2004).

1510 Vgl. *United States v. Schilling* (In re Rivers Elec. Corp.), 355 F.3d 415, 437 (6th Cir. 2004).

lagen zu Gunsten der Maximierung der Insolvenzmasse auf. Der *trustee* kann (und muss) das ihm zur Verfügung stehende Instrumentarium zur Massemehrung nutzen, ohne als parteiisch zu Gunsten der nicht durch die Maßnahmen betroffenen Gläubiger zu gelten.¹⁵¹¹ Entsprechendes gilt für die Möglichkeit des „*cram down*“ im Planverfahren unter *Chapter 11*¹⁵¹², der die Planbestätigung gegen die Interessen einzelner ermöglicht, was dem Ziel der Reorganisation des Schuldners dient.¹⁵¹³

bb) Pflichten mit konkretem Verwaltungsbezug

(1) Pflicht zur Maximierung des Massevermögens

Der *trustee* ist verpflichtet, das Vermögen des *estate* zu maximieren.¹⁵¹⁴ Hierfür muss er alle ihm zur Verfügung stehenden Maßnahmen in Betracht ziehen.¹⁵¹⁵ Er hat das Massevermögen zu erhalten und einen möglichst hohen Erlös für die Insolvenzgläubiger zu erzielen.¹⁵¹⁶ Letzteres ist der Kernpunkt im Liquidationsverfahren, insofern lassen sich die Aufgaben, die auf das Erzielen der höchstmöglichen Erlösverteilung gerichtet sind, unter dem Begriff der *duty to maximize distributions* zusammenfassen.¹⁵¹⁷ Sie besteht vornehmlich zu Gunsten der ungesicherten Gläubiger¹⁵¹⁸ und findet gesetzlichen Niederschlag in einzelnen Pflichten des 11 U.S.C. § 704 (a), allen voran der Pflicht zur Vermögenszusammenstellung und -verwertung.¹⁵¹⁹ Die Gerichte verlangen vom *trustee* im Liquidationsverfahren ein nachdrückliches und zugleich kostenbedachtes Vorgehen bei Erfüllung seiner Aufgaben; für die Verursachung unnötiger Kosten haftet er persönlich.¹⁵²⁰ Er hat daher größtmögliche Sorgfalt und Geschick

1511 Zum Ganzen *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 201 (1994); s. auch *In re Computer Learning Centers, Inc.*, 268 B.R. 468, 473 (Bankr. E.D. Va. 2001).

1512 Vgl. 11 U.S.C. § 1129 (b).

1513 *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 202 (1994).

1514 *CFTC v. Weintraub*, 471 U.S. 343, 352 (1985).

1515 *Myers v. Martin* (In re Martin), 91 F.3d 389, 394 (3rd Cir. 1996).

1516 Vgl. *United States v. Aldrich* (In re Rigden), 795 F.2d 727, 730 (9th Cir. 1986); *In re Melenzyer*, 140 B.R. 143, 154 (W.D. Tex. 1992).

1517 Vgl. *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 165 (2006) m.w.N. aus der Rechtsprechung.

1518 *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 168 (2006).

1519 11 U.S.C. § 704 (a) (1).

1520 Vgl. *In re C. Keffas & Son Florist*, 240 B.R. 466, 473 f. (Bankr. E.D.N.Y. 1999); *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 165 (2006).

anzuwenden, was beinhaltet, eine Kosten-Nutzen-Berechnung vor Durchführung einzelner Maßnahmen vorzunehmen.¹⁵²¹

Der *trustee* muss grundsätzlich das gesamte Massevermögen in Besitz nehmen.¹⁵²² Die Inbesitznahme eines Gegenstandes hat aber zu unterbleiben, wenn die Kosten für die Maßnahme den Wert des Massegegenstands übersteigen; gefordert ist nur die Erhöhung des Nettovermögens des *estate*.¹⁵²³ Gleiches gilt, wenn ein Gegenstand derart besichert ist, dass nach Verwertung kein Erlös für die ungesicherten Gläubiger verbleiben würde. Der *trustee* darf die Sache dann weder in Besitz nehmen noch verwerten.¹⁵²⁴ Allgemein darf er Ansprüche der Masse nur durchsetzen oder vorinsolvenzliche Transaktionen anfechten, wenn es dem Massevermögen ökonomisch zuträglich ist.¹⁵²⁵ Grundsätzlich hat er die finanziellen Angelegenheiten des Schuldners eingehend zu untersuchen¹⁵²⁶ sowie die Forderung des Schuldners, Vermögensgegenstände vom Insolvenzbeschluss auszunehmen, zu prüfen und ihr gegebenenfalls zu widersprechen.¹⁵²⁷ Die für das deutsche Recht entwickelte Pflicht, nicht benötigte Geldmittel gewinnbringend anzulegen, ist unter 11 U.S.C. § 345 (a) für den *trustee* kodifiziert und ebenfalls haftungsbewehrt.¹⁵²⁸

Unberechtigten Forderungen der Insolvenzgläubiger muss der *trustee* widersprechen¹⁵²⁹, allerdings trifft ihn keine Pflicht, Gläubiger vor den Konsequenzen zu bewahren, die sich daraus ergeben, dass sie die Forderungsanmeldung versäumen oder verspätet vornehmen.¹⁵³⁰ Ferner darf der *trustee* die Forderungen nur prüfen, wenn hierdurch die Gläubiger

1521 In re C. Keffas & Son Florist, 240 B.R. 466, 474 f. (Bankr. E.D.N.Y. 1999).

1522 In re Rollins, 175 B.R. 69, 74 (Bankr. E.D. Cal. 1994).

1523 Vgl. In re Taxman Clothing Co., 49 F.3d 310, 315 (7th Cir. 1995).

1524 Vgl. *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 704.02 [1].

1525 Vgl. hierzu McCord v. Agard (In re Bean), 251 B.R. 196, 203 (Bankr. E.D.N.Y. 2000); *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 165 (2006) m.w.N.

1526 Dies gilt sowohl für die Liquidation als auch die Reorganisation, vgl. 11 U.S.C. §§ 704 (a) (4), 1106 (a) (3); *CFTC v. Weintraub*, 471 U.S. 343, 352 (1985); ferner obliegt dem *trustee* im Liquidationsverfahren sowie, nach gerichtlicher Anordnung, im Reorganisationsverfahren, die Erstellung und Übermittlung einer vollständigen Inventarliste mit sämtlichen Vermögensgegenständen des Schuldners an den *United States trustee*, FRBP 2015 (a) (1).

1527 Vgl. *Bell v. Bell* (In re Bell), 225 F.3d 203, 221 (2nd Cir. 2000); In re Cheatham, 309 B.R. 631, 633 (Bankr. M.D. Ala. 2004).

1528 Hierzu In Re Koch, 195 B.R. 794 (Bankr. M.D. Fla. 1996); In Re Moon, 258 B.R. 828, 837 ff. (Bankr. N.D. Fla. 2001).

1529 Dies gilt für das Liquidations- wie für das Reorganisationsverfahren, vgl. 11 U.S.C. §§ 704 (a) (5), 1106 (a) (1).

1530 In re Padget, 119 B.R. 793, 798 (Bankr. D. Colo. 1990).

einen höheren Erlös erwarten können, d.h. er darf die Kosten einer Forderungsprüfung nicht verursachen, wenn ohnehin kein Vermögen für die ungesicherten Gläubiger vorhanden ist.¹⁵³¹

Des Weiteren trifft den *trustee* auch die Pflicht, Vermögensgegenstände zu Erhalten und vor Schäden zu bewahren.¹⁵³² Im Zweifel hat er für einen ausreichenden Versicherungsschutz bestimmter Gegenstände Sorge zu tragen.¹⁵³³ Die sichere Verwahrung bzw. der Schutz der Vermögensgegenstände des *estate* dient der Maximierung des Verteilungserlöses und ist, sofern Sicherungsrechte bestehen, eine *fiduciary duty* zu Gunsten der gesicherten Gläubiger. Im Rahmen der Schlussverteilung hat der *trustee* die Erlöse an die Gläubiger entsprechend ihrer Quote zu verteilen.¹⁵³⁴

(2) Pflicht zur zügigen Verfahrensabwicklung

Mitunter als *duty of diligence* wird die unter 11 U.S.C. § 704 (a) (1) beschriebene Pflicht zur möglichst zügigen Abwicklung des Verfahrens bezeichnet.¹⁵³⁵ Diese verletzt der *trustee*, wenn er mit dem Verkauf der Vermögensgegenstände grundlos zuwartet.¹⁵³⁶ Alle Verfahrensschritte der Liquidation haben ohne Verzögerungen zu erfolgen.¹⁵³⁷ Die zügige Inbesitznahme und Abwicklung des zum *estate* gehörenden Schuldnervermögens dient auch dem Schuldner, weil ihm umso rascher der „*fresh start*“ offensteht.¹⁵³⁸ Den Konflikt zwischen dem Zügigkeitsgebot und dem Ziel der höchstmöglichen Anreicherung der Masse löst der *Bankruptcy Code* indem er vorgibt, dass die Masse so schnell abgewickelt werden soll, wie

1531 Vgl. 11 U.S.C. § 704 (a) (5) („*if a purpose would be served*“); instruktiv In re C. Keffas & Son Florist, 240 B.R. 466, 474 (Bankr. E.D.N.Y. 1999).

1532 Vgl. PBGC v. Pritchard (In re Esco Manufacturing Co.), 33 F.3d 509 (5th Cir. 1994); In re Rollins, 175 B.R. 69, 74 (Bankr. E.D. Cal. 1994); In re Moon, 258 B.R. 828, 832 (Bankr. N.D. Fla. 2001); Resnick/Sommer, Collier on Bankruptcy, P 704.04 [2].

1533 Vgl. United States v. Lasich (In re Kinross Mfg. Corp.), 174 B.R. 702, 705 f. (Bankr. W. D. Mich. 1994).

1534 Vgl. Resnick/Sommer, Collier on Bankruptcy, P 704.04 [3].

1535 So bei Rhodes, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 168 ff. (2006).

1536 Vgl. In re Williams, 159 B.R. 936 (Bankr. D. Colo. 1993), wo das Gericht dem *trustee* die Vergütung versagte.

1537 Vgl. Yadkin Valley Bank & Trust Co. v. McGee (In re Hutchinson), 5 F.3d 750, 754 (4th Cir. 1993).

1538 Vgl. hierzu In re Dorn, 167 B.R. 860, 865 f. (Bankr. S.D. Ohio 1994); Rhodes, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 170 (2006).

es dem Interesse der Beteiligten am besten dient.¹⁵³⁹ Kurz gefasst fordert die *duty of diligence* vom *trustee*, die Liquidation so früh wie möglich und spät wie nötig durchzuführen. Dies entspricht, wie bei der Pflicht zu Erlösmaximierung, dem Gebot der effizienten Abwicklung des Schuldnervermögens zu Gunsten der Gläubiger.

In diesem Zusammenhang ist auch die Freigabe für die Masse wertloser Vermögensgegenstände aus dem Insolvenzbeschluss (11 U.S.C. § 554) zu betrachten.¹⁵⁴⁰ Sie dient der Beschleunigung der Masseabwicklung und des gesamten Liquidationsprozesses, weil die Verwaltung freizugebender Vermögensgegenstände Zeit des *trustee* in Anspruch nimmt, zugleich verursacht sie zusätzliche, von der Masse zu tragende Kosten.¹⁵⁴¹ Die Freigabe nutzloser Massegegenstände führt zur Erlösmaximierung bei gleichzeitiger Erfüllung der *duty of diligence*.¹⁵⁴²

(3) Rechenschaftspflicht

Trustees sind für erhaltenes Vermögen rechenschaftspflichtig.¹⁵⁴³ Dies umfasst das Massevermögen, Vermögen, das dem *estate* im Rahmen der Verwaltung zufließt, Zinseinnahmen und Zahlungen bei der Schlussverteilung.¹⁵⁴⁴ Die *duty of accountability* wird insbesondere auch im Zusammenhang mit der Pflicht des *trustee*, das Massevermögen zu bewahren, genannt.¹⁵⁴⁵ *Accountability* meint auch das Tragen der persönlichen finanziellen Verantwortung für die Masse, der *trustee* hat deshalb bei fehlerhaf-

1539 11 U.S.C. § 704 (a) (1): „*The trustee shall collect and reduce to money the property of the estate [...] as expeditiously as is compatible with the best interests of parties in interest.*“; s. hierzu *Yadkin Valley Bank & Trust Co. v. McGee* (In re *Hutchinson*), 5 f.3d 750, 753 f. (4th Cir. 1993); *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 170 (2006).

1540 Vor Inkrafttreten des *Bankruptcy Code* wurde die Freigabe von belastenden Massegegenständen aus der Analogie zum Wahlrecht bei beidseitig nicht erfüllten Verträgen abgeleitet, vgl. *Midlantic National Bank v. New Jersey Department of Environmental Protection*, 474 U.S. 494, 508 (1986).

1541 Vgl. *Midlantic National Bank v. New Jersey Department of Environmental Protection*, 474 U.S. 494, 508 (1986).

1542 *Samore v. Olson* (In re *Olson*), 121 B.R. 346, 348 (N.D. Iowa 1990).

1543 11 U.S.C §§ 704 (a) (2), 1106 (a) (1); s. auch FRBP 2015 (a) (1), (2).

1544 Vgl. *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 173 (2006); *Resnick/Sommer*, *Collier on Bankruptcy*, P 704.05 [1].

1545 Vgl. In re *Chicago Art Glass, Inc.*, 155 B.R. 180, 187 (Bankr. N.D. Ill. 1993).

ten Zahlungen bei der Schlussverteilung die Verluste der Masse auszugleichen.¹⁵⁴⁶

(4) Pflichten gegenüber den gesicherten Gläubigern

Den gesicherten Gläubigern gegenüber bestehen *fiduciary duties* in Bezug auf die mit Sicherungsrechten belasteten Vermögensgegenstände. Das Sicherungsgut muss der *trustee* ordnungsgemäß bewahren und vor Schäden schützen¹⁵⁴⁷; u.U. muss er Versicherungsschutz beschaffen.¹⁵⁴⁸ Vollständig mit Sicherungsrechten belastetes Eigentum muss der *trustee* für die gesicherten Gläubiger freigeben.¹⁵⁴⁹ Er darf grundsätzlich vollständig mit Sicherungsrechten belastete Vermögensgegenstände nicht verwerten, hierum müssen sich die gesicherten Gläubiger eigenständig kümmern.¹⁵⁵⁰ Dienen die Vermögensgegenstände nur teilweise als Sicherungsgut, hat der *trustee* sie zum höchstmöglichen Preis zu veräußern und den Erlös in Höhe der besicherten Forderung an den gesicherten Gläubiger auszukehren, bevor der überbleibende Betrag der Masse zufließt.¹⁵⁵¹ Um feststellen zu können, ob die Verwertung eines mit Sicherungsrechten belasteten Vermögensgegenstandes überschießenden Mehrwert für die Masse bringt, muss der *trustee* den genauen Wert des Gegenstands ermitteln; in dieser Phase darf der Gegenstand nicht freigegeben werden.¹⁵⁵²

1546 Vgl. *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 174 (2006), der hierzu auch die Funktion des *trustee bond* hervorhebt, vgl. zu diesem oben Kap. 3 B.II.2.d)cc).

1547 *Fox v. Anderson* (In re Thu Viet Dinh), 80 B.R. 819, 822 (Bankr. S.D. Miss. 1987).

1548 *United States v. Lasich* (In re Kinross Mfg. Corp.), 174 B.R. 702, 706 (Bankr. W. D. Mich. 1994).

1549 Vgl. *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 193 (2006).

1550 Vgl. In re Feinstein Family Partnership, 247 B.R. 502, 507 (Bankr. M.D. Fla. 2000); zu den Ausnahmefällen *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 194 (2006) m.w.N.

1551 *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 194 (2006).

1552 Vgl. *Heidelberg Harris, Inc. v. Grogan* (In re Estate Design & Forms, Inc.), 200 B.R. 138, 142 (Bankr. E.D. Mich. 1996). A.a.O. auch zur praktischen Schwierigkeit für den *trustee*, gem. 11 U.S.C. § 506 (c) die Kosten für die Aufbewahrung des Sicherungsguts vom gesicherten Gläubiger zurückzuerlangen.

(5) Pflichten gegenüber dem Schuldner

Praktisch kommen im Liquidationsverfahren zwei Konstellationen in Frage, in denen der *trustee* treuhänderisch zu Gunsten des Gemeinschuldners tätig wird. Zum einen muss er die Rückgabe von Eigentum an den Schuldner, das vom Insolvenzbeschluss ausgenommen ist (*exempt property*), veranlassen.¹⁵⁵³ Außerdem ist er verpflichtet, etwaige Erlösüberschüsse nach Befriedigung der Insolvenzgläubiger an den Schuldner auszukehren.¹⁵⁵⁴ Der Schuldner wird damit zu einem Gläubiger des *estate*.¹⁵⁵⁵ Insoweit ist es für den *trustee* geboten, bei der Liquidation von Massegegenständen das über die vollständige Befriedigung der Gläubiger hinausgehende Interesse des Schuldners und seiner Anteilseigner, denen gegenüber die Pflichten ebenso bestehen, zu beachten.¹⁵⁵⁶

(6) Besondere Pflichten im Reorganisationsverfahren

Unter *Chapter 11* ist der *trustee* zur Fortführung des Unternehmens verpflichtet¹⁵⁵⁷, sofern dies zur Bewahrung des Wertes der Masse notwendig ist. Umgekehrt muss die Fortführung unterbleiben, wenn das Massevermögen hierdurch ohne Aussicht auf eine Sanierung dezimiert würde.¹⁵⁵⁸ Hinzu kommt die Pflicht zur umfassenden Untersuchung der Handlungen, des Aktiv- und Passivvermögens, der finanziellen Verfassung sowie sonstiger Umstände des Gemeinschuldners, die für die Planerstellung relevant sind (11 U.S.C. § 1106 (a) (3)). Der *trustee* stellt hierdurch sicher, dass die Beteiligten über die notwendigen Informationen zur Entscheidung über den Verfahrensfortgang verfügen.¹⁵⁵⁹ Ferner hat er einen Insolvenz-

1553 Er muss aber vor Rückgabe des Gegenstands bzw. Auszahlung des Betrags vorrangige Ansprüche i.S.d. 11 U.S.C. § 522 (c) prüfen, vgl. *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 196 (2006).

1554 11 U.S.C. § 726 (a) (6); vgl. In re George Schumann Tire and Battery Co., Inc., 145 B.R. 104, 107 (Bankr. M.D. Fla. 1992).

1555 Vgl. In re Moon, 258 B.R. 828, 832 f. (Bankr. N.D. Fla. 2001).

1556 Illustrativ In re Central Ice Cream Co., 836 F.2d 1068, 1072 f. (7th Cir. 1987); *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 197 (2006) m.w.N.

1557 Vgl. auch 11 U.S.C. § 1108.

1558 Zum Ganzen *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 1106.03 [1] [d].

1559 *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 1106.03 [10] [a].

plan einzureichen oder gegebenenfalls den Wechsel in eine andere Verfahrensart oder die Verfahrensabweisung zu empfehlen.¹⁵⁶⁰

3. Ergebnis

a) Amtspflichten als Anknüpfungspunkt für die persönliche Haftung

Beide Rechtsordnungen knüpfen die persönliche Haftung des Verwalters an die Verletzung besonderer Amtspflichten. Diese fußen jeweils auf dem Rechtsverhältnis zwischen Verwalter und Verfahrensbeteiligten, das mit Amtsübernahme begründet wird. Dabei bestehen Unterschiede in formeller Hinsicht: Die für § 60 Abs. 1 S. 1 InsO maßgebliche materielle Bestimmung der Insolvenzspezifität verortet die Pflichten in der InsO, ohne auf diese beschränkt zu sein. Die treuhänderischen Pflichten des *trustee* hingegen sind Produkt eines auf dem *trust law* fußenden, ungeschriebenen *common law*. Die im *Bankruptcy Code* aufgeführten Verwaltungspflichten können aber treuhänderischer Natur sein und ein Verstoß hiergegen kann die Verletzung der *duty of care* konstituieren.

b) Gemeinsamkeiten beim Pflichtenprogramm

Gegenüber den Personen, die in beiden Rechtsordnungen übereinstimmend potentielle Haftungsgläubiger sind, besteht ein weitgehend ähnliches Programm haftungsbewehrter Amtspflichten. Dies gilt z.B. für die typischen verwaltungsbezogenen Einzelpflichten, deren Verletzung in der Regel zu einem Masse- bzw. Gesamtschaden zu Lasten der Gläubiger führt, wie z.B. die Pflicht zur Massezusammenstellung, -Verwahrung und bestmöglichen -Verwertung oder die Rechenschaftspflicht. Dogmatisch bedeutet eine Verletzung dieser Pflichten durch den *trustee* die Verletzung der treuhänderischen *duty of care*, materiell unterscheiden sich beide Rechtsordnungen hier jedoch nicht. Auf die jeweils divergierende Frequenz von Betriebsfortführungen wurde bereits hingewiesen.¹⁵⁶¹ Abgesehen davon lassen sich hinsichtlich des Pflichtenprogramms keine Unterschiede ausmachen, die auf eine merkbliche Diskrepanz beim Haftungsumfang zwischen beiden Fremdverwaltern hindeuten.

1560 11 U.S.C. § 1106 (a) (5).

1561 Vgl. oben Kap. 2 C.II.

Die in den USA zentrale *duty of loyalty* hat auch als Äquivalent im deutschen Insolvenzrecht wesentliche Bedeutung. Dies zeigt exemplarisch die Entscheidung des 9. Zivilsenats, in der die persönliche Haftung des Verwalters für die Eigennutzung einer Geschäftschance der Masse angenommen wurde.¹⁵⁶² Dieser Fall stellt, übertragen auf den *trustee*, ein Lehrbuchbeispiel für die Verletzung der *duty of loyalty* dar und wäre von U.S.-amerikanischen Gerichten entsprechend gewertet worden. Allgemein werden Verstöße des Verwalters gegen das Unabhängigkeitsgebot (§ 56 InsO) durch § 60 InsO sanktioniert, auch er unterliegt einer umfassenden Loyalitätspflicht.¹⁵⁶³ Entsprechendes gilt, wenn der Verwalter seine mehrseitige Interessenbindung und das Gebot der *par conditio creditorum* missachtet: Handlungen dieser Fallgruppe werden in den USA unter der *duty of impartiality* subsumiert.

III. Haftung bei unternehmerischen Ermessensentscheidungen

Die persönliche Verwalterhaftung für unternehmerische Ermessensentscheidungen ist rechtsordnungsübergreifend von besonderer Relevanz. Unternehmerisches Handeln ist von betriebswirtschaftlichen Risiken geprägt und deshalb haftungsträchtig. Für die Frage, wann bei Ermessensentscheidungen eine Pflichtverletzung des Verwalters anzunehmen ist, ist die Reichweite des Verwalterermessens maßgeblich. Zudem wird in Deutschland sowie in den USA die Anwendung der *Business Judgment Rule* (BJR) bei unternehmerischen Entscheidungen des Verwalters diskutiert. Im Folgenden wird dargelegt, wie das deutsche und das U.S.-amerikanische Insolvenzrecht Ermessensentscheidungen haftungsrechtlich adressieren.

1. Ermessensentscheidungen im Insolvenzverfahren

Sowohl der deutsche Insolvenzverwalter als auch der *bankruptcy trustee* haben im Rahmen der Verwaltung Entscheidungen über Maßnahmen zu treffen, deren in der Zukunft liegender Erfolg bei Betrachtung *ex ante*

1562 BGH NZI 2017, 442, 443 f.

1563 Hierzu *Laukemann*, Unabhängigkeit, S. 109 f.

ungewiss ist.¹⁵⁶⁴ Solche unternehmerischen Entscheidungen sind durch ein ihnen inhärentes Prognose- und Unsicherheitselement gekennzeichnet.¹⁵⁶⁵ Das Gesetz stellt dem Ermessen des Verwalters anheim, Entscheidungen auf unsicherer Basis zu treffen, die sich *ex post* als für die Masse gewinnbringend oder schädigend herausstellen können.¹⁵⁶⁶ Indiziert werden sie im Gesetzestext durch Begriffe wie „kann“ und „darf“¹⁵⁶⁷ bzw., im *Bankruptcy Code*, „may“¹⁵⁶⁸. Naturgemäß handelt es sich um Entscheidungen von hoher Komplexität im Vergleich zu rechtlich gebundenen Entscheidungen¹⁵⁶⁹, weil aus *ex-ante*-Perspektive zwischen mehreren erfolgversprechenden Maßnahmen zu wählen ist.¹⁵⁷⁰ Im Unterschied hierzu ist die Feststellung der Pflichtwidrigkeit bei gebundenen Entscheidungen sowohl aus *ex-ante*- als auch aus *ex-post*-Perspektive möglich.¹⁵⁷¹

Insbesondere bei der betriebswirtschaftlich geprägten Fortführung des Schuldnerbetriebs, die dem Verwalter genuin unternehmerisches Handeln abverlangt, sind Prognose-Entscheidungen an der Tagesordnung.¹⁵⁷² Im U.S.-amerikanischen Insolvenzrecht spielen sie vor allem im Reorganisationsverfahren bzw. in den Fällen, in denen unter *Chapter 7* das Unternehmen fortgeführt wird, eine wesentliche Rolle.¹⁵⁷³ Der Verwalter leitet anstelle der Geschäftsleitung einen operativen Betrieb und hat zugleich das Verfahrensziel, die Interessen aller Beteiligten und das Gebot der optimalen Masseverwertung zu beachten.¹⁵⁷⁴ Hinzu kommt, dass ein insolventer

1564 S. zum deutschen Recht *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204, 206; *Uhlenbruck*, FS K. Schmidt, S. 1603, 1615; *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 43; für das U.S.-amerikanische Recht *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 194 (1994).

1565 Vgl. *Spindler*, NZG 2005, 865, 871; *Jacoby*, Das private Amt, S. 571; *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 92 f.; *MüKo/Spindler*, AktG, § 93, Rn. 43.

1566 *Jacoby*, Das private Amt, S. 571.

1567 *Berger/Frege/Nicht*, NZI 2010, 321, 324.

1568 Vgl. In re *Haugen Construction Service, Inc.*, 104 B.R. 223, 240 (Bankr. D. N.D. 1989).

1569 S. zu gebundenen Entscheidungen des Verwalters *Berger/Frege/Nicht*, NZI 2010, 321, 324; ferner *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204, 207 f.; *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 94.

1570 Vgl. *Jacoby*, Das private Amt, S. 571; *Berger/Frege/Nicht*, NZI 2010, 321, 323 f.; s. auch *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204, 207; *Uhlenbruck*, FS K. Schmidt, S. 1603, 1616.

1571 *Jacoby*, Das private Amt, S. 571.

1572 Hierzu gehört z.B. die allgemeine Wertmehrpflicht des Verwalters, s. Kap. 4 B.II.1.b)aa)(2); s. auch die Aufzählungen bei *Frege/Nicht*, FS Wellensiek, S. 291, 292 und bei *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 94 ff.

1573 *Bogart*, 102 Dick. L. Rev. 711, 726 (1998).

1574 Anschaulich *Berger/Frege/Nicht*, NZI 2010, 321 f.

Betrieb in der Regel wenig kaufmännischen Spielraum bietet, der Verwalter beim Gemeinschuldner häufig desolate Zustände sowie mangelnde Kooperationsbereitschaft vorfindet und ihm nur wenig Zeit zur Einarbeitung in das ihm fremde Unternehmen, Betriebsabläufe und das oft auch fremde Geschäftsfeld bleibt.¹⁵⁷⁵ Von Ermessen geprägt sind zudem die besonderen insolvenzspezifischen Entscheidungen, wie z.B. Insolvenzanfechtung oder das Wahlrecht bei beidseitig nicht voll erfüllten Verträgen¹⁵⁷⁶, die nicht nur bei der Unternehmensfortführung, sondern auch bei der Liquidation des Schuldnervermögens relevant sind.¹⁵⁷⁷

2. Die Behandlung von Ermessensentscheidungen im Rahmen des § 60 InsO

a) Weiter Ermessensspielraum des Verwalters

In Anbetracht der Schwierigkeiten, die eine unternehmerisch geprägte Verwaltertätigkeit mit sich bringen kann, sprechen Rechtsprechung und Literatur dem Verwalter einen weiten Ermessensspielraum bei Prognoseentscheidungen zu.¹⁵⁷⁸ Unternehmerische Fehlentscheidungen können danach nur dann nach § 60 Abs. 1 S. 1 InsO zur persönlichen Haftung des Verwalters führen, wenn die konkrete Entscheidung zugleich eine insolvenzspezifische Pflicht konstituiert und der Verwalter die Grenzen des ihm zustehenden Ermessensspielraums überschritten hat.¹⁵⁷⁹ Die Ermessensausübung des Verwalters bei unternehmerischen Entscheidungen hat sich am Zweck der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung (§ 1 InsO) sowie dem jeweils von den Gläubigern beschlossenen Verfahrensziel zu orientieren.¹⁵⁸⁰ Sofern das Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt wurde, mangelt es bereits an der für § 60 Abs. 1 S. 1 InsO erforderlichen Pflichtverletzung.

1575 Vgl. auch *Leichtle/Theusinger*, NZG 2018, 251, 252.

1576 Vgl. hierzu *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 196 (1994).

1577 Vgl. *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 71; s. auch *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204, 207.

1578 Vgl. BGH NJW 2002, 2783, 2785; OLGR Celle 2006, 604, 606; BGH NZI 2017, 1749, 1750, Rn. 15; BGH NJW 2020, 1800, 1801, Rn. 28; HK-InsO/*Lohmann*, § 60, Rn. 28; *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 125; MüKo/*Schoppmeyer*, § 60, Rn. 28a, 90a.

1579 Vgl. MüKo/*Schoppmeyer*, § 60, Rn. 28a.

1580 Vgl. BGH NZI 2017, 1749, 1750, Rn. 12; BGH NJW 2020, 1800, 1801, Rn. 26; *Leichtle/Theusinger*, NZG 2018, 251; MüKo/*Schoppmeyer*, § 60, Rn. 90a.

Für die Bestimmung von Ermessensfehlern ist die verwaltungsrechtliche Ermessensfehlerdogmatik der §§ 40 VwVfG, 114 VwGO nicht unmittelbar heranzuziehen, denn der Verwalter ist Träger eines privaten Amtes und wird nicht wie eine Behörde tätig.¹⁵⁸¹ Die in ihr angelegten Grundsätze können gleichwohl als Hilfestellung bei der Bestimmung der Pflichtverletzung im Rahmen des § 60 Abs. 1 InsO dienen.¹⁵⁸² Grundsätzlich liegt eine Ermessensüberschreitung nicht erst dann vor, wenn der Entscheidung des Verwalters eine völlig unverantwortliche Risikobeurteilung zugrunde liegt oder die Handlung insolvenzzweckwidrig oder grob fahrlässig war.¹⁵⁸³ Entscheidend ist, ob die Maßnahme aus *ex-ante*-Perspektive hinsichtlich der mit ihr verbundenen Kosten und Risiken mit Blick auf die Massesicherungs- und Wahrungspflicht des Verwalters vertretbar ist.¹⁵⁸⁴ Gerichte dürfen sich daher nicht auf die Feststellung der Zweckdienlichkeit einer Maßnahme beschränken, sondern haben auch die wirtschaftlichen Umstände einer Entscheidung zu betrachten.¹⁵⁸⁵

Ein weit gefasster Ermessensspielraum des Verwalters ist erforderlich, um einer übermäßigen Haftungsbelastung in Situationen vorzubeugen, in denen er Entscheidungen treffen muss, deren betriebswirtschaftliches Resultat aus der Perspektive *ex ante* ungewiss ist. Die anderenfalls zu strenge Haftungsandrohung würde gefordertes unternehmerisches Handeln faktisch unterbinden bzw. Konflikte hervorrufen, die die effektive Amtsführung des Verwalters im Sinne des Verfahrensziels konterkarieren. § 60 Abs. 1 InsO darf in Bezug auf unternehmerische Entscheidungen deshalb nicht als Erfolgshaftung verstanden werden.¹⁵⁸⁶ Um die Gefahr von Rückschaufehlern, d.h. einer Bewertung der Lage aus *ex-post*-Perspektive und auf breiterer Informationsbasis, als zum Entscheidungszeitpunkt (*hindsight bias*)¹⁵⁸⁷, zu minimieren, ist ein strenger *ex-ante*-Betrachtungsmaßstab bei

1581 Ebenfalls gegen die Anwendung *Bönner*, *Ermessen und Haftung*, S. 110; *Berger/Frege/Nicht*, NZI 2010, 321, 322; *Kirschey*, *Haftung des Insolvenzverwalters*, S. 45; vgl. zum privaten Amt des Verwalters oben Kap. 2 A.II.1.b).

1582 Ähnlich *Jacoby*, *Das private Amt*, S. 573.

1583 BGH NJW 2020, 1800, 1802, Rn. 37 f.

1584 BGH NJW 2020, 1800, 1801, Rn. 28, 39.

1585 Vgl. BGH NJW 2020, 1800, 1803, Rn. 47.

1586 So auch *Oldiges*, *Haftung unter der Business Judgment Rule*, S. 119.

1587 Dieser Aspekt wird insbesondere von Anhängern der Übertragung der BJR auf die Verwalterhaftung hervorgehoben, s. *Berger/Frege/Nicht*, NZI 2010, 321, 322; *Leichtle/Theusinger*, NZG 2018, 251, 252.

der gerichtlichen Überprüfung von Entscheidungen anzulegen.¹⁵⁸⁸ Untersucht wird nur der Prognosevorgang, nicht das Entscheidungsergebnis.¹⁵⁸⁹

b) Weitergehende Haftungsprivilegierung durch die *Business Judgment Rule*?

Die Diskussion über die Anwendbarkeit der BJR auf die Insolvenzverwalterhaftung nimmt mittlerweile einigen Raum in der deutschen Rechtswissenschaft ein. Weil es im Kern um die Frage nach der Beschränkung des Haftungsrisikos des Verwalters geht, werden im Folgenden knapp Aussagegehalt und *ratio* der BJR erläutert sowie der Meinungsstand zu ihrer Übertragung auf die Verwalterhaftung dargestellt, um anschließend eine eigene Bewertung vorzunehmen.

aa) Aussagegehalt und Rechtfertigung der BJR im Gesellschaftsrecht

§ 93 Abs. 1 S. 1 AktG verpflichtet die Vorstandsmitglieder zur sorgfältigen Geschäftsführung. Umschrieben werden hiermit der Verschuldensmaßstab sowie objektive Verhaltenspflichten.¹⁵⁹⁰ In § 93 Abs. 2 S. 1 AktG ist die Haftungsverantwortung des Vorstands gegenüber der Gesellschaft für Pflichtverletzungen, also die Innenhaftung, geregelt.¹⁵⁹¹ Mit § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, wonach eine Pflichtverletzung des Vorstandsmitglieds dann nicht vorliegt, wenn es bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln, hat das dem U.S.-amerikanischen Recht der Bundesstaaten entlehnte¹⁵⁹² Rechtsinstitut der BJR auch im deutschen Gesellschaftsrecht die Kodifizierung erfahren, wobei eine

1588 Vgl. *Oldiges*, Haftung unter der Business Judgment Rule, S. 121; *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 116 f.

1589 *Jacoby*, Das private Amt, S. 571.

1590 Hüffer/Koch/Koch, AktG, § 93, Rn. 5.

1591 Hüffer/Koch/Koch, AktG, § 93, Rn. 4.

1592 Es handelt sich nicht um eine Übernahme der BJR, sondern um ihre „abgewandelte Einpassung“ in den Haftungstatbestand des § 93 AktG, vgl. Hüffer/Koch/Koch, AktG, § 93, Rn. 10.

Konkretisierung des Geschäftsleitermessens schon vorher durch den BGH erfolgte.¹⁵⁹³

Bei Vorliegen der Voraussetzungen der BJR (unternehmerische Entscheidung, Gutgläubigkeit des Vorstandsmitglieds, Handeln ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse, zum Wohle der Gesellschaft und auf angemessener Informationsbasis¹⁵⁹⁴) soll keine gerichtliche Kontrolle der Ermessensentscheidung stattfinden.¹⁵⁹⁵ Es besteht dann ein *safe harbor*, also eine „haftungstatbestandliche Freistellung“¹⁵⁹⁶; das Vorstandsmitglied handelt bereits nicht pflichtwidrig, sodass es auf die Verschuldensprüfung nicht mehr ankommt.¹⁵⁹⁷ Liegen die Voraussetzungen der BJR nicht vor, folgt daraus weder ohne Weiteres die Haftung des Vorstands noch eine dahingehende Vermutung, stattdessen hat das Gericht zu prüfen, ob eine Pflichtverletzung vorliegt, ob z.B. die Entscheidung des Vorstands aus *ex-ante*-Perspektive nicht auf sorgfältiger Grundlage vorgenommen wurde oder inhaltlich nicht vertretbar war.¹⁵⁹⁸

Die für die Haftungsprivilegierung durch die BJR angeführten Rechtfertigungsgründe sind mannigfaltig.¹⁵⁹⁹ § 93 Abs. 1 S. 2 AktG soll u.a. klarstellen, dass der Vorstand keiner Erfolgshaftung bei unternehmerischen Entscheidungen unterliegt.¹⁶⁰⁰ Er soll auch risikoträchtige Maßnahmen treffen können und nicht durch eine zu strenge Haftungsandrohung zu risikoaversen Handeln determiniert werden, das dem Wohle der Gesell-

1593 Vgl. BGH NJW 1997, 1926 („ARAG/Garmenbeck“); BT-Drucks. 15/5092, S. 11; *Fleischer*, NJW 2009, 2337, 2338; MüKo/*Spindler*, AktG, § 93, Rn. 43 f.; s. zum U.S.-amerikanischen Recht und der Rezeptionsgeschichte in Deutschland *Kebekus/Zenker*, FS Maier-Reimer, S. 319, 320 ff. und *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 156 f.; obwohl im GmbHG nicht festgeschrieben, gilt die BJR nach h.M. auch für den Geschäftsführer der GmbH, vgl. *Fleischer*, NZG 2011, 521, 523; a.A. *Jungmann*, FS K. Schmidt, S. 831 ff.; *ders.*, NZI 2009, 80, 82.

1594 BT-Drucks. 15/5092, S. 11; vgl. zum materiell-rechtlichen Gehalt der einzelnen Voraussetzungen MüKo/*Spindler*, AktG, § 93, Rn. 48 ff.

1595 *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 42.

1596 BT-Drucks. 15/5092, S. 11.

1597 Vgl. *Lutter*, ZIP 2007, 841, 842 f.; *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204, 209; *Jungmann*, NZI 2009, 80; *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 161; die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen der BJR liegt jedoch, im Unterschied zu den USA, beim Vorstandsmitglied, vgl. *Kebekus/Zenker*, FS Maier-Reimer, S. 319, 331.

1598 *Lutter*, ZIP 2007, 841, 845; MüKo/*Spindler*, AktG, § 93, Rn. 47.

1599 S. hierzu im Einzelnen *Jungmann*, FS K. Schmidt, S. 831, 834 ff. m.w.N. und kritischer Würdigung.

1600 BT-Drucks. 15/5092, S. 11.

schaft abträglich sein könnte.¹⁶⁰¹ Dass Vorstandsmitglieder (Agenten), die grundsätzlich risikoavers sind, risikoneutrale Investitionsentscheidungen auf Ebene der Gesellschaft treffen können, entspricht zudem dem Interesse der Aktionäre (Prinzipale), die ihrerseits durch eine diversifizierte Investitionsstrategie ihr eigenes Risiko minimieren können.¹⁶⁰²

bb) Meinungsstand zur Übertragung der BJR auf die
Insolvenzverwalterhaftung

Die Frage, ob die BJR auch im Rahmen der Verwalterhaftung gilt bzw. *de lege ferenda* auf diese zu übertragen ist, war bis vor kurzem ein ausschließlich durch die Literatur geführter Streit. Jüngst hat sich zu dieser Frage erstmals¹⁶⁰³ der BGH eindeutig positioniert.¹⁶⁰⁴

(1) Befürwortung der Haftungsprivilegierung des Verwalters

Zahlreiche Stimmen sprechen sich für die Übertragung der BJR auf die Insolvenzverwalterhaftung gem. § 60 InsO aus.¹⁶⁰⁵ Methodisch wird über-

1601 MüKo/Spindler, AktG, § 93, Rn. 43.

1602 Vgl. Jungmann, NZI 2009, 80, 81 f.; Becker, Unternehmensfortführung, S. 44 ff. m.w.N. zum U.S.-amerikanischen Recht.

1603 Unzutreffend gehen Leichtle/Theusinger, NZG 2018, 251 f. davon aus, BGH NZI 2017, 442 habe sich positiv zur Anwendung der BJR auf den Verwalter geäußert, vgl. BGH NJW 2020, 1800, Rn. 31.

1604 Vgl. BGH NJW 2020, 1800.

1605 Vgl. Berger/Frege, ZIP 2008, 204, 206 ff.; Bönner, Ermessen und Haftung, S. 111 ff.; Uhlenbruck, FS K. Schmidt, S. 1603, 1613 ff.; Oldiges, Haftung unter der Business Judgment Rule, S. 130 ff.; Berger/Frege/Nicht, NZI 2010, 321 ff.; Kebekus/Zenker, FS Maier-Reimer, S. 319, 335 ff.; Frege/Nicht, FS Wellensiek, S. 291 ff.; Antoni, NZI 2013, 236, 239; Hölzle, NZI 2013, 347, 348; Leichtle/Theusinger, NZG 2018, 251 ff.; Resch, Business Judgment Rule und Insolvenzverwalterhaftung, S. 217 ff.; Kühn, Unternehmerisches Ermessen in der Insolvenz, S. 171 ff.; Nerlich/Römermann/Rein, § 60, Rn. 78 ff.; zögerlicher Schmidt/Thole, § 60, Rn. 14, der die Maßstäbe bei unternehmerischen Entscheidungen nur „im Ansatz“ der BJR entnehmen will und die analoge Anwendung ablehnt; zur Anwendbarkeit bei bestimmten Geschäften tendierend Pape, ZInsO 2019, 2033, 2036 f.

wiegend die Analogiebildung zu § 93 Abs. 1 S. 1 AktG bemüht¹⁶⁰⁶, andere wenden die Grundsätze der BJR entsprechend auf die Verwalterhaftung an¹⁶⁰⁷ oder gehen von der Geltung der BJR als „allgemeiner Rechtsgedanke“¹⁶⁰⁸ aus. Die für die Analogie erforderliche Regelungslücke liege vor, weil im Insolvenzverfahren, wie beim Vorstand der AG, unternehmerische Entscheidungen zu treffen seien, die InsO jedoch, anders als das AktG, diesen Umstand nicht adressiere.¹⁶⁰⁹ Übergreifend wird rechtsmethodisch betont, dass das Institut der BJR nicht auf die AG begrenzt sei, sondern bei allen Formen unternehmerischer Betätigung Anwendung finden könne.¹⁶¹⁰

Als Begründung für die Haftungsprivilegierung durch die BJR wird u.a. angeführt, dass bei der Unternehmensfortführung eine Unterscheidung zwischen dem Handeln des Verwalters und dem eines Geschäftsleiters nicht gerechtfertigt sei.¹⁶¹¹ Für das fortgeführte Unternehmen dürften keine Wettbewerbsnachteile in Form eines risikoavers handelnden Verwalters bestehen.¹⁶¹² Die Anwendung der BJR rechtfertige sich aus ökonomischer Sicht, weil durch sie risikoneutrale und damit effiziente Entscheidungen gefördert würden.¹⁶¹³ Zudem befinde sich der Verwalter in einer nachteiligeren Situation als die Geschäftsleitung, weil er das insolvente Unternehmen nicht kenne und unter Zeitdruck handeln müsse.¹⁶¹⁴ Die BJR verhindere im Rahmen des § 60 InsO, dass der Verwalter aufgrund der Rückschaubeurteilung einer Erfolgshaftung unterliege.¹⁶¹⁵ Sofern bei einer unternehmerischen Entscheidung der Verwalter frei von Interessen-

1606 Vgl. *Berger/Frege/Nicht*, NZI 2010, 321, 232; *Kebekus/Zenker*, FS Maier-Reimer, S. 319, 336; *Frege/Nicht*, FS Wellensiek, S. 291, 293; *Resch*, Business Judgment Rule und Insolvenzverwalterhaftung, S. 218 ff.

1607 *Bönner*, Ermessen und Haftung, S. 112.

1608 *Leichtle/Theusinger*, NZG 2018, 251, 252.

1609 *Frege/Nicht*, FS Wellensiek, S. 291, 296.

1610 So *Frege/Nicht*, FS Wellensiek, S. 291, 293 unter Verweis auf BT-Drucks. 15/5092, S. 12; *Kebekus/Zenker*, FS Maier-Reimer, S. 319, 325 f.

1611 Vgl. *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204, 206; *Bönner*, Ermessen und Haftung, S. 112 f.; *Berger/Frege/Nicht*, NZI 2010, 321, 323; *Oldiges*, Haftung unter der Business Judgment Rule, S. 141 ff.; *Leichtle/Theusinger*, NZG 2018, 251, 252 f.

1612 Vgl. *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204, 206; *Uhlenbruck*, FS K. Schmidt, S. 1603, 1615; *Berger/Frege/Nicht*, NZI 2010, 321, 323; *Leichtle/Theusinger*, NZG 2018, 251, 252.

1613 Eingehend hierzu *Oldiges*, Haftung unter der Business Judgment Rule, S. 133 ff.

1614 Vgl. Nerlich/Römermann/Rein, § 60, Rn. 79.

1615 *Berger/Frege/Nicht*, NZI 2010, 321, 322 f.; *Leichtle/Theusinger*, NZG 2018, 251, 252.

konflikten bzw. ohne Sonderinteressen, zum Wohle der Masse und auf angemessener Informationsgrundlage handelt¹⁶¹⁶, bestehe auch für ihn die Haftungsfreistellung als „sicherer Hafen“; er handele dann nicht pflichtwidrig, sodass es auf ein Verschulden nicht mehr ankomme.¹⁶¹⁷ Sofern die Voraussetzungen der BJR nicht vorliegen, soll es bei der allgemeinen Ermessenskontrolle zur Feststellung der Pflichtverletzung bleiben.¹⁶¹⁸

(2) Keine Übertragung der BJR auf die Verwalterhaftung

Einige Literaturstimmen nehmen einen konträren Standpunkt ein und lehnen die Übertragung der BJR auf die Verwalterhaftung ab.¹⁶¹⁹ Dem hat sich auch der BGH angeschlossen.¹⁶²⁰ Als untauglich kritisiert werden bereits die rechtsmethodischen Begründungsversuche der Befürworter, zudem lägen die Analogievoraussetzungen nicht vor, weil eine Regelungslücke aufgrund des auf die Unternehmensfortführung angepassten Sorgfaltsmaßstabs des § 60 Abs. 1 S. 2 InsO¹⁶²¹ nicht bestehe.¹⁶²² Über diesen, sowie den Pflichtenkreis, lasse sich eine angemessene Risikobeschränkung erreichen, sodass es der BJR nicht bedürfe.¹⁶²³ Gleiches gelte aufgrund des dem Verwalter eingeräumten weiten Ermessensspielraums.¹⁶²⁴

Eine maßgebliche Rechtfertigung für die BJR im Gesellschaftsrecht, das Interesse an risikoneutralen Entscheidungen der Geschäftsleitung, gelte nicht im Insolvenzverfahren, denn anders als der Kreis der Aktionäre sei

1616 Vgl. zu den Voraussetzungen *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204, 207 ff.; *Berger/Frege/Nicht*, NZI 2010, 321, 323 ff. Im Einzelnen werden divergierende Voraussetzungen für die Haftungsfreistellung vertreten. *Uhlenbruck*, FS K. Schmidt, S. 1603, 1617 f. z.B. verlangt ein Handeln im Interesse des Verfahrensziels, also zum Wohle aller Beteiligten, statt dem bloßen Handeln zum Wohle der Masse.

1617 *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204, 209.

1618 *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204, 209.

1619 Vgl. *Zimmermann*, NZI 2006, 386, 387; *Jungmann*, NZI 2009, 80 ff.; *ders.*, NZI 2020, 651 ff.; *Lüke*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 281; *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 40 ff.; *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 177 ff.; *MüKo/Schoppmeyer*, § 60, Rn. 90a; *K/P/B/Lüke*, § 60, Rn. 37 ff.

1620 BGH NJW 2020, 1800, 1801, Rn. 29 ff.

1621 Vgl. hierzu unten Kap. 4 B.IV.1.b).

1622 BGH NJW 2020, 1800, 1801, Rn. 32 ff.; *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 184 ff.

1623 BGH NJW 2020, 1800, 1801, Rn. 33; *Lüke*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 281; *K/P/B/Lüke*, § 60, Rn. 37b.

1624 BGH NJW 2020, 1800, 1801, Rn. 33; *MüKo/Schoppmeyer*, § 60, Rn. 90a.

die Insolvenzgläubigerschaft heterogen; es bestehe für sie nicht einheitlich die Möglichkeit, durch diversifizierte Anlagestrategien das eigene Risiko zu minimieren.¹⁶²⁵ Eine strenge Verwalterhaftung wirke sich daher auch nicht zu ihrem Nachteil aus.¹⁶²⁶ Zudem bestehe durch die mehrseitige Fremdbestimmtheit des Verwalters auch ein größerer Kreis an Beteiligten, deren Interessenlage hinsichtlich risikoneutraler Entscheidungen unterschiedlich sei.¹⁶²⁷

Ferner wird angeführt, dass Instrumente des Gesellschaftsrechts, die Anreize beim Agenten setzen, gute unternehmerische Entscheidungen zu treffen, und die so das Risiko des Missbrauchs des Haftungsfreiraums reduzieren, im Insolvenzverfahren nicht zur Verfügung stünden.¹⁶²⁸ Des Weiteren rechtfertige das Vorliegen einer unternehmerischen Entscheidung allein noch nicht die Privilegierung durch die BJR, denn die Gefahr von Rückschaufehlern durch die Gerichte bestehe stets bei Ermessensentscheidungen, nicht nur bei der Führung eines Unternehmens; hieraus entstehende Probleme könnten aber durch die Fahrlässigkeitshaftung bewältigt werden.¹⁶²⁹ Auch setze eine Haftungsprivilegierung durch die BJR Anreize zu risikoreichem Verhalten und schaffe eine Fortführungspräferenz für den Verwalter, was volkswirtschaftliche Nachteile nach sich ziehe und u.a. der Marktbereinigung entgegenwirke.¹⁶³⁰

cc) Stellungnahme

Zunächst ist unerlässlich, sich das Verhältnis der BJR zum unternehmerischen Ermessen zu vergegenwärtigen. Obwohl beide Institute gewissermaßen in Zusammenhang stehen und oft im gleichen Atemzug erwähnt werden, sind sie nicht kongruent.¹⁶³¹ Weil die BJR nicht etwa die bloße Kon-

1625 *Jungmann*, NZI 2009, 80, 84; *ders.* NZI 2020, 651, 656; *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 46 f.; *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 196 ff.; a.A. *Oldiges*, Haftung unter der Business Judgment Rule, S. 138 ff.

1626 *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 47.

1627 *Jungmann*, NZI 2009, 80, 84.

1628 BGH NJW 2020, 1800, 1802 f., Rn. 42; eingehend zu Mechanismen, wie z.B. Informationsrechte, Kontroll- und Auswechslungsmöglichkeiten und Vergütung, *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 47 ff.

1629 Vgl. *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 68 ff.

1630 Vgl. *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 192 ff.

1631 So auch von *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 70 f. und *Jungmann*, NZI 2020, 651, 652 hervorgehoben.

kretisierung für die Bestimmung von Ermessensfehlern ist¹⁶³², sondern einen Haftungsfreiraum darstellt, innerhalb dessen Ermessensentscheidungen keiner Kontrolle unterzogen werden, bedeutet sie eine weitergehende Haftungsprivilegierung.¹⁶³³ Es geht also darum, ob der Verwalter haftungsrechtlich besserzustellen ist, als er durch das ihm eingeräumte weite Ermessen bereits steht. Einräumen muss man, dass sich die Stellung des Geschäftsleiters und des Verwalters eines in Fortführung befindlichen Unternehmens in Hinblick auf die unternehmerische und betriebswirtschaftliche Prägung der Tätigkeit gleichen. Die Diskussion über die Anwendbarkeit der BJR auf den Verwalter ist daher naheliegend. Im Ergebnis ist sie aber abzulehnen.

Ein Interesse an risikoneutralen Entscheidungen, das als Annahme für die Haftungsprivilegierung im Gesellschaftsrecht gilt, lässt sich weder für die im insolvenzrechtlichen Kontext als Prinzipale fungierenden Insolvenzgläubiger einheitlich feststellen noch ist ersichtlich, dass es auch bei den anderen Beteiligten vorliegt.¹⁶³⁴ Dies wäre aber nicht nur Voraussetzung für die Vergleichbarkeit von gesellschafts- und insolvenzrechtlicher Situation, sondern auch eine im Rahmen einer zweckadäquaten Auslegung von § 60 InsO erforderliche Rechtfertigung für eine Haftungsbeschränkung zu Gunsten des Verwalters.¹⁶³⁵ Die Schaffung einer Haftungsprivilegierung, die nicht allen Beteiligten sondern nur denen dient, die an risikoneutralen Entscheidungen interessiert sind, birgt die Gefahr von Schutzlücken zu Lasten der übrigen Beteiligten, was im Widerspruch zum *telos* des § 60 InsO steht. Ähnlich gelagert ist der Einwand *Beckers*, dem sich auch der BGH angeschlossen hat¹⁶³⁶, dass den Insolvenzgläubigern als Prinzipale Kontrollmöglichkeiten, die als Korrelat für den Haftungsfreiraum des Agenten bzw. funktionellen Ersatz für eine strenge Haftung dienen, nur unzureichend zu Verfügung stehen.¹⁶³⁷ So könnten durch die Anhebung der Kontrollmöglichkeiten der Gläubiger nicht nur die Situa-

1632 Diesen Eindruck vermitteln aber *Berger/Frege/Nicht*, NZI 2010, 321, 322, wenn von einer „insolvenzspezifischen Ermessensfehlerlehre“, die sich an die BJR oder das Verwaltungsrecht anlehnt, die Rede ist.

1633 *Jungmann*, NZI 2009, 80, 81; *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 70 f.

1634 Vgl. *Jungmann*, NZI 2009, 80, 84; *ders.*, NZI 2020, 651, 656; *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 46 f.

1635 Vgl. zum Kriterium der Zweckadäquanz bei § 60 InsO oben Kap. 4 A.II.3.c).

1636 BGH NJW 2020, 1800, 1802 f., Rn. 42.

1637 Vgl. *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 47 ff.; ebenso *Jungmann*, NZI 2020, 651, 656 f.

tionen von insolventer und werbender Gesellschaft synchronisiert¹⁶³⁸, sondern auch die Zweckadäquanz i.S.d. § 60 InsO hergestellt werden, weil die Beschränkung des Haftungsrisikos mit einem Absenken der Handlungsautonomie des Verwalters oder einer Anhebung des Beteiligteinflusses „erkauft“ werden muss.

Fraglos muss § 60 InsO angepasst auf die Situation der Unternehmensfortführung allgemein und auf unternehmerische Ermessensentscheidungen insbesondere ausgelegt werden.¹⁶³⁹ Dies wird jedoch bereits durch das dem Verwalter zugestandene weite Ermessen sowie den besonderen Verschuldensmaßstab des § 60 Abs. 2 S. 1 InsO erreicht.¹⁶⁴⁰ Insoweit ist auch das Bestehen einer planwidrigen Regelungslücke zweifelhaft.¹⁶⁴¹

Ferner rechtfertigt auch die Gefahr von Rückschaufehlern durch die Gerichte nicht die Übertragung der BJR auf die Verwalterhaftung. Dieses Risiko ist nicht nur unternehmerischen Entscheidungen inhärent, sondern besteht bei zahllosen Prognoseentscheidungen, wie z.B. bei der ärztlichen Behandlung, ohne dass auch hier das Haftungsprivileg der BJR angenommen würde.¹⁶⁴² Zudem würde selbst bei Geltung der BJR für die Verwalterhaftung die reguläre Ermessensfehlerkontrolle vorgenommen werden, wenn eine der Voraussetzungen der BJR nicht erfüllt ist. Die Gefahr von Rückschaufehlern ließe sich also ohnehin nicht vollständig eliminieren.

3. Der Umgang mit Ermessensentscheidungen des *bankruptcy trustee*

a) Eingeschränkte gerichtliche Überprüfung von *business judgments*

Ähnlich dem deutschen Insolvenzrecht wird auch dem *bankruptcy trustee* seitens der Rechtsprechung und der Literatur ein weites Ermessen im Rahmen seiner Aufgabenerfüllung zugestanden.¹⁶⁴³ Der *U.S. Supreme*

1638 Vgl. *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 72.

1639 Vgl. hierzu oben Kap. 4 A.II.2.

1640 So auch BGH NJW 2020, 1800, 1801, Rn. 32 f.; *Lüke*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 281; K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 37b; MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 90a.

1641 *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 186.

1642 Vgl. *Jungmann*, NZI 2009, 80, 81; *ders.*, NZI 2020, 651, 654; *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 70 f.; ähnlich auch BGH NJW 2020, 1800, 1803, Rn. 43.

1643 Vgl. *Sherr v. Winkler*, 552 F.2d 1367, 1375 (10th Cir. 1977); *Ford Motor Credit Company v. Weaver*, 680 F.2d 451, 461 (6th Cir. 1982); *In re Fulton*, 162 B.R. 539, 540 (Bankr. W.D. Mo. 1993); *Frostbaum v. Ochs*, 277 B.R. 470, 475 (E.D.N.Y. 2002) (Freigabe von Massegegenständen); *In re Consolidated*

Court konstatierte bereits in *Mosser v. Darrow*: „Courts are quite likely to protect trustees against heavy liabilities for disinterested mistakes in business judgment.“¹⁶⁴⁴

Auch der *trustee* unterliegt keiner Erfolgshaftung.¹⁶⁴⁵ Gerichte bestimmen die Pflichtwidrigkeit aus einer strikten *ex-ante*-Perspektive, ohne „*perfect vision of hind-sight*.“¹⁶⁴⁶ Grundhaltung ist, unternehmerische Entscheidungen des DIP oder *trustee* im regulären Geschäftsgang keiner umfassenden inhaltlichen Prüfung zu unterziehen.¹⁶⁴⁷ Vor dem Hintergrund der im *Bankruptcy Code* angelegten regelmäßigen Involvierung des Insolvenzgerichts bei einzelnen Verwaltungsmaßnahmen¹⁶⁴⁸ ist dies nachvollziehbar. Andernfalls würde das Gericht faktisch zum Verwalter werden, was aus verfahrensökonomischer Sicht widersinnig wäre und im Widerspruch zur Unternehmensreorganisation als Verhandlungsprozess zwischen den Beteiligten stünde.¹⁶⁴⁹ Zudem wird betont, dass *trustees* anderenfalls zu passiv agierten, was die effiziente Verwaltung verhindere.¹⁶⁵⁰ Gerade bei großvolumigen Verfahren unter *Chapter 11* sei aufgrund der zahlreich zu treffenden unternehmerischen Entscheidungen ein weites Ermessen erforderlich.¹⁶⁵¹

Die gerichtliche Kontrolle beschränkt sich darauf, ob die Ermessensentscheidung unter Berücksichtigung der Umstände aus *ex-ante*-Perspektive angemessen bzw. vertretbar (*reasonable*) war und in gutem Glauben (*good faith*) sowie im Rahmen der rechtlichen Zuständigkeit (*scope of authority*) vorgenommen wurde.¹⁶⁵² Der *trustee* hat sein Handeln am Interesse der

Industries Corp., 330 B.R. 712, 715 (Bankr. N.D. Ind. 2005) (Verfolgung von Haftungsansprüchen gegen ehemalige Geschäftsleiter des Schuldners); *Bogart*, 102 Dick. L. Rev. 711, 726 (1998); *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 704.04 [1].

1644 *Mosser v. Darrow*, 341 U.S. 267, 274 (1951).

1645 Vgl. In re Melenzyer, 140 B.R. 143, 155 (W.D. Tex. 1992).

1646 *Allard*, 106 Com. L.J. 415, 419 (2001); In re Melenzyer, 140 B.R. 143, 155 (W.D. Tex. 1992).

1647 Vgl. In re Curlew Valley Associates, 14 B.R. 506, 511 (Bankr. D. Utah 1981): „*The courtroom is not a boardroom*“; hierzu auch *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 1108.07 [1]; vgl. auch *Nimmer/Feinberg*, 6 Bankr. Dev. J. 1, 13 f. (1989); *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 193 (1994) unter Verweis auf In re Airlift International, Inc. 18 B.R. 787, 788 (Bankr. S.D. Fla. 1982).

1648 Vgl. hierzu oben Kap. 2 B.IV.2.

1649 Vgl. In re Curlew Valley Associates, 14 B.R. 506, 511 (Bankr. D. Utah 1981).

1650 In re Melenzyer, 140 B.R. 143, 155 (W.D. Tex. 1992).

1651 *Bogart*, 102 Dick. L. Rev. 711, 726 (1998).

1652 In re Curlew Valley Associates, 14 B.R. 506, 513 f. (Bankr. D. Utah 1981); In re Melenzyer, 140 B.R. 143, 155 (W.D. Tex. 1992); In re Fulton, 162 B.R. 539,

parties in interest auszurichten.¹⁶⁵³ Innerhalb dieser Grenzen kommt die persönliche Haftung nicht in Frage¹⁶⁵⁴, sie folgt aber stets dann, wenn die Handlungen des *trustee* objektiv unvertretbar waren¹⁶⁵⁵ bzw. wenn er die Grenzen des weiten Ermessenspielraums überschreitet.¹⁶⁵⁶ Ein *breach of fiduciary duty* wird bei sorgfältig begründeten Ermessensentscheidungen abgelehnt, selbst wenn sich das Ergebnis als schädlich herausstellt.¹⁶⁵⁷

b) Keine einheitliche Anwendung der *Business Judgment Rule*

Wenig überraschend ist die BJR auch in ihrer Herkunftsrechtsordnung häufig Gegenstand von Gerichtsentscheidungen mit Bezug zur Insolvenzverwaltung. Ein einheitliches Bild zur Frage ihrer Anwendbarkeit existiert nicht, gleichwohl zeichnet sich eine Grundausrichtung ab.

aa) *Ex-ante*-Szenario

Festzuhalten ist zunächst, dass dem Grundsatz nach eine „Art BJR“ im U.S.-amerikanischen Insolvenzverfahren Anwendung findet.¹⁶⁵⁸ Gerichte richten sich bei Überprüfung unternehmerischer Entscheidungen hier nach und nehmen nur, wenn eine ihrer Voraussetzungen nicht vorliegt, z.B. wenn mit Eigeninteresse gehandelt wurde, eine reguläre Ermessenskontrolle vor.¹⁶⁵⁹ Mitunter wird diesbezüglich von einer Analogie zur

540 (Bankr. W.D. Mo. 1993); In re Cult Awareness Network, Inc., 205 B.R. 575, 579 (Bankr. N.D. Ill. 1997); diese Prüfung wird auch als „*reasonable trustee test*“ bezeichnet, vgl. In re Haugen Construction Service, Inc., 104 B.R. 223, 240 (Bankr. D. N.D. 1989).

1653 In re Haugen Construction Service, Inc., 104 B.R. 223, 240 (Bankr. D. N.D. 1989).

1654 In re Smith, 400 B.R. 370, 377 f. (Bankr. E.D.N.Y. 2009).

1655 Pereira v. Foong (In re Ngan Gung Restaurant), 254 B.R. 566, 571 (Bankr. S.D.N.Y. 2000).

1656 Vgl. exemplarisch In re Lowry Graphics, 86 B.R. 74, 76 (Bankr. S.D. Tex. 1988) (*trustee* überschreitet sein Ermessen, wenn er seine wesentlichen Pflichten auf Dritte delegiert).

1657 Vgl. *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 1108.04 unter Verweis auf u.a. In re Haugen Construction Service, Inc., 104 B.R. 223 (Bankr. D. N.D. 1989).

1658 Vgl. *Nimmer/Feinberg*, 6 Bankr. Dev. J. 1, 14 (1989).

1659 Vgl. Official Committee of Subordinated Bondholders v. Integrated Resources, Inc. (In re Integrated Resources), 147 B.R. 650, 656 (S.D.N.Y. 1992); In re

gesellschaftsrechtlichen BJR gesprochen.¹⁶⁶⁰ Verbreitet wird auch die Kontrolle von „*business judgments*“, bei der die jeweiligen Entscheidungen auf ihre Vertretbarkeit und Gutgläubigkeit untersucht werden, als synonym mit der BJR verstanden.¹⁶⁶¹

Ungeachtet der terminologischen Gebräuchlichkeit unterscheidet sich in der Praxis der gerichtliche Prüfungsmaßstab, der bei Entscheidungen des *trustee* angelegt wird, teilweise von dem, mit dem Entscheidungen von Geschäftsleitern im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen BJR geprüft werden.¹⁶⁶² Dies hängt auch mit den strukturellen Kontrollmechanismen im Insolvenzverfahren zusammen.¹⁶⁶³ Es bestehen etliche gerichtliche Zustimmungsvorbehalte und Beteiligte können das Insolvenzgericht in einem streitigen Verfahren über Einzelmaßnahmen involvieren. Anders als in typischen gesellschaftsrechtlichen Anwendungsfällen, z.B. Schadensersatzklagen gegen den Geschäftsleiter „*ex post*“, stellt sich die Frage nach der Überprüfung von Ermessensentscheidungen im Insolvenzverfahren damit bereits *ex ante*.¹⁶⁶⁴ In solchen Fällen beschränken Gerichte ihre Prüfung vielfach nicht auf die Entscheidungsumstände, sondern befassen sich auch mit dem konkreten Inhalt der Entscheidung und ihren Auswirkungen auf das Verfahren, was bei der gesellschaftsrechtlichen BJR zu unterbleiben hätte.¹⁶⁶⁵

Ein Beispiel ist die Entscheidung über Erfüllung oder Ablehnung schwebender Verträge. Hier wird dem *trustee* ein weites Ermessen zugestanden und in diesem Zusammenhang auch der „*business judgment test*“ als maßgeblich erwähnt¹⁶⁶⁶, allerdings lassen es Gerichte verbreitet, im Unter-

Riodizio, Inc. 204 B.R. 417, 424 f. (Bankr. S.D.N.Y. 1997); instruktiv zur Anwendung der BJR im Insolvenzverfahren auch In re Dalen, 259 B.R. 586, 609 ff. (Bankr. W.D. Mich. 2001).

1660 Vgl. Official Committee of Subordinated Bondholders v. Integrated Resources, Inc. (In re Integrated Resources), 147 B.R. 650, 656 (S.D.N.Y. 1992).

1661 So z.B. Aaron, Bankruptcy Law, § 9:10, der hierzu auf In re Curlew Valley Associates, 14 B.R. 506 (Bankr. D. Utah 1981) verweist. Ganz anders sieht Bogart, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 223 (1994) diese Entscheidung als Beispiel dafür, dass die BJR nicht für *trustees* gilt.

1662 Resnick/Sommer, Collier on Bankruptcy, P 363.02 [4].

1663 Vgl. hierzu oben Kap. 2 B.IV.2.

1664 Resnick/Sommer, Collier on Bankruptcy, P 1108.07 [2].

1665 Vgl. Resnick/Sommer, Collier on Bankruptcy, P 1108.07 [2] m.w.N.

1666 Vgl. Robertson v. Pierce (In re Chi-Feng Huang), 23 B.R. 798, 800 f. (9th Cir. BAP 1982); In re Petur U.S.A. Instrument Co., Inc., 35 B.R. 561, 563 (Bankr. W.D. Wash. 1983); In re H.M. Bowess, Inc., 89 B.R. 238, 241 (Bankr. M.D. Fla. 1988).

scheid zur „echten“ BJR, nicht ausreichen, dass der *trustee* annahm, zum Wohle des insolventen Unternehmens zu handeln; stattdessen müssen sie, über die Schwelle der schlichten Unvertretbarkeit hinaus, auch inhaltlich von der Sinnhaftigkeit der Maßnahme überzeugt werden bzw. widersprechen dem *trustee* trotz Erfüllung der Vorgaben aus der BJR aufgrund eigener Erwägungen.¹⁶⁶⁷

Grundsätzlich erhöht sich die gerichtliche Kontrolldichte – und rückt die klassische BJR in den Hintergrund – bei Entscheidungen des DIP bzw. *trustee* außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsgangs, wenn sie wesentliche Auswirkungen auf den gesamten Verfahrensgang hat, z.B. wenn im Reorganisationsverfahren im Rahmen von 11 U.S.C. § 363 alle (wesentlichen) Vermögenswerte des Schuldners veräußert werden sollen; der jeweilige Verwalter muss in diesen Fällen umfassend darlegen, dass „*good business reason*“ für die angestrebte Maßnahme besteht.¹⁶⁶⁸

bb) *Ex-post*-Szenario

Bei der Frage nach der Schadensersatzhaftung für *breach of fiduciary duty* wird die BJR in einem *ex-post*-Szenario, zumeist im Reorganisationsverfahren virulent. Gerichtliche Äußerungen zur Geltung der BJR sind rar. Ein *court of appeals* lehnte die Anwendung der BJR auf die Verwalterhaftung, ungeachtet der Qualifizierung des Schuldners als Unternehmen oder natürliche Person, mangels anderslautender Vorgaben durch den *U.S. Supreme Court* explizit ab.¹⁶⁶⁹ Ein *Bankruptcy Court* bestimmte, dass jedenfalls

1667 Vgl. *Nimmer/Feinberg*, 6 Bankr. Dev. J. 1, 14 f. (1989); *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 196 f. (1994) unter Verweis auf die in der vorigen Fn. genannten Entscheidungen; s. zur Rolle des Gerichts auch *Orion Pictures Corp. v. Showtime Networks, Inc.* (In re *Orion Pictures Corp.*), 4 F.3d 1095, 1099 (2nd Cir. 1993); teilweise richten sich Gerichte auch nur nach den Voraussetzungen der gesellschaftsrechtlichen BJR, vgl. *Agarwal v. Pomona Valley Medical Group, Inc.* (In re *Pomona Valley Medical Group*) 476 F.3d 665, 670 (9th Cir. 2007); vgl. zum Ganzen *Resnick/Sommer*, *Collier on Bankruptcy*, P 1108.07 [3].

1668 Vgl. In re *Lionel Corp.*, 722 F.2d 1063, 1071 (2nd Cir. 1983); *Nimmer/Feinberg*, 6 Bankr. Dev. J. 1, 18 ff. (1989); *Resnick/Sommer*, *Collier on Bankruptcy*, P 1108.07 [4].

1669 *United States v. Aldrich* (In re *Rigden*), 795 F.2d 727, 731, Fn. 1 (9th Cir. 1986) (*trustee* im Verfahren nach *Chapter 11*). S. aber (a.a.O., 736 ff.) die gegenläufige Meinung von Richter *Hall*, die aufgrund der Ähnlichkeit von *trustee* und Geschäftsleitern für die Anwendung der BJR bei Unternehmensinsolvenzen

kein Haftungsschutz durch die BJR besteht, wenn ein *trustee* fahrlässig handelt.¹⁶⁷⁰

Stimmen der Literatur kommen zu gegensätzlichen Ergebnissen. *Bogart* legt, unter Verweis auf die stete gerichtliche Prüfung der „*reasonableness*“ von Ermessensentscheidungen des *bankruptcy trustee*¹⁶⁷¹ und die Tatsache, dass auch der *trustee* des *trust law* keinen Schutz durch die BJR erfährt, überzeugend dar, dass die BJR jedenfalls in ihrer aus dem Gesellschaftsrecht bekannten Form im Insolvenzverfahren nicht gilt.¹⁶⁷² Andere Stimmen gehen, unter anderem unter Berufung auf *Mosser v. Darrow*, von einer Geltung der BJR für *trustees* aus, um *trustees* ohne Gefahr persönlicher Haftung das Treffen schwieriger Entscheidungen zu ermöglichen.¹⁶⁷³ Letztendlich kommt es auf die Ansicht des jeweiligen Gerichts und die konkrete Fallgestaltung an, ob dem *trustee* die BJR bei Haftungsfällen zur Verfügung steht. Von einer einheitlichen Geltung der BJR für die Haftung des *trustee* kann jedoch keine Rede sein.

4. Ergebnis

Deutschem und U.S.-amerikanischem Insolvenzrecht ist gemein, dass dem Verwalter ein weites Ermessen bei unternehmerischen Entscheidungen eingeräumt wird. Es besteht jeweils keine Erfolgshaftung. Verwalterentscheidungen werden aus *ex-ante*-Perspektive kontrolliert, ohne dass Gerichte eine eigene Ermessensentscheidung an die Stelle derjenigen des Verwalters setzen. Hinsichtlich der Geltung der BJR und der Prüfung von Ermessensfehlern zeigt sich, dass trotz erheblicher verfahrensstruktureller Unterschiede beide Rechtsordnungen zu ähnlichen Ergebnissen gelangen. Eine Pflichtverletzung liegt jeweils vor, wenn die Maßnahme des Verwalters wirtschaftlich nicht vertretbar war.

eintritt. S. auch die Entscheidungsbesprechung bei *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 198 ff. (1994).

1670 In re *Louis Rosenberg Auto Parts, Inc.*, 209 B.R. 668, 672 (Bankr. W.D. Pa. 1997).

1671 Vgl. hierzu oben Kap. 4 B.III.2.a).

1672 Vgl. *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 193 ff., 222 f. (1994), der auch für den DIP die BJR ablehnt; *ders.*, 102 Dick. L. Rev. 703, 741 (1998).

1673 Vgl. *R. McCullough*, 103 Com. L.J. 129, 136 ff. (1998), der aber nicht zwischen Ermessen und BJR unterscheidet; *Primack*, 43 Wm. & Mary L. Rev. 1297, 1304, 1320 (2002).

Die BJR ist auf die Haftung nach § 60 InsO nicht anzuwenden. Dies widerspricht unter anderem dem *telos* der Vorschrift, der die persönliche Haftung als Ausgleich für die weitgehend unbeeinflusste Handlungsmacht des Verwalters zum Schutze der Beteiligten vorsieht. Diese haben weder mit der Privilegierung durch die BJR korrespondierende Kontrollmittel noch ein Interesse an Haftungsbeschränkungen zu Gunsten des Verwalters.

In den USA bewirkt die stete Involvierung des Insolvenzgerichts *ex ante*, dass Entscheidungen bereits vor einem Haftungsfall einer Sachlichkeitsprüfung unterzogen werden. Auch wenn betont wird, dass Gerichte keine Management-Entscheidung treffen können und dass eine Art BJR für *trustees* gilt, wird auch hier, ähnlich wie bei Ermessensentscheidungen des deutschen Verwalters, die wirtschaftliche Vertretbarkeit einer Entscheidung gerichtlich überprüft, und zwar umso intensiver, je gravierender die Entscheidung für das Verfahren ist. Die BJR wird auch dort nicht in gesellschaftsrechtlicher „Reinform“ angewendet. Vom *trustee* wird mehr erwartet, als die bloße Zweckdienlichkeit einer Maßnahme darzulegen. Zudem wird teilweise auch explizit konstatiert, dass die BJR bei der Haftung des *trustee* nicht anzuwenden sei.

IV. Verstoß gegen die objektiv bestimmte Sorgfaltsanforderung

In beiden Rechtsordnungen haftet der Verwalter nur dann persönlich, wenn er bei Verletzung seiner Pflichten den ihm auferlegten Sorgfaltsmaßstab missachtet. Die Anforderungen, die an den jeweiligen Verwalter gestellt werden, unterscheiden sich erheblich.

1. Verschulden bei der Haftung des Insolvenzverwalters

a) Haftung für Fahrlässigkeit

§ 60 Abs. 1 S. 1 sieht die persönliche Haftung des Verwalters vor, wenn er schuldhaft seine Pflichten verletzt. Dass eine Verschuldenshaftung angeordnet ist, stellt eine anspruchsinhärente Risikobeschränkung dar. Sie ist aufgrund der mehrseitigen Fremdbestimmung des Verwalters sachgerecht.¹⁶⁷⁴ Maßgeblich sind in Bezug auf die Pflichtverletzung jede Form

1674 Schmidt/Thole, § 60, Rn. 1.

von Fahrlässigkeit sowie Vorsatz i.S.v. § 276 BGB.¹⁶⁷⁵ Mit der Schutzfunktion des § 60 InsO wäre es unvereinbar, die Haftung auf grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz zu beschränken.¹⁶⁷⁶ Ein Interesse der Beteiligten an einer derartigen Haftungsprivilegierung, was für die Unterbrechung der Korrespondenz von Herrschaft und Haftung erforderlich wäre, ist nicht ersichtlich.

b) § 60 Abs. 1 S. 2 InsO – Mindestsorgfalt und Haftungsbegrenzung

Die Anforderungen an die vom Verwalter im Verkehr anzuwendende Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) wird durch § 60 Abs. 1 S. 2 InsO besonders bestimmt: Maßgeblich ist die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters. Der Gesetzgeber intendierte hiermit die terminologische Anlehnung an andere spezielle Sorgfaltsmaßstäbe von Kaufmann und Geschäftsleitern¹⁶⁷⁷, gleichzeitig sollten diese Maßstäbe nicht ohne Weiteres auf den Verwalter zu übertragen sein.¹⁶⁷⁸ Es seien stattdessen die Besonderheiten zu beachten, die sich aus dessen Aufgaben und den jeweiligen Umständen ergeben.¹⁶⁷⁹ Hierzu gehöre, dass der Verwalter sein Amt, im Vergleich zum Geschäftsleiter eines solventen Unternehmens, unter wesentlich nachteiligeren Bedingungen ausübe, insbesondere die Unternehmensfortführung berge besondere Schwierigkeiten.¹⁶⁸⁰

Deutlich wird, dass der Sorgfaltsmaßstab des § 60 Abs. 1 S. 2 InsO objektiv bestimmt und als solcher an den konkreten Anforderungen des Verfahrens auszurichten ist.¹⁶⁸¹ Das bedeutet auch, dass Fehler, die zu Verfahrensbeginn noch entschuldbar waren, im weiteren Verlauf schuldhaft sein können.¹⁶⁸² Grundsätzlich bewirkt der objektiv bestimmte Maßstab hinsichtlich des Haftungsrisikos des Verwalters zunächst eine Verschär-

1675 Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 117; Schmidt/Thole, § 60, Rn. 37.

1676 Ebenfalls ablehnend Bönner, Ermessen und Haftung, S. 30; Oldiges, Haftung unter der Business Judgment Rule, S. 125; auch der BGH hat sich gegen eine Pflichtwidrigkeit bei erst grob fahrlässigem Handeln im Zusammenhang mit unternehmerischen Entscheidungen ausgesprochen, vgl. BGH NJW 2020, 1800, 1802, Rn. 38.

1677 Vgl. §§ 347 Abs. 1 HGB, 93 Abs. 1 S. 1 AktG, 34 Abs. 1 S. 1 GenG, 43 Abs. 1 GmbHG.

1678 BT-Drucks. 12/2443, S. 129.

1679 BT-Drucks. 12/2443, S. 129.

1680 BT-Drucks. 12/2443, S. 129.

1681 Lüke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 274; Schmidt/Thole, § 60, Rn. 37; Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 91.

1682 MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 90.

fung. Die festgelegte Sorgfalt eines „ordentlichen Insolvenzverwalters“¹⁶⁸³ verbietet ihm, sich durch Berufung auf etwaige Qualifikationsmängel des Verschuldensvorwurfs zu entledigen, ferner ist er zum Einsatz seiner Sonderkenntnisse, aufgrund derer er gerade bestellt wurde, verpflichtet.¹⁶⁸⁴ Sofern ein Verwalter das Amt trotz mangelhafter Kenntnisse annimmt, trägt er hierfür das voll Haftungsrisiko.¹⁶⁸⁵

Zugleich sorgt der besondere Maßstab des § 60 Abs. 1 S. 2 InsO für eine „Lockerung“ hinsichtlich des Verschuldens¹⁶⁸⁶, weil er die ökonomische Problemsituation des Schuldners berücksichtigt¹⁶⁸⁷, was sich potentiell haftungsbegrenzend auswirkt.¹⁶⁸⁸ So ist dem Verwalter eine Einarbeitungszeit nach Amtsübernahme zuzugestehen, denn zum einen hat er sich mit den Besonderheiten eines ihm fremden Unternehmens und u.U. fremden Geschäftsfelds vertraut zu machen, zum anderen sieht er sich häufig mit unordentlicher Buchführung beim Schuldner konfrontiert.¹⁶⁸⁹ Ferner ist auch dem Umfang des zu verwaltenden Vermögens bei der Bestimmung der Verwaltersorgfalt Rechnung zu tragen.¹⁶⁹⁰ Deutlich wird, dass der Gesetzgeber mit Schaffung des speziellen Sorgfaltsmaßstabs auch die Bewältigung der haftungsträchtigen Unternehmensfortführung sicherstellen und das Haftungsrisiko des Verwalters in diesem Sinne beschränkt wissen wollte. § 60 Abs. 1 S. 2 InsO stellt somit, trotz der Festlegung eines Mindestsorgfaltsmaßstabes, eine der Haftungsnorm inhärente Haftungsbeschränkung dar.

c) Faktische Kongruenz von Pflichtverletzung und Verschulden

Pflichtverletzung, als objektiver Verstoß, und Verschulden, als Vorwerfbarkeit, sind grundsätzlich strikt getrennt voneinander zu betrachten.¹⁶⁹¹ Die objektive Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabs in § 60 Abs. 1 S. 2 InsO

1683 § 60 Abs. 1 S. 2 InsO.

1684 Schmidt/*Thole*, § 60, Rn. 37.

1685 Uhlenbruck/*Sinz*, § 60, Rn. 91.

1686 *Lüke*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 273; K/P/B/*Lüke*, § 60, Rn. 36.

1687 Vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 129; Schmidt/*Thole*, § 60, Rn. 37.

1688 Vgl. Meyer-Löwy/*Poertzgen*, ZInsO 2004, 363, 364.

1689 Vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 129; Jaeger/*Gerhardt*, § 60, Rn. 118; *Lüke*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 275; Uhlenbruck/*Sinz*, § 60, Rn. 91; zum Ganzen auch *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 126 f.

1690 *Lüke*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 275.

1691 Schmidt/*Thole*, § 60, Rn. 8; hierzu auch *Bönner*, Ermessen und Haftung, S. 26.

bringt es jedoch mit sich, dass, insbesondere bei materiell aus der Amtsfunktion entwickelten insolvenzspezifischen Pflichten, bereits die Pflichtverletzung den Verstoß gegen die anzulegende Verwaltersorgfalt und damit das Verschulden begründet.¹⁶⁹² Obwohl die rechtsdogmatische Trennung weiterhin besteht, verschwimmen die Grenzen zwischen Verschulden und Pflichtverletzung im Rahmen der Verwalterhaftung regelmäßig.¹⁶⁹³

2. Der *standard of care* des *bankruptcy trustee*

a) Verstoß gegen den objektiven Sorgfaltsmaßstab

Die *duty of care* legt einen objektiven Sorgfaltsmaßstab¹⁶⁹⁴ für den *trustee* zugrunde, nämlich den einer durchschnittlichen umsichtigen Person, die unter ähnlichen Umständen tätig wird, bzw. den sie bei eigenen Angelegenheiten unter gleichen Umständen und bei gleicher Sachkenntnis anzuwenden pflegt.¹⁶⁹⁵ Zwar resultiert eine Fehlentscheidung des *trustee* im Rahmen des ihm zustehenden Ermessens nicht in dessen persönlicher Haftung, anderes gilt aber, wenn er bei der Verwaltung gegen den für ihn geltenden Sorgfaltsmaßstab (*standard of care*) verstößt und er hierbei einen Schaden verursacht.¹⁶⁹⁶

Grundsätzlich begründet, wie im deutschen Recht, der Pflichtenverstoß durch den *trustee* dessen Fahrlässigkeit.¹⁶⁹⁷ Gleichwohl ist zwischen den einzelnen *courts of appeals* in Bezug auf die Verletzung der *duty of care* umstritten, ob die fahrlässige Pflichtverletzung ausreichend ist, um die persönliche Haftung des *trustee* zu begründen, oder ob ein anderer Maßstab wie grobe Fahrlässigkeit bzw. Vorsatz anzuwenden ist.¹⁶⁹⁸

1692 BGH NZI 2014, 757, 759, Rn. 24; Schmidt/Thole, § 60, Rn. 8, 37; MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 90.

1693 Schmidt/Thole, § 60, Rn. 8.

1694 S. zur Analogie zum objektiven Sorgfaltsmaßstab des *trust law* Bogart, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 187 (1994).

1695 Vgl. hierzu die Ausführungen zur *duty of care* oben Kap. 4 B.II.2.b)aa)(2).

1696 Vgl. Bogart, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 193 (1994); Resnick/Sommer, Collier on Bankruptcy, P 1108.04; Radwan, 35 Conn. L. Rev. 525, 535 (2003) betont, dass Fahrlässigkeit ein „Mehr“ zum bloßen Ermessensfehler ist.

1697 E. McCullough, 15 Lewis & Clark L. Rev. 153, 175 (2011).

1698 Vgl. auch Resnick/Sommer, Collier on Bankruptcy, P 1108.05.

b) *Circuit split* nach Fehlinterpretation von *Mosser v. Darrow*

In der Entscheidung *Sherr v. Winkler*¹⁶⁹⁹ konstatierte der *court of appeals* des 10th Circuit, dass *Mosser v. Darrow* die Regel etabliert habe, dass der *trustee* nicht im Rahmen des ihm eingeräumten Ermessens haftet, dass er persönlich nur bei vorsätzlichen Pflichtverletzungen haftet und dass er für fahrlässige Pflichtverletzungen nur in seiner *official capacity* haftet.¹⁷⁰⁰ Das Gericht entnahm die Regel der Passage des Urteilstextes von *Mosser v. Darrow*, in der der U.S. Supreme Court zur Haftungsbeurteilung ausführt¹⁷⁰¹:

*„We see no room for the operation of the principles of negligence in a case in which conduct has been knowingly authorized. [...] The liability here is not created by a failure to detect defalcations, in which case negligence might be required to surcharge the trustee, but is a case of a willful and deliberate setting up of an interest in employees adverse to that of the trust.“*¹⁷⁰²

Die Fehlerhaftigkeit der Entscheidung in Bezug auf die Doktrinenwahl, das Postulat der Massehaftung für fahrlässige Verwalterhandlungen und das Missverständnis des Begriffs „surcharge“ wurden bereits dargelegt.¹⁷⁰³ Der U.S. Supreme Court hatte keine Unterscheidung hinsichtlich der Haftung in persönlicher und amtlicher Funktion vorgenommen und nicht zwei verschiedene Sorgfaltsmaßstäbe festgelegt.¹⁷⁰⁴ In *Mosser v. Darrow* wurde lediglich festgestellt, dass der *trustee* bei vorsätzlichen Pflichtverletzungen persönlich haftet, jedoch keine Aussage dazu getroffen, ob bereits

1699 *Sherr v. Winkler*, 552 F.2d 1367, 1375 (10th Cir. 1977) (Klage von *third parties* gegen den *trustee* im Reorganisationsverfahren wegen pflichtwidrigen Erwirkens einer gerichtlichen Herausgabeordnung betreffend Eigentum der Kläger).

1700 *Sherr v. Winkler*, 552 F.2d 1367, 1375 (10th Cir. 1977).

1701 *Sherr v. Winkler*, 552 F.2d 1367, 1375 (10th Cir. 1977); hierzu auch *R. McCullough*, 103 Com. L.J. 123, 133 (1998); das Gericht stellte schließlich fest, dass der *trustee* weder vorsätzlich noch fahrlässig handelte, sodass er weder persönlich noch in seiner offiziellen Funktion verantwortlich sei, vgl. *Sherr v. Winkler*, 552 F.2d 1367, 1376 (10th Cir. 1977).

1702 *Mosser v. Darrow*, 341 U.S. 267, 272 (1951).

1703 Vgl. oben Kap. 3 B.III.2.c)bb).

1704 *Tiller*, 53 Am. Bankr. L.J. 75, 100 (1979); *Primack*, 43 Wm. & Mary L. Rev. 1297, 1306 (2002).

fahrlässiges Handeln ausgereicht hätte.¹⁷⁰⁵ Wegen seiner zahlreichen Fehler gilt *Sherr v. Winkler* als unglücklicher Präzedenzfall.¹⁷⁰⁶

Im Nachgang zu dieser Entscheidung bildete sich eine nach Gerichtsbezirk zersplitterte Rechtsprechung bezüglich des Grades des Verschuldens bei der Verletzung treuhänderischer Pflichten heraus (*circuit split*).¹⁷⁰⁷ Einigkeit besteht zwischen den *courts of appeals* nur dahingehend, dass vorsätzliche Pflichtverletzungen in der persönlichen Haftung des *trustee* resultieren.¹⁷⁰⁸ Bemerkenswert ist, dass sich alle, teils konträren Ansichten auf die Ausführungen in *Mosser v. Darrow* stützen.¹⁷⁰⁹

aa) Haftung für vorsätzliche Pflichtverletzungen (*willful and deliberate conduct*)

Der im *10th Circuit* durch *Sherr v. Winkler* etablierten Vorsatzhafung des *trustee* (*willful and deliberate conduct*)¹⁷¹⁰ folgen auch der *4th*, *6th*, und *7th Circuit*.¹⁷¹¹ So berief sich der *court of appeals* des *4th Circuit* bei einer Scha-

1705 So die h.M. in der Literatur, vgl. *Tiller*, 53 Am. Bankr. L.J. 75, 100 f. (1979); *Cuevas*, 73 Notre Dame L. Rev. 385, 391 f. (1998); *Cowans*, Bankruptcy Law and Practice, § 2.6, S. 164; *Primack*, 43 Wm. & Mary L. Rev. 1297, 1306 (2002); *Radwan*, 35 Conn. L. Rev. 525, 528 f. (2003); *E. McCullough*, 15 Lewis & Clark L. Rev. 153, 176 (2011); ebenso *Bogart* 68 Am. Bankr. L.J. 155, 209 f. (1994) und *ders.*, 102 Dick. L. Rev. 703, 712 ff. (1998), der zudem zwischen der *duty of loyalty* und der *duty of care* unterscheidet. Bei Verletzung Ersterer gehe es stets um vorsätzliches Handeln, hinsichtlich Letzterer um fahrlässige Handlungen. Der U.S. Supreme Court habe nicht sagen wollen, dass *trustees* nicht für fahrlässige Pflichtverletzungen haften würden, sondern dass in Fällen, in denen die *duty of loyalty* verletzt wurde, der Fahrlässigkeitsstandard keine Rolle spiele. Für die Verletzung der *duty of care* sei der Fahrlässigkeitsstandard geboten; a.A. nur *R. McCullough*, 103 Com. L.J. 123, 134 (1998).

1706 Vgl. nur *Tiller*, 53 Am. Bankr. L.J. 75, 102 (1979).

1707 Vgl. *E. McCullough*, 15 Lewis & Clark L. Rev. 153, 175 (2011); *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 1108.05.

1708 *Radwan*, 35 Conn. L. Rev. 525, 526 (2003).

1709 *DiStefano v. Stern* (In re J.F.D. Enterprises, Inc.), 223 B.R. 610, 626 (Bankr. D. Mass. 1998).

1710 S. die Entscheidung eines *district court* im *10th Circuit* *Ebel v. King* (In re Ebel), 338 B.R. 862, 875 (Bankr. D. Colo. 2005), wo unter Bezugnahme auf *Sherr v. Winkler* entschieden wurde, dass *trustees* nur bei vorsätzlichen Handlungen wegen *breach of fiduciary duty* haften.

1711 Dies wird in der Literatur überwiegend kritisiert, vgl. *Bogart* 68 Am. Bankr. L.J. 155, 206 f. (1994); *Cuevas*, 73 Notre Dame L. Rev. 385, 392 (1998); *Primack*, 43 Wm. & Mary L. Rev. 1297, 1306 (2002). Der Vorsatzmaßstab findet dort

densersatzklage eines Gläubigers gegen den *trustee* im Reorganisationsverfahren¹⁷¹² auf *Sherr v. Winkler* und entschied, dass auf Seiten des *trustee* ein weites Ermessen bei unternehmerischen Entscheidungen bestehe und im Übrigen eine vorsätzliche Pflichtverletzung erforderlich sei, um die persönliche Haftung zu begründen.¹⁷¹³

Auf dieselbe Entscheidung bezog sich auch der *court of appeals* des 6th *Circuit* bei der Frage nach der persönlichen Haftung eines DIP und entschied, dass nur aus der vorsätzlichen Verletzung treuhänderischer Pflichten die persönliche Haftung folge.¹⁷¹⁴ Allerdings kam später im selben *circuit* ein *bankruptcy court* zu einem abweichenden Ergebnis und sprach sich für die Haftung aus dem *bond* bei bereits fahrlässiger Pflichtverletzungen des *trustee* aus¹⁷¹⁵, was aufgrund der Regressmöglichkeit der Gesellschaft, die den *bond* bereitstellt¹⁷¹⁶, faktisch die Fahrlässigkeitshaftung des *trustee* bedeutet.

Auch der *court of appeals* des 7th *Circuit* positionierte sich dahingehend, dass *trustees* wegen vorsätzlicher Verletzung ihrer treuhänderischen Pflichten persönlich haften.¹⁷¹⁷ Allerdings zeigen sich auch in diesem *circuit* Abweichungstendenzen. Ein *bankruptcy court* fühlte sich nicht an die Rechtsprechung des Obergerichts gebunden und entschied mehrfach, dass der *trustee* zwar nicht für bloße Fehlentscheidungen im Rahmen seines Ermes-

kaum Anhängerschaft, anders nur *R. McCullough*, 103 Com. L.J. 123, 135 (1998).

1712 *United States v. Sapp* (In re S. Found Corp.), 641 F.2d 182, 184 (4th Cir. 1981) (Der *trustee* schloss mit dem Kläger einen Vertrag über die Anmietung von Baumaschinen und entrichtete den Mietzins nicht. Laut Kläger hätte der *trustee* die Finanzlage des Schuldners vor Vertragsschluss prüfen müssen).

1713 Vgl. *United States v. Sapp* (In re S. Found Corp.), 641 F.2d 182, 184 f. (4th Cir. 1981). A.a.O. wurde zudem konstatiert, dass der Gläubiger das Risiko der Masseinsuffizienz zu tragen habe, wenn er mit dem *trustee* kontrahiert. Auch in späteren Entscheidungen blieb das Gericht bei der Vorsatzhaftung für *trustees*, vgl. *Yadkin Valley Bank & Trust Co. v. McGee* (In re Hutchinson), 5 F.3d 750 (4th Cir. 1993); *McGahren v. First Citizens Bank & Trust Co.* (In re Weiss), 111 F.3d 1159, 1168 (4th Cir. 1997).

1714 Vgl. *Ford Motor Credit Company v. Weaver*, 680 F.2d 451, 461 f. (6th Cir. 1982); s. zu dieser Entscheidung *E. McCullough*, 15 Lewis & Clark L. Rev. 153, 178 (2011).

1715 *United States v. Lasich* (In re Kinross Mfg. Corp.), 174 B.R. 702, 706 (Bankr. W. D. Mich. 1994) (Klage eines gesicherten Gläubigers wegen *breach of fiduciary duty* aufgrund eines fahrlässigen Versäumnisses des *trustee* im Liquidationsverfahren, Versicherungsschutz für Vermögensgegenstände zu beschaffen).

1716 Vgl. oben Kap. 3 B.II.2.d)cc).

1717 Vgl. In re Chicago Pacific Corp., 773 F.2d 909, 915 (7th Cir. 1985).

sens, jedoch für fahrlässige und vorsätzliche Pflichtverletzungen persönlich einzustehen habe.¹⁷¹⁸

bb) Haftung für Fahrlässigkeit (*negligence*)

Im Großteil der *circuits* hat sich einfache Fahrlässigkeit (*negligence*) als Sorgfaltsmaßstab für die persönliche Haftung des *trustee* gegenüber den *beneficiaries* etabliert.¹⁷¹⁹ Der *court of appeals* des 9th Circuit entschied bei einer Schadenersatzklage von Gläubigern von *executory contracts* gegen den *trustee* im Reorganisationsverfahren, dass dieser bereits bei fahrlässigen Pflichtverletzungen persönlich hafte.¹⁷²⁰ Das Gericht erteilte der durch den 10th Circuit in *Sherr v. Winkler* vorgenommenen Interpretation von *Mosser v. Darrow* eine Absage und kam zu dem Ergebnis, dass der U.S. Supreme Court nicht gesagt habe, dass aus Fahrlässigkeit keine persönliche Haftung des *trustee* resultiere.¹⁷²¹

Der *court of appeals* des 2nd Circuit hatte über die Frage der Aufrechterhaltung einer *surcharge* gegen einen *trustee* im Verfahren nach Chapter 13 zu entscheiden, die ihm vom *bankruptcy court* aus eigenem Ermessen und ohne Zutun der *beneficiaries* wegen der Verletzung der Pflicht zur Überwachung der Planerfüllung auferlegt wurde und die er an die *United States Treasury* zu zahlen hatte.¹⁷²² Das Gericht stützte sich auf die Rechtsprechung des 9th Circuit und stellte fest, dass *trustees* sowohl für vorsätzliche als auch für fahrlässige Verletzung ihrer treuhänderischen Pflichten haften.¹⁷²³

1718 Vgl. In re Consupak, Inc., 87 B.R. 529, 546 (Bankr. N.D. Ill. 1988); In re Chicago Art Glass, Inc., 155 B.R. 180, 187 (Bankr. N.D. Ill. 1993).

1719 Auch einige Literaturstimmen schließen sich dem an, vgl. McCafferty/Holthus, 91 Com. L.J. 469, 475 (1986); Bogart 68 Am. Bankr. L.J. 155, 209 f. (1994); Radwan, 35 Conn. L. Rev. 525, 554 f. (2003).

1720 Hall v. Perry (In re Cochise College Park, Inc.), 703 F.2d 1339, 1357 (9th Cir. 1983) (Der *trustee* im Reorganisationsverfahren habe die schlechte finanzielle Situation des Schuldners falsch dargestellt und von seinem Zurückweisungsrecht keinen Gebrauch gemacht, mit der Folge, dass weitere Zahlungen an den Schuldner geleistet wurden).

1721 Hall v. Perry (In re Cochise College Park, Inc.), 703 F.2d 1339, 1357, Fn. 26 (9th Cir. 1983); s. auch Bennett v. Williams, 892 F.2d 822, 823 (9th Cir. 1989).

1722 Gorski v. Kirschenbaum (In re Gorski), 766 F.2d 723, 724 f. (2nd Cir. 1985).

1723 Gorski v. Kirschenbaum (In re Gorski), 766 F.2d 723, 727 (2nd Cir. 1985). Dieser Sorgfaltsmaßstab wurde auch auf den unteren Gerichtsebenen adaptiert,

Auch der *court of appeals* des *11th Circuit* trat für die Fahrlässigkeitshaftung von *trustees* ein.¹⁷²⁴ Ferner kamen auch im *3rd Circuit bankruptcy courts* bei Schadensersatzklagen von Gläubigern gegen den *trustee* wegen *breach of fiduciary duty* zum Ergebnis, dass die persönliche Haftung aus fahrlässigen Pflichtverletzungen resultiere.¹⁷²⁵ Der *court of appeals* des *1st Circuit* lies zunächst offen, welchem Sorgfaltsmaßstab er zugeneigt ist¹⁷²⁶, legte sich aber fest, als er zur Frage persönlicher Haftung eines *trustee* im Liquidationsverfahren die Terminologie aus *Mosser v. Darrow* als Aussage zu Gunsten der Haftung für fahrlässige Pflichtverletzungen interpretierte.¹⁷²⁷

cc) Haftung für grobe Fahrlässigkeit (*gross negligence*)

Einige *circuits* beschreiten bezüglich des Sorgfaltsmaßstabs einen Mittelweg und fordern wenigstens grobe Fahrlässigkeit bei der Verletzung treuhänderischer Pflichten, um die persönliche Haftung des *trustee* zu begründen.¹⁷²⁸ Im *1st Circuit* verfolgte ein *bankruptcy court* noch vor der obergerichtlichen Festlegung auf die Fahrlässigkeitshaftung eine vermittelnde Lösung hinsichtlich des für die persönliche Haftung des *trustee* maßgeblichen Sorgfaltsmaßstabs.¹⁷²⁹ Aus *Mosser v. Darrow* könne nicht mehr gelesen werden, als dass *trustees* bei vorsätzlichen Pflichtverletzungen persönlich haften.¹⁷³⁰ Für die Bestimmung eines geeigneten *standard of care* blickte das Gericht auf den Reformvorschlag der *National Bankruptcy*

vgl. *Pereira v. Foong* (In re Ngan Gung Restaurant), 254 B.R. 566, 570 (Bankr. S.D.N.Y. 2000).

1724 Vgl. *Red Carpet Corp. of Panama City Beach v. Miller* (In re Red Carpet Corporation of Panama Beach), 708 F.2d 1576, 1578 (11th Cir.1983).

1725 Vgl. *In re Sturm*, 121 B.R. 443, 448 (Bankr. E.D. Pa. 1990); *In re Louis Rosenberg Auto Parts, Inc.*, 209 B.R. 668, 672 (Bankr. W.D. Pa. 1997).

1726 *Lopez-Stubbe v. Rodriguez-Estrada* (In re San Juan Hotel Corp.), 847 F.2d 931, 936 f., Fn. 5 (1st Cir. 1988).

1727 *LeBlanc v. Salem* (In re Mailman Steam Carpet Cleaning Corp.), 196 F.3d 1, 7 (1st Cir. 1999).

1728 Dem stimmen auch Teile der Literatur zu, vgl. *Primack*, 43 Wm. & Mary L. Rev. 1297, 1312 (2002); *E. McCullough*, 15 Lewis & Clark L. Rev. 153, 182 (2011).

1729 *DiStefano v. Stern* (In re J.F.D. Enterprises, Inc.), 223 B.R. 610 (Bankr. D. Mass. 1998).

1730 *DiStefano v. Stern* (In re J.F.D. Enterprises, Inc.), 223 B.R. 610, 626 (Bankr. D. Mass. 1998).

Review Commission und kam zu dem Schluss, dass der mit einer reinen Vorsatzhaftung verbundene Haftungsschutz dem Ziel der effizienten Verwaltung entgegenstünde.¹⁷³¹ Weil aber auf der anderen Seite die Haftung für einfache Fahrlässigkeit der schwierigen Rolle von *trustees* in Reorganisations- und Liquidationsverfahren, insbesondere bei Unternehmensinsolvenzen, nicht gerecht werde, sei grobe Fahrlässigkeit ein angemessener Haftungsmaßstab.¹⁷³² Dieser Entscheidung schloss sich auch der *court of appeals* des 5th Circuit an und befürwortete, mit Blick auf die komplexen Aufgaben des *trustee* und dessen mangelnde Kenntnisse über das Schuldnerunternehmen, grobe Fahrlässigkeit als *standard of care*.¹⁷³³

3. Ergebnis

In beiden Rechtsordnungen ist Voraussetzung der persönlichen Haftung des Verwalters, dass dieser gegen einen besonderen objektiven Sorgfaltsmaßstab verstößt. Pflichtverletzung und Verschulden sind deshalb häufig kongruent. In den USA bedeutet der Sorgfaltspflichtverstoß zugleich die Verletzung der *duty of care*. Jedoch wird die Haftung des *trustee* am Merkmal des *standard of care* im Vergleich zum deutschen Recht ganz erheblich beschränkt. Persönliche Haftung für einfache Fahrlässigkeit, wie sie für § 60 Abs. 1 InsO maßgeblich ist, gilt in den USA zwar in vielen, jedoch nicht allen *circuits*. Einige *courts of appeals* haben sich für die Haftung für lediglich grob fahrlässige oder gar nur vorsätzliche Pflichtverletzungen ausgesprochen, wobei auf unteren Gerichtsebenen allgemeine Tendenzen zur Fahrlässigkeitshaftung erkennbar sind. Hinsichtlich der Schadenersatzpflicht für die Verletzung besonderer Verwalterpflichten stellt sich dieser Umstand als zentraler Unterschied zwischen beiden Rechtsordnungen dar.

1731 DiStefano v. Stern (In re J.F.D. Enterprises, Inc.), 223 B.R. 610, 627 (Bankr. D. Mass. 1998).

1732 DiStefano v. Stern (In re J.F.D. Enterprises, Inc.), 223 B.R. 610, 627 f. (Bankr. D. Mass. 1998).

1733 Vgl. Dodson v. Huff (In re Smyth), 207 F.3d 758, 761 f. (5th Cir. 2000).

V. Haftung für Dritte

Dass Dritte durch den Verwalter zur Unterstützung hinzugezogen werden, ist beiden Rechtsordnungen gemein. Besonders relevant sind Selbstständige mit besonderen Fachkenntnissen, wie z.B. Rechtsanwälte oder Auktoren, die regelmäßig auf Kosten der Masse angestellt werden. Die persönliche Verantwortlichkeit des Verwalters für Dritte unterscheidet sich in beiden Rechtsordnungen erheblich.

1. Haftung des deutschen Insolvenzverwalters für das Verhalten Dritter

Die persönliche Haftung für Dritte wird im deutschen Recht abhängig von der Qualifikation des Dritten unterschiedlich beantwortet. Mögliche Fallgruppen sind der Einsatz eigenen Hilfspersonals, Angestellter des Gemeinschuldners sowie Personen mit besonderer Sachkunde.

a) Haftung für eigenes Hilfspersonal

Nicht-insolvenzspezifische Aufgaben kann der Verwalter auf Dritte delegieren. Andernfalls würden größere Verfahren praktisch nicht durchführbar sein.¹⁷³⁴ Allerdings muss der Verwalter sich Pflichtverletzung und Verschulden von Erfüllungsgehilfen, z.B. eigenem Hilfspersonal, das er im Rahmen der Verwaltung einsetzt, nach § 278 BGB zurechnen lassen.¹⁷³⁵ Er entgeht durch die zulässige Delegation nicht seiner durch § 60 InsO fixierten haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit. Unbeachtlich ist, ob der Erfüllungsgehilfe gegen die Weisung des Verwalters gehandelt hat; ebenso spielt grundsätzlich keine Rolle, ob er dem Verwalter persönlich oder der Masse vertraglich verpflichtet ist.¹⁷³⁶ Daneben kommt auch die Haftung des Verwalters für eigenes Verschulden (§ 276 BGB) bei Fehlern im Zusammenhang mit der Auswahl und Überwachung von Erfüllungsgehilfen in Betracht.¹⁷³⁷

1734 Vgl. hierzu oben Kap. 2 A.II.4.

1735 Lütke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 282.

1736 MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 93.

1737 Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 121.

b) Haftung für Angestellte des Schuldners

§ 60 Abs. 2 InsO sieht eine Haftungsbeschränkung zu Gunsten des Verwalters in Fällen vor, wenn er sich Angestellten des Schuldners bedienen muss. Hiernach hat der Verwalter das Verschulden der Angestellten, die er zur Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten im Rahmen ihrer bisherigen Tätigkeit einsetzen muss, nicht nach § 278 BGB zu vertreten, wenn diese nicht offensichtlich ungeeignet sind, sondern ist nur für deren Überwachung und für Entscheidungen von besonderer Bedeutung verantwortlich. Kompetenz und Zuverlässigkeit eines jeden Angestellten sind durch den Verwalter zu prüfen; Fehler hierbei resultieren in seiner persönlichen Haftung.¹⁷³⁸ Dabei gelten die für die Insolvenz (Mit-)Verantwortlichen als offensichtlich ungeeignet.¹⁷³⁹ Das Kriterium des Angewiesenseins begrenzt die Haftungsbeschränkung auf die Fälle, in denen der Verwalter keine andere Möglichkeit als den Einsatz des Angestellten hatte, sei es aufgrund seiner Spezialkenntnisse oder aus finanziellen Gründen.¹⁷⁴⁰ Auch die Vermeidung höherer Belastungen für die Masse kann ein objektiv gebotener Grund für die Fortbeschäftigung eines Angestellten sein.¹⁷⁴¹

c) Haftung für beauftragte Dritte mit besonderer Sachkunde

Die Frage, inwieweit der Verwalter persönlich für das Verhalten beauftragter Selbstständiger mit besonderer Sachkunde haftet, ist durch ein Urteil des 9. Zivilsenats des BGH in den Fokus des rechtswissenschaftlichen Diskurses gerückt. Im Kern geht es um die Bestimmung der Reichweite des Haftungsrisikos des Verwalters.

1738 *Lüke*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 284; K/P/B/*Lüke*, § 60, Rn. 40.

1739 Vgl. Uhlenbruck/*Sinz*, § 60, Rn. 100.

1740 Vgl. BT-Drucks. 12/7302, S. 161 f.; K/P/B/*Lüke*, § 60, Rn. 40; die bloße Zweckmäßigkeit ist nicht ausreichend, vgl. Uhlenbruck/*Sinz*, § 60, Rn. 101.

1741 Uhlenbruck/*Sinz*, § 60, Rn. 101.

aa) Meinungsstand

(1) Bislang h.M. der Literatur

Seitens der Literatur wurde bislang vertreten, dass in Fällen, in denen der Verwalter mangels eigener Spezialkenntnisse auf Dritte mit besonderer Sachkunde zurückgreifen muss, der Pflichtenkreis des Verwalters sich auf die sorgfältige Auswahl und gegebenenfalls die Überwachung des Spezialisten beschränkt; die Haftung des Verwalters nach § 278 BGB sollte dann nicht in Frage kommen.¹⁷⁴² Durch die Pflichtenbeschränkung lasse sich eine im Hinblick auf die Komplexität der Verwaltungsaufgaben angemessene Haftungseingrenzung erreichen.¹⁷⁴³ Verwiesen wurde dabei u.a. auf eine Entscheidung des BGH zu § 82 KO, nach der die steuerliche Buchführungspflicht des Konkursverwalters mit Beauftragung eines Steuerberaters grundsätzlich erfüllt worden sei.¹⁷⁴⁴

(2) Rechtsprechung des BGH und Rezeption durch die Literatur

Mit einem Urteil aus dem Jahr 2016¹⁷⁴⁵ stellte sich der BGH gegen die bislang h.M. Im zu entscheidenden Fall machte ein Gläubiger seinen Quotenschaden gegen den ehemaligen Verwalter geltend, der dadurch entstanden sei, dass der vom Verwalter beauftragte Rechtsanwalt Vollstreckungsmaßnahmen gegen eine Drittschuldnerin im Rahmen der Forderungseinziehung nicht zügig genug einleitete, was zur Folge hatte, dass die Forderung nur noch im über den Nachlass der Drittschuldnerin eröffneten Insolvenzverfahren verfolgt werden konnte.¹⁷⁴⁶ Der 9. Zivilsenat befand, dass der Verwalter seine insolvenzspezifische Pflicht zur Forderungseinziehung nicht bereits mit Beauftragung des Rechtsanwalts erfüllt habe, vielmehr werde ihm die Pflichtverletzung des Beauftragten nach § 278 BGB zuge-

1742 Vgl. *Haug*, ZIP 1984, 773, 776; *Lüke*, Konkursverwalterhaftung, S. 147; *ders.* Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 286 f.; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 6.43; *Jaeger/Gerhardt*, 60 InsO, Rn. 124; *MüKo/Schoppmeyer*, § 60, Rn. 94; *Schmidt/Thole*, § 60, Rn. 49; *K/P/B/Lüke*, § 60, Rn. 41a, 41c unterscheidet danach, ob der Verwalter den Vertrag mit dem Dritten für sich persönlich oder die Masse abschließt.

1743 *Jaeger/Gerhardt*, 60 InsO, Rn. 124.

1744 BGH NJW 1979, 2212, 2213.

1745 BGH NJW-RR 2016, 686.

1746 BGH NJW-RR 2016, 686.

rechnet.¹⁷⁴⁷ Zwischen Verwalter und den Verfahrensbeteiligten bestehe die für die Anwendung von § 278 BGB erforderliche Sonderverbindung, zudem ergebe sich die Anwendbarkeit der Norm aus dem Umkehrschluss zu § 60 Abs. 2 InsO.¹⁷⁴⁸ Der herrschenden Literaturmeinung erteilte das Gericht eine Absage: die als Grundlage für umfassende Beschränkung angeführte BGH-Entscheidung habe keine konkurrenzspezifischen Pflichten, sondern lediglich steuerliche Pflichten zum Gegenstand gehabt, außerdem könne die Verwalterhaftung nicht durch Einschaltung Dritter beschränkt werden, weder bei höchstpersönlich zu erfüllenden Aufgaben noch bei Kernpflichten wie dem Forderungseinzug, unbeschadet der Angemessenheit der Beauftragung eines selbstständigen Dritten nach § 5 InsVV.¹⁷⁴⁹

Die Entscheidung wurde unterschiedlich rezipiert.¹⁷⁵⁰ Teilweise erfährt sie Zustimmung, weil sie im Einklang mit der Systematik der Verwalterhaftung nach § 60 InsO stehe.¹⁷⁵¹ Der BGH habe regelmäßig § 278 BGB angewendet und an die Verwalterpflichten angeknüpft, ferner deute § 60 Abs. 2 InsO auf die Geltung von § 278 BGB in Fällen hin, in denen der Verwalter sich anderer Personen als der Angestellten des Schuldners bedient.¹⁷⁵² Der Verwalter sei zur bestmöglichen Masseverwertung verpflichtet, hierzu gehöre auch die Forderungseinzahlung, zudem würde die Position der Gläubiger negativ beeinträchtigt, verwies man sie auf das Auswahlverschulden oder die Nichtgeltendmachung der Anwaltschaftung.¹⁷⁵³

Andere Stimmen sehen in der Rechtsprechung des BGH eine „gravierende Haftungsfall“¹⁷⁵⁴. Es gebiete sich kein Umkehrschluss, sondern eine Analogie zu § 60 Abs. 2 InsO.¹⁷⁵⁵ Die Anwendung von § 278 BGB sei auch nicht notwendig, weil regelmäßig werthaltige Schadenersatzansprüche gegen den Beauftragten bestünden.¹⁷⁵⁶ Der Verwalter als Pflichtschuldner sei mangels Sachkunde auch nicht in der Lage, Ausführung der Tätigkeit

1747 BGH NJW-RR 2016, 686, 687.

1748 BGH NJW-RR 2016, 686, 687 f.

1749 BGH NJW-RR 2016, 686, 688; hierzu auch *Jungmann*, EWiR 2016, 309, 310.

1750 Nicht nachvollziehbar ist die unterschiedliche haftungsrechtliche Behandlung der Einschaltung eines Rechtsanwalts und der Hinzuziehung selbstständiger Vertragspartner, wie z.B. einem Steuerberater, bei MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 93a f.

1751 Vgl. *Jansen*, NJW-Spezial 2016, 405 f.

1752 *Lohmann*, ZInsO 2016, 2138 f.; ebenfalls für die Anwendung des § 278 S. 1 BGB HK-InsO/*Lohmann*, § 60, Rn. 33.

1753 Vgl. zum Ganzen *Bruns/Thönissen*, KTS 2017, 236, 244 f.

1754 *Kluth*, NZI 2016, 352, 354.

1755 *Schilling*, ZInsO 2016, 2175, 2178.

1756 Vgl. *Holzer*, NZI 2016, 903, 905; *Uhlenbruck/Sinz*, § 60, Rn. 99a.

des Beauftragten zu überwachen, sodass sich sein Pflichtenkreis auf die sorgfältige Auswahl des Dritten beschränke.¹⁷⁵⁷

bb) Stellungnahme

Gegen die Beschränkung des Pflichtenkreises des Verwalters auf die sorgfältige Auswahl und Überwachung des Beauftragten spricht, dass sich in der InsO keine gesetzliche Anknüpfung hierfür findet.¹⁷⁵⁸ Im Gegenteil trifft § 60 InsO eine Aussage dahingehend, dass der Verwalter umfassend persönlich verantwortlich ist. Eine Haftungsbeschränkung, wie sie die bislang h.M. fordert, besteht explizit – aber ausschließlich – bei Rückgriff auf Angestellte des Schuldners nach § 60 Abs. 2 InsO. Der „Umkehrschluss“ des BGH¹⁷⁵⁹ in Bezug auf die Anwendung von § 278 BGB bei eingesetzten Fachleuten ist daher naheliegend.¹⁷⁶⁰ Zu beachten ist zudem, dass der Rückgriff auf selbstständige Dritte trotz der Höchstpersönlichkeit des Verwalteramtes möglich und gesetzlich in § 5 InsVV reflektiert ist.¹⁷⁶¹ Gleichwohl hat der Gesetzgeber es unterlassen, für diese Konstellation eine Regelung analog zu § 60 Abs. 2 InsO zu schaffen.

Die Anwendungsvoraussetzung des § 278 BGB, nämlich ein bestehendes Sonderrechtsverhältnis¹⁷⁶², ist durch das mit Amtsübernahme begründete Rechtsverhältnis zwischen Verwalter und Beteiligten erfüllt.¹⁷⁶³ Innerhalb dieser Sonderrechtsbeziehung weist die InsO dem Verwalter Amtspflichten zu, deren Verletzung durch § 60 Abs. 1 S. 1 InsO sanktioniert ist. Das Merkmal der „insolvenzspezifischen Pflicht“ beugt der Ausuferung der Haftung vor¹⁷⁶⁴, zugleich wird hierüber der Beteiligtenschutz vermittelt. Vor diesem Hintergrund wäre es mit Blick auf den vom BGH entschiedenen Fall inkonsequent, dem Verwalteramt die zentrale Pflicht der

1757 Vgl. *Holzer*, NZI 2016, 903, 905; *Uhlenbruck/Sinz*, § 60, Rn. 99a.

1758 So auch *Bruns/Thönissen*, KTS 2017, 236, 246.

1759 BGH NJW-RR 2016, 686, 688, Rn. 19.

1760 Ferner sah bereits ein Regierungsentwurf zur InsO explizit die Anwendung von § 278 BGB vor, wenn der Verwalter sich Dritter zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 19. Trotz Streichung des entsprechenden Absatzes ist der Grundsatz weiter in der Regelung enthalten geblieben, vgl. BT-Drucks. 12/7302, S. 161 f.; vgl. hierzu *Lohmann*, ZInsO 2016, 2138 f.

1761 Vgl. BGH NJW-RR 2016, 686, 688, Rn. 22 sowie oben Kap. 2 A.II.4.

1762 Vgl. *MüKo/Grundmann*, BGB, § 278, Rn. 15.

1763 BGH NJW-RR 2016, 686, 687 f.

1764 Vgl. oben Kap. 4. B.II.1.a)aa).

bestmöglichen Verwertung des Schuldnervermögens zuzuweisen¹⁷⁶⁵, die gerichtliche Anspruchsdurchsetzung hiervon aber auszunehmen.¹⁷⁶⁶ Allerdings macht das Kriterium der Insolvenzspezifität die Betrachtung der konkreten Pflicht erforderlich. Nicht bei jeder auf einen selbstständigen Dritten übertragenen Aufgabe muss es sich zwangsläufig um eine nach § 60 Abs. 1 S. 1 InsO haftungsbewehrte Amtspflicht handeln.

§ 60 InsO bezweckt den Ausgleich des mit der umfassenden Handlungsmacht des Verwalters verbundenen Vermögensrisikos der Beteiligten.¹⁷⁶⁷ Ob Eingrenzungen der persönlichen Verantwortlichkeit geboten sind, ist damit auch vor der Geltung des Verfahrensziels sowie dem Schutzbedarf der Beteiligten zu bestimmen.¹⁷⁶⁸ Dass dem Verwalter durch die Verantwortlichkeit für Pflichtverletzungen beauftragter Fachleute ein Haftungsrisiko zugemutet wird, das ihn an seiner Aufgabenerfüllung hindert und die gemeinschaftliche Gläubigerbefriedigung i.S.d. § 1 S. 1 InsO oder das konkrete Verfahrensziel nachteilig beeinträchtigt, ist nicht ersichtlich. Zwar wird eine vollumfängliche Überwachung der Tätigkeit des Beauftragten praktisch bereits mangels eigener Sachkenntnisse nicht möglich sein¹⁷⁶⁹, jedoch kann der Verwalter den in der Regel haftpflichtversicherten Beauftragten in Regress nehmen, wodurch ein Masseschaden und damit die persönliche Inanspruchnahme des Verwalters ausscheiden würden.¹⁷⁷⁰ Umgekehrt wäre es weder sachgerecht noch zweckadäquat i.S.d. § 60 InsO, die Beteiligten auf ein Auswahl- oder Überwachungsverschulden des Verwalters bzw. die Nichtgeltendmachung von Haftungsansprüchen durch denselben zu beschränken und damit den Weg zur Rüge der Pflichtverletzung durch den Beauftragten zu versperren.¹⁷⁷¹ Hierdurch würde die Möglichkeit der Beteiligten, dem durch Verwaltereinsatz geschaffenen Vermögensrisiko zu begegnen, beschränkt, ohne dass ihr Schutzbedarf entsprechend abgesenkt wäre, z.B. durch Einflussmöglichkeiten hinsichtlich der Auswahl des Beauftragten.

1765 Vgl. BGH NJW-RR 2016, 686, 687, Rn. 15 sowie Kap. 4 B.II.1.b)aa)(3).

1766 Bruns/Thönissen, KTS 2017, 236, 244.

1767 Vgl. oben Kap. 3 A.I.3.a)bb).

1768 Vgl. oben Kap. 4 A.II.3.c).

1769 So Holzer, NZI 2016, 903, 905; Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 99a.

1770 Jansen, NJW-Spezial 2016, 405 f.

1771 Vgl. Bruns/Thönissen, KTS 2017, 236, 245.

2. Haftung des *trustee* für beauftragte Dritte

Es wurde bereits dargelegt, dass der *trustee*, vorbehaltlich der gerichtlichen Zustimmung, Dritte mit Spezialkenntnissen, wie z.B. Rechtsanwälte oder Auktionatoren, nach eigenem Ermessen anstellen kann, damit sie ihn bei der Erfüllung seiner Aufgaben unterstützen.¹⁷⁷² Auch das U.S.-amerikanische Insolvenzrecht verbietet eine Totaldelegation der insolvenztypischen Aufgaben und essentiellen Entscheidungen. Obwohl keine einheitliche Systematik zur Haftung für Handlungen Dritter erkennbar ist, sind dogmatische Grundlinien auszumachen.

Als Ausgangspunkt für die Untersuchung der Haftung für Dritte dient erneut *Mosser v. Darrow*. Dort haftete der *trustee* persönlich, weil er Angestellten gestattete, durch Wertpapierhandel eigene Vorteile aus der Masseverwaltung zu ziehen.¹⁷⁷³ Ausschlaggebend für die Haftung war nicht eine fahrlässige Verletzung der Aufsichtspflicht, sondern eine vorsätzliche Verletzung der dem *trustee* obliegenden *duty of loyalty* in Form der Gestattung des Verhaltens der Angestellten.¹⁷⁷⁴ Die vorsätzliche Verletzung dieser Pflicht resultiert stets in der persönlichen Haftung des *trustee*, ungeachtet ob er persönlich oder seine Angestellten masseschädigend handeln, weil er nichts gestatten darf, was ihm selbst verboten ist.¹⁷⁷⁵

Hinsichtlich der persönlichen Haftung für die Verletzung der *duty of care* haben Gerichte *Mosser v. Darrow* dahingehend ausgelegt, dass die Haftung des *trustee* für seine Angestellten keine „*strict liability*“ ist, sondern den *trustee* ein eigener Fahrlässigkeitsvorwurf treffen muss.¹⁷⁷⁶ Insoweit besteht unbeschadet des *circuit split* Einigkeit darüber, dass Pflichtverletzungen von Angestellten und Hilfskräften ihm nicht ohne Weiteres zugerechnet werden, sondern eigenes Fehlverhalten des *trustee* erforderlich ist.¹⁷⁷⁷ Dieser ist grundsätzlich zur sorgfältigen Auswahl und Überwachung von

1772 11 U.S.C. § 327 (a), FRBP 2014; vgl. oben Kap. 2 B.III.4.

1773 Vgl. oben Kap. 3 B.II.2.a).

1774 Vgl. *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 209 (1994); *ders.*, 102 Dick. L. Rev. 703, 712 f. (1998); *Primack*, 43 Wm. & Mary L. Rev. 1297, 1303 f. (2002).

1775 Vgl. *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 189 (1994).

1776 *Hall v. Perry* (In re *Cochise College Park, Inc.*), 703 F.2d 1339, 1357 f., Fn. 26 (9th Cir. 1983); *Dana Commercial Credit Corp. v. Nisselson* (In re *Center Teleproductions, Inc.*), 112 B.R. 567, 577 (Bankr. S.D.N.Y. 1990).

1777 Vgl. *Sherr v. Winkler*, 552 F.2d 1367, 1376 (10th Cir. 1977); *Dana Commercial Credit Corp. v. Nisselson* (In re *Center Teleproductions, Inc.*), 112 B.R. 567, 577 (Bankr. S.D.N.Y. 1990); *Resnick/Sommer*, *Collier on Bankruptcy*, P 1106.02 [4].

Beauftragten und Angestellten verpflichtet.¹⁷⁷⁸ Er haftet aber nicht persönlich für seine Auswahlentscheidung, wenn das Insolvenzgericht seine (stets erforderliche) Zustimmung zur Anstellung¹⁷⁷⁹ erteilt hat. Diese steht im Ermessen des Gerichts; es prüft das Bestehen von Interessenkonflikten und mitunter sogar Eignung, Erfahrung und Gebührenerwartung des Dritten.¹⁷⁸⁰ Die Zustimmung verleiht dem *trustee* eine Haftungsimmunität, wenn er das Gericht vor der Entscheidung über die relevanten Umstände informiert hat.¹⁷⁸¹

Die Haftung wegen der Verletzung der *duty of care* kann sich aber daraus ergeben, dass der *trustee* gegen seine Aufsichtspflicht verstößt, etwa weil er masseschädigendes Verhalten Dritter nicht erkennt.¹⁷⁸² Allerdings gestehen Gerichte dem *trustee* einen weiten Ermessensspielraum hinsichtlich der Erfüllung der Aufsichtspflicht zu und erklären ihn innerhalb dieser Grenzen für immun gegen persönliche Haftung. Im Ergebnis schuldet er keine besonders engmaschige Kontrolle des Handelns des Beauftragten; verletzt der Beauftragte seine Pflichten, so sind Geschädigte auf das gerichtliche Vorgehen gegen den Beauftragten selbst verwiesen.¹⁷⁸³

3. Ergebnis

Die persönliche Haftung für das Handeln Dritter unterscheidet sich zwischen beiden Rechtsordnungen grundlegend. Während im Rahmen des § 60 InsO grundsätzlich von der vollen Verschuldenszurechnung an den Verwalter nach § 278 BGB auszugehen ist und nur bei Einsatz von Angestellten des Schuldners die Haftung auf das Auswahl- und Überwachungsverschulden des Verwalters beschränkt ist, bewirkt die besondere Verfahrensstruktur des *Bankruptcy Code*, die für zahlreiche Entscheidungen die

1778 Vgl. *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 188 (2006); *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 1106.02 [4].

1779 Vgl. 11 U.S.C. § 327 (a).

1780 *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 327.04 [1].

1781 Vgl. *Bennett v. Williams*, 892 F.2d 822, 823 f. (9th Cir. 1989) unter Verweis auf *Boullion v. McClanahan*, 639 F.2d 213 (5th Cir. 1981).

1782 Vgl. *In re Johnson*, 518 F.2d 246, 251 (10th Cir. 1975) (Haftung des *trustee* wegen unzureichender Aufsicht über einen Buchhalter, der Gelder veruntreute); *Dana Commercial Credit Corp. v. Nisselson* (In re Center Teleproductions, Inc.), 112 B.R. 567, 578 (Bankr. S.D.N.Y. 1990).

1783 Zum Ganzen *Bennett v. Williams*, 892 F.2d 822, 824 f. (9th Cir. 1989); *Dana Commercial Credit Corp. v. Nisselson* (In re Center Teleproductions, Inc.), 112 B.R. 567, 577 (Bankr. S.D.N.Y. 1990).

Involvierung des Insolvenzgerichts vorsieht, eine deutliche Beschränkung der Haftung des *trustee*. Nicht nur wird die Verschuldenszurechnung abgelehnt – wobei zu bedenken ist, dass auch den Delegationsmöglichkeiten Grenzen gesetzt sind – auch bewirkt die Zwischenschaltung des *bankruptcy court*, dass den *trustee* in der Regel keine Haftung für ein Auswahlverschulden trifft. Meistens kommt daher nur eine Haftung wegen schuldhafter Verletzung der Pflicht zur Überwachung des Beauftragten in Betracht. Hinsichtlich dieser wird ihm jedoch ein weites Ermessen zugestanden. Die persönliche Haftung folgt damit praktisch nur in gravierenderen Fällen, in denen die Pflichtverletzungen des Beauftragten offenkundig sind.

VI. Schaden und Anspruchsgeltendmachung

In beiden Rechtsordnungen ist ein kausal verursachter Schaden Voraussetzung für die persönliche Haftung des Fremdverwalters. Hinsicht des Umfangs der Ersatzpflicht und der Anspruchsgeltendmachung ähneln sich beide Systeme weitgehend.

1. Schadensersatz im Rahmen des § 60 Abs. 1 S. 1 InsO

Voraussetzung für die persönliche Haftung nach § 60 Abs. 1 S. 1 InsO ist ein adäquat kausal auf die Verletzung einer insolvenzspezifischen Pflicht zurückzuführender Schaden.¹⁷⁸⁴

a) Beschränkung der Haftung auf das negative Interesse

Art und Umfang des zu ersetzenden Schadens bestimmen sich nach den allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen der §§ 249 ff. BGB.¹⁷⁸⁵ Der Anspruch aus § 60 Abs. 1 S. 1 InsO ist auf das negative Interesse beschränkt, sodass der Geschädigte so zu stellen ist, wie er ohne Pflichtverletzung des Verwalters gestanden hätte.¹⁷⁸⁶ Auch im Übrigen gilt das allgemeine Schadensrecht, dementsprechend sind nur solche Schäden er-

1784 Jaeger/*Gerhardt*, § 60, Rn. 115.

1785 MüKo/*Schoppmeyer*, § 60, Rn. 105.

1786 BGH NZI 2004, 435, 438; BGH NZI 2007, 286, 287; MüKo/*Schoppmeyer*, § 60, Rn. 105.

satzfähig, die in den Schutzbereich des § 60 Abs. 1 InsO fallen; es geht also um die Gefahren, deren Abwendung die insolvenzspezifischen Pflichten dienen.¹⁷⁸⁷ Auch kann der Schadensersatzanspruch gegen den Verwalter nach § 254 BGB um den Mitverschuldensbeitrag des Geschädigten zu kürzen sein.¹⁷⁸⁸ Zudem sind die Grundsätze der Vorteilsausgleichung bei § 60 InsO anzuwenden, sodass die Haftung ausscheidet, wenn das pflichtwidrige Verwalterhandeln dem vermeintlich Geschädigten einen Vorteil verschafft hat.¹⁷⁸⁹

b) Zweckwidrigkeit von Haftungshöchstsummen

Eine summenmäßige Haftungsbegrenzung zugunsten des Verwalters in Form eines Haftungshöchstbetrages¹⁷⁹⁰, wie sie vereinzelt *de lege ferenda* für die Unternehmensfortführung gefordert wird¹⁷⁹¹, steht im Widerspruch zum *telos* des § 60 InsO und ist deshalb abzulehnen. Die Kompensationsfunktion der Haftung¹⁷⁹² würde nicht mehr vollständig gewährleistet und damit eine Schutzlücke zu Lasten der Beteiligten geschaffen. Für ein Abweichen¹⁷⁹³ vom mit § 60 InsO bezweckten Gleichlauf von Herrschaft und Haftung¹⁷⁹⁴ besteht aber auch im haftungsträchtigen Kontext der Unternehmensfortführung keine Rechtfertigung. Zweckadäquate Haftungsbegrenzungen stehen dem Verwalter durch die Beschränkung der Haftung auf die Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten und insbesondere ein weites Ermessen bei unternehmerischen Entscheidungen zur Verfügung. Zudem setzt die, insoweit mit dem Haftungsrisiko synchronisierte, Vergütungsstruktur Fortführungsanreize.¹⁷⁹⁵

1787 BGH NJW 1993, 1206; MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 107.

1788 Vgl. Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 126.

1789 MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 111.

1790 S. allgemein zur Zulässigkeit vertraglicher Haftungshöchstgrenzen Bruns, Haftungsbegrenzung und Mindesthaftung, S. 231 ff.

1791 Vgl. Meyer/Schultheis, DZWIR 2004, 319, 323.

1792 Vgl. hierzu oben Kap. 3 A.I.3.b)bb).

1793 Zu Haftungshöchstsummen als Ausnahme vom Korrespondenzprinzip bei der Gefährdungshaftung Fischinger, Haftungsbegrenzung im Bürgerlichen Recht, S. 281 f.

1794 Vgl. oben Kap. 4 A.II.3.c).

1795 Vgl. hierzu oben Kap. 4 A.II.4.b).

c) Unterscheidung von Einzel- und Gesamtschaden

Ob differierender Modi der Anspruchsgeltendmachung ist der Gesamt- oder Masseverkürzungsschaden, der in der Verkürzung des Massevermögens zu Lasten der Gläubigergemeinschaft liegt (§ 92 S. 1 InsO), vom Einzel- oder Individualschaden, als dem Schaden, den ein Einzelner aufgrund einer pflichtwidrigen Handlung erleidet, zu unterscheiden.¹⁷⁹⁶

aa) Geltendmachung des Gesamtschadens

Ein Gesamtschaden muss sich nicht als Verringerung der Aktivmasse äußern, sondern kann auch in der Erhöhung der Passiva liegen; maßgeblich ist die Verringerung der Verteilungsquote und damit mittelbare Schädigung der Gläubiger.¹⁷⁹⁷ Vermögensrechtlich ist der Anspruch auf Ersatz des Gesamtschadens der Masse zugeordnet, zur Geltendmachung ist der Schuldner als Masseträger jedoch nicht berechtigt.¹⁷⁹⁸ Vielmehr kann der Gesamtschaden gem. § 92 S. 1 InsO während des Insolvenzverfahrens ausschließlich durch den Insolvenzverwalter geltend gemacht werden.¹⁷⁹⁹ Den Gläubigern fehlt es an der Einziehungs- und Prozessführungsbefugnis.¹⁸⁰⁰ Der *telos* der Regelung ist vom Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung getragen. Es sollen nicht Einzelne durch den raschen Zugriff auf das Vermögen des Haftungsschuldners privilegiert werden, ferner dient die Anspruchsbündelung der Prozessökonomie.¹⁸⁰¹ Dogmatisch spricht hierfür auch die Zuordnung des Anspruchs zur Masse.¹⁸⁰²

Nach § 92 S. 2 InsO ist ein gegen den Verwalter gerichteter Gesamtschadensersatzanspruch während des Verfahrens durch einen neu bestellten Insolvenzverwalter geltend zu machen. Andernfalls wäre der Verwalter gezwungen einen Schadensersatzanspruch gegen sich selbst durchzusetzen,

1796 Vgl. auch Jaeger/*Gerhardt*, § 60, Rn. 128; Uhlenbruck/*Sinz*, § 60, Rn. 118.

1797 Vgl. *Lüke*, Konkursverwalterhaftung, S. 200; Jaeger/*Gerhardt*, § 60, Rn. 130; Uhlenbruck/*Sinz*, § 60, Rn. 119; aus Sicht des einzelnen Gläubigers stellt sich ein Gesamtschaden somit als Quotenschaden dar, vgl. HK-InsO/*Schmidt*, § 92, Rn. 7.

1798 *Lüke*, Konkursverwalterhaftung, S. 200; Jaeger/*Gerhardt*, § 60, Rn. 131.

1799 Anschaulich hierzu *Lüke*, Konkursverwalterhaftung, S. 201 ff.

1800 Vgl. Jaeger/*Müller*, § 92, Rn. 25.

1801 Vgl. Jaeger/*Müller*, § 92, Rn. 3.

1802 Uhlenbruck/*Sinz*, § 60, Rn. 119.

was einen Interessenkonflikt bedeuten würde.¹⁸⁰³ Sofern der Verwalter nach der Pflichtverletzung im Amt verblieben ist, ist ein Sonderinsolvenzverwalter einzusetzen.¹⁸⁰⁴ Dessen Bestellung ist bereits gerechtfertigt, wenn zu prüfen ist, ob ein Schadensersatzanspruch der Masse gegen den Verwalter besteht.¹⁸⁰⁵ Hierdurch wird gewährleistet, dass die Gesamtschadenshaftung schützende Wirkung entfalten kann, auch wenn die Gläubiger selbst nicht zur Geltendmachung befugt sind.¹⁸⁰⁶ Sofern nach Verfahrensaufhebung keine Nachtragsverteilung angeordnet wird, der der Gesamtschadensersatzanspruch unterliegen kann¹⁸⁰⁷, können die geschädigten Gläubiger ihren Quotenschaden eigenständig gegen den Verwalter geltend machen.¹⁸⁰⁸

bb) Geltendmachung des Einzelschadens

Einzelschäden können vom Betroffenen bereits während des Verfahrens geltend gemacht werden.¹⁸⁰⁹ § 92 InsO findet keine Anwendung¹⁸¹⁰ und der Verwalter ist nicht zur Einziehung ermächtigt.¹⁸¹¹ Wenn die Masse für Pflichtverletzungen haftet, die einen Einzelschaden bei einem Beteiligten begründen, entsteht zugleich ein Gesamtschaden; der Beteiligte kann gleichwohl seinen Einzelschaden gegen den Verwalter geltend machen, wenn er mehr als einen Quotenschaden erlitten hat.¹⁸¹²

1803 Vgl. BGH DZWIR 2017, 86, 89; Jaeger/Müller, § 92, Rn. 41.

1804 Vgl. BGH NZI 2009, 771; Jaeger/Müller, § 92, Rn. 43.

1805 MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 116. Hierbei müssen aus Sicht des Insolvenzgerichts wenigstens rechtliche und tatsächliche Anhaltspunkte für die Möglichkeit eines Anspruchs gegen den Verwalter bestehen, vgl. BGH DZWIR 2017, 86, 89.

1806 Krit. hierzu Pape, NZI 2006, 65, 66.

1807 § 203 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 InsO; vgl. auch Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 135.

1808 MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 117; Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 121.

1809 Vgl. Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 122.

1810 Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 122.

1811 Jaeger/Müller, § 92, Rn. 10.

1812 S. hierzu im Einzelnen MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 118 m.w.N.

2. Schadensersatz bei *breach of fiduciary duty*

a) Ersatz des kausal entstandenen Schadens

Auch im U.S.-amerikanischen Insolvenzrecht ist der Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden erforderlich. Nur wenn das pflichtwidrige Verhalten des *trustee* der „proximate cause“ für den Masseschaden war, hat er ihn zu ersetzen.¹⁸¹³ Der Anspruch wegen *breach of fiduciary duty* ist auf den Ersatz der aus der Pflichtverletzung des *trustee* resultierenden Schäden beschränkt. Weder hat der Anspruch Strafcharakter noch sind über die Masseschäden bzw. Verluste der *beneficiaries* hinausgehende Beträge zu ersetzen¹⁸¹⁴, wie man es etwa aus dem Deliktsrecht in Form der *punitive damages* kennt.¹⁸¹⁵ Allerdings halten Gerichte, sofern der Schaden nicht exakt bezifferbar ist, auch den Ersatz des geschätzten Schadens für denkbar.¹⁸¹⁶

b) Geltendmachung von Einzel- und Gesamtschaden

Pflichtwidriges Handeln des *trustee* kann das Vermögen des *estate* verkürzen, was der Schädigung aller an der Verteilung partizipierenden Gläubiger im Sinne eines Gesamtschadens gleichkommt.¹⁸¹⁷ Ebenso können Beteiligte auch durch einen Einzelschaden betroffen sein. Im ersten Fall hat der *trustee* den Gesamtschadensausgleich (*surcharge*) an den *estate* zu leisten, im zweiten Fall ist er zur Zahlung des Schadensersatzes (*damages*) direkt an den jeweiligen *beneficiary* verpflichtet.¹⁸¹⁸ Grundregel ist, dass nur derjenige, der unmittelbar Schaden durch den *trustee* erlitten hat, zur

1813 Vgl. Reich v. Burke (In re Reich), 54 B.R. 995, 1008 (Bankr. E.D. Mich. 1985); In re Rollins, 175 B.R. 69, 76 (Bankr. E.D. Cal. 1994); DiStefano v. Stern (In re J.F.D. Enterprises, Inc.), 223 B.R. 610, 629 (Bankr. D. Mass. 1998).

1814 Vgl. hierzu oben Kap. 3 B.II.2.d)bb).

1815 S. allgemein zu *punitive damages* Hay, US-Amerikanisches Recht, Rn. 421 ff. m.w.N.

1816 Vgl. Lopez-Stubbe v. Rodriguez-Estrada (In re San Juan Hotel Corp.), 847 F.2d 931, 938 (1st Cir. 1988).

1817 Vgl. exemplarisch Mosser v. Darrow, 341 U.S. 267 (1951); In re Rollins, 175 B.R. 69 (Bankr. E.D. Cal. 1994) (*trustee* verzögert pflichtwidrig die Inbesitznahme von Vermögensgegenständen zur Masse).

1818 Vgl. Lopez-Stubbe v. Rodriguez-Estrada (In re San Juan Hotel Corp.), 847 F.2d 931, 937 f. (1st Cir. 1988); Schechter v. Ill. Department of Revenue (In re Markos Gurnee Partnership), 182 B.R. 211, 219 (Bankr. N.D. Ill. 1995).

Geltendmachung der Haftung befugt ist. Das bedeutet, dass Masseschäden durch den *estate* (funktional durch dessen Vertreter) und Einzelschäden nur durch den jeweilig geschädigten Gläubiger durchgesetzt werden können.¹⁸¹⁹

Die Geltendmachung des Gesamtschadensersatzanspruchs erfolgt durch einen nachfolgenden *trustee*¹⁸²⁰ oder, falls der *trustee* nach der Pflichtverletzung im Amt verblieben ist, auch durch den *United States trustee*¹⁸²¹. Selten ordnet auch der *bankruptcy court* amtswegig die *surcharge* an.¹⁸²² Den Gläubigern ist, ähnlich wie im deutschen Insolvenzrecht, die Geltendmachung des Gesamtschadensersatzanspruchs versperrt, weil er vermögensrechtlich dem *estate* zugeordnet ist und der Schaden der Gläubiger nur derivativer Natur ist.¹⁸²³ Im Einzelfall kann jedoch ein einzelner Gläubiger zur Geltendmachung des Gesamtschadensersatzanspruchs im Namen des *estate* befugt werden, nämlich wenn der Prozessgegner der *trustee* selbst ist und das Insolvenzgericht seine Zustimmung hierzu erteilt hat.¹⁸²⁴ Auch im U.S.-amerikanischen Insolvenzrecht wird dem *trustee* nicht zugemutet, Schadensersatzansprüche gegen sich selbst durchzusetzen.

3. Ergebnis

Hinsichtlich des Schadenserfordernisses, des Umfangs des zu ersetzenden Schadens sowie der Modalitäten der Anspruchsgeltendmachung bestehen keine wesentlichen Unterschiede zwischen deutschem und U.S.-amerikanischem Insolvenzrecht. Eine Besonderheit ist jedoch, dass auch der *United States trustee* den Gesamtschadensersatzanspruch gegen den *trustee* geltend machen kann. In einem bekannten Fall hat sogar das Insolvenzgericht *ex officio* dem *trustee* die Schadensersatzpflicht auferlegt. Dies fügt sich in das von der dortigen Verfahrensstruktur gezeichnete Bild ein, das durch eine

1819 Lopez-Stubbe v. Rodriguez-Estrada (In re San Juan Hotel Corp.), 847 F.2d 931, 938 (1st Cir. 1988).

1820 Lopez-Stubbe v. Rodriguez-Estrada (In re San Juan Hotel Corp.), 847 F.2d 931, 937 (1st Cir. 1988).

1821 Vgl. In re Charlestown Home Furnishing, 150 B.R. 226 (Bankr.E.D.Mo.1993); In re Rollins, 175 B.R. 69, 74 (Bankr. E.D. Cal. 1994).

1822 Vgl. nur Gorski v. Kirschenbaum (In re Gorski), 766 F.2d 723 (2nd Cir. 1985).

1823 Vgl. DiStefano v. Stern (In re J.F.D. Enterprises, Inc.), 223 B.R. 610, 621 f. (Bankr. D. Mass. 1998).

1824 DiStefano v. Stern (In re J.F.D. Enterprises, Inc.), 223 B.R. 610, 622 (Bankr. D. Mass. 1998).

im Vergleich zum deutschen Recht starke Einbindung staatlicher Akteure in die Verwaltung und ein eher dominant agierendes Insolvenzgericht geprägt ist.

C. Steuerbare und verfahrensstrukturelle Haftungsbeschränkungen

Gegenstand dieses Abschnitts sind Haftungsbeschränkungen, die sich aus der verfahrensstrukturell bedingten Einbindung verschiedener Akteure in die Verwaltung ergeben können. Konkret geht es um Auswirkungen auf die Verwalterhaftung, die aus der gesetzlich vorgesehenen oder freiwilligen Mitwirkung des Insolvenzgerichts oder der Gläubiger bzw. Gläubigerorgane resultieren. Der Verwalter kann damit in gewissem Umfang steuernd auf die Reichweite seiner Haftungsverantwortung einwirken.

I. Steuerbare Haftungsbeschränkungen im Rahmen des § 60 InsO

Die Diskussion im deutschen Insolvenzrecht beschränkt sich im Wesentlichen auf die Frage nach den Auswirkungen der Zustimmung von Gläubigerorganen auf die persönliche Haftung des Verwalters. Vereinzelt wird auch die Möglichkeit vertraglicher Haftungsausschlüsse besprochen. Im Ergebnis stehen dem Verwalter steuerbare Haftungsentlastungen nur in sehr begrenztem Umfang zur Verfügung.

1. Haftungsrechtliche Bedeutung von Beschlüssen der Gläubigerorgane

Das deutsche Insolvenzverfahren ist maßgeblich durch Gläubigerpartizipation geprägt.¹⁸²⁵ Entsprechend sieht die InsO für Richtungsentscheidungen des Verfahrens und bestimmte Verwaltungsmaßnahmen Beschlusskompetenzen bzw. Zustimmungsvorbehalte der Gläubigerversammlung¹⁸²⁶ und des Gläubigerausschusses¹⁸²⁷ vor, wobei das Gesetz mit

1825 Vgl. oben Kap. 2 A.III.2.e).

1826 Vgl. z.B. §§ 100 Abs. 1, 157 S. 1, 162 Abs. 1, 163 Abs. 1 InsO. Der Zustimmungsvorbehalt bei besonders bedeutsamen Rechtshandlungen des Verwalters steht der Gläubigerversammlung nur zu, wenn kein Gläubigerausschuss bestellt wurde, § 160 Abs. 1 S. 2 InsO.

1827 Vgl. §§ 160 Abs. 1 S. 1, 100 Abs. 2 InsO.

§ 164 InsO die Wirksamkeit von Verwalterhandlungen im Außenverhältnis auch bei Verstoß gegen die §§ 160-163 InsO anordnet.¹⁸²⁸ Daneben ist denkbar, dass sich die Gläubigerorgane zu Maßnahmen äußern, ohne dass dies von Gesetzes wegen vorgesehen ist. Die Auswirkungen, die die jeweiligen Beschlüsse auf die persönliche Verwalterhaftung nach § 60 InsO haben können, werden im Folgenden dargestellt.

a) Gesetzliche Entscheidungskompetenzen und Zustimmungsvorbehalte

Zunächst bedeutet die Missachtung eines gesetzlichen Zustimmungsvorbehalts durch den Verwalter, also das Handeln ohne Einholung des erforderlichen Beschlusses, dass dieser die alleinige Haftungsverantwortung trägt.¹⁸²⁹ Der Verstoß gegen die gesetzlichen Zustimmungserfordernisse ist *per se* pflichtwidrig¹⁸³⁰ und kann zur persönlichen Haftung führen, wenn er diesen zu verschulden hat.¹⁸³¹

Daneben besteht Einigkeit darüber, dass Zustimmungsbeschlüsse der Gläubigerorgane haftungsrechtliche Wirkung entfalten können. Dabei liegt auf der Hand, dass ein Beschluss nicht zur Haftungsentlastung führen kann, wenn er auf fehlerhaften oder unvollständigen Informationen seitens des Verwalters beruht¹⁸³² oder wenn er nicht ordnungsgemäß zustande gekommen ist.¹⁸³³ Vielmehr handelt der Verwalter bereits pflichtwidrig, wenn er die unrichtige Informationslage zu verschulden hat, auf der die Zustimmung des Gläubigerorgans beruht.¹⁸³⁴ Auch kann ein Beschluss haftungsbefreiende Wirkung stets nur gegenüber denjenigen entfalten, die an der Beschlussfassung partizipieren.¹⁸³⁵ Insbesondere beschränkt sich eine Haftungsbefreiung auf Schäden der Masse; die Ersatzpflicht für Einzelschäden entfällt hierdurch nicht.¹⁸³⁶ Andernfalls könnten die Beschlie-

1828 Vgl. auch *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters. S. 19.

1829 Jaeger/Eckardt, § 160, Rn. 152; *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 19 f.; Uhlenbruck/Zipperer, § 160, Rn. 29.

1830 Vgl. OLG Rostock NZI 2011, 488 (Haftung wegen der sofortigen Veräußerung des Schuldnerbetriebs unter Missachtung der §§ 159, 160, 162 InsO); s. hierzu auch *Lüke*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 290 ff.

1831 Vgl. Uhlenbruck/Zipperer, § 160, Rn. 29.

1832 Vgl. BGH ZIP 1985, 423, 425 f.; Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 142; Jaeger/Eckardt, § 160, Rn. 148; K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 46.

1833 *Lüke*, Konkursverwalterhaftung, S. 167 f.; Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 142.

1834 Uhlenbruck/Zipperer, § 160, Rn. 29.

1835 *Lüke*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 294; K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 46.

1836 Jaeger/Eckardt, § 160, Rn. 149.

ßenden über den durch § 60 InsO vermittelten Vermögensschutz zu Lasten anderer Beteiligten, wie z.B. der Massegläubiger oder des Schuldners, disponieren.

Nach zutreffender h.M. lässt die Zustimmung eines Gläubigerorgans die persönliche Haftungsverantwortung des Verwalters nicht ohne Weiteres entfallen.¹⁸³⁷ Die Begründung hierfür liegt in der Funktionsverteilung des deutschen Insolvenzverfahrens, die die Eigenständigkeit und Weisungsunabhängigkeit des Verwalteramtes vorsieht¹⁸³⁸: Zustimmungsbeschlüsse der Gläubigerorgane entfalten keine Bindungswirkung gegenüber dem Verwalter.¹⁸³⁹ Stattdessen hat der Verwalter eigenständig zu prüfen, ob die beschlossene Maßnahme sinnvoll im Sinne der bestmöglichen Verwertung ist und gegebenenfalls ihre Durchführung zu unterlassen.¹⁸⁴⁰ Entsprechend kommt auch der BGH nur dann zu einer Haftungsbefreiung, wenn die Maßnahme vertretbar ist.¹⁸⁴¹ Insbesondere besteht für den Verwalter keine Privilegierung analog zu § 93 Abs. 4 S. 1 AktG¹⁸⁴², was in Ermangelung einer mit § 83 Abs. 2 AktG vergleichbaren Regelung in der InsO konsequent ist.¹⁸⁴³ Solange Gläubigerbeschlüsse keine Bindungswirkung entfalten, kommt eine umfassende Haftungsentlastung des Verwalters nicht ohne Weiteres in Frage¹⁸⁴⁴, andernfalls würde auch das mit § 60 InsO bezweckte Korrespondenzverhältnis von Herrschaft und Haftung gestört.¹⁸⁴⁵ Hinzu kommt, dass der Verwalter sein Amt mehrseitig fremdbe-

1837 Vgl. BGH ZIP 1985, 423, 425; Lüke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 292; MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 98; K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 45.

1838 Vgl. hierzu oben Kap. 2 A.III.2.a).

1839 Vgl. Jaeger/Eckardt, § 160, Rn. 138 m.w.N.

1840 Jaeger/Eckardt, § 160, Rn. 146; Kirschey, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 21 f.; Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 102; Uhlenbruck/Zipperer, § 160, Rn. 29.

1841 BGH ZIP 1985, 423, 425 (Zustimmung des Gläubigerausschusses).

1842 MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 99.

1843 Vgl. zum Verhältnis von § 93 Abs. 4 S. 1 zu § 83 Abs. 2 AktG MüKo/Spindler, AktG, § 93, Rn. 266.

1844 A.A. Leibner, KTS 2005, 75, 81 f., der das Kriterium der Bindungswirkung mit Verweis auf § 43 GmbHG und § 93 AktG für untauglich hält. Dem ist entgegenzuhalten, dass Wertungen des Gesellschaftsrechts wegen der besonderen Rolle des Verwalters und seiner Beziehung zur Masse und den Beteiligten nicht ohne Weiteres auf die Verwalterhaftung übertragbar sind, vgl. hierzu unten Kap. 4 D.II.

1845 Die Haftungsverantwortung kann aber dann beschränkt sein, wenn den Gläubigern eigene Entscheidungskompetenzen zukommen, die den Verwalter binden, vgl. hierzu Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 104, der insoweit zutreffend auf die Beauftragung zur Erstellung eines Insolvenzplans nach § 157 S. 2 InsO verweist.

stimmt auszuführen und daher die Interessen aller Beteiligten, nicht nur derjenigen, die den Beschluss fassen, zu wahren hat.¹⁸⁴⁶

Beschlussgemäßes Handeln kann aber eine Indizienwirkung hinsichtlich der Einhaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt haben, was sich im Prozess gegen die zustimmenden Beteiligten zugunsten des Verwalters auswirkt.¹⁸⁴⁷ Kommt der Verwalter ferner nach eigenständiger Prüfung eines Beschlusses der Gläubigerversammlung zu dem Ergebnis, dass die Umsetzung dem Interesse der Gesamtheit der Insolvenzgläubiger widersprechen würde, so hat er die Aufhebung des Beschlusses gem. § 78 Abs. 1 InsO zu beantragen.¹⁸⁴⁸ Hat er dies erfolglos versucht, so entfällt die Schadensersatzpflicht nach Ausführung der Maßnahme, jedoch nur gegenüber denjenigen, die an der Beschlussfassung partizipierten.¹⁸⁴⁹ Es mangelt dann in der Regel am Verschulden.¹⁸⁵⁰

Den Beschlüssen der Gläubigerorgane, unabhängig ob es sich um die Versammlung oder den Ausschuss handelt¹⁸⁵¹, im oben aufgezeigten Rahmen entlastende Wirkung zukommen zu lassen ist mit Blick auf die Funktion des § 60 InsO konsequent, weil der Schutzbedarf der Beschließenden in Fällen, in denen der Verwalter Handlungen in ihrem erklärten Interesse ausführt, eine Absenkung erfährt. Zudem besteht kein Grund anzunehmen, dass die an der Beschlussfassung partizipierenden Beteiligten keine selbstbelastenden Beschlüsse fassen könnten.¹⁸⁵²

Im Übrigen kann auch das Unterlassen einer durch die Gläubiger beschlossenen Maßnahme zur persönlichen Haftung des Verwalters führen.¹⁸⁵³ Hierfür muss aber die Maßnahme selbst haftungsrelevant sein; das bloße Nichtausführen eines Beschlusses ist für sich genommen nicht pflichtwidrig, denn der Verwalter ist zur eigenständigen Prüfung der Maßnahme verpflichtet.¹⁸⁵⁴

1846 Vgl. MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 99.

1847 Vgl. Lüke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 293; Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 102; Jaeger/Eckardt, § 160, Rn. 146; Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 144, geht weitergehend vom Ausschluss der Pflichtwidrigkeit aus.

1848 Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 143; MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 100.

1849 Vgl. Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 143; Lüke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 294; Jaeger/Eckardt, § 160, Rn. 147; MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 101, der in diesem Zusammenhang auch auf § 254 BGB verweist; K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 46.

1850 Vgl. Meyer-Löwy/Poertzgen, ZInsO 2004, 363, 364.

1851 Vgl. Becker, Unternehmensfortführung, S. 105 f.

1852 Zu diesem Gedanken, Becker, Unternehmensfortführung, S. 100.

1853 Vgl. Pape, NZI 2006, 65, 70; Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 144.

1854 Vgl. Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 103.

b) Sonstige Beschlüsse

Es ist denkbar, dass ein Gläubigerorgan einen Beschluss zu einer Maßnahme fasst, ohne dass hierfür ein gesetzlicher Zustimmungsvorbehalt besteht. In der Praxis kommt es z.B. vor, dass sich der Verwalter vor Durchführung einer Maßnahme zwecks präventiver Risikoabwägung der Zustimmung des Gläubigerausschusses versichert.¹⁸⁵⁵ Ob und inwieweit derartige Beschlüsse sich auf die Haftung des Verwalters auswirken wird nicht einheitlich beantwortet.

Der BGH wollte eine haftungsentlastende Wirkung auf zustimmungsbedürftige Maßnahmen beschränkt wissen.¹⁸⁵⁶ In der Literatur wird teilweise vertreten, dass Beschlüsse der Gläubigerversammlung, so sie nicht im Zusammenhang mit einem gesetzlich geregelten Zustimmungsvorbehalt stehen, keine Auswirkung auf die Verwalterhaftung haben.¹⁸⁵⁷ Auch die Zustimmung des Gläubigerausschusses beseitige die Pflichtwidrigkeit einer Maßnahme nicht, sondern könne lediglich, wenn der zustimmende Ausschuss besondere Sachkunde aufweist, als Indiz auf Verschuldensebene Geltung erlangen.¹⁸⁵⁸ Zudem wird im Zusammenhang mit der Entlastungswirkung auf die Unterstützungspflicht des Gläubigerausschusses (§ 69 S. 1 InsO) und dessen Sachkunde verwiesen.¹⁸⁵⁹

Im Ergebnis ist auch dem freiwilligen Zustimmungsbeschluss der Gläubigerorgane auf Verschuldensebene eine potentiell haftungsentlastende Wirkung zuzuschreiben.¹⁸⁶⁰ Für eine unterschiedliche Behandlung von gesetzlich geregelten und sonstigen Beschlüssen mangelt es an einer materiellen Grundlage, ferner ist sie nicht sachgerecht.¹⁸⁶¹ Dass die Gläubigerorgane nicht in beiden Szenarien über den Schadenersatzanspruch aus § 60 Abs. 1 S. 1 InsO, der den durch sie Vertretenen potentiell zusteht, disponieren können sollen, ist nicht ersichtlich. Auch ist hierdurch, wie bei den gesetzlich festgelegten Zustimmungsbeschlüssen, lediglich die Haftung gegenüber den an der Beschlussfassung partizipierenden Beteiligten in Form

1855 Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 145; Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 103.

1856 Vgl. BGH ZIP 1985, 423, 425.

1857 So Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 145.

1858 Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 148.

1859 Vgl. Lüke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 296 f.; K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 47.

1860 So auch Lüke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 295; K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 47; Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 103; differenzierend MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 103.

1861 Ebenfalls für die Gleichbehandlung Jaeger/Eckardt, § 160, Rn. 145.

des Masseschadens betroffen.¹⁸⁶² Das bedeutet im Falle der Zustimmung des Gläubigerausschusses, dass nur die Haftung gegenüber den Absonderungsberechtigten und den Insolvenzgläubigern entfallen kann, ihnen gegenüber sind die Mitglieder des Gläubigerausschusses wiederum gem. § 71 InsO persönlich verantwortlich.¹⁸⁶³ Eine vollumfassende Haftungsbefreiung kann sich aus dem Beschluss also nicht ergeben.¹⁸⁶⁴ Ferner gelangt man auch nicht zu einem in Hinblick auf § 60 InsO zweckinadäquaten Ergebnis, weil, auch wenn der Verwalter an einen Beschluss nicht gebunden und seine Handlungsmacht nicht eingeschränkt ist, die jeweiligen Beteiligten ihr Interesse kundgetan und damit ihr Schutzbedürfnis für den konkreten Fall herabgesetzt haben. Solange der Verwalter beschlusskonform agiert, besteht im Grunde auch kein Bedarf nach seiner persönlichen Haftung.

2. Keine vertragliche Haftungsfreizeichnung

Als weitere gestaltbare Möglichkeit zur Minimierung des Haftungsrisikos sind vertraglich vereinbarte Haftungsbeschränkungen denkbar. In der Literatur, wo die streitige Frage zumeist im Zusammenhang mit der Haftung nach § 61 InsO diskutiert wird, wird die Haftungsbeschränkung bei individualvertraglichen Haftungsfreizeichnungen, die die Haftung für Fahrlässigkeit ausschließen¹⁸⁶⁵, überwiegend als zulässig angesehen und abgelehnt, wenn die Haftung durch AGB beschränkt werden soll.¹⁸⁶⁶

1862 Jaeger/Eckardt, § 160, Rn. 145.

1863 Vgl. MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 103; gegebenenfalls besteht gegenüber Dritten eine gesamtschuldnerische Haftung (§ 426 BGB) des Verwalters mit den Mitgliedern des Gläubigerausschusses, vgl. K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 47; zur Kritik an § 71 InsO wegen des mangelnden Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung Marotzke, KTS 2014, 113, 125 ff.

1864 MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 103.

1865 Die Haftung für Vorsatz kann gem. § 276 Abs. 3 BGB nicht beschränkt werden.

1866 Vgl. Laws, MDR 2004, 1149, 1153 f.; ähnlich, aber nicht zwischen §§ 60 und 61 InsO differenzierend Wallner/Neuenbahn, NZI 2004, 63, 66 f.; Bönner, Ermessen und Haftung, S. 189 ff.; Schmidt/Thole, § 60, Rn. 39; a.A. Meyer-Löwy/Poertzgen, ZInsO 2004, 363, 367 f., die die vertragliche Haftungsbeschränkung bei § 61 InsO vollständig ablehnen; ebenso, jedoch nicht auf § 61 InsO beschränkt, Kirschey, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 117 ff.; wiederum a.A. Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 128, der Haftungsfreizeichnungsklauseln ohne Differenzierung befürwortet.

In Bezug auf die Haftung wegen der Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten spricht viel dafür, dass eine vertragliche Haftungsfreizeichnung, sowohl formularmäßig als auch individualvertraglich, unzulässig ist.¹⁸⁶⁷ Zwar trifft in systematischer Hinsicht zu, dass keine Regelung wie § 119 InsO existiert, die die Unwirksamkeit einer vertraglichen Abweichung von § 60 InsO festschreibt¹⁸⁶⁸, allerdings beinhaltet die Insolvenzordnung auch zwingende Regelungen außerhalb der erfassten §§ 103-118 InsO.¹⁸⁶⁹

Gegen die Möglichkeit einer vertraglichen Haftungsbeschränkung spricht die Funktion des § 60 InsO. Durch die Steuerungswirkung der grundsätzlich unbeschränkten Fahrlässigkeitshaftung soll die ordnungsgemäße Pflichterfüllung des Verwalters sichergestellt und hierdurch eine bewusst defizitär ausgestaltete Gerichts- und Gläubigeraufsicht ergänzt werden.¹⁸⁷⁰ Der Haftung in Gestalt des § 60 InsO kommt damit zentrale Bedeutung im Funktionsgefüge des Insolvenzverfahrens zu. Sie der vertragsparteilichen Disposition zugänglich zu machen stünde im Widerspruch hierzu, auch wenn man das Vermögensschutzbedürfnis des anderen Vertragsteils, dem durch § 60 InsO begegnet wird, als abgesenkt anzusehen hätte. § 60 InsO beschränkt sich nicht auf den Individualschutz, sondern hat im Konnex mit der Amtsstellung des Verwalters, der zugleich privater Amtstreuhänder und externer Funktionsträger in einem hoheitlichen Rechtspflegeverfahren ist, auch kollektiv-schützenden Charakter.¹⁸⁷¹ Auch wird dem berechtigten Bedürfnis des Verwalters nach der Beschränkung seines Haftungsrisiko bereits durch den besonderen Sorgfaltsmaßstab des § 60 Abs. 1 S. 2 InsO Rechnung getragen. Zudem kann der Verwalter sich gegen das ihn treffende Vermögensrisiko durch eine Haftpflichtversicherung schützen.¹⁸⁷²

1867 So im Ergebnis auch *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 118 f.

1868 So *Wallner/Neuenhahn*, NZI 2004, 63, 66; *Bönner*, Ermessen und Haftung, S. 189.

1869 Vgl. *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 118 f. m.w.N.

1870 Vgl. zur Funktion des § 60 InsO oben Kap. 3 A.I.3.

1871 Vgl. hierzu oben Kap. 3 A.I.3.b)aa)(2); ähnlich auch *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 118; s. auch *Laws*, MDR 2004, 1149, 1154.

1872 So auch *Wallner/Neuenhahn*, NZI 2004, 63, 67; *Laws*, MDR 2004, 1149, 1154; Im Übrigen wird es in der Verwaltungspraxis in aller Regel zwischen einer Vertragsbeziehung zwischen Verwalter und Beteiligten fehlen, vgl. *Bönner*, Ermessen und Haftung, S. 190; *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 119.

II. Haftungsimmunität des *trustee* durch gerichtliche Anordnung

Eine vor Durchführung einer Verwaltungsmaßnahme erteilte insolvenzgerichtliche Zustimmung (*court order*) verleiht dem *trustee* absolute Haftungsimmunität. Sie erfolgt im Rahmen der gesetzlichen Zustimmungsvorbehalte sowie nach eingelegtem Widerspruch einzelner Beteiligten gegen beabsichtigte Maßnahmen. Ferner kann sie auch auf Ersuchen des *trustee* erteilt werden. Im Ergebnis stellt sie sich als zentrales Instrument zur Haftungsvermeidung im U.S.-amerikanischen Insolvenzverfahren dar.

1. Haftungsbeschränkende Wirkung der Zustimmung des *bankruptcy court*

Bereits in *Mosser v. Darrow* konstatierte der U.S. Supreme Court, dass *trustees* sich gegen persönliche Haftung schützen könnten, wenn sie vor komplizierten Verwaltungsentscheidungen die Zustimmung des Gerichts einholen.¹⁸⁷³ Auch nach Inkrafttreten des *Bankruptcy Code* ist in der gerichtlichen Praxis und der insolvenzrechtlichen Literatur einhellig anerkannt, dass die vor Durchführung einer Maßnahme erteilte Zustimmung des Insolvenzgerichts dem *trustee* absolute Haftungsimmunität verleiht.¹⁸⁷⁴ Diese *derived judicial immunity* schützt den *trustee* gegen persönliche Haftung wegen *breach of fiduciary duty*¹⁸⁷⁵; dies gilt auch dann, wenn sich die Maßnahme im Nachhinein als fehlerhaft bzw. masseschädlich herausstellt.

Damit eine *court order* schützende Wirkung entfalten kann, muss der *trustee* sowohl Gericht als auch *parties in interest* über die geplante Maßnah-

1873 Vgl. *Mosser v. Darrow*, 341 U.S. 267, 274 (1951): „*The practice is well established by which trustees seek instructions from the court [...] as to matters which involve difficult questions of judgment.*”

1874 Vgl. *Boullion v. McClanahan*, 639 F.2d 213, 214 (5th Cir. 1981); *Yadkin Valley Bank & Trust Co. v. McGee*, 819 F.2d 74, 76 (4th Cir. 1987); *Kashani v. Fulton* (In re *Kashani*), 190 B.R. 875, 883 (B.A.P. 9th Cir. 1995); *LeBlanc v. Salem* (In re *Mailman Steam Carpet Cleaning Corp.*), 196 F.3d 1, 8 (1st Cir. 1999); *Ebel v. King* (In re *Ebel*), 338 B.R. 862, 876 (Bankr. D. Colo. 2005); In re *McKenzie*, 716 F.3d 404, 413 f. (6th Cir. 2013); *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 208 (1994); *ders.*, 102 Dick. L. Rev. 703, 720 (1998); *R. McCullough*, 103 Com. L.J. 123, 140 (1998); *E. McCullough*, 15 Lewis & Clark L. Rev. 153, 169 (2011); *Pottow*, *Fiduciary Principles*, S. 222.

1875 Anschaulich *LeBlanc v. Salem* (In re *Mailman Steam Carpet Cleaning Corp.*), 196 F.3d 1 ff. (1st Cir. 1999).

me benachrichtigen und den Sachverhalt umfassend darlegen.¹⁸⁷⁶ Praktisch wird dies dem *trustee* jedenfalls bei unter Zeitdruck zu treffenden Entscheidungen nicht möglich sein.¹⁸⁷⁷ Er genießt keine Haftungsimmunität, wenn er die *court order* bösgläubig erwirkt.¹⁸⁷⁸ Er haftet auch nach gerichtlicher Zustimmung persönlich für die Verletzung treuhänderischer Pflichten, wenn die Informationen und der präsentierte Sachverhalt unvollständig waren¹⁸⁷⁹, wenn er die *court order* in fahrlässiger Weise erwirkt hat oder wenn er fahrlässig oder vorsätzlich eine auf fehlerhafter Grundlage getroffene Gerichtsanordnung ausführt.¹⁸⁸⁰

Die Interessenwahrung der Verfahrensbeteiligten wird in Form ihrer Partizipationsmöglichkeiten bei der Anhörung, die der gerichtlichen Entscheidung vorangeht, gewährleistet. Im Rahmen derer können sie sich zur geplanten Maßnahme äußern.¹⁸⁸¹ Deren Ausführung obliegt dem *trustee*; ihn können die Gläubiger nach ergangener *court order* jedoch nicht in Regress nehmen, stattdessen sind sie auf das Vorgehen gegen die Anordnung selbst im Wege der Berufung (*appeal*) verwiesen.¹⁸⁸² Gläubiger sind dem „starken Schild“¹⁸⁸³ absoluter Haftungsimmunität also nicht ohne eigene Einflussmöglichkeit ausgeliefert.

1876 Vgl. *Lopez-Stubbe v. Rodriguez-Estrada* (In re San Juan Hotel Corp.), 847 F.2d 931, 940 (1st Cir. 1988); *Schechter v. Ill. Department of Revenue* (In re Markos Gurnee Partnership), 182 B.R. 211, 219 f. (Bankr. N.D. Ill. 1995); *Kashani v. Fulton* (In re Kashani), 190 B.R. 875, 884 (B.A.P. 9th Cir. 1995); In re Giordano, 212 B.R. 617, 624 (B.A.P. 9th Cir. 1999).

1877 In diesem Sinne *Radwan*, 35 Conn. L. Rev. 525, 553, Fn. 229 (2003).

1878 *LeBlanc v. Salem* (In re Mailman Steam Carpet Cleaning Corp.), 196 F.3d 1, 8 (1st Cir. 1999).

1879 *Lopez-Stubbe v. Rodriguez-Estrada* (In re San Juan Hotel Corp.), 847 F.2d 931, 942 (1st Cir. 1988).

1880 Vgl. *Dana Commercial Credit Corp. v. Nisselson* (In re Center Teleproductions, Inc.), 112 B.R. 567, 578 (Bankr. S.D. N.Y. 1990).

1881 Vgl. *LeBlanc v. Salem* (In re Mailman Steam Carpet Cleaning Corp.), 196 F.3d 1, 8 (1st Cir. 1999).

1882 Vgl. *Boullion v. McClanahan*, 639 F.2d 213, 214 (5th Cir. 1981); *Dana Commercial Credit Corp. v. Nisselson* (In re Center Teleproductions, Inc.), 112 B.R. 567, 578 (Bankr. S.D. N.Y. 1990); dies hat innerhalb von 14 Tagen nach Erlass der Anordnung zu geschehen, FRBP 8002 (a)(1); vgl. zum Instanzenzug oben Kap. 2 B.II.1.b).

1883 *R. McCullough*, 103 Com. L.J. 123, 143 (1998).

2. *Telos* und Einordnung in die Dogmatik der Immunitätsdoktrinen

Ebenso wie die Haftungsimmunität für richterliche Handlungen¹⁸⁸⁴ ist die aus der *court order* folgende *immunity* mit dem hoheitlichen Aspekt des hybriden Amtes des *trustee* verknüpft. Als *derived judicial immunity* ist auch hier die Richterimmunität dogmatischer Ausgangspunkt des Haftungsschutzes des *trustee*. Dieser handelt nach ergangener *court order* nach den „*instructions of the court*.“¹⁸⁸⁵ Er führt die Anordnung wie ein „Arm des Gerichts“ aus, deshalb kommt ihm derselbe Schutz zugute, den ein Richter inne hätte, der seine Anordnung persönlich ausführt.¹⁸⁸⁶ Für die autonome Entscheidung des Gerichts soll der *trustee* nicht als Haftungssubjekt zur Verfügung stehen.¹⁸⁸⁷

Beide Varianten der *judicial immunity* bewirken einen absoluten Haftungsschutz, gleichwohl haben beide Institute einen eigenständigen Anwendungsbereich. Ein systematischer Unterschied besteht darin, dass der *trustee* durch Erwirkung der *court order* sein Haftungsrisiko autonom (unter den o.g. Voraussetzungen) verringern kann, wohingegen bei der (praktisch seltenen) richterlichen Handlung statisch *quasi-judicial immunity* besteht. Zudem bietet die durch *court order* vermittelte *immunity* auch Haftungsschutz für rein administrative, nicht-richterliche Tätigkeiten, weshalb ihr sachlicher Schutzbereich extensiver ist. Auch gegen die typischen haftungsträchtigen Fallgruppen bei der Verletzung der *duty of care* kann sich der *trustee* absichern.

Der durch die gerichtliche Anordnung vermittelte Haftungsschutz gilt als notwendig für die effiziente Verfahrensadministration.¹⁸⁸⁸ Ohne Immunität stünde der *trustee* vor der Wahl, die Anordnung nicht auszuführen und seine Entlassung oder andere Sanktionen durch das Gericht in Kauf zu nehmen oder aber die Anweisung zu erfüllen und damit zu riskieren, von den Betroffenen auf Schadensersatz verklagt zu werden.¹⁸⁸⁹ Diese Annahme mag auf den ersten Blick befremden, denn die *court order* ist mitunter auch Resultat eines bewussten Ersuchens des *trustee* zu dem Zweck, Haftungsschutz zu erlangen. Gewissermaßen bedient er sich in

1884 Vgl. hierzu oben Kap. 3 B.III.1.b).

1885 In re Hutchinson, 5 F.3d 740, 753 (4th Cir. 1993).

1886 Boullion v. McClanahan, 639 F.2d 213, 214 (5th Cir. 1981); Bogart, 102 Dick. L. Rev. 711, 719, Fn. 33 (1998).

1887 Vgl. In re Dalen, 259 B.R. 586, 603 (Bankr. W.D. Mich. 2001).

1888 Vgl. R. McCullough, 103 Com. L.J. 123, 141 (1998).

1889 Vgl. Gregory v. U.S./U.S. Bankruptcy Court, 942 F.2d 1498, 1500, Fn. 1 (10th Cir. 1991).

diesen Fällen des Gerichts, nicht umgekehrt. An dieser Stelle zeigt sich ein vom deutschen Recht abweichendes Bild von der Rolle, die der Fremdverwalter im Verfahren einnimmt. Während das U.S.-amerikanische Insolvenzrecht die gerichtliche Verfahrensadministration betont, im Rahmen derer der *trustee* teilweise nur als ausführendes Organ agiert, gilt der deutsche Insolvenzverwalter als umfassend befugtes und mit weitreichenden Kompetenzen versehenes Zentralorgan.

3. Praktische Bedeutung für die Risikotragung des *trustee* und die Verfahrensökonomie

Weil die Gerichtsanordnung ihre Schutzwirkung innerhalb des multipolaren und tendenziell haftungsträchtigen Interessengemenges der *beneficiaries* und des *estate* Anwendung findet, ist ihre Bedeutsamkeit für die Haftungsvermeidung im Verfahren enorm. Zum extensiven materiellen Schutzbereich gesellt sich die Antragsmechanik, die es dem *trustee* ermöglicht, sein Haftungsrisiko bedarfsorientiert abzusichern. Daneben sind etliche Verwaltungsmaßnahmen von Gesetzes wegen von der Gerichtszustimmung abhängig¹⁸⁹⁰ oder sehen die zwangsläufige Benachrichtigung der Verfahrensbeteiligten mitsamt Widerspruchsmöglichkeit im Rahmen einer gerichtlichen Anhörung vor, an deren Ende ebenfalls eine Gerichtsentscheidung steht.¹⁸⁹¹ Die Immunität nach gerichtlicher Anordnung stellt sich damit als haftungsrechtliche Kehrseite der verfahrensstrukturell beschränkten Verwaltermacht dar.

Hier drängt sich die Frage auf, wie sich die regelmäßige Befassung des Insolvenzgerichts sowie die Partizipationsmöglichkeiten der Beteiligten auf die Verfahrensökonomie auswirken. Zu denken ist an eine erhebliche Inanspruchnahme zeitlicher und personeller Kapazitäten des *bankruptcy court* sowie Verzögerungen im Verfahrensablauf.¹⁸⁹² Dies wäre jedenfalls anzunehmen, würde im Ergebnis jede komplexere Entscheidung, deren Umsetzung dem *trustee* obliegt, vorher durch das Insolvenzgericht geprüft und abgesegnet.

Der U.S. *Supreme Court* konstatierte in *Mosser v. Darrow* noch, dass *trustees* gerichtliche Anweisungen für „*matters which involve difficult questions*

1890 Vgl. zur Haftungsimmunität nach Gerichtszustimmung im Zusammenhang mit dem Einsatz selbstständiger Dritter oben Kap. 4 B.V.2.

1891 Vgl. oben Kap. 2 B.IV.2.

1892 Hierauf weist auch Heese, Gläubigerinformation, S. 217, hin.

of judgment“ ersuchen könnten.¹⁸⁹³ Mitunter verlangen Käufer bei der Veräußerung von Massegegenständen außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsgangs¹⁸⁹⁴, im Zuge derer eine gerichtliche Befassung nur nach eingelegtem Widerspruch vorgesehen ist¹⁸⁹⁵, eine *court order*, die als Nachweis über die Befolgung der gesetzlichen Vorgaben und die Veräußerungsbefugnis des *trustee* dienen soll.¹⁸⁹⁶ Wegen der Haftungsvermeidung liegt die Einholung einer „freiwilligen“ *court order* auch im Interesse des *trustee*.¹⁸⁹⁷

Allerdings weigern sich Gerichte in der Praxis häufig, solche sog. „comfort orders“ zu erteilen.¹⁸⁹⁸ Insolvenzgerichte, dies wurde auch im Zusammenhang mit der BJR aufgezeigt¹⁸⁹⁹, fühlen sich grundsätzlich nicht dazu berufen, betriebswirtschaftliche Entscheidungen zu treffen und halten sich weitestmöglich aus der Verwaltung heraus.¹⁹⁰⁰ Auch würde die Trennung von justiziellen Tätigkeiten und Verwaltungsaufgaben, die mit dem *Bankruptcy Code* bezweckt wurde, obsolet, könnte der *bankruptcy court* durch den *trustee* ohne Weiteres und außerhalb der gesetzlich vorgesehenen Zustimmungserfordernisse in das Verwaltungsgeschäft hineingezogen werden.¹⁹⁰¹ Bereits aus diesen Gründen wird in der Praxis nicht für jede Einzelmaßnahme die schützende *court order* erteilt.¹⁹⁰² Ob außerhalb der gesetzlichen Zustimmungsvorbehalte Gerichtsanordnungen erteilt werden, kann damit nicht pauschal beantwortet werden, sondern ist vom konkreten Einzelfall abhängig.

1893 Mosser v. Darrow, 341 U.S. 267, 274 (1951).

1894 Vgl. 11 U.S.C. § 363 (b) (1).

1895 In re Robert L. Hallamore Corp., 40 B.R. 181, 183 (Bankr. D. Mass. 1984); vgl. oben Kap. 2 B.IV.2.a).

1896 Vgl. Resnick/Sommer, Collier on Bankruptcy, P 363.02 [1].

1897 Maschmeyer, Handbook for Trustees, P 14.05 [1]; in der Praxis wird regelmäßig die Zustimmung zu Vergleichsverträgen eingeholt, vgl. In re Dalen, 259 B.R. 586 (Bankr. W.D. Mich. 2001) sowie Harris v. Wittman (In re Harris), 590 F.3d 730, 743 (9th Cir. 2009).

1898 Vgl. Aaron, Bankruptcy Law, § 9:3, mit Verweis auf In re Robert L. Hallamore Corp., 40 B.R. 181 (Bankr. D. Mass. 1984); Maschmeyer, Handbook for Trustees, P 4.08.

1899 Vgl. oben Kap. 4 B.III.3.a).

1900 Aaron, Bankruptcy Law, § 9:3.

1901 Vgl. In re Dalen, 259 B.R. 586, 602, Fn. 23 (Bankr. W.D. Mich. 2001).

1902 Vgl. Bogart, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 208 (1994); ders., 102 Dick. L. Rev. 703, 720 f. (1998).

D. Würdigung der Vergleichsergebnisse und Fazit

I. Divergierende Haftungskonzepte in Deutschland und den USA

Die Vergleichsanalyse hat offenbart, dass die konkrete Ausgestaltung der insolvenzspezifischen Verwalterhaftung in Deutschland und den USA zwar nicht vollends antithetisch, aber von wesentlichen Unterschieden geprägt ist.

1. Haftungsrisiko von Insolvenzverwalter und *trustee*

Hinsichtlich des dem jeweiligen Fremdverwalter zugemuteten Umfangs der persönlichen Haftung für die Verletzung insolvenzspezifischer bzw. treuhänderischer Pflichten unterscheiden sich beide Insolvenzrechtsordnungen erheblich.

a) Anspruchsinhärente Haftungsbeschränkungen

Das Haftungsrisiko des *bankruptcy trustee* ist aufgrund anspruchsinhärenter Haftungsbeschränkungen in Gestalt der materiellen Tatbestandsvoraussetzungen weit weniger umfassend als das seines deutschen Pendant. Dies zeigt sich zunächst am personellen Schutzbereich des Haftungsanspruchs.¹⁹⁰³ Dieser steht in den USA exklusiv den Gläubigern, Anteilseignern des Schuldners und gegebenenfalls dem Schuldner selbst zu. Anders als bei § 60 Abs. 1 S. 1 InsO kommt dem Beteiligtenbegriff haftungsbegrenzende Wirkung zu. Die haftungsbewehrten Pflichten sind dort, im Gegensatz zum deutschen Recht, Folge der Beteiligtenstellung. Insbesondere steht dem Äquivalent zum Aussonderungsberechtigten der Anspruch aus *breach of fiduciary duty* nicht zu.

Zwar ähneln sich der Kanon haftungsbewehrter Pflichten in beiden Rechtsordnungen¹⁹⁰⁴, die haftungsrechtliche Behandlung unternehmerischer Ermessensentscheidungen¹⁹⁰⁵ sowie der Umfang des zu ersetzenden, kausal auf der Pflichtverletzung beruhenden Schadens¹⁹⁰⁶. Jedoch haftet

1903 Vgl. oben Kap. 4. B.I.3.

1904 Vgl. oben Kap. 4 B.II.3.b).

1905 Vgl. oben Kap. 4 B.III.4.

1906 Vgl. oben Kap. 4 B.VI.3.

der *trustee* in manchen *circuits* nur für grob fahrlässige oder gar nur vorsätzliche Verletzungen der *duty of care*.¹⁹⁰⁷ Ungeachtet der Tatsache, dass im lokalen Geltungsbereich der Vorsatzhaftung das Risiko des *trustee* auf ein Minimum reduziert sein dürfte, stellt dies den wesentlichsten Unterschied im Hinblick auf den insolvenzspezifischen Schadensersatzanspruch zwischen beiden Rechtsordnungen dar.

Hinzu kommt, dass die Haftung des *trustee* für Dritte weit beschränkter als die des Verwalters unter § 60 InsO ist.¹⁹⁰⁸ Nicht nur erfolgt keine strenge Zurechnung von pflichtwidrigem Verhalten nach deutschem Vorbild, auch bewirkt die Einbeziehung des Insolvenzgerichts bei der Auswahl von beauftragten Spezialisten, dass eine Haftung für ein Auswahlverschulden faktisch kaum in Frage kommt. Im Übrigen sind die Anforderungen an den *trustee* hinsichtlich der laufenden Überwachung Dritter vergleichsweise gering.

b) Verfahrensstrukturelle und steuerbare Haftungsbeschränkungen

Auch bei den verfahrensstrukturellen bzw. steuerbaren Haftungsbeschränkungen zeigt sich eine im Vergleich zum deutschen Recht erhebliche Risikobegrenzung zu Gunsten des *trustee*. Dem deutschen Verwalter kommt eine Haftungs erleichterung durch die Zustimmung von Gläubigerorganen nur in begrenztem Umfang zugute.¹⁹⁰⁹ Eine Enthftung kann sich grundsätzlich nur gegenüber den Zustimmenden ergeben. Außerhalb der gesetzlich vorgesehenen Gläubigerbeschlüsse kommt eine Entlastung auf Verschuldensebene zwar auch bei freiwilligen Beschlüssen in Betracht, gleichwohl hat der Verwalter keinen Rechtsanspruch auf den Erlass eines haftungs erleichternden Beschlusses oder eines „Absegnens“ von geplanten Maßnahmen. Auch ist eine vertragliche Haftungs freizeichnung im Rahmen von § 60 InsO jedenfalls praktisch untauglich.¹⁹¹⁰

Im Gegensatz hierzu wird der *trustee* vollumfänglich seiner persönlichen Haftungsverantwortung enthoben, wenn der *bankruptcy court* sein *approval* zu einer Maßnahme erteilt hat, vorausgesetzt, der *trustee* hat Gericht und Beteiligte vorher umfassend informiert.¹⁹¹¹ Die Gerichtszustimmung ist

1907 Vgl. oben Kap. 4 B.IV.3.

1908 Vgl. oben Kap. 4 B.V.3.

1909 Vgl. oben Kap. 4 C.I.1.

1910 Vgl. oben Kap. 4 C.I.2.

1911 Vgl. oben Kap. 4 C.II.

bei etlichen Verwaltungsmaßnahmen eine gesetzlich vorgesehene Voraussetzung. Darüberhinausgehend kann der *trustee* je nach Einzelfall um die *court order* zu einer geplanten Maßnahme auf eigene Initiative ersuchen und sich damit seines Haftungsrisikos gegenüber den *beneficiaries* entledigen. Denkbar ist die Haftung dann nur noch, wenn der *trustee* die gerichtlich beschlossene Maßnahme fehlerhaft ausführt oder wenn die *court order* aufgrund fehlerhafter Informationen ergangen ist.

2. Rechtsstrukturelle Ursachen und Merkmale

Der Befund der vergleichenden Untersuchung hat im Wesentlichen bestätigt, was aufgrund der herausgestellten rechtsstrukturellen Prämissen beider Rechtsordnungen¹⁹¹² mit Blick auf die Risikotragung der Verwalter antizipiert wurde.

a) Verwalterautonomie, Gläubigerpartizipation und Gerichtseinfluss

Die divergierende Haftungsbelastung von Verwalter und *trustee* stellt sich als Kehrseite der jeweiligen Rechtsordnung eigenen Funktionsverteilung im Insolvenzverfahren dar. Verfahrensstrukturelle Aspekte bilden die Grundlage für die jeweiligen Konzepte verwalterlicher Risikotragung.

aa) *Ex-ante*-Kontrolle versus funktionaler Freiraum

Das deutsche Insolvenzrecht setzt auf eine deregulierte¹⁹¹³ und an gerichtlicher Mitwirkung arme Verfahrensabwicklung. Im den Verfahrensgang bestimmenden Gemenge privatautonomer Entscheidungen, innerhalb dessen die Leitentscheidungen den Gläubigern überlassen sind, schultert der Verwalter die Abwicklung des Verfahrens eigenständig, weisungsfrei und unabhängig.¹⁹¹⁴ Sein funktionaler Handlungsfreiraum ist ein Wesensmerkmal des deutschen Insolvenzverfahrens und gilt als Garant für dessen effiziente Durchführung.¹⁹¹⁵ Die mit § 60 Abs. 1 InsO kodifizierte stren-

1912 Vgl. oben Kap. 4 A.II., III.

1913 Vgl. hierzu oben Kap. 2 A.III.2.e).

1914 Vgl. oben Kap. 2 A.III.2.a).

1915 Vgl. oben Kap. 2 A.III.1.

ge Eigenverantwortlichkeit des Verwalters ist das Gegenstück zu dieser weitreichenden Autonomie und bildet neben der Gerichts- und Gläubigeraufsicht eine der Säulen, auf denen die Funktionsverteilung der InsO ruht. Sie beantwortet als Korrelat zur Verwalterautonomie das mit diesem einhergehende Vermögensrisiko der Verfahrensbeteiligten.¹⁹¹⁶ Wegen der defizitären hoheitlichen Aufsicht ist sie ein unverzichtbares Verfahrenselement zur generalpräventiven¹⁹¹⁷ Sicherstellung der Erfüllung der Verwaltungspflichten. Der Preis für diese Ausgestaltung der Fremdverwaltung und dem damit verbundenen Vertrauen auf das pflichtgemäße Verwalterhandeln ist, dass sich bei Versagen des durch § 60 Abs. 1 InsO vermittelten Präventivschutzes die Rechtsdurchsetzung *ex post* in Gestalt von Schadenersatzklagen gegen den Verwalter vollzieht.

Dem U.S.-amerikanischen Insolvenzverfahren liegt eine hiervon abweichende Konzeption zugrunde.¹⁹¹⁸ Zwar sind auch dort Effizienz und Privatautonomie Leitgedanken. Ebenso gilt das Verfahren als dereguliert; die Entscheidungskompetenzen sind bei Gläubigern und Gemeinschuldner verortet.¹⁹¹⁹ Ferner ist auch dem *trustee* die Verfahrensabwicklung in weiten Teilen und prinzipiell weisungsfrei übertragen. Eine Armut an hoheitlicher Mitwirkung im Verfahren kann gleichwohl nicht festgestellt werden. Zahlreiche gerichtliche Zustimmungsvorbehalte und Einwirkungsmöglichkeiten der *parties in interest*, die sich nicht auf die Leitentscheidungen des Verfahrens beschränken, sondern durch die bei nahezu allen Maßnahmen außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsgangs ein streitiges Verfahren vor dem Insolvenzgericht initiiert werden kann, haben zur Folge, dass der unabhängige Entscheidungsspielraum des *trustee* vergleichsweise gering ist.

bb) Auswirkungen auf die Bedeutung der Verwalterhaftung

Es wurde die Hypothese aufgestellt, dass mit der gesetzlich ermöglichten und durch Informationspflichten gegenüber den *parties in interest* auch sichergestellten¹⁹²⁰, potentiell umfassenden gerichtlichen Maßnahmenüber-

1916 Vgl. hierzu oben Kap. 3 A.I.3.a).

1917 Vgl. oben Kap. 3 A.I.3.b)aa).

1918 Vgl. hierzu oben Kap. 2 C.IV.

1919 Insoweit diente der *Bankruptcy Code* auch als Vorbild für Reformen der InsO vgl. Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 4.02.

1920 Vgl. oben Kap. 2 B.IV.2.a).

prüfung *ex ante* eine entsprechend abgesenkte Bedeutung der mittels Haftung verwirklichten Steuerungsfunktion einhergeht.¹⁹²¹ Basierend hierauf wurde vermutet, dass der *trustee* ein im Vergleich zum deutschen Verwalter geringeres Haftungsrisiko zu tragen hat.¹⁹²² Die Vergleichsuntersuchung hat diese Annahme bestätigt.

Konkret zeigt sich dies in Gestalt des *circuit split* bezüglich des vom *trustee* einzuhaltenden Sorgfaltsmaßstabes.¹⁹²³ Ungeachtet der Tatsache, dass ein großer Teil der *courts of appeals* und der Literatur von der Haftung bereits für fahrlässige Pflichtverletzungen ausgeht, dass übergreifend eine entsprechende Tendenz auf den unteren Gerichtsebenen erkennbar ist und dass eine höchstrichterliche oder legislatorische Klärung des Streits noch aussteht, bezeugt der Umstand, dass der *trustee* in bestimmten *circuits* nur für die vorsätzliche Verletzung der *duty of care* verantwortlich ist¹⁹²⁴, eine insgesamt nachgeordnete Bedeutung der Haftung für die Verletzung von *fiduciary duties*. Ein vergleichbarer Zustand wäre für das deutsche Insolvenzrecht mit Blick auf den Beteiligtenschutz schlicht untragbar und würde das Funktionsgefüge des Verfahrens empfindlich stören, kommt er doch faktisch einer Haftungsfreistellung nahe. Umgekehrt lässt die Tatsache, dass der Zersplitterungszustand im U.S.-amerikanischen Insolvenzrecht bereits seit Jahrzehnten andauert, den Schluss zu, dass auch die primär über die gerichtliche Sachkontrolle *ex ante* bewirkte Sicherstellung der Erfüllung treuhänderischer Pflichten eine funktionable Methode zur Wahrung der Gläubigerinteressen und der Bewältigung von Insolvenzverfahren darstellt.

Ähnliches lässt sich zur unübersichtlichen Systematik des Rechts der Verwalterhaftung in den USA¹⁹²⁵ sagen. Diese steht im Widerspruch zur Vorstellung von einem transparenten Haftungsregime und war mitursächlich für Fehlurteile, die ein falsches Doktrinenverständnis perpetuierten.¹⁹²⁶ Damit Haftung ihre Funktion erfüllen kann, müssen Verwalter aber erkennen können, wofür und in welchen Situationen sie persönlich verantwortlich sind.¹⁹²⁷ Ebenso müssen die Gläubiger wissen, ob und wer ihnen bei erlittenen Schäden als Haftungssubjekt zur Verfügung steht.

1921 Vgl. oben Kap. 3 C.II.3.b).

1922 Vgl. oben Kap. 4 A.III.1.

1923 Vgl. hierzu oben Kap. 4 B.IV.2.b).

1924 Vgl. oben Kap. 4 B.IV.2.b)aa).

1925 Vgl. zu diesem Aspekt oben Kap. 3 B.I.2.

1926 Vgl. zur prominenten Fehlentscheidung *Sherr v. Winkler* oben Kap. 3 B.III.2.c)bb).

1927 Vgl. hierzu auch oben Kap. 4 A.II.2.

Trotz der offensichtlichen systematischen Schwächen der U.S.-amerikanischen Verwalterhaftung sind keine Verwerfungen im Hinblick auf die Funktionalität des Insolvenzverfahrens auszumachen.

Insgesamt darf aber nicht vernachlässigt werden, dass verbreitete Kritik an mangelhaften Präzedenzfällen und dem *circuit split* besteht sowie weit überwiegend die bloße Vorsatzhaftung abgelehnt wird. Ferner verbietet sich nach der vergleichenden Untersuchung ein Schwarz-Weiß-Schluss: Auch das U.S.-amerikanische Insolvenzrecht kommt nicht ohne die Klärung haftungsrechtlicher Folgen von Pflichtverletzungen in Gestalt eines Gerichtsstreits mit dem *trustee ex post* aus, das belegt die umfassende Kasuistik. Es ist nur weniger als das deutsche Insolvenzrecht darauf ausgelegt und das Insolvenzverfahren büßt seine Funktionsfähigkeit auch durch einen Missstand wie den *circuit split* nicht signifikant ein.

b) Haftungsisolierung für den *officer of the court*

Das Amt des *trustee*, der simultan *private party* und *officer of the court* ist, zeichnet sich, im Unterschied zu dem des deutschen Insolvenzverwalters, durch eine vergleichsweise enge organisatorische Angliederung an das Insolvenzgericht aus.¹⁹²⁸ Im Zusammenspiel mit dessen Rolle als Entscheidungsinstanz für Verwaltungsmaßnahmen *ex ante* hat dieser Umstand Auswirkungen auf das vom *trustee* zu tragende Haftungsrisiko.

Zwar kommt dem *trustee* nicht qua Amtes *quasi-judicial immunity* gegenüber den *beneficiaries* zu; im Gegenteil ist er ihnen gegenüber als Treuhänder voll verantwortlich.¹⁹²⁹ Stattdessen äußert sich der mit der Amtsstellung verbundene Haftungsschutz in Gestalt absoluter Haftungsimmunität nach ergangener *court order*. Soweit der *trustee* Gerichtsanordnungen ausführt und sofern er zuvor seine informatorischen Pflichten erfüllt hat, trifft ihn keine persönliche Verantwortung für die Maßnahme, selbst wenn sie sich im Nachhinein als schädlich erweist.¹⁹³⁰ Praktisch wird hierdurch der Bereich haftungsträchtiger, durch Ermessensausübung geprägter Maßnahmen abgedeckt, denn gerichtliche Anordnungen ergehen im Rahmen der Zustimmungsvorbehalte, nach streitigen Verfahren auf Widerspruch gegen eine beabsichtigte Maßnahme sowie u.U. auf eigene Initiative des *trustee*. *Trustees* sollen für gerichtlich entschiedene Maßnahmen nicht als

1928 Vgl. oben Kap. 2 C.III.2.

1929 Vgl. hierzu oben Kap. 3 B.III.2.c)bb).

1930 Vgl. oben Kap. 4 C.II.1.

Haftungssubjekt unzufriedener Beteiligter bzw., metaphorisch gesprochen, „Blitzableiter“¹⁹³¹ herhalten.¹⁹³²

Dass die Gerichte um den Haftungsschutz des zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe tätigen Amtsträgers bemüht sind und eine Abschreckungswirkung auf potentielle Amtskandidaten zu minimieren suchen, fügt sich in das Bild ein, das bereits die deliktische Haftung nach der *McNulta Rule* und die restriktive gerichtliche Praxis bei der Qualifikation einer Handlung als *ultra vires* gezeichnet haben.¹⁹³³ Ein auf hohe Verwalterautonomie und korrespondierende Eigenverantwortlichkeit ausgelegtes System wie das der InsO ist einem so weitgehenden Schutzgedanken naturgemäß nicht zugänglich. Haftungsprivilegien qua Amtsstellung bzw. Angliederung des Amtes an das Insolvenzgericht, sind dem deutschen Insolvenzrecht, ebenso wie die vorgeifende gerichtliche Sachklärung von Verwaltungsmaßnahmen, unbekannt.

c) Geringerer Vergütungsanreiz

Mit Vorgenanntem korrespondieren auch die Vergütungsstrukturen beider Verfahrensordnungen. Die im Vergleich zum deutschen Recht geringere Vergütung des *trustee* ließ vermuten, dass das von ihm zu tragende Haftungsrisiko weniger umfassend als das seines deutschen Gegenstücks sein müsste, ausgehend vom Grundsatz, dass Risiken adäquat vergütet werden.¹⁹³⁴ Dies hat sich nach der Untersuchung des Umfangs des Haftungsrisikos bestätigt.¹⁹³⁵

Anschaulich wird dies im Hinblick auf die intensive und verbindliche Einbindung des Insolvenzgerichts, die den *trustee* um einige der Haftungsrisiken erleichtert, für deren Tragung dem deutschen Insolvenzverwalter der vergleichsweise hohe Vergütungsanspruch als Prämie zugeordnet ist. Der Bedarf, durch eine hohe Vergütung Anreize zur Amtsübernahme und damit Haftungsrisikotragung bei Kandidaten für das Verwalteramt

1931 LeBlanc v. Salem (In re Mailman Steam Carpet Cleaning Corp.), 196 F.3d 1, 8 (1st Cir. 1999).

1932 Vgl. oben Kap. 4 C.II.2.

1933 Hierzu passt auch, dass nicht stets bei Begründung einer deliktischen Masseverbindlichkeit die Gesamtschadenshaftung gegenüber den *beneficiaries* folgt, vgl. zum Ganzen oben Kap. 3 B.III.2.c).

1934 Vgl. zur Vergütung des Insolvenzverwalters Kap. 4 A.II.4.b) und des *trustee* Kap. 4 A.III.3.

1935 Vgl. oben Kap. 4 D.I.

zu setzen, ist in den Verfahren unter dem *Bankruptcy Code* geringer als im Verfahren unter der InsO.

3. Gleichlauf von Herrschaft und Haftung als rechtsordnungsübergreifender Grundsatz?

Die Korrespondenz von Herrschaft und Haftung ist in Bezug auf den jeweiligen Fremdverwalter nicht gleichförmig in beiden Rechtsordnungen verwirklicht. In das deutsche Insolvenzverfahren wurde dieser die Funktionsverteilung prägende Grundsatz u.a. mittels § 60 Abs. 1 InsO implementiert.¹⁹³⁶ Dessen Funktion liegt in dem Ausgleich der dem Verwalter verliehenen umfassenden Handlungsmacht; die zweckadäquate Anwendung der Regelung fordert daher in der Grundtendenz eine strenge Haftung, um den Beteiligenschutz zu gewährleisten, sofern nicht die Verwalterbefugnisse oder das Schutzbedürfnis der Beteiligten abgesenkt sind.¹⁹³⁷

Im Unterschied hierzu hat der Blick auf die Haftung des *trustee* und seine Rolle im Verfahren gezeigt, dass dort von einem durchgängigen Korrespondenzprinzip keine Rede sein kann. Zunächst wird dies anhand des *circuit split* deutlich: Der *trustee* ist, insbesondere wenn es um Maßnahmen des gewöhnlichen Geschäftsgangs geht, umfassend allein für den *estate* verwaltungs- und handlungsbefugt. Soweit in gewissen *circuits* nur der Haftung für grob fahrlässige und vor allem vorsätzliche Pflichtverletzungen gefolgt wird, ist ein Gleichlauf von Herrschaft und Haftung nicht verwirklicht. Anderes wird man umgekehrt für die *circuits* annehmen können, in den der *trustee* bereits für die fahrlässige Verletzung seiner treuhänderischen Pflichten haftet.

In Bezug auf das Korrespondenzprinzip ist auch die Letztentscheidungskompetenz des *bankruptcy court* bei Zustimmungsvorbehalten und den nach Widerspruch gegen Maßnahmen ergangenen Anordnungen zu betrachten. Hier haftet der *trustee* grundsätzlich nicht, zugleich ist er an die Entscheidung des *bankruptcy court* gebunden.¹⁹³⁸ Dem Korrespondenzprinzip scheint entsprochen zu sein, denn beim *trustee* liegt wegen der gerichtlichen Entscheidungsgewalt keine unabhängige Handlungsbefugnis

1936 Vgl. Marotzke, KTS 2014, 113, 115 f.

1937 Vgl. zum *telos* der Vorschrift oben Kap. 3 A.I.3. sowie zu den Deduktionen für die Risikotragung des Verwalters Kap. 4 A.II.3.c).

1938 Vgl. oben Kap 4 C.II.1.

im Sinne eines funktionalen Freiraums vor, stattdessen obliegt ihm (nur noch) die Ausführung der Anordnung.

Für die *beneficiaries* besteht aber keine Möglichkeit, sich über Schadensersatzansprüche gegen den Insolvenzrichter schadlos zu halten.¹⁹³⁹ Der „Herrschaft“ des *bankruptcy court* steht damit keine Haftung gegenüber. Dies ist nicht zwangsläufig problematisch, denn zum einen prüft das Gericht nur die ausgeübte Entscheidungskompetenz des *trustee*, setzt aber keine eigene Entscheidung an die Stelle seiner, und zum anderen wird der Beteiligtenschutz in diesen Fällen bereits vor der Durchführung der Verwaltungsmaßnahme (*ex ante*) durch rechtliches Gehör bei der gerichtlichen Anhörung sowie mittels *appeal* und höherinstanzlicher Überprüfung der *court order* verwirklicht. Es geht also im Unterschied zur InsO weniger um einen Gleichlauf von Herrschaft und Haftung als um das Gegenüber von insolvenzgerichtlicher Entscheidungskompetenz und prozessualen Partizipationsmöglichkeiten.

II. Zurückhaltung bei der Übertragung gesellschaftsrechtlicher Wertungen auf die insolvenzspezifische Haftung

Trotz der konzeptionellen Unterschiede hat die Vergleichsbetrachtung Ergebnisse hervorgebracht, deren Hervorhebung mit Blick auf im deutschen Insolvenzrecht geführte Diskussionen angezeigt ist. Dies betrifft insbesondere die Ausführungen zum Verwalterermessen und der Anwendbarkeit der BJR auf die Verwalterhaftung.¹⁹⁴⁰ Nicht nur sehen beide Rechtsordnungen die universelle Anwendung eines insolvenzspezifischen Haftungsregimes sowohl für den hoheitlich bestellten Fremdverwalter als auch die eigenverwaltenden Geschäftsleiter vor¹⁹⁴¹, auch findet nach h.M. die gesellschaftsrechtliche BJR übereinstimmend keine Anwendung auf die Verwalterhaftung.¹⁹⁴²

Dass die BJR selbst in ihrer Herkunftsrechtsordnung, wo sie als Vorbild für die Kodifizierung der BJR in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG diente¹⁹⁴³, keine (einheitliche) Übertragung in ihrer aus dem Gesellschaftsrecht be-

1939 Richter sind im U.S-amerikanischen mit umfassender *judicial immunity* versehen, vgl. hierzu oben Kap. 3 B.III.1.a)aa),bb).

1940 Vgl. hierzu oben Kap. 4 B.III.

1941 Vgl. oben Kap. 3 C.II.4.

1942 Vgl. oben Kap. 4 B.III.4.

1943 Vgl. oben Kap. 4 B.III.2.b)aa).

kannten Form auf die Verwalterhaftung erfährt, streitet zusätzlich zu den überzeugenden Argumenten aus der Perspektive des nationalen Rechts für die zutreffende Mindermeinung der Literatur und Ansicht des BGH zu § 60 Abs. 1 InsO. Die Nicht-Anwendung der BJR betont zudem (rechtsordnungsübergreifend) nicht nur die „Insolvenzspezifität“ der Pflichtenbindung des Fremdverwalters, sondern auch, dass das Haftungsregime insgesamt auf die Situation des eröffneten Insolvenzverfahrens besonders zugeschnitten ist.

Der Vergleichsbefund unterstreicht damit auch für das deutsche Recht, dass trotz Ähnlichkeiten zwischen der Tätigkeit des Insolvenzverwalters und der von Geschäftsleiternwerbender Gesellschaften gesellschaftsrechtliche Wertungen nicht ohne Weiteres auf die Verwalterhaftung übertragbar sind, was z.B. auch der Gesetzgeber zum Sorgfaltsmaßstab des § 60 Abs. 1 S. 2 InsO explizit verlautbarte.¹⁹⁴⁴ Ferner lehrt er, dass bei der Analogiebildung¹⁹⁴⁵ zu gesellschaftsrechtlichen oder anderen nicht-insolvenzspezifischen Haftungsregelungen, methodische Vorgaben nicht leichtfertig und ohne Blick auf die besondere Funktion der Verwalterhaftung im Funktionsgefüge der InsO dem, was rechtspolitisch für richtig befunden wird, geopfert werden dürfen.

III. Funktion der Verwalterhaftung im Kontext rechtskreistypischer Unterscheidungsmerkmale

Würdigt man in der Vergleichsanalyse Vorgefundenes auch in der Gesamtbetrachtung mit typischen Unterscheidungsmerkmalen von deutschem Recht und dem *common law* der USA aus dem Blickwinkel des jeweiligen Verständnisses von Privatautonomie und dessen rechtsstruktureller Ausprägungen¹⁹⁴⁶, so zeigt sich, dass sich die Verwalterhaftung nicht passgenau in die jeweiligen Konzepte einfügt. Von Interesse ist hier die Betrachtung des in beiden Rechtsordnungen weitestgehend kongruent ausgeformten Schadenserfordernisses der insolvenzspezifischen Haftung.¹⁹⁴⁷ Weil Begriffe wie Freiheit und Privatautonomie nur bedingt Platz im

1944 Vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 129 sowie oben Kap. 4 B.IV.1.b).

1945 Allgemein hierzu *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 202 ff.

1946 Hierzu eingehend *Stürner*, AcP 210 (2010), S. 105, 117 ff.; vgl. zur jeweils formellen Rechtskreisansprechung der Rechtsquellen der Verwalterhaftung (*case law* versus Kodifikation) oben Kap. 3 C.I.

1947 Vgl. oben Kap. 4 B.VI.3.

Kosmos eines unter staatlicher Hoheit stehenden Rechtspflegeverfahrens zur gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung finden und nur beschränkt auf einen hoheitlich bestellten Amtstreuhandner passen¹⁹⁴⁸, kann ein Abgleich nur näherungsweise erfolgen.

Aus dem U.S.-amerikanischen Deliktsrecht bekannte *punitive damages* kommen bei der Haftung des *trustee* wegen *breach of fiduciary duty* nicht in Frage; seine persönliche Haftung erfüllt ausschließlich kompensatorische Funktion und weist keinen Strafcharakter auf.¹⁹⁴⁹ Die strukturell bedingt geringe Autonomie des *trustee* hat zur Folge, dass für die mittels überkompensatorischer *punitive damages* bezweckte gesteigerte Abschreckungsfunktion der Haftung, die im U.S.-amerikanischen Recht als Gegenstück zur weitreichenden Privatautonomie fungiert¹⁹⁵⁰, im Insolvenzverfahrenskontext kein Bedarf besteht. Dies gilt unbeschadet des Umstands, dass die Haftung für die Verletzung treuhänderischer Pflichten zweifelsohne auch eine Steuerungsfunktion erfüllt.¹⁹⁵¹

Freilich ist auch die deutsche Verwalterhaftung nicht überkompensatorisch und verfolgt insbesondere, wie die zivilrechtliche Haftung in Deutschland insgesamt¹⁹⁵², keinen Vergeltungszweck. Die InsO setzt mit ihr aber – trotz des traditionell im Vordergrund stehenden Kompensationszwecks zivilrechtlicher Haftung¹⁹⁵³ – besonders auf den generalpräventiv-steuernden Effekt, um die verfahrensstrukturell-bedingt defizitäre Aufsicht auszugleichen.¹⁹⁵⁴ Für diese Wirkung des § 60 Abs. 1 S. 1 InsO bedarf es im Übrigen keiner Überkompensation. Sie wird durch das oft haftungsträchtige Tätigkeitsfeld bei simultan weitgehender Abwesenheit von Haftungsbeschränkungen erzielt und auch durch die Haftpflichtversicherung des Verwalters nicht aufgehoben.¹⁹⁵⁵ Bezeugt wird dies auch anhand der rechtspolitischen Forderungen nach Haftungsbeschränkungen.¹⁹⁵⁶

1948 Hinzu kommt, dass auch das jeweilige insolvenzspezifische Haftungsregime nicht den regelmäßig verglichenen Instituten der vertraglichen oder deliktischen Haftung entstammt, vgl. oben Kap. 3 C.II.2.

1949 Vgl. hierzu oben (mit Nachweisen zu *punitive damages*) Kap. 4 B.VI.2.a).

1950 Vgl. *Stürner*, AcP 210 (2010), S. 105, 125 ff.; s. auch *Wagner*, AcP 206 (2006), S. 352, 471 ff. zur Frage der Anerkennung von *Punitive-Damages*-Urteilen in Deutschland.

1951 Vgl. oben Kap. 3 B.II.2.d)bb).

1952 Vgl. hierzu *Wagner*, AcP 206 (2006), S. 352, 362 f.

1953 Vgl. *Stürner*, AcP 210 (2010), S. 105, 136 f. sowie oben Kap. 3 A.I.3.b).

1954 Vgl. oben Kap. 3 A.I.3.a)bb).

1955 Vgl. zur Wirkung der Haftpflichtversicherung auf die Steuerungsfunktion oben Kap. 3 A.I.3.b)aa)(1).

1956 Vgl. oben Kap. 4 A.I.1.

Das deutsche Insolvenzrecht vertraut damit in erster Linie auf die Verwalterautonomie und beschränkt sich auf die gerichtliche Rechtmäßigkeitskontrolle von Verwaltermaßnahmen. Diese Struktur wird zwar (auch) durch die präventiv schützende Abschreckungsfunktion der vergleichsweise strengen Verwalterhaftung gestützt. Man lässt es aber weit mehr als in den USA auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Verwalter ankommen, verlagert die gerichtliche Sachlichkeitskontrolle seiner Entscheidungen auf den Zeitraum nach ihrer Vornahme und gleicht eingetretene Schäden der Masse bzw. der Beteiligten *ex post* aus. Im Gegensatz hierzu verzichtet das Insolvenzrecht der USA in manchen *circuits* seit Langem fast vollständig auf den Steuerungseffekt der persönlichen Haftung und behilft sich, wie bereits herausgestellt¹⁹⁵⁷, mit dem starken Präventivschutz in Gestalt prozessualer Partizipationsmöglichkeiten der Beteiligten.

IV. U.S.-amerikanische Verwalterhaftung als Vorbild für die InsO?

Schlussendlich bietet sich an zu untersuchen, ob es empfehlenswert und rechtlich möglich ist, die Haftung des *trustee* betreffende Strukturelemente des U.S.-amerikanischen Insolvenzrechts *de lege ferenda* für die InsO zu übernehmen.¹⁹⁵⁸ Weil die deutsche Verwalterhaftung im Vergleich strenger ausgestaltet ist, kommen nur haftungsbeschränkende Elemente in Frage. Dass eine Übernahmeprüfung nicht ohne Berücksichtigung der Funktion zu übernehmender Regelungen innerhalb ihrer Heimatrechtsordnung geschehen kann¹⁹⁵⁹, versteht sich von selbst. Im Ergebnis bedingen eben diese in der Vergleichsuntersuchung herausgestellten Systemunterschiede auch die vollständige Inkompatibilität des deutschen Insolvenzrechts und der U.S.-amerikanischen Regelungen mit Bezug zur Verwalterhaftung.

1957 Vgl. oben Kap. 4 D.I.2.a)bb).

1958 Allgemein zu *legal transplants* im Rahmen rechtsvergleichender Methodik *Kischel*, Rechtsvergleichung, § 2, Rn. 34 ff.

1959 Hiervor warnt auch *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 4.02.

1. Kein Reformbedarf der deutschen Insolvenzverwalterhaftung *de lege lata*

Nach Analyse des deutschen Rechts ist bereits kein Reformbedarf bei der Verwalterhaftung in Bezug auf § 60 InsO festzustellen. Vielmehr hat sich gezeigt, dass mit § 60 InsO *de lege lata* eine transparente Regelung existiert, mit der sich der Beteiligenschutz und das Bedürfnis nach einer den besonderen Verfahrensanforderungen entsprechenden Eingrenzung¹⁹⁶⁰ des Haftungsrisikos in Einklang bringen lassen. Die Regelung zementiert weder ein zu hohes noch zu niedriges Haftungsrisiko¹⁹⁶¹, sondern ermöglicht einzelfallgerechte Ergebnisse. Vor diesem Hintergrund besteht keine Notwendigkeit für legislatorische Anpassungen wie die Schaffung einer „*Insolvency Judgment Rule*“¹⁹⁶² oder Haftungshöchstsummen¹⁹⁶³. Erforderlich ist aber, § 60 Abs. 1 InsO zweckadäquat auszulegen, damit weder Schutzlücken zu Lasten der Gläubiger noch unangemessene Haftungsrisiken des Verwalters entstehen, die nicht durch den Versicherungsschutz abgedeckt werden und die nicht durch eine adäquate Verwaltervergütung prämiert werden.¹⁹⁶⁴

2. Inkompatibilität der anspruchsinhärenten Haftungsschranken

Ungeachtet des mangelnden Reformbedarfs liegt zudem auf der Hand, dass sich die Übernahme haftungsbeschränkender Elemente des Schadensersatzanspruchs aus *breach of fiduciary duty* wegen ihrer Funktionswidersprüchlichkeit verbietet. Bereits ein formeller Beteiligtenbegriff, wie er anfangs noch vom Reichsgericht vertreten wurde¹⁹⁶⁵, aber vor allem eine Beschränkung der Haftung auf grob fahrlässige oder vorsätzliche Pflichtverletzungen sowie der Verzicht auf die Zurechnung pflichtwidrigen Verhaltens Dritter und eine sehr gelockerte Pflichtenbindung bei der Überwachung Angestellter mit besonderen Fachkenntnissen würden erhebliche Rechtsschutzlücken zu Lasten derjenigen bedeuten, die in Kontakt mit der Verwaltertätigkeit stehen und auf ihre ordnungsgemäße Durchführung

1960 Vgl. oben Kap. 4 A.II.2.

1961 Vgl. zu den entsprechenden Befürchtungen oben Kap. 4 A.I.1.

1962 Vgl. hierzu oben Kap. 4 B.III.2.b)cc).

1963 Vgl. oben Kap. 4 B.VI.1.b).

1964 Vgl. zur Bedeutung von Versicherung und Vergütung oben Kap. 4 A.II.4.

1965 Vgl. oben Kap. 4 B.I.1.a).

angewiesen sind. Die insolvenzspezifische Haftung könnte ihren Zweck nicht mehr bzw. nur noch eingeschränkt erfüllen und Schutzdefizite könnten nicht hinreichend durch anderweitige Mechanismen der InsO kompensiert werden. Eine isolierte Anpassung der Anspruchsvoraussetzungen nach U.S.-amerikanischem Vorbild kommt daher nicht in Frage.

3. Systemwidrigkeit verfahrensstruktureller Haftungsbeschränkungen

Damit verbleibt nur noch die Frage nach der Möglichkeit und Sinnhaftigkeit einer Adaption der das Recht der Haftung des *trustee* ergänzenden Rechtselemente zu stellen. Konkret geht es um die Einbindung der Verfahrensbeteiligten und des Insolvenzgerichts bei Verwaltungsmaßnahmen, die den Rechtsschutz der Beteiligten auf den Zeitpunkt *ex ante* verlagern, den *trustee* vor persönlicher Haftung isolieren und die dazu führen, dass die Bedeutung der Verwalterhaftung in den Hintergrund rückt.

Auf diesem Wege zu versuchen, ein überlegenes System zu küren, ist müßig und kaum zweckmäßig, weil es bereits an verbindlichen Kriterien zur Messbarkeit mangelt.¹⁹⁶⁶ Zudem wurde bereits herausgearbeitet, dass beide Rechtsordnungen, wenn auch nicht in gleichem Maße über die Verwalterhaftung, den Verfahrensbeteiligten Rechtsschutzschutzmöglichkeiten im Zusammenhang mit Verwaltungsmaßnahmen zur Verfügung stellen.¹⁹⁶⁷ Möglich ist aber, Konfliktlagen und Systemwidersprüche, denen sich entsprechende Rechtsübernahmen stellen müssten, zu beleuchten.

a) Kein Konflikt mit verfassungsrechtlichen Vorgaben

Es ist nicht ersichtlich, dass systemische Anpassungen der InsO nach U.S.-amerikanischem Vorbild bereits an verfassungsrechtlichen Vorgaben scheitern würden. Fraglos bedeutete die Implementierung von insolvenzgerichtlichen Zustimmungsvorbehalten oder der Möglichkeit für Beteiligte, im Vorfeld einzelner Verwaltungsmaßnahmen durch Widerspruch ein Streitiges Gerichtsverfahren herbeizuführen, einen erheblichen Eingriff in die Verfahrensstruktur der InsO *de lege lata*, was sogleich näher dargelegt

1966 Zur Problematik der Erfolgsbemessung bei Rechtsübernahmen Kischel, Rechtsvergleichung, § 2, Rn. 37.

1967 Vgl. oben Kap. 4 D.I.2.a)bb), 3.

wird. Betroffen wären hierdurch aber nur die Art und Weise der Vermögensliquidation und gegebenenfalls die Funktionsverteilung im Verfahren. Weder das verfassungsrechtlich garantierte Institut der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung als solches¹⁹⁶⁸, noch die Möglichkeit verfahrensförmigen Rechtsschutz zu erlangen¹⁹⁶⁹ würden nachteilig beeinträchtigt. Anderes wäre auch nicht für die grundrechtlich geschützten Positionen der Gläubiger (insbesondere Art. 14 Abs. 1 GG) und des Schuldners¹⁹⁷⁰ zu erwarten. Vielmehr würden die Einwirkungsmöglichkeiten der Verfahrensparteien sogar ausgeweitet.

Ebenfalls nicht das „Ob“, sondern das „Wie“ der Rechtsschutzgewährung betreffend, ist der Staat auch nicht gezwungen, auf einen Privaten als Insolvenzverwalter zurückzugreifen, der nicht in die staatliche Justizorganisation eingegliedert ist.¹⁹⁷¹ Anpassungen der InsO, die die vergleichsweise weitreichenden Verwalterkompetenzen einschränken und die Befugnisse der Gläubiger entsprechend erhöhen oder die Verfahrensabwicklung etwa einer staatlichen Behörde überantworten, wären nicht *per se* unzulässig.

b) Rechtsübernahmen als systemische Fremdkörper im deutschen Insolvenzrecht

Rechtsübernahmen verbieten sich aber, weil mit der Anpassung einzelner Bestandteile der Verfahrensabwicklung ein Bruch mit der herkömmlichen Verfahrensstruktur der InsO einherginge, der umfassende weitergehende legislatorische Änderungen erforderlich machen würde. Teiladaptationen nach Vorbild des *Bankruptcy Code*, die die Kohärenz der InsO *de lege lata* nicht erheblich stören, sind praktisch kaum denkbar. Die Ausgangsfrage nach der Möglichkeit von Rechtsübernahmen, die die Verwalterautonomie und zugleich die Bedeutung des § 60 Abs. 1 S. 1 InsO als Steuerungsmittel und Schutzinstrument absenken, mutiert damit zwangsläufig zur „Systemfrage“.

Als Rechtsübernahme wäre z.B. an eine an 11 U.S.C. § 365 (a)¹⁹⁷² angelehnte Ergänzung des § 103 InsO zu denken. Die Erfüllungs- oder

1968 Vgl. zur Institutsgarantie oben Kap. 2 A.II.1.a)aa).

1969 Vgl. hierzu oben Kap. 2 A.II.1.a)bb).

1970 Zur Grundrechtsposition des Gemeinschuldners im Insolvenzverfahren MüKo/Stürner, Einl., Rn. 88 ff.

1971 Vgl. oben Kap. 2 A.II.1.a)cc).

1972 Vgl. zu den Zustimmungsvorbehalten des *bankruptcy court* oben Kap. 2 B.IV.2.b).

Ablehnungswahl würde dann von der Zustimmung des Insolvenzgerichts abhängen und Gläubiger könnten hiergegen im Prozess vor der Gerichtsentscheidung Stellung beziehen. In Frage käme auch eine 11 U.S.C. § 363 (b) (1)¹⁹⁷³ nachgebildete Regel, nach der etwa die Veräußerung von Massegegenständen außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsgangs durch den Verwalter nur gestattet und im Außenverhältnis wirksam wäre, wenn er zuvor die Beteiligten über die Maßnahme informiert hat und diese Gelegenheit zur Einlegung eines Widerspruchs beim Insolvenzgericht gehabt haben, der ein streitiges Gerichtsverfahren herbeiführt. Neufassungen wie diese würden das Wesen der Insolvenzverfahrensabwicklung im deutschen Recht verändern, was hier nur an einigen von vielen denkbaren Punkten aufgezeigt werden soll.

Die Zentrierung auf den weisungsfrei, unabhängig und eigenverantwortlich agierenden Verwalter garantiert im deutschen Insolvenzrecht schlanke Entscheidungsprozesse und eine effiziente Verfahrensdurchführung.¹⁹⁷⁴ Entsprechend darf das Gericht *de lege lata* diese auch nicht anstelle des Verwalters übernehmen.¹⁹⁷⁵ Wenn das Insolvenzgericht und einzelne Beteiligte bei zahlreichen, über § 160 InsO hinausgehenden Maßnahmen auf den Plan gerufen würden, würde stattdessen eine schwerfälligere Verwaltungsform befördert, innerhalb derer Entscheidungsprozesse erhebliche personelle Kapazitäten beanspruchen würden und zeitintensiver wären. Den Verwalter träfen zusätzliche informatorische Pflichten, Gläubiger hätten etliche Einzelmaßnahmen zu überprüfen sowie gegebenenfalls anzugreifen und das Gericht müsste sich regelmäßig mit der Sachkontrolle geplanter Maßnahmen befassen. Zu erwarten wären Verfahrensverzögerungen und negative Auswirkungen auf die Verfahrensökonomie insgesamt.¹⁹⁷⁶ Hinzu käme Anpassungsbedarf bei der Verwaltervergütung. Spräche man den Entscheidungen des Gerichts Weisungscharakter analog zum U.S.-amerikanischen Recht zu, ginge hiermit spiegelbildlich ein Autonomieverlust des Verwalters einher. Das abgesenkte Risiko persönlicher Haftung müsste sich dann in einer entsprechend geringeren Vergütung niederschlagen.

Daneben würden durch Rechtsübernahmen wie die oben genannten umfassende Anpassungen der Zuständigkeiten und Organisation des Insol-

1973 Vgl. hierzu oben Kap. 2 B.IV.2.a).

1974 Vgl. oben Kap. 2 A.III.1.

1975 Vgl. Gehrlein, NJW 2013, 3756, 3757.

1976 Ähnlich für das U.S.-amerikanische Liquidationsverfahren nach *Chapter 7 Heese*, Gläubigerinformation, S. 217.

venzgerichts erforderlich. Die gerichtliche Überprüfung ermessensgeprägter Verwalterentscheidungen, die sich, jüngst durch die Judikatur des BGH bestätigt, auf die sachliche Vertretbarkeit der beantragten Maßnahme bezieht¹⁹⁷⁷, findet gegenwärtig primär im Rahmen von Schadensersatzklagen (*ex post*) statt. Für diese ist, anders als im vom Grundsatz der *vis attractiva concursus* geprägten U.S.-amerikanischen Recht¹⁹⁷⁸, nicht das Insolvenzgericht, sondern in aller Regel das Landgericht als Prozessgericht sachlich zuständig.¹⁹⁷⁹ Die Adaption der Maßnahmenkontrolle *ex ante* nach Vorbild des *Bankruptcy Code* ginge daher mit einer Konzentration von Verfahrenskompetenzen beim Insolvenzgericht einher, die wiederum mit einem umfassenden Ausbau personeller Kapazitäten zu begleiten wäre und gesteigerte fachliche Anforderungen nach sich zöge. Insolvenzrichter hätten nicht nur einen erheblichen zeitlichen Mehraufwand zu leisten, weil sie sich zusätzlich zur Aufsicht über den Verwalter¹⁹⁸⁰ sowie den mitunter komplexen Entscheidungen im Vorverfahren und rund um die Eröffnung des Hauptverfahrens¹⁹⁸¹ auch mit etlichen Fragen der laufenden Verwaltung befassen müssten. Sie wären auch verstärkt mit komplizierten Fragen des materiellen Insolvenzrechts und anderer relevanter Rechtsgebiete konfrontiert, die gegenwärtig primär durch die Prozessgerichte beantwortet werden.¹⁹⁸²

Schließlich ist vor dem Hintergrund der Amtshaftung (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG) im deutschen Recht fraglich, ob Rechtsübernahmen dieselbe Haftungslage wie im U.S.-amerikanischen Insolvenzrecht schaffen würden oder ob sie nur auf die Auswechselung des Haftungssubjekts – Staat statt Insolvenzverwalter – hinausliefen. Es ist zwar denkbar, dass, je nach konkreter Ausgestaltung des Verfahrens, die insolvenzgerichtliche Entscheidung über eine geplante Maßnahme nach eingelegtem Widerspruch der Rechtskraft fähig wäre, somit das Spruchrichterprivileg des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB greifen würde¹⁹⁸³ und man einen mit der *judicial immunity* ver-

1977 Vgl. oben Kap. 4 B.III.2.a).

1978 Vgl. zur *vis attractiva concursus* oben Kap. 2 B.II.1.a)bb) und zur Zuständigkeit des *bankruptcy court* bei Klagen wegen *breach of fiduciary duty* oben Kap. 3 B.IV.3.

1979 Vgl. oben Kap. 3 A.V.

1980 § 58 Abs. 1 S. 1 InsO; vgl. hierzu oben Kap. 2 A.III.2.c).

1981 Vgl. §§ 21, 27 InsO.

1982 Vgl. zur Aufgabenverteilung und den fachlichen Anforderungen bei den Insolvenz- und Prozessgerichten *Bogumil*, NZI 2018, 774, 775 f.

1983 Vgl. MüKo/Papier/Shirvani, BGB, § 839, Rn. 384. Neben Urteilen werden auch Beschlüsse von § 839 Abs. 2 S. 1 BGB umfasst, wenn sie Kriterien erfüllen, die

gleichbaren Effekt erzielte. Ob dies in jeder dem Gericht auferlegten „Entscheidungssituation“ der Fall ist, wie z.B. bei der oben exemplarisch angeführten Erfüllungswahl, wenn kein Widerspruch erhoben wurde und es zu keinem streitigen Verfahren kommt, ist aber unklar. Ferner ist nicht sicher, dass bei Implementierung von Rechtelelementen des *Bankruptcy Code* die Verwalterhaftung tatsächlich hinter den prozessualen Rechtsschutz *ex ante* zurücktreten würde. Nicht nur müsste die Haftungsbefreiung analog zur *quasi-judicial immunity* überhaupt explizit geregelt werden, auch wäre im Einzelnen festzulegen, wie weit ein Haftungsausschluss reichen würde und ob er nur die Entscheidung über die Maßnahme selbst oder auch die konkrete Ausführung des bindenden Beschlusses umfasst.

V. Fazit

Die Vergleichsanalyse hat nicht nur gezeigt, dass sich die Risikobelastung der Fremdverwalter beider Rechtsordnungen, trotz deren weitgehender funktionaler Äquivalenz und der strukturellen Ähnlichkeit des Haftungsrechts insgesamt sowie der insolvenzspezifischen Haftung im Besonderen, stark unterscheidet, sondern auch, dass dieser Umstand von einem divergierenden Verständnis von der Funktion und dem Stellenwert der insolvenzspezifischen Verwalterhaftung begleitet wird.

Deutlich wurde zudem, dass die Haftungsregelungen nicht isoliert, ohne Bezug zur jeweiligen Verfahrensstruktur und den Rechtsbeziehungen der Verfahrensbeteiligten untereinander betrachtet werden dürfen, denn diese liefern die Erklärung der Vergleichsergebnisse.¹⁹⁸⁴ Stellt man also abstrakt die Frage danach, wie in beiden Insolvenzverfahrensordnungen das pflichtgemäße Verwalterhandeln befördert und die schutzwürdigen Interessen der Verfahrensbeteiligten, allen voran der Gläubiger, gewahrt werden, so ist jeweils die Verwalterhaftung, aber nicht exklusiv und in den USA weit weniger als in Deutschland, die Antwort hierauf.

Mit dem *circuit split* ist der U.S.-amerikanischen Insolvenzverwalterhaftung ein Missstand inhärent, dessen Aufdeckung zwar keiner Vergleichsuntersuchung bedurft hätte, anhand dessen sich aber in der Gegenüberstel-

sie Urteilen gleichstellen, wie die Wahrung rechtlichen Gehörs, die Ausschöpfung von Beweismitteln und die Begründung des Richterspruchs, vgl. BGH NJW 2003, 3693, 3695.

1984 Hiermit bestätigt sich erneut ein Grundsatz zur Methodik der funktionalen Rechtsvergleichung, vgl. *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 33.

lung beider Rechtsordnungen exemplarisch der Kern ihrer konzeptionellen Verschiedenheit zeigt. Die Verfahrensstruktur des *Bankruptcy Code* ist so angelegt, dass für die persönliche Haftung des *trustee* kein erhöhter Bedarf besteht.¹⁹⁸⁵ Weder stellt in diesem System die für den *trustee* leicht zu erlangende Haftungsimmunität einen Fremdkörper dar, noch sorgt der *circuit split* dafür, dass die Funktionalität der Verfahrensabwicklung gefährdet wäre.

Das auf die Verwalterautonomie zentrierte deutsche Insolvenzverfahren stellt hierzu den Gegenentwurf dar. Schutzmechanismen der Gläubiger analog zu denen des U.S.-amerikanischen Insolvenzverfahrens sind der InsO unbekannt. Der Gegenüberstellung beider Systeme kommt damit für das deutsche Recht der Verdienst zu, für die Funktion der Verwalterhaftung im Verfahrensgefüge zu sensibilisieren. Sie bestätigt als Umkehrschluss, dass es einer tendenziell strengen Verwalterhaftung in Gestalt § 60 Abs. 1 S. 1 InsO bedarf, um die Rechtsposition der Verfahrensbeteiligten abzusichern. Vor diesem Hintergrund ist die jüngere Rechtsprechung des BGH zur Haftung für beauftragte Dritte¹⁹⁸⁶ und zur Kontrolle unternehmerischer Entscheidungen des Verwalters¹⁹⁸⁷ zu begrüßen.

Der Grundsatz des Gleichklangs von Herrschaft und Haftung bildet die wesentliche Zweckvorstellung der Haftungsnorm ab und kann als Richtschnur bei deren Auslegung bei Einzelfragen dienen. Damit das vom Gesetzgeber beim Insolvenzverwalter verwirklichte Korrespondenzprinzip¹⁹⁸⁸ auch gewahrt bleibt, ist es bei Anwendung des § 60 InsO sowie bei Übernahme außerinsolvenzrechtlicher Haftungskonzepte als Maßstab heranzuziehen. Haftungsbeschränkungen, die der Gesetzeswortlaut nicht explizit vorsieht, sind an den Insolvenzzwecken sowie den Interessen und eigenen Einwirkungsmöglichkeiten der durch die Regelung geschützten Verfahrensakteure zu messen.

Künftige Reformen der InsO, die die Gestalt und den Umfang der Pflichten und Befugnisse des Verwalters oder anderer Beteiligter betreffen, etwa im Zuge der weiteren Stärkung der Gläubigerautonomie, sind auch haftungsrechtlich im Rahmen des § 60 InsO sowie gegebenenfalls bei der Verwaltervergütung zu reflektieren. Von Rechtsübernahmen oder legislativen Anpassungen des Rechts der Insolvenzverwalterhaftung nach U.S.-amerikanischem Vorbild ist abzuraten.

1985 Vgl. oben Kap. 4 D. I.2.a)bb).

1986 BGH NJW-RR 2016, 686. Vgl. hierzu oben Kap. 4 B.V.1.c)aa)(2).

1987 BGH NJW 2020, 1800. Vgl. hierzu oben Kap. 4 B.III.2.b)bb)(2).

1988 Marotzke, KTS 2014, 113, 115.

Literaturverzeichnis

- Aaron, Richard I.: Bankruptcy Law Fundamentals, 2. Auflage (Westlaw), Eagan, MN 2017, *zit. Aaron Bankruptcy Law* §
- Adam, Norbert: Ausgewählte Probleme des Konkursverfahrens in verfassungsrechtlicher Sicht, Darmstadt 1986, *zit. Adam Probleme des Konkursverfahrens* S.
- Allard, David W.: Personal Liability of Trustees and Debtors in Possession: Review of the varying Standards of Care in the United States, Commercial Law Journal 2001, Vol. 106, S. 415, *zit. Allard 106 Com. L.J. S.*
- Andres, Dirk, Leithaus, Rolf, Dahl, Michael: Insolvenzordnung (InsO), 4. Auflage, München 2018, *zit. Andres/Leithaus/Bearbeiter* § Rn.
- Antoni, Peter: Die Haftung des Insolvenzverwalters für unterlassene Sanierungsmaßnahmen und gescheiterte Sanierungspläne, NZI 2013, S. 236
- Arbeitskreis für Insolvenzwesen Köln e.V. (Hrsg.): Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Auflage, Münster 2009, *zit. Bearbeiter Kölner Schrift Kap. Rn.*
- Bachmann, Gregor: Organhaftung in der Eigenverwaltung, ZIP 2015, S. 101
- Balzer, Ralph: Republikprinzip und Berufsbeamtentum, Berlin 2009, *zit. Balzer Republikprinzip und Berufsbeamtentum* S.
- Baur, Fritz, Stürner, Rolf: Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Band I Einzelvollstreckungsrecht, 12. Auflage, Heidelberg 1995, *zit. Baur/Stürner I § Rn.*
- Baur, Fritz/Stürner, Rolf: Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Band II Insolvenzrecht, 12. Auflage, Heidelberg 1990, *zit. Baur/Stürner II § Rn.*
- Baur, Fritz: Die Eigenhaftung des Konkursverwalters bei Fortführung des gemeinschuldnerischen Betriebs, Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns (Hrsg. v. Johannes Baltzer, Gottfried Baumgärtel, Egbert Peters und Helmut Pieper), München 1980, S. 241, *zit. Baur GS Bruns* S.
- Becker, Udo: Insolvenzverwalterhaftung bei Unternehmensfortführung, Tübingen 2016, *zit. Becker Unternehmensfortführung* S.
- Becker, Udo: Annäherung der Insolvenzverwalterhaftung an die Organhaftung, NZI 2017, S. 435
- Berdan, Robert J./Arnold, Bruce G.: Displacing the Debtor in Possession: The Requisites for and Advantages of the Appointment of a Trustee in Chapter 11 Proceedings, Marquette Law Review 1984, Vol. 67, S. 457, *zit. Berdan/Arnold 67 Marq. L. Rev. S.*
- Berger, Christian/Frege, Michael C.: Business Judgment Rule bei Unternehmensfortführung in der Insolvenz – Haftungsprivileg für den Verwalter? ZIP 2008, S. 204

- Berger, Christian/Frege, Michael C./Nicht, Matthias: Unternehmerische Ermessensentscheidungen im Insolvenzverfahren – Entscheidungsfindung, Kontrolle und persönliche Haftung, NZI 2010, S. 321
- Berges, A. M.: Der Konkurs als Aufgabe treuhänderischer Rechtspflege, Die Grundzüge des deutschen Konkurses, KTS 1960, S. 1
- Bienenstock, Martin J.: Conflicts between Management and the Debtor in Possession's Fiduciary Duties, The University of Cincinnati Law Review 1992, Vol. 61, S. 543, *zit. Bienenstock 61 U. Cin. L. Rev. S.*
- Bley, Erich: Die Freiheit nichtbeamteter Rechtspflegeorgane von der preußischen Gewerbesteuer, KuT 1928, S. 161
- Block, Randolph J.: *Stump v. Sparkman* and the History of Judicial Immunity, Duke Law Journal 1980, Vol. 1980, S. 879, *zit. Block 1980 Duke L.J. S.*
- Bogart, Daniel B.: Finding the Still Small Voice: The Liability of Bankruptcy Trustees and the Work of the National Bankruptcy Review Commission, Dickinson Law Review 1998, Vol. 102, S. 703, *zit. Bogart 102 Dick. L. Rev. S.*
- Bogart, Daniel B.: Liability of Directors of Chapter 11 Debtors in Possession: “Don’t Look Back – Something May Be Gaining On You”, The American Bankruptcy Law Journal 1994, Vol. 68, S. 155, *zit. Bogart 68 Am. Bankr. L.J. S.*
- Bogumil, Dörte: Das „große Insolvenzgericht“ beim Landgericht, NZI 2018, S. 774
- Böhme, Benjamin: Wertmehrungsgebot: Spekulationspflicht für Insolvenzverwalter? ZInsO 2017, S. 1468
- Bönner, Maximilian: Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Insolvenzverwalters im Vergleich mit anderen gesetzlich geregelten Vermögens-Verwaltern, Münster 2009, *zit. Bönner Ermessen und Haftung S.*
- Bork, Reinhard: Kann der (vorläufige) Insolvenzverwalter auf das Anfechtungsrecht verzichten? ZIP 2006, S. 589
- Bork, Reinhard: Einführung in das Insolvenzrecht, 10. Auflage, Tübingen 2021, *zit. Bork Insolvenzrecht § Rn.*
- Bornheimer, Jörg/Park, Alexander: Stellung und Verpflichtung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters und Sachverständigen im Lichte der Datenschutz-Grundverordnung, NZI 2018, S. 877
- Bötticher, Eduard: Besprechung Jaeger, Konkursordnung mit Einführungsgesetzen, ZZP 71 (1958), S. 314
- Bötticher, Eduard: Die Konkursmasse als Rechtsträger und der Konkursverwalter als ihr Organ, ZZP 77 (1964), S. 55
- Braun, Eberhard: Insolvenzordnung (InsO), 8. Auflage, München 2020, *zit. Braun/Bearbeiter § Rn.*
- Brinkmann, Annemarie: Private in gerichtlichem Auftrag, Baden-Baden 2006, *zit. Brinkmann Private in gerichtlichem Auftrag S.*
- Bruns, Alexander: Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung, Tübingen 2003, *zit. Bruns Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung S.*

- Bruns, Alexander: Die Anfechtung von Zahlungen nach dem US-Bankruptcy Code, Festschrift für Heinz Vallender zum 65. Geburtstag (Hrsg. v. Marie Luise Graf-Schlicker, Hanns Prütting und Wilhelm Uhlenbruck), Köln 2015, S. 55, *zit. Bruns FS Vallender S.*
- Bruns, Alexander, Thönissen, Stefan: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 03. März 2016 – IX ZR 119/13, KTS 2017, S. 236
- Cowans, Daniel R.: Bankruptcy Law and Practice, Band 1, 7. Auflage, Charlottesville, VA 1998, *zit. Cowans Bankruptcy Law and Practice § S.*
- Cuevas, Carlos J.: The Myth Of Fiduciary Duties In Corporate Reorganization Cases, Notre Dame Law Review 1998, Vol. 73, S. 385, *zit. Cuevas 73 Notre Dame L. Rev. S.*
- Daley, Paul P./Shuster Jr., George W.: Bankruptcy Court Jurisdiction, DePaul Business & Commercial Law Journal 2005, Vol. 3, S. 383, *zit. Daley/Shuster 3 DePaul Bus. & Comm. L.J. S.*
- Dölle, Hans: Neutrales Handeln im Privatrecht, Festschrift für Fritz Schulz (Hrsg. v. Werner Flume), Band II, Weimar 1951, S. 268, *zit. Dölle FS Schulz S.*
- Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert: Grundgesetz Kommentar (Begr. v. Theodor Maunz und Günter Dürig, hrsg. v. Roman Herzog, Rupert Scholz, Matthias Herdegen und Hans H. Klein), Stand Juli 2021 (95. EL), München 2021, *zit. Dürig/Herzog/Scholz/Bearbeiter Art. Rn.*
- Eckardt, Diederich: Deliktische Haftpflicht im Konkurs, KTS 1997, S. 411
- Eckstein, Ernst: Der rechtliche Charakter der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung und die rechtliche Stellung des Versteigerungsrichters und des Zwangsverwalters, ZZP 40 (1910), S. 48
- Ehlers, Harald: Haftungsgefahren des zukünftigen Insolvenzverwalters, ZInsO 1998, S. 356
- Ehlers, Harald: Haftungsprävention – ein Gebot für Insolvenzverwalter, ZInsO 2011, S. 458
- Eickmann, Dieter: Höchstpersönliches Verwalterhandeln oder Delegationsbefugnis? KTS 1986, S. 197
- Erdmann, Diethelm: Praktische Konsequenzen der Behandlung des Konkursverwalters als Organ der Konkursmasse, KTS 1967, S. 87
- Eucken, Walter: Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 7. Auflage, Tübingen 2004, *zit. Eucken Grundsätze der Wirtschaftspolitik S.*
- Fischinger, Philipp S.: Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, Tübingen 2015, *zit. Fischinger Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht S.*
- Fleischer, Holger: Aktuelle Entwicklungen der Managerhaftung, NJW 2009, S. 2337
- Fleischer, Holger: Das unternehmerische Ermessen des GmbH-Geschäftsführers und seine GmbH-spezifischen Grenzen, NZG 2011, S. 521
- Forouzan, Seena: The Officer Has No Robes: A Formalist Solution to the Expansion of Quasi-Judicial Immunity, Emory Law Journal 2016, Vol. 66, S. 123, *zit. Forouzan 66 Emory L.J. S.*

- Franck, Jens-Uwe: Marktordnung durch Haftung, Tübingen 2016, *zit. Franck Marktordnung durch Haftung S.*
- Frege, Michael C.: Die Rechtsstellung des Gläubigerausschusses nach der Insolvenzordnung (InsO), NZG 1999, S. 478
- Frege, Michael C./Nicht, Matthias: Die Anwendung der Business Judgment Rule auf unternehmerische Ermessensentscheidungen des Insolvenzverwalters, Festschrift für Jobst Wellensiek zum 80. Geburtstag (Hrsg. v. Michael Flitsch, Alfred Hagebusch, Thomas Oberle, Christopher Seagon und Werner Schreiber), München 2011, S. 291, *zit. Frege/Nicht FS Wellensiek S.*
- Frind, Frank: Reichweite und Grenzen der gerichtlichen Kontrolle des Insolvenzverwalters – was kann das Insolvenzgericht verhindern? ZInsO 2006, S. 182
- Frind, Frank: Insolvenzverwaltung als private Dienstleistung? ZInsO 2008, S. 1248
- Frind, Frank: Zulassungsordnung für Verwalter – cui bono? ZInsO 2009, S. 1997
- Frind, Frank: Etappensieg bei der Ablehnung der Bestellbarkeit von „juristischen Personen“? NZI 2016, S. 156
- Fulda, Carl H./Pond, Walter: Tort Liability of Trust Estates, Columbia Law Review 1941, Vol. 41, S. 1332, *zit. Fulda/Pond 41 Colum. L. Rev. S.*
- Gaul, Hans Friedhelm: Rechtsverwirklichung durch Zwangsvollstreckung aus rechtsgrundsätzlicher und rechtsdogmatischer Sicht, ZZZ 112 (1999), S. 135
- Gaul, Hans Friedhelm/Schilken, Eberhard/Becker-Eberhard, Ekkehard: Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Auflage, München 2010, *zit. Gaul/Schilken/Becker-Eberhard/Bearbeiter ZVR § Rn.*
- Gehrlein, Markus: Zulassung von Gesellschaften als Insolvenzverwalter kraft Dienstleistungsrichtlinie? NJW 2013, S. 3756
- Gerhardt, Walter: Neue Probleme der Insolvenzverwalterhaftung, ZInsO 2000, S. 574
- Göb, Marc Alexander: Das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG), NZG 2012, S. 371
- Goette, Wulf/Habersack, Mathias: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2, 5. Auflage, München 2019, *zit. MüKo/Bearbeiter AktG § Rn.*
- Graeber, Thorsten: Die Aufgaben des Insolvenzverwalters im Spannungsfeld zwischen Delegationsbedürfnis und Höchstpersönlichkeit, NZI 2003, S. 569
- Großfeld, Bernhard: Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, Tübingen 1968, *zit. Großfeld Aktiengesellschaft S.*
- Grüneberg, Christian: Bürgerliches Gesetzbuch (Bearb. v. Hartwig Sprau, Walter Weidenkaff, Christian Grüneberg et. al.), 81. Auflage, München 2022, *zit. Grüneberg/Bearbeiter § Rn.*
- Haarmeyer, Hans/Mock, Sebastian: Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung, 6. Auflage, München 2019, *zit. Haarmeyer/Mock InsVV § Rn.*
- Hague, David R.: Milking the Estate, West Virginia Law Review 2018, Vol. 121, S. 83, *zit. Hague 121 W. Va. L. Rev. S.*
- Hanisch, Hans: Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, Frankfurt am Main 1973, *zit. Hanisch Rechtszuständigkeit der Konkursmasse S.*

- Häsemeyer, Ludwig: Insolvenzrecht, 4. Auflage, Köln 2007, *zit. Häsemeyer Insolvenzrecht Rn.*
- Haug, Karl H.: Fälle der Konkursverwalterhaftung, ZIP 1984, S. 773
- Heese, Michael: Gläubigerinformation in der Insolvenz, Tübingen 2008, *zit. Heese Gläubigerinformation S.*
- Heese, Michael: Die Funktion des Insolvenzrechts im Wettbewerb der Rechtsordnungen, Baden-Baden 2018, *zit. Heese Funktion des Insolvenzrechts S.*
- Heinze, Meinhard: Das Verhältnis zwischen Insolvenzverwalter und Insolvenzgericht, Insolvenzrecht im Umbruch: Analysen und Alternativen (Hrsg. v. Dieter Leipold), Köln Berlin Bonn München 1991, S. 31, *zit. Heinze Insolvenzrecht im Umbruch S.*
- Hellwig, Konrad: Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, Erster Band, Leipzig 1903, *zit. Hellwig Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts S.*
- Hirte, Heribert (Hrsg)/Vallender, Heinz (Hrsg): Uhlenbruck Insolvenzordnung, Kommentar, 15. Auflage, München 2019, *zit. Uhlenbruck/Bearbeiter § Rn.*
- Hobbes, Thomas: De cive / Vom Bürger (Hrsg. v. Andree Hahmann und Dieter Hüning), Stuttgart 2017, *zit. Hobbes De cive S.*
- Hoffmann, Jan Felix: Prioritätsgrundsatz und Gläubigergleichbehandlung, Tübingen 2016, *zit. Hoffmann Prioritätsgrundsatz und Gläubigergleichbehandlung S.*
- Höfling, Wolfram: Freiheit und Regulierung der Insolvenzverwaltertätigkeit aus verfassungsrechtlicher Perspektive, JZ 2009, S. 339
- Holzer, Johannes: Die Haftung des Insolvenzverwalters für Verschulden von Beauftragten, NZI 2016, S. 903
- Hölzle, Gerrit: Abtretung des aus einer Insolvenzanfechtung folgenden streitigen Rückgewähranspruchs, NZI 2013, S. 347
- Immenga, Ulrich: Die personalistische Kapitalgesellschaft, Bad Homburg vor der Höhe 1970, *zit. Immenga Die personalistische Kapitalgesellschaft S.*
- Jacoby, Florian: Das private Amt, Tübingen 2007, *zit. Jacoby Das private Amt S.*
- Jaeger, Ernst: Konkursordnung Großkommentar (Bearb. v. Wolfram Henckel), 9. Auflage, §§ 1-42, Register, Berlin New York 1997, *zit. Jaeger/Bearbeiter KO § Rn.*
- Jaeger, Ernst: Insolvenzordnung Großkommentar, (Hrsg. v. Wolfram Henckel und Walter Gerhardt), 1. Auflage
- Band 1 (Berlin 2004)
 - Band 2 (Berlin 2007)
 - Band 5/2 (Berlin 2018), *zit. Jaeger/Bearbeiter § Rn.*
- Jansen, Ulrike: Verschärfung der Verwalterhaftung: Zurechnung fremden Verschuldens, NJW Spezial 2016, S. 405
- Jauernig, Othmar: Ist die Rechtsmacht des Konkursverwalters durch den Konkurszweck begrenzt? Festschrift für Friedrich Weber zum 70. Geburtstag (Hrsg. v. Erhard Bökemann, Wolfram Henckel und Günther Jahr), Berlin New York 1975, S. 307, *zit. Jauernig FS Weber S.*

- Jiménez, Dalié: The Distribution of Assets in Consumer Chapter 7 Bankruptcy Cases, *American Bankruptcy Law Journal* 2009, Vol. 83, S. 795, *zit. Jiménez 83 Am. Bankr. L.J. S.*
- Jungmann, Carsten: Die Business Judgment Rule – ein Institut des allgemeinen Verbandsrechts? Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag (Hrsg. v. Georg Bitter, Marcus Lutter, Hans-Joachim Priester, Wolfgang Schön und Peter Ulmer), Köln 2009, S. 831, *zit. Jungmann FS K. Schmidt S.*
- Jungmann, Carsten: Die Business Judgment Rule im Gesellschaftsinsolvenzrecht – Wider eine Haftungsprivilegierung im Regelinsolvenzverfahren und in der Eigenverwaltung, *NZI* 2009, S. 80
- Jungmann, Carsten: Haftung des Insolvenzverwalters für Verschulden des mit der Durchsetzung einer zur Masse gehörenden Forderung beauftragten Rechtsanwalts, *EWiR* 2016, S. 309
- Jungmann, Carsten: Business Judgment in der Insolvenz: Freiräume trotz richterlicher Sachlichkeitskontrolle, *NZI* 2020, S. 651
- Kayser, Godehard, Thole, Christoph: Heidelberger Kommentar, Insolvenzordnung, 10. Auflage, Heidelberg 2020, *zit. HK-InsO/Bearbeiter § Rn.*
- Kebekus, Frank/Zenker, Wolfgang: Business Judgment Rule und Geschäftsleiterermessen – auch in Krise und Insolvenz? Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag (Hrsg. v. Barbara Grunewald und Harm Peter Westermann), München 2010, S. 319, *zit. Kebekus/Zenker FS Maier-Reimer S.*
- Kelch, Thomas G.: The Phantom Fiduciary: The Debtor in Possession in Chapter 11, *The Wayne Law Review* 1992, Vol. 38, S. 1323, *zit. Kelch 38 Wayne L. Rev. S.*
- Kessler, Christian: Rechtsschutz des “übergangenen” Insolvenzverwalters, *ZIP* 2000, S. 1565
- Kirchhof, Marcus: Die Haftung des Insolvenzverwalters nach § 60 InsO gegenüber den Absonderungsberechtigten, Köln 2004, *zit. Kirchhof Haftung gegenüber den Absonderungsberechtigten S.*
- Kirschey, Johannes: Die Haftung des Insolvenzverwalters, Köln 2018, *zit. Kirschey Haftung des Insolvenzverwalters S.*
- Kischel, Uwe: Rechtsvergleichung, München 2015, *zit. Kischel Rechtsvergleichung § Rn.*
- Kluth, David: Haftungsumfang des Insolvenzverwalters bei Beauftragung Dritter zur Forderungseinziehung, *NZI* 2016, S. 35
- Kluth, Thomas: Die Rechtsstellung des Insolvenzverwalters oder die „Insolvenz“ der Verwaltertheorien, *NZI* 2000, S. 351
- Koch, Jens: Aktiengesetz, 15. Auflage, München 2021, *zit. Hüffer/Koch/Bearbeiter § Rn.*
- Kohler, Josef: Lehrbuch des Konkursrechts, Stuttgart 1891, *zit. Kohler Lehrbuch des Konkursrechts S.*
- Kübler, Bruno M./Prütting, Hanns/Bork, Reinhard: Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 1/Band 2, Stand 89. EL Aug. 2021, Köln 2021, *zit. K/P/B/Bearbeiter § Rn.*

- Kühl, Stefan: Unternehmerisches Ermessen in der Insolvenz, Baden-Baden 2020, *zit. Kühl Unternehmerisches Ermessen in der Insolvenz S.*
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Heidelberg 1995, *zit. Larenz/Canaris Methodenlehre der Rechtswissenschaft S.*
- Laukemann, Björn: Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters, Tübingen 2010, *zit. Laukemann Unabhängigkeit S.*
- Laws, Jutta: Insolvenzverwalter – Haftung wegen Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten nach § 61 InsO, MDR 2003, S. 787
- Laws, Jutta: Haftung des Insolvenzverwalters – Aktuelle Rechtsprechung zu Risiken bei der Begründung von Masseverbindlichkeiten, MDR 2004, S. 1149
- Leibner, Wolfgang: Die Haftung nach § 60 InsO: Stand und Entwicklungsperspektiven, KTS 2005, S. 75
- Leichtle, Holger/Theusinger, Ingo: Der Insolvenzverwalter als „Unternehmenslenker“ – Anforderungen und Enthäftungsmöglichkeiten, NZG 2018, S. 251
- Lent, Friedrich: Der Grenzen der Vertretungsmacht des Konkursverwalters, KTS 1956, S. 161
- Lepa, Brita: Insolvenzordnung und Verfassungsrecht, Berlin 2002, *zit. Lepa Insolvenzordnung und Verfassungsrecht S.*
- Levy, Leopold: Der ungetreue Konkursverwalter, KuT 1927, S. 170
- Levy, Leopold: Mehr Aufsicht! KuT 1928, S. 74
- Levy, Leopold: Die Aufsicht über den Konkursverwalter, KuT 1928, S. 149
- Lohmann, Ilse: Haftung für das Verschulden Dritter oder haftungseinschränkende Delegation von Verwalterpflichten? ZInsO 2016, S. 2138
- LoPucki, Lynn M./Mirick, Christopher R.: Strategies for Creditors in Bankruptcy Proceedings, 6. Auflage, New York, NY 2015, *zit. LoPucki/Mirick Strategies for Creditors in Bankruptcy Proceedings § S.*
- LoPucki, Lynn M.: The Debtor in Full Control – Systems Failure Under Chapter 11 of the Bankruptcy Code? American Bankruptcy Law Journal 1983, Vol. 57, S. 247, *zit. LoPucki 57 Am. Bankr. L.J. S.*
- Lubben, Stephen J.: Business Liquidation, American Bankruptcy Law Journal, 2007, Vol. 81, S. 65, *zit. Lubben 81 Am. Bankr. L.J. S.*
- Lüke, Wolfgang: Persönliche Haftung des Verwalters in der Insolvenz, 5. Auflage, Köln 2015, *zit. Lüke Insolvenzverwalterhaftung Rn.*
- Lüke, Wolfgang: Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, München 1986, *zit. Lüke Konkursverwalterhaftung S.*
- Lüke, Wolfgang: Haftungsrecht überdacht – Überlegungen zur Systematik der Insolvenzverwalterhaftung, ZIP 2005, S. 1113
- Lüke, Wolfgang: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 17. Januar 1985 – IX ZR 59/84, NJW 1985, S. 1161
- Lutter, Marcus: Die Business Judgment Rule und ihre praktische Anwendung, ZIP 2007, S. 841

- Marotzke, Wolfgang: Die Rechtsstellung des Insolvenzverwalters, ZInsO 2009, S. 1929
- Marotzke, Wolfgang: Das deutsche Insolvenzverfahren: ein Hort institutionalisierter Unverantwortlichkeiten? KTS 2014, S. 113
- Maschmeyer, Paul: Collier Handbook for Trustees and Debtors in Possession, Band 1 (Handbook for Trustees), 2017 Edition (LexisNexis), New York, NY/Newark, NJ, zit. *Maschmeyer Handbook for Trustees P*
- Maurer, Hartmut: Der Justizgewährungsanspruch, Recht als Medium der Staatlichkeit – Festschrift für Herbert Bethge zum 70. Geburtstag (Hrsg. v. Steffen Detterbeck, Jochen Rozek und Christian von Coelln), Berlin 2009, S. 535, zit. *Maurer FS Bethge S.*
- Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian: Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Auflage, München 2020, zit. *Maurer/Waldhoff Allgemeines Verwaltungsrecht § Rn.*
- McCafferty, James/Holthus, Thomas J.: Putting a little “Trust” in the Chapter 11 Trustee, Commercial Law Journal 1986, Vol. 91, S. 469, zit. *McCafferty/Holthus 91 Am. Bankr. L.J. S.*
- McCullough, Elizabeth H.: Bankruptcy Trustee Liability: Is there a Method in the Madness? Lewis & Clark Law Review 2011, Vol. 15:1, S. 153, zit. *E. McCullough 15 Lewis & Clark L. Rev. S.*
- McCullough, Ralph C.: Trustee Liability: Is there enough Protection for these “Arms of the Court?” Commercial Law Journal 1998, Vol. 103, S. 123, zit. *R. McCullough 103 Com. L.J. S.*
- Merkle, Craig B.: Derivative Immunity: An Unjustifiable Bar To Section 1983 Actions, Duke Law Journal 1980, S. 568, zit. *Merkle 1980 Duke L.J. S.*
- Meyer, Peter/Schultheis, Thomas: Die Haftung des Insolvenzverwalters gemäß §§ 60, 61 InsO bei der Fortführung von Unternehmen, DZWIR 2004, S. 319
- Meyer-Löwy, Bernd/Poertzgen, Christoph: Schranken und Beschränkbarkeit der Haftung aus §§ 60, 61 InsO, ZInsO 2004, S. 36
- Meyer-Löwy, Bernd/Poertzgen, Christoph/Sauer, René: Neue Rechtsprechung zur Insolvenzverwalterhaftung im Überblick, ZInsO 2005, S. 691
- Mugdan, Benno: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, Berlin 1899, zit. *Mugdan Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch S.*
- Müller-Erbach, Rudolf: Herrschaft und Haftung, LZ 1933, S. 145
- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang: Zivilprozessordnung, 18. Auflage, München 2021, zit. *Musielak/Voit/Bearbeiter ZPO § Rn.*
- Nerlich, Jörg/Römermann, Volker: Insolvenzordnung, Kommentar, Stand Mai 2021 (43. EL), München 2021, zit. *Nerlich/Römermann/Bearbeiter § Rn.*
- Nimmer, Raymond T./Feinberg, Richard B.: Chapter 11 Business Governance: Fiduciary Duties, Business Judgment, Trustees and Exclusivity, Bankruptcy Developments Journal 1989, Vol. 6, S. 1, zit. *Nimmer/Feinberg 6 Bankr. Dev. J. S.*

- Norton Jr., William L./Norton III., William L.: Bankruptcy Law and Practice, 3. Auflage, Stand Oktober 2017 (Westlaw), Eagan, MN 2017 *zit. Norton Bankruptcy Law and Practice* §
- Oehri, Daniel: Der Sachwalter im Nachlassverfahren: Ein Diener zweier Herren, Zürich Basel Genf 2018, *zit. Oehri Der Sachwalter im Nachlassverfahren*
- Oelrichs, Karsten P.: Gläubigermithwirkung und Stimmverbote im neuen Insolvenzverfahren, Köln Berlin Bonn München 1999, *zit. Oelrichs Gläubigermithwirkung* S.
- Oldiges, Thilo: Die Haftung des Insolvenzverwalters unter der Business Judgment Rule, Baden-Baden 2011, *zit. Oldiges Haftung unter der Business Judgment Rule* S.
- Pape, Gerhard: Zur Stellung und Bedeutung der Gläubigerversammlung im Konkurs, ZIP 1990, S. 1251
- Pape, Gerhard: Konkursverwalter mit beschränkter Haftung? ZIP 1993, S. 737
- Pape, Gerhard: Das Risiko der persönlichen Haftung des Insolvenzverwalters aus § 61 InsO, ZInsO 2003, S. 1013
- Pape, Gerhard: Ungeschriebene Kompetenzen der Gläubigerversammlung versus Verantwortlichkeit des Insolvenzverwalters, NZI 2006, S. 65
- Pape, Gerhard: Neue Entwicklungen in der Verwalterhaftung, ZInsO 2019, S. 2033
- Paulus, Christoph G.: Insolvenzverwalter und Gläubigerorgane, NZI 2008, S. 705
- Peters, Frank: Anmerkung BGH, Urteil vom 17.01.1985 – IX ZR 59/84, JZ 1985, S. 583
- Pfander, James E./Baltmanis, David: Rethinking *Bivens*: Legitimacy and Constitutional Adjudication, The Georgetown Law Journal 2009, Vol. 98, S. 117, *zit. Pfander/Bivens* 98 Geo. L.J. S.
- Pickerill, Carl N.: Executory Contracts Re-Revisited, American Bankruptcy Law Journal 2009, Vol. 83, S. 63, *zit. Pickerill* 83 Am. Bankr. L.J. S.
- Piekenbrock, Andreas/Bluhm, Alexander: Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 12.1.2016 – 1 BvR 3102/13, NJW 2016, S. 930
- Pollmächer, Frank/Siemon, Klaus: Der Bundesinsolvenzverwalter für die InsO oder die unverbindliche Vorauswahlliste, NZI 2017, S. 93
- Pottow, John A. E.: Bankruptcy Fiduciary Duties in the World of Claims Trading, Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law 2018, Vol. 13, S. 87, *zit. Pottow* 13 Brook. J. Corp. Fin. & Com. L. S.
- Pottow, John A. E.: Fiduciary Principles in Bankruptcy and Insolvency, The Oxford Handbook of Fiduciary Law (Bearb. v. Evan J. Criddle, Paul B. Miller und Robert H. Sitkoff), S. 205, New York, NY 2019, *zit. Pottow Fiduciary Principles* S.
- Preuß, Nicola: „Missbrauch der Vertretungsmacht“ des Insolvenzverwalters, NZI 2003, S. 625
- Preuß, Nicola: Zivilrechtspflege durch externe Funktionsträger, Tübingen 2005, *zit. Preuß Zivilrechtspflege* S.
- Preuß, Nicola: Reform der Insolvenzverwalterauswahl – verfassungs- und europarechtliche Rahmenbedingungen und justizorganisatorische Regelungsziele, ZIP 2011, S. 933

- Primack, David P.: Confusion and Collusion: Chapter 11 Bankruptcy Trustee's Standard of Care for Personal Liability, William and Mary Law Review 2002, Vol. 43, S. 1297, *zit. Primack 43 Wm. & Mary L. Rev. S.*
- Radwan, Theresa J. Pulley: Trustees in Trouble: Holding Bankruptcy Trustees Personally Liable for Professional Negligence, Connecticut Law Review 2003, Vol. 35, S. 525, *zit. Radwan 35 Conn. L. Rev. S.*
- Resch, Sarah-Maria: Business Judgment Rule und Insolvenzverwalterhaftung, Baden-Baden 2019, *zit. Resch Business Judgment Rule und Insolvenzverwalterhaftung S.*
- Resnick, Alan N./Sommer, Henry J.: Collier on Bankruptcy, 16. Auflage (2009), Stand November 2017 (LexisNexis), New York, NY/Newark, NJ, *zit. Resnick/Sommer Collier on Bankruptcy P*
- Rhodes, Steven: The Fiduciary and Institutional Obligations of a Chapter 7 Bankruptcy Trustee, The American Bankruptcy Law Journal 2006, Vol. 80, S. 147, *zit. Rhodes 80 Am. Bankr. L.J. S.*
- Roache, John T.: The Fiduciary Obligations of a Debtor in Possession, University of Illinois Law Review 1993, No. 1. S. 133, *zit. Roache 1993 U. Ill. L. Rev. S.*
- Rothschild, August B.: Liability Incurred by a Receiver or Trustee In Bankruptcy Conducting a Business, The Hastings Law Journal 1964, Vol. 15, S. 520, *zit. Rothschild 15 Hastings L.J. S.*
- Sabel, Oliver/Wimmer, Klaus: Die Auswirkungen der europäischen Dienstleistungsrichtlinie auf Auswahl und Bestellung des Insolvenzverwalters, ZIP 2008, S. 2097
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage
- Band 1 (München 2018)
 - Band 2 (München 2019)
 - Band 6 (München 2020)
 - Band 7 (München 2020), *zit. MüKo/Bearbeiter BGB § Rn.*
- Schaal, Friederike: Die Haftung der Geschäftsführungsorgane einer insolvenzrechtlich eigenverwaltenden GmbH oder AG, Tübingen 2017, *zit. Schaal Haftung der Geschäftsführungsorgane S.*
- Schack, Haimo: Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, 4. Auflage, München 2011, *zit. Schack US-amerikanisches Zivilprozessrecht Rn.*
- Schick, Walter: Der Konkursverwalter – berufsrechtliche und steuerrechtliche Aspekte, NJW 1991, S. 1328
- Schilling, Philipp Niklas: Die (Un-)Zurechnungsfähigkeit des Rechtsanwalts und sonstiger Spezialisten, ZInsO 2016, S. 2175
- Schlobach, Klaus: Das Präventionsprinzip im Recht des Schadensersatzes, Baden-Baden 2014, *zit. Schlobach Das Präventionsprinzip im Recht des Schadensersatzes S.*
- Schmidberger, Beate: Möglichkeiten und Grenzen der insolvenzgerichtlichen Aufsicht, NZI 2011, S. 928

- Schmidt, Andreas: Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 9. Auflage, Köln 2021, *zit. HambKom-InsO/Bearbeiter § Rn.*
- Schmidt, Herbert: Die Vergütung des Konkursverwalters, Rpfleger 1968, S. 251
- Schmidt, Karsten: „Amtshaftung“ und „interne Verantwortlichkeit“ des Konkursverwalters – Eine Analyse des § 82 KO – KTS 1976, S. 191
- Schmidt, Karsten: Unterlassungsanspruch, Unterlassungsklage und deliktischer Ersatzanspruch im Konkurs, ZZP 90 (1977), S. 38
- Schmidt, Karsten: Der Konkursverwalter als Gesellschaftsorgan und als Repräsentant des Gemeinschuldners – Versuch einer Konkursverwaltertheorie für heute und morgen – KTS 1984, S. 345
- Schmidt, Karsten: Anwendung von Handelsrecht auf Rechtshandlungen des Konkursverwalters, NJW 1987, S. 1905
- Schmidt, Karsten: Zur Haftung des Konkursverwalters gegenüber Vertragspartnern, ZIP 1988, S. 7
- Schmidt, Karsten: Der Konkursverwalter: Streitgenosse seiner selbst? Zu den Besonderlichkeiten der Amtstheorie, KTS 1991, S. 211
- Schmidt, Karsten: Klage und Rechtshängigkeit bei Konkurseröffnung vor Klagezustellung, NJW 1995, S. 911
- Schmidt, Karsten: Insolvenzordnung, 19. Auflage, München 2016, *zit. Schmidt/Bearbeiter InsO § Rn.*
- Schmidt-Jortzig, Edzard: Effektiver Rechtsschutz als Kernstück des Rechtsstaatsprinzips nach dem Grundgesetz, NJW 1994, S. 2569
- Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter/Bier, Wolfgang: Verwaltungsgerichtsordnung, Band 1, Stand Juli 2021 (41. EL), München 2021, *zit. Schoch/Schneider/Bier/Bearbeiter § Rn.*
- Schoch, Friedrich: Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft? NVwZ 2008, S. 241
- Schultz, Volker: Die Haftung des Insolvenzverwalters, ZInsO 2015, S. 529
- Schumann, Ekkehard: Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters – Sicherung der Integrität des Insolvenzverfahrens, Einheit und Vielfalt des Rechts – Festschrift für Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag (Hrsg. v. Rolf A. Schütze), München 2002, S. 1043, *zit. Schumann FS Geimer S.*
- Slopek, David: Viel Lärm um nichts: Die (Be-)Stellung des Insolvenzverwalters und die Dienstleistungsrichtlinie, ZInsO 2008, S. 1243
- Smid, Stefan: Grund und Grenzen der Rechtsmittelbefugnis des Konkursverwalters, ZIP 1995, S. 1137
- Smid, Stefan: Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 12.12.2006 ohne Auswirkungen auf die Regelung von Vorauswahl und Auswahl des Insolvenzverwalters im deutschen Insolvenzrecht, ZInsO 2009, S. 113
- Sousa, Michael D.: A Delicate Balancing Act: Satisfying the Fourth Amendment While Protecting the Bankruptcy System from Debtor Fraud, Yale Journal on Regulation 2011, Vol. 28, S. 367, *zit. Sousa 28 Yale J. on Reg. S.*

- Spickhoff, Andreas: Insolvenzzweckwidrige Rechtshandlungen, KTS 2000, S. 15
- Spindler, Gerald: Haftung und Aktionärsklage nach dem neuen UMAG, NZG 2005, S. 865
- Spreckelsen, Hans von: Der Begriff des privatrechtlichen Amtes unter besonderer Berücksichtigung der Testamentsvollstreckung, Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, Band 41, Breslau 1927, *zit. v. Spreckelsen Begriff des privatrechtlichen Amtes S.*
- Stamm, Jürgen: Zur Rechtsstellung des Insolvenzverwalters als Vertreter des Insolvenzschuldners, KTS 2016, S. 279
- Staudinger, Julius von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 1. Allgemeiner Teil, §§ 21-79 (Vereine), Berlin 2019, *zit. Staudinger/Bearbeiter § Rn.*
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin: Kommentar zur Zivilprozessordnung (Hrsg. v. Reinhard Bork und Herbert Roth), Band 1, 23. Auflage, Tübingen 2014, *zit. Stein/Jonas/Bearbeiter § Rn.*
- Steiner, Udo: Öffentliche Verwaltung durch Private, Hamburg 1975, *zit. Steiner Öffentliche Verwaltung durch Private S.*
- Stober, Rolf: Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Phantomdiskussion oder Gestaltungsoption in einer verantwortungsgeteilten, offenen Wirtschafts-, Sozial- und Sicherheitsverfassung? NJW 2008, S. 2301
- Stüdemann, Klaus: Der Konkursverwalter als Unternehmer, Einhundert Jahre Konkursordnung, 1877-1977: Festschrift des Arbeitskreises für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V. Köln zum einhundertjährigen Bestehen der Konkursordnung vom 10. Februar 1877 (Hrsg. v. Wilhelm Uhlenbruck, Bernd Klasmeyer und Bruno M. Kübler), Köln 1977, S. 401, *zit. Stüdemann FS 100 Jahre KO S.*
- Stürner, Rolf: Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung, Festschrift für Fritz Baur (Hrsg. v. Wolfgang Grunsky, Rolf Stürner, Walter Gerhard und Manfred Wolf), Tübingen 1981, S. 647, *zit. Stürner FS Baur S.*
- Stürner, Rolf/Eidenmüller, Horst/Schoppmeyer, Heinrich: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, 4. Auflage
- Band 1 (München 2019)
 - Band 2 (München 2019), *zit. MüKo/Bearbeiter § Rn.*
- Stürner, Rolf: Aktuelle Probleme des Konkursrechts, ZZP 94 (1981), S. 263
- Stürner, Rolf: Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung, ZZP 99 (1986), S. 291
- Stürner, Rolf: Privatautonomie und Wettbewerb unter der Hegemonie der anglo-amerikanischen Rechtskultur? AcP 210 (2010), S. 105
- Tabb, Charles J.: The History of the Bankruptcy Laws in the United States, American Bankruptcy Institute Law Review 1995, Vol. 3, S. 5, *zit. Tabb 3 Am. Bankr. Inst. L. Rev. S.*
- Tabb, Charles J./Brubaker, Ralph: Bankruptcy Law: Principles, Policies and Practice, 4. Auflage, New Providence, NJ 2015, *zit. Tabb/Brubaker Bankruptcy Law S.*
- Theurich, Holger/Degenhardt, Stephan: Datenschutz versus Gläubigerinformationsrechte, NZI 2018, S. 870

- Thiele, Alexander: Art. 33 Abs. 4 GG als Privatisierungsschranke, *Der Staat* 2010, S. 274
- Thole, Christoph/Brünkmans, Christian: Die Haftung des Eigenverwalters und seiner Organe, *ZIP* 2013, S. 1097
- Thole, Christoph: Stimmverbote wegen Interessenkonflikten in der Gläubigerversammlung, *Festschrift für Heinz Vallender zum 65. Geburtstag* (Hrsg. v. Marie Luise Graf-Schlicker, Hanns Prütting und Wilhelm Uhlenbruck), Köln 2015, S. 679, *zit. Thole FS Vallender S.*
- Thole, Christoph: Der (vorläufige) Insolvenzverwalter als Verantwortlicher i.S.d. Art. 4 Nr. 7 DSGVO, *ZIP* 2018, S. 1001
- Thönissen, Stefan: Die Versicherung von Bonitätsrisiken, Tübingen 2018, *zit. Thönissen Die Versicherung von Bonitätsrisiken S.*
- Tiller, E. Allan: Personal Liability of Trustees and Receivers in Bankruptcy, *The American Bankruptcy Law Journal* 1979, Vol. 53, S. 75, *zit. Tiller 53 Am. Bankr. L.J. S.*
- Treister, George M./Trost, Ronald J./Forman, Leon S./Klee, Kenneth N./ Levin, Richard B.: *Fundamentals of Bankruptcy Law*, 7. Auflage, Philadelphia, PA 2010, *zit. Treister/Trost/Forman/Klee/Levin Fundamentals S.*
- Uhlenbruck, Wilhelm: Aus- und Abwahl des Insolvenzverwalters – Eine Schicksalsfrage der Insolvenzrechtsreform – KTS 1989, S. 229
- Uhlenbruck, Wilhelm: Besprechung des Urteils BAG v. 25. 1. 2007 – 6 AZR 559/06, *RdA* 2008, S. 44
- Uhlenbruck, Wilhelm: Corporate Governance, Compliance and Insolvency Judgment Rule als Problem der Insolvenzverwalterhaftung, *Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag* (Hrsg. v. Georg Bitter, Marcus Lutter, Hans-Joachim Priester, Wolfgang Schön und Peter Ulmer), Köln 2009, S. 1603, *zit. Uhlenbruck FS K. Schmidt S.*
- Uhlenbruck, Wilhelm: Insolvenzordnung (Hrsg. v. Heribert Hirte und Heinz Vallender), 15. Auflage, München 2019, *zit. Uhlenbruck/Bearbeiter § Rn.*
- von Bar, Christian: *Verkehrspflichten*, Köln 1980, *zit. v. Bar Verkehrspflichten S.*
- von Olshausen, Eberhard: Die Haftung des Insolvenzverwalters für die Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten und das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (§ 311a Abs. 2 BGB n.F.), *ZIP* 2002, S. 237
- Wagner, Gerhard: Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe? *AcP* 206 (2006), S. 352
- Wallner, Christoph/Neuenhahn, Stefan: Ein Zwischenbericht zur Haftung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters - Gratwanderung zwischen Fortführungs- und Einstandspflicht, *NZI* 2004, S. 63
- Weber, Friedrich: Zur Problematik der Prozeßführung des Konkursverwalters, *KTS* 1955, S. 102
- Weber, Friedrich: Zur persönlichen Verantwortlichkeit des Konkursverwalters, *Festschrift für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag* (Hrsg. v. Leo Rosenberg und Karl Heinz Schwab), München 1957, S. 301, *zit. Weber FS Lent S.*

- Wellensiek, Jobst: Die Fachanwaltschaft für Insolvenzrecht, NZI 1999, S. 169
- Werres, Stefan: Grundrechtsschutz in der Insolvenz, Berlin 2007, *zit. Werres Grundrechtsschutz in der Insolvenz S.*
- Wimmer, Klaus: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 9. Auflage, Köln 2018, *zit. FK-InsO/Bearbeiter § Rn.*
- Wolf, Manfred/Neuner, Jörg: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts (Begr. v. Karl Larenz), 11. Auflage, München 2016, *zit. Wolf/Neuner AT des Bürgerlichen Rechts § Rn.*
- Zimmermann, Christian: Haftung und Versicherung im Insolvenzverfahren, NZI 2006, S 386
- Zipperer, Helmut: Das Insolvenzspezifische – auf den Spuren eines Begriffs, KTS 2008, S. 167
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein: Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Auflage, Tübingen 1996, *zit. Zweigert/Kötz Einführung in die Rechtsvergleichung S.*