

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 Gemeinschuldner. 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 anspruchsbetragende 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 Hässemeyer, 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 unzweckmäßig 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 Verfahrensbeitragenden 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/Brückmans*, 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 Instruktiv 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 konzisen 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. *Lüke*, 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/nbr/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 wurden 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 Betreibens 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 *beneфициaries* 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 *Villegas 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 Anspruchspräklusion 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 Vollstreckungsverböten 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 Insolvenz Zwecke, 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 Amtstreuhand 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 Amtstreuhanders. 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).