

Kapitel 4: Umfang, Grenzen und Beschränkbarkeit der Haftung wegen der Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten

Zentrales Element der Insolvenzverwalterhaftung ist die Verantwortlichkeit für die Verletzung besonderer Amtspflichten. Der insolvenzspezifische Schadensersatzanspruch bildet die besonderen Konfliktlagen innerhalb der Rechtsbeziehung zwischen dem Fremdverwalter und den Begünstigten der Insolvenzmasse ab. Reichweite und Beschränkbarkeit der Haftung können als Synonym für den Umfang des vom Verwalter zu tragenden Risikos verstanden werden, welches wiederum ein mit dem Verwalteramt verbundenes und dieses prägendes Merkmal darstellt.

Daneben kann der Haftungsumfang auch Auskunft darüber geben, inwieweit eine Verfahrensordnung den Schutz der Rechtsposition der Verfahrensbeteiligten über die persönliche Verantwortlichkeit des Verwalters verwirklicht. Es geht also um den Analyseschritt, der der abstrakten Funktionsbestimmung¹²⁶⁵ nachfolgt, nämlich die Untersuchung des konkreten Gewichts, das der Schutzfunktion der Verwalterhaftung in der Gesamtschau mit den weiteren verfahrensinhärenten Schutz- und Kontrollmitteln zukommt.

Dass beiden Rechtsordnungen divergierende Strukturen bei der Abwicklung des Schuldnervermögens zugrunde liegen, konnte bereits festgestellt werden.¹²⁶⁶ Diese sind im Rahmen der Vergleichsuntersuchung, die sowohl den Haftungsanspruch an sich also auch in der Verfahrensstruktur angelegte Haftungsbeschränkungen zum Gegenstand hat, in Rechnung zu stellen, um die Ergebnisse sinnvoll einordnen und anschließend würdigen zu können.

1265 Vgl. für § 60 Abs. 1 InsO oben Kap 3 A.I.3.; für *breach of fiduciary duty* oben Kap 3 B.II.2.d).

1266 Vgl. oben Kap. 2 C.IV.

A. Grundsätze zur Risikotragung bei der Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten

Vor der Vergleichsuntersuchung sind die verfahrensstrukturellen Gegebenheiten, die geeignet sind, (mittelbar) mit der Verwalterhaftung zu interferieren, zu betrachten. Dies ist erforderlich, um das jeweilige nationale Recht für sich angemessen bewerten zu können. Insbesondere für das deutsche Recht werden im Folgenden Grundsätze herausgearbeitet bzw. konturiert, die bei der Bestimmung und Auslegung einzelner, teils umstrittener Merkmale des § 60 Abs. 1 InsO zugrunde gelegt werden können. Daneben ist die Untersuchung der Rahmenbedingungen unverzichtbar, um im Rechtsvergleich Wertungen im Gesamtzusammenhang der jeweiligen Verfahrensordnungen vornehmen und Erkenntnisse aus der Untersuchung des U.S.-amerikanischen Rechts für das deutsche Insolvenzrecht nutzbar machen zu können.

I. Umfang der Haftung als rechtsordnungsübergreifende Problemstellung

Der Umfang der insolvenzspezifischen Verwalterhaftung und ihre Auswirkungen auf die Verfahrensabwicklung sowie die Attraktivität des Verwalteramtes sind in Deutschland und den USA Diskussionsgegenstand.

1. Risikofokussierung in der Diskussion um die Haftung des deutschen Insolvenzverwalters

Das Haftungsrisiko des Insolvenzverwalters findet seit langem umfassende Resonanz im rechtswissenschaftlichen Diskurs. Zutreffend wird konstatiert, dass ein zu hohes Haftungsrisiko den Verwalter an der bestmöglichen Aufgabenerfüllung hindere, weil es abschreckend wirke und ihn zu defensivem Verhalten determiniere.¹²⁶⁷ Umgekehrt liegt auf der Hand, dass auch ein zu milder Haftungsmaßstab sich negativ auf die Verwaltung auswirken würde. Es bestünde die Gefahr, dass der Verwalter nicht hinreichend von riskantem Verhalten abgehalten wird, was die Befriedigungsaussichten der Gläubiger trüben könnte. Beteiligte laufen dann zu-

¹²⁶⁷ Vgl. *Laukemann*, Unabhängigkeit, S. 110 f.; *Lüke*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 3; *K/P/B/Lüke*, § 60, Rn. 1.

dem Gefahr, keine Kompensation für erlittene Schäden zu erlangen.¹²⁶⁸ Konkret wird befürchtet, auch im Zusammenhang mit der Haftung des Verwalters für die Nichterfüllung von Masseverbindlichkeiten¹²⁶⁹, dass wenn das Haftungsrisiko zu hoch bemessen ist, der Verwalter die sofortige Liquidation der (zeitweisen) Unternehmensfortführung vorzöge.¹²⁷⁰ Dabei werden der Pflichtenumfang des Verwalters im Allgemeinen sowie die Betriebsfortführung im Besonderen als im Lichte von § 60 InsO haftungsträchtige Komponenten der Verwaltertätigkeit identifiziert.¹²⁷¹ Vereinzelt wird auch angemerkt, dass ein zu hohes Haftungsrisiko die Gefahr berge, verantwortungsbewusste potentielle Kandidaten von der Tätigkeit als Insolvenzverwalter abzuhalten.¹²⁷²

Vorgenanntes ist auch der Grund dafür, dass regelmäßig Stimmen der Literatur Forderungen zur Beschränkung der Verwalterhaftung verschiedener Gestalt erheben¹²⁷³, wie z.B. durch die Einführung einer Haftungshöchstgrenze *de lege ferenda*¹²⁷⁴, die Haftungsprivilegierung durch die *Business Judgment Rule* für den fortführenden Verwalter¹²⁷⁵ oder eine Enthaftungsmöglichkeit des Verwalters durch die Einholung externen Rechtsrats¹²⁷⁶.

-
- 1268 Hierzu im Zusammenhang mit der Haftungssanktion von Verstößen gegen das Unabhängigkeitsgebot *Laukemann*, Unabhängigkeit, S. 111.
- 1269 Häufig wird betont, dass mit der Einführung des § 61 InsO eine Haftungserhöhung zu Lasten des Verwalters einherging, vgl. *v. Olshausen*, ZIP 2002, 237 ff.; *Laws*, MDR 2003, 787 ff.; *Pape*, ZInsO 2003, 1013 ff.
- 1270 Vgl. *Stüdemann*, FS 100 Jahre KO, S. 401, 439; *Lüke*, Konkursverwalterhaftung, S. 6 f.; *Eckardt*, KTS 1997, 411, 413, 420; *Ehlers*, ZInsO 1998, 356, 357; *Meyer-Löwy/Poertzgen*, ZInsO 2004, 363, 366; *Lüke*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn.; *K/P/B/Lüke*, § 60, Rn. 1.
- 1271 Vgl. *Ehlers*, ZInsO 1998, 356 f.; *Meyer/Schultheis*, DZWIR 2004, 319 ff.; *Berger/ Frege*, ZIP 2008, 204, 206.
- 1272 *Hanisch*, Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, S. 143; *v. Olshausen*, ZIP 2002, 237, 239; krit. hierzu *K. Schmidt*, KTS 1976, 191, 194 f.
- 1273 S. allgemein auch *Leibner*, KTS 2005, 75 ff.
- 1274 *Meyer/Schultheis*, DZWIR 2004, 319, 323.
- 1275 Vgl. hierzu unten Kap. 4 B.III.2.b).
- 1276 Vgl. *Leichtle/Theusinger*, NZG 2018, 251, 254 f.

2. Überblick zum Diskurs in den USA

Die Ausführungen zur *quasi-judicial immunity* und insbesondere zur *McNulta Rule*¹²⁷⁷ haben gezeigt, dass das U.S.-amerikanische Insolvenzrecht von der Furcht vor der abschreckenden Wirkung eines zu hohen Haftungsrisikos auf potentielle Kandidaten für das Amt des *trustee* dominiert wird.¹²⁷⁸ *Trustees* sollen als *officers of the court* entsprechenden Schutz vor persönlicher Haftung im Rahmen der Masseverwaltung erfahren. Diese Erwägungen betreffen aber die Haftung gegenüber *third parties*, also die „Außenhaftung“. Bei der Haftung wegen *breach of fiduciary duty* gegenüber den Verfahrensbeteiligten entfaltet die *immunity analysis* grundsätzlich keine Wirkung.

Gleichwohl nimmt auch die Diskussion um den Umfang des Risikos bei der insolvenzspezifischen Haftung auch in den USA einigen Raum ein.¹²⁷⁹ Vermieden werden soll, dass die persönliche Haftung derart starkes Gewicht hat, dass *trustees* zu zurückhaltend agieren und damit nicht in effektiver Weise die Verwaltung durchführen.¹²⁸⁰ Wie in Deutschland¹²⁸¹ wird die Metapher des Damoklesschwertes bemüht.¹²⁸² Uneinigkeit besteht über den vom *trustee* einzuhaltenden Sorgfaltsmaßstab.¹²⁸³ Angeführt wird, dass zu geringe Anforderungen an *trustees* und die Geschäftsleiter des DIP dazu führen, dass sie nicht umsichtig und im besten Interesse der Insolvenzgläubiger zur Massemehrung handeln und u.U. Eigeninteressen oder Interessen der Anteilseigner in den Vordergrund stellen.¹²⁸⁴ Hiergegen wird eingewendet, dass ein zu hohes Haftungsrisiko bewirke, dass der *trustee* sich zu passiv bei der Massezusammenstellung und -Verwaltung verhalte.¹²⁸⁵ Der Haftungsmaßstab müsse den besonderen Umständen der Insolvenz gerecht werden; zu beachten sei hinsichtlich der geforderten Sorgfalt des *trustee* dessen mangelnde Kenntnis über das Schuldnerunter-

1277 Vgl. oben Kap. 3 B.III.2.c).

1278 Vgl. *Radwan*, 35 Conn. L. Rev. 525, 537, 543 (2003); s. auch *R. McCullough*, 103 Com. L.J. 123, 135 (1998).

1279 Anschaulich *DiStefano v. Stern* (In re J.F.D. Enterprises, Inc.), 223 B.R. 610, 627 (Bankr. D. Mass. 1998).

1280 *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 193 (1994).

1281 Vgl. *Stüdemann*, FS 100 Jahre KO, S. 401, 439.

1282 *Dana Commercial Credit Corp. v. Nisselson* (In re Center Teleproductions, Inc.), 112 B.R. 567, 577 (Bankr. S.D.N.Y. 1990).

1283 Vgl. hierzu unten Kap. 4 B.IV.2.b).

1284 *Cuevas*, 73 Notre Dame L. Rev. 385, 391 f. (1998).

1285 Vgl. *R. McCullough*, 103 Com. L.J. 123, 135 (1998).

nehmen¹²⁸⁶ und dass der Schuldner sich in einer finanziellen Krise befindet.¹²⁸⁷ Teilweise wird vertreten, der *bankruptcy trustee* werde, anders als der reguläre *trustee* des *trust law*, im öffentlichen Interesse tätig, was für die Reduzierung des Haftungsumfangs spreche.¹²⁸⁸

II. Auslegungsrelevante Grundsätze für die Haftung nach § 60 InsO

Angesichts der allgemeinen Risikosensitivität und der rechtspolitischen Forderungen nach Haftungsbeschränkungen drängt sich die Frage auf, ob und welchen Beschränkungsmöglichkeiten die Haftung für die Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten *de lege lata* überhaupt zugänglich ist. Mit den folgenden Ausführungen sollen anhand der Regelung des § 60 InsO, der mit ihr verwirklichten Zweckvorstellungen sowie weiterer, das Haftungsrecht tangierender Aspekte, abstrakte Grundsätze herausgearbeitet werden, die zur Beantwortung teils strittiger Einzelfragen zum Haftungsumfang heranzuziehen sind.

1. Gesetzliche Regelung als Ausgangspunkt

Ausgangspunkt der Bestimmung des Haftungsrisikos und dessen Beschränkbarkeit muss der Text des § 60 InsO sein.¹²⁸⁹ Unabhängig von der konkreten Auslegung unbestimmter Begriffe des § 60 Abs. 1 InsO ist der Verwalter hiernach allen Beteiligten gegenüber persönlich zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er schuldhaft Pflichten verletzt, die ihm nach der InsO obliegen. Zudem bestimmt § 60 Abs. 1 S. 2 InsO einen besonderen, auf den Verwalter zugeschnittenen Sorgfaltsmaßstab. Die InsO spricht also eine eindeutige Sprache: Sie gibt dem Verwalter die volle Haftungsverantwortung für sein Handeln. Der Gesetzgeber setzt bei der Verwalter-

1286 Vgl. DiStefano v. Stern (In re J.F.D. Enterprises, Inc.), 223 B.R. 610, 627 f. (Bankr. D. Mass. 1998).

1287 Vgl. *Radwan*, 35 Conn. L. Rev. 525, 543 (2003).

1288 Vgl. *R. McCullough*, 103 Com. L.J. 123, 134 f. (1998); ähnlich *Radwan*, 35 Conn. L. Rev. 525, 543 (2003).

1289 Allgemein zum Wortsinn als Auslegungskriterium *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 141 ff.

haftung auf das Alles-oder-Nichts-Prinzip¹²⁹⁰, Abweichungen hiervon sind nicht vorgesehen. Zudem sind sonstige spezielle Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung kaum vorhanden. Außer in § 60 Abs. 2 InsO, der die Haftung des Verwalters beim Einsatz von Angestellten des Gemeinschuldners regelt, sieht die Insolvenzordnung keine Begrenzung der Haftung zu Gunsten des Verwalters vor. Die Anordnung persönlicher Haftung bei gleichzeitiger, weitgehender Nichtregelung spezieller Haftungsschranken zeigt die gesetzgeberische Positionierung für eine grundsätzlich umfassende Verwalterverantwortlichkeit.¹²⁹¹

Im Zusammenhang mit der gesetzlichen Regelung der Verwalterhaftung ist auch das formelle Kriterium der Transparenz der insolvenzspezifischen Haftung zu erwähnen, an dessen Erfüllung in Bezug auf § 60 InsO indes kein Zweifel besteht. Generell muss der Verwalter erkennen können, in welchen Situationen und für welche Handlungen ihm persönliche Haftung droht.¹²⁹² Dies ist auch Grundvoraussetzung dafür, dass die präventive Steuerungsfunktion der Haftung ihre Wirkung effektiv entfalten kann.

2. Kein Gebot unbeschränkter Haftung

Obwohl die InsO den Verwalter für umfassend persönlich verantwortlich erklärt, ist hieraus kein Gebot einer unbeschränkten Haftung abzuleiten.¹²⁹³ Das ergibt sich bereits aus dem *telos* des § 60 InsO, der speziell solche Risiken ausgleichen soll, die sich aus den weitreichenden Befugnissen des Verwalters ergeben, nicht aber jedes erdenkliche Vermögensrisiko der Beteiligten.¹²⁹⁴ Einzelnen Tatbestandsmerkmalen des § 60 InsO sind durch Auslegung rechtliche Konturen zu verleihen. Dies hat vor der Geltung des

1290 Vgl. *K. Schmidt*, KTS 1976, 191, 207; allgemein zum Alles-oder-Nichts-Prinzip mit rechtsvergleichenden Bezügen *Bruns*, Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung, S. 8.

1291 Vgl. auch *Jacoby*, Das Private Amt, S. 592, der die ausschließliche Verwalterverantwortlichkeit im Innenverhältnis (zur Masse) durch die explizite Regelung der persönlichen Haftung in § 60 InsO und der Nichtregelung von Haftungsbeschränkung begründet sieht.

1292 Vgl. auch *MüKo/Schoppmeyer*, § 60, Rn. 1.

1293 Vgl. *Leibner*, KTS 2005, 75, 77; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 6.39 befürwortet eine Haftungsbeschränkung über den Pflichtenumfang.

1294 Der Verwalter haftet auch nach Verfahrenseröffnung jedermann gegenüber nach allgemeinen deliktischen Regeln, vgl. oben Kap. 3 A.III. Ginge es um Haftungsrisiken, die bereits über die §§ 823 ff. BGB abgedeckt sind, hätte es der Schaffung des § 60 InsO nicht bedurft.

Ziels der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung (§ 1 S. 1 InsO) und der Besonderheiten der Rechtsstellung des Verwalters zu geschehen. Das Interesse der Beteiligten an der Verwalterhaftung und das des Verwalters an der Haftungsfreistellung sind sinnvoll zusammenzubringen.

Dass der fremdnützig und treuhänderisch tätige Verwalter die häufig gegenläufigen Interessen aller Verfahrensbeteiligten zu beachten und in Einklang zu bringen hat¹²⁹⁵, muss im Rahmen der Auslegung des § 60 InsO zu seinen Gunsten Beachtung finden.¹²⁹⁶ Anderes hieße, mittels Haftung die mit der Stellung des Verwalteramtes im Verfahren verbundene Strukturentscheidung der InsO zu konterkarieren und die Amtsausführung zu erschweren.

Die persönliche Verantwortlichkeit hat auch im Hinblick auf besondere Risiken, die der Insolvenzverwaltung eigen sind, einen angemessenen Zuschnitt zu erfahren, damit nicht die Risikolast die bestmögliche Aufgabenerfüllung im Sinne des Verfahrensziels verhindert. Hierzu gehört die potentiell haftungsträchtige Tätigkeit der Unternehmensfortführung, zu der der Verwalter bis zum Berichtstermin, sofern ein fortführungsfähiger Betrieb noch besteht, grundsätzlich verpflichtet ist.¹²⁹⁷ Ein insolvenzspezifisches Haftungsregime, das die praktischen Unwägbarkeiten, die sich aus der Leitung eines Betriebes in der Krise ergeben, nicht in Rechnung stellt, würde die Funktionsfähigkeit des (einheitlichen¹²⁹⁸) Verfahrens in Frage stellen. Wenn der Verwalter zum Treffen unternehmerischer, typischerweise risikogepprägter Entscheidungen gezwungen ist, muss hierauf bei Auslegung des § 60 InsO Rücksicht genommen werden.¹²⁹⁹ Zwar ist die Sanierung nur ein durch die InsO eröffneter Weg zur Verwirklichung der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung und keineswegs Primärziel¹³⁰⁰, gleichwohl liefe man mit einer unbegrenzten und sachlich undifferenzierten Haftungsanordnung Gefahr, die in der InsO vorgesehene Betriebsfortführung sowie die Möglichkeit des Betriebserhalts oder einer Sanierung zur Makulatur werden zu lassen.

1295 Vgl. zur „mehrheitlichen Fremdbestimmtheit“ des Verwalters oben Kap. 2 A.II.3.

1296 Vgl. Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 10; Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 6.39; K/P/B/Liike, § 60, Rn. 5.

1297 Vgl. Berger/Frege, ZIP 2008, 204.

1298 Vgl. zu den erhofften Vorteilen eines einheitlichen Insolvenzverfahrens Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 4.04.

1299 Vgl. Berger/Frege, ZIP 2008, 204, 205.

1300 Vgl. Jaeger/Henckel, § 1, Rn. 5; Uhlenbruck/Pape, § 1, Rn. 1.

Umgekehrt darf nicht über den Haftungsmaßstab das Mittel der Unternehmensfortführung oder gar der Unternehmenserhalt eine Sonderförderung erfahren, denn Maßgeblich sind allein die Ziele des Insolvenzverfahrens, primär die gemeinschaftliche Gläubigerbefriedigung (§ 1 S. 1 InsO).¹³⁰¹ In jedem Fall würde aber ein Haftungsmaßstab, der den Verwalter stets zur schnellstmöglichen zerschlagenden Liquidation drängt, dem Ziel der Erlösmaximierung zu Gunsten der Gläubiger immer dann widersprechen, wenn die Fortführung eine höhere Verteilungsquote verspricht.¹³⁰²

3. *Telos* des § 60 InsO und das Prinzip des Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung

Von zentraler Bedeutung für die Auslegung des § 60 InsO ist seine Funktion. Die Regelung bezweckt den Vermögensschutz der Beteiligten, indem der Verwalter durch die Haftungsandrohung zu pflichtgemäßem Handeln animiert wird und Schäden durch ihn, als leistungsfähiges, von der Masse verschiedenes Haftungssubjekt kompensiert werden.¹³⁰³ Ausgehend hiervon fordert eine funktions- bzw. zweckadäquate Auslegung des § 60 InsO, dass Verfahrensbeteiligte ihre durch den Verwalter verursachten Schäden ungehindert ausgleichen können müssen. Schutzlücken zu ihren Lasten dürfen bei der Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten nicht bestehen.

Eine weitergehende Konturierung könnte durch die Übertragung des Prinzips des Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung erreicht werden.¹³⁰⁴ Dieses besagt im Grunde, dass die persönliche Haftungsverantwortung mit den Einwirkungsbefugnissen korrespondieren muss. Hierdurch würde der abstrakte Schutzgedanke aus § 60 InsO konkretisiert, weil naturgemäß, wenn zwei Aspekte in einen Ausgleich gebracht werden sollen, eine Form der Quantifizierung erforderlich ist. Angesichts des in § 60 InsO verwirklichten „Korrelatsgedankens“¹³⁰⁵ ist die Betrachtung dieses Grundsatzes naheliegend.

1301 Vgl. *Lüke*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 281; *K/P/B/Lüke*, § 60, Rn. 37b; *Jungmann*, NZI 2020, 651, 655; zum Primat der Gläubigerinteressen *Heese*, Funktion des Insolvenzrechts, S. 16 f.

1302 Zum Verhältnis von Liquidation und Fortführung *Jaeger/Henckel*, § 1, Rn. 4.

1303 Vgl. zur Funktion des § 60 InsO oben Kap. 3 A.I.3.

1304 Zu diesem Grundsatz im Zusammenhang mit der Haftung der Beteiligten im Insolvenzverfahren *Marotzke*, KTS 2014, 113 ff.

1305 Vgl. hierzu oben Kap. 3 A.I.3.a)bb).

a) Ursprung des Prinzips und Verwirklichung im deutschen Zivilrecht

Der Gleichlauf von Herrschaft und Haftung hat mit dem ordoliberalen Ansatz zur Wirtschaftsordnung zunächst eine volkswirtschaftliche Dimension. Daneben ist das Prinzip auch im allgemeinen Zivilrecht reflektiert.

aa) Gleichlauf von Herrschaft und Haftung im Ordoliberalismus

Das Prinzip des Gleichlaufs bzw. der Korrespondenz von Herrschaft und Haftung wird stark mit dem Ordoliberalismus der Freiburger Schule und insbesondere der Person *Walter Euckens* identifiziert.¹³⁰⁶ Diskussionsgegenstand sind die Auswirkungen, die sich für die Wirtschafts- und Wettbewerbsordnung aufgrund des Umstands ergeben, dass bei Kapitalgesellschaften durch Gesellschaftereinfluss umfassende Herrschaft bei lediglich auf das Gesellschaftsvermögen beschränkter Haftung ausgeübt werden kann.¹³⁰⁷ Es geht also um die Funktion, die der Haftung in der Volkswirtschaft zukommt.

Essenz des ordoliberalen Ansatzes ist, dass wer Nutzen hat, auch den Schaden zu tragen hat¹³⁰⁸ bzw. dass Haftung das Gegenstück zur Freiheit darstellt.¹³⁰⁹ Der Haftung komme die Funktion einer Bestenauslese

1306 Vgl. *Eucken*, Grundätze der Wirtschaftspolitik, S. 279 ff. Hierbei ist festzuhalten, dass die Bedeutung unbeschränkter Haftung für die Wettbewerbsordnung und die Korrespondenz von Freiheit und Verantwortung ideell bereits vor dem Ordoliberalismus des 19. Jahrhunderts Bestand hatten, vgl. hierzu *Immenga*, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S. 118 f. m.w.N.; s. auch bereits, mit rechtsvergleichenden Bezügen, *Müller-Erzbach*, LZ 1933, 145 ff.

1307 Vgl. *Immenga*, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S. 117 ff.

1308 So *Eucken*, Grundätze der Wirtschaftspolitik, S. 279; s. zu den Einwänden gegen den ordoliberalen Ansatz *Fischinger*, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, S. 261 ff. m.w.N.

1309 Vgl. *Großfeld*, Aktiengesellschaft, S. 105 f.; *Fischinger*, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, S. 259; die Begriffspaare „Nutzen und Schaden“ und „Herrschaft und Haftung“ werden mitunter im selben Atemzug genannt, haben aber nicht dieselbe Bedeutung. „Nutzen“, also ein ökonomischer Vorteil, und „Herrschaft“, verstanden als Einwirkungsmöglichkeit, müssen nicht zwingend zusammenfallen. „Schaden“ meint eine Interessenbeeinträchtigung, vgl. *MüKo/Oetker*, BGB, § 249, Rn. 16 m.w.N., während „Haftung“ zivilrechtlich als Einstandspflicht zu verstehen ist. *Eucken*, Grundätze der Wirtschaftspolitik, S. 279 f. unterscheidet nicht scharf und sieht „Nutzen“ in der „Herrschaft über das Unternehmen“ und verwendet „Haftung“ und den „zu tragenden Schaden“ synonym.

hinsichtlich der Betriebe und des Führungspersonals zu, zudem bewirke Haftung, dass Investitionen sorgfältig getätigt werden wodurch die Verschleuderung von Kapital verhindert werde.¹³¹⁰ Könnten aus unternehmerischen Fehlentscheidungen resultierende Verluste durch die Haftungsbeschränkung zum Teil auf die Gläubiger abgewälzt werden, hindere dies den eigentlich angemessenen Marktaustritt des Unternehmens.¹³¹¹ Ferner wirke die unbeschränkte Haftung der Unternehmenskonzentration und Konzernbildung entgegen; die unbeschränkte Haftung bewirke, dass Unternehmenszukäufe nicht aus bloßem Machtstreben erfolgten.¹³¹² Zulässig seien Haftungsbeschränkungen im Gesellschaftsrecht nur dort, wo keine oder nur begrenzte Geschäftsführungsverantwortung des Kapitalgebers bestehe, wie beim Kommanditisten oder Kleinaktionär.¹³¹³

bb) Gleichlauf von Herrschaft und Haftung im deutschen Zivilrecht

Die juristische Dimension des Grundsatzes des Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung beschränkt sich nicht auf die Diskussion über die Legitimität von institutionellen Haftungsbeschränkungen in Form juristischer Personen.¹³¹⁴ Vielmehr findet sich das Prinzip, wie *Fischinger* aufzeigt, zwar nicht ohne Durchbrechungen¹³¹⁵, aber doch in etlichen Bereichen des deutschen Zivilrechts wieder.¹³¹⁶ Genannt seien als gesellschaftsrechtliche Beispiele die OHG und die KG: Bei ersterer haften die geschäftsführenden und vertretungsberechtigten Gesellschafter unbeschränkt mit ihrem privaten Vermögen¹³¹⁷, bei letzterer haften die von der Geschäftsführung aus-

1310 *Eucken*, Grundätze der Wirtschaftspolitik, S. 280; *Immenga*, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S. 118.

1311 *Immenga*, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S. 118.

1312 *Eucken*, Grundätze der Wirtschaftspolitik, S. 280; *Immenga*, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S. 118.

1313 *Eucken*, Grundätze der Wirtschaftspolitik, S. 281.

1314 S. aus der jüngeren Vergangenheit zur Frage der Legitimität des § 13 Abs. 2 GmbHG *Fischinger*, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, S. 245 ff.

1315 Vgl. *Fischinger*, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, S. 280 ff., der u.a. auf die Billigkeitshaftung nach § 829 BGB, vertragliche Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, das Spruchrichterprivileg des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB und Haftungshöchstsummen verweist.

1316 *Fischinger*, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, S. 278 ff.

1317 Vgl. §§ 114 Abs. 1, 115 Abs. 1, 128 S. 1 HGB.

geschlossenen Kommanditisten lediglich beschränkt auf ihre Einlage.¹³¹⁸ Daneben findet die Korrespondenz von Herrschaft und Haftung auch im Deliktsrecht in Gestalt der §§ 827, 828 BGB Niederschlag, wonach ein gewisses Maß an Beherrschbarkeit des Risikos die Voraussetzung ist, um die Haftungsfolge zu begründen.¹³¹⁹ Das BGB sieht allgemein dann die persönliche Verantwortlichkeit vor, wenn man aus freiem Willen mit anderen kontrahiert oder wenigstens fahrlässig andere schädigt.¹³²⁰

Mitunter wird der Grundsatz des Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung als „rechtsethisches Postulat“¹³²¹ oder gar als „wichtiges Element der sozialen Ordnung“¹³²² verstanden. Eine Antwort auf die Frage, inwieweit sich aus diesen Klassifizierungen rechtsverbindliche Folgen deduzieren lassen, muss man an dieser Stelle schuldig bleiben. Jedenfalls lässt sich, wie *Fischinger* darlegt, dem Prinzip des Gleichklangs von Herrschaft und Haftung aus guten Gründen keine Geltung als bindendes Prinzip zusprechen.¹³²³ Gleichwohl wird man in Anbetracht der mannigfaltigen Verwirklichung des Prinzips nicht von der Hand weisen können, dass es einen der dogmatischen „Grundpfeiler“ des deutschen Zivilrechts darstellt.¹³²⁴

b) Verwirklichung des Grundsatzes in § 60 InsO

Es wurde bereits dargelegt, dass § 60 InsO dem Schutz der Beteiligten dient. Dieser Schutz adressiert nicht deren allgemeine Risiken, sondern soll speziell solche Risiken ausgleichen, die sich aus den weitreichenden Befugnissen des Verwalters ergeben. Der dem Verwalter gewährte umfassende und unabhängige Handlungsrahmen, der, mit vergleichendem Blick auf die USA, als Charakteristikum des deutschen Insolvenzverfahrens gelten darf¹³²⁵, bietet die Möglichkeit einer schlanken, an gerichtlicher Einmischung armen Verwaltung, birgt aber zugleich ein erhebliches Vermögensrisiko für die Beteiligten. Weil die Gerichts- und Gläubigeraufsicht diesem nur begrenzt begegnen kann, soll die persönliche Haftung als

1318 Vgl. §§ 164, 167 Abs. 3, 170, 171 Abs. 1 HGB; zum Ganzen *Immenga*, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S. 119 f.

1319 *Fischinger*, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, S. 279.

1320 *Fischinger*, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, S. 280.

1321 *Marotzke*, KTS 2014, 113, 114.

1322 *Immenga*, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S. 119.

1323 Vgl. *Fischinger*, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, S. 276 ff.

1324 So *Fischinger*, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, S. 282.

1325 Vgl. hierzu oben Kap. 2 C.IV.

„Korrelat“ dienen, indem Handlungsmacht und Haftungsverantwortung zusammengebracht werden.¹³²⁶

Diese Zweckerwägungen und das Prinzip, dass derjenige, der über Handlungsmacht verfügt, auch die Folgen seines Handelns zu tragen hat, sind augenscheinlich kongruent. Die Insolvenzordnung versieht den Verwalter in den Grenzen der Insolvenzzwecke simultan mit umfangreicher und unbeeinflusster Handlungsmacht sowie mit der weitgehend unbeschränkten persönlichen Haftungsverantwortung durch § 60 Abs. 1 InsO. Auch der BGH verwies jüngst implizit auf den Grundsatz des Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung, indem er zur Haftung der Geschäftsleitung in der Eigenverwaltung analog §§ 60, 61 InsO betonte, dass es einem allgemeinen Grundsatz entspreche, „dass jeder, der über erhebliche Herrschafts- und Einflussmöglichkeiten verfügt, im Falle eines Fehlgebrauchs einer persönlichen Haftung zu unterwerfen ist.“¹³²⁷ Im Ergebnis spricht deshalb viel dafür, den Gleichlauf von Herrschaft und Haftung, losgelöst von ordoliberalen Erwägungen, als einen in § 60 InsO verwirklichten bzw. von dessen *telos* umfassten Rechtsgrundsatz zu betrachten.¹³²⁸

c) Deduktionen für Umfang und Beschränkbarkeit der Verwalterhaftung

Es verbleibt zu klären, was sich hieraus für die zweckadäquate Anwendung des § 60 InsO ableiten lässt. An dieser Stelle sind Erwartungen an konkrete Direktiven erheblich zu dämpfen, denn exakte Kenngrößen von Handlungsmacht und Haftung sind naturgemäß kaum bestimmbar. Möglich ist im Kontext der Verwalterhaftung nicht mehr – aber auch nicht weniger – als eine näherungsweise Bestimmung des vom Verwalter zu tragenden Haftungsrisikos.

In Anbetracht der weitgehenden Befugnisse des Verwalters streitet neben dem Normtext des § 60 InsO auch die zweckadäquate Auslegung für eine haftungsbetonte Grundtendenz. Wann immer haftungsauslösendes Verhalten Ausfluss eigener Steuerungsbefugnisse des Verwalters ist, muss grundsätzlich die persönliche Haftung die Folge sein, damit sich Herrschaft und Haftung im Gleichklang befinden. Negativ lässt sich ableiten, dass die Verwalterhaftung beschränkt sein muss, wenn nicht (nur)

1326 Vgl. oben Kap. 3 A.I.3.a).

1327 BGH NZI 2018, 519, 521, Rn. 29.

1328 Im Ergebnis auch *Marotzke*, KTS 2014, 113, 115 f.; *Schaal*, Haftung der Geschäftsführungsorgane, S. 135, 256 ff.

die ausgeübten Verwalterbefugnisse, sondern die Einwirkung Dritter oder des Geschädigten (mit-)ursächlich für die Schadensverursachung war. Andernfalls unterläge der Verwalter einer Haftung ohne korrespondierende Herrschaft. § 60 InsO ist so auszulegen, dass keine Schutzlücken der Beteiligten aufgrund von Divergenzen zwischen Handlungsmacht und Haftungsverantwortung bestehen. Beschränkungen der Verwalterhaftung sind denkbar, sie müssen aber mit abgesenkten Befugnissen des Verwalters bzw. angehobenen Einwirkungsmöglichkeiten anderer Beteiligter erkauft werden.¹³²⁹

Weiterhin ist zu überlegen, unter welchen Voraussetzungen Ausnahmen vom Gleichlauf von Herrschaft und Haftung möglich sind. Da die Regel primär eine Grundtendenz zum Haftungsumfang konstituiert und auch im allgemeinen Zivilrecht Ausnahmen vom Grundsatz bestehen, sind Durchbrechungsmöglichkeiten auch im Rahmen der Verwalterhaftung naheliegend.

Sie könnten geboten sein, falls der Insolvenzszweck (§ 1 S. 1 InsO) es erfordert, da § 60 InsO in seinem Sinne anzuwenden ist. Die Haftung nach § 60 Abs. 1 S. 1 InsO könnte z.B. dann bei umfassender Handlungsmacht des Verwalters zu beschränken sein, wenn dadurch das Ziel der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung gefördert wird. Zu bedenken ist, dass § 60 InsO nicht die unbeschränkte Verwalterhaftung fordert, sondern das Haftungsrisiko einer angemessenen Eingrenzung bedarf, um nachteilige Steuerungseffekte zu vermeiden.¹³³⁰ Zu diesen zählt z.B. eine Prädeterminierung des Verwalters auf passives Verhalten und die damit einhergehende faktische Unterbindung der (zeitweisen) Betriebsfortführung, wenn diese höhere Erlöse für die Gläubiger verspricht.¹³³¹ Daneben könnte auch das Interesse der Beteiligten für eine Reduktion der Haftung bei gleichbleibender Handlungsmacht sprechen. Die Haftung dient dem Schutz ihres Vermögens und gleicht ihre aus dem Verwaltereinsatz resultierenden Risiken aus. Sofern das Absenken des Haftungsniveaus zu Gunsten des Verwalters dem Interesse der Gesamtheit der Beteiligten entspreche, was

1329 Zu dieser Feststellung passen die Ausführungen von *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 72, in denen er andeutet, dass dem Verwalter der Haftungsfreiraum durch die *Business Judgment Rule* dann zugutekommen könnte, wenn den Gläubigern alternative Kontrollmechanismen, konkret die Wahl und Abwahl des Verwalters, zustünden. Hier wird die Haftungserleichterung für den Verwalter mit der Anhebung der Einflussmöglichkeiten der Beteiligten begründet. Vgl. hierzu unten Kap. 4 B.III.2.b).

1330 Vgl. oben Kap. 4 A.II.2.

1331 Vgl. hierzu oben Kap. 4 A.I.1.

zwar denkbar ist, praktisch aber nur selten der Fall sein wird, könnte die Durchbrechung des Gleichklangs von Herrschaft und Haftung geboten sein.

4. Funktionaler Zusammenhang von Haftung, Versicherung und Vergütung

Bei der Frage nach den Grundsätzen zur Bestimmung des Haftungsrisikos ist der Blick auf die Vergütung des Verwalters¹³³² geboten, weil sie den Anreiz für die Übernahme des Amtes und den ökonomischen Ausgleich bzw. die „Prämie“¹³³³ für die Risikotragung darstellt.¹³³⁴ Entsprechendes gilt für seine Haftpflichtversicherung, denn mit ihr können die wirtschaftlichen Folgen der Risikoübernahme abgedeckt werden.¹³³⁵

a) Versicherung

Der Versicherungsschutz des Verwalters¹³³⁶ erfüllt eine Doppelfunktion: Er gewährleistet die Leistungsfähigkeit des Verwalters, was Voraussetzung für die Erfüllung der Vermögensschutzzfunktion des § 60 InsO ist, zugleich verhindert er, dass die persönliche Inanspruchnahme wegen Schadenersatzes gravierende wirtschaftliche Auswirkungen für den Verwalter hat. Negative Folgen für das private Vermögen aus dem umfassenden Haftungsrisiko werden damit weitgehend abgesichert. Der Versicherbarkeit des Haftungsrisikos ist insoweit bei der Bestimmung der Reichweite der persönlichen Haftung Rechnung zu tragen. Dabei sprechen die „faktische Versicherungspflicht“¹³³⁷ und § 4 Abs. 3 InsVV für eine Risikoverteilung zu Lasten des Verwalters.¹³³⁸

1332 Vgl. §§ 63 Abs. 1 InsO, 1 ff. InsVV.

1333 *Jacoby*, Das Private Amt. S. 592.

1334 So bereits im Zusammenhang mit dem Haftungsrisiko aufgrund der Unternehmensfortführung *Stüdemann*, FS 100 Jahre KO, S. 401, 440.

1335 Vgl. zu beiden Aspekten im Zusammenhang mit der Haftung des Konkursverwalters, jedoch krit. zu Höhe der Vergütung, *Hanisch*, Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, S. 140; vgl. auch *K. Schmidt*, KTS 1976, 191, 195; *Jacoby*, Das private Amt, S. 592.

1336 Vgl. hierzu oben Kap. 3 A.I.3.b)cc)(1).

1337 Vgl. oben Kap. 3 A.I.3.b)cc)(2).

1338 Vgl. *Jacoby*, Das Private Amt. S. 592 f.

b) Vergütung

Der Verwalter hat einen verfassungsrechtlich geschützten Anspruch auf eine angemessene Vergütung¹³³⁹; es wäre nicht mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar, ihn zur Erfüllung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe heranzuziehen, ohne ihm eine angemessene Kompensation zukommen zu lassen.¹³⁴⁰ Eine Verwirkung des Gebührenanspruchs kommt, anders als in den USA, nur in Ausnahmefällen, z.B. bei gravierendem Fehlverhalten, in Betracht.¹³⁴¹ Die Höhe der Vergütung wird anhand des Wertes der Insolvenzmasse zur Zeit der Beendigung des Verfahrens berechnet.¹³⁴² Besonderen Schwierigkeiten im Rahmen der Geschäftsführung des Verwalters wird gem. § 63 Abs. 1 S. 3 InsO durch Abweichungen von der Regelvergütung Rechnung getragen.¹³⁴³ Hierdurch werden z.B. große Verfahren, bei denen die degressive Regelvergütung keine angemessene Gegenleistung für den erhöhten Arbeitsaufwand des Verwalters darstellt, oder die potentiell haftungsträchtige Unternehmensfortführung in Form von Zuschlägen vergütungsrechtlich zu Gunsten des Verwalters berücksichtigt.¹³⁴⁴ Der Vergütungsanreiz kann somit auch bei steigender Haftungsgefahr erhalten werden.¹³⁴⁵ Der Katalog in § 3 Abs. 1 InsVV ist nicht abschließend, sodass weitere Aspekte, die den Umfang und die Schwierigkeit der Geschäftsführung für den Verwalter erhöhen, bei seiner Vergütung zwingend Beachtung finden.¹³⁴⁶ Das Vergütungssystem ist damit in der Lage, Besonderheiten des Verfahrens angemessen zu begegnen und den Verwalter dynamisch auch für gesteigerte Risiken zu entlasten. Einer grundsätzlich umfangreichen Haftung des Verwalters steht damit eine Gegenleistung in Form der Vergütung gegenüber.¹³⁴⁷ Mit Blick auf § 60 InsO ist sie als Risikoausgleich zu betrachten und bei Auslegung der Norm zu berücksichtigen.¹³⁴⁸

1339 Er beruht auf Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG, vgl. Uhlenbruck/*Mock*, § 63, Rn. 5.

1340 BGH NJW 1992, 692, 693; BGH NJW 2004, 1957, 1959.

1341 Vgl. Uhlenbruck/*Mock*, § 63, Rn. 50 m.w.N.; vgl. auch oben Kap. 3 B.II.2.b)bb).

1342 § 63 Abs. 1 S. 2 InsO.

1343 S. zur Kritik an der veränderten vergütungsrechtlichen Lage nach Inkrafttreten der InsO Jaeger/*Schilken*, § 63, Rn. 42.

1344 Vgl. § 3 Abs. 1 b), c) InsVV; vgl. auch *Lissner*, DZWIR 2013, 159, 162.

1345 Ähnlich Meyer-Löwy/*Poertzgen*, ZInsO 2004, 363, 366.

1346 Vgl. Jaeger/*Schilken*, § 63, Rn. 46 f.

1347 *Lissner*, DZWIR 2013, 159, 161.

1348 Vgl. *Jacoby*, Das Private Amt, S. 592.

5. Fazit

Die gesetzliche Anordnung in § 60 Abs. 1 S. 1 InsO und die weitgehende Abwesenheit kodifizierter Haftungsschranken indizieren die umfassende Verantwortlichkeit des Verwalters und eine haftungsbetonte Grundtendenz bei der Normenanwendung. Hierfür spricht auch ihr *telos*: Eine zweckadäquate Anwendung des § 60 InsO fordert, dass keine Schutzlücken zu Lasten der Beteiligten bestehen. Im Einklang mit der umfassenden Verwalterautonomie muss auch die Haftungsbelastung stehen. Haftungsbeschränkungen müssen grundsätzlich mit einem abgesenkten Schutzbedarf bzw. dem Interesse oder eigenen Einwirkungsmöglichkeiten der Beteiligten einhergehen. Als Ausgleich für das übernommene Risiko steht dem Verwalter eine Vergütung zu, die die Besonderheiten haftungsträchtiger Verfahren berücksichtigt. Zusätzlich hierzu kann der Verwalter sich gegen die meisten Risiken durch eine Haftpflichtversicherung schützen. Ungeachtet der Grundausrichtung ist die Haftung im Rahmen des § 60 InsO nicht schrankenlos. Einhegungen des Haftungsrisikos haben dann zu erfolgen, wenn die insolvenzzweckkonforme Verfahrensabwicklung oder die Stellung des Verwalters im Verfahren es gebieten.

III. Divergierende Prämissen im U.S.-amerikanischen Insolvenzrecht

Auch für das U.S.-amerikanische Recht sind die Rahmenbedingungen zu beleuchten, die für die Risikotragung des *trustee* von Bedeutung sind. Dies gilt umso mehr, als die bisherige Untersuchung teils erhebliche Unterschiede zwischen beiden Rechtsordnungen im Hinblick auf die Verfahrensabwicklung gezeigt hat.

1. Hohe Kontrolldichte *ex ante*

Der Bereich, in dem der *trustee* unabhängig verbindliche Entscheidungen treffen kann, ist weit eingeschränkter als der des deutschen Verwalters. Korrespondierend sind die Einwirkungsmöglichkeiten der Gläubiger und des Gerichts umfangreicher.¹³⁴⁹ Hierauf aufbauend wurde die Hypothese aufgestellt, dass der Haftung für *breach of duty* als Steuerungs- und Schutzinstrument ein im Vergleich zu dem deutschen Insolvenzrecht geringeres

1349 Vgl. oben Kap. 2 C.IV.

Gewicht innerhalb der Verfahrensstruktur zukommen müsste.¹³⁵⁰ Sofern auch im Insolvenzverfahren der USA Einwirkungsmacht und Haftungsverantwortung im Gleichklang stehen, wäre zu erwarten, dass das über die insolvenzspezifische Haftung vermittelte Risiko des *trustee* geringer als das des deutschen Verwalters bzw. auf andere Verfahrensakteure verlagert ist.¹³⁵¹

Von besonderem Interesse für den Vergleich sind die Stellschrauben, anhand derer eine (vermutete) Haftungsbegrenzung vorgenommen wird, insbesondere, weil das Aufgabenprogramm des *trustee*, kumuliert man die Tätigkeiten unter *Chapter 7* und *Chapter 11*, dem des deutschen Verwalters stark ähnelt.¹³⁵² Auch der *trustee* hat potentiell haftungsträchtige Ermessensentscheidungen zu treffen und mitunter den Schuldnerbetrieb mit nur kurzer Einarbeitungszeit und oft unzureichenden Informationen fortzuführen.

2. Nähe des Amtes zum Insolvenzgericht

Im Verhältnis zu den *beneficiaries* kommt dem *trustee* kein über die *immunity analysis* vermittelter Haftungsschutz zu. Er ist ihnen gegenüber als Treuhänder grundsätzlich vollumfänglich verantwortlich.¹³⁵³ Gleichwohl ist das Amt des *trustee* durch eine vergleichsweise enge verfahrensorganisatorische Angliederung an den Insolvenzrichter gekennzeichnet¹³⁵⁴, der im *common law* der USA mit einer weitgehenden Haftungsimmunität versehen ist. Insolvenzgerichtliche Anordnungen zu Verwaltungsmaßnahmen hat der *trustee* auszuführen. Für die Risikotragung des *trustee* ist deshalb zu erwarten, dass sie in den Fällen beschränkt ist, in denen das Insolvenzgericht auf die Verwaltung einwirkt bzw. Entscheidungen in Streitfällen über Verwaltungsmaßnahmen trifft.

1350 Vgl. oben Kap. 3 C.II.3.b).

1351 *R. McCullough*, 103. Com. L.J. 123, 135 (1998) vertritt z.B., dass aufgrund der hohen Kontrolldichte der *trustee* nur einer Haftung für Vorsatz unterliegen sollte.

1352 Vgl. oben Kap. 2 C.II.

1353 Vgl. oben Kap. 3 B.III.2.c)bb).

1354 Vgl. oben Kap. 2 C.III.2.

3. Vergleichsweise geringer Vergütungsanreiz

Auch der *bankruptcy trustee* hat einen Anspruch auf eine angemessene Vergütung für seine Tätigkeit und auf die Erstattung von Auslagen.¹³⁵⁵ Bei *trustees* im Verfahren nach *Chapter 11* richtet sich die gerichtlich zu bestimmende Angemessenheit der Vergütung u.a. danach, wie viel Arbeitszeit anfiel, welche Gebühren der *trustee* für seine Tätigkeit veranschlagt, ob die zu vergütenden Tätigkeiten notwendig und vorteilhaft für die Verwaltung waren und ob sie der Komplexität der Aufgabe entsprachen.¹³⁵⁶ Der Vergütungsanspruch unterliegt jedoch einer strengen, im Vergleich zur Regelvergütung des deutschen Verwalters unattraktiven Limitierung, die anhand der durch den *trustee* an die Gläubiger verteilten Masse berechnet wird.¹³⁵⁷ Gerichte dürfen das gesetzliche Vergütungslimit, das auch keine Zuschläge für die risikoträchtige Tätigkeiten wie die Unternehmensfortführung bereithält, nicht überschreiten.¹³⁵⁸ Zudem besteht auch kein Anspruch, stets die maximal mögliche Vergütung zu erhalten.¹³⁵⁹ Zwar kann auch eine geringere Vergütung Anreizwirkung haben¹³⁶⁰, diese kann sich in der Regel aber nur bei entsprechend geringem Haftungsrisiko entfalten. Folglich begründet auch der Vergütungsaspekt die Erwartung, dass die persönliche Haftung des *trustee* beschränkter sein muss als die des deutschen Verwalters.¹³⁶¹

1355 11 U.S.C. § 330 (a) (1), FRBP 2016 (a); s. zur Vergütungslage bei Masseinsuffizienz *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 326.02 [1] [c]; der DIP selbst hat keinen Vergütungsanspruch unter dem *Bankruptcy Code*, vgl. 11 U.S.C. § 1107 (a), jedoch kann das Management gem. 11 U.S.C. §§ 327 (a), 330 (a) angestellt und vergütet werden, vgl. In re Crouse Group, Inc., 75 B.R. 553 (Bankr. E.D. Pa. 1987).

1356 11 U.S.C. § 330 (a) (3).

1357 Vgl. die Prozentsätze für die Regelvergütung des Verwalters nach § 2 InsVV im Vergleich denen in 11 U.S.C. § 326 (a).

1358 Vgl. hierzu *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 326.02 [1] [d].

1359 *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 330.02 [1].

1360 Die Anhebung auf die gegenwärtig gültigen Obergrenzen für die Vergütung geschah vor dem Hintergrund der Gewinnung geeigneter Amtskandidaten, denen meist höhere Vergütungen in der Privatwirtschaft offenstehen, vgl. *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 326.LH [6].

1361 Mitunter wird die geringe Vergütung als Begründung für Haftungsbeschränkungen zu Gunsten des *trustee* ins Feld geführt, vgl. *Radwan*, 35 Conn. L. Rev. 525, 543 (2003).

4. Fehlen eines kodifizierten Haftungsrahmens

Für die persönliche Haftung des *trustee* existiert kein gesetzlich festgelegter Rahmen. Zwar bedeutet dieser formelle Aspekt weder, dass kein einheitliches Haftungsrecht bestehen kann, noch, dass die Haftung besonders beschränkt sein muss, allerdings ist der Raum für gerichtliche Interpretationen und Erwägungen zur Risikotragung tendenziell größer, als wenn eine gesetzliche Haftungsnorm die Grenzen definiert. Hinzu kommt, dass der *U.S. Supreme Court* mit *Mosser v. Darrow* zwar den Grundstein für das Recht der Verwalterhaftung gelegt hat¹³⁶², jedoch nicht vermocht hat, hiermit auch eine einheitliche Judikatur bezüglich des an den *trustee* zu stellenden Sorgfaltsmaßstabes zu befördern. Diese Situation bietet der Verwirklichung autonomer gerichtlicher Vorstellungen von einer angemessenen Risikotragung des *trustee* ein weites Feld, was die nachfolgende Untersuchung der Haftungsvoraussetzung aufzeigen wird.

B. Vergleichende Untersuchung der Anspruchsvoraussetzungen

Die Tatbestandsvoraussetzungen des Schadensersatzanspruchs bestimmen Umfang und zugleich (anspruchsinhärente) Schranken der Haftung.¹³⁶³ Ihr materieller Regelungsgehalt ist ein Indikator für das vom Verwalter zu tragende Risiko, damit gebietet sich die Betrachtung des Kreises der potentiellen Anspruchsgläubiger, des Pflichtenumfanges, des Sorgfaltsmaßstabes, der Einstandspflicht für Dritte, des Umfangs des zu ersetzenden Schadens sowie der Modalitäten zur Anspruchsgeltendmachung. Im Folgenden werden diese Merkmale des § 60 InsO im Lichte der herausgearbeiteten Grundsätze zur Zweckadäquanz dargelegt und denen des strukturell ähnlichen Schadensersatzanspruchs wegen *breach of fiduciary duty* gegenübergestellt. Beleuchtet werden hierbei die systematischen und materiellen Gemeinsamkeiten und Unterschiede in beiden Rechtsordnungen, mit besonderem Fokus auf dem Umfang und den Schranken der Haftung.

1362 Vgl. oben Kap. 3 B.II.2.a).

1363 Zum Begriff der materiell-rechtlichen Haftungsbeschränkung *Bruns*, Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung, S. 3.

I. Der Kreis potentieller Anspruchsgläubiger

Der Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung insolvenzspezifischer bzw. treuhänderischer Pflichten steht in beiden Rechtsordnungen nicht jedermann, sondern nur einem bestimmten Personenkreis zu, nämlich den Beteiligten bzw. den *beneficiaries*. Hinsichtlich deren jeweiliger Qualifikation unterscheiden sich beide Rechtsordnungen.

1. Begriff des Beteiligten

Nach § 60 Abs. 1 S. 1 InsO ist der Insolvenzverwalter den Beteiligten zum Schadensersatz verpflichtet. Im Folgenden wird ein kurzer Überblick über die Auslegungshistorie des Beteiligtenbegriffs unter § 82 KO gegeben, um im Anschluss den rechtlichen *status quo* zu beleuchten.

a) Überblick über die Entwicklung der Rechtsprechung zu § 82 KO

Die Auslegung des bereits in § 82 KO verwendeten Begriffs hat im Laufe der Zeit erhebliche Veränderungen erfahren.¹³⁶⁴ Das Reichsgericht legte zu Beginn einen formellen Beteiligtenbegriff zugrunde, der sich an § 9 ZVG orientierte, was vor dem legislatorischen Kontext, in dem sich § 82 KO als Nachbildung des § 154 S. 1 ZVG zeigt, zu bewerten ist; Beteiligte i.S.d. § 82 KO waren daher nur diejenigen, denen als formelle Teilnehmer des Konkursverfahrens eigene Rechtspositionen eingeräumt waren.¹³⁶⁵

In der Folgezeit ging die höchstrichterliche Rechtsprechung von einem materiell bestimmten¹³⁶⁶ und sehr weit gefassten Beteiligtenbegriff des § 82 KO aus, der auch Verhandlungs- und Vertragspartner des Verwalters, also solche Personen, die durch Vertragsschluss Massegläubiger wurden, umfasste.¹³⁶⁷ Eine Unterscheidung der Beteiligtenstellung zwischen Altgläubigern und nach Verfahrenseröffnung neu hinzutretenden Massegläu-

1364 Vgl. eingehend hierzu *Lüke*, Konkursverwalterhaftung, S. 29 ff.

1365 Vgl. RGZ 74, 258, 259 ff.; *Jaeger/Gerhardt*, § 60, Rn. 21.

1366 Vgl. RGZ 144, 179, 181 f.; RGZ 149, 182, 185; hierzu *Lüke*, Konkursverwalterhaftung, S. 31 f.

1367 Vgl. RGZ 144, 179, 181 f.; BGH NJW 1973, 1043; BGH ZIP 1982, 1458, 1459; *Jaeger/Gerhardt*, § 60, Rn. 2.

bigern fand nicht statt.¹³⁶⁸ Folge dessen war ein hohes Haftungsrisiko, gerade in Fällen der Betriebsfortführung, denn der Verwalter verstieß gegen Pflichten i.S.d. § 82 KO, wenn er Masseansprüche begründete, deren Erfüllung aufgrund insuffizienten Massevermögens ausfiel.¹³⁶⁹ Er wurde damit zum persönlichen Träger des wirtschaftlichen Risikos der Unternehmensfortführung.¹³⁷⁰

Mit einer späteren Entscheidung des BGH¹³⁷¹ begann eine umfassende Änderung der Rechtsprechung.¹³⁷² Der Pflichtenkreis des Verwalters wurde auf die „konkurspezifischen“ begrenzt, „Pflichten, die dem Verwalter der Konkursmasse wie jedem Vertreter fremder Interessen gegenüber seinem Geschäftspartner bei oder nach Vertragsschluß obliegen“, waren davon nicht mehr umfasst.¹³⁷³ Bei Verletzung derartiger Pflichten haften laut BGH in der Regel der Vertretene, also die Masse; deren Geschäftspartner seien durch Verfahrenseröffnung gewarnt und könnten das damit verbundene Risiko selbst abschätzen.¹³⁷⁴ Eine Haftung des Verwalters käme dann lediglich aus allgemeinen Regeln in Betracht, nämlich wenn er eigene Pflichten übernommen hätte, einen Vertrauenstatbestand begründet oder eine unerlaubte Handlung begangen hätte.¹³⁷⁵ Mit der Eingrenzung des Pflichtenbegriffs beschnitt der BGH auch den Beteiligtenbegriff, denn Beteiligter war nur derjenige, demgegenüber die konkurspezifischen Pflichten bestanden.¹³⁷⁶

1368 *Pape*, ZInsO 2003, 1013, 1014.

1369 Vgl. BGH NJW 1958, 1351 mit Verweis auf *Weber*, FS Lent, S. 301, 314 f.; BGH NJW 1973, 1043; BGH NJW 1980, 55, 56; krit. hierzu bereits *Baur*, GS Bruns, S. 241, 248 ff.; *Jaeger/Gerhardt*, § 60, Rn. 3.

1370 Vgl. BGH NJW 1973, 1043; *Kirsche*y, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 58 f.

1371 BGH ZIP 1987, 115.

1372 *Jaeger/Gerhardt*, § 60, Rn. 5; *K/P/B/Lüke*, § 60, Rn. 3.

1373 Vgl. BGH ZIP 1987, 115, 117 (Haftung des Verwalters für die Begründung von Masseverbindlichkeiten im Rahmen der Betriebsfortführung), unter Bezugnahme auf u.a. *Baur*, GS Bruns, S. 241 f.

1374 Vgl. BGH ZIP 1987, 650, 652 (Haftung des Verwalters für die Verletzung von Aufklärungspflichten).

1375 BGH ZIP 1987, 650, 653.

1376 Vgl. BGH ZIP 1987, 115, 117; BGH ZIP 1987, 650, 652; *Pape*, ZInsO 2003, 1013, 1014; *Kirsche*y, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 59.

b) Der Beteiligtenbegriff des § 60 Abs. 1 S. 1 InsO

An der bereits zu § 82 KO vorgenommenen materiell-rechtlichen Auslegung des Beteiligtenbegriffs hat sich nach Einführung des § 60 InsO nichts geändert: Beteiligte im Sinne des § 60 Abs. 1 S. 1 InsO sind diejenigen, denen gegenüber der Verwalter insolvenzspezifische Pflichten zu erfüllen hat und deren Interessen durch die Verletzung dieser Pflichten berührt werden können.¹³⁷⁷ Das maßgebliche, strikte Korrespondenzverhältnis von Beteiligtenstellung und Verwalterpflichten verdeutlicht, dass dem Beteiligtenbegriff keine eigenständige Bedeutung als Voraussetzung des § 60 Abs. 1 S. 1 InsO zukommt.¹³⁷⁸ Er hat folglich keine haftungsbegrenzende Funktion.¹³⁷⁹

Da der materielle Beteiligtenbegriff sich nach den insolvenzspezifischen Pflichten richtet, was hinsichtlich der Anspruchsgläubigerstellung eine Einzelfallbetrachtung erforderlich macht, ist die Benennung eines „gesicherten Katalogs“¹³⁸⁰ von Beteiligten nicht angezeigt. Praktisch am häufigsten sind aber Fälle, die den Insolvenzschuldner, Insolvenz- und Massegläubiger sowie Aus- und Absonderungsberechtigte als Beteiligte involvieren.¹³⁸¹ Neumassegläubiger sind nach der *ratio* des § 60 Abs. 1 S. 1 InsO keine Beteiligten, denn ihnen gegenüber bestehen keine insolvenzspezifischen Pflichten.¹³⁸²

2. *Beneficiaries of the estate*

Beneficiaries of the estate sind diejenigen, an die potentiell Massevermögen zu verteilen ist.¹³⁸³ Ausschließlich ihnen gegenüber besteht qua formeller

1377 Klar h.L., vgl. BGH NZI 2006, 350; Jaeger/*Gerhardt*, § 60, Rn. 22; Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 6.37; Uhlenbruck/*Sinz*, § 60, Rn. 9; K/P/B/*Lüke*, § 60, Rn. 13; Schmidt/*Thole*, § 60, Rn. 6; zwischen ihnen und dem Verwalter besteht ein gesetzliches Schuldverhältnis, vgl. oben Kap. 3 A.I.2.a), d).

1378 Vgl. K. Schmidt, KTS 1976, 191, 199, 211, der im Rahmen der Amtshaftung (hierzu oben Kap. 3 A.I.2.c) von einem materiellen Beteiligtenbegriff ausgeht; *Lüke*, Konkursverwalterhaftung, S. 35 f.; Jaeger/*Gerhardt*, § 60, Rn. 22; Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 6.37; K/P/B/*Lüke*, § 60, Rn. 13; HK-InsO/*Lohmann*, § 60, Rn. 6.

1379 *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 61.

1380 K. Schmidt, KTS 1976, 191, 199.

1381 Vgl. hierzu Uhlenbruck/*Sinz*, § 60, Rn. 10.

1382 Uhlenbruck/*Sinz*, § 60, Rn. 11.

1383 *Maschmeyer*, Handbook for Trustees, P 4.01.

Stellung im Verfahren ein Treuhandverhältnis, in welchem dem *trustee* treuhänderische Pflichten obliegen. Ihr Kreis umfasst den Schuldner, die gesicherten und ungesicherten Gläubiger ungeachtet ihrer Rangordnung, einschließlich Gläubigern von *executory contracts*¹³⁸⁴, sowie die Gesellschafter des Gemeinschuldners.¹³⁸⁵ Andere Personen, die auf sonstige Weise Kontakt zur Masse und Masseverwaltung haben, sind keine *beneficiaries*, sondern *third parties*; ihnen steht mangels treuhänderischer Bindung zum *trustee* kein Anspruch aus *breach of fiduciary duty* zu. Hierzu zählen z.B. Personen, die durch unerlaubte Handlungen des *trustee* geschädigt wurden oder Vertragspartner des *estate*, z.B. Käufer von Vermögensgegenständen.¹³⁸⁶ Auch Eigentümer von Vermögensgegenständen, die fehlerhaft vom *trustee* zur Masse gezogen wurden (denen also nach deutschem Recht ein Aussonderungsrecht zustehen würde), sind mangels treuhänderischer Sonderbindung *third parties* und auf deliktische Ansprüche verwiesen.¹³⁸⁷

3. Ergebnis

Nach dem in Deutschland maßgeblichen Beteiligtenbegriff folgt die Position als potentieller Anspruchsgläubiger der Pflichtenstellung des Verwalters, ihm kommt daher keine eigenständige Bedeutung zu. Gegenteiliges trifft für das U.S.-amerikanische Insolvenzrecht zu: *beneficiaries* sind diejenigen, denen der *Bankruptcy Code* eine Verfahrensstellung zuschreibt und die an der Verteilung des Massevermögens partizipieren. Die Pflichtenstellung des *trustee* folgt bei diesem Verständnis der Verfahrensstellung der Beteiligten, diese definiert den subjektiven Schutzbereich der Haftungsvorschrift. Hiermit geht einher, dass in den USA der Beteiligtenkreis und damit die Vielfalt potentieller Haftungsgläubiger fixiert ist, ferner ist er auch weniger umfangreich als im deutschen Insolvenzrecht. Dem funktionalen Äquivalent des Aussonderungsberechtigten kommt im U.S.-amerikanischen Insolvenzrecht kein insolvenzspezifischer Haftungsanspruch zugute.¹³⁸⁸ Auch ist der Schuldner im Verfahren nach *Chapter 7* nur dann

1384 11 U.S.C. § 365.

1385 Vgl. hierzu oben Kap. 3 B.II.2.b)aa).

1386 Vgl. *Tennsco Corp. v. Estey Metal Products, Inc.*, 200 B.R. 542, 545 (D.N.J. 1996); *In re Cutright*, No. 08-70160-SCS, S. 18 f. (Bankr. E.D. Va. May 30, 2012).

1387 Vgl. zum Ganzen oben Kap. 3 B.II.3.

1388 Die Beteiligtenstellung einzelner Konkursgläubiger, Aussonderungs- und Absonderungsberechtigter war historisch auch im deutschen Insolvenzrecht nicht

ein *beneficiary*, wenn die Masse Überschüsse erzielt. Im Ergebnis wird in den USA über den Beteiligtenbegriff die persönliche Verwalterhaftung in personeller Hinsicht begrenzt.

II. Verletzung besonderer Verwalterpflichten

In beiden Rechtsordnungen ist die Verletzung einer besonderen, dem Verwalter obliegenden Pflicht der Anknüpfungspunkt für dessen persönliche Haftung. Die InsO nennt hierfür die insolvenzspezifische Pflicht des Verwalters, im *common law* der USA sind die *fiduciary duties* des *trustee* maßgeblich. Das Pflichtenprogramm beider Fremdverwalter ähnelt sich.

1. Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten i.S.d. § 60 Abs. 1 S. 1 InsO

a) Begriff der insolvenzspezifischen Pflicht

§ 60 Abs. 1 S. 1 InsO orientiert sich sprachlich und materiell an der zu § 82 KO ergangenen Rechtsprechung zur konkursspezifischen Pflicht. Die Auslegung des Pflichtbegriffs ist in der Literatur umstritten.

aa) Begrenzung der Haftung auf die insolvenzspezifischen Pflichten

Nach § 60 Abs. 1 S. 1 InsO ist der Insolvenzverwalter den Beteiligten zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er Pflichten verletzt, die ihm „nach diesem Gesetz obliegen“. Mit Blick auf die Entwicklung des Beteiligtenbegriffs¹³⁸⁹ wird deutlich, dass der Gesetzgeber sich mit Fassung des § 60 Abs. 1 S. 1 InsO sprachlich an der Rechtsprechung zur Verletzung konkursspezifischer Pflichten orientiert hat¹³⁹⁰: sanktioniert werden soll nur die Verletzung der speziell in der InsO niedergelegten Pflichten.¹³⁹¹ Diese Konkretisierung des Pflichtenkreises stellt, weil solche Pflichten, die dem Verwalter wie jedem Vertreter fremder Interessen Dritten gegenüber oblie-

immer eindeutig geklärt, s. hierzu *K. Schmidt*, KTS 1976, 191, 196 unter Verweis auf RGZ 34, 26, 29.

1389 Vgl. oben Kap. 4 B.I.1.a).

1390 Vgl. BGH ZIP 1987, 115, 117.

1391 Vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 129; Jaeger/*Gerhardt*, § 60, Rn. 9.

gen oder ihn als Verhandlungs- und Vertragspartner solcher treffen, hiervon ausgenommen sind¹³⁹², zugleich eine gesetzliche Begrenzung der persönlichen Haftung des Verwalters dar.¹³⁹³ Hierdurch soll eine „Ausuferung der Haftung“ vermieden werden.¹³⁹⁴ Abgesehen von der terminologischen Anknüpfung an die zu § 82 KO ergangene Rechtsprechung kommt dem Pflichtenbegriff des § 60 Abs. 1 S. 1 InsO kein weitergehender materieller Gehalt zu.¹³⁹⁵

bb) Auslegung des Pflichtenbegriffs des § 60 Abs. 1 S. 1 InsO

Einigkeit besteht darüber, dass § 60 Abs. 1 S. 1 InsO nur die Verletzung einer insolvenzspezifischen Pflicht durch den Verwalter sanktioniert.¹³⁹⁶ Umstritten ist jedoch, ob lediglich in der InsO normierte Pflichten haftungsbewehrt sind oder ob eine weitere Auslegung geboten ist.

(1) Strenge Wortlautorientierung

Teilweise wird eine eng am Wortlaut des § 60 Abs. 1 S. 1 InsO orientierte Auslegung vertreten. Haftungsbewehrte insolvenzspezifische Pflichten seien nur solche, die explizit in der InsO niedergelegt sind.¹³⁹⁷ Hierfür spreche, neben dem Wortlaut, auch die im Gesetzesentwurf der Bundesre-

1392 Vgl. BGH ZIP 1987, 115, 117; BAG NZI 2013, 284, 287, Rn. 41; dem Grundsatz nach auch BGH NZI 2007, 286, Rn. 7. Zugleich wurde in dieser Entscheidung die Verletzung von Vertragspflichten als gem. § 60 Abs. 1 InsO haftungsbegründend angesehen, sofern hierdurch die Erfüllung von gegenüber dem Vertragspartner bestehenden insolvenzspezifischen Pflichten gefährdet wird.

1393 Vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 129; *Meyer-Löwy/Poertzgen*, ZInsO 2004, 363, 364.

1394 BT-Drucks. 12/2443, S. 129; BGH NJW 2005, 901, 902; BAG NZI 2013, 284, 287, Rn. 41.

1395 Zum Ganzen Jaeger/*Gerhardt*, § 60, Rn. 9, der von einer „bloßen Klarstellung“ spricht.

1396 Vgl. BGH ZIP 2007, 539; BAG NZI 2013, 284, 287; *Lüke*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 103; *Uhlenbruck/Sinz*, § 60, Rn. 12; *Nerlich/Römermann/Rein*, § 60, Rn. 18; *K/P/B/Lüke*, § 60, Rn. 12; krit. zur Eignung des Begriffs der insolvenzspezifischen Pflicht *Zipperer*, KTS 2008, 167 ff.

1397 *Bönner*, Ermessen und Haftung, S. 20 f.; *Nerlich/Römermann/Rein*, § 60, Rn. 18; *Kirschhey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 66; ebenso *Andres/Leithaus/Andres*, § 60, Rn. 4, der aber anerkennt, dass auch nicht ausdrücklich in der InsO normierte Pflichten, je nach Ergebnis der Einzelfallprüfung, insolvenzspezifische Pflichten i.S.v. § 60 Abs. 1 S. 1 InsO sein können; terminolo-

gierung dargelegte¹³⁹⁸ gesetzgeberische Intention.¹³⁹⁹ Eine Erweiterung des Pflichtenkreises über die InsO hinaus bedeute eine unsachgemäße Ausweitung der persönlichen Verwalterhaftung; diese habe aber gerade durch die Neuregelung des § 60 Abs. 1 S. 1 InsO, dessen Text im Unterschied zu § 82 KO konkret auf das für die Pflichten maßgebliche Rechtsregime verweise, begrenzt werden sollen.¹⁴⁰⁰

(2) Wortlautüberschreitende Auslegung

Andere Stimmen gelangen zu einer weiteren Auslegung und sehen den Kreis haftungsbewahrter insolvenzspezifischer Pflichten nicht auf die konkret in der InsO normierten Pflichten beschränkt.¹⁴⁰¹ Insolvenzspezifische Verwalterpflichten könnten sich auch aus insolvenzrechtlichen Nebengesetzen, allgemeinen Gesetzesregelungen oder gerichtlicher Übertragung ergeben.¹⁴⁰² Nach dieser Ansicht wird der Pflichtenbegriff materiell¹⁴⁰³ bestimmt: Maßgeblich sei allein die Verletzung einer Pflicht, die den Verwalter in seiner Funktion als Amtsträger, also als Amtspflicht, trifft.¹⁴⁰⁴

gisch klingt die strenge Wortlautorientierung auch bei BGH NZI 2016, 580 f., Rn. 14 an.

1398 Vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 129.

1399 Nerlich/Römermann/Rein, § 60, Rn. 18, Fn. 4; *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 65 f.

1400 Vgl. *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 65 f.

1401 Wohl überwiegende Ansicht, vgl. Jaeger/*Gerhardt*, § 60, Rn. 23; *Oldiges*, Haftung unter der Business Judgment Rule, S. 76; Schmidt/*Thole*, § 60, Rn. 7; K/P/B/*Lüke*, § 60, Rn. 12; MüKo/*Schoppmeyer*, § 60, Rn. 1a; *Pape*, ZInsO 2019, 2033, 2035; ähnlich, für einen auf das gesamte Insolvenzrecht bezogenen Pflichtwidrigkeitsmaßstab, *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 6.39; im Ergebnis ebenfalls die reine Wortlautorientierung verlassend BGH NZI 2007, 286, Rn. 7, hierzu *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 64 f.

1402 Jaeger/*Gerhardt*, § 60, Rn. 23; Schmidt/*Thole*, § 60, Rn. 7, der auch ungeschriebene Amtspflichten miteinbezieht; K/P/B/*Lüke*, § 60, Rn. 12, mit Verweis auf OLG Hamm, OLG Hamm 2008, 364, 365, wo die auf den Treuhänder übertragene (§ 8 Abs. 3 InsO) Pflicht zur Zustellung des Eröffnungsbeschlusses gem. § 30 Abs. 2 InsO als nach § 60 Abs. 1 S. 1 InsO haftungsbewehrte insolvenzspezifische Pflicht qualifiziert wurde; hierzu auch Jaeger/*Gerhardt*, § 8, Rn. 12.

1403 MüKo/*Schoppmeyer*, § 60, Rn. 1a.

1404 Jaeger/*Gerhardt*, § 60, Rn. 23; Schmidt/*Thole*, § 60, Rn. 7; *Pape*, ZInsO 2019, 2033, 2035; fehlt geht der Hinweis von *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 64, Fn. 433, dass *Gerhardt*, a.a.O., sich in seiner Kommentierung zu arbeits- und sozialrechtlichen Pflichten des Verwalters selbst widerspreche.

Es müsse bei der Pflichtenbestimmung danach geschaut werden, ob die verletzte Pflicht dem Risikoschutz der Beteiligten diene.¹⁴⁰⁵

(3) Übertragung der Grundsätze des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte

Eine weitere Ansicht bestimmt die Insolvenzspezifität anhand der für die Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte entwickelten Voraussetzungen.¹⁴⁰⁶ Abgestellt wird auf die Merkmale Leistungsnähe, Schutzbedürftigkeit und Erkennbarkeit.¹⁴⁰⁷ Maßgeblich für die Einbeziehung in den Schutzbereich einer insolvenzspezifischen Pflicht sei unter anderem, ob das Insolvenzverfahren zu Einschnitten in den Rechtskreis des Beteiligten führe.¹⁴⁰⁸

(4) Stellungnahme

Zunächst ist festzuhalten, dass der Pflichtenkreis des Verwalters nicht auf solche Pflichten beschränkt sein kann, die sich im Text der InsO formell als solche lesen, d.h. dem Verwalter ein konkretes Handeln gebieten oder verbieten, denn dann wäre kaum begründbar, warum die masseschmälernde Nichtausübung einer dem Verwalter zustehenden Befugnis (z.B. Anfechtungsrechte nach §§ 129 ff. InsO) eine haftungsbegründende Pflichtverletzung darstellen soll.¹⁴⁰⁹ Dieses Ergebnis wird auch von der streng wortlautorientierten Ansicht nicht gefordert sein. Dieser Ansicht ist im Übrigen zu konzедieren, dass der Wortlaut des § 60 Abs. 1 S. 1 InsO für die Annahme von Pflichten außerhalb der InsO kaum Raum lässt.¹⁴¹⁰ Ferner ergibt sich zweifelsohne der ganz überwiegende Anteil der insol-

Gerhardt sieht (a.a.O.) nach seiner Auslegung des Pflichtenbegriffs *keine* Notwendigkeit, diese Pflichten als insolvenzspezifisch zu klassifizieren und ist insoweit konsistent mit seinen Ausführungen a.a.O., Rn. 98.

1405 Vgl. K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 12; MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 1a.

1406 Bislang nur Kirchhof, Haftung gegenüber den Absonderungsberechtigten, S. 85 ff.

1407 Kirchhof, a.a.O., S. 86 ff.

1408 Kirchhof, a.a.O., S. 90.

1409 Vgl. Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 24.

1410 Gleiches gilt für die entsprechenden Aussagen in BT- Drucks. 12/2443, S. 129.

venzspezifischen Pflichten aus den Regelungen der InsO als maßgeblicher Rechtsrahmen der Insolvenzverwaltung.

Gleichwohl liegt im starren Festhalten am Wortlaut der Norm die Gefahr, die dogmatischen Grundlagen und Funktion der persönlichen Verwalterhaftung außer Betracht zu lassen, die ihrerseits gerade maßgeblich für die Pflichtenbestimmung sein sollten.¹⁴¹¹ Wenn die Norm Pflichten benennt, die dem Verwalter nach der InsO obliegen, so ist, wie die zweitgenannte Ansicht zutreffend hervorhebt, der Verwalter als Pflichtenadressat in den Fokus zu rücken.¹⁴¹² Da der *telos* des § 60 InsO im Ausgleich der durch die Fremdverwaltung induzierten Risikoexposition der Beteiligten liegt, ist es auch sachgerecht, sich bei Bestimmung des Kreises haftungsbewehrter Pflichten materiell und damit zweckadäquat am von den Verwalterbefugnissen ausgehenden Risiko zu orientieren, anstatt sich auf die rein formelle Verortung in der InsO zu beschränken.¹⁴¹³ Aus demselben Grund kann auch der drittgenannten Ansicht nicht gefolgt werden. Nicht dem Einschnitt in den Rechtskreis eines Beteiligten, sondern dem abstrakten Vermögensrisiko, das der Einsatz eines umfassend befugten Fremdverwalters mit sich bringt, soll § 60 InsO begegnen. Dieses Risiko kann auch dann bestehen, wenn keine Reduzierung der Rechtsposition vorliegt.¹⁴¹⁴

Ferner gelangt man mit der materiellen Pflichtenbestimmung auch nicht zu einer sachwidrigen Ausweitung des Haftungsrisikos des Verwalters.¹⁴¹⁵ Die dem Begriff der konkursspezifischen Pflicht inhärente, haftungsbegrenzende Negativbestimmung ist mit der materiellen Auslegung des Pflichtenbegriffs nach § 60 Abs. 1 S. 1 InsO kongruent, weil die allgemeinen Pflichten auch hiernach nicht insolvenzspezifisch sind.¹⁴¹⁶ Damit wird gerade nicht jede erdenkliche Verwalterpflicht zur insolvenzspezifischen Pflicht erhoben, sondern nur diejenigen, die auf der besonderen Funktion des Verwalteramtes fußen.¹⁴¹⁷

1411 So K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 12.

1412 Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 23.

1413 Vgl. K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 12; MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 1a.

1414 So auch Lüke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 106 f.; K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 12a.

1415 So aber Kirschey, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 65.

1416 Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 23.

1417 Anschaulich Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 98; s. auch die Entgegnung von K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 12, Fn. 52, auf die Kritik Gerhardts. Beide Ansichten unterscheiden sich im Ergebnis nicht.

b) Überblick über den Kanon haftungsbewehrter Verwalterpflichten

Im Folgenden wird ein Überblick über einzelne insolvenzspezifische Pflichten gegeben.¹⁴¹⁸ Typischerweise wirkt sich die Art, auf die das Verfahren abgewickelt werden soll, auf den Pflichtenkreis des Verwalters aus. So stehen bei der zerschlagenden Liquidation andere insolvenzspezifische Pflichten als bei der Unternehmensfortführung im Fokus.

aa) Pflichten im Zusammenhang mit Inbesitznahme, Erhalt und Verwertung der Masse

Der Verwalter hat sämtliches zur Masse gehörendes Vermögen in Besitz und Verwaltung zu nehmen (§ 148 Abs. 1 InsO). Er ist verpflichtet, das Massevermögen zu bewahren und ordnungsgemäß zu verwalten.¹⁴¹⁹ Ferner hat er die Masse zu verwerten, soweit Beschlüsse der Gläubigerversammlung nicht entgegenstehen (§ 159 InsO). Verletzt der Verwalter diese Pflichten, entsteht in der Regel ein Gesamtschaden, der alle Gläubiger in ihrer Gesamtheit betrifft.¹⁴²⁰

(1) Inbesitznahme

Die Pflicht zur Inbesitznahme betrifft auch ausländisches Vermögen des Schuldners.¹⁴²¹ Der Verwalter hat die Schuldenmasse zu ermitteln und nicht-bestehenden Insolvenzforderungen zu widersprechen (§ 178 Abs. 1 InsO).¹⁴²² Ansprüche der Masse gegen Dritte¹⁴²³ hat er vor Verjährungseintritt geltend zu machen, wenn die Erfolgsprognose positiv und der Klageaufwand wirtschaftlich vertretbar ist.¹⁴²⁴ Des Weiteren muss er untersuchen, was durch anfechtbare Handlungen aus dem Schuldnervermögen

1418 Eine erschöpfende Darstellung aller Pflichten ist weder möglich noch zweckmäßig. Insoweit wird auf die umfassende Kommentarliteratur verwiesen.

1419 BGH ZIP 2014, 1448, 1449.

1420 MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 11; vgl. zur Unterscheidung von Einzel- und Gesamtschaden unten Kap. 4 B.VI.1.c).

1421 BGH NJW 1983, 2147; HK-InsO/Lohmann, § 60, Rn. 9.

1422 Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 28.

1423 Z.B. aus § 826 BGB, vgl. BGH NJW 1986, 1174; BGH ZIP 2008, 455.

1424 Im Zweifel hat er verjährungshemmende Maßnahmen einzuleiten, vgl. zum Ganzen MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 14.

abgeflissen ist und ist verpflichtet, Anfechtungsrechte gerichtlich durchzusetzen.¹⁴²⁵ Bei einer insolventen Kapitalgesellschaft gehört zu den Verwaltungspflichten die Prüfung, ob Grundsätze der Kapitalaufbringung und -erhaltung beachtet worden sind.¹⁴²⁶ Ferner hat er, bei Insolvenz einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit oder einer KGaA, Ansprüche gem. § 93 InsO durchzusetzen.¹⁴²⁷

(2) Erhalt und Mehrung der Masse

Zur den Pflichten des Verwalters gehört, Massegegenstände zu erhalten und vor Beschädigung zu schützen.¹⁴²⁸ Neben tatsächlichen Sicherungsmaßnahmen ist er auch verpflichtet, Massegegenstände ausreichend gegen Schäden durch Diebstahl, Feuer, Wasser oder Sturm zu versichern.¹⁴²⁹ Dies gilt nicht, wenn die Insolvenzmasse über keine ausreichenden Mittel zur Deckung der Versicherungsprämien verfügt.¹⁴³⁰ Der Verwalter hat in der Zeit nach dem Berichtstermin einen Betrieb stillzulegen, wenn bei der Fortführung Verluste entstehen; bis zum Berichtstermin hat er, sofern nicht eine erhebliche Verminderung der Insolvenzmasse droht, den Betrieb auch verlustreich fortzuführen (§ 158 Abs. 2 S. 2 InsO).¹⁴³¹ Massegegenstände, deren Verbleib in der Masse einen größeren wirtschaftlichen Aufwand erzeugt, als die Verwertung einbringt, muss der Verwalter freigeben.¹⁴³² Umgekehrt bedeutet die Freigabe von Massegegenständen eine

1425 Meyer-Löwy/Poertzgen/Sauer, ZInsO 2005, 691, 693; s. zu haftungsrechtlichen Konsequenzen des Erlasses von anfechtungsrechtlichen Rückgewähransprüchen Bork, ZIP 2006, 589, 593.

1426 BGH NZI 2009, 771, 772.

1427 Vgl. MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 13.

1428 Vgl. Schmidt/Thole, § 60, Rn. 9; HK-InsO/Lohmann, § 60, Rn. 11; hierzu gehört auch, Vorkehrungen zur Verhinderung eines Wasserschadens an massezugehörigen Gebäuden zu treffen, vgl. BGH NJW 1988, 209, 210.

1429 Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 39; Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 24; rückständige Versicherungsprämien aus der Zeit vor der Insolvenzverfahrenseröffnung darf der Verwalter in der Regel aufgrund des Grundsatzes der *par conditio creditorum* nicht bezahlen. Er hat dann anderweitig für Versicherungsschutz sorgen und muss u.U. eine neue Versicherung abschließen, hierzu BGH NJW 1989, 1034, 1036.

1430 Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 24.

1431 Vgl. Lücke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 217 f.

1432 Vgl. MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 16.

Pflichtverletzung, wenn nach der Verwertung ein positiver Saldo für die Masse bestanden hätte.¹⁴³³

Der Verwalter hat das Massevermögen auch zu mehren.¹⁴³⁴ Er muss deshalb Forderungen des Schuldners gegen Dritte einziehen¹⁴³⁵ und nicht benötigte Geldmittel zinsgünstig anlegen.¹⁴³⁶ Der Verwalter kann ferner, unter Berücksichtigung eines weiten unternehmerischen Ermessens und nach den Umständen des Einzelfalls, zur aktiven Wahrnehmung von Geschäftschancen verpflichtet sein.¹⁴³⁷ Korrespondierend hierzu darf er im Zuge der Betriebsfortführung keine Geschäftschancen, die der Sphäre des Gemeinschuldners zuzuordnen sind, für sich selbst nutzen.¹⁴³⁸

(3) Verwertung

Der Insolvenzverwalter ist zur bestmöglichen Masseverwertung verpflichtet.¹⁴³⁹ Im Berichtstermin entscheidet die Gläubigerversammlung darüber, ob das Unternehmen des Schuldners vorläufig fortgeführt oder stillgelegt wird (§ 157 S. 1 InsO). Davor sind Verwertungshandlungen durch den Verwalter zu unterlassen.¹⁴⁴⁰ Nach dem Berichtstermin ist er verpflichtet, das Massevermögen unverzüglich zu verwerten, soweit Beschlüsse der Gläubigerversammlung nicht entgegenstehen (§ 159 InsO), gleichwohl kann eine übereilte Liquidation eine Verletzung der Pflicht zur optimalen Verfahrensabwicklung darstellen.¹⁴⁴¹ Der Verwalter ist verpflichtet, bei der Verwertung für eine möglichst gleichmäßige Befriedigung der Forderungen der Insolvenzgläubiger zu sorgen.¹⁴⁴² Massegegenstände hat er so günstig

1433 Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 14.

1434 Vgl. BGH NJW 2017, 1749, 1750, Rn. 13; MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 29; krit. Böhme, ZInsO 2017, 1468 ff.

1435 HK-InsO/Lohmann, § 60, Rn. 10.

1436 Vgl. BGH NZI 2014, 757, 758 ff; BGH ZIP 2017, 779, 780; krit. Lüke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 208 ff.

1437 Vgl. BGH ZIP 2017, 779, 781; MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 31.

1438 Der BGH wendet hierzu die Grundsätze des § 88 Abs. 1 S. 1 AktG analog auf den Insolvenzverwalter an, vgl. BGH ZIP 2017, 779, 781 f.; s. zum Ganzen auch Becker, NZI 2017, 435 ff.

1439 Vgl. BGH NJW-RR 2016, 686, 687, Rn. 15; Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 16; K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 23c.

1440 Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 40. Ausgenommen sind Verwertungshandlungen innerhalb des durch § 158 InsO gesetzten Rahmens.

1441 Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 16.

1442 BGH ZIP 1987, 1586, 1587.

wie möglich zu veräußern.¹⁴⁴³ Veräußert er einzelne Vermögensgegenstände oder auch das Unternehmen bzw. Unternehmensteile unter Wert, so verstößt er gegen die Pflicht zur bestmöglichen Masseverwertung.¹⁴⁴⁴

bb) Pflichten gegenüber Insolvenzgläubigern

Die Verletzung der vorgenannten Pflichten resultiert in der Regel in einem Gesamtschaden. Den Verwalter treffen zudem auch Pflichten gegenüber den einzelnen Gläubigern, deren Verletzung einen Einzelschaden bei diesen verursacht. So ist der Verwalter verpflichtet, Forderungsanmeldungen zur Tabelle entgegenzunehmen und zu prüfen.¹⁴⁴⁵ Vor der Verteilung hat er ein Verzeichnis der Forderungen aufzustellen, die bei der Verteilung zu berücksichtigen sind (§ 188 S. 1 InsO). Für die Richtig- und Vollständigkeit dieses Verzeichnisses ist der Verwalter verantwortlich.¹⁴⁴⁶ Auch stellt die den Quoten entsprechende Erlösverteilung an die Gläubiger¹⁴⁴⁷ eine insolvenzspezifische Pflicht des Verwalters dar.¹⁴⁴⁸ Er begeht dann eine Pflichtverletzung, wenn er es unterlässt, die Forderung eines Gläubigers in das Schlussverzeichnis aufzunehmen.¹⁴⁴⁹

cc) Pflichten gegenüber Massegläubigern

Der Verwalter steht in einer insolvenzspezifischen Pflichtenbeziehung zu den Massegläubigern, was sich bereits aus § 53 InsO ergibt.¹⁴⁵⁰ Er darf

1443 MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 33.

1444 Neben dem durch die unterwertige Veräußerung verursachten Gesamtschaden kann, sofern der Veräußerungserlös die Summe der Forderungen überstiegen hätte, auch ein Einzelschaden beim Schuldner in Höhe des ansonsten an ihn auszukehrenden Wertes bestehen, vgl. MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 33.

1445 Vgl. §§ 174 ff. InsO.

1446 K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 23; MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 48.

1447 Vgl. §§ 187 ff. InsO.

1448 Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 22.

1449 Vgl. BGH NJW 1994, 2286; Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 21; wenn infolgedessen eine Erlösverteilung an den entsprechenden Gläubiger unterbleibt, haftet der Verwalter diesem gegenüber aus § 60 Abs. 1 S. 1 InsO persönlich. Der Gläubiger muss sich jedoch ein Mitverschulden gem. § 254 BGB entgegenhalten lassen, wenn er gegen das Schlussverzeichnis keine Einwendungen erhebt, vgl. K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 23.

1450 BGH NZI 2004, 435, 436; Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 26.

Masseforderungen nicht wie Insolvenzforderungen behandeln und hat Massegläubiger, die irrtümlich Forderungen als Insolvenzforderung zur Tabelle angemeldet haben, darauf hinzuweisen.¹⁴⁵¹ Den Verwalter trifft die Pflicht, eine Verminderung der Masse, sei es durch aktive Verringerung oder durch Erhöhung der Passiva, zu verhindern.¹⁴⁵² Die Pflicht zur Anzeige der Masseunzulänglichkeit (§ 208 Abs. 1 S. 1 InsO) ist zugleich eine insolvenzspezifische Pflicht gegenüber den Massegläubigern.¹⁴⁵³ Ferner hat der Verwalter die durch § 209 InsO festgelegte Befriedigungsrangfolge zu beachten.¹⁴⁵⁴

dd) Pflichten gegenüber Aussonderungsberechtigten

Obwohl Aussonderungsberechtigte¹⁴⁵⁵ nicht am Insolvenzverfahren teilnehmen, bestehen ihnen gegenüber, wegen der Exposition ihres Eigentumsrechts, insolvenzspezifische Pflichten.¹⁴⁵⁶ Der Verwalter muss Aussonderungsrechte beachten und an der Herausgabe der Gegenstände mitwirken.¹⁴⁵⁷ Fremdes Vermögen, das vom Verwalter als solches erkannt wurde, darf er nicht für die Masse in Besitz nehmen.¹⁴⁵⁸ Hinsichtlich des Aussonderungsgutes trifft ihn die Pflicht zur sorgfältigen Behandlung und Verwahrung, was z.B. den Schutz vor Verlust, Diebstahl sowie Beschädigung umfasst.¹⁴⁵⁹ Eine allgemeine Untersuchungspflicht der Vermögensgegenstände hinsichtlich des Bestehens von Aussonderungsrechten trifft den Verwalter nach h.L. nicht. Es würde eine unzumutbare Belastung für ihn darstellen, müsste er jeden Vermögensgegenstand des Schuldners überprüfen. Vielmehr ist er nur zur Überprüfung von Rechten Dritter verpflichtet, wenn solche Rechte erkennbar sind bzw. Anhaltspunkte für ihr Bestehen vorliegen.¹⁴⁶⁰

1451 OLG München ZIP 1981, 887, 888; Jaeger/*Gerhardt*, § 60, Rn. 67.

1452 BGH NZI 2004, 435.

1453 Vgl. Uhlenbruck/*Sinz*, § 60, Rn. 27 m.w.N.

1454 Jaeger/*Gerhardt*, § 60, Rn. 68.

1455 Vgl. § 47 InsO.

1456 K/P/B/*Lüke*, § 60, Rn. 14.

1457 BGH ZIP 2006, 194, 195.

1458 *Lüke*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 103.

1459 *Lüke*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 122 f.; Uhlenbruck/*Sinz*, § 60, Rn. 31.

1460 Vgl. OLG Düsseldorf ZIP 1988, 450, 451; K/P/B/*Lüke*, § 60, Rn. 15a.

ee) Pflichten gegenüber Absonderungsberechtigten

Der Verwalter ist zur Inbesitznahme, Verwahrung und Verwertung der mit Absonderungsrechten belegten Gegenstände verpflichtet.¹⁴⁶¹ Ihm obliegt die Obhutspflicht für die in seinem Besitz befindlichen Gegenstände, was den Abschluss von Versicherungen einschließen kann.¹⁴⁶² Dies gilt unabhängig von der Möglichkeit etwaiger Erlösüberschüsse nach Verwertung des Gegenstands.¹⁴⁶³ Der Insolvenzverwalter hat das Recht zur freihändigen Verwertung der Absonderungsgegenstände (§ 166 Abs. 1 InsO), allerdings bestehen Informations- bzw. Mitteilungspflichten zu Gunsten des Absonderungsberechtigten¹⁴⁶⁴, die nach h.M. insolvenzspezifische Pflichten sind.¹⁴⁶⁵ Der Verwalter verletzt seine insolvenzspezifischen Pflichten, wenn er durch die unsachgemäße Verwertung das Absonderungsrecht vernichtet oder wenn er den Verwertungserlös nicht an den Gläubiger abführt.¹⁴⁶⁶

ff) Pflichten gegenüber dem Schuldner

Die Pflichten des Verwalters gegenüber dem Gemeinschuldner sind weitgehend mit denen kongruent, die ihm gegenüber den Insolvenzgläubigern obliegen.¹⁴⁶⁷ Er ist ihm gegenüber zur bestmöglichen Verfahrensabwicklung verpflichtet, was sich bereits aus dem Interesse des Schuldners ergibt, eine etwaige Nachhaftung nach § 201 Abs. 1 InsO gering zu halten.¹⁴⁶⁸ Hierzu gehören z.B. die prozessuale Durchsetzung von Ansprüchen¹⁴⁶⁹ und die Erhaltung von Massegegenständen.¹⁴⁷⁰ Pflichtverletzungen, die zu einer Masseminderung führen, stellen zugleich auch die Verletzung

1461 K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 17.

1462 Vgl. K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 17; einschränkend MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 60, der einen Schadensersatzanspruch gegen den Verwalter bei Unterlassen des Abschlusses einer Feuerversicherung nur bei Gefährdung des Grundpfandrechts annimmt.

1463 Vgl. hierzu Lüke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 139.

1464 Vgl. §§ 167 f. InsO.

1465 Vgl. Lüke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 143 f.; K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 18.

1466 Lüke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 155; Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 40.

1467 Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 47.

1468 Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 81 f.; HK-InsO/Lohmann, § 60, Rn. 17.

1469 BGH NJW 1994, 323, 324.

1470 MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 15.

insolvenzspezifischer Pflichten gegenüber dem Insolvenzschuldner dar.¹⁴⁷¹ Der Verwalter verletzt auch dann seine Pflicht gegenüber dem Schuldner, wenn er durch sein Verhalten eine Unternehmensveräußerung, die dem Schuldner einen Vermögensüberschuss eingebracht hätte, verhindert oder wenn er das Verfahren in übertriebener Eile durchführt.¹⁴⁷² Der Verwalter darf auch nicht über unpfändbares und damit nicht zur Masse gehöriges Eigentum¹⁴⁷³ des Schuldners verfügen.¹⁴⁷⁴

2. Breach of fiduciary duty

a) Begriff der *fiduciary duty*

Die treuhänderischen Pflichten (*fiduciary duties*) sind nicht Teil des kodifizierten Rechts, sondern wurden im Wege richterlicher Rechtsfortbildung, maßgeblich durch Bezugnahme auf das *trust law*, für den *bankruptcy trustee* als eigenständiges *common law* entwickelt. *Fiduciary duties* beschreiben die Pflichten, die dem *trustee* als fremdnützigem Treuhänder gegenüber den *beneficiaries* obliegen.¹⁴⁷⁵ Sie treffen ihn unabhängig von der Verfahrensart, unter der er bestellt wurde, und gelten ebenso für den DIP.¹⁴⁷⁶

Zu klären ist das Verhältnis der *fiduciary duties* zu den gesetzlich normierten Pflichten (*statutory duties*) des *trustee*.¹⁴⁷⁷ Gewisse *statutory duties* sind aufgrund ihres materiellen Gehalts zugleich *fiduciary duties*, wie z.B. die in 11 U.S.C. § 704 (a) (2) festgelegte Rechenschaftspflicht bezüglich des Vermögens des *estate* oder die Pflicht zur Massezusammenstellung- und Verwertung gem. 11 U.S.C. § 704 (1) (a).¹⁴⁷⁸ Insoweit sind die gesetzlich festgelegten Pflichten des *trustee* teilweise zugleich treuhänderische Pflichten. Dies gilt nicht bei solchen *statutory duties*, die nicht von einem treuhänderischen Verhältnis zwischen *trustee* und *beneficiaries* geprägt, sondern

1471 Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 82.

1472 Vgl. BGH ZIP 1985, 423, 425.

1473 § 36 Abs. 1 InsO.

1474 Vgl. BGH ZIP 2008, 1685, 1686.

1475 Vgl. zum Ganzen oben Kap. 3 B.II.2.d)aa).

1476 Vgl. *Kelch*, 38 Wayne L. Rev. 1323, 1340 (1992); *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 188, 193 (1994); *ders.*, 102 Dick. L. Rev. 703, 725 f. (1998).

1477 Vgl. 11 U.S.C. §§ 704, 1106.

1478 Vgl. In re Melenzyer, 140 B.R. 143, 154 (W.D. Tex. 1992); *Schechter v. Ill. Department of Revenue* (In re Markos Gurnee Partnership), 182 B.R. 211, 218 f. (Bankr. N.D. Ill. 1995); *Pottow*, *Fiduciary Principles*, S. 209.

rein administrativer Natur sind.¹⁴⁷⁹ Es gilt der Grundsatz, dass die Abwesenheit der expliziten Kennzeichnung einer gesetzlichen Pflicht als „*fiduciary*“ nicht ausschließt, dass sie treuhänderischer Natur ist; umgekehrt bedeutet die Nennung einer Pflicht im *Bankruptcy Code* nicht automatisch, dass die Pflicht eine *fiduciary duty* ist.¹⁴⁸⁰ Grundsätzlich indiziert der Verstoß gegen eine *statutory duty* eine Sorgfaltspflichtverletzung und damit einen Verstoß gegen die *fiduciary duty of care*.¹⁴⁸¹

b) Inhalt der Pflichten

Wesentlich sind zunächst die „Grundpflichten“, die *duty of care* und die *duty of loyalty*.¹⁴⁸² Auch die *duty of impartiality*, die Pflicht zur Gleichbehandlung aller Beteiligten, hat grundlegenden Charakter. Die Grundpflichten zeichnen sich dadurch aus, dass sie allgemeingültige Prinzipien darstellen, nach denen sich die Tätigkeit des *trustee* auszurichten hat, anstatt konkret einzelne Verwaltungstätigkeiten zu beschreiben.¹⁴⁸³

Dazu haben sich in der Kasuistik etliche Pflichten mit konkretem Verwaltungsbezug herausgebildet, deren Gestalt je nach Verfahrensart variiert,

1479 Wie z.B. die in 11 U.S.C. § 704 (a) (12) beschriebene Pflicht des *trustee* zur Verlegung von Patienten von Betrieben im Gesundheitswesen, deren Schließung droht, in eine vergleichbare Einrichtung, vgl. *Pottow*, *Fiduciary Principles*, S. 209.

1480 Vgl. allgemein *Pottow*, *Fiduciary Principles*, S. 208 ff.

1481 In re *Cutright*, No. 08-70160-SCS, S. 23 (Bankr. E.D. Va. May 30, 2012); vgl. zur *duty of care* unten Kap. 4 B.II.2.b)aa)(2).

1482 Vgl. *Maschmeyer*, *Handbook for Trustees*, P 4.08. Vereinzelt wird die *duty of obedience* als dritte Grundpflicht von *trustees* genannt, vgl. z.B. *E. McCullough*, 15 *Lewis & Clark L. Rev.* 153, 161 (2011). Hiernach ist der *trustee* verpflichtet, nicht außerhalb seiner rechtlichen Befugnisse zu handeln, vgl. In re *Dalen*, 259 B.R. 586, 610 ff. (Bankr. W.D. Mich. 2001); In re *Levine*, 287 B.R. 683, 688 (Bankr. E.D. Mich. 2002) In re *Engman*, 331 B.R. 277, 288 (Bankr. W.D. Mich. 2005); In re *Anderson*, 357 B.R. 452, 456 (Bankr. W.D. Mich. 2006). Nachvollziehbarer Weise wird an dieser Klassifizierung kritisiert, dass die Pflicht zum Handeln innerhalb der rechtlichen Befugnisse ein allgemeines Grundprinzip darstellt, ferner entstammen die Entscheidungen hierzu demselben Gerichtsbezirk, vgl. hierzu *Rhodes*, 80 *Am. Bankr. L.J.* 147, 155, Fn. 36 (2006).

1483 *E. McCullough*, 15 *Lewis & Clark L. Rev.* 153, 161 (2011) bezeichnet sie als „*basic overriding fiduciary duties*“.

wobei ein abschließender Katalog nicht existiert.¹⁴⁸⁴ Sie umfassen im Liquidationsverfahren vor allem den Bereich der Massezusammenstellung, -erhaltung und -verwertung sowie die Verteilung des Erlöses an die Gläubiger. Im Reorganisationsverfahren gelten, neben dem freilich divergierenden, auf die Fortführung und Reorganisation ausgerichteten Aufgabenprogramm, viele Pflichten aus *Chapter 7* fort.¹⁴⁸⁵

aa) Grundpflichten

(1) *Duty of loyalty*

Der *U.S. Supreme Court* konstatierte in *Mosser v. Darrow*, der *trustee* dürfe bei Durchführung seiner Tätigkeit keine persönlichen Interessen verfolgen oder eigenen Nutzen aus der Verwaltung ziehen.¹⁴⁸⁶ Die damit umschriebene *duty of loyalty* verlangt vom *trustee*, ausschließlich im Interesse der Masse und der *beneficiaries* zu handeln; zugleich ist ihm untersagt, eigene Interessen im Rahmen der Verwaltung zu verfolgen, die denen der Masse entgegenstehen oder sich in eine Position zu begeben, in der die Verletzung der Loyalitätspflicht ihm zum eigenen Nutzen gereicht.¹⁴⁸⁷ Die *duty of loyalty* verkörpert damit ein der Rechtsbeziehung zwischen fremdnützigem Vermögensverwalter im weiteren Sinne und Vermögensbegünstigten inhärentes Grundprinzip.¹⁴⁸⁸ Gesetzliche Anknüpfungspunkte zu dieser Grundpflicht finden sich in den Regeln zur Verwalterbestellung, die verlangen, dass der *trustee* „*disinterested*“ ist.¹⁴⁸⁹

1484 Die folgende Darstellung umfasst nur einen Teil der in Frage kommenden treuhänderischen Pflichten, s. für eine umfassende Darstellung *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 154 ff. (2006).

1485 Vgl. 11 U.S.C. § 1106 (a) (1); *Bogart*, 102 Dick. L. Rev. 711, 725 ff. (1998).

1486 Vgl. *Mosser v. Darrow* 341 U.S. 267, 271 (1951): „*Equity tolerates in bankruptcy trustees no interest adverse to the trust. This is not because such interests are always corrupt, but because they are always corrupting.*“

1487 Vgl. In re Palm Coast, Matanza Shores Ltd. Partnership, 101 F.3d 253, 258 (2nd Cir. 1996); *Massaro v. Massaro* (In re Massaro), 235 B.R. 757, 763 (Bankr. D.N.J. 1999); *Rutanen v. Baylis* (In re Baylis), 313 F.3d 9, 20 (1st Cir. 2002); weitergehend In re Spielfogel, 211 B.R. 133, 144 (E.D. N.Y. 1997); vgl. zum Ganzen *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 156 (2006).

1488 Eingehend zur Auflösung von Interessenkonflikten bei den Verfahrensbeteiligten durch den *trustee Pottow*, *Fiduciary Principles*, S. 212 ff.

1489 Vgl. 11 U.S.C. §§ 701 (a) (1), 1104 (b) (1) sowie die Legaldefinition des Begriffs in 11 U.S.C. § 101 (14). Auch wenn 11 U.S.C. § 701 (a) (1) nur den *interim*

Die *duty of loyalty*, als allgemeines haftungsbewehrtes Unabhängigkeitsgebot, wird in zahllosen Situationen der Insolvenzverwaltung virulent. In der Rechtsprechung haben sich hierzu Fallgruppen herausgebildet, denen selbstbegünstigendes Handeln (*self-dealing*), Interessenkonflikte (*conflicts of interest*) oder unangemessen erscheinendes Verhalten (*appearance of impropriety*) zugrunde liegen.¹⁴⁹⁰

Der *trustee* verletzt dann die *duty of loyalty*, wenn er wider besseres Wissen um die schlechte finanzielle Situation des Schuldners, einen Verfahrenswechsel vom Reorganisationsverfahren ins Liquidationsverfahren verhindert, um höhere Vergütungen zu erhalten.¹⁴⁹¹ Das sanktionierte Verhalten liegt darin, dass die Verwaltung zur Generierung eigener Vermögensvorteile zu Lasten des *estate* genutzt wird. Auch bei *Mosser v. Darrow* war die Loyalitätspflicht dadurch verletzt worden, dass der *trustee* Angestellten das Handeln mit Wertpapieren des Gemeinschuldners zum eigenen Vorteil gestattete.¹⁴⁹² Ein Pflichtverstoß liegt auch dann vor, wenn der *trustee* sich vom Gemeinschuldner vertraglich Zahlungen dafür einräumen lässt, dass er der vom Schuldner beantragten Verfahrenseinstellung nicht widerspricht¹⁴⁹³, oder wenn er Vermögensgegenstände der Masse für sich selbst erwirbt oder erwerben lässt.¹⁴⁹⁴ Der *trustee* darf, neben seinen Gebühren, keine Vorteile aus der Verwaltung ziehen.¹⁴⁹⁵

trustee nennt, gilt die Voraussetzung auch für nach 11 U.S.C. § 702 gewählte *trustees*, s. hierzu In re Greenberg, 189 B.R. 906, 911 (Bankr. E.D. Pa. 1995) und *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 157 (2006).

1490 Die Darstellung im Folgenden orientiert sich an *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 188 ff. (1994).

1491 Vgl. *Stubbe v. Estrada* (In re San Juan Hotel Corp.) 71 B.R. 413 (D.P.R. 1987). In diesem beispielhaften Fall hatte der *trustee* die schlechte wirtschaftliche Situation des Schuldners verheimlicht, um weiter Gebühren aus dem Reorganisationsverfahren zu erhalten, obwohl die Sanierung aussichtslos war, und die Räumlichkeiten des Schuldnerbetriebs, ein Hotel, für private Anlässe genutzt, ohne dafür zu bezahlen, vgl. *Stubbe v. Estrada* (In re San Juan Hotel Corp.) 71 B.R. 413, 419 (D.P.R. 1987); vgl. hierzu auch *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 189 f. (1994) sowie die Entscheidung der Folgeinstanz *Lopez-Stubbe v. Rodriguez-Estrada* (In re San Juan Hotel Corp.), 847 F.2d 931 (1st Cir. 1988).

1492 Vgl. oben Kap. 3 B.II.2.a)bb).

1493 Vgl. In re Redman, 69 B.R. 27, 29 (Bankr. D. Haw. 1986).

1494 Vgl. In re Lowry Graphics, 86 B.R. 74, 80 (Bankr. S.D. Tex. 1988).

1495 Vgl. *York International Building, Inc. v. Chaney* (In re York International Building, Inc.) 527 F.2d 1061 (9th Cir. 1975) (*trustee* schließt im Namen der Masse Dienstleistungsverträge über dem marktüblichen Vergütungssatz mit seinem eigenen Unternehmen ab).

Weniger offensichtlich aber gleichwohl pflichtverletzend sind Interessenkonflikte auf Seiten des *trustee*.¹⁴⁹⁶ Bei Bestehen eines solchen, z.B. weil ein Verwandter des *trustee* Gläubiger des Schuldners ist, ist der *trustee* verpflichtet, von der Amtsführung abzusehen.¹⁴⁹⁷ Die *duty of loyalty* geht soweit, dass der bloße Anschein einer interessenbezogenen Unangemessenheit einer Handlung des *trustee* ausreicht, um einen Pflichtverstoß zu begründen. Deshalb ist es z.B. einem ehemaligen *trustee* verboten, Anteile am Schuldnerunternehmen von seinem Amtsnachfolger zu erwerben.¹⁴⁹⁸

(2) *Duty of care*

Die *duty of care* verpflichtet den *trustee*, sein Amt mit angemessener Sorgfalt auszuführen.¹⁴⁹⁹ Er hat das Maß an Sorgfalt anzuwenden, das eine durchschnittliche umsichtige Person unter ähnlichen Umständen anwenden würde¹⁵⁰⁰ oder mit der ein durchschnittlicher und umsichtiger Dritter seine persönlichen Angelegenheiten unter gleichen Umständen und bei gleicher Sachkenntnis zu erledigen pflegt.¹⁵⁰¹ Verstößt der *trustee* hiergegen, muss er daraus resultierende Schäden mit seinem privaten Vermögen ausgleichen.¹⁵⁰² Die *duty of care* ist das Gebot, den objektiven

1496 *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 191 (1994).

1497 Ferner sind verursachte Schäden zu ersetzen, vgl. *Bennett v. Gemmill* (In re Combined Metals Reduction Co.), 557 F.2d 179 (9th Cir. 1977); die Pflicht zur Amtsniederlegung besteht auch, wenn der *trustee* sich einer Anwaltssozietät anschließt, die einen Gläubiger im Verfahren vertritt. Ein derartiger Interessenkonflikt schließt das Kriterium „*disinterested*“ aus und kann die Verwirkung die Vergütung zur Folge haben, vgl. *In re Paolino*, 80 B.R. 341 (Bankr. E.D. Pa. 1987).

1498 Vgl. *In re Grodel Manufacturing, Inc.*, 33 B.R. 693, 696 (Bankr. D. Conn. 1983); s. zu den gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen der absoluten Loyalitätspflicht *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 161 ff. (2006).

1499 Vgl. bereits *United States ex rel. Willoughby v. Howard*, 302 U.S. 445, 450 (1938).

1500 Vgl. *United States v. Aldrich* (In re Rigden), 795 F.2d 727, 730 (9th Cir. 1986): „*A bankruptcy or reorganization trustee has a duty to exercise that measure of care and diligence that an ordinary prudent person would exercise under similar circumstances.*“; vgl. auch *Sherr v. Winkler*, 552 F.2d 1367, 1375 (10th Cir. 1977); *In re Barrows*, 171 B.R. 455, 457 (Bankr. D.N.H. 1994).

1501 *Reich v. Burke* (In re Reich), 54 B.R. 995, 998 (Bankr. E.D. Mich. 1985); s. auch *Ford Motor Credit Co. v. Weaver*, 680 F.2d 451, 461 (6th Cir. 1982).

1502 *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 193 (1994).

Sorgfaltsmaßstab einzuhalten bzw. nicht fahrlässig zu handeln.¹⁵⁰³ Weil bei objektiven Sorgfaltsmaßstäben die Pflichtverletzung i.d.R. simultan das Verschulden begründet, ist die Trennung beider Institute, wie sie für das deutsche Zivilrecht charakteristisch ist¹⁵⁰⁴, praktisch unerheblich. Da Verstöße gegen die Sorgfaltspflicht einen Verstoß gegen die *duty of care* darstellen, wird das gesamte Spektrum der dem Verwalter obliegenden Pflichten haftungsrelevant.¹⁵⁰⁵

(3) *Duty of impartiality*

Die *duty of impartiality* sanktioniert Verstöße gegen die mehrseitige Fremdbestimmtheit des *trustee*. Er ist verpflichtet, die *beneficiaries* gleich und fair zu behandeln, und nicht einzelne unsachgemäß zu bevorzugen.¹⁵⁰⁶ Seine amtliche Stellung verlangt von ihm strikte Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit.¹⁵⁰⁷ Er hat, wie der deutsche Insolvenzverwalter, die Interessen aller Beteiligten in Einklang zu bringen und darf sich nicht zum Vertreter einzelner Parteien aufschwingen; hierdurch wird auch ein übergeordnetes Verfahrensziel, die Gleichbehandlung aller Gläubiger, gewährleistet.¹⁵⁰⁸ Ein Verstoß gegen die Gleichbehandlungspflicht liegt z.B. vor, wenn der *trustee* Verträge über eine erfolgsabhängige Zusatzvergütung mit einem Teil der Gläubiger schließt, ohne die Gläubigergesamtheit und das Gericht in den Prozess zu involvieren.¹⁵⁰⁹ Oft liegt zugleich ein Verstoß gegen die *duty of loyalty* vor.¹⁵¹⁰

Die Ausübung von Sonderbefugnissen wie Anfechtungsrechten oder die Zurückweisung nicht erfüllter Verträge stellt freilich keine Pflichtverletzung in diesem Sinne dar. Das Gesetz löst damit verbundene Konflikte

1503 *Kelch*, 38 Wayne L. Rev. 1323, 1340 (1992).

1504 Wobei die Unterscheidung im Kontext der Verwalterhaftung auch im deutschen Recht praktisch unbedeutend ist, vgl. unten Kap. 4 B.IV.1.c).

1505 Vgl. auch *Kelch*, 38 Wayne L. Rev. 1323, 1340 (1992).

1506 Vgl. *Sherr v. Winkler*, 552 F.2d 1367, 1374 (10th Cir. 1977); *Hall v. Perry* (In re Cochise College Park, Inc.), 703 F.2d 1339, 1357 (9th Cir. 1983); *Wissman v. Pittsburgh Nat. Bank*, 942 F.2d 867, 872 (4th Cir.1991).

1507 Vgl. *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 184 (2006) m.w.N. aus der Rechtsprechung.

1508 Vgl. *Gross v. Russo* (In re Russo), 18 B.R. 257, 270 f. (Bankr. E.D.N.Y. 1982).

1509 So geschehen durch einen *examiner* im bei *United States v. Schilling* (In re Rivers Elec. Corp.), 355 F.3d 415, 441 (6th Cir. 2004).

1510 Vgl. *United States v. Schilling* (In re Rivers Elec. Corp.), 355 F.3d 415, 437 (6th Cir. 2004).

lagen zu Gunsten der Maximierung der Insolvenzmasse auf. Der *trustee* kann (und muss) das ihm zur Verfügung stehende Instrumentarium zur Massemehrung nutzen, ohne als parteiisch zu Gunsten der nicht durch die Maßnahmen betroffenen Gläubiger zu gelten.¹⁵¹¹ Entsprechendes gilt für die Möglichkeit des „*cram down*“ im Planverfahren unter *Chapter 11*¹⁵¹², der die Planbestätigung gegen die Interessen einzelner ermöglicht, was dem Ziel der Reorganisation des Schuldners dient.¹⁵¹³

bb) Pflichten mit konkretem Verwaltungsbezug

(1) Pflicht zur Maximierung des Massevermögens

Der *trustee* ist verpflichtet, das Vermögen des *estate* zu maximieren.¹⁵¹⁴ Hierfür muss er alle ihm zur Verfügung stehenden Maßnahmen in Betracht ziehen.¹⁵¹⁵ Er hat das Massevermögen zu erhalten und einen möglichst hohen Erlös für die Insolvenzgläubiger zu erzielen.¹⁵¹⁶ Letzteres ist der Kernpunkt im Liquidationsverfahren, insofern lassen sich die Aufgaben, die auf das Erzielen der höchstmöglichen Erlösverteilung gerichtet sind, unter dem Begriff der *duty to maximize distributions* zusammenfassen.¹⁵¹⁷ Sie besteht vornehmlich zu Gunsten der ungesicherten Gläubiger¹⁵¹⁸ und findet gesetzlichen Niederschlag in einzelnen Pflichten des 11 U.S.C. § 704 (a), allen voran der Pflicht zur Vermögenszusammenstellung und -verwertung.¹⁵¹⁹ Die Gerichte verlangen vom *trustee* im Liquidationsverfahren ein nachdrückliches und zugleich kostenbedachtes Vorgehen bei Erfüllung seiner Aufgaben; für die Verursachung unnötiger Kosten haftet er persönlich.¹⁵²⁰ Er hat daher größtmögliche Sorgfalt und Geschick

1511 Zum Ganzen *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 201 (1994); s. auch *In re Computer Learning Centers, Inc.*, 268 B.R. 468, 473 (Bankr. E.D. Va. 2001).

1512 Vgl. 11 U.S.C. § 1129 (b).

1513 *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 202 (1994).

1514 *CFTC v. Weintraub*, 471 U.S. 343, 352 (1985).

1515 *Myers v. Martin* (In re Martin), 91 F.3d 389, 394 (3rd Cir. 1996).

1516 Vgl. *United States v. Aldrich* (In re Rigden), 795 F.2d 727, 730 (9th Cir. 1986); *In re Melenyzer*, 140 B.R. 143, 154 (W.D. Tex. 1992).

1517 Vgl. *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 165 (2006) m.w.N. aus der Rechtsprechung.

1518 *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 168 (2006).

1519 11 U.S.C. § 704 (a) (1).

1520 Vgl. *In re C. Keffas & Son Florist*, 240 B.R. 466, 473 f. (Bankr. E.D.N.Y. 1999); *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 165 (2006).

anzuwenden, was beinhaltet, eine Kosten-Nutzen-Berechnung vor Durchführung einzelner Maßnahmen vorzunehmen.¹⁵²¹

Der *trustee* muss grundsätzlich das gesamte Massevermögen in Besitz nehmen.¹⁵²² Die Inbesitznahme eines Gegenstandes hat aber zu unterbleiben, wenn die Kosten für die Maßnahme den Wert des Massegegenstands übersteigen; gefordert ist nur die Erhöhung des Nettovermögens des *estate*.¹⁵²³ Gleiches gilt, wenn ein Gegenstand derart besichert ist, dass nach Verwertung kein Erlös für die ungesicherten Gläubiger verbleiben würde. Der *trustee* darf die Sache dann weder in Besitz nehmen noch verwerten.¹⁵²⁴ Allgemein darf er Ansprüche der Masse nur durchsetzen oder vorinsolvenzliche Transaktionen anfechten, wenn es dem Massevermögen ökonomisch zuträglich ist.¹⁵²⁵ Grundsätzlich hat er die finanziellen Angelegenheiten des Schuldners eingehend zu untersuchen¹⁵²⁶ sowie die Forderung des Schuldners, Vermögensgegenstände vom Insolvenzbeschluss auszunehmen, zu prüfen und ihr gegebenenfalls zu widersprechen.¹⁵²⁷ Die für das deutsche Recht entwickelte Pflicht, nicht benötigte Geldmittel gewinnbringend anzulegen, ist unter 11 U.S.C. § 345 (a) für den *trustee* kodifiziert und ebenfalls haftungsbewehrt.¹⁵²⁸

Unberechtigten Forderungen der Insolvenzgläubiger muss der *trustee* widersprechen¹⁵²⁹, allerdings trifft ihn keine Pflicht, Gläubiger vor den Konsequenzen zu bewahren, die sich daraus ergeben, dass sie die Forderungsanmeldung versäumen oder verspätet vornehmen.¹⁵³⁰ Ferner darf der *trustee* die Forderungen nur prüfen, wenn hierdurch die Gläubiger

1521 In re C. Keffas & Son Florist, 240 B.R. 466, 474 f. (Bankr. E.D.N.Y. 1999).

1522 In re Rollins, 175 B.R. 69, 74 (Bankr. E.D. Cal. 1994).

1523 Vgl. In re Taxman Clothing Co., 49 F.3d 310, 315 (7th Cir. 1995).

1524 Vgl. *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 704.02 [1].

1525 Vgl. hierzu McCord v. Agard (In re Bean), 251 B.R. 196, 203 (Bankr. E.D.N.Y. 2000); *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 165 (2006) m.w.N.

1526 Dies gilt sowohl für die Liquidation als auch die Reorganisation, vgl. 11 U.S.C. §§ 704 (a) (4), 1106 (a) (3); *CFTC v. Weintraub*, 471 U.S. 343, 352 (1985); ferner obliegt dem *trustee* im Liquidationsverfahren sowie, nach gerichtlicher Anordnung, im Reorganisationsverfahren, die Erstellung und Übermittlung einer vollständigen Inventarliste mit sämtlichen Vermögensgegenständen des Schuldners an den *United States trustee*, FRBP 2015 (a) (1).

1527 Vgl. *Bell v. Bell* (In re Bell), 225 F.3d 203, 221 (2nd Cir. 2000); In re Cheatham, 309 B.R. 631, 633 (Bankr. M.D. Ala. 2004).

1528 Hierzu In Re Koch, 195 B.R. 794 (Bankr. M.D. Fla. 1996); In Re Moon, 258 B.R. 828, 837 ff. (Bankr. N.D. Fla. 2001).

1529 Dies gilt für das Liquidations- wie für das Reorganisationsverfahren, vgl. 11 U.S.C. §§ 704 (a) (5), 1106 (a) (1).

1530 In re Padget, 119 B.R. 793, 798 (Bankr. D. Colo. 1990).

einen höheren Erlös erwarten können, d.h. er darf die Kosten einer Forderungsprüfung nicht verursachen, wenn ohnehin kein Vermögen für die ungesicherten Gläubiger vorhanden ist.¹⁵³¹

Des Weiteren trifft den *trustee* auch die Pflicht, Vermögensgegenstände zu Erhalten und vor Schäden zu bewahren.¹⁵³² Im Zweifel hat er für einen ausreichenden Versicherungsschutz bestimmter Gegenstände Sorge zu tragen.¹⁵³³ Die sichere Verwahrung bzw. der Schutz der Vermögensgegenstände des *estate* dient der Maximierung des Verteilungserlöses und ist, sofern Sicherungsrechte bestehen, eine *fiduciary duty* zu Gunsten der gesicherten Gläubiger. Im Rahmen der Schlussverteilung hat der *trustee* die Erlöse an die Gläubiger entsprechend ihrer Quote zu verteilen.¹⁵³⁴

(2) Pflicht zur zügigen Verfahrensabwicklung

Mitunter als *duty of diligence* wird die unter 11 U.S.C. § 704 (a) (1) beschriebene Pflicht zur möglichst zügigen Abwicklung des Verfahrens bezeichnet.¹⁵³⁵ Diese verletzt der *trustee*, wenn er mit dem Verkauf der Vermögensgegenstände grundlos zuwartet.¹⁵³⁶ Alle Verfahrensschritte der Liquidation haben ohne Verzögerungen zu erfolgen.¹⁵³⁷ Die zügige Inbesitznahme und Abwicklung des zum *estate* gehörenden Schuldnervermögens dient auch dem Schuldner, weil ihm umso rascher der „*fresh start*“ offensteht.¹⁵³⁸ Den Konflikt zwischen dem Zügigkeitsgebot und dem Ziel der höchstmöglichen Anreicherung der Masse löst der *Bankruptcy Code* indem er vorgibt, dass die Masse so schnell abgewickelt werden soll, wie

1531 Vgl. 11 U.S.C. § 704 (a) (5) („*if a purpose would be served*“); instruktiv In re C. Keffas & Son Florist, 240 B.R. 466, 474 (Bankr. E.D.N.Y. 1999).

1532 Vgl. PBGC v. Pritchard (In re Esco Manufacturing Co.), 33 F.3d 509 (5th Cir. 1994); In re Rollins, 175 B.R. 69, 74 (Bankr. E.D. Cal. 1994); In re Moon, 258 B.R. 828, 832 (Bankr. N.D. Fla. 2001); *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 704.04 [2].

1533 Vgl. United States v. Lasich (In re Kinross Mfg. Corp.), 174 B.R. 702, 705 f. (Bankr. W. D. Mich. 1994).

1534 Vgl. *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 704.04 [3].

1535 So bei *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 168 ff. (2006).

1536 Vgl. In re Williams, 159 B.R. 936 (Bankr. D. Colo. 1993), wo das Gericht dem *trustee* die Vergütung versagte.

1537 Vgl. Yadkin Valley Bank & Trust Co. v. McGee (In re Hutchinson), 5 F.3d 750, 754 (4th Cir. 1993).

1538 Vgl. hierzu In re Dorn, 167 B.R. 860, 865 f. (Bankr. S.D. Ohio 1994); *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 170 (2006).

es dem Interesse der Beteiligten am besten dient.¹⁵³⁹ Kurz gefasst fordert die *duty of diligence* vom *trustee*, die Liquidation so früh wie möglich und spät wie nötig durchzuführen. Dies entspricht, wie bei der Pflicht zu Erlösmaximierung, dem Gebot der effizienten Abwicklung des Schuldnervermögens zu Gunsten der Gläubiger.

In diesem Zusammenhang ist auch die Freigabe für die Masse wertloser Vermögensgegenstände aus dem Insolvenzbeschluss (11 U.S.C. § 554) zu betrachten.¹⁵⁴⁰ Sie dient der Beschleunigung der Masseabwicklung und des gesamten Liquidationsprozesses, weil die Verwaltung freizugebender Vermögensgegenstände Zeit des *trustee* in Anspruch nimmt, zugleich verursacht sie zusätzliche, von der Masse zu tragende Kosten.¹⁵⁴¹ Die Freigabe nutzloser Massegegenstände führt zur Erlösmaximierung bei gleichzeitiger Erfüllung der *duty of diligence*.¹⁵⁴²

(3) Rechenschaftspflicht

Trustees sind für erhaltenes Vermögen rechenschaftspflichtig.¹⁵⁴³ Dies umfasst das Massevermögen, Vermögen, das dem *estate* im Rahmen der Verwaltung zufließt, Zinseinnahmen und Zahlungen bei der Schlussverteilung.¹⁵⁴⁴ Die *duty of accountability* wird insbesondere auch im Zusammenhang mit der Pflicht des *trustee*, das Massevermögen zu bewahren, genannt.¹⁵⁴⁵ *Accountability* meint auch das Tragen der persönlichen finanziellen Verantwortung für die Masse, der *trustee* hat deshalb bei fehlerhaf-

1539 11 U.S.C. § 704 (a) (1): „*The trustee shall collect and reduce to money the property of the estate [...] as expeditiously as is compatible with the best interests of parties in interest.*“; s. hierzu *Yadkin Valley Bank & Trust Co. v. McGee* (In re Hutchinson), 5 f.3d 750, 753 f. (4th Cir. 1993); *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 170 (2006).

1540 Vor Inkrafttreten des *Bankruptcy Code* wurde die Freigabe von belastenden Massegegenständen aus der Analogie zum Wahlrecht bei beidseitig nicht erfüllten Verträgen abgeleitet, vgl. *Midlantic National Bank v. New Jersey Department of Environmental Protection*, 474 U.S. 494, 508 (1986).

1541 Vgl. *Midlantic National Bank v. New Jersey Department of Environmental Protection*, 474 U.S. 494, 508 (1986).

1542 *Samore v. Olson* (In re Olson), 121 B.R. 346, 348 (N.D. Iowa 1990).

1543 11 U.S.C §§ 704 (a) (2), 1106 (a) (1); s. auch FRBP 2015 (a) (1), (2).

1544 Vgl. *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 173 (2006); *Resnick/Sommer*, *Collier on Bankruptcy*, P 704.05 [1].

1545 Vgl. In re *Chicago Art Glass, Inc.*, 155 B.R. 180, 187 (Bankr. N.D. Ill. 1993).

ten Zahlungen bei der Schlussverteilung die Verluste der Masse auszugleichen.¹⁵⁴⁶

(4) Pflichten gegenüber den gesicherten Gläubigern

Den gesicherten Gläubigern gegenüber bestehen *fiduciary duties* in Bezug auf die mit Sicherungsrechten belasteten Vermögensgegenstände. Das Sicherungsgut muss der *trustee* ordnungsgemäß bewahren und vor Schäden schützen¹⁵⁴⁷; u.U. muss er Versicherungsschutz beschaffen.¹⁵⁴⁸ Vollständig mit Sicherungsrechten belastetes Eigentum muss der *trustee* für die gesicherten Gläubiger freigeben.¹⁵⁴⁹ Er darf grundsätzlich vollständig mit Sicherungsrechten belastete Vermögensgegenstände nicht verwerten, hierum müssen sich die gesicherten Gläubiger eigenständig kümmern.¹⁵⁵⁰ Dienen die Vermögensgegenstände nur teilweise als Sicherungsgut, hat der *trustee* sie zum höchstmöglichen Preis zu veräußern und den Erlös in Höhe der besicherten Forderung an den gesicherten Gläubiger auszukehren, bevor der überbleibende Betrag der Masse zufließt.¹⁵⁵¹ Um feststellen zu können, ob die Verwertung eines mit Sicherungsrechten belasteten Vermögensgegenstandes überschießenden Mehrwert für die Masse bringt, muss der *trustee* den genauen Wert des Gegenstands ermitteln; in dieser Phase darf der Gegenstand nicht freigegeben werden.¹⁵⁵²

1546 Vgl. *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 174 (2006), der hierzu auch die Funktion des *trustee bond* hervorhebt, vgl. zu diesem oben Kap. 3 B.II.2.d)cc).

1547 *Fox v. Anderson* (In re *Thu Viet Dinh*), 80 B.R. 819, 822 (Bankr. S.D. Miss. 1987).

1548 *United States v. Lasich* (In re *Kinross Mfg. Corp.*), 174 B.R. 702, 706 (Bankr. W. D. Mich. 1994).

1549 Vgl. *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 193 (2006).

1550 Vgl. In re *Feinstein Family Partnership*, 247 B.R. 502, 507 (Bankr. M.D. Fla. 2000); zu den Ausnahmefällen *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 194 (2006) m.w.N.

1551 *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 194 (2006).

1552 Vgl. *Heidelberg Harris, Inc. v. Grogan* (In re *Estate Design & Forms, Inc.*), 200 B.R. 138, 142 (Bankr. E.D. Mich. 1996). A.a.O. auch zur praktischen Schwierigkeit für den *trustee*, gem. 11 U.S.C. § 506 (c) die Kosten für die Aufbewahrung des Sicherungsguts vom gesicherten Gläubiger zurückzuerlangen.

(5) Pflichten gegenüber dem Schuldner

Praktisch kommen im Liquidationsverfahren zwei Konstellationen in Frage, in denen der *trustee* treuhänderisch zu Gunsten des Gemeinschuldners tätig wird. Zum einen muss er die Rückgabe von Eigentum an den Schuldner, das vom Insolvenzbeschluss ausgenommen ist (*exempt property*), veranlassen.¹⁵⁵³ Außerdem ist er verpflichtet, etwaige Erlösüberschüsse nach Befriedigung der Insolvenzgläubiger an den Schuldner auszukehren.¹⁵⁵⁴ Der Schuldner wird damit zu einem Gläubiger des *estate*.¹⁵⁵⁵ Insoweit ist es für den *trustee* geboten, bei der Liquidation von Massegegenständen das über die vollständige Befriedigung der Gläubiger hinausgehende Interesse des Schuldners und seiner Anteilseigner, denen gegenüber die Pflichten ebenso bestehen, zu beachten.¹⁵⁵⁶

(6) Besondere Pflichten im Reorganisationsverfahren

Unter *Chapter 11* ist der *trustee* zur Fortführung des Unternehmens verpflichtet¹⁵⁵⁷, sofern dies zur Bewahrung des Wertes der Masse notwendig ist. Umgekehrt muss die Fortführung unterbleiben, wenn das Massevermögen hierdurch ohne Aussicht auf eine Sanierung dezimiert würde.¹⁵⁵⁸ Hinzu kommt die Pflicht zur umfassenden Untersuchung der Handlungen, des Aktiv- und Passivvermögens, der finanziellen Verfassung sowie sonstiger Umstände des Gemeinschuldners, die für die Planerstellung relevant sind (11 U.S.C. § 1106 (a) (3)). Der *trustee* stellt hierdurch sicher, dass die Beteiligten über die notwendigen Informationen zur Entscheidung über den Verfahrensforgang verfügen.¹⁵⁵⁹ Ferner hat er einen Insolvenz-

1553 Er muss aber vor Rückgabe des Gegenstands bzw. Auszahlung des Betrags vorrangige Ansprüche i.S.d. 11 U.S.C. § 522 (c) prüfen, vgl. *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 196 (2006).

1554 11 U.S.C. § 726 (a) (6); vgl. In re *George Schumann Tire and Battery Co., Inc.*, 145 B.R. 104, 107 (Bankr. M.D. Fla. 1992).

1555 Vgl. In re *Moon*, 258 B.R. 828, 832 f. (Bankr. N.D. Fla. 2001).

1556 Illustrativ In re *Central Ice Cream Co.*, 836 F.2d 1068, 1072 f. (7th Cir. 1987); *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 197 (2006) m.w.N.

1557 Vgl. auch 11 U.S.C. § 1108.

1558 Zum Ganzen *Resnick/Sommer*, *Collier on Bankruptcy*, P 1106.03 [1] [d].

1559 *Resnick/Sommer*, *Collier on Bankruptcy*, P 1106.03 [10] [a].

plan einzureichen oder gegebenenfalls den Wechsel in eine andere Verfahrensart oder die Verfahrensabweisung zu empfehlen.¹⁵⁶⁰

3. Ergebnis

a) Amtspflichten als Anknüpfungspunkt für die persönliche Haftung

Beide Rechtsordnungen knüpfen die persönliche Haftung des Verwalters an die Verletzung besonderer Amtspflichten. Diese fußen jeweils auf dem Rechtsverhältnis zwischen Verwalter und Verfahrensbeteiligten, das mit Amtsübernahme begründet wird. Dabei bestehen Unterschiede in formeller Hinsicht: Die für § 60 Abs. 1 S. 1 InsO maßgebliche materielle Bestimmung der Insolvenzspezifität verortet die Pflichten in der InsO, ohne auf diese beschränkt zu sein. Die treuhänderischen Pflichten des *trustee* hingegen sind Produkt eines auf dem *trust law* fußenden, ungeschriebenen *common law*. Die im *Bankruptcy Code* aufgeführten Verwaltungspflichten können aber treuhänderischer Natur sein und ein Verstoß hiergegen kann die Verletzung der *duty of care* konstituieren.

b) Gemeinsamkeiten beim Pflichtenprogramm

Gegenüber den Personen, die in beiden Rechtsordnungen übereinstimmend potentielle Haftungsgläubiger sind, besteht ein weitgehend ähnliches Programm haftungsbewahrter Amtspflichten. Dies gilt z.B. für die typischen verwaltungsbezogenen Einzelpflichten, deren Verletzung in der Regel zu einem Masse- bzw. Gesamtschaden zu Lasten der Gläubiger führt, wie z.B. die Pflicht zur Massezusammenstellung, -Verwahrung und bestmöglichen -Verwertung oder die Rechenschaftspflicht. Dogmatisch bedeutet eine Verletzung dieser Pflichten durch den *trustee* die Verletzung der treuhänderischen *duty of care*, materiell unterscheiden sich beide Rechtsordnungen hier jedoch nicht. Auf die jeweils divergierende Frequenz von Betriebsfortführungen wurde bereits hingewiesen.¹⁵⁶¹ Abgesehen davon lassen sich hinsichtlich des Pflichtenprogramms keine Unterschiede ausmachen, die auf eine merkbliche Diskrepanz beim Haftungsumfang zwischen beiden Fremdverwaltern hindeuten.

1560 11 U.S.C. § 1106 (a) (5).

1561 Vgl. oben Kap. 2 C.II.

Die in den USA zentrale *duty of loyalty* hat auch als Äquivalent im deutschen Insolvenzrecht wesentliche Bedeutung. Dies zeigt exemplarisch die Entscheidung des 9. Zivilsenats, in der die persönliche Haftung des Verwalters für die Eigennutzung einer Geschäftschance der Masse angenommen wurde.¹⁵⁶² Dieser Fall stellt, übertragen auf den *trustee*, ein Lehrbuchbeispiel für die Verletzung der *duty of loyalty* dar und wäre von U.S.-amerikanischen Gerichten entsprechend gewertet worden. Allgemein werden Verstöße des Verwalters gegen das Unabhängigkeitsgebot (§ 56 InsO) durch § 60 InsO sanktioniert, auch er unterliegt einer umfassenden Loyalitätspflicht.¹⁵⁶³ Entsprechendes gilt, wenn der Verwalter seine mehrseitige Interessenbindung und das Gebot der *par conditio creditorum* missachtet: Handlungen dieser Fallgruppe werden in den USA unter der *duty of impartiality* subsumiert.

III. Haftung bei unternehmerischen Ermessensentscheidungen

Die persönliche Verwalterhaftung für unternehmerische Ermessensentscheidungen ist rechtsordnungsübergreifend von besonderer Relevanz. Unternehmerisches Handeln ist von betriebswirtschaftlichen Risiken geprägt und deshalb haftungsträchtig. Für die Frage, wann bei Ermessensentscheidungen eine Pflichtverletzung des Verwalters anzunehmen ist, ist die Reichweite des Verwalterermessens maßgeblich. Zudem wird in Deutschland sowie in den USA die Anwendung der *Business Judgment Rule* (BJR) bei unternehmerischen Entscheidungen des Verwalters diskutiert. Im Folgenden wird dargelegt, wie das deutsche und das U.S.-amerikanische Insolvenzrecht Ermessensentscheidungen haftungsrechtlich adressieren.

1. Ermessensentscheidungen im Insolvenzverfahren

Sowohl der deutsche Insolvenzverwalter als auch der *bankruptcy trustee* haben im Rahmen der Verwaltung Entscheidungen über Maßnahmen zu treffen, deren in der Zukunft liegender Erfolg bei Betrachtung *ex ante*

1562 BGH NZI 2017, 442, 443 f.

1563 Hierzu *Laukemann*, Unabhängigkeit, S. 109 f.

ungewiss ist.¹⁵⁶⁴ Solche unternehmerischen Entscheidungen sind durch ein ihnen inhärentes Prognose- und Unsicherheitsmoment gekennzeichnet.¹⁵⁶⁵ Das Gesetz stellt dem Ermessen des Verwalters anheim, Entscheidungen auf unsicherer Basis zu treffen, die sich *ex post* als für die Masse gewinnbringend oder schädigend herausstellen können.¹⁵⁶⁶ Indiziert werden sie im Gesetzestext durch Begriffe wie „kann“ und „darf“¹⁵⁶⁷ bzw., im *Bankruptcy Code*, „may“¹⁵⁶⁸. Naturgemäß handelt es sich um Entscheidungen von hoher Komplexität im Vergleich zu rechtlich gebundenen Entscheidungen¹⁵⁶⁹, weil aus *ex-ante*-Perspektive zwischen mehreren erfolgversprechenden Maßnahmen zu wählen ist.¹⁵⁷⁰ Im Unterschied hierzu ist die Feststellung der Pflichtwidrigkeit bei gebundenen Entscheidungen sowohl aus *ex-ante*- als auch aus *ex-post*-Perspektive möglich.¹⁵⁷¹

Insbesondere bei der betriebswirtschaftlich geprägten Fortführung des Schuldnerbetriebs, die dem Verwalter genuin unternehmerisches Handeln abverlangt, sind Prognose-Entscheidungen an der Tagesordnung.¹⁵⁷² Im U.S.-amerikanischen Insolvenzrecht spielen sie vor allem im Reorganisationsverfahren bzw. in den Fällen, in denen unter *Chapter 7* das Unternehmen fortgeführt wird, eine wesentliche Rolle.¹⁵⁷³ Der Verwalter leitet anstelle der Geschäftsleitung einen operativen Betrieb und hat zugleich das Verfahrensziel, die Interessen aller Beteiligten und das Gebot der optimalen Masseverwertung zu beachten.¹⁵⁷⁴ Hinzu kommt, dass ein insolventer

1564 S. zum deutschen Recht *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204, 206; *Uhlenbruck*, FS K. Schmidt, S. 1603, 1615; *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 43; für das U.S.-amerikanische Recht *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 194 (1994).

1565 Vgl. *Spindler*, NZG 2005, 865, 871; *Jacoby*, Das private Amt, S. 571; *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 92 f.; *MüKo/Spindler*, AktG, § 93, Rn. 43.

1566 *Jacoby*, Das private Amt, S. 571.

1567 *Berger/Frege/Nicht*, NZI 2010, 321, 324.

1568 Vgl. In re *Haugen Construction Service, Inc.*, 104 B.R. 223, 240 (Bankr. D. N.D. 1989).

1569 S. zu gebundenen Entscheidungen des Verwalters *Berger/Frege/Nicht*, NZI 2010, 321, 324; ferner *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204, 207 f.; *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 94.

1570 Vgl. *Jacoby*, Das private Amt, S. 571; *Berger/Frege/Nicht*, NZI 2010, 321, 323 f.; s. auch *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204, 207; *Uhlenbruck*, FS K. Schmidt, S. 1603, 1616.

1571 *Jacoby*, Das private Amt, S. 571.

1572 Hierzu gehört z.B. die allgemeine Wertmehrpflcht des Verwalters, s. Kap. 4 B.II.1.b)aa)(2); s. auch die Aufzählungen bei *Frege/Nicht*, FS Wellensiek, S. 291, 292 und bei *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 94 ff.

1573 *Bogart*, 102 Dick. L. Rev. 711, 726 (1998).

1574 Anschaulich *Berger/Frege/Nicht*, NZI 2010, 321 f.

Betrieb in der Regel wenig kaufmännischen Spielraum bietet, der Verwalter beim Gemeinschuldner häufig desolate Zustände sowie mangelnde Kooperationsbereitschaft vorfindet und ihm nur wenig Zeit zur Einarbeitung in das ihm fremde Unternehmen, Betriebsabläufe und das oft auch fremde Geschäftsfeld bleibt.¹⁵⁷⁵ Von Ermessen geprägt sind zudem die besonderen insolvenzspezifischen Entscheidungen, wie z.B. Insolvenzanfechtung oder das Wahlrecht bei beidseitig nicht voll erfüllten Verträgen¹⁵⁷⁶, die nicht nur bei der Unternehmensfortführung, sondern auch bei der Liquidation des Schuldnervermögens relevant sind.¹⁵⁷⁷

2. Die Behandlung von Ermessensentscheidungen im Rahmen des § 60 InsO

a) Weiter Ermessensspielraum des Verwalters

In Anbetracht der Schwierigkeiten, die eine unternehmerisch geprägte Verwaltungstätigkeit mit sich bringen kann, sprechen Rechtsprechung und Literatur dem Verwalter einen weiten Ermessensspielraum bei Prognoseentscheidungen zu.¹⁵⁷⁸ Unternehmerische Fehlentscheidungen können danach nur dann nach § 60 Abs. 1 S. 1 InsO zur persönlichen Haftung des Verwalters führen, wenn die konkrete Entscheidung zugleich eine insolvenzspezifische Pflicht konstituiert und der Verwalter die Grenzen des ihm zustehenden Ermessensspielraums überschritten hat.¹⁵⁷⁹ Die Ermessensausübung des Verwalters bei unternehmerischen Entscheidungen hat sich am Zweck der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung (§ 1 InsO) sowie dem jeweils von den Gläubigern beschlossenen Verfahrensziel zu orientieren.¹⁵⁸⁰ Sofern das Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt wurde, mangelt es bereits an der für § 60 Abs. 1 S. 1 InsO erforderlichen Pflichtverletzung.

1575 Vgl. auch *Leichtle/Theusinger*, NZG 2018, 251, 252.

1576 Vgl. hierzu *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 196 (1994).

1577 Vgl. *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 71; s. auch *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204, 207.

1578 Vgl. BGH NJW 2002, 2783, 2785; OLGR Celle 2006, 604, 606; BGH NZI 2017, 1749, 1750, Rn. 15; BGH NJW 2020, 1800, 1801, Rn. 28; HK-InsO/*Lohmann*, § 60, Rn. 28; *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 125; MüKo/*Schoppmeyer*, § 60, Rn. 28a, 90a.

1579 Vgl. MüKo/*Schoppmeyer*, § 60, Rn. 28a.

1580 Vgl. BGH NZI 2017, 1749, 1750, Rn. 12; BGH NJW 2020, 1800, 1801, Rn. 26; *Leichtle/Theusinger*, NZG 2018, 251; MüKo/*Schoppmeyer*, § 60, Rn. 90a.

Für die Bestimmung von Ermessensfehlern ist die verwaltungsrechtliche Ermessensfehlerdogmatik der §§ 40 VwVfG, 114 VwGO nicht unmittelbar heranzuziehen, denn der Verwalter ist Träger eines privaten Amtes und wird nicht wie eine Behörde tätig.¹⁵⁸¹ Die in ihr angelegten Grundsätze können gleichwohl als Hilfestellung bei der Bestimmung der Pflichtverletzung im Rahmen des § 60 Abs. 1 InsO dienen.¹⁵⁸² Grundsätzlich liegt eine Ermessensüberschreitung nicht erst dann vor, wenn der Entscheidung des Verwalters eine völlig unverantwortliche Risikobeurteilung zugrunde liegt oder die Handlung insolvenzzweckwidrig oder grob fahrlässig war.¹⁵⁸³ Entscheidend ist, ob die Maßnahme aus *ex-ante*-Perspektive hinsichtlich der mit ihr verbundenen Kosten und Risiken mit Blick auf die Massesicherungs- und Wahrungspflicht des Verwalters vertretbar ist.¹⁵⁸⁴ Gerichte dürfen sich daher nicht auf die Feststellung der Zweckdienlichkeit einer Maßnahme beschränken, sondern haben auch die wirtschaftlichen Umstände einer Entscheidung zu betrachten.¹⁵⁸⁵

Ein weit gefasster Ermessensspielraum des Verwalters ist erforderlich, um einer übermäßigen Haftungsbelastung in Situationen vorzubeugen, in denen er Entscheidungen treffen muss, deren betriebswirtschaftliches Resultat aus der Perspektive *ex ante* ungewiss ist. Die anderenfalls zu strenge Haftungsandrohung würde gefordertes unternehmerisches Handeln faktisch unterbinden bzw. Konflikte hervorrufen, die die effektive Amtsführung des Verwalters im Sinne des Verfahrensziels konterkarieren. § 60 Abs. 1 InsO darf in Bezug auf unternehmerische Entscheidungen deshalb nicht als Erfolgshaftung verstanden werden.¹⁵⁸⁶ Um die Gefahr von Rückschaufehlern, d.h. einer Bewertung der Lage aus *ex-post*-Perspektive und auf breiterer Informationsbasis, als zum Entscheidungszeitpunkt (*hindsight bias*)¹⁵⁸⁷, zu minimieren, ist ein strenger *ex-ante*-Betrachtungsmaßstab bei

1581 Ebenfalls gegen die Anwendung *Bönner*, Ermessen und Haftung, S. 110; *Berger/Frege/Nicht*, NZI 2010, 321, 322; *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 45; vgl. zum privaten Amt des Verwalters oben Kap. 2 A.II.1.b).

1582 Ähnlich *Jacoby*, Das private Amt, S. 573.

1583 BGH NJW 2020, 1800, 1802, Rn. 37 f.

1584 BGH NJW 2020, 1800, 1801, Rn. 28, 39.

1585 Vgl. BGH NJW 2020, 1800, 1803, Rn. 47.

1586 So auch *Oldiges*, Haftung unter der Business Judgment Rule, S. 119.

1587 Dieser Aspekt wird insbesondere von Anhängern der Übertragung der BJR auf die Verwalterhaftung hervorgehoben, s. *Berger/Frege/Nicht*, NZI 2010, 321, 322; *Leichtle/Theusinger*, NZG 2018, 251, 252.

der gerichtlichen Überprüfung von Entscheidungen anzulegen.¹⁵⁸⁸ Untersucht wird nur der Prognosevorgang, nicht das Entscheidungsergebnis.¹⁵⁸⁹

b) Weitergehende Haftungsprivilegierung durch die *Business Judgment Rule*?

Die Diskussion über die Anwendbarkeit der BJR auf die Insolvenzverwalterhaftung nimmt mittlerweile einigen Raum in der deutschen Rechtswissenschaft ein. Weil es im Kern um die Frage nach der Beschränkung des Haftungsrisikos des Verwalters geht, werden im Folgenden knapp Aussagegehalt und *ratio* der BJR erläutert sowie der Meinungsstand zu ihrer Übertragung auf die Verwalterhaftung dargestellt, um anschließend eine eigene Bewertung vorzunehmen.

aa) Aussagegehalt und Rechtfertigung der BJR im Gesellschaftsrecht

§ 93 Abs. 1 S. 1 AktG verpflichtet die Vorstandsmitglieder zur sorgfältigen Geschäftsführung. Umschrieben werden hiermit der Verschuldensmaßstab sowie objektive Verhaltenspflichten.¹⁵⁹⁰ In § 93 Abs. 2 S. 1 AktG ist die Haftungsverantwortung des Vorstands gegenüber der Gesellschaft für Pflichtverletzungen, also die Innenhaftung, geregelt.¹⁵⁹¹ Mit § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, wonach eine Pflichtverletzung des Vorstandsmitglieds dann nicht vorliegt, wenn es bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln, hat das dem U.S.-amerikanischen Recht der Bundesstaaten entlehnte¹⁵⁹² Rechtsinstitut der BJR auch im deutschen Gesellschaftsrecht die Kodifizierung erfahren, wobei eine

1588 Vgl. *Oldiges*, Haftung unter der Business Judgment Rule, S. 121; *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 116 f.

1589 *Jacoby*, Das private Amt, S. 571.

1590 Hüffer/Koch/Koch, AktG, § 93, Rn. 5.

1591 Hüffer/Koch/Koch, AktG, § 93, Rn. 4.

1592 Es handelt sich nicht um eine Übernahme der BJR, sondern um ihre „abgewandelte Einpassung“ in den Haftungstatbestand des § 93 AktG, vgl. Hüffer/Koch/Koch, AktG, § 93, Rn. 10.

Konkretisierung des Geschäftsleitermessens schon vorher durch den BGH erfolgte.¹⁵⁹³

Bei Vorliegen der Voraussetzungen der BJR (unternehmerische Entscheidung, Gutgläubigkeit des Vorstandsmitglieds, Handeln ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse, zum Wohle der Gesellschaft und auf angemessener Informationsbasis¹⁵⁹⁴) soll keine gerichtliche Kontrolle der Ermessensentscheidung stattfinden.¹⁵⁹⁵ Es besteht dann ein *safe harbor*, also eine „haftungstatbestandliche Freistellung“¹⁵⁹⁶; das Vorstandsmitglied handelt bereits nicht pflichtwidrig, sodass es auf die Verschuldensprüfung nicht mehr ankommt.¹⁵⁹⁷ Liegen die Voraussetzungen der BJR nicht vor, folgt daraus weder ohne Weiteres die Haftung des Vorstands noch eine dahingehende Vermutung, stattdessen hat das Gericht zu prüfen, ob eine Pflichtverletzung vorliegt, ob z.B. die Entscheidung des Vorstands aus *ex-ante*-Perspektive nicht auf sorgfältiger Grundlage vorgenommen wurde oder inhaltlich nicht vertretbar war.¹⁵⁹⁸

Die für die Haftungsprivilegierung durch die BJR angeführten Rechtfertigungsgründe sind mannigfaltig.¹⁵⁹⁹ § 93 Abs. 1 S. 2 AktG soll u.a. klarstellen, dass der Vorstand keiner Erfolgshaftung bei unternehmerischen Entscheidungen unterliegt.¹⁶⁰⁰ Er soll auch risikoträchtige Maßnahmen treffen können und nicht durch eine zu strenge Haftungsandrohung zu risikoaverserem Handeln determiniert werden, das dem Wohle der Gesell-

1593 Vgl. BGH NJW 1997, 1926 („ARAG/Garmenbeck“); BT-Drucks. 15/5092, S. 11; *Fleischer*, NJW 2009, 2337, 2338; MüKo/*Spindler*, AktG, § 93, Rn. 43 f.; s. zum U.S.-amerikanischen Recht und der Rezeptionsgeschichte in Deutschland *Kebekus/Zenker*, FS Maier-Reimer, S. 319, 320 ff. und *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 156 f.; obwohl im GmbHG nicht festgeschrieben, gilt die BJR nach h.M. auch für den Geschäftsführer der GmbH, vgl. *Fleischer*, NZG 2011, 521, 523; a.A. *Jungmann*, FS K. Schmidt, S. 831 ff.; *ders.*, NZI 2009, 80, 82.

1594 BT-Drucks. 15/5092, S. 11; vgl. zum materiell-rechtlichen Gehalt der einzelnen Voraussetzungen MüKo/*Spindler*, AktG, § 93, Rn. 48 ff.

1595 *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 42.

1596 BT-Drucks. 15/5092, S. 11.

1597 Vgl. *Lutter*, ZIP 2007, 841, 842 f.; *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204, 209; *Jungmann*, NZI 2009, 80; *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 161; die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen der BJR liegt jedoch, im Unterschied zu den USA, beim Vorstandsmitglied, vgl. *Kebekus/Zenker*, FS Maier-Reimer, S. 319, 331.

1598 *Lutter*, ZIP 2007, 841, 845; MüKo/*Spindler*, AktG, § 93, Rn. 47.

1599 S. hierzu im Einzelnen *Jungmann*, FS K. Schmidt, S. 831, 834 ff. m.w.N. und kritischer Würdigung.

1600 BT-Drucks. 15/5092, S. 11.

schaft abträglich sein könnte.¹⁶⁰¹ Dass Vorstandsmitglieder (Agenten), die grundsätzlich risikoavers sind, risikoneutrale Investitionsentscheidungen auf Ebene der Gesellschaft treffen können, entspricht zudem dem Interesse der Aktionäre (Prinzipale), die ihrerseits durch eine diversifizierte Investitionsstrategie ihr eigenes Risiko minimieren können.¹⁶⁰²

bb) Meinungsstand zur Übertragung der BJR auf die
Insolvenzverwalterhaftung

Die Frage, ob die BJR auch im Rahmen der Verwalterhaftung gilt bzw. *de lege ferenda* auf diese zu übertragen ist, war bis vor kurzem ein ausschließlich durch die Literatur geführter Streit. Jüngst hat sich zu dieser Frage erstmals¹⁶⁰³ der BGH eindeutig positioniert.¹⁶⁰⁴

(1) Befürwortung der Haftungsprivilegierung des Verwalters

Zahlreiche Stimmen sprechen sich für die Übertragung der BJR auf die Insolvenzverwalterhaftung gem. § 60 InsO aus.¹⁶⁰⁵ Methodisch wird über-

1601 MüKo/Spindler, AktG, § 93, Rn. 43.

1602 Vgl. Jungmann, NZI 2009, 80, 81 f.; Becker, Unternehmensfortführung, S. 44 ff. m.w.N. zum U.S.-amerikanischen Recht.

1603 Unzutreffend gehen Leichtle/Theusinger, NZG 2018, 251 f. davon aus, BGH NZI 2017, 442 habe sich positiv zur Anwendung der BJR auf den Verwalter geäußert, vgl. BGH NJW 2020, 1800, 1801, Rn. 31.

1604 Vgl. BGH NJW 2020, 1800.

1605 Vgl. Berger/Frege, ZIP 2008, 204, 206 ff.; Bönner, Ermessen und Haftung, S. 111 ff.; Uhlenbruck, FS K. Schmidt, S. 1603, 1613 ff.; Oldiges, Haftung unter der Business Judgment Rule, S. 130 ff.; Berger/Frege/Nicht, NZI 2010, 321 ff.; Kebekus/Zenker, FS Maier-Reimer, S. 319, 335 ff.; Frege/Nicht, FS Wellensiek, S. 291 ff.; Antoni, NZI 2013, 236, 239; Hölzle, NZI 2013, 347, 348; Leichtle/Theusinger, NZG 2018, 251 ff.; Resch, Business Judgment Rule und Insolvenzverwalterhaftung, S. 217 ff.; Kübl, Unternehmerisches Ermessen in der Insolvenz, S. 171 ff.; Nerlich/Römermann/Rein, § 60, Rn. 78 ff.; zögerlicher Schmidt/Thole, § 60, Rn. 14, der die Maßstäbe bei unternehmerischen Entscheidungen nur „im Ansatz“ der BJR entnehmen will und die analoge Anwendung ablehnt; zur Anwendbarkeit bei bestimmten Geschäften tendierend Pape, ZInsO 2019, 2033, 2036 f.

wiegend die Analogiebildung zu § 93 Abs. 1 S. 1 AktG bemüht¹⁶⁰⁶, andere wenden die Grundsätze der BJR entsprechend auf die Verwalterhaftung an¹⁶⁰⁷ oder gehen von der Geltung der BJR als „allgemeiner Rechtsgedanke“¹⁶⁰⁸ aus. Die für die Analogie erforderliche Regelungslücke liege vor, weil im Insolvenzverfahren, wie beim Vorstand der AG, unternehmerische Entscheidungen zu treffen seien, die InsO jedoch, anders als das AktG, diesen Umstand nicht adressiere.¹⁶⁰⁹ Übergreifend wird rechtsmethodisch betont, dass das Institut der BJR nicht auf die AG begrenzt sei, sondern bei allen Formen unternehmerischer Betätigung Anwendung finden könne.¹⁶¹⁰

Als Begründung für die Haftungsprivilegierung durch die BJR wird u.a. angeführt, dass bei der Unternehmensfortführung eine Unterscheidung zwischen dem Handeln des Verwalters und dem eines Geschäftsleiters nicht gerechtfertigt sei.¹⁶¹¹ Für das fortgeführte Unternehmen dürften keine Wettbewerbsnachteile in Form eines risikoavers handelnden Verwalters bestehen.¹⁶¹² Die Anwendung der BJR rechtfertige sich aus ökonomischer Sicht, weil durch sie risikoneutrale und damit effiziente Entscheidungen gefördert würden.¹⁶¹³ Zudem befinde sich der Verwalter in einer nachteiligeren Situation als die Geschäftsleitung, weil er das insolvente Unternehmen nicht kenne und unter Zeitdruck handeln müsse.¹⁶¹⁴ Die BJR verhindere im Rahmen des § 60 InsO, dass der Verwalter aufgrund der Rückschaubeurteilung einer Erfolgshaftung unterliege.¹⁶¹⁵ Sofern bei einer unternehmerischen Entscheidung der Verwalter frei von Interessen-

1606 Vgl. *Berger/Frege/Nicht*, NZI 2010, 321, 232; *Kebekus/Zenker*, FS Maier-Reimer, S. 319, 336; *Frege/Nicht*, FS Wellensiek, S. 291, 293; *Resch*, Business Judgment Rule und Insolvenzverwalterhaftung, S. 218 ff.

1607 *Bönner*, Ermessen und Haftung, S. 112.

1608 *Leichtle/Theusinger*, NZG 2018, 251, 252.

1609 *Frege/Nicht*, FS Wellensiek, S. 291, 296.

1610 So *Frege/Nicht*, FS Wellensiek, S. 291, 293 unter Verweis auf BT-Drucks. 15/5092, S. 12; *Kebekus/Zenker*, FS Maier-Reimer, S. 319, 325 f.

1611 Vgl. *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204, 206; *Bönner*, Ermessen und Haftung, S. 112 f.; *Berger/Frege/Nicht*, NZI 2010, 321, 323; *Oldiges*, Haftung unter der Business Judgment Rule, S. 141 ff.; *Leichtle/Theusinger*, NZG 2018, 251, 252 f.

1612 Vgl. *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204, 206; *Uhlenbruck*, FS K. Schmidt, S. 1603, 1615; *Berger/Frege/Nicht*, NZI 2010, 321, 323; *Leichtle/Theusinger*, NZG 2018, 251, 252.

1613 Eingehend hierzu *Oldiges*, Haftung unter der Business Judgment Rule, S. 133 ff.

1614 Vgl. Nerlich/Römermann/Rein, § 60, Rn. 79.

1615 *Berger/Frege/Nicht*, NZI 2010, 321, 322 f.; *Leichtle/Theusinger*, NZG 2018, 251, 252.

konflikten bzw. ohne Sonderinteressen, zum Wohle der Masse und auf angemessener Informationsgrundlage handelt¹⁶¹⁶, bestehe auch für ihn die Haftungsfreistellung als „sicherer Hafen“; er handele dann nicht pflichtwidrig, sodass es auf ein Verschulden nicht mehr ankomme.¹⁶¹⁷ Sofern die Voraussetzungen der BJR nicht vorliegen, soll es bei der allgemeinen Ermessenskontrolle zur Feststellung der Pflichtverletzung bleiben.¹⁶¹⁸

(2) Keine Übertragung der BJR auf die Verwalterhaftung

Einige Literaturstimmen nehmen einen konträren Standpunkt ein und lehnen die Übertragung der BJR auf die Verwalterhaftung ab.¹⁶¹⁹ Dem hat sich auch der BGH angeschlossen.¹⁶²⁰ Als untauglich kritisiert werden bereits die rechtmethologischen Begründungsversuche der Befürworter, zudem lägen die Analogievoraussetzungen nicht vor, weil eine Regelungslücke aufgrund des auf die Unternehmensfortführung angepassten Sorgfaltsmaßstabs des § 60 Abs. 1 S. 2 InsO¹⁶²¹ nicht bestehe.¹⁶²² Über diesen, sowie den Pflichtenkreis, lasse sich eine angemessene Risikobeschränkung erreichen, sodass es der BJR nicht bedürfe.¹⁶²³ Gleiches gelte aufgrund des dem Verwalter eingeräumten weiten Ermessensspielraums.¹⁶²⁴

Eine maßgebliche Rechtfertigung für die BJR im Gesellschaftsrecht, das Interesse an risikoneutralen Entscheidungen der Geschäftsleitung, gelte nicht im Insolvenzverfahren, denn anders als der Kreis der Aktionäre sei

1616 Vgl. zu den Voraussetzungen *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204, 207 ff.; *Berger/Frege/Nicht*, NZI 2010, 321, 323 ff. Im Einzelnen werden divergierende Voraussetzungen für die Haftungsfreistellung vertreten. *Uhlenbruck*, FS K. Schmidt, S. 1603, 1617 f. z.B. verlangt ein Handeln im Interesse des Verfahrensziels, also zum Wohle aller Beteiligten, statt dem bloßen Handeln zum Wohle der Masse.

1617 *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204, 209.

1618 *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204, 209.

1619 Vgl. *Zimmermann*, NZI 2006, 386, 387; *Jungmann*, NZI 2009, 80 ff.; *ders.*, NZI 2020, 651 ff.; *Lüke*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 281; *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 40 ff.; *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 177 ff.; *MüKo/Schoppmeyer*, § 60, Rn. 90a; *K/P/B/Lüke*, § 60, Rn. 37 ff.

1620 BGH NJW 2020, 1800, 1801, Rn. 29 ff.

1621 Vgl. hierzu unten Kap. 4 B.IV.1.b).

1622 BGH NJW 2020, 1800, 1801, Rn. 32 ff.; *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 184 ff.

1623 BGH NJW 2020, 1800, 1801, Rn. 33; *Lüke*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 281; *K/P/B/Lüke*, § 60, Rn. 37b.

1624 BGH NJW 2020, 1800, 1801, Rn. 33; *MüKo/Schoppmeyer*, § 60, Rn. 90a.

die Insolvenzgläubigerschaft heterogen; es bestehe für sie nicht einheitlich die Möglichkeit, durch diversifizierte Anlagestrategien das eigene Risiko zu minimieren.¹⁶²⁵ Eine strenge Verwalterhaftung wirke sich daher auch nicht zu ihrem Nachteil aus.¹⁶²⁶ Zudem bestehe durch die mehrseitige Fremdbestimmtheit des Verwalters auch ein größerer Kreis an Beteiligten, deren Interessenlage hinsichtlich risikoneutraler Entscheidungen unterschiedlich sei.¹⁶²⁷

Ferner wird angeführt, dass Instrumente des Gesellschaftsrechts, die Anreize beim Agenten setzen, gute unternehmerische Entscheidungen zu treffen, und die so das Risiko des Missbrauchs des Haftungsfreiraums reduzieren, im Insolvenzverfahren nicht zur Verfügung stünden.¹⁶²⁸ Des Weiteren rechtfertige das Vorliegen einer unternehmerischen Entscheidung allein noch nicht die Privilegierung durch die BJR, denn die Gefahr von Rückschaufehlern durch die Gerichte bestehe stets bei Ermessensentscheidungen, nicht nur bei der Führung eines Unternehmens; hieraus entstehende Probleme könnten aber durch die Fahrlässigkeitshaftung bewältigt werden.¹⁶²⁹ Auch setze eine Haftungsprivilegierung durch die BJR Anreize zu risikoreichem Verhalten und schaffe eine Fortführungspräferenz für den Verwalter, was volkswirtschaftliche Nachteile nach sich ziehe und u.a. der Marktbereinigung entgegenwirke.¹⁶³⁰

cc) Stellungnahme

Zunächst ist unerlässlich, sich das Verhältnis der BJR zum unternehmerischen Ermessen zu vergegenwärtigen. Obwohl beide Institute gewissermaßen in Zusammenhang stehen und oft im gleichen Atemzug erwähnt werden, sind sie nicht kongruent.¹⁶³¹ Weil die BJR nicht etwa die bloße Kon-

1625 *Jungmann*, NZI 2009, 80, 84; *ders.* NZI 2020, 651, 656; *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 46 f.; *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 196 ff.; a.A. *Oldiges*, Haftung unter der Business Judgment Rule, S. 138 ff.

1626 *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 47.

1627 *Jungmann*, NZI 2009, 80, 84.

1628 BGH NJW 2020, 1800, 1802 f., Rn. 42; eingehend zu Mechanismen, wie z.B. Informationsrechte, Kontroll- und Auswechslungsmöglichkeiten und Vergütung, *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 47 ff.

1629 Vgl. *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 68 ff.

1630 Vgl. *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 192 ff.

1631 So auch von *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 70 f. und *Jungmann*, NZI 2020, 651, 652 hervorgehoben.

kretisierung für die Bestimmung von Ermessensfehlern ist¹⁶³², sondern einen Haftungsfreiraum darstellt, innerhalb dessen Ermessensentscheidungen keiner Kontrolle unterzogen werden, bedeutet sie eine weitergehende Haftungsprivilegierung.¹⁶³³ Es geht also darum, ob der Verwalter haftungsrechtlich besserzustellen ist, als er durch das ihm eingeräumte weite Ermessen bereits steht. Einräumen muss man, dass sich die Stellung des Geschäftsleiters und des Verwalters eines in Fortführung befindlichen Unternehmens in Hinblick auf die unternehmerische und betriebswirtschaftliche Prägung der Tätigkeit gleichen. Die Diskussion über die Anwendbarkeit der BJR auf den Verwalter ist daher naheliegend. Im Ergebnis ist sie aber abzulehnen.

Ein Interesse an risikoneutralen Entscheidungen, das als Annahme für die Haftungsprivilegierung im Gesellschaftsrecht gilt, lässt sich weder für die im insolvenzrechtlichen Kontext als Prinzipale fungierenden Insolvenzgläubiger einheitlich feststellen noch ist ersichtlich, dass es auch bei den anderen Beteiligten vorliegt.¹⁶³⁴ Dies wäre aber nicht nur Voraussetzung für die Vergleichbarkeit von gesellschafts- und insolvenzrechtlicher Situation, sondern auch eine im Rahmen einer zweckadäquaten Auslegung von § 60 InsO erforderliche Rechtfertigung für eine Haftungsbeschränkung zu Gunsten des Verwalters.¹⁶³⁵ Die Schaffung einer Haftungsprivilegierung, die nicht allen Beteiligten sondern nur denen dient, die an risikoneutralen Entscheidungen interessiert sind, birgt die Gefahr von Schutzlücken zu Lasten der übrigen Beteiligten, was im Widerspruch zum *telos* des § 60 InsO steht. Ähnlich gelagert ist der Einwand *Beckers*, dem sich auch der BGH angeschlossen hat¹⁶³⁶, dass den Insolvenzgläubigern als Prinzipale Kontrollmöglichkeiten, die als Korrelat für den Haftungsfreiraum des Agenten bzw. funktionellen Ersatz für eine strenge Haftung dienen, nur unzureichend zu Verfügung stehen.¹⁶³⁷ So könnten durch die Anhebung der Kontrollmöglichkeiten der Gläubiger nicht nur die Situa-

1632 Diesen Eindruck vermitteln aber *Berger/Frege/Nicht*, NZI 2010, 321, 322, wenn von einer „insolvenzspezifischen Ermessensfehlerlehre“, die sich an die BJR oder das Verwaltungsrecht anlehnt, die Rede ist.

1633 *Jungmann*, NZI 2009, 80, 81; *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 70 f.

1634 Vgl. *Jungmann*, NZI 2009, 80, 84; *ders.*, NZI 2020, 651, 656; *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 46 f.

1635 Vgl. zum Kriterium der Zweckadäquanz bei § 60 InsO oben Kap. 4 A.II.3.c.)

1636 BGH NJW 2020, 1800, 1802 f., Rn. 42.

1637 Vgl. *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 47 ff.; ebenso *Jungmann*, NZI 2020, 651, 656 f.

tionen von insolventer und werbender Gesellschaft synchronisiert¹⁶³⁸, sondern auch die Zweckadäquanz i.S.d. § 60 InsO hergestellt werden, weil die Beschränkung des Haftungsrisikos mit einem Absenken der Handlungsautonomie des Verwalters oder einer Anhebung des Beteiligteinflusses „erkaufte“ werden muss.

Fraglos muss § 60 InsO angepasst auf die Situation der Unternehmensfortführung allgemein und auf unternehmerische Ermessensentscheidungen insbesondere ausgelegt werden.¹⁶³⁹ Dies wird jedoch bereits durch das dem Verwalter zugestandene weite Ermessen sowie den besonderen Verschuldensmaßstab des § 60 Abs. 2 S. 1 InsO erreicht.¹⁶⁴⁰ Insoweit ist auch das Bestehen einer planwidrigen Regelungslücke zweifelhaft.¹⁶⁴¹

Ferner rechtfertigt auch die Gefahr von Rückschaufehlern durch die Gerichte nicht die Übertragung der BJR auf die Verwalterhaftung. Dieses Risiko ist nicht nur unternehmerischen Entscheidungen inhärent, sondern besteht bei zahllosen Prognoseentscheidungen, wie z.B. bei der ärztlichen Behandlung, ohne dass auch hier das Haftungsprivileg der BJR angenommen würde.¹⁶⁴² Zudem würde selbst bei Geltung der BJR für die Verwalterhaftung die reguläre Ermessensfehlerkontrolle vorgenommen werden, wenn eine der Voraussetzungen der BJR nicht erfüllt ist. Die Gefahr von Rückschaufehlern ließe sich also ohnehin nicht vollständig eliminieren.

3. Der Umgang mit Ermessensentscheidungen des *bankruptcy trustee*

a) Eingeschränkte gerichtliche Überprüfung von *business judgments*

Ähnlich dem deutschen Insolvenzrecht wird auch dem *bankruptcy trustee* seitens der Rechtsprechung und der Literatur ein weites Ermessen im Rahmen seiner Aufgabenerfüllung zugestanden.¹⁶⁴³ Der *U.S. Supreme*

1638 Vgl. *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 72.

1639 Vgl. hierzu oben Kap. 4 A.II.2.

1640 So auch BGH NJW 2020, 1800, 1801, Rn. 32 f.; *Lüke*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 281; *K/P/B/Lüke*, § 60, Rn. 37b; *MüKo/Schoppmeyer*, § 60, Rn. 90a.

1641 *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 186.

1642 Vgl. *Jungmann*, NZI 2009, 80, 81; *ders.*, NZI 2020, 651, 654; *Becker*, Unternehmensfortführung, S. 70 f.; ähnlich auch BGH NJW 2020, 1800, 1803, Rn. 43.

1643 Vgl. *Sherr v. Winkler*, 552 F.2d 1367, 1375 (10th Cir. 1977); *Ford Motor Credit Company v. Weaver*, 680 F.2d 451, 461 (6th Cir. 1982); *In re Fulton*, 162 B.R. 539, 540 (Bankr. W.D. Mo. 1993); *Frostbaum v. Ochs*, 277 B.R. 470, 475 (E.D.N.Y. 2002) (Freigabe von Massegegenständen); *In re Consolidated*

Court konstatierte bereits in *Mosser v. Darrow*: „Courts are quite likely to protect trustees against heavy liabilities for disinterested mistakes in business judgment.“¹⁶⁴⁴

Auch der *trustee* unterliegt keiner Erfolgshaftung.¹⁶⁴⁵ Gerichte bestimmen die Pflichtwidrigkeit aus einer strikten *ex-ante*-Perspektive, ohne „*perfect vision of hind-sight*.“¹⁶⁴⁶ Grundhaltung ist, unternehmerische Entscheidungen des DIP oder *trustee* im regulären Geschäftsgang keiner umfassenden inhaltlichen Prüfung zu unterziehen.¹⁶⁴⁷ Vor dem Hintergrund der im *Bankruptcy Code* angelegten regelmäßigen Involvierung des Insolvenzgerichts bei einzelnen Verwaltungsmaßnahmen¹⁶⁴⁸ ist dies nachvollziehbar. Andernfalls würde das Gericht faktisch zum Verwalter werden, was aus verfahrensökonomischer Sicht widersinnig wäre und im Widerspruch zur Unternehmensreorganisation als Verhandlungsprozess zwischen den Beteiligten stünde.¹⁶⁴⁹ Zudem wird betont, dass *trustees* anderenfalls zu passiv agierten, was die effiziente Verwaltung verhindere.¹⁶⁵⁰ Gerade bei großvolumigen Verfahren unter *Chapter 11* sei aufgrund der zahlreich zu treffenden unternehmerischen Entscheidungen ein weites Ermessen erforderlich.¹⁶⁵¹

Die gerichtliche Kontrolle beschränkt sich darauf, ob die Ermessensentscheidung unter Berücksichtigung der Umstände aus *ex-ante*-Perspektive angemessen bzw. vertretbar (*reasonable*) war und in gutem Glauben (*good faith*) sowie im Rahmen der rechtlichen Zuständigkeit (*scope of authority*) vorgenommen wurde.¹⁶⁵² Der *trustee* hat sein Handeln am Interesse der

Industries Corp., 330 B.R. 712, 715 (Bankr. N.D. Ind. 2005) (Verfolgung von Haftungsansprüchen gegen ehemalige Geschäftsleiter des Schuldners); *Bogart*, 102 Dick. L. Rev. 711, 726 (1998); *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 704.04 [1].

1644 *Mosser v. Darrow*, 341 U.S. 267, 274 (1951).

1645 Vgl. In re Melenzyer, 140 B.R. 143, 155 (W.D. Tex. 1992).

1646 *Allard*, 106 Com. L.J. 415, 419 (2001); In re Melenzyer, 140 B.R. 143, 155 (W.D. Tex. 1992).

1647 Vgl. In re Curlew Valley Associates, 14 B.R. 506, 511 (Bankr. D. Utah 1981): „*The courtroom is not a boardroom*“; hierzu auch *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 1108.07 [1]; vgl. auch *Nimmer/Feinberg*, 6 Bankr. Dev. J. 1, 13 f. (1989); *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 193 (1994) unter Verweis auf In re Airlift International, Inc. 18 B.R. 787, 788 (Bankr. S.D. Fla. 1982).

1648 Vgl. hierzu oben Kap. 2 B.IV.2.

1649 Vgl. In re Curlew Valley Associates, 14 B.R. 506, 511 (Bankr. D. Utah 1981).

1650 In re Melenzyer, 140 B.R. 143, 155 (W.D. Tex. 1992).

1651 *Bogart*, 102 Dick. L. Rev. 711, 726 (1998).

1652 In re Curlew Valley Associates, 14 B.R. 506, 513 f. (Bankr. D. Utah 1981); In re Melenzyer, 140 B.R. 143, 155 (W.D. Tex. 1992); In re Fulton, 162 B.R. 539,

parties in interest auszurichten.¹⁶⁵³ Innerhalb dieser Grenzen kommt die persönliche Haftung nicht in Frage¹⁶⁵⁴, sie folgt aber stets dann, wenn die Handlungen des *trustee* objektiv unvertretbar waren¹⁶⁵⁵ bzw. wenn er die Grenzen des weiten Ermessenspielraums überschreitet.¹⁶⁵⁶ Ein *breach of fiduciary duty* wird bei sorgfältig begründeten Ermessensentscheidungen abgelehnt, selbst wenn sich das Ergebnis als schädlich herausstellt.¹⁶⁵⁷

b) Keine einheitliche Anwendung der *Business Judgment Rule*

Wenig überraschend ist die BJR auch in ihrer Herkunftsrechtsordnung häufig Gegenstand von Gerichtsentscheidungen mit Bezug zur Insolvenzverwaltung. Ein einheitliches Bild zur Frage ihrer Anwendbarkeit existiert nicht, gleichwohl zeichnet sich eine Grundausrichtung ab.

aa) *Ex-ante*-Szenario

Festzuhalten ist zunächst, dass dem Grundsatz nach eine „Art BJR“ im U.S.-amerikanischen Insolvenzverfahren Anwendung findet.¹⁶⁵⁸ Gerichte richten sich bei Überprüfung unternehmerischer Entscheidungen hier nach und nehmen nur, wenn eine ihrer Voraussetzungen nicht vorliegt, z.B. wenn mit Eigeninteresse gehandelt wurde, eine reguläre Ermessenskontrolle vor.¹⁶⁵⁹ Mitunter wird diesbezüglich von einer Analogie zur

540 (Bankr. W.D. Mo. 1993); In re Cult Awareness Network, Inc., 205 B.R. 575, 579 (Bankr. N.D. Ill. 1997); diese Prüfung wird auch als „reasonable trustee test“ bezeichnet, vgl. In re Haugen Construction Service, Inc., 104 B.R. 223, 240 (Bankr. D. N.D. 1989).

1653 In re Haugen Construction Service, Inc., 104 B.R. 223, 240 (Bankr. D. N.D. 1989).

1654 In re Smith, 400 B.R. 370, 377 f. (Bankr. E.D.N.Y. 2009).

1655 Pereira v. Foong (In re Ngan Gung Restaurant), 254 B.R. 566, 571 (Bankr. S.D.N.Y. 2000).

1656 Vgl. exemplarisch In re Lowry Graphics, 86 B.R. 74, 76 (Bankr. S.D. Tex. 1988) (*trustee* überschreitet sein Ermessen, wenn er seine wesentlichen Pflichten auf Dritte delegiert).

1657 Vgl. *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 1108.04 unter Verweis auf u.a. In re Haugen Construction Service, Inc., 104 B.R. 223 (Bankr. D. N.D. 1989).

1658 Vgl. *Nimmer/Feinberg*, 6 Bankr. Dev. J. 1, 14 (1989).

1659 Vgl. Official Committee of Subordinated Bondholders v. Integrated Resources, Inc. (In re Integrated Resources), 147 B.R. 650, 656 (S.D.N.Y. 1992); In re

gesellschaftsrechtlichen BJR gesprochen.¹⁶⁶⁰ Verbreitet wird auch die Kontrolle von „*business judgments*“, bei der die jeweiligen Entscheidungen auf ihre Vertretbarkeit und Gutgläubigkeit untersucht werden, als synonym mit der BJR verstanden.¹⁶⁶¹

Ungeachtet der terminologischen Gebräuchlichkeit unterscheidet sich in der Praxis der gerichtliche Prüfungsmaßstab, der bei Entscheidungen des *trustee* angelegt wird, teilweise von dem, mit dem Entscheidungen von Geschäftsleitern im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen BJR geprüft werden.¹⁶⁶² Dies hängt auch mit den strukturellen Kontrollmechanismen im Insolvenzverfahren zusammen.¹⁶⁶³ Es bestehen etliche gerichtliche Zustimmungsvorbehalte und Beteiligte können das Insolvenzgericht in einem streitigen Verfahren über Einzelmaßnahmen involvieren. Anders als in typischen gesellschaftsrechtlichen Anwendungsfällen, z.B. Schadensersatzklagen gegen den Geschäftsleiter „*ex post*“, stellt sich die Frage nach der Überprüfung von Ermessensentscheidungen im Insolvenzverfahren damit bereits *ex ante*.¹⁶⁶⁴ In solchen Fällen beschränken Gerichte ihre Prüfung vielfach nicht auf die Entscheidungsumstände, sondern befassen sich auch mit dem konkreten Inhalt der Entscheidung und ihren Auswirkungen auf das Verfahren, was bei der gesellschaftsrechtlichen BJR zu unterbleiben hätte.¹⁶⁶⁵

Ein Beispiel ist die Entscheidung über Erfüllung oder Ablehnung schwebender Verträge. Hier wird dem *trustee* ein weites Ermessen zugestanden und in diesem Zusammenhang auch der „*business judgment test*“ als maßgeblich erwähnt¹⁶⁶⁶, allerdings lassen es Gerichte verbreitet, im Unter-

Riodizio, Inc. 204 B.R. 417, 424 f. (Bankr. S.D.N.Y. 1997); instruktiv zur Anwendung der BJR im Insolvenzverfahren auch In re Dalen, 259 B.R. 586, 609 ff. (Bankr. W.D. Mich. 2001).

1660 Vgl. Official Committee of Subordinated Bondholders v. Integrated Resources, Inc. (In re Integrated Resources), 147 B.R. 650, 656 (S.D.N.Y. 1992).

1661 So z.B. Aaron, Bankruptcy Law, § 9:10, der hierzu auf In re Curlew Valley Associates, 14 B.R. 506 (Bankr. D. Utah 1981) verweist. Ganz anders sieht Bogart, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 223 (1994) diese Entscheidung als Beispiel dafür, dass die BJR nicht für *trustees* gilt.

1662 Resnick/Sommer, Collier on Bankruptcy, P 363.02 [4].

1663 Vgl. hierzu oben Kap. 2 B.IV.2.

1664 Resnick/Sommer, Collier on Bankruptcy, P 1108.07 [2].

1665 Vgl. Resnick/Sommer, Collier on Bankruptcy, P 1108.07 [2] m.w.N.

1666 Vgl. Robertson v. Pierce (In re Chi-Feng Huang), 23 B.R. 798, 800 f. (9th Cir. BAP 1982); In re Petur U.S.A. Instrument Co., Inc., 35 B.R. 561, 563 (Bankr. W.D. Wash. 1983); In re H.M. Bowess, Inc., 89 B.R. 238, 241 (Bankr. M.D. Fla. 1988).

scheid zur „echten“ BJR, nicht ausreichen, dass der *trustee* annahm, zum Wohle des insolventen Unternehmens zu handeln; stattdessen müssen sie, über die Schwelle der schlichten Unvertretbarkeit hinaus, auch inhaltlich von der Sinnhaftigkeit der Maßnahme überzeugt werden bzw. widersprechen dem *trustee* trotz Erfüllung der Vorgaben aus der BJR aufgrund eigener Erwägungen.¹⁶⁶⁷

Grundsätzlich erhöht sich die gerichtliche Kontrolldichte – und rückt die klassische BJR in den Hintergrund – bei Entscheidungen des DIP bzw. *trustee* außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsgangs, wenn sie wesentliche Auswirkungen auf den gesamten Verfahrensgang hat, z.B. wenn im Reorganisationsverfahren im Rahmen von 11 U.S.C. § 363 alle (wesentlichen) Vermögenswerte des Schuldners veräußert werden sollen; der jeweilige Verwalter muss in diesen Fällen umfassend darlegen, dass „*good business reason*“ für die angestrebte Maßnahme besteht.¹⁶⁶⁸

bb) *Ex-post*-Szenario

Bei der Frage nach der Schadensersatzhaftung für *breach of fiduciary duty* wird die BJR in einem *ex-post*-Szenario, zumeist im Reorganisationsverfahren virulent. Gerichtliche Äußerungen zur Geltung der BJR sind rar. Ein *court of appeals* lehnte die Anwendung der BJR auf die Verwalterhaftung, ungeachtet der Qualifizierung des Schuldners als Unternehmen oder natürliche Person, mangels anderslautender Vorgaben durch den *U.S. Supreme Court* explizit ab.¹⁶⁶⁹ Ein *Bankruptcy Court* bestimmte, dass jedenfalls

1667 Vgl. *Nimmer/Feinberg*, 6 Bankr. Dev. J. 1, 14f. (1989); *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 196f. (1994) unter Verweis auf die in der vorigen Fn. genannten Entscheidungen; s. zur Rolle des Gerichts auch *Orion Pictures Corp. v. Showtime Networks, Inc.* (In re *Orion Pictures Corp.*), 4 F.3d 1095, 1099 (2nd Cir. 1993); teilweise richten sich Gerichte auch nur nach den Voraussetzungen der gesellschaftsrechtlichen BJR, vgl. *Agarwal v. Pomona Valley Medical Group, Inc.* (In re *Pomona Valley Medical Group*) 476 F.3d 665, 670 (9th Cir. 2007); vgl. zum Ganzen *Resnick/Sommer*, *Collier on Bankruptcy*, P 1108.07 [3].

1668 Vgl. In re *Lionel Corp.*, 722 F.2d 1063, 1071 (2nd Cir. 1983); *Nimmer/Feinberg*, 6 Bankr. Dev. J. 1, 18 ff. (1989); *Resnick/Sommer*, *Collier on Bankruptcy*, P 1108.07 [4].

1669 *United States v. Aldrich* (In re *Rigden*), 795 F.2d 727, 731, Fn. 1 (9th Cir. 1986) (*trustee* im Verfahren nach *Chapter 11*). S. aber (a.a.O., 736 ff.) die gegenläufige Meinung von Richterin *Hall*, die aufgrund der Ähnlichkeit von *trustee* und Geschäftsleitern für die Anwendung der BJR bei Unternehmensinsolvenzen

kein Haftungsschutz durch die BJR besteht, wenn ein *trustee* fahrlässig handelt.¹⁶⁷⁰

Stimmen der Literatur kommen zu gegensätzlichen Ergebnissen. *Bogart* legt, unter Verweis auf die stete gerichtliche Prüfung der „*reasonableness*“ von Ermessensentscheidungen des *bankruptcy trustee*¹⁶⁷¹ und die Tatsache, dass auch der *trustee* des *trust law* keinen Schutz durch die BJR erfährt, überzeugend dar, dass die BJR jedenfalls in ihrer aus dem Gesellschaftsrecht bekannten Form im Insolvenzverfahren nicht gilt.¹⁶⁷² Andere Stimmen gehen, unter anderem unter Berufung auf *Mosser v. Darrow*, von einer Geltung der BJR für *trustees* aus, um *trustees* ohne Gefahr persönlicher Haftung das Treffen schwieriger Entscheidungen zu ermöglichen.¹⁶⁷³ Letztendlich kommt es auf die Ansicht des jeweiligen Gerichts und die konkrete Fallgestaltung an, ob dem *trustee* die BJR bei Haftungsfällen zur Verfügung steht. Von einer einheitlichen Geltung der BJR für die Haftung des *trustee* kann jedoch keine Rede sein.

4. Ergebnis

Deutschem und U.S.-amerikanischem Insolvenzrecht ist gemein, dass dem Verwalter ein weites Ermessen bei unternehmerischen Entscheidungen eingeräumt wird. Es besteht jeweils keine Erfolgshaftung. Verwalterentscheidungen werden aus *ex-ante*-Perspektive kontrolliert, ohne dass Gerichte eine eigene Ermessensentscheidung an die Stelle derjenigen des Verwalters setzen. Hinsichtlich der Geltung der BJR und der Prüfung von Ermessensfehlern zeigt sich, dass trotz erheblicher verfahrensstruktureller Unterschiede beide Rechtsordnungen zu ähnlichen Ergebnissen gelangen. Eine Pflichtverletzung liegt jeweils vor, wenn die Maßnahme des Verwalters wirtschaftlich nicht vertretbar war.

eintritt. S. auch die Entscheidungsbesprechung bei *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 198 ff. (1994).

1670 In re *Louis Rosenberg Auto Parts, Inc.*, 209 B.R. 668, 672 (Bankr. W.D. Pa. 1997).

1671 Vgl. hierzu oben Kap. 4 B.III.2.a).

1672 Vgl. *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 193 ff., 222 f. (1994), der auch für den DIP die BJR ablehnt; *ders.*, 102 Dick. L. Rev. 703, 741 (1998).

1673 Vgl. *R. McCullough*, 103 Com. L.J. 129, 136 ff. (1998), der aber nicht zwischen Ermessen und BJR unterscheidet; *Primack*, 43 Wm. & Mary L. Rev. 1297, 1304, 1320 (2002).

Die BJR ist auf die Haftung nach § 60 InsO nicht anzuwenden. Dies widerspricht unter anderem dem *telos* der Vorschrift, der die persönliche Haftung als Ausgleich für die weitgehend unbeeinflusste Handlungsmacht des Verwalters zum Schutze der Beteiligten vorsieht. Diese haben weder mit der Privilegierung durch die BJR korrespondierende Kontrollmittel noch ein Interesse an Haftungsbeschränkungen zu Gunsten des Verwalters.

In den USA bewirkt die stete Involvierung des Insolvenzgerichts *ex ante*, dass Entscheidungen bereits vor einem Haftungsfall einer Sachlichkeitsprüfung unterzogen werden. Auch wenn betont wird, dass Gerichte keine Management-Entscheidung treffen können und dass eine Art BJR für *trustees* gilt, wird auch hier, ähnlich wie bei Ermessensentscheidungen des deutschen Verwalters, die wirtschaftliche Vertretbarkeit einer Entscheidung gerichtlich überprüft, und zwar umso intensiver, je gravierender die Entscheidung für das Verfahren ist. Die BJR wird auch dort nicht in gesellschaftsrechtlicher „Reinform“ angewendet. Vom *trustee* wird mehr erwartet, als die bloße Zweckdienlichkeit einer Maßnahme darzulegen. Zudem wird teilweise auch explizit konstatiert, dass die BJR bei der Haftung des *trustee* nicht anzuwenden sei.

IV. Verstoß gegen die objektiv bestimmte Sorgfaltsanforderung

In beiden Rechtsordnungen haftet der Verwalter nur dann persönlich, wenn er bei Verletzung seiner Pflichten den ihm auferlegten Sorgfaltsmaßstab missachtet. Die Anforderungen, die an den jeweiligen Verwalter gestellt werden, unterscheiden sich erheblich.

1. Verschulden bei der Haftung des Insolvenzverwalters

a) Haftung für Fahrlässigkeit

§ 60 Abs. 1 S. 1 sieht die persönliche Haftung des Verwalters vor, wenn er schuldhaft seine Pflichten verletzt. Dass eine Verschuldenshaftung angeordnet ist, stellt eine anspruchsinhärente Risikobeschränkung dar. Sie ist aufgrund der mehrseitigen Fremdbestimmung des Verwalters sachgerecht.¹⁶⁷⁴ Maßgeblich sind in Bezug auf die Pflichtverletzung jede Form

1674 Schmidt/Thole, § 60, Rn. 1.

von Fahrlässigkeit sowie Vorsatz i.S.v. § 276 BGB.¹⁶⁷⁵ Mit der Schutzfunktion des § 60 InsO wäre es unvereinbar, die Haftung auf grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz zu beschränken.¹⁶⁷⁶ Ein Interesse der Beteiligten an einer derartigen Haftungsprivilegierung, was für die Unterbrechung der Korrespondenz von Herrschaft und Haftung erforderlich wäre, ist nicht ersichtlich.

b) § 60 Abs. 1 S. 2 InsO – Mindestsorgfalt und Haftungsbegrenzung

Die Anforderungen an die vom Verwalter im Verkehr anzuwendende Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) wird durch § 60 Abs. 1 S. 2 InsO besonders bestimmt: Maßgeblich ist die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters. Der Gesetzgeber intendierte hiermit die terminologische Anlehnung an andere spezielle Sorgfaltsmaßstäbe von Kaufmann und Geschäftsleitern¹⁶⁷⁷, gleichzeitig sollten diese Maßstäbe nicht ohne Weiteres auf den Verwalter zu übertragen sein.¹⁶⁷⁸ Es seien stattdessen die Besonderheiten zu beachten, die sich aus dessen Aufgaben und den jeweiligen Umständen ergeben.¹⁶⁷⁹ Hierzu gehöre, dass der Verwalter sein Amt, im Vergleich zum Geschäftsleiter eines solventen Unternehmens, unter wesentlich nachteiligeren Bedingungen ausübe, insbesondere die Unternehmensfortführung berge besondere Schwierigkeiten.¹⁶⁸⁰

Deutlich wird, dass der Sorgfaltsmaßstab des § 60 Abs. 1 S. 2 InsO objektiv bestimmt und als solcher an den konkreten Anforderungen des Verfahrens auszurichten ist.¹⁶⁸¹ Das bedeutet auch, dass Fehler, die zu Verfahrensbeginn noch entschuldbar waren, im weiteren Verlauf schuldhaft sein können.¹⁶⁸² Grundsätzlich bewirkt der objektiv bestimmte Maßstab hinsichtlich des Haftungsrisikos des Verwalters zunächst eine Verschär-

1675 Jaeger/*Gerhardt*, § 60, Rn. 117; Schmidt/*Thole*, § 60, Rn. 37.

1676 Ebenfalls ablehnend *Bönner*, Ermessen und Haftung, S. 30; *Oldiges*, Haftung unter der Business Judgment Rule, S. 125; auch der BGH hat sich gegen eine Pflichtwidrigkeit bei erst grob fahrlässigem Handeln im Zusammenhang mit unternehmerischen Entscheidungen ausgesprochen, vgl. BGH NJW 2020, 1800, 1802, Rn. 38.

1677 Vgl. §§ 347 Abs. 1 HGB, 93 Abs. 1 S. 1 AktG, 34 Abs. 1 S. 1 GenG, 43 Abs. 1 GmbHG.

1678 BT-Drucks. 12/2443, S. 129.

1679 BT-Drucks. 12/2443, S. 129.

1680 BT-Drucks. 12/2443, S. 129.

1681 *Lüke*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 274; Schmidt/*Thole*, § 60, Rn. 37; Uhlenbruck/*Sinz*, § 60, Rn. 91.

1682 MüKo/*Schoppmeyer*, § 60, Rn. 90.

fung. Die festgelegte Sorgfalt eines „ordentlichen Insolvenzverwalters“¹⁶⁸³ verbietet ihm, sich durch Berufung auf etwaige Qualifikationsmängel des Verschuldensvorwurfs zu entledigen, ferner ist er zum Einsatz seiner Sonderkenntnisse, aufgrund derer er gerade bestellt wurde, verpflichtet.¹⁶⁸⁴ Sofern ein Verwalter das Amt trotz mangelhafter Kenntnisse annimmt, trägt er hierfür das voll Haftungsrisiko.¹⁶⁸⁵

Zugleich sorgt der besondere Maßstab des § 60 Abs. 1 S. 2 InsO für eine „Lockerung“ hinsichtlich des Verschuldens¹⁶⁸⁶, weil er die ökonomische Problemsituation des Schuldners berücksichtigt¹⁶⁸⁷, was sich potentiell haftungsbegrenzend auswirkt.¹⁶⁸⁸ So ist dem Verwalter eine Einarbeitungszeit nach Amtsübernahme zuzugestehen, denn zum einen hat er sich mit den Besonderheiten eines ihm fremden Unternehmens und u.U. fremden Geschäftsfelds vertraut zu machen, zum anderen sieht er sich häufig mit unordentlicher Buchführung beim Schuldner konfrontiert.¹⁶⁸⁹ Ferner ist auch dem Umfang des zu verwaltenden Vermögens bei der Bestimmung der Verwaltersorgfalt Rechnung zu tragen.¹⁶⁹⁰ Deutlich wird, dass der Gesetzgeber mit Schaffung des speziellen Sorgfaltsmaßstabs auch die Bewältigung der haftungsträchtigen Unternehmensfortführung sicherstellen und das Haftungsrisiko des Verwalters in diesem Sinne beschränkt wissen wollte. § 60 Abs. 1 S. 2 InsO stellt somit, trotz der Festlegung eines Mindestsorgfaltsmaßstabes, eine der Haftungsnorm inhärente Haftungsbeschränkung dar.

c) Faktische Kongruenz von Pflichtverletzung und Verschulden

Pflichtverletzung, als objektiver Verstoß, und Verschulden, als Vorwerfbarkeit, sind grundsätzlich strikt getrennt voneinander zu betrachten.¹⁶⁹¹ Die objektive Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabs in § 60 Abs. 1 S. 2 InsO

1683 § 60 Abs. 1 S. 2 InsO.

1684 Schmidt/*Thole*, § 60, Rn. 37.

1685 Uhlenbruck/*Sinz*, § 60, Rn. 91.

1686 *Lüke*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 273; K/P/B/*Lüke*, § 60, Rn. 36.

1687 Vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 129; Schmidt/*Thole*, § 60, Rn. 37.

1688 Vgl. *Meyer-Löwy/Poertzgen*, ZInsO 2004, 363, 364.

1689 Vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 129; Jaeger/*Gerhardt*, § 60, Rn. 118; *Lüke*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 275; Uhlenbruck/*Sinz*, § 60, Rn. 91; zum Ganzen auch *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 126 f.

1690 *Lüke*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 275.

1691 Schmidt/*Thole*, § 60, Rn. 8; hierzu auch *Bönner*, Ermessen und Haftung, S. 26.

bringt es jedoch mit sich, dass, insbesondere bei materiell aus der Amtsfunktion entwickelten insolvenzspezifischen Pflichten, bereits die Pflichtverletzung den Verstoß gegen die anzulegende Verwaltersorgfalt und damit das Verschulden begründet.¹⁶⁹² Obwohl die rechtsdogmatische Trennung weiterhin besteht, verschwimmen die Grenzen zwischen Verschulden und Pflichtverletzung im Rahmen der Verwalterhaftung regelmäßig.¹⁶⁹³

2. Der *standard of care* des *bankruptcy trustee*

a) Verstoß gegen den objektiven Sorgfaltsmaßstab

Die *duty of care* legt einen objektiven Sorgfaltsmaßstab¹⁶⁹⁴ für den *trustee* zugrunde, nämlich den einer durchschnittlichen umsichtigen Person, die unter ähnlichen Umständen tätig wird, bzw. den sie bei eigenen Angelegenheiten unter gleichen Umständen und bei gleicher Sachkenntnis anzuwenden pflegt.¹⁶⁹⁵ Zwar resultiert eine Fehlentscheidung des *trustee* im Rahmen des ihm zustehenden Ermessens nicht in dessen persönlicher Haftung, anderes gilt aber, wenn er bei der Verwaltung gegen den für ihn geltenden Sorgfaltsmaßstab (*standard of care*) verstößt und er hierbei einen Schaden verursacht.¹⁶⁹⁶

Grundsätzlich begründet, wie im deutschen Recht, der Pflichtenverstoß durch den *trustee* dessen Fahrlässigkeit.¹⁶⁹⁷ Gleichwohl ist zwischen den einzelnen *courts of appeals* in Bezug auf die Verletzung der *duty of care* umstritten, ob die fahrlässige Pflichtverletzung ausreichend ist, um die persönliche Haftung des *trustee* zu begründen, oder ob ein anderer Maßstab wie grobe Fahrlässigkeit bzw. Vorsatz anzuwenden ist.¹⁶⁹⁸

1692 BGH NZI 2014, 757, 759, Rn. 24; Schmidt/Thole, § 60, Rn. 8, 37; MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 90.

1693 Schmidt/Thole, § 60, Rn. 8.

1694 S. zur Analogie zum objektiven Sorgfaltsmaßstab des *trust law* Bogart, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 187 (1994).

1695 Vgl. hierzu die Ausführungen zur *duty of care* oben Kap. 4 B.II.2.b)aa)(2).

1696 Vgl. Bogart, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 193 (1994); Resnick/Sommer, Collier on Bankruptcy, P 1108.04; Radwan, 35 Conn. L. Rev. 525, 535 (2003) betont, dass Fahrlässigkeit ein „Mehr“ zum bloßen Ermessensfehler ist.

1697 E. McCullough, 15 Lewis & Clark L. Rev. 153, 175 (2011).

1698 Vgl. auch Resnick/Sommer, Collier on Bankruptcy, P 1108.05.

b) *Circuit split* nach Fehlinterpretation von *Mosser v. Darrow*

In der Entscheidung *Sherr v. Winkler*¹⁶⁹⁹ konstatierte der *court of appeals* des *10th Circuit*, dass *Mosser v. Darrow* die Regel etabliert habe, dass der *trustee* nicht im Rahmen des ihm eingeräumten Ermessens haftet, dass er persönlich nur bei vorsätzlichen Pflichtverletzungen haftet und dass er für fahrlässige Pflichtverletzungen nur in seiner *official capacity* haftet.¹⁷⁰⁰ Das Gericht entnahm die Regel der Passage des Urteilstextes von *Mosser v. Darrow*, in der der *U.S. Supreme Court* zur Haftungsbeurteilung ausführt¹⁷⁰¹:

„We see no room for the operation of the principles of negligence in a case in which conduct has been knowingly authorized. [...] The liability here is not created by a failure to detect defalcations, in which case negligence might be required to surcharge the trustee, but is a case of a willful and deliberate setting up of an interest in employees adverse to that of the trust.“¹⁷⁰²

Die Fehlerhaftigkeit der Entscheidung in Bezug auf die Doktrinenwahl, das Postulat der Massehaftung für fahrlässige Verwalterhandlungen und das Missverständnis des Begriffs „*surcharge*“ wurden bereits dargelegt.¹⁷⁰³ Der *U.S. Supreme Court* hatte keine Unterscheidung hinsichtlich der Haftung in persönlicher und amtlicher Funktion vorgenommen und nicht zwei verschiedene Sorgfaltsmaßstäbe festgelegt.¹⁷⁰⁴ In *Mosser v. Darrow* wurde lediglich festgestellt, dass der *trustee* bei vorsätzlichen Pflichtverletzungen persönlich haftet, jedoch keine Aussage dazu getroffen, ob bereits

1699 *Sherr v. Winkler*, 552 F.2d 1367, 1375 (10th Cir. 1977) (Klage von *third parties* gegen den *trustee* im Reorganisationsverfahren wegen pflichtwidrigen Erwirkens einer gerichtlichen Herausgabeanordnung betreffend Eigentum der Kläger).

1700 *Sherr v. Winkler*, 552 F.2d 1367, 1375 (10th Cir. 1977).

1701 *Sherr v. Winkler*, 552 F.2d 1367, 1375 (10th Cir. 1977); hierzu auch *R. McCullough*, 103 Com. L.J. 123, 133 (1998); das Gericht stellte schließlich fest, dass der *trustee* weder vorsätzlich noch fahrlässig handelte, sodass er weder persönlich noch in seiner offiziellen Funktion verantwortlich sei, vgl. *Sherr v. Winkler*, 552 F.2d 1367, 1376 (10th Cir. 1977).

1702 *Mosser v. Darrow*, 341 U.S. 267, 272 (1951).

1703 Vgl. oben Kap. 3 B.III.2.c)bb).

1704 *Tiller*, 53 Am. Bankr. L.J. 75, 100 (1979); *Primack*, 43 Wm. & Mary L. Rev. 1297, 1306 (2002).

fahrlässiges Handeln ausgereicht hätte.¹⁷⁰⁵ Wegen seiner zahlreichen Fehler gilt *Sherr v. Winkler* als unglücklicher Präzedenzfall.¹⁷⁰⁶

Im Nachgang zu dieser Entscheidung bildete sich eine nach Gerichtsbezirk zersplitterte Rechtsprechung bezüglich des Grades des Verschuldens bei der Verletzung treuhänderischer Pflichten heraus (*circuit split*).¹⁷⁰⁷ Einigkeit besteht zwischen den *courts of appeals* nur dahingehend, dass vorsätzliche Pflichtverletzungen in der persönlichen Haftung des *trustee* resultieren.¹⁷⁰⁸ Bemerkenswert ist, dass sich alle, teils konträren Ansichten auf die Ausführungen in *Mosser v. Darrow* stützen.¹⁷⁰⁹

aa) Haftung für vorsätzliche Pflichtverletzungen (*willful and deliberate conduct*)

Der im *10th Circuit* durch *Sherr v. Winkler* etablierten Vorsatzhafung des *trustee* (*willful and deliberate conduct*)¹⁷¹⁰ folgen auch der *4th*, *6th*, und *7th Circuit*.¹⁷¹¹ So berief sich der *court of appeals* des *4th Circuit* bei einer Scha-

1705 So die h.M. in der Literatur, vgl. *Tiller*, 53 Am. Bankr. L.J. 75, 100 f. (1979); *Cuevas*, 73 Notre Dame L. Rev. 385, 391 f. (1998); *Cowans*, Bankruptcy Law and Practice, § 2.6, S. 164; *Primack*, 43 Wm. & Mary L. Rev. 1297, 1306 (2002); *Radwan*, 35 Conn. L. Rev. 525, 528 f. (2003); *E. McCullough*, 15 Lewis & Clark L. Rev. 153, 176 (2011); ebenso *Bogart* 68 Am. Bankr. L.J. 155, 209 f. (1994) und *ders.*, 102 Dick. L. Rev. 703, 712 ff. (1998), der zudem zwischen der *duty of loyalty* und der *duty of care* unterscheidet. Bei Verletzung Ersterer gehe es stets um vorsätzliches Handeln, hinsichtlich Letzterer um fahrlässige Handlungen. Der *U.S. Supreme Court* habe nicht sagen wollen, dass *trustees* nicht für fahrlässige Pflichtverletzungen haften würden, sondern dass in Fällen, in denen die *duty of loyalty* verletzt wurde, der Fahrlässigkeitsstandard keine Rolle spiele. Für die Verletzung der *duty of care* sei der Fahrlässigkeitsstandard geboten; a.A. nur *R. McCullough*, 103 Com. L.J. 123, 134 (1998).

1706 Vgl. nur *Tiller*, 53 Am. Bankr. L.J. 75, 102 (1979).

1707 Vgl. *E. McCullough*, 15 Lewis & Clark L. Rev. 153, 175 (2011); *Resnick/Sommer*, *Collier on Bankruptcy*, P 1108.05.

1708 *Radwan*, 35 Conn. L. Rev. 525, 526 (2003).

1709 *DiStefano v. Stern* (In re J.F.D. Enterprises, Inc.), 223 B.R. 610, 626 (Bankr. D. Mass. 1998).

1710 S. die Entscheidung eines *district court* im *10th Circuit* *Ebel v. King* (In re Ebel), 338 B.R. 862, 875 (Bankr. D. Colo. 2005), wo unter Bezugnahme auf *Sherr v. Winkler* entschieden wurde, dass *trustees* nur bei vorsätzlichen Handlungen wegen *breach of fiduciary duty* haften.

1711 Dies wird in der Literatur überwiegend kritisiert, vgl. *Bogart* 68 Am. Bankr. L.J. 155, 206 f. (1994); *Cuevas*, 73 Notre Dame L. Rev. 385, 392 (1998); *Primack*, 43 Wm. & Mary L. Rev. 1297, 1306 (2002). Der Vorsatzmaßstab findet dort

denersatzklage eines Gläubigers gegen den *trustee* im Reorganisationsverfahren¹⁷¹² auf *Sherr v. Winkler* und entschied, dass auf Seiten des *trustee* ein weites Ermessen bei unternehmerischen Entscheidungen bestehe und im Übrigen eine vorsätzliche Pflichtverletzung erforderlich sei, um die persönliche Haftung zu begründen.¹⁷¹³

Auf dieselbe Entscheidung bezog sich auch der *court of appeals* des *6th Circuit* bei der Frage nach der persönlichen Haftung eines DIP und entschied, dass nur aus der vorsätzlichen Verletzung treuhänderischer Pflichten die persönliche Haftung folge.¹⁷¹⁴ Allerdings kam später im selben *circuit* ein *bankruptcy court* zu einem abweichenden Ergebnis und sprach sich für die Haftung aus dem *bond* bei bereits fahrlässiger Pflichtverletzungen des *trustee* aus¹⁷¹⁵, was aufgrund der Regressmöglichkeit der Gesellschaft, die den *bond* bereitstellt¹⁷¹⁶, faktisch die Fahrlässigkeitshaftung des *trustee* bedeutet.

Auch der *court of appeals* des *7th Circuit* positionierte sich dahingehend, dass *trustees* wegen vorsätzlicher Verletzung ihrer treuhänderischen Pflichten persönlich haften.¹⁷¹⁷ Allerdings zeigen sich auch in diesem *circuit* Abweichungstendenzen. Ein *bankruptcy court* fühlte sich nicht an die Rechtsprechung des Obergerichts gebunden und entschied mehrfach, dass der *trustee* zwar nicht für bloße Fehlentscheidungen im Rahmen seines Ermes-

kaum Anhängerschaft, anders nur *R. McCullough*, 103 Com. L.J. 123, 135 (1998).

- 1712 *United States v. Sapp* (In re *S. Found Corp.*), 641 F.2d 182, 184 (4th Cir. 1981) (Der *trustee* schloss mit dem Kläger einen Vertrag über die Anmietung von Baumaschinen und entrichtete den Mietzins nicht. Laut Kläger hätte der *trustee* die Finanzlage des Schuldners vor Vertragsschluss prüfen müssen).
- 1713 Vgl. *United States v. Sapp* (In re *S. Found Corp.*), 641 F.2d 182, 184 f. (4th Cir. 1981). A.a.O. wurde zudem konstatiert, dass der Gläubiger das Risiko der Masseinsuffizienz zu tragen habe, wenn er mit dem *trustee* kontrahiert. Auch in späteren Entscheidungen blieb das Gericht bei der Vorsatzhaftung für *trustees*, vgl. *Yadkin Valley Bank & Trust Co. v. McGee* (In re *Hutchinson*), 5 F.3d 750 (4th Cir. 1993); *McGahren v. First Citizens Bank & Trust Co.* (In re *Weiss*), 111 F.3d 1159, 1168 (4th Cir. 1997).
- 1714 Vgl. *Ford Motor Credit Company v. Weaver*, 680 F.2d 451, 461 f. (6th Cir. 1982); s. zu dieser Entscheidung *E. McCullough*, 15 *Lewis & Clark L. Rev.* 153, 178 (2011).
- 1715 *United States v. Lasich* (In re *Kinross Mfg. Corp.*), 174 B.R. 702, 706 (Bankr. W. D. Mich. 1994) (Klage eines gesicherten Gläubigers wegen *breach of fiduciary duty* aufgrund eines fahrlässigen Versäumnisses des *trustee* im Liquidationsverfahren, Versicherungsschutz für Vermögensgegenstände zu beschaffen).
- 1716 Vgl. oben Kap. 3 B.II.2.d)cc).
- 1717 Vgl. In re *Chicago Pacific Corp.*, 773 F.2d 909, 915 (7th Cir. 1985).

sens, jedoch für fahrlässige und vorsätzliche Pflichtverletzungen persönlich einzustehen habe.¹⁷¹⁸

bb) Haftung für Fahrlässigkeit (*negligence*)

Im Großteil der *circuits* hat sich einfache Fahrlässigkeit (*negligence*) als Sorgfaltsmaßstab für die persönliche Haftung des *trustee* gegenüber den *beneficiaries* etabliert.¹⁷¹⁹ Der *court of appeals* des *9th Circuit* entschied bei einer Schadensersatzklage von Gläubigern von *executory contracts* gegen den *trustee* im Reorganisationsverfahren, dass dieser bereits bei fahrlässigen Pflichtverletzungen persönlich hafte.¹⁷²⁰ Das Gericht erteilte der durch den *10th Circuit* in *Sherr v. Winkler* vorgenommenen Interpretation von *Mosser v. Darrow* eine Absage und kam zu dem Ergebnis, dass der *U.S. Supreme Court* nicht gesagt habe, dass aus Fahrlässigkeit keine persönliche Haftung des *trustee* resultiere.¹⁷²¹

Der *court of appeals* des *2nd Circuit* hatte über die Frage der Aufrechterhaltung einer *surcharge* gegen einen *trustee* im Verfahren nach *Chapter 13* zu entscheiden, die ihm vom *bankruptcy court* aus eigenem Ermessen und ohne Zutun der *beneficiaries* wegen der Verletzung der Pflicht zur Überwachung der Planerfüllung auferlegt wurde und die er an die *United States Treasury* zu zahlen hatte.¹⁷²² Das Gericht stützte sich auf die Rechtsprechung des *9th Circuit* und stellte fest, dass *trustees* sowohl für vorsätzliche als auch für fahrlässige Verletzung ihrer treuhänderischen Pflichten haf-
ten.¹⁷²³

1718 Vgl. In re Consupak, Inc., 87 B.R. 529, 546 (Bankr. N.D. Ill. 1988); In re Chicago Art Glass, Inc., 155 B.R. 180, 187 (Bankr. N.D. Ill. 1993).

1719 Auch einige Literaturstimmen schließen sich dem an, vgl. *McCafferty/Holthus*, 91 Com. L.J. 469, 475 (1986); *Bogart* 68 Am. Bankr. L.J. 155, 209 f. (1994); *Radwan*, 35 Conn. L. Rev. 525, 554 f. (2003).

1720 *Hall v. Perry* (In re Cochise College Park, Inc.), 703 F.2d 1339, 1357 (9th Cir. 1983) (Der *trustee* im Reorganisationsverfahren habe die schlechte finanzielle Situation des Schuldners falsch dargestellt und von seinem Zurückweisungsrecht keinen Gebrauch gemacht, mit der Folge, dass weitere Zahlungen an den Schuldner geleistet wurden).

1721 *Hall v. Perry* (In re Cochise College Park, Inc.), 703 F.2d 1339, 1357, Fn. 26 (9th Cir. 1983); s. auch *Bennett v. Williams*, 892 F.2d 822, 823 (9th Cir. 1989).

1722 *Gorski v. Kirschenbaum* (In re Gorski), 766 F.2d 723, 724 f. (2nd Cir. 1985).

1723 *Gorski v. Kirschenbaum* (In re Gorski), 766 F.2d 723, 727 (2nd Cir. 1985). Dieser Sorgfaltsmaßstab wurde auch auf den unteren Gerichtsebenen adaptiert,

Auch der *court of appeals* des *11th Circuit* trat für die Fahrlässigkeitshaftung von *trustees* ein.¹⁷²⁴ Ferner kamen auch im *3rd Circuit bankruptcy courts* bei Schadensersatzklagen von Gläubigern gegen den *trustee* wegen *breach of fiduciary duty* zum Ergebnis, dass die persönliche Haftung aus fahrlässigen Pflichtverletzungen resultiere.¹⁷²⁵ Der *court of appeals* des *1st Circuit* lies zunächst offen, welchem Sorgfaltsmaßstab er zugeneigt ist¹⁷²⁶, legte sich aber fest, als er zur Frage persönlicher Haftung eines *trustee* im Liquidationsverfahren die Terminologie aus *Mosser v. Darrow* als Aussage zu Gunsten der Haftung für fahrlässige Pflichtverletzungen interpretierte.¹⁷²⁷

cc) Haftung für grobe Fahrlässigkeit (*gross negligence*)

Einige *circuits* beschreiten bezüglich des Sorgfaltsmaßstabs einen Mittelweg und fordern wenigstens grobe Fahrlässigkeit bei der Verletzung treuhänderischer Pflichten, um die persönliche Haftung des *trustee* zu begründen.¹⁷²⁸ Im *1st Circuit* verfolgte ein *bankruptcy court* noch vor der obergerichtlichen Festlegung auf die Fahrlässigkeitshaftung eine vermittelnde Lösung hinsichtlich des für die persönliche Haftung des *trustee* maßgeblichen Sorgfaltsmaßstabs.¹⁷²⁹ Aus *Mosser v. Darrow* könne nicht mehr gelesen werden, als dass *trustees* bei vorsätzlichen Pflichtverletzungen persönlich haften.¹⁷³⁰ Für die Bestimmung eines geeigneten *standard of care* blickte das Gericht auf den Reformvorschlag der *National Bankruptcy*

vgl. *Pereira v. Foong* (In re *Ngan Gung Restaurant*), 254 B.R. 566, 570 (Bankr. S.D.N.Y. 2000).

1724 Vgl. *Red Carpet Corp. of Panama City Beach v. Miller* (In re *Red Carpet Corporation of Panama Beach*), 708 F.2d 1576, 1578 (11th Cir.1983).

1725 Vgl. *In re Sturm*, 121 B.R. 443, 448 (Bankr. E.D. Pa. 1990); *In re Louis Rosenberg Auto Parts, Inc.*, 209 B.R. 668, 672 (Bankr. W.D. Pa. 1997).

1726 *Lopez-Stubbe v. Rodriguez-Estrada* (In re *San Juan Hotel Corp.*), 847 F.2d 931, 936 f., Fn. 5 (1st Cir. 1988).

1727 *LeBlanc v. Salem* (In re *Mailman Steam Carpet Cleaning Corp.*), 196 F.3d 1, 7 (1st Cir. 1999).

1728 Dem stimmen auch Teile der Literatur zu, vgl. *Primack*, 43 *Wm. & Mary L. Rev.* 1297, 1312 (2002); *E. McCullough*, 15 *Lewis & Clark L. Rev.* 153, 182 (2011).

1729 *DiStefano v. Stern* (In re *J.F.D. Enterprises, Inc.*), 223 B.R. 610 (Bankr. D. Mass. 1998).

1730 *DiStefano v. Stern* (In re *J.F.D. Enterprises, Inc.*), 223 B.R. 610, 626 (Bankr. D. Mass. 1998).

Review Commission und kam zu dem Schluss, dass der mit einer reinen Vorsatzhaftung verbundene Haftungsschutz dem Ziel der effizienten Verwaltung entgegenstehe.¹⁷³¹ Weil aber auf der anderen Seite die Haftung für einfache Fahrlässigkeit der schwierigen Rolle von *trustees* in Reorganisations- und Liquidationsverfahren, insbesondere bei Unternehmensinsolvenzen, nicht gerecht werde, sei grobe Fahrlässigkeit ein angemessener Haftungsmaßstab.¹⁷³² Dieser Entscheidung schloss sich auch der *court of appeals* des *5th Circuit* an und befürwortete, mit Blick auf die komplexen Aufgaben des *trustee* und dessen mangelnde Kenntnisse über das Schuldnerunternehmen, grobe Fahrlässigkeit als *standard of care*.¹⁷³³

3. Ergebnis

In beiden Rechtsordnungen ist Voraussetzung der persönlichen Haftung des Verwalters, dass dieser gegen einen besonderen objektiven Sorgfaltsmaßstab verstößt. Pflichtverletzung und Verschulden sind deshalb häufig kongruent. In den USA bedeutet der Sorgfaltspflichtverstoß zugleich die Verletzung der *duty of care*. Jedoch wird die Haftung des *trustee* am Merkmal des *standard of care* im Vergleich zum deutschen Recht ganz erheblich beschränkt. Persönliche Haftung für einfache Fahrlässigkeit, wie sie für § 60 Abs. 1 InsO maßgeblich ist, gilt in den USA zwar in vielen, jedoch nicht allen *circuits*. Einige *courts of appeals* haben sich für die Haftung für lediglich grob fahrlässige oder gar nur vorsätzliche Pflichtverletzungen ausgesprochen, wobei auf unteren Gerichtsebenen allgemeine Tendenzen zur Fahrlässigkeitshaftung erkennbar sind. Hinsichtlich der Schadenersatzpflicht für die Verletzung besonderer Verwalterpflichten stellt sich dieser Umstand als zentraler Unterschied zwischen beiden Rechtsordnungen dar.

1731 DiStefano v. Stern (In re J.F.D. Enterprises, Inc.), 223 B.R. 610, 627 (Bankr. D. Mass. 1998).

1732 DiStefano v. Stern (In re J.F.D. Enterprises, Inc.), 223 B.R. 610, 627 f. (Bankr. D. Mass. 1998).

1733 Vgl. Dodson v. Huff (In re Smyth), 207 F.3d 758, 761 f. (5th Cir. 2000).

V. Haftung für Dritte

Dass Dritte durch den Verwalter zur Unterstützung hinzugezogen werden, ist beiden Rechtsordnungen gemein. Besonders relevant sind Selbstständige mit besonderen Fachkenntnissen, wie z.B. Rechtsanwälte oder Auktoren, die regelmäßig auf Kosten der Masse angestellt werden. Die persönliche Verantwortlichkeit des Verwalters für Dritte unterscheidet sich in beiden Rechtsordnungen erheblich.

1. Haftung des deutschen Insolvenzverwalters für das Verhalten Dritter

Die persönliche Haftung für Dritte wird im deutschen Recht abhängig von der Qualifikation des Dritten unterschiedlich beantwortet. Mögliche Fallgruppen sind der Einsatz eigenen Hilfspersonals, Angestellter des Gemeinschuldners sowie Personen mit besonderer Sachkunde.

a) Haftung für eigenes Hilfspersonal

Nicht-insolvenzspezifische Aufgaben kann der Verwalter auf Dritte delegieren. Andernfalls würden größere Verfahren praktisch nicht durchführbar sein.¹⁷³⁴ Allerdings muss der Verwalter sich Pflichtverletzung und Verschulden von Erfüllungsgehilfen, z.B. eigenem Hilfspersonal, das er im Rahmen der Verwaltung einsetzt, nach § 278 BGB zurechnen lassen.¹⁷³⁵ Er entgeht durch die zulässige Delegation nicht seiner durch § 60 InsO fixierten haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit. Unbeachtlich ist, ob der Erfüllungsgehilfe gegen die Weisung des Verwalters gehandelt hat; ebenso spielt grundsätzlich keine Rolle, ob er dem Verwalter persönlich oder der Masse vertraglich verpflichtet ist.¹⁷³⁶ Daneben kommt auch die Haftung des Verwalters für eigenes Verschulden (§ 276 BGB) bei Fehlern im Zusammenhang mit der Auswahl und Überwachung von Erfüllungsgehilfen in Betracht.¹⁷³⁷

1734 Vgl. hierzu oben Kap. 2 A.II.4.

1735 Lüke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 282.

1736 MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 93.

1737 Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 121.

b) Haftung für Angestellte des Schuldners

§ 60 Abs. 2 InsO sieht eine Haftungsbeschränkung zu Gunsten des Verwalters in Fällen vor, wenn er sich Angestellten des Schuldners bedienen muss. Hiernach hat der Verwalter das Verschulden der Angestellten, die er zur Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten im Rahmen ihrer bisherigen Tätigkeit einsetzen muss, nicht nach § 278 BGB zu vertreten, wenn diese nicht offensichtlich ungeeignet sind, sondern ist nur für deren Überwachung und für Entscheidungen von besonderer Bedeutung verantwortlich. Kompetenz und Zuverlässigkeit eines jeden Angestellten sind durch den Verwalter zu prüfen; Fehler hierbei resultieren in seiner persönlichen Haftung.¹⁷³⁸ Dabei gelten die für die Insolvenz (Mit-)Verantwortlichen als offensichtlich ungeeignet.¹⁷³⁹ Das Kriterium des Angewiesenseins begrenzt die Haftungsbeschränkung auf die Fälle, in denen der Verwalter keine andere Möglichkeit als den Einsatz des Angestellten hatte, sei es aufgrund seiner Spezialkenntnisse oder aus finanziellen Gründen.¹⁷⁴⁰ Auch die Vermeidung höherer Belastungen für die Masse kann ein objektiv gebotener Grund für die Fortbeschäftigung eines Angestellten sein.¹⁷⁴¹

c) Haftung für beauftragte Dritte mit besonderer Sachkunde

Die Frage, inwieweit der Verwalter persönlich für das Verhalten beauftragter Selbstständiger mit besonderer Sachkunde haftet, ist durch ein Urteil des 9. Zivilsenats des BGH in den Fokus des rechtswissenschaftlichen Diskurses gerückt. Im Kern geht es um die Bestimmung der Reichweite des Haftungsrisikos des Verwalters.

1738 *Lüke*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 284; K/P/B/*Lüke*, § 60, Rn. 40.

1739 Vgl. Uhlenbruck/*Sinz*, § 60, Rn. 100.

1740 Vgl. BT-Drucks. 12/7302, S. 161 f.; K/P/B/*Lüke*, § 60, Rn. 40; die bloße Zweckmäßigkeit ist nicht ausreichend, vgl. Uhlenbruck/*Sinz*, § 60, Rn. 101.

1741 Uhlenbruck/*Sinz*, § 60, Rn. 101.

aa) Meinungsstand

(1) Bislang h.M. der Literatur

Seitens der Literatur wurde bislang vertreten, dass in Fällen, in denen der Verwalter mangels eigener Spezialkenntnisse auf Dritte mit besonderer Sachkunde zurückgreifen muss, der Pflichtenkreis des Verwalters sich auf die sorgfältige Auswahl und gegebenenfalls die Überwachung des Spezialisten beschränkt; die Haftung des Verwalters nach § 278 BGB sollte dann nicht in Frage kommen.¹⁷⁴² Durch die Pflichtenbeschränkung lasse sich eine im Hinblick auf die Komplexität der Verwaltungsaufgaben angemessene Haftungseingrenzung erreichen.¹⁷⁴³ Verwiesen wurde dabei u.a. auf eine Entscheidung des BGH zu § 82 KO, nach der die steuerliche Buchführungspflicht des Konkursverwalters mit Beauftragung eines Steuerberaters grundsätzlich erfüllt worden sei.¹⁷⁴⁴

(2) Rechtsprechung des BGH und Rezeption durch die Literatur

Mit einem Urteil aus dem Jahr 2016¹⁷⁴⁵ stellte sich der BGH gegen die bislang h.M. Im zu entscheidenden Fall machte ein Gläubiger seinen Quotenschaden gegen den ehemaligen Verwalter geltend, der dadurch entstanden sei, dass der vom Verwalter beauftragte Rechtsanwalt Vollstreckungsmaßnahmen gegen eine Drittschuldnerin im Rahmen der Forderungseinziehung nicht zügig genug einleitete, was zur Folge hatte, dass die Forderung nur noch im über den Nachlass der Drittschuldnerin eröffneten Insolvenzverfahren verfolgt werden konnte.¹⁷⁴⁶ Der 9. Zivilsenat befand, dass der Verwalter seine insolvenzspezifische Pflicht zur Forderungseinziehung nicht bereits mit Beauftragung des Rechtsanwalts erfüllt habe, vielmehr werde ihm die Pflichtverletzung des Beauftragten nach § 278 BGB zuge-

1742 Vgl. *Haug*, ZIP 1984, 773, 776; *Lüke*, Konkursverwalterhaftung, S. 147; *ders.* Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 286 f.; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 6.43; *Jaeger/Gerhardt*, 60 InsO, Rn. 124; *MüKo/Schoppmeyer*, § 60, Rn. 94; *Schmidt/Thole*, § 60, Rn. 49; *K/P/B/Lüke*, § 60, Rn. 41a, 41c unterscheidet danach, ob der Verwalter den Vertrag mit dem Dritten für sich persönlich oder die Masse abschließt.

1743 *Jaeger/Gerhardt*, 60 InsO, Rn. 124.

1744 BGH NJW 1979, 2212, 2213.

1745 BGH NJW-RR 2016, 686.

1746 BGH NJW-RR 2016, 686.

rechnet.¹⁷⁴⁷ Zwischen Verwalter und den Verfahrensbeteiligten bestehe die für die Anwendung von § 278 BGB erforderliche Sonderverbindung, zudem ergebe sich die Anwendbarkeit der Norm aus dem Umkehrschluss zu § 60 Abs. 2 InsO.¹⁷⁴⁸ Der herrschenden Literaturmeinung erteilte das Gericht eine Absage: die als Grundlage für umfassende Beschränkung angeführte BGH-Entscheidung habe keine konkurrenzspezifischen Pflichten, sondern lediglich steuerliche Pflichten zum Gegenstand gehabt, außerdem könne die Verwalterhaftung nicht durch Einschaltung Dritter beschränkt werden, weder bei höchstpersönlich zu erfüllenden Aufgaben noch bei Kernpflichten wie dem Forderungseinzug, unbeschadet der Angemessenheit der Beauftragung eines selbstständigen Dritten nach § 5 InsVV.¹⁷⁴⁹

Die Entscheidung wurde unterschiedlich rezipiert.¹⁷⁵⁰ Teilweise erfährt sie Zustimmung, weil sie im Einklang mit der Systematik der Verwalterhaftung nach § 60 InsO stehe.¹⁷⁵¹ Der BGH habe regelmäßig § 278 BGB angewendet und an die Verwalterpflichten angeknüpft, ferner deute § 60 Abs. 2 InsO auf die Geltung von § 278 BGB in Fällen hin, in denen der Verwalter sich anderer Personen als der Angestellten des Schuldners bedient.¹⁷⁵² Der Verwalter sei zur bestmöglichen Masseverwertung verpflichtet, hierzu gehöre auch die Forderungseinziehung, zudem würde die Position der Gläubiger negativ beeinträchtigt, verwies man sie auf das Auswahlverschulden oder die Nichtgeltendmachung der Anwaltschaftung.¹⁷⁵³

Andere Stimmen sehen in der Rechtsprechung des BGH eine „gravierende Haftungsfall“¹⁷⁵⁴. Es gebiete sich kein Umkehrschluss, sondern eine Analogie zu § 60 Abs. 2 InsO.¹⁷⁵⁵ Die Anwendung von § 278 BGB sei auch nicht notwendig, weil regelmäßig werthaltige Schadensersatzansprüche gegen den Beauftragten bestünden.¹⁷⁵⁶ Der Verwalter als Pflichtschuldner sei mangels Sachkunde auch nicht in der Lage, Ausführung der Tätigkeit

1747 BGH NJW-RR 2016, 686, 687.

1748 BGH NJW-RR 2016, 686, 687 f.

1749 BGH NJW-RR 2016, 686, 688; hierzu auch *Jungmann*, EWiR 2016, 309, 310.

1750 Nicht nachvollziehbar ist die unterschiedliche haftungsrechtliche Behandlung der Einschaltung eines Rechtsanwalts und der Hinzuziehung selbstständiger Vertragspartner, wie z.B. einem Steuerberater, bei MüKo/*Schoppmeyer*, § 60, Rn. 93a f.

1751 Vgl. *Jansen*, NJW-Spezial 2016, 405 f.

1752 *Lohmann*, ZInsO 2016, 2138 f.; ebenfalls für die Anwendung des § 278 S. 1 BGB HK-InsO/*Lohmann*, § 60, Rn. 33.

1753 Vgl. zum Ganzen *Bruns/Thönissen*, KTS 2017, 236, 244 f.

1754 *Kluth*, NZI 2016, 352, 354.

1755 *Schilling*, ZInsO 2016, 2175, 2178.

1756 Vgl. *Holzer*, NZI 2016, 903, 905; *Uhlenbruck/Sinz*, § 60, Rn. 99a.

des Beauftragten zu überwachen, sodass sich sein Pflichtenkreis auf die sorgfältige Auswahl des Dritten beschränke.¹⁷⁵⁷

bb) Stellungnahme

Gegen die Beschränkung des Pflichtenkreises des Verwalters auf die sorgfältige Auswahl und Überwachung des Beauftragten spricht, dass sich in der InsO keine gesetzliche Anknüpfung hierfür findet.¹⁷⁵⁸ Im Gegenteil trifft § 60 InsO eine Aussage dahingehend, dass der Verwalter umfassend persönlich verantwortlich ist. Eine Haftungsbeschränkung, wie sie die bislang h.M. fordert, besteht explizit – aber ausschließlich – bei Rückgriff auf Angestellte des Schuldners nach § 60 Abs. 2 InsO. Der „Umkehrschluss“ des BGH¹⁷⁵⁹ in Bezug auf die Anwendung von § 278 BGB bei eingesetzten Fachleuten ist daher naheliegend.¹⁷⁶⁰ Zu beachten ist zudem, dass der Rückgriff auf selbstständige Dritte trotz der Höchstpersönlichkeit des Verwalteramtes möglich und gesetzlich in § 5 InsVV reflektiert ist.¹⁷⁶¹ Gleichwohl hat der Gesetzgeber es unterlassen, für diese Konstellation eine Regelung analog zu § 60 Abs. 2 InsO zu schaffen.

Die Anwendungsvoraussetzung des § 278 BGB, nämlich ein bestehendes Sonderrechtsverhältnis¹⁷⁶², ist durch das mit Amtsübernahme begründete Rechtsverhältnis zwischen Verwalter und Beteiligten erfüllt.¹⁷⁶³ Innerhalb dieser Sonderrechtsbeziehung weist die InsO dem Verwalter Amtspflichten zu, deren Verletzung durch § 60 Abs. 1 S. 1 InsO sanktioniert ist. Das Merkmal der „insolvenzspezifischen Pflicht“ beugt der Ausuferung der Haftung vor¹⁷⁶⁴, zugleich wird hierüber der Beteiligtenschutz vermittelt. Vor diesem Hintergrund wäre es mit Blick auf den vom BGH entschiedenen Fall inkonsequent, dem Verwalteramt die zentrale Pflicht der

1757 Vgl. *Holzer*, NZI 2016, 903, 905; *Uhlenbruck/Sinz*, § 60, Rn. 99a.

1758 So auch *Bruns/Thönissen*, KTS 2017, 236, 246.

1759 BGH NJW-RR 2016, 686, 688, Rn. 19.

1760 Ferner sah bereits ein Regierungsentwurf zur InsO explizit die Anwendung von § 278 BGB vor, wenn der Verwalter sich Dritter zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 19. Trotz Streichung des entsprechenden Absatzes ist der Grundsatz weiter in der Regelung enthalten geblieben, vgl. BT-Drucks. 12/7302, S. 161 f.; vgl. hierzu *Lohmann*, ZInsO 2016, 2138 f.

1761 Vgl. BGH NJW-RR 2016, 686, 688, Rn. 22 sowie oben Kap. 2 A.II.4.

1762 Vgl. *MüKo/Grundmann*, BGB, § 278, Rn. 15.

1763 BGH NJW-RR 2016, 686, 687 f.

1764 Vgl. oben Kap. 4. B.II.1.a)aa).

bestmöglichen Verwertung des Schuldnervermögens zuzuweisen¹⁷⁶⁵, die gerichtliche Anspruchsdurchsetzung hiervon aber auszunehmen.¹⁷⁶⁶ Allerdings macht das Kriterium der Insolvenzspezifität die Betrachtung der konkreten Pflicht erforderlich. Nicht bei jeder auf einen selbstständigen Dritten übertragenen Aufgabe muss es sich zwangsläufig um eine nach § 60 Abs. 1 S. 1 InsO haftungsbewehrte Amtspflicht handeln.

§ 60 InsO bezweckt den Ausgleich des mit der umfassenden Handlungsmacht des Verwalters verbundenen Vermögensrisikos der Beteiligten.¹⁷⁶⁷ Ob Eingrenzungen der persönlichen Verantwortlichkeit geboten sind, ist damit auch vor der Geltung des Verfahrensziels sowie dem Schutzbedarf der Beteiligten zu bestimmen.¹⁷⁶⁸ Dass dem Verwalter durch die Verantwortlichkeit für Pflichtverletzungen beauftragter Fachleute ein Haftungsrisiko zugemutet wird, das ihn an seiner Aufgabenerfüllung hindert und die gemeinschaftliche Gläubigerbefriedigung i.S.d. § 1 S. 1 InsO oder das konkrete Verfahrensziel nachteilig beeinträchtigt, ist nicht ersichtlich. Zwar wird eine vollumfängliche Überwachung der Tätigkeit des Beauftragten praktisch bereits mangels eigener Sachkenntnisse nicht möglich sein¹⁷⁶⁹, jedoch kann der Verwalter den in der Regel haftpflichtversicherten Beauftragten in Regress nehmen, wodurch ein Masseschaden und damit die persönliche Inanspruchnahme des Verwalters ausscheiden würden.¹⁷⁷⁰ Umgekehrt wäre es weder sachgerecht noch zweckadäquat i.S.d. § 60 InsO, die Beteiligten auf ein Auswahl- oder Überwachungsverschulden des Verwalters bzw. die Nichtgeltendmachung von Haftungsansprüchen durch denselben zu beschränken und damit den Weg zur Rüge der Pflichtverletzung durch den Beauftragten zu versperren.¹⁷⁷¹ Hierdurch würde die Möglichkeit der Beteiligten, dem durch Verwaltereinsatz geschaffenen Vermögensrisiko zu begegnen, beschränkt, ohne dass ihr Schutzbedarf entsprechend abgesenkt wäre, z.B. durch Einflussmöglichkeiten hinsichtlich der Auswahl des Beauftragten.

1765 Vgl. BGH NJW-RR 2016, 686, 687, Rn. 15 sowie Kap. 4 B.II.1.b)aa)(3).

1766 *Bruns/Thönissen*, KTS 2017, 236, 244.

1767 Vgl. oben Kap. 3 A.I.3.a)bb).

1768 Vgl. oben Kap. 4 A.II.3.c).

1769 So *Holzer*, NZI 2016, 903, 905; *Uhlenbruck/Sinz*, § 60, Rn. 99a.

1770 *Jansen*, NJW-Spezial 2016, 405 f.

1771 Vgl. *Bruns/Thönissen*, KTS 2017, 236, 245.

2. Haftung des *trustee* für beauftragte Dritte

Es wurde bereits dargelegt, dass der *trustee*, vorbehaltlich der gerichtlichen Zustimmung, Dritte mit Spezialkenntnissen, wie z.B. Rechtsanwälte oder Auktionatoren, nach eigenem Ermessen anstellen kann, damit sie ihn bei der Erfüllung seiner Aufgaben unterstützen.¹⁷⁷² Auch das U.S.-amerikanische Insolvenzrecht verbietet eine Totaldelegation der insolvenztypischen Aufgaben und essentiellen Entscheidungen. Obwohl keine einheitliche Systematik zur Haftung für Handlungen Dritter erkennbar ist, sind dogmatische Grundlinien auszumachen.

Als Ausgangspunkt für die Untersuchung der Haftung für Dritte dient erneut *Mosser v. Darrow*. Dort haftete der *trustee* persönlich, weil er Angestellten gestattete, durch Wertpapierhandel eigene Vorteile aus der Masseverwaltung zu ziehen.¹⁷⁷³ Ausschlaggebend für die Haftung war nicht eine fahrlässige Verletzung der Aufsichtspflicht, sondern eine vorsätzliche Verletzung der dem *trustee* obliegenden *duty of loyalty* in Form der Gestattung des Verhaltens der Angestellten.¹⁷⁷⁴ Die vorsätzliche Verletzung dieser Pflicht resultiert stets in der persönlichen Haftung des *trustee*, ungeachtet ob er persönlich oder seine Angestellten masseschädigend handeln, weil er nichts gestatten darf, was ihm selbst verboten ist.¹⁷⁷⁵

Hinsichtlich der persönlichen Haftung für die Verletzung der *duty of care* haben Gerichte *Mosser v. Darrow* dahingehend ausgelegt, dass die Haftung des *trustee* für seine Angestellten keine „*strict liability*“ ist, sondern den *trustee* ein eigener Fahrlässigkeitsvorwurf treffen muss.¹⁷⁷⁶ Insoweit besteht unbeschadet des *circuit split* Einigkeit darüber, dass Pflichtverletzungen von Angestellten und Hilfskräften ihm nicht ohne Weiteres zugerechnet werden, sondern eigenes Fehlverhalten des *trustee* erforderlich ist.¹⁷⁷⁷ Dieser ist grundsätzlich zur sorgfältigen Auswahl und Überwachung von

1772 11 U.S.C. § 327 (a), FRBP 2014; vgl. oben Kap. 2 B.III.4.

1773 Vgl. oben Kap. 3 B.II.2.a).

1774 Vgl. *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 209 (1994); *ders.*, 102 Dick. L. Rev. 703, 712 f. (1998); *Primack*, 43 Wm. & Mary L. Rev. 1297, 1303 f. (2002).

1775 Vgl. *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 189 (1994).

1776 *Hall v. Perry* (In re Cochise College Park, Inc.), 703 F.2d 1339, 1357 f., Fn. 26 (9th Cir. 1983); *Dana Commercial Credit Corp. v. Nisselson* (In re Center Teleproductions, Inc.), 112 B.R. 567, 577 (Bankr. S.D.N.Y. 1990).

1777 Vgl. *Sherr v. Winkler*, 552 F.2d 1367, 1376 (10th Cir. 1977); *Dana Commercial Credit Corp. v. Nisselson* (In re Center Teleproductions, Inc.), 112 B.R. 567, 577 (Bankr. S.D.N.Y. 1990); *Resnick/Sommer*, *Collier on Bankruptcy*, P 1106.02 [4].

Beauftragten und Angestellten verpflichtet.¹⁷⁷⁸ Er haftet aber nicht persönlich für seine Auswahlentscheidung, wenn das Insolvenzgericht seine (stets erforderliche) Zustimmung zur Anstellung¹⁷⁷⁹ erteilt hat. Diese steht im Ermessen des Gerichts; es prüft das Bestehen von Interessenkonflikten und mitunter sogar Eignung, Erfahrung und Gebührenerwartung des Dritten.¹⁷⁸⁰ Die Zustimmung verleiht dem *trustee* eine Haftungsimmunität, wenn er das Gericht vor der Entscheidung über die relevanten Umstände informiert hat.¹⁷⁸¹

Die Haftung wegen der Verletzung der *duty of care* kann sich aber daraus ergeben, dass der *trustee* gegen seine Aufsichtspflicht verstößt, etwa weil er masseschädigendes Verhalten Dritter nicht erkennt.¹⁷⁸² Allerdings gestehen Gerichte dem *trustee* einen weiten Ermessensspielraum hinsichtlich der Erfüllung der Aufsichtspflicht zu und erklären ihn innerhalb dieser Grenzen für immun gegen persönliche Haftung. Im Ergebnis schuldet er keine besonders engmaschige Kontrolle des Handelns des Beauftragten; verletzt der Beauftragte seine Pflichten, so sind Geschädigte auf das gerichtliche Vorgehen gegen den Beauftragten selbst verwiesen.¹⁷⁸³

3. Ergebnis

Die persönliche Haftung für das Handeln Dritter unterscheidet sich zwischen beiden Rechtsordnungen grundlegend. Während im Rahmen des § 60 InsO grundsätzlich von der vollen Verschuldenszurechnung an den Verwalter nach § 278 BGB auszugehen ist und nur bei Einsatz von Angestellten des Schuldners die Haftung auf das Auswahl- und Überwachungsver schulden des Verwalters beschränkt ist, bewirkt die besondere Verfahrensstruktur des *Bankruptcy Code*, die für zahlreiche Entscheidungen die

1778 Vgl. *Rhodes*, 80 Am. Bankr. L.J. 147, 188 (2006); *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 1106.02 [4].

1779 Vgl. 11 U.S.C. § 327 (a).

1780 *Resnick/Sommer*, Collier on Bankruptcy, P 327.04 [1].

1781 Vgl. *Bennett v. Williams*, 892 F.2d 822, 823 f. (9th Cir. 1989) unter Verweis auf *Boullion v. McClanahan*, 639 F.2d 213 (5th Cir. 1981).

1782 Vgl. *In re Johnson*, 518 F.2d 246, 251 (10th Cir. 1975) (Haftung des *trustee* wegen unzureichender Aufsicht über einen Buchhalter, der Gelder veruntreute); *Dana Commercial Credit Corp. v. Nisselson* (In re Center Teleproductions, Inc.), 112 B.R. 567, 578 (Bankr. S.D.N.Y. 1990).

1783 Zum Ganzen *Bennett v. Williams*, 892 F.2d 822, 824 f. (9th Cir. 1989); *Dana Commercial Credit Corp. v. Nisselson* (In re Center Teleproductions, Inc.), 112 B.R. 567, 577 (Bankr. S.D.N.Y. 1990).

Involvierung des Insolvenzgerichts vorsieht, eine deutliche Beschränkung der Haftung des *trustee*. Nicht nur wird die Verschuldenszurechnung abgelehnt – wobei zu bedenken ist, dass auch den Delegationsmöglichkeiten Grenzen gesetzt sind – auch bewirkt die Zwischenschaltung des *bankruptcy court*, dass den *trustee* in der Regel keine Haftung für ein Auswahlverschulden trifft. Meistens kommt daher nur eine Haftung wegen schuldhafter Verletzung der Pflicht zur Überwachung des Beauftragten in Betracht. Hinsichtlich dieser wird ihm jedoch ein weites Ermessen zugestanden. Die persönliche Haftung folgt damit praktisch nur in gravierenderen Fällen, in denen die Pflichtverletzungen des Beauftragten offenkundig sind.

VI. Schaden und Anspruchsgeltendmachung

In beiden Rechtsordnungen ist ein kausal verursachter Schaden Voraussetzung für die persönliche Haftung des Fremdverwalters. Hinsicht des Umfangs der Ersatzpflicht und der Anspruchsgeltendmachung ähneln sich beide Systeme weitgehend.

1. Schadensersatz im Rahmen des § 60 Abs. 1 S. 1 InsO

Voraussetzung für die persönliche Haftung nach § 60 Abs. 1 S. 1 InsO ist ein adäquat kausal auf die Verletzung einer insolvenzspezifischen Pflicht zurückzuführender Schaden.¹⁷⁸⁴

a) Beschränkung der Haftung auf das negative Interesse

Art und Umfang des zu ersetzenden Schadens bestimmen sich nach den allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen der §§ 249 ff. BGB.¹⁷⁸⁵ Der Anspruch aus § 60 Abs. 1 S. 1 InsO ist auf das negative Interesse beschränkt, sodass der Geschädigte so zu stellen ist, wie er ohne Pflichtverletzung des Verwalters gestanden hätte.¹⁷⁸⁶ Auch im Übrigen gilt das allgemeine Schadensrecht, dementsprechend sind nur solche Schäden er-

1784 Jaeger/*Gerhardt*, § 60, Rn. 115.

1785 MüKo/*Schoppmeyer*, § 60, Rn. 105.

1786 BGH NZI 2004, 435, 438; BGH NZI 2007, 286, 287; MüKo/*Schoppmeyer*, § 60, Rn. 105.

satzfähig, die in den Schutzbereich des § 60 Abs. 1 InsO fallen; es geht also um die Gefahren, deren Abwendung die insolvenzspezifischen Pflichten dienen.¹⁷⁸⁷ Auch kann der Schadensersatzanspruch gegen den Verwalter nach § 254 BGB um den Mitverschuldensbeitrag des Geschädigten zu kürzen sein.¹⁷⁸⁸ Zudem sind die Grundsätze der Vorteilsausgleichung bei § 60 InsO anzuwenden, sodass die Haftung ausscheidet, wenn das pflichtwidrige Verwalterhandeln dem vermeintlich Geschädigten einen Vorteil verschafft hat.¹⁷⁸⁹

b) Zweckwidrigkeit von Haftungshöchstsummen

Eine summenmäßige Haftungsbegrenzung zugunsten des Verwalters in Form eines Haftungshöchstbetrages¹⁷⁹⁰, wie sie vereinzelt *de lege ferenda* für die Unternehmensfortführung gefordert wird¹⁷⁹¹, steht im Widerspruch zum *telos* des § 60 InsO und ist deshalb abzulehnen. Die Kompensationsfunktion der Haftung¹⁷⁹² würde nicht mehr vollständig gewährleistet und damit eine Schutzlücke zu Lasten der Beteiligten geschaffen. Für ein Abweichen¹⁷⁹³ vom mit § 60 InsO bezweckten Gleichlauf von Herrschaft und Haftung¹⁷⁹⁴ besteht aber auch im haftungsträchtigen Kontext der Unternehmensfortführung keine Rechtfertigung. Zweckadäquate Haftungsbegrenzungen stehen dem Verwalter durch die Beschränkung der Haftung auf die Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten und insbesondere ein weites Ermessen bei unternehmerischen Entscheidungen zur Verfügung. Zudem setzt die, insoweit mit dem Haftungsrisiko synchronisierte, Vergütungsstruktur Fortführungsanreize.¹⁷⁹⁵

1787 BGH NJW 1993, 1206; MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 107.

1788 Vgl. Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 126.

1789 MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 111.

1790 S. allgemein zur Zulässigkeit vertraglicher Haftungshöchstgrenzen Bruns, Haftungsbegrenzung und Mindesthaftung, S. 231 ff.

1791 Vgl. Meyer/Schultheis, DZWIR 2004, 319, 323.

1792 Vgl. hierzu oben Kap. 3 A.I.3.b)bb).

1793 Zu Haftungshöchstsummen als Ausnahme vom Korrespondenzprinzip bei der Gefährdungshaftung Fischinger, Haftungsbegrenzung im Bürgerlichen Recht, S. 281 f.

1794 Vgl. oben Kap. 4 A.II.3.c).

1795 Vgl. hierzu oben Kap. 4 A.II.4.b).

c) Unterscheidung von Einzel- und Gesamtschaden

Ob differierender Modi der Anspruchsgeltendmachung ist der Gesamt- oder Masseverkürzungsschaden, der in der Verkürzung des Massevermögens zu Lasten der Gläubigergemeinschaft liegt (§ 92 S. 1 InsO), vom Einzel- oder Individualschaden, als dem Schaden, den ein Einzelner aufgrund einer pflichtwidrigen Handlung erleidet, zu unterscheiden.¹⁷⁹⁶

aa) Geltendmachung des Gesamtschadens

Ein Gesamtschaden muss sich nicht als Verringerung der Aktivmasse äußern, sondern kann auch in der Erhöhung der Passiva liegen; maßgeblich ist die Verringerung der Verteilungsquote und damit mittelbare Schädigung der Gläubiger.¹⁷⁹⁷ Vermögensrechtlich ist der Anspruch auf Ersatz des Gesamtschadens der Masse zugeordnet, zur Geltendmachung ist der Schuldner als Masseträger jedoch nicht berechtigt.¹⁷⁹⁸ Vielmehr kann der Gesamtschaden gem. § 92 S. 1 InsO während des Insolvenzverfahrens ausschließlich durch den Insolvenzverwalter geltend gemacht werden.¹⁷⁹⁹ Den Gläubigern fehlt es an der Einziehungs- und Prozessführungsbefugnis.¹⁸⁰⁰ Der *telos* der Regelung ist vom Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung getragen. Es sollen nicht Einzelne durch den raschen Zugriff auf das Vermögen des Haftungsschuldners privilegiert werden, ferner dient die Anspruchsbündelung der Prozessökonomie.¹⁸⁰¹ Dogmatisch spricht hierfür auch die Zuordnung des Anspruchs zur Masse.¹⁸⁰²

Nach § 92 S. 2 InsO ist ein gegen den Verwalter gerichteter Gesamtschadensersatzanspruch während des Verfahrens durch einen neu bestellten Insolvenzverwalter geltend zu machen. Andernfalls wäre der Verwalter gezwungen einen Schadensersatzanspruch gegen sich selbst durchzusetzen,

1796 Vgl. auch Jaeger/*Gerhardt*, § 60, Rn. 128; Uhlenbruck/*Sinz*, § 60, Rn. 118.

1797 Vgl. *Lüke*, Konkursverwalterhaftung, S. 200; Jaeger/*Gerhardt*, § 60, Rn. 130; Uhlenbruck/*Sinz*, § 60, Rn. 119; aus Sicht des einzelnen Gläubigers stellt sich ein Gesamtschaden somit als Quotenschaden dar, vgl. HK-InsO/*Schmidt*, § 92, Rn. 7.

1798 *Lüke*, Konkursverwalterhaftung, S. 200; Jaeger/*Gerhardt*, § 60, Rn. 131.

1799 Anschaulich hierzu *Lüke*, Konkursverwalterhaftung, S. 201 ff.

1800 Vgl. Jaeger/*Müller*, § 92, Rn. 25.

1801 Vgl. Jaeger/*Müller*, § 92, Rn. 3.

1802 Uhlenbruck/*Sinz*, § 60, Rn. 119.

was einen Interessenkonflikt bedeuten würde.¹⁸⁰³ Sofern der Verwalter nach der Pflichtverletzung im Amt verblieben ist, ist ein Sonderinsolvenzverwalter einzusetzen.¹⁸⁰⁴ Dessen Bestellung ist bereits gerechtfertigt, wenn zu prüfen ist, ob ein Schadensersatzanspruch der Masse gegen den Verwalter besteht.¹⁸⁰⁵ Hierdurch wird gewährleistet, dass die Gesamtschadenshaftung schützende Wirkung entfalten kann, auch wenn die Gläubiger selbst nicht zur Geltendmachung befugt sind.¹⁸⁰⁶ Sofern nach Verfahrensaufhebung keine Nachtragsverteilung angeordnet wird, der der Gesamtschadensersatzanspruch unterliegen kann¹⁸⁰⁷, können die geschädigten Gläubiger ihren Quotenschaden eigenständig gegen den Verwalter geltend machen.¹⁸⁰⁸

bb) Geltendmachung des Einzelschadens

Einzelschäden können vom Betroffenen bereits während des Verfahrens geltend gemacht werden.¹⁸⁰⁹ § 92 InsO findet keine Anwendung¹⁸¹⁰ und der Verwalter ist nicht zur Einziehung ermächtigt.¹⁸¹¹ Wenn die Masse für Pflichtverletzungen haftet, die einen Einzelschaden bei einem Beteiligten begründen, entsteht zugleich ein Gesamtschaden; der Beteiligte kann gleichwohl seinen Einzelschaden gegen den Verwalter geltend machen, wenn er mehr als einen Quotenschaden erlitten hat.¹⁸¹²

1803 Vgl. BGH DZWIR 2017, 86, 89; Jaeger/Müller, § 92, Rn. 41.

1804 Vgl. BGH NZI 2009, 771; Jaeger/Müller, § 92, Rn. 43.

1805 MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 116. Hierbei müssen aus Sicht des Insolvenzgerichts wenigstens rechtliche und tatsächliche Anhaltspunkte für die Möglichkeit eines Anspruchs gegen den Verwalter bestehen, vgl. BGH DZWIR 2017, 86, 89.

1806 Krit. hierzu Pape, NZI 2006, 65, 66.

1807 § 203 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 InsO; vgl. auch Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 135.

1808 MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 117; Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 121.

1809 Vgl. Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 122.

1810 Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 122.

1811 Jaeger/Müller, § 92, Rn. 10.

1812 S. hierzu im Einzelnen MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 118 m.w.N.

2. Schadensersatz bei *breach of fiduciary duty*

a) Ersatz des kausal entstandenen Schadens

Auch im U.S.-amerikanischen Insolvenzrecht ist der Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden erforderlich. Nur wenn das pflichtwidrige Verhalten des *trustee* der „proximate cause“ für den Masse-schaden war, hat er ihn zu ersetzen.¹⁸¹³ Der Anspruch wegen *breach of fiduciary duty* ist auf den Ersatz der aus der Pflichtverletzung des *trustee* resultierenden Schäden beschränkt. Weder hat der Anspruch Strafcharakter noch sind über die Masseschäden bzw. Verluste der *beneficiaries* hinausgehende Beträge zu ersetzen¹⁸¹⁴, wie man es etwa aus dem Deliktsrecht in Form der *punitive damages* kennt.¹⁸¹⁵ Allerdings halten Gerichte, sofern der Schaden nicht exakt bezifferbar ist, auch den Ersatz des geschätzten Schadens für denkbar.¹⁸¹⁶

b) Geltendmachung von Einzel- und Gesamtschaden

Pflichtwidriges Handeln des *trustee* kann das Vermögen des *estate* verkürzen, was der Schädigung aller an der Verteilung partizipierenden Gläubiger im Sinne eines Gesamtschadens gleichkommt.¹⁸¹⁷ Ebenso können Beteiligte auch durch einen Einzelschaden betroffen sein. Im ersten Fall hat der *trustee* den Gesamtschadensausgleich (*surcharge*) an den *estate* zu leisten, im zweiten Fall ist er zur Zahlung des Schadensersatzes (*damages*) direkt an den jeweiligen *beneficiary* verpflichtet.¹⁸¹⁸ Grundregel ist, dass nur derjenige, der unmittelbar Schaden durch den *trustee* erlitten hat, zur

1813 Vgl. Reich v. Burke (In re Reich), 54 B.R. 995, 1008 (Bankr. E.D. Mich. 1985); In re Rollins, 175 B.R. 69, 76 (Bankr. E.D. Cal. 1994); DiStefano v. Stern (In re J.F.D. Enterprises, Inc.), 223 B.R. 610, 629 (Bankr. D. Mass. 1998).

1814 Vgl. hierzu oben Kap. 3 B.II.2.d)bb).

1815 S. allgemein zu *punitive damages* Hay, US-Amerikanisches Recht, Rn. 421 ff. m.w.N.

1816 Vgl. Lopez-Stubbe v. Rodriguez-Estrada (In re San Juan Hotel Corp.), 847 F.2d 931, 938 (1st Cir. 1988).

1817 Vgl. exemplarisch Mosser v. Darrow, 341 U.S. 267 (1951); In re Rollins, 175 B.R. 69 (Bankr. E.D. Cal. 1994) (*trustee* verzögert pflichtwidrig die Inbesitznahme von Vermögensgegenständen zur Masse).

1818 Vgl. Lopez-Stubbe v. Rodriguez-Estrada (In re San Juan Hotel Corp.), 847 F.2d 931, 937 f. (1st Cir. 1988); Schechter v. Ill. Department of Revenue (In re Markos Gurnee Partnership), 182 B.R. 211, 219 (Bankr. N.D. Ill. 1995).

Geltendmachung der Haftung befugt ist. Das bedeutet, dass Masseschäden durch den *estate* (funktional durch dessen Vertreter) und Einzelschäden nur durch den jeweilig geschädigten Gläubiger durchgesetzt werden können.¹⁸¹⁹

Die Geltendmachung des Gesamtschadensersatzanspruchs erfolgt durch einen nachfolgenden *trustee*¹⁸²⁰ oder, falls der *trustee* nach der Pflichtverletzung im Amt verblieben ist, auch durch den *United States trustee*¹⁸²¹. Selten ordnet auch der *bankruptcy court* amtswegig die *surcharge* an.¹⁸²² Den Gläubigern ist, ähnlich wie im deutschen Insolvenzrecht, die Geltendmachung des Gesamtschadensersatzanspruchs versperrt, weil er vermögensrechtlich dem *estate* zugeordnet ist und der Schaden der Gläubiger nur derivativer Natur ist.¹⁸²³ Im Einzelfall kann jedoch ein einzelner Gläubiger zur Geltendmachung des Gesamtschadensersatzanspruchs im Namen des *estate* befugt werden, nämlich wenn der Prozessgegner der *trustee* selbst ist und das Insolvenzgericht seine Zustimmung hierzu erteilt hat.¹⁸²⁴ Auch im U.S.-amerikanischen Insolvenzrecht wird dem *trustee* nicht zugemutet, Schadensersatzansprüche gegen sich selbst durchzusetzen.

3. Ergebnis

Hinsichtlich des Schadenserfordernisses, des Umfangs des zu ersetzenden Schadens sowie der Modalitäten der Anspruchsgeltendmachung bestehen keine wesentlichen Unterschiede zwischen deutschem und U.S.-amerikanischem Insolvenzrecht. Eine Besonderheit ist jedoch, dass auch der *United States trustee* den Gesamtschadensersatzanspruch gegen den *trustee* geltend machen kann. In einem bekannten Fall hat sogar das Insolvenzgericht *ex officio* dem *trustee* die Schadensersatzpflicht auferlegt. Dies fügt sich in das von der dortigen Verfahrensstruktur gezeichnete Bild ein, das durch eine

1819 Lopez-Stubbe v. Rodriguez-Estrada (In re San Juan Hotel Corp.), 847 F.2d 931, 938 (1st Cir. 1988).

1820 Lopez-Stubbe v. Rodriguez-Estrada (In re San Juan Hotel Corp.), 847 F.2d 931, 937 (1st Cir. 1988).

1821 Vgl. In re Charlestown Home Furnishing, 150 B.R. 226 (Bankr.E.D.Mo.1993); In re Rollins, 175 B.R. 69, 74 (Bankr. E.D. Cal. 1994).

1822 Vgl. nur Gorski v. Kirschenbaum (In re Gorski), 766 F.2d 723 (2nd Cir. 1985).

1823 Vgl. DiStefano v. Stern (In re J.F.D. Enterprises, Inc.), 223 B.R. 610, 621 f. (Bankr. D. Mass. 1998).

1824 DiStefano v. Stern (In re J.F.D. Enterprises, Inc.), 223 B.R. 610, 622 (Bankr. D. Mass. 1998).

im Vergleich zum deutschen Recht starke Einbindung staatlicher Akteure in die Verwaltung und ein eher dominant agierendes Insolvenzgericht geprägt ist.

C. Steuerbare und verfahrensstrukturelle Haftungsbeschränkungen

Gegenstand dieses Abschnitts sind Haftungsbeschränkungen, die sich aus der verfahrensstrukturell bedingten Einbindung verschiedener Akteure in die Verwaltung ergeben können. Konkret geht es um Auswirkungen auf die Verwalterhaftung, die aus der gesetzlich vorgesehenen oder freiwilligen Mitwirkung des Insolvenzgerichts oder der Gläubiger bzw. Gläubigerorgane resultieren. Der Verwalter kann damit in gewissem Umfang steuernd auf die Reichweite seiner Haftungsverantwortung einwirken.

I. Steuerbare Haftungsbeschränkungen im Rahmen des § 60 InsO

Die Diskussion im deutschen Insolvenzrecht beschränkt sich im Wesentlichen auf die Frage nach den Auswirkungen der Zustimmung von Gläubigerorganen auf die persönliche Haftung des Verwalters. Vereinzelt wird auch die Möglichkeit vertraglicher Haftungsausschlüsse besprochen. Im Ergebnis stehen dem Verwalter steuerbare Haftungsentlastungen nur in sehr begrenztem Umfang zur Verfügung.

1. Haftungsrechtliche Bedeutung von Beschlüssen der Gläubigerorgane

Das deutsche Insolvenzverfahren ist maßgeblich durch Gläubigerpartizipation geprägt.¹⁸²⁵ Entsprechend sieht die InsO für Richtungsentscheidungen des Verfahrens und bestimmte Verwaltungsmaßnahmen Beschlusskompetenzen bzw. Zustimmungsvorbehalte der Gläubigerversammlung¹⁸²⁶ und des Gläubigerausschusses¹⁸²⁷ vor, wobei das Gesetz mit

1825 Vgl. oben Kap. 2 A.III.2.e).

1826 Vgl. z.B. §§ 100 Abs. 1, 157 S. 1, 162 Abs. 1, 163 Abs. 1 InsO. Der Zustimmungsvorbehalt bei besonders bedeutsamen Rechtshandlungen des Verwalters steht der Gläubigerversammlung nur zu, wenn kein Gläubigerausschuss bestellt wurde, § 160 Abs. 1 S. 2 InsO.

1827 Vgl. §§ 160 Abs. 1 S. 1, 100 Abs. 2 InsO.

§ 164 InsO die Wirksamkeit von Verwalterhandlungen im Außenverhältnis auch bei Verstoß gegen die §§ 160-163 InsO anordnet.¹⁸²⁸ Daneben ist denkbar, dass sich die Gläubigerorgane zu Maßnahmen äußern, ohne dass dies von Gesetzes wegen vorgesehen ist. Die Auswirkungen, die die jeweiligen Beschlüsse auf die persönliche Verwalterhaftung nach § 60 InsO haben können, werden im Folgenden dargestellt.

a) Gesetzliche Entscheidungskompetenzen und Zustimmungsvorbehalte

Zunächst bedeutet die Missachtung eines gesetzlichen Zustimmungsvorbehalts durch den Verwalter, also das Handeln ohne Einholung des erforderlichen Beschlusses, dass dieser die alleinige Haftungsverantwortung trägt.¹⁸²⁹ Der Verstoß gegen die gesetzlichen Zustimmungserfordernisse ist *per se* pflichtwidrig¹⁸³⁰ und kann zur persönlichen Haftung führen, wenn er diesen zu verschulden hat.¹⁸³¹

Daneben besteht Einigkeit darüber, dass Zustimmungsbeschlüsse der Gläubigerorgane haftungsrechtliche Wirkung entfalten können. Dabei liegt auf der Hand, dass ein Beschluss nicht zur Haftungsentlastung führen kann, wenn er auf fehlerhaften oder unvollständigen Informationen seitens des Verwalters beruht¹⁸³² oder wenn er nicht ordnungsgemäß zustande gekommen ist.¹⁸³³ Vielmehr handelt der Verwalter bereits pflichtwidrig, wenn er die unrichtige Informationslage zu verschulden hat, auf der die Zustimmung des Gläubigerorgans beruht.¹⁸³⁴ Auch kann ein Beschluss haftungsbefreiende Wirkung stets nur gegenüber denjenigen entfalten, die an der Beschlussfassung partizipieren.¹⁸³⁵ Insbesondere beschränkt sich eine Haftungsbefreiung auf Schäden der Masse; die Ersatzpflicht für Einzelschäden entfällt hierdurch nicht.¹⁸³⁶ Andernfalls könnten die Beschie-

1828 Vgl. auch *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters. S. 19.

1829 *Jaeger/Eckardt*, § 160, Rn. 152; *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 19 f.; *Uhlenbruck/Zipperer*, § 160, Rn. 29.

1830 Vgl. OLG Rostock NZI 2011, 488 (Haftung wegen der sofortigen Veräußerung des Schuldnerbetriebs unter Missachtung der §§ 159, 160, 162 InsO); s. hierzu auch *Lüke*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 290 ff.

1831 Vgl. *Uhlenbruck/Zipperer*, § 160, Rn. 29.

1832 Vgl. BGH ZIP 1985, 423, 425 f.; *Jaeger/Gerhardt*, § 60, Rn. 142; *Jaeger/Eckardt*, § 160, Rn. 148; *K/P/B/Lüke*, § 60, Rn. 46.

1833 *Lüke*, Konkursverwalterhaftung, S. 167 f.; *Jaeger/Gerhardt*, § 60, Rn. 142.

1834 *Uhlenbruck/Zipperer*, § 160, Rn. 29.

1835 *Lüke*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 294; *K/P/B/Lüke*, § 60, Rn. 46.

1836 *Jaeger/Eckardt*, § 160, Rn. 149.

ßenden über den durch § 60 InsO vermittelten Vermögensschutz zu Lasten anderer Beteiligten, wie z.B. der Massegläubiger oder des Schuldners, disponieren.

Nach zutreffender h.M. lässt die Zustimmung eines Gläubigerorgans die persönliche Haftungsverantwortung des Verwalters nicht ohne Weiteres entfallen.¹⁸³⁷ Die Begründung hierfür liegt in der Funktionsverteilung des deutschen Insolvenzverfahrens, die die Eigenständigkeit und Weisungsunabhängigkeit des Verwalteramtes vorsieht¹⁸³⁸: Zustimmungsbeschlüsse der Gläubigerorgane entfalten keine Bindungswirkung gegenüber dem Verwalter.¹⁸³⁹ Stattdessen hat der Verwalter eigenständig zu prüfen, ob die beschlossene Maßnahme sinnvoll im Sinne der bestmöglichen Verwertung ist und gegebenenfalls ihre Durchführung zu unterlassen.¹⁸⁴⁰ Entsprechend kommt auch der BGH nur dann zu einer Haftungsbefreiung, wenn die Maßnahme vertretbar ist.¹⁸⁴¹ Insbesondere besteht für den Verwalter keine Privilegierung analog zu § 93 Abs. 4 S. 1 AktG¹⁸⁴², was in Ermangelung einer mit § 83 Abs. 2 AktG vergleichbaren Regelung in der InsO konsequent ist.¹⁸⁴³ Solange Gläubigerbeschlüsse keine Bindungswirkung entfalten, kommt eine umfassende Haftungsentlastung des Verwalters nicht ohne Weiteres in Frage¹⁸⁴⁴, andernfalls würde auch das mit § 60 InsO bezweckte Korrespondenzverhältnis von Herrschaft und Haftung gestört.¹⁸⁴⁵ Hinzu kommt, dass der Verwalter sein Amt mehrseitig fremdbe-

1837 Vgl. BGH ZIP 1985, 423, 425; *Lüke*, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 292; *MüKo/Schoppmeyer*, § 60, Rn. 98; *K/P/B/Lüke*, § 60, Rn. 45.

1838 Vgl. hierzu oben Kap. 2 A.III.2.a).

1839 Vgl. *Jaeger/Eckardt*, § 160, Rn. 138 m.w.N.

1840 *Jaeger/Eckardt*, § 160, Rn. 146; *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 21 f.; *Uhlenbruck/Sinz*, § 60, Rn. 102; *Uhlenbruck/Zipperer*, § 160, Rn. 29.

1841 BGH ZIP 1985, 423, 425 (Zustimmung des Gläubigerausschusses).

1842 *MüKo/Schoppmeyer*, § 60, Rn. 99.

1843 Vgl. zum Verhältnis von § 93 Abs. 4 S. 1 zu § 83 Abs. 2 AktG *MüKo/Spindler*, AktG, § 93, Rn. 266.

1844 A.A. *Leibner*, KTS 2005, 75, 81 f., der das Kriterium der Bindungswirkung mit Verweis auf § 43 GmbHG und § 93 AktG für untauglich hält. Dem ist entgegenzuhalten, dass Wertungen des Gesellschaftsrechts wegen der besonderen Rolle des Verwalters und seiner Beziehung zur Masse und den Beteiligten nicht ohne Weiteres auf die Verwalterhaftung übertragbar sind, vgl. hierzu unten Kap. 4 D.II.

1845 Die Haftungsverantwortung kann aber dann beschränkt sein, wenn den Gläubigern eigene Entscheidungskompetenzen zukommen, die den Verwalter binden, vgl. hierzu *Uhlenbruck/Sinz*, § 60, Rn. 104, der insoweit zutreffend auf die Beauftragung zur Erstellung eines Insolvenzplans nach § 157 S. 2 InsO verweist.

stimmt auszuführen und daher die Interessen aller Beteiligten, nicht nur derjenigen, die den Beschluss fassen, zu wahren hat.¹⁸⁴⁶

Beschlussgemäßes Handeln kann aber eine Indizienwirkung hinsichtlich der Einhaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt haben, was sich im Prozess gegen die zustimmenden Beteiligten zugunsten des Verwalters auswirkt.¹⁸⁴⁷ Kommt der Verwalter ferner nach eigenständiger Prüfung eines Beschlusses der Gläubigerversammlung zu dem Ergebnis, dass die Umsetzung dem Interesse der Gesamtheit der Insolvenzgläubiger widersprechen würde, so hat er die Aufhebung des Beschlusses gem. § 78 Abs. 1 InsO zu beantragen.¹⁸⁴⁸ Hat er dies erfolglos versucht, so entfällt die Schadensersatzpflicht nach Ausführung der Maßnahme, jedoch nur gegenüber denjenigen, die an der Beschlussfassung partizipierten.¹⁸⁴⁹ Es mangelt dann in der Regel am Verschulden.¹⁸⁵⁰

Den Beschlüssen der Gläubigerorgane, unabhängig ob es sich um die Versammlung oder den Ausschuss handelt¹⁸⁵¹, im oben aufgezeigten Rahmen entlastende Wirkung zukommen zu lassen ist mit Blick auf die Funktion des § 60 InsO konsequent, weil der Schutzbedarf der Beschließenden in Fällen, in denen der Verwalter Handlungen in ihrem erklärten Interesse ausführt, eine Absenkung erfährt. Zudem besteht kein Grund anzunehmen, dass die an der Beschlussfassung partizipierenden Beteiligten keine selbstbelastenden Beschlüsse fassen könnten.¹⁸⁵²

Im Übrigen kann auch das Unterlassen einer durch die Gläubiger beschlossenen Maßnahme zur persönlichen Haftung des Verwalters führen.¹⁸⁵³ Hierfür muss aber die Maßnahme selbst haftungsrelevant sein; das bloße Nichtausführen eines Beschlusses ist für sich genommen nicht pflichtwidrig, denn der Verwalter ist zur eigenständigen Prüfung der Maßnahme verpflichtet.¹⁸⁵⁴

1846 Vgl. MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 99.

1847 Vgl. Lüke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 293; Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 102; Jaeger/Eckardt, § 160, Rn. 146; Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 144, geht weitergehend vom Ausschluss der Pflichtwidrigkeit aus.

1848 Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 143; MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 100.

1849 Vgl. Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 143; Lüke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 294; Jaeger/Eckardt, § 160, Rn. 147; MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 101, der in diesem Zusammenhang auch auf § 254 BGB verweist; K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 46.

1850 Vgl. Meyer-Löwy/Poertzen, ZInsO 2004, 363, 364.

1851 Vgl. Becker, Unternehmensfortführung, S. 105 f.

1852 Zu diesem Gedanken, Becker, Unternehmensfortführung, S. 100.

1853 Vgl. Pape, NZI 2006, 65, 70; Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 144.

1854 Vgl. Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 103.

b) Sonstige Beschlüsse

Es ist denkbar, dass ein Gläubigerorgan einen Beschluss zu einer Maßnahme fasst, ohne dass hierfür ein gesetzlicher Zustimmungsvorbehalt besteht. In der Praxis kommt es z.B. vor, dass sich der Verwalter vor Durchführung einer Maßnahme zwecks präventiver Risikoabwägung der Zustimmung des Gläubigerausschusses versichert.¹⁸⁵⁵ Ob und inwieweit derartige Beschlüsse sich auf die Haftung des Verwalters auswirken wird nicht einheitlich beantwortet.

Der BGH wollte eine haftungsentlastende Wirkung auf zustimmungsbedürftige Maßnahmen beschränkt wissen.¹⁸⁵⁶ In der Literatur wird teilweise vertreten, dass Beschlüsse der Gläubigerversammlung, so sie nicht im Zusammenhang mit einem gesetzlich geregelten Zustimmungsvorbehalt stehen, keine Auswirkung auf die Verwalterhaftung haben.¹⁸⁵⁷ Auch die Zustimmung des Gläubigerausschusses beseitige die Pflichtwidrigkeit einer Maßnahme nicht, sondern könne lediglich, wenn der zustimmende Ausschuss besondere Sachkunde aufweist, als Indiz auf Verschuldensebene Geltung erlangen.¹⁸⁵⁸ Zudem wird im Zusammenhang mit der Entlastungswirkung auf die Unterstützungspflicht des Gläubigerausschusses (§ 69 S. 1 InsO) und dessen Sachkunde verwiesen.¹⁸⁵⁹

Im Ergebnis ist auch dem freiwilligen Zustimmungsbeschluss der Gläubigerorgane auf Verschuldensebene eine potentiell haftungsentlastende Wirkung zuzuschreiben.¹⁸⁶⁰ Für eine unterschiedliche Behandlung von gesetzlich geregelten und sonstigen Beschlüssen mangelt es an einer materiellen Grundlage, ferner ist sie nicht sachgerecht.¹⁸⁶¹ Dass die Gläubigerorgane nicht in beiden Szenarien über den Schadensersatzanspruch aus § 60 Abs. 1 S. 1 InsO, der den durch sie Vertretenen potentiell zusteht, disponieren können sollen, ist nicht ersichtlich. Auch ist hierdurch, wie bei den gesetzlich festgelegten Zustimmungsbeschlüssen, lediglich die Haftung gegenüber den an der Beschlussfassung partizipierenden Beteiligten in Form

1855 Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 145; Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 103.

1856 Vgl. BGH ZIP 1985, 423, 425.

1857 So Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 145.

1858 Jaeger/Gerhardt, § 60, Rn. 148.

1859 Vgl. Lüke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 296 f.; K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 47.

1860 So auch Lüke, Insolvenzverwalterhaftung, Rn. 295; K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 47; Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 103; differenzierend MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 103.

1861 Ebenfalls für die Gleichbehandlung Jaeger/Eckardt, § 160, Rn. 145.

des Masseschadens betroffen.¹⁸⁶² Das bedeutet im Falle der Zustimmung des Gläubigerausschusses, dass nur die Haftung gegenüber den Absonderungsberechtigten und den Insolvenzgläubigern entfallen kann, ihnen gegenüber sind die Mitglieder des Gläubigerausschusses wiederum gem. § 71 InsO persönlich verantwortlich.¹⁸⁶³ Eine vollumfassende Haftungsbefreiung kann sich aus dem Beschluss also nicht ergeben.¹⁸⁶⁴ Ferner gelangt man auch nicht zu einem in Hinblick auf § 60 InsO zweckinadäquaten Ergebnis, weil, auch wenn der Verwalter an einen Beschluss nicht gebunden und seine Handlungsmacht nicht eingeschränkt ist, die jeweiligen Beteiligten ihr Interesse kundgetan und damit ihr Schutzbedürfnis für den konkreten Fall herabgesetzt haben. Solange der Verwalter beschlusskonform agiert, besteht im Grunde auch kein Bedarf nach seiner persönlichen Haftung.

2. Keine vertragliche Haftungsfreizeichnung

Als weitere gestaltbare Möglichkeit zur Minimierung des Haftungsrisikos sind vertraglich vereinbarte Haftungsbeschränkungen denkbar. In der Literatur, wo die streitige Frage zumeist im Zusammenhang mit der Haftung nach § 61 InsO diskutiert wird, wird die Haftungsbeschränkung bei individualvertraglichen Haftungsfreizeichnungen, die die Haftung für Fahrlässigkeit ausschließen¹⁸⁶⁵, überwiegend als zulässig angesehen und abgelehnt, wenn die Haftung durch AGB beschränkt werden soll.¹⁸⁶⁶

1862 Jaeger/Eckardt, § 160, Rn. 145.

1863 Vgl. MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 103; gegebenenfalls besteht gegenüber Dritten eine gesamtschuldnerische Haftung (§ 426 BGB) des Verwalters mit den Mitgliedern des Gläubigerausschusses, vgl. K/P/B/Lüke, § 60, Rn. 47; zur Kritik an § 71 InsO wegen des mangelnden Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung Marotzke, KTS 2014, 113, 125 ff.

1864 MüKo/Schoppmeyer, § 60, Rn. 103.

1865 Die Haftung für Vorsatz kann gem. § 276 Abs. 3 BGB nicht beschränkt werden.

1866 Vgl. Laws, MDR 2004, 1149, 1153 f.; ähnlich, aber nicht zwischen §§ 60 und 61 InsO differenzierend Wallner/Neuenbahn, NZI 2004, 63, 66 f.; Bönner, Ermessen und Haftung, S. 189 ff.; Schmidt/Thole, § 60, Rn. 39; a.A. Meyer-Löwy/Poertzgen, ZInsO 2004, 363, 367 f., die die vertragliche Haftungsbeschränkung bei § 61 InsO vollständig ablehnen; ebenso, jedoch nicht auf § 61 InsO beschränkt, Kirschey, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 117 ff.; wiederum a.A. Uhlenbruck/Sinz, § 60, Rn. 128, der Haftungsfreizeichnungsklauseln ohne Differenzierung befürwortet.

In Bezug auf die Haftung wegen der Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten spricht viel dafür, dass eine vertragliche Haftungsfreizeichnung, sowohl formularmäßig als auch individualvertraglich, unzulässig ist.¹⁸⁶⁷ Zwar trifft in systematischer Hinsicht zu, dass keine Regelung wie § 119 InsO existiert, die die Unwirksamkeit einer vertraglichen Abweichung von § 60 InsO festschreibt¹⁸⁶⁸, allerdings beinhaltet die Insolvenzordnung auch zwingende Regelungen außerhalb der erfassten §§ 103-118 InsO.¹⁸⁶⁹

Gegen die Möglichkeit einer vertraglichen Haftungsbeschränkung spricht die Funktion des § 60 InsO. Durch die Steuerungswirkung der grundsätzlich unbeschränkten Fahrlässigkeitshaftung soll die ordnungsgemäße Pflichterfüllung des Verwalters sichergestellt und hierdurch eine bewusst defizitär ausgestaltete Gerichts- und Gläubigeraufsicht ergänzt werden.¹⁸⁷⁰ Der Haftung in Gestalt des § 60 InsO kommt damit zentrale Bedeutung im Funktionsgefüge des Insolvenzverfahrens zu. Sie der vertragsparteilichen Disposition zugänglich zu machen stünde im Widerspruch hierzu, auch wenn man das Vermögensschutzbedürfnis des anderen Vertragsteils, dem durch § 60 InsO begegnet wird, als abgesenkt anzusehen hätte. § 60 InsO beschränkt sich nicht auf den Individualschutz, sondern hat im Konnex mit der Amtsstellung des Verwalters, der zugleich privater Amtstreuhänder und externer Funktionsträger in einem hoheitlichen Rechtspflegeverfahren ist, auch kollektiv-schützenden Charakter.¹⁸⁷¹ Auch wird dem berechtigten Bedürfnis des Verwalters nach der Beschränkung seines Haftungsrisiko bereits durch den besonderen Sorgfaltsmaßstab des § 60 Abs. 1 S. 2 InsO Rechnung getragen. Zudem kann der Verwalter sich gegen das ihn treffende Vermögensrisiko durch eine Haftpflichtversicherung schützen.¹⁸⁷²

1867 So im Ergebnis auch *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 118 f.

1868 So *Wallner/Neuenhahn*, NZI 2004, 63, 66; *Bönner*, Ermessen und Haftung, S. 189.

1869 Vgl. *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 118 f. m.w.N.

1870 Vgl. zur Funktion des § 60 InsO oben Kap. 3 A.I.3.

1871 Vgl. hierzu oben Kap. 3 A.I.3.b)aa)(2); ähnlich auch *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 118; s. auch *Laws*, MDR 2004, 1149, 1154.

1872 So auch *Wallner/Neuenhahn*, NZI 2004, 63, 67; *Laws*, MDR 2004, 1149, 1154; Im Übrigen wird es in der Verwaltungspraxis in aller Regel zwischen einer Vertragsbeziehung zwischen Verwalter und Beteiligten fehlen, vgl. *Bönner*, Ermessen und Haftung, S. 190; *Kirschey*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 119.

II. Haftungsimmunität des *trustee* durch gerichtliche Anordnung

Eine vor Durchführung einer Verwaltungsmaßnahme erteilte insolvenzgerichtliche Zustimmung (*court order*) verleiht dem *trustee* absolute Haftungsimmunität. Sie erfolgt im Rahmen der gesetzlichen Zustimmungsvorbehalte sowie nach eingelegtem Widerspruch einzelner Beteiligten gegen beabsichtigte Maßnahmen. Ferner kann sie auch auf Ersuchen des *trustee* erteilt werden. Im Ergebnis stellt sie sich als zentrales Instrument zur Haftungsvermeidung im U.S.-amerikanischen Insolvenzverfahren dar.

1. Haftungsbeschränkende Wirkung der Zustimmung des *bankruptcy court*

Bereits in *Mosser v. Darrow* konstatierte der *U.S. Supreme Court*, dass *trustees* sich gegen persönliche Haftung schützen könnten, wenn sie vor komplizierten Verwaltungsentscheidungen die Zustimmung des Gerichts einholen.¹⁸⁷³ Auch nach Inkrafttreten des *Bankruptcy Code* ist in der gerichtlichen Praxis und der insolvenzrechtlichen Literatur einhellig anerkannt, dass die vor Durchführung einer Maßnahme erteilte Zustimmung des Insolvenzgerichts dem *trustee* absolute Haftungsimmunität verleiht.¹⁸⁷⁴ Diese *derived judicial immunity* schützt den *trustee* gegen persönliche Haftung wegen *breach of fiduciary duty*¹⁸⁷⁵; dies gilt auch dann, wenn sich die Maßnahme im Nachhinein als fehlerhaft bzw. masseschädlich herausstellt.

Damit eine *court order* schützende Wirkung entfalten kann, muss der *trustee* sowohl Gericht als auch *parties in interest* über die geplante Maßnah-

1873 Vgl. *Mosser v. Darrow*, 341 U.S. 267, 274 (1951): „*The practice is well established by which trustees seek instructions from the court [...] as to matters which involve difficult questions of judgment.*”

1874 Vgl. *Boullion v. McClanahan*, 639 F.2d 213, 214 (5th Cir. 1981); *Yadkin Valley Bank & Trust Co. v. McGee*, 819 F.2d 74, 76 (4th Cir. 1987); *Kashani v. Fulton* (In re *Kashani*), 190 B.R. 875, 883 (B.A.P. 9th Cir. 1995); *LeBlanc v. Salem* (In re *Mailman Steam Carpet Cleaning Corp.*), 196 F.3d 1, 8 (1st Cir. 1999); *Ebel v. King* (In re *Ebel*), 338 B.R. 862, 876 (Bankr. D. Colo. 2005); In re *McKenzie*, 716 F.3d 404, 413 f. (6th Cir. 2013); *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 208 (1994); *ders.*, 102 Dick. L. Rev. 703, 720 (1998); *R. McCullough*, 103 Com. L.J. 123, 140 (1998); *E. McCullough*, 15 Lewis & Clark L. Rev. 153, 169 (2011); *Pottow*, *Fiduciary Principles*, S. 222.

1875 Anschaulich *LeBlanc v. Salem* (In re *Mailman Steam Carpet Cleaning Corp.*), 196 F.3d 1 ff. (1st Cir. 1999).

me benachrichtigen und den Sachverhalt umfassend darlegen.¹⁸⁷⁶ Praktisch wird dies dem *trustee* jedenfalls bei unter Zeitdruck zu treffenden Entscheidungen nicht möglich sein.¹⁸⁷⁷ Er genießt keine Haftungsimmunität, wenn er die *court order* bösgläubig erwirkt.¹⁸⁷⁸ Er haftet auch nach gerichtlicher Zustimmung persönlich für die Verletzung treuhänderischer Pflichten, wenn die Informationen und der präsentierte Sachverhalt unvollständig waren¹⁸⁷⁹, wenn er die *court order* in fahrlässiger Weise erwirkt hat oder wenn er fahrlässig oder vorsätzlich eine auf fehlerhafter Grundlage getroffene Gerichtsanordnung ausführt.¹⁸⁸⁰

Die Interessenwahrung der Verfahrensbeteiligten wird in Form ihrer Partizipationsmöglichkeiten bei der Anhörung, die der gerichtlichen Entscheidung vorangeht, gewährleistet. Im Rahmen derer können sie sich zur geplanten Maßnahme äußern.¹⁸⁸¹ Deren Ausführung obliegt dem *trustee*; ihn können die Gläubiger nach ergangener *court order* jedoch nicht in Regress nehmen, stattdessen sind sie auf das Vorgehen gegen die Anordnung selbst im Wege der Berufung (*appeal*) verwiesen.¹⁸⁸² Gläubiger sind dem „starken Schild“¹⁸⁸³ absoluter Haftungsimmunität also nicht ohne eigene Einflussmöglichkeit ausgeliefert.

-
- 1876 Vgl. Lopez-Stubbe v. Rodriguez-Estrada (In re San Juan Hotel Corp.), 847 F.2d 931, 940 (1st Cir. 1988); Schechter v. Ill. Department of Revenue (In re Markos Gurnee Partnership), 182 B.R. 211, 219 f. (Bankr. N.D. Ill. 1995); Kashani v. Fulton (In re Kashani), 190 B.R. 875, 884 (B.A.P. 9th Cir. 1995); In re Giordano, 212 B.R. 617, 624 (B.A.P. 9th Cir. 1999).
- 1877 In diesem Sinne *Radwan*, 35 Conn. L. Rev. 525, 553, Fn. 229 (2003).
- 1878 LeBlanc v. Salem (In re Mailman Steam Carpet Cleaning Corp.), 196 F.3d 1, 8 (1st Cir. 1999).
- 1879 Lopez-Stubbe v. Rodriguez-Estrada (In re San Juan Hotel Corp.), 847 F.2d 931, 942 (1st Cir. 1988).
- 1880 Vgl. Dana Commercial Credit Corp. v. Nisselson (In re Center Teleproductions, Inc.), 112 B.R. 567, 578 (Bankr. S.D. N.Y. 1990).
- 1881 Vgl. LeBlanc v. Salem (In re Mailman Steam Carpet Cleaning Corp.), 196 F.3d 1, 8 (1st Cir. 1999).
- 1882 Vgl. Boullion v. McClanahan, 639 F.2d 213, 214 (5th Cir. 1981); Dana Commercial Credit Corp. v. Nisselson (In re Center Teleproductions, Inc.), 112 B.R. 567, 578 (Bankr. S.D. N.Y. 1990); dies hat innerhalb von 14 Tagen nach Erlass der Anordnung zu geschehen, FRBP 8002 (a)(1); vgl. zum Instanzenzug oben Kap. 2 B.II.1.b).
- 1883 *R. McCullough*, 103 Com. L.J. 123, 143 (1998).

2. *Telos* und Einordnung in die Dogmatik der Immunitätsdoktrinen

Ebenso wie die Haftungsimmunität für richterliche Handlungen¹⁸⁸⁴ ist die aus der *court order* folgende *immunity* mit dem hoheitlichen Aspekt des hybriden Amtes des *trustee* verknüpft. Als *derived judicial immunity* ist auch hier die Richterimmunität dogmatischer Ausgangspunkt des Haftungsschutzes des *trustee*. Dieser handelt nach ergangener *court order* nach den „*instructions of the court*.“¹⁸⁸⁵ Er führt die Anordnung wie ein „Arm des Gerichts“ aus, deshalb kommt ihm derselbe Schutz zugute, den ein Richter inne hätte, der seine Anordnung persönlich ausführt.¹⁸⁸⁶ Für die autonome Entscheidung des Gerichts soll der *trustee* nicht als Haftungssubjekt zur Verfügung stehen.¹⁸⁸⁷

Beide Varianten der *judicial immunity* bewirken einen absoluten Haftungsschutz, gleichwohl haben beide Institute einen eigenständigen Anwendungsbereich. Ein systematischer Unterschied besteht darin, dass der *trustee* durch Erwirkung der *court order* sein Haftungsrisiko autonom (unter den o.g. Voraussetzungen) verringern kann, wohingegen bei der (praktisch seltenen) richterlichen Handlung statisch *quasi-judicial immunity* besteht. Zudem bietet die durch *court order* vermittelte *immunity* auch Haftungsschutz für rein administrative, nicht-richterliche Tätigkeiten, weshalb ihr sachlicher Schutzbereich extensiver ist. Auch gegen die typischen haftungsträchtigen Fallgruppen bei der Verletzung der *duty of care* kann sich der *trustee* absichern.

Der durch die gerichtliche Anordnung vermittelte Haftungsschutz gilt als notwendig für die effiziente Verfahrensadministration.¹⁸⁸⁸ Ohne Immunität stünde der *trustee* vor der Wahl, die Anordnung nicht auszuführen und seine Entlassung oder andere Sanktionen durch das Gericht in Kauf zu nehmen oder aber die Anweisung zu erfüllen und damit zu riskieren, von den Betroffenen auf Schadensersatz verklagt zu werden.¹⁸⁸⁹ Diese Annahme mag auf den ersten Blick befremden, denn die *court order* ist mitunter auch Resultat eines bewussten Ersuchens des *trustee* zu dem Zweck, Haftungsschutz zu erlangen. Gewissermaßen bedient er sich in

1884 Vgl. hierzu oben Kap. 3 B.III.1.b).

1885 In re Hutchinson, 5 F.3d 740, 753 (4th Cir. 1993).

1886 Boullion v. McClanahan, 639 F.2d 213, 214 (5th Cir. 1981); Bogart, 102 Dick. L. Rev. 711, 719, Fn. 33 (1998).

1887 Vgl. In re Dalen, 259 B.R. 586, 603 (Bankr. W.D. Mich. 2001).

1888 Vgl. R. McCullough, 103 Com. L.J. 123, 141 (1998).

1889 Vgl. Gregory v. U.S./U.S. Bankruptcy Court, 942 F.2d 1498, 1500, Fn. 1 (10th Cir. 1991).

diesen Fällen des Gerichts, nicht umgekehrt. An dieser Stelle zeigt sich ein vom deutschen Recht abweichendes Bild von der Rolle, die der Fremdverwalter im Verfahren einnimmt. Während das U.S.-amerikanische Insolvenzrecht die gerichtliche Verfahrensadministration betont, im Rahmen derer der *trustee* teilweise nur als ausführendes Organ agiert, gilt der deutsche Insolvenzverwalter als umfassend befugtes und mit weitreichenden Kompetenzen versehenes Zentralorgan.

3. Praktische Bedeutung für die Risikotragung des *trustee* und die Verfahrensökonomie

Weil die Gerichtsordnung ihre Schutzwirkung innerhalb des multipolaren und tendenziell haftungsträchtigen Interessengemenges der *beneficiaries* und des *estate* Anwendung findet, ist ihre Bedeutsamkeit für die Haftungsvermeidung im Verfahren enorm. Zum extensiven materiellen Schutzbereich gesellt sich die Antragsmechanik, die es dem *trustee* ermöglicht, sein Haftungsrisiko bedarfsorientiert abzusichern. Daneben sind etliche Verwaltungsmaßnahmen von Gesetzes wegen von der Gerichtszustimmung abhängig¹⁸⁹⁰ oder sehen die zwangsläufige Benachrichtigung der Verfahrensbeteiligten mitsamt Widerspruchsmöglichkeit im Rahmen einer gerichtlichen Anhörung vor, an deren Ende ebenfalls eine Gerichtsentscheidung steht.¹⁸⁹¹ Die Immunität nach gerichtlicher Anordnung stellt sich damit als haftungsrechtliche Kehrseite der verfahrensstrukturell beschränkten Verwaltermacht dar.

Hier drängt sich die Frage auf, wie sich die regelmäßige Befassung des Insolvenzgerichts sowie die Partizipationsmöglichkeiten der Beteiligten auf die Verfahrensökonomie auswirken. Zu denken ist an eine erhebliche Inanspruchnahme zeitlicher und personeller Kapazitäten des *bankruptcy court* sowie Verzögerungen im Verfahrensablauf.¹⁸⁹² Dies wäre jedenfalls anzunehmen, würde im Ergebnis jede komplexere Entscheidung, deren Umsetzung dem *trustee* obliegt, vorher durch das Insolvenzgericht geprüft und absegnet.

Der U.S. *Supreme Court* konstatierte in *Mosser v. Darrow* noch, dass *trustees* gerichtliche Anweisungen für „*matters which involve difficult questions*

1890 Vgl. zur Haftungsimmunität nach Gerichtszustimmung im Zusammenhang mit dem Einsatz selbstständiger Dritter oben Kap. 4 B.V.2.

1891 Vgl. oben Kap. 2 B.IV.2.

1892 Hierauf weist auch Heese, Gläubigerinformation, S. 217, hin.

of judgment“ ersuchen könnten.¹⁸⁹³ Mitunter verlangen Käufer bei der Veräußerung von Massegegenständen außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsgangs¹⁸⁹⁴, im Zuge derer eine gerichtliche Befassung nur nach eingelegtem Widerspruch vorgesehen ist¹⁸⁹⁵, eine *court order*, die als Nachweis über die Befolgung der gesetzlichen Vorgaben und die Veräußerungsbefugnis des *trustee* dienen soll.¹⁸⁹⁶ Wegen der Haftungsvermeidung liegt die Einholung einer „freiwilligen“ *court order* auch im Interesse des *trustee*.¹⁸⁹⁷

Allerdings weigern sich Gerichte in der Praxis häufig, solche sog. „comfort orders“ zu erteilen.¹⁸⁹⁸ Insolvenzgerichte, dies wurde auch im Zusammenhang mit der BJR aufgezeigt¹⁸⁹⁹, fühlen sich grundsätzlich nicht dazu berufen, betriebswirtschaftliche Entscheidungen zu treffen und halten sich weitestmöglich aus der Verwaltung heraus.¹⁹⁰⁰ Auch würde die Trennung von justiziellen Tätigkeiten und Verwaltungsaufgaben, die mit dem *Bankruptcy Code* bezweckt wurde, obsolet, könnte der *bankruptcy court* durch den *trustee* ohne Weiteres und außerhalb der gesetzlich vorgesehenen Zustimmungserfordernisse in das Verwaltungsgeschäft hineingezogen werden.¹⁹⁰¹ Bereits aus diesen Gründen wird in der Praxis nicht für jede Einzelmaßnahme die schützende *court order* erteilt.¹⁹⁰² Ob außerhalb der gesetzlichen Zustimmungsvorbehalte Gerichtsanordnungen erteilt werden, kann damit nicht pauschal beantwortet werden, sondern ist vom konkreten Einzelfall abhängig.

1893 *Mosser v. Darrow*, 341 U.S. 267, 274 (1951).

1894 Vgl. 11 U.S.C. § 363 (b) (1).

1895 *In re Robert L. Hallamore Corp.*, 40 B.R. 181, 183 (Bankr. D. Mass. 1984); vgl. oben Kap. 2 B.IV.2.a).

1896 Vgl. *Resnick/Sommer*, *Collier on Bankruptcy*, P 363.02 [1].

1897 *Maschmeyer*, *Handbook for Trustees*, P 14.05 [1]; in der Praxis wird regelmäßig die Zustimmung zu Vergleichsverträgen eingeholt, vgl. *In re Dalen*, 259 B.R. 586 (Bankr. W.D. Mich. 2001) sowie *Harris v. Wittman* (*In re Harris*), 590 F.3d 730, 743 (9th Cir. 2009).

1898 Vgl. *Aaron*, *Bankruptcy Law*, § 9:3, mit Verweis auf *In re Robert L. Hallamore Corp.*, 40 B.R. 181 (Bankr. D. Mass. 1984); *Maschmeyer*, *Handbook for Trustees*, P 4.08.

1899 Vgl. oben Kap. 4 B.III.3.a).

1900 *Aaron*, *Bankruptcy Law*, § 9:3.

1901 Vgl. *In re Dalen*, 259 B.R. 586, 602, Fn. 23 (Bankr. W.D. Mich. 2001).

1902 Vgl. *Bogart*, 68 Am. Bankr. L.J. 155, 208 (1994); *ders.*, 102 Dick. L. Rev. 703, 720 f. (1998).

D. Würdigung der Vergleichsergebnisse und Fazit

I. Divergierende Haftungskonzepte in Deutschland und den USA

Die Vergleichsanalyse hat offenbart, dass die konkrete Ausgestaltung der insolvenzspezifischen Verwalterhaftung in Deutschland und den USA zwar nicht vollends antithetisch, aber von wesentlichen Unterschieden geprägt ist.

1. Haftungsrisiko von Insolvenzverwalter und *trustee*

Hinsichtlich des dem jeweiligen Fremdverwalter zugemuteten Umfangs der persönlichen Haftung für die Verletzung insolvenzspezifischer bzw. treuhänderischer Pflichten unterscheiden sich beide Insolvenzrechtsordnungen erheblich.

a) Anspruchsinhärente Haftungsbegrenzungen

Das Haftungsrisiko des *bankruptcy trustee* ist aufgrund anspruchsinhänter Haftungsbeschränkungen in Gestalt der materiellen Tatbestandsvoraussetzungen weit weniger umfassend als das seines deutschen Pendant. Dies zeigt sich zunächst am personellen Schutzbereich des Haftungsanspruchs.¹⁹⁰³ Dieser steht in den USA exklusiv den Gläubigern, Anteilseignern des Schuldners und gegebenenfalls dem Schuldner selbst zu. Anders als bei § 60 Abs. 1 S. 1 InsO kommt dem Beteiligtenbegriff haftungsbegrenzende Wirkung zu. Die haftungsbewehrten Pflichten sind dort, im Gegensatz zum deutschen Recht, Folge der Beteiligtenstellung. Insbesondere steht dem Äquivalent zum Aussonderungsberechtigten der Anspruch aus *breach of fiduciary duty* nicht zu.

Zwar ähneln sich der Kanon haftungsbewehrter Pflichten in beiden Rechtsordnungen¹⁹⁰⁴, die haftungsrechtliche Behandlung unternehmerischer Ermessensentscheidungen¹⁹⁰⁵ sowie der Umfang des zu ersetzenden, kausal auf der Pflichtverletzung beruhenden Schadens¹⁹⁰⁶. Jedoch haftet

1903 Vgl. oben Kap. 4. B.I.3.

1904 Vgl. oben Kap. 4 B.II.3.b).

1905 Vgl. oben Kap. 4 B.III.4.

1906 Vgl. oben Kap. 4 B.VI.3.

der *trustee* in manchen *circuits* nur für grob fahrlässige oder gar nur vorsätzliche Verletzungen der *duty of care*.¹⁹⁰⁷ Ungeachtet der Tatsache, dass im lokalen Geltungsbereich der Vorsatzhaftung das Risiko des *trustee* auf ein Minimum reduziert sein dürfte, stellt dies den wesentlichsten Unterschied im Hinblick auf den insolvenzspezifischen Schadensersatzanspruch zwischen beiden Rechtsordnungen dar.

Hinzu kommt, dass die Haftung des *trustee* für Dritte weit beschränkter als die des Verwalters unter § 60 InsO ist.¹⁹⁰⁸ Nicht nur erfolgt keine strenge Zurechnung von pflichtwidrigem Verhalten nach deutschem Vorbild, auch bewirkt die Einbeziehung des Insolvenzgerichts bei der Auswahl von beauftragten Spezialisten, dass eine Haftung für ein Auswahlverschulden faktisch kaum in Frage kommt. Im Übrigen sind die Anforderungen an den *trustee* hinsichtlich der laufenden Überwachung Dritter vergleichsweise gering.

b) Verfahrensstrukturelle und steuerbare Haftungsbeschränkungen

Auch bei den verfahrensstrukturellen bzw. steuerbaren Haftungsbeschränkungen zeigt sich eine im Vergleich zum deutschen Recht erhebliche Risikobegrenzung zu Gunsten des *trustee*. Dem deutschen Verwalter kommt eine Haftungserleichterung durch die Zustimmung von Gläubigerorganen nur in begrenztem Umfang zugute.¹⁹⁰⁹ Eine Enthftung kann sich grundsätzlich nur gegenüber den Zustimmenden ergeben. Außerhalb der gesetzlich vorgesehenen Gläubigerbeschlüsse kommt eine Entlastung auf Verschuldensebene zwar auch bei freiwilligen Beschlüssen in Betracht, gleichwohl hat der Verwalter keinen Rechtsanspruch auf den Erlass eines haftungserleichternden Beschlusses oder eines „Absegnens“ von geplanten Maßnahmen. Auch ist eine vertragliche Haftungsfreizeichnung im Rahmen von § 60 InsO jedenfalls praktisch untauglich.¹⁹¹⁰

Im Gegensatz hierzu wird der *trustee* vollumfänglich seiner persönlichen Haftungsverantwortung enthoben, wenn der *bankruptcy court* sein *approval* zu einer Maßnahme erteilt hat, vorausgesetzt, der *trustee* hat Gericht und Beteiligte vorher umfassend informiert.¹⁹¹¹ Die Gerichtszustimmung ist

1907 Vgl. oben Kap. 4 B.IV.3.

1908 Vgl. oben Kap. 4 B.V.3.

1909 Vgl. oben Kap. 4 C.I.1.

1910 Vgl. oben Kap. 4 C.I.2.

1911 Vgl. oben Kap. 4 C.II.

bei etlichen Verwaltungsmaßnahmen eine gesetzlich vorgesehene Voraussetzung. Darüberhinausgehend kann der *trustee* je nach Einzelfall um die *court order* zu einer geplanten Maßnahme auf eigene Initiative ersuchen und sich damit seines Haftungsrisikos gegenüber den *beneficiaries* entledigen. Denkbar ist die Haftung dann nur noch, wenn der *trustee* die gerichtlich beschlossene Maßnahme fehlerhaft ausführt oder wenn die *court order* aufgrund fehlerhafter Informationen ergangen ist.

2. Rechtsstrukturelle Ursachen und Merkmale

Der Befund der vergleichenden Untersuchung hat im Wesentlichen bestätigt, was aufgrund der herausgestellten rechtsstrukturellen Prämissen beider Rechtsordnungen¹⁹¹² mit Blick auf die Risikotragung der Verwalter antizipiert wurde.

a) Verwalterautonomie, Gläubigerpartizipation und Gerichtseinfluss

Die divergierende Haftungsbelastung von Verwalter und *trustee* stellt sich als Kehrseite der jeweiligen Rechtsordnung eigenen Funktionsverteilung im Insolvenzverfahren dar. Verfahrensstrukturelle Aspekte bilden die Grundlage für die jeweiligen Konzepte verwalterlicher Risikotragung.

aa) *Ex-ante*-Kontrolle versus funktionaler Freiraum

Das deutsche Insolvenzrecht setzt auf eine deregulierte¹⁹¹³ und an gerichtlicher Mitwirkung arme Verfahrensabwicklung. Im den Verfahrensgang bestimmenden Gemenge privatautonomer Entscheidungen, innerhalb dessen die Leitentscheidungen den Gläubigern überlassen sind, schultert der Verwalter die Abwicklung des Verfahrens eigenständig, weisungsfrei und unabhängig.¹⁹¹⁴ Sein funktionaler Handlungsfreiraum ist ein Wesensmerkmal des deutschen Insolvenzverfahrens und gilt als Garant für dessen effiziente Durchführung.¹⁹¹⁵ Die mit § 60 Abs. 1 InsO kodifizierte stren-

1912 Vgl. oben Kap. 4 A.II., III.

1913 Vgl. hierzu oben Kap. 2 A.III.2.e).

1914 Vgl. oben Kap. 2 A.III.2.a).

1915 Vgl. oben Kap. 2 A.III.1.

ge Eigenverantwortlichkeit des Verwalters ist das Gegenstück zu dieser weitreichenden Autonomie und bildet neben der Gerichts- und Gläubigeraufsicht eine der Säulen, auf denen die Funktionsverteilung der InsO ruht. Sie beantwortet als Korrelat zur Verwalterautonomie das mit diesem einhergehende Vermögensrisiko der Verfahrensbeteiligten.¹⁹¹⁶ Wegen der defizitären hoheitlichen Aufsicht ist sie ein unverzichtbares Verfahrenselement zur generalpräventiven¹⁹¹⁷ Sicherstellung der Erfüllung der Verwalterpflichten. Der Preis für diese Ausgestaltung der Fremdverwaltung und dem damit verbundenen Vertrauen auf das pflichtgemäße Verwalterhandeln ist, dass sich bei Versagen des durch § 60 Abs. 1 InsO vermittelten Präventivschutzes die Rechtsdurchsetzung *ex post* in Gestalt von Schadenersatzklagen gegen den Verwalter vollzieht.

Dem U.S.-amerikanischen Insolvenzverfahren liegt eine hiervon abweichende Konzeption zugrunde.¹⁹¹⁸ Zwar sind auch dort Effizienz und Privatautonomie Leitgedanken. Ebenso gilt das Verfahren als dereguliert; die Entscheidungskompetenzen sind bei Gläubigern und Gemeinschuldner verortet.¹⁹¹⁹ Ferner ist auch dem *trustee* die Verfahrensabwicklung in weiten Teilen und prinzipiell weisungsfrei übertragen. Eine Armut an hoheitlicher Mitwirkung im Verfahren kann gleichwohl nicht festgestellt werden. Zahlreiche gerichtliche Zustimmungsvorbehalte und Einwirkungsmöglichkeiten der *parties in interest*, die sich nicht auf die Leitentscheidungen des Verfahrens beschränken, sondern durch die bei nahezu allen Maßnahmen außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsgangs ein streitiges Verfahren vor dem Insolvenzgericht initiiert werden kann, haben zur Folge, dass der unabhängige Entscheidungsspielraum des *trustee* vergleichsweise gering ist.

bb) Auswirkungen auf die Bedeutung der Verwalterhaftung

Es wurde die Hypothese aufgestellt, dass mit der gesetzlich ermöglichten und durch Informationspflichten gegenüber den *parties in interest* auch sichergestellten¹⁹²⁰, potentiell umfassenden gerichtlichen Maßnahmenüber-

1916 Vgl. hierzu oben Kap. 3 A.I.3.a).

1917 Vgl. oben Kap. 3 A.I.3.b)aa).

1918 Vgl. hierzu oben Kap. 2 C.IV.

1919 Insoweit diente der *Bankruptcy Code* auch als Vorbild für Reformen der InsO vgl. *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 4.02.

1920 Vgl. oben Kap. 2 B.IV.2.a).

prüfung *ex ante* eine entsprechend abgesenkte Bedeutung der mittels Haftung verwirklichten Steuerungsfunktion einhergeht.¹⁹²¹ Basierend hierauf wurde vermutet, dass der *trustee* ein im Vergleich zum deutschen Verwalter geringeres Haftungsrisiko zu tragen hat.¹⁹²² Die Vergleichsuntersuchung hat diese Annahme bestätigt.

Konkret zeigt sich dies in Gestalt des *circuit split* bezüglich des vom *trustee* einzuhaltenden Sorgfaltsmaßstabes.¹⁹²³ Ungeachtet der Tatsache, dass ein großer Teil der *courts of appeals* und der Literatur von der Haftung bereits für fahrlässige Pflichtverletzungen ausgeht, dass übergreifend eine entsprechende Tendenz auf den unteren Gerichtsebenen erkennbar ist und dass eine höchstrichterliche oder legislatorische Klärung des Streits noch aussteht, bezeugt der Umstand, dass der *trustee* in bestimmten *circuits* nur für die vorsätzliche Verletzung der *duty of care* verantwortlich ist¹⁹²⁴, eine insgesamt nachgeordnete Bedeutung der Haftung für die Verletzung von *fiduciary duties*. Ein vergleichbarer Zustand wäre für das deutsche Insolvenzrecht mit Blick auf den Beteiligtenschutz schlicht untragbar und würde das Funktionsgefüge des Verfahrens empfindlich stören, kommt er doch faktisch einer Haftungsfreistellung nahe. Umgekehrt lässt die Tatsache, dass der Zersplitterungszustand im U.S.-amerikanischen Insolvenzrecht bereits seit Jahrzehnten andauert, den Schluss zu, dass auch die primär über die gerichtliche Sachkontrolle *ex ante* bewirkte Sicherstellung der Erfüllung treuhänderischer Pflichten eine funktionable Methode zur Wahrung der Gläubigerinteressen und der Bewältigung von Insolvenzverfahren darstellt.

Ähnliches lässt sich zur unübersichtlichen Systematik des Rechts der Verwalterhaftung in den USA¹⁹²⁵ sagen. Diese steht im Widerspruch zur Vorstellung von einem transparenten Haftungsregime und war mitursächlich für Fehlerurteile, die ein falsches Doktrinenverständnis perpetuierten.¹⁹²⁶ Damit Haftung ihre Funktion erfüllen kann, müssen Verwalter aber erkennen können, wofür und in welchen Situationen sie persönlich verantwortlich sind.¹⁹²⁷ Ebenso müssen die Gläubiger wissen, ob und wer ihnen bei erlittenen Schäden als Haftungssubjekt zur Verfügung steht.

1921 Vgl. oben Kap. 3 C.II.3.b).

1922 Vgl. oben Kap. 4 A.III.1.

1923 Vgl. hierzu oben Kap. 4 B.IV.2.b).

1924 Vgl. oben Kap. 4 B.IV.2.b)aa).

1925 Vgl. zu diesem Aspekt oben Kap. 3 B.I.2.

1926 Vgl. zur prominenten Fehlentscheidung *Sherr v. Winkler* oben Kap. 3 B.III.2.c)bb).

1927 Vgl. hierzu auch oben Kap. 4 A.II.2.

Trotz der offensichtlichen systematischen Schwächen der U.S.-amerikanischen Verwalterhaftung sind keine Verwerfungen im Hinblick auf die Funktionalität des Insolvenzverfahrens auszumachen.

Insgesamt darf aber nicht vernachlässigt werden, dass verbreitete Kritik an mangelhaften Präzedenzfällen und dem *circuit split* besteht sowie weit überwiegend die bloße Vorsatzhaftung abgelehnt wird. Ferner verbietet sich nach der vergleichenden Untersuchung ein Schwarz-Weiß-Schluss: Auch das U.S.-amerikanische Insolvenzrecht kommt nicht ohne die Klärung haftungsrechtlicher Folgen von Pflichtverletzungen in Gestalt eines Gerichtsstreits mit dem *trustee ex post* aus, das belegt die umfassende Kasuistik. Es ist nur weniger als das deutsche Insolvenzrecht darauf ausgelegt und das Insolvenzverfahren büßt seine Funktionsfähigkeit auch durch einen Missstand wie den *circuit split* nicht signifikant ein.

b) Haftungsisolierung für den *officer of the court*

Das Amt des *trustee*, der simultan *private party* und *officer of the court* ist, zeichnet sich, im Unterschied zu dem des deutschen Insolvenzverwalters, durch eine vergleichsweise enge organisatorische Angliederung an das Insolvenzgericht aus.¹⁹²⁸ Im Zusammenspiel mit dessen Rolle als Entscheidungsinstanz für Verwaltungsmaßnahmen *ex ante* hat dieser Umstand Auswirkungen auf das vom *trustee* zu tragende Haftungsrisiko.

Zwar kommt dem *trustee* nicht qua Amtes *quasi-judicial immunity* gegenüber den *beneficiaries* zu; im Gegenteil ist er ihnen gegenüber als Treuhänder voll verantwortlich.¹⁹²⁹ Stattdessen äußert sich der mit der Amtsstellung verbundene Haftungsschutz in Gestalt absoluter Haftungsimmunität nach ergangener *court order*. Soweit der *trustee* Gerichtsanordnungen ausführt und sofern er zuvor seine informatorischen Pflichten erfüllt hat, trifft ihn keine persönliche Verantwortung für die Maßnahme, selbst wenn sie sich im Nachhinein als schädlich erweist.¹⁹³⁰ Praktisch wird hierdurch der Bereich haftungsträchtiger, durch Ermessensausübung geprägter Maßnahmen abgedeckt, denn gerichtliche Anordnungen ergehen im Rahmen der Zustimmungsvorbehalte, nach streitigen Verfahren auf Widerspruch gegen eine beabsichtigte Maßnahme sowie u.U. auf eigene Initiative des *trustee*. *Trustees* sollen für gerichtlich entschiedene Maßnahmen nicht als

1928 Vgl. oben Kap. 2 C.III.2.

1929 Vgl. hierzu oben Kap. 3 B.III.2.c)bb).

1930 Vgl. oben Kap. 4 C.II.1.

Haftungssubjekt unzufriedener Beteiligter bzw., metaphorisch gesprochen, „Blitzableiter“¹⁹³¹ erhalten.¹⁹³²

Dass die Gerichte um den Haftungsschutz des zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe tätigen Amtsträgers bemüht sind und eine Abschreckungswirkung auf potentielle Amtskandidaten zu minimieren suchen, fügt sich in das Bild ein, das bereits die deliktische Haftung nach der *McNulta Rule* und die restriktive gerichtliche Praxis bei der Qualifikation einer Handlung als *ultra vires* gezeichnet haben.¹⁹³³ Ein auf hohe Verwalterautonomie und korrespondierende Eigenverantwortlichkeit ausgelegtes System wie das der InsO ist einem so weitgehenden Schutzgedanken naturgemäß nicht zugänglich. Haftungsprivilegien qua Amtsstellung bzw. Angliederung des Amtes an das Insolvenzgericht, sind dem deutschen Insolvenzrecht, ebenso wie die vorgegreifende gerichtliche Sachklärung von Verwaltungsmaßnahmen, unbekannt.

c) Geringerer Vergütungsanreiz

Mit Vorgenanntem korrespondieren auch die Vergütungsstrukturen beider Verfahrensordnungen. Die im Vergleich zum deutschen Recht geringere Vergütung des *trustee* ließ vermuten, dass das von ihm zu tragende Haftungsrisiko weniger umfassend als das seines deutschen Gegenstücks sein müsste, ausgehend vom Grundsatz, dass Risiken adäquat vergütet werden.¹⁹³⁴ Dies hat sich nach der Untersuchung des Umfangs des Haftungsrisikos bestätigt.¹⁹³⁵

Anschaulich wird dies im Hinblick auf die intensive und verbindliche Einbindung des Insolvenzgerichts, die den *trustee* um einige der Haftungsrisiken erleichtert, für deren Tragung dem deutschen Insolvenzverwalter der vergleichsweise hohe Vergütungsanspruch als Prämie zugeordnet ist. Der Bedarf, durch eine hohe Vergütung Anreize zur Amtsübernahme und damit Haftungsrisikotragung bei Kandidaten für das Verwalteramt

1931 LeBlanc v. Salem (In re Mailman Steam Carpet Cleaning Corp.), 196 F.3d 1, 8 (1st Cir. 1999).

1932 Vgl. oben Kap. 4 C.II.2.

1933 Hierzu passt auch, dass nicht stets bei Begründung einer deliktischen Masseverbindlichkeit die Gesamtschadenshaftung gegenüber den *beneficiaries* folgt, vgl. zum Ganzen oben Kap. 3 B.III.2.c).

1934 Vgl. zur Vergütung des Insolvenzverwalters Kap. 4 A.II.4.b) und des *trustee* Kap. 4 A.III.3.

1935 Vgl. oben Kap. 4 D.I.

zu setzen, ist in den Verfahren unter dem *Bankruptcy Code* geringer als im Verfahren unter der InsO.

3. Gleichlauf von Herrschaft und Haftung als rechtsordnungsübergreifender Grundsatz?

Die Korrespondenz von Herrschaft und Haftung ist in Bezug auf den jeweiligen Fremdverwalter nicht gleichförmig in beiden Rechtsordnungen verwirklicht. In das deutsche Insolvenzverfahren wurde dieser die Funktionsverteilung prägende Grundsatz u.a. mittels § 60 Abs. 1 InsO implementiert.¹⁹³⁶ Dessen Funktion liegt in dem Ausgleich der dem Verwalter verliehenen umfassenden Handlungsmacht; die zweckadäquate Anwendung der Regelung fordert daher in der Grundtendenz eine strenge Haftung, um den Beteiligenschutz zu gewährleisten, sofern nicht die Verwalterbefugnisse oder das Schutzbedürfnis der Beteiligten abgesenkt sind.¹⁹³⁷

Im Unterschied hierzu hat der Blick auf die Haftung des *trustee* und seine Rolle im Verfahren gezeigt, dass dort von einem durchgängigen Korrespondenzprinzip keine Rede sein kann. Zunächst wird dies anhand des *circuit split* deutlich: Der *trustee* ist, insbesondere wenn es um Maßnahmen des gewöhnlichen Geschäftsgangs geht, umfassend allein für den *estate* verwaltungs- und handlungsbefugt. Soweit in gewissen *circuits* nur der Haftung für grob fahrlässige und vor allem vorsätzliche Pflichtverletzungen gefolgt wird, ist ein Gleichlauf von Herrschaft und Haftung nicht verwirklicht. Anderes wird man umgekehrt für die *circuits* annehmen können, in den der *trustee* bereits für die fahrlässige Verletzung seiner treuhänderischen Pflichten haftet.

In Bezug auf das Korrespondenzprinzip ist auch die Letztentscheidungskompetenz des *bankruptcy court* bei Zustimmungsvorbehalten und den nach Widerspruch gegen Maßnahmen ergangenen Anordnungen zu betrachten. Hier haftet der *trustee* grundsätzlich nicht, zugleich ist er an die Entscheidung des *bankruptcy court* gebunden.¹⁹³⁸ Dem Korrespondenzprinzip scheint entsprochen zu sein, denn beim *trustee* liegt wegen der gerichtlichen Entscheidungsgewalt keine unabhängige Handlungsbefugnis

1936 Vgl. Marotzke, KTS 2014, 113, 115 f.

1937 Vgl. zum *telos* der Vorschrift oben Kap. 3 A.I.3. sowie zu den Deduktionen für die Risikotragung des Verwalters Kap. 4 A.II.3.c).

1938 Vgl. oben Kap 4 C.II.1.

im Sinne eines funktionalen Freiraums vor, stattdessen obliegt ihm (nur noch) die Ausführung der Anordnung.

Für die *beneficiaries* besteht aber keine Möglichkeit, sich über Schadensersatzansprüche gegen den Insolvenzrichter schadlos zu halten.¹⁹³⁹ Der „Herrschaft“ des *bankruptcy court* steht damit keine Haftung gegenüber. Dies ist nicht zwangsläufig problematisch, denn zum einen prüft das Gericht nur die ausgeübte Entscheidungskompetenz des *trustee*, setzt aber keine eigene Entscheidung an die Stelle seiner, und zum anderen wird der Beteiligtenschutz in diesen Fällen bereits vor der Durchführung der Verwaltungsmaßnahme (*ex ante*) durch rechtliches Gehör bei der gerichtlichen Anhörung sowie mittels *appeal* und höherinstanzlicher Überprüfung der *court order* verwirklicht. Es geht also im Unterschied zur InsO weniger um einen Gleichlauf von Herrschaft und Haftung als um das Gegenüber von insolvenzgerichtlicher Entscheidungskompetenz und prozessualen Partizipationsmöglichkeiten.

II. Zurückhaltung bei der Übertragung gesellschaftsrechtlicher Wertungen auf die insolvenzspezifische Haftung

Trotz der konzeptionellen Unterschiede hat die Vergleichsbetrachtung Ergebnisse hervorgebracht, deren Hervorhebung mit Blick auf im deutschen Insolvenzrecht geführte Diskussionen angezeigt ist. Dies betrifft insbesondere die Ausführungen zum Verwalterermessen und der Anwendbarkeit der BJR auf die Verwalterhaftung.¹⁹⁴⁰ Nicht nur sehen beide Rechtsordnungen die universelle Anwendung eines insolvenzspezifischen Haftungsregimes sowohl für den hoheitlich bestellten Fremdverwalter als auch die eigenverwaltenden Geschäftsleiter vor¹⁹⁴¹, auch findet nach h.M. die gesellschaftsrechtliche BJR übereinstimmend keine Anwendung auf die Verwalterhaftung.¹⁹⁴²

Dass die BJR selbst in ihrer Herkunftsrechtsordnung, wo sie als Vorbild für die Kodifizierung der BJR in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG diente¹⁹⁴³, keine (einheitliche) Übertragung in ihrer aus dem Gesellschaftsrecht be-

1939 Richter sind im U.S.-amerikanischen mit umfassender *judicial immunity* versehen, vgl. hierzu oben Kap. 3 B.III.1.a)aa),bb).

1940 Vgl. hierzu oben Kap. 4 B.III.

1941 Vgl. oben Kap. 3 C.II.4.

1942 Vgl. oben Kap. 4 B.III.4.

1943 Vgl. oben Kap. 4 B.III.2.b)aa).

kannten Form auf die Verwalterhaftung erfährt, streitet zusätzlich zu den überzeugenden Argumenten aus der Perspektive des nationalen Rechts für die zutreffende Mindermeinung der Literatur und Ansicht des BGH zu § 60 Abs. 1 InsO. Die Nicht-Anwendung der BJR betont zudem (rechtsordnungsübergreifend) nicht nur die „Insolvenzspezifität“ der Pflichtenbindung des Fremdverwalters, sondern auch, dass das Haftungsregime insgesamt auf die Situation des eröffneten Insolvenzverfahrens besonders zugeschnitten ist.

Der Vergleichsbefund unterstreicht damit auch für das deutsche Recht, dass trotz Ähnlichkeiten zwischen der Tätigkeit des Insolvenzverwalters und der von Geschäftsleitern werbender Gesellschaften gesellschaftsrechtliche Wertungen nicht ohne Weiteres auf die Verwalterhaftung übertragbar sind, was z.B. auch der Gesetzgeber zum Sorgfaltsmaßstab des § 60 Abs. 1 S. 2 InsO explizit verlautbarte.¹⁹⁴⁴ Ferner lehrt er, dass bei der Analogiebildung¹⁹⁴⁵ zu gesellschaftsrechtlichen oder anderen nicht-insolvenzspezifischen Haftungsregelungen, methodische Vorgaben nicht leichtfertig und ohne Blick auf die besondere Funktion der Verwalterhaftung im Funktionsgefüge der InsO dem, was rechtspolitisch für richtig befunden wird, geopfert werden dürfen.

III. Funktion der Verwalterhaftung im Kontext rechtskreistypischer Unterscheidungsmerkmale

Würdigt man in der Vergleichsanalyse Vorgefundenes auch in der Gesamtbetrachtung mit typischen Unterscheidungsmerkmalen von deutschem Recht und dem *common law* der USA aus dem Blickwinkel des jeweiligen Verständnisses von Privatautonomie und dessen rechtsstruktureller Ausprägungen¹⁹⁴⁶, so zeigt sich, dass sich die Verwalterhaftung nicht passgenau in die jeweiligen Konzepte einfügt. Von Interesse ist hier die Betrachtung des in beiden Rechtsordnungen weitestgehend kongruent ausgeformten Schadenserfordernisses der insolvenzspezifischen Haftung.¹⁹⁴⁷ Weil Begriffe wie Freiheit und Privatautonomie nur bedingt Platz im

1944 Vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 129 sowie oben Kap. 4 B.IV.1.b).

1945 Allgemein hierzu *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 202 ff.

1946 Hierzu eingehend *Stürmer*, AcP 210 (2010), S. 105, 117 ff.; vgl. zur jeweils formellen Rechtskreitsentsprechung der Rechtsquellen der Verwalterhaftung (*case law* versus Kodifikation) oben Kap. 3 C.I.

1947 Vgl. oben Kap. 4 B.VI.3.

Kosmos eines unter staatlicher Hoheit stehenden Rechtspflegeverfahrens zur gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung finden und nur beschränkt auf einen hoheitlich bestellten Amtstreuhandner passen¹⁹⁴⁸, kann ein Abgleich nur näherungsweise erfolgen.

Aus dem U.S.-amerikanischen Deliktsrecht bekannte *punitive damages* kommen bei der Haftung des *trustee* wegen *breach of fiduciary duty* nicht in Frage; seine persönliche Haftung erfüllt ausschließlich kompensatorische Funktion und weist keinen Strafcharakter auf.¹⁹⁴⁹ Die strukturell bedingt geringe Autonomie des *trustee* hat zur Folge, dass für die mittels überkompensatorischer *punitive damages* bezweckte gesteigerte Abschreckungsfunktion der Haftung, die im U.S.-amerikanischen Recht als Gegenstück zur weitreichenden Privatautonomie fungiert¹⁹⁵⁰, im Insolvenzverfahrenskontext kein Bedarf besteht. Dies gilt unbeschadet des Umstands, dass die Haftung für die Verletzung treuhänderischer Pflichten zweifelsohne auch eine Steuerungsfunktion erfüllt.¹⁹⁵¹

Freilich ist auch die deutsche Verwalterhaftung nicht überkompensatorisch und verfolgt insbesondere, wie die zivilrechtliche Haftung in Deutschland insgesamt¹⁹⁵², keinen Vergeltungszweck. Die InsO setzt mit ihr aber – trotz des traditionell im Vordergrund stehenden Kompensationszwecks zivilrechtlicher Haftung¹⁹⁵³ – besonders auf den generalpräventiv-steuernenden Effekt, um die verfahrensstrukturell-bedingt defizitäre Aufsicht auszugleichen.¹⁹⁵⁴ Für diese Wirkung des § 60 Abs. 1 S. 1 InsO bedarf es im Übrigen keiner Überkompensation. Sie wird durch das oft haftungsträchtige Tätigkeitsfeld bei simultan weitgehender Abwesenheit von Haftungsbeschränkungen erzielt und auch durch die Haftpflichtversicherung des Verwalters nicht aufgehoben.¹⁹⁵⁵ Bezeugt wird dies auch anhand der rechtspolitischen Forderungen nach Haftungsbeschränkungen.¹⁹⁵⁶

1948 Hinzu kommt, dass auch das jeweilige insolvenzspezifische Haftungsregime nicht den regelmäßig verglichenen Instituten der vertraglichen oder deliktischen Haftung entstammt, vgl. oben Kap. 3 C.II.2.

1949 Vgl. hierzu oben (mit Nachweisen zu *punitive damages*) Kap. 4 B.VI.2.a).

1950 Vgl. *Stürner*, AcP 210 (2010), S. 105, 125 ff.; s. auch *Wagner*, AcP 206 (2006), S. 352, 471 ff. zur Frage der Anerkennung von *Punitive-Damages*-Urteilen in Deutschland.

1951 Vgl. oben Kap. 3 B.II.2.d)bb).

1952 Vgl. hierzu *Wagner*, AcP 206 (2006), S. 352, 362 f.

1953 Vgl. *Stürner*, AcP 210 (2010), S. 105, 136 f. sowie oben Kap. 3 A.I.3.b).

1954 Vgl. oben Kap. 3 A.I.3.a)bb).

1955 Vgl. zur Wirkung der Haftpflichtversicherung auf die Steuerungsfunktion oben Kap. 3 A.I.3.b)aa)(1).

1956 Vgl. oben Kap. 4 A.I.1.

Das deutsche Insolvenzrecht vertraut damit in erster Linie auf die Verwalterautonomie und beschränkt sich auf die gerichtliche Rechtmäßigkeitskontrolle von Verwaltermaßnahmen. Diese Struktur wird zwar (auch) durch die präventiv schützende Abschreckungsfunktion der vergleichsweise strengen Verwalterhaftung gestützt. Man lässt es aber weit mehr als in den USA auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Verwalter ankommen, verlagert die gerichtliche Sachlichkeitskontrolle seiner Entscheidungen auf den Zeitraum nach ihrer Vornahme und gleicht eingetretene Schäden der Masse bzw. der Beteiligten *ex post* aus. Im Gegensatz hierzu verzichtet das Insolvenzrecht der USA in manchen *circuits* seit Langem fast vollständig auf den Steuerungseffekt der persönlichen Haftung und behilft sich, wie bereits herausgestellt¹⁹⁵⁷, mit dem starken Präventivschutz in Gestalt prozessualer Partizipationsmöglichkeiten der Beteiligten.

IV. U.S.-amerikanische Verwalterhaftung als Vorbild für die InsO?

Schlussendlich bietet sich an zu untersuchen, ob es empfehlenswert und rechtlich möglich ist, die Haftung des *trustee* betreffende Strukturelemente des U.S.-amerikanischen Insolvenzrechts *de lege ferenda* für die InsO zu übernehmen.¹⁹⁵⁸ Weil die deutsche Verwalterhaftung im Vergleich strenger ausgestaltet ist, kommen nur haftungsbeschränkende Elemente in Frage. Dass eine Übernahmeprüfung nicht ohne Berücksichtigung der Funktion zu übernehmender Regelungen innerhalb ihrer Heimatrechtsordnung geschehen kann¹⁹⁵⁹, versteht sich von selbst. Im Ergebnis bedingen eben diese in der Vergleichsuntersuchung herausgestellten Systemunterschiede auch die vollständige Inkompatibilität des deutschen Insolvenzrechts und der U.S.-amerikanischen Regelungen mit Bezug zur Verwalterhaftung.

1957 Vgl. oben Kap. 4 D.I.2.a)bb).

1958 Allgemein zu *legal transplants* im Rahmen rechtsvergleichender Methodik *Kischel*, Rechtsvergleichung, § 2, Rn. 34 ff.

1959 Hiervor warnt auch *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 4.02.

1. Kein Reformbedarf der deutschen Insolvenzverwalterhaftung *de lege lata*

Nach Analyse des deutschen Rechts ist bereits kein Reformbedarf bei der Verwalterhaftung in Bezug auf § 60 InsO festzustellen. Vielmehr hat sich gezeigt, dass mit § 60 InsO *de lege lata* eine transparente Regelung existiert, mit der sich der Beteiligtenschutz und das Bedürfnis nach einer den besonderen Verfahrensanforderungen entsprechenden Eingrenzung¹⁹⁶⁰ des Haftungsrisikos in Einklang bringen lassen. Die Regelung zementiert weder ein zu hohes noch zu niedriges Haftungsrisiko¹⁹⁶¹, sondern ermöglicht einzelfallgerechte Ergebnisse. Vor diesem Hintergrund besteht keine Notwendigkeit für legislatorische Anpassungen wie die Schaffung einer „*Insolvency Judgment Rule*“¹⁹⁶² oder Haftungshöchstsummen¹⁹⁶³. Erforderlich ist aber, § 60 Abs. 1 InsO zweckadäquat auszulegen, damit weder Schutzlücken zu Lasten der Gläubiger noch unangemessene Haftungsrisiken des Verwalters entstehen, die nicht durch den Versicherungsschutz abgedeckt werden und die nicht durch eine adäquate Verwaltervergütung prämiert werden.¹⁹⁶⁴

2. Inkompatibilität der anspruchsinhärenten Haftungsschranken

Ungeachtet des mangelnden Reformbedarfs liegt zudem auf der Hand, dass sich die Übernahme haftungsbeschränkender Elemente des Schadensersatzanspruchs aus *breach of fiduciary duty* wegen ihrer Funktionswidersprüchlichkeit verbietet. Bereits ein formeller Beteiligtenbegriff, wie er anfangs noch vom Reichsgericht vertreten wurde¹⁹⁶⁵, aber vor allem eine Beschränkung der Haftung auf grob fahrlässige oder vorsätzliche Pflichtverletzungen sowie der Verzicht auf die Zurechnung pflichtwidrigen Verhaltens Dritter und eine sehr gelockerte Pflichtenbindung bei der Überwachung Angestellter mit besonderen Fachkenntnissen würden erhebliche Rechtsschutzlücken zu Lasten derjenigen bedeuten, die in Kontakt mit der Verwaltertätigkeit stehen und auf ihre ordnungsgemäße Durchführung

1960 Vgl. oben Kap. 4 A.II.2.

1961 Vgl. zu den entsprechenden Befürchtungen oben Kap. 4 A.I.1.

1962 Vgl. hierzu oben Kap. 4 B.III.2.b)cc).

1963 Vgl. oben Kap. 4 B.VI.1.b).

1964 Vgl. zur Bedeutung von Versicherung und Vergütung oben Kap. 4 A.II.4.

1965 Vgl. oben Kap. 4 B.I.1.a).

angewiesen sind. Die insolvenzspezifische Haftung könnte ihren Zweck nicht mehr bzw. nur noch eingeschränkt erfüllen und Schutzdefizite könnten nicht hinreichend durch anderweitige Mechanismen der InsO kompensiert werden. Eine isolierte Anpassung der Anspruchsvoraussetzungen nach U.S.-amerikanischem Vorbild kommt daher nicht in Frage.

3. Systemwidrigkeit verfahrensstruktureller Haftungsbeschränkungen

Damit verbleibt nur noch die Frage nach der Möglichkeit und Sinnhaftigkeit einer Adaption der das Recht der Haftung des *trustee* ergänzenden Rechtselemente zu stellen. Konkret geht es um die Einbindung der Verfahrensbeteiligten und des Insolvenzgerichts bei Verwaltungsmaßnahmen, die den Rechtsschutz der Beteiligten auf den Zeitpunkt *ex ante* verlagern, den *trustee* vor persönlicher Haftung isolieren und die dazu führen, dass die Bedeutung der Verwalterhaftung in den Hintergrund rückt.

Auf diesem Wege zu versuchen, ein überlegenes System zu küren, ist müßig und kaum zweckmäßig, weil es bereits an verbindlichen Kriterien zur Messbarkeit mangelt.¹⁹⁶⁶ Zudem wurde bereits herausgearbeitet, dass beide Rechtsordnungen, wenn auch nicht in gleichem Maße über die Verwalterhaftung, den Verfahrensbeteiligten Rechtsschutzschutzmöglichkeiten im Zusammenhang mit Verwaltungsmaßnahmen zur Verfügung stellen.¹⁹⁶⁷ Möglich ist aber, Konfliktlagen und Systemwidersprüche, denen sich entsprechende Rechtsübernahmen stellen müssten, zu beleuchten.

a) Kein Konflikt mit verfassungsrechtlichen Vorgaben

Es ist nicht ersichtlich, dass systemische Anpassungen der InsO nach U.S.-amerikanischem Vorbild bereits an verfassungsrechtlichen Vorgaben scheitern würden. Fraglos bedeutete die Implementierung von insolvenzgerichtlichen Zustimmungsvorbehalten oder der Möglichkeit für Beteiligte, im Vorfeld einzelner Verwaltungsmaßnahmen durch Widerspruch ein Streitiges Gerichtsverfahren herbeizuführen, einen erheblichen Eingriff in die Verfahrensstruktur der InsO *de lege lata*, was sogleich näher dargelegt

1966 Zur Problematik der Erfolgsbemessung bei Rechtsübernahmen *Kischel*, Rechtsvergleichung, § 2, Rn. 37.

1967 Vgl. oben Kap. 4 D.I.2.a)bb), 3.

wird. Betroffen wären hierdurch aber nur die Art und Weise der Vermögensliquidation und gegebenenfalls die Funktionsverteilung im Verfahren. Weder das verfassungsrechtlich garantierte Institut der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung als solches¹⁹⁶⁸, noch die Möglichkeit verfahrensförmigen Rechtsschutz zu erlangen¹⁹⁶⁹ würden nachteilig beeinträchtigt. Anderes wäre auch nicht für die grundrechtlich geschützten Positionen der Gläubiger (insbesondere Art. 14 Abs. 1 GG) und des Schuldners¹⁹⁷⁰ zu erwarten. Vielmehr würden die Einwirkungsmöglichkeiten der Verfahrensparteien sogar ausgeweitet.

Ebenfalls nicht das „Ob“, sondern das „Wie“ der Rechtsschutzgewährung betreffend, ist der Staat auch nicht gezwungen, auf einen Privaten als Insolvenzverwalter zurückzugreifen, der nicht in die staatliche Justizorganisation eingegliedert ist.¹⁹⁷¹ Anpassungen der InsO, die die vergleichsweise weitreichenden Verwalterkompetenzen einschränken und die Befugnisse der Gläubiger entsprechend erhöhen oder die Verfahrensabwicklung etwa einer staatlichen Behörde überantworten, wären nicht *per se* unzulässig.

b) Rechtsübernahmen als systemische Fremdkörper im deutschen Insolvenzrecht

Rechtsübernahmen verbieten sich aber, weil mit der Anpassung einzelner Bestandteile der Verfahrensabwicklung ein Bruch mit der herkömmlichen Verfahrensstruktur der InsO einherginge, der umfassende weitergehende legislatorische Änderungen erforderlich machen würde. Teiladaptationen nach Vorbild des *Bankruptcy Code*, die die Kohärenz der InsO *de lege lata* nicht erheblich stören, sind praktisch kaum denkbar. Die Ausgangsfrage nach der Möglichkeit von Rechtsübernahmen, die die Verwalterautonomie und zugleich die Bedeutung des § 60 Abs. 1 S. 1 InsO als Steuerungsmittel und Schutzinstrument absenken, mutiert damit zwangsläufig zur „Systemfrage“.

Als Rechtsübernahme wäre z.B. an eine an 11 U.S.C. § 365 (a)¹⁹⁷² angelehnte Ergänzung des § 103 InsO zu denken. Die Erfüllungs- oder

1968 Vgl. zur Institutsgarantie oben Kap. 2 A.II.1.a)aa).

1969 Vgl. hierzu oben Kap. 2 A.II.1.a)bb).

1970 Zur Grundrechtsposition des Gemeinschuldners im Insolvenzverfahren MüKo/Stürmer, Einl., Rn. 88 ff.

1971 Vgl. oben Kap. 2 A.II.1.a)cc).

1972 Vgl. zu den Zustimmungsvorbehalten des *bankruptcy court* oben Kap. 2 B.IV.2.b).

Ablehnungswahl würde dann von der Zustimmung des Insolvenzgerichts abhängen und Gläubiger könnten hiergegen im Prozess vor der Gerichtsentscheidung Stellung beziehen. In Frage käme auch eine 11 U.S.C. § 363 (b) (1)¹⁹⁷³ nachgebildete Regel, nach der etwa die Veräußerung von Massegegenständen außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsgangs durch den Verwalter nur gestattet und im Außenverhältnis wirksam wäre, wenn er zuvor die Beteiligten über die Maßnahme informiert hat und diese Gelegenheit zur Einlegung eines Widerspruchs beim Insolvenzgericht gehabt haben, der ein streitiges Gerichtsverfahren herbeiführt. Neufassungen wie diese würden das Wesen der Insolvenzverfahrensabwicklung im deutschen Recht verändern, was hier nur an einigen von vielen denkbaren Punkten aufgezeigt werden soll.

Die Zentrierung auf den weisungsfrei, unabhängig und eigenverantwortlich agierenden Verwalter garantiert im deutschen Insolvenzrecht schlanke Entscheidungsprozesse und eine effiziente Verfahrensdurchführung.¹⁹⁷⁴ Entsprechend darf das Gericht *de lege lata* diese auch nicht anstelle des Verwalters übernehmen.¹⁹⁷⁵ Wenn das Insolvenzgericht und einzelne Beteiligte bei zahlreichen, über § 160 InsO hinausgehenden Maßnahmen auf den Plan gerufen würden, würde stattdessen eine schwerfälligere Verwaltungsform befördert, innerhalb derer Entscheidungsprozesse erhebliche personelle Kapazitäten beanspruchen würden und zeitintensiver wären. Den Verwalter träfen zusätzliche informatorische Pflichten, Gläubiger hätten etliche Einzelmaßnahmen zu überprüfen sowie gegebenenfalls anzugreifen und das Gericht müsste sich regelmäßig mit der Sachkontrolle geplanter Maßnahmen befassen. Zu erwarten wären Verzögerungen und negative Auswirkungen auf die Verfahrensökonomie insgesamt.¹⁹⁷⁶ Hinzu käme Anpassungsbedarf bei der Verwaltervergütung. Spräche man den Entscheidungen des Gerichts Weisungscharakter analog zum U.S.-amerikanischen Recht zu, ginge hiermit spiegelbildlich ein Autonomieverlust des Verwalters einher. Das abgesenkte Risiko persönlicher Haftung müsste sich dann in einer entsprechend geringeren Vergütung niederschlagen.

Daneben würden durch Rechtsübernahmen wie die oben genannten umfassende Anpassungen der Zuständigkeiten und Organisation des Insol-

1973 Vgl. hierzu oben Kap. 2 B.IV.2.a).

1974 Vgl. oben Kap. 2 A.III.1.

1975 Vgl. *Gehrlein*, NJW 2013, 3756, 3757.

1976 Ähnlich für das U.S.-amerikanische Liquidationsverfahren nach *Chapter 7 Heese*, Gläubigerinformation, S. 217.

venzgerichts erforderlich. Die gerichtliche Überprüfung ermessensgeprägter Verwalterentscheidungen, die sich, jüngst durch die Judikatur des BGH bestätigt, auf die sachliche Vertretbarkeit der beantragten Maßnahme bezieht¹⁹⁷⁷, findet gegenwärtig primär im Rahmen von Schadensersatzklagen (*ex post*) statt. Für diese ist, anders als im vom Grundsatz der *vis attractiva concursus* geprägten U.S.-amerikanischen Recht¹⁹⁷⁸, nicht das Insolvenzgericht, sondern in aller Regel das Landgericht als Prozessgericht sachlich zuständig.¹⁹⁷⁹ Die Adaption der Maßnahmenkontrolle *ex ante* nach Vorbild des *Bankruptcy Code* ginge daher mit einer Konzentration von Verfahrenskompetenzen beim Insolvenzgericht einher, die wiederum mit einem umfassenden Ausbau personeller Kapazitäten zu begleiten wäre und gesteigerte fachliche Anforderungen nach sich zöge. Insolvenzrichter hätten nicht nur einen erheblichen zeitlichen Mehraufwand zu leisten, weil sie sich zusätzlich zur Aufsicht über den Verwalter¹⁹⁸⁰ sowie den mitunter komplexen Entscheidungen im Vorverfahren und rund um die Eröffnung des Hauptverfahrens¹⁹⁸¹ auch mit etlichen Fragen der laufenden Verwaltung befassen müssten. Sie wären auch verstärkt mit komplizierten Fragen des materiellen Insolvenzrechts und anderer relevanter Rechtsgebiete konfrontiert, die gegenwärtig primär durch die Prozessgerichte beantwortet werden.¹⁹⁸²

Schließlich ist vor dem Hintergrund der Amtshaftung (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG) im deutschen Recht fraglich, ob Rechtsübernahmen dieselbe Haftungslage wie im U.S.-amerikanischen Insolvenzrecht schaffen würden oder ob sie nur auf die Auswechslung des Haftungssubjekts – Staat statt Insolvenzverwalter – hinausliefen. Es ist zwar denkbar, dass, je nach konkreter Ausgestaltung des Verfahrens, die insolvenzgerichtliche Entscheidung über eine geplante Maßnahme nach eingelegtem Widerspruch der Rechtskraft fähig wäre, somit das Spruchrichterprivileg des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB greifen würde¹⁹⁸³ und man einen mit der *judicial immunity* ver-

1977 Vgl. oben Kap. 4 B.III.2.a).

1978 Vgl. zur *vis attractiva concursus* oben Kap. 2 B.II.1.a)bb) und zur Zuständigkeit des *bankruptcy court* bei Klagen wegen *breach of fiduciary duty* oben Kap. 3 B.IV.3.

1979 Vgl. oben Kap. 3 A.V.

1980 § 58 Abs. 1 S. 1 InsO; vgl. hierzu oben Kap. 2 A.III.2.c).

1981 Vgl. §§ 21, 27 InsO.

1982 Vgl. zur Aufgabenverteilung und den fachlichen Anforderungen bei den Insolvenz- und Prozessgerichten *Bogumil*, NZI 2018, 774, 775 f.

1983 Vgl. MüKo/*Papier/Shirvani*, BGB, § 839, Rn. 384. Neben Urteilen werden auch Beschlüsse von § 839 Abs. 2 S. 1 BGB umfasst, wenn sie Kriterien erfüllen, die

gleichbaren Effekt erzielte. Ob dies in jeder dem Gericht auferlegten „Entscheidungssituation“ der Fall ist, wie z.B. bei der oben exemplarisch angeführten Erfüllungswahl, wenn kein Widerspruch erhoben wurde und es zu keinem streitigen Verfahren kommt, ist aber unklar. Ferner ist nicht sicher, dass bei Implementierung von Rechtselementen des *Bankruptcy Code* die Verwalterhaftung tatsächlich hinter den prozessualen Rechtsschutz *ex ante* zurücktreten würde. Nicht nur müsste die Haftungsbefreiung analog zur *quasi-judicial immunity* überhaupt explizit geregelt werden, auch wäre im Einzelnen festzulegen, wie weit ein Haftungsausschluss reichen würde und ob er nur die Entscheidung über die Maßnahme selbst oder auch die konkrete Ausführung des bindenden Beschlusses umfasst.

V. Fazit

Die Vergleichsanalyse hat nicht nur gezeigt, dass sich die Risikobelastung der Fremdverwalter beider Rechtsordnungen, trotz deren weitgehender funktionaler Äquivalenz und der strukturellen Ähnlichkeit des Haftungsrechts insgesamt sowie der insolvenzspezifischen Haftung im Besonderen, stark unterscheidet, sondern auch, dass dieser Umstand von einem divergierenden Verständnis von der Funktion und dem Stellenwert der insolvenzspezifischen Verwalterhaftung begleitet wird.

Deutlich wurde zudem, dass die Haftungsregelungen nicht isoliert, ohne Bezug zur jeweiligen Verfahrensstruktur und den Rechtsbeziehungen der Verfahrensbeteiligten untereinander betrachtet werden dürfen, denn diese liefern die Erklärung der Vergleichsergebnisse.¹⁹⁸⁴ Stellt man also abstrakt die Frage danach, wie in beiden Insolvenzverfahrensordnungen das pflichtgemäße Verwalterhandeln befördert und die schutzwürdigen Interessen der Verfahrensbeteiligten, allen voran der Gläubiger, gewahrt werden, so ist jeweils die Verwalterhaftung, aber nicht exklusiv und in den USA weit weniger als in Deutschland, die Antwort hierauf.

Mit dem *circuit split* ist der U.S.-amerikanischen Insolvenzverwalterhaftung ein Missstand inhärent, dessen Aufdeckung zwar keiner Vergleichsuntersuchung bedurft hätte, anhand dessen sich aber in der Gegenüberstel-

sie Urteilen gleichstellen, wie die Wahrung rechtlichen Gehörs, die Ausschöpfung von Beweismitteln und die Begründung des Richterspruchs, vgl. BGH NJW 2003, 3693, 3695.

1984 Hiermit bestätigt sich erneut ein Grundsatz zur Methodik der funktionalen Rechtsvergleichung, vgl. *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 33.

lung beider Rechtsordnungen exemplarisch der Kern ihrer konzeptionellen Verschiedenheit zeigt. Die Verfahrensstruktur des *Bankruptcy Code* ist so angelegt, dass für die persönliche Haftung des *trustee* kein erhöhter Bedarf besteht.¹⁹⁸⁵ Weder stellt in diesem System die für den *trustee* leicht zu erlangende Haftungsimmunität einen Fremdkörper dar, noch sorgt der *circuit split* dafür, dass die Funktionalität der Verfahrensabwicklung gefährdet wäre.

Das auf die Verwalterautonomie zentrierte deutsche Insolvenzverfahren stellt hierzu den Gegenentwurf dar. Schutzmechanismen der Gläubiger analog zu denen des U.S.-amerikanischen Insolvenzverfahrens sind der InsO unbekannt. Der Gegenüberstellung beider Systeme kommt damit für das deutsche Recht der Verdienst zu, für die Funktion der Verwalterhaftung im Verfahrensgefüge zu sensibilisieren. Sie bestätigt als Umkehrschluss, dass es einer tendenziell strengen Verwalterhaftung in Gestalt § 60 Abs. 1 S. 1 InsO bedarf, um die Rechtsposition der Verfahrensbeteiligten abzusichern. Vor diesem Hintergrund ist die jüngere Rechtsprechung des BGH zur Haftung für beauftragte Dritte¹⁹⁸⁶ und zur Kontrolle unternehmerischer Entscheidungen des Verwalters¹⁹⁸⁷ zu begrüßen.

Der Grundsatz des Gleichklangs von Herrschaft und Haftung bildet die wesentliche Zweckvorstellung der Haftungsnorm ab und kann als Richtschnur bei deren Auslegung bei Einzelfragen dienen. Damit das vom Gesetzgeber beim Insolvenzverwalter verwirklichte Korrespondenzprinzip¹⁹⁸⁸ auch gewahrt bleibt, ist es bei Anwendung des § 60 InsO sowie bei Übernahme außerinsolvenzrechtlicher Haftungskonzepte als Maßstab heranzuziehen. Haftungsbeschränkungen, die der Gesetzeswortlaut nicht explizit vorsieht, sind an den Insolvenzzwecken sowie den Interessen und eigenen Einwirkungsmöglichkeiten der durch die Regelung geschützten Verfahrensakteure zu messen.

Künftige Reformen der InsO, die die Gestalt und den Umfang der Pflichten und Befugnisse des Verwalters oder anderer Beteiligter betreffen, etwa im Zuge der weiteren Stärkung der Gläubigerautonomie, sind auch haftungsrechtlich im Rahmen des § 60 InsO sowie gegebenenfalls bei der Verwaltervergütung zu reflektieren. Von Rechtsübernahmen oder legislativen Anpassungen des Rechts der Insolvenzverwalterhaftung nach U.S.-amerikanischem Vorbild ist abzuraten.

1985 Vgl. oben Kap. 4 D. I.2.a)bb).

1986 BGH NJW-RR 2016, 686. Vgl. hierzu oben Kap. 4 B.V.1.c)aa)(2).

1987 BGH NJW 2020, 1800. Vgl. hierzu oben Kap. 4 B.III.2.b)bb)(2).

1988 Marotzke, KTS 2014, 113, 115.

