

Deliktische Haftpflicht im Konkurs

Diederich Eckardt, Bonn

I. Einleitung

1. Die Problemstellung

Die deliktische Haftungsordnung im Konkurs ist bislang nur partiell als problematisch angesehen worden, nämlich allein im Hinblick auf die Mithaftung der Masse für die vom Verwalter im Zusammenhang mit der Verwaltung begangenen Delikte¹⁾. Für unzweifelhaft hält man dagegen die primäre Verantwortlichkeit des Verwalters: Dieser rücke in die dem Schuldner gegenüber dem Publikum auferlegten deliktischen Sorgfaltspflichten ein und hafte für den Fall ihrer Verletzung persönlich auf Schadensersatz²⁾. Die praktische Relevanz dieser für den Verwalter so nachteiligen Auffassung kann in einer Zeit, in der das "Risiko" geradezu als Charakteristikum der modernen Gesellschaft angesehen worden ist, kaum hoch genug veranschlagt werden: Wissenschaftlich-technische Neuerungen bis zur Grenze des menschlich Verstehbaren und Beherrschbaren, eine durch Industrialisierung und Arbeitsteilung komplex und anonym gewordene Arbeitswelt, das Bevölkerungswachstum verbunden mit zunehmender menschlicher Mobilität bedeuten nicht nur Fortschritt und ein Mehr an Lebensqualität, sondern auch ubiquitäre und sich massenhaft realisierende Gefahren für Rechte und Rechtsgüter der Bevölkerung³⁾. Das rechtspolitisch notwendige Korrelat dieser Erhöhung des Verletzungsrisikos ist ein entsprechend ausgeweitetes "Haftungsrisiko" für diejenigen, die die betreffende Gefahrenursache gesetzt haben⁴⁾.

Vor diesem Hintergrund eines gestiegenen und mit weiterem Fortschreiten der Technisierung immer noch weiter ansteigenden Gefahrenpotentials erlangt deshalb die Frage immer größere Bedeutung, ob der Konkursverwalter wirklich das sachlich "richtige" Haftungssubjekt ist. Auch die Konkursverwaltung ist heute in beiderlei Hinsicht mit wesentlich größeren Risiken behaftet als in der Postkurszeit. Die Frage der sachgerechten Zuweisung von Verantwortlichkeiten - und damit mittelbar vor allem der Zuweisung eingetretener Schäden - stellt sich daher hier in gleicher Weise wie außerhalb des Konkurses. Sie stellt sich mit besonderer Schärfe, wenn zur Konkursmasse ein Unternehmen gehört; denn von den betriebzugehörigen Anlagen und Gegenständen, aber auch den Mitarbeitern des Unternehmens gehen nach wie vor entsprechend erhöhte Gefahren für Rechte und Rechtsgüter Dritter aus⁵⁾. Für das mit diesen Gefahren einhergehende Risiko deliktischer Inanspruchnahme des Verwalters gilt deshalb nicht minder, was schon in der Diskussion der siebziger und frühen achtziger Jahre zu dessen Haftung gemäß § 82 KO für die *rechtsgeschäftlich* begründeten Verbindlichkeiten aus der Konkursverwaltung mit Recht betont zu werden pflegte: Gerade der vermehrte betriebswirtschaftlich begründete Übergang zur Fortführung von Konkursbetrieben macht eine Überprüfung notwendig, ob die strenge persönliche Haftung des Verwalters nicht in ein Mißverhältnis zur Intensität seines obendrein fremdnützig eingegangenen Risikos geraten ist und dadurch womöglich die sachgerechte Entfaltung der Verwalterinitiative lähmt⁶⁾. Nachdem diese Überprüfung für die rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeiten aus Betriebsfortführungen mittlerweile stattgefunden hat⁷⁾, soll mit dem vorliegenden Beitrag die These zur Diskussion gestellt werden, daß auch im Bereich der Deliktshaftung eine Reduzierung des persönlichen Haftungsrisikos des

1) Vgl. zunächst nur *Jaeger/Henckel*, KO, 9. Aufl. 1977ff., § 6 Anm. 45ff.; ausführlich dazu unten sub III. 1.

2) Vgl. zunächst nur BGH, KTS 1988, 131 = ZIP 1987, 1398, 1399f.; s. ausführlich dazu unten sub II. 1.

3) Vgl. *Blanke*, in: *Beck* (Hrsg.), Politik in der Risikogesellschaft, 1991, 275, 276; *Eike Schmidt*, KritV 1991, 378ff.; umfassend *Beck*, Risikogesellschaft, 1986, passim.

4) Vgl. zu diesem Zusammenhang etwa *Esser*, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, 1941, S. 80ff.; *ders.*, JZ 1953, 129; *Hauß*, ZVersWiss 1967, 151, 152f.; *Kötz*, Sozialer Wandel im Unfallrecht, 1976, S. 5; *ders.*, AcP 170 (1970), 1, 8f.; *Steffen*, ZVersWiss 1993, 13, 14.

5) Vgl. etwa BGH, KTS 1976, 48 = NJW 1975, 1969 (zur Haftung des Verwalters nach § 47 PatG a.F. wegen einer Patentverletzung). Das Zuordnungsproblem existiert zudem nicht minder für "klassische" Risiken außerhalb des Unternehmensbereichs, so etwa, wenn Dritte dadurch zu Schaden kommen, daß ein zur Masse gehöriges Gebäude nicht hinreichend gegen Frostschäden gesichert ist (vgl. BGH, KTS 1988, 131 = ZIP 1987, 1398) oder gar einstürzt (vgl. BGHZ 21, 285). Die schadensträchtige "Nähe" des Verwalters zu den Rechtskreisen Dritter zeigt sich auch dann, wenn er - womöglich unwissentlich - bei der Verwertung in der Masse vorgefundener Gegenstände in das Eigentum aus- bzw. absonderungsberechtigter Dritter eingreift (vgl. zuletzt BGH, ZIP 1996, 1181) oder durch ehrverletzende Äußerungen im Rahmen seines Konkursverwalterberichts fremde Persönlichkeitsrechte verletzt (vgl. BGH, ZIP 1994, 1963).

6) So die Formulierung der Fragestellung durch BGH, NJW 1980, 55 (unter Hinweis auf *Hanisch*, ZJP 90 (1977), 1, 26; *Stüdemann*, Festschrift Einhundert Jahre Konkursordnung 1877 - 1977, 1977, S. 401, 439); s. ferner etwa *Lüke*, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, 1986, S. 2f., 6f.; *Riering*, Die Betriebsfortführung durch den Konkursverwalter, 1987, S. 114f., jew. m.w.N.

7) Mit dem Ergebnis, daß das Haftungsrisiko wenigstens reduziert ist, vgl. grundlegend BGHZ 99, 151, 154 m.w.N.

Verwalters möglich und sachgerecht ist. Im Einzelnen soll hierfür zunächst die bislang unangefochtene Prämisse der primären deliktischen Verantwortungszuständigkeit des Verwalters einer kritischen Würdigung unterzogen werden (s. sogleich sub II.); in diesem Zusammenhang wird zugleich auf die Möglichkeit einer (originären) deliktischen Eigenhaftung der Konkursmasse eingegangen (sub III.). Sodann werden Grundlagen und Grenzen einer "sekundären" deliktischen Verantwortlichkeit des Verwalters (sub IV.) sowie seiner eventuellen Regreßpflicht gegenüber der primär haftenden Masse (sub V.) erörtert. Abschließend werden die Konsequenzen für die Haftungsverfassung der Konkursmasse zusammengefaßt und Übertragungsmöglichkeiten auf vergleichbare Konstellationen erwogen (sub VI.).

2. Präzisierung der Fragestellung: Deliktische Haftung für Verkehrspflichtverletzungen

Sedes materiae für den Ersatzanspruch gegen den Verwalter persönlich sind die allgemeinen deliktsrechtlichen Vorschriften der §§ 823ff. BGB. Denn der spezifisch konkursrechtliche Schadensersatzanspruch des § 82 KO (§ 60 I 1 InsO) ist ein zivilrechtlicher "Amtshaftungsanspruch", ein Anspruch wegen Verletzung drittschützender spezifischer Amtspflichten⁸⁾. Er setzt deshalb voraus, daß der Verwalter "konkurspezifische" Pflichten verletzt hat; nur derjenige, dem gegenüber solche Pflichten bestehen, ist "Beteiligter" i.S. der Norm⁹⁾. Die Verkehrspflichten, aus deren Verletzung die deliktischen Ansprüche gemäß §§ 823ff. BGB erwachsen, sind aber definitionsgemäß "Jedermann-Pflichten", gelten also allgemein und sind deshalb gerade nicht "konkurspezifisch". Eine persönliche Haftung des Verwalters auf der Grundlage des § 82 KO scheidet daher insofern aus¹⁰⁾. Der BGH hat freilich immer betont, daß dessen persönliche Haftung damit nicht generell ausgeschlossen sei, sondern auf anderer Grundlage bestehen könne, nämlich wenn er eigene Pflichten ausdrücklich übernommen oder insofern einen Vertrauenstatbestand geschaffen habe, an dem er sich festhalten lassen müsse, "oder wenn er eine unerlaubte Handlung (§§ 823ff. BGB) begangen" habe¹¹⁾.

Wann der Konkursverwalter eine unerlaubte Handlung i.S. der §§ 823ff. BGB begangen hat, ist damit freilich nicht beantwortet, sondern gerade die Frage. Sie ist naturgemäß nach den Tatbestandsvoraussetzungen der deliktsrechtlichen Haftungsnormen zu beantworten. Als weitgehend unproblematisch sollen hier zunächst die Fälle ausgeklammert werden, daß der Verwalter vorsätzlich eines der in § 823 I BGB genannten Rechtsgüter oder absoluten Rechte verletzt oder i.S. von § 826 BGB vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einen anderen schädigt¹²⁾; hier kann nicht ernstlich in Frage gestellt werden, daß der Verwalter persönlich zum Schadensersatz verpflichtet ist¹³⁾. Auch auf die Haftung für die Verletzung drittschützender Rechtsnormen gemäß § 823 II BGB soll hier nicht weiter eingegangen werden; ob sie den Verwalter persönlich trifft, hängt von der Auslegung des betreffenden Schutzgesetzes ab, davon nämlich, ob sich die dort statuierten drittschützenden Ge- oder Verbote auch persönlich an den für eine fremde Vermögensmasse Handelnden richten¹⁴⁾.

8) Häsemeyer, Insolvenzrecht, 1992, S. 113ff.; (nur) für die "externen" Verwalterpflichten auch Karsten Schmidt, KTS 1976, 191, 197ff.; ders., ZIP 1988, 7ff.; Kilger/Karsten Schmidt, KO, 16. Aufl. 1993, § 82 Anm. 1, 3b; für eine nicht näher qualifizierte rechtliche Sonderbeziehung ("gesetzliches Schuldverhältnis") demgegenüber die h.M., vgl. BGHZ 93, 278, 281; BGH, ZIP 1993, 1886, 1888 (insoweit nicht in BGHZ 124, 27); Baur, Gedächtnisschrift Bruns, 1980, S. 241, 246ff.; Kuhn/Uhlenbruck, KO, 11. Aufl. 1994, § 82 Rdnr. 1; Jaeger/Weber, KO, 8. Aufl. 1958ff., § 82 Anm. 3; Weber, Festschrift Lent, 1957, S. 301, 311ff.; weitgehend auch Lüke (Fn. 6), S. 42ff., 74, 110ff.

9) Grundlegend BGHZ 99, 151, 154 m.w.N.; vgl. ferner BGHZ 100, 346, 350ff.; BGH, KTS 1988, 131 = ZIP 1987, 1398, 1399; 1987, 1586, 1587; 1990, 242, 245; 1993, 1886, 1891 (insoweit nicht in BGHZ 124, 27 mitgeteilt); so künftig ausdrücklich § 60 I 1 InsO ("Pflichten, die ihm nach diesem Gesetz obliegen", s. dazu auch die Gesetzesbegr., BT-Dr. 12/2443, S. 129).

10) BGH, KTS 1988, 131 = ZIP 1987, 1398, 1399; Weber, Festschrift Lent, S. 301, 314 m. Fn. 36.

11) BGHZ 100, 346, 352; BGH, KTS 1988, 131 = ZIP 1987, 1398, 1399; 1987, 1586, 1588; BGHZ 103, 310, 315 (zum Sachwalter nach der VglO); BGH, ZIP 1990, 242, 245; vgl. bereits BGHZ 21, 285, 293.

12) Der BGH (ZIP 1987, 650, 653 [insoweit nicht in BGHZ 103, 346 mitgeteilt]) nennt hierzu als Beispiel, daß der Verwalter einen Vertragspartner über die Risiken des abzuschließenden Geschäfts getäuscht, insbesondere die künftige Zulänglichkeit der Masse als sicher vorgespiegelt hat. Vgl. auch BGH NJW 1994, 2289f.: Duldung eines Diebstahls bzw. einer Schutzrechtsverletzung durch Mitarbeiter.

13) Daß die Masse, einen hinreichenden Bezug zur Amtstätigkeit des Verwalters vorausgesetzt, gleichwohl analog § 31 BGB mithaftet, steht auf einem anderen Blatt; s. dazu unten sub III. 1.

14) Vgl. Stapelfeld, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers für Fehlverhalten in der Gesellschaftskrise, 1990, S. 128ff., 154ff. Ein Beispiel ist etwa die Verpflichtung des Verwalters zur Abführung einbehaltener Sozialversicherungsbeiträge, vgl. m.w.N. BGH, NJW 1997, 130, 131; Dreher, ZGR 1992, 22, 36f., 43. Soweit es sich bei den Schutzgesetzen um straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtliche Tatbestände handelt, sind zusätzlich §§ 14 I Nr. 3 StGB, 9 I Nr. 3 OWiG zu beachten, wonach Vorschriften, die ein in der Person eines gesetzlich Vertretenen vorliegendes besonderes persönliches Merkmal voraussetzen, ohne weiteres auch auf den gesetzlichen Vertreter anzuwenden sind; als "gesetzlicher Vertreter" i.S. dieser Bestimmung wird allgemein auch der Konkursverwalter

Die Untersuchung soll sich deshalb auf die Haftung für *Verkehrspflichtverletzungen* beschränken. Verkehrspflichtverletzungen liegen zum einen der deliktischen Unterlassenschaft zugrunde. Da es keine allgemeine Rechtspflicht gibt, den Eintritt einer Rechtsgutsverletzung bei Dritten nach Möglichkeit zu verhindern, sind sie hier schlechthin konstitutiv für den Deliktstatbestand¹⁵⁾. Anerkanntermaßen setzt aber auch die Haftung für Schädigung Dritter durch positives Tun die Verletzung einer Verkehrspflicht voraus, jedenfalls dann, wenn dieses Tun in der Setzung lediglich *mittelbarer* Erfolgsursachen bestand¹⁶⁾. Schon aus diesem Grund erfaßt die Fallgruppe der Verkehrspflichten die durch einen Konkursverwalter im Rahmen seiner Amtstätigkeit - die ihn zumeist nicht unmittelbar mit Rechtskreisen Dritter in Berührung bringt - "begehbaren" zivilrechtlichen Delikte in ihrer großen Mehrzahl. Unter der hier nicht zu diskutierenden Prämisse, daß dem Rechtswidrigkeitsurteil auch bei *unmittelbarer* Erfolgsverursachung stets eine Verkehrspflichtverletzung zugrundeliegt¹⁷⁾, gilt jedoch auch für diese keine andere Beurteilung. Die Fragestellung ist daher dahin zu konkretisieren, wann der Konkursverwalter Adressat der sachlich auf massezugehörige Gegenstände bezogenen Verkehrspflichten ist.

II. Der Konkursverwalter als Zuordnungssubjekt massebezogener Verkehrspflichten

1. Die Behandlung des Themas in der bisherigen Rechtsprechung und Literatur

Unstreitig ist, daß der Gemeinschuldner selbst schon mangels Einwirkungsmöglichkeiten auf die massezugehörigen Gegenstände jedenfalls nicht mehr unmittelbar persönlich zur Erfüllung der auf diese bezogenen Verkehrspflichten verpflichtet ist. Statt seiner treffen die Verkehrspflichten und die Haftungsfolgen ihrer Verletzung, so jedenfalls die bisher allgemeine Auffassung, den Konkursverwalter persönlich; dieser hat deshalb für die deliktische Schädigung Dritter mit seinem Privatvermögen einzustehen¹⁸⁾.

Als Beispiel für die herkömmliche Behandlung des Problems mag die letzte einschlägige Entscheidung des IX. Senats des Bundesgerichtshofs vom 17.9. 1987¹⁹⁾ dienen. Sie betraf die Verkehrspflichten hinsichtlich eines massezugehörigen Grundstücks: Der Schuldner hatte aufgrund eines obligatorischen Nutzungsrechts ein Hausgrundstück in Besitz gehabt und in dessen Erdgeschoß Kühlräume eingerichtet. Nach Konkurseröffnung nahm der Verwalter das Grundstück in Besitz und vermietete die Kühlräume anderweitig. Die Schlüssel des bis auf einen Büroraum von der Masse nicht genutzten Gebäudes überlies er dem von ihm weiterbeschäftigten Buchhalter des Gemeinschuldners, der täglich das Haus kontrollierte, insbesondere nach den Sicherungen der Kühlaggregate und der Heizung sah sowie die Fenster und Rolläden schloß. Nach einer Kälteperiode platzten in dem unbewohnten Dachgeschoß mehrere Wasserleitungen (mit der Folge, daß im Haus der Strom ausfiel und die in den Kühlräumen gelagerten Waren verderben). Dies war darauf zurückzuführen, daß der Buchhalter es unterlassen hatte, die Wasserzufuhr zum Dachgeschoß zu sperren und die Leitungen zu entleeren, sowie überdies im Dachgeschoß ein Fenster offengelassen hatte.

Nach Auffassung des Konkursenats war der beklagte Konkursverwalter für die an den eingelagerten Kühlwaren

14) (...Fortsetzung)

angesehen, vgl. m.w.N. *Demuth/Schneider*, BB 1970, 641, 643; *Leipziger Kommentar/Roxin*, StGB, 10. Aufl. 1978ff., § 14 Rdnr. 29; *Schönke/Schröder/Lenckner*, StGB, 25. Aufl. 1997, § 14 Rdnr. 25; ebenso bereits die Gesetzesbegr., BT-Dr. V/1319, 63. Speziell für den Tatbestand der Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 I, II Nr. 1 OWiG ist freilich zu beachten, daß er nach h.M. kein Schutzgesetz i.S. des § 823 II BGB darstellt, vgl. m.w.N. BGHZ 125, 366, 371ff./374f.; *Rottkemper*, Deliktische Außenhaftung der Leitungsorganmitglieder rechtsfähiger Körperschaften, 1996, S. 67ff.

15) Dies gilt auch dann, wenn der Verwalter "vorsätzlich unterläßt", also etwa um die (bevorstehende) Verletzung eines absolut geschützten Rechts durch Angehörige des gemeinschuldnerischen Unternehmens weiß, aber nicht einschreitet. Der Vorsatz ist ein relativer Begriff, es gibt keinen Vorsatz an sich, sondern nur einen auf den Tatbestand und die Rechtswidrigkeit bezogenen Vorsatz (vgl. nur *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl. 1996, Rdnr. 342). Wer nicht zum Eingreifen verpflichtet war, muß für sein Unterlassen deshalb auch dann nicht wie für ein Tun einstehen, wenn er den Eintritt des Erfolges als sicher erkennt oder gar wünscht. Lediglich bei (unmittelbar oder mittelbar verletzungsbezüglichen) *Handlungen* wird für Vorsatz immer auch ohne Verkehrspflichtverletzung gehaftet.

16) Vgl. grundlegend v. *Caemmerer*, Festschrift Deutscher Juristentag, Bd. II, 1960, S. 49, 75ff.; *Larenz*, Festschrift Dölle, Bd. I, 1963, S. 169, 182ff., 195ff.; *Stoll*, AcP 162 (1963), 203, 206, 228ff.

17) Vgl. etwa *Brüggeleier*, AcP 191 (1991), 33, 49ff.; a.A. allerdings die h.M., etwa *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, 1994, S. 365f. m.w.N.

18) BGHZ 21, 285, 293 (als *obiter dictum*, an sich zum *managing custodian* [Treuhand] nach dem Militärregierungsgesetz Nr. 52); BGH, KTS 1988, 131 = ZIP 1987, 1398, 1399; *Christensen*, Verkehrspflichten in arbeitsteiligen Prozessen, 1994, S. 193f.; *Jaeger/Weber*, KO, § 82 Anm. 15; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 7 Rdnr. 56; v. *Bar*, Verkehrspflichten, 1980, S. 123; vgl. auch BGH, KTS 1976, 48 = NJW 1975, 1969, 1970 (zur Haftung nach § 47 PatG a.F., entspr. § 139 PatG 1980).

19) BGH, KTS 1988, 131 = ZIP 1987, 1398.

entstandenen Schäden persönlich haftpflichtig. Nach dem Auszug des Gemeinschuldners habe das Haus im Besitz und unter der "Obhut" des Verwalters gestanden; der Buchhalter sei dessen Besitzdiener gewesen. Der Verwalter sei deshalb unter dem Gesichtspunkt der Gefahrbeherrschung als Verkehrssicherungspflichtiger gehalten gewesen, die zumutbaren Sicherungsmaßnahmen zu ergreifen, um bei einsetzendem Frost der Gefahr eines Wasserrohrbruchs zu begegnen. Da er dem Buchhalter als seinem Angestellten keine Anweisungen gegeben habe, was zu tun sei, hafte er nach § 823 I BGB. Darüber hinaus müsse er nach § 831 I 1 BGB für die Versäumnisse des Buchhalters einstehen, da er keine Umstände vorgetragen habe, die seine Entlastung nach S. 2 der Vorschrift rechtfertigen könnten.

Diese Entscheidung betraf die Verkehrspflichten des Verwalters hinsichtlich eines massezugehörigen Einzelgegenstands und gerade keinen Fall eines fortgeführten Konkursbetriebs. Verallgemeinert man diese Aussagen jedoch - und nichts in der Entscheidung deutet darauf hin, daß eine solcher Verallgemeinerung der Intention des IX. Senats widerspräche -, so ergibt sich: Adressat der massebezogenen Organisations- und sonstigen Verkehrspflichten ebenso wie speziell der auf die Gehilfen des Gemeinschuldners bezogenen Auswahl-, Instruktions- und Überwachungspflichten ist in der Insolvenz in erster Linie der Verwalter persönlich; er ist deshalb auch primärer Haftpflichtiger. Zwar mag neben ihm die Masse zum Schadensersatz verpflichtet sein. Dies befreit den Verwalter aber nicht, und es nützt ihm schon gar nicht, wenn der Geschädigte nicht in vollem Umfang aus der Masse befriedigt werden kann (vgl. §§ 60 KO, 209 InsO).

2. Zur Unangemessenheit einer unbeschränkten Außenhaftung des Konkursverwalters

Wie bereits einleitend angedeutet, ist die Auffassung der h.M., wonach der Konkursverwalter umfassend persönlich für die Erfüllung der massebezogenen Verkehrspflichten verantwortlich ist, unter Wertungsgesichtspunkten unbefriedigend. Einige dieser Gesichtspunkte sollen hier vertieft werden. Sie schließen, wie noch zu zeigen sein wird, eine persönliche Außenhaftung des Verwalters keineswegs völlig aus (s. ausführlich unten sub IV.). Sie geben jedoch Anlaß, seine Qualifizierung als primäres Zuordnungssubjekt massebezogener Verkehrspflichten in Frage zu stellen.

a) Der "Interessengedanke" bei der Statuierung von Verkehrspflichten

An erster Stelle ist hier der Umstand zu nennen, daß die rechtspolitischen Erwägungen und Interessenbewertungen, die der Statuierung von Verkehrspflichten zugrundeliegen, auf den Konkursverwalter nicht passen. Verkehrspflichten sind in Ursprung und Rechtfertigung Verhaltensprogramme, richterliche Sorgfaltsstandards, mit denen die Generalklausel des § 823 I BGB konkretisiert und in Verhaltenspflichten umgesetzt wird²⁰⁾. Indem die Rechtsprechung in die hierfür notwendigerweise stattfindende einzelfallbezogene Güter- und Interessenabwägung vermehrt Kriterien objektiver Risikoverteilung - wie vor allem das Nutzen-Nachteil-Prinzip - einfließen läßt, erkennt sie eine praktisch gleich bedeutsame Umsetzungsaufgabe jedoch heute in der Zuweisung von Schadenslasten. Die Verkehrspflichten erhalten dadurch zugleich die Funktion, mit den dogmatischen Instrumenten der Verschuldenshaftung einen gleichwertigen Ersatz zu schaffen für die infolge der Untätigkeit des Normgebers lange weitgehend fehlenden Gefährdungshaftungstatbestände. Auch wenn die Rechtsprechung verbaliter immer daran festgehalten hat, in Gestalt der Verkehrspflichten ernstgemeinte und realistische Handlungsanleitungen zu geben, hat sie deshalb in vielen, wenn auch bei weitem nicht in allen Fällen Sorgfaltsanforderungen aufgestellt, die bewußt die Grenzen des Erfüllbaren überschreiten²¹⁾. Sie hat überdies den Anwendungsbereich der Verkehrspflichten über ihren anerkannten Kernbereich der Abwehr konkreter Gefahren hinaus weit in den - an sich dem Gesetz- und Verordnungsgeber vorbehaltenen - Bereich vorsorgender Bekämpfung rein abstrakter Gefährdungen erweitert²²⁾. Beide Phänomene betreffen insbesondere die Verkehrspflichten von Gewerbebetrieben; hier hat die Rechtsprechung mit der Statuierung deliktischer Sorgfaltspflichten das Ziel verfolgt und erreicht, eine von den Defiziten des § 831 BGB unabhängige, ihrem Wesen nach an sich objektive Haftung für durch Anlagen, Betriebsmittel und Gehilfen verursachte Schäden zu statuieren²³⁾.

Die Legitimität dieser Rechtsentwicklung soll hier nicht grundsätzlich in Frage gestellt werden. Gerade vor dem Hintergrund eines gestiegenen und mit weiter fortschreitender Technisierung immer noch steigenden

20) v. Caemmerer, Festschrift Deutscher Juristentag, Bd. II, S. 45, 73; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, S. 399ff., 405f.; Mertens, in: *Münchener Kommentar*, BGB, 2. Aufl. 1986, § 823 Rdnr. 22f., § 831 Rdnr. 39; Steffen, *VersR* 1993, 13, 18f.

21) Mertens, *VersR* 1980, 397, 405; *MünchKomm-BGB/Mertens*, § 823 Rdnr. 21ff., § 831 Rdnr. 39 m.w.N.; vgl. auch die Äußerung von Steffen, *VersR* 1980, 409, 410, Sicherheitsstandards würden bewußt höher gelegt, als wenn man es mit Erfüllungsansprüchen zu tun hätte.

22) S. dazu etwa Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, S. 402f., 427ff. einerseits, v. Bar (Fn. 18), S. 115f. andererseits.

23) Vgl. zum Ganzen Blaschczok, Gefährdungshaftung und Risiko-Zuweisung, 1993, S. 93ff.; Esser, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, 1941, S. 9, 23ff.; ders., *JZ* 1953, 129ff.; Hauß, *ZVersWiss* 1967, 151, 154ff.; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, S. 427ff., 483; Steffen, *ZVersWiss* 1993, 13, 27f.

Gefahrenpotentials ist jedoch mit Fug zu bezweifeln, daß der Konkursverwalter wirklich der legitime *Adressat* einer solchen originären "enterprise liability" ist. Die Interessenabwägung, deren Ergebnis die Statuierung einer Verkehrspflicht ist, ist auf die unternehmenstragende natürliche oder juristische Person bezogen: Diese ist Nutznießerin des Unternehmensgewinns und - damit einhergehend - zugleich Trägerin des unternehmerischen Risikos; sie kann die Haftungskosten, darunter auch die Kosten einer dem Risiko angemessenen Versicherung, bei ihrer Preisgestaltung berücksichtigen²⁴). Das Ergebnis dieser Interessenabwägung kann deshalb auf den Verwalter nicht passen, der zweifelsfrei nicht selbst unternehmerisch tätig ist; ebensowenig wie die womöglich dem Organ einer Kapitalgesellschaft gezahlte Gewinntantieme berechtigt der mittelbare Vorteil, den er selbst durch die (durchaus nicht lineare) Erhöhung seiner Vergütung aus der Fortführung des Unternehmens zieht, zu der Aussage, der Verwalter führe den Betrieb "auf eigene Rechnung". Es geht deshalb auch nicht an, ihm persönlich die organisationstechnischen Risiken komplexer Unternehmensorganisation aufzuerlegen. Sie müssen vielmehr den "Interessenträger", d.h. die Masse treffen und damit letztlich die Gläubiger, denen die Masse haftungsrechtlich zugewiesen ist und zu deren Lasten die aus der Masse ggf. zu entnehmende Ersatzleistung geht.

Die Richtigkeit dieser Überlegungen zeigt sich bei einem Vergleich mit den Tatbeständen der Gefährdungshaftung. Maßgeblicher Zurechnungsgrund ist (auch) dort die Schaffung eines spezifischen Risikos: Kommt es beim Betrieb einer Anlage, der Nutzung einer gefährlichen Sache oder der Ausübung einer riskanten Tätigkeit zu einer Schädigung Dritter, in der sich das typische Sach- bzw. Tätigkeitsrisiko verwirklicht, so soll dies der Inhaber der betreffenden Anlage etc. ausgleichen müssen²⁵). Wenn also auf der Rechtfertigungsebene Gedankengut der Gefährdungshaftung in die Fahrlässigkeitshaftung übernommen wurde, indem man Kriterien objektiver Risikoverteilung maßgeblich in die Beurteilung einfließen ließ, dann kann man auf der Rechtsfolgenseite kaum anders entscheiden. Die Wertungskriterien, die in den Fällen einer Gefährdungshaftung eine Haftungskanalisation auf die Masse als geradezu selbstverständlich erscheinen lassen²⁶), sprechen deshalb dafür, in den Fällen, in denen eine sachgerechte Risikozuweisung durch das alternative dogmatische Instrument der Verkehrspflichten erfolgt ist, kein abweichendes Ergebnis anzunehmen und auch hier die Masse als (jedenfalls primären) haftpflichtrechtlichen Gewährleistungsträger anzusehen²⁷).

b) Die Handlungsoptionen des Verwalters

Dagegen, den Verwalter eo ipso als Adressaten aller massebezogenen Verkehrspflichten anzusehen, spricht ferner, daß diesem die Erfüllung der Verkehrspflicht häufig gar nicht in adäquater Weise möglich ist. Denn wenn der Verwalter ein massezugehöriges Unternehmen oder Grundstück "in Besitz und Verwaltung nimmt" (§§ 117 KO, 148 InsO), übernimmt er dieses zunächst mit denjenigen Sicherungsmaßnahmen, die der Gemeinschuldner bzw. die Organe der insolventen juristischen Person getroffen haben. Solange er keine Hinweise auf das Gegenteil hat, darf der Verwalter darauf vertrauen, daß deren Vorkehrungen zur Herstellung verkehrssicherer Zustände ausreichen. Er *muß* es in gewissem Umfang sogar: Selbst wenn er sich sogleich und mit Vorrang um die Kontrolle der Verkehrssicherheit und die Beseitigung allfälliger Mängel kümmern würde, müßte dies angesichts der wenigen Möglichkeiten, solche Pflichten haftungsbefreiend zu delegieren, eine geraume Zeit in Anspruch nehmen. Eine solche vorrangige Beschäftigung mit den unternehmensbezogenen Verkehrspflichten würde überdies für diesen Zeitraum die Vernachlässigung aller übrigen Verwalterpflichten bedingen. Im Hinblick auf die Notwendigkeit, schnell unternehmerische Entscheidungen über das Ob und Wie einer Betriebsfortführung zu treffen, könnte dies aber nur in den "Konkurs der Konkursverwaltung" führen. Indes kann die Erfüllung der Verkehrspflichten nicht als primäre, allen anderen Verwaltungstätigkeiten gegenüber unbedingt vorrangige Aufgabe des Verwalters angesehen werden. Diese Erkenntnis darf sich zwar nicht zu Lasten des Geschädigten auswirken; es steht deshalb außer Zweifel, daß die Verkehrspflicht zur Schaffung ordnungsmäßiger Zustände und der aus ihrer Verletzung entstehende Schadensersatzanspruch des Geschädigten hiervon unberührt bleiben müssen. Aber man darf nicht den Verwalter für verkehrswidrige Zustände büßen lassen, die sachlich auf Versäumnisse des insolventen Unternehmensträgers bzw.

24) Vgl. m.w.N. v. *Bar* (Fn. 18), S. 109f., 121, 265f.; *Christensen* (Fn. 18), S. 164ff.; *Denck*, Die Außenhaftung des Arbeitnehmers, 1980, S. 61ff., 67f.; *Diederichsen*, NJW 1978, 1281, 1287/1291ff.

25) S. etwa *Blaschczok* (Fn. 23), S. 45ff., 279ff.; *Hess*, Die Bestimmung des Ersatzpflichtigen in der Gefährdungshaftung, 1978, S. 18ff., 41ff.

26) Nachw. dazu unten sub II. 4. b).

27) Außer Betracht bleibt ausdrücklich die Versicherbarkeit dieses Risikos durch den Verwalter (zu dieser s. *Lüke* [Fn. 6], S. 206ff. m.w.N.); sie folgt der Haftung, nicht umgekehrt (dies kann hier nicht weiter begründet werden, s. dazu *Huber*, Fragen der Schadensberechnung, 1993, S. 96ff.; *D. Becker*, Der Einfluß der Haftpflichtversicherung auf die Haftung, Diss. Frankfurt/O. 1996, passim).

seiner Organe zurückgehen²⁸⁾.

c) Der Präventionsgedanke bei der Verwalterhaftung

Für eine umfassende persönliche Haftpflicht des Verwalters scheint freilich ein zwingendes Interesse des geschädigten Dritten zu sprechen: Ist in den Fällen der Verfahrenseinstellung mangels Masse das nach § 60 KO (§ 209 InsO) von dieser noch zu Erlangende zur Deckung seines Anspruchs unzureichend, so ist der Geschädigte auf den Verwalter als Schuldner angewiesen. Zudem wird die Annahme einer persönlichen Verantwortlichkeit für die Verkehrspflichtverletzung den Verwalter verstärkt motivieren, seiner internen Verpflichtung zur Wahrnehmung der massebezogenen Verkehrspflichten nachzukommen; unter dem in den letzten Jahren zunehmend betonten Aspekt der Präventionswirkung des Haftpflichtrechts erscheint auch dies zunächst als Argument von Gewicht gegen die hier vertretene These. Beide Gesichtspunkte stellen indes keinen durchgreifenden Einwand dar. Von der Bereitschaft des Verwalters, im Interesse der Masse etwa durch Geschäftsfortführung Risiken einzugehen, von seiner Dynamik und Tatkraft hängt das wirtschaftliche Ergebnis des Konkurses ganz entscheidend ab. Eine zu niedrig angesetzte Haftungsschwelle kann deshalb leicht dazu führen, daß sinnvolle Maßnahmen - u.U. sogar eine sachlich gebotene Unternehmensfortführung insgesamt - aus dem an sich sachwidrigen Grund, das persönliche Haftungsrisiko zu minimieren, unterbleiben oder daß Veräußerungsentscheidungen von der Erwägung beeinflußt werden, haftungsträchtige Massebestandteile möglichst schnell loszuwerden²⁹⁾. Eine solche Auslegung des deliktischen Haftpflichtrechts müßte auf lange Sicht die Funktionsfähigkeit des Konkursrechts schwächen³⁰⁾.

Auch die Interessen des Geschädigten in den Fällen der Massearmut rechtfertigen keine gegenteilige Entscheidung. Zwar mag es rechtspolitisch erwägenswert sein, überall dort, wo bei einer wirtschaftenden Vermögensmasse kein durch Aufbringungs- und Erhaltungsregeln abgesichertes Mindestkapital zu Verfügung steht, zum Ausgleich stets die persönliche Haftung der Handelnden vorauszusetzen. Jedoch entspricht diese Vorstellung - abgesehen davon, daß sie Funktion und Leistungsfähigkeit der Mindestkapitalvorschriften wohl überschätzen dürfte - dem geltenden Recht gerade nicht: Es setzt ein Mindestkapital gerade nicht generell voraus, sondern nur bei solchen Verbänden, die einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unterhalten; dagegen besteht bei eingetragenen Idealvereinen und rechtsfähigen Stiftungen (nach h.M. selbst bei nichtrechtsfähigen Idealvereinen) auch *ohne* gesichertes Haftungsvermögen eine Beschränkung der Haftung auf das betreffende Sondervermögen. Überall dort, wo der Verwalter keinen Geschäftsbetrieb fortführt, fehlt es mithin schon aus diesem Grund an einem Analogon zur Kapitalgesellschaft. Als gedankliche Konstruktion bliebe also allenfalls, die gesellschaftsrechtlichen Mindestkapitalregeln gleichsam in den Unternehmenskonkurs zu projizieren, d.h. die Betriebsfortführung durch den Konkursverwalter (wenn nicht schon die Verfahrenseröffnung bzw. -fortführung als solche) außer von einer hinreichenden Deckung der absehbaren rechtsgeschäftlichen Verbindlichkeiten auch davon abhängig zu machen, daß für die potentiellen außervertraglichen Verpflichtungen ein dem jeweiligen Risiko entsprechendes Deckungskapital zu Verfügung steht. Dies tut freilich niemand; um die Handlungsoptionen im Insolvenzfall nicht zu stark zu beschränken und die Leistungsfähigkeit des Insolvenzrechts zu erhalten, ist das auch jedenfalls richtig. Es darf aber nicht zu Lasten des Verwalters gehen, indem man ihn zum Ausgleich mangelnder Haftungsmasse im verwalteten Vermögen grundsätzlich zur persönlichen Haftung heranzieht.

d) Die Parallele zur deliktischen Außenhaftung von Organen juristischer Personen

Daß eine unbeschränkte deliktische Außenhaftung des Verwalters nicht interessengerecht wäre, zeigt auch ein "rechtsvergleichender" Seitenblick auf die parallele Problematik bei Organen juristischer Personen. Ganz im Gegensatz zu seiner Entscheidung zur Haftung des Konkursverwalters hat der BGH dort nämlich für die in § 831 I, II BGB geregelte Verkehrspflicht, Verrichtungsgehilfen ordnungsgemäß auszuwählen, zu instruieren und zu überwachen,

28) Zur Konstruktion des Schadensersatzanspruchs gegen die Masse nach der hier vertretenen Auffassung s. weiter unten sub IV. 2.

29) Vgl. bereits oben Fn. 6.

30) Damit soll nicht bestritten werden, daß die von dem Verwalter vorzunehmende ökonomische Planung auch die Schadensrisiken aus der Unternehmensfortführung (bzw. dem Zuwarten mit der Veräußerung) zu berücksichtigen und den hieraus erwarteten Vorteilen gegenüberzustellen hat. Zu unzutreffenden Ergebnissen i.S. einer "Überprävention" führt dies jedoch, wenn der Verwalter in die ökonomische Abwägung eben nicht die der Masse zufließenden Gewinne bzw. die betrieblichen Versicherungsmöglichkeiten und -kosten einstellt, sondern seine eigene Vergütung und seine eigenen beschränkten Versicherungsmöglichkeiten dem u.U. hohen, im Fall der Masseunzulänglichkeit bei ihm hängenbleibenden Schadensrisiko gegenüberstellen. Der Verwalter (und damit im Ergebnis auch der massezugehörige Betrieb) wird sich dann vorsichtiger verhalten, als es bei einer rein die Interessen der Masse betrachtenden ökonomischen Analyse an sich notwendig wäre.

schon seit jeher verneint, daß diese auch die Organe treffe³¹⁾. Und auch für die allgemeinen Verkehrspflichten ist mittlerweile - nachdem man lange eine persönliche Haftung des Organs für die Verletzung von Verkehrspflichten aus dem Bereich der juristischen Person ohne großes Problembewußtsein bejaht hatte³²⁾ - eine Trendwende eingetreten, markiert insbesondere durch die sog. Baustoff-Entscheidung des V. BGH-Senats vom 5.12. 1989³³⁾. Denn zwar hat der BGH in dieser Entscheidung die persönliche Außenhaftung eines GmbH-Geschäftsführers für die Verletzung einer deliktischen Organisationspflicht im Ergebnis bejaht. Er hat jedoch betont, die Annahme einer den Geschäftsführer treffenden deliktischen Garantenpflicht bedürfe "besonderer Gründe". Erkennbare Distanz zur Annahme persönlicher Verkehrspflichten der Organe kennzeichnet auch die Entscheidung des Gesellschaftsrechtssenats des BGH vom 6.6. 1994³⁴⁾: Die Verletzung der durch die Organe zu erfüllenden Aufsichtspflichten könne nicht allgemein zu persönlich gegen jene gerichteten Schadensersatzansprüchen von Außenstehenden führen; anderenfalls wäre der Grundsatz, wonach diese Organisationspflichten der Organe nur der Gesellschaft gegenüber bestünden, praktisch aus den Angeln gehoben³⁵⁾. Über das Erfordernis "besonderer Gründe" dürfte dann auch in abstracto weitgehend Konsens herrschen³⁶⁾.

Es geht hier also nicht darum, deliktsrechtliche Privilegien für Konkursverwalter zu begründen. Aber eine deliktsrechtliche Diskriminierung gegenüber den Organen juristischer Personen erscheint ebensowenig statthaft: Ob es legitim ist, den Handelnden mit persönlicher deliktischer Außenhaftung zu belasten, kann für die Organe juristischer Personen und den Konkursverwalter nur übereinstimmend beantwortet werden; denn sie haben den entscheidenden Gesichtspunkt gemein, selbsthandelnd Pflichten wahrzunehmen, die originär in einem fremden Zurechnungsbereich entstanden sind. Wie sich dieses Phänomen im Fall des Konkursverwalters rechtskonstruktiv erfassen läßt und ob es deshalb überhaupt *möglich* ist, ihn nicht als primären Verkehrspflichtadressaten anzusehen, ist freilich eine andere Frage; auf sie wird nunmehr einzugehen sein.

3. Der "Verwaltungsbesitz" des Konkursverwalters als verkehrspflichtenbegründendes Kriterium

a) Die Besitzlage im Theorienstreit um die Rechtsstellung des Konkursverwalters

Die oben zitierten Äußerungen der h.M. zur persönlichen Verkehrspflichtigkeit des Konkursverwalters beziehen sich zumeist auf den praktisch wichtigsten Tatbestand der Entstehung von Verkehrspflichten, die Beherrschung einer Gefahrenquelle (wozu hier terminologisch auch die Bestimmungsgewalt über einen dem "Verkehr" gewidmeten räumlich-gegenständlichen Bereich gerechnet sei)³⁷⁾. Dementsprechend wird zur Begründung dafür, daß dieses Kriterium in der Insolvenz allein auf den Verwalter weise, darauf hingewiesen, daß der Gemeinschuldner mit der dem Verwalter nach § 117 KO (§ 148 I InsO) aufgegebenen Inbesitznahme der Masse den unmittelbaren Besitz hinsichtlich der massezugehörigen beweglichen und unbeweglichen Gegenstände verliere und der Verwalter ebendiese Stellung erwerbe³⁸⁾.

Auf dem Boden von Amts- und Vertretertheorie als den beiden dominierenden heuristischen Modellen zur

31) BGH, NJW 1974, 1371, 1372; BGHZ 109, 297, 304f.; 125, 366, 375.

32) Vgl. namentlich BGH, VersR 1960, 421, 423; NJW 1975, 533, 534 sub 2.; NJW-RR 1991, 668, 669 für Vereins- bzw. Stiftungsvorstände; ebenso im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht für GmbH-Geschäftsführer z.B. RG, RG, GRUR 1936, 1084, 1088f.; BGH, GRUR 1957, 342, 347; 1980, 242, 244f. Eine tendenziell umfassende Organaußenhaftung wird aber auch heute noch häufig vertreten, vgl. etwa *Altmeppen*, ZIP 1995, 881, 888f.; *Brüggemeier*, AcP 191 (1991), 1, 31ff., 64 f.; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 421ff.; umfassend in diesem Sinne *Christensen* (Fn. 18), S. 185f., 188.

33) BGHZ 109, 297ff.; ebenso als *obiter dictum* erneut der V. Senat in BGH, NJW 1996, 1535, 1537 sub 3. a.E.; ebenso für das Wettbewerbsrecht bereits BGH, NJW 1987, 127, 129 ("Sporthosen").

34) BGHZ 125, 366, 371ff./374f.

35) Diese Aussage betraf zwar nur die Frage, inwieweit § 130 OWiG als Schutzgesetz i.S.v. § 823 II BGB anzuerkennen sei. Jedoch hat *Karsten Schmidt* (ZIP 1994, 840f.) zu Recht darauf hingewiesen, die darin zum Ausdruck kommende behutsame Haftpflichtrechtsprechung des II. Senats werde auch bei der deliktischen Haftung zu beachten sein, um Friktionen innerhalb des Deliktsrechts zu vermeiden.

36) Die Darlegung dieser "besonderen Gründe" ist dem BGH freilich anerkanntermaßen mißlungen, und auch die hierdurch in Gang gekommene umfangreiche Diskussion hat noch keine Ergebnisse erbracht, die auf allgemeine Anerkennung hoffen dürfen, vgl. - sehr restriktiv - etwa *Deutsch*, Allg. Haftungsrecht, Rdnr. 557ff.; *Lutter*, ZHR 157 (1993), 464, 472ff.; *MünchKomm-BGB/Mertens*, § 823 Rdnr. 11, 24ff.; *Rottkemper* (Fn. 14), S. 153ff., 174ff.; *Holger Schmidt*, Die Umwelthaftung der Organmitglieder von Kapitalgesellschaften, 1996, S. 89ff., 103ff., 110ff.; *Karsten Schmidt*, Karlsruher Forum 1993, 4, 13 einerseits, andererseits - eher extensiv - etwa *v. Bar*, Festschrift Kitagawa, 1992, S. 279, 294; *Möllers*, DB 1996, 1455, 1459f.; umfassend m.w.N. *Nölle*, Die Eigenhaftung des GmbH-Geschäftsführers für Organisationspflichtverletzungen, 1995, S. 95ff., 104f.; *Rogge*, Selbständige Verkehrspflichten bei Tätigkeiten im Interesse Dritter, 1997, S. 109ff., 183ff.

37) Vgl. hierzu m.w.N. *v. Bar* (Fn. 18), S. 113ff., 122ff.; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 407f.; *MünchKomm-BGB/Mertens*, § 823 Rdnr. 183ff.

38) BGH, KTS 1988, 131 = ZIP 1987, 1398, 1399.

Rechtsstellung des Konkursverwalters entspricht diese besitzrechtliche Prämisse in der Tat heute allgemeiner Ansicht; hiernach ist der Verwalter unmittelbarer, der Gemeinschuldner mittelbarer Besitzer³⁹⁾. Anders entscheidet freilich die Organtheorie. Sie rechnet - nicht anders als bei Organen juristischer Personen⁴⁰⁾ - die durch den Verwalter ausgeübte Sachherrschaft eo ipso der Masse als eigenen und alleinigen unmittelbaren Besitz zu⁴¹⁾. Im Ergebnis das gleiche gilt auf der Grundlage ihrer modernen Variante, der "modifizierten Vertretertheorie", der zufolge der Verwalter zwar im Konkurs einer natürlichen Person als deren gesetzlicher Vertreter anzusehen ist, im Konkurs der Handelsgesellschaften und anderer Verbände dagegen die Stellung eines Liquidators, also eines Gesellschaftsorgans einnimmt⁴²⁾. Die Rechtswirkungen seines massebezogenen Handelns - darunter auch der unmittelbare Besitz - treten danach ohne weiteres bei der Gesellschaft ein⁴³⁾. Auf der Grundlage dieser beiden Erklärungsmodelle ist der Verwalter selbst also nicht Besitzer. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die wertungsmäßig einzig befriedigende Lösung, den Verwalter persönlich nicht als deliktisch alleinzuständigen Verkehrspflichtenadressaten anzusehen, nur auf der Grundlage dieser abweichenden Auffassungen zu erreichen ist (was wiederum Anlaß geben könnte, sich grundsätzlich für sie auszusprechen).

b) *Zur Fremdwirkung des Verwalterhandelns auf der Grundlage der Amtstheorie*

Indes ist die genannte besitzrechtliche Prämisse der h.M. auch auf der Grundlage der Amtstheorie zu modifizieren. Sie vernachlässigt bisher die Besonderheiten des "Verwaltungsbesitzes" des Konkursverwalters. Der Konkursverwalter ist "Verwaltungs-" oder "Amtsbesitzer", da er "fremden Besitz zu fremdem Vorteil, aber in Ausübung eines willkürlich nicht entziehbaren Verwaltungsrechts verwaltet"⁴⁴⁾. Daraus, daß der Verwalter hinsichtlich der masezugehörigen Gegenstände alle Tatbestandsmerkmale des unmittelbaren Besitzes erfüllt, kann deshalb nicht eo ipso eine an den Besitz anknüpfende persönliche Rechts- bzw. Pflichtenstellung des Verwalters abgeleitet werden. Zu fragen ist vielmehr, welcher "Sphäre" der Besitz des Verwalters zuzuordnen ist: der persönlichen Rechtssphäre des Konkursverwalters oder der Sphäre des von ihm verwalteten Sondervermögens "Konkursmasse". Denn auch wenn die Amtstheorie im Gegensatz zu den konkurrierenden Erklärungsmodellen nicht den Gemeinschuldner oder die Masse selbst, sondern den Verwalter zum primären Zurechnungssubjekt massebezogener Rechtspositionen erhebt (wenn auch nicht in allen Fällen zum Zurechnungs-Endsubjekt), so hat sie diesen doch nicht als Privatperson im Auge, sondern in seiner spezifischen amtlichen Eigenschaft. Die Amtstheorie bedingt mithin eine Zweiteilung des Rechtskreises des Verwalters; neben den Verwalter persönlich (d.h. "als Privatperson", "als Mensch") tritt als dessen *alter ego* der

39) Vgl. BVerwG, NJW 1962, 979, 980; BGH, KTS 1988, 131 = ZIP 1987, 1398, 1399; *Bauer*, Fremdbesitz, Verwaltungsbesitz, Amtsbesitz, Diss. Erlangen-Nürnberg 1963, S. 49ff.; *Jaeger/Henckel*, KO, § 6 Anm. 47; *Jaeger/Weber*, KO, § 117 Anm. 6; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 117 Rdnr. 3; *Leonhard*, Vertretung im Fahrniserwerb, 1899, S. 62f.; *Mothes*, Die Beschlagnahme nach Wesen, Arten und Wirkungen, Diss. Leipzig 1903, S. 100; *Petersen/Kleinfeller*, KO, 4. Aufl. 1900, § 117 Anm. 1; *Staudinger/Bund*, BGB, 13. Bearb. 1995, § 854 Rdnr. 57; *Voß*, ZZZP 34 (1905), 193, 194ff.; einschränkend (nur für die Insolvenz natürlicher Personen) *Karsten Schmidt*, KTS 1984, 345, 387; *ders.*, BB 1991, 1273, 1276; *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 117 Anm. 3; *Kreß*, Besitz und Recht, 1909, S. 218ff., 223 (fortbestehender "juristischer Besitz" des Gemeinschuldners in seiner Eigenschaft als Masseträger neben dem "Verkehrsbesitz" des Verwalters); a.A. *Seuffert*, Konkursprozeßrecht, 1899, S. 283 (unmittelbarer Besitz der Gläubigergesamtheit, der durch den Verwalter nur ausgeübt wird); *Planck/Brodmann*, BGB, 5. Aufl. 1933/38, § 854 Anm. 5; *Wolff*, KO, 2. Aufl. 1921, S. 396 (unmittelbarer Besitz des Gemeinschuldners, der durch den Verwalter ausgeübt wird).

40) Hier wird heute einhellig angenommen, daß die Sachherrschaft des Organs an einer der Funktion der juristischen Person dienenden Sache ohne weiteres die alleinige Sachherrschaft der juristischen Person bedeutet; das Organ selbst ist überhaupt nicht Besitzer (vgl. BGH WM 1958, 557, 561; BGHZ 56, 73, 77; *MünchKomm-BGB/Joost*, § 854 Rdnr. 32; *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 1997, § 10 III 1, 2; *Staudinger/Bund*, BGB, § 854 Rdnr. 58; *Westerhoff*, Organ und (gesetzlicher) Vertreter, 1993, S. 160ff.; *Wieling*, Sachenrecht, Bd. I, 1991, § 4 I 3a). Auch Verbänden ohne Rechtspersönlichkeit wie den Personengesellschaften zumindest des Handelsrechts wird der Besitz der für sie Handelnden zugerechnet (vgl. BGHZ 86, 300, 307; 86, 340, 344; *Staudinger/Bund*, BGB, § 866 Rdnr. 15ff.; weitergehend [auch bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts] etwa *Flume*, Freundesgabe Hengeler, 1972, S. 71, 74ff.). 41) *Böttcher*, ZZZP 77 (1964), 55, 67.

42) So namentlich *Karsten Schmidt*, KTS 1984, 345, 362ff.; *ders.*, NJW 1987, 1905, 1906f.; *ders.*, Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen, 1990, S. 107ff.; *ders.*, KTS 1991, 211ff.; *ders.*, BB 1991, 1273, 1276ff.; zuletzt *ders.*, NJW 1995, 911, 912f. m.w.N. in Fn. 21.

43) KTS 1984, 345, 387; BB 1991, 1273, 1276f.; *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 6 Anm. 6c, § 117 Anm. 3; i.E. ebenso jetzt v. *Wilmowsky*, ZIP 1997, 389, 397.

44) So die (wohl erste einschlägige) Definition von *Strohal*, JhJb 29 (1890), 336, 372; zu dem engeren Begriff "Amtsbesitz", der durch die Übertragung des Verwaltungsrechts durch gerichtlichen Akt gekennzeichnet ist, vgl. *Bauer* (Fn. 39), S. 5ff.

gleichfalls im eigenen Namen handelnde "Verwalter in seiner Eigenschaft als Amtsträger"⁴⁵⁾. Hierfür mag der vieldiskutierte Problemfall der Parteistellung im Prozeß als Beispiel dienen: Zwar ist der Verwalter hier nach der Amtstheorie selbst Partei. Er ist es aber "mit der Masse", nicht als Privatperson mit seinem Privatvermögen. Aus diesem Grund kommt es etwa für die Gewährung von Prozeßkostenhilfe auf die Solvenz der Masse und nicht des Verwalters an, belasten die Kosten im Falle des Unterliegens die Masse und nicht das Privatvermögen des Verwalters, bindet die Rechtskraft der Entscheidung den Verwalter nur im Hinblick auf die Masse und nicht als eigenständiges Rechtssubjekt (und bindet insoweit nach Verfahrensbeendigung auch den Gemeinschuldner). Zurechnungsendsubjekt der Rechte und Pflichten, die den Verwalter gerade in seiner Eigenschaft als Amtstreuhandler dieses Sondervermögens treffen, ist deshalb auch auf der Grundlage der konstruktiven Vorstellungen der Amtstheorie nicht der Verwalter, sondern die Masse und damit letztlich der Gemeinschuldner als deren Rechtsträger⁴⁶⁾. Daß der Verwalter stets im eigenen Namen handelt, steht dem nicht entgegen; Handeln im eigenen Namen bedeutet nicht notwendig, auch Rechtsfolgen in der eigenen Sphäre erzeugen zu wollen⁴⁷⁾. Der Grund dafür ist die objektive Vermögensbezogenheit: Der Verwalter handelt hier nicht im Interesse seines eigenen, sondern eines fremden Vermögens im eigenen Namen. Auf die Masse als "Interessevermögen" sind deshalb auch die vermögensrelevanten Folgen seines Handelns bezogen⁴⁸⁾. Die Amtstheorie verkennt also nicht die Möglichkeit und ggf. Notwendigkeit, eine ausschließliche Fremdwirkung der Handlungen der Verwalters anzunehmen, sondern verhält sich nur nicht zur konstruktiven Begründung der Zurechnung; ihre Vertreter setzen diese Möglichkeit und Notwendigkeit aber seit jeher voraus⁴⁹⁾.

c) *Zur Fremdwirkung rein tatsächlicher Handlungen des Verwalters insbesondere*

Schon der Blick auf die Behandlung eines um den Besitz an massezugehörigen Gegenständen geführten Rechtsstreits indiziert, daß sich der Besitz in dieses Zurechnungsschema einfügt: Auch und gerade auf der Grundlage der Amtstheorie steht außer Zweifel, daß der Verwalter zwar Subjekt der durch den Besitz bestimmten Aktivlegitimation ist - nicht anders als hinsichtlich der Passivlegitimation, also etwa der Frage, wer als richtiger Beklagter einer Herausgabeklage des aussonderungsberechtigten Eigentümers (§ 985 BGB) anzusehen ist - , aber eben doch in seiner spezifischen Eigenschaft als Treuhänder der Masse ("Partei kraft Amtes"), nicht als Privatperson⁵⁰⁾. Hieraus folgt die These, daß bei denjenigen tatsächlichen Verhältnissen, bei denen eine Fremdwirkung überhaupt möglich ist - und daß dies bei der Sachherrschaft der Fall ist, zeigt schon die vollständige Zurechnung des Organbesitzes bei juristischen Personen⁵¹⁾ - , auch auf der Grundlage der Amtstheorie die Rechtsfolgen der tatsächlichen Handlung nicht bei dem Verwalter persönlich eintreten (dürfen), sondern bei der Masse, letztlich also bei dem Gemeinschuldner in seiner Eigenschaft als deren Rechtsträger.

Hierfür spricht auch die Selbstverständlichkeit, mit der seit jeher angenommen wird, daß für die Verwirklichung von Gefährdungshaftungstatbeständen unmittelbar die Konkursmasse aufkommen muß, so etwa in den Fällen der Kfz- oder Tierhalter-Haftung, der Haftung des Vollstreckungsgläubigers (§§ 717 II, 945 ZPO), der Produkthaftung oder der Haftung als Inhaber oder Betreiber gefährlicher Anlagen nach HaftpflG, WHG, UmweltHG, AtomG, BImSchG und GenTG⁵²⁾. Die Masse (genauer: der Gemeinschuldner als deren Rechtsträger) wird deshalb als Halter der massezugehörigen Gegenstände angesehen, die die Gefährdungshaftung auslösen, also als "Kfz-Halter" ebenso wie als "Tierhalter", als "Hersteller" i.S. von § 1 I 1 ProdHG wie auch als "Inhaber" (§ 2 I 1 HaftpflG, § 22 II 1 WHG, § 1 UmweltHG, § 25 I 1 AtomG) bzw. "Betreiber" (§ 3 HaftpflG, § 14 S. 2 BImSchG, § 32 GenTG) einer gefährlichen

45) So treffend bereits *Bötticher*, ZJP 64 (1971), 55, 61; vgl. auch *Karsten Schmidt*, BB 1991, 1273, 1276f.

46) Vgl. *Jaeger/Henckel*, KO, § 6 Anm. 4ff., insbes. 54ff.; *ders.*, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, 1961, S. 118ff.; *Weber*, KTS 1955, 102, 104ff.; aus Sicht der Vertretertheorie dazu *Lent*, ZJP 62 (1940), 129, 161ff.

47) Grundlegend *Dölle*, Festschrift F. Schultz, Bd. II, 1951, S. 268, 269ff.

48) Vgl. namentlich *Henckel* aaO.; *Jaeger/Henckel*, KO, § 6 Anm. 32; ferner z.B. *Dölle*, Festschrift F. Schultz, Bd. II, S. 268, 272; *Jahr*, Festschrift *Weber*, 1975, S. 276, 296ff.; *Weber*, KTS 1955, 102ff.; s. dazu auch *Bötticher*, ZJP 64 (1961), 55, 61 (aus der Sicht der Organtheorie); *Lent*, ZJP 62 (1940), 129, 181ff. (aus der Sicht der Vertretertheorie).

49) Vgl. außer den zuvor Genannten etwa *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, S. 294f.; *Kilger*, KO, 15. Aufl. 1987, § 6 Anm. 2; *Baur/Stürner*, Insolvenzrecht, Rdnr. 10.12; *Stürner*, ZJP 94 (1981), 263, 287f., 297f.; *Weber*, KTS 1955, 102, 103.

50) Wenn es in der Literatur heißt, dem Verwalter stünden "kraft eigenen Rechts die Besitzschutzmittel gemäß §§ 859ff., 1007 BGB zu" (so etwa *Jaeger/Weber*, KO, § 117 Anm. 7), so ist das mithin zumindest ungenau; solange er den Besitz für die Masse ausübt, ist er persönlich weder Gläubiger noch Schuldner der an den Besitz anknüpfenden Ansprüche.

51) S. oben Fn. 41.

52) *Baur/Stürner*, Insolvenzrecht, 12. Aufl. 1990, Rdnr. 1011; *Jaeger/Lent*, KO, § 59 Anm. 3; *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 59 Anm. 1; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 59 Rdnr. 2i; *Manfred Schmidt*, Der Gemeinschuldner als Schuldner der Masseverbindlichkeiten, Diss. Göttingen 1972, S. 80f.

Anlage⁵³⁾. Umgekehrt ist der Verwalter persönlich jedenfalls nicht "Halter", "Betreiber" etc. Er haftet unstreitig auch nicht mit seinem Privatvermögen. Dies ist im Ergebnis gewiß nicht zu bezweifeln; es entspricht im übrigen der allgemeinen Auffassung zur Haftung von Organen einer Kapitalgesellschaft⁵⁴⁾. Mit der oben geschilderten Argumentation der h.M. läßt es sich jedoch nicht ohne weiteres begründen⁵⁵⁾: Die Verantwortlichkeit des Halters bzw. Anlageninhabers knüpft nicht an einen bloßen Zustand wie die Zugehörigkeit des betreffenden Gegenstandes zum Sondervermögen "Masse" an. Sie setzt vielmehr die tatsächliche Verfügungsgewalt des Bezugssubjekts voraus⁵⁶⁾. Das sieht auch die h.M., wenn sie verlangt, daß "sich aufgrund der Tätigkeit des Verwalters sagen läßt, daß er die Tiere oder Fahrzeuge für die Masse hält"⁵⁷⁾. Hinter der Haftung der Masse für die Verwirklichung eines Gefährdungshaftungstatbestands verbirgt sich deshalb die ausschließliche Zurechnung der Rechtsfolgen einer tatsächlichen Handlung des Verwalters zum Sondervermögen "Konkursmasse" (scl. zum Gemeinschuldner als dessen Rechtsträger).

Anders als durch diese Zurechnung der Rechtswirkungen des Verwaltungsbesitzes zur Masse sind auch verschiedene schon bisher anerkannte Ergebnisse nicht angemessen zu erklären. So ist etwa der Umstand, daß die Masse und nicht der Verwalter persönlich aus § 836 BGB für den Einsturz eines in "ihrem" Eigenbesitz befindlichen Gebäudes haftet⁵⁸⁾, oder daß in den Fällen der §§ 900, 927, 937ff., 955 BGB ein Eigentumserwerb des Gemeinschuldners als Masseträgers möglich ist, nur so bruchlos zu begründen. Die h.M.⁵⁹⁾ muß sich für dieses unzweifelhafte Ergebnis auf mittelbaren Eigenbesitz des Gemeinschuldners stützen, ohne freilich den hierfür an sich konstitutiven Herausgabeanspruch bejahen zu können und ohne diesem die dem mittelbaren Besitzer an sich zustehenden besitzrechtlichen Befugnisse belassen zu können⁶⁰⁾. Umgekehrt läßt sich so und nur so die unangemessene Konsequenz vermeiden, der Besitz des Konkursverwalters an massezugehörigen Sachen gehe auch dann, wenn diese nicht dem Privatvermögen des Verwalters vermischt worden sind, gemäß § 857 BGB auf dessen persönliche Erben über⁶¹⁾. Denn hiermit wird der Blick dafür eröffnet, daß der "Verwaltungsbesitz" des Konkursverwalters gar nicht zu dessen - dem Erbgang allein zugänglicher - persönlicher Rechtssphäre gehört. Wenn überhaupt, so ist § 857 BGB deshalb sinnvollerweise entsprechend zugunsten des Amtsnachfolgers des verstorbenen Verwalters als "Erben" der Amtssphäre anzuwenden⁶²⁾. Damit wird dem neuen Verwalter die Ausübung von Besitzschutzrechten gegen die Erben ermöglicht, wenn sie sich an der Masse vergreifen (ebenso gegen Dritte), und gutgläubiger Erwerb verhindert, falls die Erben Massegegenstände veräußern.

Für die *ordnungsrechtlichen* Pflichten, die an die tatsächliche Sachherrschaft anknüpfen, ist gleichfalls anerkannt, daß sie zwar von dem Verwalter wahrzunehmen sind⁶³⁾, aber eben nicht als persönliche Pflichten, sondern nur als

53) *Jaeger*, KO, 6./7. Aufl. 1931/36, § 59 Anm. 3; *Jaeger/Lent*, KO, § 59 Anm. 3; *Meuret*, LZ 1908, Sp. 899, 909; für Haltereigenschaft des *Gemeinschuldners* demgegenüber *Manfred Schmidt* (Fn. 52), S. 81.

54) Vgl. v. *Caemmerer*, Festschrift Flume, 1978, S. 359, 368f.; *Karsten Schmidt*, UTR 26 (1993), 69, 74; s. eingehend *Holger Schmidt* (Fn. 36), S. 20ff.

55) So auch *Böttcher*, ZZP 77 (1964), 55, 73; *Derpa*, Die Zurechnung nichtrechtsgeschäftlichen Handelns bei Vertretung kraft Amtes, 1973, S. 151ff.; *Hanisch*, Die Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, 1973, S. 34, 131.

56) Vgl. m.w.N. *Holger Schmidt* (Fn. 36), S. 10ff., 23ff.

57) *Jaeger*, KO, § 59 Anm. 3; *Jaeger/Lent*, KO, § 59 Anm. 3; *Manfred Schmidt* (Fn. 52), S. 80; abw. *Meuret*, LZ 1908, Sp. 899, 909.

58) BGHZ 21, 285, 290f.; *Jaeger/Henckel*, KO, § 6 Anm. 50; dazu, daß hier Masseschulden nach § 59 I Nr. 1 KO vorliegen, s. auch *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 59 Anm. 2; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 59 Rdnr. 2i; vgl. ferner *Jaeger/Lent*, KO, § 59 Anm. 3; *Sieveking*, Die Haftung des Gemeinschuldners für Masseansprüche, 1937, S. 45, die allerdings Massekosten nach § 58 Nr. 2 KO annehmen wollen.

59) *Jaeger/Henckel*, KO, § 6 Anm. 48; *Jaeger/Weber*, KO, § 117 Anm. 11; *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 117 Anm. 3.

60) Mit Recht gegen mittelbaren Besitz des Gemeinschuldners bereits *Kniep*, Das Recht des Besitzes nach dem BGB, 1909, S. 147ff.; *Kreß* (Fn. 39), S. 218ff.

61) So aber die ganz h.M., vgl. *Bauer* (Fn. 39), S. 80ff.; *Jaeger/Weber*, KO, § 117 Anm. 8; *Staudinger/Bund*, BGB, § 857 Rdnr. 9, jew. m.w.N.

62) *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 117 Rdnr. 10; früher bereits *Strohal*, JhJb 29 (1890), 336, 370; *ders.*, JhJb 38 (1898), 1, 98; *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, § 12 II 3.

63) Vgl. BVerwG, NJW 1984, 2427; NVwZ 1991, 475; BayVGH, KTS 1983, 462, 464; VGH Mannheim, NJW 1992, 64, 65; OVG Lüneburg, NJW 1992, 1252; 1993, 1671; 1995, 413; OVG Bautzen, ZIP 1995, 852, 855; *Fabry*, Private Unternehmen als Umwelt-Störer, 1993, S. 145f.; *Heilmann/Smid*, Grundzüge des Insolvenzrechts, 2. Aufl. 1994, S. 171f., 175f.; *Jaeger/Henckel*, KO, § 6 Anm. 139; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 6 Rdnr. 46, 56; *Mohrbutter/Mohrbutter*, Handbuch der Insolvenzverwaltung, 7. Aufl. 1997, S. 138ff.; *Pape*, ZIP 1991, 1545, 1548; *Petersen*, NJW 1992, 1202, 1207; *Karsten Schmidt*, Gedächtnisschrift Martens, 1987, S. 699, 703ff., 715ff.; *ders.*, BB 1991, 1273, 1277f.; *ders.*, NJW 1993, 2833, 2834f.; *Stoll*, Insolvenz und hoheitliche Aufgabenerfüllung, Diss. Göttingen 1992, S. 73ff.; *ders.*,

Amtspflichten, und er deshalb weder als Privatperson am Verwaltungsverfahren beteiligt ist - also z.B. nicht persönlich Adressat von Beseitigungsverfügungen sein kann - noch mit seinem Privatvermögen für Zwangsgelder, Ersatzvornahmekosten u.ä. haftet⁶⁴). Wertungsmäßig wird man aber wohl keinen Unterschied machen können zwischen administrativer Verhaltenssteuerung auf der einen Seite, der hier in Rede stehenden haftpflichtrechtlichen Gefahrsteuerung durch Verkehrspflichten auf der anderen Seite.

d) *Ertrag für die Erklärung der Rechtsstellung des Konkursverwalters*

Die bisherige Argumentation der h.M. zu den Rechtswirkungen der unmittelbaren Sachherrschaft vernachlässigt also (lediglich) die auf der Grundlage der Amtstheorie mögliche und notwendige Unterscheidung zwischen der persönlichen Rechtssphäre des Konkursverwalters und der Sphäre des von ihm verwalteten Sondervermögens, der Konkursmasse. Daß dies so ist, mag in der Genese der Amtstheorie begründet liegen: Sie ist entstanden als Theorie für die Prozeßführung des Verwalters. Ihre Erklärung der Fremdwirkung des außerprozessualen Verwalterhandelns ist vor allem durch die Kritik der Vertretertheorie motiviert und insofern wohl auch in ihren Ergebnissen durch sie beeinflusst. Hierauf mag beruhen, daß man gleich dieser hauptsächlich dessen rechtsgeschäftliches Tätigwerden im Blick hat. Daß die Vertretertheorie sich schwer tut mit der Erfassung nichtrechtsgeschäftlichen Handelns (und geneigt sein wird, die Berechtigung der Zurechnung in diesem Bereich um der dogmatischen Konsistenz willen überhaupt zu verneinen), muß aber für die Amtstheorie nicht genauso gelten. Denn sie legt die Fremdwirkung nach Art und Ausmaß nicht fest, anders als alle "Vertreter-" und "Organ-"Theorien, die sich durch den Pauschalverweis auf das für die betreffende Rechtsfigur einschlägige materielle Recht im Positiven wie im Negativen weitgehend festgelegt haben. In allen Bereichen, in denen eine Fremdwirkung überhaupt möglich ist, ist die Amtstheorie deshalb nicht durch selbstaufgelegte Zwänge gehindert, diese anzuerkennen. Der Unterschied zu den auf der Vorstellung vom Organhandeln beruhenden Erklärungsmodellen ist deshalb nicht so groß, wie er zuweilen dargestellt wird. Das massebezogene Tätigwerden des Verwalters ist auch auf der Grundlage der Amtstheorie als Ausprägung fremdwirkenden Verhaltens zu identifizieren. Seine Rechtsfolgen sind, soweit die spezifische Interessenpluralität im Insolvenzverfahren nicht entgegensteht, den für fremdwirkendes Verhalten allgemein geltenden Rechtsregeln zu entnehmen. Dies wird nicht selten durch Anleihen bei der Organtheorie geschehen (oder - ebenso wie es auch für echtes Organhandeln gelegentlich unumgänglich ist - durch Übernahme von Zurechnungsgrundsätzen aus dem Recht der Stellvertretung)⁶⁵). Insofern darf die Amtstheorie weder begrifflich übersteigert noch in ihrer Leistungsfähigkeit überschätzt werden; sie bedarf im Gegenteil einer sinnvollen "Ausformung"⁶⁶). Das zuzugeben, bedeutet jedoch nicht, ihren heuristischen Wert - oder gar den Wert von Theoriebildung im allgemeinen - auf Null zu relativieren, sondern lediglich das Eingeständnis eines in concreto eben noch nicht abgeschlossenen Theoriebildungsprozesses. In diesem Sinne bemühen sich die vorstehenden Überlegungen gerade um den Nachweis, daß sich eine interessengerechte Zuweisung der an den Besitz anknüpfenden Verantwortlichkeit auch auf der Grundlage der Amtstheorie erreichen läßt.

Angesichts dieses Befundes bildet auch die hier behandelte Problematik keinen Anlaß, die Amtstheorie zugunsten eines der konkurrierenden Erklärungsmodelle zu verabschieden. Für die Amtstheorie spricht - jenseits aller praktischen Dominanz⁶⁷) - ihre Eigenschaft, des Verwalters "mehreseitige Fremdbestimmtheit" (*F. Baur*), d.h. seine Stellung im Spannungsfeld multipler und divergierender Interessen, am besten zu beschreiben⁶⁸). Wie das hier behandelte Problem zeigt, hat sie zugleich den Vorzug, die Rechtsstellung des Verwalters *einheitlich* zu erklären: Es überzeugt nicht, daß ein rechtsfolgenrelevanter Unterschied zwischen der Stellung des Verwalters in der Insolvenz eines Einzelunternehmers und seiner Stellung in der Insolvenz einer unternehmenstragenden juristischen Person

63) (...Fortsetzung)

ZIP 1992, 1437, 1438; *Weitemeyer*, Ordnungsrechtliche Maßnahmen im Konkursverfahren, 1995, S. 45ff.

64) Dies wird von den in Fn. 63 Genannten zumeist als selbstverständlich vorausgesetzt (explizit etwa *Fabry*, aaO. S. 132, 146 Fn. 122; *Häsemeyer*, aaO. S. 250; *Jaeger/Henckel* aaO.; *Mohrbutter/Mohrbutter*, aaO. S. 143f.; *Petersen*, NJW 1992, 1202, 1204, 1206; *Karsten Schmidt*, BB 1991, 1276, 1278; *Weitemeyer*, aaO. S. 56, 58, 63; krit. v. *Wilmowsky*, ZIP 1997, 389, 396f., der das als Inkonsequenz bezeichnet). Während damit jedoch überwiegend beide Formen ordnungsrechtlicher Verantwortlichkeit gemeint zu sein scheinen, wollen einige Autoren zwischen Zustands- und Handlungshaftung differenzieren und für letztere eine persönliche Verantwortlichkeit des Verwalters durchaus annehmen (*Fabry*, aaO. S. 138; *Karsten Schmidt*, aaO.; *Weitemeyer*, aaO. S. 72).

65) Vgl. *Baur/Stürner*, Insolvenzrecht, Rdnr. 10.12; *Stürner*, ZZP 94 (1981), 263, 287f., 297f.; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, S. 294f.

66) *Jaeger/Henckel*, KO, § 6 Anm. 168 (mit umfassender Durchführung in Rdnr. 10 - 167).

67) Diese erhält dort, wo gesetzliche Regelungen unverkennbar auf ihr aufbauen (so bereits § 116 S. 1 Nr. 1 ZPO, erneut nun § 19a ZPO i.d.F. durch Art. 18 EGInsO), freilich auch rechtliche Qualität.

68) Vgl. *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, S. 294f.; *Henckel*, ZIP 1991, 133, 134; hiergegen wiederum *Karsten Schmidt*, BB 1991, 1273, 1277 m. Fn. 57.

bestehen soll. Insbesondere kann hiervon die prinzipielle Fremdwirkung des Verwalterhandelns nicht abhängen, wie es auch für die konkrete Problemlösung vom Gerechtigkeitswert her nicht einleuchtet, daß die Organisationsform des Gemeinschuldners dafür ausschlaggebend sein soll, ob der Verwalter für die Erfüllung massebezogener deliktischer oder ordnungsrechtlicher Pflichten persönlich einzustehen hat⁶⁹⁾. Kein Gegenargument ist, daß eine solche prinzipielle Fremdwirkung dem Handeln einer natürlichen Person als Schuldner nicht eignete (so daß der Verwalter insofern nicht lediglich in eine schon vorhandene Rechtsstellung des Schuldners "einrückt"): Sind Handlungskompetenz und Rechts- bzw. "Interessenträgerschaft" in einer Person vereinigt, so ist eine Fremdzurechnung weder nötig noch überhaupt möglich. Daß im Konkurs der natürlichen Person ein Zurechnungsproblem auftaucht, das als solches zuvor nicht existierte, gibt deshalb keinerlei Hinweise darauf, ob und ggf. inwieweit eine Zurechnung nunmehr stattfindet⁷⁰⁾.

4. Zwischenergebnis

Aus dem Vorstehenden ergibt sich die These, primärer Adressat der auf die Sachherrschaft über massezugehörige Gegenstände gestützten Verkehrspflichten sei nicht der Konkursverwalter persönlich, sondern der Verwalter mit seiner "Amtssphäre" (und damit letztlich der Gemeinschuldner als Rechtsträger des Sondervermögens "Konkursmasse"). Die in der Verkehrspflicht liegende Gebots- bzw. Verbotsnorm richtet sich also zwar an den Verwalter, aber - zumindest primär - lediglich in seiner Eigenschaft als Amtstreuhänder der Masse; für ihre Verletzung haftet dem Geschädigten unmittelbar allein die Masse. Persönlich steht aber der Verwalter den Verkehrspflichten, die er als Amtsträger für die Masse wahrzunehmen hat, gleichsam als "Extraneus", als außenstehender Dritter gegenüber. Er hat dem geschädigten Dritten gegenüber grundsätzlich keine persönlichen deliktischen Pflichten, für deren Erfüllung er mit seinem Privatvermögen einzustehen hätte. Dies betrifft nicht nur Grundstücke, emittierende Anlagen, Maschinen und andere bewegliche Sachen, sondern auch das Unternehmen als "Gefahrenquellengesamtheit". Hinsichtlich der Gefahren, die etwa von den Mitarbeitern des gemeinschuldnerischen Unternehmens oder von den durch das Unternehmen in Verkehr gebrachten Produkten ausgehen, ist daher der Konkursverwalter trotz seiner de-facto-Eigenschaft als Betriebsleiter nicht unmittelbar persönlich verantwortlich.

Das zur personalen Ausrichtung der Verkehrspflichten aus "Gefahrbeherrschung" Entwickelte gilt freilich nicht minder für die anderen Entstehungs- bzw. Zurechnungstatbestände für Verkehrspflichten. So trifft namentlich auch für das verkehrspflichtbegründende Kriterium der *Ingerenz* (vorausgegangenes gefahrbegründendes oder -erhöhendes Verhalten)⁷¹⁾ zu, daß es jedenfalls primär Sicherungspflichten der Masse begründet, nicht aber persönliche Pflichten des Verwalters. Denn auch ein gefahrbegründendes Vorverhalten des Verwalters war ja "massebezogen". Es ist deshalb, nicht anders als die Inbesitznahme gefährlicher Gegenstände, der Amtssphäre des Verwalters zuzuordnen und nicht dessen persönlichem Rechtskreis. Gefahrverursachendes oder -erhöhendes Verhalten läßt Verkehrspflichten daher gleichfalls primär in der Amtssphäre des Verwalters entstehen; sie sind von ihm lediglich für die Masse wahrzunehmen. Persönliche Pflichten des Verwalters kann auch dieses Kriterium nur unter den Voraussetzungen begründen, wie sie im folgenden noch zu erörtern sind (s. sogleich sub IV.).

III. Zur Haftungsverfassung der Konkursmasse

Die bislang entwickelte These - der Verwalter sei nicht primärer Adressat der deliktischen Sorgfaltspflichten - setzte sich dem Vorwurf offensichtlich interessewidriger Ergebnisse aus, wenn aus ihr abzuleiten wäre, daß mangels deliktischer Eigenhaftung des Verwalters unter Umständen *niemand* mehr für die Rechtsgutsverletzung einzustehen hätte. Umgekehrt formuliert: Eine Entlastung des Verwalters kommt ernsthaft nur in Betracht, wenn statt seiner die Konkursmasse in Anspruch genommen werden kann. Dies ist im folgenden zu überprüfen.

1. Die abgeleitete Haftung der Masse für Delikte des Verwalters

Hierfür ist zunächst darauf einzugehen, wie die Haftung der Konkursmasse für Delikte des Verwalters überhaupt begründet werden kann. "Haftung der Konkursmasse" kann dabei, gleich wie sie konstruktiv begründet wird, angesichts der - hier nicht zu diskutierenden - mangelnden Rechtssubjektivität der Konkursmasse nur die Haftung des Gemeinschuldners als deren Rechtsträgers bedeuten. Seine Haftung ist aber zugleich gegenständlich, eben auf die Konkursmasse, beschränkt. Dies gilt insbesondere nach Verfahrensbeendigung, wenn er zwar mit den in seine

69) So aber offenbar *Karsten Schmidt*, BB 1991, 1273, 1276f. Damit soll nicht gesagt sein, daß die systematische Einordnung der Verwaltertätigkeit hier zwingend ein bestimmtes Ergebnis präjudiziert. Jedoch muß die "modifizierte Vertretertheorie" in der Insolvenz der natürlichen Person zumindest den gleichen konstruktiven Aufwand treiben, den sie der Amtstheorie für den Gesellschaftskonkurs vorhält.

70) Vgl. z.B. *Karsten Schmidt*, NJW 1985, 2785, 2789 zur unternehmenstragenden Erbgemeinschaft.

71) Vgl. hierzu m.w.N. v. *Bar* (Fn. 18), S. 113ff.; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 410f.; *MünchKomm-BGB/Mertens*, § 823 Rdnr. 187.

Verfügungsgewalt zurückgefallenen ehemaligen Massegegenständen weiterhin für die Masseverbindlichkeiten haftet, nicht aber mit konkursfreien Vermögenswerten wie namentlich dem Neuerwerb⁷²⁾. Das Problem bei der Begründung der Haftung der Masse ist das Fehlen einer Norm, die die Tatbestandsverwirklichung der Masse zurechnet oder die aus ihr entspringende Haftpflicht auf die Masse überleitet. Dieser Zurechnungsnorm bedarf es aber. Insbesondere reicht es nicht aus, lediglich auf die Fremdwirkung zu verweisen, die nach dem hier entwickelten Verständnis der Amtstheorie allerdings auch tatsächlichem Verwalterhandeln zukommt. Denn selbst bei deliktischem Handeln von Organen juristischer Personen konstruiert das Gesetz die Haftung der Anstellungskörperschaft nicht als deren eigenes Delikt, sondern statuiert lediglich eine abgeleitete Haftpflicht der juristischen Person für das Eigendelikt des Organs (s. dazu im einzelnen sogleich sub 2.). Um so mehr ist dann aber lediglich "organähnlichen" Personen wie den Amtstreuhandern Zurückhaltung bei der Annahme unmittelbar fremdwirkenden deliktischen Handelns geboten. Die Zurechnung kann deshalb auch nicht, wie dies vor allem in der Rechtsprechung verbreitet geschieht⁷³⁾, schlicht auf § 59 I Nr. 1 KO gestützt werden. Denn § 59 I Nr. 1 KO soll nach der Vorstellung des Gesetzgebers gerade keine selbständige Zurechnungsnorm darstellen. Die Vorschrift setzt vielmehr eine bereits begründete Haftung der Masse voraus und regelt nur deren insolvenzrechtliche Einordnung (als Konkurs- oder Masseforderung)⁷⁴⁾. Die Erkenntnis, daß § 59 I Nr. 1 KO als "(Geschäfte und) Handlungen" außer Rechtshandlungen im engeren Sinne auch tatsächliche Handlungen erfassen kann und damit auch ein deliktisches Tun oder Unterlassen erfaßt⁷⁵⁾, ist deshalb zwar hilfreich, aber eben erst *nach* der Feststellung, daß diese Handlung überhaupt einen Anspruch gegen die Masse bzw. den Gemeinschuldner als Masseträger begründet.

Als rechtliche Grundlage dieser Feststellung kommt, da eine Anwendung des § 831 I BGB unzweifelhaft ausscheidet⁷⁶⁾, nur noch § 31 BGB in Frage. Vergleichsweise wenig problematisch ist dies freilich nur für jene Autoren, die dem Verwalter eine echte Organstellung zusprechen, sei es bezogen auf die personifizierte Konkursmasse⁷⁷⁾, sei es bezogen auf die insolvente Gesellschaft⁷⁸⁾. Sie sehen zuweilen in der Anwendbarkeit des § 31 BGB einen wesentlichen Beleg, gar den Prüfstein für die von ihnen verfochtene Auffassung. Auf der Grundlage der konkurrierenden Erklärungsmodelle ist dies freilich zweifelhaft. Zwar sieht man mittlerweile überwiegend keine Bedenken mehr, eine Deliktshaftung der Masse nach dem Modell der Haftung für Organe anzunehmen⁷⁹⁾. Man verweist auf die haftungsrechtliche Verselbständigung der Konkursmasse in der amtlichen Haftungsabwicklung⁸⁰⁾ oder argumentiert damit, zur Gewährleistung der Gleichbehandlung mit natürlichen Personen erfordere die Gerechtigkeit eine Haftung des verwalteten Vermögens für Schäden aus Verwaltungshandlungen, die aber nicht anders als durch die Analogie zu § 31 BGB zu begründen sei⁸¹⁾. Bis heute finden sich freilich immer wieder gegenteilige Stellungnahmen⁸²⁾.

72) Vgl. nur *Derpa* (Fn. 55), S. 139ff.; *Jaeger/Henckel*, KO, § 6 Anm. 29ff.; *Manfred Schmidt* (Fn. 52), S. 116ff.; *Sievekling* (Fn. 58), S. 22ff., 80ff.

73) Vgl. RG, JW 1907, 58; RG, LZ 1909, Sp. 786, 787; BGH, KTS 1976, 48 = NJW 1975, 1969, 1970; BGH, KTS 1988, 131 = ZIP 1987, 1398, 1400; *Gottwald/Heilmann/Klopp*, Insolvenzschrift-Handbuch, 1990, § 57 Rdnr. 4; *Graßhoff*, Festschrift Ernst Heinitz, 1926, S. 124, 143; *Hellwig*, System des Deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. I, 1912, S. 156; *Lobe*, ZJP 39 (1909), 493, 501; *Merz*, KTS 1989, 277, 281; *Meuret*, LZ 1908, Sp. 899, 908f.

74) *Derpa* (Fn. 55), S. 69ff.; *Gerhardt*, ZIP 1987, 760, 761; *Häsemeyer*, Insolvenzschrift, S. 275; *Jaeger/Lent*, KO, § 59 Anm. 1; *Lüke* (Fn. 6), S. 108; *Karsten Schmidt*, ZJP 90 (1977), 38, 59; *ders.*, KTS 1984, 345, 394; *Manfred Schmidt* (Fn. 52), S. 81f.

75) So *Derpa* (Fn. 55), S. 59f. *Gottwald/Heilmann/Klopp*, Insolvenzschrift-Handbuch, § 57 Rdnr. 4.

76) Vgl. *Bötticher*, ZJP 77 (1964), 55, 73; *Derpa* (Fn. 55), S. 37f.; *Hanisch* (Fn. 55), S. 132, 137 Fn. 141; *Jaeger/Henckel*, KO, § 6 Anm. 42; *Jaeger/Lent*, KO, § 59 Anm. 1; *Lüke* (Fn. 6), S. 108f.; *MünchKomm-BGB/Reuter*, § 31 Rdnr. 12.

77) *Bötticher*, ZJP 77 (1964), 55, 57, 71ff.; *Graßhoff*, Festschrift Heinitz, S. 124, 143; *Hanisch* (Fn. 55), S. 129ff., 134ff.; vgl. auch *Soergel/Schultze-v. Lasaulx*, BGB, 11. Aufl. 1978, § 31 Rdnr. 12; *Stürner*, ZJP 94 (1981), 263, 288; *ders.*, in: *Baur/Stürner*, Insolvenzschrift, Rdnr. 17.9.

78) So für den Gesellschaftskonkurs (auf der Grundlage seiner "modifizierten Vertretertheorie") *Karsten Schmidt*, ZJP 90 (1977), 59ff.; *ders.*, KTS 1984, 345, 394; *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 6 Anm. 6d.

79) *Derpa* (Fn. 55), S. 100ff.; *Häsemeyer*, Insolvenzschrift, S. 275; *Jaeger/Henckel*, KO, § 6 Anm. 41ff., 46; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 82 Rdnr. 2b (einschr. aber § 59 Rdnr. 2g); *Lüke* (Fn. 6), S. 108ff., 159f., 192; *ders.*, Persönliche Haftung des Verwalters in der Insolvenz, 2. Aufl. 1996, Rdnr. 8ff.; *MünchKomm-BGB/Reuter*, § 31 Rdnr. 12; *Nitschke*, NJW 1969, 1737, 1739 m. Fn. 24; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 56. Aufl. 1997, § 31 Rdnr. 3; *Reuber*, Die haftungsrechtliche Gleichbehandlung von Unternehmensträgern, 1990, S. 263ff.; *Rattunde/Carl*, in: *Smid/Zeuner*, GesO, 3. Aufl. 1995, § 8 Rdnr. 71f.

80) Vgl. *Häsemeyer*, Insolvenzschrift, S. 275; *Jaeger/Henckel*, KO, § 6 Anm. 46; *Lüke* (Fn. 6), S. 199f.; *Reuber* (Fn. 79), S. 267ff.

81) Vgl. etwa *Derpa* (Fn. 55), S. 132ff., 138f.; *MünchKomm-BGB/Reuter*, § 31 Rdnr. 12; *Reuber* (Fn. 79), S. 154ff., 172ff.; dazu, daß mit dieser "Angleichungsfunktion" eine verfassungsrechtlich durch Art. 3 I GG abgesicherte (Fortsetzung...)

Jedoch sprechen auch auf der Grundlage der Amtstheorie in der Tat die besseren Gründe für die Analogie. Kennzeichnend für die Organe ist ihre "Unerläßlichkeit" für die Teilnahme der juristischen Person am Rechts- und Wirtschaftsleben, die sich daraus ergibt, daß "die Rechtsträger, die sonst normalerweise Rechts- und Pflichtsubjekte bezüglich ihres Vermögens sind, (...) durch die Organisation der juristischen Person der Verfügung über das sog. Vermögen der juristischen Person beraubt und der Sorge dafür enthoben (sind)"⁸³⁾. Wenn deshalb "die Körperschaft durch die Vertretung die Möglichkeit (gewinnt), im Rechtsverkehr handelnd aufzutreten, (so muß) ihr angesonnen werden (...), die Nachteile zu tragen, welche die künstlich gewährte Vertretung mit sich (bringt), ohne daß sie in der Lage (ist), Dritte auf den häufig unergiebigem Weg der Belangung des Vertreters zu verweisen"⁸⁴⁾. Damit sind die beiden in ihrer Zusammenschau ausschlaggebenden Geltungsgründe für die Notwendigkeit der Zurechnung gemäß § 31 BGB angesprochen: Um die juristischen Personen und mittelbar die hinter ihnen stehenden natürlichen Personen als "Interessenträger" nicht gegenüber unmittelbar handelnden natürlichen Personen unangemessen zu privilegieren, muß der Vorteilziehung aus der Handlungsoptionen schaffenden Verwaltungstätigkeit die Tragung der hieraus erwachsenden Nachteile - hier: die Haftung der verwalteten Vermögensmasse für die im Zusammenhang mit der Verwaltung begangenen Delikte - korrespondieren. Denn das Privatvermögen der für sie handelnden natürlichen Person ist als Haftungssubstrat inadäquat, bezogen auf das spezifische Schädigungspotential einer wirtschaftenden Vermögensmasse⁸⁵⁾. Diese Grundlage erhellt zugleich die Möglichkeit einer Analogie zu dieser Vorschrift in den Fällen der Konkursverwaltung. Zu kurz greift hier freilich das Argument, schon im Hinblick auf den Ausschluß des Gemeinschuldners von der Verwaltung der Konkursmasse verhalte es sich mit der Handlungsunfähigkeit des Sondervermögensträgers hier ebenso wie bei den juristischen Personen⁸⁶⁾. Denn der Gemeinschuldner ist zwar alleiniger Rechtsträger der Masse. Der Kreis der "Interessenträger" an der Konkursmasse ist aber viel weiter; er umfaßt alle Konkursbeteiligten i.S. von § 82 KO. *Primäre* Interessenträger ("wirtschaftlich Beteiligte" im Sinne von § 116 S. 1 Nr. 1 ZPO) sind die Konkursgläubiger. Ihnen ist die Masse "haftungsrechtlich zugewiesen"⁸⁷⁾, zu ihren Gunsten erfolgt die Verwertung der Masse jedenfalls in erster Linie, primär ihnen gegenüber bedarf die analoge Anwendung des § 31 BGB deshalb auch der materialen Rechtfertigung. Am Ergebnis ändert dies nichts: Auch für die anderen Interessenträger und namentlich für die Konkursgläubiger gilt, daß sie faktisch wie rechtlich von der Verwaltung der Masse ausgeschlossen sind; es bedurfte daher der Ausstattung der Masse mit einem selbständigen und handlungskompetenten Organ in Person des Verwalters. Man kann deshalb in der Tat auch hinsichtlich der Konkursmasse von "notwendiger Repräsentation" sprechen, für die eine Zurechnung analog § 31 BGB jedenfalls geboten ist⁸⁸⁾. Daß eine Zurechnung deliktischen Verhaltens nicht auch zu Lasten gesetzlich Vertretener stattfindet, ist

81) (...Fortsetzung)

Notwendigkeit haftpflichtrechtlicher *Gleichbehandlung* einhergeht, vgl. jüngst *Reuber* aaO., S. 131ff.

82) *Baur*, in: *Baur/Stürner*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 11. Aufl. 1983, Rdnr. 1101; *Eckert*, EWIR 1987, 1127, 1128; *Jaeger*, KO, § 59 Anm. 1; *John*, AcP 181 (1981), 150, 156f.; *Martinek*, Repräsentantenhaftung, 1979, S. 137ff. (der zwar eine allgemeine Haftung für "Repräsentanten" annimmt, aber nur für körperschaftlich strukturierte Verbände, vgl. aaO. S. 225ff.); *Muscheler*, Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung, 1994, S. 244; *Manfred Schmidt* (Fn. 52), S. 80ff.; *Soergel/Hadding*, BGB, 12. Aufl. 1986ff., § 31 Rdnr. 8; differenzierend *Jaeger/Lent*, KO, § 59 Anm. 1: beschränkt auf die Fälle, in denen zugleich schuldrechtliche Pflichten verletzt werden, so daß gemäß § 278 BGB ohnehin eine Verschuldenszurechnung zu Lasten der Masse stattfindet; offen *Flume*, Die juristische Person, 1983, S. 395; *Staudinger/Weick*, BGB, 13. Bearb. 1995, § 31 Rdnr. 46. In der zuweilen gleichfalls für diese Ansicht in Anspruch genommenen höchstrichterlichen Rechtsprechung findet sich eine solche Aussage freilich nicht; im Gegenteil ist die Haftung der Masse für Delikte des Verwalters immer wieder - wenn auch ohne weiterführende Begründung - anerkannt worden (s. oben Fn. 73; ferner etwa RG, Warn 1934, Nr. 149; BGH, NJW 1958, 670).

83) *H.J. Wolff*, Organschaft und juristische Person, Bd. II, Theorie der Vertretung, 1934, S. 297.

84) Motive I, 102f. = Mugdan I, 409; s. dazu schon *v. Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1910, S. 464.

85) Vgl. bereits *Westermann*, JuS 1961, 333, 335.

86) Vgl. *Böttcher*, ZZP 77 (1964), 55, 76f.; *Derpa* (Fn. 55), S. 128ff.; *Graßhoff*, Festschrift Heinitz, S. 124, 143; *Reuber* (Fn. 79), S. 267f., 280.

87) Vgl. BGHZ 121, 179, 184; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, S. 174; *Henckel*, Festschrift Weber, S. 244f., 252; *Jaeger/Henckel*, KO, § 1 Anm. 2f., § 3 Anm. 3, § 6 Anm. 37, 39.

88) Offenbleiben kann damit, ob sich § 31 BGB weitergehend als Emanation einer *allgemeinen* Repräsentationshaftung - sie würde eine Zurechnung des nichtrechtsgeschäftlichen Verhaltens auch bei solchen verantwortlichen Gehilfen bedeuten, auf die nur aus praktischen Erwägungen ein Teilbereich der Verantwortung delegiert worden ist - verstehen läßt (vgl. dazu, wenn auch mit großen Unterschieden im Detail, *Ballerstedt*, JZ 1951, 492; *Derpa* (Fn. 55), S. 132ff.; *Martinek* (Fn. 82), S. 225ff.; *Westermann*, JuS 1961, 333, 334; s. ferner die weite Auslegung des Begriffs "verfassungsmäßiger Vertreter" durch BGHZ 49, 19, 21; BGH, NJW 1972, 334; 1977, 2259, (Fortsetzung...)

kein Gegenargument⁸⁹⁾. Es beruht auf einem besonderen Schutzbedürfnis des gesetzlich Vertretenen, das den Konkursgläubigern als primären "Interessträgern" gerade fehlt. Ihr Einfluß auf die Auswahl (vgl. §§ 80, 84 KO, 57, 59 I 2 InsO) und die Überwachung des Verwalters (vgl. §§ 88 KO, 69 InsO) bildet zudem jedenfalls hinreichende Rechtfertigung, ihnen auch dessen deliktisches Handeln zuzurechnen.

Gewiß ist die Konkursmasse nach dem positiven Recht keine juristische Person. Daß es ein Analogon zu dieser spezifischen Qualifikation nicht gibt⁹⁰⁾, ist jedoch so pauschal nicht richtig. Vielmehr ist jeweils zu fragen, ob diese Eigenschaft für eine ihrem Wortlaut nach allein juristische Personen betreffende Vorschrift wesentlich ist; speziell für die Haftung nach § 31 BGB ist dies zu verneinen. Entscheidend muß hier statt der rechtlich-formalen vielmehr die haftungsrechtliche Verselbständigung der betreffenden Vermögensmasse sein. Diese aber ist bei der Konkursmasse in geradezu idealtypischer Weise verwirklicht: Ursprünglich Bestandteil des Haftungsverbandes des Gemeinschuldners, führt die Masse vom Moment der Verfahrenseröffnung an ein haftungsrechtliches Eigenleben. Dieses findet in dem Institut der Masseschuld seinen sinnfälligsten Ausdruck; deren Zurechnungssubjekt ist der Gemeinschuldner nur noch der Rechtsidee nach, faktisch ist es die Masse selbst, auf die sich die Haftung des Gemeinschuldners dann konsequenterweise auch beschränkt, sei es im "Massekonkurs" nach § 60 KO (§ 209 InsO), sei es im Falle der gewöhnlichen Verfahrensaufhebung. Letztlich aus demselben Grund kann es auch nicht darauf ankommen, daß der Masse die eigene "Identitätsausstattung" fehle, sie namentlich im Rechtsverkehr unter dem Namen des Gemeinschuldners auftrete⁹¹⁾. Gerade wegen des beschriebenen haftungsrechtlichen Eigenlebens pflegt der Rechtsverkehr sehr genau zwischen der Masse einerseits, dem Schuldner (sei es in seinem Zustand vor Konkurseröffnung, sei es hinsichtlich seiner "verfahrensfreien Existenz" neben diesem) sowie dem Konkursverwalter ("als Privatmann") andererseits zu unterscheiden. Die Praxis hat hier spezifische Kennzeichnungen entwickelt, die den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs offenbar genügen. Eben daran liegt, daß eine echte Firma der Masse nicht vermißt wird. Ob die äußere Darstellungsform überhaupt ein plausibles Differenzierungskriterium für die Haftungsfrage ist, kann daher offenbleiben.

Daß der Zweck des Konkursverfahrens beschränkt ist auf die Realisierung der Vermögenshaftung und insofern zugleich ein transitorischer ist, bedeutet gleichfalls keinen durchgreifenden Einwand⁹²⁾. Gewiß wird man ein generell erhöhtes Schutzbedürfnis der potentiell Geschädigten, das eine Haftungsüberleitung auf das Interessevermögen erfordert, nur bei einer gewissen "Außenorientierung" des vermögensbezogenen Handelns - mit der eine entsprechend erhöhte Gefahr von "Außenschädigungen" einhergeht - annehmen können. Hier darf man aber nicht zu restriktiv verfahren, wie die Konstanz der Haftungsverfassung von Vereinen und Kapitalgesellschaften in der Liquidation beweist (vgl. §§ 48 II, 49 II BGB). Die Haftungsfrage kann wertungsmäßig nicht anders beantwortet werden, wenn die Aufgabe der Liquidation hinsichtlich des massezugehörigen Verbandsvermögens dem Konkursverwalter übertragen ist. Auch die primär exekutorische Funktion des Konkursverfahrens⁹³⁾ schadet hier nicht. Denn sie bedeutet gerade nicht (mehr) schnellstmögliche Liquidation und Abwicklung. Vielmehr zeigt der Fall der Unternehmensfortführung, daß der Verwalter de facto die werbende Tätigkeit des insolventen Unternehmensträger u.U. eine geraume Zeit - wenn auch befristet und insofern immer mit absehbarem Ende - fortsetzen kann. Zumindest im Sinne einer "Auslaufproduktion" dürfte dies in der heutigen Insolvenzpraxis eher die Regel als einen Ausnahmefall darstellen. Der Primärzweck der Handlungsorganisation "Konkursverwaltung", die *bestmögliche* Verwertung der Masse, läßt sich also gerade nicht ohne außenorientiertes Handeln erreichen, sondern verlangt im allgemeinen, daß der Verwalter die werbende Tätigkeit und damit die "Außenorientierung" nach Art und Maß zunächst von dem insolventen Unternehmensträger übernimmt⁹⁴⁾. Dann kann aber auch die Haftungsverfassung der Masse nicht mit der Begründung mangelnder Außenorientierung anders ausgestaltet werden als die des Unternehmensträgers vor der Insolvenz. Die Frage könnte vielmehr nur sein, ob nach dem Vorgesagten nicht zwischen der Insolvenz von Kapitalgesellschaften und unternehmenstragenden Einzelpersonen einerseits, von nicht gewerblich tätigen natürlichen Personen, Vereinen, Nachlässen u.ä. andererseits unterschieden werden müßte. Dies ist m.E. zu verneinen. Typusbildend für die

88) (...Fortsetzung)
2260).

89) So aber *Manfred Schmidt* (Fn. 52), S. 88f.; s. dazu umfassend *Derpa* (Fn. 55), S. 116ff.; *Reuber* (Fn. 79), S. 281ff.

90) Pointiert *Martinek* (Fn. 82), S. 58ff., 64ff.; hiergegen schon *John*, AcP 181 (1981), 150, 154; *Wiesner*, ZHR 144 (1980), 662, 663.

91) Vgl. *John* AcP 181 (1981), 150, 157; *MünchKomm-BGB/Reuter*, § 31 Rdnr. 11; hiergegen *Reuber* (Fn. 79), S. 212ff.

92) So aber *John*, AcP 181 (1981), 150, 156f.; *Muscheler* (Fn. 82), S. 243f. hiergegen auch *Reuber* (Fn. 79), S. 203ff.

93) Für viele vgl. hierzu *Henckel*, ZIP 1991, 133ff.; *ders.*, Festschrift Merz, 1992, S. 197ff.

94) Vgl. auch BGH, NJW 1987, 1940, 1941 m. Anm. *Karsten Schmidt*, S. 1905 zur Anwendung von Handelsrecht auf Rechtshandlungen des Konkursverwalters.

Verwaltertätigkeit ist seit jeher der - auch der statistischen Häufigkeit nach ganz im Vordergrund stehende - Kaufmanns- und Gesellschaftskonkurs⁹⁵⁾. Dies muß für die generelle Bejahung oder Ablehnung der Analogie entscheidend sein: Sowenig man bei der Tätigkeit des einzelnen Verwalters nach Zeitabschnitten unterschiedlicher Ausgestaltung differenzieren kann, sowenig kann die entsprechende Anwendbarkeit von § 31 BGB davon abhängen, ob das Gesamtbild der Verwaltertätigkeit im Einzelfall dem einer werbenden juristischen Person entspricht.

Nimmt man schließlich als gesicherten Stand wissenschaftlicher Erkenntnis, daß auch die mangelnde körperschaftliche Struktur des Haftungssubjekts als Hindernis für eine entsprechende Anwendung der Norm überwindbar ist⁹⁶⁾, so steht einer entsprechenden Anwendung der Vorschrift auf das Verhältnis der Konkursmasse zum Verwalter als ihrem - wie es auch der BGH verschiedentlich ausgedrückt hat⁹⁷⁾ - "Repräsentanten" nichts im Wege. Ob man § 31 BGB dann, wie im unmittelbaren Anwendungsbereich der Vorschrift⁹⁸⁾, zugleich für die vertragliche Haftung eingreifen und § 278 BGB insoweit als subsidiär zurücktreten läßt, ist eine offene, aber weitgehend müßige Frage. Da die Anwendung des § 278 BGB auf das Verhältnis Konkursmasse/Konkursverwalter der Sache nach in gleicher Weise eine entsprechende oder rechtsgrundsätzliche Anwendung darstellt, dürfte sie aber kaum als gegenüber der Analogie zu § 31 BGB methodisch vorrangig zu qualifizieren sein. Festzuhalten ist mithin, daß der Gemeinschuldner als Rechtsträger der Masse für deliktische Schadensersatzverbindlichkeiten des Verwalters, die dieser innerhalb seines gesetzlichen Wirkungskreises - also im Zusammenhang mit dessen Tätigkeit bei der Verwaltung der Masse - begangen hat⁹⁹⁾, analog § 31 BGB mit der Masse einzustehen hat.

2. Die originäre Haftung der Masse bei fehlendem Eigendelikt des Verwalters

Auf dieser Grundlage ist nun erneut die Frage aufzuwerfen, ob mangels deliktischer Eigenhaftung des Verwalters womöglich niemand mehr für die Rechtsgutsverletzung einzustehen hätte. Diese Konsequenz wäre allerdings unabweisbar, wenn aus der dogmatischen Herleitung der Haftung der Masse aus § 31 BGB ein Umkehrschluß des Inhalts abzuleiten wäre, die Masse hafte stets nur nach dieser Vorschrift *neben* dem Verwalter, niemals aber allein. Nahegelegt wird dieses Ergebnis aus der Funktionsweise der "Haftungsüberleitungsnorm" des § 31 BGB: Die Vorschrift setzt an sich einen Schadensersatzanspruch gegen das handelnde Organ als gegeben voraus und will dem Deliktsgläubiger lediglich in der Person der Anstellungskörperschaft einen *zusätzlichen* Schuldner verschaffen; die Regelungstechnik ist also die des gesetzlichen Schuldbeitritts¹⁰⁰⁾. Für die deliktische Haftpflicht in der Insolvenz müßte sich hieraus an sich das Haftungsmodell einer notwendig *parallelen*, nämlich gesamtschuldnerischen Außenhaftung von Konkursmasse und Verwalter ergeben. Denn die persönliche Haftung des Verwalters zu beschränken, hieße unter dieser Prämisse zugleich, die Haftung der Masse in gleichem Umfang auszuschließen, und damit, dem Geschädigten jeglichen Deliktsschuldner zu nehmen. Da außer Zweifel stehen dürfte, daß diese Konsequenz nicht in Betracht kommt, müßte man deshalb der bisherigen Argumentation zum Trotz an der uneingeschränkten Verantwortlichkeit des Konkursverwalters festhalten.

Die Rechtsentwicklung zur vergleichbaren Problemstellung der Haftung juristischer Personen für ihre Organe hat freilich gezeigt, daß sich diese Konsequenz aus der Funktionsweise des § 31 BGB gerade nicht ableiten läßt. Vielmehr hat die Frage, ob ein Organ der in Anspruch genommenen juristischen Person auch persönlich pflichtwidrig gehandelt hat, für die Begründung der Unternehmenshaftung in der Praxis nie eine Rolle gespielt. Soweit dies für die Begründung der Haftung der Korporation erforderlich war, ist die Rechtswidrigkeit im Gegenteil immer aus der Verletzung von Verkehrspflichten des Unternehmens abgeleitet worden¹⁰¹⁾. Dem mögen vielfach¹⁰²⁾ Vorstellungen der

95) Dies gilt schon für die KO 1877, nur daß dort das Leitbild des Einzelkaufmännischen Unternehmers im Vordergrund stand (während man heute zu Recht die Handelsgesellschaft als paradigmatisch ansieht, vgl. *Karsten Schmidt* (Fn. 42), S. 25f. m.w.N.). Im künftigen Recht kommt dies in den Sonderregelungen für "Verbraucher" (§§ 304ff. InsO) deutlicher zum Ausdruck.

96) Dies zeigt nicht zuletzt die Anwendbarkeit von § 31 BGB auf die Stiftung (§ 86 S. 1 BGB), vgl. *Reuber* (Fn. 79), S. 275ff., gegen *Martinek* (Fn. 82), S. 107f., 137ff.; allgemein dazu zuletzt *Reiff*, Die Haftungsverfassungen nichtrechtsfähiger unternehmenstragender Verbände, 1996, S. 101f. und passim.

97) BGHZ 103, 346, 352; BGH, ZIP 1990, 242, 245.

98) Auch für die vertragliche Haftung entspricht die Zurechnung des Organhandelns über § 31 BGB der h.M., vgl. m.w.N. *Westerhoff* (Fn. 40), S. 113ff.

99) Dies ist im folgenden selbstverständlich stets vorauszusetzen, vgl. nur *Baur/Stürner*, Insolvenzrecht, Rdnr. 17.9; *Jaeger/Lent*, KO, § 59 Anm. 1, 3; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 59 Rdnr. 2g.

100) Vgl. RG, JW 1911, 939; RGZ 91, 72, 75; BGHZ 99, 298, 302; *Altmeyden*, ZIP 1995, 881, 888f.; v. *Bar*, Festschrift Kitagawa, S. 279, 282f.; *ders.*, Karlsruher Forum 1993, 37; *Flume* (Fn. 82), S. 383f.

101) Vgl. etwa BGH, VersR 1976, 149, 151; MDR 1978, 828; NJW 1987, 127, 128; BGHZ 98, 148, 151. Als ganze Fallgruppe ist etwa die in § 831 I BGB besonders geregelte Verkehrspflicht zu sachgemäßer Auswahl, Instruktion und Kontrolle von Gehilfen zu nennen: Sie wird von den Organen der juristischen Person wahrgenommen; die Haftung für (Fortsetzung...)

(verbandsrechtlichen) "Organtheorie" im Sinne v. *Gierkes* zugrundeliegen¹⁰³). Hiervon hängen die erzielten Ergebnisse jedoch nicht ab. So weist etwa *Flume* als profiliertester Gegner der Organtheorie darauf hin, nach allgemeiner Vorstellung genüge es für die Begründung der Haftung der juristischen Person, wenn durch das Organ "Pflichten, welche die juristische Person oder Personenvereinigung treffen, verletzt worden sind"¹⁰⁴). In der Tat verlangt der bereits angesprochene Zweck des § 31 BGB - die juristischen Personen im Hinblick auf die Haftung der verwalteten Vermögensmasse für die im Zusammenhang mit der Verwaltung begangenen Delikte mit natürlichen Personen gleichzustellen -, daß die juristische Person *erst recht* haftet, wenn die Sorgfalts- oder Verkehrspflicht, an deren Verletzung die Haftung anknüpft, nicht die für sie handelnde natürliche Person, sondern den verbandlichen Vermögensträger selbst trifft. Die Haftung einer verselbständigten Vermögensmasse für ihre notwendigen Repräsentanten, deren Ausdruck § 31 BGB ist, setzt also nicht die Verletzung einer den Repräsentanten persönlich treffenden Pflicht und damit die vollständige Erfüllung eines Deliktstatbestands durch diesen voraus. Es genügt vielmehr, wenn der Repräsentant durch sein Handeln eine das repräsentierte Vermögen bzw. dessen Rechtsträger treffende Pflicht verletzt oder es versäumt, eine diesen treffende Handlungspflicht zu erfüllen¹⁰⁵).

Ist dies aber in den übrigen Fällen "notwendiger Repräsentation" so, insbesondere in den Fällen des Handelns für eine unternehmenstragende juristische Person, dann kann man dies für den Konkursverwalter, für den nach dem oben Entwickelten die gleichen Grundsätze gelten müssen, nicht anders handhaben. Die Grundsätze, die sich für den unmittelbaren Anwendungsbereich der Vorschrift durchgesetzt haben, müssen deshalb im Hinblick auf die völlig übereinstimmende Interessenlage auf ihren hier einschlägigen entsprechenden Anwendungsbereich übertragen werden. Das Ergebnis ist noch nicht die "Deliktsfähigkeit der Konkursmasse"¹⁰⁶), aber doch ein großer Schritt in diese Richtung: Die deliktische Haftung der Masse kann auch originär, also ohne persönliche Verkehrspflichtverletzung des Verwalters begründet werden; dessen persönliches Unrechtshandeln wird ggf. dort, wo allein Verkehrspflichten der Masse verletzt werden, für die Zwecke der Haftung der Masse fingiert. Die Masse haftet damit unmittelbar für ein aus dem amtsbezogenen Tun bzw. Unterlassen des Verwalters und der sie selbst treffenden Verkehrspflicht "zusammengesetztes" Delikt. Damit wird die Deliktshaftung zugleich wieder mit der Haftung der Masse für Pflichtverletzungen im vertraglichen Bereich in Übereinstimmung gebracht: Indem man dort "das Verschulden" des Konkursverwalters entsprechend § 278 BGB der Masse zurechnet, kombiniert man gleichfalls dessen Verletzungshandlung mit der vertraglichen Pflicht, die allein die Masse (bzw. den Gemeinschuldner als deren Rechtsträger) und jedenfalls nicht den Verwalter persönlich trifft¹⁰⁷).

101) (...Fortsetzung)

den Fall ihrer Verletzung trifft aber unmittelbar und ausschließlich die juristische Person (s. oben Fn. 31).

102) Dies gilt jedoch nicht ausnahmslos, wie die Haftung für "korporative Organisationsmängel" (BGHZ 24, 200 (213); BGH, NJW 1980, 2810f. m.w.N.) zeigt: Ein Verhalten der *vorhandenen* Organe liegt der Haftung hier gerade nicht zugrunde.

103) Dazu vgl. *Karsten Schmidt*, *Karlsruher Forum* 1993, 37, 55, der hier plastisch von § 31 BGB als dem "trojanischen Pferd" der Organtheorie spricht. Wer § 31 BGB lediglich als "Verschuldenszurechnung" erklärt (so jüngst wieder BGH, NJW 1996, 3205, 3207), geht dem Problem noch nicht aus dem Weg, da ein Verschulden des Handelnden, das Gegenstand der Zurechnung sein könnte, zugleich dessen persönlichen Verkehrspflichtverstoß voraussetzt.

104) AaO. (Fn. 82), S. 385 (unter Bezugnahme auf die Formulierung von § 30 I Nr. 1 OWiG). Daß es sich hier um eine "Anrechnung" der Pflichtverletzung des Organs an die juristische Person handelt, wie *Flume* erklärt, überzeugt freilich nicht; die Pflichtverletzung entsteht vielmehr als *mixtum compositum* aus dem Handeln des Organs und der Pflichtenstellung der juristischen Person.

105) Vgl. zur Problematik bei juristischen Personen *Hachenburg/Mertens*, *GmbHG*, § 35 Rdnr. 128; *Rogge* (Fn. 36), S. 117ff.; *Rottkemper* (Fn. 14), S. 120ff.; *Karsten Schmidt*, *Karlsruher Forum* 1993, 4, 8.

106) Für sie *Böttcher*, *ZZP* 77 (1964), 55, 71.

107) Ein weiterer Schritt wäre es, wenn man in Übertragung und Weiterführung der Rechtsprechung zur Haftung für "korporative Organisationsmängel" (s. bereits Fn. 102) eine Haftung der Masse entsprechend §§ 31, 831 I BGB ohne jedes konkrete objektiv pflichtwidrige Handeln des Verwalters allein aufgrund mangelhafter Organisation annehmen würde (vgl. namentlich v. *Bar*, *Festschrift Kitagawa*, S. 279, 288f.; *ders.*, *Karlsruher Forum* 1993, 37). Rechtspolitisch spricht hierfür vor allem die Notwendigkeit, die Haftung der Masse für Schäden zu begründen, die in dem Zeitraum zwischen dem Wirksamwerden der Verfahrenseröffnung und der Inbesitznahme der Masse durch den Verwalter (§ 117 KO) eingetreten sind: Eine Pflichtverletzung des Verwalters wird man hier nicht annehmen können, sofern dieser alles ihm Mögliche und Zumutbare getan hat, sich alsbald der massezugehörigen Gegenstände zu bemächtigen; gleichwohl darf der Anspruch des Geschädigten gegen die Masse nicht am zwischenzeitlichen Fehlen einer zur Erfüllung der Verkehrspflicht gehaltenen natürlichen Person scheitern. Dies gilt erst recht, wenn der Verkehrspflichtverstoß in eine "verwalterlose" Zeit fällt, also etwa im Falle des Todes oder der Amtsenthebung des Verwalters: Auch hier muß die Nichterfüllung der Verkehrspflicht zur Haftung der Masse führen, ohne daß dies auf das schuldhafte Verhalten des/eines Verwalters zurückzuführen wäre. Das Problem stellt sich freilich für juristische Personen in gleicher Weise; eine (Fortsetzung...)

Verifiziert ist damit zugleich die eingangs aufgestellte These, der Verwalter sei nicht persönlich Adressat der massebezogenen Verkehrspflichten. Denn soweit es hierfür des Nachweises bedurfte, daß damit dem Geschädigten nicht jeder Anspruch wegen der Verkehrspflichtverletzung abgeschnitten ist, ist dieser Nachweis nunmehr erbracht.

IV. Die Person des Konkursverwalters als sekundärer Adressat primär massebezogener Verkehrspflichten

Dies bedeutet allerdings nicht, daß der Verwalter im Bereich der Haftung für Verkehrspflichtverletzungen unter keinen Umständen persönlich deliktisch verantwortlich ist. Die Fragestellung für die persönliche Haftung des Verwalters muß vielmehr dahin umformuliert werden, wann sich die deliktsrechtlichen Sorgfaltsgebote, deren Destinatär er nur in seiner Eigenschaft als Amtsperson ist, *zugleich* an ihn persönlich wenden, ihm ein bestimmtes Tun oder Unterlassen auch als Privatperson gebieten und mit der Haftungssanktion nach § 823 I BGB belegen. Ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen dies angenommen werden kann, wird in weitgehender Anlehnung an die Grundsätze zu beantworten sein, die für die persönliche Verantwortlichkeit von GmbH-Geschäftsführern und Organen anderer juristischer Personen gelten. Die Diskussion zu jener parallelen Fragestellung ist freilich gegenwärtig noch weit von konsensfähigen Ergebnissen entfernt; insbesondere fehlt es weiterhin an klärenden höchstrichterlichen Entscheidungen¹⁰⁸⁾. Es soll deshalb im Folgenden - unter Auswertung des bisherigen Diskussionsstands - ein eigener Vorschlag skizziert werden¹⁰⁹⁾.

1. "Aufgabenübernahme" und "Vertrauen" als haftungsbegründende und -begrenzende Kriterien

Ausgangspunkt der Überlegungen muß dabei sein, daß eine generalklauselartige Rechtspflicht, keine Ursachen für eine Beeinträchtigung der Rechtsgüter Dritter zu setzen, nach dem gesetzlichen Haftungskonzept nicht existiert. Das der Amtstheorie zugrundeliegende Rechtsprinzip der Trennung zwischen der Amtssphäre (Rechtssphäre der Masse) auf der einen, dem persönlichen Rechtskreis des Verwalters auf der anderen Seite bedingt zudem, daß die Verkehrspflichten der Masse grundsätzlich gerade nicht auch persönliche Verpflichtungen des für sie handelnden Verwalters begründen. Ebensowenig kann eine solche Außenpflicht unmittelbar aus der dem Amtsverhältnis des Verwalters immanenten internen Verpflichtung, die Außenpflichten "der Masse" selbsthandelnd wahrzunehmen, gefolgert werden. Diese Verpflichtung ist nur relativer Natur und vermag als solche keine deliktsrechtlichen "Jedermann-Pflichten" zu begründen.

Gleichwohl strahlt die Aufgabenübernahme durch den Verwalter auch in den Bereich der deliktsrechtlichen Verhaltensordnung aus. Die spezifisch haftpflichtrechtliche Begründung hierfür liefern die an diese soziale Rolle geknüpften Sicherheitserwartungen des Verkehrs, verstanden als Summe der legitimen gesellschaftlichen Verhaltenserwartungen an den jeweiligen Akteur in seiner Situation und Funktion. Denn der Verkehr verbindet mit der tatsächlichen Übernahme eines Aufgaben- und Einflußbereichs, mit dem Einrücken in die faktische Beherrschung der Gefahrenquelle, auch entsprechende personenbezogene Verhaltenserwartungen¹¹⁰⁾. Ein besonderer Übertragungsakt durch den primär Verkehrssicherungspflichtigen oder gar eine vertragliche Übernahmevereinbarung ist hierfür nicht erforderlich¹¹¹⁾. Es genügt daher, daß sich die Sicherungspflicht aufgrund dessen Gesamtzuständigkeit von vornherein

107) (...Fortsetzung)

umfassende Erörterung muß daher an dieser Stelle unterbleiben.

108) Vgl. die Nachweise oben Fn. 32ff.

109) S. dazu bereits *Eckardt*, Deliktische Organ- und Gehilfenhaftung für Verkehrspflichtverletzungen im Unternehmen, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1996, S. ***ff. m.w.N.

110) Hierbei handelt es sich um einen anerkannten Entstehungsgrund für Verkehrspflichten, vgl. namentlich *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 421f.; ähnlich *Brüggemeier*, AcP 191 (1991), 33, 54ff., 58f.; *Christensen* (Fn. 18), S. 111ff.; *Grunewald*, ZHR 157 (1993), 451, 456; *Mertens*, VersR 1980, 397, 408; aus der Rechtsprechung vgl. RG, JW 1906, 59; Recht 1911, Nr. 1737; BGH, VersR 1958, 833; BGHZ 31, 219, 221f.; BGH, NJW-RR 1989, 394, 395. Sachlich liegt dieser Gedanke auch der Rechtsprechung des BGH zur "Delegation" von Verkehrspflichten an Arbeitnehmer zugrunde, vgl. BGH, VersR 1964, 942, 943f.; 1964, 1080; 1982, 576, 577; 1993, 198, 199; BGH, LM § 823 (Dc) BGB Nr. 101; BGH, NJW 1970, 95, 96; 1975, 533, 534; 1977, 626, 627; 1988, 48, 49; s. dazu insbes. *Denck* (Fn. 24), S. 61ff.; *ders.*, BB 1989, 1192, 1196.

111) Dementsprechend ist auch bei der "vertraglichen" Übernahme nicht der Vertrag als solcher ausschlaggebend, sondern die willentliche, insofern "einverständliche" Übernahme der Gefahrbeherrschungposition, vgl. etwa BGH, VersR 1958, 833; BGHZ 31, 219, 221f.; BGH, VersR 1961, 233, 234; FamRZ 1968, 149, 150; NJW-RR 1989, 394, 395. Für die - wegen der Beweislastumkehr allerdings ohnehin anders gelagerten - besonderen gesetzlichen Verkehrspflichten-"Übernahme"-Tatbestände der §§ 831 II, 832 II, 834 BGB wird dies freilich überwiegend anders gesehen (vgl. m.w.N. *Christensen* (Fn. 18), S. 92ff.; *Rogge* (Fn. 36), S. 140ff., 146ff.; wie hier dagegen *MünchKommBGB/Mertens*, § 831 Rdnr. 64, § 832 Rdnr. 13, § 834 Rdnr. 2, § 838 Rdnr. 2; *Ulmer*, JZ 1969, 163, 172; der Sache nach auch BGHZ 21, 285, 291f. [zur Anwendbarkeit des § 838 BGB auf einen amtlich bestellten Treuhänder der (Fortsetzung...)

bei dem Konkursverwalter befindet, der aufgrund amtlicher Bestellung für die als solche handlungsunfähige Masse handelt. Als Übernehmer kann der Verwalter also "als Privatperson" sekundärer Verkehrspflichtenadressat sein und damit *neben* der Masse persönlich deliktsrechtliche Verantwortung tragen¹¹²⁾.

Dies bedeutet freilich nicht, daß der Verwalter *immer* zugleich persönlich verantwortlich wäre. Vielmehr bedürfen die nicht unmittelbar gesetzlich geregelten Verkehrspflichtenmerkmale nicht anders als gesetzliche Tatbestandsmerkmale der Auslegung, der Rückkopplung zu den sie tragenden Gerechtigkeitskriterien. Dies ist das Vertrauen des Verkehrs¹¹³⁾; hierauf beruht auch speziell die Rechtfertigung der Verkehrspflichthaftung durch Aufgabenübernahme¹¹⁴⁾. Dies ermöglicht eine Wertungskontrolle: Ob das Vertrauen "legitim", "berechtigt" und "schutzwürdig" ist, müssen externe, vorgegebene Kriterien und Wertungen ergeben. Der Zurechnungsgrund der "Aufgabenübernahme" ist also insoweit restriktiv auszulegen, um damit ein Ergebnis zu vermeiden, das mit dem *telos* dieses Zurechnungsgrunds - legitime Verkehrserwartungen zu schützen - nicht mehr vereinbar ist¹¹⁵⁾. Diese Erkenntnis erzwingt und erlaubt eine differenzierende Lösung für die Frage der persönlichen Verkehrspflichtigkeit des Konkursverwalters. Denn so gewiß es grundsätzlich dem legitimen Erwartungshorizont des Verkehrs entspricht, vom Verwalter persönliche und verantwortliche Erfüllung der im Bereich der Masse anfallenden Verkehrspflichten zu verlangen, so offenkundig ist doch auch, daß es in manchen Fällen an diesen Legitimitätsvoraussetzungen fehlt. Einschlägige Wertungsgesichtspunkte für diese Beurteilung sind bereits einleitend genannt worden¹¹⁶⁾. Zu nennen ist namentlich der Interessegedanke, die Feststellung also, daß die Risikozuweisung durch Auferlegung der strengen unternehmensbezogenen Verkehrspflichten nur als Korrelat der Interessenverfolgung gerechtfertigt ist.

2. Konkretisierende Wertungskriterien

Die Aufgabe ist daher, Kriterien zu finden, mit denen sich das Merkmal des "schutzwürdigen" Vertrauens konkretisieren läßt. Von herausragender Bedeutung sind hierfür zunächst verschiedene "gefahrbezogene" Wertungselemente; dies sind die Schadensneigung der betreffenden Situation oder Handlung, ihre Nähe zum tatbestandsmäßigen Verletzungserfolg und das Maß der drohenden Rechtsgutsbeeinträchtigung. Mit ihnen soll die Wertung für die Fallentscheidung fruchtbar gemacht werden, daß desto eher eine Beschränkung der Verkehrspflicht auf den Unternehmensträger geboten ist, je mehr die Verkehrspflicht durch Hereinnahme eines Gefährdungshaftungsmoments verschärft wird. Dabei wird das Maß an Abstraktheit, das auch zu Lasten des Verwalters tolerabel ist, vor allem bestimmt durch die normative Wertigkeit des gefährdeten Rechtsguts. Daß es hier eine Hierarchie gibt, ist ebensowenig bestreitbar wie der Umstand, daß der Verkehr dies berechtigtermaßen zum Anlaß differenzierter Verhaltenserwartungen nimmt. Dies gilt auch hinsichtlich der Nähe zum potentiellen Verletzungserfolg: Ob sich der Verwalter persönlich verantwortlich fühlen muß, eine gefährliche Handlung zu unterlassen, ist wertungsmäßig davon abhängig, ob sich die betreffende Handlung unmittelbar oder erst mit zahlreichen vermittelnden Zwischenursachen in einer Verletzung auswirken kann. Unter normativen Gesichtspunkten am weitesten "entfernt" ist dabei die Tatbestandsverwirklichung durch Unterlassen. Insbesondere die Organisationsaufgaben des Verwalters in seiner Eigenschaft als Geschäftsleiter stellen deshalb grundsätzlich nur dann persönliche deliktische Pflichten dar, wenn es sich um - je nach dem Rang des bedrohten Rechtsguts und der Wahrscheinlichkeit seiner Verletzung - mehr oder minder *konkrete* Gefahren handelt, denen begegnet werden muß¹¹⁷⁾.

Eine schutzwürdige personenbezogene Erwartungshaltung des Verkehrs entsteht - von dem hier eher theoretischen Fall unmittelbaren Eigeninteresses abgesehen - auch dann, wenn der Verwalter individuell-konkret

111) (...Fortsetzung)

Besatzungsmächte]); jedoch kommt die Praxis durch großzügige Annahme stillschweigender Vertragsschlüsse (vgl. BGH, NJW 1976, 1145, 1146 zu § 832 II BGB; BGH, NJW 1987, 949, 950 zu § 834 BGB) zu weitgehend übereinstimmenden Ergebnissen.

112) Daß das Entstehen der sekundären Verkehrspflicht des Aufgabenübernehmers, hier des Verwalters, die primäre Verantwortlichkeit des Erstverpflichteten, hier der Masse, nicht ganz oder teilweise erlöschen läßt, ist untypisch nur im Vergleich zur Verkehrspflichten-"Delegation" an selbständige, unternehmensexterne Dritte. Selbst dort aber hängt die Verkehrspflichtigkeit des Übernehmers nicht von der Entlastung des Erstgaranten nicht ab; vielmehr tritt erstere nur unter *zusätzlichen* Voraussetzungen ein (vgl. z.B. BGH, VersR 1988, 516, 517; ZIP 1996, 1472, 1473).

113) Vgl. v. Bar (Fn. 18), S. 117ff.; ders., AcP 179 (1979), 452, 468; Canaris, Festschrift Larenz, 1983, S. 28, 107; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, S. 410; Mertens/Mertens, JZ 1990, 488 (489); MünchKomm-BGB/Mertens, vor § 823 Rdnr. 47, § 823 Rdnr. 190; Rogge (Fn. 36), S. 191ff.; Ulmer, JZ 1969, 163, 169ff.

114) Vgl. v. Bar (Fn. 18), S. 121; Christensen (Fn. 18), S. 124ff.; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, S. 412; MünchKomm-BGB/Mertens, § 823 Rdnr. 198; Mertens, VersR 1980, 397, 408; Rogge (Fn. 36), S. 192ff. Soergel/Zeuner, BGB, § 823 Rdnr. 188; Ulmer, JZ 1969, 163, 169ff.

115) I.E. ähnlich nun Rogge (Fn. 36), S. 198ff.

116) S. oben sub II. 2.

117) Vgl. auch Deutsch, Allg. Haftungsrecht, Rdnr. 561f.; Möllers, DB 1996, 1455, 1459; Rogge (Fn. 36), S. 243ff.

Vertrauen "in Anspruch nimmt"¹¹⁸⁾. Mit seiner "herausgehobenen eigenständigen Stellung"¹¹⁹⁾ allein kann dies freilich nicht begründet werden, da sie keine spezielle Kompetenz in dem für die deliktischen Sorgfaltspflichten maßgeblichen Bereich signalisiert und deshalb auch keine besondere Erwartung des Verkehrs auf sachgemäßes Verhalten nach sich zieht. Erforderlich ist vielmehr die Zusage des Verwalters, sich um den Schutz bestimmter Rechtsgüter - oder allgemein: um verkehrssichere Zustände in einem bestimmten Bereich - persönlich zu kümmern. Umgekehrt kann ein schutzwürdiges Interesse des Verkehrsteilnehmers an einer persönlichen deliktischen Handlungs- oder Unterlassungspflicht des Verwalters jedoch gerade fehlen, wenn der Verkehrsteilnehmer mit der Masse durch einen vom Verwalter abgeschlossenen oder fortgesetzten Vertrag verbunden ist¹²⁰⁾. Denn die Konkurrenz von Vertrag und Delikt ist eine "einwirkende" in dem Sinne, daß grundlegende Wertungen des vertraglichen Schadensersatzrechts auf die deliktische Haftpflicht durchschlagen können¹²¹⁾. Eine solche grundsätzlich zu beachtende Wertung ist aber die, daß die vertragliche Haftung nur den Vertragspartner trifft, nicht dessen Vertreter bzw. Erfüllungsgehilfen.

Ein gegenläufiges Wertungskriterium ist auch die Zumutbarkeit und "Leichtigkeit" verkehrsgerechten Verhaltens. Unter diesem Gesichtspunkt ist es zu würdigen, daß der Verwalter bei Amtsübernahme zunächst seinerseits auf die Ordnungsmäßigkeit der seitens des Gemeinschuldners und seiner Organe veranlaßten Sicherungsmaßnahmen vertrauen darf, solange ihm keine gewichtigen Anhaltspunkte für deren Unzulänglichkeit zur Kenntnis gelangen. Gegen eine persönliche Inpflichtnahme des Verwalters kann es aber auch sprechen, wenn der Verwalter durch Beschluß der Gläubigerschaft zur Fortführung eines Betriebs oder Betriebsteils verpflichtet war, den er bei verkehrspflichtgemäßem Vorgehen an sich hätte schließen müssen (da eine potentielle Verletzung von Rechtsgütern Dritter anders nicht zu verhindern war), oder wenn die vorrangige Befassung mit der Erfüllung der Verkehrspflichten eine Zurücksetzung wichtiger Aufgaben der Konkursabwicklung verlangt hätte.

Bei der konkreten Rechtsanwendung sind diese Merkmale nun nicht zu verabsolutieren, nicht isoliert zu betrachten. Sie stehen vielmehr - i.S. eines beweglichen Systems im *Wilburg'schen* Sinne - in einer Wechselwirkung zueinander, und zwar dergestalt, daß das besonders ausgeprägte Auftreten des einen Merkmals ein weniger ausgeprägtes des anderen Kriteriums kompensieren kann¹²²⁾. Auszugehen ist dabei von den gefahrbezogenen Wertungselementen. Die Eigenhaftung des Verwalters für Verkehrspflichtverletzungen ist nach dem Vorgesagten deshalb grundsätzlich zu bejahen, soweit es um die Vermeidung konkreter Risiken für hochrangige Rechtsgüter geht, dagegen jedenfalls zu verneinen bei abstrakten, fernliegenden Risiken für weniger hoch bewertete Schutzgüter. Treten im Einzelfall weitere positive Wertungskriterien hinzu - namentlich die Inanspruchnahme besonderen personenbezogenen Vertrauens -, so führt dies zu einer Erleichterung des Prüfungsmaßstabs; die genannten gegenläufigen Wertungskriterien bewirken umgekehrt eine Verschärfung. Mit einem solchen System von Wertungselementen dürfte sich ein Ergebnis erzielen lassen, das nicht nur unter Gerechtigkeitsaspekten, sondern zumindest mittelfristig auch im Hinblick auf Rechtssicherheit und praktische Handhabbarkeit akzeptabel und einer rein topischen Rechtsfindung überlegen ist: Sobald die einzustellenden Wertungsargumente und ihre Gewichtung durch Wissenschaft und Rechtsprechung determiniert sind, wird man mit ihnen jedenfalls nicht schlechter umgehen können als mit den zahllosen Wertungen und Interessenabwägungen, die ohnehin schon für die Feststellung von Verkehrspflichten erforderlich sind.

3. Zur Beweislast und zur Haftung des Verwalters nach §§ 831ff. BGB

Von großer praktischer Bedeutung ist, ob zu Lasten des Verwalters auch die Beweislastgrundsätze anzuwenden sind, die gerade im Unternehmensbereich in großer Zahl bestehen. Die Rechtslage für die parallele Fragestellung der Haftung von Organen juristischer Personen ist auch insoweit unklar. In zwei vielbeachteten Entscheidungen aus den Jahren 1975 und 1987 hatte der BGH die produkthaftpflichtrechtliche Beweislastumkehr auch auf den im Produktionsbereich tätigen verantwortlichen Geschäftsleiter ausgedehnt¹²³⁾. Im "Baustoff"-Urteil beschränkte der BGH dies aber auf den "begrenzten Bereich der Herstellerhaftung für fehlerhafte Produkte": Es bedeute eine Infragestellung der allgemeinen Beweisregeln ohne ausreichenden Sachgrund, wolle man dem Geschäftsleiter hinsichtlich aller

118) Vgl. zur Haftung des Verwalters aus culpa in contrahendo BGHZ 85, 75, 80/82f.; 100, 346, 352; BGH, ZIP 1987, 1586, 1587; BGHZ 103, 310, 313; BGH, ZIP 1988, 1136; 1989, 1584, 1588.

119) v. Bar, Festschrift Kitagawa, S. 278, 293f.; vgl. speziell zum Konkursverwalter *Lüke* (Fn. 6), S. 135ff., 143ff., der ein solches Vertrauen bei dem Verwalter gleichsam institutionell für gegeben hält.

120) Vgl. *Grunewald*, ZHR 157 (1993), 451, 455f.; *Ransiek*, ZGR 1992, 203, 227ff.; *Karsten Schmidt*, Karlsruher Forum 1993, 55, 56; a.A. z.B. *Lutter*, ZHR 157 (1993), 464, 476.

121) Vgl. m.w.N. *Georgiades*, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht, 1968, S. 86ff.

122) Vgl. dazu m.w.N. v. Bar, *Deutsch* und *Koziol* in: *Bydlinski et al.* (Hrsg.), Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986).

123) NJW 1975, 1827, 1828; NJW 1987, 372, 374.

Vorgänge aus dem Unternehmensbereich die Beweislast auferlegen¹²⁴⁾. Auch in einer Entscheidung aus dem Jahr 1991 befand der BGH, die Beweislastumkehr treffe allein den Unternehmer und nicht Betriebsangehörige, die nicht Herr des Organisationsbereiches seien, und nicht einmal alle leitenden Mitarbeiter. Etwas anderes könne nur in besonderen Fällen gelten, nämlich wenn der Betriebsangehörige aufgrund seiner besonderen Stellung im Betrieb als Repräsentant des Unternehmens betrachtet werden könne, "vor allem, wenn er zusätzlich noch kapitalmäßig, etwa als Kommanditist, an dem Herstellungsunternehmen beteiligt ist"¹²⁵⁾. Der BGH ist damit offenbar auf dem richtigen Weg, denn ohne eine solche unternehmerische Beteiligung geht es jedenfalls nicht¹²⁶⁾: Mit der Beweislastumkehr zumindest im Bereich unternehmerischer Verantwortlichkeit setzt die Rechtsprechung die materiellrechtlich - eben durch Statuierung strenger Verkehrspflichten - ins Werk gesetzte Schadenszuweisung zum Unternehmensträger mit beweismittlerischen Mitteln fort. Die Beweislastverteilung findet ihre innere Rechtfertigung deshalb nicht allein in der Herrschaft über den "Gefahrenbereich" und im erleichterten Zugang zu den Beweismitteln, sondern maßgeblich im Eigeninteresse des Unternehmers an der gefährlichen Tätigkeit oder Sache¹²⁷⁾. Hieraus ergibt sich die Unanwendbarkeit dieser Beweislastgrundsätze auf den Konkursverwalter, der, wie bereits dargelegt wurde, ein solches Interesse nicht hat: Er ist trotz seiner an der Verteilungsmasse orientierten Vergütung nicht in diesem Sinne unternehmerisch tätig. Er hat zudem keine Möglichkeit, sich für das Haftungsrisiko ein höheres als das in der VergütVO vorgesehene Entgelt auszubedingen.

Einzuschränken ist damit auch die in Rechtsprechung und Literatur bislang weitgehend unangefochten vertretene Auffassung, der Konkursverwalter hafte für das Versagen von Hilfspersonen nach § 831 I BGB¹²⁸⁾. Dies gilt vielmehr nur für die von ihm für eigene Rechnung angestellten Gehilfen, vor allem die ständigen Mitarbeiter des Anwalts- bzw. Konkursverwalterbüros. Soweit er dagegen, wie in dem der Entscheidung des BGH vom 17.9. 1987¹²⁹⁾ zugrundeliegenden Sachverhalt, Gehilfen auf Rechnung der Masse neu angestellt hat oder Gehilfen des Gemeinschuldners für die Masse weiterbeschäftigt, gar weiterbeschäftigen *muß* (§§ 22 KO, 113 InsO), gilt für ihn nicht anders als für die Organe juristischer Personen¹³⁰⁾, daß die in § 831 I BGB bestimmte Haftung unmittelbar die Masse (wiederum genauer: den Gemeinschuldner als deren Träger) trifft und nicht primär den Verwalter persönlich. § 831 I BGB ist aus heutiger Sicht lediglich ein spezialgesetzlich geregelter Sonderfall einer Verkehrspflicht, der mit inhaltsgleichen bzw. weitergehenden Verkehrspflichten aus § 823 I BGB konkurriert und sich von diesen nur durch die Umkehrung der Beweislast unterscheidet¹³¹⁾. Diese Beweislastumkehr zu Lasten des Geschäftsherrn kann jedoch aus den genannten Gründen keine Wirkung gegen den Verwalter entfalten. Den Verwalter können lediglich - unter den oben genannten Voraussetzungen - inhaltsgleiche persönliche Verkehrspflichten zu sachgemäßer Organisation und Beaufsichtigung treffen, deren Verletzung dann auch eine persönliche Haftung (freilich gemäß § 823 I BGB und nicht nach § 831 BGB) nach sich zieht. Hierfür bedarf es freilich des vollen Nachweises der Pflichtverletzung und des Rechtswidrigkeitszusammenhangs.

Auch die spezialgesetzliche Übernehmerhaftung der §§ 831 II, 832 II, 834, 838 BGB greift aus diesem Grund zu Lasten des Verwalters nicht ein. Zwar hat die Rechtsprechung speziell § 831 II BGB schon öfter auf unselbständig Beschäftigte angewandt¹³²⁾ - wenn auch ausdrücklich nicht auf Organe juristischer Personen¹³³⁾ -, und speziell zu § 838 BGB ausdrücklich die Amtsübernahme durch den Konkursverwalter der (vertraglichen) Übernahme der Gebäudeunterhaltungspflicht gleichgestellt¹³⁴⁾. Dies trifft jedoch nicht zu. Auch die in §§ 831 II, 832ff. BGB statuierten Pflichten stellen sich heute als spezielle Verkehrspflichten mit der alleinigen Besonderheit einer Beweislastumkehr dar. Diese Beweislastumkehr, die das Gesetz zunächst den Geschäftsherren, Eltern, Tierhaltern und Eigenbesitzern

124) BGHZ 109, 297, 301.

125) BGHZ 116, 104, 113.

126) So zutreffend die h.L., vgl. etwa *Altmeyden*, ZIP 1995, 881, 888f.; *Christensen* (Fn. 18), S. 191ff.; *Lieb*, JZ 1976, 526, 527; *Holger Schmidt* (Fn. 36), S. 252ff.

127) Vgl. etwa *Baumgärtel*, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1991, § 823 Anh. C III Rdnr. 28ff.; *Larenz*, Festschrift Hauß, 1978, S. 225, 238; *Stoll*, AcP 176 (1976), 145, 167ff.

128) *Jaeger/Weber*, KO, § 78 Anm. 10a; wie hier wohl *Derpa* (Fn. 55), S. 142ff.

129) BGH, KTS 1988, 131 = ZIP 1987, 1398; s. dazu oben sub II. 1.

130) S. oben Fn. 31.

131) Vgl. nur *v. Bar* (Fn. 18), S. 241ff.; *MünchKomm-BGB/Mertens*, § 831 Rdnr. 1.

132) Vgl. zu § 831 II BGB: BGH, VersR 1960, 371, 372; zu § 834 BGB: RG, JW 1905, 392; BGH, NJW 1987, 949, 950; NJW-RR 1994, 90; zu § 838 BGB: BGH, LM § 838 BGB Nr. 2, 3; s. dazu ausführlich *Rogge* (Fn. 36), S. 155ff.

133) BGH, NJW 1974, 1371, 1372; BGHZ 109, 297, 304; BGHZ 125, 366, 375; *MünchKomm-BGB/Mertens*, § 831 Rdnr. 64; *Rottkemper* (Fn. 14), S. 153ff.; a.A. *Altmeyden*, ZIP 1995, 881, 888f. (der jedoch die für die Vorschrift kennzeichnende Beweislastumkehr von der Anwendbarkeit ausnehmen möchte); *Christensen* (Fn. 18), S. 191ff.; *Soergel/Zeuner*, BGB, § 831 Rdnr. 55.

134) BGHZ 21, 285, 291f.

aufgelegt, findet ihre innere Rechtfertigung in deren Eigeninteresse an der gefährlichen Tätigkeit oder Sache. Ein äquivalentes Eigeninteresse muß deshalb auch für den Übernehmer der Aufsicht verlangt werden. Dies hat aber nur der unternehmerisch tätige Übernehmer, der die eingegangenen Risiken zudem bei der Bemessung des Entgelts berücksichtigen kann. Für den Verwalter dagegen gilt auch dies nicht. Zudem ist es der Zweck der genannten Vorschriften, eine Schutzlücke zu schließen: Sie sollen gewährleisten, daß die dort vorausgesetzten objektiv rechtswidrigen Schädigungen einem haftenden Vermögen zugerechnet werden können. Dies ist hinsichtlich des Verwalters ebenso wie bei Organen juristischer Personen bereits über den entsprechend anwendbaren § 31 BGB gewährleistet. Um die Fälle, in denen eine Zurechnung der unerlaubten Handlung nach den genannten Vorschriften möglich ist, auszuschließen, müssen die zu weit gefaßte Vorschriften der §§ 831 II, 832 II, 834, 838 BGB deshalb dergestalt teleologisch reduziert werden, daß eine vertragliche Übernahme nur bei der Übernahme durch einen externen "independent contractor" vorliegt¹³⁵⁾. Auf den Verwalter sind sie deshalb gleichfalls nicht anwendbar.

V. Zur Regreßpflicht des Verwalters gegenüber der Konkursmasse

Sofern der Verwalter nach dem vorstehend Ausgeführten nicht unmittelbar dem geschädigten Dritten zum Ersatz verpflichtet ist, so kommt doch ein Regreß- oder Freistellungsanspruch der Masse, die dem deliktisch geschädigten Dritten zum Ersatz verpflichtet ist, gegen ihn in Betracht. Dieser Anspruch kann sich hier nur aus § 82 KO (§ 60 I InsO) ergeben. Zwar kann die Masse, wenn sie gemäß § 31 BGB *neben* dem selbst deliktisch haftenden Verwalter verpflichtet ist, zugleich nach den Regeln über den Gesamtschuldnerausgleich (§§ 840 I, 426 II BGB) Ersatz und Freistellung von diesem verlangen¹³⁶⁾. Diese Möglichkeit ist ihr jedoch verschlossen, wenn, wie hier vorausgesetzt, die Masse allein haftet.

Gegen die Möglichkeit, Regreßansprüche aus § 82 KO (§ 60 I InsO) herzuleiten, bestehen auch keine durchgreifenden Bedenken. Seit jeher ist anerkannt, daß die Masse - vertreten durch einen neuernannten Verwalter bzw. einen Sonderverwalter - sich bei dem bisherigen Verwalter für die Schmälerung ("Masseverkürzungs-" bzw. "Gemeinschaftsschaden") schadlos halten kann, die sie durch eine auf dessen Fehlverhalten zurückzuführende Ersatzleistung erlitten hat¹³⁷⁾. Zwar scheint dem Bestehen eines solchen Anspruchs zunächst entgegenzustehen, daß die von dem Verwalter verletzte Verkehrssicherungspflicht doch gerade als *nicht* "konkursspezifisch" (und damit i.S. von §§ 82 KO, 60 I InsO haftungsbegründend) identifiziert wurde¹³⁸⁾. Dieselbe Handlung und Unterlassung kann aber durchaus zugleich konkursspezifische Pflichten verletzen¹³⁹⁾. Eine solche konkursspezifische Pflicht ist es, die Masse in ihrem Bestand zu erhalten und Schmälerungen durch Ersatzansprüche Dritter zu verhindern. Damit wird also nicht ein und dieselbe Pflicht unterschiedlich qualifiziert. Vielmehr verletzt ein und dieselbe Handlung (oder Unterlassen) gleichzeitig verschiedene Pflichten, sowohl externe, gegenüber Dritten bestehende Pflichten als auch interne, gegenüber der Masse bestehende.

Ein Regreßanspruch besteht aber nicht stets dann, wenn die Masse nach außen analog § 31 BGB deliktisch einzustehen hat. Zwar dürfte eine Entlastung für allfällige Fehlleistungen bei der Funktionsausübung nach den Grundsätzen über den innerbetrieblichen Schadensausgleich im Arbeitsverhältnis für den Konkursverwalter dann nicht in Betracht kommen¹⁴⁰⁾. Jedoch decken sich die an einen "sorgfältigen und gewissenhaften Verwalter" (vgl. § 60 I 2 InsO) zu stellenden Anforderungen durchaus nicht grundsätzlich mit den für das massezugehörige Unternehmen geltenden Sorgfaltspflichten. Dies gilt zumal in den zahlreichen Fällen, in denen letztere nur das dogmatische Vehikel zur Begründung einer allgemeinen Einstandspflicht für unternehmensbedingte Gefahren darstellen. Auch können

135) Vgl. zu § 831 II BGB *Brüggemeier*, AcP 191 (1991), 33, 40; *Krebs/Dylla-Krebs*, DB 1990, 1271f.; *MünchKomm-BGB/Mertens*, § 831 Rdnr. 64; *Rottkemper* (Fn. 14), S. 130ff., 148ff.

136) Vgl. etwa *Eckert*, EWiR 1987, 1128; *Hanisch* (Fn. 55), S. 139; *Karsten Schmidt*, KTS 1976, 191, 195/206f.; *ders.*, ZZP 90 (1977), 38, 64f.; ausführlich *Lüke* (Fn. 6), S. 192ff.

137) Vgl. BGH, NJW 1973, 1198; ZIP 1989, 1407, 1408f.; *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, § 82 Anm. 4; *Gottwald/Heilmann/Klopp*, Insolvenzrechts-Handbuch, § 24 Rdnr. 9.

138) So *Eckert*, EWiR 1987, 1128.

139) Die Sachlage ist also ebenso wie etwa bei den steuerlichen ("steuerspezifischen") Pflichten, für deren Verletzung der Verwalter zwar *extern* nicht nach § 82 KO, sondern allenfalls nach § 69 KO haftet (vgl. BGHZ 106, 134ff.), die aber durchaus eine *interne* Haftung gemäß § 82 KO nach sich ziehen können, wenn der Masse dadurch ein Schaden entsteht (vgl. BGHZ 74, 316, 321).

140) So aber *Hanisch* (Fn. 55), S. 139ff.; wie hier *Jaeger/Weber*, KO, § 82 Anm. 17; *Lüke* (Fn. 6), S. 195ff., 199 (dessen Lösungsvorschlag, bei einer von der Gläubigerversammlung akzeptierten Betriebsfortführung eine Entlastung analog § 254 BGB eintreten zu lassen, allerdings weitgehend auf dasselbe hinausliefe); *Karsten Schmidt*, ZZP 90 (1977), 38, 65f.; vgl. zur Behandlung der Organe juristischer Personen auch BGH, WM 1975, 467, 469; *Heisse*, Die Beschränkung der Geschäftsführerhaftung gegenüber der GmbH, 1988, S. 56ff. m.w.N.; differenzierend freilich zuletzt *Diller*, Gesellschafter und Gesellschaftsorgane als Arbeitnehmer, 1994, S. 137ff.; *Köhl*, DB 1996, 2597, 2600ff.

konkurrierende Verwalterpflichten intern vorrangig sein, so etwa in dem schon mehrfach angesprochenen Fall, daß der Verwalter sich nach Amtsantritt zunächst nicht um die im Betrieb anfallenden Verkehrspflichten, sondern um dessen Fortführung und damit um den Erhalt des inneren Werts des Betriebs kümmert¹⁴¹⁾. Generell wird dem Verwalter nach Übernahme der Konkursverwaltung darüber hinaus eine gewisse Einarbeitungszeit zuzubilligen sein¹⁴²⁾. Der Anspruch kann ferner dann ausgeschlossen sein, wenn die die Außenhaftung auslösende Maßnahme des Verwalters durch einen ordnungsgemäß zustande gekommenen zustimmenden Beschluß der Gläubigerselbstverwaltungsorgane gedeckt und damit im Innenverhältnis zur Konkursmasse pflichtgemäß war¹⁴³⁾. Immer dann schließlich, wenn die Verurteilung der Masse zum Schadensersatz auf einer ihr nachteiligen Beweislastverteilung beruhte, kommt ein Ersatzanspruch gegen den Verwalter gleichfalls nicht in Betracht.

Es bedarf also hier der sorgfältigen Untersuchung im Einzelfall, ob der Verkehr von dem Verwalter berechtigtermaßen erwarten konnte, sich persönlich um die Erfüllung der in Rede stehenden deliktischen Sorgfaltspflicht zu kümmern. Diese Untersuchung dürfte in den Fällen, in denen eine auf den Verwalter als Person bezogene schutzwürdige Verkehrserwartung (und damit dessen deliktische Haftung gegenüber dem geschädigten Dritten) zu verneinen war, in aller Regel auch zur Verneinung der internen Pflichtwidrigkeit führen. Die hier vertretene Auffassung wirkt sich mithin auch im praktischen Ergebnis positiv für den Verwalter aus: Seine persönliche Verantwortlichkeit wird von einer der Intensität nach originär unternehmerischen Haftung zurückgeführt auf ein seiner Konkursverwalterstellung angemessenes Maß.

VI. Resümee und Ausblick

1. Zusammenfassung der Ergebnisse

Nach üblicher Anschauung baut die deliktische Haftpflicht im Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren auf der persönlichen Verantwortlichkeit des Konkursverwalters auf: Dieser ist Destinatar der deliktischen Sorgfaltspflichten und damit zugleich primärer Haftpflichtiger. Die Masse soll zwar nach zunehmend vertretener Auffassung analog § 31 BGB neben dem Verwalter haften, ohne diesen damit jedoch von der Haftung zu befreien. Die hier entwickelte Auffassung zur Haftungsverfassung der Konkursmasse kehrt dieses Verhältnis um: Die tatsächliche Sachherrschaft des Verwalters über massezugehörige Gegenstände und die Unternehmensfortführung im Konkurs lassen Rechte und Pflichten - und damit auch die hieran anknüpfenden Verkehrspflichten - grundsätzlich nur in der Amtssphäre des Verwalters entstehen, letztlich also beim Schuldner als Rechtsträger der Masse. Dieser haftet analog § 31 BGB mit der Masse für das aus dem amtsbezogenen Tun bzw. Unterlassen des Verwalters und der die Masse treffenden Verkehrspflicht "zusammengesetzte" Delikt.

Daß die Verkehrspflichten von dem Verwalter wahrgenommen werden müssen, bedeutet also nicht, daß er sie als persönliche Pflichten wahrzunehmen hat. Vielmehr ist er nur unter besonderen Umständen zugleich persönlich verantwortlich. Wann dies der Fall ist, ist anhand eines beweglichen Systems von Wertungselementen zu ermitteln. Hier sind namentlich die Schadensgeneigntheit der betreffenden Situation oder Handlung, ihre Nähe zum tatbestandmäßigen Verletzungserfolg und das Maß der drohenden Rechtsgutsbeeinträchtigung von Bedeutung. Die zum Nachteil von Unternehmensträgern entwickelten Beweisnachteile sind bei persönlicher Inanspruchnahme des Verwalters nicht anwendbar. Er haftet deshalb auch nicht gemäß § 831 BGB für das Versagen von Hilfspersonen, die er auf Rechnung der Masse beschäftigt.

2. Übertragbarkeit der Ergebnisse auf die Störerproblematik

Ähnlich gelagert wie das Problem der persönlichen Schadensersatzhaftung des Verwalters ist die Frage der persönlichen Inanspruchnahme des Konkursverwalters auf Unterlassung und Beseitigung von Beeinträchtigungen i.S. von § 1004 I BGB. Zwar ist jedermann verpflichtet, Eingriffe in den Rechtskreis Dritter zu unterlassen. Auch hier bedarf es jedoch der Abgrenzung zwischen solchen Verletzungshandlungen, die dem Verwalter zugleich persönlich zurechenbar sind, und anderen, bei denen dies nur im Hinblick auf seine spezifische Eigenschaft als Amtstreuhänder der Masse möglich ist. Es sei daher die These zur Diskussion gestellt, daß die hier erarbeiteten Grundsätze auch für dieses Abgrenzungsproblem herangezogen werden können, zumindest aber nicht schlechthin von einer persönlichen

141) Womöglich ist der Masse in diesem Fall per saldo gar kein Schaden entstanden, da die Belastung mit der Schadensersatzpflicht durch die Vorteile aus der statt dessen wahrgenommenen massenützigen Tätigkeit des Verwalters kompensiert wird.

142) Vgl. *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, § 82 Rdnr. 11a.

143) Vgl. dazu BGH, ZIP 1985, 423, 425f. = KTS 1985, 520; BGHZ 113, 262, 281 = KTS 1991, 320; s. umfassend *Lüke* (Fn. 6), S. 165ff.

Störerhaftung des Verwalters ausgegangen werden kann¹⁴⁴⁾.

3. Übertragbarkeit der Ergebnisse auf andere Amtstreuhand

Das hier behandelte Problem stellt sich in vergleichbarer Weise für andere Amtstreuhand wie namentlich den Zwangsverwalter eines Grundstücks bzw. grundstücksbezogenen Gewerbebetriebs, den Nachlaßverwalter, den Testamentsvollstrecker, der den Nachlaß oder einen Teil davon zu verwalten hat, oder auch den Sequester im Konkursöffnungsverfahren (vorläufigen Insolvenzverwalter). Auch in diesen Fällen wird bislang allgemein eine umfassende persönliche Haftung des betreffenden Verwalters nach §§ 823ff. BGB angenommen¹⁴⁵⁾. Es wurde auch verschiedentlich ausgesprochen, daß der Verwalter in diesen Fällen in die Verkehrspflichtenstellung des Rechtsträgers eintrete¹⁴⁶⁾. Demgegenüber sei hier die These zur Diskussion gestellt, daß die zur Konkursverwaltung erarbeiteten Ergebnisse für die anderen Amtstreuhand ebenfalls gelten¹⁴⁷⁾. Danach würde etwa der betreffende Verwalter nur unter den obengenannten zusätzlichen Voraussetzungen selbst deliktisch für die Verletzung von Verkehrspflichten haften, die sich auf die verwaltete Vermögensmasse beziehen. In Ermangelung dieser Voraussetzungen hätte allein der Rechtsträger der Verwaltungsmasse analog § 31 BGB mit der betreffenden Masse für die Deliktsverbindlichkeit einzustehen. Auch für Ansprüche gemäß § 831 I BGB wegen Gehilfenversagens würde hiernach, wenn der Gehilfe nicht von dem Verwalter auf eigene Rechnung angestellt wurde, zunächst nur die verwaltete Vermögensmasse haften, nicht aber der Verwalter persönlich.

144) Insoweit zutr. *Lobe*, ZZZ 39 (1909), 493, 501; anders aber explizit *Staudinger/Gursky*, BGB, § 1004 Rdnr. 123; wohl auch *Karsten Schmidt*, ZZZ 90 (1977), 38, 41/62f. Zur vergleichbaren Frage, wann Organe und Arbeitnehmer juristischer Personen persönlich als Störer nach § 1004 I BGB anzusehen sind, besteht freilich ebenfalls Streit, vgl. m.w.N. *Gursky*, aaO. Rdnr. 119f. Die Rechtsprechung hat die persönliche Verantwortlichkeit für unmittelbare Eingriffe durch positives *Tun* bislang bejaht (vgl. zuletzt BGH, DB 1979, 544, 545, für einen Arbeitnehmer, sofern dieser einen "eigenen Entscheidungsspielraum mit entsprechendem Verantwortungsbereich" hatte), für *Unterlassen* dagegen zuletzt verneint (vgl. BGH, NJW 1987, 127, 129; BGH, GRUR 1986, 248, 250f. für einen Geschäftsführer, der von der wettbewerbswidrigen Handlung von Unternehmensbediensteten keine positive Kenntnis hatte; s. zur wettbewerbsrechtlichen Diskussion etwa *Götting*, GRUR 1994, 6ff. m.w.N.).

145) Vgl. etwa zum Testamentsvollstrecker: LG Bochum, VersR 1957, 307; *Muscheler* (Fn. 82), S. 234ff.; *Staudinger/Reimann*, BGB, § 2219 Rdnr. 28f., jew. m.w.N.; zum Zwangsverwalter: *Dassler/Schiffhauer/Muth*, ZVG, 11. Aufl. 1991, § 154 Rdnr. 5; *Mohrbutter*, Festschrift Heymanns Verlag, 1965, S. 159, 175ff.; *Steiner/Hagemann*, ZVG, 9. Aufl. 1986, § 154 Rdnr. 18; *Zeller/Stöber*, ZVG, 15. Aufl. 1996, § 154 Anm. 2.5 b); s. auch BGHZ 21, 285, 293; abw. allerdings RGZ 97, 11, 12.

146) Vgl. etwa zum Testamentsvollstrecker: *Muscheler* (Fn. 82), S. 235f.; zum Zwangsverwalter: *v. Bar* (Fn. 18), S. 123; *Christensen* (Fn. 18), S. 194; *Dassler/Schiffhauer/Muth*, ZVG, § 154 Rdnr. 5; *Mohrbutter*, Festschrift Heymanns Verlag, S. 159, 176f.; *Steiner/Hagemann*, ZVG, § 154 Rdnr. 18; *Zeller/Stöber*, § 154 Anm. 2.5 b).

147) Im Hinblick auf die Zurechnung deliktischen Verwalterhandelns zur verwalteten Vermögensmasse ist dies auch schon verschiedentlich ausgesprochen worden; vgl. zur Haftung des Erben (i.S. einer Nachlaßverbindlichkeit) für Delikte des Testamentsvollstreckers *Derpa* (Fn. 55), S. 99ff., 132ff.; *MünchKomm-BGB/Brandner*, § 2219 Rdnr. 18; *Reuber* (Fn. 79), S. 280; *Staudinger/Reimann*, BGB, § 2219 Rdnr. 28f.; a.A. etwa *Palandt/Edenhofer*, BGB, § 2219 Rdnr. 2; *Soergel/Damrau*, BGB, § 2219 Rdnr. 8, jew. unter unzutreffender Berufung auf BGH, LM § 823 (Ad) Nr. 1 (dort heißt es nur, daß der Erbe nicht *anstelle* des Testamentsvollstreckers hafte, diesen also entlaste); differenzierend jetzt *Muscheler* (Fn. 82), S. 237ff.