

**DIE HAFTUNG DES MASSEVERWALTERS GEM § 81
ABS 3 IO - HAFTUNG EX MANDATO ODER HAFTUNG IM
ZWISCHENBEREICH VON VERTRAG UND DELIKT***

***Priv.-Doz. Mag. Dr. Henriette-Christine DUURSMA-KEPPLINGER,
LL.M., M.A.S., LL.M.*****

Gemäß § 81 Abs 3 IO (Insolvenzordnung) ist der Insolvenzverwalter „*allen Beteiligten für Vermögensnachteile, die er ihnen durch pflichtwidrige Führung seines Amtes verursacht, verantwortlich*“. Die Ausführungen sollen sich auf den Masseverwalter konzentrieren, so bezeichnet man den Insolvenzverwalter im Konkursverfahren und im Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung.

Ziel des Beitrags ist es, dem herrschenden Konzept der Masseverwalterhaftung ein neues alternatives Lösungsmodell gegenüber zustellen. Dieses knüpft bei der Frage der Rechtsnatur der Masseverwalterhaftung an der Rechtsstellung des Masseverwalters als Organ der Insolvenzmasse an¹. Daraus ergeben sich vor allem Unterschiede bei der Schutzrichtung der Amtspflichten und folglich auch der geschützten Beteiligten.

* Dieser Beitrag beruht auf dem Vortrag der Autorin im Rahmen des Habilitationskolloquiums an der Paris-Lodron-Universität Salzburg. Der Vortragsstil wurde beibehalten, der Text jedoch um Fußnoten ergänzt.

** Paris-Lodron-Universität Salzburg

¹ Monographisch hierzu *Duursma-Kepplinger*, Die Haftungsordnung im Gesellschaftskonkurs Band I bis IV (2009).

I. Die herrschende Lehre – Sonderbeziehungstheorie

A. Rechtsgrund

Lehre und Rsp betrachten die insolvenzrechtliche Sonderbestimmung über die Haftung des Masseverwalters als Ausdruck einer **gesetzlichen Sonderbeziehung**, in welcher der Masseverwalter zu den einzelnen Beteiligten steht². Diese besondere rechtliche Beziehung basiert nicht auf einer vertraglichen Verbindung, sondern resultiert aus dem Naheverhältnis, welches sich aufgrund der Insolvenzabwicklung zwischen Verwalter und Beteiligten ergäbe³. Gekennzeichnet sei dieses durch eine intensivere Pflichtenbindung, als sie im deliktischen Bereich zwischen Schädiger und Geschädigtem gemeinhin gegeben sei⁴. Die Haftung des Verwalters stelle somit ein gesetzlich anerkanntes Beispiel für eine rechtliche Sonderbeziehung dar, die im Zwischenbereich von vertraglicher und deliktischer Haftung anzusiedeln sei⁵.

² Haftung im Zwischenbereich zwischen Vertrag und Delikt, siehe nur *Welser*, Sachverständigenhaftung und Insolvenzverfahren, NZ 1984, 92, 96; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I Allgemeiner Teil³ (1997) Rz 4/84; *Koziol*, Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich, JBl 1994, 209, 218; *Shamiyeh*, Die zivilrechtliche Haftung des Masseverwalters (1995) 47 ff; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert* §§ 81, 81a KO Rz 11; *Schulyok* in *Konecny/Schubert* (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (in Teillieferungen ab 1997; unvollständig) § 48 InsO Rz 238; *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht² (2004) Rz 127; *Artmann*, Die Haftung des Abschlussprüfers für Schäden Dritter, JBl 2000, 623 ff, insb Text bei FN 67; auch noch *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* (Begr/Hrsg), Österreichisches Insolvenzrecht - Kommentar⁴, Band I (2000), Band II/2 (2004), Band III (2002), Band IV (2006) III, § 81 KO Rz 94 ff; stRsp, zB OGH ZIK 1998, 101; ZIK 1998, 171; ZIK 1999, 165; ZIK 2007/287 = Zak 2007/389.

³ Insb *Welser*, NZ 1984, 92, 96; *Koziol*, Haftpflichtrecht I Rz 4/84; *Koziol*, JBl 1994, 209, 218 f; *Shamiyeh*, Haftung 47 ff; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert* §§ 81, 81a KO Rz 11; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* III § 81 KO Rz 94 ff; ablehnend, jedoch unter Darstellung des Meinungsstands *Duursma-Kepplinger*, Die Haftungsordnung im Gesellschaftskonkurs Band III, Die Haftung des Masseverwalters (2009) 231 ff.

⁴ Stellvertretend für viele *Koziol*, JBl 1994, 209, 218.

⁵ *Welser*, NZ 1984, 92, 96; *Koziol*, Haftpflichtrecht I Rz 4/84; *Koziol*, JBl 1994, 209, 218; *Shamiyeh*, Haftung 47 ff; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert* §§ 81, 81a KO Rz 11; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* III § 81 KO Rz 94 ff.

B. Anknüpfungspunkte der Sonderbeziehungstheorie

Den Hauptaspekt der Begründung dieser Sonderbeziehung erblickt die hA in der Betrauung des Masseverwalters mit Aufgaben, die erhöhte Einflussmöglichkeiten auf die Sphäre anderer eröffneten, die jenen bei rechtsgeschäftlichem Kontakt entsprächen. Als nicht unwesentlichen Nebenaspekt betrachtet die hM, dass der Verwalter für seine Tätigkeit ein Honorar bezieht, somit die Übernahme der Aufgaben im eigenen wirtschaftlichen Interesse desselben liegt⁶.

Im Detail divergieren die Ansichten, ob von einer **einheitlichen Sonderbeziehung** zu allen Beteiligten mit **allseitigen Pflichten**⁷, von einer **einheitlichen Sonderbeziehung mit abgestuften Pflichten**⁸ oder ob von einer **Pluralität an Sonderbeziehungen** zu jedem einzelnen Beteiligten⁹ auszugehen sei. Die letztgenannte Auffassung liegt dem Gros der höchstgerichtlichen Entscheidungen zu Grunde. Wesentlich ist, dass jede dieser Unterarten, die Haftung des Masseverwalters generell den Regeln der Vertragshaftung unterstellt¹⁰.

C. Beteiligte

Nach hM und ständiger Rechtsprechung sind „**Beteiligte**“ alle Personen „*deren Rechtsstellung einschließlich ihres wirtschaftlichen Gehalts*“

⁶ *Koziol*, JBl 1994, 209, 218 f; *Koziol*, Haftpflichtrecht I Rz 4/43, 4/48; *Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1983) 77 f; *Shamiyeh*, Haftung 48; weitergehend - allerdings im Kontext der Abschlussprüferhaftung für Pflichttestate - *Artmann*, JBl 2000, 623 ff, Text bei FN 65, die dem Aspekt der Entlohnung keine eigenständige Bedeutung beimisst; aus der Rsp zB OGH ZIK 1995, 55; ZIK 1997, 24; ZIK 1999, 205; SZ 63/138; Zak 2007/389.

⁷ In diesem Sinn offenbar *Bydlinski*, Schadenersatz wegen materiell rechtswidriger Verfahrenshandlungen, JBl 1986, 626, 638; kritisch hierzu *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 293 ff.

⁸ In diese Richtung gehend zum insoweit vergleichbaren deutschen Recht *Meyer*, Die Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters (2003) 98 ff.

⁹ *Shamiyeh*, Haftung 95 ff; *Koziol*, Haftpflichtrecht I Rz 4/42; für das deutsche Recht *Lüke*, Die persönliche Haftung des Konkursverwalters, Schriften des Institutes für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität Köln, Band 52, (1986) 38 f, 75 ff, 81 ff, 90 ff, dessen Ausführungen auch von der österreichischen Lehre aufgegriffen wurden.

¹⁰ OGH ZIK 1995, 55; ZIK 1997, 24; ZIK 1998, 171; ZIK 1999, 169; ZIK 1999, 205; SZ 63/138; AnwBl 2003/7858 (krit *Duursma-Kepplinger*); Zak 2007/389; ZIK 2007/333.

von der Gestaltung des Insolvenzverfahrens beeinflusst wird, sofern der Masseverwalter bei seinen Handlungen oder Unterlassungen zur Verhütung ihrer Schädigung verpflichtet erscheint¹¹. Dabei wird das Schwergewicht weniger auf den Aspekt der Betroffenheit in rechtlichen Interessen gelegt, als auf die Frage, ob der Masseverwalter bei seiner Tätigkeit zur **Verhütung der Schädigung bestimmter Personen verpflichtet** erscheint¹². Beteiligte seien demnach alle Personen, denen gegenüber der Masseverwalter „insolvenzspezifische Pflichten“ zu erfüllen habe und die daher einen Rechtsanspruch auf ein entsprechendes, pflichtgemäßes Verhalten des Verwalters hätten¹³.

D. Insolvenzspezifische Pflichten

Das Abrücken von einem verfahrensrechtlichen Beteiligtenbegriff¹⁴ und die Beteiligteenermittlung allein über die Pflichten des Verwalters hat zu einer weitgehenden **Sinnentleerung** des Begriffs der „Beteiligten“ im Haftungssystem des § 81 Abs 3 IO geführt¹⁵. Um eine unkonturierte Haftung des Verwalters für bloße Vermögensschäden zu verhindern, sieht sich die Sonderbeziehungstheorie genötigt, die „*Amtspflichten*“ des Verwalters auf Verletzung „*insolvenzspezifischer Pflichten*“ einzuschränken¹⁶. Pflichten, die den Verwalter gleich jeden anderen Teilnehmer am Rechtsverkehr gegenüber Dritten oder Vertragspartnern bei Geschäftsabschluss treffen,

¹¹ Für viele *Petschek/Reimer/Schiemer*, Das österreichische Insolvenzrecht (1973) 171; *Welser*, NZ 1984, 92, 96; *Koziol*, JBl 1994, 218; *Koziol*, Haftpflichtrecht I Rz 4/84; *Shamiyeh*, Haftung 47 ff; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert* §§ 81, 81a KO Rz 11; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* III § 81 KO Rz 94 ff.

¹² Krit bereits *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 298 ff, 385 ff.

¹³ Siehe die in Fn 11 genannten.

¹⁴ Hierzu eingehend *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 165 ff, insb 169 f mwN.

¹⁵ Krit *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 173 ff.

¹⁶ *Rintelen*, Handbuch des österreichischen Konkurs- und Ausgleichsrechts (1915) 73; *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 171; *Welser*, NZ 1984, 92, 96; *Koziol*, JBl 1994, 218; *Koziol*, Haftpflichtrecht I Rz 4/84; *Shamiyeh*, Haftung 47 ff; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert* §§ 81, 81a KO Rz 11; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* III § 81 KO Rz 94 ff; OGH ZIK 1995, 55; ZIK 1997, 24; ZIK 1998, 101; ZIK 1998, 171; ZIK 1999, 165; ZIK 2007/287 = Zak 2007/389.

begründen keine Haftung gem § 81 Abs 3 IO. Auf den formalen Aspekt einer Normierung innerhalb der Insolvenzgesetze komme es jedoch nicht entscheidend an¹⁷. Die Definition der insolvenzspezifischen Pflichten beruhe auf dem § 81 Abs 3 IO unterstellten **Normzweck**. Dieser wird in der Schaffung eines „Ausgleichs für die mit der Einsetzung des Verwalters verbundenen zusätzlichen, nicht vorhersehbaren beziehungsweise nicht steuerbaren Risiken“ gesehen. Der genaue Inhalt dieser insolvenzspezifischen Pflichten ist laut hL „freilich noch im Fluss“¹⁸.

E. Anerkannte Beteiligte

Als Beteiligte werden der Schuldner¹⁹, Insolvenzgläubiger²⁰, Massegläubiger²¹, Aussonderungsberechtigte²², Absonderungsberechtigte²³,

¹⁷ Für viele *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert §§ 81, 81a KO Rz 14; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in Bartsch/Pollak/Buchegger III § 81 KO Rz 97.

¹⁸ *Riel*, Zur Haftung des Masseverwalters bei Unternehmensfortführung im Konkurs, *ecolex* 1997, 484, 486; beachte auch *Lovrek*, Aktuelle Rechtsprechung des OGH zur Haftung von Insolvenzverwaltern und Gesellschaftsorganen, in Konecny, *Insolvenz-Forum* 2006 (2007) 105, wonach Art und Umfang dieser konkurspezifischen Pflichten im Einzelfall oft diskussionswürdig seien.

¹⁹ *Petschek/Reimer/Schiemer*, *Insolvenzrecht* 171; *Shamiyeh*, *Haftung* 62; *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert §§ 81, 81a KO Rz 16; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in Bartsch/Pollak/Buchegger III § 81 KO Rz 103 ff; *Dellinger/Oberhammer*, *Insolvenzrecht* Rz 130; *Holzhammer*, *Österreichisches Insolvenzrecht*⁵ (1996) 112; im Kontext der Nichtfreigabe einer im Konkurs nicht verfolgten Forderung *Kodek* in Bartsch/Pollak/Buchegger IV § 119 KO Rz 144 und *Riel* in Konecny/Schubert § 119 KO Rz 37; OGH SZ 47/84; JBl 1963, 323; AnwBl 2003/7858 (*Duursma-Kepplinger*), Haftung wegen pflichtwidriger Unternehmensschließung.

²⁰ *Petschek/Reimer/Schiemer*, *Insolvenzrecht* 170 ff; *Shamiyeh*, *Haftung* 62 f; *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert §§ 81, 81a KO Rz 17; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in Bartsch/Pollak/Buchegger III § 81 KO Rz 108 ff; *Dellinger/Oberhammer*, *Insolvenzrecht* Rz 130; *Holzhammer*, *Insolvenzrecht* 112; OGH ZIK 2006/66, Sicherstellungspflicht im Verhältnis zu Konkursgläubigern im Zwangsausgleich; zur letztgenannten Entscheidung *Lovrek* in Konecny, *Insolvenz-Forum* 2006 105, 106.

²¹ *Petschek/Reimer/Schiemer*, *Insolvenzrecht* 171; *Welser*, NZ 1984, 92, 97; *Bydlinski*, JBl 1986, 626, 638 f; *Shamiyeh*, *Haftung* 63 ff; *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert §§ 81, 81a KO Rz 21 f; *Holzhammer*, *Insolvenzrecht* 112; *Bachmann*, *Befriedigung der*

Einzelanfechtungsgläubiger²⁴, Garanten im Sanierungsplan und bei Unternehmensfortführung²⁵ genannt. Weitestgehend anerkannt ist die Beteiligtenstellung der Neumassegläubiger bei Unternehmensfortführung²⁶.

Masseforderungen (1993) 25 ff; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in Bartsch/Pollak/Buchegger III § 81 KO Rz 112 ff; *Lentsch*, Geltendmachung und Umfang der Haftung des Masseverwalters bei gescheiterter Unternehmensfortführung, ZIK 2000/49; *Lovrek* in Konecny, Insolvenz-Forum 2006 105, 106 f; *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht Rz 130; *Nunner-Krautgasser*, Masseverwalterhaftung für Prozesskosten, Zak 2007/373; *Kodek* in Bartsch/Pollak/Buchegger IV § 124 KO Rz 3, 5; vgl dazu hinsichtlich des Bestandgebers in Bezug auf (den aliquoten Teil der) Bestandzinsforderungen nach Konkurseröffnung (§ 23 Abs 1 IO): *Rathauscher*, Bestandrechte und Konkurs (1999) 129; OGH SZ 60/201; SZ 68/48 = ZIK 1995, 55 = DRdA 1996, 140 (*Oberhofer*) = ZAS 1996, 56 (*Grießer*); ZIK 1997, 24; AnwBl 2003/7858; ZIK 2005/252; ZIK 2007/287 = Zak 2007/389.

²² *Shamiyeh*, Haftung 69 ff; *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert §§ 81, 81a KO Rz 18 ff; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in Bartsch/Pollak/Buchegger III § 81 KO Rz 123 ff; *Duursma-Kepplinger*, Eigentumsvorbehalt und Mobilienleasing in der Insolvenz – Eine Darstellung der österreichischen und deutschen Rechtslage (2002) 56 f, 71 f, 82 f; *Schulyok* in Konecny/Schubert § 44 KO Rz 88 ff; *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht Rz 130; *Holzhammer*, Insolvenzrecht 112; *Rabl*, Die Aussonderung von Buchgeld, ÖBA 2006, 575; *Fischer* Aktuelle Rechtsprechung des BGH zur Haftung von Insolvenzverwaltern und Gesellschaftsorganen, in Konecny, Insolvenz-Forum 2006 (2007) 43, 45; OGH SZ 63/138; ZIK 1999, 205.

²³ *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 171; *Welser*, NZ 1984, 92, 97; *Bachmann*, Masseforderungen 26; *Shamiyeh*, Haftung 62 ff; *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert §§ 81, 81a KO Rz 18 ff; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in Bartsch/Pollak/Buchegger III § 81 KO Rz 120 ff; *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht Rz 130; *Lovrek* in Konecny, Insolvenz-Forum 2006 105, 107 ff; *Holzhammer*, Insolvenzrecht 112; OGH SZ 47/84; JBl 1987, 53; RdW 1998/343; Zak 2007/80.

²⁴ *Shamiyeh*, Haftung 74.

²⁵ *Shamiyeh*, Haftung 74.

²⁶ *Shamiyeh*, Haftung 86 ff; *Lentsch*, ZIK 2000/49; *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert §§ 81, 81a KO Rz 25; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in Bartsch/Pollak/Buchegger III § 81 KO Rz 147 ff; OGH ZIK 1995, 55; ZIK 1997, 24; ZIK 1999, 169; vgl auch OGH AnwBl 2003/7858 (*Duursma-Kepplinger*); vor der InsNov 2002 außerhalb der Unternehmensfortführung verneinend *Shamiyeh*, Haftung 79 ff; *Lentsch*, ZIK 2000/49; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in Bartsch/Pollak/Buchegger III § 81 KO Rz 144 ff; generell verneinend *Harrer*, Die zivilrechtliche Haftung des Sachverständigen, in Aicher/Funk, Der Sachverständige im Wirtschaftsleben (1990)

Hingegen ist die Beteiligtenstellung des Prozessgegners der unzulänglichen Masse in Ansehung seines aufschiebend bedingten Prozesskostenersatzanspruchs sowie jene des Gläubigers einer ausgeschlossenen Forderung selbst unter den Vertretern der hA umstritten²⁷.

II. Kritik an der Sonderbeziehungstheorie

A. Einflussnahmemöglichkeit auf einzelne Sphären und wirtschaftliches Eigeninteresse

Die Überlegungen zu den abgestuften Pflichten beziehungsweise der Isolierung einer Vielzahl einzelner Sonderbeziehungen macht die Sonderbeziehungstheorie in sich angreifbar.

Dies folgt zum einen daraus, dass die Pflichtenbindung des Masseverwalters beziehungsweise seine Einflussnahmemöglichkeiten auf einzelne Sphären, insbesondere jene von Aussonderungsberechtigten oder potentiellen Massegläubigern wesentlich schwächer sind, als etwa in Bezug auf die „Gesamtheit der Insolvenzgläubiger“²⁸. Die materiellen Rechte von Massegläubigern und Aussonderungsberechtigten werden durch die Insolvenz nicht eingeschränkt. Auch stehen ihnen mehr oder minder die gleichen Möglichkeiten zur Rechtsverfolgung zu wie außerhalb der Insolvenz²⁹.

177, 194 f; *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung IV 208 ff, insb 332 ff; generell bejahend nach der InsNov 2002 im Hinblick auf § 124a KO bejahend *Nunner-Krautgasser*, Zak 2007/373; *Riel*, Zur Haftung des Masseverwalters für Prozessführung bei Masseunzulänglichkeit, Anmerkungen zu OGH 18.4.2007, 8 Ob 3/07k, ZIK 2007/246.

²⁷ Beteiligtenstellung bejahend etwa *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert* §§ 81, 81a KO Rz 22; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* III § 81 KO Rz 112, 114; *Riel*, ZIK 2007/246; *Nunner-Krautgasser*, Zak 2007/373; wohl auch *Bydlinski*, JBl 1986, 626, 638 f; abl *Shamiyeh*, Haftung 99 ff; *Duursma-Kepplinger*, Die Haftungsordnung im Gesellschaftskonkurs IV, Parallelfälle der Masseverwalter- und Geschäftsführerhaftung (2009) 451 ff, insb 484 ff; OGH ZIK 2007/287 = Zak 2007/389; OGH ZIK 2007/333.

²⁸ Eingehend dazu *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 355 ff, 385 ff.

²⁹ Dazu *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 615ff, 661 ff, 701 ff, jeweils mwN.

Allein der Umstand, dass der Masseverwalter in seiner Funktion als Organ der Masse für die Begründung bzw Befriedigung der Masseforderungen sowie die Aussonderung zuständig ist und insofern mit deren Vermögenssphären in Berührung kommt, begründet keine über das allgemeine Maß hinausgehende Einflussmöglichkeit auf deren Position³⁰. Eine vergleichbare Einwirkungsmöglichkeit auf das Vermögen eines potenziellen Gesellschaftsgläubigers kommt schließlich außerhalb der Insolvenz auch organschaftlichen Vertretern von Kapitalgesellschaften zu, ohne dass darin eine Sonderbeziehung mit vergleichbarer Haftung erblickt würde³¹. Eine insolvenzspezifische Gefahrenerhöhung lässt sich insoweit folglich nicht ausmachen.

Zum anderen misst die hL dem Umstand, welcher Personenkreis wirtschaftlich die Entlohnung des Verwalters trägt, zu geringe Bedeutung bei³². Dies gilt vor allem dann, wenn man eine Pluralität von Sonderbeziehungen bejaht. Beim Abschluss eines Vertrags namens der Masse im Zuge der Insolvenzabwicklung verfolgt der Masseverwalter keineswegs eigene wirtschaftliche Interessen etwa gegenüber dem potenziellen Massegläubiger. Allein, dass er eine Pauschalentlohnung aus der Masse erhält, begründet noch kein eigenes wirtschaftliches Interesse gegenüber dem konkreten potentiellen Vertragspartner der Masse. Diesen Befund bestätigt ein Blick auf eine vergleichbare Konstellation außerhalb der Insolvenz. Das Geschäftsführer- oder Vorstandsgehalt rechtfertigt nach stRsp nämlich keineswegs zur Annahme eines wirtschaftlichen Interesses des Gesellschaftsorgans, welches dessen Eigenhaftung gegenüber Vertragspartnern der Gesellschaft für Verschulden bei Vertragsabschluss zu begründen vermag³³.

³⁰ So bereits *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 710 ff, 726; *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung IV 57 ff.

³¹ *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 741 ff, 756 ff; *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung IV 52 ff, 77 f.

³² Kritisch schon *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 227 f.

³³ Zum Verständnis des wirtschaftlichen Eigeninteresses in diesem Zusammenhang *Dellinger*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall insbesondere gegenüber sogenannten Neugläubigern (1991) 156 ff; *Schumacher* in Bartsch/Pollak/Buchegger II/2 § 69 KO Rz 157 f; *Chalupsky/Schmidsberger*, Rechte, Pflichten und Haftungen der Organe der GmbH und der GmbH & Co KG, in Bertl/Mandl D./Mandl

Doch auch ein Blick auf § 1300 ABGB verdeutlicht, dass ein gewisser, wenn auch gelockerter „synallagmatischer“ Konnex zwischen Pflichtenbeziehung und Entlohnung verlangt wird, soll ein Sachverständiger für Rat oder Auskunft schon bei leichter Fahrlässigkeit haften³⁴.

B. Art der Beteiligenermittlung und Unkonturiertheit der insolvenzspezifischen Pflichten

Den zweiten Kritikpunkt bilden Art und Weise der Ermittlung des geschützten Personenkreises sowie die Konturenlosigkeit der insolvenzspezifischen Pflichten.

G./Ruppe, GmbH oder GmbH & Co KG? (2000) 74; *Medicus*, Die Außenhaftung des GmbH-Geschäftsführers, *GmbHR* 1993, 533, 535 f; *Honsell*, Die Haftung des Geschäftsführers gegenüber Gesellschaftsgläubigern bei Insolvenz der GmbH *GesRZ* 1984, 134, 142 f; *Karollus*, Pflichten und Haftung der Organe von Kapitalgesellschaften in der Krise und bei der Sanierung, in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager* (Hrsg), *Krisenmanagement - Sanierung - Insolvenz* (2002) 1165 f; *Harrer*, Haftungsprobleme bei der GmbH (1990) 201 f, 205 ff; *Medicus*, Die interne Geschäftsverteilung und die Außenhaftung von GmbH-Geschäftsführern, *GmbHR* 1998, 9, 11; *Schneider*, Zur Haftung des Geschäftsführers für nicht entrichtete Sozialversicherungsbeiträge, *ZIK* 2006/186; *Duursma-Kepplinger* in *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, *Handbuch zum Gesellschaftsrecht* (2007) Rz 3022, 3023 f; OGH SZ 56/135; SZ 57/37; SZ 69/69; RdW 2007/308; allgemein hierzu auch *Welser*, Vertretung ohne Vollmacht – zugleich ein Beitrag zur Lehre von der culpa in contrahendo (1970) 102.

³⁴ *Honsell*, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil⁸ (2006) 307 ff, insb 310; *Honsell*, Die Haftung für Gutachten und Auskunft unter besonderer Berücksichtigung von Drittinteressen, FS *Medicus* (1999) 211, 213 ff; *Harrer*, Aus aktuellem Anlass (OGH JBl 1997, 524) - über Bewertungsmethoden, Rechtsfortbildung und Probleme der Schadensermittlung, *Besprechungsaufsatz zu OGH 20.11.1996, 7 Ob 513/96, JBl 1997, 674 ff*; *Harrer* in *Schwimann* § 1300 ABGB Rz 6 ff, 103; *Harrer*, Die Haftung des Abschlussprüfers, FS *Georgiades* (2005) 1637, 638 ff; *Harrer*, Die Dritthaftung des Abschlussprüfers de lege ferenda, in *Gruber/Harrer* (Hrsg), *Aktuelle Probleme der Abschlussprüfung* (2006) 135 ff; *Harrer*, Kritische Anmerkung zur Haftung des Abschlussprüfers de lege ferenda (Entwurf eines GesRÄG 2005), *wbl* 2005, 108 ff; *Duursma-Kepplinger* in *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, *Gesellschaftsrecht Rz* 3282; *Duursma-Kepplinger*, *Haftungsordnung III* 347 ff mwN; ähnlich *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I²* (1990), I³ (2000), II² (1992), 3. Auflage in Teillieferungen (unvollständig), § 1300 ABGB Rz 9; abw *Völkl*, § 1300 Abs 1 ABGB als Grundlage einer allgemeinen zivilrechtlichen Informationshaftung, *ÖJZ* 2006/8.

Die Sonderbeziehungstheorie bestimmt die „Beteiligten“ ausgehend von einer Analyse der Verwalterpflichten³⁵. Dies erscheint gerade vor dem Hintergrund befremdlich, dass eine Sonderbeziehung doch regelmäßig auf der Prämisse eines klar abgegrenzten oder zumindest unschwer abgrenzbaren Kreises von Beteiligten beruht³⁶. Dementsprechend erfolgt im Schuldverhältnis die Pflichtenermittlung grundsätzlich ausgehend von Vertragsparteien und Vertragsgegenstand. Anders verhält es sich bloß bei einzelnen Konstruktionen im Zwischenbereich von Vertrag und Delikt³⁷.

So erfolgt die Ermittlung des geschützten Personenkreises bei der Dritthaftung des Gutachters für Rat und Auskunft wegen Verletzung „objektivrechtlicher Sorgfaltspflichten“ oder des Abschlussprüfers für Pflichttate auf Basis des Vertrags mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter auf ähnliche Weise³⁸. Ohne an dieser Stelle auf die dogmatische und rechtspolitische Berechtigung dieser Institute einzugehen, lässt sich dieses

³⁵ So etwa *Shamiyeh*, Haftung 78 f; *Shamiyeh*, ZIK 1995, 76; *Hierzenberger/Riel* in *Konecny/Schubert* §§ 81, 81a KO Rz 14 ff.

³⁶ Eingehend dazu *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 165 ff, insb 200 ff.

³⁷ Ausführlich *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 298 ff mwN.

³⁸ Für eine Dritthaftung auf Grundlage des Vertrags mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter OGH *ecolex* 2002, 83 (*G. Wilhelm*) = *ÖZW* 2002, 88 (*Artmann*) = *ÖBA* 2002, 820 (*W. Doralt*); für eine Dritthaftung auf Basis der Haftung wegen Verletzung objektivrechtlicher Sorgfaltspflichten *Karollus/Artmann*, Dritthaftung des Abschlussprüfers - bald auch in Österreich?, *Der Wirtschaftstreuhand* 1999 H 3, 38 f; *Artmann*, *JB* 2000, 623 ff; *Kalss*, Die rechtliche Grundlage kapitalmarktbezogener Haftungsansprüche *ÖBA* 2000, 641, 657; *Vavrovsky*, Zur Haftung des Bankprüfers, *ÖBA* 2001, 584 f; *Liebscher*, Der Abschlussprüfer (1998) 62 f; *W. Doralt*, Die Haftung der Abschlussprüfer (2005) passim; *Kalss*, Die Haftung des Abschlussprüfers gegenüber Gläubigern, Gesellschaftern und Anlegern, *ÖBA* 2002, 187, 194 ff; die Dritthaftung generell ablehnend: etwa *Geist* in *Jabornegg* (Hrsg), (Hrsg), *HGB - Handelsgesetzbuch, Kommentar* (1997), *Ergänzungsheft* (1999) § 275 *HGB Rz* 11; *U. Torggler*, Unbeschränkte Dritthaftung des Abschlussprüfers? - Besprechung der E OLG Wien v. 28.6.2001, *wbl* 2001, 545; *Walter*, Die Haftung des Wirtschaftsprüfers, *RWZ* 1997, 315 f; *Harrer* *FS Georgiades* 638 ff; *Harrer* in *Gruber/Harrer*, Abschlussprüfung 135; *Harrer*, *wbl* 2005, 108; *Zehetner* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), *Kommentar zum Aktiengesetz*⁴ (2006), § 42 *AktG Rz* 43 ff; *Gruber*, Dritthaftung des Abschlussprüfers - die Rechtsprechung in Deutschland und Österreich, *ÖJZ* 2002/17; *Duursma-Kepplinger* in *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, *Gesellschaftsrecht Rz* 3282.

Vorgehen bei der Ermittlung des geschützten Personenkreises zumindest vor dem Hintergrund rechtfertigen, dass infolge der singulären Pflichten des Gutachters oder des Abschlussprüfers, die Gefahr einer Ausuferung der Anspruchsberechtigten und sohin der Haftung für bloße Vermögensschäden deutlich geringer ist als beim Masseverwalter. Dessen Tätigkeit ist von einer Pflichtenpluralität geprägt. Sie reicht von Dokumentations- und Berichtspflichten über die Führung von Rechtsstreitigkeiten oder die Beurteilung wirtschaftlicher Sachverhalte bis hin zur Prüfung komplexer Rechtsfragen³⁹.

Zwar lassen sich die einzelnen Geschäftsführungspflichten des Masseverwalters in groben Zügen der Insolvenzordnung entnehmen, wie zB Inventarisierung, Verwaltung und Verwahrung der Masse, Beurteilung der Fortführbarkeit des Unternehmens, Rechnungslegung, Beurteilung der Vorteilhaftigkeit und Erfüllbarkeit des Sanierungsplans, Aussonderung, Befriedigung der Masseforderungen, Beantragung der Schließung des Unternehmens, Erstellung eines Verteilungsentwurfs für die Insolvenzforderungen et cetera⁴⁰. Damit sind aber gerade zwei sehr wesentliche Aspekte noch nicht beantwortet, nämlich **erstens** deren **Schutzrichtung** und **zweitens**, ob und inwieweit eine in der Insolvenzordnung genannte Pflicht mit ungeschriebenen **Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten** „**umhüllt**“ ist. Gerade diese für die Reichweite der Haftung für bloße Vermögensschäden praktisch sehr bedeutsame Frage, wird von der hL und Rsp nur unbefriedigend beantwortet.

Einen deutlichen Beleg für die Unkonturiertheit solcher mit ungeschriebenen Schutz- und Sorgfaltspflichten ausgestalteten insolvenzspezifischen Pflichten bildet die Diskussion um die Aussonderung⁴¹. § 44 Abs 1 IO beschränkt sich insofern auf die Wendung, dass das dingliche oder persönliche Recht auf Aussonderung nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen sei. Trotz des Verweises auf **allgemeine Rechtsgrundsätze**, erblickt die hM darin eine gegenüber dem

³⁹ *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 224 ff.

⁴⁰ Näheres bei *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 57 ff mwN.

⁴¹ Hierzu unter Aufzeigung des Meinungsstands *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung IV 57 ffwN.

Aussonderungsberechtigten bestehende insolvenzspezifische Pflicht. Keine Einigkeit besteht indessen, ob den Masseverwalter spezielle Nachforschungspflichten in Ansehung noch nicht erkannter Aussonderungsrechte, Versicherungs- oder Verwahrungspflichten für Aussonderungsgegenstände trifft, wann die Aussonderung als verzögert anzusehen ist und ob der Masseverwalter gegebenenfalls für den Verzögerungsschaden haftet⁴². Unklar ist ferner, ob bzw unter welchen Voraussetzungen der Verwalter für eine Vereitelung der Aussonderung durch einen Mitarbeiter des schuldnerischen Unternehmens oder gar einen anderen Masseverwalter eines parallel anhängigen Insolvenzverfahrens haftet⁴³.

In Bezug auf den Prozessgegner einer unzulänglichen Insolvenzmasse vertrat unlängst sogar der OGH, dass allein durch den „aufschiebend bedingten“ Prozesskostenersatzanspruch eine Beteiligtenstellung iSv § 81 Abs 3 IO nicht begründet wäre, die eine Haftung des Masseverwalter für leicht fahrlässige Fehleinschätzung des Prozessausgangs auslösen könnte⁴⁴. In seiner Begründung stellte der OGH die Überlegung in den Raum, dass uU eine strengere Haftung eingreifen könnte, wenn der Prozessgegner bereits aus einem anderen Grund - dh nicht bloß „bedingt“ durch den Prozessgewinn im Hinblick auf die Verfahrenskosten - Beteiligter war. Dies könnte als Indiz gewertet werden, dass allein aus einer „Beteiligtenstellung“ weitergehende, in der Insolvenzordnung wohl nicht ausdrücklich normierte Schutz- und Sorgfaltspflichten resultieren. Gerade diese Überlegung lässt allerdings das haftungsbeschränkende Kriterium der „insolvenzspezifischen“ Pflichten ins Zwielficht geraten⁴⁵.

Die Problematik der Bestimmung der Adressaten einer insolvenzspezifischen Pflicht zeigt jene zur rechtzeitigen Beantragung der

⁴² Vgl nur OGH SZ 63/138; *Schulyok* in Konecny/Schubert § 44 KO Rz 94; *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert §§ 81, 81a KO Rz 20; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in Bartsch/Pollak/Buchegger III § 81 KO Rz 132 f.

⁴³ OGH ZIK 1999, 205; *Shamiyeh*, Haftung 179 f; *Fenzl*, Die Haftung der rechtsberatenden Berufe im Spiegel der neuesten Rechtsprechung, ÖJZ 1962, 309, 312.

⁴⁴ OGH Zak 2007/389; ZIK 2007/333.

⁴⁵ *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung IV 481 ff.

Unternehmensschließung⁴⁶. Maßgebliches Kriterium hierfür ist ein überwiegend wahrscheinlicher Ausfall der Insolvenzgläubiger. Obgleich die Regelungen über die Unternehmensfortführung mit keinem Wort auf Neumassegläubiger Bezug nehmen, das sind solche, deren Masseforderungen im Zuge der Unternehmensfortführung erst zu einem Zeitpunkt begründet werden, in welchem eine Schließung hätte beantragt und umgesetzt werden müssen, werden sie von der stRsp und hM zu den Beteiligten iSv § 81 Abs 3 IO gezählt⁴⁷. Argumentiert wird, dass die Pflicht des Masseverwalters zur rechtzeitigen Beantragung der Unternehmensschließung im Reflex auch Neumassegläubiger vor Quoten- und Vertrauensschäden schütze⁴⁸. Begründet somit bereits ein Reflexschutz die Beteiligtenstellung? Dass Personen, die erst durch eine Handlung des Verwalters Gläubiger werden, schon im Stadium der Vertragsanbahnung als Beteiligte iSv § 81 Abs 3 IO zu werten sind, ist nicht nur aus Sicht des insolvenzrechtlichen Beteiligtenbegriffs, sondern auch vor dem Hintergrund des im Jahr 2000 eingefügten § 141 Abs 5 EO (Exekutionsordnung) zweifelhaft. Die exekutionsrechtliche Bestimmung betrachtet den Ersterher einer Liegenschaft nämlich gerade nicht als „Beteiligten“, ordnet sie doch die Haftung des Sachverständigen gegenüber „dem Ersterher und allen Beteiligten“ an.

C. Vernachlässigung der Rechtsstellung des Masseverwalters und der Haftung der Masse für dessen Rechtshandlungen

Der dritte und **zentrale Kritikpunkte** an der Sonderbeziehungstheorie besteht darin, dass sie der Rechtsnatur der Insolvenzmasse und der **Rechtsstellung des Masseverwalters** zu geringe Bedeutung bei der Auslegung der insolvenzrechtlichen Verwalterhaftung beimisst. Nach der

⁴⁶ Siehe dazu *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung IV 296 ff mwN.

⁴⁷ OGH ZIK 1995, 55; ZIK 1997, 24; ZIK 1999, 169; AnwBl 2003/7858 (*Duursma-Kepplinger*).

⁴⁸ *Shamiyeh*, Haftung 79 ff, 86 ff; *Lentsch*, ZIK 2000/49; *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert §§ 81, 81a KO Rz 25; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in Bartsch/Pollak/Buchegger III § 81 KO Rz 144 ff, 147 ff; *Nunner-Krautgasser*, Zak 2007/373; *Riel*, ZIK 2007/246; OGH ZIK 1995, 55; ZIK 1997, 24; ZIK 1999, 169; AnwBl 2003/7858 (*Duursma-Kepplinger*).

Organtheorie ist die Masse als Rechtsperson und der Masseverwalter als ihr Organ zu qualifizieren⁴⁹. Konsequenz der Rechtsfähigkeit der Masse stellt eine Konzentration sämtlicher, auch nur teilweise vermögensbezogener (arg § 81a Abs 2 IO) Rechte und Pflichten auf diese dar⁵⁰. Für die Wahrnehmung ihrer Rechte und die Erfüllung ihrer Pflichten hat der Masseverwalter als ihr geschäftsführungs- und vertretungsbefugtes Organ zu sorgen. Schäden, die der Masseverwalter Dritten im Zuge der Geschäftsführung durch deliktisches oder gemessen an den Pflichten der Masse vertragswidriges Verhalten zufügt, werden der Masse entsprechend § 26 ABGB zugerechnet⁵¹.

Diese enge Pflichtenbeziehung des Masseverwalters zur Masse, legt in der Tat die Annahme einer **rechtlichen Sonderbeziehung zwischen**

⁴⁹ *Hanisch*, Rechtszuständigkeit der Konkursmasse - Die Wiederentdeckung selbstständiger Rechtsbeziehungen der Konkursmasse in rechtsvergleichender Sicht (1973) passim 23 ff, 84 ff, insb 104, 134 ff, 275 ff, 287 f; *Bötticher*, Besprechung von Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, 8. Auflage, ZZP 71 (1958) 314, 318 f; *Bötticher*, Die Konkursmasse als Rechtsträger und der Konkursverwalter als ihr Organ, ZZP 77 (1964) 55 ff; *Bötticher*, Erbe und Gemeinschuldner als gewillkürte Prozessstandschafter des Nachlass und Konkursverwalters, JZ 1963, 582 ff; *Wolff* in Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band I - VI² (ab 1950), I/1 196; *Aicher* in Rummel § 26 ABGB Rz 14; *Schubert* in Konecny/Schubert § 6 KO Rz 18; *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁶ (2003) Rz 170 f, 177, 183; *Rathauscher*, Bestandrechte 159; *Kepplinger*, Das Synallagma in der Insolvenz - Das Wahlrecht des Masseverwalters, Ausgleichsschuldners und Insolvenzverwalters (2000) 44 f; *Bachmann*, Masseforderungen 8 ff, insb 140; *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts² (1990) Rz 340 f; *Holzhammer*, Parteien und Parteienvertreter im Zivilprozess³ (2002) 5; *Buchegger* in Bartsch/Pollak/Buchegger I § 1 KO Rz 41; *Shamiyeh*, Haftung 22 ff; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in Bartsch/Pollak/Buchegger III § 81 KO Rz 24, 28; *Chalupsky/Ennöckl*, Unternehmensfortführung im Konkurs. Entscheidungsgrundlagen und Fortführungsgarantie (1985) 101; *Nunner-Krautgasser*, Haftungsverwirklichung im Konkurs und praktische Folgen, in Konecny, Insolvenz-Forum 2006 (2007) 125, 139 f, 143; *Duursma-Kepplinger*, Die Haftungsordnung im Gesellschaftskonkurs I, Die Rechtsstellung von Masse und Masseverwalter (2009) 547 ff.

⁵⁰ *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung I 344 f, 411 ff, 516 ff, 547 ff.

⁵¹ Eingehend dazu *Duursma-Kepplinger*, Die Haftungsordnung im Gesellschaftskonkurs II, Die Haftung der Masse (2009) 155 ff, mwN.

Masseverwalter und Masse nahe. Zurückführen lässt sie sich auf das **organschaftliche Mandat**⁵². Diese Überlegung gilt es sohin bei der Auslegung des § 81 Abs 3 IO im Auge zu behalten.

III. Das neue Alternativmodell

A. Auslegung des § 81 Abs 3 IO

Sieht man vom unstrittigen Umstand ab, dass § 81 Abs 3 IO generell eine Haftung für „Vermögensnachteile“ regelt, fallen bei der Textierung zwei Aspekte ins Auge: Zum einen wird eine Verantwortung gegenüber „*allen Beteiligten*“, nicht gegenüber „jedem einzelnen Beteiligten“ normiert, zum anderen der Schadenersatz an die „*pflichtwidrige Führung des Amts*“, nicht an die Verletzung „*insolvenzspezifischer Pflichten*“ geknüpft.

B. „Beteiligte“

1. Als Instrument der Haftungsbegrenzung

Die Statuierung der Ersatzpflicht gegenüber „*allen Beteiligten*“ lässt auf eine angestrebte Begrenzung des geschützten Personenkreises schließen. Der Begriff der „*Beteiligten*“ findet sich nicht nur in § 81 Abs 3 IO oder der Insolvenzordnung im Allgemeinen, sondern generell in Verfahrensgesetzen, wie der Zivilprozessordnung, dem Außerstreitgesetz, der Exekutionsordnung oder dem Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz. Das geschieht in wechselnder Bedeutung. Abgesehen von den Parteien sind damit Personen gemeint, denen Mitwirkungsrechte an einem Zivil- oder Verwaltungsverfahren zustehen. Selbst innerhalb der IO umschreibt der Begriff der „*Beteiligten*“ keinen einheitlichen Personenkreis⁵³. Zulässig ist jedoch die Schlussfolgerung, dass Personen, denen jegliche formale Mitwirkungsbefugnis im Insolvenzverfahren fehlt, nicht zum geschützten Personenkreis zählen. Auf diese Erkenntnis ist bei der Prüfung des Normzwecks des § 81 Abs 3 IO noch zurückzukommen.

⁵² So *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 794 ff.

⁵³ *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 165 ff, 389 ff.

2. Sonderinteressen einzelner Beteiligter und gemeinsame Interessen

Die nachfolgende Begriffsbestimmung soll sich vorerst auf § 81 IO konzentrieren. Dieser spricht auch in Absatz 2 im Zusammenhang mit der Ausrichtung der Verwalterpflichten von „Beteiligten“. Dabei fällt auf, dass § 81 Abs 3 IO eine Verantwortlichkeit gegenüber „allen Beteiligten“ statuiert, während § 81 Abs 2 IO dem Verwalter aufträgt, gegenüber den Sonderinteressen „einzelner Beteiligter“ die „gemeinsamen Interessen“ zu wahren.

a. Gemeinsame Interessen aller Beteiligten?

Ziel des § 81 Abs 2 IO war die Schaffung eines Ausgleichs zum Wegfall des Begriffs der „Gläubigerschaft“, im Zuge des Übergangs von der CO 1868 zur KO 1914, ohne der Diskussion über die Rechtsstellung des Verwalters durch die Formulierung theoretischer Sätze vorzugreifen⁵⁴. Die vom Grundsatz der Gläubigerherrschaft geprägte CO 1868 bezeichnete den Masseverwalter als Vertreter der Gläubigerschaft und Verwalter des in den Konkurs gehörigen Vermögens. Die in § 81 Abs 2 IO / KO genannten „gemeinsamen Interessen“ treten somit an die Stelle der Interessen der Konkursgläubiger, die nach altem Recht die Gläubigerschaft ausmachten⁵⁵. Lehre und Rsp haben den vom historischen Gesetzgeber eingeräumten Auslegungsspielraum genützt und Theorien über die Rechtsstellung des Verwalters herausgebildet⁵⁶. Die in § 81 Abs 2 IO erwähnten „gemeinsamen Interessen“ umschreiben die „aller Beteiligten“, die nach den Wertungen der Organtheorie als jene der Masse aufzufassen sind⁵⁷. Die in der Masse objektivierten Interessen entsprechen den Insolvenzzwecken und -zielen:

⁵⁴ Denkschrift zur Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung (1914) 75.

⁵⁵ *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 401 ff.

⁵⁶ Eingehende Darstellung und Analyse dieser Theorien bei *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung I 113 ff mwN; *Shamiyeh*, Haftung 9 ff; *Riel*, Befugnisse 3 ff; für Deutschland zB *Lüke*, Haftung 51 ff; *Meyer*, Haftung 46 ff, 45 ff; aus rechtsvergleichender Sicht *Hanisch*, Rechtszuständigkeit passim.

⁵⁷ In diesem Sinn *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 427 ff.

also primär der bestmöglichen Befriedigung der Insolvenzgläubiger und sekundär, bei Unzulänglichkeit der Masse der bestmöglichen Restabwicklung zur anteiligen Tilgung der Altmasseforderungen sowie der Sanierung des Schuldners bzw des Unternehmens⁵⁸.

b. Einzelne Beteiligte als konkurrierende Teilnehmer an der Insolvenz

Bei der Ermittlung des Beteiligtenbegriffs des § 81 Abs 2 IO hilft der Entwurf der KO 1914. Dieser sprach in diesem Zusammenhang noch von „Gläubigern, insbesondere Absonderungsgläubigern“ und nicht von „*einzelnen Beteiligten*“. Dies erklärt die Denkschrift damit, dass es gerade jene Gläubiger waren, die zur Geltungszeit der CO 1868 im Rahmen von Gläubigerversammlungen und Tagsatzungen danach trachteten, ihre **eigenen Interessen ohne Rücksichtnahme auf jene der Gläubigergesamtheit** zu verfolgen. Diesen Missständen in Ansehung von Verfahrensbeteiligten, die in einem Spannungs- oder Konkurrenzverhältnis zueinander stehen, sollte § 81 Abs 2 IO/KO vorbeugen⁵⁹. Zudem stellt er klar, dass der Masseverwalter den gemeinsamen Interessen aller Beteiligten, nicht Sonderinteressen Einzelner verpflichtet ist. Insofern sind unter einzelnen Beteiligten iSv § 81 Abs 2 IO die einzelnen persönlichen Gläubiger des Schuldners zu verstehen, die Anspruch auf die Teilnahme an der Insolvenz und somit auf anteilige Befriedigung ihrer geltend gemachter Ansprüche aus der Insolvenzmasse erheben⁶⁰. Dies trifft auf bloße Forderungsprätendenten ebenso zu, wie auf Absonderungsgläubiger, welche die besicherte Forderung zur Insolvenz anmelden. Ähnlich verhält es sich mit Altmassegläubigern seit dem im Zuge der Insolvenz-Novelle 2002 eingeführten Zahlungsstopp und Exekutionssperre nach Eintritt der Masseunzulänglichkeit⁶¹. Hinweise etwa auf die Einbeziehung der Aussonderungsberechtigten, des Schuldners, des Prozessgegners oder erst potentieller Massegläubiger finden sich in der

⁵⁸ Dazu *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung I 40 ff; *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 430 ff.

⁵⁹ Denkschrift zur KO 75 ff.

⁶⁰ *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 417 ff, 427 ff.

⁶¹ Eingehende Darstellung bei *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 427 ff, 431 ff.

Denkschrift in diesem Kontext nicht. Dies folgt schon daraus, dass keine Konkurrenz untereinander besteht und es ihnen an Einflussmöglichkeiten zur Durchsetzung von verpönten Sonderinteressen mangels Einbindung in die Insolvenzorganisation fehlt⁶².

c. Wahrung der gemeinsamen Interessen „aller Beteiligten“ als Masseschutz

Dieses Auslegungsergebnis hat Rückwirkungen auf § 81 Abs 3 IO. Es liegt nahe, dass der Gesetzgeber in ein und derselben Norm einen einheitlichen „Beteiligtenbegriff“ zugrunde legt. Auch spricht die in § 81 Abs 3 IO gebrauchte Wendung „*allen Beteiligten*“ dafür, dass vorrangig an gemeinschaftliche Schäden, dh an Minderungen des Massevermögens gedacht war. Hätte es in der Absicht gestanden, auch generell Massegläubiger, Aus- und Absonderungsberechtigte oder den Schuldner in Ansehung seines insolvenzfremden Vermögens zu schützen, wäre es konsequent gewesen, eine Ersatzpflicht „*jedem einzelnen Beteiligten*“ gegenüber zu statuieren. Diese Überlegung als „Wortgläuberei“ abzutun, erweist sich in Hinsicht auf § 81 Abs 2 IO als nicht geboten. Auch dort trennt das Gesetz zwischen den „*gemeinsamen Interessen*“ und den Sonderinteressen „*einzelner Beteiligter*“⁶³. Gleichermäßen weist der im Zuge des Insolvenzrechtsänderungsgesetzes 1982 eingefügte § 84 Abs 3 IO Individualbeschwerderechte dem einzelnen Gläubiger, nicht allen Gläubigern zu. Insofern dürfte der Plural „*allen Beteiligten*“ in § 81 Abs 3 bewusst gewählt worden sein⁶⁴.

C. Berücksichtigung der Rechtsstellung des Masseverwalters

1. Legalobliegenheit zur Wahrnehmung der Rechte und Pflichten der Masse

Den Masseverwalter treffen sämtliche seiner Pflichten aufgrund seiner **Organstellung**⁶⁵. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um Pflichten

⁶² So *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 431 ff.

⁶³ Näheres bei *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 431 ff.

⁶⁴ *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 553 ff.

⁶⁵ Weiterführend *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung I 177 ff, 516 ff.

handelt, welche die Masse unmittelbar aufgrund der Insolvenzordnung treffen, also **originäre Pflichten** sind, wie zB anteilige Befriedigung der Insolvenzforderungen, Zahlungsstopp in Bezug auf Altmasseforderungen bei Masseunzulänglichkeit bzw Aussonderung von nicht dem Schuldner gehörigen Sachen, oder um solche, die in anderen Rechtsbereichen ihren Ursprung haben und die Masse, wie jeden anderen Teilnehmer am Rechtsverkehr treffen, wie etwa dem allgemeinen bürgerlichen Recht, Wettbewerbsrecht oder öffentlichen Recht. Letztere möchte ich als **derivative Pflichten** bezeichnen⁶⁶. Insbesondere aus der in der IO normierten Pflicht zur Verwaltung der Masse folgt, dass der Verwalter für das ordnungsgemäße Auftreten der Masse im Rechtsverkehr zu sorgen hat⁶⁷.

2. Stütze der Ausrichtung der Geschäftsführungspflichten auf die Masse

§ 81 Abs 3 IO stellt somit eine Schadenersatzvorschrift dar, die jenen typischerweise mit der Insolvenzverwaltung einhergehenden Schädigungen des Massevermögens begegnen soll. Die Notwendigkeit dieser Norm resultiert daraus, dass es sich bei besagten Schäden regelmäßig um bloße Vermögensschäden handelt, die außerhalb einer sittenwidrigen Schädigung iSv § 1295 Abs 2 ABGB nicht geschützt wären. Diese Überlegungen finden zudem eine Stütze im ursprünglichen Aufbau des § 81 KO 1914: So nannte Abs 1 die wichtigsten Geschäftsführungspflichten, normierte den Sorgfaltsmaßstab für die Geschäftsführung und die Pflicht zur Rechnungslegung über selbige. Abs 2 gab die Zielrichtung der Geschäftsführungspflichten vor. Abs 3 regelte die Ersatzpflicht für unsorgfältige Geschäftsführung des Verwalters im Verhältnis zu den in Abs 2 ausgewiesenen „Schutzbefohlenen“. An dieser Grundstruktur haben auch die späteren Novellen nichts geändert. Nur am Rande sei auf die konzeptionelle Ähnlichkeit zu § 25 GmbHG hingewiesen, der erst wenige Jahre vor Einführung der Verwalterhaftung Gesetz wurde. Der Blick auf das

⁶⁶ *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 57 ff.

⁶⁷ *Eckardt*, Deliktische Haftpflicht im Konkurs, KTS 1997, 411, 440 ff; *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 78 ff.

Kapitalgesellschaftsrecht ist keinesfalls zu weit hergeholt, nahm doch die KO 1914 ausweislich der Denkschrift Anleihen beim Kapitalgesellschaftsrecht, zB bei der Regelung des Stimmrechts in den Insolvenzorganen⁶⁸.

3. Haftung für Verletzung von Amtspflichten/ Geschäftsführungspflichten – Verzicht auf Isolierung „insolvenzspezifischer Pflichten“

Infolge dieses primären Innenhaftungsansatzes kann auf die Beschränkung der Haftung des Masseverwalters auf die Verletzung „insolvenzspezifischer Pflichten“ verzichtet werden⁶⁹. Insoweit ist im Sinne von § 81 Abs 3 IO von Amtspflichten oder in der Terminologie der §§ 81 Abs 1, 114 IO von Geschäftsführungspflichten zu sprechen. Dabei ist ausweislich des § 81 Abs 1 IO ein objektiver Maßstab (§ 1299 ABGB) anzulegen⁷⁰. Der Verwalter hat für die Sorgfalt eines durchschnittlichen Masseverwalters einzustehen. Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, ob es sich bei der fraglichen Pflicht um eine originäre oder derivative Geschäftsführungspflicht handelt⁷¹.

D. Insolvenzbedingte Gefahrenerhöhung als Normzweck und Haftungsansatzpunkt

Zweck der sondergesetzlichen Haftung des Masseverwalters nach § 81 Abs 3 IO liegt und insoweit ist der hA beizupflichten, in der Schaffung eines Ausgleichs für die mit der **Insolvenzeröffnung und Insolvenzabwicklung verbundene Gefahrenerhöhung**⁷². Ob eine solche vorliegt, ist im

⁶⁸ Denkschrift zur KO 78.

⁶⁹ Eingehend *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 526 ff.

⁷⁰ *Petschek/Reimer/Schiemer*, Insolvenzrecht 170; *Shamiyeh*, Haftung 156; *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert §§ 81, 81a KO Rz 27; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in Bartsch/Pollak/Buchegger III § 81 KO Rz 199; OGH SZ 59/35 = HS 17.140; SZ 59/196 = EvBl 1987/205 = JBl 1987, 254; ZIK 1997, 24 = JBl 1997, 49.

⁷¹ *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 465.

⁷² *Hierzenberger/Riel* in Konecny/Schubert §§ 81, 81a KO Rz 14; *Chalupsky/Duursma-Kepplinger* in Bartsch/Pollak/Buchegger III § 81 KO Rz 97.

Verhältnis zu all jenen Personen zu prüfen, die infolge bestimmter Mitwirkungsrechte als Beteiligte im weiteren Sinn des Verfahrensrechts anzusehen sind.

Eine **Gefahrenerhöhung** kann sich vor allem ergeben (1) infolge der **Angewiesenheit** auf die sorgfältige Masseverwaltung wegen der formellen beziehungsweise materiellen Betroffenheit vom Insolvenzverfahren, (2) durch weitergehende **Eingriffsrechte** des Verwalters im Vergleich zum Tätigwerden von organschaftlichen Vertretern in Parallelkonstellationen außerhalb der Insolvenz und zuletzt (3) aufgrund des **Verlusts der Masse als Schuldnerin respektive Haftungsfonds** infolge der Insolvenzaufhebung⁷³.

E. Von § 81 Abs 3 IO geschützte Beteiligte – Schlussbefund

Der im Wege der Wortinterpretation, systematischen und historischen Interpretation gewonnene **Innenhaftungsansatz** wird durch die **teleologische Auslegung im Kern bestätigt**⁷⁴. Eine deutliche Gefahrenerhöhung ergibt sich in Bezug auf die Gesamtheit der Insolvenzgläubiger, den Schuldner in Ansehung seines Interesses an der möglichst weitgehenden Schuldentilgung und die „Gesamtheit“ der Altmassegläubiger im masseunzulänglichen Verfahren⁷⁵.

Davon abgesehen kann man nur wenige Fälle insolvenzbedingter Gefahrenerhöhungen herausfiltern, die sich nicht unmittelbar in einer Masseminderung manifestieren. Zu nennen sind insbesondere einzelne Insolvenzgläubiger in Bezug auf die Aufnahme in das Forderungsverzeichnis sowie ihrer Berücksichtigung bei den Zwischen- und Schlussverteilungen, ferner einzelne Massegläubiger im Hinblick auf die Bezahlung ihrer festgestellten und Sicherstellung ihrer gerichtlich eingeklagten Forderungen vor Insolvenzaufhebung, Absonderungsberechtigte in ihrer Doppelstellung soweit es um die Berücksichtigung bei der Verteilung geht, weiters Fortführungs- und

⁷³ Ausführlich hierzu *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 608 ff.

⁷⁴ Näher dazu *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 518 ff, 608 ff.

⁷⁵ *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 715 ff.

Sanierungsplangaranten ab Abgabe der Garantieerklärung oder einzelne Gläubiger nachrangiger Forderungen bei Aufforderung zur Anmeldung⁷⁶.

Grundsätzlich **auszuschließen ist eine Gefahrenerhöhung** im Verhältnis zu Aussonderungsberechtigten, zu Absonderungsberechtigten in Bezug auf die Günstigkeit der Verwertung, zum Schuldner in Ansehung seines insolvenzfremden Vermögens bzw Sanierungsschäden, zu Gläubigern ausgeschlossener Forderungen, zu Massegläubigern im massezulänglichen Verfahren, gegenüber Neumassegläubigern bei Vertragsabschluss, Prozessgegnern, gegenüber dem Einzelanfechtungsgläubiger sowie im Verhältnis zum Sanierungsplan- beziehungsweise Fortführungsgaranten vor Abgabe der Garantieerklärung⁷⁷.

F. Rechtsgrund – Haftung ex mandato

Bei § 81 Abs 3 IO handelt es sich somit wie eingangs angedeutet um eine *Haftung ex mandato*, die sich **vornehmlich als Innenhaftung gegenüber der Masse** niederschlägt⁷⁸. Sie ist Ausdruck der den Masseverwalter aufgrund seiner Stellung als Organ der Masse treffenden Verantwortung. Sie erklärt sich aus der **besonderen Pflichtenbindung** zwischen Masse und Masseverwalter. Ihre Bestätigung findet sie im Normzweck, der insolvenzspezifische Gefahrenerhöhungen ausgleichen soll. Diese liegen in der Angewiesenheit der von der Masse repräsentierten maßgeblich an der Insolvenzabwicklung interessierten Beteiligten auf die sorgfältige Wahrnehmung der Amtspflichten durch den Masseverwalter.

Eine **partielle Öffnung** der Verwalterhaftung *ex mandato* ist allerdings aus **Normzwecküberlegungen** heraus geboten. Dies gilt für jene wenigen Konstellationen, in welchen ausnahmsweise auch nicht von der Masse repräsentierte Beteiligte von der **insolvenzbedingten Gefahrenerhöhung** in ihren Vermögensinteressen betroffen sind. Voraussetzung hierfür ist freilich, dass eine insolvenzrechtlich normierte Geschäftsführungspflicht besteht, der erkennbar drittschützender Charakter gegenüber besagten Beteiligten

⁷⁶ Ausführlich *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 793 f.

⁷⁷ *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 741 ff, 756 ff, 760 f, 762.

⁷⁸ So bereits mit eingehender Begründung *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung III 794 ff.

beizumessen ist, dh die jeweilige Geschäftsführungspflicht gerade der Vorbeugung oder Verhinderung deren Vermögensschäden oder der Sicherung deren Ansprüchen dient. Dies lässt sich auf den Rechtsgedanken einer Schutzwirkung der Mandatsstellung des Masseverwalters zugunsten Dritter zurückführen⁷⁹.

G. Rechtsfolgen der Haftung ex mandato

Das Mandatsverhältnis, welches Grundlage der Verwalterhaftung ist, rechtfertigt die Heranziehung der Wertungen der **Vertragshaftung**. Dies gilt gleichermaßen für den Bereich der **Innen- als auch der Außenhaftung**⁸⁰. Setzt der Masseverwalter eigene Mitarbeiter oder was nur selten vorkommen wird Arbeitnehmer der Masse zur Erfüllung seiner Geschäftsführungspflichten ein, so haftet er in beiden Bereichen nach der strengen Gehilfenhaftung des § 1313a ABGB. Soweit Arbeitnehmer der Masse in ihrer bisherigen Funktion weiterbeschäftigt werden greift die strenge Gehilfenhaftung des § 1313a ABGB nicht ein. Vielmehr haftet der Masseverwalter nur im Verhältnis zur Masse für die Einrichtung und Kontrolle einer angemessenen personellen betrieblichen Organisation. Da es sich hierbei um eine interne Geschäftsführungspflicht handelt, kommt eine persönliche Außenhaftung nach § 81 Abs 3 IO nicht in Betracht⁸¹.

IV. Unterschiede zum herrschenden Konzept

Zusammenfassend lassen sich die Unterschiede zwischen dem hier vorgestellten Modell der Masseverwalterhaftung und dem herrschenden Konzept wie folgt zusammenfassen:

(1) Die Rechtsgrundlage der Verwalterhaftung ist nach der hier vertretenen Lösung eine Mandatshaftung und nicht eine Haftung aufgrund der Verletzung einer gesetzlichen Sonderbeziehung. (2) Aus der Rechtsbeziehung zwischen Masse und Masseverwalter folgt die

⁷⁹ Duursma-Kepplinger, Haftungsordnung III 793 f.

⁸⁰ So bereits Duursma-Kepplinger, Haftungsordnung III 794 ff.

⁸¹ Ausführliche Erörterung bei Duursma-Kepplinger, Haftungsordnung III 797 ff und Duursma-Kepplinger, Haftungsordnung IV 54 ff.

grundsätzliche Ausrichtung der Geschäftsführungspflichten auf die Masse, sodass deren Verletzung primär eine Innenhaftung begründet. (3) Normzwecküberlegungen gebieten jedoch eine ausnahmsweise Außenhaftung in jenen Fällen, in welchen das Vermögen nicht von der Masse repräsentierter Beteiligter durch das Einschreiten des Verwalters respektive die Insolvenzeröffnung von einer insolvenztypischen Gefahrenhöhung unmittelbar, nicht bloß reflexartig betroffen ist. (4) Im Gegensatz zur herrschenden Ansicht dient der Beteiligtenbegriff als Instrument der Haftungsbegrenzung. (5) Die Schadensgeltendmachung erfolgt primär über die Masse, zumal die Innenhaftung im Vergleich zur Außenhaftung einen weiteren Anwendungsbereich aufweist. (6) Divergenzen ergeben sich zudem bei der Reichweite der Haftung des Masseverwalters für Gehilfen.