

Deutsches, Europäisches und
Vergleichendes Wirtschaftsrecht

118

Sarah-Maria Resch

Business Judgment Rule und Insolvenzverwalterhaftung



Nomos

Deutsches, Europäisches und
Vergleichendes Wirtschaftsrecht

herausgegeben von
Prof. Dr. iur. Dr. rer. pol. h.c. Dr. iur. h.c. Werner F. Ebke,
LL.M. (UC Berkeley)

Band 118

Sarah-Maria Resch

Business Judgment Rule und Insolvenzverwalterhaftung



Nomos

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

Zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 2018

ISBN 978-3-8487-5593-6 (Print)

ISBN 978-3-8452-9770-5 (ePDF)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg im Wintersemester 2018/2019 als Dissertation angenommen. Sie ist im Wesentlichen während meiner Zeit als akademische Mitarbeiterin am dortigen Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht und später als Rechtsreferendarin in Frankfurt am Main entstanden. Schrifttum und Rechtsprechung wurden bis Anfang Dezember 2018 berücksichtigt.

Herzlich danken möchte ich meinem Doktorvater Professor Dr. iur. Dr. rer. pol. h.c. Dr. iur. h.c. *Werner F. Ebke*, LL.M. (UC Berkeley) für seinen stetigen Zuspruch, die Anregung des Themas, die Betreuung der Doktorarbeit sowie die Aufnahme der Arbeit in die Reihe „Deutsches, Europäisches und Vergleichendes Wirtschaftsrecht“ des Nomos Verlags. Bedanken möchte ich mich darüber hinaus bei Professor Dr. Dr. h.c. mult. *Peter Hommelhoff* für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Ohne die vielfältige Begleitung durch meine Familie und Freunde wäre die Entstehung dieser Arbeit nicht möglich gewesen. Dafür, dass mir meine Familie bei allen Entscheidungen während meiner Ausbildung ihr uneingeschränktes Vertrauen geschenkt und ihre bedingungslose Unterstützung gewährt hat, gebührt ihr mein größter Dank.

Frankfurt am Main, im Juli 2019

Sarah-Maria Resch

Geleitwort des Herausgebers

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der Frage, ob und inwieweit die im Aktienrecht geregelte und inzwischen auf GmbH-Geschäftsführer erstreckte *business judgment rule* auf (vorläufige) Insolvenzverwalter anwendbar ist. Insbesondere seit Ermöglichung der Betriebsfortführung im Rahmen des Insolvenzverfahrens rückt der Insolvenzverwalter in vielfältiger Weise in die Position eines Geschäftsleiters ein. Als solcher hat der Insolvenzverwalter unternehmerische Entscheidungen zu treffen, deren wirtschaftliche Folgen nicht ihn selbst treffen, sondern vielmehr die Insolvenzgläubiger, den Schuldner bzw. Absonderungsberechtigte. Im Hinblick auf eine mögliche zivilrechtliche Haftung stellt sich die Frage, ob der Insolvenzverwalter sich bei unternehmerischen Entscheidungen, die sich im Nachhinein für die Insolvenzgläubiger, Absonderungsberechtigte oder den Schuldner als nicht vorteilhaft erweisen, auf die *business judgment rule* berufen kann.

Die Verfasserin beleuchtet im Eingangskapitel die *business judgment rule* im Aktienrecht. Im zweiten Kapitel wird untersucht, wie der Insolvenzverwalter *de lege lata* haftet, einschließlich der Möglichkeiten eines Haftungsausschlusses. Sodann widmet sich die Arbeit der Frage, ob die Gründe, die für die Gewährung eines Haftungsfreiraums (*safe harbor*) für unternehmerische Entscheidungen von Vorstandsmitgliedern von Aktiengesellschaften gesprochen haben, sich auf Insolvenzverwalter erstrecken lassen. In diesem Zusammenhang geht die Verfasserin auch der Frage nach, wie die Besonderheiten unternehmerischer Entscheidungen bei der Überprüfung des Verhaltens eines Insolvenzverwalters bisher berücksichtigt wurden. Danach wird erörtert, ob *de lege lata* eine Anwendung der *business judgment rule* auf die Haftung des Insolvenzverwalters in Betracht kommt, welche Besonderheiten deren Tatbestandsvoraussetzungen im Vergleich zum Aktienrecht aufweisen und in welchen konkreten Entscheidungssituationen sich der Insolvenzverwalter auf die *business judgment rule* berufen könnte. Abschließend erörtert die Verfasserin die Sinnhaftigkeit der Kodifizierung einer insolvenzrechtlichen *business judgment rule* und unterbreitet einen Formulierungsvorschlag.

Die Verfasserin hat ein Thema aufgegriffen, das für das Aktienrecht und das GmbH-Recht wissenschaftlich weitgehend aufbereitet worden ist, in der konkreten Anwendung der *business judgment rule* auf den Insolvenzver-

Geleitwort des Herausgebers

walter aber noch einer eingehenden Untersuchung bedurfte. Die Arbeit besticht durch eine sorgfältige Aufbereitung des Stoffes aus der Sicht des Aktienrechts, in dem die *business judgment rule* kodifiziert ist und zu dem einschlägige Rechtsprechung vorhanden ist. Die Ausführungen der Verfasserin zu der aktienrechtlichen *business judgment rule* sind aus dem vorhandenen Material sauber entwickelt und werden ansprechend dargeboten. Historische Hintergründe und US-amerikanische Vorbilder werden in die Darstellung geschickt eingebunden. Die Verfasserin bezieht engagiert Stellung, beschränkt sich also nicht auf die Wiedergabe des Ist-Zustands.

Die Ausführungen der Verfasserin zu den spezifisch insolvenzrechtlichen Aspekten einer haftungsrechtlichen Privilegierung des Insolvenzverwalters in Deutschland mit Hilfe der *business judgment rule* sind sorgfältig recherchiert und zielstrebig strukturiert. Die klare, technisch saubere Vorgehensweise erlaubt es der Verfasserin, Lösungen zu entwickeln, die für die Beteiligten juristisch tragfähig sind und (volks-)wirtschaftlich vernünftig erscheinen. Der Vorschlag der Verfasserin, die *business judgment rule* in § 60 Abs. 1 InsO zu verankern, verdient m.E. im Grundsatz Zustimmung. Eine für die Beteiligten, aber auch die Volkswirtschaft insgesamt derart wichtige Grundsatzentscheidung sollte vom Gesetzgeber getroffen werden und nicht den Gerichten überlassen bleiben. Die Gerichte werden von Fall zu Fall ohnehin gefordert sein, die dann – vielleicht auf der Grundlage und am Maßstab des Vorschlags der Verfasserin – kodifizierte Version der insolvenzrechtlichen *business judgment rule* auszulegen und anzuwenden.

Die vorliegende Arbeit ist eine ansprechende wissenschaftliche Leistung, die ein schwieriges Thema mit wissenschaftlich beachtlichen Ergebnissen und auch praktisch sehr gut vertretbaren Lösungen abhandelt und die Ergebnisse der Untersuchung formal und sprachlich sauber darbietet.

Heidelberg, im Juli 2019

Werner F. Ebke

Inhaltsverzeichnis

Geleitwort des Herausgebers	7
Abkürzungsverzeichnis	17
Einleitung	21
Erstes Kapitel: Die <i>business judgment rule</i> im Aktienrecht	24
A. Die Haftung der Vorstandsmitglieder einer AG bei unternehmerischen Entscheidungen vor Einführung des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG	24
I. Die Haftungsgrundnorm des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG	24
1. Normzweck	24
2. Voraussetzungen	25
a) Vorstandsmitglied	25
b) Pflichtverletzung	26
c) Verschulden	29
d) Schaden	30
e) Haftungsausfüllende Kausalität	32
3. Darlegungs- und Beweislast	33
4. Anspruchsverfolgung	34
5. Zusammenfassende Stellungnahme	36
II. Möglichkeiten eines Ausschlusses der Haftung	37
1. Vorherige Billigung des Vorstandshandelns durch andere Gesellschaftsorgane	37
a) Beschluss der Hauptversammlung	37
b) Beschluss des Aufsichtsrats	38
2. Nachträgliche Billigung des Vorstandshandelns durch andere Gesellschaftsorgane	39
a) Entlastung	39
b) Verzicht oder Vergleich	39
3. Haftungsmilderung wegen betrieblich veranlasster Tätigkeit	42
4. Minderung des Haftungsrisikos durch Delegation	43
5. Abweichende Verjährungsfrist	44

Inhaltsverzeichnis

6. Haftungsfreistellung bis zur Grenze grober Fahrlässigkeit	45
7. Summenmäßige Begrenzung der Haftung	46
8. D&O-Versicherung	46
9. Zusammenfassende Stellungnahme	46
III. Erforderlichkeit eines Haftungsfreiraums für unternehmerische Entscheidungen	48
1. Gerechtwerten der Unsicherheiten unternehmerischer Entscheidungen	49
2. Verhinderung risikoaversen Verhaltens der Vorstandsmitglieder	51
3. Verhinderung der Abschreckung qualifizierter Nachwuchsmanager von einer Amtsübernahme	55
4. Verhinderung der Gefahr von Rückschaufehlern (<i>hindsight bias</i>)	55
IV. Berücksichtigung unternehmerischen Ermessens vor ARAG/Garmenbeck	57
1. Rechtsprechung	57
2. Gesetzgebung	58
3. Ansätze in der Literatur	59
4. Zusammenfassende Stellungnahme	61
B. Die Begrenzung der Vorstandshaftung bei unternehmerischen Entscheidungen durch die <i>business judgment rule</i>	61
I. Der Weg zu der heutigen <i>business judgment rule</i>	62
1. Die US-amerikanische <i>business judgment rule</i> als Vorreiter und Vorbild	62
2. Die ARAG/Garmenbeck-Entscheidung	64
3. <i>Ulmers</i> Vorschlag einer Kodifizierung der <i>business judgment rule</i>	66
4. Der Deutsche Juristentag und die <i>business judgment rule</i>	66
5. Die Regierungskommission Corporate Governance und die <i>business judgment rule</i>	67
6. Weitere Diskussion zur Kodifizierung der <i>business judgment rule</i>	67
7. Referentenentwurf zur Kodifizierung der <i>business judgment rule</i> in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG	68
8. Regierungsentwurf zur Kodifizierung der <i>business judgment rule</i> in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG	69
9. Endgültige Verabschiedung des UMAG	70

10. Vor- und Nachteile der Kodifizierung der <i>business judgment rule</i>	70
a) Vorteile	71
b) Nachteile	72
c) Stellungnahme	72
II. Funktionsweise der <i>business judgment rule</i>	74
III. Die Voraussetzungen der Anwendbarkeit der <i>business judgment rule</i>	76
1. Unternehmerische Entscheidung	76
a) Entscheidung	77
aa) Reichweite des Begriffs der Entscheidung	77
bb) Tatsächliche Entscheidungsmöglichkeit	78
cc) Rechtliche Entscheidungsmöglichkeit	80
(1) Rechtliche Bindung im Innenverhältnis	80
(2) Rechtliche Bindung im Außenverhältnis	81
(3) Unterscheidung zwischen strikten und nicht strikten Legalitätspflichten?	83
(4) Ausnahmen	84
(a) „Nützliche Gesetzesverletzungen“	84
(b) Vertragsverletzungen der Gesellschaft	87
(c) (Bloße) Zahlungsverbindlichkeiten	88
(d) Unklare oder umstrittene Rechtslage	88
(aa) Meinungsstand	88
(bb) Stellungnahme	90
b) Unternehmerisch	93
2. Handeln zum Wohle der Gesellschaft	94
a) Handeln	95
b) Wohle der Gesellschaft	95
aa) Übereinstimmung mit dem Unternehmensinteresse?	95
bb) Abrücken vom Unternehmensinteresse?	96
cc) Stellungnahme	97
dd) Konsequenz	98
c) Vernünftigerweise annehmen dürfen	100
3. Handeln ohne Sonderinteressen oder sachfremde Einflüsse	102
a) Objektive oder subjektive Perspektive?	102
b) Interessenkonflikt auch bei Nutzen für nahestehende Personen und Gesellschaften	103

Inhaltsverzeichnis

c) Unschädlichkeit von Eigennutz bei Interessengleichlauf	103
d) Offenlegung des Interessenkonflikts	104
4. Gutgläubigkeit	105
5. Handeln auf der Grundlage angemessener Information	106
a) Angemessene Information	106
aa) Formeller oder materieller Maßstab?	106
bb) Pflicht zur Beschaffung aller Informationen?	107
cc) Einholung externen Rates	109
b) Vernünftigerweise annehmen dürfen	110
IV. Darlegungs- und Beweislast	111
C. Zwischenergebnis	112
Zweites Kapitel: Die <i>business judgment rule</i> im Insolvenzrecht	113
A. Die einzelnen für den Insolvenzverwalter geltenden Haftungstatbestände	114
I. § 60 InsO	114
1. Normzweck	115
2. Rechtsnatur	115
3. Tatbestand	117
a) Beteiligter	117
b) Verletzung einer insolvenzspezifischen Pflicht	118
c) Verschulden	120
d) Schaden	122
e) Haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität	123
4. Haftung für Dritte	124
5. Darlegungs- und Beweislast	127
II. § 61 InsO	127
1. Entstehungsgeschichte	128
2. Normzweck	130
3. Tatbestand	130
a) Durch Rechtshandlung begründete Masseverbindlichkeit	131
aa) Negative Begriffsbestimmung	131
bb) Positive Begriffsbestimmung	132
b) Keine volle Erfüllbarkeit	134
c) Pflichtverletzung	135
aa) Zeitlicher Bezugspunkt	136

bb) Ausschluss bei Kenntnis des Massegläubigers	137
d) Verschulden	138
e) Schaden	139
f) Kausalität	141
4. Geltung des § 61 InsO auch bei oktroyierter Betriebsfortführung?	142
5. Haftung für Dritte	144
6. Darlegungs- und Beweislast	146
7. Verhältnis zu § 60 InsO	147
III. Allgemeine Haftungsnormen	148
1. Vertragliche Haftung auf Erfüllung	148
2. Haftung bei Vertragsverletzungen	153
3. Vorvertragliche Haftung	155
4. Deliktsrechtliche Haftung	156
a) Überblick über den bisherigen Meinungsstand	157
b) Haftung der Masse für Delikte des Verwalters?	159
c) Persönliche deliktsrechtliche Haftung des Verwalters?	160
IV. Sonderfall: Die Haftung für Prozesskosten	163
1. Haftung gegenüber dem Prozessgegner der Masse	163
a) Haftung gemäß § 60 InsO	164
b) Haftung gemäß § 61 InsO	164
c) Haftung gemäß § 826 BGB	167
2. Haftung gegenüber der Masse selbst	167
V. Die Haftung des Insolvenzverwalters neben weiteren Schädigern	168
1. Die Haftung des Insolvenzverwalters neben der Insolvenzmasse	168
2. Die Haftung des Insolvenzverwalters neben dem Gläubigerausschuss	170
VI. Geltendmachung des Schadens	170
VII. Zusammenfassende Stellungnahme	171
B. Geltung auch für den vorläufigen Insolvenzverwalter	172
C. Möglichkeiten eines Ausschlusses der Haftung	177
I. Mitwirkung eines Gläubigerorgans oder des Insolvenzgerichts	177
1. Mitwirkung von Gläubigerausschuss oder Gläubigerversammlung	178
a) Beschlüsse in Bereichen, für die das Gläubigerorgan die alleinige Entscheidungskompetenz besitzt	179

Inhaltsverzeichnis

b) Beschlüsse aufgrund eines gesetzlichen Zustimmungserfordernisses	180
c) Freiwillige Beschlüsse	182
2. Insolvenzgericht	183
II. Minderung des Haftungsrisikos durch Delegation	184
III. Haftungsmilderung wegen betrieblich veranlasster Tätigkeit	185
IV. Vertragliche Haftungsbeschränkung	186
1. Individualvertragliche Haftungsbeschränkung	186
2. Formulärmäßige Haftungsbeschränkung per AGB	187
a) Haftungsausschluss für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit und Beweislastumkehr	188
b) Haftungsausschluss für einfache Fahrlässigkeit, kürzere Verjährung und Haftungshöchstumme	188
aa) Vereinbarkeit mit Grundgedanken des § 60 InsO?	189
bb) Vereinbarkeit mit Grundgedanken des § 61 InsO?	189
cc) Vereinbarkeit mit Grundgedanken des § 62 InsO?	190
dd) Zwischenergebnis	191
V. Versicherung	192
VI. Zusammenfassende Stellungnahme	195
D. Begrenzung der Insolvenzverwalterhaftung durch die <i>business judgment rule</i> ?	197
I. Entwicklung hin zur Unternehmensfortführung und das dadurch bedingte vermehrte Auftreten unternehmerischer Entscheidungen	198
1. Entwicklung in der Rechtsprechung	198
2. Entwicklung in der Gesetzgebung	200
3. Zwischenergebnis und Folge der Entwicklung	203
II. Übertragbarkeit der Gründe für die Schaffung eines Haftungsfreiraums für unternehmerische Entscheidungen vom Aktienrecht auf das Insolvenzrecht	204
1. Gerechwerden der Unsicherheiten unternehmerischer Entscheidungen	204
2. Verhinderung risikoaversen Verhaltens	205
3. Verhinderung der Abschreckung qualifizierten Nachwuchses vor einer Amtsübernahme	208
4. Verhinderung der Gefahr von Rückschaufehlern (<i>hindsight bias</i>)	209

5. Zwischenergebnis	210
III. Weiterer Sinn und Zweck eines Haftungsfreiraums für den Insolvenzverwalter	210
IV. Bisherige Berücksichtigung unternehmerischen Ermessens	211
1. Rechtsprechung	212
2. Gesetzgeber	213
3. Literatur	214
V. Alternativen zur <i>business judgment rule</i>	215
1. Haftungsfreistellung bis zur Grenze grober Fahrlässigkeit	215
2. Summenmäßige Begrenzung der Haftung	216
VI. Anwendung der <i>business judgment rule</i> auf die Haftung des Insolvenzverwalters	217
1. Anwendbarkeit der <i>business judgment rule</i> nur in Insolvenzverfahren von Gesellschaften, deren Unternehmensleiter sich selbst auf die <i>business judgment rule</i> berufen können?	217
2. Abhängigkeit der <i>business judgment rule</i> von der Rechtsstellung des Insolvenzverwalters?	218
3. Analogiebildung	218
a) Möglichkeit einer Analogie im Rahmen von § 60 InsO	219
aa) Planwidrige Regelungslücke	219
bb) Vergleichbare Interessenlage	220
cc) Zwischenergebnis	226
b) Möglichkeit einer Analogie im Rahmen von § 61 InsO	226
c) Zwischenergebnis	228
4. Anwendbarkeit der <i>business judgment rule</i> nur bei Unternehmensfortführung?	228
VII. Tatbestandsvoraussetzungen der <i>business judgment rule</i>	229
1. Unternehmerische Entscheidung	229
a) Entscheidung	230
b) Unternehmerisch	232
2. Handeln zum Wohle der Beteiligten unter besonderer Berücksichtigung des Ziels des Insolvenzverfahrens – der bestmöglichen gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung	233
3. Handeln ohne Sonderinteressen oder sachfremde Einflüsse	237

Inhaltsverzeichnis

4. Gutgläubigkeit	238
5. Handeln auf Grundlage angemessener Information	239
a) Angemessene Information	239
aa) Pflicht zur Beschaffung aller Informationen?	239
bb) Informationsquellen	241
b) Vernünftigerweise annehmen dürfen	243
6. Darlegungs- und Beweislast	244
VIII. Rechtsfolgen des (Nicht-)Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen der <i>business judgment rule</i>	244
IX. Einzelne Anwendungsfälle der <i>business judgment rule</i>	245
1. Entscheidung des vorläufigen Insolvenzverwalters über die Stilllegung oder Fortführung des schuldnerischen Betriebs	245
2. Entscheidung des Insolvenzverwalters über die Betriebsstilllegung, -veräußerung oder Fortführung vor dem Berichtstermin	247
3. Bericht nach § 156 Abs. 1 InsO	249
4. Entscheidung über die Beantragung der Aufhebung des Beschlusses der Gläubigerversammlung über den Fortgang des Insolvenzverfahrens	250
5. Einzelfallentscheidungen im Rahmen der Betriebsfortführung	251
6. Einzelfallentscheidungen im Rahmen der Liquidation	252
7. Entscheidung über Prozessführung oder Vergleich	253
8. Entscheidung über die Aufstellung eines Insolvenzplans	255
9. Ausgestaltung des Insolvenzplans	258
10. Stellungnahme zum Insolvenzplan des Schuldners	260
11. Überwachung des Insolvenzplans	260
12. Anzeige der Masseunzulänglichkeit	261
X. Sinnhaftigkeit einer Kodifizierung der <i>business judgment rule</i>	262
Zusammenfassung	264
Literaturverzeichnis	269