



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Business judgement rule und Insolvenzverwalterhaftung“

Dissertation vorgelegt von Sarah-Maria Resch

Erstgutachter: Prof. Dr. Dres. h.c. Werner F. Ebke

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff

Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht

Die Dissertation mit dem Titel „Business Judgment Rule und Insolvenzverwalterhaftung“ beschäftigt sich mit der Frage, ob und inwiefern die im Aktienrecht geregelte *business judgment rule*, die Vorstandsmitgliedern einer AG einen Haftungsfreiraum im Bereich qualifizierter unternehmerischer Entscheidungen gewährt, auch auf den Insolvenzverwalter anwendbar ist.

Vor Einführung der *business judgment rule* in das Aktienrecht unterlagen Vorstandsmitglieder einer AG nach der Haftungsgrundnorm des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG einer sehr weitgehenden Haftung gegenüber ihrer Gesellschaft. Die Möglichkeiten, diese weitgehende Haftung auszuschließen oder zu begrenzen waren limitiert. Dass ein Haftungsfreiraum für unternehmerische Entscheidungen der Vorstandsmitglieder existiert, ließen die aktienrechtlichen Haftungsvorschriften nicht explizit erkennen. Ein solcher ist aus verschiedenen Gründen aber sinnvoll und zwingend erforderlich. Zum einen wohnt unternehmerischen Entscheidungen immer eine gewisse Unsicherheit inne. Selbst bei größtmöglicher Anstrengung wird ein Vorstandsmitglied sich nicht sicher sein können, ob eine bestimmte unternehmerische Maßnahme zum Erfolg führt.

Zum anderen würden Vorstandsmitglieder bei einem übermäßig streng ausgestalteten Haftungssystem aus Angst vor einer persönlichen Inanspruchnahme keine vernünftigen unternehmerischen Risiken eingehen, sondern sich nur auf Haftungsvermeidung konzentrieren. Für alle Beteiligten der Entscheidung (die Aktionäre, die Gesamtwirtschaft, die Arbeitnehmer und die sonstigen Gläubiger der Gesellschaft) ist es jedoch am vorteilhaftesten, wenn das Vorstandsmitglied die Entscheidung mit dem höchsten Erwartungswert trafe und damit risikoneutral handle.

Weiterer Sinn der Schaffung eines Haftungsfreiraums für unternehmerische Entscheidungen ist, dass es schwierig ist, qualifizierte und geeignete Unternehmensleiter zu finden, wenn diese für jegliche Fehlschläge im unternehmerischen Bereich haften müssten.

Schließlich ist die Schaffung eines Haftungsfreiraums für unternehmerische Entscheidungen zur Verhinderung von Rückschaufehlern geboten: Wenn Richter die Entscheidungen der Vorstandsmitglieder beurteilen, passiert dies nämlich *ex post*, sodass die Gefahr besteht, dass sie Entscheidungen, die aus damaliger Sicht vertretbar waren, im Nachhinein als völlig unvertretbar einstufen würden.

Diese Erforderlichkeit eines gewissen unternehmerischen Gestaltungsspielraums von Geschäftsleitern haben Rechtsprechung, Gesetzgebung und Literatur ebenfalls gesehen und dementsprechend auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung die Tendenz erkennen lassen, bei der Überprüfung von Handlungen von Vorstandsmitgliedern die Besonderheiten

unternehmerischer Maßnahmen zu berücksichtigen. Diese Bemühungen blieben jedoch einzelfallbezogen, ergebnisorientiert und ohne jegliche stringente Dogmatik. Als im November 2005 eine an das US-amerikanische Recht angelehnte *business judgment rule* in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG kodifiziert wurde, war dies zum Zwecke der Entstehung von Rechtssicherheit, Transparenz und Rechtsanwendungsgleichheit sowie der Setzung eines Signals in Richtung der Geschäftsleiter und Gerichte daher äußerst begrüßenswert. Seither scheidet eine Pflichtverletzung eines Vorstandsmitglieds nach § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG und damit eine Schadensersatzhaftung nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG aus, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.

Im Wege der Analogie findet die aktienrechtliche *business judgment rule* aus § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG auch auf die Haftung des Insolvenzverwalters nach § 60 InsO Anwendung. Demnach handelt der Insolvenzverwalter dann nicht pflichtwidrig i.S.d. § 60 InsO, wenn er bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Beteiligten unter besonderer Berücksichtigung des Ziels des Insolvenzverfahrens, der bestmöglichen gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung, zu handeln. Die Analogie ist deshalb zu ziehen, da im Insolvenzrecht eine planwidrige Regelungslücke existiert und die dortige Interessenlage mit der im Aktienrecht vergleichbar ist: Genauso wie ein Vorstandsmitglied einer sehr weitgehenden Haftung ausgesetzt ist, ist dies auch der Insolvenzverwalter. Nach § 60 InsO ist er nämlich gegenüber *allen* materiell Verfahrensbeteiligten für die schuldhafte Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten verantwortlich. Wegen dieser Innen- und Außenhaftung ist die Haftung des Insolvenzverwalters nach § 60 InsO sogar noch deutlich weitgehender als die der Vorstandsmitglieder nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG, welcher eine reine Binnenhaftung begründet. Die Möglichkeiten, die Haftung des Insolvenzverwalters auszuschließen oder zu begrenzen sind gleichsam limitiert wie die einer Begrenzung der Haftung von Vorstandsmitgliedern. Die Existenz eines Haftungsfreiraums für unternehmerische Entscheidungen ist in § 60 InsO außerdem ebenso wenig explizit erkennbar wie in § 93 AktG vor Kodifizierung der *business judgment rule*.

Insbesondere seit Ermöglichung der Betriebsfortführung in der Insolvenz hat aber auch der Insolvenzverwalter zahlreiche unternehmerische Entscheidungen zu treffen. Die Gründe, die für die Beschränkung der Vorstandshaftung für unternehmerische Entscheidungen sprachen, kommen auch bei unternehmerischen Entscheidungen des Insolvenzverwalters zum Tragen.

Zum einen ist auch der Insolvenzverwalter den unternehmerischen Entscheidungen anhaftenden einzigartigen Unsicherheiten ausgesetzt; zum anderen besteht auch bei ihm die Gefahr, dass er aus Angst vor einer persönlichen Inanspruchnahme keine vernünftigen unternehmerischen Risiken eingeht. Dies liefe dem Ziel des Insolvenzverfahrens – der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung – zuwider. Zudem bestehen die Gefahr, dass sich nur noch schwierig geeignete und qualifizierte Insolvenzverwalter finden lassen, sowie die Gefahr von Rückschaufehlern.

Der Einwand, die Situation des Insolvenzverwalters sei deshalb nicht mit der eines Vorstandsmitglieds einer AG vergleichbar, da der Insolvenzverwalter verschiedenen Beteiligten gegenüber verpflichtet sei und sich deren Präferenzen hinsichtlich der Risikofreudigkeit des Verwalters voneinander unterscheiden, wohingegen das Vorstandsmitglied einer AG nur der einheitlichen Risikopräferenz der Gesellschaft verpflichtet sei, kann nicht überzeugen. Die verschiedenen Beteiligten, denen der Insolvenzverwalter verpflichtet ist, haben nämlich ebenfalls ein gemeinsames Interesse an der Verhinderung risikoaversen Verhaltens des Insolvenzverwalters. Sollte der Schuldner bzw. die Gesellschafter des Schuldners im Einzelfall nicht nur ein Interesse an risikoneutralem, sondern sogar an risikofreudigem Handeln haben, so tritt dieses Interesse hinter dem vorrangigen gemeinsamen Interesse der Insolvenzgläubiger an einem risikoneutralen Handeln bzw. der auf diese Weise am besten zu erreichenden Gläubigerbefriedigung zurück. In den Fällen, in denen sowohl der Gewinn als auch der Verlust nicht die Insolvenzgläubiger, sondern einzig den Schuldner bzw. die Gesellschafter des Schuldners trifft, kann deren evtl. abweichende Risikopräferenz über das Tatbestandsmerkmal des „Interesses der Beteiligten unter besonderer Berücksichtigung des Interesses der bestmöglichen gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung“ berücksichtigt werden.

Die *business judgment rule* gilt im Rahmen von § 60 InsO nicht nur im Innenverhältnis bzw. bei Gesamtschäden, sondern ebenfalls im Außenverhältnis bzw. bei Einzelschäden, da eine unterschiedlich strenge Haftung gegenüber den einzelnen Beteiligten für ein und dieselbe unternehmerische Entscheidung dazu führen würde, dass sich im Konfliktfall die strengere Haftung durchsetzen und das Handeln des Insolvenzverwalters bestimmen würde, so dass das Ziel der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung torpediert würde.

Die Analogie ist zudem unabhängig davon zu ziehen, ob sich die Geschäftsleiter der insolventen Gesellschaft selbst auf die *business judgment rule* berufen können, d.h. unabhängig von der Rechtsform der insolventen Gesellschaft. Der Insolvenzverwalter hat nämlich ganz andere Rechte und Pflichten als der Geschäftsleiter. Dementsprechend muss auch der Umfang

der Überprüfbarkeit seiner Entscheidungen nicht der gleiche sein wie der der Entscheidungen des Geschäftsleiters.

Ebenso gilt die Analogie unabhängig davon, ob man den Insolvenzverwalter als Vertreter, Organ oder Amtsträger ansieht. Da seine Aufgaben und Pflichten sowie dementsprechend seine Haftung von seiner rechtlichen Stellung unabhängig sind, sollte nämlich auch die Haftungsprivilegierung nicht von dieser abhängen.

Die *business judgment rule* ist zudem nicht nur im Rahmen der Unternehmensfortführung, sondern auch im Rahmen der Liquidation anwendbar, da der Insolvenzverwalter auch im Rahmen der Liquidation unternehmerische Entscheidungen zu treffen hat.

Eine analoge Anwendung der aktienrechtlichen *business judgment rule* auf § 61 InsO ist dagegen weder geboten noch möglich. Die Interessenlage im Rahmen von § 61 InsO ist nämlich nicht mit der im Rahmen von § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG vergleichbar. Die Gründe, die für die Beschränkung der Vorstandshaftung für unternehmerische Entscheidungen in Form der *business judgment rule* sprachen, kommen im Rahmen der Haftung des Insolvenzverwalters nach § 61 InsO nicht gleichermaßen zum Tragen. Zunächst einmal ist die Haftung im Rahmen von § 61 InsO weniger weitgehend. § 61 InsO statuiert nämlich nur eine Haftung für das Eingehen einer Masseverbindlichkeit, obwohl bereits erkennbar war, dass diese voraussichtlich nicht erfüllbar ist.

Während die Anwendung der *business judgment rule* im Aktienrecht zudem der Verhinderung risikoaversen Verhaltens im Interesse der Gesellschaft dient, sowie die analoge Anwendung dieser auf die Haftung des Insolvenzverwalters nach § 60 InsO der Verhinderung risikoaversen Verhaltens im Interesse des Ziels des Insolvenzverfahrens – der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung – dient, würde die Anwendung auf § 61 InsO die Erreichung des Ziels der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung vielmehr gefährden. Die Haftung des Verwalters in der Form des § 61 InsO wurde nämlich eingeführt, weil der Gesetzgeber die Gefahr sah, dass Dritte aufgrund des unkalkulierbaren und hauptsächlich von ihnen zu tragenden Risikos einer Masseunzulänglichkeit davon absehen könnten, Geschäftsbeziehungen mit dem insolventen Unternehmen aufzunehmen, ohne besondere Sicherheiten für die Erfüllung der Verbindlichkeiten zu verlangen. Dadurch wäre eine Unternehmensfortführung im Insolvenzverfahren wesentlich erschwert worden. Die Insolvenzordnung wollte im Interesse der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung aber gerade einen Gleichrang von Unternehmensfortführung und Liquidation erreichen. Durch Schaffung des § 61 InsO sollten die bisher bestehenden Schutzdefizite beseitigt werden, um im Interesse der bestmöglichen

Gläubigerbefriedigung die Bereitschaft Dritter zu erhöhen, mit dem insolventen Unternehmen Geschäftsbeziehungen aufzunehmen. Könnte der Insolvenzverwalter sich von seiner Haftung aus § 61 InsO nun aber lossagen, wenn er nur vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information im Interesse bestmöglicher Gläubigerbefriedigung zu handeln, auch wenn bei Begründung der Masseverbindlichkeit bereits die überwiegende Wahrscheinlichkeit der Nichterfüllbarkeit der Verbindlichkeit erkennbar war, würde der Zweck des § 61 InsO ausgehebelt. Es bestünde die Gefahr, dass Dritte davon absähen, Geschäftsbeziehungen mit dem insolventen Unternehmen aufzunehmen. Unternehmensfortführungen würden erschwert, was letztlich zur Gefährdung der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung führen würde. Die Anwendung der *business judgment rule* auch auf § 61 InsO liegt somit nicht im Interesse des Ziels des Insolvenzverfahrens, der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung.

Des Weiteren wird die einzigartige Unsicherheit, die unternehmerischen Entscheidungen anhaftet, bei § 61 InsO nicht relevant, da § 61 InsO keine Haftung für unternehmerisches Risiko statuiert, das sich verwirklicht hat, sondern eine Haftung für das Eingehen einer Verbindlichkeit, obwohl bereits erkennbar war, dass diese voraussichtlich nicht erfüllbar ist.

Bei der Frage, ob eine konkrete Maßnahme von der *business judgment rule* privilegiert ist, kommt es vor allem darauf an, dass eine unternehmerische Entscheidung vorliegt. Hierzu muss der Insolvenzverwalter nicht nur eine aus mindestens zwei rechtmäßigen Handlungsmöglichkeiten auswählen. Sondern die gewählte Handlung muss auch unternehmerischen Charakter aufweisen, wobei „unternehmerisch“ anhand des Sinn und Zwecks der *business judgment rule* auszulegen ist. D.h. es muss Unsicherheit bezüglich externer Faktoren, wie der Entwicklung des Marktes oder des Verhaltens von Konkurrenten oder Kunden, gegeben sein und die Erforderlichkeit einer diesbezüglichen Prognose bestehen. Der wirtschaftliche Erfolg der Entscheidung darf nur schwer kalkulierbar und allenfalls im Nachhinein beurteilbar sein; es muss im weiteren Sinne um die Wahrnehmung einer Geschäftschance gehen. Zudem muss es sich um eine Entscheidung handeln, bei der es darum geht, den Mut zum Eingehen wirtschaftlicher Risiken zu fördern und es muss die Gefahr der Rückschläge bestehen. Unternehmerische Entscheidungen liegen insbesondere vor bei der bewussten Fortführung des schuldnerischen Unternehmens sowie der Stilllegung nach Einholung der Zustimmung des Insolvenzgerichts im Eröffnungsverfahren, der bewussten Fortführung sowie Stilllegung oder Veräußerung nach Einholung der Zustimmung des Gläubigerausschusses im eröffneten Verfahren, der Wahl des konkreten Inhalts des Berichts

des Insolvenzverwalters nach § 156 Abs. 1 InsO sowie den hier abgegebenen Empfehlungen, der Beantragung der Aufhebung des Beschlusses der Gläubigerversammlung über den Fortgang des Insolvenzverfahrens und dem bewussten Absehen hiervon, zahlreichen Einzelfallentscheidungen im kaufmännischen und personellen Bereich im Rahmen der Betriebsfortführung, wie der Entscheidung über die Erfüllung von Verträgen nach § 103 InsO, die Anzahl der zu beschäftigenden Arbeitnehmer, den Standort und den Umfang der Produktion sowie die Zulieferer, zahlreichen Einzelfallentscheidungen im Rahmen der Liquidation, wie zum Beispiel, zu welchem Zeitpunkt, auf welche Art und Weise und an wen einzelne Vermögensgegenstände oder das Unternehmen als Ganzes veräußert werden, der Entscheidung für bzw. gegen das Führen eines Prozesses und gegen bzw. für den Schluss eines Vergleichs, das Ausüben und bewusste Nichtausüben des Planinitiativrechts, der konkreten inhaltlichen Ausgestaltung eines Insolvenzplans und der Wahl des konkreten Inhalts der Stellungnahme zu einem vom Schuldner vorgelegten Insolvenzplan.

Zusätzlich zu dem Vorliegen einer unternehmerischen Entscheidung ist im Rahmen der insolvenzrechtlichen *business judgment rule* erforderlich, dass der Insolvenzverwalter vernünftigerweise annehmen durfte, zum Wohle der Beteiligten unter besonderer Berücksichtigung des Ziels des Insolvenzverfahrens – der bestmöglichen gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung – zu handeln. Dieses Ziel kann im Wege der Zerschlagung, der übertragenden Sanierung und der Reorganisation des Rechtsträgers erreicht werden, wobei keine dieser Möglichkeiten ein Selbstzweck ist, sondern lediglich Mittel zum Zweck der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung. Außerdem muss der Insolvenzverwalter vernünftigerweise annehmen dürfen, ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse sowie auf der Grundlage angemessener Information zu handeln und schließlich muss er gutgläubig sein.

Aus Gründen der Rechtssicherheit, Transparenz und Rechtsanwendungsgleichheit, des Zuwachses an Legitimation und des Setzens eines Signals in Richtung der Insolvenzverwalter und Gerichte, sollte eine Kodifizierung der insolvenzrechtlichen *business judgment rule* erfolgen. Es bietet sich an, § 60 Abs. 1 InsO um folgenden neuen Satz 2 zu ergänzen:

„Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn der Insolvenzverwalter bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Beteiligten unter besonderer Berücksichtigung des Ziels des Insolvenzverfahrens, der bestmöglichen gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung, zu handeln.“