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-

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 *business judgment rule* 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

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. Gerechtwerden 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 *(hindsight bias)* 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 *business judgment rule* 61
I. Der Weg zu der heutigen *business judgment rule* 62
1. Die US-amerikanische *business judgment rule* als Vorreiter und Vorbild 62
2. Die *ARAG/Garmenbeck*-Entscheidung 64
3. *Ulmers* Vorschlag einer Kodifizierung der *business judgment rule* 66
4. Der Deutsche Juristentag und die *business judgment rule* 66
5. Die Regierungskommission Corporate Governance und die *business judgment rule* 67
6. Weitere Diskussion zur Kodifizierung der *business judgment rule* 67
7. Referentenentwurf zur Kodifizierung der *business judgment rule* in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG 68
8. Regierungsentwurf zur Kodifizierung der *business judgment rule* in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG 69
9. Endgültige Verabschiedung des UMAG 70

10. Vor- und Nachteile der Kodifizierung der *business judgment rule* 70
a) Vorteile 71
b) Nachteile 72
c) Stellungnahme 72
II. Funktionsweise der *business judgment rule* 74
III. Die Voraussetzungen der Anwendbarkeit der *business judgment rule* 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

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 *business judgment rule* 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) Auschluss 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

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. Formularmäßige 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 *business judgment rule?* 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. Gerechtwerden 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 *(hindsight bias)* 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 *business judgment rule* 215
1. Haftungsfreistellung bis zur Grenze grober Fahrlässigkeit 215
2. Summenmäßige Begrenzung der Haftung 216
VI. Anwendung der *business judgment rule* auf die Haftung des Insolvenzverwalters 217
1. Anwendbarkeit der *business judgment rule* nur in Insolvenzverfahren von Gesellschaften, deren Unternehmensleiter sich selbst auf die *business judgment rule* berufen können? 217
2. Abhängigkeit der *business judgment rule* 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 *business judgment rule* nur bei Unternehmensfortführung? 228
VII. Tatbestandsvoraussetzungen der *business judgment rule* 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

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 *business judgment rule* 244
IX. Einzelne Anwendungsfälle der *business judgment rule* 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 *business judgment rule* 262

Zusammenfassung 264

Literaturverzeichnis 269

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere/anderer Ansicht
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AG	Aktiengesellschaft, Die Aktiengesellschaft (Zeitung)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
a.F.	alte Fassung
AktG	Aktiengesetz
AktienR	Aktienrecht
allg. M.	allgemeine Meinung
Arbeitshdb.	Arbeitshandbuch
Aufl.	Auflage
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
Begr.	Begründung
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	Berliner Kommentar
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BT-Drucks.	Drucksache des Bundestages
Bus. Law.	Business Lawyer
bzw.	beziehungsweise
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
c.i.c.	culpa in contrahendo
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
DB	Der Betrieb
DBW	Die Betriebswirtschaft
Der Konzern	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Bilanzrecht und Rechnungslegung der verbundenen Unternehmen
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/dieselben
d.h.	das heißt

DJT	Deutscher Juristentag
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DStR	Deutsches Steuerrecht
DZWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
ebd.	ebenda
ed.	edition
Energ. L. J.	Energy Law Journal
et. al.	et alia
ESUG	Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f., ff.	folgende, fortfolgende
FG	Festgabe
FK	Frankfurter Kommentar
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GenG	Genossenschaftsgesetz
GesR	Gesellschaftsrecht
g.h.M.	ganz herrschende Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	GmbH-Gesetz
GmbHR	GmbH-Rundschau
GK	Großkommentar
HambKomm	Hamburger Kommentar
Hdb.	Handbuch
Heidel-Komm	Heidelberger Kommentar
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
h.M.	herrschende Meinung
i.d.F.	in der Fassung
InsO	Insolvenzordnung
InsR	Insolvenzrecht
InsVV	Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung
InsVZ	Zeitschrift für Insolvenzverwaltung und Sanierungsberatung
i.S.d.	im Sinne der/des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit

J. Exp. Psych.	Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KapGesR	Kapitalgesellschaftsrecht
KK	Kölner Kommentar
Komm.	Kommentar
krit.	kritisch
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
LS	Leitsatz
Mandatshdb.	Mandatshandbuch
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
Münch.	Münchener
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
Or. L. Rev.	Oregon Law Review
Psychol. Bull.	Psychological Bulletin
r + s	Recht und Schaden
RechtsA	Rechtsausschuss
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
sog.	sogenannter/sogenannte/sogenanntes
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung

str.	streitig
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
UCLA L. Rev.	University of California Law Review
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts
unstr.	unstreitig
Urt.	Urteil
v.	vom, versus
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VorstandsR	Vorstandsrecht
VorstAG	Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
ZCG	Zeitschrift für Corporate Governance
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
zust.	zustimmend
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Einleitung

Im Zuge des Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG)[1], welches zum 1.11.2005 in Kraft getreten ist, wurde § 93 Abs. 1 AktG um folgenden Satz 2 ergänzt: „Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln." Durch Kodifizierung dieser sog. *business judgment rule* sollte für Vorstandsmitglieder einer AG ein „Haftungsfreiraum im Bereich qualifizierter unternehmerischer Entscheidungen" geschaffen werden,[2] und zwar in der Form eines sog. sicheren Hafens (*safe harbor*)[3]. Es sollte klargestellt werden, dass Vorstandsmitglieder keiner Erfolgshaftung unterliegen,[4] d.h. der AG gegenüber nicht allein deshalb haften, weil eine Entscheidung, die sie zur Erlangung eines wirtschaftlichen Vorteils für die AG getroffen haben, sich im Nachhinein als wirtschaftlich unvorteilhaft erwiesen hat. Die in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG kodifizierte *business judgment rule* ist angelehnt an die *business judgment rule* US-amerikanischen Ursprungs.[5] Geltung hat sie nach h.M. nicht nur für die Vorstandsmitglieder einer AG, sondern auch für die Geschäftsleitungsmitglieder anderer Gesellschaften, so zum Beispiel die Geschäftsführer einer GmbH.[6]

---

1 BGBl. I 2005, S. 2802 ff.

2 *Paefgen*, AG 2004, 245, 246; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 63.

3 *Winnen*, Innenhaftung des Vorstandes, S. 29; *Wilsing*, ZIP 2004, 1082, 1089; *Hopt/Roth*, in: Hirte/Mülbert/Roth, GK-AktG, § 93 Rn. 61; *Wiesner*, in: Hoffmann-Becking, Münch. Hdb. GesR, § 25 Rn. 58.

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

5 *Thümmel*, DB 2004, 471, 471; *Mertens/Cahn*, in: Zöllner/Noack, KK-AktG, § 93 Rn. 14; *Gehb/Heckelmann*, ZRP 2005, 145, 145; *Hauschka*, ZRP 2004, 65, 66; *Ek*, Haftungsrisiken, S. 13 f.

6 Für eine analoge Anwendung der *business judgment rule* auf die Geschäftsführer einer GmbH: *Lutter*, DZWiR 2011, 265, 268; *Hauschka*, GmbHR 2007, 11, 12; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 22; *Altmeppen*, in: Altmeppen/Roth, GmbHG, § 43 Rn. 8 f.; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, § 43 Rn. 23; *Schneider*, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 53 f. Unter Bezugnahme auf BGH, Beschl. v. 14.7.2008 – II ZR 202/07, NJW 2008, 3361, 3361 LS 1 außerdem: *Fleischer*, NJW 2009, 2337, 2339; *Kindler*, in: FS Goette, S. 232; *Loritz/Wagner*, DStR 2012, 2189, 2189; *Kebekus/Zenker*, in: FS Maier-Reimer, S. 325 ff.

Die Problematik der Haftung bzw. der Haftungsbegrenzung für fehlgeschlagene unternehmerische Entscheidungen, d.h. solche Entscheidungen, bei denen der bezweckte wirtschaftliche Erfolg nicht eintritt, betrifft nicht nur Vorstandsmitglieder einer AG oder Geschäftsführer einer GmbH, sondern alle Entscheidungsträger, die Entscheidungen für einen Dritten treffen, so dass die Chancen und Risiken der getroffenen Entscheidung nicht ihnen selbst, sondern dem Dritten zufallen.[7] Hier mag es nicht nur für den Entscheidungsträger, sondern auch für denjenigen, den die Folgen der Entscheidungen treffen, von Interesse sein, wenn ein Haftungssystem existiert, welches den Entscheidungsträger keiner ungerechtfertigten Haftung für fehlerfrei vorbereitete unternehmerische Entscheidungen aussetzt und dessen Entschlussfreude nicht lähmt. Insbesondere seit Ermöglichung der Betriebsfortführung im Rahmen der Insolvenz – welche seit Inkrafttreten der Insolvenzordnung sogar ausdrücklich mit der Liquidation gleichgestellt ist, und zwar sowohl in vorläufiger Form mit dem Ziel einer übertragenden Sanierung als auch in langfristiger Form mit dem Ziel einer Reorganisation des Schuldners (vgl. § 1 Satz 1 InsO) – rückt der Insolvenzverwalter in die Position eines Geschäftsleiters ein.[8] Als solcher hat der Insolvenzverwalter unternehmerische Entscheidungen zu treffen,[9] deren wirtschaftliche Folgen nicht ihn selbst treffen,[10] sondern vielmehr die Insolvenzgläubiger, den Schuldner oder Absonderungsberechtigte. Da er für seine Verwaltungstätigkeit haften kann, stellt sich für ihn die Frage der Haftungsbegrenzung für fehlgeschlagene unternehmerische Entscheidungen gleichermaßen.

Ziel der Arbeit ist es daher zu untersuchen, ob und inwiefern die in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG kodifizierte, einen Haftungsfreiraum für qualifizierte unternehmerische Entscheidungen schaffende *business judgment rule* auch auf die Haftung des Insolvenzverwalters anwendbar ist. Dazu wird zunächst die *business judgment rule* im Aktienrecht beleuchtet (Erstes Kapitel). Hier widmet sich die Arbeit der Haftung der Vorstandsmitglieder einer AG für unternehmerische Entscheidungen vor Einführung der *business judgment rule* (A.) und der heutigen Begrenzung durch die *business judgment rule* unter besonderer Berücksichtigung von Funktionsweise und Voraussetzungen der *business judgment rule* (B.). Im zweiten insolvenzrechtlichen Kapitel wird untersucht, wie der Insolvenzverwalter *de lege lata*

---

7 *Oldiges*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 16.
8 *Bönner*, Unternehmerisches Ermessen, S. 112.
9 *Bönner*, Unternehmerisches Ermessen, S. 2.
10 *Bönner*, Unternehmerisches Ermessen, S. 112.

haftet (A. und B.), einschließlich der Möglichkeiten eines Haftungsausschlusses (C.). Sodann widmet sich die Arbeit der Übertragbarkeit der Gründe, die für die Gewährung eines Haftungsfreiraums für unternehmerische Entscheidungen von Vorstandsmitgliedern von Aktiengesellschaften gesprochen haben, auf das Insolvenzrecht (D. II.) sowie der bisherigen Berücksichtigung der Besonderheiten unternehmerischer Entscheidungen bei der Überprüfung des Verhaltens des Insolvenzverwalters (D. IV.). Danach wird erörtert, ob bereits *de lege lata* eine Anwendung der *business judgment rule* auf die Haftung des Insolvenzverwalters erfolgen kann (D. VI.), welche Besonderheiten deren Tatbestandsmerkmale im Vergleich zum Aktienrecht aufweisen (D. VII.) und in welchen konkreten Entscheidungssituationen sich der Insolvenzverwalter auf die *business judgment rule* berufen kann (D. IX.). Abschließend erfolgen eine Erörterung der Sinnhaftigkeit der Kodifizierung einer insolvenzrechtlichen *business judgment rule* sowie die Unterbreitung eines Formulierungsvorschlags hierfür (D. X.).

Die Bearbeitung beschränkt sich auf die Untersuchung der Übertragbarkeit der *business judgment rule* auf die Haftung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters. Die Anwendbarkeit der *business judgment rule* auf die Haftung des Eigenverwalters und dessen Organe wird zusätzlich nicht erörtert, da der Eigenverwalter und dessen Organe bereits einer anderen Haftung unterliegen als der Insolvenzverwalter.[11] Die Frage der Anwendbarkeit der *business judgment rule* auf die Haftung des Sachwalters ist ebenfalls nicht Gegenstand dieser Arbeit. Für den Sachwalter ist die *business judgment rule* ohnehin nur wenig relevant, da dieser regelmäßig keine unternehmerischen Entscheidungen trifft.

11 Diese ist vor allem nicht unumstritten. Eine ausführliche Diskussion der Haftung findet sich bei *Thole/Brünkmanns*, ZIP 2013, 1097 ff.

Erstes Kapitel: Die *business judgment rule* im Aktienrecht

A. *Die Haftung der Vorstandsmitglieder einer AG bei unternehmerischen Entscheidungen vor Einführung des § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG*

Die Kodifizierung der *business judgment rule* erfolgte erst im Zuge des am 1.11.2005 in Kraft getretenen UMAG durch Einfügung eines neuen Satzes 2 in § 93 Abs. 1 AktG. Wie die Haftung der Vorstandsmitglieder einer AG bei unternehmerischen Entscheidungen zuvor ausgestaltet war, soll im Folgenden untersucht werden. Diese Untersuchung ist erforderlich, um im späteren insolvenzrechtlichen Teil – nach dortiger Erörterung der aktuellen Haftung des Insolvenzverwalters – die Frage beantworten zu können, ob die aktuelle haftungsrechtliche Situation des Insolvenzverwalters mit der der Vorstandsmitglieder vor Einführung der *business judgment rule* vergleichbar ist.

I. Die Haftungsgrundnorm des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG

Grundlage der Haftung von Vorstandsmitgliedern einer AG für fehlerhafte unternehmerische Entscheidungen ist 93 Abs. 2 Satz 1 AktG. Nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG ist ein Vorstandsmitglied gegenüber der Gesellschaft zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den es aufgrund der Verletzung seiner Pflichten verursacht hat (sog. Binnenhaftung[12]).

1. Normzweck

Ihre Rechtfertigung findet die Haftung nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG darin, dass ein Vorstandsmitglied wegen des Grundsatzes der Fremdorganschaft

12 *Fleischer*, in: Fleischer, Hdb. VorstandsR, § 11 Rn. 1; *Wiesner*, in: Hoffmann-Becking, Münch. Hdb. GesR, § 26 Rn. 1; *Winnen*, Innenhaftung des Vorstandes, S. 58; *Hüffer*, Vorstand als Leitungsorgan, in: Bayer/Habersack, AktienR im Wandel, S. 374 f.

zwar handelt, aber nicht die Folgen seines Handelns tragen muss.[13] Die Haftung hat im Wesentlichen zwei Funktionen: Zum einen soll der der AG entstandene Vermögensnachteil ausgeglichen werden, um die AG sowie diejenigen, die ein Interesse an einer möglichst großen Haftungsmasse haben (Aktionäre, Arbeitnehmer und andere Gläubiger), zu schützen.[14] Zum anderen soll die drohende persönliche Inanspruchnahme die Vorstandsmitglieder präventiv zu einem besonders ordentlichen und gewissenhaften Handeln bewegen.[15]

2. Voraussetzungen

Welche Voraussetzungen gegeben sein müssen, damit eine Haftung aus § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG besteht, soll im Folgenden erörtert werden.

a) Vorstandsmitglied

Erste Voraussetzung für eine Haftung nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG ist, dass der Anspruchsgegner Vorstandsmitglied ist. Vorstandsmitglied ist jeder, der hierzu bestellt wurde und seiner Amtsstellung nicht verlustig ist.[16] Vorstandsmitglied i.S.v. § 93 AktG sind auch gerichtlich bestellte Vorstandsmitglieder (§ 85 AktG), stellvertretende Vorstandsmitglieder (§ 94 AktG), Arbeitsdirektoren in mitbestimmten Unternehmen und Aufsichtsratsmitglieder, welche vorübergehend zu Stellvertretern fehlender oder

---

13 *Busse*, JURA 2000, 337, 337; *Winnen*, Innenhaftung des Vorstandes, S. 58; *Hopt/Roth*, in: Hirte/Mülbert/Roth, GK-AktG, § 93 Rn. 31; *Kock/Dinkel*, NZG 2004, 441, 441; *Fleischer*, in: FS Wiedemann, S. 829.

14 *Hölters*, in: Hölters, AktG, § 93 Rn. 8; *Kock/Dinkel*, NZG 2004, 441, 441; *Winnen*, Innenhaftung des Vorstandes, S. 58 f.; *Busse*, JURA 2000, 337, 337; *Hopt/Roth*, in: Hirte/Mülbert/Roth, GK-AktG, § 93 Rn. 28 f.

15 *Hölters*, in: Hölters, AktG, § 93 Rn. 8; *Kock/Dinkel*, NZG 2004, 441, 441; *Winnen*, Innenhaftung des Vorstandes, S. 59; *Busse*, JURA 2000, 337, 337; *Hopt/Roth*, in: Hirte/Mülbert/Roth, GK-AktG, § 93 Rn. 28 f.; *Fleischer*, in: FS Wiedemann, S. 829; *Mertens/Cahn*, in: Zöllner/Noack, KK-AktG, § 93 Rn. 6; *Arnold*, Steuerung des Vorstandshandelns, S. 170 ff.

16 *Busse*, JURA 2000, 337, 339; *Koch*, in: Hüffer, AktG, § 93 Rn. 37; *Krieger*, (Innen-)Haftung des Vorstands, in: Henze/et al., GesR, S. 151.

verhinderter Vorstandsmitglieder bestellt wurden.[17] Auf das Bestehen eines Anstellungsvertrags kommt es nicht an.[18]

Auch ohne als Vorstandsmitglied bestellt zu sein, kann jemand als ein solches i.S.v. § 93 AktG gelten: Dies ist grundsätzlich der Fall, wenn die Bestellung an einem Wirksamkeitsmangel leidet und somit fehlerhaft ist („fehlerhaftes Organ").[19] Gleiches gilt für die Situation, dass überhaupt gar kein förmlicher Bestellungsakt stattgefunden hat, die betreffende Person aber mit Billigung des Aufsichtsrats die Funktion und die Aufgaben eines Vorstandsmitglieds wahrnimmt und somit in tatsächlicher Weise wie ein Vorstandsmitglied handelt („faktisches Organ").[20]

b) Pflichtverletzung

Weitere Voraussetzung für eine Haftung nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG ist, dass eine Pflichtverletzung vorliegt. Die Pflichten der Vorstandsmitglieder

---

17 *Fleischer*, in: Fleischer, Hdb. VorstandsR, § 11 Rn. 12; *Hopt/Roth*, in: Hirte/Mülbert/Roth, § 93 Rn. 344; *Wellhöfer*, in: Wellhöfer/et al., Haftung des Vorstands, § 2 Rn. 10.

18 *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 178; *Koch*, in: Hüffer, AktG, § 93 Rn. 37; *Krieger/Sailer-Coceani*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 2; *Wiesner*, in: Hoffmann-Becking, Münch. Hdb. GesR, § 26 Rn. 8; *U. Schmidt*, in: Heidel, AktienR, § 93 Rn. 2; *Busse*, JURA 2000, 337, 339; *Thümmel/Sparberg*, DB 1995, 1013, 1014.

19 Unstr.: *Busse*, JURA 2000, 337, 339; *Bürgers*, in: Bürgers/Körber, AktG, § 93 Rn. 18; *Hopt/Roth*, in: Hirte/Mülbert/Roth, GK-AktG, § 93 Rn. 358; *Hölters*, in: Hölters, AktG, § 93 Rn. 228; *Koch*, in: Hüffer, AktG, § 93 Rn. 37; *Mertens/Cahn*, in: Zöllner/Noack, KK-AktG, § 93 Rn. 42; *Spindler*, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, § 93 Rn. 15; *Krieger*, (Innen-)Haftung des Vorstands, in: Henze/et al., GesR, S. 151; *Winnen*, Innenhaftung des Vorstandes, S. 60.

20 Str. Ebenfalls bejahend: *Busse*, JURA 2000, 337, 339; *Fleischer*, in: Fleischer, Hdb. VorstandsR, § 11 Rn. 12; *Wiesner*, in: Hoffmann-Becking, Münch. Hdb. GesR, § 26 Rn. 10; *Hölters*, in: Hölters, AktG, § 93 Rn. 229; *Krieger/Sailer-Coceani*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 2; *Spindler*, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, § 93 Rn. 18; *Bürgers*, in: Bürgers/Körber, AktG, § 93 Rn. 18; *Hopt/Roth*, in: Hirte/Mülbert/Roth, GK-AktG, § 93 Rn. 362 ff.; *Winnen*, Innenhaftung des Vorstandes, S. 60. Verneinend: *Hüffer*, in: Hüffer, AktG, 10. Aufl., § 93 Rn. 12; *Mertens/Cahn*, in: Zöllner/Noack, KK-AktG, § 93 Rn. 43.

werden im Aktiengesetz[21] teilweise konkretisiert.[22] Sollte keine gesetzliche Konkretisierung vorliegen, gilt die Generalklausel des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG,[23] nach der die Vorstandsmitglieder bei der Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden haben. § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG ist nämlich nicht nur Verschuldensmaßstab, sondern auch Verhaltenspflichtnorm (sog. Doppelfunktion).[24] Eine Einordnung des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG auch als Verhaltenspflichtnorm ist sinnvoll, da so ein Auffangtatbestand für die nicht gesetzlich konkretisierten Pflichten besteht.[25] Außerdem spricht die Systematik des § 93 Abs. 1 AktG für eine Einordnung des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG als Verhaltenspflichtnorm: Sowohl Satz 3 (Satz 2 a.F.) als auch Satz 2 (welcher die *business judgment rule* kodifiziert) beschreiben Verhaltenspflichten der Vorstandsmitglieder.[26] Dies ergibt sich bei Satz 2 daraus, dass die *business judgment rule* bereits das Vorliegen einer Pflichtverletzung ausschließt und nicht erst auf Verschuldensebene ansetzt.[27] Von daher macht es nur Sinn, wenn auch Satz 1 eine Verhaltenspflicht beschreibt, da dieser sonst im Rahmen von Abs. 1 fehl am Platz wäre.[28] Davon abgesehen setzt der Ausschluss einer Pflichtverletzung, wie er von Satz 2 statuiert wird, voraus, dass überhaupt eine Pflicht besteht, woraus man ebenfalls schließen kann, dass Satz 1 als Verhaltenspflichtnorm anzusehen ist.[29] Unterteilt man den

---

21 Vgl. zum Beispiel §§ 57, 71–71e, 76 Abs. 1, 80, 81, 88, 90, 91, 92, 93 Abs. 1, 3 AktG.

22 *Busse*, JURA 2000, 337, 339; *Krieger*, (Innen-)Haftung des Vorstands, in: Henze/et al., GesR, S. 152; *Oldiges*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 23; *Hopt/Roth*, in: Hirte/Mülbert/Roth, GK-AktG, § 93 Rn. 56.

23 *Schaefer/Missling*, NZG 1998, 441, 444; *Buchta*, in: Kann, Vorstand der AG, S. 99; *Koch*, in: Hüffer, AktG, § 93 Rn. 5.

24 *Mertens/Cahn*, in: Zöllner/Noack, KK-AktG, § 93 Rn. 11; *Wiesner*, in: Hoffmann-Becking, Münch. Hdb. GesR, § 26 Rn. 15; *Hopt/Roth*, in: Hirte/Mülbert/Roth, GK-AktG, § 93 Rn. 43; *Busse*, JURA 2000, 337, 341; *Krieger*, (Innen-)Haftung des Vorstands, in: Henze/et al., GesR, S. 152. Krit. dagegen *Hüffer*, Vorstand als Leitungsorgan, in: Bayer/Habersack, AktienR im Wandel, S. 376.

25 *Mertens/Cahn*, in: Zöllner/Noack, KK-AktG, § 93 Rn. 11; *Buchta*, in: Kann, Vorstand der AG, S. 99.

26 *Handelsrechtsausschuss des DAV*, NZG 2004, 555, 555; *Ihrig*, WM 2004, 2098, 2102 Fn. 62; *Oldiges*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 23.

27 So der klare Gesetzeswortlaut „Eine *Pflichtverletzung* liegt nicht vor“ (Hervorhebung des Verfassers); *Oldiges*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 23.

28 *Handelsrechtsausschuss des DAV*, NZG 2004, 555, 555; *Ihrig*, WM 2004, 2098, 2102 Fn. 62; *Oldiges*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 23.

29 *Ihrig*, WM 2004, 2098, 2102 Fn. 62; *Koch*, ZGR 2006, 769, 784; *Koch*, in: Hüffer, AktG, § 93 Rn. 5.

Pflichtenkreis des Vorstands systematisch in die Hauptkategorien der Sorgfaltspflicht (*duty of care*) und der Treuepflicht (*duty of loyalty*),[30] gehört die Generalklausel des § 93 Abs. 1 Satz 1 zur Sorgfaltspflicht.[31] Zur Konkretisierung der Generalklausel liest man oftmals die Definition, Vorstandsmitglieder hätten die Pflicht, Vorteile für die Gesellschaft zu wahren und Schäden von ihr abzuwenden.[32] Diese Formel hilft jedoch wenig weiter.[33] Generell gilt, dass sich der anzuwendende Sorgfaltsmaßstab danach richtet, wie sich ein ordentlicher und gewissenhafter, nicht mit eigenen Mitteln wirtschaftender, sondern treuhänderisch ein fremdes Vermögen verwaltender Leiter eines hinsichtlich Art und Größe vergleichbaren Unternehmens angemessen der jeweiligen Art der Geschäftsführungsmaßnahme und der aktuellen Konjunkturentwicklung verhalten würde.[34]

Oftmals konkretisieren Bestimmungen in der Satzung der Gesellschaft[35] und im Anstellungsvertrag[36] die Verhaltenspflichten der Vorstandsmitglieder. Die Haftung des Vorstandsmitglieds gemäß § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG beruht zwar nicht auf seinem Anstellungsvertrag, sondern seiner Organstellung;[37] der Anstellungsvertrag kann die Organstellung aber durchaus ausgestalten.[38] Im Übrigen obliegt es der Rechtsprechung und der Litera-

---

30 *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 200; *Hopt/Roth*, in: Hirte/Mülbert/Roth, GK-AktG, § 93 Rn. 52; *Hopt*, in: FS Mestmäcker, S. 917; *Arnold*, Steuerung des Vorstandshandelns, S. 168.

31 *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 200; *Hopt/Roth*, in: Hirte/Mülbert/Roth, GK-AktG, § 93 Rn. 58.

32 *Spindler*, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, § 93 Rn. 26; *Mertens/Cahn*, in: Zöllner/Noack, KK-AktG, § 93 Rn. 66; *Buchta*, in: Kann, Vorstand der AG, S. 99; *Sonnenberger*, GmbHR 1973, 25, 28.

33 *Hopt/Roth*, in: Hirte/Mülbert/Roth, GK-AktG, § 93 Rn. 60; *Busse*, JURA 2000, 337, 339; *Kossen*, DB 1988, 1785, 1785.

34 Vgl. BGH, Urt. v. 20.2.1995 – II ZR 143/93, BGHZ 129, 30, 34; *Hölters,* in: Hölters, AktG, § 93 Rn. 26; *Koch,* in: Hüffer, AktG, § 93 Rn. 6; *Winnen*, Innenhaftung des Vorstandes, S. 61; *Hüffer*, Vorstand als Leitungsorgan, in: Bayer/Habersack, AktienR im Wandel, S. 377.

35 *Busse*, JURA 2000, 337, 339; *Hüffer*, Vorstand als Leitungsorgan, in: Bayer/Habersack, AktienR im Wandel, S. 377; *Hopt/Roth*, in: Hirte/Mülbert/Roth, GK-AktG, § 93 Rn. 60; *Krause*, BB 2009, 1370, 1371; *Spindler*, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, § 93 Rn. 35.

36 *Busse*, JURA 2000, 337, 339; *Mertens/Cahn*, in: Zöllner/Noack, KK-AktG, § 93 Rn. 124; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 201; *Koch*, in: Hüffer, AktG, § 93 Rn. 40; *Hopt/Roth*, in: Hirte/Mülbert/Roth, GK-AktG, § 93 Rn. 56, 60; *Krause*, BB 2009, 1370, 1371; *Spindler*, in: Goette/Habersack, MüKo-AktG, § 93 Rn. 35.

37 *Hopt/Roth*, in: Hirte/Mülbert/Roth, GK-AktG, § 93 Rn. 45.

38 *Busse*, JURA 2000, 337, 339; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 201.

tur, die für die Vorstandsmitglieder geltenden Pflichtenstandards zu konkretisieren.[39]

c) Verschulden

Weitere Voraussetzung für eine Haftung nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG ist das Vorliegen von Verschulden.[40] Das ist gesetzlich zwar nicht ausdrücklich normiert, folgt aber aus § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG, dessen Formulierung ähnlich der Definition der Fahrlässigkeit in § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB ist.[41] Der für das Verschulden geltende Maßstab ergibt sich aus § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG.[42] Insofern ist hier die zweite Funktion des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG von Bedeutung.[43] Verschulden liegt vor, wenn das Vorstandsmitglied fahrlässig oder vorsätzlich die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters außer Acht lässt.[44] Leichte Fahrlässigkeit genügt.[45] Ein Vorstandsmitglied kann sich weder auf persönliche Unfähigkeit noch Unkenntnis berufen, sondern hat die für seine Tätigkeit erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse ganz einfach zu besitzen oder sich anzueignen.[46] Ist dies nicht der Fall, hätte er das Amt des Geschäftsleiters gar nicht erst an-

---

39 *Wellhöfer*, in: Wellhöfer/et al., Haftung des Vorstands, § 2 Rn. 15; *Oldiges*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 23.

40 Statt aller: *Koch*, in: Hüffer, AktG, § 93 Rn. 43.

41 *Busse*, JURA 2000, 337, 341; *Hüffer*, Vorstand als Leitungsorgan, in: Bayer/Habersack, AktienR im Wandel, S. 376; vgl. auch *Hopt/Roth*, in: Hirte/Mülbert/Roth, GK-AktG, § 93 Rn. 391; *Winnen*, Innenhaftung des Vorstandes, S. 64.

42 *Küpper-Dirks*, Managerhaftung, S. 21; *Winnen*, Innenhaftung des Vorstandes, S. 64; *Ek*, Haftungsrisiken, S. 126 f.

43 Zur Doppelfunktion des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG siehe oben (S. 27).

44 *Winnen*, Innenhaftung des Vorstandes, S. 64.

45 *Fleischer*, in: Fleischer, Hdb. VorstandsR, § 11 Rn. 56; *Bürgers*, in: Bürgers/Körber, AktG, § 93 Rn. 21c; *Liebscher*, in: Müller/Rödder, Beck'sches Hdb. AG, § 6 Rn. 135; *Busse*, JURA 2000, 337, 341; *Winnen*, Innenhaftung des Vorstandes, S. 64.

46 BGH, Urt. v. 28.10.1971 – II ZR 49/70, WM 1971, 1548, 1549; BGH, Urt. v. 16.2.1981 – II ZR 49/80, WM 1981, 440, 441; *Hölters*, in: Hölters, AktG, § 93 Rn. 27; *Ek*, Haftungsrisiken, S. 127; *Oldiges*, Haftung des Insolvenzverwalters, S. 24; *Krieger*, (Innen-)Haftung des Vorstands, in: Henze/et al., GesR, S. 156; vgl. auch *Kossen*, DB 1988, 1785, 1787.