Der Insolvenzverwalter als „Unternehmenslenker" – Anforderungen und Enthaftungsmöglichkeiten

Rechtsanwälte Dr. Holger Leichtle und Dr. Ingo Theusinger*

Der BGH hat mit Urteil vom 16.3.2017 (NZG 2017, 627) die Grundsätze einer Haftung des Insolvenzverwalters für eine unternehmerische Fehlentscheidung klargestellt und ausgeführt, dass der Insolvenzverwalter eine günstige Geschäftschance, die dem von ihm verwalteten Schuldnerunternehmen zuzuordnen ist, nicht persönlich nutzen darf. Dieser Beitrag geht kurz auf die Entscheidung des BGH ein (I) und befasst sich sodann mit der entsprechenden Anwendbarkeit des unternehmerischen Ermessenspielraums auf das Handeln des Insolvenzverwalters in Form einer „Insolvency Judgment Rule" (II). In engem Zusammenhang hiermit steht auch die Frage, wie sich der Insolvenzverwalter durch die Einholung von (Rechts-)Rat enthaften kann. Die Verfasser halten die ISION-Rechtsprechung des BGH zur Enthaftung von Organmitgliedern auch auf den Insolvenzverwalter für übertragbar (III).

I. BGH festigt Rechtsprechung zur entsprechenden Anwendbarkeit gesellschaftsrechtlicher Institute auf Handeln des Insolvenzverwalters

Der *BGH* hat die Schadensersatzhaftung eines Insolvenzverwalters über das Vermögen einer kommunalen Wohnungs- und Baugesellschaft darauf gestützt, dass dieser die ihm als Verwalter zu einem äußerst günstigen Preis angebotene Wohnung nicht für die Insolvenzmasse, sondern persönlich erworben hatte.

In seiner Urteilsbegründung beruft sich das Gericht auf § 60 InsO, der neben § 61 InsO die zentrale Haftungsnorm für die persönliche Insolvenzverwalterhaftung darstellt. Nach § 60 I 1 InsO ist der Insolvenzverwalter allen Beteiligten zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er schuldhaft die Pflichten verletzt, die ihm nach der Insolvenzordnung obliegen. Zu seinen Pflichten gehört es unter anderem, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu bewahren, ordnungsgemäß zu verwalten sowie den Wert zu mehren.[1] Bei der Erfüllung dieser Pflichten hat er für die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters einzustehen. Der für den Insolvenzverwalter geltende Sorgfaltsmaßstab ist im Ausgangspunkt an die handels- und gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltsanforderungen angelehnt (§ 347 I HGB, § 93 I 1 AktG, § 34 I 1 GenG, § 43 I GmbHG).[2] Der *BGH* stellt ferner klar, dass dem Insolvenzverwalter bei der Ausübung seiner Tätigkeit zwar ein weiter Ermessensspielraum zusteht, aber er – wie ein Geschäftsleiter – die Geschäftschancen der Gesellschaft grundsätzlich nicht persönlich nutzen darf.

1. Insolvenzverwalter steht weiter Ermessensspielraum zu

Der *BGH* betont, dass dem Insolvenzverwalter ein weiter Ermessenspielraum zusteht. Allerdings hat er bei der Ermessensausübung dem Gesetz und im Besonderen dem Zweck des Insolvenzverfahrens Rechnung zu tragen. Er muss seine Entscheidungen an einer bestmöglichen gemeinschaftlichen Befriedigung der Insolvenzgläubiger sowie dem von den Gläubigern gemeinschaftlich beschlossenen Verfahrensziel als Mittel der Zweckerreichung orientieren. Er muss zudem beachten, dass er die Masse mehrt und nicht nur „lediglich" bewahrt.[3] Damit unvereinbar sei es, wenn der Insolvenzverwalter sich dazu entschließe, eine Sache nicht für die Masse zu erwerben. Ist zu erwarten, dass das Geschäft die Masse ohne sonderlichen Aufwand und ohne großes Risiko vermehrt, sei die Untätigkeit mit der Sorgfalt eines ordentlichen und

gewissenhaften Insolvenzverwalters nicht mehr zu vereinbaren.[4]

2. Insolvenzverwalter darf Geschäftschancen des Insolvenzschuldners nicht an sich ziehen

Der *BGH* überträgt zudem die so genannte Geschäftschancenlehre[5] auch auf einen Insolvenzverwalter, der das schuldnerische Unternehmen fortführt.[6]

Die Geschäftschancenlehre verbietet ihm, Geschäftschancen, die der Gesellschaft zuzuordnen sind, für sich persönlich wahrzunehmen. Der *BGH* hat eine zweigliedrige Formel entwickelt, wonach der Geschäftsleiter keine Geschäfte an sich ziehen kann, die in den Geschäftsbereich der Gesellschaft fallen und dieser bereits auf Grund bestimmter konkreter Umstände zuzuordnen sind.[7] Der Geschäftsleiter darf diese Chance nur dann persönlich nutzen, wenn die Gesellschafter ausdrücklich zustimmen. Verletzt der Geschäftsführer diese Pflichten, so kann die Gesellschaft Unterlassung verlangen. Der Geschäftsführer haftet ferner auf Schadensersatz, der auch den entgangenen Gewinn umfasst. Anstelle des Ersatzes des eingetretenen Schadens kann die Gesellschaft auch die „Überleitung" des Geschäfts verlangen.[8]

Dem Insolvenzverwalter ist es folglich verboten, ein für die Masse vorteilhaftes Geschäft an sich zu ziehen, wenn die Erwerbsgelegenheit in den Geschäftsbereich des Schuldnerunternehmens fällt und diesem zugeordnet ist.[9] Regelmäßig wird der Insolvenzverwalter eine solche Geschäftschance nur dann persönlich nutzen dürfen, wenn die Gläubigerversammlung nach vorheriger umfassender Aufklärung ihre Freigabe durch Beschluss erklärt hat.[10]

II. Geltung einer Insolvency Judgment Rule

Die Ausführungen des *BGH* sprechen dafür, dass er die *Business Judgment Rule* auch auf unternehmerische Entscheidungen des Insolvenzverwalters für anwendbar hält:

> Leichtle/Theusinger: Der Insolvenzverwalter als „Unternehmenslenker" – Anforderungen und Enthaftungsmöglichkeiten (NZG 2018, 251)

252

Der *BGH* will einen großzügigen Maßstab an unternehmerische Entscheidungen des Insolvenzverwalters anlegen, da dieser in einer für das Unternehmen schwierigen Lage eine von vielen, teils unbeherrschbaren Faktoren abhängige Prognoseentscheidung zu treffen hat, bei der ihm ein weiter Ermessensspielraum zusteht.

Obwohl mit diesen zutreffenden Aussagen Kernelemente der *Business Judgment Rule* auch auf die Tätigkeit des Insolvenzverwalters übertragen werden, gibt es noch immer Stimmen im Schrifttum, die Kritik an einem entsprechenden Haftungsfreiraum für den Insolvenzverwalter äußern.[11] Diese Stimmen sind mit der Rechtsprechung des *BGH* nicht vereinbar und auch dogmatisch nicht zu halten. Denn bei der *Business Judgment Rule* handelt es sich um einen übergeordneten Rechtsgedanken, der auch für unternehmerisches Handeln des Insolvenzverwalters gilt.

1. Entsprechende Anwendbarkeit der "Business Judgment Rule" als "Insolvency Judgment Rule" auf unternehmerische Entscheidungen des Insolvenzverwalters

Die „*Business Judgment Rule*" ist als allgemeiner Rechtsgedanke auch auf unternehmerische Entscheidungen des Insolvenzverwalters anwendbar, wie sich aus einer Analyse der Gesetzgebungsgeschichte ergibt (dazu 1). Dies setzt allerdings voraus, dass die Interessenlage vergleichbar ist (dazu unter 2) und dieser allgemeine Rechtsgedanke nicht durch eine spezielle „Enthaftungsnorm" verdrängt ist (dazu unter 3).

a) „Business Judgment Rule" als allgemeiner Rechtsgedanke

Die *Business Judgment Rule* ist als verallgemeinerungsfähiger allgemeiner Rechtsgrundsatz anzusehen, der auch außerhalb des AktG anerkannt ist.[12] So nahm der Gesetzgeber bei der Kodifizierung der *Business Judgment Rule* in § 93 I 2 AktG durch das UMAG 2005 an, dass der

„Grundgedanke eines Geschäftsleiterermessens im Bereich unternehmerischer Entscheidungen […] nicht auf den Haftungstatbestand des § 93 AktG und nicht auf die AG beschränkt [ist], sondern […] sich auch ohne positivrechtliche Regelung in allen Formen unternehmerischer Betätigung [findet]."[13]

Dementsprechend war die Geltung der *Business Judgment Rule* selbst vor ihrer Kodifizierung für die Haftung der Mitglieder des Vorstands schon anerkannt.[14]

Dem lässt sich nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass der Gesetzgeber die *Business Judgment Rule* nicht ausdrücklich in § 60 InsO verankert hat. Denn dies war nicht erforderlich, weil der allgemeine Rechtsgedanke – wie im GmbH-Recht auch – unabhängig von seiner Kodifizierung gilt.[15]

b) Anwendbarkeit wegen vergleichbarer Interessenlage

Vergleicht man die Situation, in der sich Insolvenzverwalter bei unternehmerischen Entscheidungen befinden, mit derjenigen, in der sich der GmbH-Geschäftsführer oder Vorstand einer AG befindet, zeigt sich, dass die Interessenlage vergleichbar ist. Die Aspekte, die für die Einführung der *„Business Judgment Rule"* in das deutsche Recht maßgebend waren, finden sich in ähnlicher Form auch in der Situation des Insolvenzverwalters bei unternehmerischen Entscheidungen im Insolvenzverfahren. Dem steht auch der Charakter der Verwaltertätigkeit als öffentlich-rechtliches Handeln nicht entgegen.

aa) Sinn und Zweck der Einfügung der „Business Judgment Rule" ins deutsche Recht

Nach einhelliger Auffassung haften Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder nicht für den Erfolg ihrer unternehmerischen Handlungen, sondern dafür, dass sie diese sorgfaltsgemäß durchführen. Daher liegt keine Pflichtverletzung vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln, § 93 I 2 AktG.

Diese Einschränkung der Haftung stützt sich im Wesentlichen auf folgende Erwägungen: Ohne einen entsprechenden haftungsfreien Raum für unternehmerische Entscheidungen besteht die Gefahr, dass der Vorstand sich scheut, aus Angst vor eigener Haftung Risiken einzugehen, die im geschäftlichen Verkehr unvermeidlich sind. Dabei trägt die *Business Judgment Rule* zugleich dem Umstand Rechnung, dass es sich bei unternehmerischen Entscheidungen häufig um Entscheidungen handelt, die unter Unsicherheit und häufig unter Zeitdruck getroffen werden. Schließlich soll verhindert werden, dass Gerichte rückblickend und in Kenntnis der später eingetretenen Umstände zu hohe Anforderungen an das Handeln von Organmitgliedern stellen. Dass die Gefahr dieses Rückschaufehlers besteht, ist heute unbestritten.[16]

bb) Ausgangslage bei Insolvenzverwaltern und Geschäftsleitern vergleichbar

Die vorstehend skizzierten Aspekte lassen sich auch auf das Handeln von Insolvenzverwaltern übertragen, die gem. § 60 I 2 InsO gehalten sind, die „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters" einzuhalten.[17] Würde der Insolvenzverwalter bei der Fortführung des schuldnerischen Unternehmens auf das Eingehen von Risiken verzichten, um seine eigene Haftung zu vermeiden, wäre dies regelmäßig nicht im Sinne der Gläubiger. Wie schon der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 60 I 2 InsO feststellte, steht der Insolvenzverwalter bei der Fortführung eines insolventen Unternehmens vor besonderen Herausforderungen.[18] Der Insolvenzverwalter muss seine unternehmerischen Entscheidungen häufig unter großem Zeitdruck treffen. Weiter ist zu berücksichtigen, dass der

Insolvenzverwalter das Unternehmen zunächst nicht kennt und bereits nach einer kurzen Einarbeitungsphase richtungsweisende Entscheidungen für das Unternehmen treffen muss. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass der Insolvenzverwalter kein gesundes Unternehmen übernimmt, sondern ein Unternehmen, das entweder zahlungsunfähig oder überschuldet ist.[19] Schließlich besteht auch für den Insolvenzverwalter die Gefahr, dass Richter in einem etwaigen Haftungsprozess aufgrund eines Rückschaufehlers zu hohe Sorgfaltsanforderungen stellen. Mithin werden Geschäftsleiter und Insolvenzverwalter in glei-

chem Umfang tätig und verdienen daher auch den gleichen Schutz.

Auch der besondere Charakter der Verwaltertätigkeit steht einer Übertragbarkeit dieser Erwägungen auf § 60 InsO nicht grundsätzlich entgegen. Der Insolvenzverwalter übt in einem hoheitlichen Verfahren ein privates, nicht ein öffentliches Amt aus. Die Rolle des Insolvenzverwalters ist auch nicht mit der eines hoheitlichen Beamten zu vergleichen. Er ist vielmehr gehalten, wie ein Geschäftsleiter zu agieren und die Masse bestmöglich zu verwerten. Instruktiv skizzierte *Wellensiek* bereits 1999 das Idealbild eines Insolvenzverwalters wie folgt:

„Das Idealbild eines modernen Insolvenzverwalters ist somit das eines wirtschaftlich denkenden Managers mit Rechtsstudium und Steuerberaterfähigkeiten, der außerdem noch diplomatisches Geschick besitzt und über eine leistungsfähige personelle und sachliche Ausstattung verfügt."[20]

c) Ausnahme: § 61 S. 2 InsO

Keine Anwendung findet die *„Insolvency Judgment Rule"* dagegen auf den Sonderfall der Haftung gem. § 61 S. 1 InsO. § 61 S. 1 InsO sieht für eine bestimmte Pflichtverletzung – die Nichterfüllung einer Masseverbindlichkeit – einen Schadensersatzanspruch gegen den Insolvenzverwalter vor. Der Insolvenzverwalter kann sich gem. § 61 S. 2 InsO entlasten, wenn er darlegt und beweist, dass er bei Begründung der Verbindlichkeit nicht erkennen konnte, dass die Masse zur Erfüllung der Verbindlichkeit voraussichtlich nicht ausreichen würde. Diese speziell geregelte Enthaftungsmöglichkeit geht dem allgemeinen Rechtsgedanken vor.

d) Zwischenergebnis

Da Einigkeit darüber besteht, dass auch der Insolvenzverwalter unternehmerisch tätig wird und werden soll, gilt dieser Grundgedanke auch für ihn. Auch er haftet nicht für den Erfolg seiner Tätigkeit, sondern dafür, dass er diese sorgfaltsgemäß ausübt. Die *Business Judgment Rule* ist daher grundsätzlich auch auf unternehmerische Entscheidungen des Insolvenzverwalters anwendbar. Sie kann in Form einer *„Insolvency Judgment Rule"*[21] auch für Insolvenzverwalter einen „safe harbour" schaffen, wenn nicht die Sonderregelung des § 61 S. 2 InsO eingreift.

2. Voraussetzungen der „Insolvency Judgment Rule"

Die Voraussetzungen der *„Insolvency Judgment Rule"* sind jedoch insolvenzzweckspezifisch auszulegen: Die *„Business Judgment Rule"* setzt in ihrer Ausgestaltung als *„Insolvency Judgment Rule"* voraus, dass der Insolvenzverwalter bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Insolvenzmasse zu handeln.

a) Unternehmerische Entscheidung

Auch die *Insolvency Judgment Rule* setzt zunächst eine unternehmerische Entscheidung des

Insolvenzverwalters voraus. Solche Entscheidungen mit Prognosespielraum, die der Insolvenzverwalter vor allem im Rahmen der Betriebsfortführung zu treffen hat, sind abzugrenzen von gebundenen Entscheidungen. Eine gebundene Entscheidung liegt vor bei gesetzlichen, statutarischen oder anderen Pflichten, die dem Insolvenzverwalter keinen Beurteilungsspielraum gewähren.[22] Hierzu zählen neben den verfahrensrechtlichen Handlungs- und Beteiligungspflichten (bspw. § 153 InsO – Aufstellung einer Vermögensübersicht, § 160 – Einholung der Zustimmung des Gläubigerausschusses bei besonders bedeutsamen Rechtshandlungen etc.) auch die allgemeinen Gesetze wie z. B. das Arbeits-, Steuer- und Abgabenrecht.

b) Handeln aufgrund angemessener Information

Nach dem Wortlaut des § 93 I 2 AktG liegt eine Pflichtverletzung zudem nur dann nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied auf der Grundlage angemessener Information handelt. Es ist erforderlich, dass sich das Vorstandsmitglied bzw. der Insolvenzverwalter eine ausreichende Tatsachengrundlage für die zu treffende unternehmerische Entscheidung verschafft.[23] Die Entscheidungsgrundlage muss sorgfältig ermittelt werden.[24]

aa) Informationspflichten der Geschäftsleiter

Der *BGH* hat die Informationspflichten von Geschäftsleitern im Rahmen des unternehmerischen Ermessens durch Beschluss[25] vom 14.7.2008 näher konkretisiert. Voraussetzung einer Haftungsprivilegierung des Geschäftsführers im Rahmen des unternehmerischen Ermessens sei, dass sein unternehmerisches Handeln auf einer sorgfältigen Ermittlung der Entscheidungssituation beruhe. Danach habe der Geschäftsführer in der konkreten Entscheidungssituation alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art auszuschöpfen und auf dieser Grundlage die Vor- und Nachteile der bestehenden Handlungsoptionen sorgfältig abzuschätzen und den erkennbaren Risiken Rechnung zu tragen. Demgegenüber wird teilweise in der Literatur vertreten, dass nach dem Wortlaut der Vorschrift nur eine „angemessene" Information erforderlich sei und es daher nicht notwendig sei, alle denkbaren Erkenntnisquellen auszuschöpfen.[26]

bb) Herausforderungen der Informationsbeschaffung im Insolvenzverfahren

Der Insolvenzverwalter steht bei der Informationsbeschaffung vor noch größeren Herausforderungen als der Geschäftsleiter eines „lebenden" Unternehmens. Er trifft häufig auf ungeordnete Strukturen und kann für ihn relevante Informationen oft nur mit Hilfe von Mitarbeitern und Geschäftsleitern des schuldnerischen Unternehmens beschaffen. Nicht immer sind diese aber kooperativ und die Informationen verlässlich und umfassend. Diese Umstände sind zu bedenken, wenn ermittelt wird, welche Informationsquellen in der konkreten Entscheidungssituation verfügbar sind.[27]

Insbesondere die Unternehmensfortführung fordert den Insolvenzverwalter mit Blick auf die Informationsbeschaffung und -verarbeitung in besonderer Weise: So hat er die Marktlage, die Chancen und Risiken des Unternehmens, den Wettbewerb und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens zu beurteilen und in seine Entscheidung einzubeziehen. Er stellt (langfristige) Ziele auf und muss hierfür Marketingstrategien entwerfen und umsetzen. Darüber hinaus muss der Insolvenzverwalter nicht nur die Ertragssteigerung beachten, sondern muss auch die Interessen der (gesicherten) Gläubiger im Blick haben. Im Falle der Gläubigerbefriedigung durch Verteilung des Erlöses aus einer übertragenden

Sanierung oder einer Liquidation hat der Insolvenzverwalter die vorhandenen Möglichkeiten gegeneinander abzuwägen und hiernach umzusetzen.

c) Handeln zum Wohle der Insolvenzmasse

Der Insolvenzverwalter muss ferner zum Zeitpunkt seiner Entscheidung vernünftigerweise annehmen dürfen, zum Wohle der Insolvenzmasse zu handeln.[28] Dies ist dann nicht mehr der Fall, wenn die Grenzen der unternehmerischen Leistungssorgfalt „deutlich unterschritten" sind bzw. die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, „in unverantwortlicher Weise" überspannt worden ist.[29] Maßstab muss ein risikobewusster und -bereiter, aber redlicher Insolvenzverwalter sein, der im Interesse der bestmöglichen Befriedigung der Gläubiger handelt. Andere Ziele, wie bspw. wirtschaftliche Unterstützung einer Region oder Erhaltung der Arbeitsplätze müssen dann außer Betracht bleiben, wenn es hierdurch zu einer Beeinträchtigung des Verfahrensziels kommen kann.[30]

d) Frei von Sonderinteressen

Schließlich verlangt die *Insolvency Judgment Rule* wie die *Business Judgment Rule*,[31] dass der Insolvenzverwalter sich ausschließlich von dem Zweck der bestmöglichen Befriedigung der Insolvenzgläubiger leiten lässt. Dies setzt voraus, dass die Entscheidungen des Insolvenzverwalters unbeeinflusst von Interessenkonflikten, Fremdeinflüssen und unmittelbarem Eigennutz getroffen werden.[32] Ein solcher Interessenkonflikt, der zum Ausscheiden der *Insolvency Judgment Rule* führt, wird nicht bereits durch das Vergütungsinteresse des Insolvenzverwalters begründet. Der Vergütungsanspruch des Insolvenzverwalters ist keine Masseverbindlichkeit, §§ 26 f. InsO, und daher von den unternehmerischen Entscheidungen des Insolvenzverwalters unabhängig. Dagegen verfolgt der Insolvenzverwalter Sonderinteressen, wenn er der Gesellschaft zugeordnete Geschäfte im eigenen Namen abschließt.[33]

3. Übertragung der Diskussionen um eine Begrenzung der Haftung der Geschäftsleiter?

In jüngerer Zeit haben zahlreiche Stimmen im Schrifttum versucht, die Möglichkeiten zur Begrenzung der Haftung von Geschäftsleitern auszuweiten.[34] Einige setzen dabei auf kautelarjuristische Ansätze,[35] andere auf die Heranziehung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht,[36] die haftungsbegrenzend wirken soll, oder die entsprechende Anwendung der Grundsätze der Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung.[37] Derzeit ist nicht damit zu rechnen, dass solche Ansätze gesetzlich umgesetzt werden. Sollten sich diese Überlegungen allerdings durchsetzen, wäre eine vorsichtige Übernahme in das Konzept der Haftung des Insolvenzverwalters konsequent und wünschenswert.

III. Enthaftung durch externen Rat

Ist das gesetzliche Leitbild des ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters an die handels- und gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltsanforderungen gem. § 93 I 1 AktG angelehnt, ist es nur konsequent, auch die im ISION- Urteil des *BGH* dargelegten Anforderungen an die Enthaftung von organschaftlichen Vertretern durch externe Beratung auf den Insolvenzverwalter zu übertragen. Einige Stimmen in der Literatur haben sich dementsprechend bereits vor dem Urteil des *BGH* vom 16.3.2017 für eine Anwendung der ISION-Rechtsprechung auf den Insolvenzverwalter ausgesprochen.[38]

1. Die ISION-Rechtsprechung

Der *BGH* hat in der Sache ISION[39] entschieden, dass ein organschaftlicher Vertreter einer Gesellschaft, der selbst nicht über die erforderliche Sachkunde verfügt, nach Einholung von externem Rat durch fachlich qualifizierte Berufsträger nicht gem. § 93 II 1 AktG haftet. Den strengen Anforderungen an eine ihm obliegende Prüfung der Rechtslage und an die Beachtung von Gesetz und Rechtsprechung genügt der organschaftliche Vertreter indes nur, wenn er sich unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einem unabhängigen, für die zu klärende Frage fachlich qualifizierten Berufsträger beraten lässt und den erteilten Rechtsrat einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterzieht.[40] Eine schlichte Anfrage bei einer von dem organschaftlichen Vertreter für fachkundig gehaltenen Person ist nach dem *BGH* hingegen nicht ausreichend.[41]

Nach der gründlichen rechtlichen Prüfung durch einen fachlich qualifizierten Berufsträger hat der organschaftliche Vertreter eine fehlerfreie Plausibilitätskontrolle vorzunehmen.[42] Unterlässt der organschaftliche Vertreter die Plausibilitätskontrolle oder nimmt er sie fehlerhaft vor, so haftet er gem. § 93 II 1 AktG trotz Einholung des Rates.[43] Das Vertrauen des organschaftlichen Vertreters in die Fachkompetenz des mit der Prüfung beauftragten Berufsträgers ersetzt eine Plausibilitätskontrolle nicht.[44]

Diese Voraussetzungen hat der *BGH* im Jahr 2015 mit Blick auf die Anforderungen an die Beauftragung des Beraters weiter konkretisiert.[45]

2. Übertragbarkeit auf die Entscheidungen des Insolvenzverwalters

Unter Berücksichtigung der besonderen Anforderungen an einen Insolvenzverwalter,[46] ist es angezeigt, die ISION-Rechtsprechung auch auf den Insolvenzverwalter anzuwenden. Auch ein Insolvenzverwalter muss sich durch Einholung externen Rats enthaften können. Dies kann auch den „unternehmerischen Geist" des Insolvenzverwalters fördern. Denn legt man für den Insolvenzverwalter einen zu strengen Haftungsmaßstab an, könnte er sich im Insolvenzverfahren passiv verhalten.[47] Dies wäre aber nicht nur für die Insolvenzgläubiger, sondern auch für den Insolvenzschuldner nachteilig. Durch die Anwendung der ISION-Rechtsprechung auf den Insolvenzverwalter wird aber nicht nur dessen unternehmerische Entscheidungsfreude gefördert, sondern es wird

auch eine fachgerechte Entscheidungsfindung sichergestellt. Denn immer dann, wenn der Insolvenzverwalter über keine eigene Sachkunde verfügt, wird er einen fachlich qualifizierten Berufsträger um Rat fragen, auch um in den Genuss der Enthaftung nach der ISION-Rechtsprechung zu kommen.

IV. Ergebnis

1. Zahlreiche Passagen des *BGH*-Urteils vom 16.3.2017 deuten darauf hin, dass der *BGH* die *Business Judgment Rule* auch auf unternehmerische Entscheidungen des Insolvenzverwalters anwendet.

2. Das ist konsequent, weil es sich dabei um einen allgemeinen Rechtsgedanken handelt, der in vergleichbaren Interessenlagen entsprechend anzuwenden ist. Unternehmerische Entscheidungen des Insolvenzverwalters und eines Geschäftsleiters sind vergleichbar, so dass auch der Insolvenzverwalter in den Genuss der *Business Judgment Rule* gelangt. Die Voraussetzungen der *Business Judgment Rule* sind insolvenzzweckspezifisch auszulegen.

3. Der allgemeine Rechtsgedanke wird verdrängt, wenn Spezialregelungen greifen. Hierzu zählt § 61 S. 2 InsO. Diese Norm regelt, unter welchen Voraussetzungen ein Insolvenzverwalter nicht haftet, wenn Masseverbindlichkeiten nicht erfüllt werden können.

4. Sollte die Haftung der Geschäftsleiter generell beschränkt werden, sollte auch eine solche Regelung entsprechend für Insolvenzverwalter angewendet werden.

5. Auch der Insolvenzverwalter kann sich entlasten, wenn er externen (Rechts)rat einholt und dabei die Vorgaben der ISION-Rechtsprechung beachtet.

---

* Der Autor *Leichtle* ist Insolvenzverwalter, Fachanwalt für Insolvenzrecht und Partner der *Schultze & Braun* Rechtsanwaltsgesellschaft für Insolvenzverwaltung mbH. Der Autor *Theusinger* ist Rechtsanwalt und Partner der *Noerr* LLP.

1 *BGH*, NJW-RR 2014, 1516 Rn. 11.
2 Begr. RegE BT-Drs. 12/2443, 129; *BGH*, NJW-RR 2014, 1516 Rn. 16.
3 *BGH*, NJW-RR 2014, 1516. Siehe dazu noch sogleich.
4 *BGH*, NZG 2017, 627 (628) Rn. 15.
5 Grundlegend *BGH*, WM 1977, 361; zuvor bereits *BGH*, WM 1967, 679.
6 *BGH*, NZG 2017, 627 (628 ff.).
7 *BGH*, NZG 2013, 216 Rn. 21.
8 *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 35 Rn. 42.
9 *BGH*, NZG 2017, 627 (629).
10 *Becker*, NZI 2017, 435 (438); vgl. auch *Pape*, NZI 2006, 65 (68).
11 *Desch/Stranz*, BeckOK InsO, Stand: 31.10.2017, § 60 InsO Rn. 63;, MüKoInsO/*Brandes /Schoppmeyer*, 3. Aufl. 2013, § 60 Rn. 90 a; *Lüke*, Persönliche Haftung des Verwalters in der Insolvenz, 5. Aufl. 2015, Rn. 281.
12 Für die GmbH etwa: *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43 Rdnr., 22 mwN.
13 Begr. RegE UMAG, BT-Drs. 15/5092, 12.
14 *Hüffer/Koch*, AktG, 12. Aufl. 2016, § 93 Rn. 8.
15 Für die Einführung einer entsprechenden Regelung in § 60 InsO: *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204 (210); *Uhlenbruck,* FS Karsten Schmidt, 2009, S. 1603 (1620).
16 Vgl. zu den Erwägungen im Einzelnen: *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 9; MüKoAktG/*Spindler*, 4. Aufl. 2014, § 93 Rn. 36 ff.
17 Ähnlich: *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204 (206 f.).
18 Begr. RegE BT-Drs. 12/2443, 129.
19 Vgl. *Nerlich/Römermann/Rein*, InsO, § 60 InsO Rn. 79; *Berger/Frege/Nicht*, NZI 2010, 321.
20 NZI 1999, 169 (170).
21 Zu diesem Begriff schon: *Uhlenbruck,* FS Karsten Schmidt, 2009, S. 1603.
22 Für das Vorstandsmitglied: Statt aller *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 93 Rn. 67.
23 *Dauner-Lieb* in *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 93 AktG Rn. 22; *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 20 ff.
24 *Dauner-Lieb* in *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht, § 93 AktG Rn. 22; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG, § 93 AktG Rn. 70.
25 *BGH*, NZG 2008, 751.
26 *Dauner-Lieb* in *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht, § 93 AktG Rn. 22; *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 20 ff.
27 Vgl. *Uhlenbruck,* FS Karsten Schmidt, S. 1603 (1618).
28 *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204 (208).
29 *BGHZ* 135, 244 (253 f.) = NJW 1997, 1926.
30 *Häsemeyer*, FS Gaul, 1997, S. 175 (176); *Berger/Frege/Nicht*, NZI 2010, 321 (328).
31 Zur Business Judgment Rule: MüKoAktG/*Spindler*, § 93 Rn. 60 ff.
32 So auch: *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204 (208).
33 *Berger/Frege*, ZIP 2008, 204 (208).
34 Instruktiv der Überblick bei *Bachmann*, Gutachten E, Deutscher Juristentag 2014.
35 *Seibt*, NZG 2016, 361.
36 Beispielhaft *Koch*, AG 2014, 513.
37 Beispielhaft *Bachmann*, ZIP 2017, 841.
38 *Rein* in *Nerlich/Römermann*, InsO, 33. Aufl. 2017, § 60 InsO Rn. 84; *Berger/Frege /Nicht*, NZI 2010, 321 (326 f.).
39 *BGH*, NZG 2011, 1271.
40 *BGH*, NZG 2011, 1271 (1273) Rn. 18
41 *BGH*, NZG 2011, 1271 (1273) Rn. 18
42 *BGH*, NZG 2011, 1271 (1274) Rn. 25.

43 *BGH*, NZG 2011, 1271 (1274) Rn. 25.
44 *BGH*, NZG 2011, 1271 (1274) Rn. 25.
45 *BGH*, NZG 2015, 792 (794 ff.) – ISION II.
46 Vgl. oben unter III 1.
47 Vgl. *Rein* in *Nerlich/Römermann*, InsO, § 60 InsO Rn. 79.