

Stefan Kühl

# Unternehmerisches Ermessen in der Insolvenz



**Nomos**

Schriften zum Insolvenzrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Ulrich Ehricke, Universität zu Köln und  
Prof. Dr. Florian Jacoby, Universität Bielefeld

Band 78

Stefan Kühl

# Unternehmerisches Ermessen in der Insolvenz



**Nomos**



Onlineversion  
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-6545-4 (Print)

ISBN 978-3-7489-0631-5 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. 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 im Wintersemester 2019/2020 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Dissertation angenommen. Relevante Rechtsprechung sowie Literatur konnte bis Juli 2019 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn *Prof. Dr. Sebastian Mock*, der mir während der Anfertigung der Arbeit größtmöglichen Freiraum gelassen hat und mir gleichzeitig stets für meine Anliegen unterstützend zur Verfügung stand. Ebenso gilt mein Dank Herrn *Prof. Dr. Reinhard Bork* für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Ferner möchte ich Herrn *Prof. Dr. Ulrich Ebricke* und Herrn *Prof. Dr. Florian Jacoby* für die Aufnahme in diese Schriftenreihe meinen Dank aussprechen.

Weiterer Dank gilt den Rechtsanwälten *Dr. Tilman Rückert*, *Dr. Steffen Leicht* sowie *Dr. Julia Steinmann*, die mir während der Zeit meiner wissenschaftlichen Mitarbeit stets unterstützend zur Seite standen und einen tiefen Einblick in die Praxis gewähren konnten, welcher sich auch in dieser Arbeit niedergeschlagen hat.

Abschließend sei besonders meiner Familie sowie meinen Freunden gedankt, welche mich während des Studiums und während des Dissertationsprojektes unterstützt und begleitet haben. Dies gilt insbesondere für *Dr. Denis C. Kaspras* sowie *Niels Lasse Lange*, die mir trotz ihrer eigenen Dissertationsprojekte jederzeit für Anregungen und juristische Gespräche zur Seite standen.

Hamburg im Februar 2020

*Stefan Kühbl*



## Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
A. Einleitung	19
I. Bedeutung des Insolvenzverfahrens	20
II. Gang der Untersuchung	22
B. Unternehmerisches Ermessen	23
I. Die Entwicklung des unternehmerischen Ermessens	24
1. Unternehmerisches Ermessen vor der ARAG/ Garmenbeck-Entscheidung	24
2. Die ARAG/Garmenbeck-Entscheidung	25
3. Die Einführung der Business Judgment Rule durch das UMAG	27
II. Bedeutung des unternehmerischen Ermessens	27
III. Regelungsorte unternehmerischen Ermessens im Gesetz	28
1. Ermessen im öffentlichen Recht	28
2. Die Business Judgment Rule, § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	29
C. Unternehmerisches Ermessen in der Insolvenznähe	32
I. Unternehmerisches Ermessen der Geschäftsleitung des vermeintlichen Insolvenzschuldners	32
1. Einschränkung des unternehmerischen Ermessensspielraums	33
a) Einschränkung des Ermessensspielraums durch gesetzliche Dogmatik	34
b) Einschränkung des Ermessensspielraums durch Gläubigerinteressen	36
aa) Situation in der Aktiengesellschaft	37
(1) Stakeholder value	37
(2) Shareholder value	38
bb) Situation in der GmbH	40
cc) Stellungnahme	41
dd) Zwischenergebnis	43

*Inhaltsverzeichnis*

c) Einschränkung des Ermessensspielraums aufgrund sonstiger Umstände	44
d) Zwischenergebnis	45
2. Ermessen bzgl. der Insolvenzantragstellung	46
II. Ergebnis	47
D. Unternehmerisches Ermessen im Vorfeld der Insolvenzantragstellung	49
I. Unternehmerisches Ermessen der Geschäftsleitung des (vermeintlichen) Insolvenzschuldners	49
1. Die Drei-Wochen-Frist	49
2. Einschränkung des Ermessensspielraums während der Drei-Wochen-Frist	51
a) Einschränkung des Ermessensspielraums durch gesetzliche Dogmatik	52
aa) Besondere Geschäftsleiterpflichten in der Drei-Wochen-Frist	52
(1) § 64 S. 1 GmbHG und § 92 Abs. 2 S. 1 AktG	52
(2) Pflicht zur Unternehmenssanierung	54
bb) Ermessenseinschränkung durch Geschäftsleiterpflichten	56
cc) Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen	57
dd) Zwischenergebnis	58
b) Einschränkung des Ermessensspielraums durch Gläubigerinteressen	58
c) Einschränkung des Ermessensspielraums aufgrund sonstiger Umstände	60
aa) Gesellschaftszweck ab Vorliegen der Insolvenzreife	60
(1) Der Begriff des Gesellschaftszwecks	60
(2) Der Gesellschaftszweck in der Insolvenz	61
(3) Der Gesellschaftszweck im Status der Insolvenzreife	62
(4) Zwischenergebnis	64
bb) Öffentliches Interesse am Erhalt des Unternehmens	64
cc) Zwischenergebnis	64
d) Zwischenergebnis	65



3. Ermessen des Geschäftsleiters bzgl. der Insolvenzantragstellung	66
a) Zeitpunkt ab Insolvenzantragstellungspflicht	66
b) Zeitpunkt vor Insolvenzantragstellungspflicht	67
4. Haftung des Geschäftsleiters bei der Ermessensausübung	67
a) Haftungsbeschränkung durch § 93 Abs. 1 S. 2 AktG	68
aa) Anwendbarkeit der Business Judgment Rule	68
bb) Einschränkung der Business Judgment Rule in der Drei-Wochen-Frist	69
b) Haftungsbeschränkung aufgrund allgemeiner Grundsätze	70
c) Zwischenergebnis	71
5. Strafbarkeit gem. § 15a Abs. 4, 5 InsO	71
II. Ergebnis	72
E. Unternehmerisches Ermessen innerhalb eines Insolvenzverfahrens	73
I. Unternehmerisches Ermessen der Geschäftsleitung des Insolvenzschuldners	73
1. Unternehmerisches Ermessen im vorläufigen Insolvenzverfahren	74
a) Exkurs: Das vorläufige Insolvenzverfahren	74
b) Bestehen eines unternehmerischen Ermessensspielraums	77
c) Einschränkung des Ermessensspielraums	79
aa) Einschränkung des Ermessensspielraums durch gesetzliche Dogmatik	79
bb) Einschränkung des Ermessensspielraums durch Gläubigerinteressen	80
cc) Einschränkung des Ermessensspielraums aufgrund sonstiger Umstände	81
dd) Zwischenergebnis	81
d) Überblick: Die Haftung der Geschäftsleitung im vorläufigen Insolvenzverfahren	82
e) Haftungsprivilegierung aufgrund Ermessensausübung	83
aa) Anwendbarkeit der Business Judgment Rule	84
(1) Direkte Anwendung	84
(2) Anwendungsbereich der Business Judgment Rule	86

*Inhaltsverzeichnis*

(3) Zwischenergebnis	87
bb) Haftungsbeschränkung aufgrund allgemeiner Grundsätze	87
(1) Verweigerung der Zustimmung durch vorläufigen Insolvenzverwalter	88
(2) Zustimmung zu einer pflichtwidrigen Maßnahme	89
aaa) Venire contra factum proprium?	90
bbb) Gesamtschuldnerische Haftung	92
ccc) Zwischenergebnis	94
(3) Zwischenergebnis	94
cc) Zwischenergebnis	95
f) Zwischenergebnis	95
2. Unternehmerisches Ermessen in der Eigenverwaltung	96
a) Exkurs: Die Eigenverwaltung	97
aa) Das Schutzschirmverfahren, § 270b InsO	98
bb) Die vorläufige Eigenverwaltung, § 270a InsO	100
cc) Die Eigenverwaltung im eröffneten Verfahren, § 270 InsO	102
b) Bestehen eines unternehmerischen Ermessensspielraums	104
c) Einschränkung des Ermessensspielraums	107
aa) Einschränkung des Ermessensspielraums durch gesetzliche Dogmatik	107
(1) Zweck des Insolvenzverfahrens	107
(2) § 64 S. 1 GmbHG und § 92 Abs. 2 S. 1 AktG	109
aaa) Bezüglich des Schutzschirmverfahrens	109
bbb) Bezüglich der vorläufigen Eigenverwaltung	114
ccc) Bezüglich der Eigenverwaltung im eröffneten Verfahren	114
bb) Einschränkung des Ermessensspielraums durch Gläubigerinteressen	118
(1) Gläubigerschutz bei der Eigenverwaltung im eröffneten Verfahren	118
(2) Gläubigerschutz bei der vorläufigen Eigenverwaltung	119
(3) Gläubigerschutz im Schutzschirmverfahren	119
(4) Zwischenergebnis	120

cc) Einschränkung des Ermessensspielraums aufgrund sonstiger Umstände	120
(1) Einschränkung durch den Gesellschaftszweck	120
(2) Bindung der Geschäftsleitung an die Gesellschafter	121
(3) Sonderfall der liquidierenden Eigenverwaltung	122
(4) Beantragung des Schutzschirmverfahrens	123
aaa) Beantragung des Schutzschirmverfahrens in der GmbH	124
bbb) Beantragung des Schutzschirmverfahrens in der AG	126
dd) Zwischenergebnis	128
d) Überblick: Die Haftung der Geschäftsleitung	129
e) Haftungsprivilegierung aufgrund Ermessensausübung	134
aa) Anwendbarkeit der Business Judgment Rule	135
(1) Die Business Judgment Rule im Schutzschirmverfahren	135
(2) Die Business Judgment Rule in der vorläufigen Eigenverwaltung	137
(3) Die Business Judgment Rule bei der Eigenverwaltung im eröffneten Verfahren	139
(4) Anwendungsbereich der Business Judgment Rule	141
(5) Zwischenergebnis	142
bb) Haftungsbeschränkung aufgrund allgemeiner Grundsätze	143
(1) Widerspruch gegen ein pflichtgemäßes Geschäft oder fehlende Zustimmung zu einem pflichtgemäßen Geschäft	143
(2) Zustimmung zu pflichtwidrigem Geschäft	145
(3) Zwischenergebnis	146
cc) Zwischenergebnis	146
f) Zwischenergebnis	147
3. Unternehmerisches Ermessen im Insolvenzplanverfahren	148
4. Unternehmerisches Ermessen im Regelinsolvenzverfahren	149

*Inhaltsverzeichnis*

5. Zwischenergebnis	149
II. Unternehmerisches Ermessen des Insolvenzverwalters	152
1. Unternehmerisches Ermessen des Insolvenzverwalters bei der Unternehmensfortführung	153
a) Überblick: Haftung des Insolvenzverwalters	154
aa) Insolvenzzrechtliche Haftung	154
(1) § 61 InsO	154
(2) § 60 InsO	157
bb) Haftung nach allgemeinen Grundsätzen	160
(1) Garantierklärungen	160
(2) (Vor-)vertragliche Haftung	161
(3) Deliktsrecht	162
(4) Steuerrechtliche Haftung	164
(5) Arbeits- und sozial(versicherungs)rechtliche Haftung	165
(6) Öffentlich-rechtliche Haftung	166
b) Vorliegen eines Ermessensspielraums	167
c) Haftungsprivilegierung aufgrund Ermessensausübung	170
aa) Haftungsbeschränkung durch die Business Judgment Rule	171
(1) Anwendbarkeit der Business Judgment Rule	171
(2) Voraussetzungen der Business Judgment Rule bei der Unternehmensfortführung	178
(3) Rechtsfolgen der Business Judgment Rule im Insolvenzrecht	180
(4) Notwendigkeit einer Insolvency Judgment Rule	181
bb) Reichweite der Business Judgment Rule	181
cc) Haftungsbeschränkung aufgrund weiterer allgemeiner Grundsätze	184
dd) Zwischenergebnis	186
d) Zwischenergebnis	186
2. Unternehmerisches Ermessen des Insolvenzverwalters bei der Betriebseinstellung	187
a) Vorliegen eines Ermessensspielraums	187
b) Haftungsprivilegierung aufgrund Ermessensausübung	189
aa) Anwendbarkeit der Business Judgment Rule	189

bb) Haftungsbeschränkung aufgrund weiterer allgemeiner Grundsätze	191
cc) Zwischenergebnis	191
c) Zwischenergebnis	192
3. Unternehmerisches Ermessen des Insolvenzverwalters bei Erstellung und Durchführung eines Insolvenzplans	192
4. Unternehmerisches Ermessen des vorläufigen Insolvenzverwalters	194
a) Überblick: Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters	195
aa) Insolvenzzrechtliche Haftung	195
(1) § 61 InsO	196
(2) § 60 InsO	198
bb) Haftung nach allgemeinen Grundsätzen	199
(1) Garantieerklärungen	199
(2) Verschulden bei Vertragsschluss, § 311 Abs. 2, 3 BGB	200
(3) Deliktsrecht	201
(4) Steuerrechtliche Haftung nach §§ 69, 34 AO	202
(5) Bestehen einer „Innenhaftung“?	203
b) Vorliegen eines Ermessensspielraums	204
c) Reichweite des Ermessensspielraums	205
d) Haftungsprivilegierung aufgrund Ermessensausübung	206
aa) Anwendbarkeit der Business Judgment Rule	206
bb) Reichweite der Business Judgment Rule	207
cc) Haftungsbeschränkung aufgrund weiterer allgemeiner Grundsätze	208
dd) Zwischenergebnis	209
e) Zwischenergebnis	209
5. Zwischenergebnis	209
III. Unternehmerisches Ermessen des Sachwalters	210
1. Überblick: Haftung des (vorläufigen) Sachwalters	211
2. Vorliegen eines Ermessensspielraums	214
3. Haftungsprivilegierung aufgrund Ermessensausübung	215
IV. Die Rolle des Gläubigerausschusses	216
1. Exkurs: Aufgaben und Rechte des Gläubigerausschusses	217
2. Überblick: Haftung der Mitglieder des Gläubigerausschusses	220
3. Vorliegen eines Ermessensspielraums	222

*Inhaltsverzeichnis*

4. Haftungsprivilegierung aufgrund Ermessensausübung	223
5. Zwischenergebnis	226
V. Exkurs: Unternehmerisches Ermessen des Aufsichtsrates	226
VI. Ermessen des Insolvenzgerichts	228
1. Ermessensspielräume des Insolvenzgerichts	228
2. Haftung des Insolvenzgerichts	229
3. Haftungsprivilegierung aufgrund Ermessensausübung?	230
VII. Ergebnis	230
F. Fazit	233
G. Zusammenfassung	236
Literaturverzeichnis	239

## Abkürzungsverzeichnis

<i>a.A.</i>	andere Ansicht
<i>a.F.</i>	alte Fassung
<i>Abs.</i>	Absatz
<i>Abschn.</i>	Abschnitt
<i>AG</i>	Aktiengesellschaft
<i>AG</i>	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
<i>AktG</i>	Aktiengesetz
<i>Alt.</i>	Alternative
<i>amtl.</i>	amtlich
<i>Anh.</i>	Anhang
<i>AO</i>	Abgabenordnung
<i>AP</i>	Arbeitsrechtliche Praxis
<i>Az.</i>	Aktenzeichen
<i>BAGE</i>	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
<i>BB</i>	Betriebsberater
<i>BeckOK</i>	Beck'scher Online-Kommentar
<i>Begr.</i>	Begründer
<i>BetrAVG</i>	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
<i>BFH</i>	Bundesfinanzhof
<i>BFH/NV</i>	Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs (nicht amtlich veröffentlicht)
<i>BFHE</i>	Sammlung der Entscheidungen des BFH
<i>BGH</i>	Bundesgerichtshof
<i>BGHZ</i>	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
<i>BR-Drucks.</i>	Bundesratsdrucksache
<i>BStBl.</i>	Bundessteuerblatt
<i>BT</i>	Bundestag
<i>BT-Drucks.</i>	Bundestagsdrucksache
<i>BVerfG</i>	Bundesverfassungsgericht
<i>BVerfGE</i>	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
<i>BVerwG</i>	Bundesverwaltungsgericht
<i>BVerwGE</i>	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
<i>bzgl.</i>	bezüglich
<i>bzw.</i>	beziehungsweise
<i>DB</i>	Der Betrieb
<i>DStR</i>	Deutsches Steuerrecht
<i>DZWIR</i>	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
<i>EFG</i>	Entscheidungen der Finanzgerichte
<i>EStG</i>	Einkommensteuergesetz
<i>ESUG</i>	Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen

*Abkürzungsverzeichnis*

<i>EWiR</i>	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
<i>f.</i>	folgende
<i>FD-InsR</i>	Fachdienst Insolvenzrecht
<i>ff.</i>	die folgenden
<i>FG</i>	Finanzgericht
<i>Fn.</i>	Fußnote
<i>FS</i>	Festschrift
<i>gem.</i>	gemäß
<i>GenG</i>	Genossenschaftsgesetz
<i>ggf.</i>	gegebenenfalls
<i>GK-AktG</i>	Aktiengesetz Großkommentar
<i>GmbH</i>	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
<i>GmbHG</i>	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
<i>GmbHR</i>	GmbH-Rundschau
<i>grds.</i>	grundsätzlich
<i>GWR</i>	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
<i>h.M.</i>	herrschende Meinung
<i>HambK</i>	Hamburger Kommentar
<i>HGB</i>	Handelsgesetzbuch
<i>HK</i>	Heidelberger Kommentar
<i>Hrsg.</i>	Herausgeber
<i>i.S.d.</i>	im Sinne der/des
<i>Inc.</i>	incorporated
<i>insb.</i>	insbesondere
<i>InsO</i>	Insolvenzordnung
<i>InsVV</i>	Insolvenzrechtsvergütungsverordnung
<i>JuS</i>	Juristische Schulung
<i>Kap.</i>	Kapitel
<i>KG</i>	Kommanditgesellschaft
<i>KK</i>	Kölner Kommentar
<i>KonTraG</i>	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
<i>KTS</i>	Zeitschrift für Insolvenzrecht – Konkurs, Treuhand, Sanierung
<i>LMK</i>	Lindenmaier-Möhring – Kommentierte BGH-Rechtsprechung
<i>m.E.</i>	meines Erachtens
<i>m.w.N.</i>	mit weiteren Nachweisen
<i>MAH</i>	Münchener Anwaltshandbuch
<i>MarkenG</i>	Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen
<i>MHdB GesR</i>	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
<i>MoMiG</i>	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
<i>MüKoAktG</i>	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
<i>MüKoBGB</i>	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
<i>MüKoGmbHG</i>	Münchener Kommentar zum GmbHG
<i>MüKoInsO</i>	Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung



<i>MüKoStGB</i>	Münchener Kommentar zum StGB
<i>NJOZ</i>	Neue Juristische Online-Zeitschrift
<i>NJW</i>	Neue Juristische Wochenschrift
<i>npoR</i>	Zeitschrift für das Recht der Non Profit Organisationen
<i>NZG</i>	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
<i>NZI</i>	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
<i>OLG</i>	Oberlandesgericht
<i>PatG</i>	Patentgesetz
<i>RA</i>	Rechtsausschuss
<i>RegBegr.</i>	Regierungsbegründung
<i>Rn.</i>	Randnummer
<i>RNotZ</i>	Rheinische Notarzeitschrift
<i>SGB</i>	Sozialgesetzbuch
<i>sog.</i>	sogenannt
<i>tlw.</i>	teilweise
<i>UMAG</i>	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts
<i>UWG</i>	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
<i>vgl.</i>	vergleiche
<i>Vor.</i>	Vorbemerkungen
<i>vs.</i>	versus
<i>VwGO</i>	Verwaltungsgerichtsordnung
<i>VwVfG</i>	Verwaltungsverfahrensgesetz
<i>WM</i>	Wertpapier-Mitteilungen
<i>z.B.</i>	zum Beispiel
<i>ZGR</i>	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
<i>ZHR</i>	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
<i>ZInsO</i>	Zeitschrift für das gesamte Insolvenz- und Sanierungsrecht
<i>ZIP</i>	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

