

Zivil- und strafrechtliche Haftungsrisiken des Beraters in der Insolvenz



Themenspezifischer Sanierungsabend SRH Hochschule Heidelberg am 23. Juli 2014

Haftung des Krisenberaters



- „**Krisenberatung**“, „**Restrukturierungsberatung**“ und „**Sanierungsberatung**“ sind keine gesetzlich normierten oder gar gesetzlich geschützten Berufe
- vielfältige Erscheinungsformen in der Praxis mit fließenden Übergängen

Haftung des Krisenberaters



- Als Krisenberater kommen Unternehmensberater, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Rechtsanwälte in Betracht
- Insolvenz- und Sanierungsberatung gehört zum Berufsbild der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer (BGH, Urteil vom 07.03.2013 – IX ZR 64/12 Rn. 20)
- Einzelne Prüfaufträge (Gutachten, Rechtsfrage) sind i.d.R. Geschäftsbesorgungsvertrag mit Werkvertragscharakter, sonstige Beratungsverträge sind dagegen Geschäftsbesorgungsverträge mit Dienstvertragscharakter (BGH, Urteil vom 19.06.2012 – IX ZR 145/11 Rn. 9; BGH, Urteil vom 11.05.2006 – IX ZR 63/05 Rn. 4)

Haftung des Krisenberaters



- **Erscheinungsformen der Krisenberatung**
 - **Vorbereitungsverantwortung**
 - Prüfung von Insolvenzgründen
 - Herbeiführung eines Stillhalteabkommens, um Zeit für einen ordnungsgemäßen Sanierungsansatz zu gewinnen
 - **Konzeptverantwortung**
 - Erarbeitung eines operativen und finanzwirtschaftlichen Sanierungskonzeptes (IDW S6)
 - Begleitende betriebswirtschaftliche, steuerliche oder rechtliche Beratung im Zusammenhang mit einzelnen Aspekten eines Restrukturierungsvorhabens und seiner Vorbereitung
 - **Umsetzungsverantwortung**
 - CRO (mit oder ohne Organfunktion)
 - Begleitende betriebswirtschaftliche, steuerliche oder rechtliche Beratung im Zusammenhang mit einzelnen Aspekten der Verhandlung oder der weiteren Umsetzung eines Restrukturierungsvorhabens

Haftung des Krisenberaters



- **Haftungsrisiken des Krisenberaters hängen vom Inhalt seines Auftrags ab**
 - **Vorbereitungsverantwortung**
 - Haftung ggü. dem Mandanten aus Vertrag
 - Haftung ggü. Gläubigern des Mandanten aus Teilnahme an fremder vorsätzlicher Insolvenzverschleppung
 - Haftung ggü. Organen und Gläubigern des Mandanten aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter
 - **Konzeptverantwortung**; Beratung hinsichtlich einzelner Aspekte des Konzeptes oder seiner Verhandlung
 - Haftung ggü. dem Mandanten aus Vertrag
 - Haftung ggü. Organen und Gläubigern des Mandanten aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter
 - **Umsetzungsverantwortung**
 - Haftung ggü. dem Mandanten aus Vertrag
 - Haftung ggü. den vertraglichen Neugläubigern des Mandanten aus § 311 Abs. 3 Satz 2 BGB
 - Anfechtungsrisiken wegen Einbeziehung in Zahlungsvorgänge
 - Allgemeines Risiko der Anfechtbarkeit von Honorarzahlungen

Vorbereitungsverantwortung des Krisenberaters



Rechtsprechung hat **strenge Anforderungen an die Prüfungspflichten der Vertretungs- und Aufsichtsorgane eines Unternehmens in der Krise**

- Erkennt GF, dass die Gesellschaft zu einem bestimmten Stichtag nicht in der Lage ist, ihre fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten vollständig zu bedienen, hat er die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft anhand einer Liquiditätsbilanz zu überprüfen (BGH, Urteil v. 24.03.2012 – II ZR 171/10 Rn. 15).
- GF handelt fahrlässig, wenn er sich nicht rechtzeitig die erforderlichen Informationen und Kenntnisse verschafft, die für die Prüfung der Insolvenzantragspflicht erforderlich sind; hat er die erforderliche Sachkunde nicht selbst, muss er sich fachkundig beraten lassen (BGH, Urteil v. 24.03.2012 – II ZR 171/10 Rn. 15).

Vorbereitungsverantwortung des Krisenberaters



Mit den strengen Prüfungspflichten korrespondieren **strenge Anforderungen an die haftungsrechtliche Entlastung der Vertretungs- und Aufsichtsorgane**

- Der selbst nicht hinreichend sachkundige GF ist nur dann entschuldigt, wenn er sich unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einer unabhängigen, für die zu klärenden Fragestellungen fachlich qualifizierten Person beraten lässt, ob Insolvenzreife eingetreten ist, diesen Auftrag unverzüglich erteilt, auf dessen unverzügliche Erfüllung drängt und das Ergebnis lautet, dass keine Insolvenzreife festzustellen ist; außerdem muss er das Prüfungsergebnis einer Plausibilitätskontrolle unterziehen (BGH, Urteil v. 24.03.2012 – II ZR 171/10 Rn. 15 und 19).
- Unzutreffende Auskünfte zur einer Rechtsfrage entlasten den GF nur, wenn er sich unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung aller erforderlichen Unterlagen von einer unabhängigen, für die zu klärenden Fragestellungen fachlich qualifizierten Person hat beraten lassen und das Prüfungsergebnis einer Plausibilitätskontrolle unterzogen hat (BGH, Urteil vom 28.05.2013 – II ZR 83/12 Rn. 21)

Vorbereitungsverantwortung des Krisenberaters



- **Haftungsrisiken des Krisenberaters ggü. dem Mandanten bzw. den Organen des Krisenunternehmens werden durch deren Haftungsrisiken geprägt**
 - Haftung des Vertretungsorgans wegen Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen (§§ 823 Abs. 2 BGB, 266 a StGB)
 - Haftung des Vertretungsorgans nach §§ 34, 69 AO
 - Haftung wegen des Vertretungsorgans wegen Eingehungsbetruges (§§ 823 Abs. 2 BGB, 263 StGB)
 - Haftung des Vertretungsorgans für Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife (§§ 64 Satz 1 GmbHG, 92 Abs. 2, 93 Abs. 3 Nr. 6, AktG, 130 a, 177 a HGB, 34 Abs. 3 Nr. 4, 99 GenG)
 - Mitglieder des AR der AG und des obligatorischen AR einer GmbH (DrittelbG, MitBestG, MontanMitBestG) haften nach den §§ 116 Satz 1, 93 Abs. 3 Nr. 6, 92 Abs. 2 Satz 1 AktG auf Erstattung verbotener Zahlungen (BGH, Urteil vom 20.09.2010 – II ZR 78/09 Rn. 14 und 21).
 - Mitglieder des fakultativen AR einer GmbH haften nach §§ 52 GmbHG, 116 Satz 1, 93 Abs. 1 und 2 Satz 1 und 2 AktG nur auf Schadensersatz nach den §§ 249 ff. BGB (BGH, Urteil vom 20.09.2010 – II ZR 78/09 Rn. 21).
 - Haftung wegen Insolvenzverschleppung durch Vertretungsorgan (§§ 823 Abs. 2 BGB, 15 a Abs. 3 und 4 InsO) oder Teilnahme durch Aufsichtsrat (§§ 823 Abs. 2 BGB, 15 a Abs. 4 InsO, 27 StGB)

Vorbereitungsverantwortung des Krisenberaters



Anspruchsvoraussetzungen für Haftung des Beraters aus Vertrag

- (Drittschützendes) Vertragsverhältnis
- Haftungsbegründende Kausalität: Pflichtverletzung des Beraters, vom Geschädigten gemäß § 286 ZPO zu beweisen
- Haftungsausfüllende Kausalität: Verursachung eines Schadens durch die Pflichtverletzung, gemäß § 287 ZPO reduzierte Darlegungs- und Beweislast des Geschädigten

Vorbereitungsverantwortung des Krisenberaters



Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung des Beraters

- Schlechterfüllung hat Sekundäransprüche des Mandanten oder des Dritten zur Folge
 - Praktische Bedeutung bei Konzeptverantwortung eher gering, da
 - regelmäßig kein Sanierungserfolg geschuldet, sondern bloße Beratungsdienstleistung und
 - haftungsausfüllende Kausalität (Ursächlichkeit der Pflichtverletzung für einen Schaden) wegen der Dynamik von Sanierungsprozessen schwer zu ermitteln ist
 - Deutlich höhere Haftungsrisiken im Zusammenhang mit der Vorbereitungsverantwortung und der Umsetzungsverantwortung, insbes. Im Rahmen einzelner Prüfaufträge, die Werkvertragscharakter haben
- Mitverschulden des Mandanten kann anspruchskürzend oder anspruchsausschließend wirken

Vorbereitungsverantwortung des Krisenberaters



Beispiele für Haftungsrisiken aus der Rechtsprechung (1)

- Auftragsinhalt und Pflichtverletzung
 - Steuerberater mit Dauermandat von „üblichem Zuschnitt“ (monatliche BWA, Lohnabrechnungen, Meldungen an FA und SozVersT, Jahresabschlüsse und Steuererklärungen) ist ohne ausdrücklichen Auftrag auch kraft seiner Nebenpflichten nicht verpflichtet, die Mandantin bei einer Unterdeckung in der Handelsbilanz auf die Insolvenzantragspflicht ihres GF hinzuweisen, eine Überprüfung in Auftrag zu geben oder selbst zu prüfen, ob Insolvenzreife besteht (BGH, Urteil v. 07.03.2013 – IX ZR 64/12 Rn. 15, 19).
 - Auch gegenüber dem GF der Gesellschaft besteht keine entsprechende drittschützende Pflicht des Steuerberaters (BGH, Urteil v. 07.03.2013 – IX ZR 64/12 Rn. 27).

Vorbereitungsverantwortung des Krisenberaters



Beispiele für Haftungsrisiken aus der Rechtsprechung (2)

- Auftragsinhalt und Pflichtverletzung
 - Steuerberater haftet für pflichtwidrig erfüllten ausdrücklichen Auftrag zur Prüfung der Insolvenzreife (BGH, Urteil v. 07.03.2013 – IX ZR 64/12 Rn. 9, 15, 19).
 - Steuerberater haftet auch dann, wenn er fälschlicherweise zu dem in der Handelsbilanz ausgewiesenen negativen Eigenkapital bemerkt, es handelte sich um eine „Überschuldung rein bilanzieller Natur“; hierin liegt keine bloße Gefälligkeit, sondern eine zusätzliche Prüfung, auf deren Richtigkeit der Mandant vertrauen darf (BGH, Urteil v. 06.06.2013 – IX ZR 204/12 Rn. 12, 13).
 - Steuerberater haftet, wenn er bei Gelegenheit eines allgemeinen steuerlichen Mandates in konkrete Erörterungen zur Insolvenzreife des Mandanten tritt und falsche Erklärungen zur Sach- und Rechtslage abgibt (BGH, Beschluss v. 06.02.2014 – IX ZR 53/13 Rn. 4).

Vorbereitungsverantwortung des Krisenberaters



Beispiele für Haftungsrisiken aus der Rechtsprechung (3)

- Haftungsausfüllende Kausalität
 - Hypothetische Kausalität
 - Grds. ist zu vermuten, dass der Mandant bei pflichtgemäßer Beratung den Hinweisen des Beraters gefolgt wäre, sofern für ihn bei vernünftiger Betrachtung aus damaliger Sicht nur eine Entscheidung nahe gelegen hätte (Kayser, ZIP 2014, 597, 603)
 - Dennoch kein Anscheinsbeweis, GF hätte bei pflichtgemäßem Hinweis des Steuerberaters einen Insolvenzantrag gestellt, da auch Sanierung binnen Drei-Wochen-Frist denkbar (BGH, Urteil v. 06.06.2013 – IX ZR 204/12 Rn. 16)
 - Anscheinsbeweis für normgerechtes Verhalten, wenn Sanierung mangels finanzieller Mittel der Gesellschafter ausgeschlossen war (BGH, Urteil v. 06.06.2013 – IX ZR 204/12 Rn. 16)
 - GF muss ggf. als Zeuge gehört werden, wie er sich bei vertragsgrechtem Rat des Beraters verhalten hätte (BGH, Urteil v. 06.06.2013 – IX ZR 204/12 Rn. 17).

Vorbereitungsverantwortung des Krisenberaters



Beispiele für Haftungsrisiken aus der Rechtsprechung (4)

- Haftungsausfüllende Kausalität
 - Schaden
 - Steuerberater haftet dem Mandanten auf Ersatz der durch ihn pflichtwidrig verursachten Vermögensminderung (BGH, Urteil v. 06.06.2013 – IX ZR 204/12 Rn. 20), wozu die Differenz zwischen der Vermögenslage im Zeitpunkt rechtzeitiger Antragstellung im Vergleich zu der Vermögenslage im Zeitpunkt des tatsächlich gestellten Antrags zu ermitteln ist (BGH, Urteil v. 06.06.2013 – IX ZR 204/12 Rn. 27, 28).

Vorbereitungsverantwortung des Krisenberaters



Beispiele für Haftungsrisiken aus der Rechtsprechung (5)

- **Anspruchskürzendes oder anspruchsausschließendes Mitverschulden**
 - Maßgebend sind der Kenntnisstand des Mandanten und der Inhalt des Mandates (Kayser, ZIP 2014, 597, 604)
 - Ggf. keine Hinweispflicht des Beraters, wenn Mandant die Insolvenzzreife und die Insolvenzantragspflicht kennt (BGH, Urteil vom 07.03.2013 – IX ZR 64/12 Rn. 28)
 - Ohne entsprechende Kenntnis des Mandanten grds. kein relevantes Mitverschulden des Mandanten, weil er prinzipiell auf die fehlerfreie Bearbeitung des Mandates vertrauen darf, ohne das Beratungsergebnis einer Kontrolle unterziehen zu müssen (BGH, Urteil vom 14.06.2012 – IX ZR 145/12 Rn. 37)
 - Bei drittschützendem Beratungsmandat wirkt ein relevantes Mitverschulden des Mandanten auch zulasten des Dritten, es sei denn, § 334 BGB wird konkludent abbedungen (BGH, Beschluss vom 20.06.2013 - IX ZB 61/10 Rn. 2)

Vorbereitungsverantwortung des Krisenberaters



Haftung des Rechtsanwalts aus Vertrag ggü. dem Mandanten (1)

- Rechtsanwalt ist verpflichtet, die Interessen des Mandanten umfassend und nach allen Richtungen wahrzunehmen und ihn vor vermeidbaren Nachteilen zu bewahren (BGH, Urteil vom 11. März 2010 – IX ZR 104/08 Rn. 8).
- Rechtsanwalt muss die Erfolgsaussichten des Begehrens seines Mandanten umfassend prüfen und den Mandanten hierüber belehren, wozu dem Mandanten der sicherste und gefahrloseste Weg vorzuschlagen und der Mandant über mögliche Risiken aufzuklären ist, damit der Mandant zu einer sachgerechten Entscheidung in der Lage ist (BGH, Urteil vom 01.03.2007 – IX ZR 261/03 Rn. 9; BGH, Urteil vom 10.05.2012 – IX ZR 125/10 Rn. 22).

Vorbereitungsverantwortung des Krisenberaters



Haftung des Rechtsanwalts aus Vertrag ggü. dem Mandanten (2)

- Bei Auftrag im Zusammenhang mit Restrukturierungsmaßnahmen
Pflichtverletzung insbesondere
 - durch unterlassenen Rat, die Insolvenzreife zu überprüfen,
 - bei fehlerhafter Verneinung der Insolvenzreife, wenn deren Feststellung zu den Aufgaben des Rechtsanwalts zählt,
 - durch die fehlerhafte Verneinung der Insolvenzantragspflicht und
 - durch mangelhafte Aufklärung über die Chancen, Risiken und Spielarten der außergerichtlichen und gerichtlichen Sanierung

Vorbereitungsverantwortung des Krisenberaters



Haftung des Beraters aus Beratungsvertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (1)

- Dritter kann in den Schutzbereich vertraglicher Pflichten einbezogen sein, wenn
 - er mit der Hauptleistung des Schutzpflichtigen bestimmungsgemäß in Berührung kommt,
 - ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers an der Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrages besteht und
 - dem Schutzpflichtigen die Einbeziehung des Dritten in sein vertragliches Haftungsrisiko erkennbar und der Dritte für diese Haftungserstreckung schutzwürdig ist(BGH, Urteil vom 7.3.2013-IX ZR 64/12 Rn. 21).
- Schutzwirkungen zu Gunsten Dritter werden insbesondere bei solchen Verträgen angenommen, mit denen der Auftraggeber von einer Person, die über eine besondere, vom Staat anerkannte Sachkunde verfügt (z.B. öffentlich bestellter Sachverständiger, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater), ein Gutachten oder eine gutachterliche Äußerung bestellt, um dafür gegenüber einem Dritten Gebrauch zu machen (BGH, Urteil vom 7.3.2013-IX ZR 64/12 Rn. 21)

Vorbereitungsverantwortung des Krisenberaters



Haftung des Beraters aus Beratungsvertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (2)

- Pflichtprüfer einer Kapitalgesellschaft haftet Dritten für die Richtigkeit seines Testats, wenn sich für ihn nur hinreichend deutlich ergibt, dass von ihm anlässlich dieser Prüfung eine besondere Leistung begehrt wird, von der gegenüber einem Dritten, der auf seine Sachkunde vertraut, Gebrauch gemacht werden soll (BGH, Urteil vom 02.04.1998 – III ZR 245/96 Rn. 9).
- Steuerberater haftet Dritten für sachlich falschen Bestätigungsvermerk, wenn für ihn erkennbar ist, dass die Ausarbeitung entweder für einen Käufer oder einen Kreditgeber (Bank) bestimmt war, die sie erkennbar als Entscheidungsgrundlage benötigten (BGH, Urteil vom 26.11.1986 – IVa ZR 86/85 Rn. 33; siehe auch BGH, Beschluss vom 20.06.2013 – IX ZB 61/10 Rn. 2)
- Soll der Steuerberater einer GmbH deren Insolvenzreife überprüfen, sind sowohl ihr Gesellschafter als auch ihr GF in den Schutzbereich des Prüfungsauftrages einbezogen (BGH, Urteil v. 14.06.2012 – IX ZR 145/11 Rn. 12).

Vorbereitungsverantwortung des Krisenberaters



Haftung des Beraters aus Beratungsvertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (3)

- Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und sonstige Berater dürften demnach für ihre Gutachten, Stellungnahmen und sonstigen Äußerungen im Rahmen eines Restrukturierungsprozesses gegenüber wesentlichen stakeholdern des Restrukturierungsprozesses (Gesellschafter, Kreditgeber, Warenkreditversicherer, Großlieferanten, u.U. auch Arbeitnehmer) haften, soweit ihre Arbeitsergebnisse für sie erkennbar zur Entscheidungsgrundlage der stakeholder werden, sich durch Sanierungsbeiträge ins Risiko zu begeben.

Vorbereitungsverantwortung des Krisenberaters



Haftung des Beraters aus Beratungsvertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (4)

- Drittschützende Wirkung des **Anwaltsvertrages** zur Beratung im Zusammenhang mit Restrukturierungsmaßnahmen und insolvenzrechtlichen Fragestellungen gegenüber den **Mitgliedern des Vertretungs- und Aufsichtsorgans und den Gesellschaftern**; im übrigen nur dann, wenn anwaltliche Leistung erkennbar auch Dritten vorgelegt werden soll, die ihre weiteren Entscheidungen hiervon abhängig machen und nur darauf stützen können.

Vorbereitungsverantwortung des Krisenberaters



Haftung des Beraters aus Beratungsvertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (5)

- Beratungsvertrag mit **Sanierungsberater** könnte grundsätzlich drittschützende Wirkung für die **Gesellschafter** und die in den Sanierungsprozess ausdrücklich einbezogenen **Gläubiger** haben, wenn Sanierungsgutachten erstellt werden soll, von dem sie weitere Sanierungsbeiträge (insbesondere Neukredite und sonstige Leistungen) abhängig machen.

Vorbereitungsverantwortung des Krisenberaters



Haftung des Beraters aus Beratungsvertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (6)

- Inhalt der Ersatzpflicht gegenüber geschützten Dritten
 - Gesellschafter: Ersatz für weitere, später verlorene Beiträge.
 - Geschäftsführer und Aufsichtsrat: Freistellung bzw. Ersatz für Haftung auf Erstattung verbotener Zahlungen und sonstiger Haftung für Insolvenzverschleppungsschäden.
 - Gläubiger: Ersatz für infolge der Pflichtwidrigkeit verlorene Beiträge (Neukredite, ungesicherte Vorleistungen etc.).

Vorbereitungs- und Umsetzungsverantwortung des Krisenberaters



Anfechtungsrisiken für Berater nach § 133 InsO wegen Einbeziehung in Zahlungsvorgänge

- BGH, Urteil vom 26.4.2012-IX ZR 74/11
 - Überweisung des Schuldners an uneigennütigen Verwaltungstreuhänder wirkt gläubigerbenachteiligend (Rn. 12).
 - Anfechtung gegenüber dem Treuhänder kommt neben Anfechtung gegenüber demjenigen in Betracht, an den der Treuhänder weisungsgemäß zahlt; zwischen dem Treuhänder und dem Empfänger der mittelbaren Zuwendung besteht dann ein Gesamtschuldverhältnis, das den Empfänger der mittelbaren Zuwendung gegenüber dem Treuhänder zur Erstattung verpflichtet (Rn. 14, 15).
 - Schuldner handelt mit Benachteiligungsvorsatz, wenn Treuhänder einzelne Gläubiger bevorzugen soll (Rn. 18).
 - Treuhänder kennt den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners, wenn er nicht als dessen bloße Zahlstelle tätig wird, sondern im Zuge der Verfolgung von Sonderinteressen in einer vom Schuldner angestrebte Gläubigerbenachteiligung eingebunden ist und die (drohende) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners kennt (Rn. 26), insbes. wenn Treuhänder mit Blick auf die wirtschaftliche Lage des Schuldners an selektivem, einzelne Gläubiger begünstigendem Zahlungsverhalten mitwirkt (Rn. 27).
 - Hat der Treuhänder die Mittel des Schuldners weisungsgemäß weitergeleitet, schuldet er Wertersatz in gleicher Höhe (Rn. 31).

Umsetzungsverantwortung des Krisenberaters



Haftung des Umsetzungsberaters (1)

- Persönliche Haftung des geschäftsführenden Sanierungsberaters (CRO) aus § 311 Abs. 3 Satz 2 BGB
 - Vertreter haftet aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen persönlich, wenn er entweder dem Vertragsgegenstand besonders nahesteht und bei wirtschaftlicher Betrachtung gleichsam in eigener Sache handelt **oder wenn er gegenüber dem Verhandlungspartner in besonderem Maße persönliches Vertrauen in Anspruch genommen und dadurch die Vertragsverhandlungen beeinflusst hat**, was nicht schon dann vorliegt, wenn dieser über die für seine Tätigkeit erforderliche Sachkunde verfügt und darauf hinweist. Erforderlich ist vielmehr, dass er dem Kunden zusätzlich in zurechenbarer Weise den Eindruck vermittelt, er werde persönlich mit seiner Sachkunde die ordnungsgemäße Abwicklung des Geschäfts selbst dann gewährleisten, wenn der Kunde dem Geschäftsherrn nicht oder nur wenig vertraut. Ein mit der Sanierung beauftragter Unternehmensberater nimmt jedenfalls dann, wenn er die Geschäftsführung des sanierungsbedürftigen Unternehmens übernimmt, typischerweise persönliches Vertrauen in Anspruch. Das gilt zum einen im Hinblick auf seine außerordentlichen unternehmerischen Fähigkeiten, weil er sich anheischig macht, das Unternehmen aus den Schwierigkeiten zu führen, die die bisherige Unternehmensleitung nicht zu bewältigen vermochte. Dasselbe gilt aber auch hinsichtlich seiner persönlichen Zuverlässigkeit, weil diese in den Augen aller Beteiligten unabdingbare Voraussetzung dafür ist, das in der Regel bereits erschütterte oder zumindest gefährdete Vertrauen zu dem sanierungsbedürftigen Unternehmen wiederherzustellen oder zu festigen. Insbesondere für diejenigen, die bisher nicht mehr bereit waren, dem Unternehmen Kredite zu gewähren, kommt es bei der Entscheidung über die Einräumung neuen Kredits wesentlich auf das Vertrauen in die Leistungsfähigkeit und persönliche Integrität des Sanierers an (BGH, Urteil vom 03.04.1900 – XI ZR 206/88 Rn. 18, 19)

Umsetzungsverantwortung des Krisenberaters



Haftung des Umsetzungsberaters (2)

- Haftung als bestelltes Vertretungsorgan nach allgemeinen Regeln
- Faktisches Vertretungsorgan ist derjenige, der die Geschäftsführung mit Einverständnis der Gesellschafter ohne förmliche Bestellung faktisch übernommen hat, tatsächlich ausübt und gegenüber dem formellen Vertretungsorgan eine überragende Stellung einnimmt oder das deutliche Übergewicht hat (BGH, Urteil v. 11.06.2013 – II ZR 389/12 Rn. 23)
- Faktischer Geschäftsführer dürfte insbesondere der nur mit Vollmacht ausgestattete CRO sein

Umsetzungsverantwortung des Krisenberaters



Haftung des Umsetzungsberaters (3)

- GF-Haftung in der vorläufigen Eigenverwaltung einschließlich Schutzschirmverfahren
 - Haftung ggü. der Gesellschaft in der vorläufigen Eigenverwaltung
 - Herrschende Auffassung bejaht die Anwendung der §§ 64 Satz 1 GmbHG, 92 Abs. 2, 93 Abs. 3 Nr. 6, AktG, 132 a, 177 a HGB, 34 Abs. 3 Nr. 4, 99 GenG jedenfalls in der vorläufigen Eigenverwaltung (Schmidt/ Poertzgen, NZI 2012, 369, 375; Siemon/ Klein, ZInsO, 2012, 2011; Thole/ Brünkmann, ZIP 2013, 1097, 1100; a.A. Brinkmann, DB 2012, 1339, 1369).
 - Eigener Privilegierungsmaßstab? Gerechtfertigt sollen sein
 - » Zahlungen mit Zustimmung des vorläufigen GLA oder des vorläufigen Sachwalters und
 - » Zahlungen, die die verteilungsfähige Masse sichern.
 - Haftung ggü. einzelnen Gläubigern wegen der Verletzung von Aus- und Absonderungsrechten nach § 823 Abs. 1 BGB (insbes. bei Verarbeitungs- und Verwertungsverboten)
 - Fraglich, wer die Ansprüche zu verfolgen hat (Aufgabe des Sachwalters analog § 280 InsO?)

Umsetzungsverantwortung des Krisenberaters



Haftung des Umsetzungsberaters (4)

- Haftung der Organe in der eröffneten Eigenverwaltung
 - Haftung der Organe ggü. der Gesellschaft
 - Haftung nach §§ 64 Satz 1 GmbHG, 92 Abs. 2, 93 Abs. 3 Nr. 6, AktG, 132 a, 170 a HGB, 34 Abs. 3 Nr. 4, 99 GenG wird aus teleologischen Gründen verneint (Thole/Brüinkmans, ZIP 2013, 1097/ 1100).
 - Thole/ Brüinkmans, ZIP 2013, 1097 plädieren für eine Haftung des Schuldners ggü. den Gläubigern nach den §§ 60, 61 InsO und unter Berufung auf die Pflicht der Vertretungsorgane, dafür zu sorgen, dass sich die Gesellschaft rechtmäßig verhält und ihren gesetzlichen Verpflichtungen nachkommt (Legalitätspflicht, BGH, Urteil vom 10.07.2012 – VI ZR 341/10 Rn. 22) für eine entsprechende Schadensersatzpflicht der die Eigenverwaltung durchführenden Organe nach den §§ 43 Abs. GmbH, 923 Abs. 2 AktG.
 - Haftung ggü. einzelnen Gläubigern
 - Haftung nach §§ 60, 61 InsO wird verneint (Landfermann in HK-InsO, § 270 Rn. 27; Thole/ Brüinkmans, ZIP 2013, 1097, 1101).
 - Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB wegen der Verletzung von Aus- und Absonderungsrechten.

Vertragliche Begrenzung der Haftungsrisiken



- **Haftungsbegrenzung** gegenüber Mandant und geschütztem Dritten (§ 334 BGB) **durch AGB** nur in den Grenzen der §§ 307 ff. BGB
 - Soweit es um vertragswesentliche Pflichten geht (Kardinalpflichten) kann die Haftung auch für einfach fahrlässige Pflichtverletzungen nicht ausgeschlossen werden (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB).
 - Kein Haftungsausschluss für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (§ 309 Nr. 7 b) BGB.
 - Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer können ihre Haftung für Fahrlässigkeit durch AGB auf den Betrag von € 1Mio. beschränken (§§ 52 BRAO, 67a StBerG, 54a WPO).

Stadiumsunabhängige Dritthaftung des Krisenberaters



- **Haftung des Beraters gegenüber Dritten**
 - Haftung für Teilnahme an vorsätzlicher Insolvenzverschleppung gegenüber Alt- und Neugläubigern nach den §§ 823 Abs. 2, 830 Abs. 2 BGB, 15 a Abs. 4 InsO, 26, 27 StGB
 - Insbesondere durch psychische Beihilfe
 - Beihilfe ist auch durch berufstypische Handlungen möglich, wenn Gehilfe weiß, dass das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf abzielt, eine strafbare Handlung zu begehen oder wenn Gehilfe dies zwar nur für möglich hält, dass von ihm erkannte Risiko einer strafbaren Handlung des Haupttäters aber besonders hoch ist (BGH, Urteil vom 01.08.2000 – 5 StR 624/99 Rn. 16, 17)
 - Beraterfalle: Insolvenzzreife und Insolvenzantragspflicht sind diagnostiziert oder werden jedenfalls vom Vertretungsorgan und dem Berater für möglich gehalten: Berater muss jede weitere Unterstützung des Mandanten einstellen, wenn dieser die Insolvenzantragspflicht nicht erfüllt

Anfechtungsrisiken des Krisenberaters



Anfechtung von Honorarzahlungen (1)

- Zahlung vor Fälligkeit ist inkongruente Deckung i.S.d. § 131 InsO (siehe BGH, Urteil vom 13.04.2006 – IX ZR 158/06 Rn. 24 ff.) – **Rechnungserfordernis gem. den §§ 10 Abs. 2 RVG, 9 Abs. 1 StBGebV beachten!**
- Berater steht dem Schuldner i.S.v. § 138 Abs. 2 Nr. 2, 130 Abs. 3 InsO nahe, wenn er nach der rechtlichen und tatsächlichen Prägung des Mandates den typischen Wissensvorsprung über die wirtschaftliche Lage des Mandanten erlangt, den sonst nur damit befasste leitende Angestellte des Unternehmens haben (BGH, Urteil vom 15.11.2010 – IX ZR 205/11 Rn. 11).
- Anfechtung nach § 130 InsO steht Bargeschäftseinwand entgegen, wenn zwischen dem Beginn der Beratungsleistung und der Honorarzahlung nicht mehr als 30 Tage lagen oder der Berater einen Vorschuss erhalten hat, der der wertäquivalenten Vergütung für die nächsten 30 Tage entspricht (BGH, Urteil vom 13.04.2006 – IX ZR 158/05 Rn. 35, 36; BGH, Urteil vom 06.12.2007 – IX ZR 113/06 Rn. 20).

Anfechtungsrisiken des Krisenberaters



Anfechtung von Honorarzahlungen (2)

- Anfechtung nach § 133 InsO hängt vom subjektiven Tatbestand ab
 - Kenntnis des Schuldners und des Beraters von der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ist aufgabenbedingt zu unterstellen (siehe BGH, Urteil vom 13.04.2006 – IX ZR 158/05 Rn. 10 bis 18).
 - Berater steht dem Schuldner i.S.v. § 138 Abs. 2 Nr. 2, 133 Abs. 2 InsO nahe, wenn nach der rechtlichen und tatsächlichen Prägung des Mandates den typischen Wissensvorsprung über die wirtschaftliche Lage des Mandanten erlangt, den sonst nur damit befasste leitende Angestellte des Unternehmens haben (BGH, Urteil vom 15.11.2102 – IX ZR 205/11 Rn. 11).
 - Fraglich, unter welchen Voraussetzungen subjektiver Tatbestand entfällt
 - Gläubigerbenachteiligungsvorsatz kann durch die Umstände des Einzelfalls ausgeschlossen sein, wenn diese ergeben, dass die angefochtene Rechtshandlung von einem anderen, anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willen geleitet war und das Bewusstsein der Benachteiligung anderer Gläubiger infolgedessen in den Hintergrund getreten ist. Das kommt insbesondere dann in Betracht, wenn die angefochtene Handlung Bestandteil eines ernsthaften, letztlich aber fehlgeschlagenen Sanierungsversuchs bildete, der auf einem schlüssigen Konzept beruhte, das jedenfalls in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt war und infolgedessen aus Sicht des Schuldners zur Zeit der angefochtenen Rechtshandlung ernsthafte und begründete Aussichten auf Erfolg bestanden (BGH, Urteil vom 12.11.1992 – IX ZR 236/91 Rn. 30).
 - Offenlassend dagegen BGH, Urteil vom 13.04.2006 – IX ZR 158/05 Rn. 26.
 - Entkräftung der Vermutung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO im Falle eines Bargeschäftes (siehe hierzu Kirchhof in Münchener Kommentar, InsO, § 133 Rn. 34)?

Anfechtungsrisiken des Krisenberaters



Anfechtung von Honorarzahlungen (3)

- Anfechtung nach § 134 InsO, soweit eine Konzerngesellschaft auf den wertlosen Vergütungsanspruch des Beraters gegen eine andere Konzerngesellschaft zahlt (BGH, Urteil vom 13.04.2006 – IX ZR 158/05 Rn. 14 und 15).



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Gerrit Heublein

WELLENSIEK Rechtsanwälte

Joachimstaler Str. 12

10785 Berlin

Tel +49 30 88929290

Fax +49 30 88929292

gerrit.heublein@wellensiek.de

Die Partnerschaft



- Hauptsitz in Heidelberg
- 9 Standorte bundesweit
- Hauptgeschäftsfelder
 - Insolvenz
 - Krise und Sanierung
 - Unternehmensberatung
- Ergänzend
 - wirtschafts-, handels- und gesellschafts- sowie arbeitsrechtliche Beratung und Prozessvertretung
- Grenzüberschreitende Zusammenarbeit mit führenden ausländischen Sozietäten

