

# **Wie man aus einem halb vollen Glas ein halb leeres macht und dafür auch noch haftet**

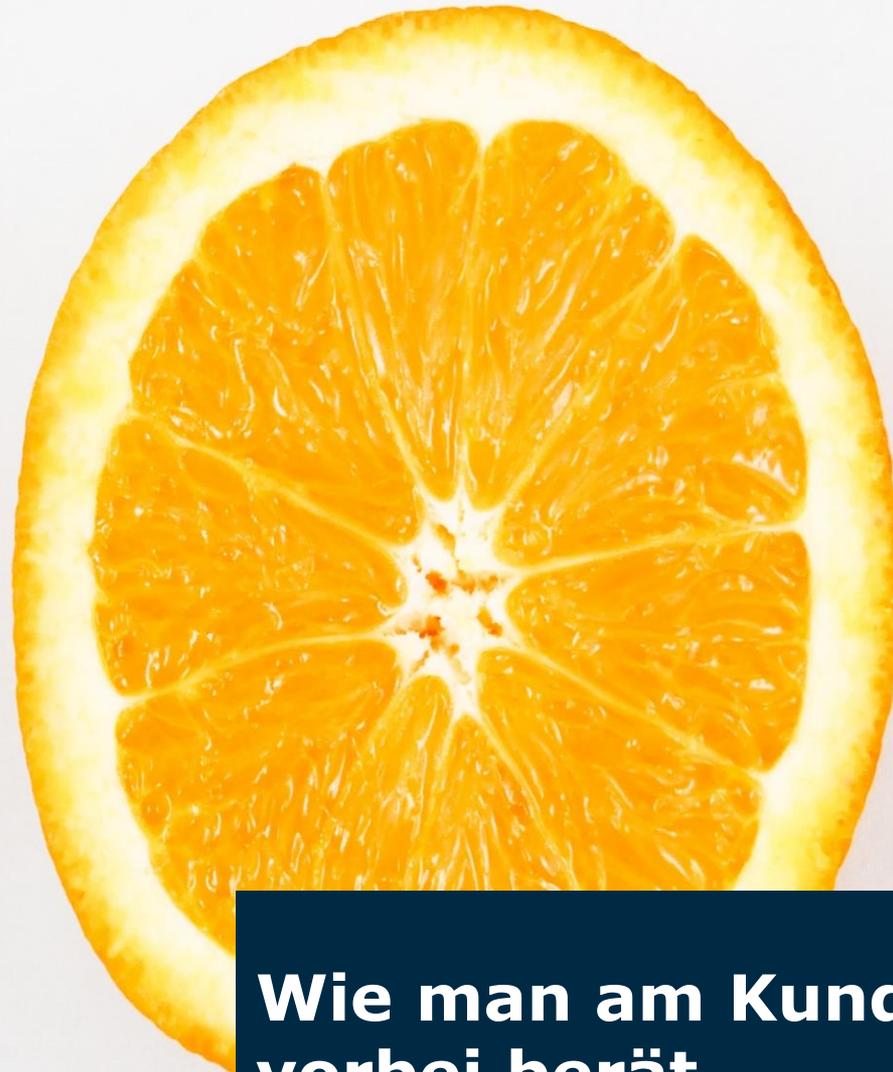
Dr. Raoul Kreide – IfUS Konferenz, 21. September 2018



**oder:  
Die 7 besten Wege  
ein Beratungsmandat  
zu versauen**

# **Die 7 besten Wege ein Beratungsmandat zu ...**

- 1. Wie man am Kunden vorbei berät**
- 2. Wie man sein Honorar reduziert**
- 3. Wie man sein Honorar ganz wieder los wird**
- 4. Wie man hilfswillige Gläubiger verprellt und**
- 5. selbst noch 5000 € an den Staatsanwalt spendet**
- 6. Wie man die Steuerschulden des Unternehmens übernimmt**
- 7. und keine D&O-Versicherung zahlt**



**Wie man am Kunden  
vorbei berät**

# Wie man am Kunden vorbei berät

1



Eine Orange – zwei Kinder.  
Die Mutter teilt die Organe fair auf  
und gibt jedem Kind eine Hälfte.  
Beide Kinder weinen.

## Was ist passiert?

Die Tochter wollte einen Kuchen backen und  
braucht laut Rezept die Schale einer ganzen Orange.

Ihr kleiner Bruder wollte den Saft trinken,  
aber es reicht nur für einen kleinen Schluck.

**Dabei liegt die Lösung doch so nah...**

What's in Your  
Backpack?

Ry



AN

**200%** auf  
alles

**Ausser Tiernahrung**

**Wie man sein Honorar  
geschickt reduziert**

**vom 25.04. - 30.04.2008**

# Wie man sein Honorar geschickt reduziert

# 2



## Preisverhandlung

### 1. Wellenlänge herstellen

*„Ich schätze Ihre Offenheit,....“*

### 2. Informationen geben

*„Was ich Ihnen in diesem Zusammenhang noch sagen möchte ist, ...“*

### 3. Frage weg vom Preis, hin zur Lösung

*„Welche Leistung erwarten Sie für diesen Preis?“*

# Wie man sein Honorar geschickt reduziert

# 2



## Preisverhandlung

*„Was glauben Sie, warum alle meine Mandanten diese Tagessätze sehr gerne bezahlen?“*

*„Was glauben Sie, wozu mich dieser Tagessatz verpflichtet?“*



**Wie man sein Honorar  
gleich wieder los wird.**

# Wie man sein Honorar ganz wieder los wird

# 3

Beispiel:

Beratungsgesellschaft ABCD erstellt ein Sanierungsgutachten. Das Honorar wird bezahlt. Die Sanierung scheitert jedoch (erwartungsgemäß) am Aufbringen der nach dem Gutachten erforderlichen Finanzierungssumme.

Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ficht der Insolvenzverwalter die Honorarzahlung gem. § 133 InsO an und verlangt das Honorar zurück.

# Wie man sein Honorar ganz wieder los wird

# 3

Würdigung des OLG Frankfurt (Urteil vom 17. Januar 2018 Az. 4 U 4/17):

- Zahlung benachteiligt die Gläubiger mindestens mittelbar, da weniger Aktivmasse zur Befriedigung vorhanden ist.
- Schuldner wusste zur Zeit der Zahlung wegen der unsicheren Sanierung, dass die Insolvenz droht und die Zahlung in diesem Fall die Gläubiger benachteiligt → Gläubigerbenachteiligungsvorsatz
- **Gutachter haben (zwangsläufig) Kenntnis von den Umständen, die die drohende Zahlungsunfähigkeit begründen und von der Gläubigerbenachteiligung** → Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz

Ergebnis: Anspruch des Insolvenzverwalters begründet.

# Wie man sein Honorar ganz wieder los wird

# 3

## Aus für die Sanierungsberatung?

Nein! Aber hier wurden mehrere Stolpersteine nicht beachtet:

- Sanierungsbemühungen können den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz ausschließen, wenn sie **ernsthaft und aussichtsreich** sind. Hier war die die Krise aber schon zu weit fortgeschritten, um noch auf die rettende Finanzierung vertrauen zu können.
- Bargeschäftsprivileg (§ 142 InsO) konnte in der **alten Fassung** nicht greifen, weil es bei der Vorsatzanfechtung gerade ausgeschlossen ist.
- Für ein bargeschäftsähnliches Geschäft, das den Benachteiligungsvorsatz ausgeschlossen hätte, war die **Gutachterleistung nicht mehr unentbehrlich**, da mit der Umsetzung des Sanierungskonzepts nicht mehr zu rechnen war. Diese Art der Fortführung von Geschäften war für die Gläubiger **nicht nützlich**.

# Wie man sein Honorar ganz wieder los wird

# 3

## Der „neue“ § 142 InsO

*(1) Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Absatz 1 bis 3 gegeben sind **und der andere Teil erkannt hat, dass der Schuldner unlauter handelte.***

*(2) Der Austausch von Leistung und Gegenleistung ist unmittelbar, wenn er nach Art der ausgetauschten Leistungen und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs in einem engen zeitlichen Zusammenhang erfolgt. [Konkretisierung für Arbeitsentgelt]*

→ Neue Einschränkung für die Vorsatzanfechtung

→ Gilt für Verfahrenseröffnung ab dem 6. April 2017 (Artikel 103 j EG-InsO)

# Wie man sein Honorar ganz wieder los wird

# 3

## Was ist „unlauter“?

„Trotz des gleichwertigen Leistungsaustausches erheblicher Unwerts gegenüber den Gläubigern“ (BT-Drucks. 18/7054 S. 19):

- Es kommt dem Schuldner darauf an, die Gläubiger zu schädigen
- Verschleuderung von Vermögen etwa für Luxusgüter
- Veräußerung von unverzichtbaren Betriebsgütern, wenn Gegenwert den Gläubigern entzogen werden soll
- **Nicht aber: Fortführung der erforderlichen Geschäfte**, selbst wenn der Schuldner erkennt, dass die Betriebsfortführung verlustträchtig ist.

# Wie man sein Honorar ganz wieder los wird

# 3

## Wann ist die Beauftragung des Sanierungsberaters unlauter?

- Schoon (in: BeckOK InsO, § 142 InsO, Rn. 20.8) schätzt, dass die Anfechtung von Beraterhonoraren „deutlich schwieriger geworden“ ist und ruft dazu die Kritik an der zu weitgehenden Anfechtungsrechtsprechung zur vorherigen Rechtslage in Erinnerung.
- Andere Autoren behandeln nicht direkt Sanierungsfälle, sehen die Vorsatzanfechtung aber zum Teil sogar „kurz vor dem Aus“ (Kindler/Bitzer, NZI 2017,369, 372), sodass in Sanierungsfällen kaum an eine Unlauterkeit zu denken sein wird.

**Entwicklung in der Rechtsprechung bleibt abzuwarten.**



**Wie man hilfswillige  
Gläubiger verprellt**

A photograph of a dark, stone-walled room, possibly a prison cell or a vaulted chamber. The walls are made of rough, grey stone blocks. In the center of the far wall, there is a small, arched window with white bars. The room is dimly lit, with light coming from the window, creating a strong contrast between the dark interior and the bright light outside. The ceiling is also made of stone and appears to be vaulted.

**und EUR 5000 an den  
Staatsanwalt spendet**

# Wie man hilfswillige Gläubiger verprellt **4/5**

Um eine Liquiditätslücke zu schließen bittet das Unternehmen seinen Vermieter um eine vorübergehende Mietreduktion mit folgendem Schreiben:

***„Sehr geehrter Vermieter,***

***wir befinden uns aktuell in einer äußerst angespannten Liquiditätsslage. Wir haben schon Personalkosten eingespart, aber das reicht nicht, um die Liquiditätslücke zu schließen. Daher bitten wir um eine Mietreduktion. Denn der Gesellschafter beabsichtigt, das Unternehmen zu verkaufen.“***

Im Übrigen: Es sind bereits **zwei Monatsmieten fällig** und offen.

# Wie man hilfswillige Gläubiger verprellt **4/5**

Grundsatz:

Auch berufstypische Handlungen (Beratungsleistungen) können grundsätzlich eine strafbare Beihilfe zur Insolvenzverschleppung begründen (keine „Freifahrt-schein“).

**Beihilfe:** Wenn der Berater **weiß**, dass das Handeln des Schuldners darauf abzielt eine strafbare Handlung zu begehen, **solidarisiert** er sich mit dem Täter. Dadurch verliert sein Tun den „Alltagscharakter“.

**Keine Beihilfe:** Der Hilfeleistende weiß nicht, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Schuldner verwendet wird; er hält die Begehung einer Straftat lediglich für **möglich**. Das vom Hilfeleistenden erkannte Risiko strafbaren Verhaltens darf aber nicht derart hoch sein, dass er sich mit es sich um einen „**erkennbar tatgeneigten Täter**“ handelt.

(BGH, Urteil vom 19. Dezember 2017, 1 StR 56/17)

# Wie man hilfswillige Gläubiger verprellt **4/5**

## **Problem:**

Das Schreiben des Unternehmens hat den Vermieter bösgläubig gemacht.

## **Wie repariert man das?**

Welche Anforderungen werden an einen Vermieter gestellt, um eine Mietreduktion gewähren zu dürfen?

BGH, Urteil vom 12. Mai 2016, IX ZR 65/14 (zur Anfechtung):

*„Den Gläubiger, der die (drohende) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und die Benachteiligung der Gläubiger kennt, trifft die Darlegungs- und Beweislast, dass er spätere Zahlungen auf der Grundlage eines schlüssigen Sanierungskonzeptes erlangt hat.“*

# Wie man die Steuerschulden des Unternehmens übernimmt



***„Wer sich wie ein Geschäftsführer verhält, den treffen auch die Pflichten eines Geschäftsführers“***

- *Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO)*
- *Haftung für Unternehmenssteuern (§ 69, 34, 35 AO)*
- *Haftung für Zahlungen in der Insolvenzreife (§ 64 GmbHG)*

# Wie man die Steuerschulden des Unternehmens übernimmt

# 6

## **Voraussetzungen** nach dem Gesamterscheinungsbild:

- Bestimmender Einfluss auf alle Geschäftsvorgänge
- Interne Einwirkung auf die satzungsgemäße Geschäftsführung
- Eigenes Handeln im Außenverhältnis

Eine solche **überragende/beherrschende Stellung** liegt nach der Rechtsprechung insbesondere vor, wenn sechs der im Folgenden genannten acht Kriterien erfüllt sind:

- Die Bestimmung der Unternehmenspolitik
- Die Bestimmung der Unternehmensorganisation
- Die Einstellung und Entlassung von Mitarbeitern sowie die Ausstellung von Zeugnissen
- Die Gestaltung der Geschäftsbeziehungen zu Vertragspartnern einschließlich der Vereinbarung von Vertrags- und Zahlungsmodalitäten
- Die Entscheidung der Steuerangelegenheiten
- Verhandlungen mit Kreditgebern
- Die Steuerung der Buchhaltung und Bilanzierung
- Eine dem Geschäftsführergehalt entsprechende Vergütung

(BayObLG, Urteil v. 20.02.1997 – 5 St RR 159/96; vgl. auch BGH, Urteil v. 10.07.1996 – 3 StR 50/96)

# und keine D&O-Versicherung zahlt



## OLG Celle: Haftung nach § 64 GmbHG kein versicherter Schaden!

- Zugunsten des Geschäftsführers bestand eine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung mit „Versicherungsschutz für den Fall, dass versicherte Personen wegen einer Pflichtverletzung bei Ausübung der versicherten Tätigkeit aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen für einen Vermögensschaden haftpflichtig gemacht werden“ (insoweit die Standardformulierung der Allgemeinen Versicherungsbedingungen zur Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Organe juristischer Personen, § 1.2 AVB-O)
- Der Geschäftsführer veranlasste Zahlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit. Dafür haftete er nach § 64 Abs. 1 GmbHG.
- OLG Celle: „Es spricht einiges dafür, dass [...] der Zahlungsanspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG **kein vom Versicherungsvertrag erfasster Haftpflichtanspruch** ist“ unter Verweis auf Lange in: Veith/Gräfe/Gebert, Der Versicherungsprozess, 3. Aufl., Teil E Rn. 90 ff. m.w.N. (OLG Celle, Beschluss vom 1. April 2016, 8 W 20/16, BeckRS 2016, 125428)
- Argument: Weil es nicht darauf ankommt, ob der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist, handelt es sich um **Ansprüche „eigener Art“** (vgl. BGH, Urteil vom 20. September 2010, II ZR 78/09, BGHZ 187, 60).

# und keine D&O-Versicherung zahlt



## OLG Düsseldorf, Urteil vom 20. Juli 2018, 4 U 93/16

- „Es handelt sich bei § 64 GmbHG **nicht** um einen gesetzlichen Haftpflichtanspruch, der unter einen solchen D&O-Versicherungsschutz für Schadensersatz fällt.“
- Hier erstmals ausdrücklich begründet. Es ist kein Schadensersatz, da die Ersatzpflicht alleine aus der Tatsache der Zahlung folgt. Es kommt nicht darauf an, ob der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist.
- Eine erweiternde **Auslegung** des Versicherungsvertrags lehnt das OLG Düsseldorf ab! Für den kaufmännisch tätigen Geschäftsführer sei erkennbar gewesen, dass der Versicherungsschutz nicht gegen jegliche Inanspruchnahme gegeben ist.

**EINSCHÄTZUNG:** Die dogmatische Begründung überzeugt. Die verweigerte Auslegungsmöglichkeit ist hingegen hart und kann auch anders gesehen werden. Versicherungen werden sich jedoch auf dieses Urteil stützen und Leistungen ablehnen. Den Betroffenen bleibt dann nur der (unsichere) Rechtsweg.

**PRAXISTIPP:** Dringend anzuraten ist eine Klarstellung bei Neuabschluss oder durch einen Nachtrag zum Versicherungsvertrag



**Gemeinsam durch die Brandung  
Restrukturierung mit GSK**

# Referent



Dr. Raoul Kreide

Rechtsanwalt

Dipl.-Betriebswirt (BA)

Mediator

GSK Stockmann

Rechtsanwälte Steuerberater

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Mittermaierstraße 31

69115 Heidelberg

Tel. + 49 (6221) - 45 66 - 0

Fax + 49 (6221) - 45 66 - 44

E-Mail: [raoul.kreide@gsk.de](mailto:raoul.kreide@gsk.de)

# Lebenslauf Dr. Raoul Kreide

- Beruf**
- Rechtsanwalt, Local Partner
  - Mediator, Diplom-Betriebswirt (BA)
- Ausbildung**
- Studium in Heidelberg, Mannheim und London
  - Zugelassen als Rechtsanwalt seit 2008
  - Lehrbeauftragter an der Universität Heidelberg (LL.M. corp. restruc.) sowie im Lehrgang „Restrukturierungs- und Sanierungsberater“ des IfUS-Instituts Heidelberg
- Tätigkeitsschwerpunkte**
- Restrukturierung mittelständischer Unternehmen
  - Begleitung von Unternehmerfamilien beim Generationenübergang, Marktveränderungen und in Krisen- und Sanierungssituationen
  - Konfliktmanagement und Konfliktprävention in Familienunternehmen
- Mitgliedschaften**
- Die Jungen Unternehmer-BJU im Bundesverband „Die Familienunternehmen“- ASU e.V.
  - Zentrum für Insolvenz und Sanierung an der Universität Mannheim e.V. (ZIS)
  - Institut für Sanierungsbilanzrecht (IfSBR)

# GSK. Im Überblick.

>180

Anwälte

in Deutschland und Luxemburg



deutschlandweit

zählt GSK zu den 30 größten deutschen Kanzleien



globales Netzwerk

aus einer Vielzahl angesehener Wirtschaftskanzleien in allen wirtschaftlich wichtigen Ländern der Erde.

## Auszeichnungen



Top Steuerkanzlei 2014, 2015 & 2016 im Bereich Umwandlung, Umstrukturierung und M&A



Top Wirtschaftskanzlei in den Jahren 2013 bis 2017 im Bereich Gesellschaftsrecht, M&A und Compliance sowie Immobilien und Baurecht



Lawyers Worldwide 2016 M&A Advisor of the Year - Germany



# GSK. Schlagkräftige Kompetenz in Ihrer Nähe.



6  
Standorte

in den Wirtschaftszentren **Deutschlands** und in **Luxemburg**.

Beratungs-  
teams

werden **nach Ihren Bedürfnissen** lokal und überregional gebildet. Auch für spezielle Themen finden wir für Sie den passenden Experten!

Ihr  
persönlicher  
Ansprech-  
partner

begleitet Sie bis zum erfolgreichen Abschluss und darüber hinaus. Er sorgt für eine **Beratung aus einer Hand** und koordiniert bei Bedarf hinzugezogene Kollegen.

Lokales  
Know-how

aufgrund der Verankerung vor Ort und der **kurzen Wege** zu allen Projektbeteiligten.

# Rechtlicher Hinweis

Die im Rahmen dieser Präsentation zur Verfügung gestellten Informationen können naturgemäß weder allumfassend noch auf die speziellen Bedürfnisse eines bestimmten Einzelfalls zugeschnitten sein. Diese Informationen stellen keine anwaltliche Beratung und keine andere Form rechtsverbindlicher Auskünfte dar. Die rechtliche Weiterentwicklung kann eine Neubewertung der hier dargestellten Informationen erforderlich machen.

Obwohl ich diese Präsentation mit größter Sorgfalt für Sie vorbereitet habe, übernehmen wir keine Gewährleistung oder Garantie für Richtigkeit oder Vollständigkeit der Inhalte dieser Präsentation. Soweit gesetzlich zulässig, übernehmen wir keine Haftung für ein Tun oder Unterlassen, das Sie allein auf Informationen aus dieser Präsentation gestützt haben. Dies gilt auch dann, wenn diese Informationen ungenau oder unrichtig gewesen sein sollten.

Diese Ausarbeitung darf – auch auszugsweise – nur nach vorheriger Zustimmung vervielfältigt, weitergegeben oder verbreitet werden.