

Die Beratung in der Krise des Mandanten – Haftung, Strafbarkeit, Vergütungsanfechtung

Berlin/Brandenburger Arbeitskreis
für Insolvenzrecht e. V.
Vortragsveranstaltung
25. Januar 2012

Dr. Jürgen D. Spliedt
RAe Feser Spliedt von Stein-Lausnitz
Uhlandstraße 165/166 ● 10719 Berlin
Tel.: 030 / 88 56 73 29, Fax: 030 / 88 56 73 55
E-Mail: juergen.spliedt@ra-fss.de

„Motivationsfälle“

Fall 1:

Die Schuldnerin hat fällige Bankverbindlichkeiten von € 200 Mio, deren Rückzahlung nach langwierigen Sanierungsverhandlungen für ein Jahr bis Dez. 2010 gestundet wird. Sie setzt ihren Geschäftsbetrieb fort und stellt schon nach sechs Monaten fest, dass sie zu einer fristgerechten Tilgung nicht in der Lage sein wird. Ihre Berater beginnen sofort erneute Verhandlungen mit den Banken, die sich jedoch untereinander nicht einig sind. Im Januar 2011 scheitern die Verhandlungen endgültig. Die Schuldnerin stellt einen Insolvenzantrag.

Haftung und Honorierung der Berater?

„Motivationsfälle“

Fall 2:

Die Schuldnerin, deren Geschäfte von einem Ausländer geführt werden, hat eine Anlage zur Herstellung von Bio-Diesel für € 50 Mio errichtet. Die Herstellungskosten wurden mit Krediten von € 40 Mio sowie Zuschüssen von € 10 Mio finanziert. Anfänglich wies sie ein Eigenkapital in Höhe von € 5 Mio aus.

Wegen der Reduzierung des Steuervorteils und der Erhöhung der Raps-Preise kann sie keinen Bio-Diesel mehr verkaufen. Sie stellt die Produktion ein und hält nur noch einen Notbetrieb zur Vermeidung von Anlageschäden aufrecht. Die monatlichen Kosten belaufen sich auf T€ 60. Nach zwei Jahren des Notbetriebes stellt sie einen Insolvenzantrag.

Der Wirtschaftsprüfer W., der mit der Buchführung und Bilanzerstellung beauftragt war, meinte noch in den Ermittlungsgesprächen des Gutachters, bei der Schuldnerin habe vorher kein Insolvenzgrund vorgelegen.

Parallel war für die allgemeine Beratung der Schuldnerin eine Anwältin R. tätig, die monatlich € 5.000,- erhielt. Die wirtschaftlichen Verhältnissen waren ihr aufgrund einer Beratung beim Anteilserwerb bekannt. Ob sie auf eine Insolvenzantragspflicht hinwies, ist streitig.

Drei Wochen vor dem Insolvenzantrag wurde der Sanierungsberater B. beauftragt, mit den Gläubigern Forderungsverzichte auszuhandeln, was schließlich nicht gelang. Er erhielt einen Vorschuss von T€ 30.

Haftung und Honorierung der Berater?

„Motivationsfälle“

Fall 3:

Der Schuldner (natürliche Person) hat hohe Steuerschulden beim FA, die nur aus etwaigen Lizenzansprüchen im Ausland gedeckt werden könnten. Mit der Durchsetzung wird der Spezialanwalt R. beauftragt. Um ihn und den Lebensunterhalt des Schuldners finanzieren zu können, gibt das FA eine gepfändete Forderung frei, sodass T€ 100 auf das Anderkonto von R. überwiesen werden. Seine Tätigkeit rechnet R. in größeren Abständen nach Maßgabe des mündlich vereinbarten Stundensatzes ab und entnimmt den Betrag dem Anderkonto. Nach einem Sachbearbeiterwechsel stellt das FA einen Insolvenzantrag. Im Verfahren melden auch weitere, dem R. bislang unbekannt Gläubiger Forderungen an. Der Verwalter ficht das insgesamt entnommene Honorar an. Mit Erfolg?

Beraterhaftung

Überblick

1. Haftungsgegner

- a) Schuldner (GmbH etc.)
- b) Geschäftsführer
- c) Gesellschafter
- d) Gläubiger (neu und alt)
- e) Fiskus

2. Haftungsfelder

- a) Sanierungsmaßnahmen (betriebswirtschaftlich, finanzwirtschaftlich, juristisch)
- b) Steuerliche Gestaltung
- c) Kapitalaufbringung und -erhaltung (insbes. bei Kapitalerhöhung) – zwar krisenunabhängig, aber krisenrelevant
- d) Existenzvernichtungshaftung
- e) Gesellschafterfinanzierung
- f) Insolvenzantragspflicht
- g) Anfechtung
- h) Steuerliche Gestaltung (z. B. §§ 75 AO, 8 c KStG)
- i) Steuerschuldverhältnis (§§ 34, 63 AO)
- j) Rechtsnachfolgerhaftung (§§ 613 a BGB, 25 HGB, 75 AO)

Beraterhaftung (Runkel/Spliedt, Anwalts-Handbuch Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2008, § 1 Rn 22 ff.)

I. Vertragliche Haftung

1. Vertragsgrundlage

- Abhängig vom Auftrag
 - Dienstvertrag bei Dauermandat
 - Geschäftsbesorgungs-Dienstvertrag bei Anlass-Mandat
 - Geschäftsbesorgungs-Werkvertrag bei Gutachten (z. B. Sanierungsfähigkeit) oder Rechtsauskunft (z. B. Insolvenzantragspflicht)

- Erlaubnisvorbehalt gem. Art. 1 § 1 RBerG
 - ab 1. Juli 2008 entfallen
 - zur Wirksamkeit des Sanierungsberatungsvertrages eines StB trotz etwaiger Gewerblichkeit und Rechtsberatung (a. F.) s. BGH ZIP 2011, 1367

- § 10 ff. RDG
 - i. d. R. Registrierung erforderlich
 - aber § 5 RDG: Annexkompetenz, wenn zum „*Berufs- oder Tätigkeitsbild*“ gehörig

- Ergebnis:
 - Sanierungsberatung auch für StB, WP zulässig

Beraterhaftung (Runkel/Spliedt, Anwalts-Handbuch Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2008, § 1 Rn 22 ff.)

2. Vertragspflichten

- Sanierungsauftrag: schlüssiges Konzept (BGH ZIP 1998, 248; OLG Köln GmbH 2010, 251; OLG Frankfurt v. 20.03.2009 – 10 U 148/08) durch Planung von Ist-Situation zum Leitbild
 - Basis: erkennbare tatsächliche Gegebenheiten
 - Schlussfolgerung: nicht offensichtlich undurchführbar
 - Beispiel für Schlechterfüllung: OLG Celle ZIP 2003, 2118 (Textbausteine, „Binsenweisheiten“ ohne spezifische Schuldnersituation)
- Ohne Sanierungsmandat Informationspflicht über Insolvenzantragspflicht?
 - abhängig vom Auftragsumfang
 - Rechtsanwälte: gem. § 1 III BORA umfassende und erschöpfende rechtliche Beratung, BGH DB 2003, 2596; OLG Düsseldorf v. 19.02.2010 – 24 U 100/09
 - umfasst m. E. auch Insolvenzantragspflicht, falls irgendein Mandatsbezug. Ausgeschlossen nur bei Kenntnis gelegentlich eines Mandats.

Beraterhaftung (Fortsetzung)

- Steuerberater
 - teilweise: Betonung der Beschränkung auf steuerliche Beratung, §§ 3, 33 StBerG, sehr zurückhaltend OLG Celle ZInsO 2011, 1004, es sei denn, dass umfassendes Mandat; ähnlich LG Aachen v. 10.08.2011 – 8 O 551/10 Rn 61
 - überwiegend wird Hinweispflicht zumindest auf gesonderte Überschuldungsprüfung bejaht: OLG Schleswig v. 02.09.2011 – 17 U 14/09; OLG Köln v. 17.12.2009 – 8 U 27/09, jedoch abhängig von Kenntnismöglichkeit des Geschäftsführers, LG Koblenz DStRE 2010, 647
 - Stellungnahme:
 - Information über Insolvenzantragspflicht entspricht Verkehrserwartung (schon wegen Gefahr des § 69 AO). Bei bilanzieller Überschuldung reicht Verweis auf erst noch zu erstellenden Status nur, wenn ausreichende stille Reserven plausibel. Jedoch Anlass erforderlich (*Gräfe*, DStR 2010, 621 f.), nicht, wie bei § 15 a InsO, (eigen-)ständige Überwachungspflicht. Ergebnis der lfd. Buchführung reicht als Anlass, LG Wuppertal v. 06.07.2011 – 3 O 359/10.
 - Zahlungsunfähigkeit ist i.d.R. aus SuSa oder Mahnungen des Finanzamts ersichtlich.

Beraterhaftung (Fortsetzung)

- Wirtschaftsprüfer
 - Aufgabenbereich auch betriebswirtschaftliche Prüfung, § 2 I WPO
 - Selbst bei isolierter Abschlussprüfung Hinweis auf Insolvenzantrag, nicht nur auf gesonderte Überschuldungsprüfung erforderlich (str.), zumal going-concern-Prognose erforderlich, § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB
- Bei Kenntnis des Geschäftsführers von der Antragspflicht Information über Konsequenzen erforderlich, insbes. § 64 Abs. 1 S. 1 GmbHG?
 - erneut: abhängig vom Auftragsumfang
 - zwar Vertrag mit GmbH etc., aber Geschäftsführer im Schutzbereich (s.u.)
 - zwar Rechtsfrage, aber Annexpflicht möglich
 - deshalb:
 - zu bejahen bei Sanierungsberatung
 - zu bejahen bei anwaltlicher Beratung über Insolvenzverschleppung
 - zu verneinen bei Steuerberatung oder Abschlussprüfung trotz Kenntnis des Insolvenzgrundes

Beraterhaftung (Fortsetzung)

2. Gläubiger

- GmbH
 - sämtliche Vertragsverletzungen gegenüber der GmbH
 - Sonderfall: Verletzung der Masseerhaltungspflicht des § 64 GmbHG, wenn kein Verschulden wegen Falschberatung über Insolvenzgrund (BGH ZIP 2007, 1265; OLG Ffm. v. 20.03.2009 – 10 U 148/08)
 - Haftungslücke, weil keine Haftung des Geschäftsführers und Berater nicht Adressat des § 64 GmbHG (BGH ZIP 2008, 1026)
 - aber Drittschadensliquidation zugunsten der Masse
- Geschäftsführer
 - Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter
 - Allgem. Voraussetzungen: Leistungsnähe, Interesse des Gläubigers am Schutz des Dritten, Erkennbarkeit für den Leistenden und Schutzbedürfnis, BGH v. 13.10.2011 – IX ZR 193/10. Maßgebend letztlich § 242 BGB, BGH v. 02.07.1996 – X ZR 104/94

Beraterhaftung (Fortsetzung)

- ablehnend im Verhältnis zum Geschäftsführer:
OLG Köln DStR 2011, 797; OLG Schleswig a. a. O.
- m. E. jedoch zu bejahen als „actus contrarius“ zu § 15a InsO: fremdnutzige Organpflicht begründet eigene Haftung → eigennützige Haftungsvermeidung konkludenter Zweck des „fremden“ Auftrags. Ähnlich begründet BGH v. 13.10.2011 – IX ZR 193/10 den VSD mit der GF-Haftung gem. §§ 69, 191, 219 AO
- Auskunftsvertrag
 - für Geschäftsführer überflüssiges Konstrukt wegen VSD, anders beim Gläubiger (s. u.)
- Gesellschafter
 - Vertrag mit Schutzwirkung m. E. meist zu bejahen, bei Beratung über Satzungsänderungen insbes. bei Teilnahme der Gesellschafter an Besprechung oder Korrespondenz, BGH v. 19.05.2009 – IX ZR 43/08 und v. 02.12.1999 – IX ZR 415/98 schlussfolgern die Einbeziehung allein aus der Betroffenheit der Geschäftsführer
 - nicht bei Beratung des Gesellschafters durch Dritte

Beraterhaftung (Fortsetzung)

- Gläubiger des Schuldners
 - als „Gegner“ des Auftraggebers i.d.R. nicht im Schutzbereich des Vertrages, BGH VersR 1988, 178; OLG Düsseldorf v. 09.02.2010 – 24 U 100/09; aber maßgebend ist verständige Auslegung (BGH ZIP 2009, 1166):
 - bejaht bei ausdrücklichem Auftrag im Interesse Dritter, z. B. BGH ZIP 2004, 1814: Bewertungsgutachten für Lieferantenkredit
 - bejaht bei konkretem Anlass für konkrete Dritte BGH ZIP 1998, 826 (Pflichtprüfung des WP); 2004, 1810 (Prospektprüfung)
 - verneint bei unbestimmtem Personenkreis BGH ZIP 2006, 854 (freiwillige Prüfung); 2006, 954 (Pflichtprüfung, Vorrang des § 323 HGB) oder fehlendem besonderem Schutzinteresse des Auftraggebers, BGH ZIP 2009, 1166 (Auftrag BaFin im Verhältnis zum Einlagensicherungsfonds)

Beraterhaftung (Fortsetzung)

- Auskunftsvertrag mit Gläubiger denkbar
 - o Voraussetzungen (BGH DStR 2009, 818): besondere Sachkunde des Auskunftserteilers erkennbar, wesentliche Bedeutung für wirtschaftliche Dispositionen
 - o zu bejahen bei Beratungsauftrag auf Initiative des Gläubigers mit erkennbarem Ziel der Entscheidung über Sanierungsbeitrag (Grenze zu Vertrag mit Schutzwirkung ungenau, aber wegen identischer Rechtsfolgen auch überflüssig). Abgrenzung zum VSD fließend. Maßgebend jeweils § 242 BGB, BGH v. 02.07.1996 – X ZR 104/94

- Haftung ggü. Gläubiger aus c.i.c. § 311 III BGB
 - o Solvenzvertrauen regelmäßig nur gegenüber GmbH (BGH ZIP 1994, 1103; 1995, 31; 1995, 124; 1995, 211)
 - o Ausnahmen:
 - z. B. falsche Angaben über Befähigung, BGH NJW 1990, 1907
 - garantieähnliche Erklärungen, BGH ZIP 2001, 1496
 - Auftreten als Sachwalter/Experte (str.)

Beraterhaftung (Fortsetzung)

3. Schaden

- bei der GmbH als Auftraggeberin
 - bei betriebswirtschaftlicher Beratung quaestio facti
 - Problem: Prognose des Sanierungserfolgs
 - z. B. Fehlinvestition (vgl. Nach-Wende-Unternehmen in neuen Bundesländern), unterlassene Einsparungen (z. B. KuG, BGH v. 04.11.2002 – II ZR 224/00)
 - bei anderer Beratung:
 - vermeidbares Beratungshonorar, BGH ZIP 2001, 33
 - Masseminderung infolge unterlassenen Insolvenzantrags?
 - zwar § 64 GmbHG „Schaden eigener Art“ (BGH ZIP 2001, 235), aber Masse kein Rechtssubjekt, nur Quotenschaden als Gesamtgläubigerschaden i.V.m. § 92 InsO keine eigene Pflicht des Beraters gem.
§ 64 GmbHG, Teilnahmehandlung an Verstoß gegen § 64 GmbHG nicht möglich, BGH ZIP 2008, 1026
 - aber ggfls. Inanspruchnahme aus abgetretenem Recht des Geschäftsführers
 - evtl. Drittschadensliquidation im Umfang des § 64 GmbHG, wenn es für dessen Haftung wegen Falschberatung am Verschulden fehlt

Beraterhaftung (Fortsetzung)

- Schaden beim Gesellschafter
 - z. B. wegen Anfechtung, Eigenkapitalersatz
- Schaden beim Geschäftsführer
 - Haftungsbelastung wg. Neugläubigerschaden, §§ 15a InsO i.V.m. 823 II BGB
 - Haftungsbelastung wegen Masseschmälerung, § 64 GmbHG
 - Haftungsbelastung wegen unterlassener Sanierung, § 43 GmbHG
- Schaden bei Insolvenzgläubigern
 - Quotenschaden
 - Neugläubigerschaden, auch Verlust von Sicherheiten
- Masseschaden
 - Masse ist kein eigenständiges Rechtssubjekt
 - nur nach Abtretung des Freistellungsanspruchs des Geschäftsführers gegen den Berater
 - als Quotenschaden der Gläubiger in gesetzl. Prozessstandschaft, § 92 InsO

Beraterhaftung (Fortsetzung)

4. Kausalität, Mitverschulden

- Vermutung beratungsgerechten Verhaltens (Anscheinsbeweis)
 - keine Anrechnung der Fehler anderer Berater, selbst bei Aufgabenüberschneidungen, BGH WM 2006, 592; BB 2008, 178
 - bei Kenntnis des Geschäftsführers entfällt haftungsausfüllende Kausalität, BGH v. 05.02.2009 – IX ZR 6/06; OLG Köln v. 17.12.2009 – 8 U 27/09
 - aber nur bei Kenntnis aller entscheidungsrelevanter Umstände, auf die sich Beratungspflicht erstreckt
- Beispiel: zwar Kenntnis der Antragspflicht, nicht aber des Haftungsumfangs, z. B. bei § 64 GmbHG

Beraterhaftung (Fortsetzung)

- Anrechnung einer fahrlässigen Unkenntnis des Geschäftsführers bei Schadenshöhe (BGH v. 15.04.2010 – IX ZR 189/09 Rn 14) oder Berücksichtigung nur beim Beratungsumfang, da ein sachverständiger Geschäftsführer keiner Beratung bedarf?
 - LG Wuppertal v. 06.07.2011 – 3 O 359/10 zur Freistellung von der Haftung des § 64 S. 2 GmbHG: Anrechnung, es sei denn, insolvenzspezifisches Sondermandat
 - *Gräfe*, DStR 2010, 672: Mitverschulden, falls keine ausdrückliche Beauftragung zur Prüfung insolvenzrechtlicher Haftungstatbestände
 - Unterscheidung zwischen leicht (z. B. Insolvenzantragspflicht) und schwer erkennbaren (z. B. Kasuistik zu § 64 S. 1 GmbHG, Gesellschafterfinanzierung) Haftungstatbeständen zulässig, sodass insbes. Anspruch aus § 64 GmbHG nicht gemindert wird trotz Kenntnis von Antragspflicht?
- Vorsatz des Geschäftsführers bei Insolvenzverschleppung schließt seinen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 254 BGB aus, OLG Schleswig v. 18.05.1993 – 10 U 13/92, aber evtl. (s. o.) nur, soweit es den Verschleppungsschaden betrifft, nicht auch hinsichtlich § 64 GmbHG

Beraterhaftung (Fortsetzung)

II. Deliktische Haftung (Runkel/Spliedt, a.a.O., § 1 Rn 36 ff.)

1. Haftungsgrund

- §§ 15a InsO, 823 II BGB als Gehilfe i.V.m. § 830 BGB
 - psychische Beihilfe
 - z. B. unterstützende Beratung
 - z. B. Übernahme des Sanierungsmanagements
 - z. B. Fortsetzung der Buchführung und Steuererklärung (a. A. LG Koblenz DStR 2010, 647)
 - Hinweis auf Rechtswidrigkeit enthaftet nicht
 - kein Privileg für berufstypisches Verhalten (s. u. zur Strafbarkeit)
 - a. A. soweit Unterstützung nicht ausschließlich auf strafbare Handlung bezogen ist: OLG Köln (extrem) DStR 2011, 1195
 - doppelter Gehilfenvorsatz analog § 27 StGB erforderlich
 - Lücke bei ahnungslosen Bestattungsgeschäftsführern
- keine Teilnahme an § 64 II GmbHG a. F. (§ 64 S. 1 GmbHG n. F.) möglich, da kein Deliktatbestand (BGH ZIP 2008, 1026)
- Beteiligung an existenzvernichtendem Eingriff, § 826 BGB, z. B. durch Beratung bei der Gründung einer Auffanggesellschaft (vgl. BGH ZIP 2002, 1578 „KBV“)
(allgemein zur Existenzvernichtungshaftung: BGH ZIP 2007, 1552 „Trihotel“; 2009, 802 „Sanitary“; 2008, 1232 „GAMMA“)

Beraterhaftung (Fortsetzung)

2. Haftungsumfang

- Gläubiger
 - Neugläubigerschaden
 - Verlust von Sicherungsrechten (insbes. zedierte Forderungen)
 - Altgläubiger: Quotenschaden, zuständig jedoch Insolvenzverwalter, § 92 InsO
- Gesellschaft / Insolvenzverwalter
 - gesamte Passiva bei Existenzvernichtung, aber Entlastungsmöglichkeit bei geringerem Schaden?
 - Quotenschaden der Altgläubiger
 - Ermittlungsaufwand bei Unterlagenbeseitigung („Beerdigungsfälle“)
- Minderung bei Mitverschulden des Geschäftsführers?
 - Nein, da *„jeder für den Schaden verantwortlich“* ist, § 830 Abs. 1 BGB
 - Tatbeitrag nur relevant für Ausgleich im Innenverhältnis, §§ 840 Abs. 1, 426 Abs. 1 BGB
- keine deliktische Haftung gegenüber dem Geschäftsführer

Beraterhaftung (Fortsetzung)

3. Organschaftliche Haftung

- wie ein Geschäftsführer bei faktischer Geschäftsführung
 - maßgebend ist die Außenwirkung (BGH ZIP 2005, 1550; OLG München ZIP 2010, 2295)
 - interner Einfluss irrelevant
- Außenhaftung wg. Verletzung der Insolvenzantragspflicht, §§ 15a I InsO i.V.m. 823 II BGB
- Innenhaftung wg. Verletzung der Massesicherungspflicht gem. § 64 GmbHG
- Ist Berater zugleich Aufsichtsorgan → gesonderte organschaftliche Haftung, dazu *Hasselbach*, NZG 2012, 41 ff.

Beraterhaftung (Fortsetzung)

4. Exkurs: Haftung für fehlerhafte Bescheinigung gem. § 270 b Abs. 1 S. 3 ESUG

„§ 270b

Vorbereitung einer Sanierung

(1) ... Der Schuldner hat mit dem Antrag eine mit Gründen versehene Bescheinigung eines in Insolvenzsachen erfahrenen Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers oder Rechtsanwalts oder einer Person mit vergleichbarer Qualifikation vorzulegen, aus der sich ergibt, dass drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, aber keine Zahlungsunfähigkeit vorliegt und die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist.“

Beraterhaftung (Fortsetzung)

- Sanierung „*offensichtlich aussichtslos*“
 - Prüfungsgegenstand:
 - nicht Insolvenzplan, da lt. Satz 2 erst innerhalb von max. drei Monaten vorzulegen
 - deshalb allenfalls „Sanierungsskizze“
 - Zahlungsfähigkeit für Neu-Gläubiger
zwar Zahlungsunfähigkeit entgegen § 270 b Abs. 3 Nr. 1 RegE kein zwingender Aufhebungsgrund, aber: Nachteil für Gläubiger i.S.v. § 270 b Abs. 3 Nr. 3 ESUG als Aufhebungsgrund
 - nicht hingegen Zahlungsfähigkeit auch für Altgläubiger, da § 270 b Abs. 3 Nr. 1 RegE nicht Gesetz wurde
 - Prüfungsintensität
 - vgl. „*offensichtlich aussichtslos*“ in § 270 a Abs. 1 Hs 1 ESUG zum Eigenverwaltungsantrag
 - keine Erläuterung in den Motiven
 - Evidenz erfordert mehr als überwiegende Wahrscheinlichkeit i.S.d. § 18 InsO
 - Analogie zu „*offensichtlich ungeeignet*“ bei der Delegation von Verwaltungsaufgaben an Schuldner-Mitarbeiter, § 60 Abs. 2 InsO

Beraterhaftung (Fortsetzung)

- Haftung
 - gegenüber Schuldner: §§ 280 Abs. 1, 611, 675 BGB
 - Problem: Schaden
 - gegenüber Sanierungskreditgeber (Gesellschafter)
 - Schutzbereich des Vertrages?
Abzulehnen, wenn Auftrag auf die Bescheinigung als Verfahrensvoraussetzung beschränkt wird
Ansonsten Haftung wie Sanierungsberater, wenn Bescheinigung nur ein Teil des Auftrages
 - Neugläubiger
 - gesetzliche Anordnung wie bei §§ 21 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. 60 InsO fehlt
 - keine Haftung gem. § 839 a BGB, da Neugläubiger kein Verfahrensbeteiligter (und Verfasser der Bescheinigung kein Sachverständiger, s.u.)
 - nur denkbar über c.i.c.
 - aber kein Solvenzvertrauen, vgl. BGH v. 14.04.1987 – IX ZR 260/86 zum Konkursverwalter (§ 82 KO) und BGH v. 06.06.1994 – II ZR 292/91 zum Geschäftsführer

Beraterhaftung (Fortsetzung)

- Altgläubiger
 - o gesetzliche Anordnung wie bei §§ 22 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 60 InsO fehlt
 - o keine Haftung gem. § 839 a BGB, da kein „*vom Gericht ernannter Sachverständiger*“
- Haftung gegenüber dem Richter
 - o Schaden: Amtshaftung nach § 839 BGB bei Unterlassung von Sicherungsmaßnahmen
kein Spruchrichterprivileg
 - o Aber mangels Auftraggeberinteresse nicht in den Schutzbereich eingezogen
 - o (Haftung des Richters auch de facto unwahrscheinlich, da es wegen geringer Information regelmäßig am Verschulden fehlt)
- Mängelgewährleistung, §§ 633, 638 BGB bis zur Honorarminderung auf 0 und Erstattung an die Masse

Strafbarkeit des Beraters

a) Täterschaft

- faktischer Geschäftsführer: Auftreten nach außen wie ein Geschäftsführer, interner Einfluss irrelevant (BGH ZIP 2005, 1550; OLG München ZIP 2010, 2295)
- häufig auch Mittäter, z. B. durch gemeinsame Täuschung

b) Teilnahme

- mindestens psychische Beihilfe = „ist ja nicht so schlimm, wenn sogar der Berater mitmacht“
- Sonderdelikt (z. B. § 15a InsO) hindert eine Teilnahme nicht, § 28 I StGB
- doppelter Gehilfenvorsatz erforderlich, §§ 26 f. StGB
- keine generelle Privilegierung berufstypischen Verhaltens
 - Umfang streitig
 - nicht bei Förderung des erkennbar tatgeneigten Täters, BGH ZIP 2011, 475 Tz 48

Strafbarkeit des Beraters (Fortsetzung)

- praktisch relevante Tatbestände
 - Teilnahme am Bankrottdelikt
 - Vermögensverschiebung, §§ 283 I Nr. 1, 288 I StGB
 - nicht, wenn zur gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger (OLG München ZIP 2000, 1841)
 - Aufgabe der „Interessentheorie“ durch BGH v. 15.09.2011 – 3 StR 118/11
 - Teilnahme an Untreue durch Einlagenrückgewähr, § 30 GmbHG i.V.m. § 266 StGB (vgl. BGH ZIP 2001, 1874 „Bremer Vulkan“)
 - Teilnahme am Betrug, § 263 StGB
 - Teilnahme am Subventionsbetrug durch zweckwidrige Mittelverwendung, § 264 I Nr. 2 StGB
 - Teilnahme am Vorenthalten von Arbeitsentgelt, § 266a StGB
 - Teilnahme an Insolvenzverschleppung, § 15 a Abs. 4 InsO

Literaturauswahl

- Fleischer/Schmolke*, Faktische Geschäftsführung in der Sanierungssituation, WM 2011, 1009
- Froehner*, Deliktische Haftung für die Beihilfe zur Insolvenzverschleppung gegenüber dem Neugläubiger, ZInsO 2011, 1617
- Gräfe*, Haftungsgefahren des Steuerberaters / Wirtschaftsprüfers in der Unternehmenskrise, Teil I + II, DStR 2010, 618 ff., 669 ff.
- Hasselbach*, Überwachungs- und Beratungspflichten des Aufsichtsrats in der Krise, NZG 2012, 41 ff.
- Schmittmann*, Überlegungen zur Haftung des Sanierungsberaters, ZInsO 2011, 545
- Wagner*, Der Steuerberater in der Zwickmühle – Die Wahl zwischen Mandatsniederlegung oder Beihilfe zur Insolvenzverschleppung, ZInsO 2009, 449
- ders./Zabel*, Insolvenzverschleppungshaftung nach § 64 II GmbHG wegen Überschuldung – Anreicherung der Masse durch Haftungsverlagerung auf den Steuerberater?, NZI 2008, 660
- Zugehör*, Haftung des Steuerberaters für Insolvenzverschleppungsschäden, NZI 2008, 652
- ders.*, Die Neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur zivilrechtlichen Haftung der Rechtsanwälte und steuerlichen Berater, WM 2010, Sonderbeilage 1 (insbes. Teile 2 und 3)

Beraterhonorar

a) Anfechtbarkeit der Honorarzahlung

aa) BGH bis 2006

- Keine **Gläubigerbenachteiligung**, wenn:
 - Höhe angemessen, sonst Anfechtung nur des Übermaßes (BGH NJW 1980, 1962)
 - Nicht von vornherein aussichtslos (BGH ZIP 1988, 324; NJW 1980, 1962; 1959, 147)
- **Bargeschäft**, wenn
 - Keine sachwidrige Tätigkeit
z.B. nach Beginn der Insolvenzverschleppung (BGH ZIP 2001, 33)
 - Und Zahlung in angemessener Zeit nach Fälligkeit (BGH ZIP 2002, 1540)
- **Kongruente Deckung**, wenn
 - Tätigkeit nicht von vornherein aussichtslos, da sonst durch gegenl. Schadensersatzanspruch erloschen (BGH ZIP 2002, 1540)

Beraterhonorar (Fortsetzung)

a) Anfechtbarkeit der Honorarzahlung (Forts.)

bb) Neuorientierung der Rechtsprechung durch BGH ZIP 2006, 1261; 2008, 232

- **Vorsatzanfechtung** gem. § 133 I InsO bei drohender ZU und beiderseitiger Kenntnis (BGH ZIP 2006, 1261)
 - Problem: Berater erkennt alsbald drohende ZU
 - Urteil geht auf Bargeschäft nicht ein, das jedoch trotz Formulierung d. § 142 InsO Benachteiligungsvorsatz hindern kann (*Fischer*, NZI 2008, 588, 594)
 - Benachteiligungsvorsatz fehlt bei vertretbaren Sanierungsbemühungen (*Fischer*, a.a.O., 593; *Kayser*, FS Fischer 2008, 267, 280)
 - Aber: bargeschäftl. Zusammenhang im Zeitraum des § 130 InsO erforderlich (s.u.)
 - Auch für Zahlung nach gescheiterter Sanierung?

Beraterhonorar (Fortsetzung)

a) Anfechtbarkeit der Honorarzahlung (Forts.)

- **Schenkungsanfechtung** gem. § 134 InsO
 - lt. BGH ZIP 2008, 232 (Rz. 12 ff.), wenn später insolvente Konzernmutter zahlt für Sanierungsversuch der zahlungsunfähigen Tochter
 - eigenes Interesse an Leistungserbringung unerheblich
 - Empfehlung: Vertrag mit Mutter, nicht – wie im Urteilsfall – mit Tochter
- **Deckungsanfechtung, §§ 130 f. InsO**
 - **Inkongruenz:**
 - Nach Beendigung der gebührenrechtl. (!) Angelegenheit oder des Auftrages, falls keine Honorarvereinbarung
 - Vorschuss inkongruent, §§ 8 RVG
 - Zahlung ohne Berechnung gem. § 10 RVG inkongruent

Beraterhonorar (Fortsetzung)

a) Anfechtbarkeit der Honorarzahlung (Forts.)

– Bargeschäft

- 30 Tage vor und nach der Tätigkeit
 - keine Übertragung der argumentativen Klimmzüge zugunsten eines Bargeschäfts bei Lohnzahlungen, da an § 183 Abs. 1 SGB III aufgehängter Sonderfall, BAG v. 06.10.2011 – 6 A ZR 262/10
- tats. Leistung maßgebend, nicht Ende der Angelegenheit
- kein bargeschäftl. „Einkauf“ d. Anspruchs auf künftige Beratung
- „praktischer Nutzen“ (BGH ZIP 2008, 232 Rz 24) erforderlich. I.d.R. nicht gegeben für Unterstützung bei Inso-Antrag
- „ernsthafte und nicht von vornherein aussichtslos erscheinende Sanierungsbemühungen“ (BGH a.a.O. Rz 23) reichen. Verhältnis zum „praktischen Nutzen“ unklar
- Problem: Tätigkeit nach Beginn vorl. Verwaltung
 - BGH: (wohl) zulässig
 - Stellungnahme: Verfügung über Beratungsanspruch nur mit Zustimmung d. vorl. Verwalters

Beraterhonorar (Fortsetzung)

a) Anfechtbarkeit der Honorarzahlung (Forts.)

- Empfehlung:
 - sachdienliche Tätigkeit
 - Orientierungsphase immer
 - nach Verschleppungsbeginn und Kenntnis niemals
 - vor Verschleppungsbeginn sachdienlich, wenn nicht erkennbar aussichtslos
 - Honorar angemessen
 - maßgebend nicht Gebührenordnung (bei RVG kein Tatbestand vorh.), sondern Verkehrsüblichkeit (BGH NJW 1980, 1962)
 - Honorarvereinbarung schriftlich, §§ 4 I RVG, 4 StbGebV
 - sonst inkongruent, da kein Einforderungsrecht, so dass Indizwirkung für § 133 I InsO
- Besicherung:
 - für künftige Tätigkeit kongruent
 - Bargeschäft nur für 30 Tage?
 - Konsequenz aus BGH ZIP 2006, 1261, weil Vorschuss = Besicherung.
 - Anders BGH ZIP 2007, 191 zum Vermieterpfandrecht, da Mietzinsanspruch befristet mit Vertragschluss, § 140 III InsO. Sehr formelle Differenzierung
 - Nicht für Tätigkeit nach vorläufiger Verwaltung (str.)

Beraterhonorar (Fortsetzung)

b) Honorarerstattung als Schadensersatz

- bei fehlender Information über Antragspflicht
 - Erstattung des nach der Unterlassung angefallenen Honorars als Schaden der Gesellschaft, BGH ZInsO 2001, 72
 - Konsequenz: anfechtungsrechtl. inkongruente Deckung, BGH ZIP 2002, 1540
 - Freihaltung des Geschäftsführers von der Haftung gem. § 64 S. 1 GmbHG
 - Quotenschaden der Gläubiger, § 92 InsO
- bei trotz Informationen fortgesetzter Tätigkeit
 - Kausalität für Schaden der Gesellschaft fehlt
 - Beihilfe zur Insolvenzverschleppung, aber nur Quotenschaden, keine isolierte Schadensposition
 - Freihaltung des Geschäftsführers von der Haftung gem. § 64 S. 1 GmbHG, falls nicht über Erstattungspflicht informiert (abhängig von Auftragsumfang)

Lösung der „Motivationsfälle“

Fall 1:

- Antragspflicht bekannt
 - deliktische Haftung gegenüber Neugläubigern wg. Beihilfe zur Insolvenzverschleppung
 - deliktische Haftung gegenüber Altgläubigern auf Quotenschaden → Durchsetzung durch Verwalter, § 92 InsO
 - kein vertraglicher Ersatzanspruch der Gesellschaft wg. Mitverschuldens
 - kein Ersatzanspruch des Geschäftsführers wg. § 64 S. 1 GmbHG, wenn er Erstattungspflicht kannte
- Antragspflicht unbekannt
 - keine Beihilfehaftung, da doppelter Gehilfenvorsatz fehlt
 - Schadenersatzanspruch der Gesellschaft wg. Honorar
 - Erstattungsanspruch der Gesellschaft entspr. § 64 S. 1 GmbHG als Drittschadensliquidation
 - keine Anfechtung gem. § 133 Abs. 1 InsO, solange Sanierungsaussicht
 - Anfechtung gem. § 130 Abs. 1 InsO ab Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit
 - keine Bargeschäft gem. § 142 InsO
 - offen gelassen: Nichtigkeit des Beratungsvertrages wg. Beteiligung an Insolvenzverschleppung

Lösung der „Motivationsfälle“

Fall 2:

- Haftung W.
 - keine deliktische Haftung, falls kein Vorsatz des Geschäftsführers
 - Erstattung des Honorars
 - Freihaltung des Geschäftsführers von § 64 S. 1 GmbHG oder (wenn bei ihm Verschulden fehlt) Anspruch der Gesellschaft als Drittschadensliquidation
 - Anfechtung des Honorars gem. § 133 InsO, da nur „Hoffnungskonzept“
 - Anfechtung des nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit gezahlten Honorars gem. § 130 Abs. 1 InsO. Selbst bei zeitnah vor Leistung erfolgter Zahlung kein Bargeschäft
- Haftung R.
 - wie vor
- Haftung B.
 - wie vor

Lösung der „Motivationsfälle“

Fall 3:

- keine Anfechtung gem. § 133 InsO, da wegen Einverständnis-ses mit Gläubigerin keine Benachteiligungsabsicht, obwohl Zahlung mangels schriftl. Honorarvereinbarung inkongruent
- keine Anfechtung gem. § 130 InsO, da keine Kenntnis von Zahlungsunfähigkeit.

(Hinweis: a. A. zu beidem: KG, Beschl. v. 17.09.2009 – 4 U 105/07)