

FLORIAN SCHMITT

Beraterhaftung für Insolvenzverschleppungs- schäden

Studien zum Privatrecht

62

Mohr Siebeck

Studien zum Privatrecht

Band 62



Florian Schmitt

Beraterhaftung für Insolvenzverschleppungsschäden

Mohr Siebeck

Florian Schmitt, geboren 1988; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Trier; 2013 Erste juristische Prüfung; wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Trier; 2016 Promotion; Rechtsreferendar im Bezirk des OLG Koblenz.

e-ISBN PDF 978-3-16-155235-9

ISBN 978-3-16-155076-8

ISSN 1867-4275 (Studien zum Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2016 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Trier als Dissertation angenommen. Für die Veröffentlichung wurden Rechtsprechung und Schrifttum bis Oktober 2016 berücksichtigt.

Sie entstand während einer Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl meines verehrten Doktorvaters, Herrn Prof. Dr. Hans-Friedrich Müller, LL.M. Ihm schulde ich in vielerlei Hinsicht Dank. Er hat die Arbeit angeregt, gefördert und mir erhebliche zeitliche Freiräume gewährt. Als Hilfskraft bzw. Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl genieße ich seit Jahren seine Unterstützung. Zu danken habe ich auch Herrn Prof. Dr. Diederich Eckardt, der das Zweitgutachten übernahm und mir wertvolle Hinweise gab. Herrn Prof. Dr. Oliver Fehrenbacher, Konstanz, gilt mein Dank für die nachhaltige Förderung, die er mir während meines Studiums zuteilwerden ließ.

Die orthografischen Korrekturen übernahm meine Schwester Cathrin, auf die ich mich immer verlassen kann. War die Arbeit eine Last, so teilte diese meine Freundin Stella. Die Arbeit wäre ohne sie ebenso schwer vorstellbar wie mein Leben. Meine Eltern schließlich unterstützen mich bedingungslos und haben mir das Erreichte erst ermöglicht. Ihnen und Stella ist die Arbeit gewidmet.

Trier, im November 2016

Florian Schmitt

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Kapitel 1: Einführung in die Problematik	1
§ 1 Rahmenbedingungen der Tätigkeit und Haftung des Beraters	1
§ 2 Eröffnungsgründe und Insolvenzverschleppung	4
§ 3 Gang der Untersuchung	11
Kapitel 2: Die Haftung im Mandatsverhältnis	13
§ 4 Das Schuldverhältnis als Ausgangspunkt	13
§ 5 Die insolvenzbezogenen Pflichten des Beraters	59
§ 6 Pflichtverletzung und Vertretenmüssen	125
§ 7 Der Schaden des Mandanten	134
§ 8 Mitverschulden	144
§ 9 Außervertragliche Haftung	157
§ 10 Abstimmung und Abwicklung der Haftung von Berater und Geschäftsleiter gegenüber der Gesellschaft	163
Kapitel 3: Die Haftung gegenüber Dritten	168
§ 11 Die Entwicklung der Rechtsprechung	169
§ 12 Alternative Konstruktionsmöglichkeiten einer Haftung gegenüber Dritten	182

<i>§ 13 Konzeption einer insolvenzbezogenen Dritthaftung des Beraters</i>	195
<i>§ 14 Haftungsfreizeichnung und -beschränkung im Drittverhältnis</i>	234
 Kapitel 4: Schlussbetrachtung	242
<i>§ 15 Zusammenfassung in Thesen</i>	242
 Literaturverzeichnis	249
Sachregister	263

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
 Kapitel 1: Einführung in die Problematik	 1
<i>§ 1 Rahmenbedingungen der Tätigkeit und Haftung des Beraters</i>	1
<i>§ 2 Eröffnungsgründe und Insolvenzverschleppung</i>	4
A. Die Eröffnungsgründe der InsO	5
B. Krisenverantwortung und Insolvenzverschleppung	7
I. Grundlagen	7
II. Der sog. Vertrauensgrundsatz als Entlastungsmöglichkeit	8
III. Beratungsbedarf	10
<i>§ 3 Gang der Untersuchung</i>	11
 Kapitel 2: Die Haftung im Mandatsverhältnis	 13
<i>§ 4 Das Schuldverhältnis als Ausgangspunkt</i>	13
A. Typologie der Beraterverträge	13
I. Allgemeines steuerliches Mandat	13
1. Steuerberater	13
2. Wirtschaftsprüfer	14
3. Rechtsanwalt	15
II. Jahresabschlusserstellung (Handels- bzw. Steuerbilanz)	15
III. Vertrag über die Prüfung der Insolvenzreife („Prüfvertrag“)	17
IV. Jahresabschlussprüfung	18
V. Unternehmens- bzw. Wirtschaftsberatung	18
VI. Sanierungsberatung	19
B. Der Vertragsschluss	20
I. Grundlegendes	20

II. Der Prüfvertrag und seine Ausformung durch die Rechtsprechung ..	20
1. Die jüngste Rechtsprechung des BGH	21
a) Urteil vom 06.06.2013 – NJW 2013, 2345 ff.	21
b) Urteil vom 14.06.2012 – BGHZ 193, 297 ff.	22
c) Urteil vom 07.03.2013 – NJW-RR 2013, 983 ff.	22
2. Der dogmatische Gehalt der Rechtsprechung des BGH	23
a) Konkludenter Vertragsschluss aufgrund von Handeln mit Rechtsbindungswillen	23
b) Die Rechtsprechung zu Gefälligkeitsverhältnissen und dem sog. Auskunftsvertrag	25
aa) „Gefälligkeitsverhältnisse“ mit Rechtsbindungswillen	26
bb) Der sog. stillschweigende Auskunftsvertrag	26
cc) Übertragung auf die Beraterhaftung in der Insolvenzsituation	27
3. Der Zusammenhang mit der Rechtsprechung zu den insolvenzbezogenen Pflichten des Beraters im allgemeinen steuerlichen Mandat	29
4. Kritik	30
a) Bestimmung des Rechtsbindungswillens des Beraters	30
b) Praktische Umsetzung	36
c) Das Verschwimmen der eigentlichen Problematik der Beraterhaftung in der Insolvenzsituation	38
d) Zwischenergebnis	40
5. Ergebnis zum Prüfvertrag und Konsequenzen für die Tätigkeit des Beraters	40
C. Die rechtliche Zulässigkeit der auf die Prüfung der Insolvenzzreife gerichteten Tätigkeit des Beraters	41
I. Steuerberater (§ 5 RDG)	42
1. Haupttätigkeit	43
2. Nebenleistung als Bestandteil des Berufs- oder Tätigkeitsbilds ...	47
a) Berufs- und Tätigkeitsbild	47
b) Nebenleistung	48
aa) Inhalt und Umfang der Rechtsdienstleistung „Insolvenzzreifeprüfung“	49
bb) Sachlicher Zusammenhang zwischen Haupt- und Nebentätigkeit	53
cc) Für die Haupttätigkeit erforderliche Rechtskenntnisse	55
dd) Zwischenergebnis	55
3. Ergebnis zum Steuerberater	56
II. Wirtschaftsprüfer (§ 5 RDG)	56
1. Haupttätigkeit	57
2. Nebenleistung als Bestandteil des Berufs- oder Tätigkeitsbilds ...	58
3. Ergebnis zum Wirtschaftsprüfer	59

III. Rechtsanwalt	59
<i>§ 5 Die insolvenzbezogenen Pflichten des Beraters</i>	59
A. Grundlagen möglicher insolvenzbezogener Pflichten	60
I. Vertragliche und gesetzliche Regelungen	60
II. Allgemeine Beraterpflichten in der Rechtsprechung	60
B. Prüfvertrag	62
C. Sanierungsberatung	62
D. Jahresabschlussprüfung	63
E. Jahresabschlusserstellung	64
I. Der Mandatsgegenstand als Ausgangspunkt	65
1. Die berufsständischen Verlautbarungen von IDW und Bundes-	
steuerberaterkammer im Zusammenhang mit Jahresabschlüssen .	65
a) Erstellung ohne Beurteilungen	66
aa) Die gesetzliche Vorgabe des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB	
und ihre Auswirkungen auf den Mandatsgegenstand	66
bb) Die allgemeinen Anforderungen der	
berufsständischen Verlautbarungen	70
cc) Die Vorgaben der berufsständischen Verlautbarungen	
für die Erstellung ohne Beurteilungen	72
b) Erstellung mit umfassenden Beurteilungen	73
c) Erstellung mit Plausibilitätsbeurteilungen	76
d) Sonderfall: Erstellungsbericht im Rahmen von IDW S 7	78
e) Sonderfall: IDW PS 270	79
2. Zwischenergebnis	80
II. Warnpflicht bezogen auf außerhalb des (beschränkten)	
Mandatsgegenstands liegende Umstände	81
1. Grundlagen	81
2. Überlegenes Wissen	82
a) Die Sichtweise der instanzgerichtlichen Rechtsprechung	
und des Schrifttums	82
b) Die Sichtweise des BGH	83
c) Stellungnahme	83
III. Pflicht zur korrekten Erstellung des Jahresabschlusses	88
IV. Ergebnis zu den insolvenzbezogenen Pflichten	
in einem Mandat zur Jahresabschlusserstellung	89
F. Allgemeines steuerliches Mandat	89
I. Pflicht zum Hinweis auf die mögliche Insolvenzreife	
und aus ihr folgende Geschäftsleiterpflichten	90
1. Überblick: Die Sichtweise der Rechtsprechung	
und des Schrifttums	90
2. Der Mandatsgegenstand als Ausgangspunkt	91

3. Nebenpflicht	93
a) Das Wissen des Beraters	94
b) Die Überlegenheit des Wissens und die Dimension der Geschäftsleiterpflichten	98
c) Bedeutung der Information	101
d) Vertrauensstellung und Autorität des Beraters	102
e) Berufsbild, Berufspflichten und Ausbildung des Beraters	103
f) Aufgabenkreis und Funktion des Beraters	104
g) Kein Widerspruch zu sonstiger „beraterhaftungs- rechtlicher“ Rechtsprechung	106
h) Fazit zur Nebenpflicht	106
4. Ergebnis bezüglich der Pflicht zum Hinweis auf die mögliche Insolvenzreife und aus ihr folgende Geschäftsleiterpflichten	108
II. Pflicht zur <i>richtigen</i> Erteilung überobligatorischer Auskünfte	108
III. Pflicht zum Hinweis auf die Notwendigkeit des Abschlusses eines Prüfvertrags zur „verbindlichen“ Feststellung der Insolvenzreife ...	112
IV. Ergebnis zu den insolvenzbezogenen Pflichten in einem allgemeinen steuerlichen Mandat	118
G. Unternehmens- bzw. Wirtschaftsberatung	119
H. Adressaten insolvenzbezogener Hinweise	122
J. Ergebnis zu den insolvenzbezogenen Beraterpflichten	124
 § 6 <i>Pflichtverletzung und Vertretenmüssen</i>	125
A. Die Verletzung der insolvenzbezogenen Pflichten	125
B. Das Vertretenmüssen	127
I. Grundlagen	127
II. Haftungsbeschränkung bei „Stegreifauskünften“?	128
III. Fehlinformation durch den Mandanten	130
IV. Ergebnis	133
 § 7 <i>Der Schaden des Mandanten</i>	134
A. Das Vorliegen eines Schadens dem Grunde nach	134
B. Haftungsausfüllende Kausalität und Zurechnung	137
I. Materiell-rechtliche Grundlagen	137
1. Äquivalente Kausalität	137
2. Adäquanz	137
3. Schutzzwecklehre	138
II. Beweislast und Beweismaß	140
C. Ergebnis zum Schaden	144

§ 8 Mitverschulden	144
A. Grundlagen	144
B. Mitverschulden bei insolvenzbezogenen Pflichtverletzungen	145
I. Differenzierende versus einheitliche Handhabung	145
II. Zurechnung der Verletzung gesellschaftsrechtlich determinierter Geschäftsleiterpflichten	147
III. Rechtsfolgen – Leitlinien einer Abwägung	152
C. Mitverschulden aufgrund unvollständiger Information des Beraters	154
D. Mitverschulden durch Verleiten zu Stegreifauskünften	155
E. Der „beratungsresistente“ Geschäftsleiter	155
F. Ergebnis zum Mitverschulden	156
§ 9 Außervertragliche Haftung	157
A. Deliktische Haftung	157
B. Organhaftung	161
C. Ergebnis zur außervertraglichen Haftung	163
§ 10 Abstimmung und Abwicklung der Haftung von Berater und Geschäftsleiter gegenüber der Gesellschaft	163
A. Abwicklung der Haftung auf Grundlage der Vorschriften über das Gesamtschuldverhältnis	163
I. Gesamtschuldtatbestand	163
II. Rechtsfolgen	165
B. Ergebnis zur Haftungsabwicklung	167
 Kapitel 3: Die Haftung gegenüber Dritten	168
§ 11 Die Entwicklung der Rechtsprechung	169
A. Eingrenzung und Grundlagen der Entwicklung	169
B. Auf Grundstücke bezogene Wertgutachten	173
C. Abschlusserstellung (Jahresabschluss bzw. Zwischenbilanz)	174
D. Jahresabschlussprüfung	176
E. Prospektprüfung	177
F. Umsatzsteuermandat	178
G. Vertrag über die Prüfung der Insolvenzureife	179
I. Die Rechtsprechung des BGH	179
II. Die Rechtsprechung der Instanzgerichte	181
H. Fazit	182

<i>§ 12 Alternative Konstruktionsmöglichkeiten einer Haftung gegenüber Dritten</i>	182
A. Erneut: Der sog. stillschweigende Auskunftsvertrag	182
B. Vertrag zugunsten Dritter	185
C. Drittschadensliquidation	186
D. Culpa in contrahendo (Sachwalterhaftung)	187
E. Vertrauenshaftung	188
F. § 311 Abs. 3 BGB (i. V. m. §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB)	189
G. Eigenständige Berufshaftung	192
H. Selbstbindung ohne Vertrag	192
J. Schadenshaftung aufgrund konkreter faktischer Leistungsbeziehung	193
K. Extensive Auslegung des § 826 BGB	194
L. Sonstige deliktsrechtliche Ansätze	194
M. Fazit	194
 <i>§ 13 Konzeption einer insolvenzbezogenen Dritthaftung des Beraters</i>	195
A. Die Rezeption der insolvenzbezogenen Rechtsprechung des BGH im insolvenzrechtlichen Schrifttum	195
B. Konsistenz und dogmatischer Gehalt der insolvenz- bezogenen Rechtsprechung des BGH	197
I. Die Einbeziehung des Gesellschafters	198
II. Die Einbeziehung des Geschäftsleiters	199
III. Zwischenfazit	202
C. Die dogmatische Grundsatzfrage	202
I. Die grundsätzliche Kritik an der Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	202
II. Die Tragfähigkeit der alternativen Lösungsansätze	205
III. Plädoyer für eine Lösung auf Grundlage von § 311 Abs. 3 S. 2 BGB (i. V. m. §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB)	206
IV. Ergebnis	208
D. Die Erfassung der insolvenzbezogenen Fälle durch § 311 Abs. 3 S. 2 BGB (i. V. m. §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB)	209
I. Konkretisierung des Haftungstatbestands	209
1. Konkretisierung des Tatbestands von § 311 Abs. 3 S. 2 BGB	209
a) Inanspruchnahme von Vertrauen	209
b) In besonderem Maße für sich	211
c) Erhebliche Beeinflussung der Vertragsverhandlungen oder des Vertragsschlusses	212
2. Konkretisierung der Rechtsfolgen	213
3. Bewertung	214
II. Grundsätzliches Verhältnis zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	215

III. Anwendung auf die insolvenzbezogenen Fälle	216
1. Das Zustandekommen des gesetzlichen Schuldverhältnisses	216
a) Die Position des Gesellschafters	217
aa) Der Tatbestand von § 311 Abs. 3 S. 2 BGB	217
bb) Ergebnis	219
b) Die Position des Geschäftsleiters	220
aa) Der unmittelbare Tatbestand des Schuldverhältnisses aus § 311 Abs. 3 S. 2 BGB	220
bb) Wertungsfragen	223
cc) Ergebnis	228
c) Die Position des Gläubigers	229
aa) Der Tatbestand von § 311 Abs. 3 S. 2 BGB	229
bb) Ergebnis	231
2. Das spezifische Pflichtenprogramm des Beraters	232
3. Rechtsfolgen der Pflichtverletzung	233
4. Ergebnis zur Anwendung von § 311 Abs. 3 S. 2 BGB (i. V. m. §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB) auf die insolvenzbezogenen Fälle	233
E. Ergebnis	233
 § 14 Haftungsfreizeichnung und -beschränkung im Drittverhältnis	234
A. Haftungsfreizeichnung und -beschränkung auf Grundlage des Konzepts der Rechtsprechung	234
B. Haftungsfreizeichnung und -beschränkung im Rahmen von § 311 Abs. 3 S. 2 BGB (i. V. m. §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB)	237
I. Entstehungstatbestand des Schuldverhältnisses	237
II. Rechtsfolgenebene	238
 Kapitel 4: Schlussbetrachtung	242
 § 15 Zusammenfassung in Thesen	242
A. Die Haftung im Mandatsverhältnis	242
B. Die Haftung gegenüber Dritten	245
 Literaturverzeichnis	249
Sachregister	263

Kapitel 1

Einführung in die Problematik

§ 1 Rahmenbedingungen der Tätigkeit und Haftung des Beraters

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellt eine Zäsur für jedes betroffene Unternehmen dar. In der noch immer häufigen und bisweilen erheblichen Verschleppung der Eröffnungsanträge spiegelt sich das Unbehagen vor den mit einem Insolvenzverfahren verbundenen Folgen wider.¹ Hinsichtlich der haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit für die Insolvenzverschleppung liegt der Fokus der Betrachtung gemeinhin auf dem Geschäftsleiter, der die Geschicke des Unternehmens im Außenverhältnis lenkt und mit Blick auf die Anordnung des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO als primärer Adressat einer Haftung erscheint.²

Doch zunehmend wird auch die Frage nach der Verantwortlichkeit der Berater eines in Insolvenz gefallenen Unternehmens gestellt. So kann der Insolvenzverwalter – seinerseits der Haftung nach § 60 InsO ausgesetzt³ – in der Geltendmachung von Haftungsansprüchen der in der Regel als GmbH, AG oder auch „kapitalistische Personengesellschaft“⁴ organisierten Insolvenz-

¹ Vgl. zur Motivationslage nur *Poertzgen*, Organhaftung wegen Insolvenzverschleppung, S. 181 f.; *Hüttinger*, Instrumente zur vorinsolvenzlichen Sanierung des Unternehmensträgers, S. 58 f.; *Klöhn*, in: MünchKomm-InsO, § 15a InsO Rn. 35 ff. m. w. N.; spezifisch für den Geschäftsleiter *Haas*, Gutachten E für den 66. DJT, E 23 f. m. w. N.; s. rechtstatsächlich etwa *Bitter/Röder*, ZInsO 2009, 1283, 1286 f. (Einschätzung der befragten Insolvenzverwalter, dass 66 % der Insolvenzanträge „zu spät“ gestellt seien); vgl. rechtstatsächlich auch (im Zusammenhang mit § 19 InsO) *Bitter/Hommerich*, Die Zukunft des Überschuldungsbegriffs, S. 48 ff., Rn. 153 ff. zum insbesondere bei Kleinunternehmen geringen Bekanntheitsgrad des Tatbestands der insolvenzrechtlichen Überschuldung und der damit verbundenen Insolvenzantragspflicht, S. 52 f., Rn. 161 ff. zur (durchschnittlichen) Einschätzung, dass nur 22 % der in der Krise befindlichen Unternehmen überhaupt einen Überschuldungsstatus aufstellten, sowie S. 98 ff., Rn. 272 ff. zur Gefahr der Insolvenzverschleppung speziell bei Kleinunternehmen; s. zur verspäteten Einleitung schließlich *H. F. Müller*, in: MünchKomm-GmbHG, § 64 GmbHG Rn. 4 m. w. N.

² S. zur Haftung des Geschäftsleiters etwa aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a InsO noch S. 7 ff.

³ Zur Haftung für die unterlassene Geltendmachung von Ansprüchen der Insolvenzschildnerin *W. Gerhardt*, in: Jaeger, § 60 InsO Rn. 80.

⁴ Es wird sich in den für diese Ausarbeitung bedeutsamen Fällen um solche Rechtsformen handeln, die (genauer: deren Organe) der Insolvenzantragspflicht des § 15a InsO

schuldnerin gegen ihre Berater eine attraktive Quelle zur Anreicherung der oftmals unzureichenden Insolvenzmasse sehen. Die Insolvenzsuldnerin wird typischerweise und regelmäßig die eigentliche Vertragspartnerin, also „Mandantin“, des Beraters sein. Die Befugnis des Insolvenzverwalters folgt dann ohne Weiteres aus § 80 Abs. 1 InsO. Der besondere Anreiz, haftungsrechtlich den Berater in den Blick zu nehmen, liegt dabei in der gesetzlichen Verpflichtung vieler Beratertypen zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung und der damit einhergehenden Zahlungskraft.⁵ Die Erkenntnis mit dem Berater, gestützt durch den wirtschaftlich hinter diesem stehenden Versicherer, über einen zahlungsstarken potentiellen Schadensersatzschuldner zu verfügen, schlägt sich denn auch zunehmend in der Praxis nieder.⁶

Neben dem Insolvenzverwalter mag auch der Geschäftsleiter der Insolvenzsuldnerin den Berater in Anspruch zu nehmen suchen. Der Geschäftsleiter kann sich im Zusammenhang mit der Insolvenz des Unternehmens mit einer – schnell existenzbedrohenden – persönlichen Haftung konfrontiert sehen.⁷ Für ihn bietet sich in diesem Fall der Versuch an, bei dem Berater Regress zu nehmen.⁸ Endlich könnten auch andere „Dritte“ wie Gesellschafter oder Gläubiger des Unternehmens daran interessiert sein, Verluste im Zusammenhang mit der Insolvenz eines Unternehmens auf den Berater abzuwälzen.

unterliegen. S. zu den Adressaten der Insolvenzantragspflicht im Einzelnen nur *Klöhn*, in: MünchKomm-InsO, § 15a InsO Rn. 47 ff., 64 ff.

⁵ S. § 51 BRAO, § 67 StBerG, § 54 WPO. Da es sich um eine Haftpflichtversicherung i. S. der §§ 100 ff. VVG handelt, besteht – jenseits des § 115 VVG – allerdings kein Direktanspruch des Dritten (hier: des Mandanten) gegen den Versicherer, vgl. nur *Diller*, in: Henssler/Prütting, § 51 BRAO Rn. 13, 236 ff.

⁶ S. BGH NJW 2013, 2345 ff.; OLG Celle ZInsO 2011, 1004 ff.; LG Saarbrücken ZInsO 2012, 330 ff. sowie OLG Saarbrücken ZInsO 2016, 458 ff.; LG Koblenz DStRE 2010, 647 ff. Zwischenzeitlich hat beispielsweise auch der Insolvenzverwalter des Karstadt-Mutterkonzerns Arcandor im Zusammenhang mit dem viel beachteten Zusammenbruch des Konzerns Schadensersatzklage über insg. fast 100 Mio. Euro gegen die Berater des Konzerns erhoben, s. etwa Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 167 vom 22. Juli 2015, S. 20 („Kurze Meldungen – Klage gegen Wirtschaftsprüfer“). Auch mag der Insolvenzverwalter Ansprüche des Geschäftsleiters – die von dem Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis nach § 80 Abs. 1 InsO nicht erfasst sind, da es sich bei der Insolvenzsuldnerin um den Rechtsträger des betriebenen Unternehmens handeln wird – pfänden oder, etwa im Zuge eines Vergleichs, im Wege der Abtretung erwerben und dann geltend machen, s. zu dieser Konstellation BGH NJW-RR 2013, 983 ff.; LG Wuppertal ZInsO 2011, 1997 ff.

⁷ Dazu sogleich S. 7 ff. und S. 10 m. w. N.

⁸ S. etwa BGHZ 193, 297 ff. und BGH NJW-RR 2014, 827 f. (der Berater wurde von dem Kläger in seiner Eigenschaft als Geschäftsleiter – und zugleich Gesellschafter – in Anspruch genommen); s. für eine weitere Konstellation auch OLG Dresden ZInsO 2015, 1507 ff. (Regress eines Mitglieds des Aufsichtsrats).

Schafft bei alldem gerade auch die Existenz der Berufshaftpflichtversicherung den Anreiz, Ansprüche gegen den Berater geltend zu machen, so entlastet sie diesen zugleich nicht zwingend vollumfänglich. Es gilt zu bedenken, dass im Zuge der Insolvenzverschleppung hohe Schäden entstehen können, die oftmals auch die gesetzlich vorgesehene Mindestversicherungssumme der Berufshaftpflichtversicherung übersteigen mögen.⁹ Aus diesen Zusammenhängen folgt, dass der Berater einem bedrohlichen und praktisch bedeutsamen persönlichen Haftungsrisiko unterliegt.

Als Adressaten potentieller Ansprüche sind vor allem Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Rechtsanwälte angesprochen, wobei ein Schwerpunkt der Problematik auf der Verantwortlichkeit von Steuerberatern liegt. Dies hat seine Ursache in dem typischen tatsächlichen Betätigungsfeld der jeweiligen Berater. Es erscheint offenkundig eher fernliegend, etwa einen Rechtsanwalt, der das Unternehmen ausschließlich und nur einmalig im Vergaberecht berät, hinsichtlich der damit nicht im Zusammenhang stehenden Insolvenz haftbar machen zu wollen. Steuerberater werden demgegenüber häufig in allgemeineren Zusammenhängen tätig und beraten beispielsweise – vielfach dauerhaft – im steuerrechtlichen, aber auch wirtschaftlichen Tagesgeschäft. So mögen sie zum Beispiel die laufende Buchführung übernehmen sowie Jahresabschlüsse und Steuererklärungen fertigen. Prima facie mag ein Steuerberater also gewissermaßen den „Herzschlag“ des Unternehmens spüren können.¹⁰ Dies wird zum Anknüpfungspunkt für die Begründung seiner Haftung gemacht. Argumentiert wird etwa, dass der Steuerberater die Insolvenzreife, d. h. den Eintritt der materiellen Insolvenz, habe erkennen und darauf, ggf. auch auf die daran anschließende Insolvenzantragspflicht, zumindest aber die Notwendigkeit der Prüfung der Insolvenzreife, habe hinweisen müssen. Dies gelte umso mehr, wenn er gar den Jahresabschluss erstelle und ein „nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag“ i. S. v. § 268 Abs. 3 HGB auszuweisen sei.¹¹

⁹ Beachte zu den jeweiligen Mindestversicherungssummen § 51 Abs. 4 S. 1 BRAO (für Rechtsanwälte je Versicherungsfall 250.000 €), § 67 StBerG i. V. m. § 158 StBerG i. V. m. § 52 Abs. 1 DVStB (für Steuerberater je Versicherungsfall 250.000 €), § 54 Abs. 1 S. 2 WPO, § 2 Abs. 1 WPBHV, je i. V. m. § 323 Abs. 2 S. 1 HGB (für Wirtschaftsprüfer je Versicherungsfall 1 Mio. €). Jedenfalls die Mindestversicherungssummen der Rechtsanwälte und Steuerberater (teils sogar der Wirtschaftsprüfer) wurden etwa mit den Klagen in den Fällen BGHZ 193, 297 ff. und BGH NJW-RR 2014, 827 f., OLG Dresden ZInsO 2015, 1507 ff., LG Koblenz DStRE 2010, 647 ff., ferner OLG Saarbrücken ZInsO 2016, 458 ff., überschritten; vgl. zum Ganzen auch *H. F. Müller*, ZInsO 2013, 2181, 2188. Beachte hinsichtlich der potentiellen Höhe der Schäden (mit Bezug zur Haftung des Geschäftsleiters) auch noch Fn. 37.

¹⁰ *K. Schmidt*, in: ders./Uhlenbruck⁴, S. 81, Rn. 1.182 formuliert daher bildhaft, dass der Steuerberater in manchen Gesellschaften als „Hausarzt“ tätig werde.

¹¹ Paradigmatisch zum Vorwurf etwa das klägerische Vorbringen in den Fällen LG Koblenz DStRE 2010, 647, 647 und LG Saarbrücken ZInsO 2012, 330, 330 f.

Aufgrund des typischen Tätigkeitsbilds ist das Risiko, sich den dargestellten Vorwürfen ausgesetzt zu sehen, faktisch also besonders für den Steuerberater groß. Gleichwohl ist es im rechtlichen Ausgangspunkt nicht zwingend, dass sich die dargestellten Vorwürfe nicht auch gegen Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer oder sonstige Berater richten können. Entscheidend kommt es auf Art und Umfang des Tätigwerdens des Beraters im konkreten Fall an.¹² Diese Arbeit wählt daher einen funktionalen Ansatz und geht bei der rechtlichen Beurteilung der Haftungsfrage von der mit dem Mandat konkret übernommenen Tätigkeit aus, differenziert im Grundsatz also nach Mandatstypen, nicht nach Beratertypen.

Zusammenfassend ist in dieser Ausarbeitung – vor dem Hintergrund der genannten Vorwürfe – der haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit von Beratern im Zusammenhang mit der Verschleppung des Eröffnungsantrags ihrer Mandantin, der späteren Insolvenzschildnerin, nachzugehen. Diese insolvenzbezogene Konstellation der Beraterhaftung wird zum „Prüfstein“¹³ für die allgemeinen Grundsätze der Beraterhaftung und bedarf der Einordnung in den zivil-, gesellschafts- und insolvenzrechtlichen Kontext, um eine ausgewogene und rechtssichere Beantwortung der Haftungsfrage zu ermöglichen.

§ 2 Eröffnungsgründe und Insolvenzverschleppung

Primär für die rechtzeitige Einleitung des Insolvenzverfahrens verantwortlich ist wie angedeutet indes der Geschäftsleiter des selbst nicht handlungsfähigen Verbands. Nur vor dem Hintergrund seiner Verantwortlichkeit kann auch die Verantwortlichkeit des Beraters präzise bestimmt werden. Der Untersuchung soll daher ein Überblick über die Eröffnungsgründe sowie Pflichten und Haftung des Geschäftsleiters in der Krise vorangestellt werden. Dies wird auch ermöglichen, die Bezüge der Haftung des Beraters zu der Haftung des Geschäftsleiters offenzulegen und auf ihre Wechselwirkung abgestimmte Lösungswege auszuarbeiten.

¹² Eine weitere denkbare Konstellation, die konkrete Prüfung der Insolvenzreife eines Unternehmens, wird beispielsweise häufig Rechtsanwälte oder Wirtschaftsprüfer betreffen, die eine solche Prüfung (zumindest im Fall des ausdrücklichen Vertragsschlusses) rein tatsächlich in der Mehrzahl der Fälle übernehmen werden. Unterlaufen dem Berater bei dieser Prüfung Fehler, liegt es auch nahe, ihn für aus der fehlerhaften Prüfung resultierende Schäden haftbar machen zu wollen. S. zum Hintergrund noch S. 7 ff., 10 f., zu weiteren Aspekten des Vertrags über die Prüfung der Insolvenzreife S. 17, 20 ff., 62.

¹³ Thole, ZfPW 2015, 31, 33.

A. Die Eröffnungsgründe der InsO

§ 15a InsO unterwirft die Geschäftsleiter mit dem Eintreten der Eröffnungsgründe der §§ 17, 19 InsO der innerhalb von höchstens drei Wochen zu erfüllenden Insolvenzantragspflicht. Auf die genannten Eröffnungsgründe ist daher kurz einzugehen. § 18 InsO bleibt außer Betracht.

„Allgemeiner“ Eröffnungsgrund ist nach § 17 Abs. 1 InsO die Zahlungsunfähigkeit. Gemäß § 17 Abs. 2 S. 1 InsO ist der Schuldner zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Nach § 17 Abs. 2 S. 2 InsO ist Zahlungsunfähigkeit in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat. Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit i. S. v. § 17 Abs. 2 S. 1 InsO wurde vom BGH in Anknüpfung an die unter Geltung der KO entwickelten Grundsätze hinsichtlich mehrerer Facetten konkretisiert. Danach erfordert Zahlungsunfähigkeit in quantitativer Hinsicht, dass die Liquiditätslücke mehr als 10 % der fälligen (und ernsthaft eingeforderten¹⁴) Gesamtverbindlichkeiten beträgt.¹⁵ In zeitlicher Hinsicht wird (in Abgrenzung zur bloßen Zahlungsstockung) verlangt, dass die Liquiditätslücke nicht innerhalb von drei Wochen beseitigt werden kann.¹⁶ Beträgt die Liquiditätslücke weniger als 10 %, so kann gleichwohl Zahlungsunfähigkeit gegeben sein, wenn absehbar ist, dass die Lücke demnächst mehr als 10 % betragen wird, während umgekehrt Zahlungsunfähigkeit trotz Überschreitens der 10 %-Grenze ausscheiden kann, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst beseitigt werden wird und den Gläubigern ein Abwarten

¹⁴ S. nur BGHZ 173, 286, 292 f., Rn. 18 f.; *Dittmer*, Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit, S. 66 ff.; *Mock*, in: Uhlenbruck, § 17 InsO Rn. 117 ff.; *K. Schmidt*, in: ders., § 17 InsO Rn. 12 f.

¹⁵ S. zu § 17 InsO etwa BGHZ 163, 134, 142 ff.; BGH WM 2006, 1631, 1632, Rn. 6; BGH WM 2006, 2312, 2314, Rn. 27; BGH WM 2007, 1616, 1618 f., Rn. 37; BGHZ 173, 286, 296, Rn. 31; BGH WM 2012, 1124, 1125, Rn. 10; BGHZ 195, 42, 44, Rn. 8; *Dittmer*, Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit, S. 29; *Pape*, WM 2008, 1949, 1953 f.; *Schmerbach*, in: FK-InsO, § 17 InsO Rn. 27 ff.; *Mock*, in: Uhlenbruck, § 17 InsO Rn. 21 ff.; *K. Schmidt*, in: ders., § 17 InsO Rn. 22 f.; *Rüntz*, in: HK-InsO, § 17 InsO Rn. 20 f.; vgl. jetzt auch IDW S 11, Rn. 13 ff., WPg Supplement 2/2015, 108 ff.; dazu *Mertes/Griesel*, AnwBl 2015, 854, 856 ff.

¹⁶ BGHZ 163, 134, 139 ff.; BGH WM 2006, 1631, 1632, Rn. 6; BGH WM 2006, 2312, 2314, Rn. 27; BGH WM 2007, 1616, 1618 f., Rn. 37; BGH WM 2012, 1124, 1125, Rn. 10; BGHZ 195, 42, 44, Rn. 8; *Dittmer*, Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit, S. 30; *Pape*, WM 2008, 1949, 1953; *Mock*, in: Uhlenbruck, § 17 InsO Rn. 26 f.; *K. Schmidt*, in: ders., § 17 InsO Rn. 24 ff.; *Rüntz*, in: HK-InsO, § 17 InsO Rn. 18; vgl. jetzt auch IDW S 11, Rn. 13 ff., WPg Supplement 2/2015, 108 ff.

zumutbar ist.¹⁷ Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit kann mittels einer Liquiditätsbilanz bzw. eines Finanzplans erfolgen.¹⁸

Speziell für juristische Personen und bestimmte „Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit“ sieht § 19 InsO den Eröffnungsgrund der Überschuldung vor. Dieser besteht aus zwei Elementen und setzt nach § 19 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 InsO n. F. zunächst voraus, dass das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Zu prüfen ist damit die rechnerische Überschuldung. Erforderlich ist insoweit die Aufstellung einer spezifischen, von anderen Bilanzen zu unterscheidenden, Überschuldungsbilanz.¹⁹ Nach § 19 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 InsO n. F. scheidet insolvenzrechtliche Überschuldung indes aus, wenn die Fortführung des Unternehmens nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist. Die damit angesprochene Fortführungsprognose hat der Gesetzgeber mit der gegenwärtigen Gesetzesfassung zum (nunmehr dauerhaft)²⁰ gleichwertigen Tatbestandsmerkmal erhoben, das die Überschuldung i. S. v. § 19 InsO bei positivem Befund also insgesamt, und demnach selbst bei negativer Überschuldungsbilanz, ausschließt (sog. modifizierter zweistufiger Überschuldungsbegriff).²¹ Als Bestandteile der Prognose werden eine Finanzplanung und ein Unternehmenskonzept sowie die Fortführungswilligkeit verlangt.²²

¹⁷ Vgl. schon Fn. 15 f.

¹⁸ BGH WM 2006, 2312, 2314, Rn. 28; ausführlich *Dittmer*, Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit, S. 102 ff.; *Mertes/Griesel*, AnwBl 2015, 854, 859 ff.; *Mock*, in: Uhlenbruck, § 17 InsO Rn. 29; *Rüntz*, in: HK-InsO, § 17 InsO Rn. 23 f.; *Eilenberger*, in: MünchKomm-InsO, § 17 InsO Rn. 10 ff.; *Schröder*, in: HambKomm, § 17 InsO Rn. 34 ff.; s. auch noch S. 52 m. w. N.

¹⁹ *K. Schmidt*, in: ders., § 19 InsO Rn. 20 ff.; *Mock*, in: Uhlenbruck, § 19 InsO Rn. 57 ff.; *Schmerbach*, in: FK-InsO, § 19 InsO Rn. 14 ff.; *Schröder*, in: HambKomm, § 19 InsO Rn. 19 ff.; s. im Grundsatz auch *H. F. Müller*, in: Jaeger, § 19 InsO Rn. 42 ff.; vgl. jetzt auch IDW S 11, Rn. 51 ff., 68 ff., WPg Supplement 2/2015, 108 ff.; dazu auch *Mertes/Griesel*, AnwBl 2015, 854, 862 ff.; zu Einzelheiten auch noch S. 49 f. m. w. N.

²⁰ Art. 5 FMSStG v. 17.10.2008, BGBl. I, S. 1982 führte § 19 Abs. 2 InsO in seiner gegenwärtigen Form, zunächst jedoch nur befristet (s. Art. 6 Abs. 3, 7 Abs. 2 FMSStG sowie später Art. 1 des Gesetzes v. 24.09.2009, BGBl. I, S. 3151), ein. Mit Art. 18 des Gesetzes v. 05.12.2012, BGBl. I, S. 2418 erfolgte die dauerhafte Entfristung der Vorschrift in ihrer gegenwärtigen Form. S. zum Ganzen *K. Schmidt*, ZIP 2013, 485 ff.; *Böcker/Poertzen*, GmbHR 2013, 17 ff.

²¹ S. nur *K. Schmidt*, ZIP 2013, 485, 489; *ders.*, in: ders., § 19 InsO Rn. 13; *Böcker/Poertzen*, GmbHR 2013, 17, 18 f.; *Mock*, in: Uhlenbruck, § 19 InsO Rn. 39 ff.; *Schröder*, in: HambKomm, § 19 InsO Rn. 6 f.; *Schmerbach*, in: FK-InsO, § 19 InsO Rn. 12; vgl. auch IDW S 11, Rn. 51, WPg Supplement 2/2015, 108 ff.; s. auch noch S. 50 f. m. w. N.

²² S. etwa BGH WM 2006, 2254, 2254, Rn. 3; BGH WM 2010, 2313, 2314, Rn. 13; *Mock*, in: Uhlenbruck, § 19 InsO Rn. 211 ff.; *H. F. Müller*, in: Jaeger, § 19 InsO Rn. 38 ff.; *Drukarczyk/Schüler*, in: MünchKomm-InsO, § 19 InsO Rn. 58 ff.; *Schmerbach*, in: FK-InsO, § 19 InsO Rn. 31 ff.; s. auch noch S. 50 f. m. w. N.

B. Krisenverantwortung und Insolvenzverschleppung

I. Grundlagen

Die krisenspezifischen Pflichten des Geschäftsleiters knüpfen an die dargestellten Tatbestände an, greifen dem Eintritt der materiellen Insolvenz allerdings auch in erheblicher Weise vor. So trifft den Geschäftsleiter die stete Pflicht, sich über die wirtschaftliche Lage sowie die Insolvenzreife der Gesellschaft zu vergewissern und schließlich ggf. – rechtzeitig i. S. d. § 15a InsO – einen Insolvenzantrag zu stellen. Er hat daher für eine Organisation zu sorgen, die ihm die erforderliche Übersicht über die wirtschaftliche und finanzielle Situation der Gesellschaft jederzeit ermöglicht. Diese durch das Organ wahrzunehmende Selbstprüfungspflicht verdichtet und intensiviert sich korrespondierend zur Verschärfung der Krise, um in der angesprochenen Insolvenzantragspflicht zu kulminieren.²³ Die derartigen Leitlinien finden im geschriebenen Recht nur ausschnittsweise – im AktG deutlicher als im GmbHG, vgl. etwa § 91 Abs. 2 AktG – Ausdruck, genießen gleichwohl aber allgemeine Akzeptanz als Teil der fundamentalen Organpflichten des Geschäftsleiters.²⁴ Im Einzelnen werden Umfang und Ausgestaltung der Selbstprüfungspflicht durch die Eigenart und wie bereits erwähnt auch durch die wirtschaftliche Lage des konkreten Unternehmens determiniert.²⁵ Kommt es zum Eintritt der materiellen Insolvenz in Form von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, geht damit, neben der Insolvenzantragspflicht des § 15a InsO, ein sog. Zahlungsverbot einher, also das Verbot, nach dem Eintritt der materiellen Insolvenz noch Zahlungen zu leisten, s. dazu § 64 S. 1 GmbHG, § 92 Abs. 2 S. 1 AktG, § 99 S. 1 GenG, § 130a Abs. 1 S. 1 HGB (ggf. i. V. m. § 177a S. 1 HGB).²⁶

²³ S. zu diesem Pflichtenkanon BGHZ 126, 181, 199; BGH NJW-RR 1995, 669, 669 f.; BGH NJW 2007, 2118, 2120, Rn. 16; BGH NJW-RR 2012, 1122, 1122 f., Rn. 11; BGH WM 2012, 1124, 1126, Rn. 15; *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 48 ff., 64; *Poertzgen*, Organhaftung wegen Insolvenzverschleppung, S. 208 f.; *Kleindiek*, FS U. H. Schneider (2011), S. 617, 618 f.; *Bitter*, ZInsO 2010, 1561, 1573; *Bork*, ZIP 2011, 101, 102; *Paefgen*, in: Ulmer, § 43 GmbHG Rn. 60; *Fleischer*, in: MünchKomm-GmbHG, § 43 GmbHG Rn. 62 f.; *Haas*, in: Baumbach/Hueck, § 64 GmbHG Rn. 61; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 AktG Rn. 179, 181; *Spindler*, in: MünchKomm-AktG, § 93 AktG Rn. 156, 158; *Koch*, in: Hüffer/Koch, § 92 AktG Rn. 25.

²⁴ *Poertzgen*, Organhaftung wegen Insolvenzverschleppung, S. 208 f.; *Kleindiek*, FS U. H. Schneider (2011), S. 617, 618; *ders.*, in: Lutter/Hommelhoff, § 43 GmbHG Rn. 31 ff.; *Fleischer*, in: MünchKomm-GmbHG, § 43 GmbHG Rn. 63; *Haas*, Gutachten E für den 66. DJT, E 105; *ders.*, in: Baumbach/Hueck, § 64 GmbHG Rn. 61; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 AktG Rn. 179 ff.

²⁵ S. nur *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 49; *Fleischer*, in: MünchKomm-GmbHG, § 43 GmbHG Rn. 63.

²⁶ Zum Zahlungsverbot etwa *Poertzgen*, Organhaftung wegen Insolvenzverschleppung, S. 214 ff.; *H. F. Müller*, in: MünchKomm-GmbHG, § 64 GmbHG Rn. 1, 137; *Habersack/*

Die Verletzung dieser Pflichten kann die Verwirklichung einer Reihe von Haftungstatbeständen bedeuten.²⁷ Herausgegriffen sei zunächst, dass der Verstoß gegen die Insolvenzantragspflicht die Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a InsO – gemäß fast allgemeiner Auffassung Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger – zur Folge haben kann. Nach der heutigen Konzeption des BGH ist auf Rechtsfolgenseite insoweit bekanntlich zwischen dem (über § 92 InsO auf den Insolvenzverwalter übergeleiteten) Anspruch der „Altgläubiger“ hinsichtlich des sog. „Quotenschadens“ und dem durch den jeweiligen Gläubiger geltend zu machenden „Individualschaden“ der „Neugläubiger“ zu unterscheiden.²⁸ Die Verletzung des Zahlungsverbots führt zu der (Innen-)Haftung nach § 64 S. 1 GmbHG, §§ 92 Abs. 2 S. 1, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG, §§ 99 S. 1, 34 Abs. 3 Nr. 4 GenG, § 130a Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 HGB (ggf. i. V. m. § 177a S. 1 HGB). Vom Verbot ausgenommen sind lediglich Zahlungen, die auch nach dem Zeitpunkt des Eintritts der Insolvenzreife mit der Sorgfalt eines „ordentlichen Geschäftsmanns“ respektive „ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ vereinbar sind, s. § 64 S. 2 GmbHG, § 92 Abs. 2 S. 2 AktG, § 99 S. 2 GenG, § 130a Abs. 1 S. 2 HGB (ggf. i. V. m. § 177a S. 1 HGB). Der Verstoß gegen den krisenspezifischen Pflichtenkanon, speziell die Insolvenzantragspflicht, kann zudem einen Binnenhaftungsanspruch nach § 43 Abs. 2 GmbHG, § 93 Abs. 2 AktG, § 34 Abs. 2 GenG auslösen.²⁹

II. Der sog. Vertrauensgrundsatz als Entlastungsmöglichkeit

Seine Pflichten hat der Geschäftsleiter zu kennen; es gilt ein objektivierter, typisierter Verschuldensmaßstab („ordentlicher Geschäftsmann“ bzw. „or-

Foerster, in: Großkomm. AktG, § 92 AktG Rn. 122 ff.; s. auch *K. Schmidt*, in: Scholz, § 64 GmbHG Rn. 6 ff.

²⁷ Übersicht (für die GmbH) etwa bei *Kleindiek*, FS U. H. Schneider (2011), S. 617 ff.; *H. F. Müller*, in: MünchKomm-GmbHG, § 64 GmbHG Rn. 137 ff., 199 ff., 220 ff.

²⁸ S. insbesondere BGHZ 126, 181, 190 ff.; BGHZ 138, 211, 214 ff.; BGHZ 171, 46, 51 ff., Rn. 12 ff. (seither ständige Rspr.); *Poertzgen*, Organhaftung wegen Insolvenzverschleppung, S. 31 ff.; *Bitter*, ZInsO 2010, 1561, 1573 ff.; *H. F. Müller*, in: MünchKomm-GmbHG, § 64 GmbHG Rn. 206 ff. m. w. N. auch zu abweichenden Ansichten; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh zu § 64 GmbHG Rn. 91 ff.; *Haas*, in: Baumbach/Hueck, § 64 GmbHG Rn. 127 ff.; *Klöhn*, in: MünchKomm-InsO, § 15a InsO Rn. 140 ff.; teils kritisch *K. Schmidt*, in: Scholz, § 64 GmbHG Rn. 180 ff.; *ders./Herchen*, in: K. Schmidt, § 15a InsO Rn. 37 ff.

²⁹ *Drenckhan*, Gläubigerschutz in der Krise der GmbH, S. 48 f.; *Kleindiek*, FS U. H. Schneider (2011), S. 617, 619 f.; *ders.*, in: Lutter/Hommelhoff, § 43 GmbHG Rn. 35; *H. F. Müller*, in: MünchKomm-GmbHG, § 64 GmbHG Rn. 220; *K. Schmidt*, in: Scholz, § 64 GmbHG Rn. 220; *Spindler*, in: MünchKomm-AktG, § 92 AktG Rn. 75; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 92 AktG Rn. 72.

dentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter“).³⁰ An eine Entlastung werden strenge Anforderungen gestellt. Ausnahmsweise kommt eine solche nach der Rechtsprechung, der große Teile des Schrifttums jedenfalls dem Grunde nach zustimmen, in Betracht, wenn sich der Geschäftsleiter auf den Rat eines fachkundigen Experten verlässt (sog. Vertrauens- oder „Reliance“-Grundsatz³¹). Eine Entlastung ist danach möglich, sofern der Geschäftsleiter den unabhängigen, fachlich qualifizierten Berater unverzüglich nach Auftreten der Krise unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen mit der Prüfung der Insolvenzreife beauftragt und das Prüfergebnis, auf dessen unverzügliche Vorlage er hinzuwirken hat, einer Plausibilitätskontrolle unterzieht.³² In einem solchen Fall fehlt es nach h. M. am Verschulden des Geschäftsleiters.³³ Im Übrigen kommt es zu seiner Haftung nach Maßgabe der jeweiligen Haftungsnorm. Es wird sich zeigen, dass diese Grundsätze auch von besonderer Bedeutung für die Haftung des Beraters sind.

³⁰ BGHZ 126, 181, 199; BGH NJW 2007, 2118, 2120, Rn. 15 f.; BGH NJW-RR 2012, 1122, 1122, Rn. 9; BGH WM 2012, 1124, 1125 f., Rn. 13; B. Müller, Haftungsprivilegierung der Geschäftsleitung, S. 79 ff.; Kleindiek, FS U. H. Schneider (2011), S. 617, 622; Haas, in: Baumbach/Hueck, § 64 GmbHG Rn. 84; Fleischer, in: MünchKomm-GmbHG, § 43 GmbHG Rn. 255; Hopt/Roth, in: Großkomm. AktG, § 93 AktG Rn. 392; Spindler, in: MünchKomm-AktG, § 93 AktG Rn. 176.

³¹ S. für die Bezüge insbesondere zum US-amerikanischen Vorbild nur Fleischer, ZIP 2009, 1397 ff.

³² S. zu dieser Rspr. (Einzelheiten sind umstritten) BGHZ 126, 181, 199; BGH NJW 2007, 2118, 2120, Rn. 16; BGH NJW-RR 2012, 1122, 1122 f., Rn. 11; BGH WM 2012, 1124, 1126, Rn. 15 ff.; BGH WM 2013, 1646, 1647 f., Rn. 21 ff.; vgl. auch BGH NJW-RR 2011, 1670, 1672, Rn. 18; BGH NJW-RR 2015, 988, 991, Rn. 28 ff. (Übertragung auf Einholung von Rechtsrat); OLG Stuttgart WM 2010, 120, 123 f.; B. Müller, Haftungsprivilegierung der Geschäftsleitung, S. 139 ff. und passim; Strohn, ZHR 176 (2012), 137, 139 ff.; Fleischer, ZIP 2009, 1397, 1400; ders., in: MünchKomm-GmbHG, § 43 GmbHG Rn. 42 ff., 259; H. F. Müller, DB 2014, 1301 ff.; ders., in: MünchKomm-GmbHG, § 64 GmbHG Rn. 160 ff.; Bitter, ZInsO 2010, 1561, 1573; Haas, in: Baumbach/Hueck, § 64 GmbHG Rn. 61a; Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, § 43 GmbHG Rn. 13 f.; Paefgen, in: Ulmer, § 43 GmbHG Rn. 69; Hopt/Roth, in: Großkomm. AktG, § 93 AktG Rn. 139 f.; Koch, in: Hüffer/Koch, § 93 AktG Rn. 44 f.

³³ BGH NJW 2007, 2118, 2120, Rn. 16; BGH WM 2012, 1124, 1126, Rn. 16 ff.; vgl. auch BGH NJW-RR 2011, 1670, 1671 f., Rn. 16 ff. (Einholung von Rechtsrat); B. Müller, Haftungsprivilegierung der Geschäftsleitung, S. 117 ff.; Haas, in: Baumbach/Hueck, § 64 GmbHG Rn. 84; K. Schmidt, in: Scholz, § 64 GmbHG Rn. 58; Paefgen, in: Ulmer, § 43 GmbHG Rn. 171; Koch, in: Hüffer/Koch, § 93 AktG Rn. 44; Spindler, in: MünchKomm-AktG, § 93 AktG Rn. 177; vgl. auch Harnos, Geschäftsleiterhaftung bei unklarer Rechtslage, S. 149 ff.; a. A. (schon die Pflichtverletzung entfalle) Fleischer, ZIP 2009, 1397, 1405; ders., in: MünchKomm-GmbHG, § 43 GmbHG Rn. 42f; jetzt auch Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff, § 43 GmbHG Rn. 13.

III. Beratungsbedarf

Der Geschäftsleiter unterliegt mithin einer strengen Haftung. Diese wird in der Praxis immer bedeutsamer; Geschäftsleiter sehen sich zunehmend der persönlichen Inanspruchnahme ausgesetzt.³⁴ Das Haftungsrisiko wird dadurch vergrößert, dass gerade die Feststellung der Insolvenzreife mit erheblichen Unsicherheiten belastet ist. So ist etwa die Fortführungsprognose im Rahmen von § 19 InsO in hohem Maße fehler- (und manipulations-) anfällig.³⁵ Doch auch die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit birgt jenseits der Zahlungseinstellung (vgl. § 17 Abs. 2 S. 2 InsO) Unwägbarkeiten.³⁶ Zudem können im Zusammenhang mit der Insolvenzverschleppung hohe Schäden entstehen; insbesondere die Ansprüche aus § 64 GmbHG und den jeweiligen Parallelvorschriften erreichen im Zuge einer – nach wie vor sehr häufigen – Insolvenzverschleppung schnell existenzbedrohenden Umfang.³⁷ Korrespondierend zu diesen Haftungsgefahren wächst auch die Bedeutung der Beratung, was insbesondere bezogen auf insolvenzrechtliche Fragestellungen wie die Prüfung der Insolvenzreife gilt. Die mit ihrer Feststellung verbundenen Schwierigkeiten machen die Einschaltung eines Beraters und den damit verbundenen Zugriff auf dessen Kenntnisse vielfach notwendig. Schließlich wird besonders die Rechtsprechung zum Vertrauensgrundsatz Geschäftsleiter dazu

³⁴ Vgl. nur *B. Müller*, Haftungsprivilegierung der Geschäftsleitung, S. 23 f., 69 ff.; *Boll*, Rechtsrat und Haftung in der Kapitalgesellschaft, S. 1 f.; *Poertzen*, Organhaftung wegen Insolvenzverschleppung, S. 40; *Strohn*, ZHR 176 (2012), 137, 137; *H. F. Müller*, DB 2014, 1301, 1301 m. w. N.; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 AktG Rn. 39 ff. m. w. N.; *Spindler*, in: MünchKomm-AktG, § 93 AktG Rn. 3; beachte dazu aus der Rspr. insbesondere BGHZ 135, 244 ff.

³⁵ Vgl. etwa *K. Schmidt*, in: ders., § 19 InsO Rn. 15 sowie in: ders./Uhlenbruck, S. 464 ff., Rn. 5.81 ff. (passim); *Schmerbach*, in: FK-InsO, § 19 InsO Rn. 36; vgl. auch *Drukarczyk/Schüler*, in: MünchKomm-InsO, § 19 InsO Rn. 78 ff.; *Schröder*, in: HambKomm, § 19 InsO Rn. 13.

³⁶ Vgl. *Dittmer*, Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit, S. 102 ff., 115 f.; *K. Schmidt*, in: ders., § 17 InsO Rn. 31.

³⁷ Vgl. nur *K. Schmidt*, in: ders./Uhlenbruck, S. 1113 ff., Rn. 11.38 ff. m. w. N.; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, § 64 GmbHG Rn. 2; vgl. auch *B. Müller*, Haftungsprivilegierung der Geschäftsleitung, S. 24 mit Fn. 6; *Hopt/Roth*, in: Großkomm. AktG, § 93 AktG Rn. 40 m. w. N. Beachte auch die Nachweise in Fn. 8 – so lag etwa OLG Dresden ZInsO 2015, 1507 ff. (Inanspruchnahme des Beraters durch Aufsichtsratsmitglieder) zugrunde, dass die Aufsichtsräte im Hinblick auf unzulässige Zahlungen durch den Vorstand ihrerseits zur Zahlung von 3.409.300,24 € verurteilt worden waren. Um Millionenbeträge ging es beispielsweise auch in BGH GmbHR 2013, 482 ff.; OLG München GmbHR 2014, 139 ff.; OLG Brandenburg ZInsO 2008, 1081 ff.; hohe sechsstelligen Beträge waren Gegenstand etwa der Entscheidungen BGH NJW-RR 2012, 1122 ff.; OLG Hamburg ZInsO 2013, 2447 ff. Obgleich die jüngste Rechtsprechung des BGH die Gefahren der Haftung nach § 64 GmbHG bzw. den jeweiligen Parallelvorschriften etwas abmildert (s. dazu insbesondere BGHZ 203, 218 ff. und BGHZ 206, 52 ff.) ist das Risiko für Geschäftsleiter nach wie vor hoch.

veranlassen, auf fachkundige Beratung zurückzugreifen.³⁸ Im Übrigen kann die Einschaltung eines Beraters auch insofern erforderlich werden, als sich Geschäftsleiter in der Krise u. U. nicht ihr Scheitern eingestehen mögen. Dann kommt es besonders darauf an, dass der Berater als objektive Instanz tätig wird. Der wachsende Beratungsbedarf wiederum erhöht schlussendlich auch die Haftungsrisiken der entsprechend engagierten Berater.³⁹

§ 3 Gang der Untersuchung

Aufbauend auf diesen Vorarbeiten wird sich die weitere Untersuchung der Haftung des Beraters auf zwei Ebenen erstrecken. In einem ersten Schritt ist die Haftung des Beraters gegenüber seinem Vertragspartner, dem Mandanten, auszuleuchten (2. Kapitel). Nach dem bislang Erörterten wird der Vertragspartner die Insolvenzschuldnerin sein. Im Fokus dieser Betrachtung stehen zunächst Fragen des Vertragsschlusses und der berufsrechtlichen Zulässigkeit insolvenzbezogener Beratungstätigkeit, die über § 134 BGB auch zivilrechtliche Auswirkungen haben können. Ein Schwerpunkt liegt sodann auf der Auseinandersetzung mit den insolvenzbezogenen Vertragspflichten des Beraters (§ 5). Wie bereits angedeutet wird dabei im Ausgangspunkt nach Mandatstypen differenziert. Auf Rechtsfolgenebene der vertraglichen Haftung stehen Schaden und Mitverschulden im Mittelpunkt. Ausführungen zur deliktischen Haftung und zu der Abwicklung der Haftung von Berater und Geschäftsleiter beschließen das 2. Kapitel.

Das 3. Kapitel befasst sich mit der Haftung des Beraters gegenüber anderen Personen als seinem ursprünglichen Vertragspartner. Es kann sich bei diesen etwa um die bereits angesprochenen Geschäftsleiter, Gesellschafter oder Gläubiger handeln. Zunächst soll das Haftungskonzept der Rechtsprechung erörtert werden. Dieses ist in seinen allgemeinen Kontext einzubetten, um dann die Entwicklung bis hin zur Eingliederung der Insolvenzkonstellaton in dieses Konzept darzustellen. Daran schließt sich ein Überblick über alternative Konzepte der Haftung gegenüber Dritten an, die überwiegend im Schrifttum vertreten werden. Im Zentrum der weiteren Ausführungen steht die Entwicklung eines auf der Vorschrift des § 311 Abs. 3 S. 2 BGB (i. V. m. §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB) basierenden Konzepts der Haftung

³⁸ Vgl. zum wachsenden Beratungsbedarf nur *Boll*, Rechtsrat und Haftung in der Kapitalgesellschaft, S. 3 f.; *B. Müller*, Haftungsprivilegierung der Geschäftsleitung, S. 24 f.; vgl. auch *Fleischer*, ZIP 2009, 1397, 1400; *ders.*, in: MünchKomm-GmbHG, § 43 GmbHG Rn. 42; *H. F. Müller*, DB 2014, 1301, 1301; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, Anh zu § 64 GmbHG Rn. 88 f.

³⁹ Vgl. zur Konstellation schon oben S. 2 m. w. N., beachte auch schon Fn. 12.

(§ 13). Abschließend ist auf die Möglichkeit der Haftungsfreizeichnung und -beschränkung einzugehen.

Den Abschluss der Untersuchung bildet eine Zusammenfassung der wesentlichen Erkenntnisse (Kapitel 4).