

Einblicke in die Beraterhaftung
in Sanierungs- und Insolvenzfällen

Reden ist Silber, Schweigen ist Gold

Ein Gastbeitrag von Bastian Berthold und Thomas Better



Nicht immer ist Schweigen ratsamer denn Reden, denn gerade der beratende Rechtsanwalt oder Steuerberater ist auf Kommunikation angewiesen, um seinen Beruf ausüben zu können. Doch wie immer gibt es kein richtig oder falsch, denn es kommt schlicht auf die konkrete Situation an, ob es besser ist zu schweigen oder zu reden. Sicher ist nur eins: Wer redet, der wird am Inhalt dessen gemessen, was er sagt und hat sich als Berater dann auch dafür zu verantworten.

Die zunehmende Komplexität der wirtschafts- / zivil- und steuerrechtlichen Anforderungen an die Berater geht denklingsweise mit einer proportional steigenden Gefahr einer die Haftung auslösenden „Falschberatung“ einher. In vertrauter Gewohnheit hat sich der Berater zwar an die gerade im Steuerrecht ständig ändernden Gesetze von oft nur kurz- bis mittelfristiger Haltbarkeit gewöhnt, so steigt das Haftungsrisiko gleichsam durch die höchstrichterliche Rechtsprechung des BGH und auch des EuGH, welche zunehmend dahin tendiert, die Anforderungen an die Sorgfaltspflichten bei der Beratung anzuheben.

Dieser Beitrag soll in seiner Kürze einen punktuellen Einblick über die mannigfaltigen Haftungsrisiken im Rahmen von Mandaten im speziellen Zusammen-

hang mit Restrukturierungs- & Insolvenzverfahren aufzeigen.

Am Anfang aller Haftung steht der Beratungsauftrag. Bekommt der Steuer- oder Rechtsberater vom Mandanten den klaren Auftrag, das Vorliegen von Insolvenzantragsgründen zu prüfen, so bereitet die Frage der Haftungsbegründung im Falle einer Falsch- oder Fehlberatung regelmäßig keine Schwierigkeiten, schließlich gilt es doch konkret festzustellen, ob eine der Insolvenzantragsgründe nach der Insolvenzordnung, dort §§ 17 ff., vorliegt. Oder ist dies doch nicht so klar, wie es scheint?

Fest steht jedenfalls, dass der Berater in diesem Falle einen klaren Arbeitserfolg schuldet, mithin hierfür die werkvertraglichen Regelungen Anwendung finden, §§ 631 ff. BGB¹. Und dieser Erfolg ist auf den ersten Blick auch schnell herbeizuführen. So definiert § 19 Abs. 2 InsO doch vermeintlich eindeutig den Begriff der Überschuldung. Danach liegt eine Überschuldung vor, „wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach dem Umständen überwiegend wahrscheinlich“.

Für den in Insolvenzsachen un-

erfahrenen Berater ist die Sache doch klar, kennt er den Begriff der Fortführung doch bereits aus § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB. Da der Geschäftsführer der Mandantin auch am Telefon erwähnte, dass diverse Großaufträge winken und er jetzt schon Probleme habe entsprechendes Fachpersonal zu finden, bestehen ja keine Zweifel an der Fortführung des Unternehmens.

Ein Blick in die letzte Bilanz verrät dem Berater dann schnell, ob das Unternehmen überschuldet ist oder nicht. Die Nachfrage des Geschäftsführers, wie es denn nun aussehe, lässt sich somit schnell und unkompliziert beantworten, der Geschäftsführer verlässt gut gelaunt die Kanzlei, weil der vertraute Berater so schnell und kompetent die Frage der Überschuldung verneinend beantworten konnte.

Doch die Frage des Insolvenzverwalters, welche „Umstände“ der Berater denn bei der Prüfung zugrunde gelegt hat und warum die Fortführung darauf basierend für ihn „überwiegend wahrscheinlich“ gewesen sei, lässt nicht selten auf sich warten und mündet in einem Schreiben, mit welchem der Berater wegen Falschberatung zum Schadenersatz haftbar gemacht werde. Warum sich der Berater erst jetzt an einen Insolvenzrechtsspe-

zialisten wendet, bleibt ein allseits gut behütetes Geheimnis, zeigt sich jedoch in der Praxis immer wieder.

Die Anforderungen an eine Prüfung von Insolvenzantragsgründen ist, gerade im Hinblick auf die Frage der Überschuldung, ein oftmals unterschätztes Beratungsfeld. Schlimm genug, dass durch eine „Falschberatung“ dem Berater die Haftungsanspruchnahme durch Mandanten oder auch Dritten, z.B. Banken oder Geschäftsführern, droht, vielmehr sieht sich der Berater möglicherweise auch des Vorwurfs einer strafbaren Handlung ausgesetzt.

In der nach handelsrechtlichen Grundsätzen erstellten Bilanz des Beraters, auf welche er seine Aussage zur Überschuldung gestützt hat, ist dieser entsprechend der Vermutungsregel des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB bei der Bewertung der ausgewiesenen Vermögensgegen-

stände und Schulden von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit ausgegangen, da dieser nach Annahme des Beraters keine tatsächlichen oder rechtlichen Gegebenheiten entgegenstanden („Going Concern“). Doch ist dieser Going-Concern Ansatz nicht deckungsgleich mit der von § 19 InsO verlangten insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose.

Im Rahmen der Prüfung der „Going-Concern“-Prämisse des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB ist zu klären, ob das Unternehmen nachhaltige Gewinne erzielt hat und es problemlos auf finanzielle Mittel zugreifen kann, so dass keine bilanzielle Überschuldung droht. Sind schon vorgenannte Kriterien nicht zutreffend, oder sind bereits Umstände zu erwarten, die den Bestand des Unternehmens gefährden können, kann eine positive handelsrechtliche Fortführungsprognose nur abgegeben werden, wenn im Rahmen

einer die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage berücksichtigenden Unternehmensplanung über mindestens 12 Monate zusätzlich keine Insolvenzantragsgründe vorliegen.

Dies zeigt schon, dass die Prüfung von Insolvenzantragspflichten ein Zusammenspiel handels- und insolvenzrechtlicher Vorschriften verlangt, da letztere immanent zu berücksichtigen sind. Eine fundierte Prüfung setzt daher Kenntnisse beider Rechtsgebiete voraus. Kann dies im Hinblick auf die Bilanzierungsvorschriften im Handelsgesetzbuch bei jedem Steuerberater unterstellt werden, so können insolvenzrechtliche Kenntnisse jedoch meist nicht vorausgesetzt werden. Im Gegenzug sind Rechtsanwälte nicht selten die Bilanzierungsvorschriften in Ihrer Tiefe eher wenig geläufig, weshalb auch die interdisziplinäre Zusammenarbeit in diesen Bereichen oft sinnvoll ist.

Im Zusammenwirken mit der handelsrechtlichen Fortführungsprognose sind also auch die insolvenzrechtlichen Antragspflichten zu begutachten. Auch wenn § 19 Abs. 2 InsO der Didaktik nach zunächst von Überschuldung spricht und diese sodann bei Bestehen einer positiven Fortbestehensprognose ausschließt, empfiehlt sich zunächst eine Prüfung der Fortbestehensprognose.

Bei der unter insolvenzrechtlichen Aspekten zu beurteilenden Frage der Fortführung des Unternehmens ist eine auf die Liquidität des Unternehmens gerichtete Prüfung vorzunehmen, bei dessen positi-



Bastian Berthold
Foto: KBHT

ver Feststellung das Unternehmen über einen sachgerechten Zeitraum, regelmäßig für das laufende und folgende Geschäftsjahr, in der Lage sein muss, seine fälligen Zahlungspflichten erfüllen zu können. Es handelt sich demnach um eine rein liquiditätsorientierte Prognose². Hierbei unterscheidet sich diese wiederum vom handelsrechtlichen Ansatz, welcher eine umfassende, aller für das Unternehmen relevanten Faktoren berücksichtigende Vermögens-, Finanz- und Ertragsplanung voraussetzt.

Die stark vereinfacht dargestellte Komplexität alleine bei der Beurteilung der Fortbestehens-/Fortführungsprognose zeigt, dass ein einfacher Hinweis des Geschäfts-

führers gegenüber dem Berater einer fundierten Beurteilung nicht genügen kann und daher nicht alleinige Grundlage der Begutachtung des Beraters sein darf. Vielmehr ist der Berater gehalten, anhand eigener Feststellungen oder Plausibilitätsprüfungen der vom Geschäftsführer vorgelegten Planungen sein Ergebnis der Prüfung vom Vorliegen eines Insolvenzantragsgrundes abhängig zu machen.

Und das Haftungsrisiko besteht nicht nur gegenüber der Gesellschaft. Sollte der Geschäftsführer aufgrund einer Falschberatung verspätet einen Insolvenzantrag stellen und dadurch z.B. Ansprüchen aus Geschäftsführerhaftung nach § 64 GmbHG ausgesetzt sein, kann dieser Schadenersatzanspruch möglicherweise gegen den Berater selbst geltend gemacht werden³. Gleichermaßen gilt dies auch für Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer, die im Rahmen eines konkreten Auftrages darauf hingewiesen werden, dass deren Arbeitsergebnis Dritten, z.B. Banken als Entscheidungsgrundlage bei der Vergabe von Krediten, dienen soll.

Ist einmal der Haftungsfall dem Grunde nach eingetreten, hilft dem Berater auch grundsätzlich kein Forderungsverzicht eines Gläubigers der Insolvenzschuldnerin, wie er z.B. im Insolvenzplan der Fall wäre, weiter. Gerade im Hinblick auf die regelmäßig bestehenden und meist nicht unerheblichen Steuerverbindlichkeiten des insolventen Unternehmens, ist unter dem Lichte der Haftungsschuld, §§ 69, 73, 74 AO sowie § 13c UStG, zu bedenken, dass eine verbleibende Verbindlichkeit gegen den Haftungsschuldner durchgesetzt werden kann. Zutreffend hat auch der BFH⁴ erkannt, dass im Rahmen eines Insolvenzplanes die (Steuer-)Verbindlichkeiten gegenüber dem Insolvenzschuldner nicht erlassen werden, sondern nur die Durchsetzung derselben gegenüber dem Steuerschuldner -über die Regelungen des Insolvenzplanes hinaus- nicht möglich ist. Die schlechte Nachricht für den Haftungsschuldner ist, dass einer Inanspruchnahme derselben § 191 Abs. 5 Nr. 2 AO nicht entgegensteht und die Ausfallforderung der Finanzverwaltung somit gegenüber dem Haftungsschuldner, und als Folge daraus auch möglicherweise gegenüber dem Berater, weiterhin durchgesetzt werden kann.

Doch wie sieht es eigentlich im allgemeinen Mandat der regelmäßigen steuer-

lichen Beratung oder der Finanzbuchhaltung bzw. dem Auftrag zur Erstellung eines Jahresabschlusses aus, der Berater also keinen expliziten Prüfungsauftrag erhalten hat? Wenn und soweit das steuerliche Beratungsmandat auf vorgenannte Tätigkeiten beschränkt ist, so soll regelmäßig nicht einmal eine Hinweispflicht auf mögliche Insolvenzantragspflichten bzw. weitergehende Prüfungshandlungen bestehen.⁵ Allerdings sollte seitens des Beraters jegliche Äußerung im Hinblick auf Insolvenzgründe vermieden werden, um nicht den Anschein einer haftungsbegründenden Auskunftserteilung zu erwecken.⁶ Dies gilt erst recht, wenn für die



Thomas Better
Foto: KBHT

konkrete Tätigkeit überhaupt kein Versicherungsschutz über die eigene Vermögensschadenhaftpflicht besteht. Manchmal ist dann eben Schweigen doch besser, als Unpassendes oder Überflüssiges zu reden. Oder einfach einen Spezialisten zu fragen, der sich damit auskennt.

Die beiden Autoren arbeiten bei der KBHT Kalus + Hilger (Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Rechtsanwälte) in Neuss.

¹ St. Rspr., u.a. BGH, Urteil v. 7.2.2002, Az. III ZR 1/01.

² Vgl. Positionspapier des IDW zum Zusammenwirken von handelsrechtlicher Fortführungsannahme und insolvenzrechtlicher Fortbestehensprognose.

³ BGH, Urteil v. 07.03.2013, Az. IX ZR 64/12.

⁴ BFH, Beschluss v. 15.05.2013, Az. VII R 2/12.

⁵ BGH, Fn. 3.

⁶ BGH, Urteil v. 06.06.2013, Az. IX ZR 204/12.