

Dipl.-Volksw. Dr. Eike Dirk Eschenfelder, RA

Haftungstücken für Wirtschaftsprüfer und andere Experten bei unternehmensberatenden Tätigkeiten in Krisen- und Sanierungsfällen

Die Aufarbeitung von Krisensituationen in Unternehmen ging in den letzten Jahren Hand in Hand mit einer erweiterten Judikatur zu Fragen der Expertenhaftung. Der Versuch der Schadensminderung bzw. Massemehrung führt schnell zu der Suche nach Verantwortlichen und kann sowohl aktuelle wie ehemalige Organmitglieder als auch für das Unternehmen zuvor tätig gewordene externe Berufsträger, wie Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, vereidigte Buchprüfer, Rechtsanwälte und – ganz allgemein – Unternehmensberater treffen. In welchen Fällen diese Experten insoweit Haftungsrisiken ausgesetzt sind, wem gegenüber und in welchem Umfang sie haften, wird im nachfolgenden Beitrag untersucht.

I. Einführung

Hat sich die Praxis zur Geltendmachung von Organhaftungsansprüchen seit den letzten Finanzkrisen eher an gesetzgeberischen und gesellschaftspolitischen Vorgaben entwickelt, so sieht sich das Gebiet der Expertenhaftung zuvorderst Rechtsprechungsentwicklungen anhand der Aufarbeitung konkreter Unternehmenskrisen im Einzelfall ausgesetzt. Anhand der jüngsten Judikatur in diesem Bereich lassen sich mittlerweile denn auch klare Aussagen treffen, wann, wofür und in welchem Umfang eine Beraterhaftung droht. Die tradierte Meinung in Rechtsprechung und Literatur ging insbesondere für Wirtschaftsprüfer davon aus, dass Personen mit vom Staat ausdrücklich anerkannter besonderer Sachkunde im Grundsatz eher restriktiven Haftungsregelungen unterliegen. Vor dem Hintergrund einer Bestandsaufnahme der Haftungsentwicklungen in Krisensituationen drängt sich jedoch insoweit die Frage auf, ob diese Sichtweise (noch) zutrifft.

Befindet sich ein Unternehmen in der Krise oder einer Sanierungssituation ist der Schritt in die Insolvenz häufig nur ein kleiner. Dies bedeutet für die hiermit befassten internen wie externen Beteiligten eine besonders gefahrgeneigte und haftungsträchtige Tätigkeit, die mit gesteigerten Sorgfaltspflichten einhergeht.

Betroffen sind vornehmlich die auf Unternehmensseite involvierten steuer- sowie rechtsberatenden Experten oder die mit der Jahresabschlussstellung bzw. -prüfung betrauten Berufsträger, wie Wirtschaftsprüfer und Steuerberater. Da für diese das weite Feld der Unternehmens- bzw. Sanierungsberatung mittlerweile in Konkurrenz zu allgemeinen Unternehmens- sowie Sanierungsberatern lukrativ erscheint,¹ erschöpft sich deren Risiko nicht nur auf dem Feld der Abschlussstellung und Testatserteilung, sondern erstreckt sich vielmehr auf das gesamte Gebiet der Sanierungsberatung i. w. S. Der Vorwurf schadensverursachender bzw. -vertiefender Pflichtverletzungen kann sich dabei sowohl auf insolvenzverschleppende als auch konkret insolvenzherbeiführende Verhaltensweisen beziehen. Ggf. haften Exper-

ten gemeinsam mit den verantwortlichen Mitgliedern der Geschäftsleitung für etwaige Schäden als Gesamtschuldner (§§ 421 ff. BGB).

Eine erhöhte Haftungsgefahr besteht insbesondere dann, wenn diese nicht nur als externe Dienstleister tätig werden, sondern Aufgaben der Geschäftsleitung übernehmen und insoweit an deren Stelle treten.² Die Übernahme einer konkreten Organstellung beinhaltet stets die Gefahr der Inanspruchnahme aus Organhaftungstatbeständen.³

Im Insolvenzfall versuchen oftmals etwaig leer ausgehende Alt- wie Neugläubiger, Gesellschafter, Banken oder sonstige Finanzierungsgeber, Befriedigung durch Inanspruchnahme solcher Experten zu erlangen, die im besonderen Maße Verantwortung übernommen oder wirtschaftlichen wie rechtlichen Sachverstand in das Unternehmen eingebracht haben, hiermit im Ergebnis aber keinen Erfolg hatten.

Zu untersuchen ist im Folgenden, in welchen Konstellationen es üblicherweise zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen kommt und wem gegenüber gehaftet wird (s. Abschn. II.). Maßgeblich für eine Haftung sind letztlich der Pflichtenmaßstab, an dem sich der Experte im Falle einer Krisenberatung messen lassen muss (s. Abschn. III.), und die Reichweite etwaiger Haftungsbegrenzungen (s. Abschn. IV. und V.).

II. Mögliche Anspruchsgrundlagen

Bei schuldhafter Verletzung der vertraglichen Pflichten gegenüber dem Vertragspartner kommen Schadensersatzansprüche nach § 280 Abs. 1 BGB in Betracht. Auch Dritte können in die vertraglichen Abreden mit einbezogen sein. Beides bedarf u. U. noch nicht einmal eines ausdrücklichen Vertragsschlusses. Daneben versucht die Praxis häufig die Herleitung deliktischer Ansprüche gegenüber Experten (§§ 823 ff. BGB), wobei verstärkt § 826 BGB, also ein Vorsatzdelikt wegen sittenwidriger Schädigung, Beachtung findet. Im Einzelnen:⁴

1. Vertragliche Ansprüche der Gesellschaft bzw. des Insolvenzverwalters

a) Ausdrückliche vertragliche Vereinbarungen

Die Haftung des Beraters richtet sich in erster Linie nach Art und Umfang des Vertrags, der zwischen der Gesellschaft und dem Berater geschlossen wurde. Ein solcher Vertragsschluss bedarf dabei i. d. R.

¹ Die weite Fassung des Rechtsdienstleistungsgesetzes (§ 5 Abs. 1 RDG) erlaubt Dienstleistungen i. Z. m. Sanierungs- und Krisenberatung auch in Bezug auf rechtliche Fragestellungen zu erbringen, da diese in weitem Umfang als zulässige Nebenleistung eingeordnet werden.

² Etwa als sog. Chief Restructuring Officer (CRO).

³ Vgl. die §§ 93 AktG, 43 GmbHG, 34 GenG mit Beweiserleichterungen zugunsten der Gesellschaft, wofür eine faktische Organstellung genügt.

⁴ Die insoweit einschlägigen Anspruchsgrundlagen finden grds. unabhängig von der berufsrechtlichen Einordnung des Beraters Anwendung.

nicht der Schriftform, sondern kann auch mündlich oder gar konkludent erfolgen. Qualifikation und Bestimmung der Rechtsnatur eines Unternehmensberatungsvertrags i. w. S. fällt – je nach Aufgabenstellung – unterschiedlich aus. Als Vertragstypen kommen in Betracht: Geschäftsbesorgungsvertrag, Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstvertragscharakter, Werkvertrag, reiner Dienstvertrag oder gemischt-typischer Vertrag.⁵

Im Normalfall und bei den meisten Unternehmensberatungsverträgen im Rahmen einer Sanierung wird man dienst- und/oder werkvertragliche Elemente vertraglich vereinbaren – je nachdem, ob als Leistung (auch) ein bestimmtes Werk geschuldet ist oder nicht. Während bei einem reinen Dienstvertrag bzw. dienstvertraglichen Pflichten eines gemischt-typischen Vertrags stets nur verschuldensabhängig gehaftet wird, kommt bei einem Werkvertrag im Grundsatz auch eine verschuldensunabhängige Gewährleistungshaftung bei Fehlerhaftigkeit des Werks in Betracht. Für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen – im Rahmen positiver Vertragsverletzung – bedarf es stets eines Verschuldens auf Expertenseite, ohne das Schadensersatz nicht gewährt wird.

Beratungsleistungen, die die Erteilung eines Testats oder die gutachterliche Beantwortung einer bestimmten Fragestellung bzw. die Analyse eines konkreten Sachverhalts, wie etwa die Beurteilung der Insolvenzreife, zum Gegenstand haben, sind stets als Werkvertrag zu qualifizieren. Dann schuldet der Berater dem Vertragspartner gem. § 634 Nr. 4 BGB i. V. m. §§ 636, 280, 281, 283 BGB die richtige Auskunft über die zu beantwortende Fragestellung und bei schuldhafter Verletzung seiner Pflichten Schadensersatz.⁶

b) Konkludenter Auskunftsvertrag

Sind die für eine mögliche Haftung relevanten Leistungspflichten nicht ausdrücklich – mündlich oder schriftlich – zwischen den Vertragsparteien vereinbart, so greifen vertragliche Ansprüche aber auch dann, wenn sich der Berater (möglicherweise ohne Not) zu Aussagen zu konkreten Sachverhalten, wie dem Überschuldungsstatus, hinreißen lässt. Ist der Berater etwa nur mit der Erstellung der Steuerbilanz betraut und äußert sich lediglich anlässlich des Mandats zum insolvenzrechtlichen Überschuldungsstatus, haftet er bei Unrichtigkeit solcher Auskünfte, mögen diese auch zunächst nicht vom Beratungsmandat umfasst gewesen sein.⁷

2. Vertragliche bzw. vertragsähnliche Ansprüche Dritter

Neben dem eigentlichen Vertragspartner sind es oftmals Dritte, die eine Anspruchsverfolgung gegenüber dem Berater initiieren, mag zwischen ihnen ein Vertragsverhältnis auch nicht in unmittelbarem Kontakt begründet worden sein.

a) Vertrag zugunsten Dritter

Sofern der Dritte ausdrücklich als Berechtigter eines zwischen der Gesellschaft und dem Berater geschlossenen Vertrages aufgeführt ist, ergeben sich vertragliche Ansprüche unmittelbar aus einem Vertrag (auch) zugunsten Dritter. Dies kann ggf. mit Blick auf Gesellschafter, potentielle Käufer der Gesellschaft (bzw. von Gesellschaftsanteilen) oder finanzierende Banken der Fall sein, sofern gewollt und vereinbart.

b) Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Fehlt es an einer ausdrücklichen Vereinbarung, kommt dennoch eine vertragliche Einbeziehung über das Rechtsinstitut eines Vertrags mit

Schutzwirkung zugunsten Dritter in Betracht. Dies ist dann der Fall, wenn ein Gläubiger auf die Richtigkeit der Expertentätigkeit, wie etwa die Richtigkeit des Jahresabschlusses, eines (Wert-)Gutachtens oder auf die Erklärung des Beraters zu Finanzkennzahlen (wie zur Bonität des Unternehmens) vertraut, obgleich die Aussagen fehlerhaft sind. Voraussetzungen einer solchen Drittschutzwirkung sind dabei (1) die Leistungsnähe des Dritten, (2) die Gläubignähe, d. h. das Schutzinteresse des Gläubigers, (3) die Erkennbarkeit der Einbeziehung des Dritten und (4) die Schutzbedürftigkeit des Dritten.⁸ Nur unter diesen Bedingungen soll es dem Experten zumutbar sein, sich auf ein erweitertes Haftungsrisiko einzulassen.⁹

Hierbei ist festzustellen, dass ohne Vorliegen besonderer Umstände dem zwischen dem Unternehmen und einem Experten geschlossenen Vertrag die vertragliche Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich nicht ohne Weiteres entnommen werden kann. So gilt etwa der vom BGH für Abschlussprüfer aufgestellte Grundsatz, dass dieser i. d. R. – d. h. wenn sich das Mandat auf die reine Abschlussprüfung beschränkt – kein so weites Haftungsrisiko übernimmt, wie es sich bei der Einbeziehung einer unbekanntenen Vielzahl von Dritten in den Schutzbereich ergeben würde.¹⁰

Besteht aber eine konkrete Beziehung des Experten – auch nur rein tatsächlicher Art – zu dem oder den Dritten bzw. ist der in Frage kommende schutzwürdige Personenkreis ersichtlich begrenzt, so lässt sich eine Haftung des Experten auf Grundlage dieser Überlegung nicht pauschal verneinen.¹¹ Der Berater muss dann mit der Einbeziehung Dritter rechnen, wenn für ihn erkennbar ist, dass von ihm eine besondere Leistung erwartet und auf seine besondere Sachkunde vertraut wird.¹² Dann haftet er ggf. auch gegenüber Dritten, auch wenn dem Berater weder Namen noch genaue Anzahl der zu schützenden Personen bekannt ist.¹³

Nach den Grundsätzen der höchstrichterlichen Rechtsprechung findet das Rechtsinstitut bspw. zugunsten von Käufern oder Finanzierungsgebern Anwendung, wenn im Rahmen eines Anteilskaufs ein Experte eine Bilanz erstellt, die erkennbar zum Gebrauch gegenüber Dritten bestimmt war.¹⁴

Ebenso kann sich hiernach eine Haftung bei der Testatserteilung im Rahmen der – verpflichtenden wie freiwilligen – Abschlussprüfung, etwa i. Z. m. der Kreditentscheidung einer Bank mit Schutzwirkung zugunsten der Bank oder von Anteilserwerbern, ergeben.¹⁵ Dies gilt erst Recht, wenn sonstige Äußerungen des Experten i. Z. m. der Prüfung hinzukommen. Des Weiteren können Dritte in den Schutzbereich einbezogen werden, wenn das Ergebnis bzw. die Aussagen des Experten erkennbar zur Verwendung gegenüber einem konkreten Adressatenkreis bestimmt sind, wie etwa bei Gutachtenerstellungen

5 Müller-Feldhammer, NJW 2008, 1777.

6 Ehlers, BB 2014, 131, 132 m. w. N.

7 BGH, 6.6.2013 – IX ZR 204/12, NJW 2013, 2345. Vgl. weitergehend Pollanz, DStR 2014, 818, 821 mit dem Hinweis, dass bereits die Empfehlung, einen Rangrücktritt zu erklären, mit insolvenzrechtlichen (konkludenten) Weiterungen der Mandatsbeziehung einhergehen kann. Zur Abgrenzung zwischen unverbindlicher Gefälligkeitsleistung und rechtsverbindlichem Auskunftsvertrag, vgl. BGH, 18.12.2008 – IX ZR 12/05, NJW 2009, 1141, 1142.

8 Die größten Probleme bereitet in der Praxis dabei zumeist der Nachweis der Erkennbarkeit.

9 Vgl. auch Müller, ZInsO 2013, 2181, 2186.

10 BGH, 15.12.2005 – III ZR 424/04, BB 2006, 770; Seibt/Wollenschläger, DB 2011, 1378 m. w. N.

11 Auch nicht mit Hinweis auf § 323 Abs. 1 S. 3 und Abs. 2 HGB.

12 BGH 14.6.2012 – IX ZR 145/11, BB 2012, V, NJW 2012, 3165.

13 BGH, 26.11.1986 – IVa ZR 86/85, NJW 1987, 1758.

14 Ebenda.

15 Vgl. Gehrlein, NZG 2013, 961, 963 f.; BGH, 2.4.1998 – III ZR 245/96, BB 1998, 1152.

bzw. sachverständigen Stellungnahmen,¹⁶ oder einer Prospektprüfung bzw. anderweitigen Prospektmitwirkung, die (auch) zugunsten von Anlegern vereinbart wurde.¹⁷

Zuletzt hat der BGH den drittschützenden Charakter von Beratungsverträgen mehrfach in solchen Fällen anerkannt, in denen durch Fehler des Beraters das Risiko der haftungsrechtlichen Inanspruchnahme des Dritten erhöht bzw. erst geschaffen wurde. In einem Fall ging es um die Haftung des Geschäftsführers gegenüber der Finanzverwaltung gem. §§ 34, 69 AO, wobei der Steuerschaden durch die fehlerhafte Tätigkeit eines Steuerberaters bei Buchungen und Bilanzierungsarbeiten verursacht wurde.¹⁸ In einem anderen Fall sollte ein Steuerberater die Insolvenzreife einer GmbH prüfen. Diese wurde zu Unrecht nicht festgestellt, so dass es im Weiteren zu Zahlungen aus der Gesellschaft durch den Geschäftsführer, der gleichzeitig Gesellschafter war, kam, wofür dieser im Nachgang gem. § 64 GmbHG vom Insolvenzverwalter herangezogen wurde. Auch hier sah der BGH die Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrags sowohl in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer wie auch als Gesellschafter als gegeben an.¹⁹ So seien im Hinblick auf die Mitwirkung an einer Sanierung – erkennbar – die Gesellschafter zwingend mit einzubinden und damit vom Schutzbereich umfasst; gleiches gelte für den Geschäftsführer, der bei einer Insolvenz antragspflichtig ist.

3. Deliktische Ansprüche der Gesellschaft bzw. Dritter

Auch im unmittelbaren Verhältnis der Vertragsparteien zueinander kommt der deliktischen Haftung nicht unerhebliche Bedeutung zu.²⁰ Über § 823 Abs. 2 BGB etwa haftet der Berater bei der Verletzung von Schutzgesetzen. Solche Schutzgesetze sind u. a. § 15a InsO, §§ 331, 332 HGB und §§ 263, 266, 283 ff. StGB im Hinblick auf eine vorsätzliche Beihilfe zur Insolvenzverschleppung oder zu sonstigen Straftaten i. Z. m. unrichtigen (finanziellen) Darstellungen. Darüber hinaus greift § 826 BGB, wenn durch vorsätzlich sittenwidriges Fehlverhalten Vermögensschäden verursacht wurden.

Da die Kriterien für die Einbeziehung in den Schutzbereich des Vertrags nicht immer erfüllt sein dürften, kommt auch bei Anspruchsstellungen Dritter der deliktischen Haftung besondere Bedeutung zu. Konkret für diese Fallkonstellationen wurde zuletzt § 826 BGB als „Haftungsschreck für Experten“ etabliert. Dabei sind die Hürden in praxi letztlich niedriger als ein Vorsatzdelikt wegen sittenwidriger Schädigung vermuten ließe. So genügt für eine Haftung hiernach bereits bedingter Vorsatz des Beraters, der sich auf eine Schädigung sowie die eine Sittenwidrigkeit begründenden Umstände beziehen muss. Er muss dabei leichtfertig und „gewissenlos“ gehandelt haben, wobei Angaben ins Blaue hinein²¹ oder die Zugrundelegung ungeprüfter Angaben Dritter genügen.²² Hat er in diesem Sinne ein Gutachten falsch erstellt, eine Bilanz falsch aufgestellt oder ein Testat zu Unrecht bzw. unrichtig erteilt, greift § 826 BGB bereits dann, wenn er über erkannte Bedenken hinweg sah oder eine notwendige Prüfung bewusst unterlassen und einen Schaden – jedenfalls nach Art und Richtung – zumindest für möglich gehalten hat. Eine solche Haftung steht mithin immer dann im Raum, wenn der Experte Auskünfte unvollständig, falsch oder irreführend erteilt und hierauf Dritte – und zwar für den Experten erkennbar – Entscheidungen stützen.²³

III. Pflichtenmaßstab

1. Berufsspezifische Anforderungen

Welche konkreten (Vertrags-)Pflichten den Experten treffen, richtet sich grds. nach Inhalt und Umfang des Mandats.²⁴ So können ent-

sprechende Pflichten ausdrücklich vereinbart sein bzw. sich aus der konkreten Leistungszusage ergeben. Sie können hieraus aber auch mittelbar als vertragliche Beratungs-, Sorgfalts- sowie Schadensverhütungspflichten abgeleitet werden. Die einzelnen Anforderungen, denen ein Experte genügen muss, sind in weiten Teilen berufsspezifisch geregelt. Für Wirtschaftsprüfer finden sich solche Regelungen in den IDW-Verlautbarungen oder – gesetzlich – in der Wirtschaftsprüferordnung, wenn es um allgemeine Pflichten des Wirtschaftsprüfers geht. Für Steuerberater gilt ähnliches aufgrund der Verlautbarungen des Steuerberaterverbandes und den Vorschriften des Steuerberatungsgesetzes. Die Pflichten von Rechtsanwälten sind in der Bundesrechtsanwaltsordnung bzw. weiteren berufsständischen Verordnungen festgehalten. Lediglich für Unternehmensberater finden sich solche gesetzlichen Vorgaben bisher nicht, sondern ergeben sich ausschließlich – und dies auch nur äußerst rudimentär – über Verlautbarungen des Bundesverbands Deutscher Unternehmensberater (BDU e. V.).²⁵ Die für eine Haftung zumeist relevanten Vorgaben knüpfen dabei an tätigkeitsspezifische Leistungen des Experten an, wie etwa die IDW-Standards, so dass es auf die übernommene Leistungsverpflichtung und die konkrete Tätigkeitsentfaltung ankommt und weniger auf die Berufszugehörigkeit. Hierbei ist ein typisierter objektiver Maßstab anzulegen, wonach die für die konkrete Tätigkeit entwickelten Standards zu beachten sind.²⁶ Zur Beurteilung des anzuwendenden Sorgfaltsmaßstabs kommt es folglich weniger darauf an, wer tätig wird, sondern vielmehr, mit welcher Leistung er tätig werden soll. Im Zweifel ist insoweit auf von der Rechtsprechung formulierte allgemeine Grundsätze sowie die von anderen Fachbereichen entwickelten Anforderungen abzustellen.²⁷

2. Steuerberatende und bilanzherstellende Tätigkeiten

Wird der Experte als allgemeiner (betriebs-)wirtschaftlicher Berater der Geschäftsführung tätig, etwa bei der Auf- bzw. Erstellung der Bilanz, der Steuererklärungen, im Rechnungswesen oder bei den monatlichen betriebswirtschaftlichen Auswertungen und jeweiligen Abschlüssen, weist die Reichweite der rein mittelbaren (Schutz-)Pflichten Grenzen auf. Bleibt es etwa bei der Beauftragung zur Erstellung der Jahresbilanz, ging man zunächst davon aus, dass eine hierin ausgewiesene Überschuldung die Hinweispflicht nach sich zieht, dem Auftraggeber die Prüfung einer insolvenzrechtlichen Überschuldungsbilanz zu empfehlen.²⁸ Der BGH hat jedoch zuletzt klargestellt, dass aus einem allgemeinen Steuerberatungs- oder Bilanzierungsmandat per se keine insolvenzrechtlichen Pflichten resultieren.²⁹ Entgegen ei-

16 Gehrlein, NZG 2013, 961, 963 f.

17 BGH, 14.6.2007 – III ZR 185/05, BeckRS 2007, 10989, BGH 24.4.2014 – III ZR 156/13, NJW 2014, 2345; BGH, 8.6.2004 – X ZR 283/02, BB 2004, 2180 m. BB-Komm. Paal, NJW 2004, 3420.

18 BGH, 13.10.2011 – IX ZR 193/10, WM 2011, 2334.

19 BGH 14.6.2012 – IX ZR 145/11, BB 2012, V, NJW 2012, 3165.

20 Vertragliche Haftungsbeschränkungen gelten insoweit i. d. R. nur eingeschränkt.

21 BGH, 24.9.1991 – VI ZR 293/90, BB 1991, 2401, NJW 1991, 3282, 3283.

22 BGH, 17.9.1985 – VI ZR 73/84, BB 1986, 25, NJW 1986, 180, 181.

23 BGH, 19.11.2013 – VI ZR 336/12, BB 2014, 306 Ls m. BB-Komm. Eschenfelder, für (lediglich mittelbar) gegenüber Anlegern fehlerhaft erteilte Auskünfte; OLG Dresden, 6.2.2014 – 8 U 954/11 und 8 U 1695/11, BB 2014, 626 Ls. m. BB-Komm. Eschenfelder, zu einem zu Unrecht uneingeschränkt erteilten Bestätigungsvermerk trotz bekannter Risiken.

24 Zugehör, WM 2013, 1965, 1968; BGH, 7.3.2013 – IX ZR 64/12, DB 2013, 928 m. w. N.

25 Vgl. näher etwa Ehlers, BB 2014, 131.

26 Zu einem einheitlichen Verschuldungsmaßstab unabhängig von der Berufszugehörigkeit etwa Müller, ZInsO 2013, 2181, 2184.

27 Müller-Feldhammer, NJW 2008, 1777, 1779 m. w. N.

28 Gräfe, DStR 2010, 618, 620 m. w. N.

29 BGH, 7.3.2013 – IX ZR 64/12, DB 2013, 928.

ner Ansicht in der Literatur³⁰ muss der Berater – ohne entsprechendes konkretes Mandat – danach nicht ungefragt auf eine drohende Insolvenzreife hinweisen, jedenfalls wenn die Hauptleistungspflicht ordnungsgemäß erfüllt wurde.³¹ Weist hingegen die vom (Steuer-)Berater erstellte Bilanz eine tatsächlich vorliegende bilanzielle Überschuldung zu Unrecht nicht aus, haftet er nach allgemeinen Grundsätzen für seine Schlechtleistung.³² Dies gilt für den umgekehrten Fall der zu Unrecht behaupteten Insolvenz (oder hierfür relevanter Kennzahlen) gleichermaßen.

3. Sanierungsberatung

Ist die allgemeine Sanierungsberatung Gegenstand der Beauftragung,³³ erschließt sich der Pflichtenkatalog in toto nicht ohne Weiteres von selbst. Häufig umfasst der Auftrag als Aufgaben, zunächst die Ursachen der Krise, ggf. der drohenden Überschuldung bzw. Zahlungsunfähigkeit festzustellen, ein Restrukturierungskonzept zu erstellen und dessen Umsetzung zu begleiten.³⁴ Dies beinhaltet dann zum einen auch die Pflicht, der Geschäftsleitung den Eintritt einer Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit – d.h. der Insolvenz – unverzüglich mitzuteilen, zum anderen die Pflicht, die Gesellschaft vor Schäden und damit auch vor einer Insolvenz zu bewahren, erst Recht eine solche nicht herbeizuführen,³⁵ m.a.W. alle Maßnahmen zu ergreifen, die erforderlich sind, die Krisensituation zu bewältigen.

Insoweit, kann auf die vorhandenen IDW-Standards³⁶ zurückgegriffen werden, welche die Analyse und Beschreibung des Unternehmens sowie den inhaltlich im Rahmen des Auftragsziels zu entwickelnden Maßnahmenkatalog zur Sanierung des Unternehmens als essentialia des Leistungsumfanges vorgeben. Sind hier auch Mindeststandards für Sanierungskonzepte von Wirtschaftsprüfern festgelegt, so geben diese doch Leitlinien für die Definition einzuhaltender Mindeststandards für Restrukturierungsberatungen allgemein vor, an denen sich auch andere Berufsgruppen messen lassen müssen. Letztlich muss sich derjenige, der bestimmte Kenntnisse und Expertisen vorgibt inne zu haben, auch daran messen lassen, welche sonstigen Standards auf dem Markt anerkannt und erwartet werden, mögen diese auch von Gruppen anderer Berufszugehörigkeit aufgestellt worden sein, auf dem Markt aber als Best Practice anerkannt werden und damit den Standard ordnungs- und pflichtgemäßen Verhaltens definieren. Dies gilt für Wirtschaftsprüfer wie für Unternehmensberater in gleicher Weise.

4. Prüfungs- und Gutachtentätigkeit

Im Rahmen der Abschlussprüfung (gleich ob gesetzlich verpflichtend oder freiwillig) ergibt sich die Pflicht zur ordnungsgemäßen und richtigen Testaterteilung sowie zusätzlich eine allgemeine Pflicht, auf erkennbare Risiken hinzuweisen, was u.a. auch für eine mögliche Insolvenzreife gilt.³⁷ Dies gilt gleichermaßen für die Begutachtung von Sachverhalten i. Z. m. der Sanierungsfähigkeit und -möglichkeit der in der Krise befindlichen Gesellschaft, insbesondere auch mit Blick auf berechnete Interessen Dritter. Eine Pflicht zur rechtlichen Prüfung der Insolvenzreife besteht aber nicht.³⁸

5. Allgemeine Unternehmensberatung

Allgemeine Unternehmensberatung kann vielfältige Anforderungen aufweisen. Zu den Sorgfaltspflichten eines Beraters i. Z. m. einem Unternehmensberatungsvertrag gehört i. d. R. die richtige Ermittlung der Beratungsgrundlagen unter Berücksichtigung des vorgegebenen Bera-

tungsziels sowie die Verpflichtung, die Beratung so zu gestalten, dass Schäden mit hoher Wahrscheinlichkeit für den zu Beratenden vermieden werden können.

Fraglich könnte sein, ob im Rahmen allgemein wirtschaftlicher Unternehmensberatung dem Berater ein Ermessensspielraum zukommt. So wird vertreten, dass dieser ähnlich wie die Leitungsorgane unternehmerische Entscheidungen zu treffen habe und daher ein Ermessensspielraum zuzugestehen sei.³⁹ Dies verkennt jedoch, dass es bei der Unternehmensberatung um unterstützende Maßnahmen für das Management des Unternehmens geht. Die letztliche Entscheidungsmacht verbleibt bei der Geschäftsleitung. Andernfalls würde er gerade nicht als „Berater“, sondern als Leitungsorgan tätig. In diesem Fall haftet er nach Grundsätzen der Organhaftung, d.h. einerseits unter Anwendung der ihm tatsächlich zugutekommenden Business Judgment Rule, andererseits aber auch mit den für ihn ungünstigen Beweislast- und Verjährungsregelungen.

6. Umfang allgemeiner Hinweis- und Warnpflichten

Umstritten ist, inwieweit auf Seiten des Beraters eine Warnpflicht besteht, und zwar losgelöst von einer konkreten Krisen- und Sanierungsberatung. Im Hinblick auf den Eintritt der Insolvenzreife hat der BGH nunmehr klargestellt, dass ohne ein solch ausdrückliches Mandat im Rahmen eines rein steuerberatenden Dauermandats, keine Pflicht auf Expertenseite zum Hinweis auf den Eintritt der Insolvenz besteht.⁴⁰ Doch bedeutet dies keine fundamentale Abkehr von der Annahme allgemeiner anlassbezogener und aus der Treuepflicht hergeleiteter Schutz- und Aufklärungspflichten des Experten, wie sie von der Rechtsprechung über Jahre entwickelt wurden und den Zweck verfolgen, den Vertragspartner vor voraussehbaren und vermeidbaren Nachteilen und Schäden zu schützen.⁴¹ Der vom BGH zu entscheidende Sachverhalt war insoweit ein Sonderfall. Zu beachten war, dass im Hinblick auf die Beurteilung einer möglichen Überschuldung bzw. Zahlungsunfähigkeit der Unternehmensleitung in aller Regel „überlegenes Wissen“ zukommt, so dass hier eine besondere Schutzwürdigkeit nicht gegeben war.⁴² Weist etwa die Handelsbilanz (ersichtlich) eine Unterdeckung auf, ist es an der Unternehmensleitung selbst, dem nachzugehen und ggf. weiteren Expertenrat ausdrücklich einzuholen.⁴³ Demzufolge kann sich über § 242 BGB in anderen Konstellationen ohne Weiteres eine Warnpflicht auf Seiten des Beraters bzw. eine Schutzwürdigkeit des Mandanten ergeben.⁴⁴ Vo-

30 Vgl. etwa *Pollanz*, DStR 2014, 818 m. w. N., insbesondere zu der Ansicht, dass jede Aussage über eine bilanzielle Überschuldung aufgrund § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB inzident auch stets die Frage nach einer etwaigen Insolvenzreife beinhalten soll.

31 *Kaysner*, ZIP 2014, 597, 601 ff. m. w. N.

32 BGH, 18.2.1987 – IVa ZR 232/85, GmbHR 1987, 463; BGH, 7.3.2013 – IX ZR 64/12, DB 2013, 928.

33 Anerkannt ist insoweit, dass die Insolvenz- und Sanierungsberatung als Nebenleistung zum Berufsbild des Steuerberaters und Wirtschaftsprüfers gehört.

34 Vgl. *Müller-Feldhammer*, NJW 2008, 1777, 1778.

35 Z. B. durch Auskünfte gegenüber Kreditgebern, die in der Folge Ursachen für die Insolvenz setzen bzw. sonstige Schäden herbeiführen können.

36 Vgl. etwa IDW S 6, WPg Supplement 4/2012, 130 ff., IDW S 9, WPg Supplement 4/2014, 45 ff., IDW S 11, WPg Supplement 2/2015, 108 ff., sowie IDW PS 800, WPg Supplement 2/2009, 42 ff.

37 Vgl. *Müller*, ZInsO 2013, 2181, 2184 m. w. N.; *Gräfe*, DStR 2010, 618, 624.

38 Ebenda.

39 *Müller-Feldhammer*, NJW 2008, 1777, 1781.

40 BGH, 7.3.2013 – IX ZR 64/12, DB 2013, 928.

41 Vgl. *Gräfe*, DStR 2010, 618.

42 *Kaysner*, ZIP 2014, 597, 602 m. w. N.

43 BGH, 7.3.2013 – IX ZR 64/12, DB 2013, 928; *Müller*, ZInsO 2013, 2181, 2182.

44 BGH, 26.1.1995 – IX ZR 10/94, BB 1995, 537.

raussetzung ist, dass sich dies aus der konkreten Vertragsabrede herleiten lässt, dem Berater die Gefahr für den Mandanten bekannt oder für diesen ersichtlich ist und er erkennt, dass sich der Mandant diesem Risiko gerade nicht bewusst ist.⁴⁵ Auch ergibt sich generell für nicht juristische Berater trotz des weiten Anwendungsbereichs des RDG kein Blankoscheck für jedwede rechtliche Beratung „rund um die Insolvenz“. Verlangt das Beratungsmandat nach solchermaßen juristischen Ratschlägen, überspannen diese aber die Zulässigkeit der Beratung durch einen Nichtjuristen (oder schlicht dessen Kenntnisse), muss der Berater hierauf hinweisen und die Möglichkeit zumindest anbieten, anderweitig Rechtsrat einzuholen, bzw. den Mandant hierzu konkret auffordern.⁴⁶

IV. Mitverschulden

Was die Anrechnung eines etwaigen Mitverschuldens auf Gesellschaftsseite anbelangt, gilt der Grundsatz, dass Schadensbeiträge der Geschäftsleitungsmitglieder über § 31 BGB der Gesellschaft zugerechnet werden und gegen den Schadensbeitrag des Experten abzuwägen sind (§ 254 BGB). Anders als bei der allgemeinen Beraterhaftung, bei der davon auszugehen ist, dass auch ein vorgebildeter Leistungsempfänger sich auf eine einwandfreie Vertragserfüllung durch seinen Berater und den richtigen Rat verlassen darf,⁴⁷ ist im Bereich der Bilanzverantwortung und Insolvenzantragspflicht jedoch das handelsrechtliche Pflichtenprogramm der gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft zu beachten.⁴⁸ Dies führt dazu, dass bei Kenntnis des zu beratenden Leitungsorgans von den wahren Umständen (etwa der Vorlage eines Insolvenzgrunds) von einem Mitverschulden des Beratenen – im einzelnen Fall sogar bis hin zu einem vollständigen Haftungsausschluss des Beraters – ausgegangen werden kann.⁴⁹ Macht ausschließlich der Geschäftsführer Ansprüche auf Ersatz seines eigenen Haftungsschadens gegenüber dem Berater geltend – etwa im Falle einer vorherigen Inanspruchnahme nach § 64 GmbHG durch den Insolvenzverwalter –, so kann es ebenfalls zur Anrechnung eines Mitverschuldens kommen. Hält er sich jedoch zuvor an die vom BGH aufgestellten Grundsätze für die Einholung von Expertenrat,⁵⁰ so kann ihm i.d.R. kein pflichtwidriges Fehlverhalten und damit kein (Mit-)Verschulden zur Last gelegt werden.⁵¹

V. Haftungsbegrenzungen und -vorsorge

Die allgemeinen Auftragsbedingungen (AAB), wie sie sich in der Praxis wiederfinden, helfen im Hinblick auf eine Begrenzung der Haftung nur bedingt. Soweit deliktische Ansprüche etwa aus § 826 BGB im Raume stehen (oder Vorsatz generell), helfen solche Haftungsbegrenzungen grundsätzlich nicht (vgl. § 276 Abs. 3 BGB). Gleiches gilt für Ansprüche Dritter, denen Einwendungen, die dem Berater gegenüber dem eigentlichen Vertragspartner zustehen, aufgrund der Interessenlage und bei nach Treu und Glauben zuzuerkennender Schutzbedürftigkeit zudem nicht ohne Weiteres entgegen gehalten werden können. § 334 BGB ist insoweit – auch konkludent – oftmals abbedungen.⁵²

Als Trugschluss erweist sich auch regelmäßig der als eingezogenes Sicherungsnetz gedachte Versicherungsschutz. Neben Jahreshöchstbeträgen, die nicht selten die Schäden gar nicht decken, greift in der Regel ein Ausschluss bei wissentlicher Pflichtverletzung, der weiterge-

hend als der reine Vorsatzausschluss ist und auch dann greift, wenn der Berater gerade vom Nichteintritt eines Schadens überzeugt war.⁵³ Besonderes Augenmerk ist daher auf die strikte Begrenzung und Konkretisierung des Auftragsgegenstands und -umfangs und dessen Einhaltung zu richten. Doch auch hier ist Vorsicht geboten. Soll eine Haftungsfolge sicher ausgeschlossen werden, darf sich der Experte nicht zu allem äußern, denn tut er dies doch, kann hierüber eine – haftungsrelevante – Rechtsbeziehung fingiert werden, mag dieser Bereich auch zuvor vom Auftragsgegenstand ausgenommen worden sein.⁵⁴ Gleichwohl kann mit klarer Definition des Auftrags und der Leistungsadressaten (bzw. ausdrücklicher Nennung nichtberechtigter Dritter) i.d.R. der Haftungsumfang begrenzt, wenn auch nicht für jeden Fall gänzlich ausgeschlossen werden.

VI. Zusammenfassung

1. Berater haften im Krisenfall gegenüber der Gesellschaft für etwaige Schäden u.U. mit den verantwortlichen Mitgliedern der Geschäftsleitung als Gesamtschuldner.
2. Gerade im Falle der Insolvenz droht die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen Dritter, sofern der Experte von deren Einbeziehung in den Schutzbereich des Beratungsvertrags ausgehen musste. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf Gesellschafter und Geschäftsführer, die sich auf Grund falscher Beratung des Experten selbst Schadensersatzansprüchen ausgesetzt sehen.
3. An die Sorgfaltspflichten ist ein typisierter objektiver Maßstab anzulegen, der sich an den für die konkrete Tätigkeit entwickelten Standards – ggf. auch anderer Berufsgruppen – orientiert.
4. Aus allgemeinen Steuerberatungs- und Bilanzierungsmandaten folgt per se keine insolvenzrechtliche Prüfungs- oder Hinweispflicht. Eine Weiterung des Mandatsumfangs kann sich aber im Einzelfall aus den Umständen ergeben.
5. Im Falle allgemeiner Sanierungsberatung ergeben sich im Zweifel umfassende Hinweis-, Schutz- und Schadensverhütungspflichten des Beraters.
6. Vertragliche Haftungsbegrenzungen sichern nur bedingt ab. Eine klare Festlegung und Einhaltung von Auftragsinhalt und Leistungsberechtigten ist in jedem Fall unerlässlich.

Dipl.-Volksw. Dr. Eike Dirk Eschenfelder, RA, ist Partner der Luther Rechtsanwaltskanzlei mbH in Frankfurt a.M./Stuttgart. Er berät regelmäßig zu Berufs- und Organhaftungsfragen sowie Compliance-Themen.



45 Vgl. BGH, 18.12.2008 – IX ZR 12/05, NJW 2009, 1141 zum steuerberatenden Mandat.

46 Vgl. hierzu Kayser, ZIP 2014, 597, 599.

47 BGH, 20.3.2008 – IX ZR 238/06, WM 2008, 950; BGH 14.6.2012 – IX ZR 145/11, BB 2012, V, NJW 2012, 3165.

48 Kayser, ZIP 2014, 597, 604.

49 BGH, 6.6.2013 – IX ZR 204/12, NJW 2013, 2345.

50 Vgl. BGH, 20.9.2011 – II ZR 234/09, BB 2011, 2960 m. BB-Komm. Fedtke („Istion“).

51 Dies ist keine Frage der Einbeziehung eines Dritten in den Schutzbereich des Beratungsvertrages, sondern eines etwaigen Mitverschuldens.

52 BGH, 10.11.1994 – III ZR 50/94, BB 1995, 170.

53 Ehlers, BB 2014, 131.

54 BGH, 20.4.2004 – X ZR 250/02, NJW 2004, 3035, 3039.