

Haftung im Bermudadreieck

Mannheim. Am 17.10.2017 hatte Prof. Dr. Georg Bitter bereits zum 23. Abendsymposium des ZIS in die Räumlichkeiten der Universität Mannheim eingeladen. Das Thema lautete »Praxis der Sanierungsberatung«. Wegen des praxisnahen Bezugs waren mit RAin Britta Grauke und RA Stefan Bank als Referenten ganz bewusst zwei ausgewiesene Praktiker ausgewählt worden. Grund für die Themenwahl waren spektakuläre Haftungsfälle, von welchen sogar große und namhafte Kanzleien nicht verschont geblieben sind.

Text: Rechtsanwalt Dr. Jürgen Erbe, Schultze & Braun

Nach einer gewohnt freundlichen Einleitung durch Professor Georg Bitter eröffnete RAin Britta Grauke (Weil, Gotschal & Manges LLP, Frankfurt) mit ihrem Vortrag »Sanierungsberatung im Bermudadreieck der Interessen«. Das Dreieck der Interessen stellt sich für sie zwischen Geschäftsführer, Gesellschafter und Gläubiger dar. Inhaltlich hob die Referentin als Hauptproblem die Schwierigkeiten der Praxis mit der Prüfung einer Fortbestehensprognose hervor. Einleitend wies sie darauf hin, dass die klassische und einfach festzustellende Zahlungsunfähigkeit in ihrer Praxis eher der Ausnahmefall sei bzw. nicht vorkomme. Man müsse sich somit mit der Fortbestehensprognose auseinandersetzen. Dies werde häufig anhand von Gutachten vorgenommen, was einen (Restrukturierungs-)Prozess langwierig und kostspielig gestalte. An der Gutachtenmentalität übte die Referentin offen Kritik, auch wenn sie zugestand, dass auch ihr Berufsstand zu den Profiteuren dieser Entwicklung zähle.

Der IDW-Standard 11 sei für die Klärung der offenen Fragen in der Praxis nur bedingt hilfreich. Zu den offenen Fragen zähle hauptsächlich, welcher in der Zukunft liegende Zeitraum für die Fortbestehensprognose beleuchtet werden muss. Des Weiteren die Frage, wie mit unplanbaren Sachverhalten umzugehen sei. Praktische Relevanz von Letzterem ergebe sich insbesondere bei Anleihen, da die Gläubiger häufig nicht bekannt seien und somit nur schwer beurteilt werden könne, ob eine Restrukturierung gelingen wird.

Darüber hinaus ergeben sich Probleme, die ihren Ursprung im Wortlaut des § 30 GmbHG haben. Dieser enthält ein Auszahlungsverbot an die Gesellschafter hinsichtlich des Stammkapitals. Der Begriff der »Auszahlungen« sei durch umfangreiche Kasuistik in der Rechtsprechung weiterentwickelt worden, welche für einen Juristen auch nachvollziehbar und logisch erscheinen mag. Viele Geschäftsführer erlebten dadurch aber böse Überraschungen, da sie in ihrer Handlung keine »Auszahlung« erkennen könnten. Dies greife auch in die Interessen der Gesellschafter ein. Diese zweite Gruppe könne in einem Restrukturierungsprozess eine unterstützende Rolle einnehmen, indem durch sie qualifizierte Rangrücktritte oder Patronatserklärungen ab-

gegeben werden. Auch durch die Abgabe von Anteilen und das Ermöglichen eines Debt-Equity-Swaps könne die Unterstützung bestehen. Eine Insolvenz sei aber für diese Gruppe mit hohem Reputations- und Kontrollverlust verbunden, weshalb durch die Gruppe der Gesellschafter immer wieder sehr viel Kraft investiert werde, eine Insolvenz zu verhindern. Dies liege nicht zuletzt daran, dass eine positive Rolle in der Insolvenz durch den Gesetzgeber nicht vorgesehen sei.



Thematisiert wurde auch das zunächst begrüßenswerte Urteil des BGH (Urt. v. 12.05.2016 – XI ZR 65/14), welches klarstellte, dass es nicht zwingend eines IDW-S-6-Gutachtens bedarf. Die Beobachtungen der Referentin aus der Praxis zeichnen jedoch ein anderes Bild, sodass häufig weiterhin durch Gläubiger, hauptsächlich Banken, ein IDW-S-6-Gutachten gefordert werde.

Hiermit leitete Grauke auch auf die dritte Gruppe der Beteiligten im Bermudadreieck über und stellte die unterschiedliche Interessenlage innerhalb der Gruppe der Gläubiger dar. Ein Gutachten werde bei klassischen Kreditgebern (Banken) nach wie vor überwiegend für erforderlich erachtet. Bei Fonds hingegen sei man oft etwas »lockerer unterwegs«. Bei der Beratung der Gläu-



RAIN Britta Grauke



RA Stefan Bank

bigerseite stellten sich nach der Beobachtung der Referentin häufig folgende Fragen: Was darf die Bank in der Krisensituation noch tun? Inwieweit ist es sinnvoll, dies zu dokumentieren? Ebenfalls stellen sich Fragen rund um die Sicherheitenbestellung in der Insolvenz und das damit zusammenhängende Thema des Verwertungsrechts des Insolvenzverwalters.

Unsicherheiten bestehen auch nicht erst seit dem prominenten Urteil (BFH, Beschl. v. 28.11.2016, GrS 1/15) zum Sanierungserlass aufseiten der Gläubiger. Auch bei Restrukturierungen von Konzernen komme es immer wieder zu Schwierigkeiten, da durch das Gesetz jeder Geschäftsführer gehalten ist, seinen eigenen Pflichtenkatalog zu erfüllen. Dies führe bei internationalen Unternehmungen häufig zu einer Isolation der deutschen Tochtergesellschaft, da dieser Pflichtenkatalog im internationalen Vergleich sehr umfangreich sei.

Rangrücktritt beseitigt bilanzielle Überschuldung häufig nicht

Im Nachgang zum Vortrag folgte die Diskussion. Professor Bitter warf die Frage auf, warum nicht an der Beseitigung einer bilanziellen Überschuldung gearbeitet werde. Die Referentin erläuterte, dass aus ihrer praktischen Erfahrung die Beseitigung einer bilanziellen Überschuldung häufig nicht mit einem einfachen Rangrücktritt zu erreichen sei, sondern wesentlich umfangreicher sei, was dann auch mit einem erheblichen Zeit- und Kostenaufwand verbunden sei. Bitter lenkte abschließend den Fokus auf das bereits angesprochene Verwertungsrecht des Verwalters und die Beurteilung bei Gegenständen, die nicht mit Besitz behaftet sind, wie beispielsweise GmbH-Anteile. Er verwies auf seine Recherchen zu diesem Thema und teilte mit, dass er zu dem Ergebnis gekommen sei, der Gesetzgeber habe dieses Problem der sonstigen Rechte nicht gesehen, wie sich aus den Motiven zur Gesetzgebung ergebe. Nach teleologischer Auslegung liege somit auch bei den sonstigen Rechten das Verwertungsrecht beim Verwalter. In der Praxis werde dieses Problem häufig dadurch umgangen, dass mit dem Verwalter eine sog. Verwertungsvereinbarung geschlossen wird.

Der zweite Referent war RA Stefan Bank aus der bock legal Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB, Frankfurt. Er trug zum Thema »Haftung in der Sanierungsberatung – aktuelle Tendenzen« vor. Er berät im Schwerpunkt Vorstände, Steuerberater und

Insolvenzverwalter zum Thema Haftungsfragen. Eingangs warf der Referent die Frage auf, wer potenzieller Anspruchsteller sein könne. Bezüglich der rechtlichen Einordnung der Sanierungsberatung wies der Referent auf die Einordnung als Dienst- oder Werkvertrag hin und dass es sich bei der Beauftragung mit der Prüfung des Vorliegens eines Insolvenzgrunds um eine werkvertragliche Regelung handle. Ebenfalls wird auf damit zusammenhängende Fallstricke hingewiesen. Einer davon sei aus seiner Sicht, dass der BGH keine besonders hohen Anforderungen an die Annahme eines konkludenten Prüfungsauftrags hinsichtlich eines Insolvenzgrunds stelle. Darüber stolperten auch schon einmal größere Kanzleien, die ein Mandat arbeitsteilig bearbeiten und nicht immer der auf Insolvenz und Sanierung spezialisierte Bereich hinzugezogen würde. Der Referent sprach über typische haftungsträchtige Fallkonstellationen wie beispielsweise die Bestimmung der Aktiva II ohne vollständige Unterlagen aus dem Unternehmen oder der objektiv unberechtigte Ansatz von Fortführungswerten bei Erstellung eines Jahresabschlusses angesichts bestehender Insolvenzreife.

Hieraus entwickelte sich dann auch die Diskussion, wie beispielsweise ein Steuerberater zu vergüten ist, wenn er zusätzliche Aufgaben übernimmt, und ob sich diese weiteren Prüfungspflichten des Steuerberaters vertraglich ausschließen lassen. Letzteres wird in der Literatur wohl teilweise bejaht, vom Referenten aber eher kritisch gesehen. Ebenfalls wurde kontrovers erörtert, wie der Schaden einer Falschberatung zu bemessen ist. Der Referent wies darauf hin, dass der Schaden in der Höhe der Steigerung der Überschuldung bestehe. Man müsse hierzu das negative Eigenkapital in der Handelsbilanz zugrunde legen. Es werde also die tatsächliche Überschuldungssituation zwischen dem Tag X (Tag der Insolvenzreife) und dem Antragsdatum verglichen. Hiergegen regte sich im Plenum Unbehagen, was auf zwei verschiedene Denkansätze zurückgeführt wurde. Es sei theoretisch denkbar, dass sich zwar die Überschuldung vergrößert hat, die Quote für die Gläubiger bei verspäteter Antragsstellung jedoch höher ausfällt als bei ordnungsgemäßer Antragstellung, weil sich beispielsweise Aktiva erhöhen. Wenn die Gläubiger trotz Pflichtverletzung des Beraters eine höhere Quote erhalten, entfalle denklösig bereits der Schaden. Gleiches gelte beim Heben sog. stiller Reserven. Wenn es auf die Handelsbilanz ankäme, würden solche Effekte nicht berücksichtigt. Das Fazit war, dass es wohl Klärungsbedarf gibt, auf welcher Grundlage die Vergrößerung der Überschuldung zu ermitteln ist. <<