

Stellungnahme
von Prof. Dr. Stefan Smid
zum
IDW ES 6
Entwurf IDW Standard:
Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten

I. Vorbemerkung

1. Ziele des Standards

Dass der vorliegende Standard überhaupt formuliert wird, ist nachhaltig zu begrüßen. Der Standard zielt auf die Erstellung eines Sanierungsplans, in dem Ergebnis-, Finanz- und Vermögensaspekte integriert erfasst werden (Punkt 6.3.). Damit wird die außergerichtliche Sanierung in einem weiten Umfang den Anforderungen unterworfen, die an die Errichtung eines Insolvenzplans zu stellen sind, was der zutreffende, sachlich gerechtfertigte Verweis auf die Regelungen der §§ 217 ff. InsO (Punkt 5.1.) deutlich macht.

Aussergerichtliche Sanierungen sind grundsätzlich wünschenswert.

Die aussergerichtliche Sanierung ist aber zuvörderst für die betroffenen Gläubiger gefährlich. Denn das Gesetz des Handelns liegt bei den Vertretern des schuldnerischen Unternehmens und bei deren Beratern. Für die Gläubiger kann eine insolvenzabwendende Sanierung des schuldnerischen Unternehmens mit einer Perpetuierung und Erweiterung ihrer Verluste verbunden sein. Soweit sich Gläubiger an Sanierungsmaßnahmen beteiligen, laufen sie Gefahr, sich auf die Schuldnerseite zu begeben und für das Handeln des Schuldners bzw. der organschaftlichen Vertreter der schuldnerischen Gesellschaft in Mithaft zu geraten. Denn für die beteiligten Akteure auf Schuldnerseite kann der fehlgeschlagene Sanierungsversuch eine deliktsrechtliche Haftung für die dadurch ausgelöste Gläubigerbenachteiligung nach sich ziehen (*Smid*, WM 2008,).¹ Der BGH hat diese - die Berater des Schuldners gesamtschuldnerisch neben seinen organschaftlichen Vertreter treffende - deliktsrechtliche Verantwortlichkeit allerdings unter der Voraussetzung eingeschränkt, dass ein realistisches Sanierungskonzept vorgelegen hat.

Der BGH² hat die schadenersatzrechtliche Haftung³ auch der anwaltlichen Berater von Gesellschaftsvorständen für den Fall bejaht, dass die Beratung zu einer Verzögerung von Antragsstellungen aufgrund fehlgeschlagener außergerichtlicher Sanierungsbemühungen geführt hat. Mit seinem „Akkordstörerurteil“⁴ hat der BGH eine „Pflicht“ von Gläubigern zur Mitwirkung an Versuchen einer außergerichtlichen Sanierung ausdrücklich abgelehnt, was durch die InsO nachdrücklich bestärkt worden ist.⁵

Der vorliegende Standard soll es erlaubt, in einer retrograden Betrachtung nach einem Fehlschlagen der Sanierung die Tragfähigkeit des zugrunde liegenden Sanierungskonzepts zu beurteilen und auf dieser Grundlage - beim Vorliegen eines solchen tragfähigen Sanierungskonzepts - die Akteure zu exculpieren.

Umgekehrt soll der vorliegende Standard es dem Insolvenzverwalter erleichtern, in einem auf das Scheitern eines Sanierungsversuchs folgenden Insolvenzverfahren die beteiligten Akteure haftungsrechtlich in Anspruch zu nehmen.

¹ Smid, WM 2008.

² BGH v. 26. 10. 2000 – IX ZR 227/99 – ZInsO 2001, 72 – ZIP 2001, 33.

³ Zur allgemeinen Beratungspflicht für Risiken aus dem Mandanten bereits bekannten Gesetzesverstößen auch BGH v. 6. 2. 1992 – IX ZR 95/91 – NJW 1992, 1159, 1160.

⁴ BGH v. 12. 12. 1991 – IX ZR 178/91 – BGHZ 116, 319.

⁵ Ausdrücklich anders *Eidenmüller* (Fn. 2), S. 555 ff., der von „Kooperationspflichten“ schreibt.

2. Defizite des Entwurfs

Der vorliegende Entwurf ist stark betriebswirtschaftlich orientiert; das liegt nahe, denn es geht bei der Sanierung schließlich um finanz- und leistungswirtschaftliche Restrukturierungsmaßnahmen. Bedenkt man indes die Zwecke des Standards, fällt das Fehlen einer Auseinandersetzung mit der einschlägigen Rechtsprechung des BGH zur aussergerichtlichen Sanierung auf. Diese Rechtsprechung darf aber nicht ausser Acht gelassen werden, will man die Rahmenbedingungen der aussergerichtlichen Sanierung hinreichend erfassen.

II. Verhaltensanforderungen an Schuldner und Berater in der Liquiditätskrise

1. Genauerer Verweis auf die Anforderungen einer am Standard 20 P 800 orientierten Finanzplanung

Aus insolvenzrechtlicher Sicht entscheidend sind die normativen Anforderungen, die an Schuldner und seine Berater in der Liquiditätskrise zu richten sind.

Liegt Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vor setzt dies zwingend die Begleitung der Sanierungsbemühungen durch eine zeitraumorientierte Finanzplanung voraus, mit der die im IDW Standard P 800 umgesetzte Judikatur des BGH peinlich genau berücksichtigt wird.

Schuldner und Berater haben aufgrund dauernd in angessenen Zeiträumen fortzuschreibenden Liquiditätsbilanzen während des Sanierungszeitraums eine Liquiditäts- oder Finanzplanung nach den Maßstäben des Standards PS 800 zu erstellen, um den Anforderungen einer retrograden Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit nach dem Scheitern der Sanierungsbemühungen Rechnung tragen zu können (zutreffend Punkt 3.6.1.); schuldnerische Organe und Berater sind gehalten, zur Ermittlung des Zeitpunkts eines etwaigen Scheiterns der Bemühung entsprechende Dokumentationen zu erstellen. Sie selbst können daran ablesen, wann eine Antragspflicht begründet ist.

Unter den Punkten 5.2. und 5.3. wird dieser Zusammenhang m.E. nach nicht hinreichend klargemacht. Es erscheint mir empfehlenswert, diesen Punkt 5.2. näher auszuführen.

Auch die Berücksichtigung der Anforderungen des Standards PS 800 bewahren organschaftliche Vertreter und ihre Berater nicht vor Verfolgung. Besonderes Augenmerk sollte daher der Vermittlung der Standards in dem Zusammenhang der Auslegung insolvenzstrafrechtlicher Normen gelegt werden.

2. Genauere Berücksichtigung der Haftungsrisiken aussergerichtlicher Sanierungsberatung bei der Formulierung von Sanierungsstandards

a) Risikolage

Der Berater sollte sich bewusst sein, dass im Falle des Scheiterns auch der am Besten vorbereiteten Sanierung allein über den Mechanismus der Mitteilungen in Zivilsachen durch das Amtsgericht – Insolvenzgericht – an die zuständige Staatsanwaltschaft die Sanierungsbemühungen zu einem staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren führen werden. Daher sollten die folgenden Erwägungen in den Standards Berücksichtigung finden:

b) Kurzfristige Überbrückungskredite

aa) Schadenersatzrechtliche Haftung von Kreditinstitut und Berater

Sanierungsversuche werden sich realistisch jedenfalls bei drohender Illiquidität des Unternehmens nicht unternehmen lassen, wenn keine Liquidität bereitgestellt wird.

Dies geschieht regelmäßig in Gestalt von Überziehungskrediten.

Für die beteiligten Kreditinstitute ist dies mit erheblichen Risiken verbunden, wie die Judikatur des BH zeigt. Der Berater des schuldnerischen Unternehmens wird nicht selten von den beteiligten Kreditinstituten finanziert; gleich, ob er von ihnen beauftragt wird oder seinen Auftrag vom Schuldner erhält, wird nicht selten eine Haftung für Schäden, die das begleitende

Kreditinstitut in Folge der Abwicklung des Auftrags der Sanierungsbegleitung erleidet, bei dem Berater Rückgriff nehmen können.

Daher scheint es erforderlich, bereits im Rahmen eines Sanierungsstandards auf die Sorgfaltsmaßstäbe deutlicher als im vorliegenden Entwurf hinzuweisen, die von der Rechtsprechung des BGH hierzu entwickelt worden sind:

bb) Voraussetzung möglicher Schadenersatzverpflichtung

Der BGH hat nämlich ausgeführt, dass ein dauernder Kapitalmangel, der zur Weiterführung des Unternehmens durchgreifende Sanierungsmaßnahmen erfordert, nicht ausschließt, daß sich der Zweck eines in diesem Zustand in Anspruch genommenen Überziehungskredits darauf beschränkt, für kurze Zeit einen besonders dringlichen Geldbedarf zu befriedigen, ohne daß damit bereits die Absicht nachhaltiger Sanierung durch einen längerfristigen Ersatz des fehlenden Eigenkapitals verbunden ist.⁶

Der II. Zivilsenat führte in diesem Zusammenhang folgendes aus: Ein dauernder Kapitalmangel, der zur Weiterführung des Unternehmens durchgreifende Sanierungsmaßnahmen erfordert, schließt nicht aus, daß sich der Zweck eines in diesem Zustand in Anspruch genommenen Überziehungskredits darauf beschränkt, für kurze Zeit einen besonders dringlichen Geldbedarf zu befriedigen, ohne daß damit bereits die Absicht nachhaltiger Sanierung durch einen längerfristigen Ersatz des fehlenden Eigenkapitals verbunden ist.

Eine Schadenersatzpflicht der Bank kommt nach § 826 BGB in Betracht, wenn das Kreditinstitut durch die Hergabe hoher Kredite sittenwidrig einen drohenden Konkurs des Bankkunden/Schuldners verschleppt hat. Einer Bank bleibt es grundsätzlich überlassen, ob sie ein notleidendes Unternehmen, dem sie Kredit gegeben hat, fallen lassen will. Entschließt sie sich zu dem Versuch, das Unternehmen durch weitere Kredite zu stützen, so verstößt sie nicht schon deshalb gegen die guten Sitten, weil die Möglichkeit eines Mißlingens und damit einer Schädigung anderer Gläubiger besteht, die infolge zu günstiger Beurteilung der Lage ihre Forderung nicht rechtzeitig betreiben oder sichern oder neue Geschäfte eingehen. Der Vorwurf sittenwidriger Schädigung kann aber dann begründet sein, wenn der Kreditgeber um eigener Vorteile willen den Konkurs des Unternehmens lediglich hinausschiebt⁷ und für ihn abzusehen ist, daß er dessen Zusammenbruch allenfalls verzögern, aber nicht auf die Dauer verhindern kann.⁸

Gestattet das Kreditinstitut dem Schuldner insbesondere Überziehungen, die lediglich dazu dienen, durch die Vorfinanzierung zu erwartender Zahlungseingänge eine kurzfristige Liquiditätsenge zu überbrücken spricht dies für eine gewollte Konkursverzögerung und kann dies den Tatbestand des § 826 BGB erfüllenden Konkursverschleppung verwirklichen. Denn mit der Hergabe von Kreditmitteln, die der Schuldnerin bald wieder entzogen werden sollten, kann eine dauerhafte Sanierung nicht erreicht werden. Der Bank ist in einer solchen Lage regelmäßig bewußt, dass sie die ernste Krise, in der sich die Schuldnerin befindet, auf diese Weise nicht beheben zu können, solange die Schuldnerin zunächst im Zustand unveränderter Existenzgefährdung belassen wird, wenn sie diesen nicht sogar noch verschärft. Nur wenn die kurzfristige Kreditvergabe mit der Erwartung verbunden wird, dass bei der Bewilligung der Kontoüberziehungen weitere Sanierungsbemühungen vorgenommen werden, kann eine andere Betrachtung rechtfertigen.⁹

⁶ BGH, Urt. v. 26.3.1984 - II ZR 171/84, BGHZ 90, 381 ff.

⁷ BGH, Urt. v. 26.3.1984 - II ZR 171/84, BGHZ 90, 381 ff.

⁸ **BGH**, Urt. v. 9.2.1965 - VI ZR 153/63, WM 1975, 475; v. 9.12.1969 - VI ZR 50/68, LM BGB § 826 Ge Nr. 8; BGHZ 75, 96, 114 f. m.w.N.

⁹ BGH, Urt. v. 26.3.1984 - II ZR 171/84, BGHZ 90, 381 ff.

cc) Abweichende anfechtungsrechtliche Fragestellung

Anfechtungsrechtlich kann sich dies allerdings anders darstellen, was sich aus der Funktion des Insolvenzanfechtungsrechts ergibt, die sich von Schadenersatzregelungen unterscheidet: Eine Gläubigerbenachteiligungsabsicht des Schuldners und eine entsprechende Kenntnis des Anfechtungsgegners können auch dann ausgeschlossen sein, wenn lediglich ein Überbrückungskredit gewährt wurde, der nicht die Qualität eines Sanierungsversuchs erreicht. Jene subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen dürfen nicht allein schon deswegen bejaht werden, weil ein Sanierungsversuch objektiv nicht hinreichend fachgerecht vorbereitet wurde: Sogar Fahrlässigkeit genügt nicht für eine Anwendung des § 31 Nr. 1 KO. Die Frage des Sanierungsversuchs hat hierbei - nur - indizielle Bedeutung.¹⁰ Beteiligte, die ernsthaft und mit aus ihrer Sicht tauglichen Mitteln die Sanierung anstreben, handeln subjektiv redlich: Sie wollen typischerweise den Eintritt der Gläubigerbenachteiligung gerade vermeiden, nehmen sie also durchweg nicht in Kauf. Dabei kann die fachgerechte Einleitung des Versuchs allerdings Rückschlüsse auf dessen Ernsthaftigkeit zulassen.¹¹

c) Mögliche Nichtigkeit der Besicherung von Sanierungsdarlehen

aa) Fragestellung

Eine Bank, die einem konkursreifen Unternehmen zum Zwecke der Sanierung einen Kredit gegen Sicherheitsleistungen gewährt und dadurch bewirkt, daß möglicherweise Dritte zu ihrem Schaden über die Kreditwürdigkeit des Unternehmens getäuscht werden, ist in der Regel verpflichtet, vor der Krediteinräumung durch einen branchenkundigen Wirtschaftsfachmann eingehend und objektiv prüfen zu lassen, ob das Sanierungsvorhaben Erfolg verspricht. Unterläßt sie diese Prüfung, ohne stichhaltige Gründe dafür zu besitzen, oder konnte sie auf Grund der Prüfung nicht von den Erfolgsaussichten des Vorhabens überzeugt sein, dann sind die im Zusammenhang mit der Kreditgewährung geschlossenen Sicherungsübereignungsverträge nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig.¹²

Die Frage, ob die Sicherungsverträge nach § 138 BGB nichtig sind, ist streng zu trennen von der wesentlich anders liegenden Frage, ob die etwa geschädigten übrigen Gläubiger einen Schadenersatzanspruch gegen die Bank nach § 826 BGB haben.

Die Nichtigkeit des Sicherungsvertrages folgt in allen diesen Fällen aus § 138 Abs 1 BGB. Es kann nicht allgemein von einem bestimmten Tatbestand der Gläubigergefährdung ausgegangen und gesagt werden, daß in allen Fällen ganz bestimmte Merkmale in subjektiver oder objektiver Hinsicht vorliegen müssen, damit ein Sicherungsvertrag nach § 138 Abs 1 BGB aus dem Gesichtspunkt der Gläubigergefährdung nichtig ist. Es sind vielmehr stets die besonderen Umstände des einzelnen Falles darauf zu prüfen, ob der Vertrag mit dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden übereinstimmt. Dabei sind vor allem die Anschauungen der in Betracht kommenden beteiligten Kreise, hier die der ehrbaren Kaufmannschaft, zu berücksichtigen, wobei das Durchschnittsmaß von Redlichkeit und Anstand zugrunde zu legen ist. Etwaige Mißbräuche, die sich in bestimmten Kreisen gebildet haben, sind nicht zu beachten.¹³

bb) Vorliegen der Gläubigerbenachteiligungsabsicht

Ein Sicherungsvertrag, der die Möglichkeit eröffnet, daß neue Gläubiger über die Kreditwürdigkeit des Schuldners getäuscht werden und Schaden erleiden, kann unter Umständen vorwiegend wegen seines objektiven Inhalts sittenwidrig sein. Derartige Umstände können vorliegen, wenn wegen der besonderen Verhältnisse die Möglichkeit, daß Dritte infolge des Vertrages Schaden leiden, so naheliegend ist, daß die Vertragschließenden

¹⁰ vgl. BGH, Beschl. v. 20. Juni 1996 - IX ZR 314/95, ZIP 1996, 1475.

¹¹ BGH, Urt. v. 4.12.1997 - IX ZR 47/97, DZWIR 1998, 284.

¹² BGH, Urt. v. 9.7.1953 - IV ZR 242/52, BGHZ 10, 228.

¹³ BGH, Urt. v. 9.7.1953 - IV ZR 242/52, BGHZ 10, 228.

bei der von ihnen nach den Umständen zu verlangenden sorgfältigen Überlegung sich sagen mußten, diese Möglichkeit werde sich mit ziemlicher Sicherheit verwirklichen. Ein Rechtsgeschäft, das die Möglichkeit setzt, daß Dritte getäuscht werden und dadurch Schaden leiden, verstößt auch dann gegen das Anstands- und Gerechtigkeits*-gefühl aller ehrbaren Kaufleute, wenn die Vertragschließenden sich grob fahrlässig der Erkenntnis verschlossen haben, daß dieser Schaden tatsächlich eintreten werde. Es ist nicht so, wie es das Berufungsgericht angenommen hat, daß Sicherungsverträge, die im Zusammenhang mit Sanierungsvorhaben abgeschlossen werden, wegen Gläubigergefährdung nur dann nichtig sind, wenn die Vertragschließenden die Schädigung Dritter bewußt in Kauf genommen haben. Auch das Reichsgericht hat schon ausgesprochen, daß unter Umständen grobe Fahrlässigkeit (Gewissenlosigkeit) die Annahme eines Sittenverstoßes rechtfertigen könne.¹⁴

cc) Gewissenloses (fahrlässiges) Herbeiführen der Gläubigerbenachteiligung

Ist die Wahrscheinlichkeit einer Schädigung Dritter weniger naheliegend, dann sind Beweggrund und Zweck des Vertrages für das Urteil, ob dieser mit dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Menschen vereinbar ist, bedeutsamer. Verfolgen die Parteien mit dem Sicherungsvertrag nur Zwecke, die nicht als berechtigt anerkannt werden können, soll der Zusammenbruch des Schuldners nur hinausgeschoben werden und hofft der Gläubiger, sich dadurch persönliche Vorteile zu verschaffen, so kann der Vertrag aus diesem Grunde sittenwidrig sein, wenn er die Möglichkeit einer zu Schaden führenden Täuschung Dritter über die Kreditwürdigkeit des Schuldners schafft, ohne daß es darauf ankommt, ob die Vertragsparteien diese Folge gewollt haben. Wird dagegen mit dem Sicherungsvertrag der Zweck verfolgt, den Schuldner wirklich zu sanieren, so reicht die nicht allzu naheliegende Möglichkeit einer Täuschung und Schädigung Dritter dann nicht aus, um den Vertrag sittenwidrig erscheinen zu lassen, wenn die Parteien auf Grund einer sachkundigen und sorgfältigen Prüfung der Lage des Schuldners und besonders der Geschäftsaussichten überzeugt waren, das Sanierungsvorhaben werde Erfolg haben und eine Schädigung Dritter letztlich nicht eintreten. Dabei sind an die Pflicht zur sachkundigen, sorgfältigen und gewissenhaften Prüfung der Lage des Schuldners und der Entwicklungsmöglichkeit seines Geschäfts strengere Anforderungen zu stellen, wenn der Beweggrund für die Bewilligung des Kredites zur Sanierung des Schuldners eigennützig war. Ein eigennütziger Beweggrund würde zB insbesondere dann vorliegen, wenn der Gläubiger befürchtet, der Schuldner werde, falls eine Sanierung nicht versucht werde, auch die ihm von dem Gläubiger früher eingeräumten Kredite nicht zurückzahlen können. Unter solchen Umständen, in denen der Beweggrund für die Sanierung des Schuldners von seiten des kreditgewährenden Gläubigers eigennützig ist, müssen Gläubiger und Schuldner, um dem Vorwurf sittenwidrigen Verhaltens zu entgehen, besonders sorgfältig prüfen, ob das Sanierungsvorhaben auch Erfolg haben wird.

dd) Überzeugung des Schuldners von dem Erfolg seiner Sanierungsbemühungen

Ist der Gemeinschuldner im Zeitpunkt der Vollendung der anfechtbaren Handlung aufgrund konkreter Vorstellungen davon überzeugt, in absehbarer Zeit alle seine Gläubiger befriedigen zu können, so handelt er nicht mit Gläubigerbenachteiligungsabsicht. Bei der Anfechtung von Kreditsicherheiten wegen Gläubigerbenachteiligungsabsicht haben ernsthafte Sanierungsbemühungen von Sicherungsgeber und -nehmer - nur - die Bedeutung eines Beweisanzeichens gegen eine Benachteiligungsabsicht und eine entsprechende Kenntnis des Sicherungsnehmers. Diese subjektiven Voraussetzungen können im Einzelfall auch dann ausgeschlossen sein, wenn die Sanierung mit objektiv unzureichenden Mitteln versucht wurde.¹⁵

¹⁴ RGZ 143, 49, 51.

¹⁵ BGH, Urt. v. 4.12.1997 - IX ZR 47/97, DZWIR 1998, 284.

Eine Gläubigerbenachteiligungsabsicht der Schuldnerin ist nicht von vornherein durch den Hinweis auf das gemeinsame Sanierungsbemühen auszuschließen. Insoweit ist vielmehr zu unterscheiden:

Ein ernsthafter Sanierungsversuch setzt mindestens ein in sich schlüssiges Konzept voraus, das von den erkannten und erkennbaren tatsächlichen Gegebenheiten ausgeht und nicht offensichtlich undurchführbar ist.¹⁶ Sowohl für die Frage der Erkennbarkeit der Ausgangslage als auch für die Prognose der Durchführbarkeit ist auf die Beurteilung eines unvoreingenommenen - nicht notwendigerweise unbeteiligten -, branchenkundigen Fachmanns abzustellen, dem die vorgeschriebenen oder üblichen Buchhaltungsunterlagen zeitnah vorliegen.¹⁷ Eine solche Prüfung muß die wirtschaftliche Lage des Schuldners im Rahmen seiner Wirtschaftsbranche analysieren und die Krisenursachen sowie die Vermögens-, Ertrags- und Finanzlage erfassen.¹⁸

d) Sanierungen kleinerer Unternehmen

Besonders in Kreisen der Kreditinstitute herrscht die irrige Auffassung vor, dass bei der Insolvenz „kleiner Unternehmen“ ein minder hoher Sorgfaltsgrad der Bemühungen von Sanierungsberatern, Schuldnern und Sachbearbeitern der Institute anzulegen sei. Dies ist falsch und kann zur schadenersatzrechtlichen ebenso wie strafrechtlichen Inanspruchnahme der Beteiligten führen:

Die Grundsätze, die der BGH zu der aussergerichtlichen Sanierung formuliert hat, gelten grundsätzlich auch für den Versuch der Sanierung eines kleineren Unternehmens, weil dabei ebenfalls Gläubiger in für sie beträchtlichem Umfange geschädigt werden können; lediglich das Ausmaß der Prüfung kann dem Umfang des Unternehmens und der verfügbaren Zeit angepaßt werden.¹⁹

II. Verhaltensanforderungen an Schuldner und Berater in der Liquiditätskrise

1. Vorbemerkung

Die Sanierung ist zeitaufwendig und verschlingt im Zweifelsfall enorme Mittel. Die mit ungewöhnlicher Verbitterung geführte öffentliche Diskussion im Falle „Märklin“ im Jahr 2009 hat deutlich gemacht, dass nicht anders als eine Heilbehandlung an dem Körper der natürlichen Person die Sanierungsarbeit an schuldnerischen Gesellschaften durchaus letale Folgen zu haben geeignet sind.

Um im Bilde zu bleiben: Nicht anders als der behandelnde Arzt kann der Sanierungsberater seine aufwendigen Bemühungen nicht ohne entsprechende Vergütungen vornehmen, die im Falle des Scheiterns einer Sanierung in dem sich anschliessenden Insolvenzverfahren insolvenzanfechtungsrechtlich in Frage gestellt werden.

Zu Standards der aussergerichtlichen Sanierung gehört daher eine Bemerkung zur Finanzierung derartiger Tätigkeit.

2. Anfechtbarkeit der Zahlung des Beraterhonorars

Problematisch ist die Beurteilung gescheiterter Sanierungsversuche, denn für § 133 Abs. 1 InsO genügt die bloße mittelbare Gläubigerbenachteiligung.²⁰ Die denkbaren Fälle einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung sind zwar zu verschiedenartig, als daß sie ausnahmslos einen Rückschluß insbesondere auf eine Benachteiligungsabsicht zuließen.²¹ Ein

¹⁶ . v. 12. November 1992 - IX ZR 236/91, aaO; vgl. auch. v. 15. Dezember 1994 - IX ZR 18/94, ZIP 1995, 297, 299

¹⁷ BGHZ 10, 228, 234; BGH, Urt. v. 2. Februar 1955 - IV ZR 252/54, NJW 1955, 1272, 1273 f; v. 2. November 1955 - IV ZR 103/55, NJW 1956, 417, 418; v. 1. Februar 1956 - IV ZR 249/55, NJW 1956, 585 f.

¹⁸ BGH, Urt. v. 4.12.1997 - IX ZR 47/97, DZWIR 1998, 284.

¹⁹ BGH, Urt. v. 4.12.1997 - IX ZR 47/97, DZWIR 1998, 284.

²⁰ Smid, Praxishandbuch Insolvenzrecht, 5. Aufl. 2007, § 20 Rn. 36.

²¹ BGH, Urt. v. 4.12.1997 - IX ZR 47/97, DZWIR 1998, 284.

ernsthafter Sanierungsversuch kann unter Umständen als solcher eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung objektiv sogar dann ausschließen, wenn er letztlich scheitert.²² Wenn aber bei Vornahme des Sanierungsgeschäftes konkrete Tatsachen vorlagen, infolgeder der Schuldner vom Erfolg der Sanierung und der damit verbundenen späteren Gläubigerbefriedigung ausgehen konnte, war nach der bisherigen (zur Vergleichs- und Konkursordnung ergangenen!) Judikatur des BGH regelmäßig eine Benachteiligungsabsicht zu verneinen.²³ Zur Erfüllung des subjektiven Tatbestandes war es danach erforderlich, dass der Anfechtungsgegner von der Benachteiligungsabsicht des Schuldners zur Zeit der Vornahme der Rechtshandlungen Kenntnis hatte.²⁴ Dieser Beweis war vom Insolvenzverwalter zu erbringen.²⁵

So hat der BGH mit Ur. v. 12. November 1992²⁶ im Falle einer fehlgeschlagenen Sanierung entschieden, die Inkongruenz der Deckung sei ein Beweiszeichen für das Vorliegen der Benachteiligungsabsicht, das aber bei Geringfügigkeit der Inkongruenz „herabgesetzt“ und gar entkräftet werde, wenn die angefochtene Rechtshandlung in unmittelbarem Zusammenhang mit der Durchführung eines Sanierungskonzepts steht. Dieser Entscheidung muss freilich widersprochen werden, da sie nicht nur die ökonomischen Interessen bei Sanierungsversuchen verkennt, sondern, gravierender, daran vorbeigeht, dass der vorkonkursliche Sanierungsversuch eine schwerwiegende Einflussnahme auf das Verhältnis zwischen späterem Gemeinschuldner und den übrigen Gläubigern darstellt, deren Rechtsdurchsetzungsaussichten beim Fehlschlagen der Sanierung oftmals nachdrücklich geschmälert werden, in aller Regel ohne dass sie Möglichkeiten haben, auf den Gang des Sanierungsversuches einzuwirken. Der Sanierungsversuch widerlegt daher nicht die Gläubigergefährdung.

Die Bezahlung der Kosten außergerichtlicher Sanierung (insbesondere Honorare eines Sanierungsberaters) unterliegen aber der Insolvenzanfechtung, da der Gesetzgeber mit der InsO für die gerichtliche Sanierung im Insolvenzverfahren optiert hat. Die Honorare der Sanierungsberater unterliegen nur dann nicht der Insolvenzanfechtung, wenn ihre Zahlung als Bargeschäft nach § 142 InsO qualifiziert und die Beratung zutreffend, also im Falle antragspflichtiger Schuldner auf die Einleitung eines Insolvenzverfahrens durch Eigenantragstellung gerichtet war.²⁷

Das Urteil des IX. Zivilsenats des BGH vom 26. 10. 2000²⁸ schafft über die Reichweite der Haftung wegen einer Teilnahme an Sanierungsbemühungen im Vorfeld der Insolvenzantragstellung Klarheit. Nach der Entscheidung des BGH besteht kein Zweifel mehr daran, dass ein Berater des schuldnerischen Unternehmens eine persönliche Haftung wegen einer Schädigung von Gläubigern nach Beginn seiner Beratungstätigkeit durch die Fortsetzung des Geschäftsbetriebes der Schuldnerin nur dadurch ausschließen kann, dass er die Organe der Schuldnerin zur Stellung eines Eigenantrages (§ 13 Abs. 1 InsO) auffordert und sie über die haftungsrechtlichen Folgen der Unterlassung der Stellung eines derartigen Eigenantrages (§§ 63 ff. GmbHG, § 99 GenG, § 92 AktG) belehrt. Der BGH hat dabei darauf hingewiesen, dass diese Pflicht des Sanierungsberaters eines verschuldeten Unternehmens auch nicht dadurch suspendiert wird, dass die Schuldnerin von dritter Seite beraten bzw.

²² So für Beratervergütungen BGHZ 77, 250, 252 ff; Senatsurt. v. 28. Januar 1988 - IX ZR 102/87, WM 1988, 472, 474.

²³ BGH v. 12. 11. 1992 - IX ZR 236/91 - ZIP 1993, 276; *Paulus* in: Kübler/Prütting, Kommentar zur Insolvenzordnung, § 133 Rn. 11.

²⁴ Zur Kenntnis der Bank bei inkongruenter Deckung: BGH v. 13. 1. 2005 - IX ZR 457/00 m. Anm. *Smid*, jprins 1/2005 Anm. 4.

²⁵ *Baur/Stürner*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Bd. II, 12. Aufl. 1990, § 19 Rn. 19.17, *de Bra* in: Braun, InsO, 2. Aufl. 2004, § 133 Rn. 22.

²⁶ BGH v. 12. 11. 1992 - IX ZR 236/91 - ZIP 1993, 276.

²⁷ Vgl. m. w. N. *Smid* in: Konecny, Insolvenzforum 2004, S. 189 ff.

²⁸ BGH v. 26. 10. 2000 - IX ZR 289/99 - WM 2001, 98.

betreut wird, wie es insbesondere im genossenschaftlichen Bereich (§ 54 GenG) im Rahmen der Betreuung von Genossenschaften durch genossenschaftliche Prüfungsverbände u.dgl.m. der Fall ist. Dem Urteil des BGH lag dabei ein Sachverhalt zugrunde in dem die Beratungstätigkeit durch einen Rechtsanwalt ausgeübt worden war, der von der schuldnerischen Genossenschaft als „außergerichtlicher Vergleichsverwalter“ unter Fortdauer der organschaftlichen Tätigkeit von Vorstand und Aufsichtsrat der Genossenschaft bestellt worden war. Der beklagte Rechtsanwalt hat dann im Verlauf von über drei Jahren sich erfolglos um den Abschluss eines außergerichtlichen Vergleichs bemüht, bis es zur Stellung des Eigenantrags kam; u.a. aufgrund von Stellungnahmen des genossenschaftlichen Prüfungsverbandes war von Anfang an klar, dass die schuldnerische Genossenschaft überschuldet war. Auf Grund seiner anwaltlichen Standespflichten traf daher den außergerichtlichen Vergleichsverwalter in dem vom BGH entschiedenen Fall zweifelsfrei die Pflicht, die Mandantin darüber zu belehren, dass der Versuch eines außergerichtlichen Vergleichs mit den Gläubigern nach Eintritt eines Insolvenzeröffnungsgrundes wegen der daraus resultierenden erheblichen Haftungsfolgen sehr bedenklich war. Im Falle der Sanierungstätigkeit durch einen Rechtsanwalt ergibt sich aus den anwaltlichen Standespflichten unmittelbar, dass diese Belehrungspflicht auch unmittelbar gegenüber einer Mandantschaft besteht, von der der der Anwalt annimmt, sie sei rechtlich und wirtschaftlich erfahren und die anderweitig Rechtsberatung in Anspruch nimmt. Dabei kommt es im Übrigen nicht darauf an, diese weitere Beratung durch einen genossenschaftlichen Verband oder durch dritte Berater (Steuer- und Wirtschaftberater, Unternehmensberater, u.dgl.m.) ausgeübt wird. Der IX. Zivilsenat des BGH hat dabei erkennen lassen, wie gefährlich die außergerichtliche Sanierungstätigkeit für den Rechtsanwalt ist, wenn er den Mandanten nicht zur Eigenantragstellung veranlasst bzw ihn über die Risiken der Unterlassung einer solchen Eigenantragstellung hinreichend belehrt. Denn regelmäßig wird dem beratenden Rechtsanwalt als außergerichtlichen Vergleichsverwalter auch die dreijährige Verjährungspflicht der § 51 b BRAO nicht helfen. Solange das Mandat andauert, besteht nach der Feststellung des BGH möglicherweise ein Sekundäranspruch gegen den Rechtsanwalt als außergerichtlichen Vergleichsverwalter. Dieser Anspruch beruht darauf, dass der Rechtsanwalt verpflichtet ist, den Mandanten darauf hinzuweisen, dass bei der Beratungstätigkeit durch das Unterlassen des Hinweises auf die Bedenklichkeit eines außergerichtlichen Vergleichs bzw. Sanierungsverfahrens eine Pflichtwidrigkeit verwirklicht worden ist. Die Pflicht, einen derartigen Hinweis zur Ermöglichung der Realisierung von Regressansprüchen des Mandanten gegen den Rechtsanwalt zu geben, besteht bis zum Ende des Mandats. Für die sich aus der pflichtwidrigen Unterlassung dieses Hinweises ergebenden Regressansprüche beginnt der Lauf der Verjährungsfrist der § 51 b BRAO mithin erst mit der Beendigung des Mandats. Die vorliegende Entscheidung des IX. Zivilsenats macht nur deutlich, dass der Insolvenzverwalter bei der Geltendmachung dieser Ansprüche die Verjährungsfrist des § 51 b BRAO dadurch unterbricht, dass er die betreffenden Regressansprüche im Einzelnen genau beziffert.

Der als außergerichtliche Sanierungsverwalter tätige Rechtsanwalt kann sich wegen der vorkonkurslichen Befriedigung seiner aus dieser Tätigkeit hervorgegangenen Honoraransprüche auch nicht vor einer Insolvenzanfechtung sicher wähnen²⁹, wie der IX. Zivilsenat in seinen Urteil überzeugend darstellt. Etwas anderes käme nämlich nur dann in Betracht, wenn der außergerichtliche Sanierungsverwalter sein Honorar im Wege der so genannten Bardeckung vergütet erhalten würde und die ihm zugeflossenen Mittel daher gem. § 142 InsO behalten dürfte. Der IX. Zivilsenat erkennt dem gegenüber mit überzeugenden Erwägungen darauf, dass der Ausschluss der Insolvenzanfechtung erfolgter Honorarzahung sich dann nicht auf den Gesichtspunkt der Bardeckung berufen kann, wenn die von dem

²⁹ A. A. Riggert in: Braun, InsO, 2. Aufl. 2004, § 142 Rn. 10 (Anfechtbarkeit nur bei Fehlen jeglicher Erfolgsaussicht der Sanierung).

Anfechtungsgegner erbrachte Tätigkeit sich als nicht sachgerecht erwiesen hat. Die außergerichtliche Sanierungsberatung ist, wenn sie nicht dazu führt, den Beratenen zum rechtzeitigen Stellen eines Eigenantrages zu veranlassen, immer sachwidrig. Durch eine sachwidrige Beratungstätigkeit, die in ihrem Ergebnis dazu führt, dass sowohl die Gläubiger des beratenen Schuldners Schäden erleiden, als auch eine Haftung der organschaftlichen Vertreter der beratenen Schuldnerin begründet wird, führt im Übrigen evident nicht dazu, dass das Vermögen des Schuldner einen Zuwachs erhält. Der Gesichtspunkt der Bardeckung gem. § 142 InsO beruht aber auf dem Gesichtspunkt, dass bei Bardeckung sich Leistung und Gegenleistung dergestalt gegenüber stehen, dass das schuldnerische Vermögen unmittelbar einen Wertzuwachs erhält.³⁰

Anmerkung: Eingang als E-Mail beim IDW am 13.06.2009

30 Ähnlich *Kirchhof* in: MünchKomm-InsO, 1. Aufl. 2001, § 142 Rn. 1: wenigstens Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung.