

4.2.3 Unentgeltliche Leistung

Sieht der Kreditgeber die Rückzahlung älterer Kredite in der Zukunft gefährdet, wird er ein Stillhalten, einen Verzicht auf die Geltendmachung von Kündigungsrechten oder eine Prolongation häufig davon abhängig machen, dass ihm weitere Sicherheiten zur Absicherung der Kreditrückzahlungsansprüche bestellt werden. Ist der Kreditnehmer dazu selbst nicht in der Lage, werden auch Sicherheiten durch Dritte, wie z.B. Schwestergesellschaften und Muttergesellschaften bestellt. 288

Die nachträgliche Besicherung einer fremden Schuld kann vom Insolvenzverwalter eines später insolventen Sicherungsgebers gegenüber dem Kreditgeber als **unentgeltliche Leistung** nach § 134 Abs. 1 InsO angefochten werden, wenn der Kreditgeber als Zuwendungsempfänger keine ausgleichende Gegenleistung erbracht hat.⁴¹² Die **Unentgeltlichkeit** i.S.d. § 134 Abs. 1 InsO liegt unabhängig davon vor, ob der Schuldner gegenüber dem mittelbar begünstigten Drittschuldner – etwa im Rahmen einer konzernähnlichen Abrede – zu der Leistung verpflichtet war oder ob er ein eigenes Interesse an der Leistungserbringung hatte.⁴¹³ Auch das bloße **Stehenlassen des Darlehensrückzahlungsanspruchs** ist nach der Rechtsprechung des BGH keine ausreichende Gegenleistung, da das bloße Unterlassen der Rückforderung **keine Zuführung eines neuen Vermögenswertes** darstellt.⁴¹⁴ Der Kreditgeber wird damit in Insolvenzanfechtungsprozessen nicht einwenden können, er habe das Darlehen fällig stellen können. 289

Da die Insolvenzanfechtung nach § 134 Abs. 1 InsO keine weiteren subjektiven Voraussetzungen hat, können Insolvenzverwalter ohne erheblichen Aufwand Sicherheiten, die für fremde Verbindlichkeiten in einem Vier-Jahres-Zeitraum vor dem Insolvenzantrag gestellt wurden, für die Insolvenzmasse zurückgewinnen. 290

V. Berater

Die wohl dynamischste Entwicklung unter Haftungsgesichtspunkten ist im Zusammenhang mit Beratern⁴¹⁵ zu beobachten.⁴¹⁶ Erfahrungsgemäß teilen sich Unternehmensberater, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Rechtsanwälte/Fachanwälte für Insolvenzrecht sowie Insolvenzverwalter (nachfolgend ohne Unterscheidung nur „Berater“) das Feld der Unternehmenssanierung/Krisenberatung. In gleichem Maße, wie Fälle der Unternehmenssanierung/Krisenberatung in der Öffentlichkeit verstärkt wahrgenommen werden, wird auch die Unternehmenssanierung deutlich häufiger zum Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen, aus denen sich ein **zunehmender Haf-** 291

412 BGH ZIP 2006, 957.

413 BGH ZIP 2006, 1362.

414 BGH ZIP 2009, 1122.

415 Das KredReorgG sieht Sanierungsberater als Beteiligte bei der Reorganisation von Kreditinstituten vor. Auf die speziellen Haftungsgefahren solcher Sanierungsberater soll hier nicht eingegangen werden. Die Rechtsstellung dieses Sanierungsberaters wird in § 4 KredReorgG beschrieben. Für Verletzungen von Pflichten nach dem KredReorgG haftet der Sanierungsberater gem. § 4 Abs. 3 KredReorgG. Näher zum KredReorgG 11. Kap. Rn. 285 ff.

416 Die 1. Auflage berücksichtigt die Rechtsprechung bis September 2011. Aufgrund maßgeblicher Entscheidungen zur Beraterhaftung ab dem Jahr 2012 wurde das 8. Kap. zur Beraterhaftung in dieser Auflage in wesentlichen Teilen neu gefasst.

tungsdruck⁴¹⁷ für Berater ergibt. Neueren Entscheidungen gemeinsam sind eröffnete Insolvenzverfahren nach (möglichen) Beratungsfehlern und eine Inanspruchnahme der Berater durch den Insolvenzverwalter. Bemerkenswert häufig sehen sich Steuerberater in Anspruch genommen.⁴¹⁸ Neue Anforderungen an Berater ergeben sich zusätzlich aus den durch das ESUG geschaffenen Handlungsmöglichkeiten. Die Beraterhaftung bewegt sich dabei im Spannungsfeld der vom Gesetzgeber gewollten Unternehmenssanierung⁴¹⁹ und der notwendigen Einschaltung von Beratern⁴²⁰ einerseits und der vielfach kritisierten Belastung der Insolvenzmasse durch Beraterverträge⁴²¹ und hohen Anforderungen der Rechtsprechung an die Beratungstätigkeit andererseits. Unabhängig davon droht Beratern auch eine Inanspruchnahme durch den Auftraggeber direkt und durch Dritte sowie eine strafrechtliche Haftung.

1. Beratervertrag und Tätigkeitsumfang

- 292 Grundlegend für die (zivilrechtliche) Haftung des Beraters ist die Frage, in welcher Funktion der Berater in Erscheinung tritt. Neben der Beratung der betroffenen **Gesellschaft** selbst ist die Beratung der **Geschäftsleitung** oder der **Gesellschafter** ebenso denkbar wie eine Beratung der beteiligten **Bank(en)** im Sanierungsprozess. Folgen einer Falschberatung betreffen zwar in erster Linie das unmittelbare Auftragsverhältnis, können aber auch Auswirkungen auf Dritte haben.

1.1 Feststellung der Insolvenzzreife

- 293 Wird dem Berater **durch die Gesellschaft ein ausdrücklicher Prüfungsauftrag** zur Feststellung der Insolvenzzreife erteilt,⁴²² bilden die sich daraus ergebenden Pflichten den Maßstab für eine mögliche Haftung.⁴²³ Wird die Insolvenzzreife verkannt, hat der Berater den aus einer verspäteten Insolvenzantragstellung resultierenden Schaden zu ersetzen. Gleiches gilt, wenn zwar kein ausdrücklicher Prüfauftrag, aber ein Auftrag zur **Sanierungsberatung** erteilt war. Dieser beinhaltet regelmäßig auch die Prüfung der Insolvenzzreife.⁴²⁴
- 294 Smid⁴²⁵ verweist unter dem Begriff der „**mittelbaren Beratung der Gesellschaft**“ auf eine Entwicklung der Beraterpraxis, Beraterverträge nicht mehr mit der betreffenden Gesellschaft, sondern nur noch direkt mit der Geschäftsleitung abzuschließen. Dadurch solle ein Entstehen für Schäden, die die Gesellschaft erleidet, mangels vertraglicher Beziehung vermieden werden. Darüber hinaus könne sich der Berater gegenüber dem Insolvenzverwalter auf seine Verschwiegenheitspflicht gegenüber der Geschäftsleitung als Auftraggeber berufen.

417 Zu veränderten Marktbedingungen und zunehmendem Haftungsdruck *Ehlers* BB 2014, 131 ff.

418 Vgl. *Fischer* DB 2013, 2010 ff.; *Gehrlein* DStR 2014, 226 ff.

419 Dazu unter 2. Kap. Rn. 34 ff.

420 *Smid* ZInsO 2014, 1127 ff.; *Buchalik/Hiebert* ZInsO 2014, 1423 ff.

421 Stellvertretend für viele: zum Insolvenzverfahren Q-Cells Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 19.9.2013 „Insolvenzverwalter nehmen Beraterhonorare ins Visier“, zuletzt abgerufen am 13.11.2014 unter [www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/kanzlei-verklagt-insolvenzverwalter-nehmen-beraterhonorare-ins-visier-12581733.html].

422 Umfassend zur „Beraterhaftung für falsche oder unterlassene Auskünfte zur Insolvenzzreife“ *Kayser* ZIP 2014, 597 ff.

423 *Gehrlein* DStR 2014, 226, 231.

424 *Kayser* ZIP 2014, 597, 601.

425 *Smid* ZInsO 2014, 1127, 1143.

Wird der Berater von der Gesellschaft oder der **Geschäftsleitung** hinzugezogen, hat er darauf hinzuweisen, dass ggf. innerhalb der Frist des § 15a InsO Insolvenzantrag zu stellen ist und verschiedene Maßnahmen zur Erhaltung des Gesellschaftsvermögens zu ergreifen sind. Damit in Widerspruch stehende Bemühungen, beispielsweise die Bemühung um Vergleiche mit verschiedenen Gläubigern, hat der Berater zu unterlassen.⁴²⁶ Das gilt auch dann, wenn sich der Auftraggeber dem Sanierungsberater als rechtlich und wirtschaftlich erfahren darstellt. Sind der Geschäftsleitung allerdings die Insolvenzreife und die sich daraus ergebenden Handlungspflichten bereits bekannt, können die Hinweispflichten des Beraters entfallen (zum Mitverschulden des Mandanten unter Rn. 308 ff.).⁴²⁷

1.2 Allgemeine Beratung

Werden Berater nicht erst anlässlich einer insolvenzspezifischen Beratung hinzugezogen, sondern sind – beispielsweise **im Rahmen eines Dauermandats als Steuerberater oder Rechtsanwalt** – bereits **mit der allgemeinen Beratung befasst** und ergeben sich dann insolvenzspezifische Fragestellungen, hängt eine Haftung davon ab, ob sich die Beratung auch auf die Insolvenzberatung erstreckt. Das (steuerberatende) Dauermandat begründet bei üblichem Zuschnitt jedenfalls keine Pflicht, die Gesellschaft bei einer Unterdeckung in der Handelsbilanz auf die Pflicht ihres Geschäftsführers hinzuweisen, eine Überprüfung in Auftrag zu geben oder selbst vorzunehmen, ob Insolvenzreife besteht⁴²⁸ und möglicherweise ein Insolvenzantrag gestellt⁴²⁹ werden muss. Auch aus der vertraglichen Nebenpflicht, den Auftraggeber vor Schaden zu bewahren, ergibt sich eine solche Pflicht grundsätzlich nicht. Nur in ganz besonderen Einzelfällen⁴³⁰ kann eine Warnpflicht angenommen werden, etwa wenn der Berater die Insolvenzgefahr erkannte und er Grund zur Annahme hatte, dass sich der Auftraggeber dieser Gefahr nicht bewusst war.

Erteilt der Berater hingegen ungefragt eine Auskunft, die er aufgrund seines Prüfungsauftrages nicht hätte erteilen müssen, kann er bei unzutreffender Auskunft auch in Anspruch genommen werden. So bejahte der BGH⁴³¹ die Haftung einer Steuerberaterin, die mit Blick auf die erstellte Handelsbilanz (unzutreffend) bemerkte, dass aufgrund vorliegender Rangrücktrittsvereinbarungen und des Firmenwertes nur eine „Überschuldung rein bilanzieller Natur“ vorliege und eine insolvenzrechtliche Überschuldung ausgeschlossen sei. Die Steuerberaterin hatte sich damit auch zu den in der Handelsbilanz nicht abgebildeten Werten geäußert und dadurch eine über die Bilanzierung hinausgehende Leistung erbracht, auf deren Richtigkeit die Gesellschaft vertrauen durfte.⁴³² Gleiches gilt, wenn der Steuerberater trotz eines rein steuerrechtlichen Mandates auf Nachfrage des Mandanten in konkrete Erörterungen über eine etwaige Insolvenzreife der von ihm beratenen Gesellschaft eintritt.⁴³³ Dann entlastet

426 BGH ZIP 2001, 33 ff.

427 BGH 27.4.2010 – IX ZA 4/10.

428 BGH ZIP 2013, 829 ff.; BGH ZIP 2014, 583 ff.

429 Gehrlein DSiR 2014, 226, 231.

430 Kayser ZIP 2014, 597, 602 spricht von „arglosen“ Mandanten, die aber „im Wirtschaftsleben wohl kaum vorkommen“ sollten.

431 BGH ZIP 2013, 1332 ff.; ZIP 2014, 583 ff.

432 Kayser ZIP 2014, 597, 601.

433 BGH ZIP 2014, 583 ff.

es den Berater auch nicht, wenn er es bei „unverbindlichen Diskussionen“ über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft belässt.

- 298 Um Missverständnisse über den Prüfungsumfang auszuschließen, empfiehlt sich bereits bei Beginn des Mandats ein **Mandatsbestätigungsschreiben**, in dem der Tätigkeitsumfang umschrieben und – sofern vom Auftraggeber gewünscht – die insolvenznahe Beratung ausgeschlossen wird. Eine Haftung wegen einer möglichen Fehlberatung zur Insolvenzreife ist jedoch nur dann ausgeschlossen, wenn sich der Berater an den beschränkten Tätigkeitsumfang hält. Dabei ist zu berücksichtigen, dass bereits telefonische Auskünfte über den beschriebenen Tätigkeitsumfang hinaus zu einem Auskunftsvertrag führen können.⁴³⁴

1.3 Durchführung der Sanierung

- 299 Im Zusammenhang mit einem unmittelbaren Sanierungsauftrag ergeben sich eine Vielzahl von Handlungs- und Hinweispflichten des Beraters. **Wird ein Berater in der Krise der Gesellschaft hinzugezogen** und mit der Durchführung von Vergleichsverhandlungen mit Gläubigern beauftragt, so trifft den Berater eine gesonderte Hinweispflicht, wenn voraussichtlich nur Vergleichsabschlüsse mit allen Gläubigern insgesamt ein Insolvenzverfahren verhindern können.⁴³⁵ Daneben kann sich eine Haftung des Beraters bspw. auch daraus ergeben, dass er pflichtwidrig einen Hinweis auf eine steuerliche Sonderbehandlung nach dem sog. **Sanierungserlass** unterlässt.⁴³⁶ Im Übrigen bietet der IDW Standard: Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten (**IDW S 6**) einen Überblick über die Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten und den sich daraus möglicherweise ergebenden Pflichten.

2. Drittwirkung

- 300 Eine Haftung des Beraters kommt in erster Linie gegenüber dem Auftraggeber in Betracht. Der Beratervertrag kann aber auch so ausgestaltet werden, dass die Beratungsleistung nicht gegenüber dem Auftraggeber zu erbringen ist, sondern gegenüber Dritten, beispielsweise gegenüber der Hausbank oder gegenüber Gesellschaftern bzw. Geschäftsführern der Gesellschaft.⁴³⁷ Solche außenstehende Dritte, die nicht Auftraggeber sind und auch keinen Anspruch auf die Beratungsleistung haben, können durch Falschberatung Schaden erleiden. Dann stellt sich die Frage nach einer Haftung des Beraters gegenüber diesen Dritten.

2.1 Auskunftsvertrag

- 301 Nimmt der **Sanierungsberater** im Rahmen seiner Sanierungsbemühungen unmittelbaren Kontakt zu Dritten auf, so kann er diesen unmittelbar haften, wenn durch die **Kontaktaufnahme** ein Auskunftsvertrag mit dem Dritten zustande kommt. Dies ist der Fall, wenn der Sanierungsberater **Gespräche** mit Gläubigern des Mandanten beginnt und der Dritte deutlich macht, dass er für seine (Finanzierungs-) Entscheidung die besonderen Kenntnisse und Verbindungen des Sanierungsberaters **in Anspruch nehmen will**, und der Sanierungsberater sodann die **gewünschten Auskünfte erteilt**. Ein solcher Auskunftsvertrag verpflichtet den Sanierungsberater zu

434 BGH ZInsO 2009, 327 ff.

435 OLG Düsseldorf 9.2.2010 – I-24 U 100/09.

436 BGH ZIP 2014, 882 ff.

437 Kayser ZIP 2014, 597, 599.

richtiger und vollständiger Information über diejenigen tatsächlichen Umstände, die für die Entscheidung des Dritten von besonderer Bedeutung sind.⁴³⁸ **Kein Auskunftsvertrag** kommt hingegen zustande, wenn der Sanierungsberater bislang nur ein Sanierungsgutachten gegenüber dem Mandanten abgegeben hat und dieser das Gutachten an Dritte zur Entscheidungsfindung weitergegeben hat.⁴³⁹

2.2 Schutzwirkung des Beratungsvertrages zugunsten Dritter

Ein Dritter kann dann in den Schutzbereich des Beratungsvertrages einbezogen sein, wenn er mit der Leistung des Beraters bestimmungsgemäß in Berührung kommt, ein schutzwürdiges Interesse des Auftraggeber an der Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrags hinzutritt und für den Berater die Einbeziehung Dritter in sein vertragliches Haftungsrisiko erkennbar ist (sog. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter). Außerdem muss der Dritte für diese Haftungserstreckung selbst schutzwürdig sein.⁴⁴⁰ Schutzwirkungen zugunsten Dritter werden insbesondere bei solchen Verträgen angenommen, mit denen der Auftraggeber von einer Person, die über eine besondere, vom Staat anerkannte Sachkunde verfügt (z.B. öffentlich bestellter Sachverständiger, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater), ein Gutachten oder eine gutachterliche Äußerung anfordert, **um davon gegenüber einem Dritten Gebrauch zu machen.**⁴⁴¹ 302

Die drittschützenden Pflichten aus dem Beratungsvertrag können nicht weiter reichen als die dem Berater gegenüber dem Auftraggeber obliegenden Warn- und Hinweispflichten. Die unterlassene Mitteilung der Insolvenzreife führt daher bei **allgemeiner Beratung** nicht zu einer Haftung, da auch der Dritte keine Beratung erwarten kann, die der Berater im Rahmen des allgemeinen Mandats nicht zu erbringen hatte.⁴⁴⁰ 303

Diese Pflichtenlage ist dann anders zu beurteilen, wenn der Berater **ausdrücklich damit beauftragt ist, eine Überprüfung der Insolvenzreife vorzunehmen** bzw. die Sanierung der Gesellschaft zu betreiben, denn hier wird die Feststellung, ob ein Insolvenzgrund vorliegt oder auszuschließen ist, dem Auftraggeber schon bei Erfüllung der Hauptpflicht geschuldet.⁴⁴⁰ In diesem Fall dienen die Feststellungen des Beraters zwar zunächst den Interessen der Gesellschaft. Gleichwohl können auch die **Gesellschafter in den Beratervertrag einbezogen** sein, wenn die Feststellung der wirtschaftlichen Verhältnisse nach dem beiderseitigen Parteiwillen über die Interessenlage der Gesellschaft hinaus auch eine Entscheidungsgrundlage für die Gesellschafter hinsichtlich des weiteren Vorgehens schaffen sollte. Dies ist der Fall, wenn die Feststellung zur Insolvenzreife erkennbar Einfluss auf die Entscheidung der Gesellschafter zur Insolvenzvermeidung oder Liquidation oder der Einleitung eines Insolvenzverfahrens hat.⁴⁴² Da die Sanierung einer Gesellschaft regelmäßig ohne die Mitwirkung ihrer Gesellschafter nicht gelingen kann, sind die Interessen der Gesellschaft und der Gesellschafter bei der Feststellung einer etwaigen Insolvenzreife gerade auch aus dem Blickwinkel eines Beraters aufs engste miteinander verwoben. Dies gilt auch dann, wenn gesellschaftsrechtliche Veränderungen erwogen werden, da jede Umgestaltung auch die Sphären 304

438 BGH ZIP 2005, 1082 ff.

439 OLG München WM 1997, 613 ff.

440 BGH ZIP 2013, 829 ff.

441 BGH ZIP 2013, 829 ff.; BGH ZIP 2012, 1353 ff.; Gehrlein DStR 2014, 226, 229.

442 BGH ZIP 2012, 1353 ff.

der Gesellschafter berühren.⁴⁴³ Ebenso kann die **Geschäftsleitung in den Beratervertrag einbezogen** sein, wenn die Geschäftsleitung vom Ergebnis der Beratung Gebrauch machen sollte. Ergibt sich die Insolvenzreife der Gesellschaft, ist es Aufgabe und Verpflichtung des Geschäftsführers, daraus die gesetzlichen Folgerungen durch die Stellung eines Insolvenzantrages zu ziehen. Hat der Geschäftsführer den Insolvenzantrag zu stellen, ist die Beratung nicht zuletzt für dessen Gebrauch bestimmt. Mit Rücksicht auf die Rechtsfolgen eines unterbliebenen oder verspäteten Insolvenzantrags wird die Beratung zur Grundlage einer Entscheidung über Vermögensdispositionen gemacht. Folgerichtig hat der Berater auch gegenüber der Geschäftsleitung für etwaige Fehler seiner Begutachtung einzustehen.⁴⁴⁴

3. Haftungsanspruch

3.1 Schaden

- 305** Ist die insolvenzreife **Gesellschaft selbst Auftraggeber einer Insolvenzprüfung** oder Sanierungsberatung, kann der Schaden zunächst in der Vertiefung einer bereits vorliegenden Überschuldung durch Fortsetzung der Geschäftstätigkeit⁴⁴⁵ oder in der Reduzierung der liquiden Mittel oder in der Belastung des Gesellschaftsvermögens durch weitere Sicherheiten liegen.
- 306** Mit Blick auf die **Einbeziehung von Gesellschaftern** in den Schutzbereich des Beratungsvertrages kann sich ein Schaden einstellen, wenn im Vertrauen auf eine fehlende Insolvenzreife weitere Mittel in die Gesellschaft eingebracht sind oder für Mittel Dritter Sicherheiten gestellt werden. Bezüglich gestellter Sicherheiten für Gesellschaftsschulden muss feststehen, dass die Sicherheiten bei rechtzeitiger Insolvenzantragstellung nicht in Anspruch genommen worden wären.⁴⁴⁴ Wird die **Geschäftsleitung** in den Schutzbereich des Beratungsvertrages einbezogen, kann der Schaden in der Haftungsanspruchnahme der Geschäftsleitung wegen Insolvenzverschleppung nach § 64 GmbHG oder §§ 92 Abs. 2, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG liegen.⁴⁴⁴

3.2 Kausalität

- 307** Wird der Berater⁴⁴⁶ wegen unterlassener Beratung oder Falschberatung in Anspruch genommen, obliegt es dem Geschädigten insbesondere nachzuweisen, **dass infolge der Pflichtverletzung ein Schaden entstanden ist**. Zur Beantwortung dieser Frage ist der hypothetische Sachverhalt aufzuklären, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßer Beratung genommen hätten, insbesondere wie der Mandant auf eine vertragsgerechte Beratung reagiert hätte und wie seine Vermögenslage dann wäre.⁴⁴⁷ Es gilt die **Vermutung**, dass der Mandant beratungsgemäß gehandelt hätte, wenn nach der Lebenserfahrung bei vertragsgemäßer Leistung des Beraters lediglich ein bestimmtes Verhalten nahe gelegen hätte.⁴⁴⁸ Kommen als Reaktion auf eine zutreffende Beratung hingegen mehrere objektiv gleich vernünftige Verhaltensmöglichkeiten in Betracht, hat der Mandant den Weg zu bezeichnen, für den er sich entschieden hätte.⁴⁴⁴ Im Ergebnis wird daher die Kausalität nur dann auszuschließen sein, wenn der Berater nachweisen

443 *OLG Koblenz* DStR 2013, 1269 ff.

444 *BGH ZIP* 2012, 1353 ff.

445 *BGH ZIP* 2013, 1332 ff.

446 Zur Haftung mehrerer Berater *Smid ZInsO* 2014, 1127, 1139.

447 *Kayser ZIP* 2014, 597, 603.

448 *BGH ZIP* 2012, 1353 ff.; *ZIP* 2001, 33 ff.

kann, dass es die Gesellschaft bzw. die Geschäftsleitung auch bei zutreffender Beratung unterlassen hätte, einen Insolvenzantrag zu stellen. Dies einzuräumen, wird man von der Geschäftsleitung in der Haftungssituation aber kaum erwarten können.⁴⁴⁹

3.3 Mitverschulden

Ist der Berater mit der Insolvenzprüfung beauftragt worden, ist der Auftraggeber im Verhältnis zum Berater eigenen Untersuchungspflichten enthoben. Der Auftraggeber darf auf die Arbeitsergebnisse des Beraters vertrauen.⁴⁵⁰ Andersherum betrachtet, hat der Berater grundsätzlich von der **Belehrungsbedürftigkeit seines Auftraggebers** auszugehen. Dies gilt sogar gegenüber rechtlich und wirtschaftlich erfahrenen Personen. Im Falle eines Beratungsvertrages kann es dem zu Beratenden nicht als mitwirkendes Verschulden vorgehalten werden, er hätte das, worüber ihn sein Berater hätte aufklären oder unterrichten sollen, bei entsprechenden Bemühungen auch ohne fremde Hilfe erkennen können. Selbst wenn ein Mandant über einschlägige Kenntnisse verfügt, muss er darauf vertrauen können, dass der beauftragte Berater die anstehenden Fragen fehlerfrei bearbeitet, ohne dass eine Kontrolle notwendig ist.⁴⁵¹ Ebenso wenig entlastet es den Berater, wenn der Auftraggeber auch von einem (Unternehmens-)Verband betreut wird.⁴⁵² Wenn die insolvenzrechtliche Beratung bereits zum Beratungsauftrag gehört, kann erwogen werden, ob Hinweispflichten des Beraters zur Antragspflicht dann entfallen, **wenn sich die Geschäftsleitung der bestehenden Insolvenzgefahr bereits bewusst ist**.⁴⁵³ Ob dies auch hinsichtlich weiterer Haftungsgefahren bei Beratung der Geschäftsleitung gilt, war – soweit ersichtlich – noch nicht Gegenstand der Rechtsprechung, darf aber bezweifelt werden, da die ausdifferenzierten Haftungsfragen erfahrungsgemäß von den wenigsten Geschäftsleitungen erkannt werden.

Beim **Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter** muss sich der begünstigte Dritte abgesehen von einem eigenen grundsätzlich auch ein Mitverschulden des unmittelbaren Vertragspartners zurechnen lassen, weil ihm keine weitergehenden Rechte als dem unmittelbaren Vertragspartner des Schädigers zustehen.⁴⁵¹ Die Beratungspflichten können auch reduziert sein, wenn der in den Schutzbereich des Beratungsvertrages einbezogene Dritte eigene Berater hinzugezogen hat⁴⁵¹ oder ganz ausgeschlossen sein, wenn dem Dritten originäre Ansprüche – gleich gegen wen – zustehen, die denselben oder zumindest einen gleichwertigen Inhalt haben wie ein Schadenersatzanspruch aus dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.⁴⁵⁴

3.4 Ausschluss der Drittwirkung und Haftungsbeschränkungen

Die Einbeziehung Dritter in den Beratungsvertrag kann durch Vereinbarung zwischen dem Auftraggeber und dem Berater ausgeschlossen werden. Das *OLG Koblenz*⁴⁵⁵ hat dies bei einer Erklärung des Beraters angenommen, wonach „eine Beratung allein gegenüber der GmbH und im Verhältnis zum Gesellschafter (und späteren Kläger) allein mit Blick auf dessen Rolle als Funktionsträger der GmbH“ erfolge.

449 Kritisch zu dieser Rechtsprechung daher *Cranshaw* jurisPR-InsR 15/2013 Anm. 2.

450 *Gehrlein* ZInsO 2013, 2296, 2299 mit Abgrenzung zu Ansprüchen gegenüber dem Abschlussprüfer.

451 *BGH* ZIP 2012, 1353 ff.

452 *BGH* ZIP 2001, 33 ff.

453 *BGH* ZIP 2013, 829 ff. (m.w.N. zur Instanzrechtsprechung).

454 *BGH* ZIP 1996, 1664 ff.; *BGH* WM 2004, 1825 ff.

455 *OLG Koblenz* DSStR 2013, 2587 ff.