LG Ingolstadt, Beschluss v. 22.05.2023 – 81 O 2018/22 Ins

Titel:

Keine Haftung des Abschlussprüfers trotz unterlassenem Hinweis auf eine mögliche Insolvenzreife

Normenketten:

ZPO § 256 Abs. 1
BGB § 31, § 254 Abs. 1, § 634 Nr. 4, § 675 Abs. 1

Leitsätze:

1. Die Erstellung eines Testats für einen auf der Grundlage von Fortführungswerten erstellten Jahresabschlusses ist nur dann unrichtig, wenn feststeht, dass das Unternehmen nicht mehr fortgeführt werden kann (Anschluss BGH BeckRS 2017, 101939). (Rn. 35) (redaktioneller Leitsatz)
2. Der Abschlussprüfer ist nicht verpflichtet, das zu prüfende Unternehmen auf Umstände hinzuweisen, die auf einen Insolvenzgrund hinweisen, wenn der Prüfer Grund zu der Annahme hat, dass das Unternehmen sich dieser Umstände bewusst und in der Lage ist, die tatsächliche und rechtliche Bedeutung dieser Umstände einzuschätzen (Anschluss BGH BeckRS 2017, 101939). (Rn. 30) (redaktioneller Leitsatz)
3. Eine Haftung eines Abschlussprüfers kann nach § 254 Abs. 1 BGB ausgeschlossen sein, wenn die Umstände, die zur Annahme einer Pflichtverletzung mit Blick auf eine mögliche Insolvenzreife führen, nicht in den Kernbereich der Tätigkeit des Abschlussprüfers fallen. (Rn. 58) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Abschlussprüfer, Haftung, Testat, Fortführungsprognose, Insolvenzreife, Pflichtverletzung, Warnpflicht, Kausalität, Insolvenzvertiefungsschaden, Mitverschulden

Rechtsmittelinstanz:

OLG München, Beschluss vom 11.08.2023 – 5 W 774/23e

Tenor

Der Antrag des Klägers vom 22.12.2022 auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe wird abgelehnt.

Gründe

1
1. Der Kläger macht als Insolvenzverwalter der UG & Co. KG Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte aufgrund eines Insolvenzvertiefungsschadens geltend.

2
Der Kläger stützt den von ihm geltend gemachten Schadensersatzanspruch auf nachfolgenden Sachverhalt:

3
Die am 09.08.2016 als GmbH & Co. KG gegründete UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG (im folgenden: Schuldnerin) bot auf dem Kapitalmarkt Kapitalanlagen an und bewarb diese. Das hierbei praktizierte Anlagemodell sah vor, dass private Anleger der Schuldnerin ein Darlehen gewähren. Die eingeworbenen Gelder sollten ihrerseits als Darlehen an Projektgesellschaften weitergereicht werden, die mit den Geldern Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien errichten und betreiben sollten. Die Darlehensverträge zwischen der Schuldnerin und den Anlegern einerseits und der Schuldnerin und den Projektgesellschaften andererseits enthielten jeweils qualifizierte Rangrücktrittsklauseln. Durch diese sollte das wirtschaftliche bzw. unternehmerische Risiko vollständig auf die Darlehensgeber verlagert werden.

4
Die Schuldnerin ist wie die GmbH & Co KG und die GmbH & Co KG Teil der Unternehmensgruppe, deren weitere Unternehmen ein der Schuldnerin vergleichbares Geschäftsmodell betrieben und im Rahmen der Einwerbung von Darlehen Rangrücktrittsklauseln mit dem identischen Wortlaut wie die Insolvenzschuldnerin verwendeten.

5
Vor der Gründung der Schuldnerin im Jahr 2015 hatte die Gruppe die im Kapitalmarkt- und Bankenaufsichtsrecht durchaus erfahrene Rechtsanwaltskanzlei mit der Prüfung beauftragt, ob die GmbH & Co. KG, ebenfalls eine Gesellschaft der Gruppe, als „Darlehensnehmerin im Rahmen der Einwerbung der Nachrangdarlehen in Übereinstimmung mit aufsichtsrechtlichen Vorschriften des deutschen Rechts, insbesondere des KWG, des KAGB und des VermAnlG gehandelt hat“. Die beauftragte Rechtsanwaltskanzlei hat die Übereinstimmung der Nachrangklausel mit dem KALB, dem WpPG und dem VermAnlG bejaht und kam zu dem Ergebnis, dass es sich bei den von den Anlegern eingeworbenen Darlehen nicht um erlaubnispflichtige Einlage- oder Bankgeschäfte handelte.

6
Die Schuldnerin besaß keine Erlaubnis der BaFin für das Betreiben eines Bankgeschäfts in Form des Einlagengeschäfts.

7
Die Jahresabschlüsse der Schuldnerin wiesen für das Geschäftsjahr 2016 einen nicht durch Vermögenseinlagen gedeckten Fehlbetrag von 98.481,06 €, für das Geschäftsjahr 2017 einen solchen in Höhe von 146.128,69 € und für das Geschäftsjahr 2018 einen solchen in Höhe von 2.110.589,40 € aus. Die Schuldnerin verfügte nicht über stille Reserven. Ihre Aktiva bestanden im wesentlichen nur aus Darlehensforderungen gegenüber verbundenen Projektgesellschaften, die ihrerseits uneinbringlich waren.

8
Die Antragsgegnerin hat den Jahresabschluss der Schuldnerin für das Jahr 2018 und den hierzu erstellten Lagebericht (Anlage K5) im Rahmen des ihr erteilten Prüfauftrags am 10.09.2019 testiert.

9
Die Rechtswirksamkeit der von den Unternehmen der Unternehmensgruppe verwendeten Rangrücktrittsklauseln war Gegenstand der vom Landgericht Nürnberg-Fürth unter den Aktenzeichen 10 O 3529/19 und 6 O 7066/19 geführten Verfahren. In diesen wurden die Rangrücktrittsklauseln unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, insbesondere die Entscheidung vom 06.12.2018 Aktenzeichen IX ZR 143/17 als unwirksam angesehen. Die Entscheidungen des Landgerichts Nürnberg-Fürth wurden aufgrund der Rücknahme der Berufungen rechtswirksam.

10
Vor der Berufungseinlegung hatte die Geschäftsführung der dortigen Beklagten, die zugleich Geschäftsführerin der Insolvenzschuldnerin war, im März/April 2020 rechtsanwaltliche Stellungnahmen zu den beanstandeten Klauseln eingeholt und die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 20.08.2020 (Anlagenkonvolut B8, Seite 1) darüber informiert, dass sie „weiterhin mit dem Ansatz der Wirksamkeit der Nachrangklauseln bilanziert“ habe.

11
Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) hat gegenüber der Schuldnerin einen Einstellungs- und Abwicklungsbescheid vom 24.03.2022 (Anlage K8), gegenüber ihrer Schwestergesellschaft GmbH & Co KG einen inhaltsgleichen Bescheid bereits am 10.05.2021 erlassen.

12
Auf den von der Schuldnerin am 05.04.2022 gestellten Eigenantrag hin hat das Amtsgericht Leipzig mit Beschluss vom 08.06.2022 über das Vermögen der Schuldnerin das Insolvenzverfahren eröffnet und den Kläger als Insolvenzverwalter bestellt.

13
Die Antragsgegnerin war von der Schuldnerin mit der Überprüfung des Jahresabschlusses für das Jahr 2018 beauftragt. Dieser wies im Lagebericht nachfolgende Bemerkung auf:

„Die Gesellschaft weist zum 31.12.2018 einen nicht durch Vermögenseinlagen gedeckten Fehlbetrag aus. Eine Überschuldung im Sinne der Insolvenzordnung ist aufgrund der Rangrücktrittsvereinbarungen in den der Gesellschaft gewährten Nachrangdarlehen nicht gegeben.“

14
Sie hat den erstellten Jahresabschluss für das Jahr 2018 am 10.09.2019 testiert (Anlage K5).

15
Der Antragsteller trägt vor, dass dem Geschäftsführer der Schuldnerin zwar die Problematik der Wirksamkeit der Nachrangklauseln bekannt gewesen sei. Er habe demgegenüber den Zusammenhang zwischen der Unwirksamkeit der Nachrangklauseln und dem Fehlen einer positiven Fortführungsprognose nicht gekannt und damit keine Kenntnis von seiner Verpflichtung, einen Insolvenzantrag zu stellen, gehabt.

16
Für den Fall, dass der Geschäftsführer der Schuldnerin von der Beklagten auf das Fehlen einer positiven Fortführungsprognose hingewiesen worden wäre, wäre er seiner Verpflichtung, einen Insolvenzantrag zu stellen, umgehend nachgekommen. In diesem Fall wäre es zur Zahlung der vom Kläger im Klageentwurf auf den Seiten 25 bis 28 dargestellten Zahlungen seit 11.09.2019 mit einem Gesamtbetrag von 327.439,28 € nicht gekommen. Die Antragsgegnerin sei zum Ersatz des hieraus entstandenen Insolvenzvertiefungsschadens verpflichtet.

17
Die Antragstellerseite sieht ein Feststellungsinteresse gegeben, weil sie den der Insolvenzschuldnerin entstandenen Schaden derzeit nicht beziffern könne. Der Schaden für die Gesellschaft ergebe sich aus einem Vermögensvergleich zwischen dem Zeitpunkt, zu dem der Insolvenzantrag tatsächlich gestellt worden sei und dem Zeitpunkt, zu dem er bei rechtzeitigem Hinweis der Antragsgegnerin gestellt worden wäre. Zwischen den beiden Zeitpunkten sei es zum Aufbau weiterer Verbindlichkeiten gekommen. Der Kläger könne sich ein abschließendes Bild erst gegen Ende des Insolvenzverfahrens machen bis zu dem noch Forderungen zur Tabelle angemeldet werden könnten. Auch hinsichtlich der Vermögensabflüsse habe sich der Antragsteller noch kein abschließendes Bild machen können. Die Situation insoweit könne sich auch noch ändern, wenn der Kläger Insolvenzanfechtungen geltend mache und bereits erfolgte Abflüsse wieder zur Insolvenzmasse gelangten.

18
2. Die beantragte Prozesskostenhilfe ist abzulehnen, weil hinreichende Erfolgsaussichten weder für den Haupt- noch den Hilfsantrag gegeben sind.

19
2.1 Die im Hauptantrag geltend gemachte Feststellungsklage scheitert bereits daran, dass das hierfür notwendige Feststellungsinteresse nach § 256 Abs. 1 ZPO nicht gegeben ist.

20
Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist im Fall des § 256 ZPO ein Feststellungsinteresse regelmäßig zu verneinen, wenn der Kläger auf Leistung klagen kann. Von einem Kläger kann verlangt werden, dass er den einfachsten Weg wählt, um sein Ziel zu erreichen. Eine Ausnahme von dem oben erwähnten Grundsatz kann dann gegeben sein, wenn erwartet werden kann, dass der Kläger schon aufgrund des Feststellungsurteils von dem Beklagten befriedigt wird, oder wenn schon der Feststellungsprozess zur Erledigung der zwischen den Parteien aufgetretenen Streitpunkte führt und damit ein umfangreicherer Leistungsprozess vermieden werden kann.

21
Unter Anwendung der vorstehenden Grundsätze ist der Antragsteller nach Auffassung des Gerichts durch die Möglichkeit, eine Leistungsklage zu erheben, an der Stellung eines Feststellungsantrags gehindert.

22
Entgegen der Auffassung des Antragstellers kann dieser sich zur Rechtfertigung seines Feststellungsinteresses nicht auf seine fehlende Möglichkeit, den Schaden (abschließend) zu beziffern, berufen. Das Gericht sieht den Antragsteller nämlich sehr wohl in der Lage, den der Insolvenzschuldnerin entstandenen Insolvenzvertiefungsschaden zu beziffern. Dieser bemisst sich nach der Differenz zwischen der Vermögenslage der Gesellschaft im Zeitpunkt rechtzeitiger Antragstellung und ihrer Vermögenslage im Zeitpunkt des tatsächlich gestellten Antrages.

23
2.2 Hierbei ist allerdings entgegen der Auffassung des Antragstellers nur auf die Vermögensabflüsse abzustellen, die der Antragsteller im Rahmen des von ihm gestellten Hilfsantrags auch beziffert hat.

24

Für das Gericht ergeben sich keine Erkenntnisse dahingehend, warum der Antragsteller nicht in der Lage sein sollte, diese abschließend darzustellen. Der Antragsteller ist an der Erhebung der Leistungsklage hinsichtlich der Vermögensabflüsse zur Insolvenzmasse auch nicht dadurch gehindert, dass durch möglicherweise von ihm erfolgende Insolvenzanfechtungen Rückflüsse zur Insolvenzmasse erfolgen und damit die von ihm erhobene Schadenersatzklage in Höhe des zurück geflossenen Betrags unbegründet wird. Zum einen unterbleibt jeglicher Sachvortrag dahingehend, warum derartige Anfechtungen nicht bereits erfolgt sind. Zum anderen steht dem Antragsteller in diesem Fall die prozessuale Möglichkeit offen, den Rechtsstreit hinsichtlich des zurück geflossenen Betrages für erledigt zu erklären.

25
2.3 Demgegenüber kann der Insolvenzverwalter das von ihm in Anspruch genommene Feststellungsinteresse nicht auf von ihm derzeit nicht endgültig feststellbare von der Schuldnerin begründete Verbindlichkeiten zwischen dem Zeitpunkt der gebotenen und der tatsächlichen Insolvenzantragstellung stützen.

26
Nach Auffassung der Kammer fehlt dem Kläger als Insolvenzverwalter insoweit die Aktivlegitimation für die Geltendmachung eines dadurch begründeten Insolvenzvertiefungsschadens. Der Insolvenzverwalter ist nämlilch nur dazu berechtigt die Verbindlichkeiten der Insolvenzschuldnerin geltend zu machen. Bei den Neuverbindlichkeiten handelt es sich aber entgegen der Auffassung des Antragstellers nicht um Verbindlichkeiten der Insolvenzschuldnerin. Es handelt sich vielmehr alleine um einen Schaden der Neugläubiger, welchen der Antragsteller als Insolvenzverwalter weder für diese als originären Schaden noch als eigenen Insolvenzvertiefungsschaden der Insolvenzschuldnerin geltend machen kann (vgl. hierzu Meixner/Schröder DStR 2022, S. 1397 [1399], KG Berlin, Urteil vom 15. November 2022 – 21 U 55/21 –, juris, Brügge, VersR 2018, 705 ff.; Meixner, DStR 2018, 966 ff. und 1025 ff zum Meinungsstand: OLG Stuttgart, Urteil vom 27. Oktober 2020 – 12 U 82/20 – Rz. 76ff, juris).

27
3. Nach Auffassung der Kammer trägt der bislang vorgetragene Sachverhalt aber auch nicht die Annahme der notwendigen Pflichtverletzung auf Seiten der Antragsgegnerin. Dies steht der Annahme hinreichender Erfolgsaussichten sowohl des geltend gemachten Hauptantrags, wie auch des Hilfsantrags ebenfalls entgegen.

28
3.1 Mit der Antragstellerseite geht das Gericht zunächst davon aus, dass die vom BGH entwickelten Grundsätze zur Haftung des Steuerberaters für die Erstellung eines unzutreffenden Jahresabschlusses – wie sie zuletzt in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26.01.2017 (Az. IX ZR 285/14 – juris) ihren Niederschlag gefunden haben – auch auf die Haftung des Wirtschaftsprüfers Anwendung finden (so auch Gessner, ZIP 2020, 544 unter II.2.).

29
Hier wie dort liegen der Tätigkeit, solange sie sich nicht im Rahmen eines Dauermandats bewegt, werkvertragliche Regelungen zu Grunde, wobei im Rahmen des hier infrage stehenden Wirtschaftsprüfervertrags der geschuldete Erfolg in der Erteilung eines hinreichend abgesicherten Bestätigungsvermerks zu sehen ist (vergleiche OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.06.2021, 22 U 31/20 Rz. 18 – juris). Die Tätigkeit des Wirtschaftsprüfers erfordert dabei keine lückenlose Untersuchung, sondern ist unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Wesentlichkeit und des Fehlerrisikos auf der Grundlage von Stichproben vorzunehmen. Hierbei hat eine Gesetzes-, Satzungs- und Ordnungsmäßigkeitsprüfung des Jahresabschlusses, bestehend aus Bilanz sowie Gewinn- und Verlustrechnung, der Buchführung einschließlich des Inventars und des Geschäftsberichts zu erfolgen (OLG Köln, Urteil vom 22.04.2004, Az. 8 U 68/03 Rz. 24 – juris). In diesem Zusammenhang sind insbesondere die Grundsätze über die Bilanzierung nach Fortführungswerten, die der BGH in seinem Urteil vom 26.01.2017, Az. IX ZR 285/14 für Steuerberater entwickelt hat, als Mindestvoraussetzungen auch auf die Tätigkeit des Abschlussprüfers zu übertragen (Landgericht Düsseldorf, Urteil vom 20.12.2017, Az. 13 O 481/14, Rz. 38).

30
3.2 Unter Anwendung der vorstehenden Grundsätze kommt im vorliegenden Fall eine Haftung der Antragsgegnerin unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung von Hinweis- und Warnpflichten nach §§ 280 Abs. 1, 675 Abs. 1 BGB bereits deswegen nicht in Betracht, weil die Antragsgegnerin bzw. der konkret für

Sie tätige Prüfer Grund zu der Annahme hatte, dass die Insolvenzschuldnerin sich der Umstände, die auf einen Insolvenzgrund hinweisen – hier die Problematik der Rechtswirksamkeit der Nachrangklauseln – bewusst und in der Lage war, die tatsächliche und rechtliche Bedeutung dieser Umstände einzuschätzen (vergleiche BGH Urteil vom 26.01.2017, Az. IX ZR 285/14 Rz. 50).

31
Der Lageplan ist ein selbständiger Teil des Jahresabschlusses (siehe Anlage K5). Dieser wird zwar, wie auch die anderen Teile, vom Wirtschaftsprüfer testiert. Der Wirtschaftsprüfer erstellt jedoch den Lagebericht nicht selbst. Aus der vom Kläger selbst vorgelegten Anlage K5 ergibt sich unzweifelhaft, dass der Lagebericht vom damaligen Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin gezeichnet wurde, und zwar bereits am 03.06.2019. Lediglich das Testat am Ende des Jahresabschlusses stammt vom 10.09.2019 und wurde vom Wirtschaftsprüfer gezeichnet. Da aber im Lagebericht der damalige Geschäftsführer somit selbst festgehalten hat, dass eine Überschuldung der Firma im insolvenzrechtlichen Sinne (nur) wegen der Rangrücktrittsvereinbarungen in den der Gesellschaft gewährten Nachrangdarlehen nicht gegeben sei, steht zur Überzeugung des Gerichts bereits positiv fest, dass dem Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin die tatsächliche und auch rechtliche Problematik der Nachrangdarlehen grundsätzlich bewusst war.

32
3.3 Auch eine Haftung der Antragsgegnerin nach §§ 280 Abs. 1, 634 Nr. 4, 675 Abs. 1 BGB, weil sie den ihr vorgelegten, auf der Grundlage von Fortführungswerten erstellten Jahresabschluss zu Unrecht testiert hat (für die Haftung des Steuerberaters: BGH aaO Rz. 12 – juris), kommt nicht in Betracht.

33
Eine Haftung setzt zunächst voraus, dass eine Bilanzierung nach Fortführungswerten objektiv aus der Sicht ex ante ausschied. Dies ist der Fall, wenn feststeht, dass der Fortführung der Unternehmenstätigkeit tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegenstehen (§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB).

34
Objektiv falsch ist eine Bilanzierung nach Fortführungswerten daher nur dann, wenn zum maßgebenden Zeitpunkt der Prognoseentscheidung feststeht, dass die Unternehmenstätigkeit bis zum Ablauf des Prognosezeitraums aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen eingestellt werden wird. Die Fortführung der Unternehmenstätigkeit ist nach dem Gesetz der zunächst zu unterstellende Regelfall. Es spricht so lange eine Vermutung dafür, wie nicht Umstände sichtbar werden, welche die Fortführung unwahrscheinlich erscheinen lassen (vgl. BGH aaO, Rz. 24f – juris).

35
Da der allgemeine Grundsatz gilt, dass eine Fortsetzung der Unternehmenstätigkeit unterstellt wird, ist selbst bei Zweifeln an der Überlebensfähigkeit des Unternehmens unter Fortführungsgesichtspunkten zu bilanzieren. Die Fortführungsvermutung entfällt erst, wenn es objektiv fehlerhaft wäre, von der Aufrechterhaltung der Unternehmenstätigkeit auszugehen. Die Umstände müssen ergeben, dass die Einstellung der Unternehmenstätigkeit unvermeidbar oder beabsichtigt ist. Tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten müssen sich derart konkretisieren, dass die Unternehmenstätigkeit jedenfalls innerhalb des Prognosezeitraums eingestellt werden wird (Eickes, DB 2015, 933, 934 f). Eine Bewertung zu Liquidationswerten hat zu erfolgen, wenn feststeht, dass das Unternehmen nicht mehr fortgeführt werden kann (BGH aaO Rz. 25 – juris).

36
Unter Anwendung der vorstehend skizzierten Grundsätze ist bereits die Erstellung der Bilanz nach Fortführungswerten durch den Steuerberater, erst recht aber die Testierung des Jahresabschlusses durch die Antragsgegnerin im Rahmen ihres Prüfungsauftrags nicht zu beanstanden und kann damit nicht als Grundlage der von der Klägerin geltend gemachten Haftung dienen.

37
Entgegen der Auffassung der Antragstellerseite war die rechtliche Lage bezogen auf den konkreten Fall zum Zeitpunkt der Erstellung des Testats trotz der geänderten Rechtsprechung des BGH nicht so eindeutig, dass bereits zum Zeitpunkt des Testats nicht mehr von der Wirksamkeit der von der Schuldnerin verwendeten Nachrangklauseln ausgegangen werden durfte und im Umkehrschluss von der bilanziellen Überschuldung der Insolvenzschuldnerin ausgegangen werden musste.

38
Zwar weist die Antragstellerseite zurecht darauf hin, dass sich die Antragsgegnerin im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit über die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in ihrem Fachbereich und die daraus resultierenden Folgen für ihre berufliche Tätigkeit informieren musste. Das Gericht teilt allerdings nicht die daraus von der Antragstellerseite gezogene Schlussfolgerungen, wonach diese bei Anwendung der aktuellen Rechtsprechung des BGH die Unwirksamkeit der von der Insolvenzschuldnerin verwendeten Rangrücktrittsklauseln und die hieraus folgende bilanzielle Überschuldung hätte erkennen und die Insolvenzschuldnerin darüber informieren müssen. Hierbei gilt es zu berücksichtigen, dass der Bundesgerichtshof in der von der Antragstellerseite zitierten Entscheidung die Wirksamkeit von Rangrücktrittsklauseln nicht generell, sondern nur unter bestimmten Bedingungen infrage gestellt hat. Die vom Bundesgerichtshof in der Entscheidung beanstandeten Klauseln waren mit den von der Insolvenzschuldnerin verwendeten Klauseln nicht identisch. Es war also rechtlich nicht eindeutig, inwieweit sich die vom BGH in der Entscheidung aufgestellten Grundsätze auch auf die von der Insolvenzschuldnerin verwendeten Rangrücktrittsklauseln anwenden ließen und zu deren Unwirksamkeit führten. Hierbei handelt es sich um eine offene rechtliche Fragestellung, zu deren Beantwortung die Geschäftsführung der Insolvenzschuldnerin ein Rechtsgutachten erholt hatte, das seinerseits im Ergebnis zur Rechtswirksamkeit der genannten Klauseln gekommen war.

39
Die rechtliche Komplexität, die der Annahme der Antragstellerseite von der erkennbaren Unwirksamkeit der Nachrangklauseln im Zeitpunkt des Testats entgegensteht, zeigt sich auch darin, dass die BaFin als maßgebliche Aufsichtsbehörde die maßgeblichen Nachrangklauseln gegenüber der Insolvenzschuldnerin erst nach umfangreicher Prüfung mit Bescheid vom 24.03.2022 beanstandet, der Insolvenzschuldnerin die weitere Tätigkeit untersagt und sie zur Rückzahlung der Darlehen verpflichtet hat.

40
4. Nach Auffassung der Kammer liegt auch ein ausreichend nachvollziehbarer Sachvortrag des Antragstellers zur Kausalität einer eventuellen Pflichtverletzung für die unterlassene rechtzeitige Insolvenzantragsstellung des Geschäftsführers der Insolvenzschuldnerin nicht vor.

41
Die Antragstellerseite trifft insoweit die Darlegungs- und Beweislast, insbesondere auch dafür, dass bei pflichtgemäßem Verhalten der Antragsgegnerin umgehend und nicht erst im Juni 2022 ein Insolvenzantrag gestellt worden wäre (OLG Stuttgart Rz. 70 – juris).

42
Die Antragstellerseite geht hierbei davon aus, dass die Schuldnerin zum Zeitpunkt der Testierung bilanziell überschuldet und – mangels positiver Fortführungsprognose – auch insolvenzrechtlich überschuldet war. Auf dieser Grundlage behauptet der Antragsteller, dass bei dem erforderlichen Hinweis der Antragsgegnerin auf die mögliche Unwirksamkeit der Rangrücktrittsklauseln und die hieraus resultierende Insolvenzreife sofort Insolvenzantrag gestellt worden wäre.

43
Der von Antragstellerseite vorgetragene Sachvortrag erschöpft sich in der bloßen Behauptung einer umgehenden Insolvenzantragstellung im Falle eines zusätzlichen Hinweises auf die im Falle der Unwirksamkeit der Klauseln bestehende Insolvenzreife. Für das Gericht ergeben sich demgegenüber keinerlei Anhaltspunkte, weshalb sich die vormalige Geschäftsführung in Kenntnis der zentralen rechtlichen Problematik der Nachrangklauseln und der von ihr getroffenen Bewertung hierzu alleine durch den Hinweis auf die Insolvenzreife, dem nur im Zusammenhang mit der Unwirksamkeit überhaupt Bedeutung zukommt, anders verhalten hätte.

44
Für den Nachweis der Kausalität reicht die Behauptung der Antragstellerseite, dass eine positive Fortführungsprognose nicht ordnungsgemäß war, nicht aus. Denn um plausibel zu machen, dass ein Insolvenzantrag gestellt worden wäre, muss angesichts des ersichtlich grundsätzlich bestehenden Fortführungswillens der Geschäftsführung der Schuldnerin zumindest darüber hinausgehend nachgewiesen werden, dass eine ordnungsgemäße positive Fortführungsprognose – auf entsprechenden Hinweis der Beklagtenseite hin – von der Geschäftsführung nicht hätte erstellt werden können (OLG Stuttgart, Urteil vom 27. Oktober 2020 – 12 U 82/20 – Rz. 72, juris).

45
Ein entsprechender Sachvortrag liegt bislang nicht vor und scheint angesichts der damals noch nicht geklärten Frage der Wirksamkeit der konkret von der Schuldnerin verwendeten Klauseln zum maßgeblichen Zeitpunkt der Erteilung des Testats nicht darstellbar.

46
Dem Vorbringen der Antragstellerseite, wonach die damalige Geschäftsführung der Insolvenzschuldnerin bei einem entsprechenden Hinweis der Antragsgegnerin auf die aus der (möglichen) Unwirksamkeit der Nachrangklauseln resultierende Insolvenzreife sofort Insolvenzantrag gestellt hätte, vermag das Gericht aber auch aufgrund der von der Antragstellerseite selbst vorgetragenen Umstände des Falles nicht zu folgen.

47
Im Ausgangspunkt sind sich alle Beteiligten darüber einig, dass dem Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin bewusst war, dass die Rechtswirksamkeit der von der Insolvenzschuldnerin verwendeten Klauseln zweifelhaft war. Der fehlende Hinweis auf diese Problematik konnte damit für einen eingetretenen Schaden nicht ursächlich sein.

48
Sofern die Antragstellerseite allerdings behauptet, dass der Geschäftsführer nicht gewusst habe, dass die (mögliche) Unwirksamkeit der Klauseln zwangsläufig mit einer negativen Fortführungsprognose und der Verpflichtung, einen Insolvenzantrag zu stellen einhergeht (vgl. Schriftsatz vom 16.02.2023, Seite 4), widerspricht sie damit zunächst ihrer eigenen in demselben Schriftsatz auf der vorhergehenden Seite aufgestellten Behauptung:

„Die Fortführungsprognose der Schuldnerin stand und fiel damit unmittelbar mit der Wirksamkeit der von ihr in einem Hochglanzprospekt vorformulierten Nachrangklausel“ (vergleiche Schriftsatz vom 16.02.2023, Seite 3 mitte).

49
Die Behauptung lässt sich auch nicht mit dem Lagebericht, insbesondere dem darin enthaltenen Satz „Eine Überschuldung im Sinne der Insolvenzordnung ist aufgrund der Rangrücktrittsvereinbarungen in den der Gesellschaft gewährten Nachrangdarlehen nicht gegeben.“, in Einklang bringen. Der Insolvenzverwalter kann sich in diesem Zusammenhang auch nicht darauf berufen, dass der verantwortliche Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin von dem Satz keine Kenntnis gehabt habe, da der Lagebericht von dem Unternehmen selbst und dort zuständigkeitshalber der Geschäftsführung erstellt wird und von dieser auch unterschrieben wurde (siehe oben).

50
Das Gericht schlussfolgert aus dem Vorgehen der vormaligen Geschäftsführung, dass es für diese entscheidend auf die Frage der Rechtswirksamkeit der Nachrangklauseln ankam. Diese hatte sie für sich in der aus dem Lagebericht ersichtlichen Art und Weise, nämlich in dem Sinne bewertet, dass sie von deren Wirksamkeit ausging. Der zusätzliche Hinweis auf eine Insolvenzreife der Gesellschaft im Falle der Unwirksamkeit kam damit überhaupt nicht zum Tragen.

51
Gegen die von der Antragstellerseite aufgestellte Kausalbetrachtung spricht nach Auffassung des Gerichts auch die Tatsache, dass sich der Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin auch durch die ihm beiden Urteile des Landgerichts Nürnberg-Fürth nicht dazu veranlasst gesehen hat, einen Insolvenzantrag für die Insolvenzschuldnerin zu stellen. Die Urteile waren zwar nicht gegen die Insolvenzschuldnerin ergangen, betrafen in der Sache aber inhaltsgleiche Nachrangklauseln, die vom erkennenden Gericht unter Anwendung der Rechtsprechung des BGH für unwirksam erachtet worden waren und waren dem Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin wegen seiner gleichzeitigen Tätigkeit als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der dortigen Beklagten auch bekannt.

52
Die Geschäftsführung sah sich durch die Urteile allein dazu veranlasst, gutachterliche Stellungnahmen einzuholen und sich in ihrer bis dahin bereits vertretenen Rechtsansicht bestätigen zu lassen.

53

Der Annahme eines Kausalzusammenhangs widerspricht auch die Tatsache, dass sich der Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin den gegen die Schwestergesellschaft der Insolvenzschuldnerin – die GmbH und Co. KG – ergangenen, als Anlage K 9 vorgelegten Bescheid der BaFin vom 10.05.2021 nicht zum Anlass genommen hat, einen Insolvenzantrag für die Insolvenzschuldnerin zu stellen. Dieser Bescheid ist mit dem gegenüber der Insolvenzschuldnerin erlassenen Bescheid der BaFin vom 24.03.2022 (Anlage K8) inhaltsgleich ist und betraf die inhaltsgleichen, von beiden Gesellschaften verwendeten, Nachrangklauseln. Dem Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin, der zeitgleich auch Geschäftsführer der GmbH und Co. KG war, war der entsprechende Bescheid auch bekannt.

54
Auch der Hinweis auf eine mögliche Strafbarkeit des Geschäftsführers der Insolvenzschuldnerin, die ihn dazu veranlasst hätte, unverzüglich Insolvenzantrag für diese zu stellen, verfängt in diesem Zusammenhang nicht. Aus Sicht des Geschäftsführers war dieser über das von ihm veranlasste Rechtsgutachten hinreichend gegenüber einer Strafbarkeit wegen Insolvenzstraftaten abgesichert. Im Rahmen möglicher Strafbarkeitserwägungen gilt es zusätzlich zu berücksichtigen, dass auch die verfrühte Antragstellung aufgrund unzutreffender Annahme der Insolvenzreife ein Strafbarkeits-, zumindest aber große Haftungsrisiken (gegenüber den Gesellschaftern) in sich birgt.

55
Auch die Tatsache, dass der Geschäftsführer sich im Vertrauen auf die Wirksamkeit der Nachrangklauseln nicht von einer möglichen Strafbarkeit nach § 54 KWG wegen eines (ansonsten) verbotenen Einlagengeschäfts von seiner Tätigkeit hat abhalten lassen, ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen.

56
5. Selbst wenn man von einer Haftung der Antragsgegnerin ausgeht, wird ein etwaiger Schadensersatzanspruch infolge eines der Insolvenzschuldnerin analog § 31 BGB zuzurechnenden Mitverschuldens ihres Geschäftsführers nach § 254 Abs. 1 BGB ausgeschlossen.

57
Gemäß § 254 Abs. 1 BGB hängt, wenn bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Geschädigten mitgewirkt hat, die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt bei der Haftung wegen einer fehlerhaften Abschlussprüfung die Berücksichtigung eines Mitverschuldens des betroffenen Unternehmens in Betracht (BGH, Urteil vom 6. Juni 2013 – IX ZR 204/12 – Rz. 30, juris). Aufgrund der Gesamtwürdigung kann der Tatrichter im Einzelfall in Anwendung von § 254 BGB zu einem vollständigen Haftungsausschluss gelangen (für den Abschlussprüfer BGH, Beschluss vom 23. Oktober 1997 – III ZR 275/96 – Rz. 8 – juris).

58
Bei der Bewertung des wechselseitigen Verschuldensgrades gilt es zu berücksichtigen, dass im vorliegenden Fall auf Seiten der Antragsgegnerin lediglich der unterlassene Hinweis auf eine mögliche Unwirksamkeit der Klauseln und eine daraus resultierende Insolvenzreife im Raum steht, dem eine rechtliche Wertung zugrunde liegt, die – wenn überhaupt – nicht in den Kernbereich der Tätigkeit der Antragsgegnerin fällt.

59
Demgegenüber ist es originäre Aufgabe des Geschäftsführers, die Zahlungsfähigkeit und eine etwaige Überschuldung des von ihm geleiteten Unternehmens im Auge zu behalten und auf eventuelle Anzeichen für eine Insolvenzreife zu reagieren (BGH Urteil vom 07.03.2013 IX ZR 64/12 Rn. 21-juris). In diesem Zusammenhang hat er für eine Organisation zu sorgen, die ihm die zur Wahrung seiner Verpflichtung erforderliche Übersicht über die wirtschaftliche bzw. finanzielle Situation der Gesellschaft jederzeit ermöglicht. Ferner obliegt es ihm, sich gegebenenfalls fachkundig beraten zu lassen, sofern er nicht über ausreichende persönliche Kenntnisse verfügt (BGH Urteil vom 26.01.2017 a.a.O., Rn. 47).

60
Die Überprüfung der Rechtswirksamkeit der von der Insolvenzschuldnerin verwendeten Klauseln, mit denen ihr Geschäft stand und fiel, war angesichts der sich wandelnden Rechtsprechung Kernaufgabe der Geschäftsführung. Sie hatte sich insoweit bereits in der Vergangenheit beraten lassen und war gehalten,

sich auch im Rahmen der laufenden Geschäftsführung weiterhin beraten zu lassen. Hierzu bedurfte es keines Hinweises der Antragsgegnerin. Das Testat der Antragsgegnerin bot keinen Anlass, die gebotene (laufende) Überprüfung in irgendeiner Art einzuschränken.