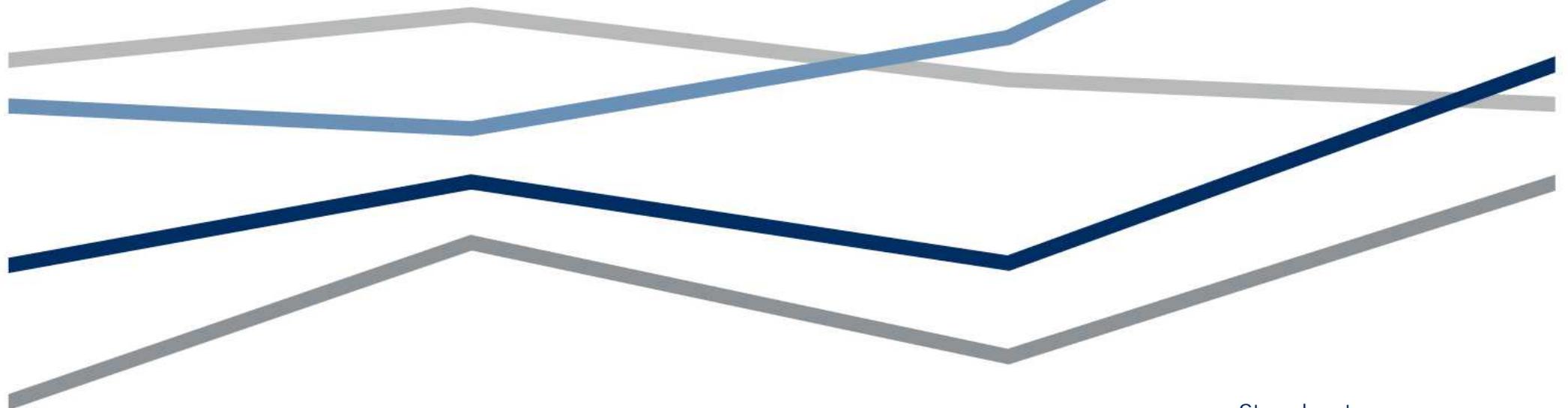


## Überlegungen zur Inanspruchnahme sowie zur Abwehr von Ansprüchen gegenüber StB und WP wegen fehlerhafter Bilanzierung insolvenzgefährdeter Unternehmen und unzureichender Aufklärung des Auftraggebers bei der Jahresabschlusserstellung

(BGH IX. v. 26.01.2017)



*WP / StB Peter W. Plagens*

Steuerberatung  
Wirtschaftsprüfung  
Rechtsberatung  
Unternehmensberatung



1. Einleitung / Bisherige Ausgangslage
2. Überblick zur Rechtsprechung des BGH vom 26.01.2017
3. Überblick über den Umfang der Arbeiten, die StB / WP im Auftrag des Mandanten zu erledigen haben
4. Prüfung / Checkliste zur Identifizierung von Verletzung der Aufstellungs – und Informationspflicht bei JA-Erstellung
  - 4.1. Allgemeine Punkte
  - 4.2. Formelle Punkte
  - 4.3. Materielle Punkte
  - 4.4. Verfahrensweise in der Praxis



## 5. Fallbeispiel

5.1. Ausgangslage

5.2. Analyse zur Überschuldung

5.3. Ermittlung „Vertiefungsschaden“

## 6. Zusammenfassung

### Anlage

Anlage 1 Der Betrieb Nr. 08 vom 24.02.2017, Seite 418 ff. „Zur Haftung des Steuerberaters wegen fehlerhafter Bilanzierung zu Fortführungswerten bei Vorliegen eines Insolvenzgrundes“

# 1. Einleitung / Bisherige Ausgangslage



## 1. Einleitung / Bisherige Ausgangslage

- In der Vergangenheit hat es immer wieder Anlässe gegeben, dass der Insolvenzverwalter (IV) einer insolventen Kapitalgesellschaft (GmbH und GmbH & Co. KG) versucht hat, auch den StB / WP wegen mangelhafter Arbeiten, insbesondere bei der JA-Erstellung / JA-Prüfung, in Anspruch zu nehmen. Die positiven Ergebnisse waren jedoch aus Sicht des IV eher übersichtlich.
- Mit der Entscheidung vom 26.01.2017 hat der IX. Senat eine **bedeutsame Richtungsänderung** vorgenommen und nunmehr – ähnlich wie bei den Anforderungen zu Sanierungskonzepten – den Berater deutlich stärker in die Pflicht genommen. Damit eröffnen sich für den Verwalter auch neue Perspektiven, Ansprüche geltend zu machen, die der StB / WP bzw. seine Versicherung ggf. auch wird leisten müssen.
- Nachstehend werden hierzu einige Hinweise gegeben, wie der Insolvenzverwalter nunmehr in der Praxis vorgehen wird, um derartige Ansprüche zu identifizieren und sie ggf. geltend zu machen. Gleichzeitig wird dargestellt, welche Vorkehrungen StB / WP treffen sollten, um solche Haftungsgefahren zu vermeiden bzw. abzuwenden.



## 1. Einleitung / Bisherige Ausgangslage

- Ausgangspunkt war die Rechtsprechung von 2013 / 2014 vom IX. Zivilsenat des BGH, die in besonderen Fällen eine Haftung des StB / WP vorsah, wenn dieser bei der JA-Erstellung (ebenso JA-Prüfung) Insolvenzantragsgründe ausschloss (explizit oder nur mittelbar), z. B. bei der Erteilung von Bescheinigungen und sich diese später als fehlerhaft herausstellen.
- Dies gilt auch, wenn der StB / WP hierzu nicht unmittelbar beauftragt war, sondern diese Beratungsleistung als eine Art „Nebenleistung“ erbracht hat (oder sich hierzu durch das lange Mandatsverhältnis genötigt sah, um seinem Mandanten aus der „Klemme“ zu helfen). Dies galt insbesondere, wenn diesbezüglich Hinweise im Jahresabschlussbericht Außenwirkungen für Dritte erlangen können.
- Eine explizite Aufklärungspflicht bzw. eine Pflicht, zu Insolvenzantragsgründen im Rahmen der JA-Erstellung Stellung zu nehmen, gab es jedoch nicht.
- Die Situation verschärfte sich dann erstmals, als durch das Urteil des IX. Senats v. BGH vom 12.05.2016 die Anforderungen an Sanierungskonzepte weiter konkretisiert wurden und auch Lieferanten bzw. „einfache“ Gläubiger Gefahr liefen, in die „Falle“ der Vorsatzanfechtung zu „tapsen“, wenn sie Stundungen oder Forderungsverzichten ihrer Schuldner zustimmten, ohne sich ausreichend über die Sanierungschancen zu informieren. Dazu zählen auf Seiten der Gläubiger auch insbesondere StB / WP infolge ihrer exponierten Kenntnislage der wirtschaftlichen Situation ihrer Schuldner (→ Mandanten).

## 2. Überblick zur Rechtsprechung des BGH vom 26.01.2017



## 2. Überblick zur Rechtsprechung des BGH vom 26.01.2017

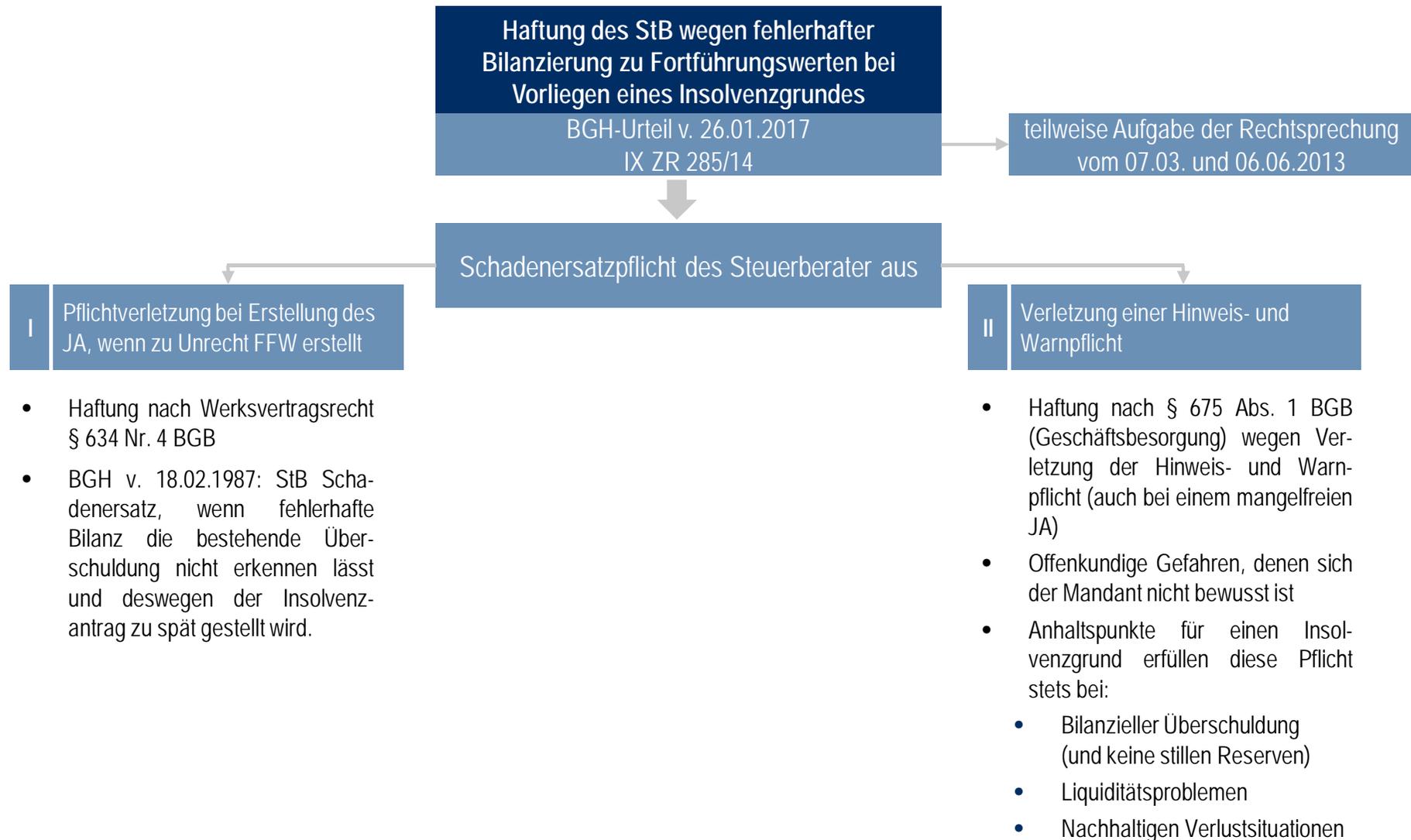
Diese ohnehin schon schwierige Situation hat sich nunmehr für StB / WP durch die o. a. aktuelle Rechtsprechung des IX. Senats nochmals deutlich verschärft und zwar dann, wenn

- der StB / WP pflichtwidrig einen JA unter der **Going-Concern-Prämisse des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB erstellt**, obwohl tatsächliche oder rechtliche Gründe dagegen sprechen. Evtl. vorliegende Insolvenzantragsgründe sind derartige tatsächliche Gegebenheiten i. S. d. Rechtsprechung; der JA muss dann ggf. zu Liquidationswerten (also unter Abkehr von der Going-Concern-Prämisse) erstellt werden. Dies bedeutet dann oftmals, dass ein angeschlagenes Unternehmen erst recht in die Krise gestürzt wird;
- der StB / WP es unterlässt, seinen Mandanten bzw. dessen gesetzlichen Vertreter über die **Insolvenzrisiken hinreichend aufzuklären**, und falls doch, dieses nicht hinreichend dokumentiert bzw. ihm nicht eine insolvenzrechtliche Beratung durch einen Dritten empfiehlt, wenn er selbst hierzu nicht in der Lage oder willens ist.

Sofern es in den vorgenannten Fällen zu **verspäteter Insolvenzantragsstellung** kommen sollte, kann der StB / WP für den infolge der verspäteten Antragstellung entstandenen Schaden (sog. „Vertiefungsschaden“) grundsätzlich in Anspruch genommen werden. Ob derartige Ansprüche, die vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden, durch die Berufshaftpflichtversicherung abgedeckt werden, muss im Einzelfall geprüft werden und hängt sicherlich auch vom Umfang seiner Pflichtverletzung ab.



## 2. Überblick zur Rechtsprechung des BGH vom 26.01.2017





## 2. Überblick zur Rechtsprechung des BGH vom 26.01.2017

### I Pflichtverletzung bei Erstellung des JA, wenn zu Unrecht FFW erstellt

- Der StB schuldet einen JA, der den handelsrechtlichen GoB entspricht, dazu zählt § 252 I Nr. 2 HGB (Going Concern).
- StB muss keine FFP erstellen.
- JA-Auftrag kann unterschiedliche Prüfungsgrade umfassen:
  - Erstellung ohne Beurteilung
  - Erstellung mit Plausibilitätsbeurteilung
  - Erstellung mit umfassender Prüfung

Aber immer dann mangelhaft, wenn der handelsrechtlich zulässige Rahmen überschritten wird und zwar unabhängig von der Art der Bescheinigung.

### II Verletzung einer Hinweis- und Warnpflicht

- Besondere Probleme: Dauermandate (mit Fibu)
- Hinweispflicht des StB auf Handlungspflichten §§ 17 InsO i. V. mit § 15 a InsO
- Aber keine Pflicht, von sich aus eine Überschuldungsprüfung vorzunehmen (Aufgabe des GF in der Krise die Überschuldung und die Zahlungsfähigkeit stets zu prüfen).
- Im vorliegenden Fall hat das allgemein gehaltene Schreiben des StB nicht ausgereicht (Explizit: Hinweis auf Insolvenzantragsgründe fehlte).
- Jedoch keine Haftung des StB, wenn sich der Mandant den Umständen einer möglichen Insolvenzreife bewusst ist (ggf. durch Bestätigungsschreiben Exkulpation möglich).



## 2. Überblick zur Rechtsprechung des BGH vom 26.01.2017

### I Pflichtverletzung bei Erstellung des JA, wenn zu Unrecht FFW erstellt

- Zeitraum 1 Jahr (besser laufendes und kommendes Jahr), Einstellung des Geschäftsbetriebes aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen
- Ein Insolvenzgrund spricht im Regelfall gegen die Fortführung (aber Gegenbeweis möglich z. B. Insolvenzplan) sofern mit Stilllegung zu rechnen ist (sowohl im vorläufigen Insolvenzverfahren als auch im Hauptverfahren).
- Indizien
  - Keine Gewinne
  - Liquiditätsprobleme
  - **Bilanzielle Überschuldung** (§ 268 Abs. 3 HGB)

### II Verletzung einer Hinweis- und Warnpflicht



## 2. Überblick zur Rechtsprechung des BGH vom 26.01.2017

### I Pflichtverletzung bei Erstellung des JA, wenn zu Unrecht FFW erstellt

- StB muss Bilanzierung zu FFW zu verantworten haben; er handelt pflichtgemäß, wenn er FFW ansetzt bei:
  - Nachhaltigen Gewinnen
  - Keinen Liquiditätsproblemen
  - Keinen bilanziellen Überschuldungen  
(=> **implizite FBP/FFP**)
- Bilanzierung zu FFW ist jedoch mangelhaft, wenn aus den Unterlagen hervorgeht, dass die Fortführung nicht mehr zutrifft oder er es unterlässt Umstände aufzuklären, die gegen eine Fortführung sprechen.

### II Verletzung einer Hinweis- und Warnpflicht



## 2. Überblick zur Rechtsprechung des BGH vom 26.01.2017

### I Pflichtverletzung bei Erstellung des JA, wenn zu Unrecht FFW erstellt

- Eine bilanzielle Überschuldung stellt ein Indiz dar, dass § 252 I Nr. 2 HGB nicht mehr gegeben ist  
**Folge: Prüfung der insolvenzrechtlichen Überschuldung**  
(§ 19 II InsO)  
(=> explizite FBP/FFP)
- Aber StB kann sich exkulpieren, wenn der Mandant trotz der vorgetragenen Mängel **ihn konkret anweist zu FFW zu bilanzieren**; dies ist im JA zu dokumentieren (ggf. problematisch).
- Keine Nachforschungspflicht des StB, aber Auswertung der übergebenen Unterlagen, die zur JA-Erstellung benötigt werden

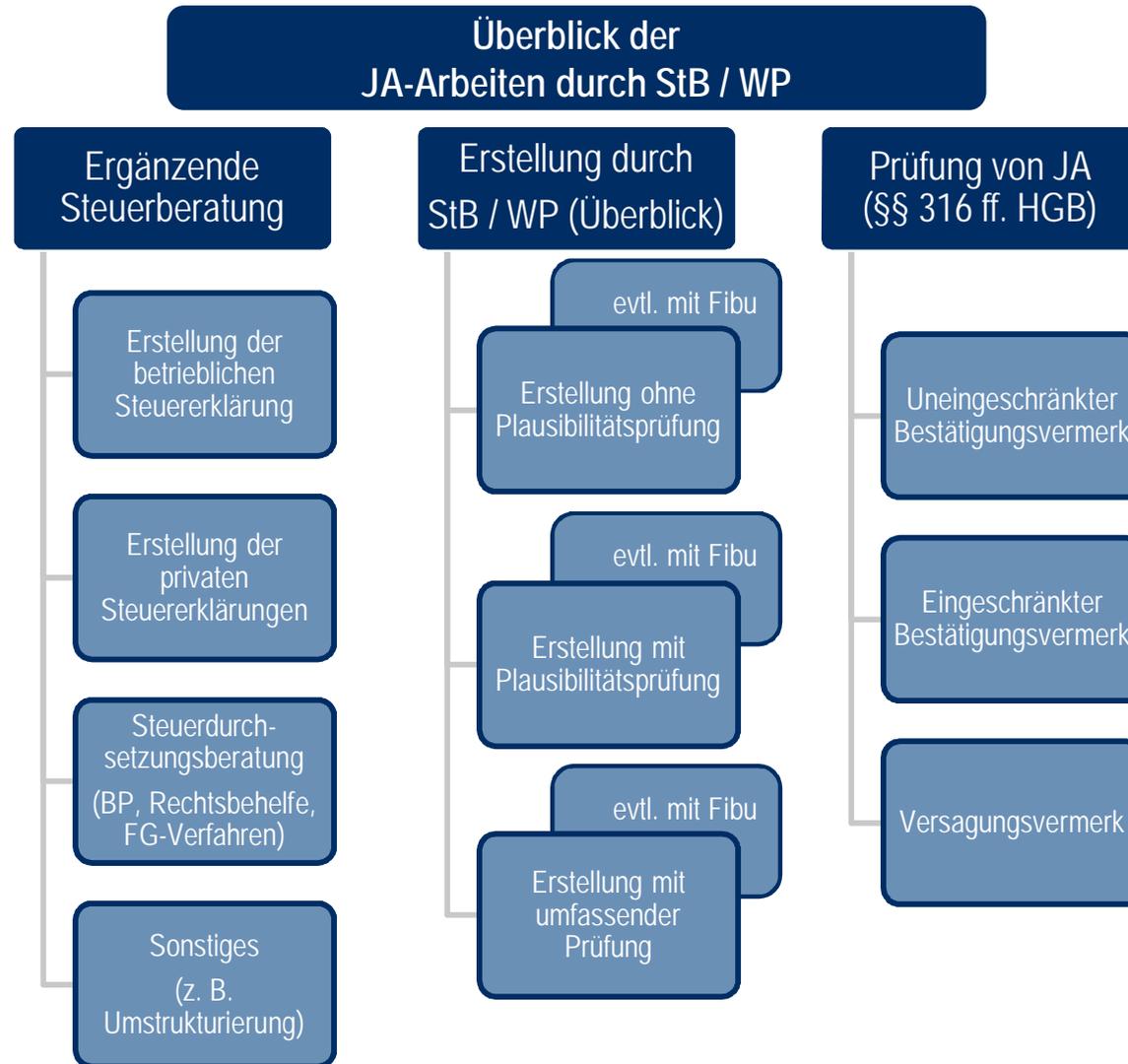
### II Verletzung einer Hinweis- und Warnpflicht

#### Haftung nur dann

- wenn Pflichtverletzung des StB ursächlich für den unterbliebenen oder zu spät gestellten Insolvenzantrag ist
- Evtl. Schadensminderung ist zu berücksichtigen, wenn Mitverschulden des Geschäftsführers analog § 31 BGB vorliegt

### 3. Überblick über den Umfang der Arbeiten, die StB / WP im Auftrag des Mandanten zu erledigen haben

### 3. Überblick über den Umfang der Arbeiten, die StB / WP im Auftrag des Mandanten zu erledigen haben



## 4. Prüfung / Checkliste zur Identifizierung von Verletzung der Aufstellungs – und Informationspflicht bei JA-Erstellung

## 4. Prüfung / Checkliste zur Identifizierung von Verletzung der Aufstellungs- und Informationspflicht bei JA-Erstellung



- 4.1 Allgemeine Punkte
- 4.2 Formelle Punkte
- 4.3 Materielle Punkte
- 4.4 Vorgehensweise in der Praxis



## 4. Prüfung / Checkliste zur Identifizierung von Verletzung der Aufstellungs- und Informationspflicht bei JA-Erstellung

### 4.1 Allgemeine Punkte

- Liegt JA überhaupt vor? (evtl. nur in vorläufiger Form)
- Wann erstellt? (3 oder 6 Monate ist Pflicht)
- Unterschrift? (von allen GF bei mehrgliedrigen Organvertretern, § 245 HGB)
- Konsistenz zur Fibu (sind die JA-Buchungen in der Fibu verarbeitet und stimmen die Eröffnungssalden mit der letzten Schlussbilanz überein)
- Vollständigkeit der Bestandteile (Bilanz, GuV, Anhang, ggf. Lagebericht)
- Evtl. Prüfungspflicht nach §§ 316 HGB
- Einsicht in den letzten Betriebsprüfungsbericht wegen evtl. Beanstandungen
- .....



## 4. Prüfung / Checkliste zur Identifizierung von Verletzung der Aufstellungs- und Informationspflicht bei JA-Erstellung

### 4.2 Formelle Punkte

- Rechtsformadäquate Bilanzierung (GmbH, GmbH & Co. KG bzw. andere Rechtsformen)
- Einhaltung Größenmerkmal § 267 BHG (groß, mittel, klein) und Erleichterungen
- Aufstellungsfrist / Veröffentlichung
- Vollständigkeit der Inhalte der einzelnen Bestandteile
  - Bilanz
  - GuV-Rechnung
  - Anhang
  - Lagebericht
  - Erläuterungsbericht der StB / WP
- Sonstiges (Prüfung Handelsregisteranmeldung, Satzung, Protokolle und Beschlüsse, Geschäftsordnung, GF-Verträge, Unternehmensverträge §§ 291 AktG etc.)



## 4. Prüfung / Checkliste zur Identifizierung von Verletzung der Aufstellungs- und Informationspflicht bei JA-Erstellung

### 4.3 Materielle Punkte - JA i. e. S. (Bilanz)

- Keine Einschränkung der Going-Concern-Prämisse erkennbar (z. B. im Anhang)
- Bilanzielle Überschuldung (evtl. über längere Zeit, im Zeitablauf vertiefend)
- Anhaltende Verlustsituation (auch im laufenden Jahr)
- „Schwarze Null“-Strategie
- Zahlungsschwierigkeiten (stets ausgeschöpfte Kreditlinien, „steife“ Kontoführung und/oder Linienüberziehung), Anstieg der Kreditoren
- Hohe immaterielle Vermögenswerte (> 10 % der Bilanzsumme, insbesondere aktivierter Firmenwert oder aktivierte Entwicklungskosten)
- Spezialimmobilien, die nicht mehr vollständig für die vorgesehenen Zwecke genutzt werden (z. B. Autohäuser)
- Durchsicht Anlagenverzeichnis auf Vollständigkeit (sind z. B. noch sämtliche Maschinen, Fahrzeuge und Betriebs- und Geschäftsausstattungen vorhanden, insbesondere EDV-Ausstattung: Software, Hardware)
- Finanzbeteiligungen, die in der Vergangenheit keinen Ertrag abgeworfen haben
- Vorräte (fehlende Inventur), Prinzip der verlustfreien Bewertung nicht beachtet, Inventurdifferenz (Schwund, Diebstahl)
- Forderungen aus Lieferungen und Leistungen, die überaltert sind (> 1 Jahr) oder sogar verjährt (> 3 Jahre), versteckte Schein-Debitoren, Debitoren an nahestehende Personen



## 4. Prüfung / Checkliste zur Identifizierung von Verletzung der Aufstellungs- und Informationspflicht bei JA-Erstellung

### 4.3 Materielle Punkte - JA i. e. S. (Bilanz)

- Zu hohe Entnahmen bei Personengesellschaften oder EU (bei Kapitalgesellschaften sind Entnahmen unzulässig)
- Aktive Gesellschafterverrechnungskonten bzw. Gesellschafterdarlehenskonten, evtl. sogar höher als das Eigenkapital, dann evtl. Verstoß gegen §§ 30, 31 GmbHG oder § 172 IV HGB
- Unklare Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdkapital bei gesellschafterbezogenen Positionen
- Zu hohe, unabgestimmte „sonstige Vermögensgegenstände“
- Falsche Kassen- / Bankbestände
- Aktive RAP und aktivierte latente Steuern
- Zu geringe Rückstellungen (insbesondere bei Pensionsrückstellung, sofern diese nur nach Steuerrecht bewertet wurden), Gewährleistungen, Drohverlustrückstellung (z. B. für Leasingrückläufer)
- Unvollständige Kreditorenkontokorrent (ungebuchte Eingangsrechnungen)
- Fehlende Kreditverpflichtungen gegenüber Kreditinstituten
- Zurückgezahlte passive Gesellschafterdarlehen
- Zu hohe sonstige Verbindlichkeiten insbesondere bei USt, LSt und SV-Abgaben (über den üblichen Monatssalden)



## 4. Prüfung / Checkliste zur Identifizierung von Verletzung der Aufstellungs- und Informationspflicht bei JA-Erstellung

### 4.3 Materielle Punkte - JA-GuV-Rechnung

- Umsatzerlöse steigen oder fallen zum Vorjahr exorbitant ohne hinreichende Erklärung
- Sind Bestandsveränderungen (richtig) erfasst (nur bei Produktionsbetrieben)
- Bestandsveränderungen bei Handelswaren werden im Wareneinsatz verrechnet
- Wesentliche „sonstige Erträge“ (z. B. aus der Auflösung von Rückstellungen → „window-dressing“)
- Wie verhält sich der Rohertrag (Gesamtleistung – Wareneinsatz) zum
  - a) Umsatz
  - b) Vorräten } Grundsatz der Proportionalität wurde missachtet
- Entwicklung der Personalkostenquote (Vergleich zum Benchmark)
- Durchsicht der sonstigen betrieblichen Aufwendungen (z. B. hohe Provisionszahlungen, überhöhte Beratungskosten etc.)
- Nicht sachgerechte Erfassung von Mietzahlungen im Rahmen einer Betriebsaufspaltung



## 4. Prüfung / Checkliste zur Identifizierung von Verletzung der Aufstellungs- und Informationspflicht bei JA-Erstellung

### 4.3 Materielle Punkte - JA-GuV-Rechnung

- Ermittlung der Abschreibungsquote vs. Investitionsquote (Substanzverzehr)
- Entwicklung der Zinsquote
- Darstellung EBITDA, EBIT, EBT
- Analyse des „neutralen Ergebnisses“ (außerordentlich, periodenfremd, betriebsfremd)
- Sonstige ungewöhnliche Posten in der GuV-Rechnung
- Ermittlung der Steueraufwandsquote



## 4. Prüfung / Checkliste zur Identifizierung von Verletzung der Aufstellungs- und Informationspflicht bei JA-Erstellung

### 4.3 Materielle Punkte - Auftrag / Erstellung durch StB / WP

- Art des Auftrages (drei Arten)
    - Erstellung ohne Plausibilitätsbeurteilung (sog. „Drei-Affen-Testat“)
    - Erstellung mit Plausibilitätsprüfung
    - Erstellung mit umfassender Prüfung
  - Art der Bescheinigung (Standardtext und / oder Ergänzungen, Einschränkungen etc.)
  - Zusätzliche Anmerkungen (zwischen Auftrag und Bescheinigung)
  - Evtl. Aufgliederung / Erläuterung zu einzelnen Bilanz- und GuV-Positionen (ausführlich oder nur Kontennachweis)
  - Zusatzauswertungen von DATEV (Skepsis bei „Zahlenfriedhöfen“ und „bunten“ Bildern / Grafiken)
- ACHTUNG:** Die Going-Concern-Prämisse des § 252 I Nr. 2 HGB gilt allen drei Fällen



## 4. Prüfung / Checkliste zur Identifizierung von Verletzung der Aufstellungs- und Informationspflicht bei JA-Erstellung

### 4.3 Materielle Punkte - Beziehungskennzahlen

- Eigenkapitalquote (> 20 – 30 % der Bilanzsumme)
- Working-Capital (kurzfristige Aktiva > kurzfristige Verbindlichkeiten)
- Umsatzrendite (Orientierung am Benchmark, z. B. Autohäuser > 1,5 %)
- DB-I / DB-II-Quote (Orientierung am Benchmark, Proportionalität zum Umsatz)
- Personalkostenquote (Orientierung am Benchmark, Proportionalität zum Umsatz)
- Dynamischer Verschuldungsgrad<sup>\*)</sup> (**Wichtiger Frühindikator für Unternehmenskrise**)
- Umschlagshäufigkeit Vorräte
- Umschlagshäufigkeit Debitoren / Kreditoren

$$^*) \text{ Dyn. VG} = \frac{\text{Verbindlichkeiten}}{\text{Cash-flow}}$$



## 4. Prüfung / Checkliste zur Identifizierung von Verletzung der Aufstellungs- und Informationspflicht bei JA-Erstellung

### *4.4 Vorgehensweise in der Praxis - Wann ist Going-Concern nicht mehr gegeben bzw. fraglich?*

Zusammenwirken folgender Punkte:

- Bilanzielle Überschuldung > 5 % der Bilanzsumme bzw. auch absolute Größe (> 10.000 €, Zahlenangabe nur beispielhaft)
- Verlustsituation in den Vorjahren, die auch im laufenden Jahr anhält (Auswertung der laufenden BWA)
- Liquiditätsprobleme:
  - Liquide Mittel (inkl. nicht ausgenutzter KK-Linie, die nicht gekündigt ist) erreicht < 90 % der fälligen Verbindlichkeiten
  - Rückstände USt, LSt und Sozialabgaben
  - Ansprüche nicht bezahlter Kreditoren (evtl. liegen dazu schon Mahnbescheide vor)
  - Kreditkündigungen / Auslaufen von Kreditlinien / Fälligkeit von Anleihen ohne Anschlussfinanzierung
  - Steife Kontoführung
  - Finanzplan zeigt Unterdeckungen

(vgl. auch Beck'scher Bilanzkommentar, 11. Auflage 2018, § 252 Tz 14 ff.)



## 4. Prüfung / Checkliste zur Identifizierung von Verletzung der Aufstellungs- und Informationspflicht bei JA-Erstellung

### *4.4 Vorgehensweise in der Praxis - Nachweis der Aufklärungspflicht*

Nach den Ausführungen des IX. Senats reicht es eben nicht aus, dass der StB / WP den Mandanten nur allgemein aufklärt (z. B. über das Vorliegen einer bilanziellen Überschuldung), sondern er muss anhand vorliegender Krisenmerkmale (wie z. B. bilanzielle Überschuldung, anhaltende Verlustsituation / Liquiditätsprobleme) klären,

- ob eine Bilanzierung zu Fortführungswerten überhaupt noch zulässig ist und
- für den Fall der Verneinung den Mandanten auf die Konsequenzen explizit hinweisen, wozu neben einer sachgerechten Bilanzierung (nämlich zu Zerschlagungswerten) auch der Hinweis auf
- mögliche Insolvenzantragsgründe zählt, über die der Mandant sich sachgerecht informieren sollte, um straf- und haftungsrechtliche Risiken aus dem Weg zu gehen.

Dieses Vorgehen hat der StB / WP zu dokumentieren, um sich vor Inanspruchnahmen zu schützen.

## 5. Fallbeispiel



## 5. Fallbeispiel

- 5.1 Ausgangslage
- 5.2 Analyse zur Überschuldung
- 5.3 Ermittlung „Vertiefungsschaden“



## 5. Fallbeispiel

Die nachstehenden Ausführungen umfassen analytische Hinweise zur Identifizierung von Bilanzierungsfehlern, die im vorliegenden Fall dazu geführt haben, dass die Going-Concern-Prämisse des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB missachtet wurde.

Die Folgen / Konsequenzen für den StB sind insofern gravierend, weil er den Jahresabschluss mit einer Plausibilitäts-bescheinigung versehen hat.



## 5. Fallbeispiel

### 5.1 Ausgangslage

- Die Gesellschaft ABC GmbH hatte zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung ein Stammkapital von T€ 120 mit folgenden Geschäftsanteilen:
  - Herr A mit T€ 78 (zugleich alleiniger Geschäftsführer der Gesellschaft),
  - Frau B mit T€ 18 und
  - eigene Anteile mit T€ 24.
- Die Gesellschaft wird im Handelsregister des Amtsgerichts Musterhausen unter HRB XXXX geführt. Gegenstand des Unternehmens ist der Binnen- und Außenhandel mit Gebrauchsgütern aller Art, insbesondere der Handel und die Herstellung von Armaturen und Industriebedarf, die Ausübung von Industrievertretungen sowie die Erbringung von Dienstleistungen im Industrie- und EDV-Bereich.
- Die Gesellschaft wurde bis zur Insolvenzeröffnung beim Finanzamt Musterhausen unter der Steuernummer XX/YYY/ZZZZZ geführt.



## 5. Fallbeispiel

### 5.1 Ausgangslage

- Die folgende Analyse der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage (VFE-Lage) dient dazu, betriebswirtschaftliche Anzeichen zu finden, ob und in welchen Bilanzpositionen gegebenenfalls eine Überbewertung der Aktiva bzw. eine Unterbewertung der Passiva erkennbar ist. Die Anzeichen sind dann dahingehend zu untersuchen, ob sich durch eine fehlerhafte Jahresabschlusserstellung für das Wirtschaftsjahr 2011 ggf. Regressansprüche gegenüber dem Organvertreter Herrn A und mittelbar gegenüber dem Steuerberater ergeben, der den Jahresabschluss 2011 erstellt hatte.
- Die Analyse vergleicht daher insbesondere das Wirtschaftsjahr 2011 mit den folgenden beiden Wirtschaftsjahren, wobei 2013 – aufgrund der Insolvenzeröffnung am 28.08.2013 – ein Rumpfwirtschaftsjahr bildet (01.01. – 28.08.2013).



## 5. Fallbeispiel

### 5.1 Ausgangslage

#### Ertragslage:

Positionsbezeichnung	01.01.-31.12.2010		01.01.-31.12.2011		01.01.-31.12.2012		01.01.-28.08.2013	
	T€	%	T€	%	T€	%	T€	%
Umsatzerlöse	10.212	100,0	12.554	100,0	9.819	100,0	2.251	100,0
<b>* Gesamtleistung</b>	<b>10.212</b>	<b>100,0</b>	<b>12.554</b>	<b>100,0</b>	<b>9.819</b>	<b>100,0</b>	<b>2.251</b>	<b>100,0</b>
- Materialaufwand	7.915	77,5	9.671	77,0	7.424	75,6	2.713	120,5
<b>** Rohertrag</b>	<b>2.297</b>	<b>22,5</b>	<b>2.883</b>	<b>23,0</b>	<b>2.395</b>	<b>24,4</b>	<b>-462</b>	<b>-20,5</b>
- Personalaufwand	1.502	14,7	1.618	12,9	1.679	17,1	864	38,4
- Abschreibungen des Anlagevermögens	34	0,3	49	0,4	71	0,7	38	1,7
- sonstige Betriebsaufwendungen	312	3,1	553	4,4	412	4,2	219	9,7
- Vertriebsaufwendungen	307	3,0	342	2,7	173	1,8	49	2,2
- Verwaltungsaufwendungen inkl.sonstige Steuern	133	1,3	190	1,5	178	1,8	158	7,0
+ sonstige betriebliche Erträge	40	0,4	46	0,4	37	0,4	15	0,7
<b>*** Ergebnis der gewöhnl. Geschäftstätigkeit</b>	<b>49</b>	<b>0,5</b>	<b>177</b>	<b>1,4</b>	<b>-81</b>	<b>-0,8</b>	<b>-1.775</b>	<b>-78,9</b>
+/- Zinsergebnis	-66	-0,6	-51	-0,4	-88	-0,9	-70	-3,1
+/- periodenfremdes Ergebnis	0	0,0	0	0,0	7	0,1	-16	-0,7
+/- außergewöhnliche Ergebnis	133	1,3	0	0,0	-28	-0,3	-104	-4,6
- Wertberichtigungen zu Forderungen	27	0,3	6	0,0	71	0,7	551	24,5
- Steuern vom Einkommen und Ertrag	18	0,2	63	0,5	0	0,0	0	0,0
<b>*** Jahresfehlbetrag / -überschuß</b>	<b>71</b>	<b>0,7</b>	<b>57</b>	<b>0,5</b>	<b>-261</b>	<b>-2,7</b>	<b>-2.516</b>	<b>-111,8</b>

Im Geschäftsjahr 2011 wurde bei einem Umsatz von T€ 12.554 und einem Wareneinsatz von T€ 10.071 ein Rohertrag von T€ 2.883 erzielt. Bei Personalaufwendungen in Höhe von T€ 1.618 und sonstigen betrieblichen Aufwendungen in Höhe von T€ 1.085 resultiert ein Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit in Höhe von T€ 177.

Im Geschäftsjahr 2012 reduzieren sich die Umsatzerlöse mit T€ 2.735 um 21,8 % auf T€ 9.819. Auffällig ist, dass der Wareneinsatz sich mit T€ 7.424 in der Relation zur Gesamtleistung um 1,4 %-Punkte verbessert, während sich die Personalaufwendungen um T€ 61 auf T€ 1.679 erhöhen; dies entspricht einer Erhöhung in Relation zur Gesamtleistung von 4,2 %-Punkten. Die sonstigen betrieblichen Aufwendungen reduzieren sich um T€ 322 auf T€ 763 (bzw. um 1,5 %-Punkte).

Das Rumpfwirtschaftsjahr 2013 beinhaltet neben einem Umsatzeinbruch (auf T€ 2.251 bis zum 28.08.2013) einen **negativen Rohertrag** in Höhe von T€ 462 aufgrund des laufenden Materialaufwands und der notwendigen Bewertungsanpassung der Vorräte. Zusätzliche **Bewertungsanpassungen bei den Forderungen** ergeben sich in Höhe von T€ 551 (aus Darlehen an Verbundunternehmen und an nahestehende Personen).



## 5. Fallbeispiel

### 5.1 Ausgangslage

Vermögenslage:

Positionsbezeichnung	31.12.2010		31.12.2011		31.12.2012		28.08.2013	
	T€	%	T€	%	T€	%	T€	%
<b>AKTIVA</b>								
immaterielle Vermögensgegenstände	0	0,0	0	0,0	0	0,0	0	0,0
Sachanlagevermögen	202	6,7	315	7,2	319	8,9	281	25,7
<b>Anlagevermögen</b>	<b>202</b>	<b>6,7</b>	<b>315</b>	<b>7,2</b>	<b>319</b>	<b>8,9</b>	<b>281</b>	<b>25,7</b>
Vorräte	1.142	37,8	1.541	35,1	1.205	33,5	30	2,7
Forderungen								
aus Lieferungen und Leistungen	1.030	34,1	1.773	40,4	1.166	32,4	533	48,8
gegen Verbundunternehmen P1	216	7,1	310	7,1	375	10,4	21	1,9
gegen nahestehende Person P2	257	8,5	309	7,0	325	9,0	0	0,0
sonstige Vermögensgegenstände inkl. RAP	150	5,0	126	2,9	204	5,7	199	18,2
flüssige Mittel	24	0,8	17	0,4	3	0,1	28	2,6
<b>Umlaufvermögen</b>	<b>2.819</b>	<b>93,3</b>	<b>4.076</b>	<b>92,8</b>	<b>3.278</b>	<b>91,1</b>	<b>811</b>	<b>74,3</b>
<b>Bilanzsumme Aktiva</b>	<b>3.021</b>	<b>100,0</b>	<b>4.391</b>	<b>100,0</b>	<b>3.597</b>	<b>100,0</b>	<b>1.092</b>	<b>100,0</b>

Die Vorräte weisen in der Schlussbilanz zum 28.08.2013 nach Abwertung nur noch einen Wert von T€ 30 auf. Zum 31.12.2012 lag keine Inventur vor. Hilfsweise hat man den Inventurbestand 2011 genommen und in Höhe des Umsatzrückgangs von ca. 21 % eine Reduzierung der Vorräte vorgenommen. Für den Jahresabschluss 2011, der vom Steuerberater X mit einer nicht eingeschränkten Plausibilitätsbescheinigung versehen wurde, wird ein Wert für die Vorräte zum 31.12.2011 von T€ 1.541 angegeben.

Auffällig ist auch die Höhe der Forderungen aus Lieferungen und Leistungen im Jahresabschluss 2011 (T€ 1.773). Höhere Forderungsverluste im Wirtschaftsjahr 2012 und im Rumpfwirtschaftsjahr 2013 sind nicht gebucht worden.

Zum Ende des Rumpfwirtschaftsjahres 2013 bestanden **Forderungen gegen Verbundunternehmen P1** in Höhe von T€ 375, für die eine Wertberichtigung von T€ 354 gebildet wurde, sowie **Forderungen gegen nahestehende Person P2** in Höhe von T€ 335, für die eine 100 %-ige Wertberichtigung gebildet wurde. Die Werthaltigkeit der entsprechenden Forderungen im Jahresabschluss 2011 in Höhe von T€ 619 erscheint dadurch zweifelhaft.



## 5. Fallbeispiel

### 5.1 Ausgangslage

Finanzlage:

Positionsbezeichnung	31.12.2010		31.12.2011		31.12.2012		28.08.2013	
	T€	%	T€	%	T€	%	T€	%
<b>PASSIVA</b>								
Eigenkapital								
gezeichnetes Kapital	120	4,0	120	2,7	120	3,3	120	11,0
Rücklagen	5	0,2	5	0,1	5	0,1	5	0,5
Gewinnvortrag	241	8,0	312	7,1	369	10,3	109	10,0
Jahresergebnis	71	2,4	57	1,3	-260	-7,2	-2.516	-230,4
<b>Eigenkapital</b>	<b>437</b>	<b>14,5</b>	<b>494</b>	<b>11,3</b>	<b>234</b>	<b>6,5</b>	<b>-2.282</b>	<b>-209,0</b>
<b>Rückstellungen</b>	<b>80</b>	<b>2,6</b>	<b>133</b>	<b>3,0</b>	<b>107</b>	<b>3,0</b>	<b>117</b>	<b>10,7</b>
Verbindlichkeiten								
Darlehen Kreditinstitute	331	11,0	304	6,9	131	3,6	54	4,9
Kontokorrent Kreditinstitute	155	5,1	114	2,6	586	16,3	399	36,5
aus Lieferungen und Leistungen gegenüber Gesellschafter	1.219	40,4	2.570	58,5	1.401	38,9	1.431	131,0
gegenüber nahestehende Person P2	521	17,2	462	10,5	952	26,5	958	87,7
sonstige Verbindlichkeiten inkl. RAP	0	0,0	0	0,0	0	0,0	34	3,1
	278	9,2	314	7,2	186	5,2	381	34,9
<b>Verbindlichkeiten</b>	<b>2.504</b>	<b>82,9</b>	<b>3.764</b>	<b>85,7</b>	<b>3.256</b>	<b>90,5</b>	<b>3.257</b>	<b>298,3</b>
<b>Bilanzsumme Passiva</b>	<b>3.021</b>	<b>100,0</b>	<b>4.391</b>	<b>100,0</b>	<b>3.597</b>	<b>100,0</b>	<b>1.092</b>	<b>100,0</b>

Die Gesellschaft erzielte im Wirtschaftsjahr 2011 ein Jahresergebnis von T€ 57, sodass sich ein Eigenkapital von T€ 494 ergibt. Sofern die sich ggf. ergebenden Bewertungsfehler in den Vorräten sowie in den Forderungen gegen P1 und P2 T€ 494 übersteigen, lag mit hoher Wahrscheinlichkeit eine bilanzielle Überschuldung vor.

Auffällig ist die Entwicklung der Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen, die Ende 2011 mit T€ 2.570 mehr als doppelt so hoch waren wie Ende 2010 (bei einem Umsatzanstieg von 2010 nach 2011 um 22,9 %).

Die liquiden Mittel betragen zum gleichen Zeitpunkt nur T€ 17, sodass Ende 2011 / Anfang 2012 erhebliche Zahlungsschwierigkeiten vorgelegen haben könnten.

Bis Ende 2012 wurden die Verbindlichkeiten gegenüber Gesellschafter Herr A zur Liquiditätsstärkung der Gesellschaft von T€ 462 Ende 2011 um T€ 490 auf T€ 952 erhöht. Informationen über einen Rangrücktritt zu diesen Gesellschafterdarlehen liegen nicht vor.



## 5. Fallbeispiel

### 5.1 Ausgangslage

- Zusammengefasst ergeben sich aus der Analyse der Vermögens, Finanz- und Ertragslage folgende Positionen für gegebenenfalls fehlerhafte Bewertungen im Jahresabschluss 2011:
  - Vorratsbewertung
  - Bewertung der Verbund-Forderungen und Forderungen gegen nahestehende Personen.
- Aufgrund der vom Steuerberater X für diesen Jahresabschluss erteilten, uneingeschränkten Plausibilitätsbeurteilung, wurde dieser gebeten, die Dokumentation zur Inventuraufnahme und zur Inventurbewertung sowie die Werthaltigkeit der fraglichen Verbundforderungen und Forderungen gegen nahestehende Personen zu belegen. Dieser Aufforderung ist der Steuerberater nicht nachgekommen und ließ durch seinen Rechtsbeistand mitteilen, dass eine Inventurbeobachtung 2011 tatsächlich stattgefunden habe, die Unterlagen dazu jedoch durch eine interne Umorganisation der Bürobetriebes „abhanden“ gekommen seien.



## 5. Fallbeispiel

### 5.2 Analyse zur Überschuldung

- Nach der Neuregelung des § 19 Abs. 2 InsO durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz im Jahre 2008 liegt eine Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinne dann vor, wenn das Vermögen die Verbindlichkeiten zu einem bestimmten Stichtag nicht mehr deckt, es sei denn, dass die Fortführung des Unternehmens überwiegend wahrscheinlich ist. Aufgrund des Umstandes, dass im Juli 2013 bei der ABC GmbH der Insolvenzantrag gestellt wurde (und zwar wegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung) erhebt sich somit die Frage, wann der Tatbestand der Überschuldung im Sinne des § 19 InsO vorgelegen hat. Da aus den Geschäftsunterlagen kein Überschuldungsstatus und/oder eine Fortbestehungsprognose ersichtlich war, erhebt sich die Frage, ob anhand anderer Unterlagen zumindest mittelbar auf eine möglicherweise vorliegende Überschuldungssituation geschlossen werden kann, wozu ggf. auch der letzte reguläre Jahresabschluss zählt.

Der letzte reguläre Jahresabschluss, der vom Steuerberater X erstellt und von der Geschäftsleitung der ABC GmbH aufgestellt wurde, betrifft das Geschäftsjahr 2011 und wurde mit einer **uneingeschränkten Plausibilitätsbescheinigung**, die insbesondere die Werthaltigkeit der wesentlichen aktiven Bilanzpositionen umfasste, versehen. Die Erstellung dieses Jahresabschlusses datiert auf den 31. Juli 2012. **In diesem Jahresabschluss zum 31. Dezember 2011 war das Eigenkapital mit T€ 494 noch positiv und betrug 11,3 % der Bilanzsumme.**



## 5. Fallbeispiel

### 5.2 Analyse zur Überschuldung

- Aufgrund der **nach Insolvenzeröffnung** erstellten Jahresabschlüsse für das Geschäftsjahr 2012 und für das Rumpfgeschäftsjahr 2013 ergaben sich jedoch mit **T€ 261 (Geschäftsjahr 2012)** und **T€ 2.516 (Rumpfgeschäftsjahr 2013)** massive **Verluste**, sodass allein schon aufgrund dieser Tatsache davon ausgegangen werden kann, dass eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für eine **positive Fortführungsprognose bzw. Fortbestehensprognose** der ABC GmbH zu diesem Zeitpunkt mit **an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit** nicht mehr bestand.

Eine hiervon abweichende Beurteilung war den Unterlagen des insolventen Unternehmens im Übrigen auch nicht zu entnehmen. Somit kann davon ausgegangen werden, dass für die Geschäftsjahre 2012 und für das Rumpfgeschäftsjahr 2013 nicht von einer positiven Fortbestehensprognose ausgegangen werden durfte und somit der einschränkende zweite Halbsatz des § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO methodisch nicht zum Tragen kam.



## 5. Fallbeispiel

### 5.2 Analyse zur Überschuldung

- Somit verbleibt es, bei der **Überprüfung der rechnerischen Überschuldung** im Sinne des § 19 Abs. 2 Satz 1, 1. Alternative durch Gegenüberstellung der Aktiva und der Passiva (unter Weglassung des Eigenkapitals), zu erkennen, ob möglicherweise bereits in 2012 oder gar in 2011 der Tatbestand der rechnerischen Überschuldung gegeben war. Hierzu ist es entsprechend der **modifizierten zweistufigen Überschuldungsprüfung** (vgl. insoweit IDW S 11 Tz. 53) erforderlich, einen entsprechenden **Status zu Liquidationswerten** zu erstellen. Da die Jahresabschlüsse und damit die Bilanzen für das Geschäftsjahr 2012 und für das Rumpfgeschäftsjahr 2013 erst **nach der Insolvenzantragstellung** durch den vom Insolvenzverwalter beauftragten Steuerberater Y ohne jegliche Prüfungshandlungen erstellt wurden, ist eine diesbezügliche Aussage auf diese Zeitpunkte (31. Dezember 2012 und 28. August 2013) für die hier anstehenden Betrachtungen nicht von weiterer Bedeutung, da mit Insolvenzeröffnung am 28. August 2013 der rechnerische Überschuldungstatbestand im Sinne des § 19 Abs. 2 Satz 1, 1. Alternative InsO mit T€ 2.282 offenkundig zu Tage trat.



## 5. Fallbeispiel

### 5.2 Analyse zur Überschuldung

- Auch das Datum 31. Dezember 2012 kann für eine Überschuldungsprüfung ausgeblendet werden, da der durch den Insolvenzverwalter beauftragte Steuerberater Y aufgrund des vorgelegten Datenmaterials nicht in der Lage und auch nicht beauftragt war irgendwelche Plausibilitätsüberlegungen zur Bewertung der Aktiva und Passiva vorzunehmen. Letztlich zeigt dieser Jahresabschluss – und hier insbesondere die Bilanz – lediglich das Ergebnis der laufenden Finanzbuchhaltung unter Zusammenstellung des Zahlenmaterials ohne Überlegungen zu irgendwelchen Bewertungsansätzen auf der Aktiv- und Passivseite der Bilanz. **Nach Aussage des Steuerberaters Y hat eine Inventur zum 31.12.2012 nicht vorgelegen.** Hilfsweise hat man den Inventurbestand 2011 genommen und in Höhe des Umsatzrückgangs (ca. 21 %) eine Reduzierung der Vorräte vorgenommen.
- Somit konzentriert sich methodisch die Frage der Überschuldung auf das Geschäftsjahr 2011 und hier insbesondere auf die Bilanz zum 31. Dezember 2011.



## 5. Fallbeispiel

### 5.2 Analyse zur Überschuldung

- Ausgehend von den zuvor gemachten Ausführungen kann bei einer Darstellung der zusammengefassten Positionen der Aktiv- und Passivseite zum 31. Dezember 2011 festgehalten werden, dass der Bestand der Vorräte zum 31. Dezember 2011 lt. ausgewiesener Bilanz des Steuerberaters X noch T€ 1.541 betrug. Auch die Verbundforderungen und Forderungen gegen nahestehende Personen i. H. v. zusammen T€ 619 sind in diesem Zusammenhang von Bedeutung.

#### a) Vorratsbewertung

Aufgrund des Rumpfgeschäftsjahres für das Geschäftsjahr 2013 ergibt sich aufgrund der GuV-Rechnung und der durchgeführten Inventur zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung **nur noch ein Vorratsbestand von T€ 30, der somit gerade noch 2 % (!) des Vorratsbestandes zum 31. Dezember 2011 ausweist**. Da die Inventur zum 31. Dezember 2012 durch den nach der Insolvenzantragstellung beauftragten Steuerberater Y i. H. v. T€ 1.205 – mangels vorliegender Unterlagen – nicht einer weiteren Bewertung unterzogen werden konnte, ist somit ein Vergleich nur noch mit der Inventur zum 31. Dezember 2011 möglich. Hierzu hat der Steuerberater X in seinen Jahresabschlussbericht, Seite 11, ausgeführt, dass er eine entsprechende **Plausibilitätsprüfung im Sinne des IDW S 7** vorgenommen sowie den Auftrag unter **Beachtung der Verlautbarungen der Bundessteuerberaterkammer zu den Grundsätzen für die Erstellung von Jahresabschlüssen** (Februar 2011) durchgeführt hat. In diesem Zusammenhang fällt auf, dass trotz mehrfacher Anforderung der Steuerberater X keine Unterlagen über Aufnahme und Bewertung des Vorratsvermögens hat vorlegen können.



## 5. Fallbeispiel

### 5.2 Analyse zur Überschuldung

Aufgrund des Umstandes, dass sich in dem **Rumpfgeschäftsjahr 2013 ein negativer Rohertrag ergeben hat**, spricht sehr viel dafür, dass der Inventurbestand in den Vorjahren entweder in der angegebenen Höhe physisch überhaupt nicht vorhanden war oder aber falsch bewertet wurde. Im Rumpfgeschäftsjahr 2013 wurde gerade noch ein Umsatz von T€ 2.251 erzielt. Bei einem angenommenen Wareneinsatz von durchschnittlich – wie in der Vergangenheit – 75 % bezogen auf den Umsatz hätte somit allenfalls ein Wareneinsatz von T€ 1.688 „verarbeitet“ werden können. **Tatsächlich betrug jedoch der Wareneinsatz T€ 2.713 und war somit ca. T€ 1.000 höher als dies bei Ansatz der Wareneinsatzrelation aus den Vorjahren der Fall gewesen wäre.**

Theoretisch wäre es natürlich auch denkbar, dass in den letzten Monaten vor Insolvenzeröffnung die nach dem 31.12.2011 angeschafften Waren unterhalb des Einkaufspreises „verramscht“ worden sind; dies kann jedoch wahrscheinlich ausgeschlossen werden, **da die stichprobenartige Überprüfung von Ausgangsrechnungen zu diesem Zeitraum nicht ergeben hat, dass solche verkauften Waren unter dem Einstandspreis veräußert wurden.** Sollte es keine weiteren Belege für diese These geben (von evtl. Einzelfällen abgesehen) spricht vieles dafür, dass entweder die Bestandsaufnahme selbst und / oder die Bewertung des Vorrats in den Vorjahren fehlerhaft war.



## 5. Fallbeispiel

### 5.2 Analyse zur Überschuldung

Um hier eine approximative Annäherung an die tatsächlichen Werte zu erreichen, wird der durchschnittliche Wareneinsatz für den Betrachtungszeitraum 2010 bis zum Rumpfgeschäftsjahr 2013 wie folgt vorgenommen:

	Umsatz T€	Wareneinsatz T€
Geschäftsjahr 2010	10.212	7.915
Geschäftsjahr 2011	12.554	9.671
Geschäftsjahr 2012	9.819	7.424
Rumpfgeschäftsjahr 2013	2.251	2.713
	34.836	27.723

=> Rohertrag (DB-I) T€ 7.113 (= 20,4 %)

Hieraus ergibt sich ein durchschnittlicher Wareneinsatz von ca. 80 %. Dies bedeutet – angewandt auf das Jahr 2010 und 2011 – dass der Wareneinsatz im Jahre 2010 um voraussichtlich 2,5 % und im Jahre 2011 um 3,0 % zu niedrig angesetzt wurde bzw. der Vorratsbestand um diese Werte voraussichtlich zu hoch war. **Die Bewertungsdifferenz für das Geschäftsjahr 2010 würde danach T€ 255 und für das Geschäftsjahr 2011 T€ 377, in Summe somit T€ 632 betragen.** Sofern der Vorratsbestand zum 31. Dezember 2011 um ca. T€ 632 abgewertet werden würde, wäre bei dem zum 31. Dezember 2011 ausgewiesenen Eigenkapital von T€ 494 die Gesellschaft bereits zu diesem Zeitpunkt mindestens bilanziell, mit hoher Wahrscheinlichkeit aber auch rechnerisch bzw. insolvenzrechtlich, überschuldet, da noch weitere Abschläge im Vorratsvermögen erforderlich wären, um den zu erwartenden Liquidations-Szenario Rechnung zu tragen (ausgehend von den bereits zuvor gemachten Ausschluss einer positiven Fortbestehensprognose und der damit verbundenen Notwendigkeit, den Jahresabschluss wegen mangelnder Fortführungsfähigkeit der Gesellschaft unter Abkehr von der Going-Concern-Prämisse aufzustellen).



## 5. Fallbeispiel

### 5.2 Analyse zur Überschuldung

#### *b) Verbundforderungen und Forderungen gegen nahestehende Personen*

Auch für die besonders ausgewiesenen **Forderungssalden i. H. v. zusammen T€ 619 zum 31. Dezember 2011**, die in der Bilanz des Rumpfgeschäftsjahres zum 28. August 2013 nahezu vollständig abgewertet wurden, bleibt festzuhalten, dass der Steuerberater X bis heute keinen Beleg dafür erbracht hat, dass diese Bilanzpositionen tatsächlich werthaltig waren. Der Hinweis in dem Schreiben des Steuerberaters X vom 16. Juni 2016, dass aufgrund der Einkommenssituation nahestehenden Personen diese Forderungsbestände von ihm als werthaltig angesehen wurden, ist nicht nachvollziehbar. Tatsache ist, dass diese Forderungen vollständig ausgefallen sind.

Unter der Maßgabe, dass eine Überschuldungsprüfung zum 31. Dezember 2011 unter Liquidationsgesichtspunkten hätte stattfinden müssen und sich diese dann auch zwangsläufig auf den Jahresabschluss auswirkt (siehe Ausführungen weiter oben wegen fehlender positiver Fortbestehensprognose), hätte spätestens zu diesem Zeitpunkt eine deutliche Abwertung dieser Forderungen stattfinden müssen. Eine Überprüfung der maßgeblichen Konten 1503, 1507 und 1508 in 2012 hat zudem ergeben, dass keine signifikanten Habenbuchungen (= **Bezahlungen**) vorgenommen wurden. Im Gegenteil ist der Saldo in 2012 noch um T€ 81 auf dann T€ 700 angewachsen, sodass die – sich bereits durch die mangelhafte Vorratsbewertung ergebende – Überschuldung zum 31. Dezember 2011 mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit weiter vertieft worden wäre. Bei einem 100 %-igen Forderungsausfall würde sich die Überschuldung um T€ 619 vertiefen. Somit würde zum 31. Dezember 2011 die insolvenzrechtlich maßgebliche Überschuldung im Sinne des § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO, 1. Alternative **mindestens bei T€ 757 liegen**. Wahrscheinlich würde sich die Überschuldung, wenn zu dem Zeitpunkt 31. Dezember 2011 zu Liquidationswerten bewertet worden wäre, noch deutlich erhöhen.



## 5. Fallbeispiel

### 5.2 Analyse zur Überschuldung

Vor diesem Hintergrund ist es umso unverständlicher, dass im Zusammenhang mit der ohnehin angespannten Finanzsituation der ABC GmbH durch den Steuerberater X, der den Jahresabschluss 2011 erst zum 31. Juli 2012 erstellt hat, in dem Jahresabschluss 2011 eine uneingeschränkte Plausibilitätsbescheinigung abgegeben wurde und somit die **Going-Concern-Prämisse des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB unterstellt wurde**, obwohl es erhebliche Anzeichen dafür gab, dass hiervon die Beteiligten nicht mehr ausgehen konnten. Dafür sprach auch, dass im Laufes des Geschäftsjahres 2012 der erheblich angestiegene Bestand an nicht bezahlten Lieferantenverbindlichkeiten durch weitere erhebliche Einschüsse des Gesellschafters Herr A ausgeglichen werden musste.

Zwar war Steuerberater X nach den vorliegenden Unterlagen nicht beauftragt, eine insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung i.S.d. §19 InsO im Zuge der Jahresabschlusserstellung 2011 vorzunehmen, dies entbindet ihn aber nicht von der Pflicht die „Going-Concern-Prämisse“ des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB – **einen elementarer Bilanzierungsgrundsatz** – zu beachten. Wenn nämlich die „Going-Concern-Prämisse“ nicht gegeben ist, muss der Jahresabschluss zwingend unter Liquidationsgesichtspunkten aufgestellt werden (vgl. Beck'scher Bilanzkommentar, 11. Auflage, § 252 Tz 14 - 16). Dies gilt umso mehr, wenn – wie hier vorliegend – der Steuerberater den Jahresabschluss 2011 mit einer **weitergehenden Plausibilitätsbeurteilung** hätte aufstellen müssen. Im Übrigen kann festgehalten werden, dass die Jahresabschlussbilanzierung unter Aufgabe der „Going-Concern-Prämisse“ materiell zu ähnlichen Ergebnissen wie ein Überschuldungsstatus führt; in beiden Fällen wäre der Überschuldungstatbestand im vorliegenden Fall deutlich erkennbar gewesen.



## 5. Fallbeispiel

### 5.2 Analyse zur Überschuldung

Ausweislich des Jahresabschlussberichts 2011 vom 31.07.2012 wird unter Tz 1) und 2) explizit erwähnt, dass die Beauftragung für die **Jahresabschlusserstellung auch eine Plausibilitätsbeurteilung umfasst**. In Tz 4) wird durch den Steuerberater X erwähnt, dass „keine Sachverhalte festgestellt wurden, die gegen die Ordnungsmäßigkeit der Buchführung und Bestandsnachweise in allen für den Jahresabschluss wesentlichen Belangen sprechen“. Diese Aussage wird dann in der Bescheinigung (Tz 17 S. 11) nochmals ausdrücklich bestätigt. Darüber hinaus wird in Tz 19 explizit zu der Position Vorräte wie folgt Stellung bezogen:

*„Das Vorratsvermögen wurde zum Bilanzstichtag körperlich aufgenommen. Eine Einzelbewertung des Warenbestandes zum Bilanzstichtag ist vorgelegt worden. Die Bewertung erfolgt zu Anschaffungskosten oder zu gewichteten Durchschnittspreisen. Die Wertansätze sind von uns auftragsgemäß in Stichproben geprüft worden.“*

Zur Werthaltigkeit der Verbundforderungen und Forderungen gegen nahenstehenden Personen werden vom Steuerberater X keine Angaben gemacht, obwohl durch eine **einfache Überprüfung der Zahlungsbewegungen in 2012** der Steuerberater zu der (werterhellenden) Erkenntnis hätte kommen müssen, dass die Werthaltigkeit der Forderungen zum Bilanzstichtag 31.12.2011 mehr als fraglich war.

Deshalb gibt es aufgrund der weiter oben angeführten analytischen Überlegungen und Feststellungen zumindest hinsichtlich der Bilanzansätze der Vorräte und der Verbundforderungen und Forderungen gegen nahestehende Personen erhebliche Zweifel, die der Steuerberater X trotz mehrfacher Aufforderung bisher nicht hat ausräumen können.



## 5. Fallbeispiel

### 5.2 Analyse zur Überschuldung

Folgt man den analytischen Bewertungsansätzen für die Vorräte und die Verbundforderungen und Forderungen gegen nahestehende Personen, so hätte sich zum 31.12.2011 in der Bilanz der ABC GmbH bereits eine deutliche bilanzielle Überschuldung abgezeichnet, die den damaligen Geschäftsführer mit hoher Wahrscheinlichkeit dazu veranlasst hätte, weitergehende insolvenzrechtliche Überlegungen anzustellen bzw. sich anderweitigen juristischen Rat einzuholen. Im Übrigen hätte dann der beauftragte Steuerberater X möglicherweise die Pflicht gehabt, seinen Mandanten auf die Insolvenzgefährdung zumindest hinzuweisen. (Nach der neuesten Rechtsprechung besteht eine **explizite Pflicht** des StB / WP zur Aufklärung von Insolvenzrisiken gegenüber seinen Mandanten.)

Auch wenn der den Jahresabschluss 2011 erstellende Steuerberater X keinen Auftrag zu insolvenzrechtlicher Überprüfung im Rahmen der Jahresabschlusserstellung 2011 hatte, so entbindet es ihn nicht von der Pflicht einen GoB-gerechten Jahresabschluss aufzustellen, erst recht, wenn er beauftragt war entsprechende Plausibilitätsüberprüfungen vorzunehmen.

Mit anderen Worten: *Hätte der Steuerberater X einen GoB-konformen Jahresabschluss 2011 erstellt, wäre mit hoher Wahrscheinlichkeit eine deutliche bilanzielle Überschuldung erkennbar geworden. Es wäre seine (Neben-)Pflicht gewesen, den Geschäftsführer auf diesen Umstand zumindest hinzuweisen, damit dieser in die Lage versetzt worden wäre, sich insolvenzrechtlich beraten zu lassen. Der Steuerberater hätte darüber hinaus für sich überlegen müssen, ob er unter diesen Umständen einer offen zu Tage tretenden bilanziellen Überschuldung überhaupt noch zu Going-Concern hätte bilanzieren dürfen. In diesen Überlegungsprozess ist der Steuerberater X – pflichtwidrig – erst gar nicht eingestiegen, weil die wirtschaftlich bedeutenden Bilanzpositionen von ihm mit hoher Wahrscheinlichkeit falsch angesetzt und somit die wirtschaftlich prekäre Situation der Gesellschaft verdeckt wurde.*



## 5. Fallbeispiel

### 5.3 Ermittlung „Vertiefungsschaden“

Es stellt sich die Frage, wie im vorliegenden Fall der mögliche Schadensanspruch des IV gegenüber dem Steuerberater X zu berechnen ist. Dazu muss auf die Rechtsprechung des BGH v. 6.6.2013 IX ZR 204/12 zurückgegriffen werden. Danach ergibt sich der Schaden aus dem Vergleich der Vermögenslage zum Zeitpunkt der tatsächlichen (zu späten) Insolvenzantragsstellung gemessen zur Vermögenslage zum Zeitpunkt, zu dem der Insolvenzantrag spätestens hätte gestellt werden müssen (=> sog. „Vertiefungsschaden“).

Für den vorliegenden Fall ergibt sich folgende Ermittlung:

	Datum letzter JA	Insolvenzantrag
	31.12.2011	28.08.2013
	T€	T€
Eigenkapital vor Korrektur	493	-2.195
Korrektur Vorräte	-632	
Korrektur Forderungen	-620	
Eigenkapital nach Korrektur	<u>-759</u>	<u>-759</u>



Der Vertiefungsschaden stellt im Ergebnis nichts anderes dar, als die zusätzlichen Verluste, die infolge der verspäteten Insolvenzantragsstellung entstanden sind. Inwieweit dieser Schaden – wenn er denn als solcher gerichtlich festgestellt wird, ggf. durch die Berufshaftpflicht des Steuerberaters getragen wird, ist noch eine ganz andere (offenen) Frage.

## 6. Zusammenfassung



## 5. Fallbeispiel

### 6. Zusammenfassung

Die in dem vorliegend beschriebenen Fallbeispiel dargelegte Begründung, dass eine Bilanzierung zu Fortführungswerten unter Missachtung der Ausnahmeregeln des § 252 I Nr. 2 HBG Haftungsfolgen für den den Jahresabschluss erstellenden StB / WP hat, wurde durch die Rechtsprechung des IX. Senats vom 26.01.2017 eindrucksvoll bestätigt.

Vor diesem Hintergrund werden StB / WP, die Jahresabschlüsse für ihre Mandanten erstellen oder prüfen, bei insolvenz-gefährdeten Unternehmens häufig klare Aussagen zur Going-Concern-Prämisse treffen müssen und ihre Mandanten umfassend über Insolvenzrisiken aufzuklären haben bzw. sie an Sachverständige Dritte verweisen, um eigenen Haftungsgefahren aus dem Weg zu gehen.

Hannover, 22.05.2018

Peter W. Plagens

Wirtschaftsprüfer | Steuerberater

Anlage

# Anlage

## Zur Haftung des Steuerberaters wegen fehlerhafter Bilanzierung zu Fortführungswerten bei Vorliegen eines Insolvenzgrunds

Haftung für Jahresabschlusserstellung nach Werkvertragsrecht – Pflichten des Steuerberaters bezüglich der Fortführungsprognose – Haftung für die Verletzung von Hinweispflichten im Rahmen der Jahresabschlusserstellung

HGB § 252 Abs. 1 Nr. 2

**Besteht für eine KapGes. ein Insolvenzgrund, scheidet eine Bilanzierung nach Fortführungswerten aus, wenn innerhalb des Prognosezeitraums damit zu rechnen ist, dass das Unternehmen noch vor dem Insolvenzantrag, im Eröffnungsverfahren oder alsbald nach Insolvenzeröffnung stillgelegt werden wird.**

BGB § 675; HGB § 252 Abs. 1 Nr. 2

- a) Der mit der Erstellung eines Jahresabschlusses für eine GmbH beauftragte StB ist verpflichtet zu prüfen, ob sich auf der Grundlage der ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen und der ihm sonst bekannten Umstände tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten ergeben, die einer Fortführung der Unternehmenstätigkeit entgegenstehen können. Hingegen ist er nicht verpflichtet, von sich aus eine Fortführungsprognose zu erstellen und die hierfür erheblichen Tatsachen zu ermitteln (Ergänzung zu BGH vom 07.03.2013 – IX ZR 64/12, DB 2013 S. 928 = WM 2013 S. 802; vom 06.06.2013 – IX ZR 204/12, DB 2013 S. 1542 = WM 2013 S. 1323).
- b) Eine Haftung des StB setzt voraus, dass der Jahresabschluss angesichts einer bestehenden Insolvenzreife der Gesellschaft objektiv zu Unrecht von Fortführungswerten ausgeht.

BGB § 675; InsO § 19 Abs. 2

Der mit der Erstellung eines Jahresabschlusses für eine GmbH beauftragte StB hat die Mandantin auf einen möglichen Insolvenzgrund und die daran anknüpfende Prüfungspflicht ihres Geschäftsführers hinzuweisen, wenn entsprechende Anhaltspunkte offenkundig sind und er annehmen muss, dass die mögliche Insolvenzreife der Mandantin nicht bewusst ist (teilweise Aufgabe von BGH vom 07.03.2013, a.a.O.).

BGH, Urteil vom 26.01.2017 – IX ZR 285/14

Die H. GmbH (fortan: Schuldnerin) beauftragte den beklagten StB im Jahr 2005, den Jahresabschluss für das Jahr 2003 zu erstellen. Hierzu übergab die Schuldnerin dem Beklagten u.a. den Jahresabschluss für das Jahr 2002, der einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag von 33.127,93 € auswies. In den Folgejahren erteilte die Schuldnerin dem Beklagten jew. erneut Einzelaufträge, die Jahresabschlüsse zu erstellen. Der Beklagte kam diesen Aufträgen nach. Das Stammkapital der Schuldnerin betrug anfänglich 25.564,59 €; im Jahr 2007 erfolgte eine Kapitalerhöhung auf 50.000 €.

Die vom Beklagten erstellten Jahresabschlüsse wiesen jew. nicht durch Eigenkapital gedeckte Fehlbeträge auf: ... (Die Zahlen können dem Volltext unter RS1230191 entnommen werden.)

In Anschreiben vom 20.04.2007 und 28.08.2007 wies der Beklagte darauf hin, dass der Geschäftsführer der Schuldnerin verpflichtet sei, „regelmäßig die Zahlungsfähigkeit sowie die Vermögens-

verhältnisse der GmbH dahingehend zu überprüfen, ob die Zahlungsfähigkeit gewährleistet ist und dass keine Überschuldung vorliegt“. Mit Schreiben vom 29.11.2007 wies er auf einen Rückgang der Umsatzerlöse im Vergleich zum Jahr 2006 um fast 50% bei gleichzeitig um 20% gestiegenem Personalaufwand hin. Mit Schreiben vom 15.01.2009 übersandte er den vorläufigen Jahresabschluss für das Jahr 2007 und teilte mit, dass sich die Überschuldung durch den Jahresfehlbetrag weiter erhöht habe.

Am 02.07.2009 stellte die Schuldnerin Eigenantrag; das Insolvenzverfahren über ihr Vermögen wurde am 15.07.2009 eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt. Der Kläger behauptet, die Schuldnerin habe über keine stillen Reserven verfügt und sei bereits seit 2002, jedenfalls aber Mitte 2005 bei Übernahme des ersten Auftrags durch den Beklagten insolvenzreif, nämlich überschuldet und aufgrund ihrer aus der Überschuldung folgenden Kreditwürdigkeit zahlungsunfähig gewesen. Jedenfalls seit 2006 sei die Zahlungsfähigkeit zweifelhaft gewesen. Bereits im Mai 2005 will der Beklagte den Geschäftsführer auf das Problem der bilanziellen Überschuldung hingewiesen haben, worauf dieser ihm erklärt habe, das Problem sei bekannt, es sei eine Kapitalerhöhung geplant und er werde das Problem mit dem Gesellschafter besprechen.

Der Kläger beantragt – soweit noch von Interesse – festzustellen, dass der Beklagte sämtliche Schäden seit dem 30.06.2005 zu ersetzen habe, die durch eine verschleppte Insolvenzantragstellung bei der Schuldnerin entstanden seien. Das LG hatte die Klage insoweit abgewiesen, die Berufung des Klägers hatte keinen Erfolg gehabt. Die Revision des Klägers führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

AUS DEN GRÜNDEN

### Hinweispflicht des Steuerberaters bei Auftrag zur Prüfung der Insolvenzreife

[1 ... 10] A. ... B. I. Allerdings hat der Senat in der Vergangenheit ausgesprochen, dass eine Haftung des StB für einen Insolvenzverschleppungsschaden wegen eines unterlassenen Hinweises nur eintreten könne, wenn dieser ausdrücklich mit der Prüfung der Insolvenzreife eines Unternehmens beauftragt sei. Der StB habe durch seine Aufgabe, Jahresabschlüsse zu fertigen, kein überlegenes Wissen im Hinblick auf eine drohende Überschuldung des Unternehmens im Fall einer bilanziellen Überschuldung (BGH vom 07.03.2013 – IX ZR 64/12, DB 2013 S. 928 = WM 2013 S. 802, Rn. 19; vom 06.06.2013 – IX ZR 204/12, DB 2013 S. 1542 = WM 2013 S. 1323, Rn. 13). Es sei grds. nicht Aufgabe des mit der allgemeinen steuerlichen Beratung der GmbH beauftragten Beraters, die Gesellschaft bei einer Unterdeckung in der Handelsbilanz darauf hinzuweisen, dass es die Pflicht des Geschäftsführers ist, eine Überprüfung vorzunehmen oder in Auftrag zu geben, ob Insolvenzreife eingetreten ist, und ggf. gem. § 15a InsO Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu stellen (BGH vom 07.03.2013, a.a.O., Rn. 15, 19; vom 06.06.2013, a.a.O., Rn. 12). An dieser Rspr. hält der Senat jedoch nicht uneingeschränkt fest.

### Haftung des Steuerberaters im Falle mangelhafter Erstellung der Bilanzen und wegen Verletzung seiner Hinweispflicht im Rahmen der Bilanzierung

[11] II. Im Streitfall kann der Beklagte die durch eine verschleppte Insolvenzantragstellung bei der Schuldnerin entstandenen Schäden zu ersetzen haben, sofern hierfür eine mangelhafte Erstellung der Bilanzen (§ 242 Abs. 1 HGB) ursächlich war (unter I.). Weiter kommt ein Schadensersatzanspruch in

Betracht, weil der Beklagte es nach dem revisionsrechtlich zu unterstellenden Vortrag des Klägers unterlassen hat, die Schuldnerin auf die sich aus dem nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag (§ 268 Abs. 3 HGB) ergebenden Risiken hinzuweisen, und nicht darauf aufmerksam gemacht hat, dass dies auf einen Insolvenzgrund hindeutet (unter 2).

#### **Pflichtverletzung bei Erstellung des Jahresabschlusses**

[12] 1. Das Berufungsgericht hat nicht beachtet, dass der Beklagte nach § 280 Abs. 1, § 634 Nr. 4, § 675 Abs. 1 BGB haften kann, wenn er den Jahresabschlüssen – wie der Kläger behauptet – zu Unrecht Fortführungswerte zugrunde gelegt hat. Ein StB, der es übernimmt, einen handelsrechtlichen Jahresabschluss für einen Kaufmann oder eine Gesellschaft zu erstellen, schuldet einen Leistungserfolg (unter a). Er verletzt seine Pflichten aus dem ihm erteilten Auftrag, wenn der Jahresabschluss mangelhaft ist (unter b). Er ist zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er diese Pflichtverletzung zu vertreten hat (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB; unter c).

#### **Haftung nach Werkvertragsrecht für Mängel bei der Bilanzierung**

[13] a) Der StB haftet im Rahmen seines Mandats nach Werkvertragsrecht für Mängel bei der Erstellung des Jahresabschlusses.

[14] aa) Der Auftrag einer KapGes., einen nach §§ 242, 264 HGB erforderlichen Jahresabschluss zu erstellen, enthält stets eine werkvertragliche Verpflichtung mit Geschäftsbesorgungscharakter (vgl. BGH vom 01.02.2000 – X ZR 198/97, DB 2000 S. 916 = WM 2000 S. 973, unter I.; vom 07.03.2002 – III ZR 12/01, RS0713281 = WM 2002 S. 2248 [2249 f.]; Zugehör, WM 2013 S. 1965 [1966]). Dies gilt jedenfalls, wenn der StB – wie im Streitfall – einen nur auf die Erstellung des Jahresabschlusses gerichteten Einzelauftrag erhält. Es kann daher offenbleiben, inwieweit Werkvertragsrecht zur Anwendung kommt, wenn es sich beim zu erstellenden Jahresabschluss nur um eine Einzelleistung im Rahmen eines Dauermandats handelt (vgl. BGH vom 11.05.2006 – IX ZR 63/05, DB 2006 S. 1422 = WM 2006 S. 1411, Rn. 6 ff.; vom 14.06.2012 – IX ZR 145/11, BGHZ 193 S. 297 = DB 2012 S. 1559, Rn. 9, zur Prüfung der Insolvenzreife). Denn bei der Erstellung eines Jahresabschlusses handelt es sich um einen fest umrissenen Leistungsgegenstand, nicht hingegen um eine allgemeine, laufende Beratungstätigkeit.

[15] bb) Der StB, der den handelsrechtlichen Jahresabschluss für eine GmbH zu erstellen hat, soll nicht nur eine bestimmte Tätigkeit entfalten, auf deren Grundlage die Gesellschaft bestimmte Ziele erreichen oder ihre Geschäftstätigkeit ausrichten möchte. Vielmehr will die Gesellschaft mit einem solchen Auftrag stets die sie treffenden handelsrechtlichen Pflichten erfüllen und möchte deshalb einen entsprechenden Jahresabschluss als Ergebnis erhalten. Der Inhalt eines nach §§ 242, 264 HGB erforderlichen Jahresabschlusses wird dabei weitgehend durch die gesetzlichen Anforderungen und die eröffneten Gestaltungsmöglichkeiten festgelegt.

#### **Pflichtwidrige Erstellung des Jahresabschlusses auf der Grundlage von Fortführungswerten**

[16] b) Der Beklagte hat nach den revisionsrechtlich zu unterstellenden Behauptungen des Klägers die Jahresabschlüsse für die Schuldnerin pflichtwidrig auf der Grundlage von Fortführungswerten und damit mangelhaft erstellt.

[17] aa) Der BGH hat bereits mit Urteil vom 18.02.1987 (Iva ZR 232/85, GmbHR 1987 S. 463) ausgesprochen, dass ein StB zum Schadensersatz verpflichtet sein kann, wenn die von ihm fehlerhaft erstellte Bilanz die bestehende rechnerische Überschuldung nicht erkennen ließ und deswegen der Konkursantrag wegen Überschuldung verspätet gestellt wurde. Auch im Urteil vom 07.03.2013 (a.a.O., Rn. 22) ist der BGH davon ausgegangen, dass ein StB wegen Schlechterfüllung des Auftrags zur Erstellung eines handelsrechtlichen Jahresabschlusses schadensersatzpflichtig ist. Zur Haftung führende Mängel weist ein Jahresabschluss jedoch nicht nur dann auf, wenn er die tatsächlich bestehende rechnerische Überschuldung nicht erkennen ließ. Dies kann auch dann der Fall sein, wenn der Jahresabschluss angesichts einer bestehenden Insolvenzreife der Gesellschaft zu Unrecht von Fortführungswerten ausgeht. Soweit sich aus früheren Entscheidungen des Senats (insb. BGH vom 07.03.2013, a.a.O.; vom 06.06.2013, a.a.O., Rn. 12 f.) etwas anderes ergeben sollte, wird daran nicht festgehalten.

#### **Leistungspflichten des Steuerberaters bei der Erstellung des Jahresabschlusses**

[18] bb) Mängel weist der Jahresabschluss auf, wenn er nicht der vereinbarten oder jedenfalls nicht der für Jahresabschlüsse nach der gewöhnlichen Verwendung üblichen Beschaffenheit entspricht (§ 633 BGB). Welche Beschaffenheit vertraglich geschuldet ist, richtet sich nach dem Umfang der Pflichten, die den StB nach dem Inhalt des ihm erteilten Auftrags bei der Erstellung eines Jahresabschlusses treffen. Er hängt von dem konkreten Mandat ab (BGH vom 04.03.1987 – Iva ZR 222/85, RS0769801 = VersR 1987 S. 565, unter I.; vom 07.03.2013, a.a.O., Rn. 14).

[19] Der mit der Erstellung des Jahresabschlusses beauftragte StB schuldet grds. einen den handelsrechtlichen Vorschriften entsprechenden, die Grenzen der zulässigen Gestaltungsmöglichkeiten nicht überschreitenden und in diesem Sinne richtigen Jahresabschluss (vgl. Zugehör, WM 2013 S. 1965). Gem. § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB ist in einer Handelsbilanz bei der Bewertung von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit auszugehen, sofern dem nicht tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegenstehen. Von diesen Grundsätzen darf gem. § 252 Abs. 2 HGB nur in begründeten Ausnahmefällen abgewichen werden. § 264 Abs. 2 Satz 1 HGB bestimmt schließlich, dass der Jahresabschluss der KapGes. unter Beachtung der GoB ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der KapGes. zu vermitteln hat. Angesichts der fachlichen Kompetenz des StB erwartet der Mandant, dass der StB den Jahresabschluss entsprechend dem Inhalt der dem StB zur Verfügung gestellten Unterlagen und den sonst dem StB bekannten Umständen vollständig erstellt, Bewertungsfragen – im Zusammenwirken mit dem Mandanten – klärt und bei offenen Fragen über die damit zusammenhängende Problematik aufklärt und eine Entscheidung des Mandanten herbeiführt.

#### **Ohne gesonderte Vereinbarung keine Pflicht, die für die Fortführungsprognose erheblichen Tatsachen zu ermitteln**

[20] Allerdings ist der StB ohne besondere Vereinbarung nicht verpflichtet, von sich aus die für die Fortführungsprognose (§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB) erheblichen Tatsachen zu ermitteln. Vielmehr hat der StB den Jahresabschluss lediglich auf der Grundlage der ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen und der ihm bekannt-

ten Umstände zu erstellen. Nur in diesem Rahmen hat der StB zu prüfen, ob tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten bestehen, die einer Fortführung der Unternehmenstätigkeit entgegenstehen können (§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB). Der Bilanzaufsteller bestätigt mit seiner Unterschrift unter den Jahresabschluss, dass ihm keine Umstände bekannt sind, die zu einer Abkehr von der Fortführungsvermutung zwingen (Kaiser, ZIP 2012 S. 2478 [2483]). Soweit danach Entscheidungen des Mandanten erforderlich sind oder Gestaltungsmöglichkeiten genutzt werden sollen oder Bewertungsprobleme zu lösen sind, hat der StB hierzu die Entscheidung des Mandanten einzuholen, sofern das Mandat nicht ausdrücklich bereits entsprechende Vorgaben enthält.

[21] Weiter richtet sich nach dem erteilten Mandat, in welchem Umfang der StB die ihm für die Erstellung des Jahresabschlusses vorgelegten Unterlagen und Angaben des Mandanten inhaltlich zu überprüfen hat. Insoweit kann ein Auftrag erteilt werden, der nur eine Erstellung ohne Beurteilungen des StB umfasst, ebenso aber Aufträge mit einer Plausibilitätsbeurteilung oder mit einer umfassenden Beurteilung. Jedoch ist der Jahresabschluss unabhängig vom Umfang der Prüfungspflicht des StB stets mangelhaft, wenn er auf der Grundlage der dem StB übergebenen Unterlagen und Angaben des Unternehmers und der dem StB – etwa aus einem Dauermandat – bekannten Umstände den handelsrechtlich zulässigen Rahmen überschreitet, also handelsrechtliche Vorgaben verletzt.

#### **Nach den bisherigen Feststellungen kann nicht ausgeschlossen werden, dass Fortführungswerte unzulässigerweise zugrunde gelegt wurden**

[22] cc) Nach diesen Maßstäben ist im Streitfall nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht auszuschließen, dass die vom Beklagten erstellten Bilanzen pflichtwidrig mangelhaft waren. Der Kläger hat geltend gemacht, dass der Beklagte den von ihm erstellten Bilanzen Fortführungswerte zugrunde gelegt hat, obwohl dies nach § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB nicht mehr zulässig gewesen sei.

[23] (1) Eine Haftung des StB 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).

#### **Fehlerhaftigkeit der Bilanzierung nach Fortführungswerten, wenn zum Zeitpunkt der Prognoseentscheidung feststeht, dass die Unternehmenstätigkeit im Prognosezeitraum eingestellt werden wird**

[24] (a) Hierbei ist zunächst zu berücksichtigen, dass es sich um eine Prognoseentscheidung des bilanzierenden Unternehmens handelt, weil darauf abzustellen ist, ob das Unternehmen seine Tätigkeit für einen überschaubaren Zeitraum voraussichtlich fortsetzen wird (MünchKomm-Bilanzrecht/Tiedchen, § 252 HGB Rn. 20; Winkeljohann/Büssow, in: BeckBil-Komm., 10. Aufl., § 252 HGB Rn. 11; KK-RLR/Claussen, § 252 Rn. 17 f.; Kaiser, ZIP 2012 S. 2478 [2483]). Sie hat sich auf den handelsrechtlich gebotenen Zeitraum zu erstrecken, regelmäßig jedenfalls auf das auf den Abschlussstichtag folgende Geschäftsjahr (Tiedchen, a.a.O.; Winkeljohann/Büssow, a.a.O.; Groß, WPg 2004 S. 1357 [1371]; Groß/Amen, DB 2005 S. 1861 [1865]; Lück, DB 2001 S. 1945 [1947]; Schulze-Osterloh, DStR 2007 S. 1006 [1007]; Semler/Goldschmidt, ZIP 2005 S. 3 [9]; Kaiser, ZIP 2012 S. 2478 [2484]). Objektiv falsch ist eine Bilanzierung nach Fortführungs-

werten 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 (Kaiser, ZIP 2012 S. 2478 [2486]; Eickes, DB 2015 S. 933 [934 f.]).

#### **Wegfall der Fortführungsvermutung, wenn Einstellung der Unternehmenstätigkeit wegen tatsächlichen oder rechtlichen Gegebenheiten unausweichlich ist**

[25] 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 (Tiedchen, a.a.O., § 252 HGB Rn. 18; Schulze-Osterloh, DStR 2007 S. 1006 [1007]) oder zweifelsfreie Kenntnis von der Unmöglichkeit der Fortführung besteht (MünchKomm-HGB/Ballwieser, 3. Aufl., § 252 Rn. 9; Schulze-Osterloh, DStR 2007 S. 1006 [1007]). Art. 31 Abs. 1 lit. a RL 78/660/EWG vom 25.07.1978 (ABIEG 1978 Nr. L 222 S. 11; jetzt Art. 6 Abs. 1 lit. a RL 2013/34/EU vom 26.06.2013, ABIEU Nr. L 182 S. 19), dessen Umsetzung § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB dient, bestimmt als allgemeinen Grundsatz für die Bewertung, dass eine Fortsetzung der Unternehmenstätigkeit unterstellt wird. Daher ist selbst bei Zweifeln an der Überlebensfähigkeit des Unternehmens unter Fortführungsgesichtspunkten zu bilanzieren (Schulze-Osterloh, DStR 2007 S. 1006 [1007]). Die Fortführungsvermutung entfällt erst, wenn es objektiv fehlerhaft wäre, von der Aufrechterhaltung der Unternehmenstätigkeit auszugehen (Kaiser, ZIP 2012 S. 2478 [2482]). Die Umstände müssen ergeben, dass die Einstellung der Unternehmenstätigkeit unvermeidbar oder beabsichtigt ist (Groß/Amen, DB 2005 S. 1861 [1867]). Tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten müssen sich derart konkretisieren, dass die Unternehmenstätigkeit jedenfalls innerhalb des Prognosezeitraums eingestellt werden wird (Eickes, DB 2015 S. 933 [934 f.]). Eine Bewertung zu Liquidationswerten hat zu erfolgen, wenn feststeht, dass das Unternehmen nicht mehr fortgeführt werden kann (Claussen, a.a.O., § 252 Rn. 16).

#### **Ein Insolvenzgrund spricht regelmäßig gegen die Regelvermutung einer Fortführung der Unternehmenstätigkeit, gebietet deren Aufgabe jedoch nicht zwingend**

[26] (b) Solche tatsächlichen oder rechtlichen Gegebenheiten können nach dem Vortrag des Klägers im Streitfall vorliegen. Besteht für eine KapGes. – wie der Kläger dies für die Schuldnerin bereits für Mitte des Jahres 2005 behauptet – ein Insolvenzgrund, weil sie überschuldet oder zahlungsunfähig ist, liegen regelmäßig tatsächliche Gegebenheiten i.S.d. § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB vor, die der Regelvermutung einer Fortführung der Unternehmenstätigkeit entgegenstehen (Merkt, in: Baumbach/Hopt [Hrsg.], HGB, 37. Aufl., § 252 Rn. 7; Staub/Kleindiek, HGB, 5. Aufl. § 252 Rn. 13; Böcking/Gros, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn [Hrsg.], HGB, 3. Aufl., § 252 Rn. 17; Groß/Amen, DB 2005 S. 1861 [1866]; Lilienbecker/Link/Rabenhorst, BB 2009 S. 262; Groß, WPg 2010 S. 119 [122 f.]; Kaiser, ZIP 2012 S. 2478 [2487]; Baumert, ZIP 2013 S. 1851 [1852], Fn. 14; Böhmer/Metzing, DStR 2015 S. 1824 [1825]). Jedoch bedingt ein vorliegender Insolvenzgrund nicht zwingend für den handelsrechtlichen Jahresabschluss eine Aufgabe des von § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB bestimmten Fortführungsprinzips (Kreipl/Müller, in: Haufe HGB Bilanz-Komm., 7. Aufl., § 252 Rn. 46; Hater, Insolvenzzrechtliche Fortbestehungsprognose und han-

delsrechtliche Fortführungsprognose, S. 122 f.; Kaiser, ZIP 2012 S. 2478 [2486 f.]; Eickes, DB 2015 S. 933 [935]). Hiervon geht auch § 155 InsO aus (vgl. BT-Drucks. 12/2443 S. 172), § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB knüpft vielmehr an die Unternehmenstätigkeit als solche an; es geht darum, die im Jahresabschluss ausgewiesenen Vermögensgegenstände entsprechend ihrem tatsächlichen Verwendungszweck zutreffend zu bewerten (Kaiser, ZIP 2012 S. 2478 [2480]).

### **Entscheidend ist, ob die Unternehmenstätigkeit im Prognosezeitraum wegen des Insolvenzgrundes eingestellt werden wird**

[27] Liegt ein Insolvenzgrund vor, ist für die handelsrechtliche Bilanzierung entscheidend, ob eine Fortführung der Unternehmenstätigkeit auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu erwarten oder damit zu rechnen ist, dass das Unternehmen noch vor dem Insolvenzantrag, bereits im Eröffnungsverfahren (§ 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO) oder alsbald nach Insolvenzeröffnung stillgelegt werden wird (§§ 157, 158 InsO). Abzustellen ist dabei darauf, ob die Unternehmenstätigkeit aufgrund der Insolvenzreife innerhalb des Prognosezeitraums eingestellt werden wird (Eickes, DB 2015 S. 933). Daher kann trotz eines Insolvenzgrundes handelsrechtlich eine Bilanzierung nach Fortführungswerten zulässig sein, wenn ein glaubhafter Fortführungsinsolvenzplan vorliegt, eine übertragende Sanierung innerhalb des Prognosezeitraums angestrebt wird und möglich ist (Groß/Amen, DB 2005 S. 1861 [1866]; Lilienbecker/Link/Rabenhorst, BB 2009 S. 262; Eickes, DB 2015 S. 933 [936]; vgl. auch Hater, a.a.O., S. 129 ff.) oder anzunehmen ist, dass die Unternehmenstätigkeit auch nach einer Eröffnung des Insolvenzverfahrens jedenfalls innerhalb des Prognosezeitraums fortgeführt werden wird (vgl. Kaiser, ZIP 2012 S. 2478 [2481]; Eickes, DB 2015 S. 933; Fuchs/Weishäupl/Jaffé, in: MünchKomm-InsO, 3. Aufl., § 155 Rn. 6 f.; Kübler, in: Kübler/Prütting/Bork [Hrsg.], InsO, 2013, § 155 Rn. 53, 57, 59).

[28] Dies erfordert eine komplexe Prognose über die Gesamtsituation des Unternehmens (vgl. Staub/Kleindiek, a.a.O., § 252 HGB Rn. 13; Kaiser, ZIP 2012 S. 2478 [2480 ff.]). Wird in einem solchen Fall noch mit Fortführungswerten bilanziert, bedarf dies mithin der konkreten Begründung im Einzelfall. Allein die Tatsache, dass das Unternehmen trotz eines bereits vorliegenden Insolvenzgrundes weiter tätig ist, rechtfertigt es nicht, bei der Bewertung von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit auszugehen. Die aktive Teilnahme am Wirtschaftsleben allein genügt auch bei rückblickender Betrachtung nicht zum Nachweis einer künftigen Unternehmensfortführung (vgl. Hater, a.a.O., S. 93). Für die Prognose, ob die aufgrund eines bestehenden Insolvenzgrundes und einer etwa bestehenden Antragspflicht (§ 15a InsO) zu erwartende Insolvenzeröffnung zur Einstellung der Unternehmenstätigkeit führen wird, kommt es vielmehr darauf an, wie das Unternehmen zum Zeitpunkt des Eintritts des Insolvenzgrundes steht. Wenn das Unternehmen in der Vergangenheit keine Gewinne erwirtschaftet hat, nicht leicht auf finanzielle Mittel zurückgreifen kann und eine bilanzielle Überschuldung droht oder sogar schon eingetreten ist, besteht angesichts der daraus folgenden Insolvenzgefährdung zunächst keine ausreichende Wahrscheinlichkeit, dass sich das Unternehmen außerhalb eines Insolvenzverfahrens fortführen lässt (Groß/Amen, DB 2005 S. 1861 [1866]). Dann erfordert das Insolvenzrecht die Erstellung einer insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose, deren Ergebnis in die bilanzielle Fortfüh-

rungsprognose einzubeziehen ist (Groß/Amen, DB 2005 S. 1861 [1866]; Groß, WPg 2010 S. 119 [123]).

### **Steuerberater muss Bilanzierung nach Fortführungswerten zu verantworten haben**

[29] (2) Die Haftung des StB setzt weiter voraus, dass der StB die falsche Bilanzierung nach Fortführungswerten nach Umfang und Inhalt des erteilten Auftrags auch zu verantworten hat. Ein StB haftet nicht für jeden objektiv zu Unrecht auf der Grundlage von Fortführungswerten erstellten Jahresabschluss. Er darf jedoch dem von ihm erstellten Jahresabschluss keine Fortführungswerte zugrunde legen, wenn auf der Grundlage der ihm zur Verfügung stehenden Informationen die Vermutung des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB entweder widerlegt erscheint oder ernsthafte Zweifel bestehen, die nicht ausgeräumt werden. Ob dies der Fall ist, hat der Tatrichter zu entscheiden.

[30] (a) Ergeben sich aus den dem StB zur Verfügung gestellten Unterlagen und den sonst dem StB bekannten Umständen keine Anhaltspunkte für Zweifel an einer Fortsetzung der Unternehmenstätigkeit, handelt der StB pflichtgemäß, der entsprechend der gesetzlichen Vermutung des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit ausgeht. Dies trifft insb. dann ohne Weiteres zu, wenn die Gesellschaft in der Vergangenheit nachhaltige Gewinne erzielt hat, leicht auf finanzielle Mittel zurückgreifen kann und keine bilanzielle Überschuldung droht (implizite Fortbestehensprognose, Winkeljohann/Büssow, a.a.O., § 252 HGB Rn. 10; Hater, a.a.O., S. 79 ff.; Lilienbecker/Link/Rabenhorst, BB 2009 S. 262 [263]; Groß, WPg 2010 S. 119 [129]; Ehlers, NZI 2011 S. 161 [164]; Böhmer/Metzing, DStR 2015 S. 1824 [1825]).

### **Mangelhafte Bilanzierung, wenn aus den dem Steuerberater zur Verfügung gestellten Unterlagen hervorgeht, dass die Fortführungsvermutung nicht mehr zutrifft ...**

[31] (b) Steht umgekehrt bereits auf der Grundlage der dem StB für die Erstellung des Jahresabschlusses zur Verfügung gestellten Unterlagen und der ihm bekannten Umstände fest, dass die Fortführungsvermutung des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB nicht mehr zutrifft, ist eine Bilanzierung nach Fortführungswerten mangelhaft. Der StB muss bei pflichtgemäßem Verhalten aus den ihm zur Verfügung stehenden Informationen die sichere Überzeugung gewinnen können, dass die Unternehmenstätigkeit – etwa aufgrund einer erkannten Insolvenzreife – nicht fortgeführt werden wird.

### **... oder wenn der Steuerberater es unterlässt, Umstände, die einer Unternehmensfortführung entgegenstehen, mit dem Mandanten abzuklären**

[32] (c) Weiter ist die – zu Unrecht Fortführungswerte zugrunde legende – Leistung des StB aber auch dann mangelhaft, wenn aus den ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen und den ihm bekannten Umständen tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten folgen, die einer Bilanzierung nach Fortführungswerten entgegenstehen können, und der StB es unterlassen hat, vom Mandanten abklären zu lassen, ob gleichwohl noch Fortführungswerte zugrunde gelegt werden können. Entscheidend ist, ob der StB bereits aufgrund der im Rahmen der Erstellung des Jahresabschlusses erlangten oder sonst bei ihm vorhandenen Kenntnisse von Umständen weiß oder wissen müsste, die ihrer Art und ihrer Bedeutung nach geeignet sind, als tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten der Fortsetzung der Unternehmenstätigkeit entgegen zu stehen.

### **Tatsächliche Gegebenheiten, welche die Unternehmensfortführung verhindern können**

[33] (aa) Die tatsächlichen Gegebenheiten, welche die Unternehmensfortführung verhindern können, sind hauptsächlich wirtschaftliche Schwierigkeiten (Böcking/Gros, a.a.O., § 252 HGB Rn. 17; Staub/Kleindiek, a.a.O., § 252 HGB Rn. 13; Ballwieser, a.a.O., § 252 Rn. 11; Kreipl/Müller, a.a.O., § 252 Rn. 41; Lilienbecker/Link/Rabenhorst, BB 2009 S. 262). Sobald Hinweise auf entsprechende Umstände vorliegen, ist die Fortführungsfähigkeit näher zu überprüfen (Staub/Kleindiek, a.a.O., § 252 HGB Rn. 11; Winkeljohann/Büssow, a.a.O., § 252 Rn. 10). Insb. ist auf Anzeichen zu achten, die einen Insolvenzgrund darstellen können, vor allem solche, die die Zahlungsfähigkeit des Unternehmens gefährden können.

[34] Dies kommt etwa in Betracht, wenn das Unternehmen erhebliche Verluste erwirtschaftet, eine zu geringe Eigenkapitalausstattung aufweist oder in Liquiditätsschwierigkeiten gerät (Tiedchen, a.a.O., § 252 HGB Rn. 24; Lilienbecker/Link/Rabenhorst, BB 2009 S. 262; Böhmer/Metzing, DStR 2015 S. 1824 [1825]). Ein weiteres Indiz ist die bilanzielle Überschuldung. Zwar ist diese allein kein Insolvenzgrund (BGH vom 08.03.2012 – IX ZR 102/11, RS0730198 = WM 2012 S. 665, Rn. 5, m.w.N.); jedoch kann eine bilanzielle Überschuldung ein Indiz für von § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB verlangte tatsächlichen Gegebenheiten darstellen und Anlass geben, eine insolvenzrechtliche Überschuldung zu prüfen (vgl. BGH vom 07.03.2005 – II ZR 138/03, DB 2005 S. 996 = WM 2005 S. 848 [849], unter II. 1.; vom 27.04.2009 – II ZR 253/07, DB 2009 S. 1287 = WM 2009 S. 1145, Rn. 9; vom 07.03.2013, a.a.O., Rn. 16; vom 19.11.2013 – II ZR 229/11, DB 2014 S. 170 = WM 2014 S. 167, Rn. 17). Im Streitfall bestanden solche Indizien. So lag unstreitig eine bilanzielle Überschuldung vor. Außerdem wies die Schuldnerin wiederholt Verluste auf, die zu einem Verlust des Eigenkapitals und zu einem ständig steigenden, nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag (§ 268 Abs. 3 HGB) führten.

[35] Handelt es sich nach den Umständen des Falles um ernsthafte Indizien, die eine Unternehmensfortführung zweifelhaft erscheinen lassen, darf ein Jahresabschluss nur dann unbeschrieben auf der Grundlage der Fortführungswerte erstellt werden, wenn anhand konkreter Umstände feststeht, dass diese belastenden Indizien einer Fortführung der Unternehmenstätigkeit jedenfalls nicht entgegenstehen. Andernfalls haben die gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft eingehende Untersuchungen durchzuführen und dabei anhand aktueller, hinreichend detaillierter und konkretisierter interner Planungsunterlagen zu analysieren, ob weiterhin von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit auszugehen ist (explizite Fortführungsprognose, Winkeljohann/Büssow, a.a.O., § 252 HGB Rn. 10; vgl. Lilienbecker/Link/Rabenhorst, BB 2009 S. 262 [264]; Groß, WPg 2010 S. 119 [130]).

### **Sprechen Umstände gegen die Fortbestehensvermutung des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB, muss der Berater von der Gesellschaft die Erstellung einer Fortführungsprognose einfordern**

[36] (bb) Erkennt der StB Umstände, die geeignet sind, die implizite Fortbestehensprognose des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB infrage zu stellen, oder hätte er bei pflichtgemäßer Aufmerksamkeit bei Erstellung des Jahresabschlusses solche Umstände erkennen müssen, muss er entweder klären, ob diese Umstände tatsächlich vorliegen oder tatsächlich nicht geeignet sind, die Fortführungsprognose in Frage zu stellen, oder er muss dafür Sorge tragen, dass die Gesellschaft eine explizite Fortführungsprognose erstellt. Übergibt die Gesellschaft dem StB eine explizite Fortführungsprognose, darf der StB diese – wenn sie nicht evident untauglich ist – bei

der Erstellung des Jahresabschlusses zugrunde legen. Legt der Mandant nicht von sich aus ein Ergebnis einer Prüfung der Fortführungsaussichten vor, muss dies der StB anmahnen, wenn er das Risiko einer mangelhaften – weil zu Unrecht mit Fortführungswerten aufgestellten – Bilanz ausschließen möchte. Hingegen darf er sich nicht auf bloße Aussagen der Geschäftsführer oder der Gesellschaft ohne sachlichen Gehalt verlassen. Er ist zwar nicht verpflichtet, die notwendigen Überprüfungen ohne gesonderten Auftrag selbst zu veranlassen oder durchzuführen. Er muss jedoch dafür Sorge tragen, dass der Mandant die gegen einen Ansatz von Fortführungswerten bestehenden Bedenken ausräumt, und daher die vom Mandanten abgegebenen Erklärungen daraufhin überprüfen, ob sie stichhaltig sind und Substanz aufweisen.

[37] Die Behauptung des Beklagten, der Geschäftsführer der Schuldnerin habe ihm versichert, das Problem der bilanziellen Überschuldung sei bekannt und man überlege Kapitalerhöhungen, ist nicht geeignet, den Beklagten von der Haftung für einen fehlerhaften Jahresabschluss zu entlasten. Denn sie enthält nur eine vage Ankündigung ohne konkreten sachlichen Gehalt; eine solche Ankündigung vermag die aus einer bilanziellen Überschuldung folgenden Probleme für eine handelsrechtliche Fortführungsprognose nicht zu beseitigen.

### **Keine Haftung des Steuerberaters im Falle einer konkreten Weisung der Gesellschaft, wenn er seiner Hinweispflicht nachgekommen ist**

[38] (cc) Trotz dem StB erkennbarer Zweifel an der Fortführungsvermutung ist der von ihm erstellte Jahresabschluss jedoch mangelfrei, wenn der StB die Gesellschaft auf die konkreten Umstände hingewiesen hat, deretwegen keine ausreichende Grundlage vorhanden war, um ungeprüft Fortführungswerte nach § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB zugrunde legen zu können, die Gesellschaft ihn aber ausdrücklich angewiesen hat, gleichwohl die handelsrechtliche Bilanz mit Fortführungswerten zu erstellen. Beruht der Mangel eines Werks auf Anweisungen oder verbindlichen Vorgaben des Bestellers, entfällt die Haftung für Mängel, sofern der Unternehmer die erforderlichen Prüfungen durchgeführt und die notwendigen Hinweise gegeben hat (Palandt/Sprau, BGB, 76. Aufl., § 633 Rn. 4; BGH vom 29.09.2011 – VII ZR 87/11, RS0729289 = NJW 2011 S. 3780, Rn. 14, m.w.N.; vgl. auch § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die – vom StB zu beweisenden – Hinweise müssen sowohl die bestehenden Zweifel an der Fortführungsprognose als auch die notwendige Überprüfung genau und im Einzelfall aufzeigen. Die vom Mandanten erteilte Anweisung hat der StB sodann in dem von ihm erstellten Entwurf eines Jahresabschlusses zu dokumentieren.

[39] Der vom Beklagten nach seiner Behauptung erteilte allgemeine Hinweis, dass eine bilanzielle Überschuldung vorliegt, entlastet den StB jedoch nicht. Gleiches gilt für die Hinweise auf eine generelle Prüfungspflicht in den Schreiben vom 20.04. und 28.08.2007. Der StB muss den Mandanten vielmehr klar und deutlich darauf hinweisen, dass er die handelsrechtliche Bilanz nur dann nach Fortführungswerten erstellen kann, wenn hierfür die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind. Sofern – was revisionsrechtlich zu unterstellen ist – die im Streitfall bestehenden Indizien ernsthafte Zweifel an der Fortführung der Unternehmenstätigkeit begründeten, hätte der Beklagte dem Mandanten zu erläutern gehabt, welche Anforderungen § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB an die Bilanzierung nach Fortführungswerten stellt und dass im Streitfall aufgrund einer bilanziellen Überschuldung und den wiederholten Verlusten konkrete Zweifel an

einer Fortführung der Unternehmenstätigkeit bestanden und deshalb eine explizite Fortführungsprognose erforderlich sei.

### Keine Nachforschungspflicht des Steuerberaters

[40] (3) Hingegen ist der StB, der beauftragt ist, den Jahresabschluss zu erstellen, ohne einen ausdrücklich hierauf gerichteten Auftrag nicht verpflichtet, über die ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen und die ihm sonst bekannten Umstände hinaus umfassend Nachforschungen oder Untersuchungen anzustellen, ob die gesetzliche Vermutung des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB tatsächlich gerechtfertigt ist, oder von sich aus nach möglichen Insolvenzgründen zu forschen. Ihn trifft auch keine allgemeine Untersuchungspflicht hinsichtlich der wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft. Daher haftet der StB für einen objektiv fehlerhaften Jahresabschluss nicht schon dann, wenn er bei einer entsprechenden Nachforschung oder einer entsprechenden Untersuchung der wirtschaftlichen Verhältnisse hätte erkennen können, dass die Gesellschaft insolvenzreif war.

### Vermutung des Verschuldens des Steuerberaters

[41] c) Das für eine Schadensersatzhaftung bei Mängeln der Werkleistung erforderliche Verschulden wird vermutet (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Der StB muss sich mithin entlasten.

[42] d) Die Kausalität der fehlerhaften Bilanz für den geltend gemachten Insolvenzverschleppungsschaden, insb. also den unterlassenen Insolvenzantrag muss der Insolvenzverwalter beweisen (vgl. BGH vom 06.06.2013, a.a.O., Rn. 19 ff.).

### Haftung wegen Verletzung einer Hinweis- und Warnpflicht

[43] 2. Anders als das Berufungsgericht meint, kommt zudem eine Haftung des Beklagten aus § 280 Abs. 1, § 675 Abs. 1 BGB wegen Verletzung einer Hinweis- und Warnpflicht in Betracht. Auch wenn der vom StB erstellte Jahresabschluss mangelfrei war, können den mit der Erstellung des Jahresabschlusses beauftragten StB Hinweis- und Warnpflichten treffen.

[44] a) Eine Hinweispflicht des StB besteht auch außerhalb des beschränkten Mandatsgegenstandes, soweit die Gefahren dem StB bekannt oder für ihn offenkundig sind oder sich ihm bei ordnungsgemäßer Bearbeitung aufdrängen und wenn er Grund zu der Annahme hat, dass sein Auftraggeber sich der Gefahr nicht bewusst ist (BGH vom 18.12.2008 – IX ZR 12/05, DB 2009 S. 391 = WM 2009 S. 369, Rn. 14, m.w.N.; Vill, in: G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab, Hdb. der Anwaltshaftung, 4. Aufl., § 2 Rn. 20). Dies gilt insb., wenn die Gefahr Interessen des Auftraggebers betrifft, die mit dem beschränkten Auftragsgegenstand in engem Zusammenhang stehen (BGH vom 09.07.1998 – IX ZR 324/97, WM 1998 S. 2246 [2248]; vom 18.12.2008, a.a.O.; Vill, a.a.O.).

### Pflichtenumfang des mit der Jahresabschlusserstellung beauftragten Steuerberaters

[45] aa) Diese Voraussetzungen können bei einem StB erfüllt sein, der beauftragt ist, einen Jahresabschluss zu erstellen. Trotz inhaltlich richtiger Bilanz können zugunsten des Mandanten Hinweis- und Warnpflichten bestehen, wenn der StB einen Insolvenzgrund erkennt oder für ihn ernsthafte Anhaltspunkte für einen möglichen Insolvenzgrund offenkundig sind und er annehmen muss, dass die mögliche Insolvenzreife der Mandantin nicht bewusst ist. Solche Anhaltspunkte können für den StB etwa dann offenkundig sein, wenn die Jahresabschlüsse der Gesellschaft in aufeinanderfolgenden Jahren wiederholt nicht

durch Eigenkapital gedeckte Fehlbeträge aufweisen. Dies kommt weiter in Betracht, wenn für den StB offenkundig ist, dass die bilanziell überschuldete Gesellschaft über keine stillen Reserven verfügt. Maßgeblich für die Frage, ob eine Hinweis- und Warnpflicht des StB besteht, sind dabei nur die von ihm für den zu erstellenden Jahresabschluss zu prüfenden Umstände.

[46] Der StB muss im Hinblick auf § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB ohnehin anhand der ihm zur Verfügung gestellten Informationen und der ihm sonst – etwa auch aus einem Dauermandat – bekannten Umstände prüfen, ob sich daraus ernsthafte Hinweise auf einen möglichen Insolvenzgrund ergeben, die als tatsächliche Gegebenheiten Zweifel an der Fortführungsprognose wecken (vgl. Zugehör, WM 2013 S. 1965 [1969 ff.]; Vill, a.a.O., § 2 Rn. 23). Insb. ist der StB verpflichtet, die Mandantin über rechtliche oder tatsächliche Gegebenheiten zu unterrichten, die er im Zuge der Erstellung der Jahresbilanz erkennen muss und die der Fortführung der Unternehmenstätigkeit i.S.d. § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB entgegenstehen können. Da § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB auf die Tätigkeit des Unternehmens abstellt und im Unterschied dazu §§ 17 ff. InsO Handlungspflichten für den Unternehmensträger bestimmen (Kaiser, ZIP 2012 S. 2478 [2480 f.]; Eickes, Zum Grundsatz der Unternehmensfortführung in der Insolvenz, S. 116), liegt es für den StB und den Mandanten nahe, dass der StB auf solche sich bei der Prüfung des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB ergebende offenkundige Umstände hinweist, die für den Mandanten Handlungspflichten nach den §§ 17 ff. InsO begründen können.

[47] Hingegen ist der StB nicht zu weitergehenden Überprüfungen verpflichtet. Erst recht ist der StB nicht verpflichtet, von sich aus eine Überschuldungsprüfung vorzunehmen. Vielmehr hat der Geschäftsführer – wenn ihm die entsprechenden Indizien genannt werden – die erforderlichen Überprüfungen selbst vorzunehmen oder gesondert in Auftrag zu geben (BGH vom 07.03.2013, a.a.O., Rn. 21). Es ist 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 vom 07.03.2013, a.a.O., Rn. 21). Der Geschäftsführer einer GmbH ist nach st. Rspr. des BGH verpflichtet, für eine Organisation zu sorgen, die ihm die zur Wahrnehmung seiner Pflichten erforderliche Übersicht über die wirtschaftliche und finanzielle Situation der Gesellschaft jederzeit ermöglicht; verfügt er selbst nicht über ausreichende persönliche Kenntnisse, muss er sich ggf. fachkundig beraten lassen (BGH vom 06.06.1994 – II ZR 292/91, BGHZ 126 S. 181 [199] = DB 1994 S. 1608; vom 20.02.1995 – II ZR 9/94, ZIP 1995 S. 560 [561]; vom 14.05.2007 – II ZR 48/06, DB 2007 S. 1455 = ZInsO 2007 S. 660, Rn. 16; vom 27.03.2012 – II ZR 171/10, DB 2012 S. 1320 = ZInsO 2012 S. 1177, Rn. 15; vom 19.06.2012 – II ZR 243/11, DB 2012 S. 1797 = ZInsO 2012 S. 1536, Rn. 11).

### Umstände, die die Hinweispflicht im vorliegenden Fall begründen

[48] bb) Im Streitfall können nach den revisionsrechtlich zu unterstellenden Behauptungen des Klägers solche für den Beklagten offenkundige Umstände vorliegen. Bereits der dem Beklagten mit der erstmaligen Auftragserteilung bekannte Jahresabschluss für das Jahr 2002 wies einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag von 33.127,93 € auf. Der jeweilige Fehlbetrag stieg in allen vom Beklagten erstellten Jahresabschlüssen mit Ausnahme des Jahresabschlusses für das Jahr 2006 stets an. Zudem hat der Kläger behauptet, dass die Schuldnerin bereits bei Beauftragung des Beklagten über keine stillen Reserven verfügt habe.

[49] Auf dieser Grundlage hat der Beklagte einer etwaigen Hinweis- und Warnpflicht nicht mit seinen im Rechtsstreit vorgelegten Schreiben genügt. Das Schreiben vom 20.04.2007 enthält keinen ausreichenden Hinweis auf einen möglichen Insolvenzgrund, weil der Beklagte darin nur abstrakt die Prüfungspflichten eines Geschäftsführers wiedergibt. Erforderlich ist aber, dass der StB die maßgeblichen Umstände gegenüber seinem Mandanten i.E. bezeichnet und ihn konkret darauf hinweist, dass diese Umstände Anlass zu einer Prüfung einer möglichen Insolvenzreife geben. Soweit der Beklagte im Schreiben vom 28.08.2007 zusätzlich auf den im Jahresabschluss für das Jahr 2006 enthaltenen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag von 73.660,22 €, die daraus folgende Überschuldung der Gesellschaft, die in den Vorjahren bestehende vergleichbare Situation und die daraus folgenden Prüfungs- und Handlungspflichten des Geschäftsführers insb. hinsichtlich einer Insolvenzantragspflicht hinweist, ist dies grds. geeignet, eine zu diesem Zeitpunkt bestehende Hinweis- und Warnpflicht zu erfüllen. Dies setzt jedoch voraus, dass eine solche Hinweis- und Warnpflicht – was nach den revisionsrechtlich zu unterstellenden Behauptungen des Klägers möglich ist – nicht schon deutlich früher bestand.

#### **Keine Haftung des Steuerberaters, wenn dem Mandanten die Umstände, die auf einen Insolvenzgrund hinweisen, bewusst waren**

[50] **cc)** Die Hinweis- und Warnpflicht des StB hinsichtlich der Umstände, die auf einen Insolvenzgrund hinweisen, setzt weiter voraus, dass der StB Grund zu der Annahme hat, dass sein Auftraggeber sich der Gefahr nicht bewusst ist. Daran fehlt es, wenn der StB davon ausgehen darf, dass sein Mandant sich der Umstände, die auf einen Insolvenzgrund hinweisen, bewusst ist und in der Lage ist, die tatsächliche und rechtliche Bedeutung dieser Umstände einzuschätzen. Entscheidend ist, ob der Geschäftsführer der Gesellschaft über das konkrete tatsächliche und rechtliche Wissen verfügt, um sich veranlasst zu fühlen zu überprüfen, ob er das Unternehmen in seiner bisherigen Form fortführen kann. Hierzu kann es genügen, wenn – wie der Beklagte behauptet hat – die Schuldnerin ihm gegenüber erklärt hat, das Problem der bilanziellen Überschuldung sei bekannt.

[51] **b)** Soweit der Senat ausgesprochen hat, dass die Unterbilanz für den Geschäftsführer ohne Weiteres ersichtlich ist und deshalb keine Hinweispflichten des StBs auf einen möglichen Insolvenzgrund bestehen (BGH vom 07.03.2013, a.a.O., Rn. 19), wird daran nicht festgehalten.

[52] **c)** Erfüllt der StB diese Hinweispflicht nicht, kommt eine Haftung für einen Insolvenzverschleppungsschaden in Betracht, wenn die Gesellschaft tatsächlich früher Insolvenz angemeldet hätte, sofern ihr die mit den (wiederholten) Jahresfehlbeträgen verbundenen Risiken aufgezeigt worden wären.

#### **Hinweise für das weitere Verfahren**

[53] **C.** Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass das Berufungsgericht nicht nur zu klären haben wird, ob der Beklagte seine Pflichten verletzt hat. Vielmehr wird auch zu klären sein, inwieweit eine etwaige Pflichtverletzung für einen unterbliebenen Insolvenzantrag ursächlich gewesen ist. Zudem wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, inwieweit ein etwaiger Schadensersatzanspruch des Klägers infolge eines der Schuldnerin analog § 31 BGB zuzurechnenden Mitverschuldens ihres Geschäftsführers (§ 254 Abs. 1 BGB) erheblich gemindert oder sogar ganz ausgeschlossen ist (BGH vom 06.06.2013, a.a.O., Rn. 29 ff.).

#### **Redaktioneller Hinweis:**

Volltext online unter: RS1230191.

#### **Kapitalanlage**

»DB1228979

### **Kapitalanleger-Musterverfahren: Keine Prospektfehler beim 2. Börsengang der Deutsche Telekom AG**

KapMuG §§ 6, 8, 20, 22; RVG § 41a

- a) Die Feststellungen eines Musterentscheids entfalten nur in den nach § 8 Abs. 1 KapMuG ausgesetzten Verfahren und dort nur innerhalb des Streitgegenstands Wirkung, anlässlich dessen das jeweilige Ausgangsverfahren im Hinblick auf das zugehörige Musterverfahren ausgesetzt worden ist.
- b) Ist die Entscheidungserheblichkeit einzelner Feststellungsziele des Vorlagebeschlusses aufgrund des Ergebnisses der vorausgegangen Prüfung im Laufe des Kapitalanleger-Musterverfahrens entfallen, ist der zugrunde liegende Vorlagebeschluss hinsichtlich dieser Feststellungsziele gegenstandslos geworden. Dies ist im Tenor und in den Gründen des Musterentscheids zum Ausdruck zu bringen.
- c) Die Regelung des § 41a RVG ist auf das Rechtsbeschwerdeverfahren nach § 20 KapMuG nicht entsprechend anwendbar.

BGH, Beschluss vom 22.11.2016 – XI ZB 9/13

#### **Redaktioneller Hinweis:**

Volltext online unter: RS1228979.

#### **Bankrecht**

»DB1224425

### **Zur Schadensersatzpflicht einer finanzierenden Bank wegen groben Missverhältnisses des Kaufpreises zum Verkehrswert der Immobilie**

BGB § 138; ZPO § 286, § 767

- a) Die Kenntnis einer Bank von einem groben Missverhältnis zwischen Kaufpreis und Verkehrswert einer von ihr finanzierten Immobilie ergibt sich nicht aus ihrer Kenntnis von der für die Immobilie erzielten Jahresnettomiete im Wege eines auf schlichter Vervielfältigung der Nettomiete mit einem frei gegriffenen Faktor beruhenden „vereinfachten Ertragswertverfahrens“.
- b) Die Rechtskraft eines die Vollstreckungsgegenklage gegen eine vollstreckbare Urkunde abweisenden Urteils steht der Begründetheit einer Klage des Schuldners entgegen, die auf Tatsachen gestützt ist, die schon zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung im Vollstreckungsabwehrprozess vorgelegen haben, und die im Ergebnis einer Vollstreckung aus diesem Titel zuwider liefe (im Anschluss an BGH, Urteil vom 30.05.1960 – II ZR 207/58, WM 1960 S. 807).

BGH, Urteil vom 18.10.2016 – XI ZR 145/14

#### **Redaktioneller Hinweis:**

Volltext online unter: RS1224425.