

ZInsO-Aufsätze

Methodische Vorgehensweise zur Ermittlung des sogenannten „Vertiefungsschadens“ (vgl. BGH-Rechtsprechung vom 6.6.2013)

von Wirtschaftsprüfer/Steuerberater Peter W. Plagens und Wirtschaftsprüfer/Steuerberater Dr. Dennis J. Hartmann, Hannover

I. Einleitung

1. Urteil des BGH vom 6.6.2013 – IX ZR 204/12¹

In diesem Urteil hat der BGH in einer Grundsatzentscheidung dargelegt, dass der für die Erstellung der Steuerbilanz betraute Steuerberater² für die verspätete Insolvenzantragstellung dann haftet, wenn von ihm ein in der Bilanz ausgewiesener Überschuldungstatbestand im insolvenzrechtlichen Sinne als nicht relevant angesehen wird, da entsprechende Rangrücktrittserklärungen und/oder stille Reserven vorhanden seien.³ Dies war im entschiedenen Fall offensichtlich nicht gegeben, sodass diese von dem Steuerberater seines von ihm erstellten Jahresabschlusses angegebene Bescheinigung die Geschäftsleitung dazu veranlasst hat bzw. hätte veranlassen können, eine insolvenzrechtliche Prüfung nicht vorzunehmen und aus diesem Grunde der Steuerberater vom Grundsatz her für den verursachten Schaden verantwortlich ist.

Es sei keineswegs die Pflicht des Steuerberaters (so die damalige Einlassung des BGH, die zwischenzeitlich wohl als überholt angesehen werden kann, s. Ausführungen weiter unten) bei der Erstellung eines Jahresabschlusses, der hier als „Steuerbilanz“ deklariert wird, wobei die Ausführungen sicherlich auch für die Handelsbilanz gelten dürften, insolvenzrechtliche Beurteilungen vorzunehmen. Der Erstellungsauftrag eines Steuerberaters umfasse im Regelfall keine insolvenzrechtliche Beratung.⁴ Dies war die damalige Rechtslage. In dem hier entschiedenen Fall hat jedoch der Steuerberater quasi ohne gesonderten Auftrag – möglicherweise aber auf Wunsch bzw. nach Rücksprache mit der Geschäftsleitung – in seiner Bescheinigung auf die bilanzielle Überschuldung hingewiesen, diese jedoch nicht im insolvenzrechtlichen Sinne als relevant erachtet, da (angeblich) stille Reserven und Rangrücktrittserklärungen vorhanden seien und die Überschuldung deshalb nur „rein bilanzieller Natur“ sei und somit zumindest implizit bestätigt, dass kein materiell-rechtlicher Überschuldungstatbestand i.S.d. § 19 Abs. 2 InsO vorläge. Es stellte sich später heraus, dass diese Annahme des Steuerberaters jedoch nicht richtig war.

Durch die zwischenzeitig ergangene Entscheidung des IX. Senats v. 26.1.2017⁵ (s. Ausführung unter Nr. I.2.) dürfte diese Entscheidung zwischenzeitlich als überholt angesehen werden, da – auch ohne einen expliziten Auftrag zur insolvenzrechtlichen Beratung – der Steuerberater, der den Jahresabschluss erstellt, bei eindeutigen Indizien, dass möglicherweise eine Insolvenzzreife der Gesellschaft vorliegt, diese auch gegenüber der Geschäftsleitung zu kommunizieren hat.⁶ Auf die Einzelheiten hierzu gehen wir in Nr. I.2. ein.

Von Relevanz aus der Entscheidung aus 2013 ist jedoch die Nr. II.3. des Leitsatzes, wonach der BGH eine Definition vor-

nimmt, wie im Fall einer verspäteten Insolvenzantragstellung der hieraus resultierende Schaden für die Gesellschaft zu ermitteln ist, der dann im Regelfall durch den Insolvenzverwalter gegen den Steuerberater geltend gemacht werden könnte. Der BGH spricht hier vom sog. „Vertiefungsschaden“ und führt hierzu u.a. aus „... folglich bemisst sich der Schaden der Schuldnerin nach der Differenz zwischen ihrer Vermögenslage im Zeitpunkt rechtzeitiger Antragstellung im Vergleich zu ihrer Vermögenslage im Zeitpunkt des tatsächlich gestellten Antrags.“⁷ Somit wird für die weiter unten anzustellenden Überlegungen von Bedeutung sein, was der BGH unter dem Begriff „Vermögenslage“ versteht, die man offensichtlich zu zwei verschiedenen Zeitpunkten zu ermitteln hat, und wie darüber hinaus der Zeitpunkt der rechtzeitigen Antragstellung ermittelt werden könnte.

Nicht weiter eingegangen werden soll im Rahmen der hier vorzunehmenden Abhandlung, inwieweit bei einem einmal ermittelten Schadensersatzanspruch auch die spätere Insolvenzsuldnerin ein Mitverschulden ihres Geschäftsführers trifft, weil dieser entweder den Zustand der Insolvenzzreife kannte bzw. sich für ihn keine alternativen Handlungsmöglichkeiten bei dem rechtmäßigen Verhalten seinerseits ergeben hätten. So wäre es bspw. denkbar, dass auch in Kenntnis der Insolvenzzreife durch die Geschäftsleitung der Schuldnerin diese sich aktiv um eine Restrukturierung bemüht (bspw. durch Kapitaleinzahlung der Gesellschafter), sodass eine Insolvenz abgewendet werden könnte.⁸ Auf die hierzu anzustellenden Überlegungen, die auf die absolute Höhe des Schadensersatzanspruchs keinen unmittelbaren Einfluss haben, soll jedoch im Weiteren nicht eingegangen werden.

2. Urteil des BGH vom 26.1.2017 – IX ZR 285/14⁹

In dieser Entscheidung hat der BGH zumindest teilweise eine deutliche Kehrtwendung vorgenommen, indem er nunmehr

1 ZInsO 2013, 1409.

2 Die nachfolgend dargestellten Grundsätze zur Haftung des Steuerberaters gelten natürlich gleichfalls, sofern Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer oder Rechtsanwälte als Jahresabschlusssteller tätig werden. Ferner sind sie im Ergebnis analog auch auf prüfende Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer anzuwenden, die ein fehlerhaftes Prüfungsurteil abgeben. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird nachfolgend begrifflich ausschließlich auf den erstellenden Steuerberater abgestellt.

3 BGH v. 6.6.2013 – IX ZR 204/12, Kap. II.2.a), ZInsO 2013, 1409.

4 BGH v. 6.6.2013 – IX ZR 204/12, Kap. 2.a) aa), ZInsO 2013, 1409.

5 BGH v. 26.1.2017 – IX ZR 285/14, ZInsO 2017, 432.

6 BGH v. 26.1.2017 – IX ZR 285/14, Kap. II.2., ZInsO 2017, 432.

7 BGH v. 6.6.2013 – IX ZR 204/12, Kap. II.3., ZInsO 2013, 1409.

8 BGH v. 6.6.2013 – IX ZR 204/12, Kap. II.4., ZInsO 2013, 1409.

9 DB 2017, 418.

feststellt, dass der den Jahresabschluss erstellende Steuerberater bei Vorliegen von Indikationen einer möglichen Insolvenzreife sehr wohl verpflichtet ist, hierüber die Geschäftsleitung in Kenntnis zu setzen, sie entsprechend über die rechtlichen Folgen aufzuklären bzw. sie an einen hierfür geeigneten Experten (einen in insolvenzrechtlichen Fragen erfahrenen Rechtsanwalt) zu verweisen, um im Vorfeld der endgültigen Erstellung des Jahresabschlusses sicherzustellen, dass die Going-Concern-Prämisse des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB noch zur Anwendung kommt oder nicht.¹⁰ Würde die Going-Concern-Prämisse bspw. nicht mehr zum Tragen kommen, weil der Bilanzierung zu Fortführungswerten tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegenstehen (dies wäre bei einer möglichen Insolvenz durchaus gegeben), hat sich der Steuerberater, der die Aufstellung des Jahresabschlusses vornimmt, über die diesbezüglichen Auswirkungen im Klaren zu sein.

Wenn bspw. ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehltrag (bilanzielle Überschuldung) in dem zu erstellenden Jahresabschluss ausgewiesen wird und möglicherweise noch weitere Indikatoren hinzukommen, die auf eine Insolvenzreife schließen lassen (bspw. anhaltende Verlustsituation, steife Kontoführung, Kontoüberziehung sowie Zunahmen überfälliger Verbindlichkeiten etc.), so wird im Fall einer Abkehr von der Going-Concern-Prämisse im Regelfall durch entsprechende Abwertungen auf der Aktivseite der Bilanz, da nunmehr Liquidationswerte anzusetzen sind, eine bereits bestehende bilanzielle Überschuldung vertieft werden bzw. bei Ausweis einer dünnen/schwachen Eigenkapitaldecke diese erstmals in eine offensichtliche bilanzielle Überschuldung umschlagen.¹¹

Bei dieser Ausgangslage muss der den Jahresabschluss erstellende Steuerberater sich durch Rücksprache bei der Geschäftsleitung vergewissern, ob die Fortführungsprämisse des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB noch gegeben ist oder nicht. Die hierzu erforderlichen Untersuchungen z.B. durch Erstellung einer Fortführungs-/Fortbestehens-Prognose für das laufende und das kommende Geschäftsjahr muss der Steuerberater nicht selbst vornehmen; er muss jedoch die Geschäftsleitung darauf drängen, eine solche durch einen externen Experten und/oder – sofern entsprechende Fachkräfte im Unternehmen vorhanden sind – durch diese eine (positive) Fortführungs-/Fortbestehens-Prognose erstellen zu lassen, die dann der Steuerberater zumindest in cursorischer Form zu überprüfen hat. Mit anderen Worten: Der den Jahresabschluss erstellende Steuerberater darf nur noch dann von der Fortführungsprämisse des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB ausgehen, wenn bei einer entsprechenden Indizienlage eine substantielle positive Fortführungs-/Fortbestehensprognose vorgelegt wird, die nicht evident falsch ist.

Ausnahmsweise kann auch bei Vorliegen der Insolvenzreife weiterhin zu Fortführungswerten bilanziert werden – so die Einlassung des BGH in der zitierten Entscheidung – wenn trotz einer drohenden Insolvenz eine Fortführung des Unternehmens aus anderen Gesichtspunkten gesichert ist, bspw. wenn ohnehin ein Insolvenzplanverfahren eingeleitet werden soll und/oder bereits eine übertragende Sanierung im Zuge des Regelinsolvenzverfahrens als überwiegend wahrscheinlich angesehen werden kann.¹²

Neben der Beachtung, ob die Going-Concern-Prämisse des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB als eine Indizienlage zur Insolvenzreife tatsächlich gegeben ist oder nicht, hat der Steuerberater aufgrund der nunmehr erfolgten Rechtsprechung v. 26.1.2017 die Geschäftsleitung der Schuldnerin umfassend über ihre insolvenzrechtlichen Antragsfristen gem. § 15a InsO aufzuklären bzw. wenn er sich hierzu nicht in der Lage sieht, seine Mandantschaft an einen externen Experten zu verweisen.¹³ Es versteht sich von selbst, dass diese Aufklärungspflicht des Steuerberaters durch diesen selbst entsprechend zu dokumentieren ist. Damit kann er einen entsprechenden Nachweis erbringen, der bei einem späteren Schadensersatzprozess belegt, dass er seiner Aufklärungspflicht nachgekommen sei. Der Hinweis auf allgemeine insolvenzrechtliche Risiken reicht in einer solchen Situation nicht aus, wie sich dies aus der BGH-Rechtsprechung ergibt.

3. Wirtschaftliche Bedeutung dieser Entscheidungen

Somit kann festgehalten werden, dass durch die Entscheidung des BGH v. 6.6.2013 erstmals der Begriff des Vertiefungsschadens erwähnt und entsprechend definiert wurde, der im Fall einer fehlerhaften Bilanzierung dazu führt, dass es zu einer verspäteten Insolvenzantragstellung kommt.

Die Gründe für eine mögliche Inanspruchnahme auf Schadensersatz sind darüber hinaus durch die Entscheidung v. 26.1.2017 für die Steuerberater deutlich verschärft worden,¹⁴ da nunmehr der Steuerberater bei Erstellung des Jahresabschlusses und Vorlage einer entsprechenden Indizienkette, die auf eine Insolvenzreife schließen lassen, sich explizit darum bemühen muss, festzustellen, ob die Going-Concern-Prämisse des § 252 Abs. 1 Nr. 2 noch tatsächlich zur Anwendung kommt oder nicht; eine eigene Prüfungspflicht des Steuerberaters ergibt sich daraus jedoch nicht. Das gebotene Instrument zur Klärung dieser Situation dürfte die Erstellung einer (positiven) Fortführungs-/Fortbestehensprognose für das laufende und das kommende Geschäftsjahr sein.¹⁵ Ist diese jedoch nicht möglich, da eine positive Aussage hierzu nicht getroffen werden kann, wird häufig – von wenigen Ausnahmen abgesehen – der Ansatz zu Fortführungswerten entsprechend der Going-Concern-Prämisse nicht mehr möglich sein. Der Jahresabschluss muss sodann zu Zerschlagungswerten erstellt werden, sofern nicht ausnahmsweise eine Fortführung unterstellt werden kann (z.B. im Rahmen eines Insolvenzplanverfahrens).

Außerdem würde sich der Steuerberater auch dann noch zusätzlich schadensersatzpflichtig machen, wenn er in einer solchen prekären Situation seine Mandantschaft nicht hinreichend über die Insolvenzantragspflichten aufgeklärt hat bzw.

10 BGH v. 26.1.2017 – IX ZR 285/14, Kap. II.2., ZInsO 2017, 432.

11 BGH v. 26.1.2017 – IX ZR 285/14, Kap. II.1.b) ff., ZInsO 2017, 432.

12 BGH v. 26.1.2017 – IX ZR 285/14, Kap. II.1.b) co), ZInsO 2017, 432.

13 BGH v. 26.1.2017 – IX ZR 285/14, Kap. II.2. ff., ZInsO 2017, 432.

14 Verlautbarung der Bundessteuerberaterkammer v. 13./14.3.2018.

15 IDW S 6, 8.9.2017, Rn. 12, 15.

diese an einen externen Experten verwiesen hat. Somit kann unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten für die Zunft der Steuerberater festgehalten werden, dass neben der Definition möglicher Schadensersatzansprüche durch Ermittlung eines sog. Vertiefungsschadens der BGH in seiner letztgenannten Entscheidung die möglichen Anspruchsgrundlagen gegenüber dem Steuerberater deutlich ausgeweitet hat. Somit wird sich das Problem einer Schadensberechnung in der Zukunft sicherlich häufiger stellen, als in der Vergangenheit.

II. Bisherige Modelle zur Schadensersatzberechnung

Da die Vorschrift des § 15a InsO als Schutzvorschrift auszuulegen ist, kommt in den Fällen einer Insolvenzverschleppung insbesondere eine deliktische Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO in Betracht. Danach richtet sich der Insolvenzverschleppungsschaden nach der sog. „Differenzhypothese“.¹⁶ Darunter wird, ein Vergleich des realen Güterzustands des Gläubigers mit demjenigen Güterzustand verstanden, der ohne den zum Schadensersatz verpflichteten Umstand (hier: Verletzung der Insolvenzantragspflicht) bestehen würde. Kommt es zu einer prozessualen Auseinandersetzung, kommt auch § 287 ZPO zu Anwendung. Gerade diese Vorschrift dient dazu, dem Gläubiger die Möglichkeit zu geben, seinen Schaden auch in vereinfachter Form (ggf. im Schätzungswege) zu ermitteln, da ihm häufig entsprechende Detailkenntnisse fehlen, jedoch der Umstand, dass ein Insolvenzverschleppungsschaden eingetreten ist, offenkundig ist.¹⁷

In der Praxis differenziert man hier zwischen dem sog. Quotenschaden¹⁸ der Altgläubiger und dem individuellen Insolvenzverschleppungsschaden der Neugläubiger.¹⁹ Unter Altgläubigern versteht man in diesem Fall Gläubiger, die bereits zum Zeitpunkt der Soll-Antragstellungspflicht gem. § 15a InsO Forderungen innehatten, die nicht in fester Form gesichert waren (sog. einfache Insolvenzforderungen gem. § 38 InsO) und die somit auch bei rechtzeitiger Insolvenzantragstellung nur mit einer zu diesem Zeitpunkt zu ermittelnden Insolvenzausfallquote hätten bedient werden können. Durch die Insolvenzverschleppung kann somit für dieselben Gläubiger, die zum Zeitpunkt der tatsächlichen Insolvenzantragstellung sich nunmehr ergebende Insolvenzquote, die regelmäßig geringer ausfallen dürfte als die Insolvenzquote zum Zeitpunkt der Soll-Antragstellung, als Differenzschaden geltend gemacht werden. In der Insolvenzpraxis ist die Berechnung jedoch äußerst schwierig und z.T. auch erheblich umstritten.²⁰

Gänzlich anders stellt sich die Situation bei individuellen Insolvenzverschleppungsschäden von Neugläubigern dar; hierbei handelt es sich um Gläubiger, deren ungesicherte Forderungen erst nach dem Zeitpunkt der Soll-Antragstellung entstanden sind und die somit aufgrund der verspäteten Insolvenzantragstellung lediglich mit der Insolvenzquote abgefunden werden. Hätte die Insolvenzschuldnerin rechtzeitig zum Soll-Antragstellungszeitpunkt den Insolvenzantrag gestellt, hätte der Neugläubiger entweder das Geschäft gar nicht getätigt, da ihm durch die rechtzeitige Insolvenzantragstellung der Insolvenzschuldnerin sein Risiko eines möglichen Aus-

falls im Vorhinein bewusst gewesen wäre, oder der Neugläubiger hätte sich eine entsprechende Sicherheit geben lassen, sodass es entweder zu keinem oder einem geringeren Ausfall gekommen wäre. Im Regelfall kann man davon ausgehen, dass der Neugläubiger somit bei rechtzeitiger Insolvenzantragstellung der Insolvenzschuldnerin das Geschäft überhaupt nicht getätigt hätte. Dies bedeutet im Ergebnis, dass der Neugläubiger nicht auf die Verschlechterung der Insolvenzquote verwiesen werden kann, sondern sein Schaden, sich im Regelfall auf einen Totalausfall seiner Forderung abzgl. der tatsächlich erzielbaren Insolvenzquote beläuft.²¹ Dieser ist ferner allerdings noch auf das negative Interesse des Neugläubigers beschränkt.

Es sei der Vollständigkeit halber darauf hingewiesen, dass sich die Schadensersatzansprüche von Alt- und Neugläubiger stets gegen die Insolvenzschuldnerin richtet, während die Schadensersatzansprüche durch Insolvenzverschleppung gegenüber den Organen und ggf. den involvierten Beratern der Insolvenzschuldnerin geltend gemacht werden.

Auch in dem Urteil des BGH v. 6.6.2013 wird in Nr. II.3.a hinsichtlich der Schadensberechnung explizit auf die sog. Differenzhypothese abgestellt, die auf einen Vergleich, der in der Folge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre, abstellt. Hierbei ist zu beachten, dass die Differenzhypothese zugleich auch das Erfordernis der Kausalität zwischen dem haftungsbegründenden Ereignis und einer dadurch eingetretenen Vermögensminderung umfasst.²² Nur eine Vermögensminderung, die durch das haftungsbegründende Ereignis verursacht ist, d.h. ohne dieses nicht eingetreten wäre, ist als ersatzfähiger Schaden anzuerkennen. Nach dieser Methodik hat somit der Schadensverursacher einen der Schuldnerin nach Eintritt der Insolvenzreife durch die Fortsetzung ihrer Geschäftstätigkeit erwachsenen Schaden zu ersetzen. In diesem Zusammenhang führt der BGH in seinem Urteil weiterhin aus, dass die hierdurch bedingte Vertiefung der Überschuldung grds. eine adäquate Schadensfolge ist.²³

Mit anderen Worten: Sofern der durch den Steuerberater erstellte fehlerhafte Jahresabschluss und hier insbesondere die Handelsbilanz, die im weiteren Sinne auch als „indikative Überschuldungsbilanz“ gewertet werden kann, dazu führt, dass die Geschäftsleitung einen Insolvenzantrag verspätet stellt, umfasst der sich hieraus ergebene Schadensersatzanspruch den gesamten Insolvenzverschleppungsschaden. Dieser ergibt sich häufig durch die – auf der Unternehmensfortführung beruhende – Vergrößerung der Verbindlichkeiten.

16 MünchKomm-InsO, 4. Aufl., § 15a Rn. 187, 188 ff.

17 Musielak/Voit, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 287 Abs. 2, Rn. 3.

18 MünchKomm-InsO (Fn. 16), § 15a Rn. 181, 187.

19 MünchKomm-InsO (Fn. 16), § 15a Rn. 181, 187.

20 MünchKomm-InsO (Fn. 16), § 15a Rn. 184.

21 MünchKomm-InsO (Fn. 16), § 15a Rn. 188, 194.

22 BGH v. 6.6.2013 – IX ZR 204/12, Kap. II.3.a), ZInsO 2013, 1409.

23 BGH v. 6.6.2013 – IX ZR 204/12, Kap. II.3.b) bb), ZInsO 2013, 1409.

Wie sich die Ermittlung des Insolvenzverschleppungsschadens durch Anwendung der Differenzhypothese tatsächlich in den hier zu besprechenden Fällen in der Praxis darstellt, soll nachfolgend im Einzelnen erörtert werden.

III. Ableitung eines Rechenmodells

1. Ausgangsüberlegungen zur Transformation der BGH-Rechtsprechung zur Berechnung von Schadensersatzansprüchen

Wie bereits in Nr. I. dargelegt, kann der den Jahresabschluss erstellende Steuerberater auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden, wenn aufgrund eines fehlerhaften Jahresabschlusses die bereits eingetretene oder sich abzeichnende Insolvenzreife einer Kapitalgesellschaft nicht erkannt wird, und die Geschäftsleitung daher ihren Insolvenzantragspflichten nach § 15a InsO nicht oder nicht rechtzeitig nachkommt. Es ergibt sich hieraus ein sog. „Vertiefungsschaden“, dessen Ermittlung nachstehend näher untersucht werden soll.

Der BGH hat durch die Entscheidung v. 26.1.2017 die Haftungswahrscheinlichkeit des Steuerberaters deutlich ausgeweitet. Daher wird sich künftig für Insolvenzverwalter und beklagte Steuerberater gleichermaßen häufiger die Frage stellen, wie ein solcher Vertiefungsschaden zu ermitteln ist.

Im Kern erfolgt dies durch den Vergleich der Vermögenslage der Insolvenzschuldnerin zum Zeitpunkt, an dem der Insolvenzantrag hätte gestellt werden müssen, (t_0) zu dem Zeitpunkt, an dem er tatsächlich gestellt wurde (t_x) oder vereinfacht:

$$V_{t_0} - V_{t_x} = \text{Vertiefungsschaden } (\Delta)$$

Diese Vorgehensweise erscheint auf den ersten Blick relativ einfach, muss der Schadensermittler (meistens ebenfalls ein vom Insolvenzverwalter beauftragter Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer) lediglich eine Bilanz zum Zeitpunkt t_0 erstellen und mit der Bilanz zum Zeitpunkt t_x vergleichen.

Der in der BGH-Entscheidung v. 6.6.2013 unter Nr. II.3.b, cc Ziffer 2 wiedergegebene folgende Satz fasst dies wie folgt zusammen:

*„Folglich bemisst sich der Schaden der Schuldnerin nach der Differenz zwischen ihrer Vermögenslage im Zeitpunkt rechtszeitigen Antragstellung im Vergleich zu ihrer Vermögenslage im Zeitpunkt des tatsächlich gestellten Antrags.“*²⁴

Somit ergeben sich folgende Fragen, die es zu beantworten gilt:

- Wie ermittelt man den Zeitpunkt t_0 ?
- (Der Zeitpunkt t_x steht durch das Datum der tatsächlichen Antragstellung fest.)
- Wie ermittelt man die Vermögenslage zum Zeitpunkt t_0 und zum Zeitpunkt t_x ?
- Sind bei der Differenzermittlung der Vermögenslage zum Zeitpunkt t_0 und t_x ggf. noch weitere Parameter zu berücksichtigen?

Der Zeitpunkt t_0 kann nur dann konkret ermittelt werden, wenn ein obligatorischer Insolvenzantragsgrund (Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung) in der Zeit von mehr als 3 Wochen vor dem Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung identifiziert werden kann.

Der den Jahresabschluss erstellende Steuerberater, der im Regelfall nicht das laufende Tagesgeschäft der späteren Insolvenzschuldnerin beurteilen kann, wird sich vor allem auf den Jahresabschluss im engeren Sinne beziehen, um Indizien zu erkennen, die auf eine Insolvenzreife hindeuten. Ähnlich wird voraussichtlich auch ein Schadensermittler vergehen, indem der letzte Jahresabschluss darauf untersucht wird, ob es konkrete Indizien gab, die auf eine Insolvenzreife schließen lassen.

Das können insbesondere sein:²⁵

- Ausweis einer bilanziellen Überschuldung (nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag),
- anhaltende Verlustsituation (auch im laufenden Jahr),
- „steife“ Kontoführung/Kontoüberziehung,
- rückständige kritische Verbindlichkeiten (Nettolöhne, Sozialversicherungsbeiträge, Lohnsteuer, USt etc.),
- deutlicher Anstieg der Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen,
- weitere Indizien.

Sofern gleichzeitig mehrere dieser Indizien auftauchen, sind diese häufig wichtige Hinweise für eine bereits eingetretene oder kurz bevorstehende Insolvenzreife. Durch die aktuelle Entscheidung des BGH v. 26.1.2017 hat der den Jahresabschluss erstellende Steuerberater sodann Überlegungen anzustellen, ob die Going-Concern-Prämisse des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB aufrechtzuerhalten ist oder nicht. Ist dies nicht der Fall, sind die Vermögens- und Schuldspositionen im Jahresabschluss grds. zu Liquidationswerten anzusetzen; eine ggf. bereits vorhandene bilanzielle Überschuldung wird dadurch im Regelfall vertieft oder tritt erstmals ans „Tageslicht“.

Bei einer derartigen Ausgangslage wird der für die Erstellung des Jahresabschlusses verantwortliche Steuerberater die Geschäftsleitung allerspätestens mit Auslieferung des Jahresabschlusses auf eine mögliche Insolvenzreife der Gesellschaft hinweisen müssen, um seinen Hinweispflichten nachzukommen.²⁶

Bei erfolgtem Hinweis wäre somit das Datum der Jahresabschlusserstellung bzw. der Jahresabschlussauslieferung ein geeigneter Zeitpunkt, um die Ausgangsvermögenslage zu er-

²⁴ BGH v. 6.6.2013 – IX ZR 204/12, Kap. II.3.b) cc), ZInsO 2013, 1409.

²⁵ Vgl. insbesondere auch Beck'scher Bilanzkommentar, 10. Aufl., § 252 Rn. 14, 15 ff. sowie IDW PS 270.

²⁶ Teilweise Aufgabe der Rechtsprechung des BGH v. 6.6.2013 durch Urt. v. 26.1.2017, Rn. II.2.

mitteln. Dies dürfte allerdings auch gleichzeitig der späteste Zeitpunkt sein. Es sind Fälle denkbar, bei denen der Zeitpunkt t_0 bereits deutlich früher liegt (z.B. wenn das Problem der bilanziellen Überschuldung bereits seit mehreren Jahresabschlüssen vorlag).

Gleichzeitig kann der letzte erstellte Jahresabschluss – ggf. auch wenn er nur als vorläufiges Exemplar vorliegt – ebenfalls Ausgangspunkt zur Ermittlung der Ausgangsvermögenslage sein (V_{t_0}). Hierzu reicht es oftmals aus, die Bilanzposten des letzten Bilanzstichtages um die Buchhaltungswerte der danach bereits abgelaufenen Monate bis zum letzten Monatsultimo vor Fertigstellung des Jahresabschlusses fortzuschreiben. Dies kann auch in Form eines vereinfachten Zwischenabschlusses geschehen.

Auch der Vergleichswert (V_{t_x}) kann aus dem vom Insolvenzverwalter erstellten Status zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung herangezogen werden und muss nun allerdings auf den Zeitpunkt der Antragstellung (oftmals 3 Monate) rückgerechnet werden (falls nicht zum Zeitpunkt der Antragstellung ohnehin ein [Zwischen-]Status erstellt wurde).

Somit kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass ausgehend von der BGH-Rechtsprechung v. 6.6.2013 der Vertiefungsschaden durch Gegenüberstellung zweier Vermögenssituationen der Insolvenzschuldnerin dadurch ermittelt werden kann, dass als Ausgangspunkt häufig der letzte Jahresabschluss, der durch den Steuerberater erstellt wurde, als Ausgangswert herangezogen wird und eine Fortschreibung aus den Daten der laufenden Finanzbuchhaltung bis zum Datum der Auslieferung des Jahresabschlusses an die Geschäftsleitung der späteren Insolvenzschuldnerin erfolgt. Die gegenüberzustellende Vermögenssituation zum Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung kann aus dem Insolvenzstatus des Insolvenzverwalters zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung durch Rückrechnung ermittelt werden. In diesem Zusammenhang sind indes einige Besonderheiten zu beachten, auf die später noch eingegangen wird.

Es sei jedoch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Anfangszeitpunkt t_0 nach dieser Methode oftmals der späteste sein dürfte und es keineswegs ausgeschlossen ist, dass die Insolvenzreife bereits Jahre davor eingetreten ist und sich regelmäßig auch in irgendeiner Form in den erstellten Jahresabschlüssen bereits angedeutet hat. Da sich in den Jahren davor oftmals noch eine bessere Vermögenssituation bei der späteren Insolvenzschuldnerin ergeben hat, kann davon ausgegangen werden, dass sich bei einer „Zurückverlegung“ des Zeitpunkts t_0 der Vertiefungsschaden erhöhen dürfte.

2. Bilanztheoretische Grundlagen zur Ableitung eines Ausgangsmodells

Um den Schadensersatzanspruch in einer systematischen Form zu ermitteln, sind vorab einige Überlegungen anzustellen, welche bilanztheoretischen Grundlagen für die Ermittlung des Vertiefungsschadens relevant sein könnten.

Ausgangspunkte sind hierbei die HGB-Normen der §§ 242, 264 ff. HGB, wo neben den allgemeinen Ansatz- und Bewertungsvorschriften auch die speziellen Vorschriften für Kapitalgesellschaften zur Anwendung kommen. Wie die Ausgangsvermögenslage V_{t_0} muss auch die Vermögenslage zum Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung V_{t_x} nach HGB-Normen ermittelt werden. Bei der Ermittlung von V_{t_x} wird, wie erläutert, im Regelfall auf die Vermögensübersicht des Insolvenzverwalters zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung abzustellen sein, die sich jedoch grds. an anderen Bewertungen der Ermittlung der Vermögens- und Schulddisposition orientiert, als dies nach den HGB-Normen der Fall ist.

Der Insolvenzverwalter ist verpflichtet, zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung die Vermögenswerte zum Zerschlagungswert anzusetzen und mit den bestehenden Verbindlichkeiten zu vergleichen, um eine Aussage darüber treffen zu können, ob das Insolvenzverfahren eröffnet werden kann oder nicht (vgl. §§ 151 –153 InsO).²⁷ So sind bspw. in diesem Zusammenhang bereits die Verfahrenskosten und andere Masseverbindlichkeiten, die möglicherweise sogar schon im vorläufigen Verfahren begründet wurden, anzusetzen, die jedoch bei einem Status zum Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung keine Rolle spielen.²⁸ Es kann deshalb u.U. geboten sein, den Status zum Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung aus den Unterlagen der Finanzbuchhaltung abzuleiten; ggf. sind einzelne Werte hierbei auch zu schätzen (z.B. die Vorratsinventur durch retrograde Ermittlung aus den Umsätzen unter Abzug eines kalkulatorischen Wareneinsatzes und dessen Berücksichtigung in der Inventur-Formel). Schätzungen sind insbesondere relevant, sofern bestimmte Bewertungen oder sonstige Ermittlungen zum Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung nicht vorgenommen wurden oder sich die Dokumentation als unzureichend erweist.

Denkbar wäre es auch, die Ausgangsbilanz zum Zeitpunkt t_0 bereits zu Zerschlagungswerten aufzustellen, um diese dann mit der Schlussbilanz zum Zeitpunkt t_x (→ Datum der Antragstellung) zu vergleichen. Diese muss dann jedoch auch zwingend zu Zerschlagungswerten erstellt werden. Entscheidend zur Ermittlung des Vertiefungsschadens ist jedoch nicht die absolute Höhe der jeweiligen Vermögenslage, sondern die Differenz!

Vor diesem Hintergrund ist die Bewertungssystematik nicht entscheidend, solange sie methodisch identisch erfolgt; nur so kann eine Konsistenz zur Differenzermittlung gewährleistet werden (Bewertungskonsistenz führt zur Differenzkonsistenz). Für die Bewertung nach HGB-Norm spricht, dass eine Ermittlung zum Zeitpunkt t_0 , die aus einer ex ante-Sicht erfolgen muss, für den Schadensermittler deutlich einfacher sein dürfte als die Ermittlung zu Zerschlagungswerten.

Neben dem Postulat, dass die zu vergleichenden beiden Vermögenslagen zum Zeitpunkt t_0 und t_x nach den HGB-Normen

²⁷ Braun, InsO, 7. Aufl., § 153 Rn. 2 ff.

²⁸ Braun (Fn. 27), § 153 Rn. 4.

zu bewerten sind, erhebt sich auch die Frage, was der BGH eigentlich unter dem Begriff „Vermögenslage“ versteht. Aus dem zitierten Urt. v. 6.6.2013 könnte hierzu als Indiz die Erhöhung der Verbindlichkeiten zählen, wie sie aus dem Urteil in Nr. II.3.a ff. ergibt. Bei dem im BGH-Urteil besprochenen Fall wurde ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag i.H.v. 48.000 € als letzter aktueller Bilanzwert ermittelt. Wenn man nunmehr die Zunahme der Verbindlichkeiten, die mit 264.000 € angegeben wurden, zugrunde legt, erhebt sich die Frage, ob hier die Verbindlichkeiten selbst, eine Differenzziehung zu der bilanziellen Überschuldung oder eine irgendwie anders gartete Größe der Vergleichsmaßstab sind. Nach dem Verständnis der Autoren kann mit Differenz der Vermögenslagen in diesem Zusammenhang grundsätzlich nur die Differenz zwischen der Eigenkapitalsituation (ermittelt nach HGB-Normen) zum Zeitpunkt t_0 mit dem Eigenkapital (ebenfalls ermittelt nach HGB-Normen) zum Zeitpunkt t_1 gemeint sein. Mit anderen Worten: Der Vertiefungsschaden wäre somit nichts anderes als die Verminderung des Eigenkapitals im Zeitpunkt t_0 bis t_1 , wobei das Ausgangseigenkapital durchaus bereits negativ sein kann und das negative Eigenkapital durch weitere Verluste „vertieft“ wird.²⁹

In diesem Zusammenhang sollte nochmals die Frage gestellt werden, was der Sinn und Zweck der rechtzeitigen Insolvenzantragstellung, die durch den Gesetzgeber in § 15a InsO nunmehr rechtsträgerübergreifend formuliert wurde. *Tatsächlich ist:* Verminderung des Schadens, der sich durch eine verspätete Insolvenzantragstellung ergeben könnte.³⁰ Damit sind denklologisch schon die Schäden ausgeschlossen, die durch das vorläufige bzw. durch das endgültige Insolvenzverfahren selbst zum Tragen kommen könnten. *Mit anderen Worten:* Wenn die Geschäftsleitung der späteren Insolvenzschuldnerin rechtzeitig den Insolvenzantrag gestellt hat, hat sie das ihrige aufgrund der gesetzlichen Verpflichtung getan, was der Gesetzgeber von ihr erwarten darf, um der Schadensminderungspflicht nachzukommen.

Nachfolgend werden wir ein Ausgangsmodell darstellen, wie die Schadensersatzermittlung anhand einer Modellbilanz, die unterschiedliche Vermögenssituationen zu unterschiedlichen Stichtagen aufweist, ermittelt werden kann.

Dazu haben wir eine einfach gehaltene Modellbilanz erstellt, zu einem Zeitpunkt, an dem die spätere Insolvenzschuldnerin noch wirtschaftlich und finanziell gesund ist und über ein intaktes Stammkapital verfügt:

| Ausgangsbilanz | | | |
|----------------|-----------|-------------------|-----------|
| Aktiva | € | Passiva | € |
| Anlagevermögen | 1.000.000 | Stammkapital | 500.000 |
| Umlaufvermögen | 1.000.000 | Verbindlichkeiten | 1.500.000 |
| | 2.000.000 | | 2.000.000 |

Im ersten Folgejahr nach dieser Ausgangsbilanz ergibt sich nunmehr bei der späteren Insolvenzschuldnerin ein Verlust

von 600.000 €, der bei einem Stammkapital von 500.000 € zu einer bilanziellen Überschuldung von 100.000 € führt, die wir aus Vereinfachungsgründen als Negativposten auf der Passivseite der Bilanz ausgewiesen haben. Es soll ferner unterstellt werden, dass dies auch der maßgebliche Zeitpunkt t_0 sein soll, um den daraus resultierenden Effekt einer Verschlechterung der Vermögenslage vereinfachend im Jahresrhythmus darzustellen. Es ist unschwer zu erkennen, dass in unserem Beispielfall der Verlust des ersten Geschäftsjahres vollständig durch Ausweitung der Verbindlichkeiten finanziert wurde (anstieg der Verbindlichkeiten von 1.500.000 € auf 2.100.000 €).

| Bilanz (1. Folgejahr) | | | | |
|--------------------------|-----------|-------------------|---------|-----------|
| Aktiva | € | Passiva | | € |
| Anlagevermögen | 1.000.000 | Stammkapital | 500.000 | |
| Umlaufvermögen | 1.000.000 | /. Verlust | 600.000 | -100.000 |
| | | Verbindlichkeiten | | 2.100.000 |
| | 2.000.000 | | | 2.000.000 |

Im zweiten Folgejahr ergibt sich ein weiterer Verlust von 400.000 €, sodass das bilanzielle Eigenkapital nun -500.000 € beträgt, was wiederum aus Vereinfachungsgründen auf der Passivseite der Bilanz durch ein Minuszeichen ausgewiesen wird.

| Bilanz (2. Folgejahr) | | | | |
|--------------------------|-----------|-------------------|----------|-----------|
| Aktiva | € | Passiva | | € |
| Anlagevermögen | 1.000.000 | Stammkapital | 500.000 | |
| Umlaufvermögen | 1.000.000 | Verlust 01 | -600.000 | |
| | | Verlust 02 | -400.000 | -500.000 |
| | | Verbindlichkeiten | | 2.500.000 |
| | 2.000.000 | | | 2.000.000 |

Interessant ist in diesem Zusammenhang der Vergleich der Vermögenslage des ersten Folgejahres mit der Vermögenslage des zweiten Folgejahres. Hieraus ist zu erkennen, dass sich auf der Aktivseite der Bilanz keine Veränderung ergeben hat, wohingegen auf der Passivseite der Bilanz jeweils in der Höhe der Verluste aus dem ersten Folgejahr wie auch aus dem zweiten Folgejahr die Verbindlichkeiten von ursprünglich 1.500.000 € durch den Verlust des ersten Folgejahres um 600.000 € auf dann 2.100.000 € und durch den

²⁹ Zum Begriff der Vermögenslage vgl. Beck'scher Bilanzkommentar, 10. Aufl., § 264 Rn. 37 ff.; dort ist die Sprache davon, dass die Vermögenslage ermittelt, wie „reich“ ein Unternehmen ist; damit kann nur die Eigenkapitalziffer gemeint sein.

³⁰ Uhlenbruck, InsO, 14. Aufl., § 15a Rn. 1, 20 ff.

weiteren Verlust des Jahres 2 um weitere 400.000 € auf dann 2.500.000 € angestiegen sind. Mit anderen Worten: Der Verlust wurde durch Erhöhung der Verbindlichkeiten (gegenüber Kreditinstituten, Warenverbindlichkeiten, sonstige Verbindlichkeiten etc.) finanziert. Hier lässt sich der Schadensersatz relativ leicht ermitteln, indem man den Zeitpunkt t_0 (Eigenkapital -100.000 €) zum Vergleich des Zeitpunkts t_x (gedachter Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung) vornimmt und somit der Vertiefungsschaden 400.000 € beträgt (Ausgangspunkt Eigenkapital -100.000 € abzgl. Eigenkapital im zweiten Folgejahr mit -500.000 € = 400.000 €).

Hätte die Geschäftsleitung also nach Vorlage des Jahresabschlusses für das erste Folgejahr sich gesetzeskonform verhalten und zu diesem Zeitpunkt Insolvenzantrag gestellt, wäre ein weiterer Schaden durch Erhöhung der Verbindlichkeiten vermieden worden (vereinfachend wurde unterstellt, dass zwischen den beiden Bilanzen ein Zeitraum von 12 Monaten besteht; in der Praxis muss selbstverständlich auf die tatsächlichen Zeiträume abgestellt werden).

Der Wortlaut des zitierten Urt. v. 6.6.2013 legt die Vermutung nahe, dass der BGH mit dem Begriff des Vertiefungsschadens diese Veränderung des Eigenkapitals gemeint hat. Es stellt sich jedoch die Frage, ob diese Konstellation, wie sie in dem Ausgangsmodell idealtypisch nachgezeichnet wurde, tatsächlich regelmäßig so in der Praxis abspielt oder ob andere Fallgestaltungen relevanter sind.

3. Variationen zum Ausgangsmodell

In dem vereinfachten Ausgangsmodell wurde durch den Vergleich des Eigenkapitals zwischen dem ersten Folgejahr und dem zweiten Folgejahr der Vertiefungsschaden durch Subtraktion der beiden Eigenkapitalgrößen ermittelt. Diese waren annahmebedingt betragsmäßig identisch mit der Erhöhung der Verbindlichkeiten. Letztendlich handelt es sich hierbei um nichts anderes als einen Passivtausch, indem der aufgetretene Jahresverlust durch Ausweitung der Verbindlichkeiten finanziert wurde, was verständlicherweise nicht im Interesse der Gläubiger ist, da diese grds. in Höhe der Vermögensverschlechterung ausfallen.

Wir haben bei dem Ausgangsmodell insbesondere angenommen, dass die Aktivseite der Bilanz konstant bleibt. In der Realität dürfte dies einigermaßen unwahrscheinlich sein, regelmäßig werden die Vermögensposten der Aktivseite entweder ansteigen oder sich vermindern. Dies stellen wir in zwei Varianten (IIa und IIb) für das zweite Folgejahr dar:

| <i>Bilanz 2. Folgejahr Variante IIa</i> | | | | |
|---|-----------|----------------|----------|----------|
| <i>Aktiva</i> | € | <i>Passiva</i> | | € |
| Anlagevermögen | 1.000.000 | Stammkapital | 500.000 | |
| Umlaufvermögen | 800.000 | Verlust 01 | -600.000 | |
| | | Verlust 02 | -400.000 | -500.000 |

| | | Verbindlichkeiten | | 2.300.000 |
|---|-----------|-------------------|----------|-----------|
| | 1.800.000 | | | 1.800.000 |
| <i>Bilanz 2. Folgejahr Variante IIb</i> | | | | |
| <i>Aktiva</i> | € | <i>Passiva</i> | | € |
| Anlagevermögen | 1.200.000 | Stammkapital | 500.000 | |
| Umlaufvermögen | 1.000.000 | Verlust 01 | -600.000 | |
| | | Verlust 02 | -400.000 | -500.000 |
| | | Verbindlichkeiten | | 2.700.000 |
| | 2.200.000 | | | 2.200.000 |

Wie wir aus der Variante IIa (Abnahme der Aktivseite) erkennen können, ist bei gleichbleibender Verlustsituation und einem negativen Eigenkapital von 500.000 € die Differenz der Eigenkapitalgrößen zwischen dem ersten und dem zweiten Folgejahr dieselbe, nämlich -400.000 €. Jedoch sind die Verbindlichkeiten in diesem Fall nicht auf 2.500.000 €, sondern lediglich auf 2.300.000 € gestiegen. Dieser Effekt erklärt sich daraus, dass Umlaufvermögen (Vorräte, Forderungen auf Lieferungen und Leistungen) in liquide Mittel „umgewandelt“ und damit Verbindlichkeiten bezahlt wurden. Im Ergebnis ist damit der Verlust des zweiten Folgejahres i.H.v. 200.000 € durch den Anstieg der Verbindlichkeiten und i.H.v. weiteren 200.000 € durch Abbau von Umlaufvermögen finanziert worden. Gerade in Krisenzeiten ist es keineswegs selten, dass durch rückläufige Geschäftstätigkeit Umlaufvermögen abgebaut und zur Schuldenreduzierung eingesetzt wird. Es liegt somit eine typische Bilanzverkürzung vor.

Aber auch im Fall der Zunahme der Aktiva zeigt sich, dass der Verlust der gleiche ist und somit auch der ermittelte Vertiefungsschaden, jedoch die Verbindlichkeiten nunmehr von 2.500.000 € um weitere 200.000 € auf 2.700.000 € angestiegen sind, da gleichzeitig auch weitere Aktivwerte in dem zweiten Folgejahr angeschafft wurden. Somit hat gerade bei der Zunahme der Aktiva, die durch eine Erhöhung der Verbindlichkeiten finanziert worden sind, diese Verbindlichkeiterhöhung nicht zwangsläufig zu einer Verschlechterung der Vermögenslage geführt, sondern es sind entsprechende Gegenwerte in das Vermögen der Gesellschaft geflossen (dies können z.B. Investitionsgüter sein). Es liegt somit eine typische Bilanzverlängerung vor.

Somit kann festgehalten werden, dass eine Eigenkapitalminderung durch entsprechende Verluste in dem Zeitpunkt zwischen t_0 und t_x grundsätzlich nur insoweit für die Ermittlung des Vertiefungsschadens relevant sein kann, wenn sich gleichzeitig die Verbindlichkeiten erhöhen und damit eine entsprechende Schädigung der Gläubiger eintritt, während bei einer Verminderung der aktiven Vermögenswerte diese zur Verlustfinanzierung dienen können und der Vertiefungsschaden somit zwangsläufig geringer ausfällt. Andererseits kann durch eine Erhöhung der Ak-

tivwerte zwar ein Anstieg der Verbindlichkeiten über die verlustbedingte Eigenkapitalminderung hinaus möglich sein; ob dies jedoch zwangsläufig automatisch zu einer Erhöhung des sog. Vertiefungsschadens führt, ist zumindest zweifelhaft, da entsprechende Vermögensgegenwerte auf der Aktivseite angeschafft wurden, die ggf. auch in dem späteren Insolvenzverfahren zur Masse herangezogen werden können und somit indirekt auch den Gläubigern zugutekommen.

Mit anderen Worten: Die Vermögenslage und deren Entwicklung im Zeitraum t_0 zu t_x führt zu einer – regelmäßig negativen – Eigenkapitaldifferenz, die nicht zwangsläufig mit einer korrespondierenden Erhöhung der Verbindlichkeiten einhergehen muss. Unter dem Gesichtspunkt der Schadensersatzpflicht gegenüber den Neugläubigern (alle Gläubiger, die nach dem Zeitpunkt der Soll-Antragstellung t_0 mit der späteren Insolvenzschuldnerin kontrahieren), wird man auf die Zunahme der Verbindlichkeiten abstellen, die evtl. geringer ausfallen kann als die EK-Minderung. Bei einer Erhöhung der Verbindlichkeiten im Zeitraum t_0 bis t_x , die höher sind als die EK-Minderung, kann dies auf Investitionen zurückzuführen sein, die u.U. einen Vorteil darstellen und sich insofern eine Schadensminderung daraus ableiten lässt.

4. Ableitung eines grundlegenden Rechenmodells

a) Rechenmodell im engeren Sinne

Ausgangspunkt ist stets die Ermittlung des bilanziellen Eigenkapitals zum Zeitpunkt t_0 (Zeitpunkt der relevanten Soll-Antragstellung) und zum Zeitpunkt t_x (Zeitpunkt der tatsächlichen Ist-Antragstellung) und Ermittlung der Differenz ($V_{t_0} - V_{t_x} = \Delta$ Eigenkapital). Hierzu ist es erforderlich, dass die Methoden zur Bilanz- bzw. Staturerstellung identisch sind hinsichtlich der angewandten Ansatz- und Bewertungsvorschriften (im Regelfall sollten einheitlich HGB-Normen zugrunde gelegt werden).

Anschließend sind die Veränderungen der Aktiva zwischen t_0 und t_x von der (vorläufigen) Eigenkapitaldifferenz im Fall der Aktivminderung hinzuzurechnen und im Fall der Aktiverhöhung zu subtrahieren, es sei denn, es sind im Insolvenzfall verwertbare Vermögenswerte zugeflossen.

Außerdem sind evtl. nicht ergebnisrelevante Eigenkapitalveränderungen zu berücksichtigen (z.B. passive Gesellschafterdarlehen, die unter § 39 Abs. 1 Nr. 5 bzw. § 39 Abs. 2 InsO fallen). Ferner sind die Veränderungen von nicht auszahlungswirksamen Rückstellungen (z.B. Drohverlustrückstellungen i.S.d. § 249 Abs. 1 Satz 1, 2. Alt. HGB) zu korrigieren, da eine Erhöhung derselben, zwar den Bilanzverlust erhöht und eine Minderung den Bilanzverlust mindert, solche Passiva aber regelmäßig keine Auswirkungen auf den Umfang der Befriedigung der Gläubiger haben, weil die Risiken (z.B. bei Einstellung des Geschäftsbetriebs) nicht mehr zu tatsächlichen Auszahlungen führen.

Hierzu ein Beispiel: Ausgehend von der Modelbilanz im zweiten Folgejahr wird der Verlust durch Einzahlungen der Gesell-

schafter (bspw. Hingabe von Gesellschafterdarlehen oder Einzahlungen in die Kapitalrücklage) ausgeglichen. Folge: Die Verbindlichkeiten erhöhen sich nicht. → Konsequenz: Kein Vertiefungsschaden. Ob EK-Positionen oder auch EK-ähnliche Positionen, wie z.B. Gesellschafterdarlehen, die z.B. im Zeitraum t_0 bis t_x durch die Gesellschafter hingegeben werden, ggf. dennoch eine Schadensersatzpflicht begründen, wird später zu erörtern sein.

| Bilanz 2. Folgejahr Variante IIIa Verlustausgleich durch Gesellschafterdarlehen (Kapitaleinschuss) | | | | |
|--|-----------|------------------------|---------|-----------|
| Aktiva | € | Passiva | | € |
| Anlagevermögen | 1.200.000 | Stammkapital | 500.000 | |
| Umlaufvermögen | 1.000.000 | Verlust 01 | 600.000 | |
| | | Verlust 02 | 400.000 | -500.000 |
| | | Gesellschafterdarlehen | | 400.000 |
| | | Verbindlichkeiten | | 2.100.000 |
| | 2.000.000 | | | 2.000.000 |

Darüber hinaus können sich auch andere Änderungen auf der Passivseite ergeben, die diese Berechnung des Vertiefungsschadens beeinträchtigen und „neutralisiert“ werden müssen. Dazu zählen z.B. Drohverlustrückstellungen oder Rückstellungen für latente Steuern, die (wenn überhaupt) erst zu konkreten Auszahlungsansprüchen werden, wenn das Insolvenzverfahren bereits beantragt oder gar erst eröffnet wurde und somit im Zeitraum $t_0 - t_x$ im Regelfall nicht relevant sind.

| Bilanz 2. Folgejahr Variante IIIb, Drohverlustrückstellung | | | | |
|--|-----------|---------------------------|----------|-----------|
| Aktiva | € | Passiva | | € |
| Anlagevermögen | 1.000.000 | Stammkapital | 500.000 | |
| Umlaufvermögen | 1.000.000 | Verlust 01 | -600.000 | |
| | | Verlust 02 | -400.000 | -500.000 |
| | | Drohverlustrückstellungen | | 200.000 |
| | | Verbindlichkeiten | | 2.300.000 |
| | 2.000.000 | | | 2.000.000 |

Der Vertiefungsschaden beträgt in diesem Fall 200.000 € (Δ Verbindlichkeiten $t_0 - t_x$), da die Drohverlustrückstellung im Zeitraum $t_0 - t_x$ nicht zu einer Ausgabe (Erhöhung der Verbindlichkeiten) führt.

Die Situation stellt sich anders dar, wenn es sich bspw. um Verbindlichkeitenrückstellungen handelt, die erfasst wurden, weil die Rechnung des Lieferanten zum Bilanzstichtag noch nicht vorlag, die Leistungen aber im Zeitraum $t_x - t_0$ erbracht wurde.

Somit sind im Zweifel alle Bilanzposten zum Zeitpunkt t_0 und t_x darauf zu untersuchen, ob sie Auswirkungen auf die Ergebnislage in diesem Zeitraum hatten (und damit auf die Höhe des Eigenkapitals) und ob sich damit die Forderungsaufstellung der Gläubiger (= Schadenssumme) ebenfalls verändert hat oder nicht. Die Erhöhung ausgabenbedingter Verbindlichkeiten und ausgabenbedingter Rückstellungen ist hierbei ein erstes Indiz.

Nachstehend wird ein (vereinfachtes) Rechenschema vorgestellt, das erste Hinweise liefern kann, ob ein Vertiefungsschaden im Sinne der BGH-Rechtsprechung v. 6.6.2013 vorliegt oder nicht.

| <i>Schema zur Ermittlung des Vertiefungsschadens (exemplarisch anhand der Variante IIa rechnerisch dargestellt)</i> | | |
|---|----------|----------|
| | € | € |
| Bilanzielles Eigenkapital zum Ausgangszeitpunkt t_0 | 500.000 | |
| ./. Verlust Vorzeiträume | -600.000 | -100.000 |
| | | |
| bilanzielles Eigenkapital zum Vergleichszeitpunkt t_x | 500.000 | |
| ./. Verlust Vorzeitraum | -600.000 | |
| ./. Verlust im Zeitraum $t_0 - t_x$ | -400.000 | -500.000 |
| $\Delta (V_{t_0} - V_{t_x}) =$ vorläufiger Wert | | -400.000 |
| | | |
| + Abbau Aktiva in der Periode | | 200.000 |
| - Zunahme Aktiva (soweit kein verwertbarer Gegenwert vorliegt) | | |
| ± EK-Veränderung, die nicht ergebnisrelevant sind (z.B. Gesellschafterdarlehen, Kapitaleinschüsse, Gewinnausschüttungen etc.) | | |
| ± Veränderungen von Rückstellungen, die nicht zahlungswirksam sind | | |
| ± Sonstige Veränderungen | | |
| = <i>Vertiefungsschaden</i> | | -200.000 |

Als Fazit des (grundlegenden) Rechenmodells kann festgehalten werden, dass die Differenz der Vermögenslage (= Eigenkapital) zwischen den Zeitpunkten t_0 und t_x nur dann mit der Zunahme der Verbindlichkeiten (→ spätere Gläubigerforderung) identisch ist, wenn alle Aktiva konstant bleiben und nicht ergebnisrelevante Eigenkapitalveränderungen (z.B. Gesellschafterdarlehen, Kapitaleinschüsse, Gewinnausschüttungen etc.) nicht vorliegen. Darüber hinaus können sich weitere Korrekturen ergeben, die in Kapitel III.4.c) abgehandelt werden. Eine Übereinstimmung des

tatsächlichen Vertiefungsschadens mit der Veränderung der Verbindlichkeitenbestände zu den beiden Stichtagen dürfte sich daher in der Praxis nur in den seltensten Fällen ergeben und wird zudem umso unwahrscheinlicher, je größer die Zeitdifferenz zwischen t_0 und t_x ist.

b) Wichtige Parameter

Zu beachten sind darüber hinaus im Zusammenhang mit der Berechnung des Vertiefungsschadens vor allem folgende Punkte:

- Zeitachse ($t_0 - t_x$): Während der Zeitpunkt t_x feststeht (Antragstellung), ist der Zeitpunkt t_0 unsicher und kann bei Insolvenzverschleppungsfällen sogar Jahre zurückliegen.
- Bewertungsnorm: Die Vermögenslagen zum Zeitpunkt t_0 und t_x sind nach denselben Bewertungsgrundsätzen zu ermitteln (im Regelfall HGB-Normen). Liquidationswerte sind dazu nicht geeignet, zumal diese zwar auf den Zeitpunkt t_x aber nur schwer auf den Zeitpunkt t_0 ermittelt werden können. Wichtig ist, eine allgemeingültige Bewertungsnorm anzusetzen, dazu sind die HGB-Normen am besten geeignet unter Berücksichtigung bestimmter Korrekturen (vgl. Kap. III.4.c). Es kommt für die Ermittlung des Vertiefungsschadens im Grundsatz nicht auf die absolute Höhe von V_{t_0} und V_{t_x} , sondern auf deren absolute Differenz an (Beachtung des Grundsatzes der Differenzkonsistenz).
- Besondere Geschäftsvorfälle, die die Vermögenslage negativ oder positiv beeinflusst haben, die von der Gesellschaft nicht zu vertreten sind, müssen eliminiert werden, da es insoweit an der Kausalität mangelt (z.B. Währungsverluste, Katastrophenschäden etc.).
- Bei Zeitdifferenz von $t_0 - t_x$ von über einem Jahr, wäre zu überlegen, ob ein fiktiver Zinsschaden zu berücksichtigen ist. Dies muss im Einzelfall geprüft werden. Dazu zählen auch Zinsschäden, die die Gläubiger für überfällige Forderungen bereits „eingepreist“ haben.
- Sofern die Gläubiger bei Beendigung der Insolvenz eine Insolvenzquote erhalten, ist diese grundsätzlich schadensmindernd zu berücksichtigen.

c) Behandlung besonderer Bilanzposten

Neben den generellen Parametern, die zuvor abgehandelt wurden, sind bei einzelnen Bilanzposten noch folgende Besonderheiten zu berücksichtigen:

aa) Spezielle Aktiva

Auf der Aktivseite der Bilanz, die für den Vermögensvergleich herangezogen wird, können sich durchaus Positionen ergeben, die für die Ermittlung der Vermögenslage zum Zeitpunkt der Soll-Insolvenzantragstellung (t_0) gemessen zum Zeitpunkt der Ist-Insolvenzantragstellung (t_x) entweder keine Rolle spielen oder deren Funktion und Werthaltigkeit bei der Bemessung des Insolvenzverschleppungsschadens gesondert betrachtet werden sollte.

Dazu können bspw. immaterielle Vermögensgegenstände (wie bspw. ein Firmenwert oder selbst geschaffene immaterielle Vermögensgegenstände) zählen, die zwar unter handelsrechtlichen Gesichtspunkten durchaus aktivierungsfähig sind, jedoch möglicherweise bereits zum Zeitpunkt der Soll-Insolvenzantragstellung keinen Wert hatten und somit nicht erst zum Zeitpunkt der Ist-Insolvenzantragstellung verlusterhöhend auszubuchen sind, sondern bereits in der Ausgangsbilanz.

Dies gilt sinngemäß auch bspw. für einen aktiven Rechnungsabgrenzungsposten, der ohne Geschäftsfortführung häufig keinen Wert darstellt. Auch aktive latente Steuern sind in Insolvenzfällen regelmäßig nicht nutzbar.

Ein besonderes Problem stellen in diesem Zusammenhang aktive Gesellschafterdarlehen dar, die häufig unter Umgehung der Kapitalerhaltungsvorschriften gem. §§ 30, 31 GmbHG entstanden sind und die sich in der Krise als nicht werthaltig herausstellen, da der Gesellschafter entweder nicht willens oder nicht in der Lage ist, die entsprechenden Beträge zurückzubezahlen. Aktive Gesellschafterdarlehen müssen daher ebenfalls auf ihre Werthaltigkeit zum Zeitpunkt der Soll-Insolvenzantragstellung untersucht und ggf. wertmäßig korrigiert werden.

Eine Abwertung der Aktiva zum Zeitpunkt t_0 vermindert den Vertiefungsschaden, da die Vermögensminderung in der Ausgangslage V_{t_0} zu einer EK-Minderung führt.

bb) Spezielle Passiva

Auch auf der Passivseite können sich Bilanzposten ergeben, die sowohl zum Zeitpunkt der Soll-Insolvenzantragstellung als auch zum Zeitpunkt der Ist-Insolvenzantragstellung entweder zu eliminieren oder hinsichtlich ihres Wertansatzes zu hinterfragen und ggf. zu korrigieren sind. Dazu zählen bspw. bestimmte Rückstellungsformen, wie z.B. die bereits erwähnte Drohverlustrückstellung gem. § 249 Abs. 1 Satz 1 HGB. Dies könnten bspw. bestehende Aufträge einer Bauunternehmung betreffen, die noch künftige Verluste zu antizipieren hat, soweit diese über eine Totalabwertung der halbfertigen Arbeiten hinausgehen. Ähnliches kann sich auch bei Pensionsrückstellungen ergeben, die zum Zeitpunkt der jeweiligen Stichtagsbetrachtung einen Verbindlichkeitenüberhang indizieren, der sich jedoch im Rahmen der Insolvenzabwicklung nicht oder nur teilweise – je nach Ausgestaltung der Pensionszusage – niederschlägt. Letzteres bedeutet jedoch nicht, dass die Übernahme des Insolvenzausfallrisikos durch den Pensionsversicherungsverein (PSV) dazu führt, dass die Pensionsrückstellung in Gänze weggelassen werden könnte, da anstelle der anspruchsberechtigten Arbeitnehmer lediglich durch einen Gläubigerwechsel regelmäßig der PSV als Gläubiger auftritt.

Auch bei passiven latenten Steuern ist zu hinterfragen, ob sich diese tatsächlich noch in einer konkreten Verbindlichkeit zu einem späteren Zeitpunkt niederschlagen werden oder nicht. Ähnliches gilt für passive Rechnungsabgrenzungsposten, wo der Geldzufluss bereits in der Vergangenheit stattgefunden hat,

jedoch aus Gründen einer korrekten Periodenabgrenzung Teile der sich hieraus ergebenden Erträge auf einen Zeitraum nach dem jeweiligen Bilanzstichtag verteilt werden.

Eine besondere Rolle spielen in diesem Zusammenhang die passiven Gesellschafterdarlehen und hier insbesondere diejenigen, die nach den Vorschriften zum Kapitalersatz vor Einführung des sog. Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 23.10.2008 nach Wegfall der §§ 32a, 32b GmbHG³¹ nunmehr – unabhängig von der Rechtsform – bei Kapitalgesellschaften unter die Rechtsnorm des § 39 Abs. 1 Nr. 5 bzw. § 39 Abs. 2 InsO fallen (sofern eine entsprechende Rangrücktrittsvereinbarung abgeschlossen wurde).³² Bei Zufluss solcher passiver Gesellschafterdarlehen im Zeitraum zwischen der Soll-Insolvenzantragstellung und der Ist-Insolvenzantragstellung reduzieren diese den Schaden von Drittgläubigern, da sie im Regelfall eine Finanzierungsquelle für die zwischenzeitlich aufgetretenen Verluste darstellen (vgl. auch Ausführung zu Nr. III.4.a), s. weiter oben). Gleichwohl besteht aber auch gegenüber den Gesellschaftern oder anderen Drittgläubigern, die ihre Forderung mit einem Rangrücktritt versehen haben, möglicherweise eine Schadensersatzverpflichtung, da bei rechtzeitiger Insolvenzantragstellung im Regelfall weder der Gesellschafter und erst recht wohl kein Drittgläubiger bereit gewesen wäre, der Insolvenzschuldnerin weitere finanzielle Mittel zur Verfügung zu stellen, auch wenn diese mit einem Rangrücktritt versehen gewesen wären. Insofern wird man sich hinsichtlich nicht ergebniswirksamer EK-Veränderungen im Zeitraum t_0 bis t_x als Schadensermittler die Frage stellen müssen, ob diese Beiträge durch die Gesellschafter auch bei tatsächlicher Insolvenzantragstellung zum Zeitpunkt t_0 geflossen wären oder nicht. Andererseits wird einem Gesellschafter (oder auch einem Drittgläubiger), der in einer krisenbetroffenen Situation frisches Kapital einschießt, durchaus bewusst sein, dass er ein (erhöhtes) Risiko eingeht. Insofern träge ihn ggf. ein Mitverschulden, sodass er u.U. keinen oder nur einen verminderten Schadensersatzanspruch hat.

5. Kritik und Grenzen der Anwendbarkeit

Bei der zuvor von den Autoren dargestellten Überlegungen zur Ermittlung der Vermögenslage der Insolvenzschuldnerin zum Zeitpunkt der Soll-Insolvenzantragstellung und zum Zeitpunkt der Ist-Insolvenzantragstellung muss man sich darüber im Klaren sein, dass eine exakte Bemessung des Insolvenzverschleppungsschadens nur in einfach gelagerten Fällen möglich sein dürfte.

Der Ausgangszeitpunkt t_0 wird sich oftmals nicht exakt ermitteln lassen, sondern aus Vereinfachungsgründen wird der Schadensermittler auf den letzten zur Verfügung gestellten Jahresabschluss, aus dem sich die Insolvenzreife zumindest indikativ ergibt (z.B. durch eine bilanzielle Überschuldung), zurückgreifen und unterstellen, dass spätestens zum Zeitpunkt

31 Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., Anm. zu §§ 32a, b GmbHG a.F.

32 Braun (Fn. 27), § 39 Rn. 18 ff. und Rn. 30 ff.

der Fertigstellung und Auslieferung dieses Jahresabschlusses der Steuerberater die Insolvenzreife hätte erkennen müssen und somit seinen Verpflichtungen aus dem Urteil des BGH v. 26.1.2017 hätte nachkommen müssen. Diese Verpflichtungen umfassen, wie bereits dargestellt, eine Bilanzierung unter Abkehr von der Going-Concern-Prämisse sowie eine entsprechende Hinweispflicht gegenüber der Geschäftsleitung der späteren Insolvenzschuldnerin. Ansonsten muss das Mandat zur Haftungsabwehr grds. niedergelegt werden.³³

Neben der Ermittlung des Zeitpunkts der Soll-Insolvenzantragstellung dürfte aber auch der Vergleich der jeweiligen Vermögenslagen hinsichtlich bestimmter Bilanzposten nicht immer frei von Wertungswidersprüchen sein. Dem Schadensermittler kann nur geraten werden, auch hier nach dem Prinzip der Vorsicht vorzugehen und – hinsichtlich der Ansatz- und Bewertungsvorschriften des HGB – zweifelhafte Positionen entsprechend zu berichtigen. Die sich hieraus ergebenden möglichen Ungenauigkeiten sind dann im Rahmen des § 287 ZPO einzuordnen und ggf. auch durch das Gericht zugunsten oder zulasten des betroffenen Schädigers zu berücksichtigen.

Keine Auswirkung auf die Gesamthöhe des Insolvenzverschleppungsschadens hat jedoch ein mögliches Mitverschulden der Geschäftsleitung der späteren Insolvenzschuldnerin, wie dies in Nr. 4 der BGH-Entscheidung v. 6.6.2013 ausgeführt wird. Liegt ein derartiges Mitverschulden seitens der Geschäftsleitung der späteren Insolvenzschuldnerin vor, kommt es vielmehr zu einer Teilung des Gesamtschadens; diese Teilung wird wiederum oftmals im Schätzungswege festzustellen sein.

IV. Zusammenfassung

Aufgrund der bereits zitierten BGH-Urt. v. 6.6.2013 und v. 26.1.2017 des IX. Senats haben sich die Haftungsgefahren für den den Jahresabschluss erstellenden Steuerberater deutlich verschärft. Unklar ist in diesem Zusammenhang, wie der Insolvenzverschleppungsschaden zu ermitteln ist. Grds. ist die Vermögenslage – gemeint ist hier zunächst die Eigenkapital-situation – zum Zeitpunkt der Soll-Insolvenzantragstellung t_0 der Vermögenslage zum Zeitpunkt der Ist-Insolvenzantrags-

stellung t_x gegenüberzustellen. In diesem Zusammenhang ist es wichtig, dass die Ermittlung der jeweiligen Vermögenslagen durch Gegenüberstellung einer Bilanz (oder eines Status) erfolgt, der auf denselben Bilanzierungsnormen beruht. Andernfalls würden Posten miteinander verglichen, die nicht vergleichbar sind. Empfehlenswert dürfte es sein, sich hierbei grds. auf die HGB-Normen zu stützen, wobei sowohl in der Bilanz zum Zeitpunkt der Soll-Insolvenzantragstellung als auch in der Bilanz zur Ist-Insolvenzantragstellung noch einzelne Korrekturen von Bilanzposten erforderlich sein können. Entscheidend ist hierbei letzten Endes nicht die absolute Höhe des jeweils anzusetzenden Postens, sondern dass die Bilanzierung in t_0 und t_x nach den jeweils gleichen Bilanzierungsnormen erfolgt. Letztlich wird nur die ausgewiesene Differenz im Sinne der vorgelegten BGH-Rechtsprechung den sog. Vertiefungsschaden abbilden.

In einigen Fällen wird sich dieser Vertiefungsschaden durch eine Ausweitung der Verbindlichkeiten zwischen den beiden Zeitpunkten t_0 und t_x ermitteln lassen, wobei diese Differenz nicht automatisch der Eigenkapitaldifferenz entsprechen muss, die sich für denselben Zeitraum ergibt, wie es in den zuvor gemachten Ausführungen dargelegt wurde.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass auch für Verbindlichkeiten, für die sich ein Rangrücktritt entweder von Gesetzes wegen ergibt oder durch eine explizite Vereinbarung des Gläubigers, u.U. ein Schaden anzusetzen ist, da im Fall einer rechtzeitigen Insolvenzantragstellung eine entsprechende Kapitalzufuhr oder Subordinierung unterblieben wäre. Allerdings gilt dies selbstverständlich nur in Höhe der Beträge, die entweder nach dem Zeitpunkt t_0 neu entstanden sind oder sich bei bereits bestehenden subordinierten Verbindlichkeiten erhöht haben. In diesen Fällen wäre allerdings zu prüfen, inwieweit dem Kapitaleigner die Risikolage bewusst war, sodass eine vollumfängliche Abwälzung des Ausfallrisikos auf den den Jahresabschluss erstellenden Steuerberater ggf. nicht gerechtfertigt ist.

33 BGH v. 26.1.2017 – IX ZR 285/14, ZInsO 2017, 432, sowie Verlautbarung der Bundessteuerberaterkammer v. 13./14.3.2018, Rn. 92.