

BBK

► SONDERAUSGABE

www.nwb.de

Neue Haftungsrisiken bei Jahresabschlussmandaten in der Krise

Karl Sikora

- 1 Going-concern-Bilanzierung und insolvenzrechtliche Hinweispflichten bei Krisenmandanten**
BGH verschärft Haftung für Steuerberater bei der Jahresabschlusserstellung
- 13 Das Jahresabschlussmandat bei handelsbilanzieller Überschuldung**
Handlungsrichtlinien für Steuerberater zur Vermeidung „insolvenzrechtlicher“ Haftung


Going-concern-Bilanzierung und insolvenzrechtliche Hinweispflichten bei Krisenmandanten

BGH verschärft Haftung für Steuerberater bei der Jahresabschlusserstellung

Karl Sikora*

Mit der vor wenigen Wochen veröffentlichten Entscheidung IX ZR 285/14¹ hat der BGH die Haftung von Steuerberatern bei der Jahresabschlusserstellung für Krisenmandanten deutlich verschärft. So hat er zum einen festgestellt: Ein haftungsbegründender Mangel des Jahresabschlusses liegt auch dann vor, wenn dieser angesichts einer bestehenden Insolvenzreife zu Unrecht unter *Going-concern*-Prämisse erstellt ist. Damit hat der BGH die handelsrechtliche Fortführungsannahme zur erheblichen Haftungsfalle gemacht. Zum anderen hat das Gericht unter Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung entschieden, dass bei offenkundigen Anhaltspunkten für eine mögliche Insolvenz auch insolvenzrechtliche Hinweispflichten des Steuerberaters bestehen. Auch hier hat er somit ein neues Haftungsfeld eröffnet. Der Beitrag erläutert die BGH-Entscheidung und illustriert, welche Konsequenzen sich daraus für Steuerberater bei der Jahresabschlusserstellung für insolvenznahe Kapitalgesellschaften ergeben. Darüber hinaus enthält der Beitrag ein Musterschreiben, mit dem ein Steuerberater seine Mandanten über ihre Pflichten aufklären kann und so das Haftungsrisiko begrenzt.

 BGH, Urteil vom 26.1.2017 - IX ZR 285/14 [\[JAAAG-37973\]](#)

 Sikora, Das Jahresabschlussmandat bei handelsbilanzieller Überschuldung, BBK 20/2015 S. 937 [\[QAAAF-05629\]](#)

Inhaltsübersicht


- I. Bisherige Rechtslage und Praxis
- II. Das BGH-Urteil vom 26.1.2017
- III. Praktische Konsequenzen und Handlungsempfehlungen
- IV. Musterschreiben für die Anforderung einer handelsrechtlichen *Going-concern*-Prognose mit insolvenzrechtlichem Warnhinweis

I. Bisherige Rechtslage und Praxis

Seit jeher stellt die Jahresabschlusserstellung für insolvenznahe Krisenmandanten ein anspruchsvolles und haftungsträchtiges Unterfangen für Steuerberater dar. So besteht hier insbesondere das Problem, welche Pflichten den Berater in Bezug auf Insolvenzindizien treffen, wo – vor allem im begrenzten Jahresabschlussmandat – die Grenzen der zulässigen insolvenzrechtlichen Beratung liegen und wann die Hinzuziehung von in Insolvenzsachen erfahrenen Dritten empfehlenswert ist.

Dieses Problem hat sich bislang dadurch etwas entschärft, dass der BGH insgesamt relativ beraterfreundlich judiziert hat. So hat er insbesondere im allgemeinen steuerlichen Mandat eine insolvenzrechtliche Prüf- oder Hinweispflicht des Steuerberaters bei

Anspruchsvolles und haftungsträchtiges Betätigungsfeld

 Ditges, Hinweispflicht des Steuerberaters bei Insolvenzverdacht, NWB 22/2014 S. 1670 [\[MAAAE-65025\]](#)

* Karl Sikora, Magister iuris (Mag. iur.), Master of Business Law (M.B.L.), akademischer Wirtschaftsjurist.

¹ BGH, Urteil vom 26.1.2017 - IX ZR 285/14 [\[JAAAG-37973\]](#).

 Jähne, BGH verschärft die Haftung von Steuerberatern in der Krise – BGH, Urteil vom 26.1.2017 - IX ZR 285/14, NWB 17/2017 S. 1310 [\[→YAAAG-42633\]](#)

Passive und wenig problembewusste Praxis als Folge

vorliegenden Insolvenzindizien verneint² und eine Beraterhaftung nur dann angenommen, wenn dieser nichtsdestotrotz eine Aussage zur Insolvenzreife der Gesellschaft gemacht hat³ oder ein ausdrücklicher Insolvenzprüfungsauftrag erteilt wurde.⁴

Bei einer konkreten Mandantenanfrage zur Insolvenzreife hat der BGH den Steuerberater nur dazu verpflichtet, dass dieser dem Mandanten einen Weg aufzeigen muss, der ihm die Insolvenzfeststellung ermöglicht.⁵ Zur insolvenzbezogenen Handhabung der handelsrechtlichen *Going-concern*-Prämisse (§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB) hat schließlich der BGH gar keine (einschränkenden) Vorgaben gemacht.

Hinweis: In der Jahresabschlusspraxis hatte wiederum diese Rechtsprechung zur Folge, dass ein sehr „passiver“ und auch wenig problembewusster Umgang mit Insolvenzindizien verbreitet war.

So wurde handelsrechtlich längstmöglich an der *Going-concern*-Prämisse festgehalten, erst bei eindeutig dagegensprechenden Indizien (wenn überhaupt) der Kontakt zur Geschäftsführung gesucht und auf deren Aussagen dann auch bei wenig substanziellen Ausführungen die Fortführungsannahme gestützt. Insolvenzrechtlich wurde selbst bei eindeutigen Insolvenzindizien kaum auf das mögliche Vorliegen eines Insolvenzgrunds und die diesbezügliche Prüfungsverantwortung der Geschäftsführung hingewiesen.

Nunmehr Wende durch den BGH

Hinweis: Diese Praxis war schon nach bisheriger Rechtslage überaus bedenklich. Mit der BGH-Entscheidung IX ZR 285/14⁶ ist ihr nunmehr jedoch jeglicher Boden entzogen.

II. Das BGH-Urteil vom 26.1.2017

1. Sachverhalt

 BGH, Urteil vom 26.1.2017 - IX ZR 285/14 [\[→JAAAG-37973\]](#)

Eine GmbH beauftragte im Jahr 2005 einen Steuerberater mit der Erstellung des Jahresabschlusses für das Jahr 2003. Hierzu übergab sie ihm u. a. den Jahresabschluss für das Jahr 2002, der einen „Nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag“ auswies. In der Folge erstellte der Steuerberater auf der Grundlage von Einzelaufträgen die Jahresabschlüsse bis zum Jahr 2007. Diese waren unter *Going-concern*-Prämisse erstellt und wiesen jeweils nicht durch Eigenkapital gedeckte Fehlbeträge aus.

Mehrfache Warnhinweise durch den Steuerberater

Im Jahr 2007 wies der Steuerberater den Geschäftsführer mehrfach darauf hin, dass er verpflichtet sei, regelmäßig die Insolvenztatbestände der Zahlungsunfähigkeit sowie der Überschuldung zu prüfen. Zudem wies er im gleichen Jahr auf einen erheblichen Umsatzrückgang bei gleichzeitig gestiegenem Personalaufwand sowie Anfang 2009 auf eine gestiegene handelsbilanzielle Überschuldung hin.

Klage des Insolvenzverwalters gegen Steuerberater

Nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens Mitte 2009 machte der Insolvenzverwalter einen Insolvenzverschleppungsschaden gegen den Steuerberater geltend. Er beantragte, dass der Steuerberater sämtliche Schäden seit Mitte 2005 zu ersetzen habe, die durch eine verschleppte Insolvenzantragstellung bei der GmbH entstanden seien. Der Steuerberater habe die Jahresabschlüsse pflichtwidrig auf der Grundlage von Fortführungswerten erstellt, obwohl die GmbH seit Mitte 2005 bei Übernahme des ersten Auftrags durch den Steuerberater insolvenzreif gewesen sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, die Berufung des Klägers blieb erfolglos.

² BGH, Urteil vom 7.3.2013 - IX ZR 64/12 [\[→FAAAE-34285\]](#); BGH, Urteil vom 6.6.2013 - IX ZR 204/12 [\[→TAAAE-39856\]](#).

³ BGH, Urteil vom 6.6.2013 - IX ZR 204/12 [\[→TAAAE-39856\]](#).

⁴ BGH, Urteil vom 7.3.2013 - IX ZR 64/12 [\[→FAAAE-34285\]](#); BGH, Urteil vom 6.6.2013 - IX ZR 204/12 [\[→TAAAE-39856\]](#).

⁵ BGH, Beschluss vom 6.2.2014 - IX ZR 53/13 [\[→UAAAE-59287\]](#).

⁶ BGH, Urteil vom 26.1.2017 - IX ZR 285/14 [\[→JAAAG-37973\]](#).

2. Entscheidung des BGH

Der BGH hat dem Insolvenzverwalter unter teilweiser Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung dem Grunde nach Recht gegeben. Er hat die instanzgerichtlichen Urteile aufgehoben und die Sache an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

2.1 Haftung wegen ungerechtfertigter *Going-concern*-Bilanzierung

Als Grundlage einer Haftung hat der BGH zum einen die ungerechtfertigte Erstellung der Jahresabschlüsse unter *Going-concern*-Prämisse anerkannt.⁷ Demnach ist ein Jahresabschluss mangelhaft, wenn er trotz entgegenstehender tatsächlicher oder rechtlicher Gegebenheiten (§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB) zu Unrecht von Fortführungswerten ausgeht. Ist dies der Fall und ursächlich für einen unterlassenen Insolvenzantrag, haftet der Steuerberater werkvertraglich für den Insolvenzverschleppungsschaden.

Haftung wegen ungerechtfertigter Fortführungsannahme

Hinweis: Grundsätzlich habe der Steuerberater den Jahresabschluss auf der Grundlage der ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen und der ihm bekannten Umstände aufzustellen. Hierbei könne er selbst bei Zweifeln an der Überlebensfähigkeit des Unternehmens noch von der Fortführungsannahme ausgehen. Erst dann, wenn die Einstellung der Unternehmenstätigkeit unvermeidbar oder beabsichtigt ist, entfalle diese.

In diesem Sinne schließe selbst ein vorliegender Insolvenzgrund eine *Going-concern*-Bilanzierung noch nicht aus, wenn anzunehmen ist, dass die Unternehmenstätigkeit auch nach einer Insolvenzverfahrenseröffnung jedenfalls innerhalb des Prognosezeitraums fortgeführt werden wird.

Voraussetzungen der Fortführungsannahme

Dies bedeute: Bei Vorliegen von ernsthaften Indizien, die eine Unternehmensfortführung zweifelhaft erscheinen lassen, sei die Fortführungsfähigkeit näher zu überprüfen.

Prüfungspflicht bei ernsthaften Zweifeln an der Fortführung

- ▶ Entweder müsse der Steuerberater dabei selbst anhand konkreter Umstände ausschließen, dass diese Indizien einer Fortführungsfähigkeit entgegenstehen, oder
- ▶ dafür sorgen, dass die Gesellschaft eine *Going-concern*-Prognose erstellt. Auf eine solche Prognose dürfe sich der Berater dann stützen, wenn sie nicht evident untauglich ist.

Im Streitfall hätten mit der steten bilanziellen Überschuldung sowie wiederholten Verlusten ernsthafte Indizien gegen eine Unternehmensfortführung vorgelegen. Der Steuerberater hätte deshalb eine explizite *Going-concern*-Prognose einfordern müssen. Hierbei hätte er den Mandanten deutlich darauf hinweisen müssen, dass er die handelsrechtliche Bilanz nur bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen unter Fortführungsannahme erstellen darf, aufgrund der bilanziellen Überschuldung und der wiederholten Verluste konkrete Fortführungszweifel bestehen und deshalb eine *Going-concern*-Prognose erforderlich ist. Der vom Berater erteilte Hinweis auf das Vorliegen einer bilanziellen Überschuldung reiche insoweit ebenso wenig wie die erteilten Hinweise auf eine generelle Prüfpflicht.

Explizite Anforderung einer *Going-concern*-Prognose

Hinweis: Trotz der erkennbaren Zweifel des Steuerberaters an der *Going-concern*-Prämisse bestehe jedoch keine Haftung, wenn er die Gesellschaft auf die konkreten Zweifel und deren notwendige Überprüfung hingewiesen hat, die Gesellschaft ihn aber nichtsdestotrotz angewiesen hat, den Jahresabschluss unter *Going-concern*-Prämisse zu erstellen.

Keine Haftung bei Anweisung zur *Going-concern*-Bilanzierung

⁷ BGH, Urteil vom 26.1.2017 - IX ZR 285/14 [E:JAAAG-37973], Rz. 12-42.

Pflichthinweis auf
Insolvenzreife

2.2 Haftung wegen Verletzung insolvenzrechtlicher Warn- und Hinweispflichten

Des Weiteren hat der BGH (auch bei mangelfreiem Jahresabschluss) eine Haftung wegen der Verletzung insolvenzrechtlicher Warn- und Hinweispflichten anerkannt.⁸ Solche bestünden immer dann, wenn der Steuerberater einen Insolvenzgrund erkennt oder für ihn ernsthafte Anhaltspunkte für einen möglichen Insolvenzgrund offenkundig sind und er annehmen muss, dass die mögliche Insolvenzreife dem Mandanten nicht bewusst ist. Erfülle diese der Berater nicht, haftet er für den Insolvenzverschleppungsschaden, wenn die Gesellschaft bei ordnungsgemäßer Hinweiserteilung früher Insolvenz angemeldet hätte.


 Römermann/Günther, (Hinweis-)Pflichten im krisenbetroffenen Mandat, NWB 13/2016 S. 958 [↗](#)WAAAF-69323]

Hinweis: Bei wiederholten nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbeträgen und fehlenden stillen Reserven bestehe grundsätzlich eine Warn- und Hinweispflicht. Demnach hätte der Steuerberater den Mandanten auf die konkreten Insolvenzindizien sowie darauf, dass diese Anlass zur Prüfung einer möglichen Insolvenzreife geben, hinweisen müssen. Ein genereller Hinweis zur Insolvenzprüfungspflicht genüge insoweit nicht.

III. Praktische Konsequenzen und Handlungsempfehlungen

1. Schriftliche Fixierung der Mandatsgrenzen

Nach wie vor empfiehlt es sich für den Steuerberater zunächst grundlegend, dass der Inhalt sowie die Grenzen seines Beratungsmandats schriftlich definiert sind.⁹ Sofern noch nicht erfolgt, sollte dies der Berater deshalb im Wege eines sog. Mandatsbestätigungsschreibens unverzüglich nachholen.

 Schriftliche Mandatsdefinition empfehlenswert!

Hinweis: In dem Mandatsbestätigungsschreiben sollte insbesondere definiert sein, inwieweit die Insolvenz- bzw. Sanierungsberatung Gegenstand des Mandats ist. So kann sich dadurch insbesondere jener Berater, der nicht in die Insolvenz- bzw. Sanierungsberatung eintreten möchte, zusätzlich vor einer späteren Haftungsanspruchnahme absichern.

 El Mourabit/Brechmann, Steuerberatungstätigkeit in der sog. Pflichtenzange, NWB 52/2016 S. 3955 [↗](#)BAAAF-88605]

2. Handelsrechtliche Pflichten in Bezug auf die *Going-concern*-Bilanzierung

2.1 Prüfung von Insolvenzindizien

Indizien gegen Unternehmensfortführung

Wie schon bislang, gilt zunächst, dass der Steuerberater bei sämtlichen Auftragsarten – insbesondere auch bei einem Erstellungsauftrag ohne Beurteilungen¹⁰ – grundlegend prüfen muss, ob tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten bestehen, die einer Fortführung der Unternehmenstätigkeit entgegenstehen können (§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB).¹¹

Diese Prüfung hat auf der Grundlage der ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen sowie der ihm sonst (etwa aus einem Dauermandat) bekannten Umstände zu erfolgen. Über diese Quellen hinaus ist er ohne einen ausdrücklich darauf gerichteten Auftrag zu keinen Nachforschungen verpflichtet.¹²

Entgegenstehende Gegebenheit = Insolvenzgrund

Eine entgegenstehende tatsächliche Gegebenheit bildet grundsätzlich das Vorliegen eines Insolvenzgrunds – wie nunmehr auch der BGH¹³ betont. Dementsprechend

⁸ BGH, Urteil vom 26.1.2017 - IX ZR 285/14 [↗](#)JAAAG-37973], Rz. 43-52.

⁹ Vgl. näher dazu Sikora, Das Jahresabschlussmandat bei handelsbilanzieller Überschuldung, BBK 20/2015 S. 941 [↗](#)QAAAF-05629].

¹⁰ Vgl. eingehend Harrison/Solmecke, WPg 2016 S. 1266 ff.

¹¹ BGH, Urteil vom 26.1.2017 - IX ZR 285/14 [↗](#)JAAAG-37973], Rz. 20 ff.

¹² BGH, Urteil vom 26.1.2017 - IX ZR 285/14 [↗](#)JAAAG-37973], Rz. 20, 40.

¹³ BGH, Urteil vom 26.1.2017 - IX ZR 285/14 [↗](#)JAAAG-37973], Rz. 26.

muss sich die Prüfung bei Krisenmandanten vor allem auf Insolvenzindizien beziehen. Als solche sieht der BGH¹⁴ vor allem erhebliche Verluste, eine zu geringe Eigenkapitalausstattung, Liquiditätsschwierigkeiten sowie eine handelsbilanzielle Überschuldung (§ 268 Abs. 3 HGB).


2.2 Anforderung einer *Going-concern-Prognose*

Liegen solche (ernsthaften) Indizien vor, muss die Fortführungsfähigkeit näher überprüft werden. Hier bestehen nunmehr deutlich strengere Anforderungen an das erforderliche Beraterverhalten. So muss dieser entweder die Indizien anhand konkreter Umstände so entkräften, dass feststeht(!), dass diese jedenfalls einer Unternehmensfortführung nicht entgegenstehen.¹⁵ Ist dies – und dies wird regelmäßig der Fall sein – nicht möglich, muss der Berater jedenfalls und in qualifizierter Weise bei der Geschäftsführung eine explizite *Going-concern-Prognose* einfordern.¹⁶ Erforderlich ist demnach, dass der Berater dem Mandanten schriftlich deutlich erläutert:

- ▶ unter welchen gesetzlichen Voraussetzungen eine *Going-concern*-Bilanzierung zulässig ist (= Erläuterung des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB),
- ▶ aufgrund welcher Umstände konkrete Zweifel an einer Fortführung der Unternehmenstätigkeit bestehen (= Benennung der konkreten Indizien),
- ▶ dass deshalb eine explizite *Going-concern-Prognose* durch die Geschäftsführung erforderlich ist.¹⁷

Eigene Entkräftigung
oder Anforderung einer
Going-concern-Prognose

Hinweis: Im Anforderungsschreiben an die Geschäftsführung sollte zur Klarstellung auch erläutert werden, wie die *Going-concern-Prognose* inhaltlich auszugestalten ist. Hierzu hat der BGH in der vorliegenden Entscheidung festgestellt, dass anhand aktueller, hinreichend detaillierter und konkretisierter interner Planungsunterlagen zu analysieren ist, ob das Unternehmen seine Tätigkeit jedenfalls im auf den Abschlussstichtag folgenden Geschäftsjahr voraussichtlich (ggf. trotz Vorliegens eines Insolvenzgrunds) fortsetzen (können) wird.¹⁸


 Gilgan, Beratungs-
und Belegungspflichten
des Steuerberaters,
NWB 18/2015 S. 1337
[→HAAAE-88606]

2.3 Überprüfung der *Going-concern-Prognose* und Haftung

Hat die Geschäftsführung eine *Going-concern-Prognose* erstellt, muss diese der Steuerberater nunmehr – also insbesondere auch im Erstellungsmandat ohne Beurteilungen¹⁹ – einer Stichhaltigkeits- oder Plausibilitätsprüfung unterziehen.²⁰ Er darf sie nur dann als Grundlage für eine *Going-concern*-Bilanzierung verwenden, wenn der Mandant die gegen eine *Going-concern*-Bilanzierung sprechenden Bedenken stichhaltig ausräumt. Nicht ausreichend sind bloße Aussagen ohne sachlichen Gehalt, z. B. ein pauschaler Verweis auf angedachte Sanierungsmaßnahmen oder einen Firmenwert.

Plausibilitätsprüfung der
Going-concern-Prognose
erforderlich

Hinweis: Kein Raum besteht damit grundsätzlich mehr für jene durchaus verbreitete Praxis, derzufolge das Insolvenzindiz eines nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrags (§ 268 Abs. 3 HGB) entweder pauschal als lediglich bilanzielle Überschuldung abgetan oder unter pauschalem Verweis auf stille Reserven, einen Firmenwert oder

 Aussagen ohne
sachlichen Gehalt nicht
ausreichend!

¹⁴ BGH, Urteil vom 26.1.2017 - IX ZR 285/14 [→JAAAG-37973], Rz. 34.

¹⁵ BGH, Urteil vom 26.1.2017 - IX ZR 285/14 [→JAAAG-37973], Rz. 35.

¹⁶ Nicht verpflichtet ist er hingegen (nach wie vor), von sich aus eine solche Prognose zu erstellen und die hierfür erforderlichen Tatsachen zu ermitteln.

¹⁷ BGH, Urteil vom 26.1.2017 - IX ZR 285/14 [→JAAAG-37973], Rz. 39.

¹⁸ BGH, Urteil vom 26.1.2017 - IX ZR 285/14 [→JAAAG-37973], Rz. 24, 35.

¹⁹ Vgl. ebenso bereits Harrison/Solmecke, WPg 2016 S. 1266 ff.

²⁰ Vgl. näher BGH, Urteil vom 26.1.2017 - IX ZR 285/14 [→JAAAG-37973], Rz. 36 f. Bei einem Erstellungsmandat mit Plausibilitätsbeurteilungen sowie bei einem Erstellungsmandat mit umfassenden Beurteilungen ist die erforderliche Tiefe der Nachprüfung natürlich entsprechend höher.

Rangrücktrittserklärungen für irrelevant erklärt wird. Dies gilt sowohl für ein alleiniges Handeln des Steuerberaters als auch für jene Fälle, in denen sich die „*Going-concern-Prognose*“ der Geschäftsführung auf entsprechende Erklärungen beschränkt.



Anmahnungspflicht bei unterlassener Prognoseerstellung

Legt die Geschäftsführung keine oder lediglich eine unzureichende *Going-concern-Prognose* vor, muss der Steuerberater die Erstellung oder Nachbesserung beim Mandanten anmahnen.²¹ Bis dahin darf er keine *Going-concern*-Bilanzierung vornehmen. Gegenteiliges gilt nur dann, wenn der Mandant den Berater ausdrücklich anweist, den Jahresabschluss nichtsdestotrotz unter *Going-concern*-Prämisse zu erstellen.

In diesem Fall ist eine Haftung des Beraters – sofern er den Mandanten auf die bestehenden Zweifel und die Notwendigkeit einer Überprüfung deutlich hingewiesen hat – grundsätzlich ausgeschlossen.²² Die Anweisung ist dann im Jahresabschluss zu dokumentieren.

Keine Haftung bei Anweisung des Mandanten

Hinweis: Der Haftungsentfall bei ausdrücklicher Anweisung des Mandanten gilt freilich nur dann, wenn der Steuerberater die Anweisung nicht als offenbar fehlerhaft erkennt. Ist dies indes der Fall, muss der Berater das Mandat niederlegen, weil er – bei sonstiger Strafbarkeit (§ 331 HGB) – nicht an erkannten unzulässigen Wertansätzen und Darstellungen im Jahresabschluss mitwirken darf.²³

 Schmittmann, BGH verschärft seine Rechtsprechung zur Steuerberaterhaftung in der Krise, StuB 6/2017 S. 241
 PAAAG-40264]

3. Insolvenzzrechtliche Hinweis- und Warnpflichten

Entgegen der bisherigen BGH-Rechtsprechung (siehe Abschnitt I) besteht für den Steuerberater nunmehr eine generelle insolvenzzrechtliche Hinweis- und Warnpflicht gegenüber dem Mandanten. Demnach muss er diesen immer dann auf einen möglichen Insolvenzgrund²⁴ und die daraus folgenden Handlungspflichten hinweisen, wenn er:


- ▶ einen Insolvenzgrund erkennt oder für ihn ernsthafte Anhaltspunkte für einen möglichen Insolvenzgrund offenkundig sind und
- ▶ er annehmen muss, dass die mögliche Insolvenzreife dem Mandanten nicht bewusst ist.²⁵

Voraussetzungen: Offenkundige Anhaltspunkte für Insolvenzgrund und ...

Offenkundig sind Anhaltspunkte für eine mögliche Insolvenzreife für den Steuerberater dann, wenn sie sich aus den ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen oder sonst bekannten Umständen unmittelbar ergeben. Damit lösen grundsätzlich insbesondere ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag (§ 268 Abs. 3 HGB), ein hälftiger Nennkapitalverlust (§ 49 Abs. 3 GmbHG, § 92 Abs. 1 AktG), eine Unterbilanz sowie offenkundige Liquiditätsschwierigkeiten eine Hinweis- und Warnpflicht aus. Dies gilt umso mehr, wenn sich diese Anhaltspunkte bereits über längere Zeiträume zeigen oder mit anderen Krisenindizien (z. B. keine stillen Reserven) kombinieren.²⁶


Hinweis: Dies bedeutet, dass in jenen Fällen, in denen der Steuerberater infolge eines Insolvenzindizes bei der Geschäftsführung eine handelsrechtliche *Going-concern-Prognose* einzuholen hat, grundsätzlich auch eine insolvenzzrechtliche Hinweis- und Warnpflicht besteht. Die handels- und insolvenzzrechtlichen Pflichten des Beraters überschneiden sich insofern also stark (siehe dazu Abschnitt III.4).


²¹ BGH, Urteil vom 26.1.2017 - IX ZR 285/14  JAAAG-37973], Rz. 36.

²² BGH, Urteil vom 26.1.2017 - IX ZR 285/14  JAAAG-37973], Rz. 38.

²³ Vgl. BStBK, Verlautbarung zu den Grundsätzen für die Erstellung von Jahresabschlüssen, Rz. 29, 67, abrufbar unter: <http://go.nwb.de/givwrg>.

²⁴ Gemeint ist hier eine Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 InsO oder eine Überschuldung gemäß § 19 InsO.

²⁵ BGH, Urteil vom 26.1.2017 - IX ZR 285/14  JAAAG-37973], Rz. 45.

²⁶ BGH, Urteil vom 26.1.2017 - IX ZR 285/14  JAAAG-37973], Rz. 45.

Inwieweit dem Mandanten die mögliche Insolvenzreife bewusst ist, wird für den Steuerberater oft schwierig einzuschätzen sein. Maßgeblich ist insoweit, ob sich der Mandant der Insolvenzindizien bewusst ist und deshalb zu einer Überprüfung veranlasst fühlt, ob er das Unternehmen in seiner bisherigen Form fortführen kann. Dies kann nach der vorliegenden Entscheidung bereits anzunehmen sein, wenn der Mandant erklärt, dass ihm das Problem der handelsbilanziellen Überschuldung bekannt sei.²⁷

Nichtsdestotrotz sollte der Berater grundsätzlich jedoch von einem fehlenden Bewusstsein des Mandanten ausgehen und die Gründe für eine gegenteilige Annahme dokumentieren.

Liegen beide Anwendungsvoraussetzungen vor, muss der Steuerberater den Mandanten darauf hinweisen, dass die jeweiligen Insolvenzindizien vorliegen, deshalb ein möglicher Insolvenzgrund verwirklicht ist und folglich Anlass zur Prüfung einer möglichen Insolvenzreife besteht. Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass zusätzlich auch auf das Bestehen einer Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO) bei Vorliegen eines Insolvenzgrunds hinzuweisen ist.²⁸

... fehlendes Bewusstsein
des Mandanten für
Insolvenzgefahr

Ausgestaltung der
Hinweispflicht

Hinweis: Auch bei sog. „reinen Erstellungsaufträgen“ von Jahresabschlüssen gilt damit nunmehr: Liegt ein Insolvenzindiz vor und ist dem Mandanten nicht offenkundig die mögliche Insolvenzreife bewusst, muss der Steuerberater den Mandanten auf dieses Indiz, die daraus möglicherweise folgende Insolvenzreife sowie die damit gegebenenfalls verbundene Insolvenzantragspflicht hinweisen. Ein kommentarloses Übergehen eines Insolvenzindizes („rein mechanisches Erstellen des Jahresabschlusses aus den Unterlagen“²⁹) ist dann nicht mehr möglich!

4. Unterschied zwischen handels- und insolvenzrechtlicher Hinweiserteilung

Mit der vorliegenden Entscheidung hat der BGH dem Steuerberater handels- sowie insolvenzrechtliche Pflichten auferlegt. Diese Pflichten werden bei der Jahresabschlusserstellung für Krisenmandanten vielfach gleichzeitig bestehen, weil beide Pflichtentypen an das Vorliegen von Insolvenzindizien anknüpfen.

Zu beachten ist dabei allerdings dringend, dass mit der Einforderung einer handelsrechtlichen *Going-concern*-Prognose bzw. dem darin enthaltenen Hinweis auf eine mögliche Insolvenzreife die insolvenzrechtliche Hinweis- und Warnpflicht nicht schon automatisch miterfüllt ist. Vielmehr ist streng zwischen handels- und insolvenzrechtlicher Hinweiserteilung zu unterscheiden.

► **Handelsrechtlich** muss der Steuerberater dem Mandanten erläutern, welche gesetzlichen Voraussetzungen für eine *Going-concern*-Bilanzierung bestehen (§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB), welche Insolvenzindizien vorliegen, dass diese konkrete Zweifel an einer Fortführung der Unternehmenstätigkeit begründen und dass deshalb eine explizite *Going-concern*-Prognose durch die Geschäftsführung erforderlich ist.³⁰

► **Insolvenzrechtlich** muss der Steuerberater dem Mandanten erläutern, welche Insolvenzindizien vorliegen, dass diese auf das mögliche Vorliegen einer Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) oder Überschuldung (§ 19 InsO) hinweisen, dass deshalb unverzüglich eine Insolvenzprüfung durchzuführen ist und dass bei verwirklichter Insolvenzreife eine haftungs- und strafbewehrte Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO) besteht.³¹

Trennung von handels-
und insolvenzrechtlichem
Hinweis

Handelsrechtlicher
Hinweis

Insolvenzrechtlicher
Hinweis

²⁷ BGH, Urteil vom 26.1.2017 - IX ZR 285/14 [E:JAAAG-37973], Rz. 50.

²⁸ BGH, Urteil vom 26.1.2017 - IX ZR 285/14 [E:JAAAG-37973], Rz. 49, 46.

²⁹ Vgl. Harrison/Solmecke, WPG 2016 S. 1270.

³⁰ BGH, Urteil vom 26.1.2017 - IX ZR 285/14 [E:JAAAG-37973], Rz. 39.

³¹ BGH, Urteil vom 26.1.2017 - IX ZR 285/14 [E:JAAAG-37973], Rz. 49, 46.

W Handelsrechtlicher Hinweis genügt nicht zur Erfüllung der insolvenzrechtlichen Warnpflicht!

Demnach soll also der insolvenzrechtliche Warnhinweis den Mandanten davor bewahren, eine mögliche Insolvenzreife zu übersehen und die zivil- wie strafrechtlichen Folgen einer Verletzung der Insolvenzantragspflicht³² tragen zu müssen. Handelsrechtlich geht es hingegen darum, auf bestehende Zweifel an der Zulässigkeit einer *Going-concern*-Bilanzierung hinzuweisen und deren Abklärung zu verlangen, um dann den Jahresabschluss gesetzeskonform erstellen zu können.

Auch dieser Hinweis enthält natürlich insolvenzrechtliche Komponenten (Verweis auf möglichen Insolvenzgrund, Prüfungserfordernis), doch ist seine Zielrichtung klar eine andere. Sein Inhalt genügt deshalb keinesfalls, um die insolvenzrechtliche Hinweis- und Warnpflicht zu erfüllen.³³

Kombiniertes Schreiben mit eindeutig getrennten Hinweisen

Besteht somit für den Steuerberater gleichzeitig die Pflicht zur Einholung einer handelsrechtlichen *Going-concern*-Prognose sowie zur Erteilung eines insolvenzrechtlichen Warnhinweises, muss er sowohl einen spezifisch handels- als auch einen spezifisch insolvenzrechtlichen Hinweis erteilen.³⁴ Er kann dies zwar in einem kombinierten Schreiben machen. Es empfiehlt sich dann jedoch aus Beweissicherungsgründen dringend, den handels- sowie den insolvenzrechtlichen Bereich deutlich voneinander zu trennen (siehe Musterschreiben in Abschnitt IV).

Keine pauschalen Formulierungen

Hinweis: In der bisherigen Jahresabschlusspraxis wurde im Rahmen der Anforderung einer handelsrechtlichen *Going-concern*-Prognose gelegentlich auch auf eine allenfalls bestehende Insolvenzantragspflicht als Hindernis für eine *Going-concern*-Bilanzierung hingewiesen. Ob dadurch die vom BGH nunmehr geforderte insolvenzrechtliche Hinweis- und Warnpflicht erfüllt werden kann, ist stark zweifelhaft. Dementsprechend sollte künftig keinesfalls pauschal auf derartige Formulierungen zurückgegriffen werden.

5. Haftungsumfang des Steuerberaters

W Geißler, Haftung des Steuerberaters, infoCenter [GAAAB-78593]

Verstößt der Steuerberater schuldhaft³⁵ gegen die vom BGH mit der vorliegenden Entscheidung aufgestellten handels- oder insolvenzrechtlichen Richtlinien, kommt eine Haftung für einen Insolvenzverschleppungsschaden in Betracht. Diese besteht grundsätzlich dann, wenn der Mandant bei einem ordnungsgemäßen Verhalten des Beraters – also bei Erstellung eines mangelfreien Jahresabschlusses oder rechtzeitiger Erteilung eines insolvenzrechtlichen Warnhinweises – früher einen Insolvenzantrag gestellt hätte, und beläuft sich auf jenen Schaden, der durch die verspätete Insolvenzantragstellung bei der Gesellschaft eingetreten ist.³⁶

Der Schadensersatzanspruch entfällt, wenn keine Kausalität zwischen der Pflichtverletzung des Steuerberaters und der verzögerten Insolvenzantragstellung durch die Gesellschaft besteht. Auch durch ein Mitverschulden der Geschäftsführung (§§ 254 Abs. 1, 31 BGB) kann der Anspruch ausgeschlossen oder zumindest deutlich gemindert sein.³⁷ Beweispflichtig ist insoweit der Steuerberater.

Dementsprechend ist es gerade in der Insolvenznähe des Mandanten unerlässlich, dass der Berater sein Handeln sowohl hinsichtlich der handelsrechtlichen *Going-concern*-Prämisse als auch hinsichtlich der insolvenzrechtlichen Hinweis- und Warnpflichten lückenlos dokumentiert.

W Lückenlose Dokumentation erforderlich für Haftungsausschluss

³² Vgl. näher dazu Sikora, in: Pape/Uhländer, NWB Kommentar zum Insolvenzrecht, Heme 2013, § 15a InsO Rz. 28 ff.

³³ Umgekehrt kann selbstverständlich auch mit einem insolvenzrechtlichen Warnhinweis nicht die handelsrechtliche Pflicht erfüllt werden.

³⁴ Anders wohl Baumert, ZInsO 2017 S. 486 ff.

³⁵ Hat der Steuerberater den Jahresabschluss zu Unrecht unter *Going-concern*-Prämisse erstellt, wird das Verschulden des Beraters werkvertraglich vermutet. Er muss dann den Entlastungsbeweis führen = BGH, Urteil vom 26.1.2017 - IX ZR 285/14 [GAAAG-37973], Rz. 41.

³⁶ BGH, Urteil vom 26.1.2017 - IX ZR 285/14 [GAAAG-37973], Rz. 11, 52.

³⁷ BGH, Urteil vom 26.1.2017 - IX ZR 285/14 [GAAAG-37973], Rz. 53.

Hinweis: Die Haftung wegen Verletzung der insolvenzrechtlichen Hinweis- und Warnpflichten besteht unabhängig von der Mangelhaftigkeit des Jahresabschlusses. Dementsprechend haftet also der Steuerberater bei deren Verletzung auch dann, wenn der Jahresabschluss mangelfrei erstellt wurde.

IV. Musterschreiben für die Anforderung einer handelsrechtlichen *Going-concern*-Prognose mit insolvenzrechtlichem Warnhinweis

Betreff: Anforderung einer handelsrechtlichen *Going-concern*-Prognose
(gemäß BGH, Az. IX ZR 285/14)
Insolvenzrechtlicher Warnhinweis
(gemäß BGH, Az. IX ZR 285/14)

Sehr geehrte(r) _____,

im Rahmen meiner Arbeiten an der Erstellung des Jahresabschlusses 20__ habe ich auf der Grundlage der mir zur Verfügung stehenden Unterlagen festgestellt, dass _____ [z. B. ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag (§ 268 Abs. 3 HGB) und keine stillen Reserven] _____ vorliegen. Diese Tatbestände deuten stark auf die mögliche Verwirklichung des Insolvenzgrunds der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)/der Überschuldung (§ 19 InsO) hin. In Anbetracht dessen bestehen für Sie als Geschäftsführer handelsrechtlich sowie insolvenz- bzw. gesellschaftsrechtlich Handlungspflichten, auf die ich Sie hiermit ausdrücklich hinweisen möchte.

Handelsrechtliche Handlungspflichten

Wie Sie wissen, ist der Jahresabschluss unter der Annahme der Unternehmensfortführung (sog. *Going-concern*-Prämisse) aufzustellen, sofern dem nicht tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegenstehen (§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB). Liegen ernsthafte Hinweise auf entgegenstehende Gegebenheiten vor, muss die Fortführungsfähigkeit des Unternehmens näher überprüft werden. Eine Abschlusserstellung unter Fortführungsannahme ist dann nach der Rechtsprechung (BGH, Az. IX ZR 285/14) nur möglich, wenn anhand konkreter Umstände feststeht, dass die belastenden Indizien einer Fortführung der Unternehmenstätigkeit nicht entgegenstehen, oder eine sog. handelsrechtliche *Going-concern*-Prognose der Geschäftsführung die gegen eine Unternehmensfortführung bestehenden Bedenken stichhaltig ausräumt.

Wie bereits erwähnt, liegen mit _____ [z. B. einem nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag (§ 268 Abs. 3 HGB) und keine stillen Reserven] _____ Hinweise auf die mögliche Verwirklichung des Insolvenzgrunds der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)/der Überschuldung (§ 19 InsO) vor. Das Vorliegen eines Insolvenzgrunds bildet nach der Rechtsprechung (BGH, Az. IX ZR 285/14) grundsätzlich eine der Fortführung entgegenstehende tatsächliche Gegebenheit. Damit bestehen ernsthafte Indizien für eine solche Gegebenheit. Da für mich keine Umstände ersichtlich sind, die mit der erforderlichen Sicherheit ausschließen, dass diese Indizien einer Unternehmensfortführung entgegenstehen, ist die Erstellung einer handelsrechtlichen *Going-concern*-Prognose durch die Geschäftsführung erforderlich.

In dieser Prognose ist nach der Rechtsprechung (BGH, Az. IX ZR 285/14) zu analysieren, ob das Unternehmen seine Tätigkeit voraussichtlich fortsetzen wird (können). Dies hat anhand aktueller, hinreichend detaillierter und konkretisierter

W3 | Checkliste,
Belehrung des Mandan-
ten in der Krise
☞ TAAAE-63459]

W⁹ Checkliste,
Going-Concern-Check
☞UAAAC-35125]

interner Planungsunterlagen zu erfolgen. Die Prognose ist dabei grundsätzlich auf das auf den Abschlussstichtag folgende Geschäftsjahr zu erstrecken. Es müssen die gegen die Fortführungsfähigkeit bestehenden Bedenken – im vorliegenden Fall also insbesondere das mögliche Vorliegen des Insolvenzgrunds der Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung – stichhaltig ausgeräumt werden. Bloße Aussagen oder vage Annahmen ohne sachlichen Gehalt genügen nicht.

Ich ersuche Sie daher, eine solche handelsrechtliche *Going-concern-Prognose* zu erstellen oder in Auftrag zu geben und mir spätestens bis _____ schriftlich zukommen zu lassen.

Erst auf der Grundlage dieser Prognose kann ich dann den Jahresabschluss erstellen. Bis dahin muss ich daher die Abschlussarbeiten aussetzen.

Bitte beachten Sie in diesem Zusammenhang, dass in der Unternehmenskrise die gesetzliche Frist zur Erstellung des Jahresabschlusses nicht ausgeschöpft werden darf; vielmehr ist von einer verkürzten Frist von zwei bis drei Monaten auszugehen. Die konkrete Erstellung des Abschlusses wird etwa __ Wochen benötigen.

Bitte beachten Sie weiter, dass das Vorliegen eines Insolvenzgrunds nach der Rechtsprechung (BGH, Az. IX ZR 285/14) nicht zwangsläufig eine Erstellung des Jahresabschlusses unter Fortführungsannahme ausschließt. Vielmehr gilt dies nur dann, wenn innerhalb des Prognosezeitraums damit zu rechnen ist, dass das Unternehmen noch vor dem Insolvenzantrag, im Eröffnungsverfahren oder bald nach Insolvenzeröffnung stillgelegt werden wird.

Insolvenzrechtliche Handlungspflichten

Wie bereits erwähnt, liegen mit _____ [z. B. einem nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag (§ 268 Abs. 3 HGB) und keine stillen Reserven] _____ Hinweise auf die mögliche Verwirklichung des Insolvenzgrunds der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)/der Überschuldung (§ 19 InsO) vor. Unabhängig von der vorstehend erläuterten handelsrechtlichen Pflichtenlage sind Sie als Geschäftsführer daher insolvenz- bzw. gesellschaftsrechtlich verpflichtet, unverzüglich eine **Insolvenzprüfung** durchzuführen, um festzustellen, ob tatsächlich der Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)/der Überschuldung (§ 19 InsO) verwirklicht ist.

Sollte diese Prüfung ergeben, dass eine Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung vorliegt, sind Sie verpflichtet, ohne schuldhaftes Zögern, spätestens jedoch nach drei Wochen einen **Insolvenzantrag beim zuständigen Insolvenzgericht** zu stellen (§ 15a InsO – sog. Insolvenzantragspflicht). Die dreiwöchige Insolvenzantragsfrist stellt dabei eine letzte Möglichkeit für außergerichtliche Sanierungsbemühungen dar. Sie darf jedoch nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der vorliegende Insolvenzgrund voraussichtlich innerhalb dieser Drei-Wochen-Frist über geeignete Sanierungsmaßnahmen beseitigt werden kann. Gelingt dies, besteht keine Insolvenzantragspflicht mehr. Besteht hingegen keine Aussicht auf Insolvenz-beseitigung innerhalb der Drei-Wochen-Frist, muss der Insolvenzantrag sofort gestellt werden.

Eine Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) liegt nach der Rechtsprechung (BGH, Az. IX ZR 123/04, IX ZB 36/07) vor, wenn der Schuldner mangels verfügbarer Zahlungsmittel mindestens 10 % seiner fälligen (und ernsthaft eingeforderten) Zahlungspflichten innerhalb von drei Wochen nicht begleichen kann. Sie ist grundsätzlich anhand einer Liquiditätsbilanz zu prüfen. In diese sind aktivseitig die

☞ Sikora, Die
Feststellung der
Zahlungsunfähigkeit,
NWb 4/2012 S. 308
☞KAAAE-00216]

verfügbaren Zahlungsmittel und passivseitig die zu begleichenden Zahlungspflichtigen einzustellen.

Eine Überschuldung (§ 19 InsO) liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, es besteht eine positive Fortbestehensprognose. Sie ist anhand eines Überschuldungsstatus unter Liquidationsprämisse sowie einer insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose zu prüfen. Im Überschuldungsstatus ist anhand einer Gegenüberstellung von Vermögenswerten und Verbindlichkeiten unter Liquidationsannahme zu untersuchen, ob das Vermögen die bestehenden Verbindlichkeiten deckt. Im Rahmen der insolvenzrechtlichen Prognose ist anhand einer Vermögens-, Ertrags- und Finanzplanung zu prüfen, ob die Gesellschaft im laufenden und nachfolgenden Geschäftsjahr mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zahlungsfähig bleiben wird. Erst wenn sowohl der Überschuldungsstatus als auch die Fortbestehensprognose negativ ausfallen, liegt eine Überschuldung vor.

Bitte beachten Sie in diesem Zusammenhang dringend, dass bei verzögerter oder unterlassener Insolvenzantragstellung trotz Vorliegens eines Insolvenzgrunds jedes Geschäftsführungsmitglied für den daraus resultierenden Schaden persönlich haftet. Zudem sind sowohl die vorsätzliche als auch die fahrlässige Insolvenzsverschleppung strafbar (§ 15a Abs. 4 und 5 InsO).


Insgesamt bedeutet dies somit für Sie:


- ▶ Zunächst ist unverzüglich das mögliche Vorliegen des Insolvenzgrunds der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO)/der Überschuldung (§ 19 InsO) zu prüfen und gegebenenfalls ein Insolvenzantrag beim zuständigen Insolvenzgericht zu stellen.
- ▶ Auf der Grundlage der Ergebnisse dieser Insolvenzprüfung ist sodann unverzüglich eine handelsrechtliche *Going-concern*-Prognose zu erstellen.

Im Hinblick auf die hohe Komplexität einer Insolvenzprüfung sowie die damit verbundenen Haftungsrisiken empfehle ich Ihnen dringend, zumindest für deren Durchführung fachkundige Hilfe in Anspruch zu nehmen.

Bei etwaigen Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung. Gerne sind wir Ihnen auch bei der Insolvenzprüfung sowie der Erstellung der handelsrechtlichen *Going-concern*-Prognose behilflich.

Mit freundlichen Grüßen

 Sikora, Wie erstellt man einen Überschuldungsstatus?, NWB 32/2010 S. 2558
[→SAAAD-47647]

 Sikora, Wie erstellt man eine tragfähige Fortbestehensprognose?, NWB 4/2009 S. 232
[→YAAAD-02916]

FAZIT

L Gräfe/Lenzen/
Schmeer, Steuerberater-
haftung, 6. Aufl., Herne
2017

L Römermann (Hrsg.),
Sanierungshandbuch für
Steuerberater, Herne
2017

Mit der vorliegenden Entscheidung hat der BGH das Pflichtenspektrum sowie die Haftungsrisiken für Steuerberater bei der Jahresabschlusserstellung für Krisenmandanten deutlich verschärft, gleichzeitig aber auch relativ praxisnahe Handlungsrichtlinien geschaffen. Dementsprechend ist es für Berater künftig besonders wichtig, ihr Verhalten exakt an diese Vorgaben anzupassen und damit offensiver als bislang gegenüber dem Mandanten aufzutreten. Hiermit wird zwar öfter auch die mögliche Gefahr eines Mandatsverlustes verbunden sein. Diese Gefahr kann jedoch schon allein im Hinblick auf die regelmäßig hohen Haftungssummen bei Insolvenzverschleppungsfällen keinesfalls ein Außerachtlassen der BGH-Vorgaben rechtfertigen. Zudem wird dem Mandanten in aller Regel relativ einfach klargemacht werden können, dass dieses offensivere Vorgehen unter Sanierungs- wie auch Haftungsgesichtspunkten letztlich in seinem eigenen Interesse liegt.

AUTOR



Karl Sikora,


Mag. iur., M.B.L., akademischer Wirtschaftsjurist, promoviert derzeit zur Fortbestehensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung bei Prof. Dr. Hans-Georg Koppensteiner LL.M. an der Universität Salzburg. Zahlreiche Publikationen zum deutschen Kapitalgesellschafts- und Unternehmensinsolvenzrecht. Referent zum Themenbereich Insolvenzprüfung mit kapitalgesellschaftsrechtlichen, unternehmensinsolvenzrechtlichen und rechnungsrechtlichen Bezügen.


Das Jahresabschlussmandat bei handelsbilanzieller Überschuldung

Handlungsrichtlinien für Steuerberater zur Vermeidung „insolvenzrechtlicher“ Haftung

Karl Sikora*

Mit dem neuen Standard zur Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (IDW S 11)¹ hat das IDW die Beratung von insolvenz-nahen Krisenmandanten in den Fokus der Beratungspraxis gerückt. Eine derartige Beratung ist typischerweise anspruchsvoll und mit beträchtlichen Haftungsrisiken verbunden. In besonderem Maße gilt dies dabei für jene Fälle, in denen Steuerberater im Rahmen eines Jahresabschlussmandats tätig sind und sich auf dieser Grundlage mit dem starken Insolvenzindiz einer handelsbilanziellen Überschuldung konfrontiert sehen. So besteht hier die haftungsrechtlich überaus brisante Problematik, welche Pflichten den Berater in Bezug auf dieses Insolvenzindiz treffen, wo die Grenzen der zulässigen insolvenzrechtlichen Beratung liegen und wann die Hinzuziehung qualifizierter Dritter empfehlenswert ist. Der Beitrag zeigt auf, wie Steuerberater von Kapitalgesellschaften in derartigen Fällen am haftungsschonendsten agieren, und behandelt dabei sowohl die Alternative des Verbleibs im Jahresabschluss- als auch jene des bewussten Eintritts in das Insolvenzmandat.

 Meyer, IDW S 11 – Neuer Standard zur Beurteilung der Insolvenzreife, NWB 26/2015 S. 1930 [→LAAAE-92341]

 Schmittmann, Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen, StuB 16/2014 S. 607 [→XAAAE-71199]


Inhaltsübersicht

- I. Begriff und Bedeutung der handelsbilanziellen Überschuldung
- II. Maßgebliche Grundfrage: Eintritt in die Insolvenzberatung?
- III. Verbleib im „allgemeinen“ Mandat
- IV. Eintritt in das „insolvenzrechtliche“ Mandat
- V. „Insolvenzrechtliche“ Haftung

I. Begriff und Bedeutung der handelsbilanziellen Überschuldung

Die sog. handelsbilanzielle (= buchmäßige) Überschuldung stellt einen handelsrechtlichen Krisentatbestand dar. Sie liegt vor, wenn handelsbilanziell die Verluste (= Verlustvortrag und/oder Jahresfehlbetrag bzw. Bilanzverlust) die Summe der übrigen Eigenkapitalposten übersteigen und damit faktisch ein negatives buchmäßiges Eigenkapital verwirklicht ist.

Verluste > Summe der Eigenkapitalposten = handelsbilanzielle Überschuldung

Beispiel  Die Eigenkapitalposten der X-GmbH umfassen das Stammkapital mit 75.000 €, eine Kapitalrücklage mit 10.000 €, einen Verlustvortrag in Höhe von 20.000 € und einen Jahresfehlbetrag des vergangenen Geschäftsjahres in Höhe von 100.000 €. Damit ist eine handelsbilanzielle Überschuldung in Höhe von 35.000 € verwirklicht.

* Karl Sikora, Magister iuris (Mag. iur.), Master of Business Law (M.B.L.), akademischer Wirtschaftsjurist.

¹ IDW, Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen (IDW S 11), FN-IDW 4/2015 S. 202 ff.

Bilanzposten: Nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag

Die bilanzielle Darstellung einer derartigen Überschuldung erfolgt (bei Kapitalgesellschaften) dergestalt, dass der Bilanzposten Eigenkapital (vollständig und unsaldiert) in der Hauptspalte mit Null und in einer Vorspalte dazu der von diesem nicht gedeckte Fehlbetrag ausgewiesen werden.² Dieser ist wiederum am Schluss der Aktivseite als rechnerischer Korrekturposten unter der Bezeichnung „Nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag“ gesondert in Ansatz zu bringen (§ 268 Abs. 3 HGB). Insofern kommt die handelsbilanzielle Überschuldung in ebendiesem aktivischen Korrekturposten zum Ausdruck.

Beispiel (Fortführung) 

Aktiva	T€	Passiva	T€	T€
		A. Eigenkapital		
		I. Gezeichnetes Kapital	75	
		II. Kapitalrücklage	10	
		III. Gewinnrücklagen	0	
		IV. Verlustvortrag	20	
		V. Jahresfehlbetrag	100	
		Davon nicht gedeckt	35	
				0
F. Nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag	35			

Kein Insolvenzgrund, aber Insolvenzindiz

Die handelsbilanzielle Überschuldung ist strikt von der insolvenzrechtlich relevanten Überschuldung (§ 19 InsO) zu trennen und weist als solche keine unmittelbare insolvenzrechtliche Relevanz auf. So stellt sie insbesondere keinen Insolvenzgrund dar und begründet damit weder eine Insolvenzantragspflicht noch ein Insolvenzantragsrecht. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH³ indiziert allerdings das Vorliegen einer handelsbilanziellen das Vorliegen einer insolvenzrechtlich relevanten Überschuldung. Dementsprechend markiert die handelsbilanzielle Überschuldung bei haftungsbeschränkten Schuldertypen⁴ – und damit insbesondere bei Kapitalgesellschaften – jenen Zeitpunkt, zu dem spätestens eine insolvenzrechtliche Überschuldungsprüfung durchzuführen ist.⁵

Unterbilanz und hälftiger Nennkapitalverlust als Vorstufen

Hinweis: Im Vergleich zu den weiteren handelsrechtlichen Krisentatbeständen der Unterbilanz sowie des hälftigen Nennkapitalverlustes tritt die handelsbilanzielle Überschuldung zuletzt ein.⁶ So ist im typischen Krisenverlauf zunächst eine Unterbilanz verwirklicht. Diese liegt dann vor, wenn das handelsbilanzielle Reinvermögen (Differenz zwischen Aktiva und Passiva mit Fremdkapitalcharakter) das gezeichnete

² Vgl. Petersen/de la Paix/Wohlgemuth, in: Pelka/Niemann et al., Beck'sches Steuerberater-Handbuch 2013/2014, 14. Aufl., München 2013, Kap. B Rz. 987; Winnefeld, Bilanz-Handbuch, 4. Aufl., München 2006, Kap. D Rz. 820.

³ Vgl. nur BGH, Urteil vom 27. 4. 2009 - II ZR 253/07 [↔AAAAAD-22659], Rz. 9, m. w. N.; BGH, Urteil vom 7. 3. 2013 - IX ZR 64/12 [↔FAAAE-34285], Rz. 16, m. w. N.

⁴ Nur für diese gilt der Insolvenzgrund der Überschuldung (§ 19 InsO – vgl. näher zum Anwendungsbereich Sikora, in: Pape/Uhlander, NWB Kommentar zum Insolvenzrecht, Herne 2013, § 19 InsO Rz. 3 ff.).

⁵ Sikora, in: Pape/Uhlander, NWB Kommentar zum Insolvenzrecht, Herne 2013, § 19 InsO Rz. 56, m. w. N.

⁶ Vgl. Sikora, Der GmbH-Geschäftsführer in der Unternehmenskrise – Pflichten und Haftungsrisiken bis zum Stadium des hälftigen Stammkapitalverlusts, NWB 14/2007 S. 1173 f. und S. 1180 f. [↔DAAAC-41239].

Kapital nicht mehr deckt. Hierauf folgt bei fortschreitender Krise der sog. hälftige Nennkapitalverlust (vgl. etwa § 49 Abs. 3 GmbHG, § 92 Abs. 1 AktG), der dann realisiert ist, wenn das handelsbilanzielle Reinvermögen nur noch die Hälfte des gezeichneten Kapitals deckt. Ist dieses schließlich gänzlich aufgebraucht, liegt handelsbilanzielle Überschuldung vor.

II. Maßgebliche Grundfrage: Eintritt in die Insolvenzberatung?


Wie sich der Steuerberater bei Vorliegen einer handelsbilanziellen Überschuldung verhalten muss, hängt davon ab, ob er ausschließlich im Jahresabschlussmandat bleiben oder dieses um die Insolvenzberatung erweitern möchte („Insolvenzmandat“). Dementsprechend muss er sich spätestens bei handelsbilanzieller Überschuldung hierüber im Klaren sein. Hierbei sollte er sich vor allem folgende Aspekte vor Augen halten:

- ▶ Die Insolvenzberatung stellt ein überaus komplexes und haftungsträchtiges Betätigungsfeld dar. So erfordert diese nicht nur fundierte betriebswirtschaftliche, sondern auch rechtliche Kenntnisse. Erschwerend kommt hinzu, dass der Berater vielfach unter erheblichem Zeitdruck arbeiten muss und sich von Mandantenseite mit teils massiver Einflussnahme auf eine beschönigende Darstellung seiner wirtschaftlichen Lage konfrontiert sieht. Überdies ist die Gefahr der Aufdeckung von Beratungsfehlern stark erhöht, weil Insolvenzverwalter mittlerweile auf die haftungsrechtliche Inanspruchnahme von – berufshaftpflichtversicherten – Beratern spezialisiert sind.⁷
- ▶ Die Entscheidung gegen eine Insolvenzberatung ist kein Zeichen von Schwäche. Ganz im Gegenteil bringt sie vielmehr ein professionelles und verantwortungsbewusstes Berufsverständnis zum Ausdruck.⁸ Dies gilt nicht nur im Hinblick auf die Vermeidung eigener Haftungsrisiken, sondern auch dahingehend, dass sich so die Chance auf eine erfolgreiche Mandanten-Sanierung und damit Mandatserhaltung erhöhen kann.⁹
- ▶ Die mit der Insolvenzberatung verbundenen Haftungsrisiken sind beträchtlich und je nach Einzelfall u. U. von der bestehenden Berufshaftpflichtversicherung nicht (ausreichend) gedeckt. Insofern setzt der Eintritt in die Insolvenzberatung jedenfalls eine Klärung des Vorhandenseins eines hinreichenden Versicherungsschutzes voraus.

Je nach Reichweite der gewünschten Tätigkeit muss der Steuerberater dann in weiterer Folge handeln. Will er ausschließlich im („allgemeinen“) Jahresabschlussmandat verbleiben, muss er sich in seiner weiteren Tätigkeit strikt innerhalb dieser Mandatsgrenzen bewegen und bezüglich jeglicher insolvenzrechtlicher Wertungen (der handelsbilanziellen Überschuldung) die Inanspruchnahme fachkundiger Dritter empfehlen. Entscheidet er sich hingegen für die Insolvenzberatung, ist – auf der Basis eines eigenen Prüfauftrags – unverzüglich eine insolvenzrechtliche Überschuldungsprüfung durchzuführen.



Hinweis: Der BGH hat mittlerweile festgestellt, dass die Insolvenz- und Sanierungsberatung als Nebenleistung zum Berufsbild des Steuerberaters gehört und somit eine berufsrechtlich zulässige Sonderberatung darstellt.¹⁰ Dementsprechend sind Steuerberater insbesondere zur Prüfung der Insolvenzsreife grundsätzlich befugt. Inwieweit dies im Hinblick auf das Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) im Einzelnen gilt, ist jedoch nach wie vor nicht abschließend geklärt. Überdies ist zu bedenken, dass auch bei berufsbildkompatiblen Tätigkeiten (natürlich) das RDG zu beachten ist. Vor diesem



Ausweitung des Jahresabschlussmandats zum Insolvenzmandat?

 Haftungsrisiken beachten!

Keine insolvenzrechtlichen Wertungen bei Jahresabschlussmandat

Überschuldungsprüfung bei Insolvenzmandat


 Ehlers, Welche Rechtsdienstleistungen dürfen betriebswirtschaftliche Berater anbieten?, NWB-BB 2/2015 S. 58  TAAAE-83074]

 Weßler, Rechtsberatung durch Steuerberater, infoCenter  IAAAB-36691]

⁷ Vgl. Nickert, Die Haftung des Steuerberaters – Richtig handeln und Haftung vermeiden, Wiesbaden 2008, § 1 Rz. 29.

⁸ Pollanz, Jahresabschlussbezogene Praxisfragen und Verhaltensweisen im Lichte der jüngsten BGH-Rechtsprechung zur Steuerberaterhaftung. Entwarnung oder Verwarnung?, DStR 2014 S. 821.

⁹ Vgl. Weber/Kiesel, Aktuelle BGH-Rechtsprechung: Haftungsrisiken – Worauf Steuerberater in der Krise ihrer Mandanten achten müssen, Infobrief Wirtschaftsrecht 1/2014 S. 5, http://www.schubra.de/de/infobriefe/wirtschaftsrecht/IB_Wirtschaftsrecht_1_2014.pdf.

¹⁰ BGH, Urteil vom 7. 3. 2013 - IX ZR 64/12  FAAAEE-34285], Rz. 20.

W⁹ Trinks, Haftung?
Steuerberater ≠
Rechtsanwalt,
nwb-experten-blog.de

Hintergrund empfiehlt es sich für den insolvenzberatend tätigen Steuerberater, jedenfalls bei spezifischen Rechtsfragen einen Rechtsanwalt als Sonderberater hinzuzuziehen bzw. den Mandanten an einen solchen zu verweisen.¹¹ Andernfalls riskiert er die Begehung einer unerlaubten Rechtsberatung (RDG) und damit neben dem Verlust des Honoraranspruchs insbesondere auch den Verlust seines Haftpflichtversicherungsschutzes.

Drei zentrale
BGH-Entscheidungen

Q BGH, Urteil vom
7. 3. 2013 - IX ZR 64/12
[→FAAAE-34285]

Q BGH, Urteil vom
6. 6. 2013 - IX ZR 204/12
[→TAAAE-39856]

Q BGH, Beschluss vom
6. 2. 2014 - IX ZR 53/13
[→UAAAE-59287]

W⁹ Geißler, Haftung
des Steuerberaters,
infoCenter
[→GAAAB-78593]

III. Verbleib im „allgemeinen“ Mandat

1. Maßgebliche BGH-Rechtsprechung

Der BGH hat in den vergangenen beiden Jahren vor allem mit drei Entscheidungen das insolvenzbezogene Pflichten- sowie Haftungsspektrum von Steuerberatern im „allgemeinen steuerrechtlichen Mandat“ konkretisiert. Diese vermitteln einen grundlegenden Aufschluss darüber, wie sich der Steuerberater bei Vorliegen einer handelsbilanziellen Überschuldung verhalten muss, um einer „insolvenzrechtlichen“ Haftung zu entgehen.

- ▶ Mit der Grundsatzentscheidung IX ZR 64/12¹² hat der BGH eine generelle „insolvenzrechtliche“ Prüf- oder Hinweispflicht des Steuerberaters bei vorliegender handelsbilanzieller Überschuldung verneint. Demnach ist dieser im allgemeinen steuerlichen Mandat bei üblichem Zuschnitt nicht verpflichtet, bei handelsbilanzieller Überschuldung eine Insolvenzprüfung durchzuführen oder einen Hinweis auf die Notwendigkeit einer solchen Prüfung zu erteilen. Dies gilt dabei sowohl gegenüber dem Mandanten als auch gegenüber dessen Geschäftsführungsorgan.
- ▶ In der Folgeentscheidung IX ZR 204/12¹³ hat der BGH dieses Nicht-Bestehen einer Prüf- oder Hinweispflicht bestätigt. Ergänzend hat er dabei festgestellt, dass der Steuerberater allerdings dann, wenn er trotz nicht bestehender Verpflichtung aus dem ursprünglichen Beratervertrag dennoch eine Aussage über die Insolvenzreife der Gesellschaft trifft, für die Richtigkeit seiner Angaben einzustehen hat. In diesem Sinne hat der BGH eine Haftung des Steuerberaters bejaht, weil dieser unter Bezugnahme auf Rangrücktrittsvereinbarungen und einen Firmenwert im Hinblick auf eine ausgewiesene handelsbilanzielle Überschuldung (unzutreffenderweise) erklärt hat, dass es sich um eine Überschuldung rein bilanzieller Natur handle.
- ▶ In der Folgeentscheidung IX ZR 53/13¹⁴ hat der BGH schließlich den Fall behandelt, dass der Steuerberater bei einem rein steuerrechtlichen Mandat von dem Mandanten unmittelbar mit der Frage nach der Insolvenzreife der Gesellschaft konfrontiert wird. Demnach muss er in diesem Fall dem Mandanten einen Weg aufzeigen, der ihm die Insolvenzfeststellung ermöglicht. Dies kann geschehen, indem er auf der Grundlage eines erteilten Auftrags selbst eine verbindliche Stellungnahme abgibt oder den Mandanten darauf hinweist, dass dieser einem geeigneten Dritten einen entsprechenden Prüfauftrag erteilen muss. Die bloße Erörterung über eine etwaige Insolvenzreife der Gesellschaft ohne deren (verbindliche) Beantwortung ist demnach nicht ausreichend.

Hinweis: Zu beachten ist, dass sich die vom BGH mit der vorstehend angeführten Grundsatzentscheidung begründete Pflichten- bzw. Haftungsfreistellung des Steuerberaters bei handelsbilanzieller Überschuldung nur auf allgemeine steuerliche Mandate „üblichen Zuschnitts“ bezieht. Hierunter fallen Mandats-Tätigkeiten wie insbesondere die Fertigung der BWA, der Lohn- und Gehaltsabrechnungen, der

¹¹ Vgl. Baumert, Insolvenzreife – Pflichtenkreis von Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern im Lichte des RDG, ZIP 2013 S. 1853.

¹² BGH, Urteil vom 7. 3. 2013 - IX ZR 64/12 [→FAAAE-34285].

¹³ BGH, Urteil vom 6. 6. 2013 - IX ZR 204/12 [→TAAAE-39856].

¹⁴ BGH, Beschluss vom 6. 2. 2014 - IX ZR 53/13 [→UAAAE-59287].

Meldungen an das Finanzamt und die Sozialversicherungsträger sowie der Jahresabschlüsse und Bilanzen.¹⁵ Umfasst ein Mandat demgegenüber (erweiterte) Aufgaben wie etwa die Finanzierungsberatung, die Investitionsberatung oder die generelle strategische Beratung, stellt dies kein allgemeines Mandat üblichen Zuschnitts mehr dar. In derartigen Fällen können je nach konkreter Mandatsausgestaltung sehr wohl auch insolvenzrechtliche Hinweispflichten des Steuerberaters bestehen.

2. Mandatsbestätigungsschreiben zur Fixierung der Mandatsgrenzen

Entsprechend der BGH-Rechtsprechung ist für die insolvenzbezogene Pflichten- und Haftungsstellung des Steuerberaters die Ausgestaltung des zugrunde liegenden Mandats entscheidend. So schuldet dieser insbesondere die viel zitierte „umfassende Beratung“ stets nur innerhalb der Mandatsgrenzen.¹⁶ Dementsprechend ist es für den Steuerberater gerade in Insolvenznähe des Mandanten von zentraler Bedeutung, dass der Inhalt und die Grenzen seines Beratungsmandats schriftlich hinreichend präzisiert sind.

Sofern dies (wie so oft) nicht bereits geschehen ist, sollte deshalb der Steuerberater spätestens bei bereits absehbarer handelsbilanzieller Überschuldung – besser bereits bei Unterbilanz – zur Haftungsvorbeugung eine derartige Präzisierung seines Mandats vornehmen. Das geeignete Instrument hierzu stellt ein sog. Mandatsbestätigungsschreiben dar.¹⁷ In diesem sollte der Umfang des Jahresabschlussmandats aufgabenmäßig klar definiert und insbesondere (zur Klarstellung)¹⁸ eine Insolvenzbearbeitung vor allem in Gestalt insolvenzrechtlicher Hinweis- sowie Prüfpflichten explizit ausgeschlossen werden. Überdies empfiehlt sich eine Vereinbarung, dass Mandatsänderungen und gesonderte Prüfaufträge stets einer schriftlichen Vereinbarung bedürfen.¹⁹ Diese lässt sich zwar nachträglich mündlich oder konkludent abändern, doch stellt sie zumindest eine zusätzliche „Schutz-Schwelle“ gegen den späteren Einwand einer mündlich oder konkludent vereinbarten insolvenzrechtlichen Mandatserweiterung („insolvenzrechtlicher Prüfauftrag“) dar.

3. Insolvenzrechtliche Hinweis- und Prüfpflichten


3.1 Pflichten bei handelsbilanziell ausgewiesener Überschuldung

Nach der BGH-Rechtsprechung²⁰ ist der Steuerberater bei vorliegender handelsbilanzieller Überschuldung nicht verpflichtet, selbständig eine Insolvenzbearbeitung durchzuführen. Ebenso wenig ist er verpflichtet, den Mandanten oder dessen Geschäftsführungsorgan von sich aus auf die Notwendigkeit zur Durchführung einer Insolvenzbearbeitung hinzuweisen.²¹ Nichtsdestotrotz empfiehlt sich grundsätzlich eine derartige Hinweiserteilung (aus Eigeninitiative).

Dies erklärt sich vor allem damit, dass der Steuerberater dadurch die Grenzen seines Mandats klar abstecken und so dem allfälligen späteren Einwand einer mündlichen oder konkludenten Auftragsenerweiterung (zusätzlich) effektiv vorbeugen kann.²² Zudem ent-

Schriftformerfordernis für Mandatsausgestaltung

Aufgabenmäßige Mandatsdefinition im Mandatsbestätigungsschreiben

 Ditzges, Hinweispflicht des Steuerberaters bei Insolvenzverdacht, NWB 22/2014 S. 1670 [→MAAAE-65025]

Hinweiserteilung zur Haftungsvorbeugung und Mandatspflege

¹⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 7. 3. 2013 - IX ZR 64/12 [→FAAAE-34285], Rz. 13.

¹⁶ Vgl. nur BGH, Urteil vom 7. 3. 2013 - IX ZR 64/12 [→FAAAE-34285], Rz. 14, m. w. N.

¹⁷ Pollanz, Jahresabschlussbezogene Praxisfragen und Verhaltensweisen im Lichte der jüngsten BGH-Rechtsprechung zur Steuerberaterhaftung, Entwarnung oder Verwarnung?, DStR 2014 S. 821.

¹⁸ Nach der BGH-Rechtsprechung umfasst das allgemeine steuerliche Mandat ohnedies keine insolvenzrechtlichen Prüf- oder Hinweispflichten (siehe Abschnitt III.1).

¹⁹ Schaaf/Mushardt, Zur Hinweispflicht des Steuerberaters bezüglich einer insolvenzrechtlichen Überschuldung, DB 2013 S. 1892 f.

²⁰ Vgl. insbesondere BGH, Urteil vom 7. 3. 2013 - IX ZR 64/12 [→FAAAE-34285], Rz. 17.

²¹ Vgl. insbesondere BGH, Urteil vom 7. 3. 2013 - IX ZR 64/12 [→FAAAE-34285].


²² Vgl. auch Weber/Kiesel, Aktuelle BGH-Rechtsprechung: Haftungsrisiken – Worauf Steuerberater in der Krise ihrer Mandanten achten müssen, Infobrief Wirtschaftsrecht I/2014 S. 4, http://www.schubra.de/de/infobriefe/wirtschaftsrecht/IB_Wirtschaftsrecht_I_2014.pdf.

Inhalte der Hinweiserteilung



spricht eine Hinweiserteilung (nach wie vor) der Verkehrserwartung und ist somit vor allem bei Dauermandaten schon allein zur Pflege des Mandatsverhältnisses sinnvoll.

Die Hinweiserteilung sollte im Hinblick auf den Dokumentationszweck unbedingt schriftlich erfolgen und folgenden Inhalt aufweisen:

- ▶ Erläuterung, dass nach ständiger BGH-Rechtsprechung eine handelsbilanzielle von einer insolvenzrechtlich relevanten Überschuldung zu unterscheiden ist, erstere jedoch letztere indiziert und deshalb (vom Geschäftsführungsorgan) zwingend eine insolvenzrechtliche Überschuldungsprüfung durchzuführen ist.
- ▶ Erläuterung, dass die insolvenzrechtliche Überschuldungsprüfung nach der sog. „modifizierten zweistufigen Überschuldungskonzeption“ anhand eines Überschuldungsstatus unter Liquidationsprämisse sowie einer Fortbestehensprognose zu erfolgen hat.
- ▶ Hinweis, dass die Insolvenz- und damit auch die Überschuldungsprüfung vom bestehenden Mandat nicht abgedeckt ist²³, sondern entweder vom Geschäftsführungsorgan selbst durchgeführt werden muss oder einen gesonderten Prüfauftrag²⁴ an einen Dritten voraussetzt.
- ▶ Ausschluss der Bereitschaft zur eigenen Übernahme eines derartigen Prüfauftrags und Empfehlung der Beauftragung eines in Insolvenzsachen erfahrenen Dritten.
- ▶ Hinweis, dass die Hinweiserteilung ohne Verpflichtung aus dem Mandatsverhältnis als rein freiwillige Serviceleistung erfolgt.

 Keine inhaltlichen insolvenzrechtlichen Beurteilungen!



Eigene inhaltliche Beurteilungen dazu, inwieweit auch bereits eine insolvenzrechtlich relevante Überschuldung vorliegt, muss der Steuerberater in diesem Rahmen sowie in seiner weiteren Tätigkeit jedenfalls unterlassen. Dies gilt sowohl für die Korrespondenz als auch für mündliche (insbesondere auch telefonische) Besprechungen. Andernfalls besteht die erhebliche Gefahr, dass diese Beurteilungen bereits als (konkludente) Erweiterung des Mandats auf die Insolvenzberatung ausgelegt werden.


 Ditges, Prüfung der Insolvenzreife und Haftung des Steuerberaters, NWB 35/2013 S. 2807
 GAAAE-42833]


Hinweis: Sobald der Steuerberater mit einer konkreten Anfrage des Mandanten zur Insolvenzreife konfrontiert wird, muss er diesem zumindest den Weg aufzeigen, der ihm die (verbindliche) Insolvenzfeststellung ermöglicht.²⁵ Insofern ist in diesen Fällen jedenfalls eine Hinweiserteilung entsprechend dem vorstehend dritten (und vierten) Gliederungspunkt erforderlich. Gerade auch in derartigen Fällen empfiehlt sich jedoch zur Haftungsvorbeugung und Mandatspflege ein weitergehender Hinweis entsprechend dem vorstehenden Inhalt. Keinesfalls darf es der Berater bei einer bloß unverbindlichen Erörterung zu einer etwaigen Insolvenzreife belassen.²⁶


3.2 Pflichten bei (vorgelagerter) Prüfung der handelsbilanziellen *Going-concern-Prämisse*


Die Diskussion um die insolvenzrechtlichen Hinweis- und Prüfpflichten des Steuerberaters dreht sich ganz überwiegend um den Fall, dass die Handelsbilanz bereits eine Überschuldung ausweist. Ebenso haftungsrelevant ist allerdings die Frage, wie sich dieser – quasi auf vorgelagerter Ebene – bei der Abschlusserstellung im Hinblick auf die handelsbilanzielle *Going-concern-Prämisse* (§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB) verhalten soll, wenn eine handelsbilanzielle Überschuldung (vor allem über die monatlichen BWA) zumindest anzunehmen ist.

 Checkliste, *Going-Concern-Check*
 UAAAC-35125]

²³ Vgl. BGH, Urteil vom 7. 3. 2013 - IX ZR 64/12  FAAAE-34285], Rz. 15 in Verbindung mit Rz. 17.

²⁴ Vgl. BGH, Beschluss vom 6. 2. 2014 - IX ZR 53/13  UAAAE-59287], Rz. 5.

²⁵ BGH, Beschluss vom 6. 2. 2014 - IX ZR 53/13  UAAAE-59287], Rz. 5.

²⁶ BGH, Beschluss vom 6. 2. 2014 - IX ZR 53/13  UAAAE-59287], Rz. 5 f.

Grundsätzlich gilt zunächst, dass bei der Bewertung im Jahresabschluss von der Fortführung der Unternehmenstätigkeit auszugehen ist, sofern dem nicht tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegenstehen (§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB). Ist nun eine handelsbilanzielle Überschuldung zumindest anzunehmen, ist dies als einer Fortführung entgegenstehendes Indiz zu werten.²⁷ Dementsprechend ist in derartigen Fällen jedenfalls eine sog. handelsbilanzielle *Going-concern*-Prognose aufzustellen, um zu prüfen, ob bei einer wertenden Gesamtschau tatsächlich von einer Fortführung der Unternehmenstätigkeit ausgegangen werden kann. Dies beinhaltet naturgemäß auch die Prüfung hinsichtlich einer bereits verwirklichten oder zu erwartenden Insolvenz.

Diese Prognose darf der Steuerberater, der nicht in die Insolvenzberatung eintreten möchte, vor dem Hintergrund der BGH-Rechtsprechung jedoch nicht selbst erstellen. Vielmehr muss er diese Aufgabe an die Geschäftsführung verweisen²⁸ und bis zur Prognosevorlage die Abschlusserstellung aussetzen. Diese Verweisung sollte dabei jedenfalls schriftlich erfolgen und zur Mandatsabgrenzung sowie -pflege vor allem folgenden Inhalt aufweisen:

- ▶ Erläuterung, dass wegen der krisenhaften Unternehmensentwicklung die Zulässigkeit der Abschlusserstellung unter *Going-concern*-Prämisse geprüft werden muss.
- ▶ Erläuterung, dass diese Prüfung anhand der Erstellung einer *Going-concern*-Prognose zu erfolgen hat, in deren Rahmen die tatsächliche Fortführbarkeit des Unternehmens und damit vor allem eine gegenwärtige oder künftige Insolvenz zu prüfen sind.
- ▶ Hinweis, dass die Erstellung dieser Prognose in die Zuständigkeit der Geschäftsführung fällt, über einen gesonderten Prüfauftrag jedoch an einen Dritten ausgelagert werden kann.
- ▶ Ausschluss der Bereitschaft zur eigenen Übernahme eines derartigen Prüfauftrags.
- ▶ Hinweis, dass ohne diese *Going-concern*-Prognose der Jahresabschluss nicht erstellt werden kann und deshalb bis zur Vorlage der Prognose die Abschlussarbeiten ausgesetzt werden.

Wie der Steuerberater dann nach Vorlage der *Going-concern*-Prognose durch die Geschäftsführung vorzugehen hat, hängt von der Mandatsausgestaltung ab.²⁹

- ▶ Bei einem Mandat ohne Plausibilitätsbeurteilung hat er ohne Beurteilung der vorgelegten Prognose auf deren Grundlage den Abschluss zu erstellen. Lediglich bei offensichtlichen Unzulänglichkeiten wie etwa einer positiven Prognose trotz vorliegendem Liquidationsbeschluss muss er intervenieren. Beharrt der Mandant dann nichtsdestotrotz auf einer Bilanzierung unter *Going-concern*-Prämisse, hat der Berater das Mandat niederzulegen.
- ▶ Bei einem Mandat mit Plausibilitätsbeurteilung muss der Steuerberater demgegenüber die *Going-concern*-Prognose und somit auch die (zukunftsbezogene) Insolvenzprüfung auf ihre Plausibilität hin prüfen. Insofern ist hier die Gefahr relativ groß, dass aus dem allgemeinen Mandat (unbewusst) ein „Insolvenzmandat“ wird. Dieses Risiko kann der Berater letztlich nur dadurch verringern, dass er klar dokumentiert, dass es sich insoweit lediglich um eine Plausibilitätsbeurteilung der vorgelegten *Going-concern*-Prognose zum jeweiligen Stichtag im Rahmen des allgemeinen Jahresabschlussmandats handelt.

Legt der Mandant im Übrigen keine *Going-concern*-Prognose vor, sollte der Steuerberater spätestens bei drohender Verletzung der Jahresabschluss-Aufstellungsfristen im Hinblick auf deren Strafbewehrung (vgl. etwa § 283b Abs. 1 Nr. 3b StGB) sein Mandat

Erfordernis einer *Going-concern*-Prognose mit Insolvenzprüfung

Verweis der Prognoseerstellung an die Geschäftsführung

Konsequenzen bei Mandat ohne bzw. mit Plausibilitätsbeurteilung

Nicht-Vorlage der Prognose durch die Geschäftsführung

²⁷ Vgl. IDW, Die Beurteilung der Fortführung der Unternehmenstätigkeit im Rahmen der Abschlussprüfung (IDW PS 270), FN-IDW 7/2003 S. 315 ff., Rz. 9 f.

²⁸ Pollanz, Jahresabschlussbezogene Praxisfragen und Verhaltensweisen im Lichte der jüngsten BGH-Rechtsprechung zur Steuerberaterhaftung, Entwarnung oder Verwarnung?, DStR 2014 S. 823.

²⁹ Vgl. näher dazu Pollanz, Jahresabschlussbezogene Praxisfragen und Verhaltensweisen im Lichte der jüngsten BGH-Rechtsprechung zur Steuerberaterhaftung, Entwarnung oder Verwarnung?, DStR 2014 S. 823.

niederlegen. Hierbei ist davon auszugehen, dass in Krisenzeiten eine verkürzte Aufstellungsfrist von zwei bis drei Monaten gilt.³⁰

Abgrenzung *Going-Concern*- von Fortbestehensprognose

Hinweis: Die handelsbilanzielle *Going-concern*-Prognose ist von der Fortbestehensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung zu unterscheiden. So ist erstere auf die Unternehmenstätigkeit bezogen, (grundsätzlich) auf einen zwölfmonatigen Zeitraum zu erstrecken und fällt erst dann negativ aus, wenn die Nicht-Fortführbarkeit sicher ist, während zweitere auf den Rechtsträger bezogen ist, (grundsätzlich) das laufende und das nachfolgende Geschäftsjahr abzudecken hat und bereits im Zweifel negativ ist.

Überschuldungshinweis auch nach *Going-Concern*-Prüfung


3.3 Hinweiserteilung trotz *Going-concern*-Prognose mit Insolvenzprüfung?

In jenen Fällen, in denen eine handelsbilanzielle Überschuldung nach Erstellung einer *Going-concern*-Prognose samt Insolvenzprüfung ausgewiesen wird, stellt sich die Frage, ob trotz der bereits erfolgten Insolvenzprüfung noch ein Hinweis auf die Notwendigkeit zur Überschuldungsprüfung erteilt werden sollte. Dies ist zu bejahen.

Ausschlaggebend hierfür ist der Umstand, dass sich zwischenzeitlich die Unternehmenslage zulasten einer Überschuldungsverwirklichung geändert haben kann. Gerade beim Insolvenzgrund der Überschuldung (§ 19 InsO) können schon Kleinigkeiten dafür sorgen, dass eine ursprünglich positive in eine negative Fortbestehensprognose „kippt“ und damit eine Überschuldung verwirklicht ist. Insofern kann den mit der Hinweiserteilung verbundenen Zielen der Haftungsvorbeugung sowie Mandatspflege nur durch eine „neuerliche“ Hinweiserteilung angemessen Rechnung getragen werden.

Aktualisierungshinweis genügt

In derartigen Fällen ist es allerdings ausreichend, wenn inhaltlich auf die Notwendigkeit zur Aktualisierung der bereits durchgeführten Überschuldungsprüfung hingewiesen wird. Dies gilt vor allem dann, wenn zwischen der *Going-concern*-Prüfung sowie dem tatsächlichen Ausweis der handelsbilanziellen Überschuldung nur geringe Zeiträume liegen.

 Keine Erläuterung der handelsbilanziellen Überschuldung im Anhang!

4. Erläuterung in der Jahresabschluss-Dokumentation?

Das Gesetz sieht keine Verpflichtung zur inhaltlichen Erläuterung einer handelsbilanziellen Überschuldung im Anhang oder in sonstigen Jahresabschluss-Dokumentationen vor.³¹ Demgegenüber wird eine solche jedoch vielfach für erforderlich gehalten oder zumindest empfohlen.³² Demnach ist die handelsbilanzielle Überschuldung im Anhang insbesondere hinsichtlich des Nicht-Vorliegens einer insolvenzrechtlich relevanten Überschuldung zu erläutern. Von einer solchen Erläuterung ist im allgemeinen Mandat indes dringendst abzuraten.³³

Erläuterung als haftungsbegründende Mandatsüberschreitung

Dies erklärt sich damit, dass eine derartige Erläuterung nichts anderes als eine insolvenzrechtliche Überschuldungsprüfung darstellt, diese jedoch gerade nicht dem Gegenstand der Jahresabschlusserstellung entspricht. So hat der BGH ausdrücklich festgestellt, dass die Überschuldungsprüfung über das allgemeine Mandat hinausgehende Untersuchungen erfordert und somit von diesem nicht gedeckt ist.³⁴ Insofern stellt eine derartige Erläuterung eine mandatsüberschreitende Aussage zur Insolvenz-

³⁰ Vgl. näher dazu Nickert, Die Haftung des Steuerberaters – Richtig handeln und Haftung vermeiden, Wiesbaden 2008, § 1 Rz. 30 ff.

³¹ Anders das österreichische Bilanzrecht mit einer gesetzlichen Erläuterungspflicht im Anhang; vgl. § 225 Abs. 1 Satz 2 UGB.

³² Vgl. etwa nur Suchan, in: Hennrichs et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, Band 2, München 2013, § 268 Rz. 50, m. w. N.; Grottel/Krämer, in: Förtschle et al. (Hrsg.), Beck'scher Bilanz-Kommentar, 9. Aufl., München 2014, § 268 Rz. 77, m. w. N.

³³ Vgl. ebenso Pollanz, Jahresabschlussbezogene Praxisfragen und Verhaltensweisen im Lichte der jüngsten BGH-Rechtsprechung zur Steuerberaterhaftung. Entwarnung oder Verwarnung?, DStR 2014 S. 824.

³⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 7. 3. 2013 - IX ZR 64/12 [→FAAAE-34285], Rz. 16 ff.

reife der Gesellschaft dar, für deren Richtigkeit der Berater haftungsrechtlich einzustehen hat.³⁵

In diesem Sinne gilt auch und gerade in Bezug auf die Jahresabschluss-Dokumentation (Anhang, Bescheinigung, Erstellungsbericht), dass sich jegliche insolvenzrechtliche Würdigung der handelsbilanziellen Überschuldung verbietet. Vielmehr genügt es, dass die handelsbilanzielle Überschuldung durch den Bilanzposten „Nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag“ (§ 268 Abs. 3 HGB) zum Ausdruck kommt.

Posten „Nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag“ genügt

Hinweis: Hat die Geschäftsführung ergänzend zum Jahresabschluss einen Lagebericht aufzustellen, ist in diesem auch auf die (insolvenzrechtliche) Bedeutung der handelsbilanziellen Überschuldung einzugehen. Sofern der Steuerberater in die Erstellung des Lageberichts beratend eingebunden ist, gilt auch hier, dass er keine (insolvenzrechtliche) Würdigung der handelsbilanziellen Überschuldung abgeben darf.

Lageberichterstattung

5. Mandatsfortsetzung trotz Beratungsresistenz des Mandanten?

Erfahrungsgemäß weisen Krisenmandanten in Insolvenznähe vielfach eine gewisse Beratungsresistenz auf. Dementsprechend sehen sich Steuerberater handelsbilanziell überschuldeter Mandanten relativ häufig mit der Situation konfrontiert, dass diese auf ihren Hinweis zur Durchführung einer insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung nicht reagieren oder diesen sogar (ohne inhaltliche Prüfung) ausdrücklich verwerfen. In derartigen Fällen stellt sich für den Berater die Frage, ob er nichtsdestotrotz das Jahresabschlussmandat fortführen oder dieses zur Sicherheit doch besser niederlegen soll.

Mandanten verwerfen häufig Hinweis zur Überschuldungsprüfung

Die Problematik einer Mandatsfortführung in derartigen Fällen besteht darin, dass hierin bereits eine sog. psychische Beihilfe zur Insolvenzverschleppung liegen kann.³⁶ Demnach macht sich der Berater schon allein durch die Fortsetzung seiner Tätigkeit haft- bzw. strafbar, wenn er erkennt, dass die Insolvenzantragsstellung vorsätzlich unterlassen wird. Ein „neutrales“ Beraterverhalten, mit dem der Fortbestand des Unternehmens gestützt wird, ist insoweit also (grundsätzlich) bereits ausreichend.

Mandatsfortsetzung als psychische Beihilfe zur Insolvenzverschleppung

Inwieweit dieses Modell der psychischen Beihilfe tatsächlich tragfähig ist und welche Anforderungen insbesondere an den Beihilfevorsatz des Beraters bestehen, ist bislang noch nicht geklärt.³⁷ Solange dies der Fall ist, sollte der Steuerberater bei Außerachtlassung seines Überschuldungsprüfungshinweises durch den Mandanten unverzüglich sein Jahresabschlussmandat niederlegen.³⁸ Nur so kann er bis auf Weiteres dem Vorwurf einer psychischen Beihilfe zur Insolvenzverschleppung wirkungsvoll vorbeugen.

 Unverzügliche Mandatsniederlegung erforderlich!

6. Typische mandatsüberschreitende Fehler

In der Beratungspraxis sind im Umgang mit einer handelsbilanziellen Überschuldung nach wie vor Verhaltensweisen gebräuchlich, bei denen Steuerberater (unbewusst) die Grenzen des allgemeinen Mandats gerade nicht wahren und die somit haftungserweiternd wirken. Die folgenden Handlungsweisen sind mündlich(!) wie schriftlich jedenfalls zu unterlassen:


Typische zu unterlassende Handlungsweisen

³⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 6. 6. 2013 - IX ZR 204/12 (→TAAAE-39856), Rz. 13.

³⁶ Vgl. näher dazu etwa Römermann, Steuerberater: Geborene Mittäter bei Insolvenzverschleppung?, GmbHR 2013 S. 518 f.; Nickert, Die Haftung des Steuerberaters – Richtig handeln und Haftung vermeiden, Wiesbaden 2008, § 1 Rz. 40 f.

³⁷ Vgl. näher dazu Abschnitt V.3.

³⁸ Vgl. ebenso Nickert, Die Haftung des Steuerberaters – Richtig handeln und Haftung vermeiden, Wiesbaden 2008, § 1 Rz. 41 unter Verweis auf ein BGH-Urteil zur Beihilfehandlung eines Bankmitarbeiters zur Steuerhinterziehung: BGH, Urteil vom 1. 8. 2000 - 5 StR 624/99, BStBl 2001 II S. 79 (→IAAAA-96975).

 Ehlers, Haftungsrelevante Kunstfehler in der Krisenberatung, NWB-BB 2/2014 S. 54 [→TAAAE-53256]

- ▶ **Bezeichnung „Bloße bilanzielle Überschuldung“:** (Steuer-)Berater kommentieren eine handelsbilanzielle Überschuldung relativ häufig dahingehend, dass es sich hierbei um eine rein bilanzielle Überschuldung handle. Hierbei wird jedoch übersehen, dass die Qualifizierung als rein bilanzielle Überschuldung zugleich die Wertung des Nicht-Vorliegens einer insolvenzrechtlich relevanten Überschuldung beinhaltet oder zumindest beim Mandanten zulässt.³⁹ Insofern stellt diese Qualifizierung (ohne weitergehende Erläuterungen) bereits eine mandatsüberschreitende und haftungserweiternde Aussage zur Insolvenzreife dar.
- ▶ **Verweise auf Firmenwert/stille Reserven/Rangrücktrittserklärungen:** Ebenso verbreitet ist die Kommentierung einer handelsbilanziellen Überschuldung dahingehend, dass im Hinblick auf einen (allfälligen) Firmenwert, stille Reserven oder Rangrücktrittserklärungen keine insolvenzrechtliche Relevanz vorliege. Derartige Kommentierungen stellen unzweifelhaft eine Aussage zur Insolvenzreife dar und sind somit jedenfalls mandatsüberschreitend bzw. haftungsbegründend.⁴⁰ Besonders gefährlich ist dabei der Verweis auf einen Firmenwert, weil dieser überschuldungsbilanziell (unter Liquidationsprämisse) nur in sehr engen Grenzen aktivierungsfähig ist und somit zur Überschuldungswiderlegung tatsächlich kaum in Betracht kommt.
- ▶ **Empfehlung einer Rangrücktrittserklärung:** Eine weitere Standard-Reaktion auf eine vorliegende handelsbilanzielle Überschuldung ist schließlich die Empfehlung zur Abgabe bzw. Einholung von Rangrücktrittserklärungen. Eine derartige Empfehlung stellt zwar keine Aussage zur Insolvenzreife dar, ist jedoch bereits als Einstieg in die insolvenzrechtliche Beratung zu werten und kann somit ebenfalls haftungsbegründend wirken.⁴¹ Dies gilt vor allem dann, wenn die Empfehlung inhaltlich präzisiert wird und sich etwa hinsichtlich der erforderlichen Tiefe oder zeitlichen Reichweite des Rangrücktritts als falsch erweist.

IV. Eintritt in das „insolvenzrechtliche“ Mandat

1. Insolvenzrechtliche Hinweiserteilung und weitere Vorgehensweise

Ist der Steuerberater zum Eintritt in die Insolvenzberatung bereit, sollte er dem Mandanten zunächst schriftlich einen erläuternden Hinweis zur vorliegenden handelsbilanziellen Überschuldung erteilen. Hierbei sollte er – gleich wie beim Verbleib im allgemeinen Mandat⁴² – deren Bedeutung, das Instrumentarium der insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung sowie deren fehlende Deckung durch das bestehende Mandat erläutern. Statt der ausschließlichen Empfehlung der Hinzuziehung eines in Insolvenzsachen erfahrenen Dritten ist hier allerdings dann das Angebot zur Übernahme dieser Prüfung auf der Grundlage eines gesonderten Prüfauftrags zu machen.

Wie der Steuerberater dann in weiterer Folge vorzugehen hat, hängt von der Mandantenreaktion ab:

- ▶ Erteilt ihm der Mandant einen Überschuldungsprüfungsauftrag oder ein weitergehendes Mandat (z. B. Sanierungsmandat), hat der Steuerberater jedenfalls unverzüglich eine insolvenzrechtliche Überschuldungsprüfung durchzuführen und ggf. entsprechend dem weitergehenden Mandat zu handeln (z. B. Erstellung eines Sanierungskonzepts).
- ▶ Beauftragt der Mandant einen Dritten mit der Überschuldungsprüfung, sollte der Steuerberater (sofern noch nicht geschehen) unverzüglich in einem Mandatsbestäti-

³⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 6. 6. 2013 - IX ZR 204/12 [→TAAAE-39856], Rz. 13.

⁴⁰ Vgl. auch BGH, Urteil vom 6. 6. 2013 - IX ZR 204/12 [→TAAAE-39856], Rz. 13.

⁴¹ Vgl. auch Pollanz, Jahresabschlussbezogene Praxisfragen und Verhaltensweisen im Lichte der jüngsten BGH-Rechtsprechung zur Steuerberaterhaftung, Entwarnung oder Verwarnung?, DStR 2014 S. 821.

⁴² Vgl. näher dazu Abschnitt III.3.1.


Angebot zur Mandatserweiterung

Weitere Vorgehensweise

gungsschreiben sein Jahresabschlussmandat präzisieren und sich fortan entsprechend dem Verbleib im allgemeinen Mandat verhalten.⁴³

- ▶ Reagiert der Mandant auf die Hinweiserteilung gar nicht („Beratungsresistenz“), sollte der Steuerberater unverzüglich sein Mandat niederlegen.⁴⁴

Hinweis: Liegen neben der handelsbilanziellen Überschuldung auch bereits Indizien für den Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) vor (z. B. bereits bestehende Liquiditätslücken in Verbindung mit zunehmenden Liquiditätsbeschaffungsschwierigkeiten), muss die Überschuldungs- um eine Zahlungsunfähigkeitsprüfung⁴⁵ ergänzt werden.

 Sikora, Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit, NWB 4/2012 S. 308 [KAAAE-00216]

2. Insolvenzrechtliche Überschuldungsprüfung

2.1 Prüfungskonzeption

Für den Insolvenztatbestand der Überschuldung ist (nunmehr unbefristet) die sog. „modifizierte zweistufige Überschuldungskonzeption“ gesetzlich vorgeschrieben (§ 19 Abs. 2 Satz 1 InsO). Demnach liegt eine Überschuldung vor, wenn kumulativ ein negativer Überschuldungsstatus unter Liquidationsprämisse sowie eine negative Fortbestehensprognose verwirklicht sind.⁴⁶

Definition „insolvenzrechtliche Überschuldung“

Das Element des Überschuldungsstatus unter Liquidationsprämisse dient der Prüfung der Frage, ob im Verwertungsfall eine Schuldendeckungsfähigkeit besteht. Das Element der Fortbestehensprognose wiederum ist darauf gerichtet, ob der Schuldner im Fortführungsfall schuldendeckungsfähig ist. Erst wenn weder im Verwertungs- noch im Fortführungsfall eine Schuldendeckungsfähigkeit besteht, ist der Insolvenzgrund der Überschuldung verwirklicht. Dies bedeutet wiederum umgekehrt, dass bereits mit einer positiven Fortbestehensprognose oder einem positiven Überschuldungsstatus allein das Vorliegen einer Überschuldung widerlegt werden kann.⁴⁷

Prüfung der Schuldendeckungsfähigkeit

Eine bestimmte Prüfungsreihenfolge sieht das Gesetz dabei nicht vor. Dementsprechend kann der Prüfer nach eigenem Ermessen entscheiden, ob er zunächst die Fortbestehensprognose und bei deren negativem Ergebnis den Überschuldungsstatus erstellt oder umgekehrt mit dem Überschuldungsstatus beginnt und bei dessen negativem Ergebnis die Fortbestehensprognose prüft. Unabhängig von der konkret eingeschlagenen Vorgehensweise gilt jedoch stets, dass bereits ein positives Prüfungselement das Vorliegen einer Überschuldung ausschließt und diese erst bei zwei negativen Prüfungselementen verwirklicht ist.

Freie Prüfungsreihenfolge

Hinweis: Der Überschuldungsstatus unter Liquidationsprämisse fällt wegen der Maßgeblichkeit der Liquidationsprämisse nur in den seltensten Fällen positiv aus. Dementsprechend sollte die Überschuldungsprüfung grundsätzlich mit der Fortbestehensprognose begonnen werden,⁴⁸ weil von dieser eher ein positives Ergebnis und damit eine Überschuldungswiderlegung erwartet werden kann.

Tipp: Fortbestehensprognose vor Überschuldungsstatus erstellen

⁴³ Sofern der Steuerberater über die Beauftragung eines Dritten im Unklaren gelassen wird, sollte er aus Eigeninitiative beim Mandanten nachfragen, um so angemessen über eine allfällige Mandatsniederlegung wegen Beratungsresistenz entscheiden zu können.

⁴⁴ Vgl. näher dazu Abschnitt III.5.

⁴⁵ Vgl. eingehend zur Zahlungsunfähigkeitsprüfung Sikora, Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit – Prüfungselemente und Prüfungsablauf nach aktueller Rechtsprechung, NWB 4/2012 S. 308 ff. [KAAAE-00216]; Sikora, in: Pape/Uhländer, NWB Kommentar zum Insolvenzrecht, Herne 2013, § 17 InsO.


⁴⁶ Vgl. näher dazu Sikora, in: Pape/Uhländer, NWB Kommentar zum Insolvenzrecht, Herne 2013, § 19 InsO Rz. 9 f. und Rz. 49 ff.


⁴⁷ Vgl. nur Sikora, in: Pape/Uhländer, NWB Kommentar zum Insolvenzrecht, Herne 2013, § 19 InsO Rz. 10, m. w. N.

⁴⁸ Vgl. ebenso etwa auch IDW S 11, FN-IDW 4/2015 S. 209, Tz. 53.

Voraussetzungen: subjektiver Fortführungswille und ...

... objektive Fortführungsfähigkeit

 Sikora, Wie erstellt man eine tragfähige Fortbestehensprognose?, NWB 4/2009 S. 232
[→YAAAD-02916]

 Broß, Praktische Herangehensweise an eine insolvenzrechtliche Fortbestehensprognose, NWB-BB 7/2014 S. 209
[→TAAAE-67477]

2.2 Fortbestehensprognose als Prüfungselement

Eine positive Fortbestehensprognose⁴⁹ setzt zunächst einen subjektiven Fortführungswillen des Schuldners bzw. seiner Organe voraus.⁵⁰ Nur wenn dieser vorliegt, ist in weiterer Folge überhaupt eine konkrete Prognose aufzustellen. Besteht hingegen schon von vornherein keine schuldnerische Fortführungsabsicht (mehr), liegt zwangsläufig ein negatives Prognoseergebnis vor.

Zum subjektiven Fortführungswillen muss als zweite Grundvoraussetzung eine objektive Fortführungsfähigkeit hinzukommen.⁵¹ Eine solche ist grundsätzlich gegeben, wenn der Schuldner im laufenden sowie nachfolgenden Geschäftsjahr mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (nachhaltig) zahlungsfähig bleiben wird. Im Einzelnen gilt dabei folgendes:

- ▶ Als Prognosegegenstand muss die künftige unternehmerische Zahlungsfähigkeit belegt werden.⁵² Hierbei reicht allerdings eine wie auch immer hergestellte Liquidität nicht aus. Erforderlich ist vielmehr, dass diese nachhaltig (im Rahmen eines stabilen finanzwirtschaftlichen Gleichgewichts) bestehen wird. Insofern kann insbesondere eine lediglich über die „scheibchenweise“ Liquidierung des Gesellschaftsvermögens hergestellte Zahlungsfähigkeit kein positives Prognoseergebnis begründen. Nicht erforderlich ist demgegenüber ein expliziter Ertragsfähigkeitsbeleg.⁵³
- ▶ Als Prognosezeitraum ist grundsätzlich der belastbar kalkulierbare Planungszeitraum voll auszuschöpfen. Welcher Zeitraum belastbar kalkulierbar ist, hängt insbesondere davon ab, inwieweit Plan-Erfahrungswerte bestehen und wie stabil die Beschaffung- sowie Absatzmarktverhältnisse sind. Als allgemeiner Richtwert hat sich insoweit der Zeitraum des laufenden sowie des folgenden Geschäftsjahres etabliert.⁵⁴ Branchen- sowie unternehmensspezifisch kann aber auch ein längerer Zeitraum maßgeblich sein.
- ▶ Als Prognosesicherheitsgrad ist jener der überwiegenden Wahrscheinlichkeit maßgeblich (§ 19 Abs. 2 Satz 1 InsO). Dies bedeutet, dass die Ertrags- und Finanzplanung auf der Basis des wahrscheinlichsten Entwicklungsszenarios (Lieferanten-, Abnehmerverhalten usw.) zu erstellen ist. Auf dieser Grundlage muss eine nachhaltige Zahlungsfähigkeit zu erwarten sein. Eines mathematisch-statistischen Wahrscheinlichkeitsbelegs („Szenario-Technik“) bedarf es indes nicht. Sehr wohl ist aber die wahrscheinlichste gegenüber weniger wahrscheinlichen Entwicklungen verbal abzugrenzen.

Zu erstellen ist die Fortbestehensprognose im Wege einer integrierten Ertrags- und Finanzplanung.⁵⁵ Demnach sind auf der Basis eines Unternehmenskonzepts zunächst betriebliche Teilpläne (Beschaffungs-, Produktions-, Beschäftigungs-, Umsatzpläne usw.) aufzustellen. Aus diesen ist dann in weiterer Folge eine Ertrags- und aus dieser schließlich die für die Liquiditätsbeurteilung entscheidende Finanzplanung zu entwickeln.

⁴⁹ Vgl. eingehend dazu insbesondere Sikora, Wie erstellt man eine tragfähige Fortbestehensprognose? – Anforderungen im Rahmen des geänderten insolvenzrechtlichen Überschuldungsbegriffs, NWB 4/2009 S. 232 ff. [→YAAAD-02916]; Sikora, Die Fortbestehensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung, ZInsO 2010 S. 1761 ff.; Sikora, in: Pape/Uhländer, NWB Kommentar zum Insolvenzrecht, Heft 2013, § 19 InsO Rz. 16 ff.

⁵⁰ Vgl. nur BGH, Beschluss vom 9. 10. 2006 - II ZR 303/05 [→NAAAC-19552].

⁵¹ Vgl. nur BGH, Beschluss vom 9. 10. 2006 - II ZR 303/05 [→NAAAC-19552].

⁵² Vgl. nur IDW S 11, FN-IDW 4/2015 S. 210, Tz. 59.

⁵³ A. A. jedoch etwa AG Hamburg, Beschluss vom 2. 12. 2011 - 67c IN 421/11, ZIP 2012 S. 1776.

⁵⁴ Vgl. nur IDW S 11, FN-IDW 4/2015 S. 210, Tz. 60.

⁵⁵ Vgl. nur BGH, Beschluss vom 9. 10. 2006 - II ZR 303/05 [→NAAAC-19552].

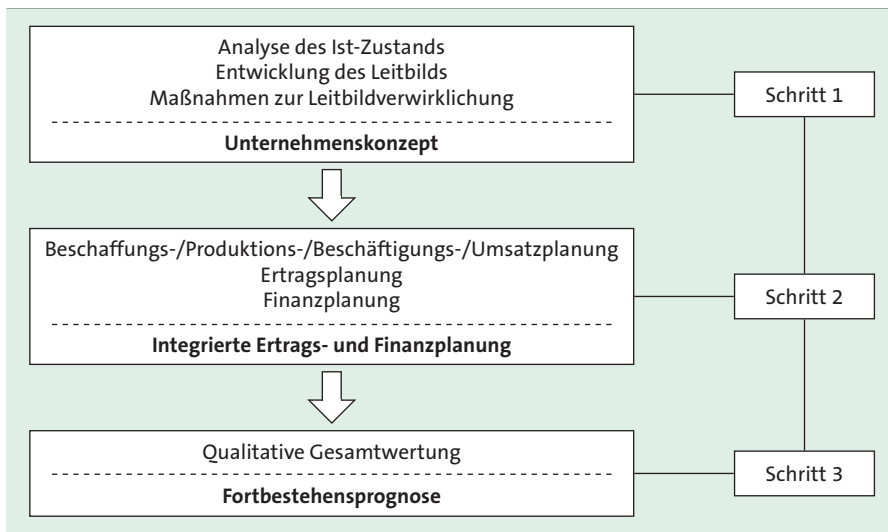


Abb. 1: Schritte zur Erstellung der Fortbestehensprognose⁵⁶

Im Rahmen dieser Planung können auch Sanierungsmaßnahmen berücksichtigt werden, die noch nicht abgeschlossen oder überhaupt erst geplant sind. Dies gilt jedoch nur für solche Maßnahmen, deren Realisierung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann.⁵⁷ Vor allem bei Maßnahmen der Eigenkapitalzufuhr (z. B. Kapitalerhöhungen gegen Einlagen) empfiehlt sich insoweit allerdings dringend die Einholung einer rechtsverbindlichen Zusicherung.

Hinweis: In einem etwaigen späteren Gerichtsverfahren trifft das Geschäftsführungsorgan die Darlegungs- und Beweislast für eine positive Fortbestehensprognose.⁵⁸ Dementsprechend ist bei der Prognoseerstellung besonderes Augenmerk auf eine umfassende Dokumentation der Fortbestehensprognose zu legen.

Kühne, Fortbestehensprognose: Anforderungen, Rechtslage und Vorgehensweise, NWB-BB 7/2014 S. 200 [EAAA-67482]

Umfassende Dokumentation erforderlich

2.3 Überschuldungsstatus unter Liquidationsprämisse als Prüfungselement

Bei der Erstellung eines Überschuldungsstatus (= Überschuldungsbilanz) unter Liquidationsprämisse⁵⁹ ist von der Annahme der Beendigung der Geschäftstätigkeit und der planmäßigen Verwertung des Unternehmens außerhalb eines Insolvenzverfahrens auszugehen. Zu prüfen ist, inwieweit über die Verwertung des Vermögens die Verbindlichkeiten gedeckt werden können. Dementsprechend sind die Aktiva mit ihrem (fiktiven) Verwertungserlös anzusetzen⁶⁰ und den Verbindlichkeiten gegenüberzustellen. Der Saldo zeigt dann auf, inwieweit im Verwertungsfall eine Schuldendeckungsfähigkeit besteht.

Sikora, Wie erstellt man einen Überschuldungsstatus?, NWB 32/2010 S. 2558 [SAAAD-47647]

⁵⁶ Sikora, Wie erstellt man eine tragfähige Fortbestehensprognose? – Anforderungen im Rahmen des geänderten insolvenzrechtlichen Überschuldungsbegriffs, NWB 4/2009 S. 237 [YAAAD-02916]; Sikora, in: Pape/Uhländer, NWB Kommentar zum Insolvenzrecht, Herne 2013, § 19 InsO Rz. 23.

⁵⁷ Vgl. auch IDW S 11, FN-IDW 4/2015 S. 211, Tz. 66.

⁵⁸ Vgl. nur BGH, Urteil vom 18. 10. 2010 - II ZR 151/09 [DAAAD-62601], m. w. N.

⁵⁹ Vgl. eingehend dazu insbesondere Sikora, Wie erstellt man einen Überschuldungsstatus? – Anforderungen im Rahmen des insolvenzrechtlichen Überschuldungsbegriffs, NWB 32/2010 S. 2558 ff. [SAAAD-47647]; Sikora, in: Pape/Uhländer, NWB Kommentar zum Insolvenzrecht, Herne 2013, § 19 InsO Rz. 28 ff.

⁶⁰ Auszugehen ist dabei vom wahrscheinlichsten Verwertungsszenario (Einzel-, Teil- oder Gesamtverwertung) und einer planmäßigen Verwertung ohne besonderen Zeitdruck.

Aktivierbare Vermögens-
werte

2.3.1 Aktivseite

Entsprechend dieser Zielsetzung sind aktivseitig sämtliche Vermögenswerte in Ansatz zu bringen, die verwertbar sind bzw. einen Schuldendeckungsbeitrag leisten können. Dies umfasst im Wesentlichen sämtliche Sachen und Rechte. Nicht aktivierbar sind indes Ansprüche, die erst mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstehen (z. B. Insolvenzanfechtungsansprüche gemäß §§ 129 ff. InsO), weil dessen Konsequenzen nicht vorweggenommen werden dürfen. Im Einzelnen gilt:

- ▶ Immaterielle Vermögenswerte (z. B. Patente, Lizenzen) sind bei realistischer Verwertungsaussicht ohne Rücksicht auf handelsrechtliche Einschränkungen aktivierbar. Dies gilt grundsätzlich auch für den Firmenwert.⁶¹ Dieser ist jedoch letztlich nur dann ansatzfähig, wenn von einer Teil- oder Gesamtverwertung des Unternehmens auszugehen ist und in diesem Rahmen tatsächlich mit der Realisierung eines über den Substanzwert hinausgehenden Mehrerlöses gerechnet werden kann.⁶²
- ▶ Sachanlagen (z. B. Maschinen) sind unter Aufdeckung stiller Reserven sowie stiller Lasten mit ihrem tatsächlichen Verkehrswert, Finanzanlagen grundsätzlich mit ihrem Kurswert anzusetzen.
- ▶ Vorräte sind mit ihrem tatsächlich realisierbaren Verkehrswert (Verkaufspreise bis Schrottwerte) zu aktivieren, Forderungen grundsätzlich mit ihrem Buchwert. Bestehen an dessen Realisierung allerdings Zweifel, sind Wertberichtigungen vorzunehmen.
- ▶ Gegenstände mit insolvenzrechtlichen Aussonderungsrechten (§ 47 InsO; z. B. Ware unter einfachem Eigentumsvorbehalt) sind mangels Zugehörigkeit zum Schuldnervermögen nicht aktivierbar. Gegenstände mit insolvenzrechtlichen Absonderungsrechten (§§ 49 ff. InsO; z. B. Pfandrecht) sind demgegenüber zur Erhöhung der Transparenz des Überschuldungsstatus zu aktivieren.

2.3.2 Passivseite

Passivseitig wiederum gilt, dass sämtliche aus dem Gesellschaftsvermögen zu begleichende Verbindlichkeiten anzusetzen sind. Dies umfasst die zum Erstellungsstichtag vorhandenen Verbindlichkeiten sowie (grundsätzlich) auch Rückstellungen. Nicht anzusetzen sind demgegenüber – analog zur Aktivseite – Verbindlichkeiten, die erst mit der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens entstehen (z. B. Insolvenzverfahrenskosten). Im Einzelnen gilt:

- ▶ Verbindlichkeiten sind unabhängig von ihrer Fälligkeit oder einer etwaigen Stundung grundsätzlich mit ihrem Nennwert anzusetzen. Dies gilt auch für im Insolvenzfall gesetzlich nachrangige (§ 39 Abs. 1 InsO), von Dritten besicherte sowie „schwebende“ Verbindlichkeiten. Streitige Verbindlichkeiten sind nach der Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme in Form einer (abgestuften) Rückstellung zu passivieren. Analog zur Aktivseite sind auch durch ein Absonderungsrecht am Schuldnervermögen gesicherte, nicht jedoch durch ein Aussonderungsrecht gesicherte Schulden zu erfassen.
- ▶ Nicht zu passivieren sind Verbindlichkeiten, für die zwischen Schuldner und Gläubiger ein ausdrücklicher Rangrücktritt vereinbart wurde (§ 19 Abs. 2 Satz 2 InsO). Dies gilt gegenüber Gesellschaftern wie auch gegenüber Fremdgäubigern.⁶³ Erforderlich ist dabei von der Rangrücktrittstiefe her ein Rücktritt hinter die gesetzlich nachrangigen Forderungen (§ 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 InsO), somit also in den Rang des § 39 Abs. 2 InsO.⁶⁴ Zeitlich muss der Rangrücktritt nach einem neuen BGH-Grundsatzurteil⁶⁵ nicht nur

⁶¹ Vgl. nur die Begründung zu Art. 5 RegE FMStG, BT-Drucks. 16/10600, S. 13.

⁶² Vgl. nur IDW S 11, FN-IDW 4/2015 S. 212, Tz. 79.

⁶³ Vgl. BGH, Urteil vom 5. 3. 2015 - IX ZR 133/14 (→ RAAAE-87071), Rz. 14.

⁶⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 5. 3. 2015 - IX ZR 133/14 (→ RAAAE-87071), Rz. 18.

⁶⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 5. 3. 2015 - IX ZR 133/14 (→ RAAAE-87071), Rz. 19.

Zu passivierende
Verbindlichkeiten

für den Fall der Insolvenzverfahrenseröffnung, sondern auch schon für die Zeit davor (Krise) erklärt werden (sog. „vorinsolvenzliche Rückzahlungssperre“).

- ▶ Rückstellungen sind zu passivieren, soweit eine Inanspruchnahme tatsächlich droht. Anzusetzen sind insoweit insbesondere Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten (§ 249 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 HGB). Für laufende Pensionsverpflichtungen und Verpflichtungen aus unverfallbaren Pensionsanwartschaften sind Rückstellungen mit dem versicherungsmathematischen Barwert in Ansatz zu bringen. Nicht zu passivieren sind demgegenüber mangels zugrunde liegender rechtlicher Verpflichtung Aufwands- und Kulanzrückstellungen (§ 249 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 HGB).

Hinweis: Der Überschuldungsstatus ist aus dem Mengen- und Wertgerüst einer zeitnahen Handelsbilanz zu entwickeln. Die handelsrechtlichen Ansatz- und Bewertungsgrundsätze (z. B. Anschaffungskosten-, Imparitäts-, Realisationsprinzip) sind für den Status jedoch nicht maßgeblich,⁶⁶ weil es bei diesem um die Prüfung der Schuldendeckungsfähigkeit und nicht um eine periodengerechte Gewinnermittlung geht.

GoB nicht maßgeblich

3. Konsequenzen der Überschuldungsprüfung

3.1 Vorliegen einer Überschuldung

Ergibt die insolvenzrechtliche Überschuldungsprüfung das Vorliegen einer Überschuldung, besteht bei Kapitalgesellschaften⁶⁷ eine Insolvenzantragspflicht. Demnach hat (grundsätzlich) die Geschäftsführung ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Überschuldung (oder Zahlungsunfähigkeit) einen Insolvenzantrag zu stellen (§ 15a Abs. 1 Satz 1 InsO). Inwieweit hierbei noch ein für die Deckung der Insolvenzverfahrenskosten ausreichendes Vermögen vorliegt, spielt keine Rolle.

Insolvenzantragspflicht

Schwierigkeiten wirft in diesem Zusammenhang erfahrungsgemäß die Handhabung der dreiwöchigen Insolvenzantragsfrist⁶⁸ auf. Diese beginnt mit der offensichtlichen Erkennbarkeit des Vorliegens einer Überschuldung⁶⁹ und soll dem Schuldner eine letzte Möglichkeit für außergerichtliche Sanierungsbemühungen einräumen. Dementsprechend darf sie jedenfalls für die (angemessene) Prüfung bestehender Sanierungsmöglichkeiten in Anspruch genommen werden. Ergibt sich dabei, dass die Überschuldung voraussichtlich innerhalb(!) der Drei-Wochen-Frist beseitigt werden kann, darf diese zu Sanierungszwecken genutzt werden. Dies gilt allerdings nur so lange, wie diese Aussicht noch besteht. Ist dies nicht (mehr) der Fall, muss die Antragstellung unverzüglich erfolgen.

W⁹ Gehrman, Insolvenzverfahren, infoCenter
[☞BAAAAB-05672]

Nach Ablauf der Drei-Wochen-Frist muss entweder die Überschuldung beseitigt sein oder doch ein Insolvenzantrag gestellt werden. Dies gilt selbst dann, wenn sehr gute Sanierungsaussichten bestehen oder die Gläubiger einer Fortsetzung der Sanierungsbemühungen zustimmen. Insofern stellt diese Frist eine absolute Höchstfrist dar.

Dreiwöchige Antragsfrist als absolute Höchstfrist!

Hinweis: Erfüllt der Mandant die Insolvenzantragspflicht trotz Vorliegens der Voraussetzungen nicht, muss der Steuerberater unverzüglich sein Mandat niederlegen, um sich nicht dem Vorwurf der Beihilfe zur Insolvenzverschleppung auszusetzen. Dies gilt im „insolvenzrechtlichen“ Mandat in besonderer Weise, weil hier der Steuerberater

W⁹ Checkliste, Belehrung des Mandanten in der Krise
[☞TAAAE-63459]

⁶⁶ Vgl. nur IDW S 11, FN-IDW 4/2015 S. 211, Tz. 69.

⁶⁷ Gleiches gilt für sämtliche anderen dem Überschuldungstatbestand unterfallende Schuldner Typen (vgl. näher zum Anwendungsbereich Sikora, in: Pape/Uhländer, NWB Kommentar zum Insolvenzrecht, Herne 2013, § 19 InsO Rz. 3 ff.).

⁶⁸ Vgl. eingehend dazu insbesondere Sikora, in: Pape/Uhländer, NWB Kommentar zum Insolvenzrecht, Herne 2013, § 15 InsO Rz. 15 ff.

⁶⁹ Vgl. BGH, Beschluss vom 17. 7. 2008 - IX ZB 225/07 [☞FAAAC-86702].

jedenfalls vom Vorliegen der Insolvenzreife und in der Regel auch von der vorsätzlichen Nicht-Erfüllung der Antragspflicht durch den Mandanten Kenntnis hat.

Aktualisierungspflicht bei einmal durchgeführter Überschuldungsprüfung

3.2 Nicht-Vorliegen einer Überschuldung

Ergibt die insolvenzrechtliche Überschuldungsprüfung, dass keine Überschuldung vorliegt, besteht insolvenzrechtlich kein unmittelbarer Handlungsbedarf. Zu beachten ist allerdings, dass die Geschäftsführung eine permanente Beobachtungspflicht hinsichtlich des Vorliegens einer Überschuldung trifft.⁷⁰ Dementsprechend muss eine einmal durchgeführte Überschuldungsprüfung laufend auf ihre Aufrechterhaltbarkeit hin überprüft („aktualisiert“) werden. Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass sich die ursprüngliche Prüfung nicht mehr aufrechterhalten lässt, muss eine neuerliche Überschuldungsprüfung durchgeführt werden.

Handlungsbedarf je nach Mandatsausgestaltung



Je nach Ausgestaltung des „insolvenzrechtlichen“ Mandats kann darüber hinaus aber natürlich dringender Bedarf zur Ergreifung weiterer Maßnahmen bestehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn das Mandat auch die Sanierungsberatung umfasst.

V. „Insolvenzrechtliche“ Haftung

Haftung bei Falschbeurteilung zur Insolvenzreife

1. Überblick und Bedeutung

Hat der Steuerberater im allgemeinen Mandat mandatsüberschreitend eine unzutreffende Aussage zur Insolvenzreife getroffen oder im Rahmen eines konkreten Prüfungsauftrags die Insolvenzreife falsch beurteilt, hat dies erhebliche haftungsrechtliche Konsequenzen. So besteht in derartigen Fällen insbesondere eine vertragliche Haftung des Beraters sowohl gegenüber der Mandantengesellschaft als auch gegenüber deren Geschäftsführungsorgan, den Gesellschaftern sowie sogar sonstigen Dritten. Daneben kommen (bei Mandatsfortsetzung in der Insolvenz) vor allem auch eine zivilrechtliche („deliktische“) Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern sowie eine strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen Beihilfe zur Insolvenzverschleppung in Betracht.

 Hölscheidt, Beratungsrisiken in der Insolvenz des Mandanten, NWB 13/2013 S. 944
 EAAAE-32353]

Die tatsächliche Verwirklichung der zivilrechtlichen Haftungsansprüche erlangt dabei immer höhere Bedeutung. Dies erklärt sich damit, dass Haftungsansprüche gegen die Geschäftsführungsorgane insolventer Gesellschaften häufig wirtschaftlich nicht realisierbar sind, weil diese infolge persönlicher Haftungen etwa gegenüber dem Fiskus und Sozialversicherungsträgern in der Regel bereits selbst insolvent sind. Steuerberater sind demgegenüber berufshaftpflichtversichert (§ 67 StBerG) und stellen damit vor allem für Insolvenzverwalter überaus interessante Haftungsschuldner dar.⁷¹

2. Vertragliche Haftung aus der Fehlbeurteilung


Haftung aus Werkvertrag auf Vertiefung der Überschuldung


2.1 Haftung gegenüber dem Mandanten

Der – durch eine Mandatsüberschreitung auch mündlich bzw. konkludent geschlossene – Vertrag zur Prüfung der Insolvenzreife stellt einen Werkvertrag dar (§ 631 BGB).⁷² Beurteilt somit der Steuerberater in diesem Rahmen die Insolvenzreife (schuldhaft) falsch, begründet dies zum einen eine (werk-)vertragliche Haftung gegenüber dem Mandanten. Demnach haftet der Berater für jenen Schaden, der dem Mandanten nach Eintritt der Insolvenzreife durch die Fortsetzung der Geschäftstätigkeit entstanden ist („Vertiefung der Überschuldung“).⁷³

⁷⁰ Vgl. nur BGH, Urteil vom 6. 6. 1994 - II ZR 292/91, NJW 1994 S. 2224.

⁷¹ Vgl. etwa auch Kruth, Steuerliche Beratung in der Unternehmenskrise – Ein haftungsträchtiges Umfeld, SteuK 2014 S. 225.

⁷² Vgl. BGH, Urteil vom 14. 6. 2012 - IX ZR 145/11  SAAAE-13004], Rz. 9, m. w. N.

⁷³ Vgl. BGH, Urteil vom 6. 6. 2013 - IX ZR 204/12  TAAAE-39856], Rz. 21 ff.

Dieser Schadensersatzanspruch kann allerdings durch ein Mitverschulden des Geschäftsführungsorgans (§ 254 Abs. 1 BGB) erheblich gemindert oder sogar ganz ausgeschlossen sein.⁷⁴ Zu denken ist insoweit insbesondere an den Fall, dass das Geschäftsführungsorgan Kenntnis von der insolvenzrechtlich relevanten Überschuldung hatte und nichtsdestotrotz ohne Insolvenzantragsstellung die Geschäftstätigkeit fortgesetzt hat.

Mitverschulden des
Geschäftsführungsorgans

Hinweis: Der Steuerberater kann gegenüber dem Mandanten die vertragliche Haftung für fahrlässig verursachte Schäden in bestimmten Grenzen beschränken (vgl. § 67a StBerG). Eine derartige Haftungsbegrenzung weist auch Drittwirkung auf.⁷⁵

2.2 Haftung gegenüber dem Geschäftsführungsorgan und den Gesellschaftern

Der Vertrag zur Prüfung der Insolvenzreife stellt einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter dar. In dessen Schutzbereich sind (grundsätzlich) sowohl das Geschäftsführungsorgan als auch die Gesellschafter eingebunden.⁷⁶ Dementsprechend haftet der Steuerberater – und dies erweitert seine Haftungsrisiken enorm – auch dem Geschäftsführungsorgan sowie den Gesellschaftern vertraglich(!) für jene Schäden, die diesen aus der falschen Insolvenzbeurteilung entstehen.

Schutzwirkung zugunsten
von Geschäftsführung und
Gesellschaftern

Als zu ersetzender Schaden kommt dabei in Bezug auf Geschäftsführungsorgane insbesondere jener Schaden in Betracht, den diese im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft für die Durchführung von masseschmälernden Zahlungen nach Insolvenzreife zu ersetzen haben (vgl. etwa § 64 Sätze 1 und 2 GmbHG). In Bezug auf die Gesellschafter wiederum ist etwa an solche Schäden zu denken, die diese durch Kapitalzufuhren an ein insolventes Unternehmen erlitten haben.⁷⁷

Schadensersatzansprüche

Auch hier gilt dabei aber stets, dass ein etwaiges Mitverschulden (§ 254 Abs. 1 BGB) zu berücksichtigen ist. Dies betrifft sowohl ein etwaiges Mitverschulden des begünstigten Dritten als auch ein solches des Mandanten als unmittelbaren Vertragspartner.⁷⁸ Überdies kann über vertragliche Ausschlussklauseln eine vertragliche Haftung gegenüber Dritten überhaupt gänzlich ausgeschlossen werden.⁷⁹

Mitverschulden von Drit-
ten und des Mandanten

Hinweis: Lassen sich Haftungsansprüche der insolventen Gesellschaft gegenüber der Geschäftsführung (wie so oft) wirtschaftlich nicht realisieren, wird sich der Insolvenzverwalter deren Haftungsansprüche gegenüber dem Steuerberater erfüllungshalber abtreten lassen oder pfänden, um sie dann direkt gegenüber dem Steuerberater bzw. dessen Berufshaftpflichtversicherung durchzusetzen.

2.3 Haftung gegenüber sonstigen Dritten

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass eine Haftung des Steuerberaters unter dem Gesichtspunkt eines Vertrags zugunsten Dritter auch gegenüber sonstigen Dritten wie beispielsweise Gläubigern und Kreditinstituten besteht. Inwieweit dies im Einzelnen gilt, lässt sich jedoch nicht pauschal beurteilen. Vielmehr bestimmt sich dies einzelfallab-

Einzelfallabhängige
Haftung gegenüber
sonstigen Dritten

⁷⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 6. 6. 2013 - IX ZR 204/12 [→TAAAE-39856], Rz. 29 ff., m. w. N.

⁷⁵ Vgl. Kruth, Steuerliche Beratung in der Unternehmenskrise – Ein haftungsträchtiges Umfeld, SteuK 2014 S. 227.

⁷⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 14. 6. 2012 - IX ZR 145/11 [→SAAAE-13004].

⁷⁷ Vgl. Harder, Haftungsrisiken bei steuerlicher Beratung insolventer Mandanten, NJW-Spezial 2013 S. 470.

⁷⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 14. 6. 2012 - IX ZR 145/11 [→SAAAE-13004], Rz. 35, m. w. N.

⁷⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 14. 6. 2012 - IX ZR 145/11 [→SAAAE-13004], Rz. 15.

hängig durch Auslegung des jeweiligen Prüfvertrags unter Berücksichtigung der jeweiligen Einzelfallumstände.⁸⁰

3. Zivilrechtliche Haftung wegen Beihilfe zur Insolvenzverschleppung

Neben dieser vertraglichen Haftung kommt in jenen Fällen, in denen der Steuerberater sein Mandat im Stadium der Insolvenz fortsetzt, auch eine zivilrechtliche („deliktische“) Haftung wegen Beihilfe zur Insolvenzverschleppung in Betracht (§§ 823 Abs. 2, 830 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 15a Abs. 1 InsO). Eine derartige Haftung setzt zunächst voraus, dass die Geschäftsführung zumindest bedingt vorsätzlich („billigend in Kauf nehmend“) trotz insolvenzrechtlich relevanter Überschuldung keinen Insolvenzantrag stellt. Hinzukommen muss, dass der Steuerberater diese Insolvenzverschleppung fördert oder erleichtert und dabei sowohl hinsichtlich der Verschleppung als auch hinsichtlich seiner Beihilfe dazu zumindest bedingt vorsätzlich handelt (sog. „doppelter Gehilfenvorsatz“).⁸¹

Liegen diese Voraussetzungen vor, kann bereits ein „berufstypisches“ Verhalten (z. B. Fortsetzung der Buchführung) haftungsbegründend wirken („psychische Beihilfe“). Welche Anforderungen hierfür im Einzelnen vor allem an den Beihilfevorsatz bestehen, ist allerdings umstritten. Sinnvollerweise kann ein derartiges Verhalten (wenn überhaupt) nur dann haftungsbegründend sein, wenn der Berater von der Insolvenzverschleppung Kenntnis hat oder diese zumindest für überaus wahrscheinlich hält.⁸²

Die Haftung besteht in derartigen Fällen gesamtschuldnerisch mit der Geschäftsführung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern.⁸³

- ▶ Gegenüber jenen Gläubigern, die bereits vor Beginn der Insolvenzverschleppung Anspruchsinhaber waren (sog. Altgläubiger), haftet der Steuerberater dabei auf den sog. Quotenschaden. Dies ist jener Betrag, um den sich deren Insolvenzquote durch die Insolvenzverschleppung verringert hat.
- ▶ Gegenüber jenen Gläubigern, die ihren Anspruch erst nach Beginn der Insolvenzverschleppung (vertraglich) erworben haben (sog. Neugläubiger), besteht wiederum eine Haftung auf den sog. Vertrauensschaden („negatives Interesse“).⁸⁴ Demnach sind diese so zu stellen, als wären sie zur insolventen Gesellschaft niemals in eine Rechtsbeziehung getreten.

Hinweis: Der Quotenschaden lässt sich rechtlich kaum nachweisen und weist deshalb nur eine sehr geringe praktische Bedeutung auf. Eine deutlich größere Rolle spielen demgegenüber Schadensersatzansprüche der Neugläubiger, weil diese vergleichsweise leicht geltend gemacht werden können. Insofern ist es für Steuerberater besonders wichtig, in jenen Fällen, in denen der Mandant auf den Hinweis zur Notwendigkeit einer insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung (allgemeines Mandat) oder auf den Prüfbefund des Vorliegens einer überschuldungsbegründeten Insolvenzantragspflicht („insolvenzrechtliches“ Mandat) nicht entsprechend reagiert, unverzüglich das Mandat niederzulegen.

Förderung oder Erleichterung der Insolvenzverschleppung

Beihilfe durch berufstypisches Verhalten?

Haftungsberechtigte und Haftungsumfang

 Mandatsniederlegung prüfen!

⁸⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 14. 6. 2012 - IX ZR 145/11 [↪SAAAE-13004], Rz. 19.

⁸¹ Vgl. eingehend zu diesen Voraussetzungen Lange, Schadensersatzpflicht des Steuerberaters wegen Beihilfe zur Insolvenzverschleppung eines GmbH-Geschäftsführers, DStR 2007 S. 955 ff.

⁸² Vgl. Waßmer, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), AnwaltKommentar StGB, 2. Aufl., Heidelberg 2015, § 27 Rz. 18 ff.

⁸³ Vgl. eingehend zur deliktischen Insolvenzverschleppungshaftung Sikora, in: Pape/Uhländer, NWB Kommentar zum Insolvenzrecht, Herne 2013, § 15a InsO Rz. 28 ff.

⁸⁴ Gesetzliche Neugläubiger (z. B. Steuergläubiger, Sozialversicherungsträger) stehen demgegenüber Altgläubigern gleich; vgl. näher Sikora, in: Pape/Uhländer, NWB Kommentar zum Insolvenzrecht, Herne 2013, § 15a InsO Rz. 40.

4. Strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen Beihilfe zur Insolvenzverschleppung

Die Insolvenzantragspflicht bei Kapitalgesellschaften ist strafrechtlich sanktioniert. Demnach wird mit Freiheits- oder Geldstrafe bestraft, wer trotz Vorliegens der Antragspflichtvoraussetzungen einen Insolvenzantrag vorsätzlich oder fahrlässig nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig stellt (vgl. § 15a Abs. 4 und 5 InsO).

Dies hat wiederum zur Konsequenz, dass sich der Steuerberater analog zur zivilrechtlichen Beihilfe im Wege der Beihilfe (§ 27 StGB) auch strafbar machen kann, wenn er bei einer Insolvenzverschleppung durch die Geschäftsführung sein Mandat fortsetzt. Diese Strafbarkeit durch ein „berufstypisches“ Verhalten wird allerdings faktisch kaum verfolgt und stellt damit für den Steuerberater keine so große Gefahr dar.

Anders liegt der Fall freilich dann, wenn er den Mandanten „mandatsüberschreitend“ aktiv bei der Insolvenzverschleppung unterstützt. „Schönt“ er beispielsweise (etwa aus langjähriger Verbundenheit zum Mandanten) die BWA oder die Jahresabschlüsse, besteht nicht nur die erhebliche Gefahr einer Strafe wegen Beihilfe zur Insolvenzverschleppung, sondern auch wegen Beihilfe zu anderen (Insolvenz-)Delikten des Mandanten wie etwa zu Betrug (§ 263 StGB) oder Kreditbetrug (§ 265b StGB).⁸⁵ Hinzukommt, dass die meisten Straftatbestände Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB darstellen und somit der Steuerberater in diesen Fällen (auch) mit der Geltendmachung zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche rechnen muss.


Insolvenzantragspflicht ist strafbewehrt

Beihilfe durch Mandatsfortsetzung wird kaum verfolgt

Erhebliche Strafbarkeitsrisiken bei „mandatsüberschreitender“ Beihilfe

FAZIT

Das Vorliegen einer handelsbilanziellen Überschuldung stellt für den Steuerberater im Jahresabschlussmandat die „Schwelle“ zur Insolvenzberatung dar. Deren Handhabung ist für diesen mit beträchtlichen Haftungsrisiken verbunden und verlangt daher besondere Vorsicht. Möchte der Steuerberater ausschließlich im allgemeinen Mandat verbleiben, sollte er den Mandanten von sich aus auf die allgemeine insolvenzrechtliche Bedeutung einer handelsbilanziellen Überschuldung hinweisen und die unverzügliche Inanspruchnahme der Hilfe von in Insolvenzsachen erfahrenen Dritten empfehlen. Eigene insolvenzrechtliche Beurteilungen darf er in diesem Rahmen mündlich wie schriftlich keinesfalls vornehmen. Ist er demgegenüber zum Eintritt in die Insolvenzberatung bereit, hat er (auf der Grundlage eines eigenen Prüfauftrags) unverzüglich eine insolvenzrechtliche Überschuldungsprüfung durchzuführen. Missachtet er diese Richtlinien und nimmt etwa (wie in der Praxis oft) auch im allgemeinen Mandat insolvenzrechtliche Beurteilungen vor, riskiert er die Realisierung von Haftungsrisiken, die im Extremfall seine Existenz gefährden können.

 Gräfe/Lenzen/Schmeer, Steuerberaterhaftung, 5. Aufl., Herne 2014

AUTOR



Karl Sikora,

Mag. iur., M.B.L., akademischer Wirtschaftsjurist, promoviert derzeit zur Fortbestehensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung bei Prof. Dr. Hans-Georg Koppensteiner, LL.M., an der Universität Salzburg. Zahlreiche Publikationen zum deutschen Kapitalgesellschafts- und Unternehmensinsolvenzrecht. Referent zum Themenbereich Insolvenzprüfung mit kapitalgesellschaftsrechtlichen, unternehmensinsolvenzrechtlichen und handelsbilanziellen Bezügen.

⁸⁵ Vgl. eingehend zu den strafrechtlichen Konsequenzen einer Insolvenzverschleppung für Steuerberater Brete/Thomsen, Beratungs- und Haftungsrisiken in der Unternehmenskrise – Leitfaden zum Risikomanagement für Steuerberater, Wiesbaden 2012, S. 90 ff.