

Gericht:	Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht 17. Zivilsenat	Quelle:	
Entscheidungsdatum:	29.11.2019	Norm:	§ 280 BGB
Aktenzeichen:	17 U 80/19		
Dokumenttyp:	Urteil		

Reichweite der Pflichten eines Steuerberaters bei Insolvenzgefahr wegen festgestellter bilanzieller Überschuldung

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das am 15. April 2019 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 2. Zivilkammer des Landgerichts Itzehoe - 2 O 463/17 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Jedoch kann der Kläger die Vollstreckung der Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht zuvor die Beklagte Sicherheit in gleicher Höhe geleistet hat.

Gründe

I.

- 1 Der Kläger macht als Insolvenzverwalter über das Vermögen der X. GmbH gegen die Beklagte – eine Steuerberaterin – Ansprüche aus Insolvenzanfechtung und Steuerberaterhaftung geltend.
- 2 Über das Vermögen der 2008 gegründeten X. GmbH (nachfolgend: Schuldnerin) wurde mit Beschluss vom 10. März 2014 das Insolvenzverfahren vor dem Amtsgericht Hamburg eröffnet. Der Kläger wurde zum Insolvenzverwalter bestellt. Die Eröffnung folgte aufgrund des am 6. Februar 2014 bei Gericht eingegangenen Insolvenzantrages der Schuldnerin. Die Schuldnerin war vor Insolvenzantragstellung im Bereich der Distribution sowie dem Verkauf von digitalen Medien als „Startup“-Unternehmen tätig. Die Beklagte erbrachte im Rahmen eines Dauermandates seit dem Geschäftsjahr 2008 Steuerberatungs- und Buchführungsleistungen für die Schuldnerin. Das Mandat umfasste neben der vollständigen Finanzbuchhaltung und der Erstellung von Steuererklärungen auch die Erstellung von Jahresabschlüssen.
- 3 Der Kläger verlangt mit seinem Zahlungsantrag die Rückzahlung von Beträgen, die die Beklagte auf in Rechnung gestellte Honorare im Zeitraum vom 23. Juni 2009 bis 17. August 2011 erhielt, und zwar

4

Datum	Betrag (€)
23.06.2009	795,12
14.09.2009	17,14
24.09.2009	828,24
05.10.2009	34,27
07.11.2009	34,27
23.11.2009	414,12

04.12.2009	227,06
06.01.2010	34,27
15.03.2010	241,34
23.03.2010	414,12
25.03.2010	1.032,33
06.04.2010	17,14
03.05.2010	17,14
03.05.2010	198,50
11.08.2010	215,64
13.09.2010	17,14
21.10.2010	215,64
16.11.2010	17,14
30.11.2010	215,64
06.04.2011	198,50
12.05.2011	198,50
22.07.2011	198,50
17.08.2011	198,50
Summe:	5.780,26

- 5 Die Schuldnerin war jedenfalls seit dem 31. Dezember 2009 bilanziell überschuldet. Der insoweit von der Beklagten am 24.03.2010 für 2009 erstellte Jahresabschluss (K2) wies einen nicht durch das Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag von 74.159,53 € aus. Dieser Fehlbetrag erhöhte sich bis zum 31. Dezember 2010 ausweislich der von der Beklagten am 31. Mai 2011 erstellten Bilanz für das Jahr 2010 (K3) auf 134.735,60 €. Im von der Beklagten am 10. September 2013 erstellten Jahresabschluss für das Jahr 2011 (K4) wurde ein gesteigerter Fehlbetrag in Höhe von 240.950,23 € ausgewiesen. Die Schuldnerin verfügte nicht über stille Reserven. Im Jahr 2010 erteilte die Y.GmbH (Y) der Schuldnerin eine Zusage für eine Beteiligung in Höhe von 100.000,00 € in Form einer typischen stillen Beteiligung und zahlte der Schuldnerin diese Beteiligungssumme auch aus.
- 6 Unter dem 24. März 2010 schrieb die Beklagte an die Schuldnerin wie folgt (K5):
„Die Gesellschaft ist zum 31.12.2009 in Höhe von 74.159,53 € buchmäßig überschuldet. Da die buchmäßige Überschuldung gegenwärtig nicht beseitigt ist und stille Reserven nicht bestehen, ist die Gesellschaft auch tatsächlich überschuldet.“
- 7 Gemäß § 64 GmbHG besteht für Sie daher die Verpflichtung, die Eröffnung des Konkursverfahrens zu beantragen.“
- 8 Mit weiteren Schreiben vom 31. Mai 2011 (K6) und 10. März 2013 (K7) erteilte die Beklagte für die Geschäftsjahre 2010 und 2011 jeweils einen wortgleichen Hinweis.
- 9 Der Zeuge Z. – damaliger Geschäftsführer der Schuldnerin – stellte der Beklagten zu nicht mehr nachvollziehbaren Zeitpunkten eine „Roadmap 2012“ vom 6. November 2011 (B2) sowie einen Business-Plan (Anlage B3) zur Verfügung. Diese Unterlagen sollten die Unternehmensstrategie der Schuldnerin verdeutlichen. Die Beklagte erstellte weiterhin bis zum Jahresabschluss für 2011 vom 10. September 2013 die Buchführung für die Schuldnerin, hinsichtlich der Bezahlung vertröstete der Zeuge Z. die Beklagte seit seiner letzten Zahlung vom 17. August 2011 immer wieder.
- 10 Der Kläger hat behauptet, die Schuldnerin habe zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Zahlungen jeweils mit dem Vorsatz zur Benachteiligung von Insolvenzgläubigern gehandelt, was der Beklagten bewusst gewesen sei. Dies ergebe sich aus der Tatsache, dass die Beklagte nicht nur die Jahresabschlüsse der Schuldnerin erstellt habe, sondern auch unabhängig hiervon unter-

jährig die Finanzbuchführung der Schuldnerin abgewickelt habe. Die Schuldnerin habe seit Januar 2009 fortlaufend verlustbringend gewirtschaftet. Hieran habe selbst die stille Beteiligung der MBG nichts geändert, da sie als Fremdkapital zu bilanzieren gewesen sei und deshalb auf die Überschuldung der Gesellschaft keinen Einfluss gehabt habe. Jedenfalls seit dem 31.12.2009 habe die Beklagte den Jahresabschluss nicht mehr unter der Annahme der Fortführungsprämisse erstellen dürfen. Wäre nicht nach Fortführungswerten bilanziert worden, hätte nach Darstellung des Klägers bereits für 2010 ein noch größerer Fehlbetrag, nämlich 211.997,60 €, ausgewiesen werden müssen (K 13). Auch habe die Beklagte die ihr obliegenden Hinweis- und Warnpflichten verletzt, da die Hinweise in den Hinweisschreiben zu allgemein gehalten gewesen seien. Hätte vielmehr die Beklagte eine positive Fortführungsprognose verlangt, hätte der Zeuge Z. schon Anfang 2010 einen Insolvenzantrag stellen müssen. Unmittelbar hätte jedenfalls eine fachlich qualifizierte private Prüfung in Auftrag gegeben werden müssen. Da bis 8. Juli 2018 insgesamt 178.662,44 € zur Insolvenzmasse angemeldet worden seien, sei mit einem voraussichtlichen Insolvenzverzögerungsschaden in Höhe von etwa 200.000,00 € zu rechnen. Die endgültige Schadenshöhe stehe noch nicht fest, weshalb ein Feststellungsantrag zulässig sei.

- 11 Die Beklagte hat behauptet, dass vor Fertigstellung des Jahresabschlusses für 2009 am 24. März 2010 das für eine Beurteilung erforderliche Gesamtbild gefehlt habe. Auch habe der Zeuge Z. ihr in der Bilanzbesprechung vom 25. März 2010 mitgeteilt, dass es ihm gelungen sei, Beteiligungskapital in Höhe von 100.000,00 € zu akquirieren, weshalb nach Auffassung des Zeugen Z. kein Grund für die Stellung eines Insolvenzantrages bestanden habe. Dies habe sie – die Beklagte – zunächst auch so gesehen, weil sie von Eigenkapital ausgegangen sei. Erst bei der nächsten Bilanzbesprechung am 8. Juni 2011 für 2010 sei deutlich geworden, dass es sich lediglich um nachrangiges Fremdkapital gehandelt habe. Zudem hätten die nachfolgend behaupteten Rangrücktritte dazu führen müssen, dass der Zahlbetrag der Y in Höhe von 100.000,00 €, das vom Geschäftsführer und Zeugen Z. persönlich gegebene Darlehen von 28.287,36 € und weitere Beträge in Höhe von 15.000,00 € sowie 383,52 € und 226,64 € nicht im Überschuldungsstatus hätten aufgeführt werden müssen. Erst später habe sie festgestellt, dass die Rangrücktritte nicht belegt worden seien. Die Beklagte hat außerdem die Auffassung vertreten, als bloße Steuerberaterin keine allgemeine Rechtsberatung geschuldet zu haben. Aber auch seien bei Startups anfängliche Fehlbeträge nicht immer gleich ein Ansatzpunkt für eine fehlende positive Fortführungsprognose. Insbesondere habe der Geschäftsführer letztlich um die Situation gewusst und gleichwohl keinen Insolvenzantrag gestellt. Von daher werde behauptet, dass selbst ein etwaiger Bilanzierungsfehler nicht zur unterlassenen Insolvenzantragstellung geführt habe. Die Beklagte hat zudem die Einrede der Verjährung erhoben, da das Mandat - was jedenfalls im Berufungsverfahren unstrittig geworden ist - seit Ende 2013 beendet sei.
- 12 Das Landgericht, auf dessen Urteil gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO hinsichtlich weiterer Einzelheiten verwiesen wird, hat der Insolvenzanfechtung teilweise stattgegeben, die Feststellungsklage aus Steuerberatungshaftung aber abgewiesen. Von Verjährung sei nicht auszugehen, da die erst mit Schluss des Jahres der Insolvenzverfahrenseröffnung zu laufen begonnene Verjährungsfrist durch Klagerhebung rechtzeitig gehemmt worden sei. Soweit der Insolvenzanfechtung stattgegeben worden sei, sei berücksichtigt worden, dass die Beklagte ab dem 23.03.2010 von nicht durch Eigenkapital gedecktem Fehlbetrag in Höhe von 74.159,53 € gewusst habe. Was den Zeitraum zuvor anbelange, habe die Beklagte lediglich die negativen Monatsergebnisse gekannt, die aber lediglich Momentaufnahmen erlaubt hätten. Insoweit sei die Insolvenzanfechtungsklage daher abzuweisen gewesen. Was die Haftung aus Steuerberatung anbelange, könne unterstellt werden, dass die Beklagte zu Unrecht den streitgegenständlichen Jahresabschlüssen Fortführungswerte zugrunde gelegt habe. Der Zeuge Z. – den das Landgericht vernommen hat – habe aber darauf hingewiesen, dass selbst intensivere Hinweise ihn in seinem Verhalten nicht beeinflusst hätten, weil er sich darauf konzentriert habe, alles dafür zu tun, um seinem Startup zum Erfolg zu verhelfen.
- 13 Gegen dieses Urteil hat der Kläger eine statthafte und zulässige Berufung eingelegt, die er wie folgt begründet:
- 14 - Das Landgericht hätte von einer Kenntnis der Gläubigerbenachteiligung seitens der Schuldnerin durch den Beklagten schon auch für den früheren Zeitraum ab Juni 2009 ausgehen müssen. Schon die betriebswirtschaftlichen Auswertungen Januar bis März 2009 hätten hinreichende Anhaltspunkte für die tatsächlich wirtschaftlich schlechte Situation der Schuldnerin aufgezeigt. Anders als das Landgericht angenommen habe, handele es sich hierbei nicht um „schlichte Buchführungsleistungen“, sondern sowohl die Schuldnerin und deren

Geschäftsführer als auch die Beklagte hätten hieraus mehr erkennen können. Schließlich sei das Stammkapital bereits im April 2009 vollständig verzehrt gewesen, wie sich aus den entsprechenden Auswertungen ergebe. Mit diesen habe sich das Landgericht zu wenig auseinandergesetzt.

- 15 - Daher hätte die Schuldnerin seit März 2009 nicht mehr nur in der Annahme der Fortführung bilanzieren dürfen, sondern unter Zerschlagungswerten bilanzieren müssen. Dies habe die Beklagte gewusst, weil jedenfalls jeder objektive Dritte dies hätte wissen müssen.
- 16 - Aber auch von Kreditunwürdigkeit als Indiz für einen bei der Schuldnerin vorhandenen Benachteiligungsvorsatz sei auszugehen gewesen. Nicht erst nach dem 23. März 2010, sondern auch schon für den Zeitraum zuvor - nämlich seit dem März 2009 - hätte die mangelnde Kreditwürdigkeit auch aus den betriebswirtschaftlichen Auswertungen erkannt werden können und müssen.
- 17 - Was die Steuerberaterhaftung anbelange, habe das Landgericht versäumt konkret festzustellen, dass und welche Jahresabschlüsse der Schuldnerin fehlerhaft erstellt worden seien. Daher seien auch die von der Steuerberaterin jeweils erteilten Bescheinigungen falsch gewesen.
- 18 - Auch hätte die Beklagte erkennen müssen, dass schon das Begehren auf Erstellung eines Jahresabschlusses zu Fortführungswerten die Annahme hätte nahelegen müssen, dass der Zeuge Z. die entsprechenden Hinweise nicht berücksichtigt hatte. Wenn die Beklagte fehlerhafte Jahresabschlüsse erstelle, obwohl sie zuvor oder im Nachhinein entsprechende Hinweise erteilte, konterkariere sie diese Hinweise selbst. Daher könne sie sich nicht darauf berufen, Hinweise erteilt zu haben.
- 19 Der Kläger beantragt,
- 20 unter Abänderung des am 15. April 2019 verkündeten und am 17. April 2019 zugestellten Urteils des Landgerichts Itzehoe, Az. 2 O 463/17
- 21 1. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger weitere 2.625,83 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten p. a. über dem Basiszinssatz seit dem 10. März 2014 bis zum 4. April 2017 sowie seit dem 7. Januar 2018 zu zahlen.
- 22 2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, sämtliche Schäden, die durch eine verschleppte Insolvenzantragstellung bei der Firma YOU LOAD GmbH entstanden sind, seit dem 1. Januar 2010 zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz p.a. zu ersetzen.
- 23 Die Beklagte beantragt,
- 24 die Berufung zurückzuweisen.
- 25 Die Beklagte verteidigt das landgerichtliche Urteil und vertieft ihr bisheriges Vorbringen namentlich wie folgt:
- 26 - Vor dem 23. März 2010 habe sie weder tatsächliche Kenntnis noch vermutete Kenntnis von einem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Schuldnerin besessen. Aus den vorgelegten betriebswirtschaftlichen Auswertungen habe sich die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung nicht erkennen lassen. Auf die Veränderbarkeit im Rahmen des Jahresabschlusses habe ein entsprechender Vermerk auch hingewiesen. Der Zeuge Z. habe das Unternehmen anfänglich durch Eigenkapital finanzieren wollen, aber auch durch ein selbst aufgenommenes Darlehen sowie durch zu gewinnende Investoren.
- 27 - Auch sei im Gegensatz zur Auffassung des Klägers schon deshalb nicht nach Zerschlagungswerten zu bilanzieren gewesen, weil keineswegs mit der Stilllegung des Unternehmens habe gerechnet werden müssen; hierzu habe der Kläger auch nichts vorgetragen.

- 28 - Jedenfalls habe sie – die Beklagte – seinerzeit nicht schuldhaft gehandelt, weil sie die insoweit einschlägige Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26. Januar 2017 (BGH IX ZR 285/14) noch nicht habe kennen können.
- 29 - Nicht nachvollziehbar sei, weshalb der – angesichts seiner erstinstanzlichen Aussage nur auf die Förderung seiner Geschäftsidee fixierte – Zeuge Z. als Geschäftsführer der Schuldnerin bei einer Bilanzierung nach Zerschlagungswerten eher einen Insolvenzantrag gestellt hätte.
- 30 - Auch sei das Feststellungsbegehren nicht mehr zulässig, weil nicht ersichtlich sei, weshalb ein Schaden jetzt nicht beziffert werden könne.
- 31 Im Übrigen wird Bezug genommen auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze und die jeweils beigefügten Anlagen sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom 4. November 2019 (Bl. 331 - 333 d. A.).

II.

- 32 Die zulässige Berufung des klagenden Insolvenzverwalters hat in der Sache keinen Erfolg.
- 33 Das Landgericht hat zu Recht über den von ihm bereits ausgeurteilten Betrag hinaus eine weitere Pflicht der Beklagten zur Rückerstattung vereinnahmter Honorare abgelehnt (1.). Ebenso zutreffend hat das Landgericht das Begehren des Klägers auf Feststellung einer Schadensersatzpflicht der Beklagten aus Steuerberatung zurückgewiesen (2.).
- 34 1. Im Ausgangspunkt noch zu Recht beruft sich der Kläger auf eine Anfechtung gemäß § 133 InsO wegen vorsätzlicher Benachteiligung anderer Insolvenzgläubiger, weil und soweit die Entgegennahme von Honoraren zu einem Zeitpunkt, wo der empfangende Gläubiger und Anfechtungsgegner den Beteiligungsvorsatz des Schuldners gekannt hatte, zur Rückgewähr empfangener Leistungen an die Masse führen muss. Allerdings sieht der Senat nicht, dass die Beklagte von einem derartigen Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin oder zumindest von einer drohenden Zahlungsunfähigkeit (§ 133 Abs. 1 Satz 2 InsO) als Fall einer gesetzlichen Vermutung der Kenntnis des Benachteiligungsvorsatzes auch schon für den im Berufungsverfahren allein noch in Betracht kommenden Zeitraum vor dem 23. März 2010 ausgehen musste.
- 35 Aus der Kenntnis einer bilanziellen Überschuldung konnte sich eine derartige Kenntnis bereits deshalb nicht herleiten, weil die Bilanz für das Kalenderjahr 2009 erst am 24. März 2010 aufgestellt worden war (K2). Drohende Zahlungsunfähigkeit musste die Beklagte für den vom Kläger im zweiten Rechtszug noch geltend gemachten Zeitraum bis zum 22. März 2010 ebenfalls nicht annehmen, weil von entsprechenden Engpässen nichts bekannt ist und ausweislich der als Anlage K10 vorgelegten laufenden betriebswirtschaftlichen Auswertungen (BWAs) von der Buchung von tatsächlichen Auszahlungsvorgängen auszugehen ist, mithin Forderungen beglichen werden konnten.
- 36 Insoweit sieht der Senat im Gegensatz zur Einschätzung des Klägers auch nicht, dass die Beklagte im Verlaufe des Kalender- und Geschäftsjahres 2009 oder in den ersten Monaten des Jahres 2010 schon aus diesen BWAs tatsächliche Anhaltspunkte für die Insolvenzsreife des Unternehmens hätte entnehmen müssen. Zwar ist es richtig, dass für diesen Zeitraum ausweislich der monatlichen Auswertungen in der Anlage K10 kontinuierliche negative Betriebsergebnisse zu verzeichnen waren, weil vorhandenen Ausgaben erheblich geringere und bestenfalls sporadische Einnahmen gegenüber standen. Dies erklärt sich allerdings unschwer aus der Situation der Insolvenzschuldnerin X. GmbH in einer „Startup“-Phase, also Gründungsphase. Typischerweise werden in einer derartigen Phase Gewinne erst allmählich generiert, so dass bis dahin eine Anlaufphase überbrückt werden muss. Zwar sind auch „Startup“-Unternehmen nicht davon frei, bei der Eingehung von Verbindlichkeiten sicherstellen zu müssen, dass sie diese bei Fälligkeit auch bedienen können (so mit Recht LG Bremen, Urteil vom 9. November 2017 - 6 O 1312/16 -, NZI 2018, 356 ff.). Allerdings erfolgt die Finanzierung einer derartigen Gründungsphase typischerweise teils durch Eigenkapital, teils durch aufgenommene Darlehen oder teils durch Fremdkapital von Investoren. Soweit es allein hierdurch zu einer anfänglich rechnerischen Überschuldung kommt, muss dies für sich genommen nicht einer günstigen Fortführungsprognose entgegen stehen.

- 37 So lag es auch im vorliegenden Fall. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat die Beklagte ausgeführt, dass gerade durch Eigenkapital, Darlehen oder auch zu gewinnende Investoren - in dieser Hinsicht sei der Zeuge Z. als Geschäftsführer sehr aktiv gewesen - aus ihrer Sicht die Finanzierung bis zur Gewinnphase sichergestellt gewesen sei. Zudem ist zu bedenken, dass sich auch nach Auffassung des Senats den BWAs über erkennbare Zahlungsflüsse und Anzeichen für die Profitabilität eines Unternehmens hinaus keine hinreichend sicheren Hinweise auf den Vermögensstatus eines Unternehmens entnehmen lassen, weil monatliche BWAs offene Forderungen, künftige Geschäfte oder auch ggf. Lagerbestände nicht zwingend erfassen müssen. Damit wird deutlich, dass die Beklagte selbst aus der von ihr durchgeführten Finanzbuchhaltung einschließlich der BWAs keine Anhaltspunkte auf eine schon bis zum 22. März 2010 signifikante Überschuldung oder gar drohende Zahlungsunfähigkeit entnehmen konnte. Schon damit fehlt es aber einer Absichtsanfechtung im Sinne des § 133 InsO an der notwendigen Substanz.
- 38 2. Aber auch dem Begehren auf Feststellung einer Schadenersatzverpflichtung aus Steuerberaterhaftung kann nicht entsprochen werden. Mag das Feststellungsbegehren bei interessengerechter Auslegung noch zulässig sein (a) und ein Steuerberater auch generell zum Hinweis auf eine mögliche Insolvenzreife und zu veranlassende Maßnahmen verpflichtet sein (b), ist doch nicht ersichtlich, dass die Beklagte im konkreten Fall diese Pflichten vernachlässigt hätte (c). Dessen ungeachtet kann nicht davon ausgegangen werden, dass noch drastischere Warnhinweise der Beklagten überhaupt zur früheren Stellung eines Insolvenzantrags geführt hätten (d).
- 39 a) Was den Inhalt des Feststellungsbegehrens anbelangt, richtet sich dies ersichtlich auf die Verantwortung für eine Verschlechterung der Vermögenssituation der Insolvenzschuldnerin in der Zeit zwischen gebotener Insolvenzantragstellung und späterer tatsächlicher Insolvenzantragstellung. In dieser Zeit können weitere Verbindlichkeiten der Gesellschaft aufgebaut worden sein, während vorhandenes Vermögen weiter abgeflossen ist.
- 40 Der Senat hält ein derartiges Feststellungsbegehren trotz Kritik der Beklagten auch derzeit noch für zulässig, weil eine abschließende Bezifferung des so zu ermittelnden Schadens vor Abschluss des Insolvenzverfahrens nur der Dimension nach möglich ist, aber nicht nach der konkreten Höhe.
- 41 Soweit einzelne Schadensarten - etwa die notwendigen Kosten für die Neuerstellung von Bilanzen nicht mehr zu Fortführungs-, sondern zu Liquidationswerten - schon jetzt bezifferbar wären, wäre insoweit ein Feststellungsbegehren allerdings nicht mehr zulässig. Allerdings sieht der Senat nicht, dass der Kläger derartige Schadenspositionen bisher gegenüber der Beklagten geltend machen will.
- 42 b) Was die Pflichten eines Steuerberaters bei für ihn wahrnehmbarer Insolvenzgefahr anbelangt, hat der erkennende Senat schon in der Vergangenheit ausgesprochen, dass ein Steuerberater außerhalb eines sich gerade hierauf erstreckenden Mandats nicht von sich aus zur Erstellung einer Fortführungsprognose und insbesondere einer - unter Umständen kostenaufwendigen - Überschuldungsbilanz verpflichtet ist, wohl aber zum Hinweis auf eine drohende Insolvenzgefahr und zur Erforderlichkeit entsprechender näherer Prüfungen unter dem Gesichtspunkt einer vertraglichen Nebenpflicht kraft überlegenen Wissens (Senat, Urteil vom 2. September 2011 - 17 U 14/11 -, NZG 2012, 307 ff.; bei Juris, Rn. 44 f.). Soweit der Bundesgerichtshof eine derartige Verpflichtung zunächst noch in Abrede gestellt hatte (Urteil vom 7. März 2013 - IX 64/12 -, DStR 213, 1151 f, bei Juris, Rn. 19), hat er spätestens mit Urteil vom 26. Januar 2017 (IX ZR 285/14, BGHZ 213, 374 ff., bei Juris, Rn. 43 ff.) seine bisherige Zurückhaltung aufgegeben und geht ebenfalls von einer entsprechenden Hinweis- und Warnpflicht aus. Allerdings hat der BGH in dieser neueren Entscheidung auch betont, dass ein lediglich abstrakter Hinweis auf die Prüfungspflichten eines Geschäftsführers gerade nicht genügt, sondern es erforderlich ist, „dass der Steuerberater die maßgeblichen Umstände gegenüber seinem Mandanten im Einzelnen bezeichnet und ihn konkret darauf hinweist, dass diese Umstände Anlass zu einer Prüfung einer möglichen Insolvenzreife“ geben (a.a.O., Rn. 49). Dieser Auffassung schließt sich der Senat an. Im Übrigen verbleibt es dabei, dass der Steuerberater nicht verpflichtet ist, von sich aus eine Überschuldungsprüfung vorzunehmen, auch nicht von sich aus kontinuierlich die Zahlungsfähigkeit zu überprüfen, weil beides originäre Aufgaben des Geschäftsführers selbst sind (so mit Recht BGH a.a.O., Rn. 47).

- 43 Dessen ungeachtet könne - so der BGH in der erwähnten Entscheidung weiter - der bilanzierende Steuerberater auch bei Erstellung der Handelsbilanz nicht ungeprüft Fortführungswerte zugrunde legen. Wisse er aufgrund seiner Kenntnis, dass die entsprechende Vermutung des § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB widerlegt sei oder dass zumindest ernsthafte Zweifel an der Ansetzbarkeit von Fortführungswerten beständen, sei eine weiterhin erfolgende Bilanzierung nach Fortführungswerten mangelhaft, dies gerade auch im Sinne der mit der Bilanzierung übernommenen werkvertraglichen Verpflichtung. Anderes gelte nur, wenn der Steuerberater zuvor mit seinem Mandanten abgeklärt habe, ob entweder tatsächlich von einer positiven Fortführungsprognose auszugehen sei oder er jedenfalls nach Weisung der Gesellschaft von Fortführungswerten auszugehen habe (BGH a.a.O., Rn. 29, 31 f, 38).
- 44 c) Im Ergebnis kann der Kläger aus diesen Anforderungen gegen die Beklagte nichts im Sinne seines Feststellungsbegehrens herleiten. Allerdings ist bei der Frage, ob die Beklagte den dargestellten Anforderungen gerecht geworden ist, zu differenzieren:
- 45 aa) Was die reine Warn- und Hinweispflicht anbelangt, unterscheidet sich der hier zu beurteilende Sachverhalt von der vom BGH in seiner Entscheidung am 26. Januar 2017 zu beurteilenden Konstellation gerade dadurch, dass die Beklagte sowohl mit Schreiben vom 24. März 2010 (K5) als auch vom 31. Mai 2011 (K6) und vom 10. September 2013 (K7) den Zeugen Z. als Geschäftsführer der Insolvenzschuldnerin jeweils auf den von ihr übermittelten buchmäßigen Überschuldungsstand hingewiesen, das Nichtbestehen stiller Reserven angesprochen und den Zeugen auf die aus § 64 GmbHG ergebenden Verpflichtungen zur Antragstellung eines Konkurs- bzw. Insolvenzverfahrens hingewiesen hatte.
- 46 Dies ist deutlich und zureichend, wobei die veraltete Terminologie "Konkursverfahren" anstatt "Insolvenzverfahren" unschädlich ist. Überdies konnte der Anhörung der Beklagten noch zusätzlich entnommen werden, dass sie über diese Fragestellung mit dem Zeugen Z. gesprochen hatte, allerdings den Eindruck gewonnen hatte, dass dieser von seiner unternehmerischen Idee beiseit weitermachen wollte und hierfür auch konkrete Planungen hatte. Trotz bilanzieller Überschuldung ist die Beklagte daher sowohl vom Fortführungswillen als auch von einer Fortführungsprognose ausgegangen.
- 47 Für die Situation Frühjahr 2010 - also nach Bilanzierung für das Jahr 2009 - und noch 2011 - also für die Zeit nach bis zur Bilanzierung für das Jahr 2010 - erscheint dies noch plausibel, weil sich insbesondere der Investor ... beteiligen wollte und der Zeuge Z. gegenüber der Beklagten nach deren Darstellung von existenten Rangrücktrittserklärungen gesprochen haben soll. Nicht mehr so eindeutig ist für den Senat die Plausibilität des Verhaltens der Beklagten für deren nachfolgende Tätigkeit, weil und soweit die erwähnten Rangrücktrittserklärungen tatsächlich nicht vorgelegt wurden. Andererseits übernimmt ein Steuerberater unter dem Aspekt der von ihm zu beachtenden Warn- und Hinweispflichten nicht die Verantwortung dafür, dass der beratene Mandant sich an die erteilten Warnungen und Hinweise auch tatsächlich hält. Es ist nicht Aufgabe des Steuerberaters, dem Mandanten die Geschäftsführung abzunehmen und ihn notfalls zur Insolvenzantragstellung zu zwingen.
- 48 Von daher kann der Kläger auch nicht mit dem Vorwurf gehört werden, dass die Beklagte durch die jedenfalls ihren Warnschreiben vom 24. März 2010 und vom 31. Mai 2011 noch nachfolgende Tätigkeit - nach dem letzten Warnschreiben vom September 2013 unter vorausgegangener Erstellung des Jahresabschlusses für 2011 endete die Tätigkeit der Beklagten ohnehin - ihre Warnhinweise gewissermaßen „konterkariert“ hätte. Der Senat vermag zwar nicht ausschließen, dass der eine oder andere Mandant tatsächlich eine weitere Tätigkeit des Steuerberaters dahin deuten könnte, dass die Lage wohl doch nicht ganz so hoffnungslos sei. Allerdings müssen und dürfen die Rechtsordnung und der mandatierte Steuerberater von der Autonomiefähigkeit und Handlungsfähigkeit eines durchschnittlichen Mandanten ausgehen, der Steuerberater ist nicht „Lebensberater“ seines Mandanten. Ungeachtet dessen hätte diese Sicht zur Konsequenz, dass den Steuerberater von in einer Krise befindlichen Unternehmen ab einem bestimmten Grad der Krise faktisch ein Tätigkeitsverbot treffen würde. Dies ist aber mit Artikel 12 GG nicht zu vereinbaren. Der Steuerberater kann aus wohlverstandener Eigeninteresse in einer solchen Situation nach Maßgabe des § 627 BGB grundsätzlich das Mandat kündigen, er muss es aber nicht.
- 49 bb) Eine andere Frage ist es, wie lange die Beklagte vorliegend noch nach Fortführungswerten die Jahresbilanzen erstellen durfte. Diese Frage kann zu Recht hinsichtlich der - ohnehin deutlich

verspätet, nämlich erst in 2013 - erstellten Bilanz für 2011 gestellt werden. Andererseits sind die möglichen Neuerstellungskosten für eine nach Liquidationswerten zu erstellende Bilanz für 2011 ebenso wenig Streitgegenstand wie unter dem Aspekt des Hinweises des Mandanten der Mehrwert lediglich im Ausweis einer quantitativ noch größeren Überschuldung bestanden hätte. Die Verpflichtung des Zeugen Z. zur Insolvenzantragstellung wäre aber hierdurch keine andere geworden.

- 50 d) Fehlt es somit bereits an einer zur Verschlechterung des Vermögensstatus der Insolvenzschuldnerin führenden Pflichtverletzung der Beklagten, ist überdies - obwohl es hierauf schon nicht mehr ankommt - überaus zweifelhaft, ob der Zeuge Z. selbst auf noch deutlichere Warnungen und Verdeutlichungen überhaupt im Sinne eines notwendigen Kausalzusammenhangs mit der frühzeitigeren Stellung eines Insolvenzantrages reagiert hätte. Der Senat kann nicht beanstanden, dass das Landgericht nach Vernehmung des Zeugen Z. den Eindruck einer gewissen Unbelehrbarkeit gewonnen hat. Nämlich dahin, dass der Zeuge Z. - ein von seiner Geschäftsidee überzeugter Unternehmer - letztlich solange am Markt bleiben wollte, wie es irgend ging. In der auch dem Senat durchaus bekannten Praxis heißt dies: zumindest solange, wie die Liquidität des Unternehmens es noch hergibt. Dies setzt einen Geschäftsführer einer entsprechenden Haftung und ggf. auch strafrechtlichen Verantwortung aus, ist aber nicht mit einer Verantwortung des Steuerberaters für dieses Eigenverhalten des Mandanten gleichzusetzen.
- 51 Nach alledem musste es bei dem bereits vom Landgericht ausgeurteilten Ergebnis verbleiben.
- 52 Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergeht gemäß § 708 Nr. 10, 711 ZPO.
- 53 Ein Grund zur Zulassung der Revision besteht in diesem durch die Umstände des Einzelfalls geprägten Rechtsstreit nicht, § 543 Abs. 2 ZPO.