

Wie behalte ich als StB mein Mdt in der Krise?



Wie behalte ich als StB mein Mdt in der Krise?

Rechtsanwalt Raik Brete  
Fachanwalt f. Steuerrecht, Fachanwalt f. Handels- u. Gesellschaftsrecht  
Kanzlei Thomsen & Partner  
Bohlendamm 4, 30159 Hannover  
[brete@thomsenundpartner.de](mailto:brete@thomsenundpartner.de)  
[www.thomsenundpartner.de](http://www.thomsenundpartner.de)

# Gliederung



- A. Die Entscheidung d. BGH v. 26.01.2017
- B. Insolvenzrechtliche Grundlagen
- C. Auftragserteilung u. Auftragsannahme
- D. Typische Warnhinweise für den StB
- E. Auftragsdurchführung u. Kommunikation mit dem Mdt.
- F. Honorarsicherung
- G. Einwendungen gegen eine Haftungsinanspruchnahme

# A. Die Entscheidung des BGH v. 26.01.2017



## A. Die Entscheidung des BGH v. 26.01.2017 IX ZR 285/14

ZInsO 2017, 432 = DStR 2017, 942

## A. Die Entscheidung des BGH v. 26.01.2017



### Sachverhalt

- Zahlungsklage des Insolvenzverwalters gegen StB auf Rückzahlung von Steuerberaterhonorar wegen der Jahresabschlusserstellung im Wege der Anfechtung nach § 133 Abs. 1, § 129 Abs. 1, § 143 Abs. 1 InsO.
- Die Rückforderungssumme war mit 300,00 € vergleichsweise gering, was im Wesentlichen daran lag, dass die insolvente Gesellschaft auf die Rechnung des Steuerberaters für den Jahresabschluss über 1.861,16 EUR lediglich 2 Zahlungen von 200,00 € und 100,00 € geleistet hatte, nachdem diese die gesamte Forderung nicht in einer Summe ausgleichen konnte und man sich daher auf eine Ratenzahlung verständigt hatte.

## A. Die Entscheidung des BGH v. 26.01.2017



### Sachverhalt

Im Weiteren hat der Insolvenzverwalter beantragt,

*„...festzustellen, dass der Beklagte [Steuerberater, Anm. d. Verf.] sämtliche Schäden zzgl. Zinsen ... zu ersetzen hat, die durch die verschleppte Insolvenzantragstellung bei der Fa. H. GmbH Haus- und Sanitärtechnik entstanden sind.“*

Dieser Feststellungsantrag wurde durch einen Insolvenzverwalter - soweit ersichtlich - erstmals gestellt und von den beiden Vorinstanzen als unbegründet zurückgewiesen.

Dies im Kern unter Hinweis auf die bisherige Rechtsprechung des BGH, wonach der StB im Rahmen eines allgemeinen steuerlichen Mandates gerade nicht verpflichtet sei, eine Überprüfung vorzunehmen, ob bereits Insolvenzzreife eingetreten ist.

## A. Die Entscheidung des BGH v. 26.01.2017



### Zur bisherigen Rechtsprechung des BGH:

- BGH v. 13.10.2011 - IX ZR 193/10 (erstmalig Bejahung Einbeziehung Geschäftsführer in StB-Vertrag mit GmbH aufgrund Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter), GmbHR 2012, 97
- BGH v. 14.06.2012 - IX ZR 145/11, GmbHR 2012, 1009
- BGH v. 07.03.2013 - IX ZR 64/12, GmbHR 2013, 543
- BGH v. 06.06.2013 - IX ZR 204/12, ZIP 2013, 1332
- BGH v. 06.02.2014 - IX ZR 53/13, GmbHR 2014, 375

## A. Die Entscheidung des BGH v. 26.01.2017



### Erster Leitsatz

Der BGH stellt in **bilanzrechtlicher Hinsicht** fest:

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

## A. Die Entscheidung des BGH v. 26.01.2017



### Zweiter Leitsatz

Mit der **bilanzrechtlichen Beurteilung** (§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB) legt der BGH nunmehr die Basis für die Beurteilung der Pflichten des StB bei der Erstellung des Jahresabschlusses:

*„Der mit der Erstellung eines Jahresabschlusses für eine GmbH beauftragte Steuerberater ist verpflichtet zu prüfen, ob sich auf der Grundlage der ihm **zur Verfügung stehenden Unterlagen** und der ihm **sonst bekannten Umstände** tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten ergeben, die einer Fortführung der Unternehmenstätigkeit entgegenstehen können. Hingegen ist er **nicht verpflichtet**, von sich aus eine Fortführungsprognose zu erstellen und die hierfür erheblichen Tatsachen zu ermitteln.“*



## A. Die Entscheidung des BGH v. 26.01.2017



### Dritter Leitsatz

Der BGH stellt im Weiteren wegen möglicher Schadenersatzansprüche gegen den StB ausdrücklich klar:

*„Eine Haftung des Steuerberaters setzt voraus, dass der Jahresabschluss angesichts einer bestehenden Insolvenzreife der Gesellschaft **objektiv zu Unrecht von Fortführungswerten** ausgeht.“*

## A. Die Entscheidung des BGH v. 26.01.2017



### Vierter Leitsatz

Abschließend äußert sich der BGH zur Frage der Hinweispflicht des StB gegenüber der GmbH oder ihrem Geschäftsführer:

*„Der mit der Erstellung eines Jahresabschlusses für eine GmbH beauftragte Steuerberater **hat** die Mandantin auf einen möglichen Insolvenzgrund und die daran anknüpfende Prüfungspflicht ihres Geschäftsführers **hinzuweisen**, wenn entsprechende Anhaltspunkte offenkundig sind und er annehmen muss, dass die mögliche Insolvenzreife der Mandantin nicht bewusst ist (teilweise Aufgabe von BGH, WM 2013, 802).“*

## A. Die Entscheidung des BGH v. 26.01.2017



### Folgerungen

Aus dem BGH-Urteil ergeben sich **2 Haftungstatbestände**:

- Haftung aus Werkvertrag - Hauptleistungspflicht  
StB haftet aus § 280 Abs. 1, § 631, § 634 Nr. 4 BGB wegen der Erstellung eines **mangelhaften** Jahresabschlusses, wenn zu Unrecht Fortführungswerte zugrunde gelegt werden.
- Haftung aus Werkvertrag - Nebenleistungspflicht  
StB haftet aus § 280 Abs. 1, § 675 BGB wegen der Verletzung von Warn- und Hinweispflichten.

## A. Die Entscheidung des BGH v. 26.01.2017



- StB kann **nicht** erfolgreich einwenden, dass Mandant die Mangelhaftigkeit kannte und eine Bilanzierung ausdrücklich zu Fortführungswerten wünschte und den Jahresabschluss als mangelfreies Werk i.S.d. Werkvertragsrechts abgenommen habe (*Brete/Leibner*, NWB 2017, 3661; Pape, NZI 2019, 260; siehe aber *Mader/Seitz*, DStR- Beihefter 2018, 1 [15 f.]).
- Die vom BGH aufgestellten Grundsätze zur Haftung aufgrund **Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter** aufgrund der bisherigen Rechtsprechung gelten uneingeschränkt wie bisher, auch wenn dies im aktuellen Fall nicht Gegenstand der Entscheidung war.
  - Nicht verwechseln mit Vertrag zugunsten Dritter nach § 328 BGB!

## B. Insolvenzrechtliche Grundlagen



## B. Insolvenzrechtliche Grundlagen

## B. Insolvenzrechtliche Grundlagen



### Krisentypen

- Krisentyp 1: massiver Umsatzeinbruch
- Krisentyp 2: unvorbereitete Expansion
- Krisentyp 3: patriarchisch geführtes Unternehmen
- Krisentyp 4: einseitige Ausrichtung am Markt
- Krisentyp 5: Schädigung durch eigenes Personal
- Krisentyp 6: schwache Unternehmensführung
- Krisentyp 7: Qualifikationsmängel des Managements

## B. Insolvenzrechtliche Grundlagen



### Krisenstadien

- Stadium 1: Stakeholderkrise (Konflikte zwischen Unternehmensleitung und Gesellschaftern, Arbeitnehmern, Banken)
- Stadium 2: Strategiekrise
- Stadium 3: Absatzkrise
- Stadium 4: Ertragskrise
- Stadium 5: Liquiditätskrise

Folge: Insolvenz

## B. Insolvenzrechtliche Grundlagen



### Zahlungsunfähigkeit

Zahlungsunfähigkeit ist in § 17 InsO gesetzlich definiert (siehe Pape, NWB 2018, 961).

Die gesetzliche Definition wird nach dem Grundsatzurteil des BGH aus 2005 - nach wie vor - wie folgt konkretisiert (BGH v. 24.05.2005 - IX ZR 123/04, ZIP 2005, 1426):

- Die Liquiditätslücke beträgt weniger als 10 % der fälligen Gesamtverbindlichkeiten und kann innerhalb von 3 Wochen geschlossen werden.
- Die Liquiditätslücke beträgt mehr als 10 % der fällige Gesamtverbindlichkeiten, aber es ist mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten, dass die Liquiditätslücke (fast) vollständig beseitigt werden kann.



## B. Insolvenzrechtliche Grundlagen



Die Feststellung, ob Zahlungsunfähigkeit vorliegt, kann anhand von **Indizien** erfolgen:

- Nichtzahlen eines Großteils der Verbindlichkeiten, insbesondere Löhne/Gehälter, Sozialversicherungsbeiträge und Steuern
- Zahlungsrückstände, die bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr ausgeglichen werden
- dauerhaft schleppende und verspätete Zahlungsweise
- Nichteinhaltung von Zahlungsvereinbarungen
- Lastschriftenrückgabe
- Mahn- und Vollstreckungsverfahren

## B. Insolvenzrechtliche Grundlagen



### Liquiditätsstatus

- Die Zahlungs(un-)fähigkeit muss bei Bestehen von Liquiditätsengpässen mittels eines Liquiditätsstatus bzw. einer Liquiditätsplanung ermittelt werden, mindestens für die nächsten 3 Wochen.
- Hierbei sind die liquiden und kurzfristig liquidierbaren Mittel den fälligen (Passiva I) und in den nächsten 3 Wochen fällig werdenden Verbindlichkeiten (Passiva II, bisher str.) einzubeziehen.
- BGH v. 19.12.2017 – II ZR 88/16: Passiva II sind einzubeziehen (Kuna, DStR 2018, 693).

## B. Insolvenzrechtliche Grundlagen



### Beispiel:

#### Liquide Mittel

Bank	1.000 EUR
Kasse	500 EUR

#### Kurzfristig liquidierbare Mittel

Forderungen L.L.	2.000 EUR
Kontokorrent	1.000 EUR
Gesellschaftermittel	500 EUR

Summe liquide Mittel 5.000 EUR

fällige Verbindlichkeiten 6.000 EUR

Prozent 83,33 %

Liquiditätslücke größer 10 % = ZU

## B. Insolvenzrechtliche Grundlagen



### Problem: Sind einwendungs- bzw. einredebehaftete Forderungen fällig?

Schuldner neigen in Krisensituationen dazu, Einwendungen zu erheben, um Zeit zu gewinnen, obwohl es gegen die Forderung formell oder materiell keine Einwendungen gibt (aussichtslose Verteidigung gegen eine Zahlungsklage, Widerspruch gegen Mahnbescheid).

Die Fälligkeit richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls, d.h.

- entweder nach den zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen (Zahlungsziele o.ä.)
- mangels konkreter Vereinbarungen nach § 271 BGB, nämlich sofort.
- Werden Einreden (Verjährung) oder Einwendungen (Mängel) erhoben, bleibt die Forderung fällig, sie ist derzeit nur nicht durchsetzbar.

## B. Insolvenzrechtliche Grundlagen



**Problem:** Sind einwendungs- bzw. einredebehaftete Forderungen fällig?

Die **Rechtsprechung** hat sich zur Frage der Berücksichtigung einwendungs- bzw. einredebehafteter Forderungen bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit bislang noch nicht abschließend geäußert.

Anerkannt ist, dass das Bestehen oder Nichtbestehen einer Forderung nicht im Insolvenzverfahren zu prüfen ist, sondern auf dem ordentlichen Rechtsweg.

Die **Literatur** (Leithaus/Wachholtz, ZIP 2019, 649) differenziert danach, mit welcher Wahrscheinlichkeit ein Bestreiten Erfolg haben wird oder wenigstens ein vorläufig vollstreckbarer Titel vorliegt.

Für Steuerforderungen gilt, dass diese nicht als fällig zu berücksichtigen sind, wenn Aussetzung der Vollziehung gewährt wurde.

## B. Insolvenzrechtliche Grundlagen



Abgrenzung der Zahlungsunfähigkeit zu **Zahlungsstockungen**:

Eine Zahlungsstockung ist anzunehmen, wenn der Zeitraum nicht überschritten wird, den eine kreditwürdige Person benötigt, um sich die benötigten Zahlungsmittel zu beschaffen. Dafür scheinen **3 Wochen** erforderlich, aber auch ausreichend (BGH v. 27.03.2012 – II ZR 171/10, ZIP 2012, 1174).

## B. Insolvenzrechtliche Grundlagen



### Maßnahmen zur (kurzfristigen) Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit

- (weitere) Darlehensaufnahme (Überbrückungskredite, Sanierungskredite)
- Erweiterung Kontokorrent
- Gesellschafterfinanzierung: Kapitalerhöhung, stille Beteiligung, Einzahlung in die Kapitalrücklage
- Verwertung von Anlagevermögen
- Sale-and-Lease-Back
- Verkauf von Umlaufvermögen
- Factoring
- Stundungsvereinbarungen, Vollstreckungsaussetzung

## B. Insolvenzrechtliche Grundlagen



### Überschuldung

Die Überschuldung ist gesetzlich in § 19 InsO geregelt.

*„Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach dem Umständen überwiegend wahrscheinlich.“*

Es gilt (wieder) der **zweistufige** Überschuldungsbegriff, d.h. es müssen 2 Tatbestandsmerkmale erfüllt sein:

- rechnerische Überschuldung
- Fehlen einer positiven Fortführungsprognose

Der Überschuldungsbegriff gilt jetzt dauerhaft: Aufhebung des Art. 6 Abs. 3 FMStG, BGBl. 2012 I S. 2418



## B. Insolvenzrechtliche Grundlagen



Gem. dem zweistufigen Überschuldungsbegriff ist eine **zweistufige Prüfung** vorzunehmen:

- Auf der **ersten Stufe** ist die rechnerische Überschuldung anhand von Liquidationswerten zu prüfen.
- Auf der **zweiten Stufe** (wenn die rechnerische Überschuldung zu bejahen ist) ist zu prüfen, ob eine positive Fortführungsprognose vorliegt.



### Überschuldungsstatus

- Die Prüfung der rechnerischen Überschuldung erfolgt mittels **Überschuldungsstatus**. Dieser wird aus der Handelsbilanz abgeleitet, unter Annahme von Zerschlagungs- bzw. Liquidationswerten: Umbewertung unter Aufdeckung stiller Reserven / stiller Lasten, es sei denn, dass das Unternehmen im Ganzen veräußert werden kann.
- Dies beruht darauf, dass insolvenzrechtlich ausschließlich die Frage interessiert, ob die vorhandenen Vermögenswerte ausreichen, um alle Gläubiger zu befriedigen?
- Wert / Bewertung – Preis?

## B. Insolvenzrechtliche Grundlagen



### Fortführungsprognose

bestehend aus

1. Fortführungswille
2. Unternehmenskonzept
2. Ertrags- u. Liquiditätsplanung, ggf. Planbilanzen

## B. Insolvenzrechtliche Grundlagen



### Fortführungswille

Zunächst ist zu prüfen, ob ein Fortführungswille besteht, der regelmäßig **vermutet** wird, wenn keine entgegenstehenden Umstände vorliegen.

Ein Fortführungswillen wird angenommen, wenn das Unternehmen zum Zwecke der Fortführung veräußert werden soll.



### Unternehmenskonzept

- Ein Unternehmenskonzept soll die **Ziele** und **Strategie** des Unternehmens darstellen sowie eine **Analyse** des **Ist-Zustandes** beinhalten, aus der ein **Soll-Zustand** formuliert wird.  
Ferner sind **Maßnahmen** aufzuzeigen, die geeignet sind, den Soll-Zustand vom bisherigen Ist-Zustand herbeizuführen.
- Dem Geschäftsführer wird zwar ein gewisser **Beurteilungsspielraum** eingeräumt, der aber nicht dahingehend missverstanden werden darf, dass das Unternehmenskonzept lediglich auf Hoffnungen und Erwartungen des Geschäftsführers beruht. Vielmehr muss das Konzept aus Sicht eines objektiven fachkundigen Dritten plausibel sein und objektiv geeignet, das Unternehmen zu sanieren, sprich das Unternehmen muss **sanierungsfähig** sein.

## B. Insolvenzrechtliche Grundlagen



### Ertrags- u. Liquiditätsplanung

- Schließlich ist eine Ertrags- und Liquiditätsplanung zu fertigen, wobei der zugrunde zu legende **Prognosezeitraum** nicht abschließend geklärt ist. Überwiegend wird davon ausgegangen, dass der Prognosezeitraum das **laufende sowie das folgende Wirtschaftsjahr** umfassen muss (24 Monate).
- Zwar ist eine Form für die Fortführungsprognose nicht vorgeschrieben, so dass insbesondere kein Sanierungskonzept nach IDW S 6 erstellt werden muss. Allerdings trifft den Geschäftsführer die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Prognose positiv war, so dass eine ausreichende Dokumentation in der Praxis unumgänglich ist.

## B. Insolvenzrechtliche Grundlagen



### Ertrags- u. Liquiditätsplanung

- Auch nach der aktuellen Entscheidung des BGH kann sich der StB mit der Erstellung einer Fortführungsprognose beauftragen lassen (nachdem er im Rahmen seiner Warn- und Hinweispflichten auf die Notwendigkeit der Erstellung hingewiesen hat).
- Hierbei muss sich der StB zur Haftungsvermeidung ehrlich die Frage beantworten, ob er **zeitlich** und **fachlich** dazu in der Lage ist.

## B. Insolvenzrechtliche Grundlagen



### Maßnahmen zur (kurzfristigen) Beseitigung der Überschuldung

- Kapitalerhöhung, ggf. durch Sacheinlage – Problem Voreinzahlung!
- Einzahlung in Kapitalrücklage/stille Beteiligung
- Kapitalschnitt: Kombination von vereinfachter Kapitalherabsetzung und Kapitalerhöhung
- Umwandlung von Gesellschafterdarlehen in Stammkapital
- Umwandlung von Verbindlichkeiten in Mezzaninekapital
- Patronatserklärung (siehe auch Pickerill, NZG 2018, 609)
  - nur die sog. „harte“ Patronatserklärung gegenüber dem Schuldner kann die Überschuldung beseitigen
  - die sog. „weiche“ Patronatserklärung gegenüber dem Gläubiger reicht in der Regel nicht aus
- Forderungsverzicht, ggf. gegen Besserungsschein



## B. Insolvenzrechtliche Grundlagen



### Maßnahmen zur (kurzfristigen) Beseitigung der Überschuldung

#### Rangrücktritt

Passivierungsverbot nach § 5 Abs. 2a EStG beachten! (BFH v. 10.08.2016 – I R 25/15; FG Münster v. 13.9.2018 – 10 K 504/15 K, G, F, Rev. BFH XI R 32/18)

#### Formulierung:

*„Der Gläubiger tritt hiermit mit sämtlichen Ansprüchen aus ... gem. § 19 Abs. 2 S. 2 InsO im Rang hinter sämtliche Forderungen anderer Gläubiger in der Weise zurück, dass Tilgung, Verzinsung und Kosten nur nachrangig nach allen anderen Gläubigern im Rang des § 39 Abs. 1 Nr. 1 – 5 InsO, also im Rang des § 39 Abs. 2 InsO aus **sonstigem freiem Vermögen oder Erträgen**, künftigen Jahresüberschüssen oder aus einem Liquiditätsüberschuss verlangt werden können.“*

## B. Insolvenzrechtliche Grundlagen



### Schaden

#### Grundsatz:

- Haftung des StB gegenüber der GmbH
- Haftung des StB gegenüber dem Geschäftsführer aufgrund Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Innen- oder Außenhaftung, letzteres als sog. Insolvenzverschleppungshaftung

- Zum einen haftet der Geschäftsführer der Gesellschaft auf Ersatz desjenigen Schadens, der durch die Veranlassung masseschmälernder Leistungen nach Eintritt der Insolvenzreife entstanden ist (**Innenhaftung**).
- Zum anderen haftet der Geschäftsführer gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf Schadensersatz nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 15a InsO (**Außenhaftung**).

## B. Insolvenzrechtliche Grundlagen



### Außenhaftung

- Altgläubiger (bis zur Stellung des Insolvenzantrages bereits Gläubiger; gesicherte/ungesicherte Gl.)

Quotenschaden

Geltendmachung durch Insolvenzverwalter

- Neugläubiger (ab Insolvenzreife!)

Vertrauensschaden: kein positives Interesse, regelmäßig nur negatives Interesse

Geltendmachung durch Gläubiger



### Innenhaftung

- Von großer praktischer Bedeutung ist die Haftung des Geschäftsführers aus **§ 64 Sätze 1 u. 2 GmbHG**. Hiernach besteht für den Geschäftsführer eine persönliche Ersatzpflicht für Zahlungen, die er **nach** Insolvenzreife veranlasst hat, wenn die Zahlungen nicht der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns entsprechen.
- Die Haftung des Geschäftsführers greift bereits bei Eintritt der materiellen Insolvenzreife - Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung - und nicht erst mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens! Dies führt gem. dem Verweis in § 64 Satz 4 GmbHG auf § 43 Abs. 4 GmbHG dazu, dass Zahlungen bis zu **5 Jahren in die Vergangenheit** geltend gemacht werden können.
- § 64 GmbHG enthält **keinen subjektiven Tatbestand**, d.h. dass sich der Geschäftsführer - und mit diesem auch der StB - nicht exkulpieren kann oder mit anderen Worten: liegt Insolvenzreife vor, greift die Haftung nach § 64 S. 1 GmbHG (BGH v. 16.03.2009 - II ZR 280/07, GmbHR 2009, 654).

## B. Insolvenzrechtliche Grundlagen



### Innenhaftung

§ 64 GmbHG umfasst nicht nur tatsächliche Zahlungen, sondern sämtliche **masseschmälernde Vorgänge**, wie

- Zahlungen auf ein debitorisches Konto (aus Sicht der Bank)
- Lastschrifteinzug
- Forderungsabtretung
- Aufrechnung
- Forderungsverzicht
- Forderungserlass
- Leistungen an Zahlungs statt oder zahlungshalber
- Übertragung von Wirtschaftsgütern

## B. Insolvenzrechtliche Grundlagen



Mittlerweile hat sich die Haftung durch eine Entscheidung des BGH v. 04.07.2017 (II ZR 319/15) nochmals verschärft. Folgende Leitsätze hat der BGH aufgestellt:

- Die Ersatzpflicht des Organs für Zahlungen nach Insolvenzreife entfällt, soweit die durch die Zahlung verursachte Schmälerung der Masse in einem **unmittelbaren Zusammenhang** mit der Zahlung durch eine Gegenleistung ausgeglichen wird. **Die Regeln des Bargeschäfts nach § 142 InsO a.F. sind insoweit nicht anwendbar.**
- Die in die Masse gelangte Gegenleistung muss für eine Verwertung durch die Gläubiger geeignet sein. Das sind **Arbeits- und Dienstleistungen in der Regel nicht.**
- Wenn die Gesellschaft insolvenzreif und eine Liquidation zugrunde zu legen ist, ist die in die Masse gelangte Gegenleistung grundsätzlich nach Liquidationswerten zu bemessen.

## B. Insolvenzrechtliche Grundlagen



Der BGH formuliert ganz klar:

*„Ab Insolvenzreife darf der Geschäftsführer - abgesehen von den Ausnahmen nach § 64 S. 2 GmbHG - keine Zahlungen mehr leisten, sondern hat Insolvenzantrag zu stellen.“*

- Aus der Entscheidung des BGH folgt, dass der Anwendungsbereich des § 64 S. 2 GmbHG nochmals stark eingeschränkt wird. Soweit bislang Zahlungen als mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns als vereinbar angesehen wurden, die unerlässlich sind, um den sofortigen Zusammenbruch der GmbH zu verhindern, wie Ausgleich von Forderungen für Energie, Miete, Kommunikation, Hilfs- und Betriebsstoffe o.ä., erscheint dies nun nicht mehr haltbar bzw. ist hier äußerste Vorsicht geboten.
- Als statthaft können streng genommen nur noch Zahlungen angesehen werden, um Sanierungsmaßnahmen innerhalb der 3-Wochenfrist nicht zu gefährden, wofür der Geschäftsführer die Beweislast trägt (BGH v. 21.5.2019 – II ZR 337/17; OLG München v. 18.1.2018 – 23 U 2702/17, GmbHR 2018, 368; Arens, GmbHR 2018, 555).

## B. Insolvenzrechtliche Grundlagen



### Schadenshöhe

Differenzhypothese: Unterschied zwischen Vermögenslage der GmbH im Zeitpunkt rechtzeitiger Insolvenzantragstellung im Vergleich zur Vermögenslage im Zeitpunkt der tatsächlichen Antragstellung = Vergrößerung der Verbindlichkeiten / Erhöhung des nicht durch EK gedeckten Fehlbetrages (Pape, NZI 2019, 260; kritisch Brügge, VersR 2018, 705).



## C. Auftragserteilung u. Auftragsannahme



## C. Auftragserteilung u. Auftragsannahme



### Einzelauftrag vs. Dauermandat

- StB werden im Gegensatz zu Rechtsanwälten regelmäßig nicht in Einzel-, sondern im Rahmen von sog. Dauermandaten tätig. Die Bezeichnung als Dauermandat ist für die rechtliche Beurteilung kaum hilfreich, weil der konkrete Mandatsumfang bzw. der konkrete Inhalt der Beauftragung nicht ausreichend erkennbar ist.
- Aus diesem Grund muss m.E. auch bei Dauermandaten immer eine Abgrenzung Dienstvertrag zu Werkvertrag vorgenommen werden, da nur so klar ist, ob lediglich ein **Tun**, also eine Beratungsleistung - dann Dienstvertrag - geschuldet ist oder ein **Erfolg** - dann Werkvertrag.
- Die Abgrenzung hat zudem Auswirkungen auf die Frage der **Kündigung** und die Frage eines **Nachbesserungsrechtes** des StB.

## C. Auftragserteilung u. Auftragsannahme



### Verlautbarungen der BStBK

Unterscheidung der Auftragsart nach:

- ohne Beurteilung
- mit Plausibilitätsbeurteilung
- mit umfassender Beurteilung

ist für Haftung **nicht** relevant!

- StB haftet in vollem Umfang auch bei Auftragsart „ohne Beurteilung“ (Brete, GmbH-StB 2018, 296; Pape, NZI 2019, 260)!
- StB muss Grundsätze der Unternehmensfortführung gem. § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB **immer** prüfen und beurteilen!



### Kündigung

- Handelt es sich um einen **Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat**, §§ 611, 675 BGB, kann der Vertrag von beiden Seiten jederzeit **ohne** Kündigungsgrund und Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden.
- Die einzige Einschränkung für den StB besteht nach § 627 Abs. 2 BGB darin, dass eine **Kündigung zur Unzeit** ggf. Schadenersatzansprüche des Mandanten auslöst; die Kündigung als solche bleibt wirksam.
- Beim **Werkvertrag** hingegen hat der Unternehmer = StB nach § 643 BGB nur im Falle unterlassener Mitwirkung des Bestellers = Mandanten ein Kündigungsrecht und auch nur dann, wenn der StB den Mandanten unter Fristsetzung erfolglos zur Mitwirkung aufgefordert hat.

### Nachbesserung

- Die Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Dienstvertrag ist auch im Hinblick auf die Frage der Nachbesserung wichtig: das Dienstvertragsrecht kennt im Gegensatz zum Werkvertragsrecht **kein Nachbesserungsrecht**.
- Soweit es um die Frage eines mangelhaft erstellen Jahresabschlusses geht, bei dem Werkvertragsrecht gilt, hat der StB ein Nachbesserungsrecht.
- Allerdings hat der BGH ein Nachbesserungsrecht für den Fall **verneint**, dass das Mandat bereits beendet bzw. gekündigt ist und der Fehler erst von dem neu beauftragten StB entdeckt wurde (BGH v. 11.5.2006 – IX ZR 63/05, ZIP 2006, 2320) -- gilt auch für Insolvenzverwalter!
- Rechtsfolge: Schadensersatz wegen Neuerstellung des JA und Rückzahlung Honorar!

## C. Auftragserteilung u. Auftragsannahme



Im Übrigen gilt folgendes:

Dauermandat ist gesetzlich **nicht geregelt**, Ausgestaltung durch die Rechtsprechung.

- Ob ein Einzel- oder Dauermandat vorliegt, richtet sich primär nach dem Willen der Beteiligten, der sich aus den Vertragsbestimmungen oder aus dem Verhalten der Beteiligten ergibt.
- Fertigt der StB neben der Finanzbuchführung und der Lohnabrechnung auch die Jahresabschlüsse und Steuererklärungen, liegt ein Dauermandat vor.

## C. Auftragserteilung u. Auftragsannahme



### Typische Tätigkeiten des StB im Rahmen eines Dauermandats:

- Erstellung monatlicher Lohn- und Gehaltsabrechnungen und Meldungen an Sozialversicherungsträger
- Erstellung der monatlichen Finanzbuchführung und Betriebswirtschaftlicher Auswertungen
- Erstellung und Abgabe von Umsatzsteuer-Voranmeldungen
- Erstellung des handelsrechtlichen Jahresabschlusses und Steuerbilanz
- Erstellung von Jahressteuererklärungen
- Teilnahme an steuerlichen Außenprüfungen sowie Sozialversicherungsprüfungen

## C. Auftragserteilung u. Auftragsannahme



Beratung in der Krise gehört **nicht** zum Umfang eines Dauermandats, auch nicht die Pflicht zur ständigen Prüfung der Insolvenzzreife.

Dementsprechend gehören nachfolgende Tätigkeiten nicht zu einem „üblichen“ Dauermandat:

- Beratung bei Investitionen, auch Planungsrechnungen wie Umsatz- oder Liquiditätsplanungen
- Beratung bei Unternehmenskauf und -verkauf
- Finanzierungsberatung inkl. Teilnahme an Kreditverhandlungen bei Kreditinstituten
- Beratung zu Vergütung und Altersvorsorge bzw. Pensionsansprüchen von Gesellschaftern und Angestellten
- Beratung im Zusammenhang mit Mitarbeiterbeteiligungsmodellen.



## C. Auftragserteilung u. Auftragsannahme



Die **Beweislast** für den Umfang des Mandats trifft den **Mandanten**, d.h. der Mandant muss alle Tatsachen vortragen, aus denen sich eine Pflichtverletzung ergibt und der Mandant muss diese im Bestreitensfall beweisen.

### DOKUMENTATION!

Vorsicht ist in jedem Fall bei **Gefälligkeitsauskünften** - die meist auch mündlich oder telefonisch erteilt werden - geboten, denn hier kann sich eine Haftung des StB aus einem stillschweigend getroffenen **Auskunftsvertrag** ergeben.



### Mandatsniederlegung

Ob im Krisenmandat eine Pflicht des StB besteht, das Mandat niederzulegen, wird (noch) kontrovers diskutiert, auch im Hinblick auf eine sog. psychische Beihilfe.

Die bisherige Rechtsprechung verneint eine Pflicht zur Mandatsniederlegung bzw. sieht in der Mandatsfortführung trotz sich abzeichnender oder eingetretener Krise (noch) keine strafbare Beihilfehandlung.

(OLG Köln v. 03.12.2010 - 1 Ws 146/10, ZInsO 2011, 288 = DStR 2011, 1195 m. Anm. *Eichborn*, DStR 2011, 1196; LG Koblenz v. 22.07.2009 - 15 O 397/08, DStRE 2010, 647 = Stbg 2009, 512)

Nach LG Koblenz ist der StB nicht zur Mandatsniederlegung verpflichtet, weil er dem Mandanten lediglich bei der Erfüllung seiner steuerlichen Pflichten hilft, die auch bei Insolvenzreife nach § 155 Abs. 1 InsO fortbestehen.

(LG Koblenz v. 22.07.2009 - 15 O 397/08, DStRE 2010, 647 = Stbg 2009, 512)

## C. Auftragserteilung u. Auftragsannahme



Demgegenüber vertreten Teile der Literatur die Auffassung, dass der StB das Mandatsverhältnis durch Kündigung beenden müsse, wenn für den Mandanten die Pflicht i.S.d. § 15a InsO besteht, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen.

Argumentiert wird im Wesentlichen damit, dass der StB, der trotz Insolvenzantragspflicht weiterhin für den Mandanten tätig wird, diesem den Eindruck vermittele, dass (noch) kein akuter Handlungsbedarf bestehe.

*(Wagner/Zabel, NZI 2008, 660 (667); Wagner, ZInsO 2009, 449 (453), in diesem Sinne auch Eisenhardt/Berbuer, DStR 2017, 2075 (2080); Schmittmann, ZInsO 2011, 105 (107); ders., ZInsO 2008, 1170 (1173); wohl auch Zugehör, NZI 2008, 652 (658); a.A. Weber/Buchert, ZInsO 2009, 1731; ebenso Ehlers, NWB 2011, 3120 (3124))*

## D. Typische Warnhinweise für den StB



## D. Typische Warnhinweise für den StB

## D. Typische Warnhinweise für den StB



Es gibt eine Reihe von typischen Warnhinweisen bzw. Beweisanzeichen, anhand derer der StB mit vergleichsweise geringem Aufwand erkennen kann, ob Insolvenzreife vorliegt.

Der BGH weist in seiner Entscheidung (Rz. 34) konkret auf folgende hin:

- Erhebliche und wiederholte Verluste, die zu einem Verlust des Eigenkapitals und zu einem ständig steigenden, nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag führen
- zu geringe Eigenkapitalquote (in der Praxis fraglich, da nicht klar, was genau „zu gering“ heißt)
- bilanzielle Überschuldung

## D. Typische Warnhinweise für den StB



- OPOS-Liste/Forderungsbestand  
Wie gestaltet sich der Forderungsbestand: sehr viele kleine Forderungen oder ein Debitor mit sehr hoher Forderung? Forderungen älter als 60 Tage sind mit 0 EUR anzusetzen.
- Forderungen gegen Gesellschafter (Verrechnungskonten)  
Sind die Forderungen gegen Gesellschafter werthaltig? Steht dem Gesellschafter ausreichend privates Vermögen zur Verfügung, um die Forderungen zeitnah zu erfüllen?
- laufend verspätete Zahlungen, Mahnungen, Vollstreckungen  
Werden Zahlungen verspätet oder erst nach Mahnungen oder Vollstreckungen vorgenommen? Erfolgen die Zahlungen nicht nach Fälligkeit, sondern bekommt der Gläubiger sein Geld zuerst, der am meisten Druck macht?
- unfertige bzw. teilfertige Arbeiten/Bestandveränderungen  
Sind die unfertigen bzw. teilfertigen Arbeiten zutreffend bewertet? Gibt es plausible Kalkulationen?

## D. Typische Warnhinweise für den StB



- Umlaufvermögen (Inventur)  
Ist insbesondere der Warenbestand zutreffend bewertet? Saisonware? Was sind „Renner und Penner“?
- Ist die Buchführung auf einem aktuellen Stand?
- Ist die BWA aussagekräftig? (unterjährige Berücksichtigung von Abschreibungen o.ä.?)
- Haben sich die Unternehmenskennzahlen innerhalb kurzer Zeit deutlich verändert, z.B. gesteigener Materialeinsatz bei gleichbleibenden Umsatzerlösen oder umgekehrt? Branchenvergleich?

Vollständiges und zeitnahes Rechnungswesen!

## E. Auftragsdurchführung u. Kommunikation



## E. Auftragsdurchführung u. Kommunikation



## E. Auftragsdurchführung u. Kommunikation



- Problem: langjährige Mandatsbeziehung
- Offene und ehrliche Kommunikation!
- GF nicht nach dem Mund reden!
- Keine Bescheinigungen oder Bestätigungen für Banken oder Lieferanten o.ä. erstellen!
- Keine Verträge erstellen oder gar zurückdatieren! (ggf. kein Versicherungsschutz wegen Verstoß gegen RDG)
- „Problem Bank“: StB soll Haftungsschuldner werden, z.B. Erhöhung Kontokorrent o.ä.

## E. Auftragsdurchführung u. Kommunikation



- (stichprobenartige) Mitarbeiterkontrolle:
  - Buchungsverhalten / Buchungsanweisungen (erhaltene Anzahlungen/Abschläge, durchlaufende Posten, Verrechnungskonten usw.)
  - Inhalte von E-Mails!
- Telefonnotizen u. Besprechungsprotokolle fertigen (z.B. Bestätigung per E-Mail)
- Mitarbeiter/Sachbearbeiter als Zeugen

## F. Honorarsicherung



## F. Honorarsicherung

## F. Honorarsicherung



- Der Sachverhalt, welcher der BGH-Entscheidung zugrunde liegt, zeigt eindrucksvoll, dass sich der StB unbedingt auch mit dem Thema **Anfechtung** auseinandersetzen muss.
- Insolvenzverwalter fechten seit längerer Zeit schon StB-Honorare auch nach § 133 InsO (sog. Vorsatzanfechtung) an. Im Ergebnis muss der Steuerberater wie im BGH-Fall feststellen, dass er eine Leistung erbracht hat, nämlich die Jahresabschlusserstellung, für die er vollumfänglich haftet, jedoch kein Honorar erhält. Dies ist selbstredend keine Option auf Dauer!
- Als äußerst problematisch erweist es sich in der Praxis, dass das Anfechtungsrecht in den letzten Jahren durch eine Vielzahl an Rechtsprechungsentscheidungen insbesondere auch des BGH selbst für „Insolvenzrechtler“ kaum noch überschaubar geworden ist.
- Problem: Zuständigkeit Amts-/Landgericht, aber nicht Insolvenzgericht oder Spezialzuständigkeit

### §§ 130 ff. InsO

- Warum Anfechtung? (siehe auch Anfechtungsgesetz)
- kongruente / inkongruente Deckung i.S.d. §§ 130, 131 InsO für Zeiträume 1 bis 3 Monate vor Antragstellung
- Vorsatzanfechtung § 133 InsO
- unentgeltliche Rechtshandlung § 134 InsO: Frist 4 Jahre (Problem: Übertragung von Vermögen auf Ehegatte od. Familienangehörige)
- Nahestehende Person i.S.d. §§ 133, 138 InsO: StB ist keine nahestehende Person (BGH v. 15.11.2012 – IX ZR 205/11)



### § 142 InsO – Bargeschäft

(siehe Stefanink, ZIP 2019, 1557)

- Voraussetzung für § 142 InsO ist, dass der Zahlung des Schuldners - also des Mandanten - eine **unmittelbare und gleichwertige Gegenleistung** gegenübersteht bzw. in dessen Vermögen gelangt. Die bisherige Rechtsprechung zu Unmittelbarkeit von Beraterhonoraren gilt weiterhin, d.h. Leistung und Gegenleistung müssen innerhalb von max. **30 Tagen** abgewickelt sein.
- Wichtig: Es kommt nicht auf den Zeitpunkt der Rechnungsstellung an, sondern auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Zahlung und Leistungserbringung. Um eine inkongruente Deckung zu vermeiden, sollte schriftlich fixiert werden, dass die Tätigkeit nur gegen Vorkasse erfolgt und der Beginn der Tätigkeit vom Zahlungseingang abhängig ist. Nachträgliche Änderungen oder Modifizierungen der Zahlungsvereinbarung sind **nicht** anfechtungsfest!
- **VORKASSE!**

## G. Einwendungen gg. Haftungsinanspruchnahme



## G. Einwendungen gg. Haftungsinanspruchnahme

## G. Einwendungen gg. Haftungsinanspruchnahme



### Pflicht u. Pflichtverletzung

- Pflicht zur mangelfreien JA-Erstellung
- Warn- u. Hinweispflichten

Problem: GF als Zeuge





### Mitverschulden

Im Gegensatz zur Pflichtverletzung lässt sich ein der GmbH zuzurechnendes Mitverschulden des Geschäftsführers (§ 254 Abs. 1 BGB i.V.m. § 31 BGB analog) deutlich erfolgreicher einwenden. Der BGH führt hierzu in Tz. 47 aus:

*„Erst recht ist der Steuerberater nicht verpflichtet, von sich aus eine Überschuldungsprüfung vorzunehmen. Vielmehr hat der Geschäftsführer - wenn ihm entsprechende Indizien genannt werden - die erforderlichen Überprüfungen selbst vorzunehmen und gesondert in Auftrag zu geben. Es ist **originäre Aufgabe des Geschäftsführers**, die Zahlungsfähigkeit und eine etwaige Überschuldung des von ihm geleiteten Unternehmens im Auge zu behalten und auf eventuelle Anzeichen für eine Insolvenzreife zu reagieren.“*

### Mitverschulden

Dies entspricht der bisherigen Rechtsprechung des BGH, wonach der Geschäftsführer bei krisenhaften Anzeichen zur Vermeidung eigener Haftung für eine Organisation zu sorgen hat, die ihm jederzeit die erforderliche Übersicht über die wirtschaftliche und finanzielle Situation der Gesellschaft ermöglicht.

Je nach Einzelfall kann der Verstoß des Geschäftsführers gegen die **Solvenzprüfungspflicht** den Schadensersatzanspruch gegen den StB erheblich mindern oder sogar ganz ausschließen, siehe Tz. 53 des BGH-Urteils.

**Solvenzprüfungspflicht:** *Brete/Thomsen*, Beratungs- und Haftungsrisiken in der Unternehmenskrise, 2. Aufl. 2016, S. 52



### Kausalität

- Für Fälle wie die vorliegenden kommt es im Kern darauf an, dass der mangelhafte Jahresabschluss oder die unterlassene Hinweispflicht ursächlich dafür war, dass der Geschäftsführer den Insolvenzantrag nicht schon früher gestellt hat.
- Hierzu wird der Geschäftsführer zwar behaupten, dass er sofort einen Insolvenzantrag gestellt hätte, wenn er vom StB auf die Erfüllung der insolvenzrechtlichen Pflichten hingewiesen worden wäre.
- Dem kann der StB entgegenhalten, dass der Geschäftsführer „beratungs-resistent“ war und keinen Insolvenzantrag gestellt hätte.
- Hinzu kommt, dass der Anscheinsbeweis beratungsgerechten Verhaltens bei Insolvenzverschleppungsschäden nicht gelten soll, weil bei pflichtgemäßen Verhalten des StB verschiedene Verhaltensweisen des Geschäftsführers in Betracht kommen.



### Vermögensschadenhaftpflichtversicherung

- Den StB trifft die Obliegenheit, einen Schaden- bzw. Versicherungsfall **unverzüglich** gegenüber der Versicherung anzuzeigen.
- Hierbei gilt der Grundsatz: „**Keine Selbstdiagnose und keine Selbsttherapie**“! Der StB sollte sich im Falle einer Inanspruchnahme durch einen Insolvenzverwalter oder Geschäftsführer nicht auf einen Schriftwechsel einlassen und schon gar nicht irgendwelche Unterlagen und Informationen herausgeben, die in einem Haftungsprozess gegen ihn verwendet werden können. Stattdessen sollte der StB darauf verweisen, dass er die Sache der Versicherung gemeldet hat und mit dieser das weitere Vorgehen abstimmen, auch was die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes anbelangt. Abschluss einer Rechtsschutzversicherung?
- Angesichts der Haftungssummen, die im Raum stehen können, sollte sich der StB überlegen, ob die **Mindestversicherungssumme** von **250.000,00 €** (§ 67 StBerG) angemessen ist.



### Vermögensschadenhaftpflichtversicherung

- Alternativ können einzelne Mandate separat versichert werden.
- Ob ein Haftungsausschluss in Allgemeinen Auftragsbedingungen wirksam vereinbart werden kann, ist m.E. fraglich bzw. ist hierbei Vorsicht geboten. Gem. § 276 Abs. 3 BGB kann eine Haftung wegen Vorsatz ohnehin nicht ausgeschlossen werden, so dass letztlich sicher nur eine **Haftungsbegrenzung der Höhe nach** in Betracht kommt.
- Dagegen soll ein Haftungsausschluss derart wirksam sein, dass Dritte = Geschäftsführer oder Gesellschafter oder Kreditinstitute nicht in den Schutzbereich des Vertrages mit dem Mandanten einbezogen werden (dafür *Schröder*, ZInsO 2017, 1668; siehe auch *Römermann*, GmbHR 2013, 513; ausführlich zum Thema Gallus, KÖSDI 2018, 20959)

### Vermögensschadenhaftpflichtversicherung

Der StB sollte sich über das Problem der **nicht erlaubten Rechtsdienstleistung** i.S.d. **Rechtsdienstleistungsgesetzes (RDG)** im Klaren sein.

Zwar soll § 5 RDG keine eng auszulegende Ausnahmvorschrift darstellen und der BGH hat die Insolvenz- bzw. Sanierungsberatung durch einen StB in einigen Entscheidungen nicht als Verstoß gegen das RDG angesehen.

Gleichwohl bleiben hier nach wie vor Unsicherheiten (siehe Stbg 2018, 88 ff. „nach wie vor uneinheitliche Rspr.“) und der Verlust des Versicherungsschutzes kann niemals etwaige Honoraraussichten aufwiegen.

### Vermögensschadenhaftpflichtversicherung

Der StB sollte seinen **Versicherungsvertrag** bzw. die **Versicherungsbedingungen** daraufhin prüfen, ob betriebswirtschaftliche sowie Insolvenz- und Sanierungsberatung vom Versicherungsschutz umfasst sind. Üblicherweise ist das der Fall, aber nicht zwingend.

## G. Einwendungen gg. Haftungsinanspruchnahme



### Literatur

- **Römermann:** Sanierungshandbuch für Steuerberater, 2017
- **Brete/Thomsen:** Beratungs- und Haftungsrisiken in der Unternehmenskrise, 2. Aufl. 2016
- **Bauer:** Die GmbH in der Krise, 3. Aufl. 2016
- **Nickert/Lamberti:** Überschuldungs- und Zahlungsunfähigkeitsprüfung im Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2016



Wie behalte ich als StB mein Mdt in der Krise?



**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**

Für Anmerkungen/Anregungen bin ich dankbar: [brete@thomsenundpartner.de](mailto:brete@thomsenundpartner.de)