

BGH-Urteil vom 26.1.2017: Beratungspflichten über mögliche Inso-Gefahren –Verschärfung trifft StB und WP

29.1.2019

12. MLP-Arbeitsfrühstück
Hannover

Dr. Markus Wollweber, Köln, Partner
Streck Mack Schwedhelm Partnerschaft mbB



STRECK MACK SCHWEDHELM

FACHANWÄLTE FÜR STEUERRECHT
RECHTSANWÄLTE

KÖLN BERLIN MÜNCHEN

Literatur:

Wollweber, Stbg 2017, 274-279

Wollweber, Stbg 2018, 271ff.

Hömig / Matz, DB 2017, 777-778

Onusseit, ZinSO 2017, 1868 ff.

Zaumseil, DB 2017, 891-896

Meixner / Schröder, DStR 2017, 957-959

Wagner, EWIR 2017, 173-174

Römermann, GmbHR 2017, 354-358

Jacobi / Böhme, NJ 2017, 177-181

Schädlich, NZI 2017, 318-319

Göb / Nebel, NZI 2017, 387-392

Baumert, ZInsO 2017, 486-488

Fölsing, ZInsO 2017, 684-688

Hillebrand, ZInsO 2017, 733-742

Klose, Stbg 2018, 268 ff.

Wagner, ZInsO 2018, 1005

Wagner, ZInsO 2018, 1492

Übersicht

- I. Insolvenzpflichten
- II. Zivilrechtliche Haftungsrisiken in krisenbedrohten Mandaten
- III. Typische Steuerfallen in der Krise des Mandanten
- IV. Strafrechtliche Risiken des Beraters in der Krise des Mandanten

I. Insolvenzrecht

Insolvenzverfahren und Insolvenzplanverfahren 2000 - 2016

Jahr	Insolvenzverfahren insgesamt	Insolvenzplanverfahren
2000	42.259	1.204
2005	136.554	1.805
2010	168.458	2.139
2011	159.418	1.918
2012	150.298	1.819
2013	141.332	1.793
2014	134.871	1.801
2015	127.683	1.673
2016	99.900	1.523

Verbraucherinsolvenzen 2000 - 2016

Jahr	Verfahren insgesamt
	Anzahl
2000	10.479
2005	68.898
2010	108.798
2011	129.319
2012	95.560
2013	91.200
2014	86.290
2015	80.220
2016	78.200

§ 15 a InsO Antragspflicht

- (1) Wird eine juristische Person zahlungsunfähig oder überschuldet, haben die Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Abwickler ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, einen Insolvenzantrag zu stellen. ²Das Gleiche gilt für die organschaftlichen Vertreter der zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Gesellschafter oder die Abwickler bei einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist; dies gilt nicht, wenn zu den persönlich haftenden Gesellschaftern eine andere Gesellschaft gehört, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.
- (2) Bei einer Gesellschaft im Sinne des Absatzes 1 Satz 2 gilt Absatz 1 sinngemäß, wenn die organschaftlichen Vertreter der zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Gesellschafter ihrerseits Gesellschaften sind, bei denen kein Gesellschafter eine natürliche Person ist, oder sich die Verbindung von Gesellschaften in dieser Art fortsetzt.

§ 15 a InsO Antragspflicht

(...)

- (3) Im Fall der Führungslosigkeit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist auch jeder Gesellschafter, im Fall der Führungslosigkeit einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft ist auch jedes Mitglied des Aufsichtsrats zur Stellung des Antrags verpflichtet, es sei denn, diese Person hat von der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung oder der Führungslosigkeit keine Kenntnis.
- (4) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen Absatz 1 Satz 1, auch in Verbindung mit Satz 2 oder Absatz 2 oder Absatz 3, einen Insolvenzantrag nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig stellt.
- (5) Handelt der Täter in den Fällen des Absatzes 4 fahrlässig, ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe.

Drei-Wochen-Frist

Die Frist beginnt erst mit Eintritt der Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung

Dann ist es aber ein „Maximal-Frist“, an sich gilt „ohne schuldhaftes Zögern“

Die Frist darf nur ausgenutzt werden, wenn die nachweisbare Chance besteht, den Insolvenzgrund dauerhaft zu beseitigen

Ansonsten werden nur wenige Tage eingeräumt, um sich zB fachkundig beraten zu lassen

Insolvenzgründe

- Zahlungsunfähigkeit, § 17 InsO
„Der Schuldner ist zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen.“
- Drohende Zahlungsunfähigkeit, § 18 InsO
„Der Schuldner droht zahlungsunfähig zu werden, wenn er voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen.“

Definition Zahlungsunfähigkeit

- Zahlungsverpflichtung (Problem: streitige Verpflichtungen)
- Fälligkeit (inkl. ernsthaftes Einfordern durch den Gläubiger, Problem: Nachweis und Abgrenzung)
- Unfähigkeit zur Erfüllung
- 10 %
- drei Wochen
- Vgl. auch SIKORA, NWB 2012, 308; NEU/EBBINGHAUS, ZInsO 2012, 2229

Steuern und Zahlungsunfähigkeit

- Steuern sind mit Fälligkeit zu berücksichtigen
- Stundung, Vollstreckungsaufschub und AdV helfen
- Problem: Nicht förmliches Stillhalten der Finanzverwaltung
- Problem: Entscheidung des FA/FG innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 15 a InsO
- Spätere Gewährung lässt Zahlungsunfähigkeit entfallen, aber Risiko der Negativentscheidung

Steuern und Zahlungsunfähigkeit

BGH vom 22.5.2014 – IX ZR 95/13, DStR 2014, 1559

1. Setzt die Finanzbehörde die Vollziehung eines Steuerbescheids wegen ernstlicher Zweifel an dessen Rechtmäßigkeit aus, fordert sie den festgesetzten Betrag für die Dauer der Aussetzung nicht mehr ernsthaft ein.
2. Ist eine unstreitige Forderung für eine begrenzte Zeit gestundet oder nicht ernsthaft eingefordert, kann sie bei der Prognose, ob drohende Zahlungsunfähigkeit vorliegt, gleichwohl zu berücksichtigen sein (vgl. auch BGH vom 22.11.2012 IX ZR 62/10, ZInsO 2013, 76).

§ 19 InsO Überschuldung (in der Fassung ab 01.11.2008)

- (1) Bei einer juristischen Person ist auch die Überschuldung Eröffnungsgrund.
- (2) Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen oder aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, für die gemäß § 39 Abs. 2 zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren hinter den in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 bezeichneten Forderungen vereinbart worden ist, sind nicht bei den Verbindlichkeiten nach Satz 1 zu berücksichtigen.
- (3) ...

Besonderheiten Überschuldung

- Zweistufige Prüfung:
 - rechnerisch (Überschuldungsbilanz),
 - rechtlich (Fortführungsprognose):
 - bei der Bewertung
 - als Überschuldungshindernis
- Nichtberücksichtigung nachrangiger Verbindlichkeiten:
 - gesetzlicher Nachrang
 - vereinbarter Nachrang (Rangrücktritt, Problem: Steuerfolgen)

Überschuldung: Definition Fortführungsprognose

Zukünftige Zahlungsfähigkeit

- = Fähigkeit, auf Dauer die anfallenden finanziellen Verpflichtungen rechtzeitig zu den jeweiligen Fälligkeitsterminen zu begleichen
- zB wegen späterer Fälligkeit oder Möglichkeit, Liquidität zu beschaffen (zB Stundungsvereinbarungen, neue Kredite oder Einlagen, Verkauf, etc.)

Länge des Prognosezeitraums?

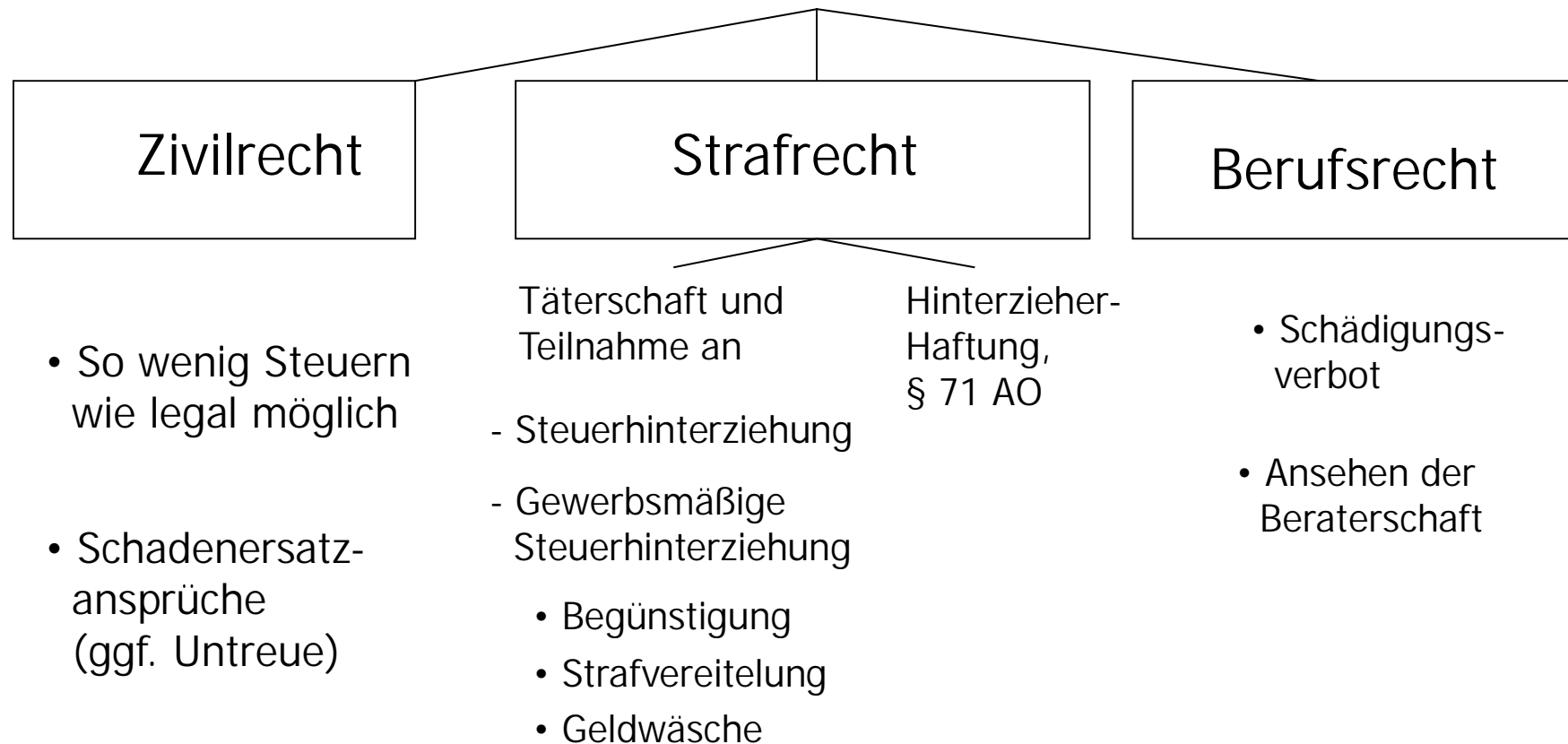
- BGH vom 13.7.1992 II ZR 269/91 („Dornier“), BGHZ 119, 201:
„mittelfristig“
= 6 Monate bei der Entwicklung eines Flugzeugs
- FMStG: „wenige Monate“
- BGH vom 26.1.2017 IX ZR 285/14: „folgendes Geschäftsjahr“
- KÜHNE/NICKERT, ZInsO 2014, 2297
- Vgl. auch IDW S. 11

Steuern und Überschuldung

- Steuerschulden sind bereits vor Festsetzung und/oder Fälligkeit zB als Rückstellung zu berücksichtigen (zB in BP oder aufgrund Nacherklärung)
- Problem: Streitige Steuerschulden
 - Erhöhte „Richtigkeitsvermutung“ (wie bei Ansprüchen der Sozialversicherungsträger)
 - Aber Nichtberücksichtigung, wenn ernsthaft streitig und einziger Insolvenzauslöser (UHLENBRUCK in Uhlenbruck, InsO, 14. Aufl., 2015, § 19 Rz. 90, mwN)
 - Problem: Stellungnahme des StB zu den Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfsverfahrens

II. Zivilrechtliche Haftung in der Krise des Mandaten

Pflichtenzange



Beraterisiken

- Haftung für Insolvenzverschleppungsschaden ggü IV:
 - Zivilrechtlich
 - Steuerlich/sozialversicherungsrechtlich
- Haftung ggü. Gesellschafter/Geschäftsführer:
 - § 64 GmbHG
 - Darlehensverlust wegen Valutierung in der Krise
 - Anfechtung
- Haftung für Steuerfolgen:
 - Zivilrechtl. Haftung für steuerl. Haftung des Mdt (69 AO)
 - Unbeabsichtigte Beendigung der Betriebsaufspaltung
 - Unbeabsichtigte Beendigung einer Organschaft

§ 64 GmbHG

Haftung für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung

„Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden.“

Der Steuerberaterhaftungsanspruch

1. Vertragliche Pflicht
2. Pflichtverletzung: Primär- oder Nebenpflicht?
3. Verschulden
4. Kausalität: Beratungsgerechtes Alternativverhalten?
5. Mitverschulden des Mandanten?
6. Schaden
7. Verjährung

Rechtskenntnisse

Aktuelle Kenntnis von
Gesetzeslage auch im
Gesetzgebungsverfahren
(zB ErbSt-Reform)

Aktuelle Kenntnis
höchstrichterliche Rspr.
(Karenz ca. 4 Wochen)

→ Berater darf auf
Verfassungsgemäßheit/
Gemeinschaftsrechts-
konformität vertrauen

BStBl. I. II.
DStR
(DStRE?)
Erlass(Ver-
fügung)

Bereits
diskutiert?

Meinungs-
streit?

Nebenpflichten

grdl. nicht:
Unterschlagungsprüfung



Anders ggf. bei sich
Aufdrängenden Unstimmig-
keiten

Hinweis auf Pflicht-
verletzung des Vorberaters



RA: Ja



Stb: nein!

Hinweis-
und
Warnpflicht?

Zu den Tatbestandsmerkmalen des Haftungsanspruchs

- Rechtsnatur des Steuerberatervertrags
- Vertragliche Primärberatungspflichten
- Pflichtverletzung und Verschulden
- **Kausalität**
- Mitverschulden des Mandanten
- Schaden
- Vorteilsanrechnung
- Ersparte Aufwendungen
- Schadensminderungspflichten
- Verjährung

Kausalität

- Gesamtvermögensvergleich: Soll-Situation/Ist-Situation?
- Anscheinsbeweis des beratungsgerechten Alternativverhaltens:
 - a. Deutlich überwiegende Wahrscheinlichkeit eines bestimmten Verhaltens?
 - b. Kein Anschlussbeweis bei mehreren Handlungsvarianten

Zu den Tatbestandsmerkmalen des Haftungsanspruchs

- Rechtsnatur des Steuerberatervertrags
- Vertragliche Primärberatungspflichten
- Pflichtverletzung und Verschulden
- Kausalität
- **Mitverschulden des Mandanten**
- Schaden
- Vorteilsanrechnung
- Ersparte Aufwendungen
- Schadensminderungspflichten
- Verjährung

Mitverschulden

- grdl. nicht anzusetzen, auch wenn Mandant selbst steuerliche Kenntnisse hat („Haftung wird eingekauft“)
- Aber: Mitverschuldenseinwand relevant bei Insolvenzverschleppungsschaden
 - Arg: InsO-Prüfung ist originäre Aufgabe des Geschäftsführers!

Allgemeine Verjährung

§ 199 Abs. 1 BGB

- 3 Jahre mit Ablauf des Kalenderjahres
- in dem der Schaden entstanden ist
- der Gläubiger von den Anspruch begründenden Tatsachen Kenntnis oder allein aufgrund grober Fahrlässigkeit keine Kenntnis hat

Allgemeine Verjährung

§ 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BGB

ohne Kenntnis:

→ 10 Jahre nach Entstehung des Anspruchs.

§ 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB

ohne Rücksicht auf Kenntnis und Entstehung:

→ 30 Jahre nach dem den Schaden auslösenden Ereignis.

Objektiver Verjährungsbeginn

- Grundsatz der einheitlichen Verjährung
- Risiko-Schaden-Formel
- Beginn mit erstem Teilschaden

Verjährungshemmung

- Leistungsklage und Mahnbescheid
- Feststellungsklage
- Stillhalteabkommen
- Verhandlungen iSd. § 203 BGB
- Nicht: Bloße Durchführung des Steuerstreitverfahrens

Neubeginn der Verjährung

Anerkenntnis iSd. § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB?

(kein Formerfordernis nach § 781 BGB)

Haftungsrisiken: Hinweis auf Insolvenzpflichtigkeit

Alte (!) Ansicht des BGH, Urteil vom 7.3.2013:

Im „normalen“ steuerlichen Dauermandat:

> grundsätzlich: nein

> Das steuerberatende Dauermandat von einer GmbH begründet bei üblichem Zuschnitt keine Pflicht, die Mandantin bei einer Unterdeckung in der Handelsbilanz auf die Pflicht ihres Geschäftsführers hinzuweisen, eine Überprüfung in Auftrag zu geben oder selbst vorzunehmen, ob Insolvenzreife besteht (BGH vom 7.3.2013, IX ZR 64/12, DStR 2013, 1151).

Aber: Wenn insolvenzrechtliche Auskunft, dann richtig!

- Erklärt der vertraglich lediglich mit der Erstellung der Steuerbilanz betraute Steuerberater fehlerhaft, dass eine insolvenzrechtliche Überschuldung nicht vorliege, haftet er der Gesellschaft wegen der Folgen der dadurch bedingten verspäteten Insolvenzantragstellung (BGH vom 6.6.2013 IX ZR 204/12, DStR 2013, 2081)
- Folge: Haftung für Verschleppungsschaden

Hinweispflicht bei Erörterungstermin

Tritt der Steuerberater mit dem Mandanten in konkrete Erörterungen über eine etwaige Insolvenzreife der Gesellschaft ein, ohne die Frage nach dem Insolvenzgrund zu beantworten, hat er darauf hinzuweisen, dass eine verbindliche Klärung nur erreicht werden kann, indem ihm oder einem fachlich geeigneten Dritten ein entsprechender Prüfauftrag erteilt wird

(BGH vom 6.2.2014 IX ZR 53/13, DStR 2014, 975; vgl. dazu auch ZILKENS, EWiR 2014, 385; DITGES, NWB 2014, 1670)

Sachverhalt zu BGH vom 26.01.17 IX ZR 285/14 (1):

- Mandatszeitraum: 2005 bis 2009
- Auftrag: Erstellung der Jahresabschlüsse 2003 bis 2007
- Wirtschaftliche Entwicklung:
 - Verluste im mittleren fünfstelligen Bereich (Ausnahme 2006).
 - Kontinuierliche Erhöhung des Eigenkapitalfehlbetrags.

Sachverhalt zu BGH vom 26.01.17 IX ZR 285/14 (2):

- Schreiben des Stb. aus April 2007 und August 2007:

„GF ist verpflichtet, regelmäßig die Zahlungsfähigkeit sowie die Vermögensverhältnisse der GmbH dahingehend zu überprüfen, ob die Zahlungsfähigkeit gewährleistet ist und dass keine Überschuldung vorliegt“.

- Schreiben des Stb. vom 29.11.2007:

„Rückgang der Umsatzerlöse im Vergleich zum Jahr 2006 um fast 50 % bei gleichzeitig um 20 % gestiegenem Personalaufwand“.

Sachverhalt zu BGH vom 26.01.17 IX ZR 285/14 (2):

- Schreiben des Stb. vom 15.1.2009:

Übersendung Jahresabschluss und Mitteilung, dass sich die Überschuldung durch den Jahresfehlbetrag weiter erhöht habe.

- Anfang Juli 2009: Eigenantrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

Haftungsrisiken: Hinweis auf Insolvenzpflichtigkeit

Nunmehr erhöhte Anforderungen aufgrund BGH vom 26.01.17 IX ZR 285/14, Stbg 17, 180:

- Bei Insolvenzpflichtigkeit einer Kapitalgesellschaft scheidet Bilanzierung nach Fortführungswerten aus, wenn mit Stilllegung vor Insolvenzantrag, im Eröffnungsverfahren oder alsbald nach Insolvenzeröffnung zu rechnen ist.
- Prüfungspflicht des mit Jahresabschlusserstellung beauftragten Steuerberaters, ob sich aufgrund der ihm bekannten Unterlagen und Informationen Anhaltspunkte ergeben, die einer Fortführung der Unternehmenstätigkeit entgegenstehen.
- Hingegen keine Verpflichtung des Steuerberaters, von sich aus eine Fortführungsprognose zu erstellen.

Haftungsrisiken: Hinweis auf Insolvenzpflichtigkeit

Erhöhte Anforderungen aufgrund BGH vom 26.01.17 IX ZR 285/14, Stbg 17, 180:

- Allerdings Hinweispflicht des mit der Jahresabschlusserstellung beauftragten Steuerberaters auf die Möglichkeit eines Insolvenzgrundes und eine hierin daran anknüpfende Pflicht des Geschäftsführers zur Prüfung der Insolvenzpflichtigkeit, wenn entsprechende Anhaltspunkte offenkundig sind und er annehmen muss, dass die mögliche Insolvenzreife der Mandantin nicht bewusst ist (teilweise Aufgabe von BGH Urteil vom 7. März 2013, IX ZR 64/12, WM 2013, 802).

Anknüpfungspunkte der Pflichtverletzung nach BGH vom 26.1.2017

- Werkvertragliches Gewährleistungsrecht: Schadensersatz wegen mangelhafter Bilanzerstellung zu Fortführungswerten
- Nebenvertragliche Hinweis- und Warnpflichten im Hinblick auf die mögliche Insolvenzreife

Begrifflichkeiten „Fortführung“

Fortführung iSv. § 252 HGB

- Tatsächliche freiwillige Stilllegung?
- Stilllegung aus Rechtsgründen wegen zu erwartendem Insolvenzverfahren?

„Alarmzeichen“ iSv. BGH vom 26.1.2017:

- Bilanzielle Überschuldung;
- Wiederholte Verluste;
- Strukturelle Unterkapitalisierung
- Wiederholte Vollstreckungsmaßnahmen (zB Finanzamt Sozialversicherungsträger)

Folge: Dezierte Hinweispflicht! Kein „Weggucken“, sondern „ins brennende Haus“

Folgende allgemeine Hinweise sind nicht (!) ausreichend:

„Bilanzielle Überschuldung liegt vor“

„Die Geschäftsführung hat die allgemeine Pflicht, eigenständig die Insolvenzzreife zu prüfen“

Pauschale Ausführungen der Geschäftsleitung: „Wir werden die Kapitalstruktur zeitnah stärken“

Wenn Alarmzeichen: - Handlungsvarianten -

Bilanz zur Zerschlagungswerten	Einholung eines Insolvenzgutachtens	Objektiv unrichtige Bilanz zur Fortführungswerten nach Anweisung des GF (ACHTUNG Haftungsgefahr ggü. Dritten!)	Beseitigung der Alarmzeichen (Rangrücktritt; Kapitalzuführung)	Mandatsniederlegung
--------------------------------	-------------------------------------	---	--	---------------------

Neue Hinweise zur Verlautbarung der Bundessteuerberaterkammer vom 13./14.3.2018 (1)

- Steuerberater darf im Rahmen der Erstellung von Jahresabschlüssen nicht an erkannten unzulässigen Wertansätzen mitwirken (vgl. Tz. 4 und 96 der Hinweise);
- Ansatz von Fortführungswerten iSd. § 252 Abs.1 Nr. 2 HGB stehen neben der freiwilliger Betriebseinstellung (zB durch Liquidation) idR Insolvenzgründe entgegen, soweit nicht ausnahmsweise wegen der Sanierung aufgrund Insolvenzplans (Tz. 11, 12 der Hinweise);
- Prognosezeitraum für die handelsrechtliche Fortführungsprognose iSd. § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB beträgt mindestens 12 Monate, gerechnet ab dem Abschlussstichtag (Tz. 15);
- Fortführung iSd. § 252 Abs. 1 Satz 2 HGB ist ausgehend vom Zeitpunkt des Bilanzstichtags ex ante, dh. prognostisch anzustellen; danach ablaufende Vorgänge, die zu diesem Zeitpunkt nicht bekannt sind, dürfen bei der Prüfung der Fortführung nicht berücksichtigt werden (Tz. 17 der Hinweise).

Neue Hinweise zur Verlautbarung der Bundessteuerberaterkammer vom 13./14.3.2018 (2)

- verspätete Aufstellung nach Ablauf des 12-Monatszeitraums eines bis dahin aktiv tätigen Unternehmens führt nicht automatisch dazu, dass bei der Bewertung von Fortführungswerten auszugehen wäre (Tz. 18 der Hinweise);
- Wird von dem bisherigen Ansatz der handelsrechtlichen Fortführungsprognose abgewichen, ist dies vom Steuerberater im Anhang anzugeben und zu begründen und der Einfluss der Abweichung auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage gesondert darzustellen (Tz. 65 der Hinweise);
- Bei Annahme von krisenbedrohten Mandaten hat die Aufstellung des Jahresabschlusses für diese Unternehmen gem. § 264 Abs. 1 S. 3 und 4 HGB binnen 2 bis 3 Monaten nach dem Schluss des Geschäftsjahres zu erfolgen; zur Vermeidung von strafrechtlichen Risiken sollte der Berater binnen dieser Frist zumindest Bilanz und Inventar aufzustellen (Tz. 76 der Hinweise);

Neue Hinweise zur Verlautbarung der Bundessteuerberaterkammer vom 13./14.3.2018 (3)

- Bei Zweifeln an der Fortführung hat der Steuerberater die Geschäftsleitung aufzufordern, eine Fortführungsprognose zu erstellen. Genügt die von der Geschäftsführung beigebrachte Fortführungsprognose grundlegenden Anforderungen (vgl. Tz. 90, 91) nicht, hat der Steuerberater den Auftrag zur Erstellung des Jahresabschlusses niederzulegen (Tz. 92 der Hinweise);
- Außerhalb des Auftrags zur Jahresabschlusserstellung können den Steuerberater Warn- und Hinweispflichten mit Blick auf eine mögliche Insolvenzreife des Unternehmens treffen, wenn Gegebenheiten, die Zweifel an der Fortführung der Unternehmenstätigkeit begründen, offenkundig sind oder sich bei gewissenhafter Bearbeitung aufdrängen (Tz. 97 der Hinweise) bzw. wenn der Steuerberater sonst im Rahmen seines Auftrags einen Insolvenzgrund erkennt oder ernsthafte Anhaltspunkte für einen möglichen Insolvenzgrund offenkundig sind (Tz. 98 der Hinweise);
- In dem Hinweis, die der Berater zu erteilen hat, müssen die Umstände, die auf eine mögliche Insolvenzantragspflicht hinweisen, im Einzelnen aufgezeigt und konkret dargestellt werden, wie diese Umstände Anlass zu einer möglichen Insolvenzreife geben (Tz. 99 der Hinweise).

Neue Hinweise zur Verlautbarung der Bundessteuerberaterkammer vom 13./14.3.2018 (4)

- Bei Zweifeln an der Fortführung hat der Steuerberater die Geschäftsleitung aufzufordern, eine Fortführungsprognose zu erstellen. Genügt die von der Geschäftsführung beigebrachte Fortführungsprognose grundlegenden Anforderungen (vgl. Tz. 90, 91) nicht, hat der Steuerberater den Auftrag zur Erstellung des Jahresabschlusses niederzulegen (Tz. 92 der Hinweise);
- Außerhalb des Auftrags zur Jahresabschlusserstellung können den Steuerberater Warn- und Hinweispflichten mit Blick auf eine mögliche Insolvenzreife des Unternehmens treffen, wenn Gegebenheiten, die Zweifel an der Fortführung der Unternehmenstätigkeit begründen, offenkundig sind oder sich bei gewissenhafter Bearbeitung aufdrängen (Tz. 97 der Hinweise) bzw. wenn der Steuerberater sonst im Rahmen seines Auftrags einen Insolvenzgrund erkennt oder ernsthafte Anhaltspunkte für einen möglichen Insolvenzgrund offenkundig sind (Tz. 98 der Hinweise);
- In dem Hinweis, die der Berater zu erteilen hat, müssen die Umstände, die auf eine mögliche Insolvenzantragspflicht hinweisen, im Einzelnen aufgezeigt und konkret dargestellt werden, wie diese Umstände Anlass zu einer möglichen Insolvenzreife geben (Tz. 99 der Hinweise).

Neue Hinweise zur Verlautbarung der Bundessteuerberaterkammer vom 13./14.3.2018 (5)

- Der Steuerberater ist ohne gesonderten Auftrag nicht verpflichtet, eine abschließende insolvenzrechtliche Beurteilung oder gar Überschuldungsprüfung vorzunehmen (Tz. 100 der Hinweise);
- Bei Jahresabschlusserstellung im Krisenmandat ist zu empfehlen, dass sich der Steuerberater die erforderlichen Informationen schriftlich mit Vollständigkeitserklärung geben lässt (Tz. 115 und 116 der Hinweise). Die Vollständigkeitserklärung sollte den Hinweis enthalten, dass, soweit in der Vollständigkeitserklärung nicht anders benannt, keine Umstände vorliegen, die der Fortführung entgegenstehen;
- Der Erstelbericht sollte die Risiken, die der Annahme der Unternehmensfortführung entgegenstehen, im Abschnitt „Grundlagen des Jahresabschlusses“ gesondert darstellen (Tz. 117 der Hinweise) und insbesondere die für die Einschätzung erforderlichen Bilanzposten erläutern (Tz. 118 der Hinweise);

Neue Hinweise zur Verlautbarung der Bundessteuerberaterkammer vom 13./14.3.2018 (6)

- Dabei sind die betriebswirtschaftlichen organisatorischen oder sachverhaltsgestaltenden Maßnahmen des Auftraggebers gegen die Risiken, die der Annahme der Unternehmensfortführung entgegenstehen, zu beschreiben. Zu den sachverhaltsgestaltenden Maßnahmen zählen zB Gesellschafterbeschlüsse sowie Rangrücktritts- und Patronatserklärungen, aber auch Umstrukturierung zur Auflösung stiller Reserven.
- Außerdem dürfte es idR. erforderlich sein, die für die Einschätzung relevanten Bilanzposten zu erläutern. Der Erstellungsbericht sollte in dem Berichtsteil „Ergebnis der Arbeiten und Bescheinigung“ die eventuell erforderlich gewordene Ergänzung der Bescheinigung oder Hinweise bzw. Einwendungen in der Bescheinigung zusammenfassend darstellen und begründen

Neue Hinweise zur Verlautbarung der Bundessteuerberaterkammer vom 13./14.3.2018

- Wird von der Bilanzierung zu Fortführungswerten abgewichen, ist dies auch im Anhang gemäß § 284 Abs. 2 Nr. 3 anzugeben und zu begründen. Ebenso ist der Einfluss der Abweichung auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage gesondert darzustellen. Der Anhang wird regelmäßig von dem Steuerberater erstellt.
- Risiken, die die Unternehmensfortführung tangieren, können dazu führen, dass die Bescheinigung ohne Einschränkung, mit Ergänzungen oder mit Einwendung erteilt oder die Erteilung versagt wird (Tz. 126 ff. der Hinweise).

Fall 1:

Im Rahmen der Vorbereitung des Jahresabschlusses auf den 31.12.2017 erhält der Steuerberater Unterlagen von der mandatierenden GmbH, aus denen sich ergibt, dass bei einer Schwestergesellschaft Insolvenzantrag gestellt ist.

Die Mandantin hat Forderungen gegenüber der Schwestergesellschaft iHv. € 250.000,--. Aus dem Insolvenzgutachten ergibt sich, dass Rückzahlungen nicht zu erwarten sind.

Die Ausbuchung der Forderung würde zu einer handelsbilanziellen Überschuldung iHv. € 150.000,-- auf den Bilanzstichtag führen. Die GmbH verfügt über keine relevanten erheblichen stillen Reserven.

Fall 2:

Der Steuerberater ist mit der Erstellung des Jahresabschlusses ohne Beurteilung auf den 31.12.2017 beauftragt. Da er schon im Vorjahr mit entsprechenden Tätigkeiten beauftragt war und er Empfangsvollmacht für die Steuerbescheide hat, hat er ua. davon Kenntnis, dass die fälligen Vorjahressteuern nicht gezahlt werden konnten und das Bankkonto daher seit Dezember 2017 gepfändet ist.

Auf die Illiquidität angesprochen, führt der Geschäftsführer aus, derzeit würden mit dem Finanzamt Verhandlungen über die Rückführung der Verbindlichkeiten geführt; eine Stundung, ein Vollstreckungsaufschub oder ähnliches seien bislang nicht erwirkt worden.

Fall 3:

Der Steuerberater wird Anfang Mai 2018 von der Mandantin mit Jahresabschluss ohne Plausibilitätsprüfung zum Bilanzstichtag 31.12.2017 beauftragt. Bereits zum 31.12.2014 war das bilanzielle ausgewiesene Eigenkapital iHv. € 90.000,-- negativ. Zu den Bilanzstichtagen 31.12.2015 und 31.12.2016 hatte es jeweils Verluste iHv. € 50.000,-- p.a. gegeben. Im Rahmen Erstellung des Abschlusses auf den 31.12.2017 zeichnet sich ein weiterer Jahresfehlbetrag iHv. € 60.000,-- ab.

Ende Mai 2018 zeigt der Steuerberater dem Geschäftsführer der GmbH die negative Entwicklung des Eigenkapitals unter genauer Benennung der Einzelgesichtspunkte an und fordert ihn auf, ein insolvenzrechtliches Fortführungsgutachten einzuholen.

Fall 3(Fortsetzung)

Die Geschäftsführung teilt daraufhin mit, es bestünden insgesamt Gesellschafterdarlehensforderungen auf den 31.12.2017 iHv. € 400.000,--. Man habe Mitte Mai 2018 den qualifizierten, dh. insolvenzrechtlich bei der Überschuldungsprüfung beachtlichen Rangrücktritt dieser Gesellschafterforderungen vereinbart. Zudem habe man ein Gutachten zur Frage der insolvenzrechtlichen Antragspflicht und der Fortführungsprognose eingeholt, welches bestätige, dass zum 31.12.2017 eigentlich Überschuldung iSd. § 19 InsO und damit Insolvenzantragspflicht vorlag, die (rechnerische) Überschuldung und damit die Antragspflicht aber durch den Rangrücktritt beseitigt worden sei.

Abwandlung: Wie vor; allerdings wird der im Mai 2018 erklärte Rangrücktritt mit Rückwirkung auf den 31.12.2017 vereinbart.

Fall 4:

Der mit der Erstellung des Jahresabschlusses auf den 31.12.2017 ohne Plausibilitätsprüfung von der GmbH beauftragte Steuerberater erkennt im Mai 2018 während der Erstellarbeiten, dass konkrete Anhaltspunkte für eine Insolvenzreife auf den Bilanzstichtag vorliegen. Hierüber informiert er die Geschäftsführung der GmbH unter Benennung aller Einzelheiten und empfiehlt, dringend eine insolvenzrechtliche Begutachtung im Hinblick auf die Fortführung und Insolvenzgründe einzuholen. Die Geschäftsführung verweigert die Einholung eines Gutachten und weist den Berater an, den Entwurf des Jahresabschlusses bilanziell unrichtig und unter Verstoß gegen § 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB mit dem Ansatz von Fortführungswerten zu erstellen.

Fall 5:

Bei Erstellung des Jahresabschlusses erkennt der Steuerberater ganz konkrete Zweifel am Ansatz der Fortführungswerte. Die Geschäftsführung darauf angesprochen, weist den Steuerberater an, die Bilanz gleichwohl mit Fortführungswerten zu erstellen; der Steuerberater leistet der Weisung Folge.

Nach Feststellung des unrichtigen Jahresabschlusses weist die Geschäftsführung den Steuerberater zusätzlich an, den Jahresabschluss beim Unternehmensregister offenzulegen. Zugleich gibt er Weisung, dass der Umstand der unrichtigen Jahresabschlusserstellung auf Weisung der Geschäftsführung nicht in der Offenlegung dargestellt werden soll.

Fall 6:

Zum Bilanzstichtag (31.12.2017) liegen keine erheblichen Zweifel an der Fortführung des Betriebs iSd. § 252 Abs. 1 Nr.2 HGB und damit im Hinblick auf den Ansatz von Fortführungswerten vor.

Im Februar 2018 verschlechtern sich, als ein Hauptkunde in die Insolvenz fällt und abgewickelt wird, die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen des Unternehmens beträchtlich. Nunmehr, bei Bilanzaufstellung im Juni 2018, liegen erhebliche Anzeichen für eine Stilllegung vor.

Fall 7:

Der Steuerberater ist von der GmbH allein mit der laufenden Finanz- und Lohnbuchhaltung beauftragt.

Im Mai 2018 erhält der beim Steuerberater angestellte Bilanzbuchhalter Kenntnis davon, dass der beste Kunde der GmbH in Insolvenz gegangen ist und abgewickelt wird; die Forderungen der GmbH gegenüber dem Kunden betragen € 250.000,--; im Fall der Forderungsabschreibung ergäbe sich, da sich das Eigenkapital zum 31.12.2017 € 50.000,-- beläuft, eine rechnerische Überschuldung iHv. € 200.000,--. Zudem weiß der Bilanzbuchhalter, dass sich für die Umsatzsteuervoranmeldung Februar 2018 eine erhebliche Nachzahlung ergeben hat, die das Unternehmen bislang noch nicht gezahlt hat, und deretwegen eine Vollstreckungsankündigung des Finanzamts vorliegt.

Was ist zu tun?

Zahlungsunfähigkeit:

- Auflaufen offener Verbindlichkeiten in der laufenden Finanzbuchhaltung?
- Vollstreckungsmaßnahmen, beispielsweise Finanzamt?
- Im Zweifelsfall: Empfehlung eines laufenden professionellen Liquiditätsmonitoring

Überschuldung:

- Überprüfung der bilanziellen Überschuldung
- Falls ja: Prüfung, ob stille Reserven, ob Rangrücktrittsvereinbarung oder Patronatserklärung (LG Münster vom 23.8.2017 110 O 40/16, DStRE 2018, 829)
- Prüfung, ob tatsächliche Fortführung gewollt ist oder Betriebsstilllegung

Hinweispflicht - Beweissicherung

- Konkreter, ausführlicher Disclaimer im Jahresabschluss
- Schreiben an Mandanten (Zugangsnachweis: ggf. Telefax)
- Im Mindestmaß: Besprechung mit dem Mandanten unter Zeugen (Angestellter des Büros) mit Gedächtnisprotokoll
- Mindestens: Eigenes, unmittelbar zeitnah erstelltes Gedächtnisprotokoll, welches zur Akte genommen wird

Verteidigungsstrategien bei Pflichtverletzung:

Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden?

- Insolvenzverwalter trifft Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Insolvenzantrag bei entsprechender Bilanzierung/entsprechenden Hinweis früher gestellt worden wäre;
- Mitverschulden iSd. § 254 BGB: Nach wie vor ist es originäre Aufgabe der Geschäftsleitung, die Insolvenzreife zu prüfen; wird der Insolvenzantrag einer GmbH in Folge einer fehlerhaften Abschlussprüfung verspätet gestellt, trifft die Gesellschaft mit Rücksicht auf ihre Selbstprüfungspflicht idR ein Mitverschulden in dem dadurch bedingten Insolvenzverschleppungsschaden, der ggf. nach § 254 BGB auch zum kompletten Haftungsausschluss führen kann (vgl. hierzu auch: BGH vom 6.6.2013 IX ZR 204/12).

Vertraglicher Haftungsschutz

- Klarstellung des Auftrag: Grdsl. keine insolvenzrechtliche Beratung
- Keine ungeprüften Aussagen im Jahresabschluss zur Überschuldung, Fortführungsprognose bzw. Zahlungsunfähigkeit; ggf. klarstellen, dass Einschätzung von GF, nicht von Stb. stammt.
- Einzelhaftungsbegrenzungsvereinbarung: Bei Einzelsteuerberater/Steuerberatersozietät: € 250.000 danach nur noch Vorsatzhaftung;
- Ggf. bei Mandatsniederlegung/Mandatsbeendigungsvereinbarung: Umfassende Verzichtvereinbarung /Abgeltungsklausel (ggf. anfechtbar)
- ggf.: Outsourcing der Haftungsrisiken auf Schwestergesellschaft

Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

- > Dritter kommt bestimmungsgemäß mit Leistung in Berührung
- > es besteht Interesse des Dritten an dem Einbezug in den Schutzbereich
- > Einbeziehung ist schutzwürdig

Beispiel „Haftung Hinweis Insolvenzantrag“ (nach BGH vom 14.6.2012 IX ZR 145/11, NZG 2012, 866)

Frau A war Alleingesellschafterin und Geschäftsführerin der C GmbH. Seit 2002 war der Steuerberater für die GmbH tätig und erstellte unter anderem Jahresabschlüsse und Bilanzen.

Anlässlich der Vorlage der Bilanz für das Jahr 2004 fand Anfang 2006 ein Gespräch zwischen der A, ihrem an der GmbH still beteiligten Ehemann (Rechtsanwalt) und dem Steuerberater statt. Gegenstand der Unterredung war auch die wirtschaftliche Situation der GmbH und die Frage einer möglichen Insolvenzantragspflicht. Nach diesem Gespräch erhöhte der Ehemann seine stille Beteiligung um € 100.000,--. Nach Erhalt der von dem Beklagten für das Jahr 2005 am 26.6.2006 gefertigten Bilanz stellte die A am 27.6.2006 wegen Überschuldung und drohender Zahlungsunfähigkeit einen Insolvenzantrag über das Vermögen der GmbH.

Im eröffneten Verfahren forderte der Insolvenzverwalter der GmbH von A Erstattung der von ihr nach Insolvenzeintritt für die GmbH geleisteten Zahlungen. Infolge der für den 31.12.2005 festgestellten Überschuldung der GmbH wurde A rechtskräftig zur Zahlung von € 234.707,-- verurteilt.



Schadenersatzpflicht gegenüber Dritten? Haftungsrisiken: Hinweis auf Insolvenzpflichtigkeit

nunmehr BGH vom 14.6.2012, Az. IX ZR 145/11 (DStR 2012, 1825):

- wenn GmbH Auftrag zur Prüfung der Insolvenzreife erteilt, hat der Auftrag Schutzwirkung für Dritte zugunsten von Gesellschafter und Geschäftsführer im Schutzbereich von Verträgen der GmbH mit Steuerberatern
- relevant insbesondere für: Haftung für Ersatzansprüche nach § 64 GmbHG

Steuerliche Hafungsrisiken des Beraters
in
der Krise des Mandanten

Steuerliches Haftungsrisiko

§ 71 AO: Wer eine Steuerhinterziehung oder eine Steuerhehlerei begeht oder an einer solchen Tat teilnimmt, haftet für die verkürzten Steuern und die zu Unrecht gewährten Steuervorteile sowie für die Zinsen nach § 235.

- Feststellungslast beim FA
- Straf- und Haftungsverfahren unabhängig verwertbar
- Beweismittel aus anderen Verfahren
- Blick auf Steuerschuldner
- Gilt nur für hinterzogene Beträge
- § 153 a StPO strafprozessuale Unschuldsvermutung bleibt aufrechterhalten

Haftung des Beraters iSd. § 69 AO iVm. § 35 AO?

ACHTUNG:

Faktischer Geschäftsführer iSv. § 35 AO, wenn

- eine Person nach außen hin so auftritt,
- als könne sie umfassend über fremdes Vermögen verfügen, und
- sie faktisch die Aufgaben eines Geschäftsführers wahrnimmt.

Haftungsvoraussetzungen iSd. § 69 AO

- Steuerschaden des FA
- Pflichtverletzung des Geschäftsführers
- Kausalität der Verletzung für Schaden
- Schuld (mindestens grobe Fahrlässigkeit)

Haftungsgefahren iSd. § 69 AO

- In der Krise schützt der Geschäftsverteilungsplan nicht (Allzuständigkeit)
- In der Krise wächst die Dichte der Kontrollpflichten (gegenüber Mitgeschäftsführern, Angestellten, Dritten)
- Rechtswidrige Weisungen des Gesellschafters schützen nicht
- Vorrangig Sozialversicherungsbeiträge Arbeitnehmer
- Dann Lohnsteuer vollständig, soweit möglich
- Restliche Steuern quotat

→ Wichtig: Dokumentation der Einhaltung der Sorgfaltspflichten bereits in „guten“ Zeiten

Rangrücktritt

- Wegfall der Forderung im Überschuldungsstatus
- (P) Wegfall in der Steuerbilanz (§ 5 Abs. 2a EStG)?
- (P) Fehlende Anerkennung nach § 19 InSO?

Formulierung: „Die Verbindlichkeiten des Gesellschafters treten in der Weise im Rang zurück, dass Tilgungen nur aus einem zukünftigen Bilanzgewinn, etwaigem Liquidationsüberschuss und sonstigen freiem Vermögen zu leisten sind.“

Vgl. BFH vom 15.4.2015 I R 44/14, BFH/NV 2015, 1177 sowie BGH vom 5.3.2015 IX ZR 133/14, ZIP 2015, 638.

Vorsatzanfechtung: Anfechtungsrisiko „Treuhandkonto“

BGH vom 26.4.2012 IX ZR 74/11, DStR 2012, 1347

- Steuerberater unterliegt als Treuhänder der Vorsatzanfechtung, wenn er nach Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ihm überlassene Geldbeträge vereinbarungsgemäß an bestimmte, bevorzugt zu befriedigende Gläubiger des Schuldners weiterleitet.
- Rechtsfolge: Wertersatz ohne Möglichkeit, sich auf einen Wegfall der Bereicherung zu berufen.

Haftungsfalle „vGA-Klausel“ in der Insolvenz

Ggf. kann der Insolvenzverwalter über Steuererstattungsklauseln in der Satzung bei vGA Rückgriff bei Gesellschaftern nehmen.

In der Regel nicht gewollt, wenn vGA mit Wissen und Wollen aller Gesellschafter erfolgte!

Strafrechtliche Risiken des Beraters
in
der Krise des Mandanten

StB als Täter: Bankrottdelikte (1)

- Für den Steuerberater relevante Bankrottdelikte:
 - o § 283 Abs. 1 Nr. 5 StGB: Buchführung in der Krise,
 - o § 283 Abs. 1 Nr. 7 StGB: Bilanzerstellung in der Krise,
 - o § 283 b StGB: Buchführung und Bilanzerstellung vor der Krise,
 - o ZT auch bei Fahrlässigkeit.

- StB als Täter:
 - o § 14 Abs. 2 Satz 2 StGB: ausdrückliche Beauftragung, die Aufgabe in eigener Verantwortung zu übernehmen,
 - o IdR gegeben,
 - o Allgemeines Weisungsrecht des Mandanten steht dem nicht entgegen.

Steuerberater als Täter: Bankrottdelikte (2)

- Ordnungsgemäße Erstellung der Bilanz
 - o Handelsrechtliche (nicht steuerrechtliche) Fristen entscheiden.
 - o Bilanzen notleidender Mandanten müssen vorrangig bearbeitet werden.
 - o Werden die notwendigen Unterlagen vom Mandanten nicht fristgerecht vorgelegt, muss der Auftrag vor Fristablauf gekündigt werden.
 - o Zurückbehaltungsrecht gilt nicht.
 - o Inhaltliche Haftung nur bei „krasser“ Fehlbilanzierung (Nachweisprobleme der StA).

Steuerberater als Täter: Bankrottdelikte (3)

- Ordnungsgemäße Buchführung
 - o Haftung nur bei „klaren“ Verstößen gegen die GoB, zB:
 - Buchung unvollständig,
 - Buchung unter falscher Bezeichnung,
 - Buchung nicht zeitnah,
 - Belege nicht, nicht vollständig, nicht chronologisch abgelegt.
 - o Prüfungs- und Kontrollpflicht (insb. bei Vorkontierung durch Mandanten),
 - o Zurückbehaltungsrecht gilt nicht,
 - o Im Zweifel Auftrag kündigen.

- Beihilfe zur Insolvenzverschleppung (1)
 - o § 15 a InsO ist ein Sonderdelikt und kann nur durch den Geschäftsführer und die Gesellschafter des Unternehmens verwirklicht werden.
 - o Damit grundsätzlich keine täterschaftliche Begehungsweise durch den StB möglich (Ausn.: StB ist faktischer Geschäftsführer; vgl. dazu STROHN, DB 2011, 158).
 - o Damit Strafbarkeitslücke, wenn der StB den Geschäftsführer über die Krise in Unkenntnis lässt.
 - o Es bleibt die Möglichkeit der Beihilfe (§ 27 StGB).

- Beihilfe zur Insolvenzverschleppung (2)
 - o Der Beihilfebegriff im Strafrecht ist weit gefasst.
 - o Auch sog. „psychische Beihilfe“, mit der der Haupttäter in seinem Tatentschluss und Tatausführungswillen bestärkt wird (zB höheres Sicherheitsgefühl).
 - o Durch Tun und Unterlassen.
 - o Auch durch „neutrales“ bzw. „berufstypisches“ Verhalten, wenn das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf gerichtet ist, eine strafbare Handlung zu begehen, und der Teilnehmer dies positiv weiß (BGH vom 1.8.2000 5 StR 624/99, BGHSt. 46, 107, 112 zur Beihilfe des Bankangestellten zur Steuerhinterziehung des Kunden; OLG Köln vom 3.12.2010 1 Ws 146/10 – 128, ZInsO 2011, 288 zum Steuerberater).

- Beihilfe zur Insolvenzverschleppung (3)
 - o Hinweispflicht des Steuerberaters auf die Überschuldung im Rahmen der „normalen“ Steuerberatung (Finanzbuchhaltung, Steuerdeklaration, Jahresabschlusserstellung).
 - Nein, wenn der GF die insolvenzrechtliche Überschuldung kannte.
 - Bisher nein, wenn der GF die bilanzielle Überschuldung, aber nicht die insolvenzrechtliche Überschuldung erkennt (so OLG Schleswig-Holstein vom 28.5.1993 10 U 13/92, Stbg. 1994, 183; LG Koblenz vom 22.7.2009 15 O 397, Stbg. 2009, 512; aA zB WAGNER, ZInsO 2009, 449, 452).
 - Ab Neufassung des § 5 Abs. 1 RDG uU doch.
 - Ja, wenn der GF die bilanzielle Überschuldung nicht kennt (zB KOHLHAAS, Steuerberater Magazin 2009, 50, 52; aA OLG Schleswig-Holstein vom 28.5.1993 10 U 13/92, Stbg. 1994, 183).
 - o Bei einem erweiterten Auftrag kann sich die Hinweispflicht aus dem Auftrag ergeben (vgl. SCHMITTMANN, ZInsO 2011, 545 zu den Haftungsrisiken eines Sanierungsberaters).
 - o Auf eine Frage muss zutreffend geantwortet werden.

- Beihilfe zur Insolvenzverschleppung (4)
 - o Muss das Mandat niedergelegt werden, wenn der GF trotz des Hinweises bzw. bereits vorhandener Kenntnis keinen Insolvenzantrag stellt?
 - Es gibt hierzu noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung.
 - Das LG Koblenz (vom 22.7.2009 15 O 397/08, Stbg. 2009, 512) verneint die Pflicht zur Niederlegung (so auch LANGE, DStR 2007, 954, 959).
 - In der Literatur wird die Pflicht bejaht (zB SCHMITTMANN, ZInsO 2008, 1170; WAGNER, ZInsO 2009, 449).
 - ME sind die Grundsätze des BGH zur Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch einen Bankangestellten nicht auf den Steuerberater übertragbar, da die Handlung des Mandanten nicht „alleine“ der Begehung einer Straftat dient. Zudem besteht eine nach § 283 StGB strafbewehrte Pflicht zur Buchführung in der Krise (idS auch OLG Köln vom 3.12.2010 1 Ws 146/10, ZInsO 2011, 288; so auch HÖLSCHEIDT, NWB 2013, 944).

- Beihilfe zur Insolvenzverschleppung (5)
 - o Andere Mitwirkungs- und Unterstützungshandlungen können eine Beihilfe sein, zB:
 - Erstellen geschönter Unterlagen,
 - Verwendung erkennbar unrichtiger Unterlagen,
 - Bestärken in dem Entschluss, zunächst keinen Antrag zu stellen, um zB eine Sanierung fortzuführen,
 - Eigene Sanierungsbemühungen gegenüber Dritten.

10 goldene Regeln, wenn der Haftungsfall kommt:

1. Versichern Sie sich der Höhe nach adäquat
2. Betreiben Sie Beweisvorsorge
3. Kennen Sie, welche Tätigkeiten nicht versichert sind
4. Zeigen Sie den (vermeintlichen) Schadensfall unmittelbar an
5. Schützen Sie sich mit einem „Maulkorb“ gegenüber Mandanten
6. Pflicht zur Hinweis auf die Verjährung des Schadenersatzanspruchs?
7. Fremdvertretung im Schadensfall?
8. Freie Anwaltswahl?
9. Vermeiden Sie wissentliche Pflichtverletzungen
10. Verhindern Sie die Verjährung des Deckungsanspruchs ggü.
Haftpflichtversicherer

KÖLN

Wilhelm-Schlombs-Allee 7 – 11

50858 Köln

T +49. (0) 221. 49 29 29-0

F +49. (0) 221. 49 29 29-9

koeln@streck.net

BERLIN

Kurfürstendamm 59

10707 Berlin

T +49. (0) 30. 89 38 44-0

F +49. (0) 30. 89 38 44-9

berlin@streck.net

MÜNCHEN

Nymphenburger Straße 3

80335 München

T +49. (0) 89. 1 79 99 00-0

F +49. (0) 89. 1 79 99 00-9

muenchen@streck.net

