



MARTINI·MOGG·VOGT

RECHTSANWÄLTE · WIRTSCHAFTSPRÜFER · STEUERBERATER

## **Hinweispflichten des Steuerberaters bei der Insolvenzreife**

Stand: 9. September 2017



Dr. Arne Löser

Fachanwalt für Insolvenzrecht

Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

... mehr als Recht

# I. Einleitung

- Bei Insolvenzverfahren in Deutschland, die im Jahr 2011 eröffnet und bis Ende des Jahres 2015 beendet wurden, erhielten Gläubiger durchschnittlich 2,2 % ihrer Forderungen zurück (Forderungsausfall 9,5MrdEUR)
- Schätzungsweise etwa 2/3 aller GmbH-Insolvenzen in Deutschland werden zu spät beantragt
- Insolvenzverschleppung ist eine der in Deutschland am häufigsten verfolgten Wirtschaftsstraftaten
- **Das will der Bundesgerichtshof offenbar mit Hilfe der StB ändern: Urt. v. 26.01.2017 - IX ZR 285/14**

# II. Insolvenzantragspflichten

# II. Insolvenzantragspflichten

## JURISTISCHE PERSONEN UND GLEICHGESTELLTE GESELLSCHAFTEN

§ 15a Abs. 1 Satz 1 InsO:

*„[...] 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 Eröffnungsantrag zu stellen. [...]“*

- ➔ Gilt entsprechend für Kapital & Co. KG
- ➔ Verstöße sind haftungs- und strafbewehrt

## Eröffnung des Insolvenzverfahrens setzt Eröffnungsgrund voraus

### Zahlungsunfähigkeit (ZU) (§ 17 InsO)

Schuldner ist nicht in der Lage, die **fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen** (Deckungslücke von 10%, ggf. auch weniger, genügt).

Ausnahme:

Zahlungsstockung, bei der die Liquiditätslücke binnen drei Wochen (fast vollständig) geschlossen werden kann.

**Antragstellung auch durch Gläubiger möglich.**

### Drohende ZU (§ 18 InsO)

Schuldner wird im Planungszeitraum (idR laufendes und folgendes Geschäftsjahr, ggf. auch länger) voraussichtlich zahlungsunfähig werden

**Nur Schuldner kann Antrag stellen.**

### Überschuldung (§ 19 InsO)

Negative Fortbestehensprognose  
+  
Vermögen des Schuldners deckt bestehende Verbindlichkeiten nicht.

Eröffnungsgrund nur bei juristischen Personen und diesen gleichgestellten Personengesellschaften

**Antragstellung auch durch Gläubiger möglich.**

# III. Pflichten des StB bei Insolvenzreife

# III. Pflichten des StB bei Insolvenzreife

BGH, Urteil vom 26.01.2017 – IX ZR 285/14

*„[...] Die Entscheidung ist haftungsrechtliches Dynamit für StB [...]“*

Wegener, PStR 2017, 115, 116



# III. Pflichten des StB bei Insolvenzreife

BGH, Urteil vom 26.01.2017 – IX ZR 285/14

*„[...] Ein guter Zeitpunkt für Insolvenzverwalter, die laufenden Verfahren dahingehend zu überprüfen, ob die Insolvenzmasse durch Inanspruchnahme von Steuerberatern gemehrt werden kann.“*

Mielke, DStR 2017, 1060, 1064

# III. Pflichten des StB bei Insolvenzreife

BGH, Urteil vom 26.01.2017 – IX ZR 285/14

## Was ist neu?

1. Auch bei Auftrag zur JA-Erstellung **ohne Beurteilungen** muss StB auf Vorlage einer expliziten Fortführungsprognose (Unternehmensplanung) drängen, wenn Anhaltspunkte vorliegen, dass eine positive Fortführungsprognose fehlt
2. Auch **ohne Prüfauftrag** muss StB bei Offenkundigkeit auf mögliche Insolvenzreife und Prüfungsbedarf hinweisen

# III. Pflichten des StB bei Insolvenzreife

## 1. Fehlende positive Fortführungsprognose

JA kann mangelhaft sein und zur **StB-Haftung** führen, wenn Überschuldung nicht erkannt wird, weil dem JA **zu Unrecht Fortführungswerte** zugrunde gelegt werden.

### **Beispiel:**

Die vom beklagten StB aufgestellte Handelsbilanz per 31.12. weist ein positives Eigenkapital von 22.544,01 EUR aus. Die Gesellschaft verfügt nicht über die Mittel zur Aufrechterhaltung ihrer Zahlungsfähigkeit im laufenden Geschäftsjahr, andere Liquiditätsquellen sind nicht verfügbar. Ein Käufer für das Unternehmen kann nicht gefunden werden. Bei Ansatz von Liquidationswerten ist die Gesellschaft bilanziell überschuldet, weil (i) der Liquidationswert der Aktiva unter dem Buchwert liegt und (ii) Sozialplanverbindlichkeiten auszuweisen sind.

# III. Pflichten des StB bei Insolvenzreife

## 1. Fehlende positive Fortführungsprognose

Umstände, die Unternehmensfortführung entgegenstehen

→ „[...] hauptsächlich wirtschaftliche Schwierigkeiten [...],“

→ „[...] etwa [...]“

- Anzeichen, die einen Insolvenzgrund darstellen können, insb. solche, die Zahlungsfähigkeit gefährden
- Unternehmen erwirtschaftet Verluste
- zu geringe EK-Ausstattung,
- Liquiditätsschwierigkeiten
- bilanzielle Überschuldung

# III. Pflichten des StB bei Insolvenzreife

## 1. Fehlende positive Fortführungsprognose

- bei entspr. Anzeichen muss StB **auch bei Auftrag zu JA-Erstellung ohne eigene Beurteilungen** Klärung veranlassen, ob noch Fortführungswerte zugrunde gelegt werden können, sog. "explizite Fortführungsprognose": Vorlage einer integrierte Unternehmensplanung erforderlich (*Müller, ZInsO 2013, 2181, 2183; Mielke, DStR 2017, 1060, 1064*)
- Hinweis + Aufforderung an Mdt., explizite Fortführungsprognose vorzulegen

# III. Pflichten des StB bei Insolvenzreife

## 1. Fehlende positive Fortführungsprognose

*„Die in der Praxis verbreitete Handhabung, den Geschäftsführer eine Erklärung über die positive Fortführungsprognose abgeben zu lassen, wird in Zukunft einige Änderungen erfahren.“*

Römermann, GmbHR 2017, 348, 357

# III. Pflichten des StB bei Insolvenzzreife

## 1. Fehlende positive Fortführungsprognose

JA mangelfrei, wenn Gesellschaft trotz ordnungsgemäßen Hinweis des StB diesen ausdrücklich anweist, Handelsbilanz mit Fortführungswerten zu erstellen

**Achtung,**

**StB hat die Anweisung des Mandanten in dem von ihm erstellten Entwurf des JA zu dokumentieren!**

# III. Pflichten des StB bei Insolvenzreife

## 1. Fehlende positive Fortführungsprognose

**Berufsrechtliches Handbuch, EL 39 (Stand Oktober 2015):**

*„Eine Bescheinigung kann nicht erteilt werden, wenn **trotz schwerwiegender Einwendungen des Steuerberaters Vermögensgegenstände und Schulden unter der Annahme der Fortführung der Unternehmenstätigkeit bewertet werden, obwohl dem tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten entgegenstehen. In diesem Fall hat der Steuerberater den Auftrag niederzulegen (vgl. Tz. 29 der Verlautbarung) und keine Bescheinigung zu erteilen (vgl. Tz. 67 der Verlautbarung).“***



# III. Pflichten des StB bei Insolvenzreife

## 2. Hinweis bzgl. möglicher Insolvenzantragspflicht

**Bisher (BGH, Urt. v. 07.03.2013 – IX ZR 64/12):**

*„[...] 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. [...]“*

# III. Pflichten des StB bei Insolvenzreife

## 2. Hinweis bzgl. möglicher Insolvenzantragspflicht

**Jetzt (BGH, Urt. v. 26.01.2017 – IX ZR 285/14):**

Hinweis- und Warnpflichten des StB, wenn

- (i) der StB **Insolvenzgrund erkennt** oder **„ernsthafte Anhaltspunkte“** für einen möglichen Insolvenzgrund **„offenkundig“** sind und
- (ii) StB annehmen muss, dass die **mögliche Insolvenzreife** dem **Mandanten nicht bewusst** ist.

Gilt auch für steuerberatende Dauer-Mandate (*Desch/Schmidt, VersR 2017, 799, 800; Schädlich, NZI 2017, 318, 319*)

# III. Pflichten des StB bei Insolvenzreife

## 2. Hinweis bzgl. möglicher Insolvenzantragspflicht

Mögliche **Anhaltspunkte** für Insolvenzgrund nach BGH:

- In aufeinanderfolgenden Jahren mehrfach nicht durch Eigenkapital gedeckte Fehlbeträge
- Fehlen stiller Reserven bei gleichzeitiger bilanzieller Überschuldung

**Achtung,**

**Aufzählung nicht abschließend!**

# III. Pflichten des StB bei Insolvenzreife

## 2. Hinweis bzgl. möglicher Insolvenzantragspflicht

**Folge:** StB muss

- (i) maßgebliche Umstände, die Anhaltspunkt für Insolvenzgrund sein können, im Einzelnen bezeichnen und
- (ii) Mandant konkret darauf hinweisen, dass diese Umstände Anlass zur Prüfung einer möglichen Insolvenzreife geben

**Nicht:** Pflicht zur Überprüfung

→ Diese muss Gf. selbst vornehmen od. gesondert in Auftrag geben

# III. Pflichten des StB bei Insolvenzreife

## 2. Hinweis bzgl. möglicher Insolvenzantragspflicht

**Offene Fragen:** Muss der StB jetzt auch auf

- (i) die Insolvenzantragspflicht gem. § 15a Abs. 1 InsO
- (ii) das Zahlungsverbot gem. § 64 Satz 1 GmbHG

hinweisen?

Anders noch BGH vom 24. 2. 1994 – IX ZR 126/93

# IV. Haftungsrisiken

# IV. Haftungsrisiken

## 1. Gesellschaft als Geschädigte

Zu ersetzen sind Nachteile infolge (verspäteten) Insolvenzantrags

- (i) Wäre Insolvenz bei rechtzeitigem Hinweis vermeidbar gewesen?
- (ii) Vermögensminderung wg. verspäteter Insolvenzanmeldung

# IV. Haftungsrisiken

## 2. Geschäftsführer als Geschädigte

Vertrag zw. StB und Gesellschaft als **Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Gf**:  
BGH macht im Urteil v. 26.01.2017 keine Ausführungen zu möglicher  
Schutzwirkung der Hinweispflicht, nach wohl hM zu bejahen

Mögliche Schäden des Geschäftsführers:

- (i) Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife gemäß §§ 64 Satz 1 GmbHG,  
130a Abs. 1 Satz 1 HGB
- (ii) Haftung ggü. Altgläubigern (Quotenschaden) und Neugläubigern  
(Vertrauensschaden) gemäß §§ 823 Abs. 2 BGB iVm 15a InsO



# IV. Haftungsrisiken

## 3. Gläubiger als Geschädigte (insb. Neugläubiger)

- (i) Aus Vertrag über JA-Erstellung **als solchem** grds keine direkte Haftung des StB ggü Gläubigern (*BGH, Urt. 18.02.1987 - IVa ZR 232/85, Rn. 11*)
- (ii) Aber: Haftung ggü Dritten möglich, wenn für StB erkennbar, dass JA an Dritte zwecks Vermögensdisposition weitergeben werden soll
- (iii) mE grds. keine Haftung ggü. Gläubigern wegen unterlassenen Hinweis auf Insolvenzreife
- (iv) Aber: „mittelbare“ Haftung wg Regresspflicht des Gf ggü Gläubigern denkbar (§§ 15a InsO, 823 Abs. 2 BGB, siehe oben)

# V. Strafrechtliche Risiken

# V. Strafrechtliche Risiken

**durch Fortführen der steuerberatenden Tätigkeit nach Insolvenzreife?**

**Beispiel (OLG Köln, Urt. v. 03.12.2010 - 1 Ws 146/10):**

*„[...] Der Antragsteller (Anm.: Insolvenzverwalter) wirft der beschuldigten Steuerberaterin im Kern vor, durch Weiterführung ihrer steuerberatenden Tätigkeit ("durch Buchführungsarbeiten, die Abgabe von Steuererklärungen etc.", S. 24, 25 der Antragsschrift) nach Eintritt der Insolvenzreife der P. N. & T. GmbH Beihilfe zu der von dem Geschäftsführer der Gesellschaft verübten Insolvenzverschleppung begangen zu haben. [...]“*

# V. Strafrechtliche Risiken

durch Fortführen der steuerberatenden Tätigkeit nach Insolvenzreife?

OLG Köln, Urt. v. 03.12.2010 - 1 Ws 146/10:

*„[...] Das in Rede stehende Verhalten der Beschuldigten (Anm.: der StB) ist - **jedemfalls** vor dem Hintergrund der Erklärungen des Geschäftsführers und seiner (schließlich auch verwirklichten) Bereitschaft, eigenes Vermögen zur Rettung der GmbH einzusetzen - als **noch** "berufstypisch" und "sozialadäquat" im Sinne der oben unter II. 3. dargestellten Rechtsprechungsgrundsätze zu bewerten. Zutreffend heißt es im Bescheid des Generalstaatsanwalts: "Hier ist zu **ihren Gunsten** nicht zu übersehen, dass die Beschuldigte **mehrfach auf die schlechte finanzielle Situation des Unternehmens und die Konsequenzen einer möglichen Insolvenzverschleppung hingewiesen und ihm pflichtgemäßes Handeln eindringlich nahegelegt hat. Die Annahme, sie habe sich hier mit dem Firmeninhaber zu einer strafbaren Handlung solidarisiert (...) liegt fern.**" [...]"*

# V. Strafrechtliche Risiken

durch Fortführen der steuerberatenden Tätigkeit nach Insolvenzreife?

Frage: Würde der Bundesgerichtshof anders entscheiden?

BGH, Urt. v. 01.08.2000 – 5 StR 624/99 (Steuerhinterziehung):

*„[...] Gehilfenvorsatz liegt vor, wenn der Gehilfe die Haupttat in ihren wesentlichen Merkmalen kennt und in dem Bewußtsein handelt, durch sein Verhalten das Vorhaben des Haupttäters zu fördern. Ob der Gehilfe den Erfolg der Haupttat wünscht oder ihn lieber vermeiden würde, ist nicht entscheidend. Es reicht, daß die Hilfe an sich geeignet ist, die fremde Haupttat zu fördern oder zu erleichtern, und der Hilfeleistende dies weiß. **Unter dieser Voraussetzung ist der Vorsatz selbst dann nicht in Frage gestellt, wenn der Gehilfe dem Täter ausdrücklich erklärt, er mißbilligt die Haupttat** [...] Eine generelle Straflosigkeit von "neutralen", "berufstypischen" oder "professionell adäquaten" Handlungen kommt dagegen nicht in Betracht. **Weder Alltagshandlungen noch berufstypische Handlungen sind in jedem Fall neutral. Fast jede Handlung kann in einen strafbaren Kontext gestellt werden** [...]"*

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



# Dr. Arne Löser

Rechtsanwalt . Geschäftsführender Partner  
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

Fachanwalt für Insolvenzrecht

[a.loeser@mmv-koblenz.de](mailto:a.loeser@mmv-koblenz.de)

Telefon: 0261/8844627

Telefax: 0261/800801

Mobil: 0178/1311211