

## **Infoblatt**

### **Haftungsgefahren des Steuerberaters in Zeiten der Corona-Krise**

Die Corona-Krise erfordert von Unternehmen schnelles Handeln. Staatliche Hilfen sollen zeitnah in Anspruch genommen, eine Krise des Unternehmens verhindert werden. In diesem Zuge mehren sich auch die Anfragen und Aufträge der Unternehmensmandanten an die Steuerberater, die allesamt dringlich beantwortet und bearbeitet werden sollen. Diese unübersichtliche Situation in Zeiten der allgemein bestehenden Verunsicherung und unvorhersehbaren Entwicklungen birgt für den Steuerberater erhöhte Haftungsgefahren. Diese äußern sich vor allem in drei Bereichen, die wir aus aktuellem Anlass zur Orientierung für Steuerberater nachfolgend darstellen möchten:

#### **1. Kurzübersicht**

##### **1.1. Beratung des Mandanten bei der Beantragung von Kurzarbeitergeld (ausführlich Ziffer 2.1)**

In der Regel sollte im Rahmen eines bestehenden Mandats (insbesondere im Bereich der Lohnbuchhaltung) ein (zur späteren Nachweisbarkeit idealerweise schriftlicher) Hinweis an den Mandanten erfolgen, dass es im Rahmen der aktuellen Situation die vereinfachte Möglichkeit gibt, Kurzarbeitergeld zu beantragen.

Wichtig ist, dass eine Prüfung der Antragsvoraussetzungen für den Mandanten durch den Steuerberater nicht selbst erfolgen darf. Die Beratung im Rahmen der Antragstellung (Anzeige über Arbeitsausfall sowie Leistungsantrag auf Kurzarbeitergeld) würde für den Steuerberater eine unerlaubte Rechtsberatung und nicht eine erlaubte Nebentätigkeit darstellen, da hier keine steuerliche Beratung im Vordergrund steht, auf die sich die rechtliche Beratung als Nebentätigkeit beziehen würde. Da auch der Deckungsschutz der Berufshaftpflichtversicherung bei einer unerlaubten Rechtsberatung gefährdet ist, würde eine derartige Beratung ein erhebliches Haftungsrisiko für den Steuerberater bedeuten.

Der Steuerberater sollte sich daher ausschließlich auf die Erfüllung der genannten Hinweispflicht zur Möglichkeit des Antrags auf Kurzarbeitergeld beschränken. Zudem sollte der Steuerberater gegenüber dem Mandanten auf die Einschaltung eines im Arbeitsrecht spezialisierten Rechtsanwalts zur Klärung der Anspruchsvoraussetzungen für das Kurzarbeitergeld und zur Beratung bei der Beantragung hinwirken.

In den zulässigen Beratungsbereich des Steuerberaters fallen im Anschluss an ein erfolgreiches Antragsverfahren dann wieder die Berechnungen zum Kurzarbeitergeld im Rahmen der vom Steuerberater durchgeführten Lohnbuchführung.

## **1.2. Kreditverhandlungen mit Banken des Mandanten (ausführlich Ziffer 2.2)**

Bei der Involvierung in Gespräche und Verhandlungen mit der Bank des Mandanten muss sich der Steuerberater der besonderen Haftungsgefahren bewusst sein, die immer dann entstehen, wenn nicht am Mandatsverhältnis beteiligte Dritte von seiner Tätigkeit betroffen sein können.

Sofern der Berater oder seine Mitarbeiter nicht in direktem Kontakt mit der Bank stehen, kann eine direkte Haftung gegenüber der Bank nur über die Grundsätze des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter entstehen. Für diese Fälle ist es wichtig, dass der Steuerberater eine – ohnehin dringend zu empfehlende – Haftungsabsicherung gegenüber seinem Mandanten (insbesondere über die wirksame Einbeziehung von Allgemeinen Auftragsbedingungen mit zulässiger Haftungsbeschränkung) hat. Die dort getroffenen Vereinbarungen muss auch die Bank als geschützte Dritte aus dem Mandatsverhältnis gegen sich gelten lassen.

Problematischer wird es, wenn – wie es in der aktuellen Situation wohl häufiger geschehen wird – eine direkte Kommunikation mit der Bank erfolgt. Dann besteht die Gefahr, dass ein direktes Vertragsverhältnis mit der Bank stillschweigend zustande kommt, ohne dass hierbei die Allgemeinen Auftragsbedingungen und damit die dort geregelte Haftungsbeschränkung vereinbart sind. Dadurch kann eine unbeschränkte Haftung des Steuerberaters gegenüber der Bank entstehen. Der Steuerberater muss in diesen Fällen aktiv werden und mit der Bank schriftlich fixieren, dass seine Mitwirkung alleine auf der Seite des Mandanten erfolgt und hierdurch kein Auftragsverhältnis mit der Bank entsteht. Anderenfalls muss der Steuerberater mit der Bank die Geltung seiner Allgemeinen Auftragsbedingungen vereinbaren.

## **1.3. Beratung des Mandanten in wirtschaftlicher Schieflage (ausführlich Ziffer 2.3)**

Nach der Rechtsprechung des BGH ergeben sich für den mit der Erstellung des Jahresabschlusses für eine GmbH beauftragten Steuerberater konkrete Pflichten:

Der Steuerberater muss 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. Ist dies der Fall, darf der Jahresabschluss nicht ungeprüft unter Ansatz von Fortführungswerten erstellt werden. Der Steuerberater muss den Mandanten klar und deutlich darauf hinweisen, dass dieser nun eine Fortführungsprognose durch eine sachkundige Person erstellen lassen muss, um eine tragfähige Grundlage für eine Bilanzierung zu Fortführungswerten zu schaffen.

Daneben muss der Steuerberater den Mandanten auf einen möglichen Insolvenzgrund und die daran anknüpfende Prüfungspflicht ihres Geschäftsführers hinweisen, wenn entsprechende Anhaltspunkte offenkundig sind und er annehmen muss, dass die mögliche Insolvenzreife dem Mandanten nicht bewusst ist.

Damit sich die erhöhten Risiken des Steuerberaters bei Mandanten in der Krise – im Zweifel keine Vergütung, aber volle Haftung – nicht quasi automatisch und kumulativ verwirklichen, ist eine vorbeugende Absicherung durch den Steuerberater unerlässlich.

Dazu gehören ein professioneller Abstand zum Mandat und zum Mandanten, ein schriftlicher Mandatsvertrag, die Vereinbarung Allgemeiner Auftragsbedingungen mit wirksamer Haftungsbegrenzung, eine schriftliche Dokumentation der Beratung, eine zielgerichtete Kommunikation zur Abgrenzung der Verantwortung, im Zweifel die Ablehnung oder Niederlegung des Mandats bzw. die Zuziehung von Spezialisten sowie die Klärung der Deckung der Berufshaftpflichtversicherung.

## **2. Zur Rechtslage im Einzelnen**

### **2.1. Beratung des Mandanten bei der Beantragung von Kurzarbeitergeld**

Grundsätzlich fallen die Berechnungen zum Kurzarbeitergeld im Rahmen der vom Steuerberater durchgeführten Lohnbuchführung in den zulässigen Beratungsbereich des Steuerberaters.

Eine Beratung oder Vertretung des Mandanten im Antragsverfahren auf Kurzarbeitergeld durch den Steuerberater ist demgegenüber problematisch.

#### **2.1.1. Parallele Rechtslage bezüglich Beratung und Vertretung im Rahmen von Statusfeststellungsverfahren**

Für die Beantwortung der Frage, ob die Beratung im Antragsverfahren auf Kurzarbeitergeld eine für den Steuerberater erlaubte oder unerlaubte Rechtsberatung darstellt, kann auf die parallele Fallgestaltung der Beratung und Vertretung im Rahmen des Statusfeststellungsverfahrens zur Sozialversicherungspflicht von Gesellschafter-Geschäftsführern einer GmbH abgestellt werden.

Bereits nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (so Urteil vom 5. März 2014, B 12 R 7/12 R) ist es dem Steuerberater nicht erlaubt, in Antragsverfahren zur Klärung des sozialversicherungsrechtlichen Status eines Erwerbstätigen gegenüber der Deutschen Rentenversicherung Bund als Verfahrensbevollmächtigter aufzutreten. Diese Tätigkeit stellt auch nicht eine dem Steuerberater nach § 5 RDG erlaubte Nebenleistung dar, da hier keine steuerrechtlichen Fragen im Vordergrund stehen. Diese Tätigkeit ist ihm vielmehr aus diesen berufsrechtlichen Gründen verboten.

Denn im unmittelbaren Zusammenhang mit der Lohnbuchhaltung, zu der der Steuerberater nach § 6 Nr. 4 StBerG befugt ist, steht nur die Berechnung der Sozialversicherungsbeiträge bzw. die Frage, inwiefern auf bestimmte Bezüge Sozialabgaben überhaupt anfallen. Hingegen handelt es sich bei der Prüfung der Sozialversicherungspflicht bereits um eine juristische Vorfrage, die die Grundlage für die nachfolgende Tätigkeit des Steuerberaters insgesamt bildet.

Auch das Antragsverfahren zum Kurzarbeitergeld verlangt zunächst eine rein rechtliche Prüfung, ob die Anspruchsvoraussetzungen vorliegen. Parallel dazu erfordert auch die Beratung dahingehend, wie der Mandant die Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld schaffen kann, eine rein rechtliche Beratung. Diese rechtliche Beratung ist – wie im Rahmen des sozialversicherungsrechtlichen

Statusfeststellungsverfahrens – eine juristische Vorfrage, die im Gegensatz zu der Berechnung des Kurzarbeitergelds eben nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der dem Steuerberater erlaubten Lohnbuchhaltung steht.

Es spricht daher vieles dafür, dass auch im Antragsverfahren zum Kurzarbeitergeld keine dem Steuerberater erlaubte Nebenleistung zur sonstigen, erlaubten Hilfeleistung in Steuersachen vorliegt, sondern vielmehr der Steuerberater sich durch eine entsprechende Beratung und Vertretung im Antragsverfahren oder auch im Rahmen der Klärung von Vorfragen zum Anspruch auf Kurzarbeitergeld in den Bereich einer unerlaubten Rechtsberatung bewegt.

#### Urteil des Sozialgerichts Chemnitz:

Eine – auf den ersten Blick – andere Auffassung vertritt das Sozialgericht Chemnitz in seinem Urteil vom 26.10.2017 – S 26 AL 331/16. Das Sozialgericht befasst sich umfassend mit der Frage, inwieweit eine Vertretung im Widerspruchsverfahren zum Antragsverfahren auf Saison-Kurzarbeitergeld durch den Steuerberater noch eine zulässige Nebenleistung zur erlaubten Steuerberatung darstellt. Das Sozialgericht Chemnitz befasst sich dabei auch umfassend mit der Parallele zum Statusfeststellungsverfahren.

Das Sozialgericht Chemnitz kommt jedoch zu dem Ergebnis, dass die erbrachte Rechtsdienstleistung im Rahmen des Widerspruchsverfahrens zum Antrag auf Kurzarbeitergeld zwar kein Bestandteil der Befugnis zur Lohnbuchhaltung, aber als „Nebenleistung“ im Sinne des § 5 Abs. 1 RDG erlaubt sei.

Demgemäß entschied das Sozialgericht, dass ein mit der Lohnbuchhaltung des Unternehmens beauftragter Steuerberater in einem Widerspruchsverfahren auf Saison-Kurzarbeitergeld nach § 101 SGB III als Verfahrensbevollmächtigter des Arbeitgebers jedenfalls dann vertretungsberechtigt sei, wenn nur Berechnungsfragen für das Saison-Kurzarbeitergeld im Streit stünden. Sowohl das Antrags- als auch das Widerspruchsverfahren seien in diesem Fall eine zulässige Nebentätigkeit zur Lohnbuchhaltung nach § 5 Abs. 1 RDG.

Festzuhalten ist zu diesem Urteil des Sozialgerichts Chemnitz zum einen, dass dieses Urteil noch nicht rechtskräftig ist. Das Berufungsverfahren ist nach Kenntnis der Autoren aktuell noch beim Landessozialgericht Sachsen unter dem Az. L 3 AL 176/17 anhängig. Es ist nicht auszuschließen, dass auch diese Rechtsfrage am Ende durch das Bundessozialgericht zu entscheiden sein wird.

Zum anderen ist auch zu beachten, dass das Sozialgericht Chemnitz ausdrücklich für den dem Urteil zugrunde liegenden Einzelfall entschieden hat, dass es im Widerspruchsverfahren ausschließlich um die Berechnung des Kurzarbeitergelds und nicht um die Erfüllung der Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld geht. Dementsprechend ist auch die Entscheidung dahingehend formuliert, dass das Antrags- und Widerspruchsverfahren jedenfalls dann eine erlaubte Nebenleistung darstellt, wenn nur Berechnungsfragen im Raum stehen.

Ob man dies auch so sehen kann, wenn es allein um die Beratung des Mandanten dahingehend geht, ob und unter welchen (rechtlichen) Voraussetzungen er überhaupt Kurzarbeitergeld beantragen kann, ist daher auch vor dem Hintergrund dieser Entscheidung des Sozialgerichts Chemnitz sehr fraglich.

Zumindest ist die Rechtslage diesbezüglich nicht eindeutig und daher für den Steuerberater mit erhöhten Risiken verbunden. Die Parallele zu den Fällen der Beratung und Vertretung beim Statusfeststellungsverfahren in Fragen der Sozialversicherungspflicht von Gesellschafter-Geschäftsführern der GmbH führt zu dem Ergebnis, dass auch die Beratung und Vertretung des Mandanten im Rahmen der Antragstellung zum Kurzarbeitergeld für den Steuerberater eine unerlaubte Rechtsberatung darstellen dürfte. Eine Prüfung der Antragsvoraussetzungen für den Mandanten darf durch den Steuerberater dann nicht erfolgen.

Da auch der Deckungsschutz der Berufshaftpflichtversicherung bei einer unerlaubten Rechtsberatung gefährdet ist, würde eine derartige Beratung ein erhebliches Haftungsrisiko für den Steuerberater beinhalten.

#### 2.1.2. Folgen für die Beratungspraxis

Um eine möglicherweise nicht von der Berufshaftpflichtversicherung gedeckte Haftung gegenüber dem Mandanten zu vermeiden, sollte der Steuerberater daher nicht die direkte Beratung und Vertretung im Antragsverfahren auf Kurzarbeitergeld übernehmen. Dies gilt gerade für die aktuell unübersichtliche Situation in der von staatlicher Seite kurzfristig geschaffenen Möglichkeit für Unternehmen, im Rahmen der Corona-Krise Kurzarbeitergeld zu erhalten.

Der Steuerberater sollte sich daher ausschließlich darauf beschränken, den Mandanten auf die Möglichkeit des Antrags auf Kurzarbeitergeld (und gegebenenfalls auch die Inanspruchnahme weiterer Soforthilfen) im Zuge der Corona-Krise hinzuweisen. Zudem sollte der Steuerberater gegenüber dem Mandanten auf die Einschaltung eines im Arbeitsrecht spezialisierten Rechtsanwalts zur Klärung der Anspruchsvoraussetzungen und zur Beratung bei der Beantragung hinwirken.

In den zulässigen Beratungsbereich des Steuerberaters fallen jedoch die Berechnungen zum Kurzarbeitergeld im Rahmen der vom Steuerberater durchgeführten Lohnbuchführung.

In der aktuellen FAQ-Liste der Bundessteuerberaterkammer zur Corona-Krise (Stand: 23. März 2020) wird ausgeführt, dass das reine Ausfüllen der Antragsformulare auf Kurzarbeitergeld – gemeint ist wohl die reine Übertragung der Berechnungen des Steuerberaters in das Antragsformular – für den Steuerberater noch eine zulässige Nebenleistung sein sollen.

Angesichts der noch nicht höchstrichterlich entschiedenen Rechtsfrage ist jedoch auch diese Tätigkeit mit den oben genannten Risiken behaftet. Zu bedenken ist auch, dass die Grenze von der reinen Übertragung der eigenen Berechnungen auf das Formular und die rechtliche Beratung im Rahmen der Antragstellung fließend ist und daher das bloße Ausfüllen sehr leicht (und gegebenenfalls unbemerkt) in eine in

jedem Fall unerlaubte rechtliche Beratung übergehen kann. Dies ist insbesondere auch vor dem Hintergrund kritisch zu betrachten, da die Frage der Einführung von Kurzarbeit im Betrieb oftmals von tarif- oder arbeitsvertraglichen Vereinbarungen abhängt und dort gegebenenfalls auch gesonderte arbeitsvertragliche Regelungen des Mandanten mit seinen Arbeitnehmern erforderlich sein können, um überhaupt in den Bereich der Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld kommen zu können. Dies gilt sowohl für die Anzeige über Arbeitsausfall als auch den Leistungsantrag.

Es ist daher zu empfehlen, dass sich der Steuerberater derartigen Haftungsrisiken nicht aussetzt und sich auf die reinen Berechnungen im Rahmen der Lohnbuchführung beschränkt.

Wenn der Steuerberater dennoch bei dem reinen Ausfüllen der Anträge behilflich sein möchte, sollte er durch schriftliche Vereinbarung mit dem Mandanten klarstellen, dass damit keine rechtliche Beratung verbunden ist und lediglich eine Übertragung der vom Steuerberater durchgeführten Berechnungen auf die Antragsformulare erfolgt. Zusätzlich sollte dabei in jedem Fall aktiv der Versicherungsschutz geprüft und eine entsprechende Bestätigung vom Versicherer eingeholt werden.

## **2.2. Kreditverhandlungen mit Banken des Mandanten**

Paradebeispiel für Dritte, die bestimmungsgemäß mit den Leistungen des Steuerberaters in Berührung kommen, ist die kreditgebende Bank des Mandanten. Die Anfragen an die Steuerberater zur Beratung im Rahmen der Kreditaufnahme und sonstigen im Zuge der aktuellen Corona-Krise seitens des Bundes und der Länder zugesagten Hilfen häufen sich bereits jetzt und werden im Laufe der Krise mit Sicherheit noch zunehmen.

Dabei stellt sich die Frage der Haftung und der Haftungsabsicherung des Steuerberaters gegenüber der Bank.

### **2.2.1. Mandatsvertrag als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter**

Unter bestimmten Voraussetzungen kann ein am Mandatsverhältnis nicht beteiligter Dritter in den Schutzbereich des Mandatsvertrags einbezogen sein (Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter). Ist dies der Fall, kann bei einem Beratungsfehler des Steuerberaters der Dritte eigene Schadensersatzansprüche gegen diesen geltend machen, obwohl kein direktes Vertragsverhältnis zwischen beiden besteht.

Kommt der nicht am Mandatsverhältnis beteiligte Dritte bestimmungsgemäß – also typischerweise und nicht nur zufällig – mit den Leistungen des Steuerberaters in Berührung, und hat der Mandant ein besonderes, berechtigtes Interesse daran, den Dritten in den Schutzbereich des Mandatsvertrags mit einzubeziehen, dann ist der Dritte – sofern ihm nicht aus anderen Gründen ein eigener gleichwertiger vertraglicher Anspruch zusteht – in den Schutzbereich des Mandatsvertrags einbezogen, sofern die Leistungsnähe und das Einbeziehungsinteresse für den Steuerberater erkennbar sind.

Im Falle der kreditgebenden Bank liegen diese Voraussetzungen für einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter regelmäßig vor, da dem Steuerberater bereits aus seiner Arbeit für den Mandanten (Buchhaltung, Jahresabschluss) die Kreditbeziehung des Mandanten zu der Bank bekannt ist, und da der Berater damit rechnen muss, dass die Bank auf seine Arbeitsergebnisse weitere Kreditentscheidungen stützen wird. Die Bank kann in diesen Fällen aufgrund fehlerhafter Arbeitsergebnisse oder Beratungsleistungen des Steuerberaters (beispielsweise bei Fehlern in dem der Bank vorgelegten Jahresabschluss) unmittelbar eigene Schadensersatzansprüche gegen den Steuerberater geltend machen.

Im Falle einer solchen Dritthaftung bildet der Mandatsvertrag des Steuerberaters mit seinem Mandanten die rechtliche Grundlage für den Schadensersatzanspruch des in den Schutzbereich des Mandatsvertrages einbezogenen Dritten. Deshalb muss die Bank diesen Mandatsvertrag, auf den sie ihre Ansprüche stützt, so hinnehmen, wie dieser Mandatsvertrag zwischen den Vertragsparteien (Steuerberater und Mandant) abgeschlossen wurde. Hat der Steuerberater nur einen begrenzten Auftrag von dem Mandanten erhalten (z.B. Erstellung des Jahresabschlusses ohne Prüfungshandlungen), dann kann weder der Mandant noch die Bank Ansprüche darauf stützen, dass der Steuerberater keine weitergehenden Prüfungshandlungen vorgenommen hat, um die Richtigkeit des Zahlenwerks zu verifizieren.

#### Haftungsabsicherung

Hier liegt der Ansatzpunkt für die Haftungsabsicherung des Steuerberaters. Hat er mit seinem Mandanten – was dringend zu empfehlen ist – die Geltung allgemeiner Auftragsbedingungen wirksam für das gesamte Mandatsverhältnis vereinbart und enthalten diese Auftragsbedingungen auch eine zulässige Regelung zur Haftungsbeschränkung, so muss auch die Bank, die Schadensersatzansprüche gegen den Steuerberater aus den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter geltend macht, diese Haftungsbeschränkung (und auch die übrigen Regelungen in den Auftragsbedingungen, wie beispielsweise zum Gerichtsstand) gegen sich gelten lassen.

#### 2.2.2. Zustandekommen eines direkten Auftragsverhältnisses mit dem Dritten

Problematischer und für den Steuerberater ungleich gefährlicher wird die Angelegenheit aber, wenn der Steuerberater oder seine Mitarbeiter mit dem Dritten direkt kommunizieren, z.B. Rückfragen der Bank ausführlich beantworten, Arbeitsergebnisse regelmäßig direkt an die Bank weitergeben oder bei Kreditgesprächen mit der Bank anwesend sind oder diese sogar federführend begleiten.

Durch den direkten Kontakt kann ein – über den bloßen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter hinausgehendes – konkludentes (stillschweigendes) unmittelbares Auftragsverhältnis (Auskunftsvertrag) zwischen dem Steuerberater und dem mit dem Mandanten geschäftlich verbundenen Dritten entstehen.

Voraussetzung für das Zustandekommen eines eigenen Auskunftsvertrages zwischen dem Berater und einem nicht am eigentlichen Mandatsverhältnis beteiligten Dritten ist nach st. Rspr. des BGH (BGH Urteil vom 13.02.1992, III ZR 28/90, NJW 1992, 2080; BGH Urteil vom 10.11.1994, III ZR 50/94, NJW 1995, 392) zunächst, dass neben dem unmittelbaren Kontakt zwischen dem Auskunftsgeber (Steuerberater) und dem Empfänger der Auskunft (z.B. Bank) weitere Umstände vorliegen, die eine eigene vertragliche Beziehung über das eigentliche Vertragsverhältnis des Beraters mit dem Mandanten hinaus begründen.

Beispiel: Solche Umstände können beispielsweise darin liegen, dass der Steuerberater unmittelbar gegenüber der Bank nicht nur knappe Erläuterungen des von ihm erstellten Jahresabschlusses abgibt, sondern – beispielsweise auf konkrete Rückfragen seitens des Bankmitarbeiters – weitergehende Angaben macht, etwa über die wirtschaftlichen Verhältnisse seines Mandanten.

Darüber hinaus muss es für den Steuerberater erkennbar sein, dass die übermittelten Arbeitsergebnisse bzw. die erteilten Auskünfte für den Dritten von erheblicher Bedeutung sind und Grundlage wesentlicher Entschlüsse und Maßnahmen des Dritten werden sollen, was im Falle der Kommunikation mit der kreditgebenden Bank über die wirtschaftliche Lage des Mandanten in der Regel der Fall ist.

Es muss außerdem unter Berücksichtigung der Gesamtumstände darauf zu schließen sein, dass sowohl der Steuerberater als auch der Dritte das übermittelte Arbeitsergebnis bzw. die erteilte Auskunft zum Gegenstand eigener vertraglicher Rechte und Pflichten machen wollen. Je mehr der Steuerberater in direktem Kontakt mit der Bank dieser gegenüber Auskünfte erteilt, umso eher kann aus den Gesamtumständen auf einen entsprechenden beidseitigen Verpflichtungswillen geschlossen werden.

Beispiel: Eine bloße (unkommentierte) Weiterleitung des Berichts des Steuerberaters über den Jahresabschluss auf Weisung des Mandanten wird noch kein direktes Auftragsverhältnis zu der Bank begründen. Beantwortet aber der Steuerberater oder einer seiner Mitarbeiter Rückfragen der Bank zu den Jahresabschlusszahlen, wird man – je ausführlicher die erteilten Auskünfte ausfallen, umso eher – auf ein direktes Auftragsverhältnis des Beraters zu der Bank schließen können.

Bei direkter Kommunikation mit der Bank besteht daher die Gefahr eines konkludent zustande gekommenen Mandatsvertrags zwischen dem Steuerberater und der Bank. Darin liegt die große Haftungsgefahr für den Steuerberater, wenn ihm oder einem seiner Mitarbeiter bei Erteilung einer Auskunft gegenüber der Bank oder im Rahmen des übermittelten Arbeitsergebnisses ein beruflicher Fehler unterläuft.

Da dieses Mandatsverhältnis zwischen dem Steuerberater und der Bank ohne weiteres Zutun der Parteien stillschweigend zustande kommt, sind die Allgemeinen Auftragsbedingungen des Steuerberaters innerhalb dieses Mandatsverhältnisses mit dem Dritten nicht wirksam vereinbart. Damit gilt insbesondere auch nicht eine in den Auftragsbedingungen enthaltene vertragliche Haftungsbeschränkung. Der Steuerberater haftet daher unbeschränkt für berufliche Fehler gegenüber der Bank. In Fällen, in denen die Schadenssumme den vom Versicherungsschutz des



Steuerberaters gedeckten Betrag überschreitet, kann dies für die Kanzlei des Steuerberaters unter Umständen existenzbedrohende Folgen haben.

#### Haftungsabsicherung

Um dieses unkalkulierbare Haftungsrisiko möglichst zu vermeiden, kann der Steuerberater einerseits auf jegliche direkte Kommunikation mit außerhalb des Mandats stehenden Dritten verzichten.

Diese Lösung wird vor dem Hintergrund des Service-Gedankens gegenüber dem Mandanten aber regelmäßig nicht gewollt sein, so dass sich dann die Frage der richtigen Absicherung des Steuerberaters bei direkter Kommunikation mit der Bank stellt.

Kommt es zu einem – vom Mandanten gewünschten – direkten Kontakt mit der Bank, sollte der Steuerberater gegenüber der Bank ausdrücklich klarstellen, dass er die der Bank erteilten Auskünfte ausschließlich als steuerlicher Berater seines Mandanten abgibt, dass Arbeitsergebnisse nur als „Bote“ für den Mandanten übermittelt werden und dass durch die Mitwirkung des Steuerberaters insgesamt kein Auftragsverhältnis mit der Bank zu Stande kommt. Dies sollte in jedem Fall mit der Bank in einer schriftlichen Vereinbarung fixiert werden.

Möchte die Bank demgegenüber jedoch ausdrücklich eine verbindliche sachverständige Erklärung des Steuerberaters, muss dies zunächst mit dem Mandanten abgeklärt werden, da der Steuerberater in dem Mandatsverhältnis grundsätzlich allein die Interessen seines Mandanten vertreten darf und muss. Hieraus darf sich kein Interessenskonflikt ergeben. Darüber hinaus muss er das dann entstehende Mandatsverhältnis mit der Bank haftungsrechtlich absichern. Dazu sollte der Steuerberater zu Beginn der Zusammenarbeit die Geltung seiner Allgemeinen Auftragsbedingungen wirksam mit der Bank schriftlich vereinbaren.

Hierfür reicht es nicht aus, der Bank die Arbeitsergebnisse mit der Erklärung zu übermitteln, dass durch Kenntnisnahme und Nutzung der im Arbeitsergebnis enthaltenen Informationen der Empfänger die Geltung der beigefügten Allgemeinen Auftragsbedingungen stillschweigend anerkennt. In der Regel können Allgemeine Auftragsbedingungen durch den Verwender nicht einseitig in eine Vertragsbeziehung einbezogen werden. Hierzu ist stets die ausdrückliche Bestätigung des Vertragspartners erforderlich, hier also eine ausdrückliche schriftliche Zustimmung der Bank zur Geltung der Allgemeinen Auftragsbedingungen des Steuerberaters in dem zu der Bank begründeten Auftragsverhältnis.

### **2.3. Beratung des Mandanten in wirtschaftlicher Schieflage / Jahresabschluss für Mandanten in der Krise**

Nach Beendigung der ersten Welle der Corona-Krise wird sich für viele Unternehmens-Mandanten des Steuerberaters eine wirtschaftliche Schieflage ergeben. Gerade in der wirtschaftlichen Krise des Mandanten am Rande der Insolvenzreife (oder schon darüber hinaus) ergeben sich zahlreiche Haftungsgefahren für den Steuerberater, insbesondere im Zusammenhang mit der Erstellung des Jahresabschlusses für den Mandanten in der

Krise. Dies wird die damit zusammenhängenden erhöhten Haftungsgefahren des Steuerberaters auch in die nächsten Jahre hinein ausdehnen.

### 2.3.1. Rechtsprechung des BGH

Infolge der neueren Rechtsprechung des BGH bestehen in erheblichem Umfang Pflichten des Steuerberaters bei der Erstellung des Jahresabschlusses für eine GmbH, wenn er dabei mit der Frage einer möglichen Insolvenzreife der GmbH konfrontiert ist. Die konkreten Pflichten richten sich vor allem danach, ob der Steuerberater eine Erörterung insolvenzrechtlicher Fragen vornehmen will oder ob er sich auf seinen eigentlichen Auftrag, die ordnungsgemäße Erstellung des Jahresabschlusses, beschränken will.

Will der Steuerberater (bewusst und aktiv) auch die insolvenzrechtliche Beratung der GmbH übernehmen, dann sollte er sich dafür einen gesonderten Auftrag in schriftlicher Form erteilen lassen, der Inhalt und Umfang des Auftrags klar definiert. Auf einen solchen zusätzlichen Beratungsauftrag sollte sich der Steuerberater nur dann einlassen, wenn er in diesem Bereich über erhebliche Kenntnisse und Praxiserfahrung verfügt.

Will der Steuerberater dagegen die insolvenzrechtliche Beratung nicht übernehmen, dann sollte er dies gegenüber der Mandantin (in der Regel die GmbH) auch klar und deutlich, aus Gründen der späteren Nachweisbarkeit am besten schriftlich, zum Ausdruck bringen.

Keinesfalls sollte der Steuerberater eine Beratung über den erteilten Auftrag (Erstellung des Jahresabschlusses) hinaus erbringen, indem er sich (auch nur beiläufig) auf eine Erörterung insolvenzrechtlicher Fragen einlässt oder gar konkrete Aussagen zur Frage der Insolvenzreife der GmbH tätigt, ohne deren Grundlagen eingehend geprüft zu haben.

#### Konkretisierung der Pflichten des Steuerberaters durch den BGH, Urteil vom 26.1.2017 - IX ZR 285/14:

Der BGH hat in dem grundlegenden Urteil vom 26.01.2017 entschieden, dass der mit der Erstellung des Jahresabschlusses für eine GmbH beauftragte Steuerberater verpflichtet ist 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. Ist dies der Fall, darf der Steuerberater den Jahresabschluss nicht ungeprüft unter Ansatz von Fortführungswerten erstellen, sondern er muss den Mandanten klar und deutlich darauf hinweisen, dass dieser nun eine Fortführungsprognose durch eine sachkundige Person erstellen lassen muss, um eine tragfähige Grundlage für eine Bilanzierung zu Fortführungswerten zu schaffen.

Daneben hat der BGH in diesem Urteil die Pflicht des Steuerberaters statuiert, die Mandantin (also die GmbH in der Person ihres Geschäftsführers) 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 dem Geschäftsführer der GmbH nicht bewusst ist. In Konkretisierung von BGH IX ZR 64/12 gilt diese Hinweispflicht also nur dann, wenn der Geschäftsführer der GmbH aus deren bilanzieller Überschuldung erkennbar keinen Rückschluss auf eine mögliche Insolvenzreife zieht. Das bedeutet in der Praxis: Der Geschäftsführer der GmbH sollte im Zweifel bereits bei Vorliegen einer bilanziellen Überschuldung der GmbH – auch dann, wenn weitere Anzeichen einer wirtschaftlichen Krise der GmbH noch nicht deutlich erkennbar sind – schriftlich und deutlich darauf hingewiesen werden, dass er die Frage einer möglichen Insolvenz der GmbH und einer möglichen Insolvenzantragspflicht des Geschäftsführers durch Hinzuziehung eines auf diesen Bereich spezialisierten Rechtsanwalts klären lassen sollte.

### 2.3.2. Abgrenzung der Pflichten durch Inhalt und Umfang des erteilten Auftrags

Die Pflichten des Steuerberaters richten sich im Einzelfall stets nach dem Inhalt und dem Umfang des ihm erteilten Auftrags (BGH IX ZR 285/14, Rn. 18, 20, 21, 29, 40).

Aus diesem Grund ist, wie vorstehend bereits angesprochen, die schriftliche Fixierung des konkret erteilten Auftrags (was gehört zum Inhalt und Umfang des erteilten Auftrags, und was gehört nicht dazu?) sehr wichtig. In diesem Zusammenhang ist es ebenfalls wichtig, konkret zu vereinbaren, welche Unterlagen und Informationen der Geschäftsführer der GmbH dem Berater zur Verfügung stellen muss, damit dieser seinen Auftrag (Erstellung des Jahresabschlusses) ordnungsgemäß erfüllen kann. Befindet sich die GmbH in einer wirtschaftlichen Krise, dann gehört zu den Unterlagen, die der Geschäftsführer beibringen muss, auch eine nachvollziehbare und plausible Beurteilung der Fortführungsfähigkeit der GmbH durch einen in diesem Bereich erfahrenen Rechtsanwalt oder Unternehmensberater.

### 2.3.3. Zu beachten: Hinweispflicht außerhalb des erteilten Mandats

Über die eigentlichen Grenzen des erteilten Mandats hinaus kann den Steuerberater auch außerhalb dieses ihm erteilten Mandats eine Hinweispflicht auf eine mögliche Insolvenzreife der GmbH treffen, wenn er diese mögliche Insolvenzreife feststellt und gleichzeitig sieht, dass die Mandantin (Geschäftsführer der GmbH) diese nicht erkennt (BGH IX ZR 285/14, Rn. 43).

Auch diese Hinweispflicht außerhalb des erteilten Mandats trifft den Steuerberater jedoch nur im Rahmen seiner konkreten Kenntnisse aus dem Mandat, also auf der Grundlage der Unterlagen und Informationen, die er von dem Mandanten erhalten hat oder die aus anderen Gründen für ihn offenkundig sind (BGH IX ZR 285/14, Rn. 20, 30, 36, 40). Den Steuerberater trifft keine Pflicht, von sich aus eigenständig Nachforschungen über die wirtschaftliche Lage der GmbH anzustellen.

### 2.3.4. Klärung von Vorfragen erforderlich

Eine Pflicht des Steuerberaters zur Beratung des Mandanten über insolvenzrechtliche Fragen besteht ohne gesonderten diesbezüglichen Auftrag grundsätzlich nicht.

Wenn die insolvenzrechtlichen Fragen aber als Vorfragen bei den auftragsgemäß durchzuführenden Tätigkeiten des Steuerberaters (hier: bei der Erstellung des Jahresabschlusses) erheblich sind, muss der Steuerberater dafür sorgen, dass diese Vorfragen geklärt werden, bevor er seine eigentliche Tätigkeit ordnungsgemäß durchführen kann. Der Steuerberater muss in diesem Fall den Mandanten deutlich und im Einzelnen darüber aufklären, was dieser tun muss, um diese Vorfragen so umfassend zu klären, dass die Ergebnisse es anschließend dem Steuerberater ermöglichen, seine eigentliche Tätigkeit ordnungsgemäß durchzuführen.

Bei solchen Vorfragen ist im Hinblick auf die dem Steuerberater nicht erlaubte originäre Rechtsberatung folgendes zu beachten:

Soweit es nicht um eine Beurteilung vorhandener Lösungen anhand der vom Mandanten vorgelegten Unterlagen und Informationen, sondern um aktive rechtliche Gestaltungsmaßnahmen geht, wird die Grenze zur unerlaubten Rechtsberatung schnell überschritten sein.

### 2.3.5. Vorbeugende Absicherung des Steuerberaters

Damit sich die Risiken des Steuerberaters bei Mandanten in der Krise – im Zweifel keine Vergütung, aber volle Haftung – nicht quasi automatisch und kumulativ verwirklichen, ist eine vorbeugende Absicherung durch den Steuerberater unerlässlich. Dazu dienen die nachfolgend aufgezeigten Maßnahmen.

#### 2.3.5.1. Professioneller Abstand zum Mandat und zum Mandanten

Auch und gerade in der Krise des Mandanten darf sich der Steuerberater in seinem eigenen Interesse keinesfalls von dem Mandanten instrumentalisieren lassen, um dem Mandanten eine – von diesem im schlimmsten Fall auch gegenüber Dritten verwendete – Begründung dafür zu liefern, dass die Krise „eigentlich doch noch gar nicht so schlimm“ sei und weder Überschuldung noch Zahlungsunfähigkeit vorliege.

Vielmehr muss der Steuerberater auch gerade in seinem eigenen Interesse darauf bedacht sein, dem Mandanten möglichst objektiv seine wirtschaftliche und finanzielle Lage aufzuzeigen und ihn deutlich auf eine mögliche Insolvenzlage und eine mögliche Insolvenzantragspflicht sowie die nun erforderliche Klärung mit Hilfe kompetenter und in Insolvenzfragen erfahrener Berater hinzuweisen.

#### 2.3.5.2. Schriftlicher Mandatsvertrag

Angesichts der – insbesondere auch durch die Rechtsprechung festgelegten – sehr weitreichenden Pflichten des Steuerberaters ist es für den Steuerberater unerlässlich, den Inhalt und die Grenzen des erteilten Mandats entweder durch einen Steuerberatungsvertrag für das gesamte Mandatsverhältnis oder durch ein Auftragsbestätigungsschreiben für das konkrete Mandat schriftlich zu fixieren.

#### 2.3.5.3. Allgemeine Auftragsbedingungen mit Haftungsbegrenzung

Zudem sollte der Steuerberater unbedingt Allgemeine Auftragsbedingungen, die eine Vereinbarung zur Haftungsbeschränkung enthalten, zum Gegenstand des Mandatsverhältnisses machen. Dazu sollte eine schriftliche, vom Mandanten unterzeichnete Bestätigung der Vereinbarung der AAB für die gesamte bestehende und zukünftige Mandatsbeziehung eingeholt werden.

#### 2.3.5.4. Schriftliche Dokumentation der Beratung

Auch im laufenden Mandat ist eine schriftliche Dokumentation aller wesentlichen Schritte und aller wesentlichen Ergebnisse der Beratung wichtig. Dies gilt insbesondere für die Hinweise, die der Steuerberater aufgrund der genannten Rechtsprechung des BGH im Rahmen der Erstellung des Jahresabschlusses für Mandanten in der Krise dem Mandanten zu erteilen hat.

#### 2.3.5.5. Zielgerichtete Kommunikation: Abgrenzung der Verantwortung

Gerade für die Erstellung von Jahresabschlüssen für Mandanten in der Krise ist es sehr wichtig, aktiv und zielgerichtet die Kommunikation mit dem Mandanten zu suchen. Einerseits gilt gerade in der Krise der GmbH eine enge Frist für die Erstellung des Jahresabschlusses (maximal zwei bis drei Monate nach Abschlussstichtag). Andererseits steht dem Mandanten eine enge Frist von maximal drei Wochen für die Prüfung der Pflicht zur Stellung des Insolvenzantrags zur Verfügung. Eine Einhaltung aller zeitlichen Vorgaben ist nur dann möglich, wenn der Steuerberater dem Mandanten die von diesem konkret zu erfüllenden Aufgaben und die dafür einzuhaltenden Fristen möglichst genau vorgibt.

#### 2.3.5.6. Ablehnung oder Niederlegung des Mandats

Wenn der Steuerberater die für die Bearbeitung des Mandats erforderlichen fachlichen Kenntnisse und Erfahrungen (insbesondere in den insolvenzrechtlichen Fragen) nicht besitzt oder er von dem Mandanten erwartete, weitergehende Tätigkeiten nicht erbringen kann oder will, ist eine Ablehnung oder Niederlegung des Mandats in vielen Fällen die bessere Lösung.

#### 2.3.5.7. Zuziehung von Spezialisten

Der Steuerberater kann auch den Mandanten an einen Spezialisten verweisen oder aber selbst die Zusammenarbeit mit einem solchen Spezialisten suchen. Die Grenze der eigenen Kompetenz des Steuerberaters verläuft in aller Regel nicht erst dort, wo die unerlaubte Rechtsberatung beginnt. Ganz besonders gilt dies für die bei der Erstellung von Jahresabschlüssen für Mandanten in der Krise erforderlichen Beurteilungen insolvenzrechtlicher Fragen.

#### 2.3.5.8. Klärung der Deckung der Berufshaftpflichtversicherung

Wenn der Steuerberater aktiv auch die insolvenzrechtliche Beratung der Mandanten übernehmen will, ist es in jedem Fall unerlässlich, vorab die Frage zu klären, ob für

diese Tätigkeiten auch in vollem Umfang die Deckung der Berufshaftpflichtversicherung zur Verfügung steht.

**3. Abschließender Hinweis: Sicherung der Honoraransprüche**

Zum Abschluss sei noch darauf hingewiesen, dass der Steuerberater in dieser wirtschaftlich auch für ihn unübersichtlichen Situation noch mehr als sonst auch auf die Sicherung der eigenen Honoraransprüche zu achten hat.

Dabei sollte beachtet werden, dass die Art und Höhe der Vergütung des Steuerberaters für die gerade nun erforderlichen außerordentlichen Beratungen im steuerlichen und betriebswirtschaftlichen Bereich in der StBVV nur unzureichend ihren Niederschlag finden. Es ist daher zu empfehlen, gerade für diese außerordentlichen Tätigkeiten eine Vergütungsvereinbarung mit dem Mandanten für die Abrechnung eines Zeithonorars abzuschließen. Diese hat nach § 4 StBVV in Textform zu erfolgen. Das heißt es ist grundsätzlich eine per E-Mail abgeschlossene Vereinbarung mindestens nötig aber auch ausreichend.

Zum Nachweis der angefallenen Stunden sollte in jedem Fall eine detaillierte Zeiterfassung mit hinreichend ausführlicher Tätigkeitsbeschreibung erfolgen.

Auch wenn man den Mandanten in dieser schwierigen Situation, die Solidarität von allen erfordert, in Honorarfragen gerne entgegenkommen möchte, sollten die angefallenen Zeiten zeitnah und regelmäßig abgerechnet werden. Eine davon unabhängige Stundung dieser abgerechneten Beträge über einen definierten Zeitraum kann dem Mandanten dann selbstverständlich jederzeit gewährt werden. Der Mandant wird jedoch dadurch in die Lage versetzt, die angefallenen Zeiten in regelmäßigen Abständen zur Kenntnis zu nehmen und die Kosten im Blick zu behalten. Dies kann für spätere mögliche Honorarstreitigkeiten dann für den Steuerberater von Vorteil sein.