

Unternehmen in der Krise

*Pflichten, Risiken und Handlungsmöglichkeiten für
Unternehmer und Berater*

**Steuerrecht
Strafrecht
Ordnungswidrigkeiten**

von

Manuela Beckert, Rechtsanwältin, München
Martina Butenschön, Rechtsanwältin, München
Leonard Kielbassa, Rechtsanwalt, München

2023



Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Literatur- und Abkürzungsverzeichnis	XXI
Erster Teil	
Die Pflichten des Unternehmers in der Krise	7
A. Begriff des Unternehmers, Krise, Krisenstadien und Ursachen	9
B. Krisenvermeidung und Krisenfrüherkennung	29
C. Die fortschreitende Krise – Pflichten im Vorfeld der Insolvenz	61
D. Endstadium der Krise – Die Insolvenzreife	103
E. Das Insolvenzverfahren	131
F. Steuerliche und strafrechtliche Risiken	179
G. Sonstige Risiken für den Unternehmer	249
Zweiter Teil	
Pflichten des Beraters in der Krise	255
A. Die Pflichten des Beraters in der Krise des Unternehmens	257
B. Zivilrechtliche Haftung des Beraters in der Krise	281
C. Steuerliche Haftungsrisiken und strafrechtliche Risiken des Beraters	303
D. Berufsrechtliche Risiken	323

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Literatur- und Abkürzungsverzeichnis	XXI
Einleitung	1

Erster Teil

Die Pflichten des Unternehmers in der Krise

A. Begriff des Unternehmers, Krise, Krisenstadien und Ursachen

I. Der Unternehmer	9
1. Gesetzliche Definition des Unternehmers	9
2. Unternehmensverantwortung als maßgebliches Kriterium	10
3. Sonderfall – Der faktische Geschäftsleiter	11
4. Sonderfall – Der Strohmann	12
II. Begriff der Krise	13
1. Krisenbegriff im betriebswirtschaftlichen Sinne	14
2. Krisenbegriff im rechtlichen Sinne	15
3. Krisenbegriff im insolvenz- und insolvenzstrafrechtlichen Sinne	16
III. Zeitlicher Verlauf der Krise – verschiedene Krisenstadien	17
IV. Krisenursachen	23

B. Krisenvermeidung und Krisenfrüherkennung

I. Pflichten im Frühstadium der Krise	29
1. Krisenvermeidung und Krisenfrüherkennung	29

Inhaltsverzeichnis

2. Pflicht zur Schaffung eines Krisenfrüherkennungs- systems	31
3. Exkurs: Umsetzung eines Krisenfrüh- erkennungssystems in der Praxis	35
a) Risiken im eigenen Unternehmen definieren	35
b) Festgestellte Risiken im Unternehmen bewerten	36
c) Risikosteuerung	36
d) Längerfristige Liquiditätsplanung im Unterneh- men erforderlich	37
e) Schwellenwerte festlegen/To-Do-Listen erstellen	38
f) Dokumentation	39
g) Checkliste der möglichen Unternehmensrisiken	39
4. Pflicht des Geschäftsleiters zum Krisenmanagement	43
5. Exkurs: Anforderungen an ein effektives Krisenma- nagement	44
6. Berichts- und Befassungspflicht anderer Organe	46
II. Zivilrechtliche Haftungsrisiken im Frühstadium der Krise	48
1. Verstoß gegen Pflicht zur Krisenfrüherkennung und Krisenmanagement, §1 Abs.1 StaRUG	48
a) Pflichtverletzung	49
b) Business Judgement Rule	50
aa) Grundsätze der Business Judgement Rule	50
bb) Anwendbarkeit der Business Judgement Rule bei Verstoß gegen Krisenfrüherken- nungspflicht?	52
cc) Anwendbarkeit der Business Judgement Rule im Rahmen des Krisenmanagements	53
c) Verschulden	54
d) Kausalität.	56
e) Weisung oder Einverständnis der Gesellschafter	56
f) Schadensersatz	57
2. Vertragliche Vereinbarung zwischen Geschäftsleiter und Gläubiger – Außenhaftung	58

Inhaltsverzeichnis

C. Die fortschreitende Krise – Pflichten im Vorfeld der Insolvenz

I.	Pflichten des Geschäftsführers bei fortschreitender Krise .	61
1.	Anzeigepflicht des Geschäftsführers bei hälftigem Kapitalverlust	61
2.	Pflicht zu Erhaltung des Stammkapitals und des Aktivvermögens der Gesellschaft	62
3.	Pflicht zur (fortlaufenden) Überprüfung von Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit bei Krisenzeichen	62
a)	Zahlungsunfähigkeit, § 17 InsO	66
aa)	Prüfung der Zahlungsunfähigkeit	66
bb)	Zahlungseinstellung	68
cc)	Erstellung einer Liquiditätsbilanz	70
dd)	Im Rahmen der Liquiditätsbilanz anzusetzende Verbindlichkeiten	71
ee)	Im Rahmen der Liquiditätsbilanz anzusetzende Zahlungsmittel	74
ff)	Prüfungsschema Zahlungsfähigkeit	76
gg)	Handlungsmöglichkeiten des Geschäftsführers bei Zahlungsunfähigkeit	76
b)	Überschuldung, § 19 InsO	77
aa)	Fortbestehensprognose	78
bb)	Überschuldungsprüfung	83
cc)	Handlungsmöglichkeiten des Geschäftsführers bei Überschuldung	85
c)	Drohende Zahlungsunfähigkeit, § 18 InsO	85
aa)	Prognose der drohenden Zahlungsunfähigkeit	85
bb)	Prognosezeitraum	86
cc)	Handlungsmöglichkeiten des Geschäftsführers bei drohender Zahlungsunfähigkeit	87
4.	Sonderfall: Pflichten im Restrukturierungsverfahren	88
5.	Keine Amtsniederlegung des Geschäftsführers in Krisenzeiten	90
II.	Zivilrechtliche Haftungsrisiken in der fortschreitenden Krise	91

Inhaltsverzeichnis

1. Verstoß gegen Pflicht zur Überprüfung von Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit	91
2. Verstoß gegen Anzeigepflicht bei hälftigem Kapitalverlust	91
3. Zahlungen entgegen § 30 GmbHG und Erwerb eigener Geschäftsanteile entgegen § 33 GmbHG	92
4. Unterlassene bzw. unzureichende Sanierungsbemühungen	94
5. Insolvenzantrag bei drohender Zahlungsunfähigkeit ohne Gesellschafterbeschluss	94
6. Amtsniederlegung zur Unzeit	95
7. Verletzung von Restrukturierungspflichten	96
a) Unternehmerisches Ermessen – Business Judgment Rule	97
b) Interne Unzuständigkeit	97
c) Kausalität	98
d) Weisung der Gesellschafter	98
f) Verzicht und Vergleich	99
g) Rechtsfolge: Schadensersatz	99
8. Unrichtige Angaben zur Erwirkung von Stabilisierungsanordnungen	100

D. Endstadium der Krise – Die Insolvenzreife

I. Pflichten im Stadium der Insolvenzreife	103
1. Insolvenzantragspflicht des Geschäftsleiters	103
a) Zur Antragstellung Verpflichtete	103
b) Zeitpunkt der Antragstellung	104
2. Zahlungsverbot des Geschäftsleiters bei Insolvenzreife, § 15b Abs. 1 InsO	106
a) Neuregelung durch das SanInsFoG	106
b) Zahlungen iSv § 15b Abs. 1 InsO	107
c) Ausnahme für Zahlungen des ordnungsgemäßen und gewissenhaften Geschäftsleiters	107
d) Keine Privilegierung bei Zahlung während Insolvenzverschleppung	109
e) Sonderfall – Zahlungen während StaRUG Restrukturierungsverfahren	110

Inhaltsverzeichnis

3.	Zahlungsverbot des Geschäftsleiters für insolvenzverursachende Zahlungen, § 15b Abs. 5 InsO	111
4.	Pflicht zur Zahlung von Steuern und Abgaben	112
II.	Zivilrechtliche Haftung im Endstadium der Krise	114
1.	Zahlungen nach Insolvenzureife	114
a)	Verschulden	115
b)	Rechtsfolge: Ersatzanspruch (Zahlungsanspruch der Gesellschaft)	117
aa)	Grundsatz (§ 15b Abs. 4 S. 1 InsO)	117
bb)	Begrenzung auf den Gläubigerschaden (§ 15b Abs. 4 S. 2 InsO)	118
2.	Insolvenzverursachende Zahlungen an Gesellschafter	118
a)	Verursachung der Insolvenz	119
b)	Verschulden	119
c)	Rechtsfolge: Ersatzanspruch (Zahlungsanspruch der Gesellschaft)	120
3.	Verletzung der Insolvenzantragspflicht	120
a)	Haftung nach § 823 Abs. 2 iVm § 15a Abs. 1 S. 1 InsO	121
aa)	Business Judgement Rule und Verschulden	121
bb)	Einzelheiten	122
cc)	Mitverschulden	123
dd)	Rechtsfolge: Schadensersatz	123
b)	Haftung nach § 826 BGB	124
4.	Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten	125
a)	Vorvertragliche Aufklärungspflicht über wirtschaftliche Schiefelage	126
b)	Persönliche Verantwortung des Geschäftsleiters	126
c)	Verschulden	128
d)	Rechtsfolge: Schadensersatz	128
5.	Schutzgesetzverletzung – Außenhaftung	128

E. Das Insolvenzverfahren

I.	Allgemeines zum Insolvenzverfahren	131
II.	Typischer Ablauf eines Regelinsolvenzverfahrens	135

Inhaltsverzeichnis

1. Insolvenzantrag	136
2. Insolvenzeröffnungsphase	136
a) Vorläufige (Insolvenz-)Verwaltung	138
b) Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses	139
c) Zahlungsverbot	141
3. Insolvenzeröffnung	141
4. Berichtstermin (Gläubigerversammlung)	142
5. Prüfungstermin (Gläubigerversammlung)	144
a) Anmeldung der Forderungen	144
b) Exkurs: Steuerforderungen	145
6. Abwicklungsphase	147
7. Schlussverteilung	147
8. Aufhebung des Insolvenzverfahrens	149
III. Eigenverwaltungsverfahren	150
1. Allgemeines zum Eigenverwaltungsverfahren	150
2. Haftung im Eigenverwaltungsverfahren, §§ 60, 61 InsO	153
a) Grundsätzliches zur Haftung im Insolvenzverfahren	153
b) Organhaftung in der Eigenverwaltung	153
c) Voraussetzungen der Organhaftung nach §§ 60, 61 InsO	154
aa) Pflichtverletzung	155
bb) Verschulden	156
cc) Rechtsfolgen	157
3. Weitere Haftungsrisiken	158
IV. Schutzschirmverfahren	161
1. Allgemeines	161
2. Ablauf des Schutzschirmverfahrens	161
V. Insolvenzplanverfahren	164
1. Allgemeines	164
2. Ablauf des Insolvenzplanverfahrens	166
VI. Insolvenzverfahren eines Einzelunternehmers	168
1. Restschuldbefreiung	169
2. Versagung der Restschuldbefreiung	170

Inhaltsverzeichnis

3. Von der Restschuldbefreiung ausgenommene Forderungen	173
4. SCHUFA-Eintrag	175
F. Steuerliche und strafrechtliche Risiken	
I. Steuerliche Haftungsrisiken	179
1. Haftung gem. § 69 AO iVm §§ 34, 35 AO	179
a) Haftung des Vertreters, § 34 AO	180
b) Haftung des Verfügungsberechtigten, § 35 AO	182
c) Pflichtverletzung iSv § 69 AO	185
d) Besonderheiten der Haftung bei der Lohnsteuer	192
e) Haftungsumfang und Haftungszeitraum	193
f) Kausalität	196
g) Verschulden	197
h) Geltendmachung der Haftung durch Haftungsbescheid	198
i) Neuregelung durch das SanInsFoG zum 1.1.2021 in § 15b Abs. 8 InsO	198
2. Haftung des Steuerhinterziehers, § 71 AO	200
II. Strafrechtliche Risiken	202
1. Insolvenzverschleppung (§ 15a Abs. 4 InsO)	202
a) Vorliegen eines Insolvenzgrundes	205
b) Insolvenzverschleppungshandlungen	207
aa) Unterlassene Insolvenzantragstellung	208
bb) Verspätete Insolvenzantragstellung	208
cc) Unrichtige Insolvenzantragstellung	209
c) Subjektiver Tatbestand und Strafzumessung	211
2. Verletzung der Insolvenzanzeigespflicht gem. § 42 StaRUG	213
3. Bankrott (§ 283 StGB)	213
a) Die Krise – als objektives Tatbestandsmerkmal	214
b) Objektive Strafbarkeitsbedingung	215
c) Tathandlungen	217
aa) Vermögensverschiebungen, § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB	218
bb) Eingehen von Verlust-, Spekulations- oder Differenzgeschäften; Spiel und Wette, § 283 Abs. 1 Nr. 2 StGB	220

Inhaltsverzeichnis

cc) Verschleudern von kreditierten Waren oder Wertpapieren, § 283 Abs. 1 Nr. 3 StGB	221
dd) Vortäuschen oder Anerkennen von Rechten, § 283 Abs. 1 Nr. 4 StGB	221
ee) Nichtführen bzw. mangelhaftes Führen von Handelsbüchern, § 283 Abs. 1 Nr. 5 StGB	222
ff) Verstoß gegen Aufbewahrungspflichten, § 283 Abs. 1 Nr. 6 StGB	224
gg) Verletzung der Bilanzierungs- und Inventarisierungspflicht, § 283 Abs. 1 Nr. 7 StGB	225
hh) Firmenbestattung, § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB	227
d) Subjektiver Tatbestand	229
4. Verletzung der Buchführungspflicht, § 283b StGB	229
5. Betrugsdelikte (§§ 263, 264, 265b StGB)	231
6. Untreue (§ 266 StGB)	232
7. Gläubiger- (§ 283c StGB) und Schuldnerbegünstigung (§ 283d StGB)	233
8. Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB)	235
a) Allgemeines	235
b) Vorenthalten	236
c) Teilzahlungen	237
d) Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit	238
e) Sonstige Hinweise	239
9. Verstoß gegen Verlustanzeigespflicht nach § 84 Abs. 1 u. 2 GmbHG, § 401 AktG, § 148 GenG	240
10. Unrichtige Darstellung und falsche Angaben (§ 331 HGB, § 82 GmbHG, § 400 AktG)	241
11. Verletzung der Berichtspflicht (§ 332 HGB)	242
12. Steuerhinterziehung	242
13. Schädigung des Umsatzsteueraufkommens (§ 26a Abs. 1 UStG)	243
III. Ablauf des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens	244
1. Allgemeines	244
2. Akteneinsicht	244
3. Durchsuchung	245
4. Beschlagnahmeverbote	245
5. Zeugnisverweigerungsrecht	246

Inhaltsverzeichnis

6. Notwendige Verteidigung	247
7. Vermögensabschöpfung	247

G. Sonstige Risiken für den Unternehmer

I. Abberufung als Geschäftsleiter, § 38 GmbHG, § 84 Abs. 4 AktG	249
II. Tätigkeitsverbot als Geschäftsleiter, § 6 Abs. 2 Nr. 3 GmbHG, § 76 Abs. 3 Nr. 3 AktG	249
III. Anordnung eines Berufsverbots nach § 70 StGB	250
IV. Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit	251
V. Entzug der Gaststättenerlaubnis	251
VI. Entzug der Waffenbesitzkarte sowie Jagdschein, § 5 Abs. 2 Nr. 1a WaffG, § 17 Abs. 1 S. 2 BJagdG	252
VII. Ausschluss aus öffentlichen Ausschreibungen	252
VIII. Versagung der Restschuldbefreiung	253

Zweiter Teil

Pflichten des Beraters in der Krise

A. Die Pflichten des Beraters in der Krise des Unternehmens

I. Pflichten des Beraters ergeben sich aus dem Geschäfts- besorgungsvertrag	257
II. Allgemeine Pflichten des steuerlichen Beraters	259
III. Pflichten des steuerlichen Beraters im Krisenmandat ...	262
1. Pflicht zur Erstellung einer Überschuldungsbilanz nur bei gesondertem Auftrag	262
2. Pflicht zur Prüfung der Fortführungsprognose bei Erstellung des Jahresabschlusses	263
3. Pflicht auf Insolvenzgründe hinzuweisen, § 102 StaRUG	265
a) Anwendungsbereich von § 102 StaRUG	266

Inhaltsverzeichnis

b) Inhalt und Umfang der Hinweispflichten	267
c) Adressaten der Hinweispflicht	270
d) Inhalt der Hinweispflicht	270
e) Dokumentation der Hinweispflicht	272
IV. Spezielle Pflichten des Sanierungsberaters	273
1. Gegenstand der Beauftragung	274
2. Krisenspezifische Beratungsanforderungen	276
B. Zivilrechtliche Haftung des Beraters in der Krise	
I. Vertragliche Haftung gegenüber dem Mandanten	281
1. Vertrag	282
2. Anweisung der Gesellschaft	282
3. Kausalität	283
4. Mitverschulden	284
5. Vertraglicher Haftungsausschluss	286
6. Berufshaftpflichtversicherung	286
7. Rechtsfolge: Schadensersatz	286
II. Vertragliche Haftung gegenüber Dritten	287
1. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	287
2. „Dritter“	288
a) Geschäftsleiter	289
b) Gesellschafter	290
c) Gläubiger	290
3. Haftungsausschluss	292
III. Deliktische Haftung	292
1. Schutzgesetzverletzung – Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB	292
2. Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung – Haftung nach § 826 BGB	293
IV. Anfechtung des Beraterhonorars	294
1. Kenntnis des Beraters von Zahlungsunfähigkeit des Mandanten	295
2. Ausschluss der Anfechtbarkeit bei angemessenem Honorar	296
V. Haftung des Sanierungsberaters	297

Inhaltsverzeichnis

1. Haftung als Organ	297
2. Vertragliche Haftung gegenüber der Gesellschaft	298
3. Vertragliche Haftung gegenüber Dritten	299
C. Steuerliche Haftungsrisiken und strafrechtliche Risiken des Beraters	
I. Allgemeines	303
II. Steuerliche Haftung	304
1. Haftung wegen Pflichtverletzung (§ 69 AO)	304
a) Gesetzliche Vertreter und Vermögensverwalter, § 34 AO	305
b) Verfügungsberechtigter, § 35 AO	305
c) Haftungsumfang	306
d) Sonderregelung (§ 15b Abs. 8 InsO)	306
2. Haftung des Steuerhinterziehers (§ 71 AO)	308
III. Strafrechtliche Risiken	309
1. Insolvenzverschleppung § 15a InsO	311
2. Bankrott, §§ 283 ff. StGB	313
3. Gläubigerbegünstigung (§ 283c StGB) und Untreue (§ 266 StGB) im Zusammenhang mit Honorar	315
4. Bankrott und Gläubigerbegünstigung beim Asset- Deal (§ 283 StGB, § 283c StGB)	315
5. Betrugsdelikte (§§ 263, 264, 265b StGB)	316
6. Untreue (§ 266 StGB)	317
7. Vorenthalten von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung (§ 266a StGB)	318
8. Verstoß gegen Verlustanzeigespflicht nach § 84 Abs. 1 u. 2 GmbHG, § 401 AktG, § 148 GenG	318
9. Unrichtige Darstellung und falsche Angaben (§ 331 HGB, § 82 GmbHG, § 400 AktG)	319
10. Verletzung der Berichtspflicht (§ 332 HGB)	320
D. Berufsrechtliche Risiken	
I. Kenntnis der Berufskammern/Generalstaatsanwalt- schaften von der Berufspflichtverletzung	323
1. Strafverfahren gegen Berater	324

Inhaltsverzeichnis

2. Bußgeldbescheid gegen Berater	324
3. Mitteilungspflicht über Berufspflichtverletzungen nach § 10 Abs.1 StBerG	324
II. Berufsaufsichtliches Verfahren durch die Steuerberater- kammer	325
III. Berufsgewichtliches Verfahren durch die Generalstaats- anwaltschaft/das Berufsgewicht	326
1. Ermittlungen der Generalstaatsanwaltschaft	326
2. Gerichtliches Hauptverfahren	327
3. Rechtsschutz	329