

## **Insolvenzstrafrecht**

### **Strafbarkeitsrisiken und Verteidigung in der Unternehmens- insolvenz**

**Dr. Tobias Rudolph  
Rechtsanwalt**

Nürnberg

Fachanwalt für Strafrecht  
Fachanwalt für Steuerrecht

*[www.rudolph-recht.de](http://www.rudolph-recht.de)*

**Stand: 07/2017**

**JURISPRUDENTIA**  
Intensivtraining GbR

Sulzbacher Straße 105  
90489 Nürnberg

Tel.: 0911 / 58 68 52 0  
Fax: 0911 / 58 68 52 11

[nuernberg@jurisprudentia.info](mailto:nuernberg@jurisprudentia.info)  
[www.jurisprudentia.info](http://www.jurisprudentia.info)

## INHALTSVERZEICHNIS

<b>A. Ausgangssituation</b> .....	<b>1</b>
<b>I. Perspektiven</b> .....	<b>1</b>
1. Bestrafung des wirtschaftlichen Scheiterns?.....	1
2. Herausforderungen für Berater .....	2
3. Beispielsfälle für potenzielle Straftaten durch Berater .....	3
<b>II. Folgen der Strafe</b> .....	<b>5</b>
<b>III. D&amp;O Versicherungen für Geschäftsführer</b> .....	<b>7</b>
<b>B. Straftatbestände</b> .....	<b>8</b>
<b>I. Überblick</b> .....	<b>8</b>
<b>II. Gemeinsame Voraussetzungen</b> .....	<b>9</b>
1. Krise .....	9
a) Zahlungsunfähigkeit.....	10
b) Überschuldung.....	13
c) Zahlungseinstellung.....	17
2. Objektive Bedingung der Strafbarkeit.....	17
<b>III. Täter</b> .....	<b>18</b>
1. Natürliche Personen .....	18
2. Unternehmen.....	19
3. Faktischer Geschäftsführer .....	20
4. Sonstige Dritte .....	21
5. Insolvenzverwalter .....	22
6. Sachwalter.....	23
<b>C. Einzelne Delikte</b> .....	<b>23</b>
<b>I. Insolvenzverschleppung, § 15a InsO</b> .....	<b>23</b>
<b>II. Sonstige Insolvenzstraftaten im engeren Sinne</b> .....	<b>24</b>
1. Bankrott, § 283 StGB.....	24
1) Vermögensverschiebungen .....	25
2) Unwirtschaftliche Geschäfte .....	26
3) Scheingeschäfte .....	27
4) Buchführungs- und Bilanzierungsverstöße .....	27
5) Bankrotthandlungen gem. § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB.....	28
6) § 283 Abs. 2 StGB: Herbeiführung der Krise .....	28

2. Verletzung von Buchführungspflichten, § 283b StGB.....	28
3. Gläubigerbegünstigung, § 283c StGB.....	29
4. Schuldnerbegünstigung, § 283d StGB.....	29
<b>III. Insolvenzstraftaten im weiteren Sinne.....</b>	<b>30</b>
1. Betrug, § 263 StGB.....	30
2. Kreditbetrug, § 265b StGB.....	30
3. Untreue, § 266 StGB.....	30
4. Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt, § 266a StGB.....	32
5. Steuerhinterziehung, § 370 AO.....	33
<b>D. Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO.....</b>	<b>34</b>
1. Hintergrund: Nemo tenetur.....	34
2. Fernwirkung.....	36
3. Dokumentationspflicht.....	36
5. Freiwillige Herausgabe.....	38
6. Geschäfts- und Betriebsunterlagen.....	39

## A. Ausgangssituation

### I. Perspektiven

#### 1. Bestrafung des wirtschaftlichen Scheiterns?

##### Perspektive StA:

Mangelnde Durchsetzung der Insolvenzdelikte, insbesondere im Bereich der speziellen Bankrottdelikte.

Ursachen:<sup>1</sup>

- Beweisprobleme
- mangelnde Zusammenarbeit von Insolvenzverwaltern und Staatsanwaltschaft
- ungenügende Abschreckung der strafrechtlichen Sanktion
- Hohe Dunkelziffer<sup>2</sup>

##### Perspektive Verteidiger:

#### 41. Strafverteidigertag März 2017 – Forderungen der Arbeitsgruppe Insolvenzstrafrecht<sup>3</sup>

- *Das materielle Insolvenzrecht ist zu entkriminalisieren und zu entschlacken.*
- *De lege ferenda sind mindestens die Fahrlässigkeitstatbestände abzuschaffen.*
- *Eine frühzeitige Insolvenzantragsstellung kann durch eine Strafvorschrift nicht erreicht werden.*
- *Schutzzweck der Insolvenzdelikte ist allein das Gläubigerinteresse und nicht ein darüber hinaus gehendes Allgemeininteresse.*
- *Das Tatbestandsmerkmal der Überschuldung sollte ersatzlos gestrichen werden.*
- *Das normative Tatbestandsmerkmal der Zahlungsunfähigkeit ist für die Zwecke des Strafverfahrens nicht justiziabel.*
- *Die Insolvenzgerichte dürfen Mitteilungen an die Staatsanwaltschaft nicht automatisiert und in jedem Fall gewerblicher Insolvenz auf den Weg bringen.*
- *Nur bei begründetem Verdacht darf eine entsprechende Mitteilung erfolgen.*
- *Hierbei ist das Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO zu beachten.*
- *Insbesondere die praktizierte flächendeckende Beiziehung der Insolvenzakten zur systematischen Auswertung ist ohne hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte rechtswidrig.*

Vergleich §§ 283 ff. StGB („Vereitelung der Gesamtvollstreckung“) mit § 288 StGB („Vereitelung der Individualvollstreckung“), u.a.:

- Höherer Strafraumen
- Fahrlässigkeit strafbar
- Officialdelikt (kein Antrag erforderlich)

<sup>1</sup> Vgl. Bork, Einführung in das Insolvenzrecht, 2017, Rn. 528, m.w.N.

<sup>2</sup> Weyand, ZInsO 2008, 242, 244, schätzt, dass es in 90 % aller Insolvenzen zu Straftaten kommt.

<sup>3</sup> StV 2017, Heft 6, S. 428

## 2. Herausforderungen für Berater

- Konflikt: Interessen des Mandanten („retten, was noch zu retten ist“; „unerschütterlicher Optimismus“) vs. Grenzen strafbaren Handelns;
  - Berater / RA als „Spaßbremse“
  - Eigene Strafbarkeitsrisiken
  - „Mein Steuerberater/RA ist schuld“ → Dokumentation der eigenen (legalen!) Tätigkeiten und Aufklärungen
- Möglichst genaues und umfassendes Bild über die tatsächlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Mandanten;
  - ➔ Bestehen Hinweise darauf, dass- man nicht vollständig oder richtig informiert wird, ist erforderlichenfalls das Mandat ablehnen bzw. niederzulegen.<sup>4</sup>
- Erstellung Liquiditätsplan als Schutz gegen spätere strafrechtliche Vorwürfe
- Ordnungsgemäße Erledigung der Buchführungspflichten (vgl. § 283b StGB: Fahrlässigkeit genügt; ggf. auch schon *vor* der Krise strafbar, wenn später Insolvenz eintritt);
- Vermögensverschiebungen ggf. auch schon *vor* der Krise strafbar, wenn z.B. dadurch Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit herbeiführt wird (vgl. § 283 Abs. II StGB);
- Rückstellungen für Steuern und Sozialversicherungsbeiträge (§ 370 AO; § 266a StGB);
- Amtsniederlegung? Bestellung von Strohmännern oder Niederlegung ohne Nachfolger befreit grds. nicht von den zukünftigen Pflichten;<sup>5</sup>
- Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO) wird grds. nicht durch einen Gläubigerantrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens suspendiert<sup>6</sup>, zumindest solange dieser noch nicht zur tatsächlichen Verfahrenseröffnung führt;<sup>7</sup>
- Insolvenzantrag als Chance, z.B. Schutzschirmverfahren nach § 270b InsO;
  - ➔ Falsche Angaben gegenüber dem Gericht im Schutzschirmverfahren führen zwar i.d.R. nicht zur Strafbarkeit nach § 263 StGB (Betrug), da keine Vermögensverfügung des Gerichts. Es kann jedoch § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB erfüllt sein (Unrichtige Darstellung der Vermögensverhältnisse).

---

<sup>4</sup> Ringstmeier, in: Anwaltshandbuch Insolvenzrecht, § 5, Rn. 4

<sup>5</sup> Vgl. OLG Köln v. 1.2.2008 - 2 Wx 3/08, FGPrax 2008, 79; OLG Düsseldorf v. 6.12.2000 - 3 Wx 393/00, FGPrax 2001, 82; BayObLG v. 15.6.1999 - 3Z BR 35/99, BB 1999,1782.

<sup>6</sup> BGH v. 28.10.2008 - 5 StR 166/0

<sup>7</sup> BGHSt 28, 371 (380); Bittmann, Insolvenzstrafrecht, § 11, Rn. 23

- Kapitalbeschaffung: Gefahr u.a. Kreditbetrug, § 265b StGB, oder Betrug, § 263 StGB;
- Versuchungen entgegenwirken, z.B.
  - Anerkennung von fingierten Forderungen von Familienangehörigen, um später in der Gläubigerversammlung mittelbar über Stimmrechte zu verfügen, § 283 Abs. 1 Nr. 4 StGB
  - Riskante Geschäfte, § 283 Abs. 1 Nr. 2 StGB
  - Ausverkäufe unter Wert, § 283 Abs. 1 Nr. 3 StGB
  - Ggf. aktive Pflicht zur Aufklärung von Vertragspartnern (sonst Eingehungsbetrug durch Unterlassen, §§ 263, 13 StGB, wenn z.B. Vorleistung bei langjährigen Geschäftsbeziehungen).
- Steuern und Sozialversicherungsbeiträge: Strafbarkeit ggf. bereits bei Nicht-Zahlung trotz Fälligkeit.

### 3. Beispielsfälle für potenzielle Straftaten durch Berater

Beratung in der Krise ist „gefahrgeleitete Arbeit“.<sup>8</sup>

- Der Berater erkennt, dass das von ihm betreute Unternehmen insolvenzreif ist, sieht aber die Chance, eine erfolgreiche Sanierung zu gestalten. Er äußert bei der Darstellung der objektiven Lage gegenüber dem Organ eindringlich "Sie verlieren alles". Der Betreffende verwirft, wie es dem Berater bereits bei Beginn des entsprechenden Gesprächs bewusst war, den Entschluss, den Gang zum Insolvenzgericht anzutreten.
  - ➔ Anstiftung zur Insolvenzverschleppung (§ 15a InsO)
- Der Berater weist darauf hin, dass die bilanzielle Lage des Unternehmens schlecht ist, durch "Bilanzkosmetik" aber (nominell) verbessert werden kann.
  - ➔ Anstiftung zum Bankrott (§ 283 Abs. 1 Nr. 7a StGB)
- Der Berater rät zur Gründung einer Auffanggesellschaft, auf die Aufträge in der vorhandenen Krise "umgeleitet" und von der vorhandene Produktionsmittel und Personal übernommen werden.
  - ➔ Anstiftung zur Untreue (§ 266 StGB)
- Der Berater weist von sich aus Möglichkeiten nach, vorhandene Vermögenswerte "anfechtungsfest" - etwa durch Rückdatierung von Sicherungsübereignungsvereinbarung - an Dritte - häufig auch an Familienangehörige - zu übertragen
  - ➔ Anstiftung zum Bankrott (§ 283 Abs. 1 Nr. 4 StGB)
- Mitwirken an „Firmenbestattungen“<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Dazu und zu den Beispielsfällen: Weyend, Strafrechtliche Risiken für den externen Berater in der Unternehmenskrise - Erläuterungen anhand von praktischen Beispielen, ZInsO 2016, 1969 - 1973

- Regelmäßig § 15a Abs. 4 InsO
  - § 283 Abs. 1 Nr. 5 StGB durch Verletzung der Buchführungspflichten, wenn z.B. bereits im Vorfeld der Veräußerung der Gesellschaft keine ordnungsgemäße Buchführung mehr erfolgt.
  - § 283 Abs. 1 Nr. 6 StGB, z.B. wenn der Altgeschäftsführer Geschäftsunterlagen vernichtet.
  - § 283 Nr. 8 StGB: ggf. Irreführung über die Verhältnisse durch Einsetzung eines Strohmannes
  - Häufig auch Steuerhinterziehung (§ 370 AO), wenn z.B. vor der „Beerdigung“ einer Gesellschaft dieser Vermögenswerte entzogen werden, was als verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) zu versteuern wäre.
  - Bei existenzvernichtenden Vermögensentziehungen ggf. auch § 266 StGB
- Angesichts der drohenden Insolvenz lässt sich Geschäftsführer G im August 2016 von Rechtsanwalt R über die Grundlagen des Anfechtungsrechts (§§ 129 ff. InsO) unterrichten, um wertvolle Vermögensgegenstände dem Insolvenzverwalter vorzuenthalten. R verweist insbesondere auf § 133 Abs. 1 InsO. R entwirft einen Sicherungsübereignungsvertrag, der auf den 1.3.2003 rückdatiert wird, und der die Tochter von G als Sicherungseigentümerin ausweist.
    - ➔ Beihilfe zum Bankrott (§ 283 Abs. 1 Nr. 4 StGB)
  - Die X-GmbH ist seit einem Monat zahlungsunfähig. Geschäftsführer G veranlasst den über die Situation voll informierten Rechtsanwalt R, alle Gläubiger anzuschreiben, und einen außergerichtlichen Vergleich anzubieten bzw. einen Forderungsverzicht anzumahnen. Das Vorhaben gelingt, wie von R vorhergesehen, nicht. Hier war die Dreiwochenfrist des § 15a InsO bereits verstrichen, als R mit seiner Tätigkeit begonnen hatte.
    - ➔ Beihilfe zur Insolvenzverschleppung  
*Anmerkung: Fraglich, da bereits Tatvollendung vor der Tätigkeit des R eingetreten ist. Nach h.M. ist Beihilfe jedoch auch noch zwischen Vollendung und Beendigung möglich.*
  - Steuerberater S "verschönt" die Bilanz der X GmbH, indem er die Werthaltigkeit von Sachanlagen erhöht. Er begleitet anschließend Geschäftsführer G zu Kreditgesprächen mit der Hausbank, wo G die Bilanz präsentiert, und überdies überoptimistische Geschäfts- und Gewinnprognosen vorgelegt, um eine höhere Kreditlinie zu erreichen, die dann auch gewährt wird.
    - ➔ Beihilfe zum Betrug (§ 263 StGB) bzw. Kreditbetrug (§ 265b StGB)

Eine Besonderheit für Berater besteht in der Bewertung sogenannter **neutraler**, insbesondere berufsbedingter **Verhaltensweisen**. Gemeint sind dabei Fälle, in denen ein Berater nur seiner „normalen“, „alltäglichen“ oder „professionell adäquaten“ Betätigung nachgeht, dabei

---

<sup>9</sup> Vgl. dazu Werner, NZWiSt 2013, 418; zu möglichen Beteiligung von Notaren vgl Grziwotz, NotBZ 2009, 9

jedoch weiß oder zumindest billigend in Kauf nimmt, dass eine andere Person sein Verhalten zum Bestandteil eines deliktischen Planes machen könnte.<sup>10</sup>

Der BGH löst die Konfliktsituation in ständiger Rechtsprechung<sup>11</sup> über den Beihilfevorsatz.

Grundlegend für die Rechtsprechung ist die differenzierende Formel, die der BGH im Beschluss vom 20.9.1999 (BGH 5 StR 729/98) entwickelt hat:

*„Zielt das Handeln des Haupttäters ausschließlich darauf ab, eine strafbare Handlung zu begehen, und weiß dies der Hilfeleistende, so ist sein Tatbeitrag als Beihilfehandlung zu werten [...]. In diesen Fällen verliert sein Tun stets den ‚Alltagscharakter‘; es ist als ‚Solidarisierung‘ mit dem Täter zu deuten [...] und dann auch nicht mehr als ‚sozialadäquat‘ anzusehen [...]. Weiß der Hilfeleistende dagegen nicht, wie der von ihm geleistete Beitrag vom Haupttäter verwendet wird, hält er es lediglich für möglich, dass sein Tun zur Begehung einer Straftat genutzt wird, so ist sein Handeln regelmäßig noch nicht als strafbare Beihilfehandlung zu beurteilen, es sei denn, das von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten war derart hoch, dass er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters ‚angelegen sein‘ ließ (...).“*

In der Praxis verbleiben viele Wertungsspielräume – und damit Risiken für die Berater.

## II. Folgen der Strafe

Die außerstrafrechtlichen Folgen einer Verurteilung sind oft belastender als die Strafe selbst.

- Versagung **Restschuldbefreiung** bei Geldstrafe von mehr als 90 Tagessätzen oder Freiheitsstrafe von mehr als 3 Monaten (§ 290 I Nr. 1 oder § 297 InsO);
  - ➔ *Nach AG Lüneburg v. 3.11.2003 - 46 IN 229/03, ZInsO 2003, 1108, kann die Restschuldbefreiung nach § 290 Abs. 1 Nr. 1 InsO bereits dann versagt werden, wenn mit der Strafverurteilung des Schuldners nach §§ 283 bis 283c StGB mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu rechnen ist.*
  - ➔ *Streitig ist, ob die von § 290 Abs. 1 Nr. 1 InsO erfasste Straftat im Zusammenhang mit dem vorliegenden Insolvenzverfahren stehen muss. Dies wird von der Rspr. verneint.<sup>12</sup>*
- **Registersperre** : Verurteilter darf für die Dauer von fünf Jahren ab Rechtskraft weder Geschäftsführer einer GmbH, noch Mitglied des Vorstandes einer AG sein (§ 6 II2 GmbHG; § 76III2 AktG);

<sup>10</sup> Überblick über den Meinungsstand u.a. bei BeckOK StGB/Kudlich, 34. Ed. 1.5.2017, StGB § 27 Rn. 10 ff.; MüKoStGB/Joecks, 3. Aufl. 2017, StGB § 27 Rn. 49 ff.

<sup>11</sup> Z.B. BGH NZWiSt 2014, 139; BGH NStZ 2017, 337.

<sup>12</sup> BGH, Beschl. v. 18. 12. 2002 - IX ZB 121/02 = ZinsO 2004, 125



- Der Katalog wurde durch das MoMiG verschärft
  - Die Sperre wirkt konstitutiv, d.h. keine Löschung im Handelsregister erforderlich (h.M)); erfolgt gleichwohl Bestellung ist diese nichtig
  - Mitteilungen gem. § 379 Abs. 1 FamFG bzw. 39 MiStra
  - Evtl. Strafbarkeit nach § 82 GmbHG (wohl nicht § 145c StGB)
  - Lösung evtl. Verwarnung mit Strafvorbehalt, § 59 StGB<sup>13</sup>
- persönliche **zivilrechtliche Haftung** von Geschäftsführern gegenüber der Schuldnerin oder geschädigten Geschäftspartnern (§ 64 GmbHG, § 823 Abs. II BGB usw.);

Aktuell: StB hat Jahresabschlüsse bei bilanzieller Überschuldung trotz besseren Wissens entgegen den Anforderungen des § 252 I Nr. 2 HGB auf der Grundlage von Fortführungswerten erstellt.

*BGH vom 26.01.2017 - IX ZR 285/14:*

*1. Der mit der Erstellung eines Jahresabschlusses für eine GmbH beauftragte Steuerberater ist verpflichtet zu prüfen, ob sich auf der Grundlage der ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen und der ihm sonst bekannten Umstände tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten ergeben, die einer Fortführung der Unternehmenstätigkeit entgegenstehen können. Hingegen ist er nicht verpflichtet, von sich aus eine Fortführungsprognose zu erstellen und die hierfür erheblichen Tatsachen zu ermitteln (Ergänzung zu BGH, WM 2013, 802 und BGH, WM 2013, 1323).*

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

*Nicht ausreichend:*

- allgemeiner Hinweis auf bilanzielle Überschuldung
- allgemeiner Hinweis auf generelle Prüfungspflicht

→ Schadensersatz gegenüber Insolvenzverwalter gem. §§ 280 I, 634 Nr. 4, 675 I BGB

Anmerkung: *Strafrechtlich kommt hier eine Beihilfe zu den §§ 283 ff. StGB in Betracht; unter den Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB sogar eine Täterschaft.*

- Persönliche Haftung für **Steuern** (§§ 69, 71 AO usw.);

---

<sup>13</sup> Vgl. dazu Haselie, StRR 2008, S. 411 ff.

- Persönliche Haftung für nicht entrichtete **Sozialversicherungsbeiträge** (§ 823 II BGB i.V.m. § 266a StGB);
- **Berufsverbot**, § 70 StGB
- **Berufsrechtliche Folgen** für Berater
  - ➔ *Das LG Stuttgart hat mit Urteil vom 16. 7. 2010 - 14 StL 3/10 (DStR 2011, 288) angesichts eines erheblichen Zeitraums, während dessen es ein Steuerberater unterließ, die Geschäftsführerin der von ihm beratenen GmbH auf die Notwendigkeit der Stellung eines Insolvenzantrags hinzuweisen, einen disziplinarischen Überhang i. S. des § 92 StBerG bejaht und den Steuerberater, der bereits wegen Beihilfe zur Insolvenzverschleppung zu einer Geldstrafe verurteilt worden war, mit einem Verweis belegt und eine Geldbuße gegen ihn festgesetzt.*
- **Sonstige strafrechtliche Nebenfolgen** (Eintrag ins Führungszeugnis, Verlust Gewerbeschein (§ 35 GewO), Waffenschein, Pilotenschein usw.)
  - ➔ *Nach dem Beschluss des Bundestages vom 22.06.2017 („Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“) <sup>14</sup> soll künftig auch bei allgemeinen Straftaten die Verhängung eines **Fahrverbotes** als Nebenstrafe (§ 44 StGB) möglich sein.*

Wohl eher selten spielen die §§ 30, 130 OWiG („Strafrechtliche Unternehmenshaftung) im Zusammenhang mit Insolvenzen eine Rolle.

Die Bedeutung des Insolvenzstrafrechts im Falle einer potenziellen zukünftigen Einführung eines Unternehmensstrafrechts ist noch ungeklärt.

### III. D&O Versicherungen für Geschäftsführer

Hat ein Unternehmen für seine Organmitglieder und leitenden Angestellten eine sogenannte Director's and Officer's (D&O)-Versicherung abgeschlossen, können Kosten der Strafverteidigung von einem Versicherer übernommen werden.

➔ Haftpflichtversicherung für fremde Rechnung = Vertrag zu Gunsten Dritter

Musterverträge des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. (GDV; Stand: Mai 2013)<sup>15</sup>:

*Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern (AVB-AVG)*

<sup>14</sup> <http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2017/0527-17.pdf>

<sup>15</sup> Jeweils aktuell unter <http://www.gdv.de>

### 1. Gegenstand der Versicherung:

1.1. *Der Versicherer gewährt Versicherungsschutz für den Fall, dass ein gegenwärtiges oder ehemaliges Mitglied des Aufsichtsrates, des Vorstandes oder der Geschäftsführung der Versicherungsnehmerin oder einer Tochtergesellschaft (versicherte Personen) wegen einer bei Ausübung dieser Tätigkeit begangenen Pflichtverletzung aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen für einen Vermögensschaden auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird.“*

→ gerichtliche und außergerichtliche Abwehr von Schadensersatzansprüchen.

→ Strafrechtsschutz muss gesondert vereinbart werden, vgl. Ziffer 4.4 Abs. 3 der GDV-Musterbedingungen:

### 4. Sachlicher Umfang des Versicherungsschutzes:

*Wird in einem Strafverfahren wegen einer Pflichtverletzung, die einen unter den Versicherungsschutz fallenden Haftpflichtanspruch zur Folge haben kann, die Bestellung eines Verteidigers für die versicherte Person von dem Versicherer gewünscht oder genehmigt, so trägt der Versicherer die Kosten gem. Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, ggf. die mit ihm besonders vereinbarten höheren Kosten des Verteidigers.“*

→ Abschluss stets empfehlenswert!

→ Nicht vom Versicherungsschutz erfasst sind Geldstrafen, Geldauflagen usw. Werden diese von Dritten übernommen, erfüllt dies zwar i.d.R. nicht § 258 StGB (Strafvereitelung), ggf. aber z.B. § 266 StGB (Untreue).

## B. Straftatbestände

### I. Überblick

Die Insolvenzdelikte verfolgen den Schutz der Vermögensinteressen der Gesamtheit der Gläubiger an einer möglichst vollständigen Befriedigung ihrer geldwerten Ansprüche aus dem Schuldnervermögen.

Es werden Insolvenzstraftaten im engeren und im weiteren Sinn unterschieden.

#### Insolvenzstraftaten i. e. S.

- §§ 283 bis 283d StGB;
- Insolvenzverschleppung = Verletzung der Pflicht zur Stellung des Eröffnungsantrags nach § 15a Abs. 4 InsO – (Vorgängervorschriften in § 401 Abs. 1 Nr. 2 AktG a. F., § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG a. F., § 148 Abs. 1 Nr. 2 GenG a. F., § 130b HGB a. F.)

#### Insolvenzstraftaten i. w. S.:

Straftatbestände, die im Zusammenhang mit der bevorstehenden oder eingetretenen Insolvenz zum Nachteil von Gläubigern, Staat und Dritten begangen werden, u.a.:

- Betrug, insbesondere gegenüber Lieferanten, einschließlich Wechsel- und Scheckbetrug (§ 263 StGB);
- Kreditbetrug (§§ 263, 265b StGB);
- Subventionsbetrug (§§ 263, 264 StGB);
- Versicherungsbetrug (§§ 263, 265 StGB);
- Missbrauch von Scheck- und Kreditkarten, § 266b StGB;
- Untreue (§ 266 StGB);
- Unterschlagung (§ 246 StGB), z. B. durch Veräußerung von sicherungsübereigneten Gegenständen, mehrfache Sicherungsübereignungen oder Verpfändung fremder Sachen;
- Steuerhinterziehung (§§ 370 ff. AO);
- Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB)
- Falsche Versicherung an Eides statt (§ 156 StGB);
- Unterlassen der Einberufung der Gesellschafterversammlung bei Verlusten in Höhe der Hälfte des Grund- oder Stammkapitals (§ 401 Abs. 1 AktG, § 84 Abs. 1 GmbHG, § 148 Abs. 1 GenG).

Nicht zum Insolvenzstrafrecht gehört das Bilanzstraf- und -ordnungswidrigkeitenrecht der §§ 331 bis 334 HGB.

*Aber: Bestimmte Bilanz- und Buchhaltungsverstöße sind nach §§ 283 Abs. 1 Nr. 5–7, 283b StGB strafbar.*

## II. Gemeinsame Voraussetzungen

### Überblick:

Drohende Zahlungsunfähigkeit	§ 283 StGB, § 283d Abs. 1 Nr. 1 StGB
Zahlungsunfähigkeit	§ 283 StGB, § 283c StGB, § 15a Abs. 4 InsO
Überschuldung	§ 283 StGB, § 15a Abs. 4 InsO
Zahlungseinstellung	§ 283 Abs. 6 StGB, § 283b Abs. 3 StGB, § 283c Abs. 3 StGB, § 283d Abs. 1 Nr. 2 StGB, § 283d Abs. 4 StGB

- Drohende Zahlungsunfähigkeit ist nicht relevant für den Straftatbestand der Insolvenzverschleppung, obwohl sie nach § 18 Abs. 1 InsO einen Eröffnungsgrund darstellt.

Die strafrechtlichen Begriffe sind an die insolvenzrechtlichen Begriffe angelehnt, werden teilweise jedoch abweichend ausgelegt.

### 1. Krise

Fast alle Insolvenzdelikte im engeren Sinne setzen das Bestehen einer sog. Krise voraus. Dies gilt auch für die Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen gem. § 283 Abs. 4 und 5 StGB.

- *Nur der Tatbestand der Verletzung der Buchführungspflicht gem. § 283b StGB verzichtet auf das Krisenerfordernis.*

Wird im Strafverfahren regelmäßig durch **Sachverständigengutachten** festgestellt.

- Wie erfolgte Auswahl des SV?
- Wie ist dieser qualifiziert?
- Welche Unterlagen standen dem SV zur Verfügung? Wurden diese auch vollständig dem Gericht bzw. der Verteidigung vorgelegt?
- Wurden Verwendungsverbote (§ 97 InsO) beachtet?
- Verweis auf die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung durch den Geschäftsführer reicht nicht aus.

## a) Zahlungsunfähigkeit

### 1) Definition der Zahlungsunfähigkeit

Der strafrechtliche Begriff der Zahlungsunfähigkeit entspricht grundsätzlich der Definition des § 17 InsO.

#### § 17 – Zahlungsunfähigkeit

(1) *Allgemeiner Eröffnungsgrund ist die Zahlungsunfähigkeit.*

(2) *Der Schuldner ist zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Zahlungsunfähigkeit ist in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.*

Nach dem früheren Konkurs(straf)recht war zur Annahme von Zahlungsunfähigkeit erforderlich, dass der Schuldner „dauerhaft“ nicht in der Lage ist, seine „ernsthaft eingeforderten“ Schulden zu begleichen, und sich dieses Unvermögen auf „wesentliche Teile“ seiner Verbindlichkeiten beziehen musste. Die Legaldefinition des § 17 Abs. 2 InsO verzichtet auf diese Merkmale.

Laut der Gesetzesbegründung sollte einer zu restriktiven Auslegung des Begriffs entgegen gewirkt und eine rechtzeitige Eröffnung des Insolvenzverfahrens gewährleistet werden.<sup>16</sup> Trotz des Wegfalls der Merkmale der Dauerhaftigkeit, der Wesentlichkeit und des ernsthaften Einforderns führen nicht alle Liquiditätsschwierigkeiten automatisch zur Annahme von Zahlungsunfähigkeit. Weder bei kurzfristigen Zahlungsstockungen noch bei geringfügigen Liquiditätslücken ist Zahlungsunfähigkeit anzunehmen.<sup>17</sup> Die dabei zu ziehenden Grenzen sind indes strittig: hinsichtlich des zeitlichen Ausmaßes der Illiquidität, wurden Zeiträume

<sup>16</sup> Vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 114.

<sup>17</sup> Schönke/Schröder–Heine/Schuster, StGB, § 283 Rn. 52 m.w.N.

zwischen 3 Wochen und 3 Monaten,<sup>18</sup> hinsichtlich der Höhe der Deckungslücke Werte von 10 % für bis 25 % genannt.<sup>19</sup>

Für die Praxis maßgeblich ist der Zeitraum von 3 Wochen<sup>20</sup> sowie die Unterdeckungs-Quote von 10 %<sup>21</sup>, wobei es jedoch immer auch auf die Umstände des Einzelfalles ankommt. Die Vermutung der Zahlungsunfähigkeit bei Zahlungseinstellung kann widerlegt werden, z.B. durch Sachverständigengutachten.<sup>22</sup>

- ➔ Das Merkmal der positiven Fortführungsprognose, das im Rahmen der Feststellung der Überschuldung eine Rolle spielt (vgl. § 19 Abs. 2 InsO), gilt nicht für die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit.<sup>23</sup> Bei einer bestehenden Zahlungsunfähigkeit ist daher innerhalb der 3-Wochen-Frist Insolvenzantrag zu stellen, selbst dann, wenn die Zahlungsunfähigkeit möglicherweise überwunden werden kann.<sup>24</sup>

## 2) Feststellung der Zahlungsunfähigkeit

Die Zahlungsunfähigkeit kann auf drei Wegen festgestellt werden:

- 1) Liquiditätsbilanz
- 2) Liquiditätsplan
- 3) Kriminalistische Methode

Bei der Liquiditätsbilanz werden zum Stichtag und für den Zeitraum der folgenden 21 Tage (Insolvenzantragsfrist) die auf Zahlung gerichteten Aktiva und Passiva des Unternehmens gegenübergestellt, wobei lediglich zu erwartende Liquidationswerte aufzunehmen sind.<sup>25</sup>

Beim Liquiditätsplan werden Einnahmen und Ausgaben für den Zeitraum dargestellt. Gegenüber der Liquiditätsbilanz hat der Liquiditätsplan den Vorteil auch die Betrachtung zukünftiger Situationen zuzulassen. Er ist daher auch Gradmesser der drohenden Zahlungsunfähigkeit und stellt die Grundlage der Beurteilung der Fortführungsprognose dar.

- ➔ *Streitige Verbindlichkeiten sind im Strafrecht wegen des Grundsatzes „in dubio pro reo“ nur zu berücksichtigen, wenn Ihre Existenz mit Sicherheit feststeht.*<sup>26</sup>

Die Ermittlung der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit durch Erstellung einer rückbezogenen Liquiditätsplanung – sei es mit Liquiditätsbilanz oder -plan, sog. betriebswirtschaftliche Me-

<sup>18</sup> BGH 1 StR 88/07 (drei Wochen); Lackner/Kühl, StGB, § 283 Rn. 7 (vier Wochen); Dannecker/Hagemeyer, in: Dannecker/Knierim/Hagemeyer, Insolvenzstrafrecht, Rn. 74 (sechs Wochen); Penzlin, Strafrechtliche Auswirkungen der Insolvenzordnung, S. 153 (zwei Monate); Bittmann, wistra 1998, S. 321 (drei Monate).

<sup>19</sup> NK-StGB/Kindhäuser, Vorbem. §§ 283 bis 283d, Rn. 98 (10%); Dannecker/Hagemeyer, in: Dannecker/Knierim/Hagemeyer, Insolvenzstrafrecht, Rn. 73 (min. 25%); SK-StGB/Hoyer, § 283 Rn. 19 (abhängig von Unterdeckungsdauer: 25 % bei 3 Wochen, 15 % bei 5 Wochen).

<sup>20</sup> BGH vom 09.10.2012, Az.: II ZR 298/11, ZInsO 2012, 2291

<sup>21</sup> BGH, Urteil vom 24.05.2005 – IX ZR 123/04, ZInsO 2005, 807 ff.

<sup>22</sup> BGH, Beschl. v. 26. 3. 2015 - IX ZR 134/13 = ZInsO 2015, 1056

<sup>23</sup> A.A. Hirte/Knof/Mock, ZInsO 2008, 1217, 1223

<sup>24</sup> Weyand/Diversy, Insolvenzstrafrecht, Rn. 36

<sup>25</sup> Vgl. BGH 1 StR 35/12.

<sup>26</sup> Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 49

thoden – ist regelmäßig sehr aufwendig und beinhaltet großen Bewertungsspielräume. In aller Regel ist dazu ein betriebswirtschaftliches Gutachten erforderlich. Im Nachhinein setzt eine Analyse durch die Strafverfolgungsbehörden nicht nur einen erheblichen Einsatz von Arbeitszeit voraus, sondern erfordert auch eine weitestgehend lückenlose Dokumentation der Geschäftszahlen und -vorgänge.

Die Rechtsprechung lässt daher auch die sogenannte kriminalistische Methode zu,<sup>27</sup> die in der Praxis häufig angewandt wird. Insbesondere bei einer ungeordneten oder nicht mehr vorhandenen Buchhaltung ist diese Methode in der Regel die einzig mögliche.

Bei dieser Methode geht man nicht von konkretem Zahlenmaterial aus. Vielmehr führt man einen Indizienbeweis. Es wird festgestellt, ob ausreichende Beweisanzeichen vorliegen, die nach außen hin auf eine Zahlungsunfähigkeit schließen lassen. Zur Veranschaulichung wird oft ein Häufigkeitsdiagramm der Beweisanzeichen erstellt. Dabei wird über einen gewissen Zeitraum geprüft, wie viele Indizien erkennbar waren; oftmals kann bereits durch den zahlenmäßigen Anstieg von Indizien auf Zahlungsfähigkeit geschlossen werden.

Bei der kriminalistischen Methode werden insbesondere folgende Anzeichen überprüft:<sup>28</sup>

*Checkliste: Indizien für eine Zahlungsunfähigkeit:*

- Vereinbarung längerer Zahlungsziele
- Überschreitung von Zahlungszielen
- Überschreitung der Kreditlinie, Ausschöpfung von Limits
- Ausweitung von Lieferantenkrediten
- Austauschen von Lieferanten, um einen weiteren Creditspielraum zu bekommen
- Suche nach neuen Kreditgebern
- Übergang von Bezahlung voller Beträge zur Ratenzahlung
- Erfolgreiche Kreditverhandlungen
- Mahnungen von Gläubigern
- Scheck- und Wechselproteste
- Darlehenskündigungen durch Banken
- Zahlung mit vordatierten Schecks
- Geänderte Übung der Lieferanten, nur noch gegen Vorkasse/Barzahlung zu liefern
- Zustellung von Mahn- und Vollstreckungsbescheiden
- Vollstreckungsmaßnahmen von Gläubigern
- Fruchtllose Vollstreckungen
- Ladung und Haftbefehl zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung
- Insolvenzanträge von Gläubigern, die nach Zahlung wieder zurückgenommen wurden
- Nichtzahlung von wichtigen Verbindlichkeiten wie Pacht, Löhne, Sozialabgaben, Energieversorger, Steuern
- Einsparungen an Kosten für die Buchhaltung

---

<sup>27</sup> Z.B. BGH v. 30.1.2003 – 3 StR 437/02.; BGH v. 20.7.1999 – 1 StR 668/98; BGH v. 19.1.1993 – 1 StR 518/92; BGH v. 11.08.2016, 1 StR 63/16 (= wistra 2017, 30)

<sup>28</sup> Runkel/Schmidt–Ringstmeier, Anwalts-Handbuch Insolvenzrecht, § 5, Rn. 84; ähnliche Kriterien finden sich bei Weyand/Diversy, Insolvenzstrafrecht, Rn. 51.

BGH, Beschl. v. 16. 5. 2017 - 2 StR 169/15:

Für die Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit ist es irrelevant, aus welcher Quelle tatsächlich vorhandene Mittel des Schuldners stammen; auch aus Straftaten herführende illegale Einkünfte sind als liquide Mittel zu berücksichtigen.

**b) Überschuldung**

**a) Definition der Überschuldung**

Der strafrechtliche Begriff der Überschuldung in §§ 283 ff. StGB bzw. § 15a InsO entspricht der Definition aus § 19 Abs. 2 S. 1 InsO.

*§ 19 – Überschuldung*

*(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) Ist bei einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person, so gelten die Absätze 1 und 2 entsprechend. Dies gilt nicht, wenn zu den persönlich haftenden Gesellschaftern eine andere Gesellschaft gehört, bei der ein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.*

Mit der Neuregelung des § 19 Abs. 2 S. 2 InsO ist der Gesetzgeber zur früheren Rechtsprechung des BGH<sup>29</sup> zum Überschuldungsbegriff zurückgekehrt.

Ist die Fortführungsprognose positiv, kommt es für die Frage der Überschuldung letztlich nicht mehr auf eine bilanzielle Gegenüberstellung der Aktiv- und Passivwerte des Unternehmens an.

Mit anderen Worten: Ein bilanziell überschuldetes Unternehmen ist nicht im insolvenzrechtlichen Sinne überschuldet, wenn seine Fortführungsprognose positiv ist.

**b) Fortführungsprognose**

Die Fortführungsprognose ist eigentlich eine Zahlungsfähigkeitsprognose. Über einen Finanzplan wird ermittelt, ob das Unternehmen innerhalb eines Prognosezeitraumes ausreichend Liquidität zur Erfüllung seiner Zahlungsverpflichtungen erwirtschaften oder beschaffen kann.

---

<sup>29</sup> BGHZ 119, 201 (214).



Teilliquidation, Veräußerung von Vermögensteilen, Umstrukturierungen und Einsparungen können dabei berücksichtigt werden.

Umstritten ist die Dauer des Prognosezeitraumes; der Gesetzgeber hat auf die Festlegung eines Prognosezeitraumes verzichtet. Als Untergrenze werden Zeiträume zwischen drei Monaten<sup>30</sup> und zwei Jahren<sup>31</sup>, zumeist aber zwölf Monate<sup>32</sup> angenommen. Das Gesetz sieht keine Obergrenze für den Prognosezeitraum vor, es kommt daher je nach Branche und Unternehmen auf die Prognostizier- bzw. Planbarkeit im Einzelfall an.<sup>33</sup> Die Rechtsprechung stellt überwiegend auf den im Einzelfall „betriebswirtschaftlich überschaubaren Zeitraum“ ab.<sup>34</sup> Überwiegend wird für eine positive Fortführungsprognose regelmäßig das laufende und das folgende Geschäftsjahre als überschaubarer Zeitraum angesehen.<sup>35</sup>

Kürzere Zeiträume dürften in der Praxis kaum zu realistischen Ergebnissen führen, sondern die Überschuldung mit der Zahlungsunfähigkeit gleichsetzen. Betriebswirtschaftliche und finanzpolitische Entscheidungen wie Teilveräußerungen, Umstrukturierungen oder Kapitalbeschaffungen sind sie in einem zu kurz gewählten Zeitraum kaum umzusetzen.

Überwiegende Wahrscheinlichkeit der Fortführung des Unternehmens bedeutet nach h.M., dass diese zu mehr als 50 % wahrscheinlich sein muss.<sup>36</sup> Letztlich wird eine wertende Gesamtbetrachtung vorgenommen.

Es ist fraglich, ob bei einer eher langen Prognosezeit ein positives Ergebnis, das nur geringfügig über 50 Prozent liegt, ausreicht. Die Bestimmung eines derartigen Prozentsatzes ist selbstverständlich schein genau, gibt es doch mannigfache Unsicherheiten und Unschärfen bei der Unternehmensplanung und bei der Bewertung der Eintrittswahrscheinlichkeiten.<sup>37</sup>

Bei der Prüfung eines längeren Zeitraums kann das Ergebnis für das laufende und für folgende Wirtschaftsjahre unterschiedlich ausfallen. Ist die Fortbestehungsprognose für das laufende Geschäftsjahr positiv, für das folgende aber negativ, kann eine positive Prognose dann angenommen werden, wenn die Erträge des laufenden Jahres die Einbußen des Folgejahres ausgleichen. Ist für das laufende Geschäftsjahr die Prognose negativ, für das folgende Jahr aber positiv, ist insgesamt von einem negativen Ergebnis auszugehen sein, außer die bestehende Überschuldung kann kurzfristig, innerhalb von drei Wochen, behoben werden.<sup>38</sup>

Auch wenn die Fortführungsprognose eine Art der Zahlungsprognose ist, rechtfertigt die Prüfung der Zukunftsprognose, dem Unternehmer einen längeren Zeitraum einzuräumen, um ein negatives Ergebnis des laufenden Jahres mit einem positiven Ergebnis des Folgejahres zu kompensieren.

---

<sup>30</sup> Reck, GmbHR 1999, 270.

<sup>31</sup> OLG Köln, Urt. v. 05.02.2009, Az.: 18 U 171/07.

<sup>32</sup> Schmidt-Schröder, Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 6. Auflage 2017, § 19, Rn. 18 m.w.N.

<sup>33</sup> K. Schmidt, DB 2008, 2467 (2470).

<sup>34</sup> Z.B. OLG Schleswig, ZInsO 2010, 530.

<sup>35</sup> OLG Hamburg, ZInsO 2013, 2447 (2449); Bork, ZIP 2000, 1709 (1710).

<sup>36</sup> Fischer, NZI 2016, 665, 666 ff.; K. Schmidt-K. Schmidt § 19 Rn. 48

<sup>37</sup> HK-InsO-Schröder, § 19, Rn. 16.

<sup>38</sup> Bittmann, Praxishandbuch Insolvenzstrafrecht, § 11, Rn. 102.

### a. Einzelne Vermögenswerte

Die allgemeinen Bilanzierungsgrundsätze der Vollständigkeit, Übersichtlichkeit, Klarheit und des Verbotes der Überbewertung gelten auch für die Feststellung des Überschuldungsstatus; eine besondere gesetzliche Regelung besteht nicht.

Steuer- und handelsrechtliche Ansatz- und Bewertungsvorschriften sind nicht heranzuziehen. Es sind daher alle Gegenstände zu berücksichtigen, denen im Geschäftsverkehr ein Wert zugemessen wird.

#### **Aufzunehmende Aktiva:**<sup>39</sup>

Gegenstände des Anlage- und Umlaufvermögens, insbesondere Grundstücke und sonstige Sach- und Finanzanlagen, Patente, Markenrechte, Konzessionen, wenn sie selbstständig verwertbar sind, ausstehende Einlagen, Ansprüche aus Verlustübernahmen, Liquiditätsausstattungsgarantien, beschlossene Kapitalerhöhungen, Nachzahlungen, Patronatserklärungen, Ansprüche gegen Gesellschafter wegen verbotener Einlagenrückgewähr, Schadensersatzansprüche gegen Geschäftsführer, Geschäfts- und Firmenwert.

Die Aktivierbarkeit immaterieller Vermögensgegenstände im Überschuldungsstatus ist vom Grundsatz her heute anerkannt. Nach herrschender Meinung gilt dies auch für den originären, also selbst geschaffenen Geschäfts- oder Firmenwert.<sup>40</sup> Es kommt darauf an, inwieweit ein Veräußerungswert besteht.<sup>41</sup> Bei Unternehmen, bei denen eine Überschuldungsprüfung vorzunehmen ist, wird ein selbstständiger Firmenwert, d.h. ein über die Substanzwerte hinausgehender Wert, jedoch die Ausnahme sein.<sup>42</sup> Daraus folgt indes nicht, dass nicht etwa die Firmierung oder der Kundenstamm auch dann als Einzelwirtschaftsgut einen separaten Veräußerungswert haben kann, der zu aktivieren ist.<sup>43</sup>

Auf der Passivseite sind nur Positionen aufzunehmen, die aus der Masse zu bedienen sind. Daher entfallen z.B. die Bilanzpositionen Kapital, Rücklagen einschließlich Sonderrücklagen für eigene Aktien oder Geschäftsanteile, wie auch steuerliche Sonderabschreibungen.

#### **Aufzunehmende Passiva:**<sup>44</sup>

Fällige oder gestundete Verbindlichkeiten, Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten und Drohverlustrückstellungen für zu erwartende Verluste aus schwebenden Geschäften, Sanierungsmaßnahmen nach Sozialplänen, soweit Ansprüche bereits konkretisiert sind, Verbindlichkeiten aus Rekultivierungs- oder Entsorgungspflichten, soweit sie bereits entstanden sind, unverfallbare Pensionsanwartschaften, Gesellschafterleistungen, denen eigenkapitalersetzender Charakter zukommt.

---

<sup>39</sup> Ausführlich HK-InsO–Schröder, § 19, Rn. 23 ff.

<sup>40</sup> Begr. des RegE zu Art. 5 FMStG: „Einbeziehung ... des Firmenwerts und des good will“, BT-Drs. 16/10600, S. 21.

<sup>41</sup> OLG Frankfurt am Main 25.10.2000 (17 U 63/99).

<sup>42</sup> Baumbach/Hueck-Haas § 64 GmbHG Rn. 51.

<sup>43</sup> HK-InsO–Schröder, § 19, Rn. 28.

<sup>44</sup> Ausführlich HK-InsO–Schröder, § 19, Rn. 37 ff., insb. 40 ff.

### **b. Beseitigung einer Überschuldung**

Eine bestehende oder drohende Überschuldung kann auch noch beseitigt werden.

Eine Möglichkeit dazu ist eine die **Kapitalerhöhung**. Die Kapitalerhöhung setzt allerdings voraussetzt, dass die bisherigen Gesellschafter bereit und fähig sind, ihr nachzukommen. Eine Kapitalerhöhung kann auch mit einer Kapitalsenkung verbunden werden, wenn dadurch ein Teil des Stammkapitals frei wird und zur Deckung der Verluste verwandt werden kann.

Die Erhöhung des Stammkapitals bedarf einer notariell zu beurkundenden Beschlussfassung. Erst mit dieser Form wird ein wirksamer Anspruch der Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter begründet. Vorherige Einzahlungen des Gesellschafters sind folglich auf eine Nichtschuld geleistet, so dass der Insolvenzverwalter – im Falle der gescheiterten Krisenüberwindung – die Kapitalzahlung noch einmal vom Gesellschafter fordern kann.

Mit einem **Rangrücktritt** (vgl. § 19 Abs. 2 S. 2 InsO bzw. § 39 Abs. 2 InsO) erklärt der Gläubiger einer Forderung, seinen Anspruch ganz oder teilweise, zeitlich befristet oder unbefristet im Rang hinter die Ansprüche aller übrigen Gläubiger zurücktreten zu lassen.

- ➔ *Seit der Neufassung des § 19 InsO durch das MoMiG zum 1.11.2008 genügt ein einfacher Rangrücktritt.*
- ➔ *Nach neuerer Rspr. des BGH ist die Vereinbarung eines Rangrücktritts als verfügender Schuldänderungsvertrag (§ 311 Abs. 1 BGB) zugunsten der Gläubiger des Forderungsschuldners (§ 328 Abs. 2 BGB) zu qualifizieren<sup>45</sup>, d.h. eine Aufhebung desselben ist ohne Mitwirkung der begünstigten Gläubiger nicht möglich.*

Die Überschuldung kann auch durch einen **Forderungsverzicht** beseitigt werden. Anders als der Rangrücktritt kann der Forderungsverzicht zeitlich nicht befristet werden. Mit einem Besserungsschein (= auflösende Bedingung eines Schuldenerlasses), der bestimmt, dass die Forderung mit Beseitigung der Überschuldungssituation wieder auflebt, kommt der Verzicht dem Rangrücktritt sehr nahe.

In einem Konzern kann mit einer **Patronatserklärung** ein Anspruch der begünstigten Gesellschaft gegen die Patronin auf Ausstattung mit entsprechenden finanziellen Mitteln geschaffen werden. Die Überschuldung wird allerdings nur beseitigt, soweit die Patronatserklärung selbst werthaltig ist.

### **c. Checkliste**

Folgende Checkliste kann zur Überprüfung der Überschuldung dienen:<sup>46</sup>

- Sind alle zum Überschuldungstichtag vorhandenen Vermögenswerte berücksichtigt? (Insbesondere Gegenstände, die nach handels- oder steuerrechtlichen Bilanz Vorschriften nicht aktivierbar sind, wie immaterielle Wirtschaftsgüter).
- Sind alle aktivierbaren Forderungen berücksichtigt?
- Ist ex ante von einer positiven Fortführungsprognose auszugehen? Ist dies geschehen?

<sup>45</sup> BGH, Urt. v. 5. 3. 2015 – IX ZR 133/14, ZInsO 2015, 681

<sup>46</sup> Pelz, Strafrecht in Krise und Insolvenz, S. 44.

- Welche besten Verwertungsmöglichkeiten gab es? Sind sie berücksichtigt worden?
- Gibt es andere Bewertungsmethoden, die zu einer deutlich höheren Bewertung führen?
- Sind alle stillen Reserven berücksichtigt worden?
- Sind alle Rangrücktrittserklärungen, Forderungsverzichte und Patronatserklärungen berücksichtigt worden?
- Hat der Beschuldigte alle tatsächlichen Umstände und deren Bewertung erkannt oder hätte er sie erkennen müssen?

### c) Zahlungseinstellung

Strafrechtlich ist die Zahlungseinstellung von untergeordneter Bedeutung gegenüber Überschuldung und/oder Zahlungsunfähigkeit.

§§ 283 Abs. 6, 283b Abs. 3, 283c Abs. 3 und 283d Abs. 4 StGB knüpfen jedoch an die Zahlungseinstellung als selbständiges Tatbestandsmerkmal an.

Zahlungseinstellung liegt vor, wenn der Schuldner aufhört, seine fälligen Geldschulden zu begleichen.<sup>47</sup>

Zahlungseinstellung ist auch ohne (objektive) Zahlungsunfähigkeit möglich, nämlich wenn der Täter irrig Zahlungsunfähigkeit annimmt oder sich trotz Zahlungsfähigkeit weigert zu zahlen (sog. Zahlungsunwilligkeit).<sup>48</sup>

Die Zahlungseinstellung muss sich auf den wesentlichen Teil der fälligen und eingeforderten Geldschulden beziehen. Die h.M. nimmt Zahlungseinstellung an, wenn der überwiegende Teil, also mehr als 50 %, der Geldschulden nicht mehr erfüllt wird.<sup>49</sup> Das Nichtbegleichen einzelner Schulden genügt folglich nicht, es sei denn es handele sich um Großgläubiger.<sup>50</sup> Umgekehrt schließen vereinzelte Zahlungen die Zahlungseinstellung nicht aus.<sup>51</sup>

## 2. Objektive Bedingung der Strafbarkeit

§ 283 Abs. 6 StGB stellt nach allgemeiner Auffassung eine objektive Strafbarkeitsbedingung dar.

D.h. es ist diesbezüglich **weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit** für die Strafbarkeit erforderlich. Es reicht auch aus, wenn die Bedingung erst später eintritt.

Die objektive Bedingung der Strafbarkeit ist über die Verweisungen in den §§ 283b Abs. 3 und 283c Abs. 3 StGB auch auf die Tatbestände der Verletzung der Buchführungspflicht bzw. der Gläubigerbegünstigung anwendbar.

---

<sup>47</sup> LK<sup>12</sup>–Tiedemann, vor § 283, Rn. 143.

<sup>48</sup> LK<sup>12</sup>–Tiedemann, vor § 283, Rn. 144; Fischer, StGB, vor § 283, Rn. 13.

<sup>49</sup> LK<sup>12</sup>–Tiedemann, vor § 283, Rn. 145 m.w.N.

<sup>50</sup> St. Rspr., vgl. BGH NJW 1985, 1785; 1991, 981; 2001, 1874.

<sup>51</sup> So bereits RGZ 132, 281 (283).

Irrelevant ist es, ob die Strafbarkeitsbedingung aufgrund eines Eigenantrags des Schuldners oder aufgrund eines Gläubigerantrags eintritt.

Soweit ein Eröffnungsbeschluss rechtskräftig ist (d.h. mit Ablauf der Rechtsmittelfrist, § 34 InsO), ist die Bedingung erfüllt. Die durch das Insolvenzgericht insoweit getroffene Entscheidung wirkt unmittelbar in das Strafverfahren hinein. Der Betroffene kann sich auf Fehler im zivilrechtlichen Verfahren nicht berufen.

Grundsätzlich ist **keine kausale Verknüpfung** zwischen der tatbestandlichen Handlung und dem Eintritt der objektiven Bedingung der Strafbarkeit erforderlich (Ausnahme: § 283 Abs. 2 StGB). Es gibt jedoch Fälle, bei denen Verhaltensweisen, die während einer Unternehmenskrise begangen wurden, in der Folge nachhaltig überwunden wurden.<sup>52</sup> Es entfällt dann die **Strafwürdigkeit**:

- Hat der Täter zwar während der Krise gehandelt, wurde jedoch zwischenzeitlich die Zahlungsfähigkeit wieder hergestellt und damit die Krise überwunden, und erfolgt erst danach der Eintritt einer der objektiven Strafbarkeitsbedingungen, entfällt das Strafbedürfnis.<sup>53</sup>
- Streitig ist, ob bei Aufhebung des Insolvenzverfahrens durch einen Insolvenzplan (§ 258 InsO) das Strafbarkeitsbedürfnis bestehen bleibt. Dafür spricht, dass der Straftatbestand und die objektive Strafbarkeitsbedingung weiterhin erfüllt sind.<sup>54</sup> Aus Verteidigersicht sollte der Gegenansicht<sup>55</sup> gefolgt werden.
- Kommt es bei Verbrauchern zu einer Einigung im Rahmen eines sog. Schuldenbereinigungsplans, so gilt das ruhende Insolvenzverfahren als nicht eröffnet (§§ 306 Abs. 1, 308 Abs. 2 InsO). Die objektive Bedingung der Strafbarkeit entfällt damit nachträglich, wenn eine Einigung mit den Gläubigern erreicht wird.

→ *Im Einzelnen ist hier vieles umstritten. Gerade deshalb besteht hier **Verteidigungspotential**. Für den Fall, dass § 283 StGB mangels Strafwürdigkeit abgelehnt wird, kommt als Auffangtatbestand allerdings § 283b StGB in Betracht.*

Weiterer denkbar (str.) Fall:

- Wenn ausgeschlossen ist, dass die Bankrotthandlung zu einer Gefährdung der Gläubiger führte, weil diese zuvor schon keine Chance hatten, ihre Rechte durchzusetzen.

### III. Täter

#### 1. Natürliche Personen

Täter kann grundsätzlich jede nach § 11 Abs. 1 InsO insolvenzfähige Person sein („jede natürliche und jede juristische Person“). Der Täter muss aber die besonderen persönlichen

<sup>52</sup> Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 59 f.

<sup>53</sup> BGH, NJW 1979, 1484; LK-Tiedemann, Vor § 283 Rn. 90 ff.; a.A. Trüg/Habetha, wistra 2007, 365.

<sup>54</sup> Zu der Problematik vgl. LK-Tiedemann, Vor § 283 Rn. 90

<sup>55</sup> Wabnitz/Janovsky-Beck, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Kap. 8 Rn. 94

Merkmale (§ 28 StGB) der Krise oder der Zahlungseinstellung aufweisen. Daher werden die Insolvenzstraftaten als echte Sonderdelikte bezeichnet.

Eine Ausnahme stellt insoweit § 283d StGB dar, der auf die Unternehmenskrise in der Person eines Dritten, nicht in der Person des Täters, abstellt.

§§ 283 Abs. 1 Nr. 5 und 7 und 283b setzen darüber hinaus voraus, dass der Täter Kaufmann ist. Denn die dort genannten handelsrechtlichen Pflichten korrespondieren gemäß § 238 HGB mit der Kaufmanns-Eigenschaft (Ausnahme: 241a HGB).

Eine Teilnehmerstrafbarkeit wegen Anstiftung und Beihilfe zu den §§ 283 ff. StGB kann jeden treffen, der an der Deliktsverwirklichung entsprechend mitwirkt.

Auch Personen, die in den Anwendungsbereich des vereinfachten Insolvenzverfahrens (Verbraucher) fallen, können sich nach § 283 StGB strafbar machen können.<sup>56</sup>

→ *In diesen Fällen besteht Verteidigungspotenzial darin, dass bei einer Einigung im Rahmen eines Schuldenbereinigungsplans die objektive Bedingung der Strafbarkeit nachträglich entfällt (s.o.).*

## 2. Unternehmen

Handelt es sich bei dem Schuldner um ein Einzelunternehmen, ist der Inhaber ohne Weiteres möglicher Täter der §§ 283 ff. StGB.

Ist der Schuldner eine Gesellschaft, ist möglicher Täter bei der GbR, der OHG und der Vor-gesellschaft einer GmbH jeder einzelne Gesellschafter. Bei der KG und der KGaA können nur die persönlich haftenden Gesellschafter Täter sein, nicht die Kommanditisten oder die Prokuristen.<sup>57</sup>

Juristische Personen wie GmbH, AG oder eingetragene Genossenschaft sind nicht delikt-fähig. Sie kommen daher selbst nicht als Täter in Betracht. Soweit es um den Eintritt der Krise und die Zahlungseinstellung/Insolvenz geht, eröffnet § 14 StGB die Zurechnung besonderer persönlicher Merkmale.

*Streng genommen ist in diesen Fällen der Wortlaut des § 283 Abs. 6 StGB nicht erfüllt. Denn nicht der „Täter“ hat seine Zahlungen eingestellt (usw.), sondern der „Schuldner“, d.h. das Unternehmen. Die Auffassung, dass hier ein Verstoß gegen das strafrechtliche Analogieverbot (Art. 103 Abs. 2 GG) vorliegt<sup>58</sup>, hat sich jedoch nicht durchgesetzt.*

Die Krise bzw. die Zahlungseinstellung/Insolvenz werden dem Geschäftsführer einer GmbH bzw. dem Vorstand einer AG oder eG nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB zugerechnet, wenn sie die in den §§ 283 ff. StGB unter Strafe gestellten Handlungen vornehmen; allerdings nur soweit sie dabei in Erfüllung ihrer Organstellung handeln.

---

<sup>56</sup> BGH v. 22.2.2001 – 4 StR 421/00, NJW 2001, 1874 f.; s.a. BVerfG v. 28.8.2003 – 2 BvR 704/01, ZInsO 2004, 738

<sup>57</sup> BGHSt 19, 174.

<sup>58</sup> Labsch, wistra 1985, 1, 5

Nach früherer Rechtsprechung handelte der Täter dann in Erfüllung seiner Organstellung, wenn er zumindest auch im Interesse der Gesellschaft handelt (sog. Interessenformel). Verfolgte er ausschließlich eigene Interessen, wurden seine Handlungen nicht als Bankrott, sondern als Untreue nach § 266 StGB bestraft. Inzwischen wird darauf abgestellt, ob der Vertreter i.S.d. § 14 StGB im Geschäftskreis des Vertretenen tätig geworden ist.<sup>59</sup>

Nach § 14 Abs. 1 StGB kommen bei der GmbH der Geschäftsführer, bei der AG, der Genossenschaft, dem rechtsfähigen Verein und der rechtsfähigen Stiftung der Vorstand bzw. jedes Vorstandsmitglied, bei der OHG und der Vorgesellschaft einer GmbH jeder vertretungsbeauftragte Gesellschafter sowie bei der KG und der KGaA die persönlich haftenden Gesellschafter als taugliche Täter in Betracht. Bei der GmbH & Co. KG ist der GmbH-Geschäftsführer zumindest dann tauglicher Täter, wenn er auch die Geschäfte der KG führt.<sup>60</sup>

Auch juristische Personen nach ausländischem Recht fallen unter den Anwendungsbereich der Vorschrift, womit auch der (faktische) Geschäftsführer einer Limited nach englischem Recht als tauglicher Täter in Betracht kommt.<sup>61</sup>

- *Bei Gesellschaften nach ausländischem Recht sind viele Fragen ungeklärt, z.B. nach welchem Recht (deutsches oder ausländisches?) sich die Handels- und Buchführungspflichten richten. Hier lohnt sich kritisches Nachfragen durch die Verteidigung.*

### 3. Faktischer Geschäftsführer

Nach der ständigen Rechtsprechung<sup>62</sup> treffen die Pflichten eines Geschäftsführers auch den in der Praxis häufig anzutreffenden faktischen Geschäftsführer. Dieser ist somit tauglicher Täter der Insolvenzdelikte.

Kriterien für faktische Geschäftsführer sind u.a.:

- Bestimmung der Unternehmenspolitik und -organisation
- Pflege der Geschäftsbeziehungen
- Verhandlung wichtiger Verträge
- Verhandlung mit Banken
- Identifikation des Unternehmens mit der Person des Mandanten nach außen
- Entlassung und Einstellung von Mitarbeitern
- Ausstellung von Zeugnissen für Mitarbeiter
- Beauftragung und Bevollmächtigung von Steuerberatern

- In der Beratungspraxis darauf hinzuweisen, dass trotz fehlender förmlicher Stellung als Organ der Gesellschaft den faktischen Geschäftsführer die Pflicht-

---

<sup>59</sup> BGH v. 10.2.2009 - 3 StR 372/08, NStZ 2009,437; BGH v. 1.9.2009 - 1 StR 301/09, NStZ-RR 2009, 373; vgl. dazu Habetha/Klatt: Die bankrottstrafrechtliche Organhaftung nach Aufgabe der Interessenformel – Zurechnungstheorie oder funktionale Zurechnung? NStZ 2015, 671.

<sup>60</sup> BGHSt 19, 174

<sup>61</sup> Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 26

<sup>62</sup> Vgl. zuletzt BGH, Beschluss vom 13.10.2016 – 3 StR 352/16, ZInsO 2016, 2483

ten des Geschäftsführers treffen (insbesondere Insolvenzantragspflicht, Abführung von Sozialabgaben und Buchführungspflichten).

Zum Zeugnisverweigerungsrecht eines faktischen Geschäftsführers vgl. AG Köln v. 02.01.2017 - 142 C 329/14 (= ZInsO 2017, 449):

Das Zeugnisverweigerungsrecht des § 384 Nr.1 ZPO wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Zeuge als Insolvenzschuldner nach § 97 InsO auskunftspflichtig ist und er durch das Verwendungsverbot nach § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO geschützt wird. Gleichwohl kann sich ein Zeuge im Insolvenzfall nicht auf § 384 Nr. 1 ZPO berufen, wenn die Ausnahmeregel des § 385 Abs. 1 Nr. 4 ZPO greift. In diesem Fall sind die Interessen der Partei an einer Aussage ihres Vertreters höher zu bewerten als mögliche Vermögensnachteile des Vertreters, die sich dieser letztlich selbst zugefügt hat.

Dies gilt jedenfalls in den Fällen, in denen ein Zeuge für eine GmbH als faktischer Geschäftsführer rechtserheblich gehandelt hat.

#### 4. Sonstige Dritte

Über § 14 Abs. 2 StGB kommt als Täter in Betracht, wer kraft Beauftragung für den Schuldner handelt.

Taugliche Täter nach § 14 Abs. 2 StGB sind **gewillkürte Vertreter** von Betriebs- und Unternehmensinhabern (Nr. 1) sowie externe Berater, bspw. Rechtsanwälte und Angehörige der wirtschafts- und steuerberatenden Berufe (Nr. 2).

Eine Haftung nach § 14 Abs. 2 **Nr. 1** StGB setzt voraus, dass der Beauftragte im Einzelfall aufgrund des erteilten Auftrages gehandelt hat, was dann der Fall ist, wenn er bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise zumindest auch für die Belange des Betriebes tätig werden wollte und nicht ausschließlich eigennützige Vermögensinteressen verfolgt hat.<sup>63</sup>

Auch **externe Sanierer** (in der Praxis meist Steuerberater oder Rechtsanwälte) kommen als Täter für die Bankrottstraftaten in Betracht. Übernimmt ein außen stehender Dritter die Aufgabe, das in die Krise geratene Unternehmen zu retten, kommt es für seine Tätigkeit darauf an, wie er diese Aufgabe wahrnimmt und wie weit seine Befugnisse reichen. Wird der Sanierer zum Geschäftsführer bestellt, ist er ohne weiteres tauglicher Täter nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Erfolgt eine solche Bestellung nicht, hängt eine mögliche Strafbarkeit § 14 Abs. 2 Nr. 1 StGB davon ab, ob der Sanierer im Wesentlichen die Geschäftsführung übernimmt oder ob er lediglich einzelne Entscheidungen trifft oder den Geschäftsführer berät. Zu prüfen ist anhand der genannten Indizien, ob der Sanierer durch seine Tätigkeit zum faktischen Geschäftsführer wird. Reicht seine Stellung für die Annahme eines faktischen Geschäftsführers nicht aus, kommt nur eine Strafbarkeit wegen Anstiftung oder Beihilfe in Betracht.

---

<sup>63</sup> OLG Karlsruhe v. 07.03.2006 - 3 Ss 190/05 = wistra 2006, 352, 353 f.



Nach Rechtsprechung des BGH ist bereits derjenige wegen Beihilfe zu bestrafen, der positives Kenntnis darüber hat, dass die Handlung des Haupttäters ausschließlich auf die Begehung einer strafbaren Handlung zielt. Hierdurch wirken Handlungen, die zunächst neutral erscheinen, tatbestanderfüllend, soweit diese einen „deliktischen Sinnbezug“ aufweisen.

Teilweise wird vertreten, dass jede Weiterberatung in der Sache nach dem Überschreiten der 3-Wochen-Frist bereits eine Strafbarkeit zur Folge hat.

- Problematisch ist jede Handlung, die über die Erteilung eines Rates hinausgeht (Ausnahme evtl. Buchführung usw. d.h. solche Handlungen, die keine Gläubigergefährdung beinhalten).

Nach § 14 Abs. 2 **Nr. 2** StGB kommt eine Zurechnung auch für solche Personen in Betracht, die von dem eigentlich Verantwortlichen beauftragt sind, bestimmte Aufgaben des Unternehmensleiters in eigener Verantwortung wahrzunehmen.

Im Zusammenhang mit den §§283 ff. StGB kann dies insbesondere für den **Buchhalter** eines Unternehmens nach §§ 283 Abs. 1 Nr. 5, 6, 283b Abs. 1 Nr. 1, 2 StGB oder für den mit der Bilanzierung beauftragten **Steuerberater** nach § 283 Abs. 1 Nr. 7, 283b Abs. 1 Nr. 3 StGB der Fall sein.

§ 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB setzt voraus, dass der Auftrag ausdrücklich (aber nicht unbedingt schriftlich) erteilt wurde. Nicht erforderlich ist, dass der Beauftragte selbständig handelt; Pflichten können also auch an weisungsgebundene Mitarbeiter des Unternehmens zur eigenen Verantwortung übertragen werden.

## 5. Insolvenzverwalter

Es gibt keine spezifischen Straftatbestände, die sich an den (vorläufigen) Verwalter richten. Das Verhalten des Insolvenzverwalters ist nach dem allgemeinen Strafrecht zu beurteilen.

Typische potentielle Straftaten des (vorläufigen) Insolvenzverwalters sind Untreue (§266 StGB), Begünstigung (§ 257 StGB) und Strafvereitelung (§ 258 StGB).

Typische Fallkonstellationen der Untreue durch den Insolvenzverwalter sind:<sup>64</sup>

- „Griff in die Kasse“
- Manipulation bei Vergütung und Schaffung unnötiger Kosten
- Eigenerwerb bzw. Erwerb durch nahestehende Personen oder Strohleute
- Unterlassene Vermögensmehrung

Da der Insolvenzverwalter in vollem Umfang die Verfügungsbefugnisse des Schuldners übernimmt, erfüllt er wie die Organe von Gesellschaften die Voraussetzungen des § 14 Abs. 1 StGB. Er ist damit tauglicher Täter der §§ 283 ff. StGB.

Besonderes Augenmerk muss der Insolvenzverwalter in diesem Zusammenhang auf die Buchführungspflichten legen, die auf ihn übergehen, § 155 InsO, und deren Nichterfüllung zu

---

<sup>64</sup> Vgl. Weyend/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 226

einer Strafbarkeit führen kann. Auch die handelsrechtlichen Aufbewahrungspflichten des Schuldners gehen auf den Insolvenzverwalter über. Dieser ist somit für die Aufbewahrung der Unterlagen bis zum Ablauf der jeweiligen Fristen im Sinne des § 283 Abs. 1 Nr. 6 StGB strafrechtlich verantwortlich.

In der Insolvenzantragsphase ist zu differenzieren:

Beim **starken vorläufigen Verwalter** sind die Verfügungsbefugnisse des Schuldners und damit viele seiner strafrechtlichen Pflichten auf den vorläufigen Verwalter übergegangen. In diesem Zeitraum steht der vorläufige Insolvenzverwalter weitgehend dem endgültigen Verwalter gleich.

Ist der vorläufige Verwalter nur ein **schwacher**, verfügt er selbst noch nicht über die umfassende Leitungsmacht und hat im Wesentlichen die Aufgabe, den Schuldner zu überwachen und das Schuldnervermögen zu sichern. Daraus ergibt sich beispielsweise die Besonderheit, dass beispielsweise bei der Untreue (§ 266 StGB) sich die besondere Vermögensbetreuungspflicht nicht von alleine ergibt.

Bereits in der Antragsphase sind die Straftaten der Begünstigung, § 257 StGB, und der Strafvereitelung, § 258 StGB, für „schwache“ oder „starke“ Verwalter denkbar.

In Hinblick auch § 266a StGB (Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt) nimmt der schwache vorläufige Verwalter weder die Funktionen des Arbeitgebers wahr, noch hat er die Möglichkeit, aus dem Schuldnervermögen die geschuldeten Beiträge zu zahlen. Für den starken vorläufigen Verwalter kommt indes auch eine Strafbarkeit nach § 266a StGB in Betracht. Während des Zeitraumes, in dem die Arbeitnehmer Ansprüche auf Zahlung von Insolvenzgeld gegen die Bundesagentur für Arbeit haben, stellt sich dieses Problem für den Verwalter allerdings nicht, da die Pflicht zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen die Bundesagentur für Arbeit trifft.

## 6. Sachwalter

Wird das Insolvenzverfahren in der Form der Eigenverwaltung durch den Schuldner eröffnet (§§ 270 ff. InsO), bestellt das Gericht einen Sachwalter. Der Sachwalter hat die Pflicht, den Schuldner zu überwachen und erhält für bestimmte Geschäfte eine Zustimmungsbefugnis, die zu einer „gemeinsamen Unternehmensleitung“ zwischen Sachwalter und Schuldner führt. Daraus ergibt sich für den Sachwalter eine Vermögensbetreuungspflicht; er kann sich also einer Untreue nach § 266 StGB schuldig machen.

## C. Einzelne Delikte

### I. Insolvenzverschleppung, § 15a InsO

Der Tatbestand wurde 2008 durch das MoMiG geschaffen. Hintergrund war eine Vereinheitlichung der Insolvenzdelikte sowie die Schließung von Strafbarkeitslücken, z.B. bei Gesellschaften nach ausländischem Recht.

Neu wurde damals in Abs. 3 die Insolvenzantragspflicht im Fall der Führungslosigkeit einer Gesellschaft eingeführt. Hier erweitert sich der Kreis der Verpflichteten z.B. auch auf die Gesellschafter einer GmbH oder die Mitglieder eines Aufsichtsrats einer AG.

Für die Definition der „Krise“ gelten die allgemeinen Begriffe der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) bzw. der Überschuldung (§ 19 InsO).

Der Tatbestand ist erfüllt, wenn im Fall der Krise ein Insolvenzantrag „nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig“ gestellt wird.

Laufende und auch erfolgversprechende Sanierungsbemühungen heben die Insolvenzantragspflicht innerhalb der Drei-Wochen-Frist nicht auf.

„Nicht richtig“ verweist auf die §§ 13, 15 Abs. 2 InsO. Es ist (bzw. war) im Einzelnen umstritten, inwieweit damit auch Formfehler strafrechtlich sanktioniert sind.

Allgemein wurde eine Einschränkung auf Fälle unzureichender bzw. unzutreffender Begründung (Verletzung der Wahrheitspflicht) gefordert.

Der Gesetzgeber hat das Problem durch das Gesetz zur Durchführung der Verordnung (EU) 2015/848 über Insolvenzverfahren vom 05.06.2017 (BGBl. I S. 1476), in Kraft getreten am 26.06.2017, gelöst. Seitdem ist im Falle des Absatzes 4 Nummer 2 die Tat nur strafbar, wenn der Eröffnungsantrag rechtskräftig als unzulässig zurückgewiesen wurde.

Außerdem wurde § 13 Abs. 3 InsO neu in das Gesetz eingeführt:

*„(3) Ist der Eröffnungsantrag unzulässig, so fordert das Insolvenzgericht den Antragsteller unverzüglich auf, den Mangel zu beheben und räumt ihm hierzu eine angemessene Frist ein.“*

## **II. Sonstige Insolvenzstraftaten im engeren Sinne**

### **1. Bankrott, § 283 StGB**

§ 283 StGB ist die zentrale Vorschrift des Insolvenzstrafrechts und erfasst alle denkbaren Bankrotthandlungen des Täters. Für alle Varianten des § 283 StGB ist erforderlich, dass der Handelnde tauglicher Täter im Sinne des § 283 StGB ist und dass die objektive Bedingung der Strafbarkeit nach Abs. 6 eingetreten ist.

Während Abs. 1 und 2 nur die vorsätzliche Tatbegehung unter Strafe stellen, enthält Abs. 4 eine Kombination aus Vorsatz und Fahrlässigkeit und Abs. 5 stellt nur fahrlässiges Handeln unter Strafe. Der Versuch ist nach § 283 Abs. 3 StGB strafbar.

In § 283a StGB ist ein besonders schwerer Fall geregelt, der insbesondere dann eingreift, wenn der Täter aus Gewinnsucht handelt oder eine Vielzahl von Personen in wirtschaftliche Not bringt.

Aktuell: BGH, Urteil vom 31.05.2017 - 2 StR 489/16 („Ostseewelle“)

Gewinnsucht (§ 283a S. 2 Nr. 1 StGB) setzt ein auf ein ungewöhnliches, sittlich anstößiges Maß gesteigertes Gewinnstreben voraus, das über ein legitimes Gewinnstreben hinausgeht. Der Täter muss besonders rücksichtslos handeln und sich

dadurch über die Interessen seiner Gläubiger und die Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft hinwegsetzen („Streben nach Gewinn um jeden Preis“).

Indizien dafür sind

1. Einkünfte über der jeweiligen Pfändungsgrenze
2. Verschwenderischer Lebensstil
3. Imponiergehabe durch Erfolgs- und Statussymbole.

In Abs. 1 des § 283 StGB werden verschiedene vorsätzlich begangene Handlungsweisen während einer Krise unter Strafe gestellt; die Nr. 1-7 enthalten eine Aufzählung typischer Verhaltensweisen und werden durch eine Generalklausel in Nr. 8 ergänzt.

Die in Nr. 1-7 aufgezählten Verhaltensweise lassen sich in vier Fallgruppen einteilen („Verschieben, Verschleiern, Verschleiern, Verstecken“):

### 1) Vermögensverschiebungen

**Nr. 1:** Beiseiteschaffen, Verheimlichen, Zerstören, Beschädigen und Unbrauchbar machen von Vermögensbestandteilen usw.

→ Diese Fallgruppe wird ergänzt durch die Tatbestände §§ 283c und 283d StGB (Gläubiger- und Schuldnerbegünstigung)

Nach § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB macht sich strafbar, wer Gegenstände einer späteren Insolvenzmasse beiseite schafft oder verheimlicht oder in einer den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechenden Weise zerstört, beschädigt oder unbrauchbar macht.

→ Alle Vermögensbestandteile, die im Falle der Insolvenz nach § 35 InsO zur Insolvenzmasse gehören würden.

→ Auch Gegenstände, die über ihren Wert hinaus mit Sicherungsrechten belastet sind oder zur Sicherheit übereignet wurden, da dem Gläubiger in diesen Fällen nur ein Absonderungsrecht nach § 51 Nr. 1 InsO zusteht. Der wirtschaftliche Wert für die Insolvenzmasse besteht bei solchen Gegenständen darin, dass die Masse durch Auskehr des Veräußerungserlöses an den Absonderungsberechtigten von den entsprechenden Ansprüchen des Berechtigten frei wird.

### Nicht erfasst u.a.:

- Unpfändbare Gegenstände (§§ 811, 850 ff ZPO)
- Arbeitskraft des Schuldners

- Vom Insolvenzverwalter freigegebene Gegenstände
- Wertlose Gegenstände (Vorsicht aber: keine Wertgrenze nach unten!)
- Mit Aussonderungsrechten belastete Gegenstände (§ 47 InsO); bei einfachem Eigentumsvorbehalt aber Anwartschaftsrecht erfasst, wenn der Sachwert die Restkaufpreisforderung übersteigt und damit ein Erlös für die Masse zu erwarten ist
- Zur Sicherheit übereignete Sachen, soweit sie wirtschaftlich dem Vermögen des Sicherungsgebers zuzurechnen sind

**Beiseiteschaffen** ist jede Handlung, die Gegenstände dem Zugriff der Gläubiger entzieht oder deren Zugriff wesentlich erschwert:

- Tatsächliches Wegschaffen (Verstecken, Verbrauchen)
- Auch: Erschwerung des rechtlichen Zugriffs durch zivilrechtliche Verfügung (Übereignen, Verpfänden; Verarbeiten von Sachen, Überweisen und Abheben von Bankguthaben, Abtreten, Erlassen und Einziehen von Forderungen; Eintragung im Grundbuch bei Grundstücken)
- Nicht: Abschluss von schuldrechtlichen Verpflichtungsverträgen (aber evtl. Versuch!)

### **Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft**

- ➔ Gilt nicht nur für Zerstören, Beschädigen und Unbrauchbarmachen (Wortlaut), sondern darüber hinaus für alle anderen Handlungsmodalitäten.

Der ordnungsgemäßen Wirtschaft widerspricht eine Handlung, wenn dem Vermögen im Zusammenhang mit der Handlung kein gleichwertiger und kein dem Zugriff der Gläubiger unterliegender Gegenwert zufließt.

Durch die Erfüllung fälliger Verbindlichkeiten wird zwar die Haftungsmasse verringert, der Aktiv-Passiv-Tausch führt aber zugleich zur Befreiung von einer Verbindlichkeit und damit zu einer bloßen Umschichtung des Schuldnervermögens.

Wird ein Vermögensgegenstand in der Weise beiseite geschafft, dass er einem der Gläubiger des Schuldners zu Gute kommt, ist dies ein Fall der Gläubigerbegünstigung nach § 283c StGB. § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB kommt dann nicht mehr zur Anwendung, da § 283c StGB eine Privilegierung darstellt.

Beim Merkmal des Verheimlichens handelt es sich um ein unechtes Unterlassungsdelikt, das im Zusammenhang mit den Auskunftspflichten nach §§ 20, 22 Abs. 3 Satz 3, 97 InsO steht.

In diesen Fällen ist jedoch besonderes Augenmerk auf das Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO zu legen.

### **2) Unwirtschaftliche Geschäfte**

**Nr. 2 und 3:** Verlustgeschäfte, Spekulationsgeschäfte, Differenz- und Schleudergeschäfte mit Waren oder Wertpapieren sowie der Verbrauch übermäßiger Beträge durch unwirtschaftliche Ausgaben, Spiel oder Wette.

### 3) Scheingeschäfte

**Nr. 4:** Fiktive Erhöhung der Passiva, z.B. indem Forderungen von nahen Angehörigen fingiert werden.

Ein Vortäuschen ist durch die Erteilung falscher Auskünfte i.R.d. dem Schuldner obliegenden Auskunftspflicht gem. § 97 Abs. 1 InsO oder bei der Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung gem. §§ 98 Abs. 1, 153 Abs. 3 InsO möglich.

Ein Vortäuschen ist ferner durch die Manipulation von Unterlagen möglich, zB. durch die Rückdatierung von Verträgen oder die Vornahme falscher Buchungen.

Ein Recht ist erdichtet, wenn es überhaupt nicht oder nicht in der behaupteten Form besteht.

Ein Anerkennen erdichteter Rechte stellt die auch formlos mögliche Bestätigung eines durch den angeblichen Gläubiger erdichteten Rechts dar, jedoch bedarf es in diesem Fall eines kollusiven Zusammenwirkens zwischen den Beteiligten.

### 4) Buchführungs- und Bilanzierungsverstöße

**Nr. 5-7:** Fehlerhafte Geschäfts- und Betriebsunterlagen

→ Diese Fallgruppe wird ergänzt durch den Tatbestand des § 283b StGB (Verletzung der Buchführungspflicht)

In der wirtschaftlichen Krise des Schuldners bzw. Unternehmens sind folgende Verstöße gem. § 283 Abs. 1 Nr. 5 bis 7 StGB strafbewehrt:

- Nichtführen von Handelsbüchern trotz Verpflichtung (§ 283 Abs. 1 Nr. 5, 1. Alt. StGB);
- Mangelhafte Führung oder Verändern von Handelsbüchern mit der Folge, dass die Übersicht über den Vermögensstand erschwert wird (§ 283 Abs. 1 Nr. 5, 2. Alt. StGB);
- Beiseiteschaffen, Verheimlichen, Zerstören oder Beschädigen von Handelsbüchern oder anderen aufbewahrungspflichtigen Unterlagen mit der Folge, dass die Übersicht über den Vermögensstand erschwert wird (§ 283 Abs. 1 Nr. 6 StGB);
- Aufstellung von Bilanzen entgegen dem Handelsrecht mit der Folge, dass die Übersicht über den Vermögensstand erschwert wird (§ 283 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. a) StGB);
- Nichtaufstellung der Bilanz oder des Inventars in der vorgeschriebenen Zeit (§ 283 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. b) StGB).

Die Bedeutung, die der Gesetzgeber einer ordnungsgemäßen Buchführung beimisst, wird dadurch deutlich, dass diesbezügliche Verstöße im Zusammenhang mit einer Insolvenz auch außerhalb der wirtschaftlichen Krise strafbewehrt sind (§ 283b StGB).

Es existieren je nach Rechtsform des Unternehmens darüber hinaus Spezialtatbestände, die ebenfalls Buchführungs- und Bilanzierungsverstöße sanktionieren (§§ 331 ff. HGB, §§ 400 ff. AktG).

Durch die Verstöße gem. § 283 Abs. 1 Nr. 5 bis 7 StGB wird im Gegensatz zu den sonstigen Bankrotthandlungen der Vermögensstand des Schuldners und damit die Insolvenzmasse nicht unmittelbar beeinträchtigt. Dennoch tritt durch die mangelnde Übersicht über den Vermögensstand zumindest eine Gefährdung Außenstehender und damit gegenwärtiger wie auch potenzieller Gläubiger ein. Auch wird die vollständige Erfassung der Insolvenzmasse durch den Insolvenzverwalter erschwert, wodurch das Schutzgut der §§ 283 ff. StGB zumindest mittelbar gefährdet wird.

Die Verantwortlichkeit für die Buchführung und die Erstellung der Bilanz innerhalb eines Unternehmens folgt aus dem Handelsrecht. Bei Einzelunternehmen obliegt diese Pflicht grds. dem Geschäftsinhaber. Bei Personenhandelsgesellschaften sind die persönlich haftenden Gesellschafter, bei juristischen Personen die Mitglieder der verantwortlichen Organe entsprechender Normadressat. Die Organ- bzw. Vertreterstellung muss im Zeitpunkt der tatbestandsmäßigen Handlung vorgelegen haben.

Nach Zahlungseinstellung, Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder Nichteröffnung mangels Masse und damit bei Eintritt der objektiven Bedingung der Strafbarkeit gem. § 283 Abs. 6 StGB erlischt die Verantwortlichkeit des Buchführungspflichtigen.

### **5) Bankrotthandlungen gem. § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB**

Ob § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB als Auffangtatbestand oder als Grundtatbestand der Bankrottdelikte zu qualifizieren ist, ist strittig, i.E. jedoch irrelevant. Auch hier ist für beide der in Nr. 8 genannten Verhaltensweisen ein grober Widerspruch zu den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft erforderlich.

### **6) § 283 Abs. 2 StGB: Herbeiführung der Krise**

Gem. § 283 Abs. 2 StGB macht sich strafbar, wer durch eine der in § 283 Abs. 1 StGB bezeichneten Handlungen seine Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit herbeiführt.

Anders als die Tathandlungen in Abs. 1, die eine Krise voraussetzen, setzt dieser Tatbestand vor der Krise an.

Die Herbeiführung einer nur drohenden Zahlungsunfähigkeit reicht zur Annahme des Tatbestands nicht aus. Die Bankrotthandlung muss für die Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit kausal sein, d.h. sie muss zumindest mitursächlich sein.

Die Verschärfung einer bereits eingetretenen Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit ist dagegen nicht tatbestandsmäßig.

## **2. Verletzung von Buchführungspflichten, § 283b StGB**

§ 283b StGB sanktioniert Verstöße gegen Buchführungs- und Bilanzierungsvorschriften außerhalb einer Krise.

Die Norm ist Auffangtatbestand zu § 283 Abs. 1 Nr. 5 bis 7 StGB. Zwar ist zur Erfüllung von § 283b StGB gerade kein Handeln in einer wirtschaftlichen Krisensituation erforderlich. Durch den Verweis in Abs. 3 auf § 283 Abs. 6 StGB bedarf es jedoch auch hier des Eintritts der objektiven Bedingung der Strafbarkeit (Zahlungseinstellung, Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder Abweisung des Eröffnungsantrags mangels Masse).

Die einzelnen Tatbestandsalternativen sind weitestgehend identisch mit den Tatvarianten des § 283 StGB.

### **3. Gläubigerbegünstigung, § 283c StGB**

§ 283c StGB ist eine Privilegierung zu § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Hintergrund ist, dass die Werte nicht der Gesamtvollstreckung insgesamt entzogen werden, sondern nur die Verteilung derselben eigenmächtig „verschoben“.

Der Tatbestand kann nur von einem zahlungsunfähigen Schuldner, bei dem die objektive Strafbarkeitsbedingung nach § 283c Abs. 3 i.V.m. § 283 Abs. 6 StGB eingetreten ist, verwirklicht werden (Sonderdelikt).

Der Empfänger von Sicherheit oder Befriedigung muss ein Gläubiger des Täters sein, d.h. ihm muss ein vermögensrechtlicher Anspruch gegen den Schuldner zustehen. Dies können Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO), aber auch Massegläubiger (§ 53 InsO) oder Absonderungsberechtigte (§§ 49, 51 InsO) sein. Auch der Bürge ist Gläubiger i.S.d. § 283c StGB.

Nicht zum Gläubigerkreis gehören Aussonderungsberechtigte (§ 47 InsO), da der aussondernde Gegenstand nicht zum Vermögen des Schuldners gehört, das zu verteilen ist.

Das tatbestandsmäßige Verhalten muss zur Folge haben, dass der Leistungsempfänger gegenüber den anderen Gläubigern begünstigt ist. Dies ist anzunehmen, wenn sich seine rechtliche Stellung gegenüber den anderen oder zumindest gegenüber einem der anderen Gläubiger verbessert hat.

Erforderlich ist eine sog. inkongruente Deckung. Eine liegt nach der gesetzlichen Formulierung vor, wenn der Gläubiger die gewährte Leistung nicht (Leistungsverweigerungsrecht, Verjährung, Anfechtbarkeit), nicht in der Art (Hingabe von Waren für Geldschuld) oder nicht zu der Zeit (noch keine Fälligkeit) einfordern konnte. Maßgeblich ist das Zivilrecht.

Das Erfüllen nichtiger Ansprüche sowie das Gewähren von Leistungen, die über den (bestehenden) Anspruch des Gläubigers hinausgehen, fallen nicht unter den Anwendungsbereich der (Privilegierungs-) Norm, sondern ggf. unter § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

### **4. Schuldnerbegünstigung, § 283d StGB**

§ 283d StGB ergänzt § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB für den Fall, dass nicht der in der Krise befindliche, sondern ein Außenstehender für ihn handelt. Es handelt sich ausnahmsweise also gerade nicht um ein Sonderdelikt.

Die objektive Bedingung der Strafbarkeit muss gemäß Abs. IV bei demjenigen gegeben sein, für den der Täter handelt.



### III. Insolvenzstraftaten im weiteren Sinne

→ stehen lediglich im Zusammenhang mit der Insolvenz

#### 1. Betrug, § 263 StGB

Ist typischerweise erfüllt, wenn Waren eingekauft werden, in dem Bewusstsein, dass diese nicht bezahlt werden können usw. (Eingehungsbetrug).

Während der vor der Restschuldbefreiung stehenden Wohlverhaltensphase ist der Schuldner gegenüber dem Treuhänder zur Offenbarung seiner Einnahmen verpflichtet. Es liegt eine Täuschung durch Unterlassen vor, wenn nicht alle Gelder angegeben werden. Dies kann den Betrugs-Tatbestand verwirklichen.

#### 2. Kreditbetrug, § 265b StGB

Typischer Auffangtatbestand, wenn z.B. einer Bank „geschönte“ Zahlen für die Erlangung eines Kredits vorgelegt werden, dieser i.E. aber abgelehnt wird (kein Schaden, sonst § 263 StGB).

→ Es besteht die Möglichkeit der tätigen Reue nach Abs. 2!

#### 3. Untreue, § 266 StGB

Der Tatbestand der Untreue in Abgrenzung zum Bankrott nach § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB hat nach der Aufgabe der sog. Interessenformel durch den BGH in denjenigen Fällen, bei denen z.B. Geschäftsführer das Vermögen einer GmbH beiseite geschafft haben, an Bedeutung verloren. Es ist jedoch vor Tateinheit zu § 283 StGB denkbar.

Umstritten im Detail ist, inwieweit § 266 StGB als eine Art „Auffangdelikt“ eingreifen kann, wenn z.B. § 283 StGB am Fehlen der objektiven Bedingung der Strafbarkeit (§ 283 Abs. 6 StGB) scheitert.

Existenzvernichtende Vermögensverfügungen wie Ausschüttungen, Auszahlungen und ggf. sogar Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen (vgl. § 30 GmbHG) können pflichtwidrig i.S.v. § 266 StGB sein.<sup>65</sup>

Grundlegend dazu der BGH in der Entscheidung „Bremer-Vulkan“ vom 13.05.2004 - 5 StR 73/03:

***„a) Den Angeklagten als Organen (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB) der Alleingesellschafterin BVV AG kann nämlich gegenüber dem beherrschten Unternehmen insoweit eine Treupflicht zukommen, als sie dem beherrschten Unternehmen nicht Vermögenswerte in einem Umfang entziehen durften, welcher die Existenzfähigkeit des Unternehmens gefährdete.***

*aa) Allerdings können der Gesellschaft mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter grundsätzlich Vermögenswerte entzogen werden, weil die Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern keinen Anspruch auf ihren ungeschmälernten Bestand hat. Des-*

---

<sup>65</sup> Vgl. dazu im Einzelnen Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 155 f.

halb sind solche Verfügungen, die in Übereinstimmung mit dem Vermögensinhaber erfolgen, grundsätzlich nicht pflichtwidrig im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB (vgl. BGHZ 151, 181, 186 f.; BGH wistra 2003, 344, 346 f.; NJW 2003, 2996, 2998). In der zivil- wie auch strafgerichtlichen Rechtsprechung ist jedoch anerkannt, daß es Fallkonstellationen gibt, in denen der Geschäftsführer als der für das Vermögen einer Gesellschaft Treupflichtige seine Pflichten nach § 266 Abs. 1 StGB auch dann verletzt, wenn er mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter handelt. **Insoweit gibt es einen Bereich, der einer Dispositionsmöglichkeit der Gesellschafter entzogen ist, weil Interessen anderer oder öffentliche Interessen berührt sind.**

Der Zweck einer Kapitalgesellschaft erschöpft sich nämlich nicht in einer bloßen Vermögensanlage für die Gesellschafter. Jedenfalls wenn die Gesellschaft eine eigene wirtschaftliche Tätigkeit aufgenommen hat, handelt sie unter eigener Rechtspersönlichkeit als Wirtschaftssubjekt im Geschäftsverkehr und wird Träger von Rechten und Pflichten. Dies läßt gleichzeitig Schutzanforderungen entstehen, die sicherstellen, daß die Gesellschaft die Essentialien einhält, die für das Funktionieren des Wirtschaftskreislaufs unerlässlich sind und auf die der Rechtsverkehr vertrauen können muß. Dementsprechend hat die Rechtsprechung eine Vermögensverfügung dann gegenüber der Gesellschaft als treuwidrig und wirkungslos angesehen, wenn die Verfügung geeignet ist, das Stammkapital der Gesellschaft zu beeinträchtigen (BGHSt 35, 333, 336 f.; BGH NJW 2003, 2996, 2998; 1997, 66, 68 f.; jew. m.w.N.). Gleiches gilt, wenn durch die Vermögensverfügung eine konkrete und unmittelbare Existenzgefährdung einträte, weil der GmbH ihre Produktionsgrundlagen entzogen würden oder ihre Liquidität gefährdet wäre (BGH aaO; vgl. BGH wistra 2003, 344, 346 f.).

bb) Eine entsprechende **Pflicht**, die Gesellschaft nicht existenzbedrohend zu beeinträchtigen, **trifft nicht nur den Geschäftsführer als das vertretungsberechtigte Organ, sondern in gleicher Weise den beherrschenden Alleingesellschafter** (vgl. BGHZ 149, 10, 17 f.). Den Gesellschaftern steht innerhalb wie außerhalb der Liquidation nur der Zugriff auf den zur Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeiten benötigten Überschuß zu. **Das System der auf das Gesellschaftsvermögen beschränkten Haftung beruht auf der unausgesprochenen, für das Recht der Kapitalgesellschaft jedoch grundlegenden Voraussetzung, daß das Gesellschaftsvermögen, das zur Erfüllung der im Namen der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten benötigt wird, in der Gesellschaft zum Zweck der Befriedigung ihrer Gläubiger verbleiben muß und damit der – im Recht der GmbH im übrigen sehr weitgehenden – Dispositionsbefugnis der Gesellschafter entzogen ist (BGHZ 151, 181, 186 f.). Es ist ihnen nicht erlaubt, der Gesellschaft Vermögen zu entziehen, das sie für die Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigt.“**

- Daraus folgt, dass z.B. auch bei Ein-Mann-GmbH's eine Strafbarkeit wegen Untreue denkbar ist. Auch hier findet die unternehmerische Entscheidungsfreiheit des Alleingeschäftsführers und –inhabers dort ihre Grenzen, wo die Existenz der juristischen Person oder ihre Liquidität gefährdet ist bzw. das zur Deckung des Stammkapitals erforderliche Vermögen angegriffen wird. In die-

sen Fällen entfällt der Tatbestand nicht durch Einwilligung, d.h. es ist eine Untreue bei der „Schädigung eigenen Vermögens“ möglich.

→ Aktuell dazu vgl. auch BGH vom 20.10.2016 – 2 StR 2/16:

Die wirksame Einwilligung des Inhabers des zu betreuenden Vermögens schließt die Tatbestandsmäßigkeit der Untreue aus. Eine Sparkasse kann jedoch eine dergestalt wirksame Zustimmung zur Veräußerung sämtlicher Vermögensgegenstände des Schuldners durch den Insolvenzverwalter weit unter Wert auch dann nicht erklären, wenn sie Hauptgläubigerin ist. Das Kreditinstitut darf über das schuldnerische Vermögen nicht allein disponieren.

Aktuell zur Untreue: BGH, Urteil vom 12.10.2016 – 5 StR 134/151 (= NJW 2017, 578), „HSH-Nordbank“:

*„Sind die in § 93 Abs. 1 AktG normierten äußersten Grenzen unternehmerischen Ermessens überschritten und ist damit eine Hauptpflicht gegenüber dem zu betreuenden Unternehmen verletzt worden, so liegt eine Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten vor, die (gleichsam „automatisch“) so gravierend ist, dass sie zugleich eine Pflichtwidrigkeit im Sinne der Untreue gemäß § 266 StGB begründet.“*

#### **4. Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt, § 266a StGB**

Zu den Arbeitnehmeranteilen i.S.v. Abs. 1 zählen:

- Beiträge Krankenversicherung
- Beiträge Pflegeversicherung
- Beiträge Rentenversicherung
- Beiträge Bundesanstalt für Arbeit

Tauglicher Täter des Abs. 1 ist nur der Arbeitgeber (besonderes persönliches Merkmal i.S.v. § 28 Abs. 1 StGB).

Erfasst werden *alle* Fälle des Nicht-Abführens, d.h. sowohl das komplette Verschweigen als auch z.B. das schlichte Nicht-Bezahlen. Auch die Täuschung über die Höhe des beitragspflichtigen Arbeitsentgelts ist strafbar.

Die Fälligkeit der Arbeitnehmeranteile tritt nach § 23 Abs. 1 SGB IV am drittletzten Bankarbeitstag des Beitragsmonats ein. Stundungen vor Fälligkeit sind möglich.

Nach der strafrechtlichen Rechtsprechung sind noch vorhandene Geldmittel primär und vorrangig zur Zahlung der Arbeitnehmeranteile einzusetzen – und zwar auch innerhalb der 3-Wochen-Frist des § 15a InsO.<sup>66</sup> Die mögliche spätere Anfechtbarkeit (§ 129 InsO) steht dem nicht entgegen. Die Zivilgerichte haben diesen „absoluten Vorrang“ der Arbeitgeberanteile

---

<sup>66</sup> BGH v. 30.07.2003 - 5 StR 221/03; vgl. dazu Laroche / Wollenweber, ZInsO 2016, 2225: Strafbarkeit von Geschäftsführer und vorläufigem Insolvenzverwalter nach § 266a StGB im Eröffnungsverfahren und ihre Vermeidung.

inzwischen insoweit akzeptiert, als diesbezüglich keine Schadensersatzansprüche nach § 64 GmbHG oder § 92 Abs. 3 AktG mehr postuliert werden.<sup>67</sup>

- ➔ Bei Zahlungen an die Sozialkassen innerhalb der 3-Wochen-Frist sollte eine ausdrückliche und eindeutige Tilgungsbestimmung getroffen werden, dass mit den Zahlungen die aktuell fälligen oder fällig werdenden Arbeitnehmeranteile beglichen werden sollen. Fehlt eine solche Tilgungsbestimmung, werden die Leistungen zunächst auf ältere Rückstände verrechnet.
- ➔ Noch besser ist es, rechtzeitig Rückstellungen zu bilden, z.B. in einem Liquiditätsplan.
- ➔ Besonderheiten bei „freien Mitarbeitern“, Arbeitnehmer-Überlassung und geringfügiger Beschäftigung beachten:

Die Möglichkeiten zur Korrektur nach § 266a Abs. 6 StGB stehen weit hinter denen einer steuerlichen Selbstanzeige (§ 371 AO) zurück.

In denjenigen Fällen, in denen sich eine potenzielle Scheinselbständigkeits-Problematik stellt, besteht jedoch die Möglichkeit eines Statusfeststellungsverfahrens gemäß § 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV. Selbst wenn ein solches zu dem Ergebnis „Sozialversicherungspflicht“ kommt, werden strafrechtlich oft „beide Augen zugedrückt“.

Seit 2004 ist gemäß § 266a Abs. 2 StGB auch das Nichtabführen der Arbeitgeberanteile strafbar. Hier ist jedoch stets ein Täuschungselement erforderlich, d.h. die bloße Nichtzahlung führt nicht zur Strafbarkeit.

## 5. Steuerhinterziehung, § 370 AO

Bereits die verspätete Abgabe der Steuererklärung fällt unter § 370 AO – was bei Insolvenzen hinsichtlich Steuern aus der Vergangenheit häufig der Fall ist.

Nach Insolvenzeröffnung ist der Insolvenzverwalter berechtigt und verpflichtet, die Steuererklärungen anzufertigen und einzureichen (vgl. §§ 80 InsO i.V.m. 34 Absatz 1 und 3 AO).

- ➔ Im Rahmen der Auskunftspflicht gegenüber dem Insolvenzverwalter (§§ 20, 97 InsO) besteht die Gefahr, dass bereits vollendete Steuerhinterziehungen preisgegeben werden (müssen). Auf das Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO sollte man sich dabei nicht verlassen.

„Sicherer“ ist die rechtzeitige Abgabe einer strafbefreienden Selbstanzeige, § 371 AO. Dabei ist jedoch zu beachten, dass diese i.d.R. nicht für Allgemeindelikte (z.B. § 266a StGB) gilt (trotz § 393 Abs. 2 AO).

- ➔ Bei Steuerbescheiden an die GmbH § 166 AO beachten (Drittwirkung der Steuerfestsetzung). Die Steuerbescheide gegen die GmbH sollten daher im Zweifel an-

---

<sup>67</sup> BGH, Urt. v. 14.05.2007, Az: II ZR 48/06

gefochten werde, da sonst im Einspruchsverfahren gegen einen Haftungsbescheid (§ 191 AO) die Gefahr der Präklusion droht.

- Gemäß § 153 AO bestehen steuerliche Korrekturpflichten, die ggf. auch den neuen Geschäftsführer eines Unternehmens treffen. Werden diese verletzt droht eine Strafbarkeit wegen Steuerhinterziehung durch Unterlassen.
- Bei der Bezahlung der Steuern ist der „Grundsatz der anteiligen Tilgung“ zu beachten (Ausnahme Lohnsteuer). Dabei ist umstritten, inwieweit dieser auch bei einer Haftung wegen Steuerhinterziehung gem. § 71 AO reicht.<sup>68</sup>

## D. Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO

### 1. Hintergrund: Nemo tenetur

Im Insolvenzverfahren besteht grundsätzlich eine Amtsermittlungspflicht (§ 5 Abs. 1 InsO). Gleichwohl ist der Insolvenzschuldner gemäß § 97 Abs. 1 InsO u.a. gegenüber dem Insolvenzgericht und dem Insolvenzverwalter verpflichtet, über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse Auskunft zu geben. Die Auskunfts- und Mitwirkungspflichten des Schuldners aus § 97 InsO bestehen für die Dauer des gesamten Insolvenzverfahrens.<sup>69</sup>

Der Insolvenzverwalter soll nach einer aktuellen Entscheidung des AG Bochum auch Anspruch auf Einsicht in die strafrechtlichen Ermittlungsakten haben.<sup>70</sup>

Gemäß § 97 Abs. S. 2 InsO erstreckt sich die Auskunftspflicht dabei ausdrücklich auch auf Tatsachen, die geeignet sind, eine Verfolgung wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit herbeizuführen. Damit stellt sich die Frage, wie diese Pflicht mit dem strafrechtlichen Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit („nemo tenetur se ipsum accusare“).

Das Gesetz löst den Konflikt dadurch, dass eine Auskunft, die ein Insolvenzschuldner in Erfüllung seiner Auskunftspflichten erteilt, in einem Strafverfahren nach § 97 Abs. 1 S. 3 InsO nur mit Zustimmung des Betroffenen verwendet werden. Hier wird also ein sogenanntes strafrechtliches Verwertungs- bzw. Verwendungsverbot aufgestellt.

Die Vorschrift ist dabei vor dem Hintergrund des sog. Gemeinschuldner-Beschlusses des BVerfG.<sup>71</sup> In der damaligen Konkursordnung gab es bereits eine vergleichbare Auskunfts- und Mitwirkungspflicht. Ein dem heutigen § 97 Abs. 1 S. 3 InsO entsprechendes Verwendungsverbot war jedoch noch nicht gesetzlich geregelt. Ein strafrechtliches Verwertungsver-

<sup>68</sup> Vgl. BFH vom 23.04.2014 (Az.: VII R 41/12); dazu auch Beyer, NWB 2016 Heft 5, 330 - 332

<sup>69</sup> BGH. v. 25.2.2016 – IX ZB 74/15 (= ZInsO 2016, 698). Zu den Auswirkungen des am 1.3.2012 in Kraft getretenen Gesetzes zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) auf § 97 InsO, vgl. Haarmeyer, ZInsO 2016, 545 ff.

<sup>70</sup> AG Bochum, Beschluss vom 22.11.2016 - 64 Gs-35 Js 206/05-3370/16, ZInsO 2016, 2442. Zum Akteneinsichtsrecht eines vom Insolvenzgericht bestellten Sachverständigen s. OLG Braunschweig, Beschluss vom 10.03.2016 – 1 Ws 56/16, ZInsO 2016, 1011.

<sup>71</sup> BVerfG vom 13.1.1981 – 1 BvR 116/77 (= BVerfGE 56, 37 = NJW 1981, 1431 ff. = StV 1981, 213 ff.). Die Auskunftspflicht des Gemeinschuldners war damals in § 100 der bis zum 31.12.1998 geltenden Konkursordnung (KO) geregelt.

bot wurde daher vom Bundesverfassungsgericht unmittelbar aus der Verfassung bzw. aus dem Nemo-tenetur-Grundsatz abgeleitet.

Bei dieser Lösung wird der Nemo-tenetur-Grundsatz allerdings nur formal aufrechterhalten – de facto tritt er hinter der Pflicht, sich selbst belasten zu müssen (!), zurück.

Ein höherer rechtsstaatlicher Standard bestünde darin, schon die Auskunftspflicht zu suspendieren, so wie es beispielsweise beim Auskunftsverweigerungsrecht eines Zeugen im Strafprozess in § 55 StPO geregelt ist.<sup>72</sup> Zu dieser Lösung konnte sich der Gesetzgeber nicht durchringen.

Ein höheres Schutzniveau bestünde auch, wenn die Informationen den „sicheren Hafen“ der jeweils zuständigen Behörden erst gar nicht verlassen, d.h. schon nicht an die Strafverfolgungsbehörden weitergegeben werden dürfen.<sup>73</sup> Im Insolvenzverfahren gibt es kein mit dem Steuergeheimnis nach § 30 AO vergleichbaren Schutz:

Das Insolvenzgericht ist gemäß den „Anordnungen über Mitteilungen in Zivilsachen“ (Nr. IX MiZi) sogar verpflichtet, die Staatsanwaltschaft über potenzielle Straftaten im Zusammenhang mit einer Insolvenz zu informieren.

Zum strafrechtlichen Verwendungsverbot aus § 97 Abs. 1 S. 3 InsO existiert kaum Rechtsprechung.<sup>74</sup> BVerfG und BGH haben sich allerdings bereits mehrfach mit dem Nemo-tenetur-Grundsatz im Steuerstrafrecht auseinandergesetzt. Dabei gibt es eine Tendenz, den Schutzbereich des Nemo-tenetur-Grundsatzes einzuschränken. Die meisten potenziellen Konflikte werden nach dem Motto ausgeräumt: Wo kein nemo tenetur, da kein Verwendungsverbot.

Die wichtigsten Einschränkungen des Schutzzumfangs von nemo tenetur lassen sich schlagwortartig wie folgt zusammenfassen:<sup>75</sup>

- Nemo tenetur setzt staatliche Erzwingbarkeit einer Auskunftspflicht voraus.
- Die Angst, erwischt zu werden, begründet keinen Zwang.
- Nemo tenetur gibt kein Recht zur Schaffung neuen Unrechts.
- Selbstanzeige geht vor Verwendungsverbot.
- Wer in einer Steuererklärung Angaben macht, die er nicht machen muss, ist selbst schuld.

Mechanismen, die im Steuerstrafrecht den Konflikt zwischen dem Nemo-tenetur-Grundsatz und staatlich erzwungenen Auskunftspflicht auflösen (vgl. § 393 AO), greifen im Insolvenzstrafrecht nicht ein. Insbesondere besteht im Insolvenzverfahren keine Möglichkeit zur strafbefreienden Selbstanzeige, wie es im Steuerrecht der Fall ist (§ 371 AO).

---

<sup>72</sup> Vergleichbare Suspendierungen der Auskunftspflicht finden sich z.B. in § 23 AWG, § 17 ArbZG, § 64 AMG, § 4 FpersG, § 22 GastG, § 70 FFG, § 44 KWG, § 4 WpHG, vgl. dazu Bärlein/Panani/Rehmsmeier, NJW 2002, 1825, 1826.

<sup>73</sup> Vgl. Sondervotum Heußner zum Gemeinschuldnerbeschluss, BVerfG NJW 1981, 1431, 1433.

<sup>74</sup> Auf Landgerichtsebene stechen insbesondere die beiden Entscheidungen des LG Stuttgart v. 21.7.2000 – 11 Qs 46/2000 (= NStZ-RR 2001, 282 f.) sowie des LG Potsdam v. 24.4.2007 – 27 Ns 23/06 (= StV 2014, 407 ff.) hervor.

<sup>75</sup> Im Detail ausgeführt bei Rudolph, StraFo 2017, 183 (184 f.).

## 2. Fernwirkung

In § 97 Abs. 1 S. 3 InsO findet sich der Begriff „verwenden“. Terminologisch wird zwischen Verwertungs- und Verwendungsverbot unterschieden.<sup>76</sup> Ein Verwendungsverbot gewährleistet dabei den umfassenderen Schutz. Ein *Verwertungsverbot* verbietet lediglich die Verwertung von Informationen als Beweismittel. Ein *Verwendungsverbot* setzt früher an. Es ist den Strafverfolgungsbehörden bereits untersagt, die gesperrten Informationen als *Ermittlungsansatz* zu gebrauchen.

Bei der Formulierung des § 97 InsO wurde „verwerten“ im Gesetzgebungsverfahren durch „verwenden“ ersetzt, um zu verdeutlichen, dass die aufgrund erzwungener Auskünfte erlangten Informationen grundsätzlich nicht als Ermittlungsansatz taugen.<sup>77</sup> Entsprechend sieht die Rechtsprechung<sup>78</sup> und die überwiegende Literatur in § 97 Abs. 1 S. 3 InsO ein Verbot jeglicher Verwendung.<sup>79</sup>

Das bedeutet im Ergebnis, dass die Staatsanwaltschaft, Informationen die sie aufgrund einer Auskunft des Schuldners i.S.v. § 97 Abs. 1 S. 1 InsO erhalten hat, nicht als Ansatz für weitere Ermittlungen verwenden darf.

## 3. Dokumentationspflicht

In der strafrechtlichen Ermittlungsakte ist kenntlich zu machen, ob bzw. in welchem Umfang Informationen auf einer zwangsweisen Auskunft des Schuldners beruhen.<sup>80</sup> In einer Anklage muss dokumentiert werden, welche der zugrunde gelegten Beweismittel aus verwendbaren Quellen stammen und welche Beweismittel i.S.v. § 97 InsO ausscheiden.

→ Dies wird in der Praxis häufig übersehen. Hier besteht erhebliches Verteidigungspotenzial.

Aus Sicht eines Staatsanwalts liegt die Versuchung nahe, das Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO beispielsweise durch eine Durchsuchung auszuhebeln. Es ist im Detail umstritten, ob bzw. in welchem Umfang dies möglich ist. Gerade deshalb ist es jedoch erst recht geboten, dem Gericht und der Verteidigung die Fakten zu liefern, deren Kenntnis notwendig ist, um eine rechtliche Beurteilung der Verwendbarkeit von Beweismitteln im Prozess vorzunehmen.

---

<sup>76</sup> Vgl. dazu Jahn, Beweiserhebung und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages, Erfurt 2008, C 32.

<sup>77</sup> Zusammenfassend dazu LG Potsdam, o. Fn 13. Dementsprechend heißt es in der Gesetzesbegründung: „Nach dem Sinn dieses Verbots dürfen auch solche Tatsachen nicht verwertet werden, zu denen die Auskunft den Weg gewiesen hat“ (BT-Drucks 12/2443, 142).

<sup>78</sup> LG Potsdam und LG Stuttgart, o. Fn 13.

<sup>79</sup> Vgl. Bittmann/Carolin Rudolph, wistra 2001, 81, 82; Hefendehl, wistra 2003, 1, 6; Bömelburg, Die Selbstbelastungsfreiheit im Insolvenzverfahren, 2004, S. 122; Püschel, FS AG Strafrecht des DAV, 2009, S. 759 ff.; Stam, StV 2015, 130 ff.; Herchen, Hamburger Kommentar zur InsO, § 97 Rn 15; jeweils m.w.N. Dasselbe gilt im Wesentlichen auch für § 393 Abs. 2 AO; vgl. dazu BGH v. 12.1.2005 – 5 StR 191/04 (= StV 2005, 316, 318): „Für das laufende Strafverfahren dürfen diese Informationen, soweit sie unmittelbar oder auch mittelbar zum Nachweis einer Steuerhinterziehung (...) führen können, nicht herangezogen werden.“

<sup>80</sup> Herchen, Hamburger Kommentar zur InsO, § 97 Rn 16 f.; Haarmeyer, ZInsO 2016, 545, 555, jeweils m.w.N.

- Sehr empfehlenswert ist die Lektüre des Urteils des LG Potsdam v. 24.4.2007 – 27 Ns 23/06 (= StV 2014, 407 ff.):

*„Diese Vorschrift normiert nicht nur ein Beweisverwertungsverbot, sondern ein umfassendes Verwendungsverbot. Mit ihr ist es schon nicht vereinbar, dass die Angaben, die der Schuldner bzw. dessen Geschäftsführer im Insolvenzverfahren gemacht hat, ohne dessen Zustimmung an die Strafverfolgungsbehörden weitergegeben werden, um Ermittlungen gegen diesen oder gegen seine Angehörigen zu führen.*

*a) Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift ist nicht bloß die Verwertung der Angaben zu Beweis Zwecken, sondern jedwede „Verwendung“ der Angaben des Schuldners im Strafverfahren verboten. Dieses Verbot erstreckt sich auf das gesamte Strafverfahren, also auch auf die dem eigentlichen Strafverfahren vorgelagerten Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden. Die Formulierung ist vom Gesetzgeber bewusst weit gewählt worden: Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung griff die Formulierung auf, die das Bundesverfassungsgericht in seinem sog. „Gemeinschuldnerbeschluss“ vom 13. Januar 1981 (BVerfGE 56, 37) in Anlehnung an die Verwertungsverbote gemäß § 136a StPO und § 393 Abs. 2 AO verwendet hatte, und sprach lediglich von dem Verbot der „Verwertung“; diese Formulierung ist jedoch im Gesetzgebungsverfahren bewusst durch eine umfassendere Wendung ersetzt worden. (...)*

*b) Der Regelungszweck des § 97 Abs. 1 InsO liegt gerade darin, den Schuldner zu einer umfassenden Auskunftserteilung gegenüber dem Insolvenzverwalter, dem Insolvenzgericht und den Organen der Gläubiger zu verpflichten. Dem Satz 3 der Norm kommt in diesem Zusammenhang die Aufgabe zu, diese umfassende Auskunftspflicht gegenüber dem Strafverfahren abzugrenzen und dafür Sorge zu tragen, dass die Auskünfte, die der Schuldner im Insolvenzverfahren erteilt, ohne dessen Zustimmung nicht als Ansatzpunkt für strafrechtliche Ermittlungen gegen ihn selbst oder einen nahen Angehörigen verwendet werden. (...)*

*Die Norm erfüllt den Zweck, jedwede Verwendung der Angaben des Schuldners, die dieser im Insolvenzverfahren gemacht hat, im Strafverfahren auszuschließen. Unzulässig ist daher nicht nur die unmittelbare, sondern auch die mittelbare Verwertung der im Insolvenzverfahren vom Schuldner gegebenen Auskünfte. Es dürfen auch solche Tatsachen nicht verwendet werden, zu denen die im Insolvenzverfahren erteilte Auskunft des Schuldners den Weg gewiesen hat.*

*Das Verbot hindert nicht die Verwendung von Tatsachen, die der Strafverfolgungsbehörde bereits bekannt geworden sind (FK/App, a.a.O., § 97, Rz. 12, Eickmann/ Flessner/ Kirchhof/ Kref/ Landfermann/ Marotzke/ Stephan, InsO, 4. Aufl., § 97, Rz. 13; Braun/Kroth, InsO, § 97, Rz. 10). Dies gilt auch für solche Tatsachen, die der Staatsanwaltschaft unabhängig von einer im Insolvenzverfahren erteilten Auskunft des Schuldners bekannt werden - selbst dann, wenn diese Auskunft aus dem Insolvenzverfahren bereits der Staatsanwaltschaft vorliegt. Alle Erkenntnisquellen, die sich unabhängig von der*



*pflichtgemäßen Auskunft des Schuldners erschließen, dürfen Grundlage weiterer Ermittlungen sein (Bittmann/Rudolph, wistra 2001, 81).*

*Das Verbot greift hingegen dann ein, wenn die Strafverfolgungsbehörden die im Insolvenzverfahren erteilten Auskünfte des Schuldners auswertet und aufgrund dieser Auswertung durch Ermittlungen zu Beweistatsachen gelangt, da die Auskunft des Schuldners ohne seine Zustimmung auch nicht als Ansatz für weitere Ermittlungen dienen darf (Uhlenbruck, a.a.O., § 97, Rz. 8). Die Kritik von Uhlenbruck (a.a.O., § 97, Rz. 8, unter Hinweis auf Blersch; vgl. auch Hefendehl, wistra 2003, 1, 6), wonach ein „mit hoher krimineller Energie ausgestatteter Schuldner“ sich der Strafverfolgung gänzlich entziehen könne, wenn er alle Straftaten bereits im Insolvenzverfahren offenbart, trifft jedoch nicht in dieser Schärfe zu, da § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO keine „Sperrwirkung“ für bestimmte Themen auslöst. Es kommt vielmehr darauf an, ob die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft ihren Ausgangspunkt bei den Auskünften des Schuldners im Insolvenzverfahren nehmen. (...)*

*Mit dieser Norm hat der Gesetzgeber klargestellt, dass ein Schuldnachweis nur auf selbständige, von der Auskunft des Schuldners gemäß § 97 Abs. 1 Satz 1 und 2 InsO unabhängige Beweismittel gestützt werden kann, wie beispielsweise Auskünfte Dritter oder Unterlagen, die unabhängig von der Auskunft des Schuldners ermittelt worden sind. **Dies hat zur Folge, dass im Zweifel im Strafverfahren nachgewiesen werden muss, dass ein Beweismittel nicht auf der insolvenzverfahrensrechtlichen Auskunft des Schuldners beruht; ist dies nicht nachweisbar, bleibt das Beweismittel unverwertbar.***

#### 4. „Beweislast“

Kann nicht mehr aufgeklärt werden, ob eine Information auf einer zwangsweisen Auskunft des Schuldners nach § 97 Abs. 1 S. 1 InsO beruht und somit dem Verwendungsverbot nach § 97 Abs. 1 S. 3 InsO unterliegt, ist im Zweifel von einem solchen Verbot auszugehen. Es gilt insoweit der Grundsatz „in dubio pro reo“.<sup>81</sup>

Dies ist nur eine scheinbare Ausnahme von der allgemeinen Dogmatik, wonach Zweifel darüber, ob ein Verfahrensfehler vorliegt, der zu einem Beweisverwertungsverbot führen könnte, zu Lasten des Beschuldigten gehen.<sup>82</sup> Denn in den Fällen des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO steht der vorangegangene Verfahrensverstoß, der in der zwangsweisen Selbstbelastung liegt, gewissermaßen schon fest.

#### 5. Freiwillige Herausgabe

Vereinzelt wird vertreten, das Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO greife nur dann ein, wenn Auskünfte tatsächlich erst unter „Zwang“ erteilt worden sind.<sup>83</sup> Informationen, die vom Insolvenzschuldner bereits mit Antragstellung oder auf eine bloße Aufforderung hin

---

<sup>81</sup> LG Potsdam, o. Fn 13.

<sup>82</sup> Vgl. etwa BGH v. 7.6.1983 – 5 StR 409/81 (= StV 1983, 494 f.). Weitere Nachweise bei Rogall, in: Wolter/SK-StPO, § 136a Rn 101.

<sup>83</sup> Diversy, ZInsO 2005, 180, 184; Weyand, ZInsO 2015, 1948, 1950.

„freiwillig“ mitgeteilt wurden, wären dann folglich in einem Strafverfahren gegen ihn verwendbar.

Das kann nicht richtig sein. Schon der Wortlaut des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO setzt nicht einen „Zwang“ des Schuldners, sondern dessen „Verpflichtung“ voraus.<sup>84</sup> Zutreffend wird daher überwiegend darauf abgestellt, ob eine *rechtlich erzwingbare* Pflicht zur Herausgabe besteht<sup>85</sup> – was in den Fällen des § 97 Abs. 1 S. 1 InsO stets der Fall ist.

Die Unterlagen wären allerdings verwertbar, wenn der Schuldner einer solchen Verwertung im Strafverfahren zustimmt. Ein vorsorglicher Widerspruch sollte daher, um Missverständnisse zu vermeiden, bei der Auskunftserteilung klargestellt und dokumentiert werden. Wird eine Verletzung des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO im Rahmen einer Revision gerügt, ist in einer entsprechenden Verfahrensrüge vorzutragen, dass eine erteilte Auskunft ohne Zustimmung des Angeklagten verwendet wurde.<sup>86</sup>

## 6. Geschäfts- und Betriebsunterlagen<sup>87</sup>

Nach herrschender Meinung erstreckt sich das Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO nicht auf Betriebs- und Geschäftsunterlagen. Bilanzen und Handelsbücher sollen demnach zumindest dann verwertet werden dürfen, wenn hierfür gesetzliche Aufzeichnungs- und Vorlagepflichten bestehen.<sup>88</sup> Das Bundesverfassungsgericht sieht durch gesetzliche Aufzeichnungs- und Vorlagepflichten den Kernbereich der grundgesetzlichen Selbstbelastungsfreiheit nicht zwangsläufig tangiert.<sup>89</sup> Handelsbücher und andere aufgrund gesetzlicher Vorschriften anzufertigende Unterlagen sind nach dieser Auffassung sozusagen „als Beweismittel geboren“<sup>90</sup> und sollen diese Funktion nicht wegen einer Insolvenz oder eines Steuerstreits wieder verlieren.

Teilweise wird argumentiert, § 97 Abs. 1 S. 3 InsO gelte deshalb nicht für Geschäftsunterlagen, da ihre Vorlage nicht aus der konkreten Auskunftspflicht nach § 97 Abs. 1 S. 1 InsO

---

<sup>84</sup> Auch § 393 Abs. 2 AO stellt auf die „Erfüllung steuerlicher Pflichten“ ab; vgl. dazu Bülte, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 393 AO Rn 63 ff.

<sup>85</sup> Vgl. Bömelburg, Die Selbstbelastungsfreiheit im Insolvenzverfahren, 2004, S. 109 ff.; Schork, NJW 2007, 2057; Laroche, ZInsO 2015, 1496, 1471; Herchen, Hamburger Kommentar zur InsO, § 97 Rn 14; Haarmeyer, ZInsO 2016, 545, 546 (Rn 18). Differenzierend Stephan, in: MüKo zur InsO, § 97 Rn 17, der eine zwangsweise Herausgabe, die zu einem Verwendungsverbot führt, nur dann annimmt, wenn der Schuldner davon Kenntnis hat, dass er verpflichtet ist, auch strafbare Handlungen im Insolvenzverfahren zu offenbaren. Idealerweise sollte sich dieses Problem gar nicht erst stellen. Denn wenn ein Schuldner bereits im Insolvenzverfahren nicht nur auf die Reichweite der Auskunftspflicht, sondern auch auf das damit einhergehende Verwendungsverbot hingewiesen wird, erübrigt sich die Differenzierung. Für eine entsprechende qualifizierte Hinweispflicht Püschel, FS Wessing, 2016, S. 753 ff.

<sup>86</sup> OLG Celle v. 19. 12. 2012 – 32 Ss 164/12 (= ZInsO 2013, 731 f.) und OLG Jena v. 12. 8. 2010 – 1 Ss 45/10 (= ZInsO 2011, 732), vgl. dazu Kemperdick, ZInsO 2013, 1116 ff.

<sup>87</sup> Vgl. dazu Rudolph: Nemo tenetur und die Verwertbarkeit von Geschäftsunterlagen – Grundfragen der strafrechtlichen Verwendungsverbote im Steuerstrafrecht und im Insolvenzstrafrecht, in: StraFo 5/2017, S. 183 ff.

<sup>88</sup> BGH v. 16.4.2014 – 1 StR 516/13 (= NSTz 2014, 699 f.); LG Stuttgart v. 21.7.2000 – 11 Qs 46/2000 (= NSTz-RR 2001, 282 f.); OLG Celle v. 19.12.2012 – 32 Ss 164/12; OLG Jena v. 12.8.2010 – 1 Ss 45/10; s.a. Herchen, Hamburger Kommentar zur InsO, § 97 Rn 16, m.w.N.

<sup>89</sup> BVerfG v. 27.4.2010 – 2 BvL 13/07 (= wistra 2010, 341 ff.).

<sup>90</sup> Gemäß LG Saarbrücken v. 14.7.2016 – 2 Qs 16/16 (= NSTz 2016, 751), sollen auch persönliche Aufzeichnungen des Schuldners verwertbar sein. Diese wurden jedenfalls nicht aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung angefertigt.

folge. Vielmehr seien Geschäftsunterlagen aufgrund der in § 97 Abs. 2 InsO normierten allgemeinen Pflicht des Schuldners, den Verwalter bei der Erfüllung von dessen Aufgaben zu unterstützen, vorzulegen. Für diese Pflicht aus Abs. 2 gelte Abs. 1 S. 3 InsO nicht.<sup>91</sup> Dieser Argumentation dürfte nach der Rechtsprechung in Zivilsachen jedoch der Boden entzogen worden sein.<sup>92</sup> Der BGH stellte im insolvenzrechtlichen Zusammenhang mehrfach klar, dass die Vorlage von Unterlagen Teil der Auskunftspflicht nach § 97 Abs. 1 S. 3 InsO ist.<sup>93</sup> Das daraus resultierende Verwendungsverbot ist gewissermaßen das Spiegelbild der Vorlagepflicht.

Der Argumentation, wonach Geschäftsunterlagen im Strafverfahren verwertbar sein sollen, wenn deren Anfertigung und Publikation auf anderweitigen gesetzlichen Verpflichtungen beruht (z.B. Buchführungspflichten gem. § 140 AO i.V.m. § 238 HGB), liegt eine Abwägung zu Grunde. Die Interessen Dritter bzw. des Gemeinwohls an der Existenz derartiger Unterlagen sollen danach das Recht des Einzelnen, sich nicht selbst belasten zu müssen, überwiegen.

Diese Argumentation läuft ins Leere. In der Praxis des Insolvenz- und Steuerstrafrechts sind Geschäftsunterlagen häufig mit Mängeln behaftet und/oder wurden zu spät abgeschlossen. Die besonderen Belange des Gemeinwohls greifen bei derartig fehlerhaften Geschäftsunterlagen nicht durch. Der Gläubigerschutz, der beispielsweise durch die Publizität von Bilanzen erreicht werden soll, wird durch mangelhafte Unterlagen ohnehin nicht gewährleistet. Als Beweismittel taugen fehlerhafte Buchführungsunterlagen auch nur zum Zweck der Strafverfolgung, nicht aber zum Schutz des Handelsverkehrs. Während ordentliche Buchhaltungsunterlagen „als Beweismittel geboren“ sind, handelt es sich bei mangelhaften Büchern gewissermaßen um „Totgeburten“.

Einzig die Strafverfolgungsbehörden haben ein Interesse daran, unvollständige bzw. fehlerhafte Geschäftsunterlagen in staatlichen Gewahrsam zu nehmen und auszuwerten. Dieses Interesse tritt jedoch hinter der Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten zurück – das ist der Kern des Nemo-tenetur-Grundsatzes. Die Interessen der Strafverfolgung bleiben durch allgemeine strafprozessuale Mittel gewahrt, ohne dass es dazu eines Zwangs zur *aktiven* Mitwirkung bedarf. Denn Unterlagen, die bei einer Durchsuchung (= Pflicht zur lediglich *passiven* Duldung) beschlagnahmt werden, bleiben i.d.R. verwertbar, sofern nicht andere Verwertungshindernisse bestehen.<sup>94</sup>

Letztlich liegt der Argumentation der h.M. zur Verwertbarkeit von Geschäftsgrundlagen die Sorge zu Grunde, dass fast niemand mehr wegen Insolvenzdelikten. Der Schuldner könnte ein „Asyl für Geschäftsunterlagen“ schaffen, die dem weiteren Zugriff der Ermittlungsbehörden „dauerhaft entzogen“ wären.<sup>95</sup> Auch dieses politische Argument ist nicht überzeugend. Denn es ist fraglich, ob die h.M. tatsächlich zu den primären Zielen führt – nämlich möglichst umfassende Auskünfte zu erhalten. Ein Geschäftsführer, der einen Insolvenzantrag stellt und befürchtet, dass sich durch die Auswertung seiner Bücher Straftaten nachweisen lassen, steht vor einem Dilemma: Gibt er möglichst umfassend Auskunft und vertraut darauf, dass er

---

<sup>91</sup> So Diversy, ZInsO 2005, 180, 181; Richter, wistra 2000, 1 ff.

<sup>92</sup> So auch Laroche, ZInsO 2015, 1469, 1472; Haarmeyer, ZInsO 2016, 545, 554.

<sup>93</sup> BGH v. 19.7.2012 – IX ZB 6/12 (= ZInsO 2012, 1472 Rn 11), m.w.N.

<sup>94</sup> Im Einzelnen ist freilich streitig, wie weit die Fernwirkung des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO in solchen Fällen reicht

<sup>95</sup> Weyand, ZInsO 2015, 1948, 1952.

dadurch vor weiterer Verfolgung geschützt wird,<sup>96</sup> geht er das Risiko ein, dass die Geschäftsunterlagen trotzdem gegen ihn verwendet werden. „Sicherer“ wäre es für den Geschäftsführer angesichts der h.M. wohl, Bücher und Dokumente, d.h. potenziell belastende Beweismittel, zu vernichten, bevor mündliche Auskünfte erteilt werden. Letztere dürfen gemäß § 97 Abs. 1 S. 3 InsO nicht gegen ihn verwendet werden. Diese Vorgehensweise erfüllt zwar den Straftatbestand des § 283 Abs. 1 Nr. 6 StGB und könnte zu einer Versagung der Restschuldbefreiung führen (§ 290 InsO). Das Risiko einer Verfolgung nach § 283 Abs. 1 Nr. 7 StGB bzw. § 15a InsO (mit dem damit einhergehenden zivilrechtlichen Haftungsrisiko z.B. nach § 64 GmbHG) ließe sich jedoch durch eine solche Vorgehensweise faktisch verringern.

Trotz der ohnehin schon vielen Einschränkungen des Nemo-tenetur-Grundsatzes durch die Rechtsprechung besteht bei der strafrechtlichen Verwertung von zwangsweise herausgegebenen Geschäftsunterlagen ein Konflikt. Denn die diesbezügliche h.M. führt dazu, dass ein potenziell Beschuldigter nicht nur faktisch, sondern auch rechtlich dazu gezwungen wird, aktiv sein eigenes „strafrechtliches Grab“ zu schaufeln. Die daraus resultierenden Konsequenzen überzeugen weder dogmatisch noch praktisch, was am Beispiel der fehlerhaften Geschäftsunterlagen besonders deutlich wird.

Eine Differenzierung dergestalt, dass fehlerhafte Geschäftsunterlagen dem Verwertungsverbot unterliegen, ordentlich geführte Bücher indes als strafrechtlicher Ermittlungsansatz dienen, ist jedoch nicht sinnvoll. Denn es wäre nicht nachvollziehbar, wenn derjenige, der zusätzlich *auch* gegen Buchhaltungspflichten verstoßen hat, besser gestellt wird als derjenige, der dies nicht getan hat.

Überzeugender ist es, Geschäftsunterlagen, die aufgrund der Verpflichtung nach § 97 Abs. 1 S. 1 InsO herauszugeben sind, stets auch dem Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO unterfallen zu lassen.<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> Vgl. dazu *Püschel*, FS AG Strafrecht des DAV, 2009, S. 759, 770.

<sup>97</sup> In diesem Sinne auch *Püschel*, FS AG Strafrecht des DAV, 2009, S. 759, 770; *Böttger*, in: Volk, Münchener Anwaltshandbuch Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, § 19 Rn 342; *Laroche*, ZInsO 2015, 1496, 1471; *Bömelburg*, Die Selbstbelastungsfreiheit im Insolvenzverfahren, 2004, 100 f.; *Verjans*, in: *Böttger*, Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis, Insolvenzstrafrecht Rn 229; *Reichling*, HRRS 2014, 473, 481; *Haarmeyer*, ZInsO 2016, 545, 554.