

Wirtschaftsstrafrecht

Leitender Oberstaatsanwalt Folker Bittmann, Dessau-Roßlau

Windsberger, Alexandra: Über den „tatsächlichen Zusammenhang“ im Bankrottstrafrecht – Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des sog. bedingten Gefährdungsdelikts

C.F. Müller, Heidelberg 2017, XVI, 255 Seiten, 89,90 Euro.

I. Ein „bedingtes Gefährdungsdelikt“ erfasst ein Verhalten, das nicht erst dann bestraft werden können soll, wenn das Rechtsgut so konkret in Gefahr ist, dass es allein vom Zufall abhängt, ob es verletzt wird, aber auch nicht immer schon dann, wenn seine Beeinträchtigung abstrakt denkbar ist. Es konkretisiert die Voraussetzungen, unter deren Vorliegen ein bestimmtes Verhalten entweder vorgeschrieben ist oder umgekehrt zu unterbleiben hat, nicht wie regelmäßig über einschränkende Tatbestandsmerkmale, sondern mittels einer (oder mehrerer) Strafbarkeitsbedingung(en), S. 132. Untersuchungsgegenstand von *Windsberger* sind die Bestimmungen über den Bankrott und die Verletzung der Buchführungspflicht, mit ihren Strafbarkeitsbedingungen Zahlungseinstellung, Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder Abweisung eines Eröffnungsantrags mangels einer die Kosten deckenden Masse, § 283 Abs. 6 StGB bzw. im Wege der Verweisung darauf, § 283b Abs. 3 StGB. Die zumindest verwandten Strafbarkeitsbedingungen bei der Gläubiger- und der Schuldnerbegünstigung bezog *Windsberger* nicht mit in ihre Überlegungen ein.

II. 1. a) Ausgangspunkt ist das einschränkende Verlangen von Rechtsprechung und überwiegender Meinung im Schrifttum, derzufolge das Eintreten einer der drei Strafbarkeitsbedingungen die Verfolgungssperre nur dann auflöst, wenn zwischen der Tathandlung und dem Eintritt der Strafbarkeitsbedingung ein tatsächlicher Zusammenhang besteht. *Windsberger* konstatiert zutreffend, dass auch fast 130 Jahre nach dem erstmaligen Anerkennen dieses Restriktionskriteriums im Urteil des Reichsgerichts vom 21.11.1888, RGSt 5, 415 (S. 18 – 21) kein Konsens über dessen näheres inhaltliches Verständnis bestehe (S. 1 – 3). Sie dokumentierte diese Feststellung in einem historischen Abriss (S. 4 – 56) zunächst anhand der Rechtsprechung (S. 4 – 33). Dabei übergang sie allerdings die einschlägige Stelle einer Entscheidung des 3. Strafsenats (BGH, Urt. v. 30.8.2007 – 3 StR 170/07, Rn. 6, wistra 2007, 463 f.), in welcher dieser sich den auf den Wortlaut bezogenen Argumenten gegen die h.M. öffnete. Er musste sich jedoch nicht entscheiden, denn der tatsächliche Zusammenhang lag vor. Nach dem Vorstellen des Schrifttums (S. 34 – 49), deckte sie dogmatische Inkonsistenzen (S. 49 – 52) und Folgeprobleme (S. 52 – 55) auf, um anschließend den Verdacht zu formulieren, die h.M. laufe, wie sich insbesondere anfangs des 20. Jahrhunderts gezeigt habe (S. 57 – 69), trotz aller gegenteiliger Beteuerungen doch auf ein Kausalitätserfordernis hinaus. Diesem tritt sie entschieden entgegen und sieht sich in Übereinstimmung mit der Nachkriegsgesetzgebung bis hin zum 1. WiKG mit der Rückführung des Insolvenzstrafrechts in das StGB (S. 69 – 93), welche allerdings von der Rechtsprechung gedanklich unzutreffend rezipiert worden sei (S. 94 – 110), jedoch unter weitgehendem Beifall des Schrifttums (S. 110 – 132).

b) Das Erfordernis des tatsächlichen Zusammenhangs solle in der Vorstellung seiner Protagonisten drei (der Sache nach sind es nur zwei) Funktionen erfüllen, den zu weiten Wortlaut und die zu lange Dauer bis zum Eintritt der Verjährung korrigieren, um so die Wirkungen der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit einzuschränken (S. 132 – 153). *Windsberger* trennt bei ihrer Betrachtung strikt zwischen Tathandlung und Strafbarkeitsbedingung. Mit dem Bankrott befasst sie sich im Schwerpunkt (S. 154 – 266), um sich anschließend den Abweichungen bei § 283b StGB zuzuwenden (S. 266 – 274).

c) Bei ihrer Suche nach dem Strafgrund fragt sie danach, ob bereits die Tathandlung als solche Strafe rechtfertige (S. 166) und bejaht dies in differenzierenden Erwägungen für § 283 StGB (z.B. S. 246), oder ob sich das strafwürdige Unrecht erst aufgrund des Zusammenspiels zwischen Tathandlung und Strafbarkeitsbedingung ergäbe, so von ihr für die Verletzung der Buchführungspflicht angenommen (S. 267). Die abstrakt gefährliche Tathandlung allein dürfe nur dann die Strafbarkeit begründen, wenn dies auch im konkret ungefährlichen Einzelfall gerechtfertigt sei. Nach a.A. fallen hingegen letztgenannte Konstellationen aus dem Anwendungsbereich heraus. Als eigene Lösung entwickelt *Windsberger* eine „Maximin-Regel“, aufgefächert in Rechtsgüterschutz, objektive Gefährlichkeit und das Fehlen entgegenstehender Interessen (S. 174 – 179). Die Auswahl der Verhaltensweisen, welche diesen Anforderungen gerecht werde, obliege allein dem Gesetzgeber (S. 180). Daher schieden restringierende Interpretationen auf Rechtsanwendungsebene auch für den konkret ungefährlichen Einzelfall aus (S. 182 – 186). Der Gesetzgeber könne hingegen über die Normierung von Strafbarkeitsbedingungen Einschränkungen vornehmen. Da sie im Fall des § 283 StGB nicht unrechtskonstituierend ausgestaltet seien (z.B. S. 246), handele es sich um rein kriminalpolitisch motivierte Restriktionen (S. 186 – 189).

2. a) Diese Erkenntnis exemplifizierte sie sowohl für die bestandsbezogenen Bankrottalternativen (S. 212 – 226), die sie anschaulich als eine Art „Gläubigeruntreue“ mit der Wirkung strafrechtlich begründeter Verfügungsverbote ansieht, als auch für die informationsbezo-

genen Tatbestände des § 283 StGB (S. 227 – 246). Diese betrachtet sie als Blankettverweisungen auf das Handelsrecht, welche Vermögensgefährdungen vermeiden sollen (S. 234 – 245). Die Strafbarkeitsbedingungen hätten den Zweck, auch zu Gunsten der Gläubiger, der Gefahr des Herbeiführens des endgültigen wirtschaftlichen Zusammenbruchs durch Strafverfolgung entgegenzuwirken, solange noch eine Erholung möglich sei (S. 250). Die in § 283 Abs. 6 StGB aufgeführten Strafbarkeitsbedingungen markierten demgegenüber den Zeitpunkt des sowieso unumkehrbaren wirtschaftlichen Endes, so dass nun die Strafverfolgung die Gläubiger nicht mehr gefährden könne und deshalb einsetzen solle (S. 247). Damit unvereinbar sei das zusätzliche Verlangen nach einem tatsächlichen Zusammenhang zwischen Tathandlung und eingetretener Strafbarkeitsbedingung. *Windsberger* sieht darin gar einen Verstoß gegen das Schuldprinzip (S. 250) – freilich einen solchen zugunsten des (potentiellen) Täters.

b) aa) Ihr für § 283 StGB gefundenes Ergebnis stellte sie anschließend auf die Probe verschiedener Gründe, die in Rechtsprechung und Schrifttum für die h.M. angeführt werden. Die Lösung für das Problem der „ewigen Verjährung“, resultierend aus der Annahme, erst der Eintritt einer der Strafbarkeitsbedingungen markiere die Beendigung der zuvor begangenen Tathandlung und setze damit den Lauf der Verjährungsfrist in Gang, sieht *Windsberger* darin, auf den Abschluss der Tathandlung abzustellen (S. 256 f.). Das damit einhergehende Schaffen eines strafrechtlichen Unikums, nämlich das Kreieren einer (zunächst oder, wenn die Strafbarkeitsbedingung erst nach mehr als 5 Jahren eintritt, sogar dauerhaft) nicht verfolgbarer Straftat, nimmt sie bewusst in Kauf (S. 257 f.).

Den vorverlagerten Beginn der Verjährung versteht sie auch als Ausgleich dafür, dass beim Verzicht auf einen Zusammenhang zwischen Tathandlung und Eintritt einer der Strafbarkeitsbedingungen das Überwinden der Krise die Strafverfolgung nicht mehr hindere. Das sei schon deshalb akzeptabel, weil nur die nachhaltige Sanierung und nicht die nur vorübergehende Überwindung der Krisenmerkmale die Straffreiheit zu rechtfertigen vermöge (S. 259). Die damit konkludent verbundene Annahme, nachhaltige Sanierung setze wirtschaftliche Gesundung über einen Zeitraum von 5 Jahren nach der Tathandlung voraus, ist angesichts möglicher externer Insolvenzursachen arg forsch. Der gewünschte Restriktionseffekt lässt sich überdies nicht durchweg erzielen. Er mag eintreten, wenn Insolvenzeröffnung oder Abweisung mangels Masse erst 5 Jahre nach der Bankrottat zu verzeichnen sind. Ging die beim Begehen der Bankrottat bestehende Krise jedoch mit einer Zahlungseinstellung einher (dafür genügt das Nichtbegleichen einer einzigen, aber wesentlichen Zahlung), so ist trotz gesunde(r) wirtschaftlicher Verhältnisse weder die Verfolgbarkeit noch die Verjährung herausgeschoben – das allerdings ist auch auf der Basis der h.M. so.

bb) *Windsberger* verweist auf (nicht zu leugnende) Wertungswidersprüche zwischen den (mit dem ESUG weiter in den Vordergrund getretenen) Sanierungszielen der InsO und dem Strafrecht, weil sowohl der Antrag auf Eigenverwaltung als auch auf Eröffnung eines Schutzschirmverfahrens mit einem Insolvenzantrag einhergingen. Das trifft zu, zielt aber nur bei isoliert begehrt Eigenverwaltung auf unbedingte Eröffnung des Verfahrens und damit zum Eintritt dieser Strafbarkeitsbedingung, während diese Folge bei erfolgreicher Sanierung innerhalb des Schutzschirmverfahrens gerade vermieden wird, s. § 270b Abs. 4 S. 3 InsO. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hindert allerdings (zumindest de jure) nicht die Möglichkeit einer doch noch erfolgreichen Sanierung.

c) Im Anschluss an die Dissertation *Habethas* befürwortet *Windsberger* eine teleologische Reduktion des § 283 Abs. 6 StGB für den Fall der Eröffnung eines Sanierungsverfahrens (S. 261). Die für diesen Kerngedanken aufgeführten weiteren Gewährsleute äußerten sich allerdings nicht zum Schutzschirmverfahren, welches es zur Zeit der Veröffentlichung dieser Stimmen noch gar nicht gab. Sie lehnten zudem die Annahme des Eintritts der Strafbarkeitsbedingung der Eröffnung des Verfahrens nicht bereits für den Fall angestrebter Sanierung in der Insolvenz ab, sondern nur nach deren tatsächlichem Gelingen. Ist dies binnen der maximal 3 Monate, die das Schutzschirmverfahren dauern darf, der Fall, so bleibt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens jedoch sowieso aus und ob eine spätere Sanierung doch noch zur Straffreiheit führen soll, ist weder konsentiert noch von *Windsberger* eingehend begründet.

Zutreffend legt *Windsberger* den Finger in die Wunde der Befürworter der Nichtverfolgbarkeit einer Bankrottat nach erfolgreicher außergerichtlicher Sanierung. Ohne Wertungswiderspruch lasse sich dies nur dann vertreten, wenn die „Rettung“ aus eigener Kraft gelinge

und nicht von Dritten finanziert werde (von Gläubigern, der öffentlichen Hand, S. 262 f.). Auf das damit verbundene und in der Finanzkrise zutage getretene Druckpotential zur Rettung „systemrelevanter“ Unternehmen, v.a. Banken, geht *Windsberger*, ihrem Thema geschuldet und damit konsequenterweise, nicht ein. Außergerichtlich kann eine Krise allerdings nur im Fall beseitigter Zahlungseinstellung oder bei Rücknahme eines Insolvenzantrags überwunden werden. Nach Abweisung eines Insolvenzantrags mangels Masse fehlt es de jure an einer Möglichkeit zur Sanierung. Hauptsächlich jedoch zeigt sich die Inkonsistenz zwischen Insolvenz- und Strafrecht bei erfolgreicher Sanierung im Insolvenzverfahren. Diese geht allerdings in aller Regel einher mit Forderungsverzichten Dritter. Dann aber scheidet eine strafrechtliche Privilegierung auch nach *Windsbergers* Prämissen zur außergerichtlichen Sanierung aus. Konequent ist demgemäß ihr Vorschlag, de lege ferenda eine Regelung tätiger Reue einzuführen (S. 264). Die Ausgestaltung wäre jedoch äußerst schwierig, weil sie sich im Spannungsfeld zwischen dem öffentlichen Interesse an der Sanierung einerseits und dem wertungswidersprüchlichen Privileg der Verantwortlichen aufgrund von Dritten aufgebrachtter Finanzhilfen zu bewegen hätte, wobei es eigentlich nur bei externen Insolvenzzursachen systemgerecht ist, die Handelnden weiter zu unterstützen, und im Übrigen nur eigene Anstrengungen strafrechtlich anzuerkennen.

d) Die Variante der Auffassung vom nötigen Zusammenhang zwischen Bankrotthandlung und Strafbarkeit, die auf Krisenidentität abstellt, lehnt *Windsberger* aus verschiedenen Gründen ab, u.a. weil diese Variante nicht die Verbindung zwischen Schaffen der Gefahr für die Gläubiger und dem Eintritt des Erfolgs (= Strafbarkeitsbedingung) im Blick habe (S. 262 f.). Das trifft zu, ist aber nur geeignet, *Windsbergers* Vermutung zu widerlegen, das Bestehen auf dem „tatsächlichen Zusammenhang“ ziele verkappt auf Kausalität (S. 56), spricht jedoch nicht gegen den Eintritt des im Kern auch von ihr für nötig erachteten Restriktionseffekts. Das sieht die *Autorin* ebenso, will sie fehlende Krisenidentität doch auf der Ebene der Strafzumessung, § 46 Abs. 3 StGB, mildernd berücksichtigen.

3. Für § 283b StGB gelangt *Windsberger* zu dem Ergebnis, dass die Tathandlung für sich gesehen nicht als Kriminalunrecht (wohl aber als Ordnungswidrigkeitentatbestand, S. 274) angesehen werden könne. Dies ändere sich erst beim Zusammentreffen mit einer der Strafbarkeitsbedingungen. Ihr Eintritt sei daher (anders als bei § 283 StGB) das Unrecht konstituierend (S. 267). Den damit einhergehenden Bedeutungswandel des § 283 Abs. 6 StGB allein aufgrund der Verweisung in § 283b Abs. 3 StGB erklärt sie mit der Anordnung nur „entsprechender“ Geltung (S. 268 f.).

Überdies betrachtet es *Windsberger* als einen Verstoß gegen die Einheit der Rechtsordnung, dass § 283b StGB Verstöße gegen Aufzeichnungspflichten pönalisieren, an welche das Primärrecht (Handels-, ebenso Steuerrecht) überhaupt keine Rechtsfolgen knüpfe (S. 267 f.). Deswegen sei eine Beschränkung des unter den weitgefassten Wortlaut des § 283b StGB subsumierbaren Anwendungsbereichs zwingend. Die erwogene verfassungskonforme Auslegung (S. 269) verwirft sie allerdings ebenso wie die Restriktion über die Annahme eines tatsächlichen Zusammenhangs (S. 270). Auf welche Weise jedoch sie ihren verfassungsrechtlichen Bedenken (S. 270 – 274) Rechnung tragen will, und woraus diese angesichts ihrer zu § 283 StGB vertretenen Auffassung, allein der Gesetzgeber habe über das Vorliegen der Voraussetzungen für die Normierung eines abstrakten (ggf. bedingten) Gefährdungsdelikts zu befinden (S. 180), überhaupt resultieren können, lässt sie offen.

III. Der Eindruck ist zwiespältig: Verdienstvoll ist das Aufgreifen dogmatischer Unklarheiten, sind die tiefgründigen systematischen Überlegungen, ist auch das Ableiten ihrer Ergebnisse, anerkennenswert ihr Mut, auch deren Nebenwirkungen selbst zu beschreiben. Angesichts ihrer argumentativen Gestaltungskraft wäre *Alexandra Windsberger*, wäre sie bei Fertigung ihrer Arbeit darauf hingewiesen worden, sicherlich in der Lage gewesen, die hier formulierten Nachfragen aufzugreifen und konsistent zu beantworten. Es bleibt die Hoffnung, dass sie in der Zukunft die Gelegenheit findet, ihren dogmatischen Ansatz noch zu vertiefen und zu verfeinern.