

Oberstaatsanwalt a.D. Raimund Weyand, St. Ingbert

Aktuelles zum Insolvenzstrafrecht – Tagungsbericht zum 7. Kölner Insolvenzstrafrechtstag am 02.11.2023

Nach einer mehrjährigen pandemiebedingten Pause fand am 02.11.2023 im Hotel Eden Früh am Dom der diesjährige Kölner Insolvenzstrafrechtstag statt, wiederum als Gemeinschaftsveranstaltung der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e.V. (WisteV), des Deutschen Instituts für Insolvenzstrafrecht e.V. (DIAI), des Kölner Anwaltvereins (KAV) und der ZInsO. Die hohen Erwartungen der mehr als 60 Teilnehmer wurden ausnahmslos erfüllt.

I. Neues aus Berlin und Brüssel – Ministerialdirektorin a.D. Marie-Luise Graf-Schlicker

Nach der Begrüßung und ersten Einführung durch Marina Nießen (KAV) und Dr. Christina Brosthaus (WisteV) gab Graf-Schlicker, vor dem Eintritt in den Ruhestand langjährige Leiterin der Abteilung Rechtspflege im BMJV, wie schon in den vergangenen Jahren einen umfassenden Überblick zu aktuellen Entwicklungen des Insolvenz- bzw. Insolvenzstrafrechts in Deutschland und Europa.

1. Europarechtliche Aspekte

Die Referentin erörterte zunächst ausführlich den Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrecht,¹ der zum einen das Ziel verfolgt, die Kapitalmarktunion voranzutreiben und grenzüberschreitende Investitionshindernisse zu minimieren, zum anderen Möglichkeiten schaffen will, Insolvenzverfahren europaweit effektiver abzuwickeln.² Die hierzu gebildete Expertenkommission hat verschiedene Aspekte untersucht und Vorschläge gemacht.

Im Zusammenhang mit Anfechtungsfragen soll vor allem der Schutz der Gläubiger im Mittelpunkt stehen. Zwar räumt der Entwurf den nationalen Gesetzgebern einen gewissen Spielraum für die rechtliche Ausgestaltung des Anfechtungsrechts ein. Teilweise sollen bspw. aber vom aktuellen deutschen Insolvenzrecht abweichende (kürzere) Anfechtungsfristen gelten, so dass sich hier ein entsprechender Umsetzungsbedarf ergeben wird. Überdies würde die Auslegungshoheit, sollte die Richtlinie in nationales Recht transformiert werden, künftig nicht mehr beim BGH sondern beim EuGH liegen.

Der Richtlinienentwurf befasst sich ebenfalls mit dem Asset-Tracing, also den Möglichkeiten, Vermögenswerte des Schuldners möglichst umfassend aufzuspüren.³ Zu diesem Zweck sollen europaweit vernetzte zentrale Bankkontenabrufsysteme geschaffen werden, auf die der Insolvenzverwalter aber selbst keinen unmittelbaren Zugriff hat. Er muss solche Abfragen vielmehr beim Insolvenzgericht initiieren, kann jedoch nach den Vorstellungen der Kommission selbst Untersuchungen zu etwaigen bislang unbekannten wirtschaftlichen Eigentümern von Unternehmen anstellen und hierzu europaweit, soweit in den einzelnen Staaten vorhanden, auf entsprechende Register⁴ zugreifen.

Das ebenfalls ins Auge gefasste Pre-Pack-Verfahren soll, aufgespalten in eine Vorbereitungs- und eine Liquidationsphase, eine zügige Liquidation aller Vermögenswerte des Schuldners ermöglichen. Zwar behält dieser in der Vorbereitungsphase die Kontrolle über sein Unternehmen. Er wird

¹ Abzurufen unter https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:8adadc6c-76e9-11ed-9887-01aa75ed71a1.0020.02/DOC_1&format=PDF bzw. unter https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2023/0001-0100/25-23.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

² Zu der Richtlinie etwa Lissner, ZInsO 2023, 1610; Heyer, ZVI 2023, 85; s. auch Pape/Pape, ZInsO 2023, 926.

³ Zur Informationsgewinnung des Insolvenzverwalters Kramer, ZRI 2023, 847.

⁴ Z.B. Grundbuchämter und Liegenschaftskataster, Transparenz-, Wertpapier-, Pfandrechts- und Testamentsregister, Patent- und Markenregister.

aber durch einen gerichtlich eingesetzten Sachwalter unterstützt, der die optimale Versilberung vorhandener Aktiva vorbereiten und hierzu interessierte Übernehmer suchen und überdies etwaig notwendige (Zwischen-)Finanzierungen beschaffen soll. In der Liquidationsphase wird der Sachwalter zum Insolvenzverwalter bestellt und kann dann, sofern eine entsprechende gerichtliche Genehmigung vorliegt, die weitere Abwicklung übernehmen, an deren Ende die schuldenfreie Übernahme des betroffenen Unternehmens durch den Käufer stehen soll. Aus der Sicht von Graf-Schlicker ist zweifelhaft, ob dieses Pre-Pack-Verfahren ohne weiteres in das deutsche Recht integriert werden kann.

Nach dem Richtlinienentwurf soll überdies die Insolvenzantragspflicht (nur) bei Zahlungsunfähigkeit harmonisiert werden, wobei ein solcher Antrag binnen drei Monaten nach Kenntniserlangung der diese begründenden Umstände durch Unternehmensorgane vorzulegen sein soll. Erfüllt dieser Personenkreis seine Obliegenheiten nicht, drohen ihm zivilrechtliche Haftungsansprüche. Strafrechtliche Konsequenzen sehen die Experten indes nicht vor.

Besonders umstritten – und von Graf-Schlicker auch heftig kritisiert – sind die Vorschläge der Kommission zur Liquidation zahlungsunfähiger Kleinstunternehmen, wobei dieser Begriff alle Gesellschaften umfassen soll, die weniger als zehn Personen beschäftigen und deren Bilanzsumme 2 Mio. € nicht überschreitet, was nach Feststellung der Referentin 85 – 90 % aller in der Bundesrepublik anfallenden Unternehmensinsolvenzen betreffen würde. Zweifelhaft erscheinen ihr insbesondere die nur fakultative Bestellung eines Insolvenzverwalters,⁵ dessen Befugnisse überdies speziell durch das Insolvenzgericht bestimmt werden müssen, die ansonsten trotz des Verfahrens uneingeschränkte Vermögens- und Entscheidungsbefugnis des Schuldners, die eingeschränkten Möglichkeiten von Gläubigern, Forderungen geltend zu machen, sowie die Verlagerung aller Kosten auf staatliche Einrichtungen.

2. Nationales Recht

Nach diesen europarechtlichen Betrachtungen wandte sich Graf-Schlicker den im Raum stehenden nationalen Regelungen zur – heftig umstrittenen – Organisation des Berufsrechts der Insolvenzverwalter zu.⁶ Sie thematisierte die unterschiedlichen Vorschläge und Stellungnahmen, z.B. des BAKInso e.V.⁷ und des VID⁸ einerseits sowie der BRAK⁹ bzw. des DA9¹⁰ andererseits. Die Referentin verwies in diesem Zusammenhang auch auf die Rechtsprechung des BVerfG, das die Tätigkeit eines Insolvenzverwalters in mehreren Entscheidungen als eigenständigen Beruf eingestuft hat.¹¹

3. Entwicklung des Überschuldungsbegriffes

Graf-Schlicker gab zum Abschluss ihrer Darlegungen noch einen Überblick zur Entwicklung des nunmehr in § 19 InsO definierten Begriffs der Überschuldung. Sie vertrat die Auffassung, dass strafrechtliche Konsequenzen für denjenigen, der einer Insolvenzantragspflicht nicht nachkommt, obwohl eine materielle Überschuldung vorliegt, nicht gezogen werden können. Angesichts der vielfältigen – und teils sprung-

haften – insolvenzrechtlichen gesetzgeberischen Aktivitäten im Umfeld der Pandemie¹² ist nach ihrer Meinung der Adressat des § 15a InsO mittlerweile nicht mehr in der Lage, die Tragweite und den Anwendungsbereich der Norm in Bezug auf § 19 InsO aus dem Gesetz sicher zu erkennen. Dies gelte insbesondere für Kleinunternehmer, die in die Krise geraten sind und sich teuren Rechtsrat nicht leisten können, und die angesichts der wechselnden Regelungen nicht mehr sicher abschätzen können, wann die Voraussetzungen für die strafbewehrte Insolvenzantragspflicht vorliegen. Graf-Schlicker sieht hier einen Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG.¹³

II. Insolvenzverwalter und Strafverfahren – Rechtsanwältin Eva Racky, Frankfurt

Im Anschluss an den Vortrag von Graf-Schlicker setzte sich Racky aus anwaltlicher Sicht mit der Rolle des Insolvenzverwalters im Strafverfahren auseinander. Sie verwies dabei zunächst auf die Regelung der Nr. IX/2 MiZi, auf deren Grundlage die Ermittlungsbehörden zumindest im Unternehmensbereich über alle eröffneten Insolvenzverfahren bzw. deren Ablehnung mangels Masse informiert werden. Den Feststellungen des Verwalters kommt in der staatsanwaltschaftlichen Praxis große Bedeutung zu, weshalb die Verwalterberichte auch regelmäßig im Hinblick auf mögliches strafrechtlich relevantes Verhalten ausgewertet werden. Racky thematisierte das häufig bestehende Interesse des Verwalters an Ermittlungen der Staatsanwaltschaft, die z.B. zur Auffindung von Vermögenswerten und damit zur Massemehrung beitragen können. Die Referentin verwies anschließend auf die Möglichkeit, Unterlagen des Schuldners auch beim Insolvenzverwalter auf strafprozessualer Grundlage sicherzustellen,¹⁴ mahnte dabei aber die strikte Beachtung des auch in diesem Zusammenhang geltenden Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit an.¹⁵ Der Verwalter muss damit rechnen, im Ermittlungsverfahren und möglicherweise auch in einer Hauptverhandlung durch das Strafgericht als Zeuge vernommen zu werden. Hier gelten keine Besonderheiten, wo-

⁵ S. in diesem Zusammenhang Sämisch, ZRI 2023, 93.

⁶ S. hierzu aktuell Frind, ZInsO 2023, 2314.

⁷ S. etwa dessen jüngste Stellungnahme, abzurufen unter file:///C:/Users/User/Downloads/Stellungnahme%2010032023%20zum%20erg%C3%A4nzten%20BRAK-Regelungsvorschlag.pdf.

⁸ Abzurufen unter https://www.vid.de/wp-content/uploads/2020/07/Eckpunktepapier_Berufsaus%C3%BCbung_Berufszulassung.pdf.

⁹ S. etwa <https://www.brak.de/newsroom/newsletter/nachrichten-aus-berlin/2022/ausgabe-20-2022-v-6102022/insolvenzverwalter-kompromiss-fuer-berufsrecht-in-sicht/>.

¹⁰ <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/anwaeltinnen-anwaelte/berufsrecht/dav-und-brak-fordern-minimalinvasives-berufsrecht-f%C3%BCr-insolvenzverwalter>.

¹¹ BVerfG, Beschluss vom 03.08.2004 – 1 BvR 137/00, ZInsO 2004, 913; BVerfG, Beschluss vom 12.11.2016 – 1 BvR 3102/13, ZInsO 2016, 383.

¹² Dazu erschöpfend Graf-Schlicker, ZInsO 2023, 1185.

¹³ S. auch Graf-Schlicker, ZInsO 2023, 1185, 1194.

¹⁴ Vgl. §§ 94, 103 StPO.

¹⁵ S. in diesem Zusammenhang bereits Weyand, ZInsO 2008, 24.

bei Racky zu Recht hervorhob, dass außerhalb der Grenzen des § 138 StGB eine Pflicht, im Rahmen der Verwaltertätigkeit aufgedeckte Straftaten anzuzeigen, nicht besteht. Aus der Sicht der Referentin ist die aktuelle Rechtsprechung des BGH zur Frage, wer Berufsgeheimnisträger von ihrem beruflichen Schweigerecht entbinden kann,¹⁶ für die Strafverteidigung misslich. Sie hob in diesem Zusammenhang hervor, dass bei Entbindungserklärungen sorgfältig zu überprüfen ist, ob sich der – hierzu allein befugte – Verwalter tatsächlich selbst entsprechend geäußert hat, und wieweit die Erklärung im Einzelfall tatsächlich reicht.¹⁷ Schließlich befasste sich die Referentin mit der Frage, inwieweit der Insolvenzverwalter Einsicht in die Ermittlungsakten nehmen kann. Die Rspr. bejaht dies unter Bezugnahme auf § 475 StPO.¹⁸ Racky trat dem nicht entgegen, wies aber darauf hin, dass bei Akten anderer Verfahren, namentlich Steuerdelikte betreffend, das berechnete Interesse des Verwalters sorgfältig – auch z.B. unter dem Aspekt des Steuergeheimnisses (§ 30 AO) – geprüft werden müsse. Abschließend ging die Referentin noch auf die Antragsberechtigung des Insolvenzverwalters im Adhäsionsverfahren (§ 403 StPO) ein. Hier hat der BGH kürzlich festgehalten, dass entsprechende Möglichkeit zumindest für Ansprüche nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestehen.¹⁹

III. Die Rolle des Wirtschaftsreferenten der Staatsanwaltschaft – Rechtsanwalt Philip von der Meden, Hamburg

Nach einer kurzen Pause widmete sich von der Meden krit. der Frage, ob bei den Staatsanwaltschaften tätige Wirtschaftsreferenten in Strafverfahren als taugliche Sachverständige tätig werden können,²⁰ wobei er insbesondere auf deren Einbindung in die Organisation der Staatsanwaltschaften und die Möglichkeiten, dienstliche Weisungen zu erteilen, hinwies, was diesen Personenkreis letztlich faktisch zu einer Art Strafverfolger mache. Er referierte zunächst auf die sehr spärliche Rspr. zur Frage, ob dieser Personenkreis überhaupt als Sachverständige tätig werden kann. In einer frühen Entscheidung hat der BGH dies für Beamte des BKA verneint,²¹ seine Auffassung später aber geändert.²² Von der Meden lehnte diese neuer Rspr. entschieden ab und verwies auf die Notwendigkeit, zwischen Strafverfolgern und Sachverständigen strikt zu trennen. Er vertrat die Auffassung, dass Wirtschaftsreferenten prinzipiell wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden können, sofern sie mit den Dezernenten der Staatsanwaltschaft über weitere (neue) Ermittlungsansätze kommunizieren, eigenständige Ermittlungen in Bezug auf Anknüpfungstatsachen durchführen, z.B. Auskunftersuchen an Kreditinstitute richten, oder selbst bei Durchsuchungen mitwirken. Ablehnungsgründe sind seiner Meinung nach auch eigeninitiativ erfolgende Hinweise im Gutachten auf weitere Straftaten bzw. eigene (den Beschuldigten belastende) Rechtsausführungen.

IV. Die Strafbarkeit des Sanierungsberaters – Rechtsanwalt Dr. Rolf Leithaus, Köln

Leithaus erörterte anschließend Strafbarkeitsrisiken des Sanierungsberaters,²³ wobei er über sein eigentliches Thema

hinausgehend einen breiten Überblick zu den Insolvenzdelikten im engeren²⁴ und im weiteren²⁵ Sinn gab, sowie Ausführungen zur Informationsgewinnung der Ermittlungsbehörden (Stichwort: MiZi Nr. IX/2) sowie zu möglichen Nebenfolgen strafbaren Verhaltens (Stichwort: Inhabilität nach § 6 GmbHG)²⁶ machte. Sodann verwies er auf die Strafbarkeitsrisiken des Sanierungsberaters, der sowohl unter dem Aspekt der Anstiftung (§ 26 StGB) als auch der Beihilfe (§ 27 StGB) in den Fokus der Ermittlungsbehörden geraten kann. Gleiches gilt für Fälle, in denen der Berater als faktischer (Mit-)Geschäftsführer Leitlinien des von ihm unterstützen Unternehmens festlegt. Strafbare Verhalten kann verstärkt etwa, so Leithaus, im Zusammenhang mit Eigen- und Fremdkapitalmaßnahmen, bei Asset-Deals, und bei Verhandlungen mit Lieferanten, hier vor allem unter dem Aspekt des (Eingehungs-)Betruges (§ 263 StGB) entstehen. Der Referent mahnte in diesem Zusammenhang die sorgfältige Prüfung möglicher Tätigkeitsfelder, die umfassende Belehrung des Mandanten über etwaige Antragspflichten und die ständige nachvollziehbar dokumentierte Kontrolle aller Aktivitäten an, wobei etwaige strafrechtliche Gefahren stets Beachtung finden müssten. Abschließend erörterte Leithaus – auch insoweit über das eigentliche Thema hinaus – noch die Chance, Strafverfolgungsmaßnahmen durch Sitzverlegung ins Ausland zu vermeiden. Im Hinblick auf die Schwierigkeiten, das COMI im Einzelfall zu bestimmen, und dem Vorwurf des forum shopping zu entgehen, sah er die Möglichkeiten hier skeptisch.

V. Der Abschluss: Aktuelles zur Beitragsvorenthaltung (§ 266a StGB) – eine Podiumsdiskussion

Die Veranstaltung fand ihren Abschluss in einer von Christof Püschel (WisteV) pointiert moderierten Podiumsdiskussion zum Thema „§ 266a StGB in der Krise“.

¹⁶ BGH, Beschluss vom 27.01.2021 – StB 44/20, ZInsO 2021, 494 m. Anm. Weyand; vgl. weiter etwa Brand, GmbHR 2021, 448.

¹⁷ S. hierzu ausführlich Racky, NZI 2023, 319.

¹⁸ Allg. Meinung; s. etwa OLG Köln, Beschluss vom 16.10.2014 – III-2 Ws 396/14, ZInsO 2014, 2501; OLG Braunschweig, Beschluss vom 10.03.2016 – 1 Ws 56/16, ZInsO 2016, 1011. Krit aus Verteidigersicht etwa Köllner, NZI 2017, 277. Einschränkung indes LG Hamburg, Beschluss vom 19.06.2018 – 618 Qs 20/18, ZInsO 2019, 1316 mit zust. Anm. Köllner, NZI 2019, 138.

¹⁹ BGH, Beschluss vom 26.10.2021 – 4 StR 145/21, ZInsO 2021, 2740. S. zu der Problematik Weyand, ZInsO 2013, 865.

²⁰ S. zu dieser Frage bereits Lemme, wistra 2002, 281, sowie erschöpfend Bittmann, wistra 2011, 47. S. auch Wolf, ZWH 2012, 125, und Meding, Der Wirtschaftsreferent bei der Staatsanwaltschaft, 2012.

²¹ BGH, Urteil vom 11.01.1963 – 3 StR 52/62, NJW 1963, 821.

²² BGH, Urteil vom 10.04.1979 – 4 StR 127/79, NJW 1979, 2414; BGH, Beschluss vom 20.12.1983 – 5 StR 763/82, NStZ 1984, 215; BGH, Beschluss vom 02.07.1986 – 3 StR 87/86, wistra 1986, 257.

²³ S. dazu grundlegend Köllner/Cyrus, NZI 2016, 288.

²⁴ §§ 283 ff. StGB.

²⁵ Z.B. § 15a InsO, §§ 263, 266, 266a StGB.

²⁶ S. dazu Weyand, ZInsO 2022, 6.

Lutz Niemann, Leiter einer Wirtschaftsabteilung der StA Köln, wie eingangs darauf hin, dass im Fokus der Ermittlungen wegen derartiger Verstöße weniger die „Normalinsolvenzen“ stünden; vielmehr seien groß angelegte „Schwarzbeschäftigungen“, z.B. im Speditionsbereich oder im Baugewerbe, aus der Sicht der Staatsanwaltschaften wesentlich strafwürdiger und würden daher auch viel intensiver verfolgt. Er sah erhebliche praktische Umsetzungsprobleme im Hinblick auf die oft schwierige Zusammenarbeit der beteiligten Behörden (FKS der Zollverwaltung, Deutsche Rentenversicherung, Polizei), die an Verfahren oftmals unter verschiedenen Blickwinkel heranträten, weshalb hier strukturelle Änderungen wünschenswert seien.

Racky stimmte dem zu und zweifelte überdies die Strafwürdigkeit von Beitragsvorenthaltungen bei Kleinunternehmen an, die in der Praxis auch oft zur Verfahrenseinstellung nach Opportunitätsbestimmungen (§§ 153, 153a StPO), gegebenenfalls unter der Auflage der Schadenswiedergutmachung, führten. Sie rügte überdies die Unübersichtlichkeit der Ermittlungsberichte, zumal der Ausführungen der Deutschen Rentenversicherung, die oftmals eine Art black box lieferten, welche aus der Sicht der Verteidigerin keine nachvollziehbaren Ergebnisse enthalte.

Von der Meden wies auf die Möglichkeit hin, durch frühzeitige Vergleiche mit den Sozialversicherungsträgern und entsprechenden Ratenzahlungsvereinbarungen Strafmilderungen oder im Ermittlungsstadium sogar Teileinstellungen (§§ 154, 154a StPO) zu erreichen. Im Zusammenhang der bei Verstößen gegen § 266a StGB häufig angewandten Rechtsfigur der *omissio libera in causa*²⁷ ist aus seiner Sicht regelmäßig der subjektive Tatbestand der Strafnorm zu problematisieren.

Laroche, Leiter der Insolvenzabteilung des AG Köln, verteidigte die Praxis der Insolvenzverwalter, zuvor gezahlte Sozialversicherungsbeiträge im Wege der Anfechtung wieder

zur Masse zu ziehen. Er verwies insbesondere auf die im Vorfeld nicht abzuschätzenden Unwägbarkeiten des Ablaufs des Insolvenzverfahrens.²⁸ Er hielt die Strafbarkeitsdrohung insgesamt angesichts des Charakters der betroffenen Beiträge und auch der sich aus Zahlung bzw. Nichtzahlung für die betroffenen Arbeitnehmer ergebenden Konsequenzen für sachgerecht.

Leithaus stimmte dem zu und verwies überdies auf die Rspr., nach der gesellschaftsrechtliche Zahlungsverbote temporärer Rechtfertigungsgrund für die Nichtabführung von Arbeitnehmerbeiträgen sein können.²⁹

Abschließend waren alle Diskutanten übereinstimmend der Auffassung, dass die Praxis der Staatsanwaltschaften Beitragsvorenthaltungen im Zusammenhang mit Klein- und Mittelstandsunternehmen durchaus mit Augenmaß bearbeite; Zwangslagen, welche die Unternehmer bzw. Gesellschaftsorgane oft unter Druck setzen können, würden bei der Strafzumessung regelmäßig beachtet, weshalb es in vielen Fällen zu Einstellungen, oft gegen die Auflage, den entstandenen Schaden wiedergutzumachen, komme. Insgesamt ließen die Ermittler hier „die Kirche im Dorf.“

Bei Kölsch und Canapés konnten die Anwesenden danach noch die Ergebnisse der erfolgreichen Tagung diskutieren und vertiefen. Die Tradition des Kölner Insolvenzstrafrechtstags soll auch im Jahr 2024 fortgesetzt werden.

²⁷ S. dazu instruktiv LG Freiburg, Urteil vom 07.05.2019 – 4/17 8 Ns 81 Js 1825/13, ZInsO 2019, 1903 m. Anm. Brand, GmbHR 2020, 443.

²⁸ S. in diesem Zusammenhang noch Laroche, EWiR 2023, 280.

²⁹ BGH, Beschluss vom 30.07.2003 – 5 StR 221/03, ZInsO 2004, 39; hierzu Bittmann, wistra 2004, 327.