

Veranstaltungen und politische Diskussionen

Insolvenzstrafrecht

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

Tagungsbericht zum 5. Kölner Insolvenzstrafrechtstag am 17.05.2018

Als gemeinsame Veranstaltung des Arbeitskreises „Insolvenzstrafrecht“ der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung (WisteV), der ZInsO, des Deutschen Instituts für angewandtes Insolvenzrecht e.V. (DIAI) und des Kölner Anwaltvereins e.V. fand am 17.05.2018 im Hotel „Mondial am Dom“ der mittlerweile 5. Kölner Insolvenzstrafrechtstag statt. Im Fokus der Darstellungen standen Grundfragen des Insolvenzstrafrechts und dessen allgemeine Legitimität. Mehr als 80 Interessierte wurden durch das abwechslungsreiche Tagungsangebot, das auch viel Raum für Fragen und Diskussionen bot, in ihren hohen Erwartungen nicht enttäuscht.

I. Insolvenz(straf)recht in der 19. Legislaturperiode- Ministerialdirektorin *Marie-Luise Graf-Schlicker*, BMJV, Berlin

Nach der Begrüßung durch den Sprecher des WisteV-Arbeitskreis „Insolvenzstrafrechts“, Rechtsanwalt *Christof Püschel*, sowie durch Rechtsanwalt *Jörg Gollnick* vom Kölner Anwaltverein sowie einer kurzen Einführung durch den WisteV-Vorstandssprecher LOStA *Folker Bittmann* eröffnete traditionell die Leiterin der Abteilung Rechtspflege im BMJV, Frau MinDir *Graf-Schlicker* die Veranstaltung mit einem ausführlichen Referat, das sich mit aktuellen und kurzfristig noch in dieser Legislaturperiode geplanten gesetzgeberischen Aktivitäten im Bereich des materiellen Insolvenz- und des Wirtschafts- und Insolvenzstrafrechts befasste.

Die Referentin hob die Bedeutung dieses Rechtsgebiets hervor, das im Vertrag der Großen Koalition vielfach angesprochen wird. Schwerpunkte sind hier vor allem die zur Stärkung des gemeinsamen Wirtschaftsraums angestrebte Harmonisierung des Insolvenzrechts in Frankreich und Deutschland, die Reform der Insolvenzantragspflicht, deren allgemeine Strafbewehrung auf dem Prüfstand steht, und die für die kommenden drei bis fünf Jahre projektierte Digitalisierung des Insolvenzverfahrens.

Auf EU-Ebene steht zudem die in Planung befindliche Restrukturierungsrichtlinie im Fokus der Betrachtungen. Hier sei, so *Graf-Schlicker*, insbesondere die Sicherung der Bedürfnisse und Interessen von Arbeitnehmern sowie der Schutz von kleinen und mittleren Unternehmen zu gewährleisten. Auch Fragen der Informationsgleichheit der Beteiligten sowie der Verfahrenskosten sind dabei zu diskutieren. Die Integrität von Gerichten, die – anders als nach ursprünglichen Überlegungen – an der Restrukturierung beteiligt werden sollen, und von (unabhängigen) Verwaltern sowie die Transparenz des Verfahrens müssen aus der Sicht Deutschlands sichergestellt sein. Die Referentin verwies in diesem Zusammenhang auf den langsamen Fortgang der Verhandlungen, die auch weiterhin verschiedene – noch nicht zufriedenstellend gelöste – Probleme zum Gegenstand haben: So soll gewährleistet bleiben, dass Gläubiger auch im Restrukturierungsverfahren nur die unumgänglichen Verluste erleiden, einzelne Gläubigergruppen nicht bevorzugt werden, und keine Fakten geschaffen werden, die auf ein sich möglicherweise anschließendes Insolvenzverfahren durchschlagen. Einen genauen Zeitplan vermochte *Graf-Schlicker* nicht zu nennen; man sei indes „auf der Zielgraden“, wobei den EU-Staaten bei der Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben jedenfalls deutliche Freiräume eröffnet werden sollen.

Graf-Schlicker verwies überdies auf zwei wichtige weitere Vorhaben, die noch in dieser Legislaturperiode angegangen werden sollen: zum einen die Schaffung eines eigenständigen Unternehmensstrafrechts, zum anderen weitergehende Regelungen zu Internal Investigations.

Die Referentin hob in Bezug auf die augenblicklich intensiv diskutierten¹ Unternehmenssanktionen die Notwendigkeit hervor, ein eigenständiges Verbandsstrafrecht zu schaffen. So sollen Zuwiderhandlungen auch auf Unternehmensebene angemessen verfolgt und sanktioniert werden können. Die erstrebte Neuregelung wird nach den aktuellen Vorstellungen, anders als das momentan im Unternehmensbereich allein anwendbare und vom Opportunitätsprinzip geprägte OWiG, einen Verfolgungszwang verankern, wobei sich die von konkreten Zumessungsregeln flankierten Sanktionen an der Wirtschaftskraft des jeweiligen Unternehmens orientieren sollen. Als Höchstgrenze ist hier ein Betrag von 10 % des Gesamtumsatzes in der Diskussion. Ungeklärt ist bislang vor allem die Frage, wie unternehmensbezogene Straftaten von Personen geahndet werden sollen, die nicht zur Leistungsebene zählen; hier wird zu erwägen sein, wie man auf mögliche Aufsichtspflichtverletzungen reagieren soll. Nicht gelöst ist auch die Frage der Verfahrenszuständigkeiten, insbesondere die Beteiligung des Bundeskartellamtes.

Internal Investigations beschäftigen mittlerweile nicht nur Großunternehmen. Auch kleine und mittlere Betriebe sehen sich zunehmend dieser Problematik gegenüber, die ihren Auslöser insbesondere im Zusammenhang mit Fragen der Geldwäsche und der Korruption, immer häufiger aber auch bei möglichen Verstößen gegen das WpHG (Stichwort: Insiderhandel), findet. Hier stoßen häufig widerstreitende Interessen aufeinander: Zum einen wollen Unternehmen naturgemäß Rufschädigungen und negative wirtschaftliche Auswirkungen vermeiden, zum anderen müssen die relevanten Sachverhalte aber aufgeklärt und gegebenenfalls einer Verfolgung durch staatliche Stellen zugeführt werden. Unsicherheiten gebe es im Moment, so *Graf-Schlicker*, vor allem bei der adäquaten Behandlung von Arbeitnehmerrechten und –pflichten, die arbeits- und

¹ S. jüngst etwa den Beitrag von *Henssler/Hoven/Kubiciel/Weigend*, NZWiSt 2018, 1, zum Kölner Entwurf eines Verbandsstrafgesetzes.

strafrechtlich durchaus unterschiedlich ausfallen. Auch ist das Verhältnis zwischen interner Sachverhaltsaufklärung und staatlicher Straftatenermittlung noch nicht richtig geklärt.

II. Probleme bei Feststellung von Zahlungsunfähigkeit im Strafverfahren – Prof. Dr. *Martin Waßmer*, Köln

Waßmer, Strafrechtlehrer aus Köln, analysierte umfassend die Frage, wie der für die Praxis besonders bedeutsame² Insolvenzantragsgrund der Zahlungsunfähigkeit³ (§ 17 InsO) für strafrechtliche Zwecke festgestellt werden kann.

Mit der Rspr. des BGH⁴ geht der Referent davon aus, dass für die Zahlungsunfähigkeit – und auch für die drohende Zahlungsunfähigkeit – der Grundsatz der Insolvenzrechtsakzessorietät des Strafrechts gilt, mithin für beide Bereiche keine unterschiedlichen Kriterien zu beachten sind. Die Zahlungsunfähigkeit ist – wie zuvor unter Geltung der KO – auch nach dem aktuellen Insolvenzrecht von der bloßen Zahlungsstockung zeitlich, quantitativ und qualitativ abzugrenzen:⁵ Zahlungsstockungen sind vorübergehend, die Zahlungsunfähigkeit ist aber dauerhaft, wobei ganz geringfügige Liquiditätslücken außer Betracht bleiben müssen, und außerdem der Wille des Gläubigers erkennbar sein muss, vom Schuldner tatsächlich eine Zahlung zu verlangen.

Von Dauer in diesem Sinne ist die Liquiditätslücke bereits nach Ablauf von 3 Wochen,⁶ einen wesentlichen Teil betrifft sie schon dann, wenn die Lücke mindestens 10% beträgt.⁷ Nur solche Verbindlichkeiten sind bei der Beurteilung zu berücksichtigen, deren Erfüllung ernsthaft eingefordert wird.⁸ Aus Sicht des Strafrechts ist stets nachzuweisen, dass die drei Elemente der Dauerhaftigkeit, der Wesentlichkeit und des ernsthaften Einforderns vorliegen. Zu dieser Feststellung ist die wirtschaftskriminalistische Methode nach Meinung des Referenten – anders als nach der Rspr.⁹, welche stets die Gleichrangigkeit beider Beurteilungsgrundlagen hervorhebt¹⁰ – nur in ganz eindeutigen Fällen geeignet. In den übrigen Fällen gibt *Waßmer* der betriebswirtschaftlich-mathematischen Methode¹¹ den Vorrang.

Bei der drohenden Zahlungsunfähigkeit¹² (§ 18 InsO) umfasst der Prognosezeitraum nach Meinung des Referenten das laufende und das kommende Geschäftsjahr,¹³ wobei auch die aller Voraussicht nach zukünftig begründeten Verbindlichkeiten einzubeziehen sind. Die Zahlungsunfähigkeit droht insolvenzrechtlich zwar bereits dann, wenn ihr Eintritt wahrscheinlicher ist als ihre Vermeidung. Aus der Perspektive des Strafrechts ist aber nach Auffassung *Waßmers* zusätzlich zu verlangen, dass sich der Grad der Wahrscheinlichkeit an der Länge des Prognosezeitraums orientiert. In ganz eindeutigen Fällen kann die Feststellung wiederum mittels der wirtschaftskriminalistischen Methode erfolgen. Im Übrigen will der Referent auch hier die betriebswirtschaftlich-mathematische Methode bevorzugt heranziehen.

III. Strafrechtliche Risiken von Beratern und Sanierungsgeschäftsführern in der Krise – OStA *Raimund Weyand*, St. Ingbert

Ausgehend von der Prämisse der Rspr., nach deren Einschätzung Beratung der Disposition des Geschäftsherrn unterliegt,¹⁴ und daher nicht nur erlaubt, sondern geradezu geboten ist¹⁵, analysierte der Vortrag die Frage der strafrechtlichen Haftung von (Sanierungs-)beratern.¹⁶

² S. z.B. *C. Brand*, ZInsO 2018, 689.

³ S. hierzu umfassend *M. Brand*, in: Bittmann, Praxishandbuch Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 8 Rn. 5 ff. Das erweiterte Manuskript des Vortrages ist zwischenzeitlich veröffentlicht, vgl. ZInsO 2018, 1485.

⁴ S. etwa BGH, Beschluss vom 23.05.2007 – 1 StR 88/07, wistra 2007, 386 m. Anm. *Wegner*; BGH, Beschluss vom 13.02.2014 – 1 StR 336/13, ZInsO 2014, 101058; s. auch *Natale/Bader*, wistra 2008, 413, sowie ausführlich *Richter*, in: Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2015, § 75 Rn. 49 ff.

⁵ Grundlegend BGH, Urteil vom 24.5.2005 – IX ZR 123/04, ZInsO 2005, 807. S. ferner BGH, Urteil vom 19.4.2007 – 5 StR 506/06, wistra 2007, 308

⁶ *M. Brand* (Fn. 3), Rn. 7 m.w.N. Differenzierend jedoch *Harz/Baumgartner/Conrad*, ZInsO 2005, 1304, 1307.

⁷ BGH, Urteil vom 24.05.2005 – IX ZR 123/04, ZInsO 2005, 807.

⁸ BGH, Beschluss vom 19.07.2007 – IX ZB 36/07, ZInsO 2007, 939.

⁹ S. etwa BGH, Beschluss vom 11.08.2016 – 1 StR 63/16, wistra 2017, 30.

¹⁰ S. hierzu auch BGH, Beschluss vom 21.08.2013 – 1 StR 665/12, ZInsO 2013, 2107 m. Anm. *Richter*, NZWiSt 2014, 34, und Anm. *Kudlich*, NZSt 2014, 109.

¹¹ S. dazu etwa *Harz/Comtesse*, ZInsO 2015, 2050, 2055 f.

¹² S. hierzu ausführlich *M. Brand* (Fn. 3), Rn. 17 ff. m.w.N.

¹³ Zur sehr strittigen Frage, wie der Prognosezeitraum zu bemessen ist, s. *M. Brand* (Fn. 3), Rn. 19 m.w.N.

¹⁴ BGH, Urteil vom 18.06.2013 – II ZR 86/11, ZInsO 2013, 1753.

¹⁵ S. etwa BGH, Urteil vom 14.5.2007 – II ZR 48/06, ZInsO 2007, 660; bestätigt durch BGH, Urteil vom 20.09.2011 – II ZR 234/09, ZIP 2011, 2097

¹⁶ Zur zivilrechtlichen Seite s. etwa *Ehlers*, ZInsO 2013, 105.

Der Berater – sowohl als Krisen- als auch als Sanierungsberater bzw. als Chief Restructuring Officer (CRO) – geht hiernach stets einer strafrechtlich gefahrgeneigten Arbeit nach.¹⁷ Er muss – sei es als langjähriger Steuerberater oder Rechtsbeistand, sei es als aktuell hinzugezogener externer Fachmann – darauf achten, stets seine professionelle Distanz zu dem Mandanten zu wahren. Verliert er diesen Abstand, drohen strafrechtliche Vorwürfe im Hinblick auf Teilnahmehandlungen¹⁸ an den Taten des Unternehmers bzw. Gesellschaftsorgans in der Form von Anstiftung (§ 26 StGB) bzw. Beihilfe (§ 27 StGB), aber auch bezüglich eigenen täterschaftlichen Handelns.¹⁹ Dies gilt vor allem dann, wenn er sich aktiv an Verhandlungen mit Geschäftspartnern und anderen Gläubigern beteiligt. Bloßes „Dabeisein“ bei derartigen Besprechungen sind demhingegen strafrechtlich nicht relevant,²⁰ desgleichen die reine Mandatsfortführung²¹ oder das bloße Erteilen von Rechtsrat oder Erstellen von Rechtsgutachten.²²

Übernimmt der Berater die Stellung eines faktischen Gesellschaftsorgans,²³ ist die Schwelle zu strafbarem Verhalten indes besonders schnell überschritten. Dies gilt vor allem, wenn die Wandlung vom bloßen Berater über Aufgabenverlagerungen bis hin zum Entscheidungsträger schleichend erfolgt. Unabhängig davon finden auf den externen Berater natürlich stets die Normen des allgemeinen Strafrechts Anwendung, namentlich der Betrug (§ 263 StGB), die Untreue (§ 266 StGB) und der Bankrott (§ 283 StGB).²⁴

IV. Insolvenzstrafrecht – Stigmatisierung von Pionieren? – Podiumsdiskussion

Die Veranstaltung fand ihren Abschluss in einer von *Bittmann* moderierten Podiumsdiskussion, an der neben *Graf-Schlicker*, *Püschel* und *Waßmer* auch RiAG *Dr. Peter Laroche* sowie OStA (HAL) a.D. *Dr. Hans Richter* teilnahmen.

Ausgehend von den Betrachtungen von *Richter*,²⁵ der die Einleitungs- und Verfolgungspraxis der StA Stuttgart im Bereich der Insolvenzstraftaten umfassend dargestellt hat, wurde die Frage diskutiert, ob das Insolvenzstrafrecht unverzichtbar zum Schutz des Wirtschaftslebens, zumal der Kreditwirtschaft, sei, oder aber wirtschaftliches Scheitern in vermeidbarer Weise bestraft.

Laroche konstatierte aus der Sicht des Insolvenzrichters, dass gerade die strafbewehrte Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO) durchaus Wirkung zeige; Eigenanträge würden vielfach gestellt, um strafrechtliche Konsequenzen zu vermeiden bzw. nicht weiter zu vertiefen.

Graf-Schlicker hob hervor, dass gerade die Furcht vor Kontrollverlust bzw. einer vermeintlichen „Malträtierung“ des Schuldners durch Insolvenzverwalter bzw. Gericht Gründe für verspätete Antragstellungen darstellten. Sie hegte Zweifel, ob die gesetzliche Strafdrohung, die nur als *ultima ratio* anzusehen sei, tatsächlich sinnvoll und wirksam ist. Jedenfalls sollten positive Anreize für die Schuldner geschaffen werden, etwa in Form von erfolgreichen Restrukturierungsmechanismen.

Richter betonte demgegenüber die aus seiner Position unverzichtbare Strafdrohung, zumal auch im Zusammenhang mit den Vorschriften zur Rechnungslegung: Nur durch diese gesetzlichen Grenzen sei der Schutz der Gläubiger hinreichend gewährleistet.

Püschel äußerte im Anschluss aus der Sicht des Verteidigers erhebliche Zweifel an der Praxistauglichkeit des Insolvenzstrafrechts. Er forderte eine Entkriminalisierung mit Augenmaß. Hierzu sollte die Abschaffung der Fahrlässigkeitsdelikte, welche keinen echten Gläubigerschutz gewährleisten, ebenso in Betracht gezogen werden wie die Ausgestaltung des § 15a InsO als Antragsdelikt²⁶ sowie die Streichung der drohenden Zahlungsunfähigkeit als Tatbestandsmerkmal in den §§ 283 ff. StGB. Außerdem plädierte er dafür, die Überwindung der Unternehmenskrise für den Schuldner *de lege ferenda* als persönlichen Strafaufhebungsgrund zu werten.

¹⁷ S. ausführlich hierzu *Trück*, in *Bittmann* (Fn. 3), § 29 passim.

¹⁸ *Trück* (Fn. 17), Rn. 10 ff.

¹⁹ *Trück* (Fn. 17), Rn. 5 ff.

²⁰ BGH, Beschl. v. 20.12.1995 - 5 StR 412/95, wistra 1996, 184.

²¹ OLG Köln, Beschluss vom 3.12.2010 - 1 Ws 196/10 - 128, ZInsO 2011, 288.

²² „Das Bewusstsein und der Wille eines Rechtsanwalts sind bei Erteilung eines Rechtsrats darauf gerichtet, pflichtgemäß Rat zu erteilen, und nicht darauf, eine Straftat zu fördern“ – so explizit der BGH, Beschluss vom 21.08.1992 - 2 ARs 346/92, wistra 1993, 17. S. in diesem Zusammenhang auch *Bittmann*, wistra 2012, 173.

²³ Grundlegend BGH, Urteil vom 18.12.2014 - 4 StR 323/14, 4 StR 324/14, ZInsO 2015, 196. S. zu dieser Rechtsfigur ausführlich *Weyand*, ZInsO 2015, 1773.

²⁴ S. dazu weiter *Trück* (Fn. 17), Rn. 21 ff.

²⁵ *Richter*, ZInsO 2017, 2298.

²⁶ S. dazu auch *Niering*, ZInsO 2017, 937

Waßmer verwies auf die flächendeckend geringe Deckungsquote bei Insolvenzverfahren von circa 2 % der Gläubigerforderungen, was nach seiner Meinung zeigt, dass das Insolvenzrecht nicht wirksam funktioniert. In diesem Zusammenhang betonte er die Bedeutung des Insolvenzstrafrechts als Lenkungsinstrument, das jedenfalls auf unredliche Schuldner angewandt werden müsse. Andererseits mahnte er auch wirksame (frühe) Sanierungsmöglichkeiten und –bemühungen an.

Zu den von *Hirte* vorgeschlagenen Reformen bei der Insolvenzantragspflicht²⁷ (Stichwort: „Wel-penschutz“) nahmen die Diskutanten sehr differenziert Stellung.

Graf-Schlicker schätzte die Anregungen eher skeptisch ein und verwies zudem darauf, dass eine parlamentarische Beratung der Initiative bislang nicht stattgefunden habe.

Laroche votierte für einen „Weg zurück“ aus der Strafbarkeit. Er verwies auf die Konsequenzen der Neuregelung in § 15a Abs. 4 und Abs. 6 i.V.m. § 13 Abs. 4 InsO: Seit dem die Insolvenzgerichte Schuldner auf Unzulänglichkeiten im Eröffnungsantrag – und die möglichen strafrechtlichen Folgen – hinweisen, seien bei den Anträgen verstärkt Korrekturen und Ergänzungen festzustellen; die Gesetzesänderung habe bei den Insolvenzgerichten zu positiven Erfahrungen geführt.

Püschel verwies auf die Rspr. des BVerfG, nach der bloß formale Verstöße gegen Gesetzesvorgaben schon aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nicht strafwürdig seien.²⁸ Aus diesem Grund sei jedenfalls eine „Entschlackung“ des Insolvenzstrafrechts geboten.

Richter brachte in diesem Zusammenhang ebenfalls den Wunsch zur Sprache, dem Schuldner einen Weg zurück in die Legalität zu ermöglichen. Er machte aber Zweifel an der (vollständig) strafbefreienden Wirkung späterer Korrekturen, in Form einer Art Selbstanzeige deutlich.

Waßmer wertete zum Abschluss eine (teilweise) Entkriminalisierung dieses Deliktsfeldes als begrüßenswert. Insbesondere schloss er sich der Forderung an, die strafbewehrte Insolvenzantragspflicht als Antragsdelikt auszugestalten.

V. Fazit und Ausblick

Nach den einzelnen Vorträgen und auch im Anschluss an die Podiumsdiskussion ergaben sich umfangreiche – zum Teil auch kontroverse – Diskussionen zwischen den Anwesenden. Die Gespräche wurden anschließend traditionell bei Fingerfood und Kölsch bis in die Abendstunden fortgesetzt.

Die diesjährigen Organisatoren laden schon jetzt ein zum 6. Kölner Insolvenzstrafrechtstag, der – voraussichtlich – im Mai 2019 stattfinden wird. Ein gleichfalls interessantes und abwechslungsreiches aktuelles Programm ist auch bei dieser Veranstaltung zu erwarten.

²⁷ *Hirte*, ZInsO 2017, 926.

²⁸ S. etwa BVerfG, Beschluss vom 9.3.1994 – 2 BvL 43/92, NJW 1994, 1577.