

### These 3

Auch die Pflicht zur frühzeitigen Antragstellung muss durch das Strafrecht gesichert werden.

### These 4

Die strafrechtliche Handlungspflicht muss klar normiert sein. Ist sie nur komplex zu beschreiben, muss strafbefreiende Ergänzung möglich sein.

Diese Thesen will ich, mein Unterthema aufgreifend, in folgender Conclusio zusammenfassen:

Insolvenzstrafrecht ist zum Schutz der Kreditwirtschaft unverzichtbar! Unklare Regelungen sind immer »überflüssig« und »schädlich«! Klares (konsequent angewandtes) Strafrecht ist Grundlage erfolgreicher Sanierung und damit notwendiger Steuerungsmechanismus einer Marktwirtschaft!

Dr. Sohre Tschakert

## DAS INSOLVENZSTRAFRECHT

### I. EINLEITUNG / THEMENEINGRENZUNG

Zweifel an der Legitimität des Insolvenzstrafrechts überhaupt oder auch an seiner Ausgestaltung sind in der Vergangenheit immer wieder unter verschiedenen Aspekten erhoben worden. So wird unter anderem eingewandt, dass sich das Insolvenzstrafrecht in der geltenden Fassung als Sanierungshindernis auswirke oder, dass die Gläubiger doch schon ausreichend über Eigentums- und Vermögensdelikte vor schädigenden Handlungen der Schuldner geschützt sind oder auch, dass die vom Schuldner bereits durch die Insolvenz befürchtete Stigmatisierung durch das Strafrecht unzulässig erhöht werde.

Ist dies tatsächlich der Fall? Stellt sich das Insolvenzstrafrecht in der geltenden Fassung tatsächlich als ein Sanierungshindernis dar? Oder ist es als erforderliche »ultima ratio« zur Sicherung der mit dem Insolvenzverfahren verbundenen Ziele anzusehen?

### II. STRAFRECHT ALS ULTIMA RATIO

Ausgangspunkt meiner Überlegungen ist die Tatsache, dass das Strafrecht – und damit auch das Insolvenzstrafrecht in seiner jeweiligen Ausgestaltung – als »ultima ratio« des Rechtsgüterschutzes eingesetzt wird, d.h. dann, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich ist, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist. So das Bundesverfassungsgericht.

Nimmt man diesen Satz, wonach Strafrecht nur als »letztes Mittel des Schutzes des jeweiligen Rechtsgutes« legitim sein kann ernst und versteht man ihn als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips, so sind jedenfalls solche Strafgesetze verfassungswidrig, die auf einer nicht

nachvollziehbaren Mittel-Zweck-Spekulation beruhen. Es sollte eigentlich nur eingesetzt werden, wenn andere staatliche Eingriffsmechanismen – wie hier vor allem das Insolvenzrecht, Gesellschafts- und Handelsrecht und Zivilrecht – versagen.

D.h. dass Lösungen zur Bewältigung der hier anstehenden Aufgaben

- Insolvenzen zu vermeiden
  - bei materieller Insolvenz möglichst Sanierung anzustreben und
  - nicht sanierungsfähige Unternehmen vom Markt zu nehmen
- immer im jeweiligen Sachrecht zu etablieren sind.

### III. RECHTSGUT DES INSOLVENZVERFAHREN

Für die Antwort, was das zu schützende Rechtsgut im Bereich des Insolvenzrechts ist, kann u.a. auf § 1 InsO zurückgegriffen werden: Danach dient das Insolvenzverfahren dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt oder in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung, insbesondere zum Erhalt des Unternehmens, getroffen wird. Dem redlichen Schuldner wird Gelegenheit gegeben, sich von seinen Verbindlichkeiten zu befreien.

Das Insolvenzverfahren dient damit in erster Linie der gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger eines insolventen Schuldners, wobei gemeinschaftliche Gläubigerbefriedigung indes schon nicht zwingend gleichmäßige Befriedigung bedeutet. So sind in der Insolvenzordnung mit den aussonderungsberechtigten und absonderungsberechtigten und nachrangigen Insolvenzgläubigern Ausnahmen geregelt.

Weitere Ziele, die sich aus dem Wortlaut ableiten lassen, sind der Erhalt und die Sanierung des Unternehmens sowie die Restschuldbefreiung des redlichen Schuldners.

Zu den Zielen gehört aber auch der Schutz der Funktionsfähigkeit der Kreditwirtschaft bzw. weiter noch der Schutz der Gesamtwirtschaft.

Auch diese weiteren Ziele lassen sich aus dem Zweck, der dem System »Insolvenzverfahren« zu Grunde liegt, ableiten. Danach ist die »bestmögliche Gläubigerbefriedigung nicht nicht nur als Quotenmaxi-

mierung anzusehen«. Vielmehr ist eine Zeitraumbetrachtung anzulegen, also eine Betrachtung der Insolvenzeffekte jenseits der Quote, z.B. der Erhalt des »Kunden« für Lieferanten, Vermieter und Fiskus und die Sicherung von Arbeitsplätzen. Hier mag ein Unternehmenserhalt – der ausdrücklich als Ziel genannt ist – bessere Ergebnisse liefern; dies ist dann aber nicht Betrachtungsweise des auf einen Zeitpunkt (nämlich den der Verteilung der Masse) beschränkten Insolvenzverfahrens, sondern eine zulässige gesamtwirtschaftliche Betrachtung.

### IV. ERFORDERLICHKEIT DES RECHTSGÜTERSCHUTZES DURCH DAS INSOLVENZSTRAFRECHT

#### 1. Entwicklungen der Insolvenzen / Fakten zur Insolvenz

Um festzustellen, ob das Strafrecht als »ultima ratio« erforderlich sein kann, ist es erforderlich, sich mit der Entwicklung der Insolvenzen, der durch sie verursachten Schäden, der Befriedigungsquote im Insolvenzverfahren, der Gründe für eine Insolvenz und auch anderer Fakten vertraut zu machen.

Betrachtet man die Zahlen der Insolvenzverfahren der Unternehmen einschließlich der Einzelunternehmer und freien Berufe, so lässt sich in den vergangenen Jahren ein leichter Rückgang der Insolvenzen feststellen. So gab es 2013 25.995 Insolvenzen und 2016 21.789 Insolvenzen. Auffällig ist aber, dass sich der prozentuale Anteil an nicht eröffneten Verfahren kaum verändert hat, der Anteil beträgt ca. 24 Prozent der Verfahren.

Festgestellt werden kann, dass die Volkswirtschaft durch diese Verschleppung von Insolvenzen und Folgeinsolvenzen unmittelbare Schäden in zweistelliger Milliardenhöhe erleidet und mehrere hunderttausende Arbeitsplätze verliert.

Festgestellt werden kann ferner, dass bei Insolvenzverfahren von Unternehmen in Deutschland (ohne Bremen), die im Jahr 2010 eröffnet und bis Ende des Jahres 2014 beendet wurden, Gläubiger durchschnittlich fünf Prozent ihrer Forderungen zurück erhielten. Diese Deckungsquote ergibt sich als Anteil des zur Verteilung verfügbaren Betrages an den quotenberechtigten Forderungen der Gläubiger. Die Verluste der Gläubiger betragen damit 3,6 Milliarden Euro.

Festzustellen ist ferner, dass – nach einer Untersuchung von *Kirstein* im Jahre 2006 – von 326 GmbH-Insolvenzverfahren die materielle Insolvenzreife im Durchschnitt rund zehn Monate vor dem Insolvenzantrag eingetreten ist. Auch eine Befragung von Insolvenzverwaltern zum Zeitpunkt der Antragstellung für die Jahre 2006 im Vergleich zu 2009 ergab, dass

- nur fünf bzw. neun Prozent der Anträge zum frühestmöglichen Zeitpunkt gestellt waren,
- nur 23 bzw. 25 Prozent der Insolvenzanträge nach einer gerade noch zu vertretenden Wartezeit gestellt wurden und
- 72 bzw. 66 Prozent der Anträge zu spät gestellt wurden. Auffällig dabei war, dass Inhabergeführte und kleinere Unternehmen signifikant häufiger verspätet Anträge gestellt haben.

Festzustellen ist ferner, dass auch bei Nichtantragspflichtigen gewerblich Tätigen die Frist bis zur Stellung eines Insolvenzantrages lange Zeit nach dem Eintritt der materiellen Insolvenz liegt und auch in diesem Bereich nicht unerhebliche Schäden entstehen.

## 2. Gründe für eine Insolvenz

Die wesentlichen Gründe für eine Insolvenz können dann wie folgt festgehalten werden:

- Managementfehler in der Geschäftsführung (wie Zerwürfnisse der Geschäftsleitung, hohe Privatentnahmen);
- Fehlende Liquidität, hohe Verbindlichkeiten, Finanzierungslücken;
- Starke Marktabhängigkeit (schwankungsanfälliges, kurzlebige Produkt, Konkurrenz zum Internet);
- Investitionsfehler;
- fehlende betriebswirtschaftlichen Kenntnisse;
- unzureichendes Debitorenmanagement;
- fehlendes Controlling, keine Kostenkalkulation;
- fehlende Transparenz und Kommunikation;
- Zahlungsmoral und -fähigkeit der Kunden;
- von der Rechtsform abhängige zu geringe Ausstattung mit Eigenkapital (so kann die Unternehmensgesellschaft mit einem Mindestkapital von einem Euro gegründet werden).

## 3. Gegenstand des Insolvenzstrafrechts

Im Weiteren werde ich mich bei meinen Ausführungen auf die Frage beschränken, ob die zum Insolvenzstrafrecht im engeren Sinne zählende Insolvenzverschleppung des § 15a InsO und der Bankrott nach § 283 StGB als ultima ratio erforderlich sind. (Die §§ 283 a- c StGB und die zum Insolvenzstrafrecht im weiteren Sinne gehörenden, eine Insolvenz häufig begleitende Tatbestände des Vorenthalts von Arbeitsentgelt § 266a StGB, der Untreue § 266 StGB und des Betruges § 263 StGB, sind nicht Gegenstand der Betrachtung)

## 4. Erfordernis der Strafbarkeit der Verletzung der Insolvenzantragspflicht (§ 15 a InsO)

Zunächst zur Strafbarkeit der Verletzung der Insolvenzantragspflicht.

### a. Inhalt von § 15 a InsO Insolvenzantragspflicht

Die Insolvenzantragspflicht selbst ist seit 2008 für alle haftungsbeschränkten Unternehmensformen in § 15 a Abs. 1 - 3 InsO geregelt.

Nach § 15 Abs. 1 S. 1 InsO haben die Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Abwickler einer juristischen Person die zahlungsunfähig wird oder überschuldet ist, ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung einen Insolvenzantrag zu stellen.

### aa. *Schutzzweck der Insolvenzantragspflicht*

Den Schutzzweck der Insolvenzantragspflicht hat der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung dabei wie folgt formuliert:

Sinn und Zweck der Insolvenzantragspflicht ist ein insolvenzrechtlicher. Bezweckt wird durch die Antragspflicht die rechtzeitige Einleitung des Insolvenzverfahrens und damit der Schutz sowohl der Altgläubiger vor weiterer Verringerung der Haftungsmasse als auch der Neugläubiger vor Vertragsabschluss mit notleidenden Gesellschaften. Die Gesellschaftsgläubiger sollen dadurch geschützt werden, dass das Gesellschaftsvermögen weggegeben wird und die den Gläubigern zur Verfügung stehende Masse geschmälert wird.

Mithin ist der Schutzzweck der Insolvenzantragspflicht weit gefasst und deckt sich mit dem oben zu § 1 InsO gesagten.

#### bb. *Bedeutung eines rechtzeitigen Antrages aus Sicht des Insolvenzverfahrens*

Unter insolvenzrechtlern besteht Einigkeit, dass vor allem einer möglichst frühzeitigen Antragstellung – neben der Redlichkeit der Akteure – für das Gelingen einer Sanierung oder Fortführung eines insolventen Schuldners eine zentrale Rolle zukommt.

Der Gesetzgeber hat deshalb auch mit Einführung der Insolvenzordnung für den Schuldner die Möglichkeit geschaffen, bereits bei drohenden Zahlungsunfähigkeit – mithin sehr früh – die Insolvenz zu beantragen. 2012 wurde dann für den Schuldner – mit Ausnahme der Verbraucher – die Möglichkeit geschaffen, bei drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung die Eigenverwaltung zu beantragen und das sog. Schutzschirmverfahren als Sanierungsverfahren in Anspruch zu nehmen, wenn die Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist.

Je frühzeitiger der Antrag gestellt wird, desto frühzeitiger kann auch das Insolvenzgericht Maßnahmen zur Massesicherung, vor weiteren Gläubigerschädigungen, zum Erhalt des Unternehmens und dessen Sanierung ergreifen. Es kann u.a. Sicherungsmaßnahmen anordnen, wie die Bestellung eines vorläufigen Verwalters, dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegen oder Maßnahmen der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner untersagen, mit den Beteiligten im Hinblick auf eine Sanierung kommunizieren und insoweit Maßnahmen mitgestalten. Aber auch die Eröffnung des Verfahrens kann früher erfolgen.

Auch eine Befragung von Insolvenzverwaltern ergab, dass positive Auswirkungen eines frühzeitigen Insolvenzantrags mit deutlichen Vorteilen für den Verlauf des Verfahrens auf allen Ebenen festzustellen sind:

- Die Chancen, das Unternehmen zu sanieren und wieder gesund zu machen, steige.
- Es sei noch mehr Masse vorhanden, der Handlungsspielraum werde größer.
- Es gäbe mehr Möglichkeiten, eine Liquiditätsverbesserung zu erreichen.
- Wichtige Kunden und Lieferanten würden durch frühzeitige Beteiligung motiviert, das Unternehmen mit zu stützen.
- Die Motivation der Mitarbeiter an der Sanierung mitzuwirken

- seien größer, Arbeitsplätze könnten vermehrt erhalten bleiben.
- Die Geschäftsführung bekäme Anregungen für Aktivitäten, an die sie vielleicht noch nie gedacht habe.

#### cc. *Gründe für verspätete Antragstellung*

Was sind dann aber die Gründe für keine bzw. eine verspätete Antragstellung? Einer Umfrage zufolge spielen rationale Gründe eher selten eine Rolle. Die Gründe lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Gedanken wie: Wird schon irgendwie aufwärts gehen (»ich war ja in der Vergangenheit auch erfolgreich«);
- Angst vor Bloßstellung im Bekanntenkreis und der Branche;
- Befürchtung die Existenzgrundlage oder soziale Stellung zu verlieren;
- Fehleinschätzungen der eigenen Situation/die Situation wird unzutreffend zu lange nicht als tatsächliche Krise wahrhaben gewollt;
- Furcht, den rechtzeitigen Zeitpunkt für die Antragstellung schon verpasst zu haben;
- kein Vertrauen in das Insolvenzverfahren.

#### b. *Strafnorm § 15 a Abs. 4 und 5 InsO*

Die Strafbarkeit der Verletzung der Insolvenzantragspflicht ist in § 15 a Abs. 4 bzw. 5 InsO geregelt.<sup>1</sup> Danach wird bestraft, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen Absatz 1 Satz 1, Abs. 2 und 3 der Vorschrift einen Insolvenzantrag nicht, nicht rechtzeitig oder nicht richtig stellt.

##### aa. *Kreis der Verpflichteten*

##### aaa. *Wortlaut*

Von der Pflicht einen Antrag zu stellen, sind im Wesentlichen alle haftungsbeschränkten Unternehmensformen betroffen - (so die GmbH, die Unternehmensgesellschaft haftungsbeschränkt (UG), die Aktiengesellschaft u.s.w.). Bei diesem Personenkreis lässt sich die Antragspflicht damit begründen, dass keine natürliche Person unmittelbar oder mittelbar für die Verbindlichkeiten haftet. Sie dient der

<sup>1</sup> § 15a wurde mit Wirkung zum 26.6.2017 geändert (Ges. v. 05.06.2017, BGBl. I 1476).

erhöhten Verlustgefahr ungesicherter Gläubiger aufgrund der Haftungsbeschränkung von Kapitalgesellschaft auf das Gesellschaftskapital.

bbb.

Erfasst werden aber auch zu Recht die faktischen Geschäftsführer, dass sind die Personen, die mit dem Einverständnis der Gesellschafter die Geschäftsführungsaufgaben tatsächlich wahrnehmen. Hier kommt es auf die Gesamtwürdigung der ausgeübten Tätigkeiten an, ganz nach dem Motto: Wer ist der Boss? Die Fälle der faktischen Geschäftsführung sind in der Praxis sehr häufig. Oftmals ist dies eine Folge von den Auswirkungen von § 6 II GmbHG, wonach den wegen einer vorsätzlichen Insolvenzstraftat vorbestraften Personen für fünf Jahre die Geschäftsführertätigkeiten untersagt sind.

ccc.

Erfasst werden auch reine Strohmänner, denn die Stellung als formeller Geschäftsführer begründet stets dessen Verantwortlichkeit als Organ der Gesellschaft, auch wenn für die Gesellschaft eine Person auftritt, die als faktischer Geschäftsführer anzusehen ist. Die Verantwortung entfällt nicht dadurch, dass ihm im Innenverhältnis keine bedeutsame Kompetenz übertragen wurde, um auf die rechtlichen und wirtschaftlichen Entwicklung Einfluss zu nehmen.

ddd.

§ 15 Abs. 2 InsO erfasst zu Recht auch Gesellschafter bei Führungslosigkeit der GmbH (§ 15 a Abs. 3 InsO). Dies ist auch oftmals Folge der Auswirkungen von § 6 II GmbHG, die Eigenschaft Geschäftsführer sein zu können entfällt automatisch von Gesetz wegen mit Rechtskraft. In diesen Konstellationen zeigt sich zuletzt das Problem, dass Insolvenzgerichte den Antrag eines Gesellschafters als unzulässig abwiesen, da § 35 Abs. 1 S. 2 GmbHG keine allgemeine Vertretungsbefugnis zu Gunsten der Gesellschafter darstelle, sondern nur eine Empfangszuständigkeitsregelung. Dies vermag nicht zu überzeugen. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass § 15 a Abs. 3 InsO eine insolvenzrechtliche Spezialnorm ist, die in ihrem Anwendungsbereich § 35 GmbHG überlagert. Es wäre nicht verständlich, wenn das Gesetz einerseits dem Gesellschafter eine Antragspflicht

aufbürdet, andererseits ein auf Grund dieser Pflicht gestellter Antrag mit dem Argument für unzulässig erklärt werden kann, ein Geschäftsführer würde als Vertretungsperson fehlen.

Ob diese Auslegung aber im Hinblick auf eine Strafbarkeit eines Gesellschafters einer führungslosen GmbH genügt, scheint eher fraglich.

eee. § 15 Abs. 6 InsO

Seit dem 1.7.2014 sind Vereine und Stiftungen von der strafbewährten Antragspflicht ausgenommen. Es bleibt aber bei der Insolvenzantragspflicht und der zivilrechtlichen Haftung der Vorstandsmitglieder aus § 42 II BGB, der allerdings keine Frist für die Antragstellung nennt.

Aus der Gesetzesbegründung folgt, dass die Verfolgung von Vereins- und Stiftungsvorständen nach § 15a Absatz 4 und 5 InsO ausgenommen wurde, da die Verhältnisse – zumal bei nicht wirtschaftlichen Vereinen und Stiftungen – nicht mit den Verhältnissen beiwerbenden Handelsgesellschaften vergleichbar seien. Insbesondere aus Sicht eines ehrenamtlich tätigen Vereinsvorstands sei die strafrechtliche Sanktion für eine Insolvenzverschleppung übermäßig.

Für ehrenamtlich tätige Vereinsvorstände ist dies zutreffend. Ob dies auch für Vereine und Stiftungen gilt, die in einer konzernähnlichen Struktur geführt werden, scheint zumindest fragwürdig.

fff.

Nicht umfasst von der Antragspflicht werden gewerblich tätige Einzelunternehmer. Es stellt sich die Frage, ob dies richtig ist oder, ob sich die Antragspflicht und/oder die daraus folgende Strafbarkeit nicht auch auf diesen Personenkreis beziehen müsste. Denn auch in solchen Verfahren wird ein Antrag erst lange Zeit nach Eintritt der materiellen Insolvenz gestellt und auch in diesem Bereich entstehen zum Teil erhebliche Schäden.

Von einer Antragspflicht könnte man ausgehen, wenn man für den Schutzzweck allein auf den Erhalt der Vermögensmasse zum Schutz der Gläubiger abstellt. Ein so weitergehender Schutzzweck auf persönlich haftende Schuldner ist m.E. aber unverhältnismäßig und damit abzulehnen. (Ohne Bedeutung ist aber auch bei diesen Personen

eine Verzögerung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht. Der Gesetzgeber hat hier eine Regelung im Sachrecht und zwar in § 290 Abs. 1 Nr. 4 InsO getroffen, wonach die Restschuldbefreiung zu versagen ist, wenn der Schuldner ohne Aussicht auf eine Besserung seiner wirtschaftlichen Lage die Eröffnung des Insolvenzverfahrens verzögert hat. Hierzu hat der BGH ausgeführt, dass der Gesetzgeber durch diesen Versagungsgrund keine Pflicht des Schuldners begründen wollte, einen Insolvenzantrag zu stellen. Er wollte diesen nur davon abhalten, durch eine Täuschung der Gläubiger über seine Vermögensverhältnisse oder in ähnlicher Weise zu verhindern, dass ein unvermeidliches Insolvenzverfahren rechtzeitig beantragt und eröffnet werde.

Ob deswegen zu verlangen ist, dass der Schuldner durch ein aktives Tun die Gläubiger davon abhält, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen oder ob es ausreicht, dass der Schuldner die Einleitung des Insolvenzverfahrens bewusst solange hinausschiebt, bis nahezu alle verwertbaren Mittel und Vermögensstücke verbraucht oder übertragen sind, ließ der BGH dahinstehen.)

#### bb. *Tathandlung*

Zur Tathandlung zählt das »Nichtstellen eines Insolvenzantrages« bzw. das »nicht rechtzeitige Stellen eines Antrages«, d.h. dass der Antrag nicht ohne schuldhaftes Zögern spätestens drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung gestellt wurde, oder das Stellen eines nicht richtigen Antrages.

Wann ein Antrag nicht gestellt ist bzw. nicht rechtzeitig gestellt ist, ist klar. Nicht klar ist hingegen, wann ein Antrag nicht richtig gestellt sein soll.

Ziel für die Ausweitung der Strafbarkeit auf den nicht richtig gestellten Antrag 2008 war die »Bekämpfung des Unwesens professioneller Firmenbestatter«. Die Norm soll solche Fälle sanktionieren, in denen zwar ein Insolvenzantrag gestellt wurde, der Inhalt des Antrages aber nicht die Informationen enthält, die das Insolvenzgericht braucht, um sich ein Bild von der Lage des Unternehmens zu machen und um weitere Maßnahmen zur Massesicherung einzuleiten. Oftmals ist nach Antragstellung der Antragsteller auch nicht mehr zu erreichen, er entzieht sich der Auskunft- und Mitwirkungspflichten, Zustellungen an den Schuldner können nicht mehr erfolgen.

Nachdem bis 2012 der Antrag recht formlos gestellt werden konnte, sind die Anforderungen an die Angaben im Eröffnungsantrag des Schuldners in § 13 InsO erheblich gesteigert worden, es sind viele Pflichtangaben – u.a. Gläubiger- und Forderungsverzeichnis, Versicherung über die Vollständigkeit der Angaben – nötig. Dies führt in der Praxis der Insolvenzgerichte dazu, dass viele Anträge unvollständig sind und damit vom Insolvenzgericht als unzulässig zurückgewiesen werden müssten. Die Insolvenzgerichte sind deshalb mit einem solchen unzureichenden Antrag so umgegangen, dass vor Zurückweisung wegen Unzulässigkeit »Nachbesserungsaufgaben« mit unterschiedlichen Fristen (zwei bis zehn Tage) erlassen wurden.

Was strafrechtlich nun genau vom »nicht richtigen Antrag« erfasst sein soll, sagt die Norm nicht. Dies könnte unter Zuhilfenahme der Zulässigkeitskriterien für einen Insolvenzantrag <sup>2</sup> so § 13 InsO oder Angaben für die Zuständigkeit des Gerichts <sup>2</sup> ermittelt werden. Fraglich erscheint schon, ob dies bestimmt genug ist.

Zur Zeit plant der Gesetzgeber eine Änderung in §§ 13 und 15 InsO im Hinblick auf das »Stellen eines unrichtigen Antrages«. Ziel soll es sein, die Strafbarkeit – insbesondere beim redlichen Schuldner – einzuschränken.

Danach heißt es in § 15 a Abs. 4 Nr. 2 InsO des Entwurfes:

»... bestraft wird, wer einen Eröffnungsantrag nicht vollständig stellt und das Fehlende nicht oder nicht innerhalb von drei Wochen ab Zustellung der gerichtlichen Anforderung nach § 13 Abs. 3 S. 1 InsO ergänzt.«

§ 13 Abs. 3 S. 1 wurde entsprechend geändert.

»Ist der Eröffnungsantrag unvollständig, so fordert das Insolvenzgericht den Antragsteller auf, das Fehlende innerhalb einer Frist von höchstens drei Wochen zu ergänzen. Handelt es sich um einen Eröffnungsantrag des Schuldners und ist der Schuldner eine juristische Person oder eine Gesellschaft im Sinne des § 15a Absatz 1 Satz 2, so ist ihm die gerichtliche Aufforderung zuzustellen.«

Gegen diese Regelungen bestehen insolvenzrechtlich und strafrechtlich Bedenken

- im Hinblick auf die gesetzlich festgelegte Nachbesserungsfrist von bis zu drei Wochen,

- im Hinblick auf die Zustellung der gerichtlichen Aufforderung an einen oftmals nicht mehr erreichbaren Schuldner,
- im Hinblick auf den »Bestimmtheitsgrundsatz«, denn die Regelung ist durch den Begriff »nicht vollständiger Antrag« nicht präziser geworden. Die Strafbarkeit steht jetzt im Zusammenhang mit der vom jeweiligen Richter erteilten Auflage. Was konkret Inhalt der Auflage sein muss – was ist das Fehlende? – wird aber nicht genannt.

M.E. ist die Strafbarkeit des unrichtigen Antrages kontraproduktiv nach dem oben gesagten, dass die Förderung eines frühzeitigen Antrages für das Insolvenzverfahren wichtig ist. Der redliche Schuldner wird vermehrt Angst haben einen Antrag zu stellen, nicht nur, dass schon die Frist abgelaufen sein könnte und er sich deshalb strafbar macht, nein, sondern, dass er es nicht schafft, einen vollständigen Antrag zu stellen und sich deshalb strafbar macht.

Wenn Ziel des Gesetzes sein soll, den redlichen Schuldner zu schützen, so könnte darüber nachgedacht werden, dass nur ein vorsätzlicher unvollständiger Antrag strafbar sein soll – damit wäre der redliche Schuldner aus der Strafbarkeit draußen und der unredliche Schuldner wäre mit Stellung eines unvollständigen Antrages zu bestrafen.

Es bedürfte dann auch nicht der – eher kompliziert gewählten Möglichkeit – der Nachbesserung, weder für das Strafverfahren und erst recht nicht für das Insolvenzverfahren. (Eine andere Möglichkeit wäre, dass »die Strafbarkeit des nicht richtig gestellten Insolvenzantrags entfällt, wenn das Insolvenzverfahren aufgrund dieses Antrags eröffnet oder der Antrag mangels Masse, § 26 InsO, abgewiesen wird.« Denn in diesen Fällen würde das Gericht immer von einem zulässigen Antrag ausgehen und hätte über das Vorliegen der weiteren Voraussetzungen für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens entschieden. Dem Sinn und Zweck eines vollständigen und rechtzeitigen Antrages wäre genüge getan.)

#### cc. *Beginn der insolvenzstrafrechtlichen Verhaltenspflichten ist die Krise*

Die Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung setzt Zahlungsunfähigkeit nach §17 InsO oder Überschuldung nach § 19 Abs. 2 InsO voraus.

aaa.

Zahlungsunfähigkeit liegt nach § 17 InsO vor, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist seine fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen. Zahlungsunfähigkeit ist in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.

Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit folgt in der Praxis eigentlich überwiegend nach der wirtschaftskriminalistischen Methode (als Warnzeichen kommen u.a. in Betracht die ausdrückliche Erklärung, nicht zahlen zu können, das Ignorieren von Rechnungen und Mahnungen, gescheiterte Vollstreckungsversuche, Nichtzahlung von Löhnen und Gehältern, der Sozialversicherungsabgaben oder der sonstigen Betriebskosten, Insolvenzanträge von Gläubigern, Stundungsbitten an Gläubiger, Schließung des Ladenlokals).

Eine weitere Methode ist die betriebswirtschaftliche Methode, d.h. die stichtagsbezogene Gegenüberstellung der fälligen Verbindlichkeiten einerseits und der zu ihrer Tilgung vorhandenen oder kurzfristig herbeizuschaffenden Mittel andererseits. Hiervon wird bei uns kaum Gebrauch gemacht. Die Bestimmung nach dieser Methode ist für die Ermittlungen und das Strafverfahren viel komplexer und fehleranfälliger.

bbb. Überschuldung

Die Überschuldung ist in § 19 Abs. 2 InsO definiert, wonach Überschuldung vorliegt, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. Damit liegt trotz bilanzieller Überschuldung gem. § 19 Abs. 2 InsO keine insolvenzstrafrechtliche Überschuldung vor, wenn die Fortführungsprognose positiv ist. In der Praxis spielt die Überschuldung deshalb keine, zumindest keine große Rolle.

dd. *Schuldform*

Der Täter muss ferner vorsätzlich oder fahrlässig die Antragspflicht verletzt haben.

Vorweg: Die Rechtsprechung verlangt von einem Geschäftsführer eines Unternehmens, sich ständig darüber Gewissheit zu verschaffen, dass sein Unternehmen nicht zahlungsunfähig oder überschuldet

wird. Er muss also möglichst zeitnah die finanzielle Situation kennen.

Vorsätzlich handelt der Täter dann, wenn er Kenntnis von den Krisenmerkmalen hat und diese billigend in Kauf nimmt. Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Täter die Krisenmerkmale pflichtwidrig nicht kennt, diese aber hätte erkennen können oder er aus den Krisenmerkmalen die falschen Schlüsse zieht. Prüft der Täter bei Erkennbarkeit der Krise hingegen nicht, handelt er wiederum nicht nur fahrlässig, sondern bereits mit bedingtem Vorsatz.

In der Praxis habe ich bislang kaum eine Anklage und auch keine Verurteilung wegen fahrlässiger Insolvenzverschleppung gehabt. Die Anklagen stützen den Vorwurf in der Regel auf Zahlungsunfähigkeit mittels der wirtschaftskriminalistischen Methode. Zumeist lagen so viele Warnzeichen vor, dass die Krise deutlich erkennbar ist und der Täter hätte Nachforschungen anstellen müssen, um aus dem vorsätzlichen Handeln rauszukommen. Dies zeigen auch die oben beschriebenen Gründe für die verspätete Antragstellung, vielfach wird einfach darauf gehofft, dass es schon wieder bergauf geht; die Krise will man einfach nicht wahrhaben.

Ob in den Fällen, in denen dann gegebenenfalls noch eine fahrlässige Begehung übrig bleibt, eine strafrechtliche Sanktionieren erforderlich ist, erscheint zumindest fragwürdig. Zumal auch die Rechtsfolge des § 6 Abs. 2 GmbHG nur auf vorsätzliches Handeln abstellt.

#### g. Ergebnis

Ich komme zu dem Ergebnis, dass die Strafbarkeit der zumindest vorsätzlichen Verletzung der Insolvenzantragspflicht als ultima ratio zur Sicherung der Ziele des Insolvenzverfahrens geboten ist. Dem steht auch nicht der dem Umstand entgegen, dass bei einer sehr hohen Quote von Insolvenzverfahren die Antragstellung deutlich verspätet ist. Hieraus kann nicht der Schluss gezogen werden, dass eine Strafbarkeit unter dem Gesichtspunkt einer etwaigen Unmöglichkeit entfallen müsse. Denn eine solche liegt nicht vor. Die Gründe für eine verspätete Antragstellung liegen in anderen Bereichen. Im Gegenteil, aus diesem Umstand muss folgen, dass zur Verfahrenssicherung auch die Mittel des Strafrechts eingesetzt werden.

## 5. Erforderlichkeit der Strafbarkeit des Bankrotts § 283

### a. Norm § 283 StGB

Nun zur strafrechtlichen Erforderlichkeit des Bankrotts:

Nach § 283 StGB wird bestraft, wer bei Überschuldung oder bei drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit eine Tathandlung i.S.d. abschließenden Katalogs der Nr. 1 - 8 begeht und wenn die objektive Bedingung der Strafbarkeit des Abs. 6 vorliegt d.h. bei Zahlungseinstellung, bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder Abweisung mangels Masse.

### b. Schutzzweck: Rechtsgut der Norm

Rechtsgut des § 283 StGB ist neben dem Schutz des gesamtwirtschaftlichen Systems vor allem der Schutz der etwaigen Insolvenzmasse vor einer unwirtschaftlichen Verringerung zum Nachteil der Gesamtheit der Gläubiger.

### c. Täterkreis

Der Täterkreis richtet sich als Sonderdelikt an jede nach § 11 InsO insolvenzfähige Person.

Also:

- vor allem an Organvertreter von juristischen Personen,
- faktische Geschäftsführer und Strohleute,
- aber auch gewerblich tätige Einzelunternehmer und Verbraucher i.S.d. Verbraucherinsolvenzverfahrens (§ 304 InsO).

### d. Vorhandensein einer Krise

Vorausgesetzt wird wieder eine Krise in Form von Überschuldung, Zahlungsunfähigkeit aber auch drohender Zahlungsunfähigkeit.

Durch die Ausdehnung auf das Merkmal »drohende Zahlungsunfähigkeit« wird die Strafbarkeit zum Schutz der Insolvenzmasse auf einen frühen Zeitpunkt vorgelagert, da der Schuldner nach § 18 Abs. 2 InsO schon zahlungsunfähig zu werden droht, wenn er voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungsverpflichtungen im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen. Dies korrespondiert aber wie oben beschrieben mit der Möglichkeit des Schuldners bereits zu diesem frühen Zeitpunkt einen Insolvenzantrag zu stellen und –

bei Vorliegen der weiteren – Voraussetzungen das Schutzschirmverfahren (§ 270 b InsO) als Instrument der Sanierung in Anspruch zu nehmen.

#### e. Tathandlung:

Tathandlung der Nr. 1 ist das Beiseiteschaffen und Verheimlichen von Vermögensbestandteilen. Hier ist offenkundig, dass die Masseminderung strafrechtlich geahndet werden muss. Die Tat ist nur vorsätzlich begehbar.

Die Tathandlungen der Nr. 5-7 beziehen sich auf die Buchführungs- und Bilanzdelikte und zwar: (Nr. 5) Unterlassene oder mangelhafte Buchführung; (Nr. 6) Beiseiteschaffen und Vernichten von Handelsbüchern; (Nr. 7) Mangelhafte oder nicht rechtzeitige Bilanzaufstellung.

Da für die Durchführung eines Insolvenzverfahrens die Bücher und Bilanzen eines Schuldners von sehr hoher Bedeutung sind – da nur hierdurch verlässliche Schlüsse gezogen werden können, wie es um das Unternehmen steht und welche Maßnahmen für eine mögliche Sanierung und Fortführung getroffen werden müssen – versteht sich der Grund der Strafbarkeit von selbst.

Die Tathandlungen der Nr. 5-7 sind aber auch fahrlässig begehbar. Ein Hauptanwendungsfall in der Praxis dürfte sein, dass der Täter einen Dritten – auch Buchhalter/Steuerberater – mit seinen Pflichten betraut und diesen Dritten nicht sorgfältig ausgesucht oder ausreichend überwacht hat. Hier bedarf es aber immer einer genauen Prüfung, ob nicht Anhaltspunkte vorliegen, die zu Handeln mit zumindest bedingten Vorsatz führen. Liegt tatsächlich Fahrlässigkeit vor, stellt sich in solchen Fällen m.E. die Frage der Strafwürdigkeit.

Schließlich macht sich wegen Bankrotts (Nr. 8) strafbar, wer in einer anderen, den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft grob widersprechenden Weise seinen Vermögensstand verringert oder seine wirklichen geschäftlichen Verhältnisse verheimlicht oder verschleiert. Nr. 8 der Norm wird als Auffangtatbestand verstanden.

Ein häufiger – in der Rechtsprechung mittlerweile anerkannter – Anwendungsfall ist die sogenannte »Firmenbestattung«. Regelmäßig werden im Rahmen einer Firmenbestattung bei haftungsbe-

schränkten Gesellschaften der Geschäftsführer ausgewechselt, sämtliche Geschäftsanteile übertragen, eine Sitzverlegung durchgeführt sowie die Geschäftsunterlagen und eventuell früherer Aktiva beiseite geschafft. Ziel ist es, vorhandene Vermögensgegenstände beiseitezuschaffen, noch ausstehende Forderungen schnell zu vereinnahmen, Buchhaltungsunterlagen und andere Beweismittel zu vernichten, Verantwortungsverhältnisse zu verschleiern, Gläubiger zu benachteiligen, ehemalige Geschäftsführer vor Haftungsanspruchnahme zu schützen, die ordnungsgemäße Abwicklung des Insolvenzverfahrens zu behindern.

Ein solches Verhalten unterfällt zu Recht der Nr. 8 des Bankrotts. Hier zeigt sich aber ganz deutlich, dass Lösungen zur Vermeidung im Sachrecht zu etablieren sind. Zur Zeit stehen keine adäquaten Lösungen zur Verfügung, um ein solches Verhalten – was in der Praxis nicht schwer zu vollziehen ist – zu unterbinden.

Ein weiterer Anwendungsbereich könnte die Nr. 8 in Bezug auf das Schutzschirmverfahren des § 270 b InsO erfahren. Das Schutzschirmverfahren soll nur drohend zahlungsunfähigen oder überschuldeten Unternehmen offen stehen, die sanierungsfähig sind. Der Schuldner muss drei Anträge stellen: den Insolvenzantrag wegen drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, den Antrag auf Eigenverwaltung und den Antrag eine Frist zu setzen, die drei Monate nicht übersteigen darf, um einen Insolvenzplan vorzulegen. Den Anträgen muss er eine Sanierungsbescheinigung beifügen.

Zumindest die Manipulation der nach § 270b I S.3 InsO geforderten Erklärung der Sanierungseignetheit und des Nichteintritts von Zahlungsunfähigkeit dürfte unter die Nr. 8 fallen. Aber auch die Stellung eines Insolvenzantrages, begründet mit drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung trotz bereits gegebener Zahlungsunfähigkeit, könnte hierunter fallen, subsumiert man diese Fälle nicht unter einen unrichtiger Antrag nach § 15 a InsO, wegen der Angabe eines vorsätzlich falschen Insolvenzgrundes.

#### f. Ergebnis

Im komme zu dem Ergebnis, dass die Strafbarkeit des vorsätzlichen Bankrotts für die Massesicherung und die ordnungsgemäße Durchführung des Insolvenzverfahrens erforderlich ist.

Auswirkungen hat eine solche Verurteilung – zu Recht – auch im Insolvenzverfahren natürlicher Personen im Hinblick auf die Restschuldbefreiung, wenn ein Gläubiger einen Antrag stellt. Nach § 290 Abs. 1 Nr. 1 InsO ist die Restschuldbefreiung zu versagen, wenn der Schuldner rechtskräftig wegen einer Straftat nach den §§ 283 bis 283 c StGB zu Geldstrafe von mehr als 90 Tagessätzen oder einer Freiheitsstrafe von mehr als 3 Monaten verurteilt worden ist.

## V. BLICK AUF UNTERSCHIEDLICHE TÄTERTYPEN

Für die Entscheidung, ob Strafrecht sinnvoll und erforderlich ist – oder nicht die Belastung und das befürchtete Stigma durch ein Insolvenzverfahren nur erhöht wird – könnte man auch nach Tätertypen unterscheiden:

Wenn ich mir meine Fälle anschau, gibt es nicht den Insolvenzstraftäter, vielmehr kann man zumindest zwei extrem Typen von Insolvenzstraftätern ausmachen:

Der erste Typ Insolvenzstraftäter ist ein seriöser, meist langjährig erfolgreich wirtschaftender Täter, oft eines Familienunternehmens, der im Wesentlichen ein gutes soziales Umfeld hat und viel selbst im Unternehmen leistet und mitarbeitet. Bei einer Krise steckt er das persönliche Vermögen in das Unternehmen. Diese Täter verdrängen den Krisenzustand ihres Unternehmens oft und leben ständig in der Hoffnung, dass es schon wieder wird; der Insolvenzantrag wird verspätet gestellt, aber mit der größtmöglichen Mühe diesen richtig zu stellen. Zum Teil sind diese Täter auch mit der Buchführung überfordert, Bilanzen zu erstellen haben sie keine Zeit.

Daneben gibt es einen weiteren Typ Insolvenzstraftäter. Diesem geht es nur um seinen eigenen wirtschaftlichen Vorteil, der über jede Grenze hinweg versucht wird zu realisieren. Vielfach wird Schwarzarbeit oder ein Scheinrechnungssystem eingesetzt. Dieser Typ handelt planvoll, rücksichtslos und kennt sich in wirtschaftlichen und auch insolvenzrechtlichen Belangen aus, Vermeidungs- und Umgehungsstrategien sind bekannt. Im Fall der Krise wird in vielen Fällen versucht, das Unternehmen zu beerdigen. Zum Teil wird das Unternehmen an »Betrüger« übertragen, die mit dem Unternehmen noch kurzzeitige betrügerische Bestellungen vornehmen. Ein Eigenantrag wird zumeist

nicht gestellt oder nur völlig unzureichend, nach Antragstellung ist keine verantwortliche Person mehr erreichbar. Die Löschung wegen Vermögenslosigkeit wird gerne gesehen.

Durch diese Beschreibung wird ersichtlich, dass das Insolvenzstrafrecht die Täter in unterschiedlichem Maße trifft. Für den ersten Typ wird in den meisten Fällen schon das Insolvenzverfahren aber erst Recht die Einleitung des Strafverfahrens eine Belastung sein. Hier wird man mit den Mitteln des Strafprozessrechts (gedacht über die Einstellungs Vorschriften, aber auch über die Strafzumessung) zu sachgerechten Lösungen kommen müssen. Dass es aber dem Grunde nach nicht geht, auf das Strafrecht zu verzichten, zeigt der zweite Fall. Das sind die Täter, die man mit dem Insolvenzstrafrecht erfassen muss, bei dem mit allen Mitteln erreicht werden muss, dass diese keine zweite Chance mehr erhalten am Markt tätig zu sein.

## VI. WIE KOMMEN VERFAHREN IN GANG?

Ermittlungsverfahren, die Insolvenzstraftaten zum Gegenstand haben, werden nur selten durch Strafanzeigen von Gläubigern, ehemaligen Mitarbeitern oder Insolvenzverwaltern in Gang gesetzt, obwohl dies oftmals naheliegend wäre. Die Mehrzahl der Ermittlungsverfahren ist Folge der in der »Anordnung über die Mitteilung in Zivilsachen« (MiZi) festgelegten Pflichten der Insolvenzgerichte (als auch der Vollstreckungsgerichte) in ihrer Funktion, die Staatsanwaltschaft über bestimmte Sachverhalte zu informieren.

Mitzuteilen ist nach MiZi, 2. Teil, Abschnitt IX durch die Insolvenzgerichte

- Nr. 2) die Abweisung des Antrages auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse (§ 202 VAG, § 26 Abs. 1 S. 1 InsO, § 31 InsO, § 13 Abs. 1 Nr. 4 EGGVG), soweit es sich nicht um Verfahren gegen Privatpersonen ohne Bezug zu einer gewerblichen Tätigkeit des Schuldners handelt; dies gilt auch für Verbraucherinsolvenzverfahren.
- Nr. 3) die Eröffnung des Insolvenzverfahrens (auch bei Anordnung der Eigenverwaltung unter Aufsicht eines Sachwalters) sowie die Eröffnung eines Verbraucherinsolvenzverfahrens und die Entscheidung über die Zulässigkeit der Restschuldbefreiung

(§ 31 InsO, § 270 InsO, § 304 InsO, § 202 VAG, § 13 Abs. 1 Nr. 4 EGGVG), soweit es sich nicht um Verfahren gegen Privatpersonen ohne Bezug zu einer gewerblichen Tätigkeit des Schuldners handelt.

Mitzuteilen ist nach MiZi, 2. Teil, Abschnitt VI durch die Vollstreckungsgerichte: Eintragungen in das Schuldnerverzeichnis nach § 882b ZPO, wenn das Verfahren eine Aktiengesellschaft, eine Kommanditgesellschaft auf Aktien, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder eine Genossenschaft betrifft. Dasselbe gilt, wenn das Verfahren eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft betrifft, bei der kein Gesellschafter eine natürliche Person ist (§ 17 Nr. 1 EGGVG). § 882f ZPO Einsicht in das Schuldnerverzeichnis (5. für Zwecke der Strafverfolgung und der Strafvollstreckung)

In letzter Zeit wurde diese auf die MiZi gestützten Massenübermittlungen für verfassungswidrig gehalten.

Mein Ergebnis vorweg: An der Ausgestaltung der Datenübertragung in der MiZi als Mitteilungspflichten bestehen keine Bedenken. Die Datenübermittlung der einzelnen Mitteilungen stützt sich auf eine ausreichende gesetzliche Grundlage. Es liegt durch die Mitteilungen kein Verstoß gegen das durch Art. 2 GG geschützte Recht auf informationelle Selbstbestimmung vor.

Die oben genannten Mitteilungspflichten für die Insolvenzgerichte finden ihre gesetzliche Grundlage – eingeführt durch das Justizmitteilungsgesetz 1998 – in § 13 Abs. 1 Nr. 4 EGGVG, wonach Gerichte und Staatsanwaltschaften personenbezogene Daten zur Erfüllung der in der Zuständigkeit des Empfängers liegenden Aufgaben übermitteln dürfen, wenn u.a. die Daten auf Grund einer Rechtsvorschrift von Amts wegen öffentlich bekannt zu machen sind.

Während § 13 Abs. 1 Nr. 4 EGGVG von »dürfen« spricht, und damit dem Insolvenzgericht Ermessen im Hinblick auf die Frage, ob eine Mitteilung erfolgen soll einräumt, sind die Regelungen in der MiZi als Mitteilungspflichten ausgestaltet.

Dies ist aber zulässig, da es sich bei den einzelnen Mitteilungspflichten um norminterpretierende Verwaltungsvorschriften handelt, die die Tatbestandsmerkmale des § 13 Abs. 1 Nr. 4 EGGVG ausgestalten und die auf der Rechtsfolgenseite das Ermessen binden, um

eine einheitliche Ermessenspraxis zu gewährleisten, mit dem Ziel der Vereinheitlichung des Gesetzesvollzuges. Es sollen die Fälle festgelegt werden, in denen bei Ausübung pflichtgemäßen Ermessens unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eine Mitteilung geboten ist.

Die Festlegung der oben genannten Mitteilungspflichten erfolgt auch im Rahmen der Tatbestandsmerkmale der Mitteilungsermächtigung des § 13 Abs. 1 Nr. 4 EGGVG. Bei allen genannten Mitteilungen (Eröffnungsbeschluss – § 30 InsO öffentlich bekannt zu machen auch bei gewerblich tätigen, Abweisung mangels Masse § 26 Abs. 1 S. 3 InsO: der Beschluss ist unverzüglich öffentlich bekannt zu machen, § 273 öffentliche Bekanntmachung von Anordnung der Eigenverwaltung oder deren Aufhebung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens, § 287a InsO für Beschluss Restschuldbefreiung. Die ausdrückliche Benennung des Beschlusses über die Abweisung folgt daraus, dass dieser erst seit 2014 öffentlich bekannt zu machen ist. Aber auch vorher galt, dass daran ein gleichwertiges Publizitätsinteresse der Allgemeinheit besteht.) handelt es sich um solche, die alle nach § 9 InsO öffentlich bekannt zu machen sind und zwar im Internet unter [www.insolvenzbekanntmachungen.de](http://www.insolvenzbekanntmachungen.de), so dass das Tatbestandsmerkmal »Daten aufgrund einer Vorschrift öffentlich bekannt zu machen« inhaltlich konkret ausgestaltet wird. Hinsichtlich der öffentlichen Bekanntmachung in den einzelnen Normen der InsO selbst bestehen auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken, denn diese Vorschriften über die öffentliche Bekanntmachung dienen der raschen Bekanntmachung der jeweiligen Entscheidung und damit der Information des Rechtsverkehrs und um diesen zu schützen.

Ferner ist die Übermittlung der insolvenzrechtlichen Mitteilungen auch für die Erfüllung der in der Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft – als Empfänger – liegenden Aufgaben erforderlich. Dieses Merkmal ist weit auszulegen. Hierfür genügt es, wenn die jeweiligen übermittelten Daten abstrakt geboten sind und dem Empfänger Anlass bieten können zu prüfen, ob ein Tätigwerden notwendig ist. Nicht erforderlich ist, dass eine gewisse oder prozentuale Wahrscheinlichkeit einer Straftat bereits in jeder solchen Mitteilung selbst gegeben ist, die Mitteilungen müssen nur abstrakt geboten sei. Der Eingang einer MiZi soll der Staatsanwaltschaft gerade die Prüfung ermöglichen, ob sie tätig werden muss, aber

auch nicht mehr. Diese weite Auslegung des Merkmals der Erforderlichkeit ist auch im Blick auf den Schutz des Betroffenen vertretbar, weil der Persönlichkeitsschutz zusätzlich durch § 19 EGGVG gewährleistet ist, wonach der Empfänger prüft, ob die übermittelten Daten für die in genannten Zwecke erforderlich sind.

Im Ergebnis ist die Ausgestaltung der Mitteilungsermächtigungen zu Mitteilungspflichten zulässig und für die Praxis dringend erforderlich, da nur dies einer einheitlichen Mitteilungspraxis führt.

Der Eingang einer MiZi bedeutet aber nicht zwingend, dass ein Ermittlungsverfahren eingeleitet wird. Denn zum Einschreiten ist die Staatsanwaltschaft nach § 152 Abs. 2 StPO nur verpflichtet, wenn ein Anfangsverdacht besteht. In der Praxis gehen die Staatsanwaltschaften mit eingehenden Mitteilungen der Amtsgerichte ganz unterschiedlich um und bewegen sich dabei zwischen den Extremen, einerseits jede in einer MiZi bezeichnete Akte anzufordern und auszuwerten und andererseits nur dann weitere Aktivitäten zu entfalten, wenn der Inhalt der Mitteilung selbst einen Anfangsverdacht begründet.

M.E. sollte unterschieden werden: Begründet der Inhalt der MiZi selbst den Anfangsverdacht einer verfolgbaren Straftat, dann muss die Staatsanwaltschaft förmliche Ermittlungen aufnehmen und dann auch die Insolvenzakten anfordern und soweit zulässig – insbesondere im Hinblick auf die Verwendungsbeschränkungsregelung des § 97 Abs 1 S 3 InsO – auswerten. Lässt der Inhalt der MiZi hingegen offen, ob ein Anfangsverdacht vorhanden ist oder nicht, darf die Staatsanwaltschaft den Eingang der MiZi zum Anlass von Vorermittlungen nehmen, muss es aber nicht. Sie hat ihre diesbezügliche Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen und sich dabei an kriminalistischen Erfahrungen zu orientieren.

Nach diesen Grundsätzen könnte unter Berücksichtigung der oben vorgetragenen Zahlen folgendes gelten: Bei Mitteilungen über Insolvenzeröffnung oder Abweisung mangels Masse bei juristischen Personen dürfte nach kriminalistischen Erwägungen von einem Anfangsverdacht auszugehen sein. Nach obigen Zahlen ist die verspätete Stellung des Insolvenzantrages die Regel; bei Abweisung mangels Masse (ca. 25 Prozent der Anträge) manifestiert sich diese Annahme noch zusätzlich, hier ist schon nicht mehr so viel Masse vorhanden,

dass die Kosten des Verfahrens getragen werden können. Ist aus der Mitteilung noch weiter ersichtlich, dass z.B. der Antragsteller eine Krankenkasse oder das Finanzamt ist, so manifestiert sich der Verdacht auch.

Betreffen diese Mitteilungen hingegen natürliche Personen im Zusammenhang mit einem Gewerbe oder aber auch Verbraucherinsolvenzverfahren mit ehemals Selbständigen, so besteht für sich regelmäßig aus diesen Informationen noch kein ausreichender Anlass, schon zu diesem Zeitpunkt von Amts wegen ein förmliches Ermittlungsverfahren einzuleiten. Etwas anderes kann aber gelten, wenn sich eine solche MiZi z.B. auf einen Insolvenzantrag einer gesetzlichen Krankenkasse oder dem Finanzamt bezieht.

Auch bei Mitteilung von Insolvenzeröffnungen bei Anordnung der Eigenverwaltung besteht nicht per se ein Anfangsverdacht. Dieses Verfahren ist nach § 270 Abs. 2 InsO nur möglich, wenn keine Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Anordnung zum Nachteil der Gläubiger führen wird. Nach der Rechtsprechung ist das Eigenverwaltungsverfahren nur bei Betriebsfortführungsverfahren mit konkreter Sanierungsaussicht, bei welcher die Eigenverwaltung notwendiger Baustein ist, sinnvoll.

Dies wird auch im Eröffnungsverfahren geprüft, aber nur soweit möglich und soweit der Schuldner zutreffende Angaben macht und seiner Auskunftspflicht nachkommt. Auch der Umstand, dass dem Schuldner die Verfügungsbefugnis verbleibt, führt nicht per se dazu, dass von einem gesteigerten Tatanreiz auszugehen ist.

## VII. AUSBLICK

Im Insolvenzrecht gab und gibt es immer viele Änderungen. Zur Zeit wird eine Richtlinie des europäischen Parlamentes und des Rates diskutiert, mit der eine Harmonisierung des Insolvenzrechts auf europäischer Ebene angestrebt wird. Die Richtlinie heißt Richtlinie über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren. Für die Umsetzung wird zum Teil in der Literatur gefordert, dass das vorinsolvenzliche

Sanierungsverfahren nur Schuldner offenstehen soll, deren laufende Buchführungs- und Bilanzierungspflichten ordnungsgemäß erfüllt sind (Sanierungswürdigkeit) und bei denen keine Zahlungsrückstände gegenüber dem Fiskus oder Sozialversicherungsträgern bestehen.

Der Vorsitzende des Verbands deutscher Insolvenzverwalter hat zu dem Richtlinienentwurf – im Hinblick darauf, dass er in Art. 18 die Mitgliedstaaten auch verpflichtet zur Entwicklung von Regelungen zum Schutz der Gläubiger vor Insolvenzverschleppung – angemerkt, dass

»insgesamt die aktuelle gesetzliche Regelung zur Strafbarkeit der Insolvenzverschleppung vor dem Hintergrund der zur Zeit in Rede stehenden europäischen Regelungsansätze in dem Richtlinienentwurf zur Harmonisierung des Insolvenzrechts diskussionswürdig erscheinen.«

Es bleibt abzuwarten, wie die Richtlinien in Deutschland umgesetzt werden und ob und wie sie sich auf die Vermeidung von Insolvenzen, aber auch auf die Insolvenzverschleppung tatsächlich auswirken können.

## VIII. SCHLUSSFOLGERUNGEN IN THESEN

Fasst man die vorgetragenen Erwägungen zusammen, so können folgende Punkte festgehalten und zur Diskussion gestellt werden:

- Das Insolvenzstrafrecht ist – wenn auch nicht die Lösung – kein Sanierungshindernis, sondern – zumindest in der vorsätzlichen Begehungsweise – erforderliche ultima ratio zur Sicherstellung der ordnungsgemäßen Durchführung des Insolvenzverfahrens und der damit verbundenen Ziele. Die strafrechtliche Sanktionierung der vorsätzlichen Insolvenzverschleppung ist erforderlich, um eine für eine erfolgreiche Durchführung des Insolvenzverfahrens erforderliche frühzeitige Antragstellung sicherzustellen. Die strafrechtliche Sanktionierung des vorsätzlichen Bankrotts ist zur Sicherung der Masse aber auch zur Sicherung der Durchführung des Verfahrens erforderlich. Bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit wird in der Praxis zumeist auf die wirtschaftskriminalistische Methode abgestellt, die Überschuldung hat

in der Praxis keine – zumindest keine große – Bedeutung. Aus dem Umstand, dass bei einer sehr hohen Quote von Insolvenzverfahren die Antragstellung deutlich verspätet ist, kann nicht der Schluss gezogen werden, dass eine Strafbarkeit unter dem Gesichtspunkt einer etwaigen Unmöglichkeit entfallen müsste. Denn es liegt weder tatsächliche noch rechtliche Unmöglichkeit vor. Im Gegenteil, aus diesem Umstand muss folgen, dass zur Verfahrenssicherung auch die Mittel des Strafrechts eingesetzt werden.

- Die fahrlässige Begehungsweise spielt aus meiner Sicht in der Praxis kaum eine Rolle. Eine Bestrafung könnte zur Diskussion stehen, zumal auch die mit der Verurteilung einhergehenden Folgen wie z.B. die Folgen aus § 6 GmbHG nur auf Vorsatz abstellen.
- Die ungefilterte MiZi Mitteilung durch die Insolvenzgerichte ist erforderlich und verfassungsrechtlich unbedenklich.