

Arbeitskreis für Insolvenzverfahren Köln e.V.  
Dienstag, 12.4.2016 in Köln

# **Sanierung und Insolvenz**

***- strafrechtliche Risiken der  
professionellen Akteure -***

Oberstaatsanwalt (HAL) a.D. Dr. Hans Richter

# Diskussionspunkte

## **I. Das kriminogene Feld der Sanierungsberatung**

*Der verhängnisvolle Anruf am Freitag*

## **II. Verschleppungs- zum Antragsstrafrecht vor/nach dem MoMiG**

*Ein Unterlassen ist ein Unterlassen und keine unrichtige Behauptung*

1. Begrifflichkeiten im (echten Dauer-)Unterlassungsdelikt
2. Zur Täterqualifikation und zu Gremienentscheidungen
3. Bekanntes und grundsätzliches zum Verschleppungsstrafrecht
4. Der unrichtige Antrag vor dem ESUG

## **III. Der strafbewehrte Antrag nach dem ESUG**

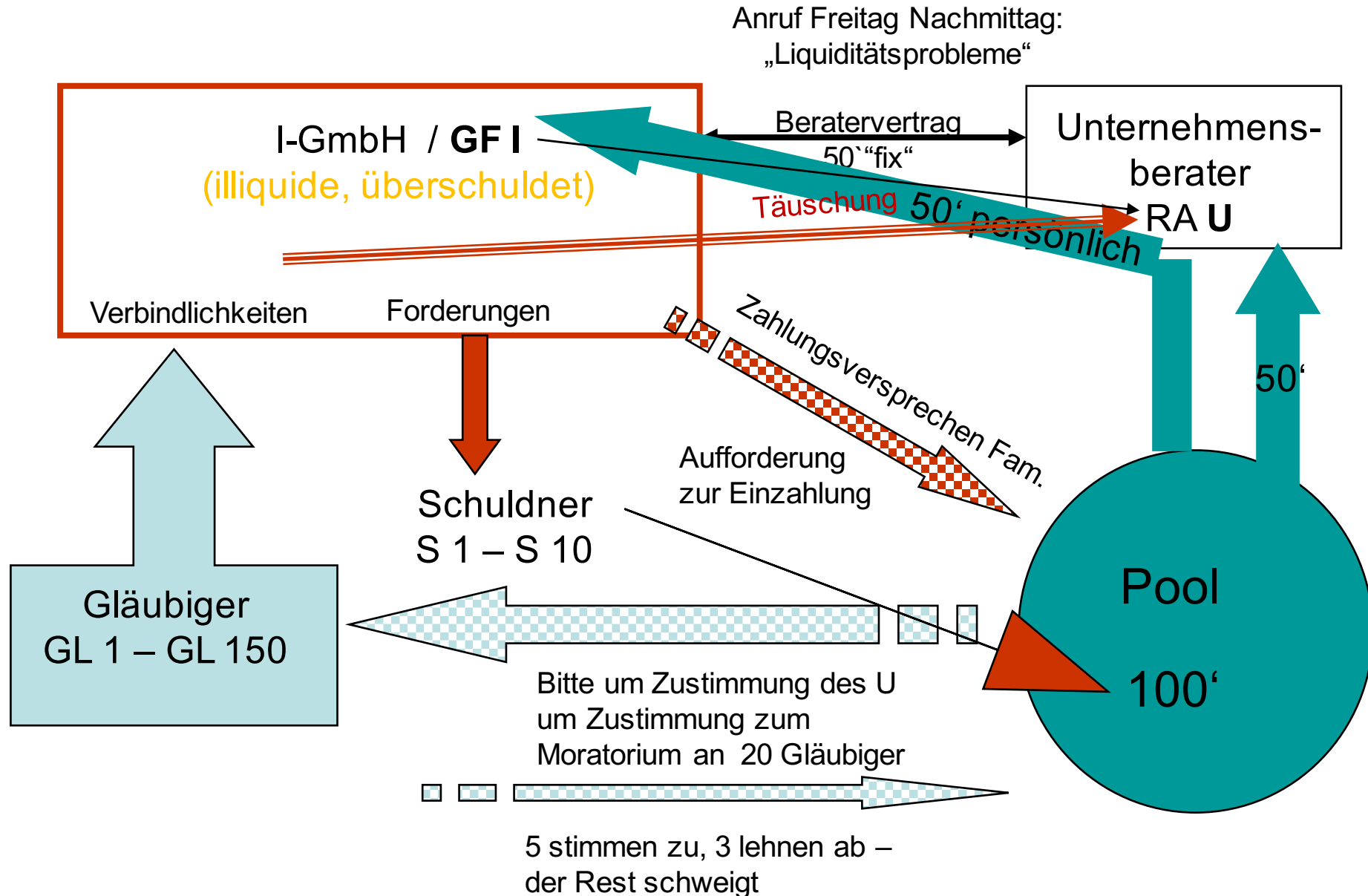
1. Thesen zur Antragsstrafbarkeit
2. „Gravierende“ Falschangaben
3. Zulässigkeitsvoraussetzungen nach dem ESUG

## **IV. Strafbarkeit der Akteure bei Eigenverwaltung**

1. vorläufiger/endgültiger Verwalter/Sachwalter
2. Schuldner als Eigenverwalter
3. Sanierungsorgane – der „CRO“ aus der Sicht des Strafrechts
4. Kurz zum „Bescheiniger“ und Gläubigerausschuss

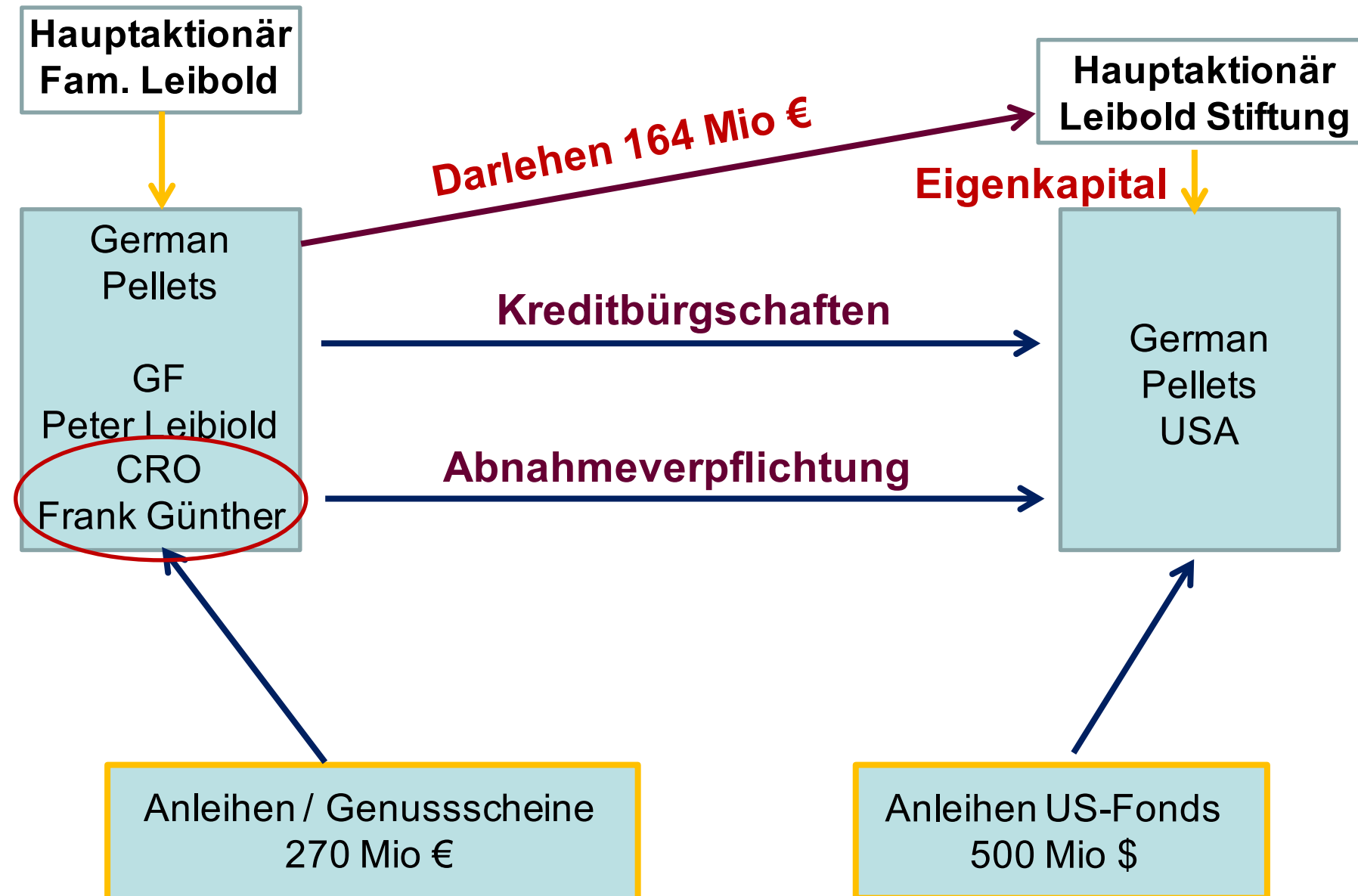
# Stuttgarter Moratoriums – Fall

## OLG Stuttgart, wistra 1984, 114



# Leere Kassen bei German Pellets

HB v. 18.02.2016 Nr. 34, S. 34 f. – Insolvenz eröffnet, Antrag auf Eigenverwaltung abgelehnt



## Die Unternehmenskrise als kriminogenes Feld

Die Mitteilungen in Zivilsachen – MiZi

Amtsermittlungen / Vorermittlungen

Das Verwendungsverbot gem. §§ 97 Abs. 1 S. 3, 20 Abs. 1 S. 2 InsO

Beitragshinterziehung nach § 266a StGB

Die Insolvenzverschleppung

Das Rechnungswesen – Bankrottdelikte in der Praxis

Vermögensverschiebungen, insbes. bei Kapitalersatz

Wirtschaftsstrafnormen sprechen regelmäßig für **Sonderpflichtige** ein **Handlungsgebot** aus. Strafbar ist insoweit das **Unterlassen der gebotenen Handlung**.

## Der taugliche Täter

Als Täter der Verletzung wirtschaftsstrafrechtlicher Pflichten („**Sonderpflichtige**“) kommen primär **Mitglieder des „Vertretungsorgans“** der juristischen Person in Betracht.

§§ 14 StGB, 9 OWiG weitet den Kreis der Pflichtigen auf **Bereichsverantwortliche** und **besonders Beauftragte** aus; § 266 StGB benennt als Untreue-Täter ganz allgemein den **für fremdes Vermögen Verantwortlichen**.

Von zentraler Bedeutung ist daher die Frage, wie eine natürliche Person (Vertretungs-)Organ wird – oder vielmehr **wie diese Pflichtenposition endet**.

Schon das Bestehen eines (Dienst-, Werk-, Arbeits-) **Vertrages**, erst recht ob ein vertraglich vereinbartes Entgelt bezahlt wird oder nicht, ist hierbei **ohne Bedeutung**.

Kommt es mithin nur auf den Akt der **Bestellung** und den Konträr-Akt der **Abberufung** bzw. der **Niederlegung** an und sind diese (Rechts-)Akte form- und fristfrei, stellt sich die Frage der Pflichtigkeit **faktischer Organe** verschärft.

## Faktisches Organ

Wer die Organfunktion **im Einverständnis der Gesellschafter** faktisch ausübt unterliegt als "faktischer Geschäftsführer" allen - auch strafbewehrten - Pflichten eines Geschäftsführers (**grdl. BGHSt 3, 32, 37 ff.; Richter, in Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl. 2015, § 81 Rn. 46 ff.; Weyand, ZInsO 215, 1773 ff;** vgl. auch *Rönnau*, NStZ 2003, 525 ff., zum Arbeitgeber *Krumm*, NStZ 2015, 102 ff.).

Erforderlich ist, dass der faktische Geschäftsführer Geschäftsführerfunktionen „**in maßgeblichem Umfang**“ (BGH NJW 1988, 1789/1790) übernommen hat. Ob – bei Mitgeschäftsführung – daneben noch "ein Übergewicht" (BGH StV 1984, 461 f.), wenn nicht gar eine „**überragende Stellung**“ (BGHSt 31, 118/120) festgestellt werden muss, ist strittig. Die **bloße „interne Einwirkung“** auf die satzungsgemäße Geschäftsführung – ohne Handeln im Außenverhältnis - **reicht** insoweit jedoch **nicht** aus (BGH ZIP 2005, 1414 f; BGH ZIP 1550 ff).

**Überholt** ist die Rechtsprechung des **BayObLG** (BB 1997, 850 f = GmbHR 1997, 453 f), wonach von den **acht klassischen Merkmalen** im Kernbereich der Geschäftsführung (Bestimmung der Unternehmenspolitik, Unternehmensorganisation, Einstellung von Mitarbeitern, Gestaltung der Geschäftsbeziehungen zu Vertragspartnern, Verhandlung mit Kreditgebern, Gehaltshöhe, Entscheidung der Steuerangelegenheiten, Steuerung der Buchhaltung) mindestens sechs erfüllt sein müssen. Maßgebend ist vielmehr eine **Gesamtbetrachtung**, wonach der Betreffende die Geschicke der Gesellschaft durch **nach außen hervortretendes Handeln maßgebend** in die Hand genommen hat (BGH B v 23.01.2013 – 1 StR 459/12).

# Gruppenentscheidungen: Stimmenthaltung Zwickel im Mannesmannverfahren

Strafrechtliche Verantwortung einzelner Mitglieder bei Mehrheitsentscheidungen

- = jeder ist Mittäter, der mit der Mehrheit für die Ausführung gestimmt hat;
- = wer den „regelgerecht“ (wenn auch gegen seine Stimme) zustande gekommenen Tatentschluss der Mehrheit nicht verhindert und dadurch dessen Umsetzung fördert ...

(Stimmenthaltung entspricht im konkreten Fall objektiv wie subjektiv einer „Ja-Stimme“)

Es besteht daher die **(Handlungs-)Pflicht**, derartige Beschlüsse oder doch jedenfalls deren Umsetzung **zu verhindern**

Hier:

Z hat durch Stimmenthaltung vorsätzlich die Wirksamkeit der Beschlüsse herbeigeführt.



## Das Insolvenzverschleppungsstrafrecht

§ 15a InsO spricht für den **Sonderpflichtigen** ein **Handlungsgebot** aus: „Du musst einen Antrag stellen“.

Strafbar ist somit lediglich das Unterlassen der Antragstellung.

Die Strafrechtsdogmatik unterscheidet zwischen **echten** und **unechten Unterlassungsdelikten**. Beim unechten Unterlassungsdelikt wird dem *Garant* die *Nichthinderung des Erfolgseintritts* zum Vorwurf gemacht.

Zwar gehört das Vermögen der Gläubiger zum Rechtsgut des Insolvenzantragsdeliktes. Zur Verhinderung von Schäden bei den Gläubigern ist der Antragspflichtige jedoch gerade nicht verpflichtet.

Es handelt sich somit nicht um ein *Erfolgs-* sondern um ein (**schlichtes**) **Tätigkeits-** und insofern um ein **echtes Unterlassungsdelikt**.

Durch das strafbare Unterlassen wird der rechtswidrige Zustand – wie z.B. bei der Freiheitsberaubung – ständig erneuert, so dass es sich um ein **Dauerdelikt** handelt.

Nicht die Fortsetzung der Geschäftstätigkeit ist also strafbar, sondern allein die verzögerte oder ganz unterlassene (allerdings auch die fehlerhafte) Antragstellung. Die Antragspflicht besteht also auch dann, wenn die Gesellschaft ihre Geschäftstätigkeit eingestellt hat oder liquidiert werden soll oder wird.

## Grundsätzliches zum Insolvenzverschleppungsstrafrecht

### (echtes Dauer-)Unterlassungsdelikt

- ❖ (schlichte) Antragstellung erfüllt die Handlungspflicht
- ❖ ein **unzulässiger Antrag** erfüllt die (strafrechtliche) Handlungspflicht nicht
- ❖ danach ist ein Antrag erst wirksam gestellt, wenn er beim **zuständigen Insolvenzgericht** eingegangen ist.
- ❖ **zurückgenommene Anträge** gelten als (von Anfang an) nicht gestellt

## Der unrichtige Antrag

Im Anschluss an *Bittmann* (NStZ 2009, 113 ff.) nimmt die Kommentarliteratur an, der **unzulässige** Antrag sei nach dem MoMiG als **unrichtiger** Antrag strafbar.

Auch der **unrichtige** Antrag begründe nach dem MoMiG **Unterlassensstrafbarkeit**. Pönalisiert sei das **Unterlassen** der Stellung eines **richtigen**, also **zulässigen** Antrags.

Auch nach dem MoMiG ist für die Frage, ob ein Schuldnerantrag **rechtzeitig** gestellt ist, lediglich festzustellen, **wann** ein **zulässiger Antrag** gestellt ist. Ob das Insolvenzgericht darüber hinausgehende Angaben gefordert hat und ob solche – richtig oder falsch – gemacht wurden und welche Schlüsse das Insolvenzgericht daraus gezogen hat, ist **strafrechtlich** unter dem Gesichtspunkt der **Verschleppung unerheblich**.

Zu fragen bleibt, ob ein **unzulässiger** Antrag nach § 15a InsO strafrechtlich relevant **unrichtig** sein kann.

Die **unrichtige Angabe** ist ein Handlungs- und **kein Unterlassungsdelikt**.

Da der unzulässige Antrag die Amtsermittlungspflicht des Insolvenzrichters (§ 5 Abs. 1 S. 1 InsO) nicht zu begründen vermag, kann dieser auch nicht relevant getäuscht werden.

## § 15a InsO

### Antragspflicht bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit

- (1) Wird eine juristische Person zahlungsunfähig oder überschuldet, haben die Mitglieder des Vertretungsorgans ... einen Eröffnungsantrag zu stellen. ... Das gleiche gilt für die organschaftlichen Vertreter ... bei einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist.
- (3) Im Fall der Führungslosigkeit GmbH (§ 35 Abs. 1 S. 2 GmbHG), AG (§ 78 Abs. 1 S. 2 AktG) oder Genossenschaft (§ 24 Abs. 1 S. 2 GenG) ist auch jeder Gesellschafter (Mitglied des Aufsichtsrates) zur Stellung des Antrages verpflichtet, es sei denn, diese Person hat von der ZU/Ü oder Führungslosigkeit keine Kenntnis.
- (4) Mit Freiheitsstrafe oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen Abs. 1 S. 1 ... einen Eröffnungsantrag nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig stellt.
- (5) Handelt der Täter in den Fällen des Absatzes 4 fahrlässig, ist die Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe.

## 4 Thesen

### zum Insolvenzantragsstrafrecht nach dem MoMiG

#### These 1:

Anknüpfungspunkt für Insolvenz-**Antragsstrafbarkeit** nach § 15a Abs. 4 u. 5 InsO kann **nur** ein **Pflicht-Antrag** nach § 15a Abs. 1 InsO sein.

#### These 2:

Auch nach dem MoMiG ist für die Frage, ob ein Schuldnerantrag **rechtzeitig** gestellt ist, lediglich festzustellen, **wann** ein **zulässiger** (Schuldner-)**Antrag** gestellt ist.

#### These 3:

Die **unrichtige Angabe** ist ein Handlungs- und **kein Unterlassungsdelikt**. Diese kann **nur** in einem **zulässigen Antrag** enthalten sein.

#### These 4:

Nicht jeder Fehler führt zur Strafbarkeit:

Ein strafbarer **unrichtiger** Antrag liegt nur bei **gravierenden Falschangaben** vor – dies setzt deren **Eignung** zur **Fehlleitung** (wesentlicher) **Entscheidungen des Insolvenzrichters** voraus.

## „Gerichtsstanderschleichung“

AG Göttingen B v 19.06.2015 – 71 IK 53/13, ZInsO 2016, 287

Da ein **zurückgenommener Antrag** als nicht gestellt gilt, sind falsche Angaben, solange sie nicht zur Zuständigkeitsbejahung des (objektiv) falschen Gerichtes führen, keine relevanten Falschangaben.

Führen die Falschangaben zur Eröffnungsentscheidung, **entfällt** die Strafbarkeit **nicht (rückwirkend!)**, wenn der Eröffnungsbeschluss aufgehoben wird, weil dieser noch nicht rechtskräftig war.

Die Herbeiführung einer Insolvenzenscheidung durch den unzuständigen Richter ist eine gravierende Falschangabe wenn der Richter die Zulässigkeit bejaht.

## **Antrag auf Eigenverwaltung/Schutzschirm**

Anträge nach §§ 270 ff. InsO sind

**keine Pflichtanträge nach § 15a Abs. 1 InsO.**

Sie können daher nicht Gegenstand der Insolvenz-Antragsstrafbarkeit sein!

In den Anträgen nach §§ 270 ff. InsO kann aber (ist regelmäßig) ein

**Eröffnungsantragnach § 15a Abs. 1 InsO**

ausdrücklich oder konkludent enthalten sein.

***Dieser*** Antrag (und ***nur*** er) ist Gegenstand möglicher Antragsstrafbarkeit.

# Eröffnungsantrag und Eigenverwaltungsantrag – 1

*OLG Dresden U v 18.06.2014 – 13 U 106/14, ZIP 2014, 1294 ff.*

(16) ... Ziff. 1 und 2 des im Schreiben vom 26.02.2013 niedergelegten **Antrags** zielten zweifelsfrei auf die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens unter Anordnung der **Eigenverwaltung**. Damit liegt ein von [§ 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO](#) erfasster Eröffnungsantrag vor. Es entspricht – soweit die Problematik diskutiert wird – der herrschenden Auffassung, dass auch ein Antrag auf Einleitung des Schutzschirmverfahrens einen die Deckungsanfechtung grundsätzlich ermöglichenden **Eröffnungsantrag** darstellt...

*LG Hamburg U v 19.11.2014 – 303 O 335/13*

(45) Der Ansicht der Beklagten, bei der genannten Antragsschrift der Schuldnerin handele es sich um keinen Eröffnungsantrag im Sinne des [§ 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO](#), folgt die Kammer nicht. Die spezielle Regelung des Eigenverwaltungsverfahrens in den [§§ 270 ff. InsO](#) trägt nicht die Annahme der Beklagten, ein ... **Antrag auf Insolvenzverfahrenseröffnung**, der mit einem **Antrag auf Anordnung der Eigenverwaltung** nach [§ 270b InsO](#) **verbunden** ist, stelle keinen zur Insolvenzanfechtung berechtigenden Eröffnungsantrag dar.



## Fragen und Lösungsvorschläge

### Antrag wegen drohender Zahlungsunfähigkeit (ZU)

Antragspflicht besteht für die Adressaten nach § 15a Abs. 1 InsO nicht. Der Antrag nach § 18 InsO ist nicht strafbewehrt.

Liegt in Wahrheit **eingetretene ZU** vor, geht die Praxis zutreffend davon aus, dass immer auch (konkludent) ein Pflichtantrag gestellt ist – dann ist der Antrag auf *Rechtzeitigkeit* und *Richtigkeit* zu prüfen.

### Antrag wegen Überschuldung

Es handelt sich um einen **Pflichtantrag** nach § 15a Abs. 1 InsO. Er muss also rechtzeitig und richtig gestellt sein.

Wird ein Pflichtantrag zwar innerhalb der 3-Wochen-Frist aber so fehlerhaft gestellt, dass der Antrag als unzulässig zurückgewiesen werden müsste, die Fehler aber nach Ablauf der 3-Wochenfrist berichtigt werden, gilt Folgendes:

Der unzulässige Antrag erfüllt die Pflicht nicht. Die „Berichtigung“ stellt einen neuen Antrag dar. Dieser ist zwar verspätet aber richtig: **Verschleppungsstrafbarkeit!**

Trotz gerichtlicher Hinweise bleibt der „gestreckte“ Antrag relevant fehlerhaft – Zulässigkeit wird also nicht hergestellt: **Strafbarkeit** (nur) wegen **verspäteter/unterlassener** Antragstellung.

Nach gerichtlichen Hinweisen bleibt der „gestreckte“ Antrag zwar fehlerhaft – Zulässigkeit wird aber hergestellt: **Strafbarkeit** wegen **verspäteter und** wegen **unrichtiger** Antragstellung (wenn die verbleibenden Fehler „gravierend“ sind).

# Antragsrecht nach dem ESUG – Angaben bei Antragstellung

## § 13 Abs. 1 Satz 3 bis 7 InsO

<sup>3</sup>Dem Antrag des **Schuldners** ist ein Verzeichnis der Gläubiger und ihrer Forderungen beizufügen. <sup>4</sup>Wenn der Schuldner einen Geschäftsbetrieb hat, der nicht eingestellt ist, **sollen** in dem Verzeichnis besonders kenntlich gemacht werden

- die höchsten Forderungen,
- die höchsten gesicherten Forderungen,
- die Forderungen der Finanzverwaltungen/Sozialversicherungsträger/aus betrieblicher Altersversorgung.

<sup>5</sup>Der Schuldner **hat** in diesem Fall auch Angaben zur Bilanzsumme, zu den Umsatzerlösen und zur durchschnittlichen Zahl der Arbeitnehmer des vorangegangenen Geschäftsjahres zu machen. <sup>6</sup>Die Angaben nach Satz 4 **sind verpflichtend**, wenn

1. der Schuldner die Eigenverwaltung beantragt,
2. der Schuldner die Merkmale des § 22a Abs. 1 erfüllt oder
3. die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses beantragt wurde.

<sup>7</sup>Dem Verzeichnis nach Satz 3 und den Angaben nach Satz 4 und 5 ist die **Erklärung** beizufügen, dass die enthaltenen Angaben **richtig und vollständig** sind.

## Fragen zur Zulässigkeit des Antrags

- a) Das Gläubigerverzeichnis (§ 13 Abs. 1 S. 3) ist nicht „beigefügt“  
**unzulässiger Antrag**
- b) Das Gläubigerverzeichnis ist „beigefügt“, es fehlen aber Angaben zur Höhe der Forderungen  
**unzulässiger Antrag**
- c) Das Gläubigerverzeichnis mit Forderungen ist zwar „beigefügt“, es fehlen aber teilweise Angaben über Forderungen  
**unzulässiger oder fehlerhafter Antrag ?**

Zu den Anforderungen an das Verzeichnis, um die Zulässigkeit des Antrags zu begründen („bei sämtlichen Gläubigern Höhe der Hauptforderung“) vgl. – *Blankenburg* (Richter am AG/Insolvenzgericht **Hannover**), ZInsO 2013, 2196 ff. sowie AG **Hannover** B. v. 23.12.2015 – 908 IN 730/15, ZInsO 2016, 236; B. v. 08.07.2015 – 909 IN 407/15, ZInsO 2015, 1693 ff.

Danach ist der Antrag als **unzulässig** zurückzuweisen, wenn *auch nur bei einem* Gläubiger eine Angabe zu den Forderungen fehlt.

- d) Das Gläubigerverzeichnis ist sowohl hinsichtlich der Gläubiger als auch der Höhe ihrer Forderungen (*erkennbar? grob?*) falsch  
**zulässiger** (und dann relevant fehlerhafter?) **Antrag**

# Diskussionspunkte

- I. **Das kriminogene Feld der Sanierungsberatung**  
*Der verhängnisvolle Anruf am Freitag*
- II. **Verschleppungs- zum Antragsstrafrecht vor/nach dem MoMiG**  
*Ein Unterlassen ist ein Unterlassen und keine unrichtige Behauptung*
  1. Begrifflichkeiten im (echten Dauer-)Unterlassungsdelikt
  2. Zur Täterqualifikation und zu Gremienentscheidungen
  3. Bekanntes und grundsätzliches zum Verschleppungsstrafrecht
  4. Der unrichtige Antrag vor dem ESUG
- III. **Der strafbewehrte Antrag nach dem ESUG**
  1. Thesen zur Antragsstrafbarkeit
  2. „Gravierende“ Falschangaben
  3. Zulässigkeitsvoraussetzungen nach dem ESUG
- IV. **Strafbarkeit der Akteure bei Eigenverwaltung**
  1. vorläufiger/endgültiger Verwalter/Sachwalter
  2. Schuldner als Eigenverwalter
  3. Sanierungsorgane – der „CRO“ aus der Sicht des Strafrechts
  4. Kurz zum „Bescheiniger“ und Gläubigerausschuss

## § 266 Abs. 1 StGB: 2 Tatbestände

### Missbrauchstatbestand

Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht

**oder**

### Treubruchstatbestand

die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt

und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

# Täter der Untreue bei Kreditvergabe

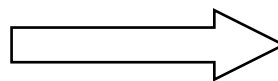
Voraussetzung:

**Qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht** gegenüber der Bank  
(setzt ein gewisses Maß an Eigenständigkeit und Bewegungsfreiheit voraus)

Kreditsachbearbeiter

(eigenverantwortliche Tätigkeit; Vermögensfürsorge)

Vorlage zur Entscheidung falsch



Vorstand

(eigenverantwortliche Leitung der Bank)

Aufsichtsrat

(Überwachung, Kontrolle des Vorstands; Verhinderung vermögensschädigender Handlungen)

## Rechtsstellung des Insolvenzverwalters

*OVG Nordrhein-Westfalen U. v. 24.11.2015 – 8 A 1073/14*

(102) Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlangt der Insolvenzverwalter die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen ([§ 80 Abs. 1 InsO](#)). Er hat zum einen als Vermögensverwalter der Insolvenzschuldnerin deren steuerliche Pflichten zu erfüllen und ist insoweit einem gesetzlichen Vertreter gleichgestellt ([§ 34 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 AO](#)) ... (wird) **im Interesse der Masse und damit der Gesamtheit der Insolvenzgläubiger** tätig ... hat ... aufgrund seiner Bestellung in Bezug auf die Insolvenzmasse ein Amt inne, kraft dessen er über die Insolvenzmasse verfügt. Insoweit ist er weder Organ der insolventen Gesellschaft noch vertritt er den Schuldner. Vielmehr ist er Inhaber eines privaten Amtes und als solcher Rechtspflegeorgan, dem die **Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis** über die Insolvenzmasse zusteht.

## **§§ 274, 275, 60 Abs. 2 InsO**

### **Rechtsstellung des Sachwalter nach InsO und ESUG**

Der Sachwalter hat

- die wirtschaftliche Lage des Schuldners zu prüfen,
- die Geschäftsführung und Ausgaben für die Lebensführung des Schuldners und
- die Angestellten des schuldnerischen Unternehmens zu überwachen,
- unverzüglich dem Gläubigerausschuss und dem Insolvenzgericht Umstände anzuzeigen, die erwarten lassen, dass die Fortsetzung der Eigenverwaltung zu Nachteile für die Gläubiger führt,
- bei Verbindlichkeiten des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes ein Widerspruchsrecht
- und ist für Entscheidungen von besonderer Bedeutung verantwortlich.

Der Sachwalter kann

- bei außergewöhnlichen Geschäften die Zustimmung verweigern
- die Kassenführung des Schuldners übernehmen.



# „Unabhängigkeit“ des vorläufigen Sachwalter /Insolvenzverwalters nach ESUG - §§ 270b, 56a InsO

*Bork*, ZIP 2013, 145 ff; *Vallender/Zipperer*, ZIP 2013, 149 ff;  
a.A. *Schmidt/Hölzle*, ZIP 2012, 2238 ff)

Die Unabhängigkeit des Verwalters ist ein Teilaspekt zur Geeignetheit

Geeignetheit und Unabhängigkeit und ihre richterliche Überprüfung dienen dem Schutz aller Verfahrensbeteiligten und dem öffentlichen Interesse an einer neutralen Rechtspflege.

Sie sind nicht disponibel – weder durch Beschluss der Gläubigerversammlung (§ 75 InsO) noch durch einstimmigen Besetzungsvorschlag eines vorläufigen Gläubigerausschusses (§ 56a Abs. 2 InsO).

## Insolvenzverwalter und Schuldnerorgan aus der Sicht des Untreue-Strafrechts

Der ***Insolvenzverwalter*** hat eine Treuepflicht i.S.d. § 266 StGB sowohl gegenüber der ***Gesamtheit der Gläubiger*** als auch gegenüber dem ***Schuldner***(unternehmen).

Nichts anderes gilt für den (***vorläufigen***) ***Insolvenzverwalter***, wobei allerdings der Inhalt der Treuepflicht nach dem Umfang der Aufgabendelegation variiert: Der ***starke Verwalter*** hat eine umfassende Treuepflicht, der ***Zustimmungsverwalter*** eine solche entsprechend seiner Zustimmungsbefugnis (und kann sich bei Verweigerung der Zustimmung wegen ***Unterlassens*** - § 13 StGB strafbar machen) und der ***schwache Verwalter/ Gutachter*** nur im Hinblick auf seine gutachterliche Tätigkeit hat.

Die ***Organe*** des Schuldnerunternehmens haben eine Treueposition gegenüber dem Vermögen der juristischen Person, wobei die Zustimmung der Gesellschafter bei Vorliegen einer der insolvenzrechtlichen Krise (oder bei zum Eintritt mitursächlichen Schädigungshandlungen) rechtlich unerheblich ist.

## Rechtsstellung des eigenverwaltenden Schuldners aus der Sicht des Strafrechts

Der **Schuldner als Eigenverwalter** hat danach sowohl eine Treuepflicht als *Organ des Schuldnerunternehmens* bezüglich deren Vermögen als auch als *Verwalter* bezüglich der **Masse**, als dem *Vermögen der Gesamtheit der Gläubiger*.

Der **Schuldner** ist – über § 14 StGB als **Organ der juristischen Person** (bzw. deren Bereichsleiter oder besonders Beauftragter) – tauglicher Täter der Bankrottnormen der §§ 283 bis 283c StGB. Durch *Beiseiteschaffen/Verheimlichen* von Bestandteilen der Masse machen sich diese Verpflichteten (regelmäßig *tateinheitlich*) wegen *Untreue und Bankrott* strafbar.

**Bankrott** kann auch *nach Eintritt der objektiven Strafbarkeitsbedingung* begangen werden – mithin auch nach Zahlungseinstellung und Abweisung des Insolvenzantrags mangels Masse und schließlich auch **nach Eröffnung des Verfahrens**. Soweit der **Schuldner** allerdings keine Verfügungsmacht (mehr) hat, liegt strafrechtlich relevante *Unmöglichkeit* vor.

## §§ 270a, 274, 275 InsO

### Untreue und Betrug durch eigenverwaltenden Schuldner und Verantwortung des vorläufigen Sachwalters

In der Eigenverwaltung muss der Schuldner die Insolvenzmasse im Interesse der Gläubiger verwalten und verwerten – im obliegt (wie dem Verwalter) eine Vermögensbetreuungspflicht i.S.d. § 266 StGB zugunsten der Gläubiger

Es ist streitig, ob die Anordnung der vorläufigen Sachwalterschaft im Antragsverfahren (Eröffnungsverfahren) gem. §§ 270a, 270b InsO durch das Insolvenzgericht gem. § 9 InsO zu veröffentlichen ist (vgl. hierzu *Frind*, ZIP 2012, 1591 ff.).

Droht bei dem Schuldner die Zahlungsunfähigkeit besteht die Gefahr, dass er seine Zahlungspflicht gegenüber einem Vorleistungspflichtigen bei Fälligkeit nicht erfüllen kann. In der Eigenverwaltung wird die Forderung des Gläubigers (bestenfalls) als Masseverbindlichkeit befriedigt. Sie wird häufig relevant wertgemindert sein. Hierüber täuscht der Schuldner, wenn er diesen Sachverhalt nicht vor Vertragsabschluss offenbart, weshalb regelmäßig Betrugsstrafbarkeit gegeben ist.

Obliegt dem vorläufigen Sachwalter nach §§ 270a Abs. 1, S.2, 275 Abs. 2 InsO die Kassenführung, ist die Erfüllung des Vertrages von seiner Zustimmung abhängig. Jedenfalls dann kommt eine Beihilfestrafbarkeit des vorl. Sachwalters in Betracht, wenn er solche Geschäfte nicht verhindert.

## Bankrottstrafbarkeit im eröffneten Verfahren

Der **Schuldner als Eigenverwalter** hat danach sowohl eine Treuepflicht als *Organ des Schuldnerunternehmens* bezüglich dieses **Vermögens** auch als Verwalter; in Bezug auf die **Masse** bezüglich des *Vermögens der Gesamtheit der Gläubiger*.

Der **Schuldner** ist auch tauglicher Täter der *Bankrottnormen* der §§ 283 bis 283c StGB; das Organ der juristischen Person (und deren Bereichsleiter und Beauftragte) über § 14 StGB. Durch Beiseiteschaffen/Verheimlichen von Bestandteilen der Masse machen sich diese Verpflichteten (regelmäßig *tateinheitlich*) wegen **Untreue und Bankrott** strafbar.

**Bankrott** kann auch nach Eintritt der objektiven Strafbarkeitsbedingung begangen werden – mithin auch nach Zahlungseinstellung und Abweisung des Insolvenzantrags mangels Masse und schließlich auch **nach Eröffnung des Verfahrens**. Soweit der *Schuldner* allerdings keine Verfügungsmacht (mehr) hat, liegt *bei ihm* strafrechtlich relevante **Unmöglichkeit** vor.

## Bankrottstrafbarkeit des Verwalters

Der **Schuldner als Eigenverwalter** bleibt Schuldner und somit tauglicher Täter des Bankrotts, auch wenn er mit der (Eigen-)Verwaltung betraut ist.

Aber auch der **Verwalter** ist tauglicher Täter der *Bankrottnormen* der §§ 283 bis 283c StGB!

Nach im Strafrecht hM ist der **Verwalter** entweder gesetzlicher Vertreter des Schuldners (§ 14 Abs. 1 Nr. 3 StGB, als „*Starker*“) oder jedenfalls ausdrücklich mit der Wahrnehmung von „Inhaber“-Aufgaben Beauftragter (§ 14 Abs. 2 Nr. 2 StGB, als „*Zustimmer*“) – und insofern ebenfalls **tauglicher Täter des Bankrottstrafrechts**.

Dies ist nicht nur für **Vermögensschmälerungsdelikte** (Beiseiteschaffen/Verheimlichen, Spekulationsgeschäfte, grob wirtschaftswidrige Vermögensschmälerung), sondern auch für die **Delikte des Rechnungswesens** (Führung und Aufbewahrung von Handelsbücher, Bilanzerstellung) bedeutsam.

**Bankrott** ist auch bei **Fahrlässigkeit und als Versuch** strafbar (§ 283 Abs. 4 und 5 StGB)!

## Beitragshinterziehung und Eigenverwaltung

Ist der **Schuldner Arbeitgeber**, so bleibt er dies auch als Eigenverwalter. Der (**starke**) **Fremdverwalter** wird Arbeitgeber; der **Zustimmungsverwalter** und der mit der **Kassenführung beauftragte Sachwalter** machen sich wegen Unterlassens strafbar (§§ 266a, 13 StGB), wenn sie die vom Schuldner angeforderte Zustimmung verweigern bzw. den Betrag nicht freigeben.

*AG Essen B. v. 01.09.2015 – 163 IN 14/15, ZInsO 2015, 1981 f.:*

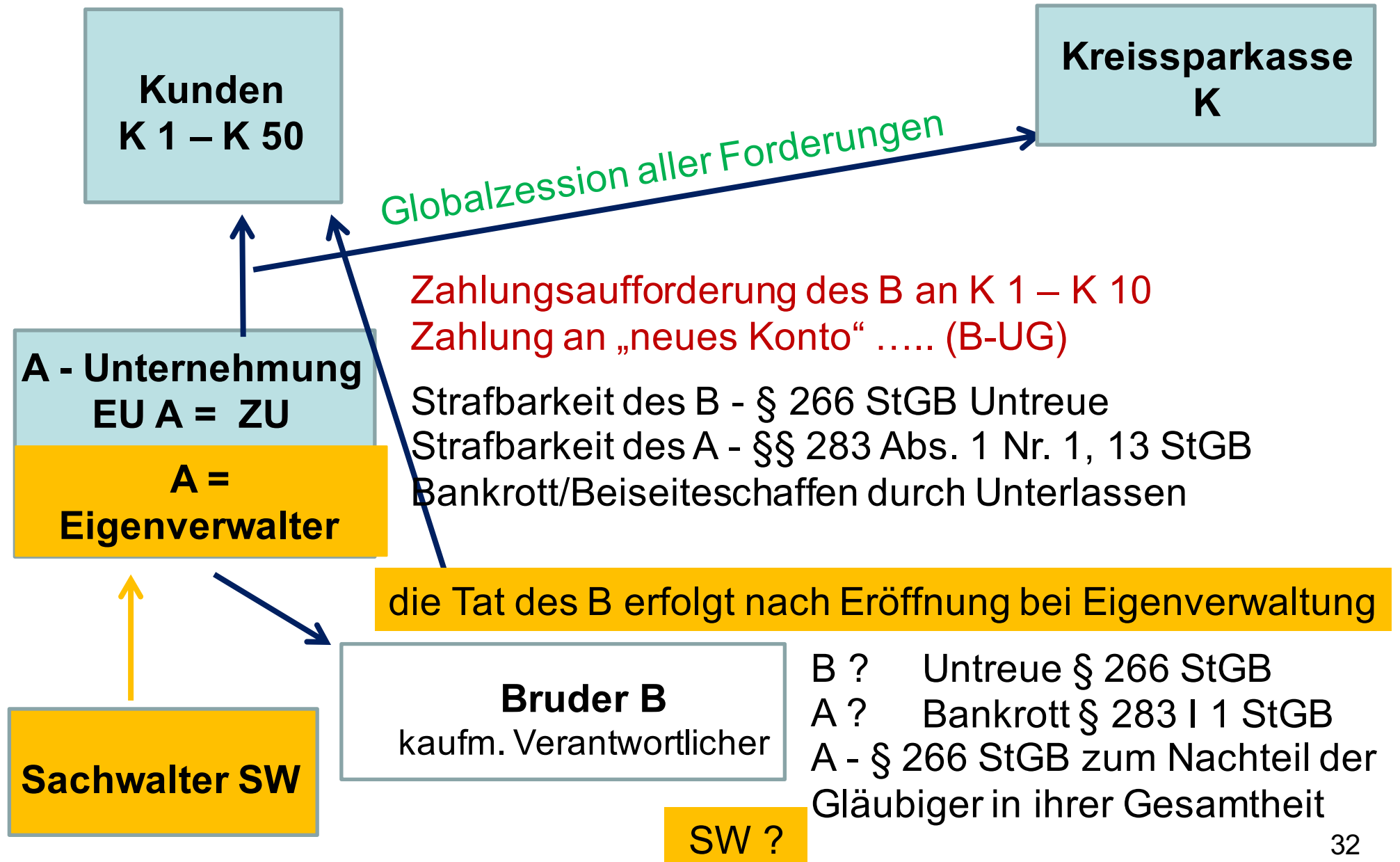
(18) Eine [Strafbarkeit](#) nach [§ 266a StGB](#) führt in einem Eigenverwaltungsverfahren einer natürlichen Person zu der konkreten Gefahr, dass der Schuldner die Sozialversicherungsträger nach Insolvenzeröffnung mit Mitteln der Insolvenzmasse befriedigt, um dies in dem noch folgenden Strafverfahren als strafmildernden Umstand geltend zu machen.

*AG Hannover B. v. 08.05.2015 – 909 IN 264/15, Frind, EWiR 2015, 651*

... Zustimmungsvorbehalt des Sachverwalters ... Die Anordnung soll allein dazu dienen, dem Schuldner die Leistungen gegenüber den Sozialversicherungsträgern zu verweigern, ohne sich gemäß [§ 266 Abs. 1 StGB](#) strafbar zu machen.

# Bankrott durch Unterlassen

nach LG Hildesheim U. v. 13.02.2014 – 21a Ns 25 Js 34542/12, ZInsO 2015, 352 f.





## §§ 270b, 92 InsO

Untreue durch Geschäftsführer und (vorl.) Sachwalter  
AG Stendal B v 31.08.2013 – 7 IN 164/12, ZIP 2012, 1875; EWiR 2012, 705  
(*Schulte-Kaubrügger*); ZIP 2012 2171; LG Stendal ZIP 2013 1389

Die Schuldnerin hat mit Zustimmung des vorl. Sachwalters (SW) und nach gerichtlicher Ermächtigung ein Massedarlehen in Höhe von 2 Mio. € aufgenommen.


Wie von vornherein beabsichtigt wurde „der Bestand des Darlehens daran gebunden“, dass der vorläufige SW zum endgültigen SW bestimmt wird, was dem Insolvenzgericht verheimlicht wird. Außerdem wird das Darlehen auf 2 Mio. € erhöht.

Das AG eröffnet, ordnet Eigenverwaltung an und bestimmt einen anderen SW. Der Darlehensgeber kündigt das Darlehen.

Das AG bestellt einen Sonderverwalter zur Prüfung und Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen der Schuldnerin gegen den SW, die Geschäftsführer und die Darlehensgeberin wegen „möglicherweise pflichtwidriger Personenbindung des Darlehens und Darlehensaufstockung“. Die Sonderverwaltung führt zu Mehrkosten.

**Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit und bitte  
um Ihre Fragen und Kritik**

Oberstaatsanwalt (HAL) a. D. Dr. Hans Richter

 0711 556627

 0160 92395576

E-Mail: [Dr.Hans.E.Richter@t-online.de](mailto:Dr.Hans.E.Richter@t-online.de)