

Insolvenzstrafrecht

Rechtsanwalt Norman Lenger und Rechtsanwalt Dr. Henner Apfel,¹ beide Düsseldorf

Grundzüge des Insolvenzstrafrechts III - Prozessuales

Im ersten und zweiten Teil dieser Beitragsreihe wurde unter I. bis VI. nach einer kurzen Einleitung in die Terminologien, den potentiellen Täterkreis, die Krisenmerkmale und in das materielle Insolvenzstrafrecht - dabei die Insolvenzstraftaten im engeren und im weiteren Sinne - eingeführt. Im hiesigen abschließenden dritten Teil stellen wir einige grundlegende prozessuale Besonderheiten des Insolvenzstrafverfahrens dar.

VII. Ausgewählte prozessuale Probleme

In praktisch-prozessualer Hinsicht stellt sich die Frage, auf welche Erkenntnisquellen sich die Staatsanwaltschaft (und ggf. auch das Gericht) stützen kann, um den Sachverhalt zu erforschen, § 160 Abs. 1 StPO. Innerhalb dieser Fragestellung erlangt die Problematik, inwieweit der Insolvenzschuldner als Erkenntnisquelle gegen sich selbst genutzt werden darf, besondere Bedeutung.

1) Insolvenzrechtliche Mitwirkungspflichten vs. Selbstbelastungsfreiheit

Im Insolvenzstrafverfahren prallen Mitwirkungspflichten innerhalb des Insolvenzverfahrens und das strafprozessuale hohe Gut der Selbstbelastungsfreiheit aufeinander. Diesen Konflikt, der regelmäßig bereits in der Einleitung des Ermittlungsverfahrens angelegt ist, gilt es aufzulösen.

a) Einleitung des Ermittlungsverfahrens nach den MiZi

Ermittlungsverfahren, die Insolvenzstraftaten zum Gegenstand haben, werden etwa durch Strafanzeigen von Gläubigern oder ehemaligen Mitarbeitern in Gang gesetzt. Die Mehrzahl der Ermittlungsverfahren ist jedoch automatische Folge der in der „Anordnung über die Mitteilung in Zivilsachen“ (MiZi) festgelegten Pflichten der Amtsgerichte in ihrer Funktion als Vollstreckungs- und Insolvenzgerichte, die Staatsanwaltschaft über bestimmte Sachverhalte zu informieren. Mitteilungspflichten in Vollstreckungsverfahren ergeben sich aus MiZi, 2. Teil, 3. Abschnitt, VI., Nr. 2: die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung nach § 807 ZPO und der Erlass eines Haftbefehls nach § 901 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). Nach MiZi, 2. Teil, 3. Abschnitt, IX., Nr. 2 und 3 sind der Staatsanwaltschaft darüber hinaus die Abweisung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse (§ 45 VAG, § 26 Abs. 1 S. 1 InsO, § 31 InsO, § 13 Abs. 1 Nr. 4 EGGVG), die Eröffnung des Insolvenzverfahrens (auch bei Anordnung der Eigenverwaltung unter Aufsicht eines Sachwalters) sowie die Eröffnung eines Verbraucherinsolvenzverfahrens (§ 31 InsO, § 270 InsO, § 304 InsO, § 45 VAG, § 13 Abs. 1 Nr. 4 EGGVG) mitzuteilen.

Betreffen die Mitteilungen natürliche Personen, so prüft die Staatsanwaltschaft im Wege der Vorermittlung, ob sich ein Anfangsverdacht nach § 152 StPO ergibt. Steht eine juristische Person im Fokus der möglichen Insolvenz, so lässt sich der Anfangsverdacht häufig bereits aus aktenkundigen erfolglosen Vollstreckungsversuchen und/oder eidesstattlichen Versicherungen ableiten.² Stets erfolgt die Prüfung auf Grundlage der Insolvenzakten, die sich die Staatsanwaltschaft vom Gericht übersenden lässt. Hinsichtlich dieser Akten schließen

¹ Norman Lenger ist Fachanwalt für Steuerrecht und in der Wirtschaftskanzlei bb [sozietät] Buchalik Brömme-kamp (www.bb-soz.de), Düsseldorf, tätig. Dr. Henner Apfel ist Fachanwalt für Strafrecht und in der Kanzlei Albert & Piel (www.albert-piel.de), Düsseldorf, tätig.

² Dazu Köhler in: *Wabnitz/Janowsky*, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 3. Aufl., 2007, 7. Kap., Rn. 347; *Weyand/Diversy*, Insolvenzdelikte, 8. Aufl., 2010, Rn. 169 f.

sich die Fragen an, welche Informationen nicht nur über, sondern vor allem vom Schuldner Akteninhalt geworden sind, und ob diese Informationen verwandt werden dürfen.

Auskünfte des Schuldners

b) Mitwirkungspflichten des Insolvenzschuldners nach § 97 Abs. 1 S. 1 InsO

Die Insolvenzakte enthält als wesentliche Bestandteile Angaben des Insolvenzschuldners bzw. der Geschäftsleitung. Dies ist Folge der enorm praxisrelevanten Mitwirkungspflichten des Schuldners im Insolvenzverfahren als nicht zu unterschätzende Erkenntnisquelle für die Ermittlungsbehörden. Nach § 97 Abs. 1 S.1 InsO ist der Schuldner verpflichtet, dem Insolvenzgericht, dem Insolvenzverwalter, dem Gläubigerausschuss und auf Anordnung des Gerichts der Gläubigerversammlung über alle das Verfahren betreffende Verhältnisse Auskunft zu geben. Die Auskunftspflicht geht soweit, dass auch Tatsachen zu offenbaren sind, die geeignet sind, eine Verfolgung wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit herbeizuführen. Besonders prekär wird die Angelegenheit dadurch, dass – was noch zu zeigen ist – die Rechtsprechung mittlerweile dazu übergeht, das Verwertungsverbot des § 97 Abs.1 S. 3 InsO tatsächlich nur gegenüber dem Insolvenzgericht, dem Insolvenzverwalter, dem Gläubigerausschuss und – auf Anordnung des Gerichts - der Gläubigerversammlung anzuerkennen. Im Insolvenzverfahren gibt es als weitere auskunftsberechtigte Personen aber noch den Gutachter und – seit In-Kraft-Treten des ESUG³ am 01.03.2012 – den vorläufigen Sachwalter.

aa) Umfang der Auskunftspflicht

Der Schuldner muss den am Insolvenzverfahren Beteiligten über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse Auskunft geben, gegenüber der Gläubigerversammlung allerdings nur auf Anordnung des Gerichts. Damit soll ein gewisser Schutz des Schuldners erreicht werden. Die Aussageverpflichtung betrifft insbesondere die Umstände der Insolvenz, das Vermögen des Schuldners, Aus- und Absonderungsrechte, mögliche Anfechtungsansprüche und die Werthaltigkeit und Berechtigung einzelner Forderungen. Den Schuldner trifft darüber hinaus uneingeschränkt eine Auskunftspflicht über sein im Ausland befindliches Vermögen.⁴ Weiterführende Pflichten treffen den Schuldner nicht. Er ist nicht verpflichtet, für die Insolvenzmasse zu arbeiten. Tatsächliche Arbeit ist entsprechend vom Insolvenzverwalter zu vergüten.

bb) Verhältnisse der Gesellschaft

Der Schuldner hat insbesondere über die Verhältnisse der Gesellschaft Auskunft zu erteilen. Im Einzelnen gehören hierzu alle Auskünfte über die Gesellschafter, die Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer, Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten; ferner die Gründe für den Zusammenbruch, die laufenden bzw. schwebenden zivilrechtlichen Auseinandersetzungen, die einzelnen Positionen des Aktivvermögens,⁵ aber auch die Angabe der wichtigsten Schuldposten, die zur Zahlungsunfähigkeit führten.⁵

cc) Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

Die Auskunftspflicht des Schuldners erstreckt sich auch auf Tatsachen, die zu seiner eigenen Verfolgung wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit führen könnten (§ 97 Abs. 1 S. 2 InsO). Die Rechte der Gläubiger sind gegenüber dem Schutz vor Selbstbelastung nach Auffassung des Gesetzgebers vorrangig.⁶ Dem Schuldner steht kein Aussageverweigerungsrecht zu. Er wird durch ein Beweisverwendungsverbot im eigenen Strafverfahren und im Verfahren der nahen Angehörigen (vermeintlich) ausreichend geschützt.⁷

c) Verwendungsverbot nach § 97 Abs. 1 S. 3 InsO

Gemäß § 97 Abs. 1 S. 3 InsO darf eine Auskunft, die der Schuldner gemäß seiner Verpflichtung nach Satz 1 erteilt, in einem Strafverfahren oder in einem Verfahren nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten gegen den Schuldner oder einen in § 52 Abs. 1 StPO bezeichne-

³ Gesetz zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen.

⁴ BGHZ 68, 16 = KTS 1977, 172 = NJW 1977, 900.

⁵ Wittkowski in: Nerlich/Römermann, InsO, 22. Erg.Lfr., Rn. 2.

⁶ Uhlenbruck in: Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl., 2010, § 97, Rn. 2.

⁷ So jedenfalls die Ansicht BVerfGE 56, 41 f. = ZIP 1981, 361 = NJW 1981, 1431.

ten Angehörigen des Schuldners nur mit Zustimmung des Schuldners verwendet werden. Das Verwendungsverbot umfasst auch Tatsachen, zu denen die Aussage den Weg gewiesen hat.⁸ Die Strafverfolgungsbehörden sind jedoch nicht gehindert, bereits ihnen bekannte Tatsachen zu verwerten. Der Insolvenzverwalter ist bei der Erfüllung seiner Aufgaben im Interesse der zu befriedigenden Gläubiger auf umfassende Informationen seitens des Schuldners angewiesen. Das Informationsbedürfnis des Insolvenzverwalters geht nach der Vorstellung des Gesetzgebers daher weiter als das der staatlichen Ermittlungsbehörden im Straf- oder Ordnungswidrigkeitenrecht.⁹

aa) Beispielfall

Ausgangssituation ist regelmäßig folgender (fiktiver) Sachverhalt:

Am 05.04.2012 wird über das Vermögen der Textil GmbH die vorläufige Insolvenzverwaltung angeordnet und Herr Rechtsanwalt K zum vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt. Der Beschluss beinhaltet, was folgt:

Amtsgericht Neustadt, Aktenzeichen: 39 IN 0/11

In dem Insolvenzeröffnungsverfahren über das Vermögen

der im Register des Amtsgerichts Neustadt unter HRB XXXX eingetragenen Textil GmbH, X- Str. 142, 12345 Beispielstadt, gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer D, Y-Str. 10, 56789 Ort

Geschäftszweig: Einzelhandel mit Textilien und anderen Handelsartikeln, insbesondere mit Sportartikeln

ist am 05.04.2012, um 11:57 Uhr angeordnet worden (§§ 21, 22 InsO):

Zum vorläufigen Insolvenzverwalter wird Rechtsanwalt K, Arbeitsstraße 25, 47800 Ort bestellt.

Verfügungen der Schuldnerin über Gegenstände ihres Vermögens sind nur noch mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam (§ 21 Abs. 2 Nr. 2 2. Alt. InsO).

Den Schuldnern der Schuldnerin (Drittschuldnern) wird verboten, an die Schuldnerin zu zahlen. Der vorläufige Insolvenzverwalter wird ermächtigt, Bankguthaben und sonstige Forderungen der Schuldnerin einzuziehen sowie eingehende Gelder entgegenzunehmen. Die Drittschuldner werden aufgefordert, nur noch unter Beachtung dieser Anordnung zu leisten (§ 23 Abs. 1 S. 3 InsO).

Maßnahmen der Zwangsvollstreckung einschließlich der Vollziehung eines Arrests oder einer einstweiligen Verfügung gegen die Schuldnerin werden untersagt, soweit nicht unbewegliche Gegenstände betroffen sind; bereits begonnene Maßnahmen werden einstweilen eingestellt (§ 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO).

39 IN 0/11 Amtsgericht Neustadt, 05.04.2012

Der Geschäftsführer der Textil GmbH wird zu einem Termin mit dem vorläufigen Insolvenzverwalter geladen. In Erfüllung seiner Verpflichtungen aus § 97 InsO gibt er dem vorläufigen Insolvenzverwalter umfassend Auskunft und übergibt ihm sämtliche Geschäftsunterlagen. Die Zustimmung zur Verwendung im Strafverfahren gibt der Geschäftsführer nicht. Können die Angaben verwendet werden?

Lösung:

Gemäß § 97 InsO bestehen die Auskunft- und Mitwirkungspflichten gegenüber einem Insolvenzverwalter. Der Insolvenzverwalter existiert allerdings erst nach Verfahrenseröffnung. Die Verfahrenseröffnung erfolgt mit dem entsprechenden Eröffnungsbeschluss. Vorliegend ist ein Insolvenzverfahren noch nicht eröffnet. Vielmehr befinden wir uns im Beispielfall erst im Insolvenzeröffnungsverfahren. Hier könnte man die Auffassung vertreten, dass sich der Geschäftsführer nicht auf das Beweisverwertungsverbot berufen darf. Dem ist nicht so. Die Auskunft- und Mitwirkungspflichten des Schuldners bzw. Schuldnervertreters gem. § 97 bestehen auch im Insolvenzeröffnungsverfahren (§ 20 Abs. 1 S. 2 InsO). Gem. § 22 Abs. 3 S. 3

⁸ LG Stuttgart ZInsO 2001, 135, krit. dazu *Hefendehl*, wistra 2003, 1.

⁹ *Leithaus* in: Andres/Leithaus, InsO, 2. Aufl., 2011, § 97, Rn. 2.

Problem: Insolvenzeröffnungsverfahren

InsO ist der Schuldner auch gegenüber dem vorläufigen Insolvenzverwalter verpflichtet, die erforderlichen Auskünfte zu erteilen, sodass sich das Beweisverwendungsverbot grds. auch hierauf bezieht. Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um einen „starken“ Insolvenzverwalter (Verwalter, auf den die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis übergegangen ist) oder um einen „schwachen“ Insolvenzverwalter (Verwalter mit Zustimmungsvorbehalt) handelt.

bb) Sonderproblem: Informationen gegenüber einem Gutachter (Beispiel nach OLG Jena, Beschluss vom 12.08.2010 - 1 Ss 45/10)

In der Praxis kommt es nicht selten vor, dass statt einem vorläufigen Insolvenzverwalter zunächst ein Gutachter bestellt wird. Ein entsprechender Beschluss kann wie folgt aussehen:

AMTSGERICHT KLEVE	
BESCHLUSS	
In dem Insolvenzeröffnungsverfahren	
- Gläubigerin -	
Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte B	Düsseldorf
gegen	
die im Register des Amtsgerichts Kleve unter HRB	eingetragene
Geschäftsführer	gesetzlich vertreten durch den
- Schuldnerin -	
Verfahrensbevollmächtigte:	

wird zur Aufklärung des Sachverhalts angeordnet (§ 5 InsO):

Es soll ein schriftliches Sachverständigengutachten gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 3 InsO darüber eingeholt werden,

- ob ein nach der Rechtsform der Schuldnerin maßgebender Eröffnungsgrund vorliegt,
- welche Aussichten für eine Fortführung des schuldnerischen Unternehmens bestehen,
- ob Anlass für Sicherungsmaßnahmen gegeben ist,
- ob das schuldnerische Vermögen die -zu schätzenden- Kosten des Verfahrens decken wird; wobei nachvollziehbar die für die Eröffnung des Verfahrens (§§ 26 Abs.1 Satz 1, 54 InsO) erforderlichen Kosten anzugeben sind,

Schließlich mag der Sachverständige im Hinblick auf die Möglichkeit, gem. § 5 Abs. 2 InsO das schriftliche Verfahren zu bestimmen, seine Beurteilung dahingehend abgeben, welche Verfahrensweise er für sachgerecht hält.

Mit der Erstattung des Gutachtens wird

Rechtsanwalt*

beauftragt.

Der Sachverständige ist berechtigt, Auskünfte über die schuldnerischen Vermögensverhältnisse bei Dritten einzuholen.

Die Schuldnerin hat dem Sachverständigen Einsicht in die Bücher und Geschäftspapiere zu gestatten und sie auf Verlangen bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Verfahrens herauszugeben.

Schließlich hat sie dem Sachverständigen alle Auskünfte zu erteilen, die zur Aufklärung der schuldnerischen Einkommens- und Vermögensverhältnisse erforderlich sind.

Bei Missachtung dieser Pflicht kann das Gericht die Schuldnerin bzw. den organschaftlichen Vertreter der Schuldnerin zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung laden, zwangsweise vorführen lassen oder in Haft nehmen (§§ 97, 98, 101 InsO).

Hier stellt sich die Frage, ob grundsätzlich auch in diesen Fällen ein Beweisverwendungsverbot besteht, wenn der Schuldner oder das vertretungsberechtigte Organ Auskünfte erteilt oder an der Sachverhaltsaufklärung mitwirkt. Bemerkenswert ist insoweit eine aktuelle Entscheidung des OLG Jena.

- **Die Entscheidung des OLG Jena**

Nach Auffassung des Gerichts war der Angeklagte nicht verpflichtet, dem bestellten Insolvenzgutachter Auskunft zu erteilen. Das Gericht führt aus, dass somit hinsichtlich der durch auszugsweise Verlesung des Gutachtens in das Verfahren eingeführten und im Urteil festgestellten Auskünfte des Angeklagten gegenüber dem Gutachter kein Verwendungsverbot nach § 97 Abs. 1 S. 3 InsO bestehe. Gemäß § 97 Abs. 1 S. 1 InsO sei der Schuldner nur verpflichtet, dem Insolvenzgericht, dem Insolvenzverwalter, dem Gläubigerausschuss und auf Anordnung des Gerichts der Gläubigerversammlung über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse Auskunft zu geben. Dass der Angeklagte einem nach dieser Vorschrift Auskunftsberechtigten Auskunft erteilt habe, trägt die Revisionsbegründung nicht vor, sondern führt aus, dass der Angeklagte gegenüber dem bestellten Gutachter Auskunft gemäß § 97 Abs. 1 InsO gegeben habe. Der Gutachter sei in § 97 Abs.1 S.1 InsO jedoch nicht genannt. Die Insolvenzordnung räume dem Gutachter im Eröffnungsverfahren auch keine Sonder-

Problem Gutachter

rechte ein. Vielmehr bestimme sich seine Rechtsstellung grundsätzlich über § 4 InsO nach den §§ 144, 402 ff. ZPO. Danach könne das Insolvenzgericht dem Sachverständigen Weisungen erteilen, § 404a ZPO, und ihm überdies nach Maßgabe des § 404a Abs. 4 ZPO auch gestatten, eigene Ermittlungen durch Kontaktaufnahme mit Zeugen oder dem Insolvenzschuldner anzustellen. Der Gutachter habe allerdings keine Zwangsbefugnisse gegenüber den Verfahrensbeteiligten oder Dritten. Die Mitwirkungspflichten des Schuldners und seiner organschaftlichen Vertreter würden gegenüber dem Gutachter nicht eingreifen.

Ein Verwendungsverbot bestehe nach § 97 Abs. 1 S. 3 InsO auch nicht im Hinblick auf die vom Angeklagten dem Gutachter übergebenen Geschäftsabschlüsse der Jahre 2000 bis 2002 und die vorläufigen Auswertungen für die Geschäftsjahre 2003 und 2004. Dies gelte unabhängig davon, dass das Insolvenzgericht dem Schuldner aufgegeben hat, dem Gutachter Zugang zu den Geschäftsunterlagen zu verschaffen und weiter angeordnet hat, dass der Gutachter berechtigt ist, diesen Zugang wie ein Eigentümer zu verlangen. Die Auskunftspflicht des Schuldners nach § 97 Abs. 1 S. 1 InsO, auf die sich das Verwendungsverbot des Satzes 3 ausschließlich bezieht, umfasse nicht die Pflicht zur Vorlage von Unterlagen; diese treffe den Insolvenzschuldner vielmehr nur im Rahmen der allgemeinen Mitwirkungspflicht nach § 97 Abs. 2 InsO. Auf diese Mitwirkungspflicht aber erstreckte sich das Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO nach Entstehungsgeschichte, Wortlaut, systematischer Stellung und Schutzzweck der Vorschrift nicht.

- **Stellungnahme**¹⁰

Diese Entscheidung ist problematisch, weil der Gemeinschuldner zum einen in vielen Fällen von einer Auskunftspflicht gegenüber dem gerichtlich bestellten Gutachter ausgehen wird. Zum anderen löst sie das Spannungsverhältnis zwischen den Auskunfts- und Mitwirkungspflichten nach der Insolvenzordnung und dem strafrechtlichen nemo-tenetur-Grundsatz nicht richtig auf. Im Eröffnungsverfahren bestehen die Auskunfts- und Mitwirkungspflichten ausschließlich gegenüber dem Insolvenzgericht. Das folgt bereits aus dem Gesetz (§ 20 Abs. 1 InsO). Kommt der Schuldner seiner Auskunfts- und Mitwirkungspflicht nicht nach, kann ihm die Restschuldbefreiung versagt werden (§ 290 Abs. 1 Nr. 5 InsO).

Es ist daher zu kurz gesprungen, wenn das Gericht ausführt: „Die Insolvenzordnung räumt dem Gutachter im Eröffnungsverfahren [...] keine Sonderrechte ein. [...] Der Gutachter hat [...] keine Zwangsbefugnisse gegenüber den Verfahrensbeteiligten oder Dritten. Die Mitwirkungspflichten des Schuldners und seiner organschaftlichen Vertreter greifen gegenüber dem Gutachter nicht ein.“

Denn das Insolvenzgericht überträgt seine Ermittlungen zu den Eröffnungsvoraussetzungen regelmäßig auf einen Sachverständigen, wenn nicht sofort ein vorläufiger Insolvenzverwalter mit den entsprechenden Ermittlungsbefugnissen eingesetzt wird. In einem solchen Fall besteht die Auskunfts- und Mitwirkungspflicht des Schuldners selbstverständlich auch gegenüber dem Sachverständigen.¹¹ Dieser ist nämlich als Gehilfe des Gerichts im Rahmen seines Auftrags berechtigt, vom Schuldner Auskunft und Mitwirkung zu verlangen. Auch er kann zwangsweise seinen Anspruch – wenn auch mit Hilfe des Gerichts – durchsetzen. Es macht daher faktisch überhaupt keinen Unterschied, ob sich der Schuldner gegenüber dem Insolvenzgericht persönlich äußert, oder gegenüber einem von diesem bestellten und mit Ermittlungsbefugnissen ausgestatteten Gutachter. Da auch der Gutachter die Hilfe des Gerichts in Anspruch nehmen kann, besteht auch nicht zwingend Veranlassung – wie das OLG meint – sofort einen vorläufigen Insolvenzverwalter einzusetzen. Abgesehen davon hinge die Schutzwirkung des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO vom Zufall ab, nämlich davon, ob nunmehr ein Gutachter oder ein (vorläufiger) Insolvenzverwalter bestellt wird. Es kann also für die Anwendung des Schutzes nach § 97 Abs. 1 S. 3 InsO im Kern nur darauf ankommen, ob eine Selbstbezeichnung (abstrakt) erzwungen werden kann. Es macht unseres Erachtens keinen Unterschied, ob der Zwang originär durch das Gericht, mittelbar auf Antrag eines Gutachters bzw. vorläufigen Insolvenzverwalters oder aufgrund anderer heteronomer Nachteile, wie etwa die Versagung der Restschuldbefreiung wegen fehlender Mitwirkung, präsent ist. Schließlich kann eine Parallele zum strafprozessualen Vernehmungsbegriff und den daraus

*Faktische Zwangsbefugnisse
des Gutachters*

*Parallele zur
Vernehmungssituation*

¹⁰ Ausführlich hierzu Lenger, NZI 2011, 382 ff.

¹¹ Ebenso BGH ZVI 2005, 551 f.; LG Aachen ZVI 2005, 552 f.

folgenden Belehrungspflichten gezogen werden:¹² hier ist der entscheidende Gesichtspunkt für eine Vernehmungssituation, dass der Vernehmende in amtlicher Funktion dem Beschuldigten gegenübertritt. Der gerichtlich bestellte Gutachter im Insolvenzverfahren übt eine amtliche Funktion aus, sodass der regelmäßig von einer Auskunftspflicht ausgehende Insolvenzschuldner - ebenso wie der Beschuldigte in der Vernehmungssituation - eines besonderen Schutzes bedarf. Dieser Schutz kann im Insolvenzverfahren durch eine Belehrung über die Freiwilligkeit der Auskünfte umgesetzt werden. Unterbleibt diese, so greift unseres Erachtens das Verwendungsverbot.

cc) Sonderproblem: Der vorläufige Sachwalter – das unbekannte Wesen?!

Wie bereits erörtert, ist das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) seit dem 01.03. 2012 in Kraft. Neben den bisher bekannten und möglichen Akteuren im Eröffnungsverfahren – vorläufiger „starker“, „schwacher“ oder „halbstarker“ Insolvenzverwalter – tritt nunmehr noch zusätzlich ein vorläufiger Sachwalter. Es stellt sich nunmehr die Frage, ob und ggf. wie weit ein etwaiges Verwendungsverbot i.S.d. § 97 Abs. 1 S. 3 InsO greift, wenn der Schuldner seinen Auskunfts- und Mitwirkungspflichten gegenüber dem vorläufigen Sachwalter nachkommt. Nach § 270a Abs. 1 S. 2 InsO bestimmt sich die Rechtsstellung des vorläufigen Sachwalters im Eröffnungsverfahren nach den §§ 274, 275 InsO. Vorbenannte Paragraphen haben sich während der Reform nicht geändert und regeln die Rechte und Pflichten des Sachwalters nach Anordnung der Eigenverwaltung im eröffneten Insolvenzverfahren. Der vorläufige Sachwalter wird dem endgültigen Sachwalter (im eröffneten Verfahren) nicht nur hinsichtlich Haftung und Vergütung gleichgestellt.

Insbesondere hat er auch die wirtschaftliche Lage des Schuldners zu prüfen und die Geschäftsführung zu überwachen. Das bedeutet, dass auch der vorläufige Sachwalter in der Regel zu prüfen hat, ob ein Antragsgrund i.S.d. Insolvenzordnung vorliegt. Ferner hat er zu prüfen, ob eine verfahrenskostendeckende Masse für eine Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegeben ist. Das Betretungs- und Einsichtsrechts in die Geschäftsräume und Unterlagen des schuldnerischen Unternehmens ist ihm ebenfalls gewährt (vgl. § 274 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 22 Abs. 3 InsO). Darüber hinaus gilt auch die Anzeigepflicht des Sachwalters nach § 274 Abs. 3 InsO für die vorläufige Eigenverwaltung entsprechend. Das heißt, er hat insbesondere für die Gläubiger nachteilige Umstände anzuzeigen, die in dem Verbleiben der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis bei der Geschäftsleitung begründet sind. Dies gilt etwa, wenn der Schuldner für die Masse nachteilige Rechtsgeschäfte eingegangen ist. Entsprechend anzuwenden ist auch das Mitwirkungsrecht des Sachwalters nach § 275 InsO. Danach soll der Schuldner auch im Eröffnungsverfahren Verbindlichkeiten, die nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören, nur mit Zustimmung des vorläufigen Sachwalters eingehen. Bei Verbindlichkeiten, die zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehören, hat der vorläufige Sachwalter ein Widerspruchsrecht. Schließlich kann sich der vorläufige Sachwalter nach § 275 Abs. 2 InsO die Kassenführung vorbehalten.


Der vorläufige Sachwalter hat somit im Schwerpunkt eine überwachende Rechtsstellung. Kraft Gesetzes ausgeschlossen ist es, neben oder statt dem vorläufigen Sachwalter einen vorläufigen Insolvenzverwalter zu bestellen und/oder ein allgemeines Verfügungsverbot aufzuerlegen (§ 270a Abs. 1 Nr. 1 sowie Nr. 2 InsO).

Die entsprechenden Beschlüsse sind regelmäßig wie folgt gefasst:

¹² BGHSt (GrS) 42, 139, 145 m.w.N.; Meyer-Goßner, StPO, 54. Auflage, 2011, § 136a Rn. 4.

Abb.: 1: Anordnung der vorläufigen Sachwaltung (§ 270a InsO ohne Schutzschirm)

43 IN 370/12 - Abschrift -



AMTSGERICHT BIELEFELD
BESCHLUSS

In dem Insolvenzeröffnungsverfahren über das Vermögen

der im Handelsregister des Amtsgerichts Bad Oeynhausen unter HRB _____
eingetragenen _____
gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer _____

Geschäftszweig: Betrieb einer Gießerei, der Handel mit Gießergezeugnissen sowie die Durchführung aller damit zusammenhängenden Geschäfte

wird angeordnet (§ 270 a InsO):

Zum vorläufigen Sachwalter wird Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater _____ bestellt.

Maßnahmen der Zwangsvollstreckung einschließlich der Vollziehung eines Arrests oder einer einstweiligen Verfügung gegen die Schuldnerin werden untersagt, soweit nicht unbewegliche Gegenstände betroffen sind; bereits begonnene Maßnahme werden einstweilen eingestellt (§ 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO).

Gegenstände, deren Aussonderung verlangt werden könnte oder die im Falle der Eröffnung des Verfahrens von § 166 erfasst würden - d. h. bewegliche Sachen im Besitz die Schuldnerin, an denen ein Absonderungsrecht besteht, sowie Forderungen mit Ausnahme der in § 166 Abs. 3 InsO genannten, welche die Schuldnerin zur Sicherung eines Anspruchs abgetreten hat-, dürfen von den Gläubigern nicht verwertet oder eingezogen werden. Diese Gegenstände dürfen von der Schuldnerin nach Maßgabe des § 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO zur Fortführung des schuldnerischen Unternehmens eingesetzt werden, da sie hierfür von erheblicher Bedeutung sind.

Der vorläufige Sachwalter ist berechtigt, die Geschäftsräume und betrieblichen Einrichtungen der Schuldnerin einschließlich der Nebenräume zu betreten und dort Nachforschungen anzustellen. Er ist berechtigt, Auskünfte über die schuldnerischen Vermögensverhältnisse bei Dritten einzuholen.


Der vorläufige Sachwalter wird zugleich beauftragt, sachverständig zu prüfen, ob ein nach der Rechtsform der Schuldnerin maßgeblicher Eröffnungsgrund vorliegt und welche Aussichten für eine Fortführung des schuldnerischen Unternehmens bestehen. Er hat ferner zu prüfen, ob das schuldnerische Vermögen die Kosten des Verfahrens voraussichtlich decken wird (§ 22, Abs. 1, Nr. 3, Abs. 2 InsO).

Falls der vorläufige Sachwalter den Auftrag nicht binnen sechs Wochen vollständig erfüllen kann, ist dem Gericht ein Zwischenbericht zu erstatten.

Bielefeld, 02.04.2012
Amtsgericht

Richterin am Amtsgericht

Abb.: 2: Anordnung eines Schutzschirmverfahrens (§ 270b InsO)

- Abschrift -	
504 IN 123/12	
AMTSGERICHT DÜSSELDORF BESCHLUSS	
In dem Insolvenzeröffnungsverfahren über das Vermögen	
der im Handelsregister des Amtsgerichts Düsseldorf unter HRB eingetragen	
, gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführer	
Verfahrensbevollmächtigte:	
Rechtsanwälte B	Düsseldorf
wird heute, am 25.05.2012, um 13:00 Uhr, zur Vorbereitung einer Sanierung angeordnet (§ 270b InsO):	
Der Schuldnerin wird eine Frist von drei Monaten ab Zustellung gesetzt, binnen der ein Insolvenzplan vorzulegen ist.	
Zum vorläufigen Sachwalter wird Rechtsanwalt Düsseldorf.	
Maßnahmen der Zwangsvollstreckung einschließlich der Vollziehung eines Arrests oder einer einstweiligen Verfügung gegen die Schuldnerin werden untersagt, soweit nicht unbewegliche Gegenstände betroffen sind; bereits begonnene Maßnahmen werden einstweilen eingestellt (§ 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO).	
Die Schuldnerin ist berechtigt, unter der Aufsicht des vorläufigen Sachwalters ihr Vermögen weiter zu verwalten und darüber zu verfügen.	
Die Gegenstände, deren Aussonderung verlangt werden könnte oder die im Falle der Eröffnung des Verfahrens von § 166 erfasst würden - d.h. bewegliche Sachen im Besitz der Schuldnerin/des Schuldners, an denen ein Absonderungsrecht besteht, sowie Forderungen mit Ausnahme der in § 166 Abs. 3 InsO genannten, welche die Schuldnerin zur Sicherung eines Anspruchs abgetreten hat -, dürfen von den Gläubigern nicht verwertet oder eingezogen werden. Diese Gegenstände dürfen von der Schuldnerin/dem Schuldner nach Maßgabe des § 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO zur Fortführung des schuldnerischen Unternehmens eingesetzt werden, da sie hierfür von erheblicher Bedeutung sind.	
Die Schuldnerin wird bis zur Eröffnungsentscheidung ermächtigt, einzelne Verbindlichkeiten zu begründen, die im Falle einer Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Masseverbindlichkeiten gelten (§§ 270b Abs. 3, 55 Abs. 2 InsO), und zwar in folgendem Umfang	
- Versorgungsleistungen in einem Umfang von monatlich ca. 650.000,00 €,	
- Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen sowie Dienstleistungen einschließlich (externer) Bearbeitung in einem Umfang von monatlich ca. 1.900.000,00 €	
- Verbindlichkeiten aus Miet- und Pachtverträgen in einem monatlichen Umfang von ca. 750.000,00 €,	
jeweils gemäß beigefügter Anlage.	
Düsseldorf, 25.05.2012 Amtsgericht	

Verwendungsverbot für Auskünfte gegenüber Sachwalter

Da der Schuldner im Rahmen der Eigenverwaltung nach den §§ 270 ff. InsO – wie oben ausgeführt – über § 274 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 22 Abs. 3 InsO ebenso Mitwirkungspflichten hat, sind über den Verweis in § 270a Abs. 1 Nr. 2, S. 2 InsO auf die §§ 274, 275 InsO Auskünfte gegenüber einem vorläufigen Sachwalter ebenfalls in den Schutzbereich des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO einbezogen. Auch der vorläufige Sachwalter nach § 270a InsO wird aber regelmäßig mit einem Gutachtenauftrag ausgestattet sein. Schon vor diesem Hintergrund ist nicht nachzuvollziehen, wieso Auskünfte und Mitwirkungen gegenüber einem „einfachen“ Gutachter (ohne Sachwalterstellung) als einzigen Beteiligten im Insolvenzverfahren nicht privilegiert sein sollen.

dd) Fernwirkung ?

Die gesetzliche Regelung in § 97 Abs. 1 S. 3 InsO beruht letztlich auf der Entscheidung des BVerfG vom 13. 1. 1981.¹³ Danach durfte eine Aussage, durch die der Schuldner im Insolvenzverfahren eine strafbare Handlung offenbarte, gegen seinen Willen in einem Strafverfahren gegen ihn nicht verwertet werden. § 97 Abs. 1 S. 3 InsO geht aber noch weiter, indem es das bisherige Verwendungsverbot durch eine Fernwirkung ergänzt.¹⁴

Weitreichendes Verwendungsverbot

Nach einer Entscheidung des LG Stuttgart vom 21.7.2000¹⁵ verbietet § 97 Abs. 1 S. 3 InsO die „Verwendung“ von Angaben des Schuldners, die dieser in Erfüllung seiner sich aus § 97 Abs. 1 S. 1 InsO ergebenden Mitwirkungspflicht gegenüber dem Insolvenzgericht macht, es sei denn, dass der Schuldner seine Zustimmung erteilt. Werden derartige Angaben zu Bestandteilen der Ermittlungsakten, so soll das gesetzwidrig sein.¹⁶ Die Ermittlungsbehörden dürfen sie nicht verwerten, um Ansätze für weitere Ermittlungsmaßnahmen zu schöpfen. Nach LG Stuttgart hat das Beweisverwendungsverbot also ein „umfassendes Beweisermittlungsverbot“ bezüglich etwaiger hierauf gestützter Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlüsse zur Folge.¹⁷ Vor diesem Hintergrund – der sich im Gesetzeswortlaut widerspiegelt – spricht man von einem (weiterreichenden) Verwendungs- statt eines Verwertungsverbot.

Nicht von diesen Verboten erfasst werden sollen dagegen Geschäftsunterlagen, die der Schuldner auf Grund allgemeiner gesetzlicher Bestimmungen führt, wie z.B. Handelsbücher und Bilanzen.

2) Weitere Erkenntnisquellen

Die Insolvenzakte beinhaltet nicht nur Auskünfte des Schuldners, sondern bietet regelmäßig Informationen, welche Personen als Zeugen für das Strafverfahren Bedeutung erlangen können. Noch bedeutsamer als die Bekundungen der Zeugen ist regelmäßig der Inhalt der in deren Gewahrsam befindlichen Urkunden. Ein Insolvenzstrafverfahren wird vom Urkundsbeweis dominiert. Werden Urkunden nicht freiwillig herausgegeben, bedarf es der Beschlagnahme. Das dabei zu beachtende Beschlagnahmeverbot des § 97 Abs. 1 StPO setzt wiederum ein Zeugnisverweigerungsrecht des Gewahrsamsinhabers voraus, sodass der Zeuge und seine Rechte unmittelbare Bedeutung für die so wichtigen in seinem Gewahrsam befindlichen Urkunden erlangen. Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmeverbote müssen zugleich bedacht werden. Für die Frage des Zeugnisverweigerungsrechts ist die konkrete Funktion des Zeugen, in § 53 StPO mehrfach als (berufsbezogene) „Eigenschaft“ bezeichnet, das maßgebliche Kriterium.

a) Insolvenzverwalter

Der Insolvenzverwalter ist – neben dem Schuldner und dessen Steuerberater – die Person, die die Firmensituation am besten kennt, insbesondere auch die Genese einer möglichen Krise am besten nachvollziehen kann. Das von ihm gem. § 152 InsO zu erstellende Gläubigerverzeichnis bietet Anhaltspunkte für Zeugenvernehmungen. Auch kann der Insolvenzverwalter Hinweise auf strafrechtlich relevante Vermögensverschiebungen geben.

¹³ BVerfG, NJW 1981, 1431

¹⁴ Vgl. *Bittmann/Rudolph, wistra* 2001, 81 ff.

¹⁵ LG Stuttgart ZInsO 2001, 135 f.

¹⁶ NZI 2001, 498.

¹⁷ Vgl. auch *App* in: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 6. Aufl., 2010, § 97 Rn. 12; *Bader*, NZI 2009, 416, 417; *Uhlenbruck*, NZI 2002, 401, 403, 405.

In der Praxis ist eine relativ enge Zusammenarbeit zwischen Ermittlungsbehörden und Insolvenzverwalter festzustellen. Das Interesse des Insolvenzverwalters, die Masse zu mehren, fördert häufig seine Kooperationsbereitschaft.¹⁸ Weigert sich der Insolvenzverwalter nach einem entsprechenden Herausgabeverlangen, vgl. § 95 StPO, Unterlagen zur Verfügung zu stellen, so kann bei ihm nach Maßgabe des § 103 StPO durchsucht werden.¹⁹ Dabei sind die Grenzen des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO zu beachten, was aber nicht eine Durchsuchung mit dem Ziel der Beschlagnahme bereits existierender Unterlagen oder Aufzeichnungen, die der Gemeinschuldner dem Insolvenzverwalter übergeben hat, hindert.²⁰ Der Insolvenzverwalter ist in seiner Funktion kein zeugnisverweigerungsberechtigter Rechtsanwalt i.S.d. § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO, sodass das Beschlagnahmeverbot des § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO nicht greift.²¹ Soll durchsucht werden, so bedarf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme besonderer Beachtung. Ein Durchsuchungsbeschluss sollte mit einer Abwendungsbefugnis versehen sein, sodass die freiwillige Herausgabe an die erschienen Beamten die Ausübung staatlichen Zwangs hindert.²²

b) Steuerberater

Der Steuerberater verfügt regelmäßig über exklusive Informationen über das krisenbetroffene Unternehmen. Die Ermittlungsbehörden wollen in immer stärkerem Maße auf diese Informationen durch zeugenschaftliche Vernehmung des Steuerberaters zugreifen, sodass das Zeugnisverweigerungsrecht praktisch bedeutsam wird, § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO. Auch finden sich relevante Unterlagen wie Rechnungen, Belege, Kontenübersichten, Handelsbücher, Bilanzen und Inventare in der wirtschaftlichen Krise häufig nicht (mehr) beim Insolvenzschuldner, sondern beim Steuerberater, sodass sich auch insoweit die Frage des Zugriffs auf diese im Gewahrsam des Steuerberaters befindlichen Unterlagen stellt. Das insoweit relevante Beschlagnahmeverbot des § 97 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StPO knüpft an das Zeugnisverweigerungsrecht an.

aa) Sachliche Grenzen des Zeugnisverweigerungsrechts

Die Vorstellung vieler Steuerberater, ein allumfassendes Zeugnisverweigerungsrecht innezuhaben, verträgt sich nicht mit der durch den Gesetzeswortlaut und die Rechtsprechung geprägten Rechtswirklichkeit: Das Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO bezieht sich nur auf die Tatsachen, die dem Steuerberater in eben dieser Eigenschaft anvertraut oder bekanntgeworden sind. Informationen, die außerhalb der beruflichen Stellung erlangt wurden, unterfallen dem Zeugnisverweigerungsrecht nicht.²³ Da die Erstellung der Buchhaltung durch den Steuerberater keine steuerliche Beratung i.e.S. darstellt, einem Buchhalter ausweislich des abschließenden Charakters des § 53 StPO grds. kein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, nimmt die überwiegende Rechtsprechung diese Tätigkeit vom Anwendungsbereich des § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO aus.²⁴ Buchhaltung ist danach keine Steuerberatung, sondern nur deren Grundlage.²⁵

bb) Zeitliche Grenzen des Zeugnisverweigerungsrechts

Die Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht führt beim Steuerberater zu einer Aussagepflicht, § 53 Abs. 2 S. 1 StPO i.V.m. § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO. Das Problem, wer zur Entbindung von der Schweigepflicht berechtigt ist, und wer alles eine entsprechende Erklärung abgeben muss, damit die Entbindung eintritt, spitzt sich bei einer juristischen Person, für die ein Insolvenzverwalter bestellt ist, bei der sich die Geschäftsleitung dem Vorwurf einer Insolvenzstraftat ausgesetzt sieht, zu: von einer wirksamen Entbindung allein durch den Insol-

kein unbegrenztes
Zeugnisverweigerungsrecht

Entbindung von der
Verschwiegenheitspflicht

¹⁸ Schäfer, wistra 1985, 209; zustimmend Köhler in: Wabnitz/Janowsky, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 7. Kapitel, Rn. 387.

¹⁹ LG Ulm, NStZ 2007, 543; LG Berlin, ZInsO 2008, 865; LG Neubrandenburg, NJW 2010, 691, 692.

²⁰ LG Ulm, NStZ 2007, 543.

²¹ LG Ulm, NStZ 2007, 543; Ignor/Bertheau in: Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl., 2008, § 53 Rn. 34.

²² LG Neubrandenburg, NJW 2010, 691, 692.

²³ Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 175.

²⁴ LG Berlin, NJW 1977, 725; LG Saarbrücken, wistra 1984, 200; LG Stuttgart, wistra 1985, 41 f.; LG München I, wistra 1988, 326; a.A. LG Stade, NStZ 1987, 38 ff.; zum Streitstand Ignor/Bertheau in: Löwe-Rosenberg, StPO, § 53 Rn. 35.

²⁵ Ausführl. Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 175.

venzverwalter²⁶ bis hin zu einer durch den Insolvenzverwalter gemeinsam mit der beschuldigten alten Geschäftsleitung²⁷ wird alles vertreten.²⁸ Im Kern des Streites geht es um die Frage, bei wem das durch § 53 StPO geschützte Vertrauensverhältnis zum Steuerberater besteht: auch bei den geschäftsleitenden natürlichen Personen oder allein bei der juristischen Person, diese vertreten durch den, der die Geschäfte aktuell leitet (Insolvenzverwalter)? Welche Meinung herrschend, minder oder im Vordringen befindlich ist, ist in der Praxis weniger bedeutsam als das Wissen darum, wie die Problematik im jeweiligen Gerichtsbezirk gesehen wird. Muss danach auch die Geschäftsleitung vor Bestellung des Insolvenzverwalters die Entbindung erklären, so steht ein solches Recht dem faktischen, nicht dem bloß formellen Geschäftsführer zu.²⁹

Schließlich sei noch der allgemeine Hinweis zu allen Zeugnisverweigerungsrechten erlaubt. Es handelt sich um ein *Recht*, nicht um eine Pflicht, mag der Verstoß gegen die Verschwiegenheit auch strafbewehrt sein, im Falle des Steuerberaters etwa durch § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass die Ausführungen zum Steuerberater entsprechend für den Wirtschaftsprüfer gelten.

cc) Beschlagnahmeverbot

Verboten ist die Beschlagnahme von mandatsbezogenen schriftlichen Mitteilungen zwischen Beschuldigtem und Steuerberater, § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO.³⁰ Darunter fallen u.a. Briefe, Karten, Zeichnungen, Skizzen, E-Mails und (Computer-)Faxe. Ferner dürfen Aufzeichnungen nicht beschlagnahmt werden, § 97 Abs. 1 Nr. 2 StPO. Dies sind Handakten, Mitschriften, Protokolle, Entwürfe u.ä.³¹ Andere Gegenstände, die gem. § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO nicht förmlich in öffentlichen Gewahrsam genommen werden dürfen, können etwa Buchungs- und Geschäftsunterlagen sein. Diesbezüglich reichen die Ansichten von einem umfassenden Beschlagnahmeverbot über feine Differenzierungen (etwa ein Beschlagnahmeverbot allein für den noch nicht erledigten Steuerberaterauftrag) bis zur vollkommenen Ablehnung des Verbots.³² Eine Durchsuchung, welche auf die Beschlagnahme von Beweismitteln gerichtet ist, die nicht beschlagnahmt werden dürfen, ist rechtswidrig.³³

Keine Beschlagnahme liegt vor, wenn der Steuerberater Unterlagen in - regelmäßig anzunehmender - Kenntnis des Verbots freiwillig herausgibt.³⁴ Das Beschlagnahmeverbot wird durch die Reichweite des Zeugnisverweigerungsrechts begrenzt. Wird der Steuerberater wirksam von der Schweigepflicht entbunden, so können Beweismittel bei ihm beschlagnahmt werden.³⁵ Die Beschlagnahme ist auch zulässig, wenn er selbst Beschuldigter ist.³⁶ Auch im Falle des Verdachts der Tatbeteiligung des Steuerberaters (oder an einer Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei) im Verfahren gegen den beschuldigten Mandanten dürfen Unterlagen beim Berater förmlich sichergestellt werden, § 97 Abs. 2 S. 3 StPO. Stets dürfen gem. § 97 Abs. 2 S. 3 StPO so genannte Deliktgegenstände beschlagnahmt werden.

c) Register

Weitere Informationen zu einem Unternehmen, bei dessen wirtschaftlicher Betätigung verdachtsweise Insolvenzstraftaten begangen worden sind, liefern das Unternehmens- und

Streit um Buchungs- und Geschäftsunterlagen

²⁶ LG Lübeck, NJW 1978, 1014 f.; LG Hamburg, StV 2002, 647 m.w.N.

²⁷ OLG Schleswig, NJW 1981, 294; OLG Düsseldorf, wistra 1993, 120; LG Saarbrücken, wistra 1995, 239 f. m. abl. Anm. Weyand; AG Berlin-Tiergarten, wistra 2004, 319.

²⁸ Ausführlich dazu Dannecker/Knierim/Hagemeier, Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl., 2012, Rn. 346 ff.; Häcker in: Müller-Gugenberger/Bieneck, 5. Aufl., 2011, Wirtschaftsstrafrecht, § 93 Rn. 9 f.

²⁹ BGHSt 31, 118, 122; OLG Celle, wistra 1986, 83.

³⁰ Meyer-Goßner, StPO, § 97 Rn. 28.; Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 186.

³¹ Meyer-Goßner, StPO, § 97 Rn. 29; Schäfer in: Löwe-Rosenberg, StPO, § 97 Rn. 72 f.

³² Die unterschiedlichen Positionen sind m.w.N. ausführlich in LG Dresden, NJW 2007, 2709 ff. dargestellt; vgl. zur Problematik auch Quedenfeld/Richter in: Bockemühl, Handbuch des Fachwalts Strafrecht, 5. Aufl., 2012, 6. Teil, 5. Kapitel Rn. 71.

³³ LG Fulda, NJW 2000, 1508 ff.; Nack in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl., 2008, § 103 Rn. 7.; Gusy, NStZ 2010, 353, 358.

³⁴ Dazu Dannecker/Knierim/Hagemeier, Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl., 2012, Rn. 357.

³⁵ Vgl. BGHSt 38, 144, 145 (zum Arzt).

³⁶ Vgl. BGHSt 38, 144, 146 f. (zum Arzt); BGHSt 53, 257, 260 (zum Strafverteidiger).

Kollision mit Steuergeheimnis

insbesondere das Handelsregister nebst der Registerakte.³⁷ Die Ermittlungsbehörden fordern dabei regelmäßig den Handelsregisterauszug, die Gesellschafterliste, die Gesellschaftsverträge, die Anmeldung zum Handelsregister und etwaige eingereichte Bilanzen an.³⁸ Informationen zum Firmensitz, den weiteren Geschäftsräumen und Niederlassungen lassen sich dem Gewerberegister entnehmen. Die (formelle) Geschäftsleitung kann hier aufgrund der enthaltenen Daten (Name, Privatanschrift, Geburtsdatum, Staatsangehörigkeit) identifiziert werden. Aus dem Gewerbezentralregister ergeben sich gem. § 149 Abs. 2 Nr. 1 GewO die vollziehbaren und nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen einer Verwaltungsbehörde, wie beispielsweise etwaige Gewerbeuntersagen. Den Verwaltungsbehörden bekannt gewordene Strohmänner sind dort verzeichnet.³⁹

zulässige Offenbarung

d) Finanzbehörden

Das Finanzamt kann den Ermittlungsbehörden wesentliche Informationen über die Einhaltung der Zahlungsverpflichtungen gegenüber dem Fiskus liefern, was wiederum Rückschlüsse auf die wirtschaftliche Situation insgesamt zulässt.⁴⁰ Das Informationsinteresse kollidiert dabei mit dem durch § 30 AO geschützten Steuergeheimnis. Zulässig ist die Offenbarung erlangter Kenntnisse i.S.d. § 30 Abs. 2 AO, wenn der Betroffene zustimmt. Hier stellt sich - in Entsprechung zur Befreiung von der Verschwiegenheitsverpflichtung des Steuerberaters - die Frage, wer die Zustimmung wirksam erteilen kann; konkret, ob allein die Zustimmung des Insolvenzverwalters ausreichend ist.⁴¹

kein Zeugnisverweigerungsrecht

Nach § 30 Abs. 4 Nr. 4 Buchst. a AO ist die Offenbarung weiterhin zulässig, wenn sie der Durchführung eines Strafverfahrens wegen einer Tat dient, die keine Steuerstraftat ist. Ob sich aus der Zulässigkeit der Offenbarung unter dem Gesichtspunkt des Legalitätsprinzips eine Offenbarungsverpflichtung ergibt, ist unklar.⁴² Betrachtet man die Praxis zu § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO (Durchbrechung des Steuergeheimnisses wegen zwingenden öffentlichen Interesses), so liegt eine Offenbarungsverpflichtung in der Praxis nahe. Im BMF-Schreiben vom 30.07.2009⁴³ heißt es u.a.: „Liegen den Finanzbehörden Erkenntnisse zu Insolvenzstraftaten i.S.d. §§ 283 bis 283c StGB oder zu Insolvenzverschleppungsstraftaten (§ 15a InsO) vor, die sie im Besteuerungsverfahren erlangt haben, so ist eine Offenbarung dieser Erkenntnisse an die Strafverfolgungsbehörden nach § 30 Abs. 4 Nr. 5 zulässig.“ Jedenfalls bei Insolvenzstraftaten im engeren Sinne handelt es sich demzufolge um bedeutsame Wirtschaftsstraftaten i.S.d. § 30 Abs. 4 Nr. 5 Buchst. b AO.

e) Kreditinstitute

Im Strafverfahren existiert kein Bankgeheimnis im Sinne eines Zeugnisverweigerungsrechts.⁴⁴ Da Staatsanwaltschaft und Polizei relevante Tatsachen in Form von Kontensalden und -bewegungen ermitteln können, wird stets an die Kreditinstitute des krisenbetroffenen Unternehmens herangetreten.⁴⁵ Durchsuchungen nach § 103 StPO sind dabei die Ausnahme. Zumeist werden die Banken unter Hinweis auf die Möglichkeit einer Durchsuchung, teilweise auch in Form einer im Durchsuchungsbeschluss enthaltenen Abwendungsbefugnis angehalten, die relevanten Daten freiwillig herauszugeben.

f) Krankenkassen

Sozialversicherungsbeiträge sind in der Krisensituation häufig die ersten Zahlungsverpflichtungen, denen nicht nachgekommen wird. Neben Erkenntnissen über eine Strafbarkeit nach § 266a StGB lassen sich durch Auskunftersuchen an die Krankenkassen seitens der

³⁷ Ausführlich zu den Registern Köhler in: Wabnitz/Janowsky, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 7. Kapitel Rn. 353 ff.

³⁸ Vgl. Bittmann in: Bittmann, Insolvenzstrafrecht, 1. Auflage, 2004, § 1 Rn. 71.

³⁹ Ambos in: Erbs/Kohlhaas, Nebengesetze, 188. Ergänzungslieferung 2012, GewO, § 149 Rn. 14.

⁴⁰ Zum Finanzamt als Informationsquelle Köhler in: Wabnitz/Janowsky, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kapitel 7 Rn. 390 ff. und Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 180 ff.

⁴¹ Dazu Rüsen in: Klein, AO, 11. Aufl., 2012, § 30 Rn. 47 m.w.N.; Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 180.

⁴² Dazu Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 181 f.

⁴³ Änderung des Anwendungserlasses zur Abgabenordnung (AEO) BStBl. I 2009 S. 807.

⁴⁴ Zum Bankgeheimnis Häcker in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, § 93 Rn. 48 ff.; Meyer-Goßner, StPO, § 161 Rn. 4.; Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, 2. Aufl., 2009, Rn. 849.

⁴⁵ Köhler in: Wabnitz/Janowsky, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kapitel 7 Rn. 40 ff.; Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, Rn. 188 f.

Ermittlungsbehörden wesentliche Indizien für das Tatbestandsmerkmal der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit gewinnen.

Internationales

Länderbericht Schweiz

Dr. Matthias Heiniger, Rechtsanwalt, Gerichtsschreiber am Straf-, Zwangsmassnahmen- und Jugendgericht des Kantons Basel-Landschaft, Liestal; Rechtsanwalt Friedrich Frank, Zürich

Länderbericht Schweiz: Wirtschaftsstrafrecht

I. Einleitung

Der vorliegende Artikel ist schwergewichtig der jüngsten (im weitesten Sinne) wirtschaftsstrafrechtlichen Rechtsprechung in der Schweiz gewidmet, welche seit dem letzten Länderbericht¹ ergangen ist. Allerdings soll auch die gesetzgeberische Entwicklung in der Geldwäschereibekämpfung und der Bekämpfung der Steuerflucht nicht unerwähnt bleiben, denn bekanntlich handelt es sich dabei um ein (stets aktuelles) Thema, gerade auch im Verhältnis zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik. Wie das ebenfalls aufgeführte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur Amtshilfe zeigt, stellt sich die Steuer(strafrechts)problematik aber auch im Verhältnis zu anderen Staaten. Und sogar in der Schweiz selbst gibt es diesbezüglich noch erstaunlich weiße Flecken, wie die Entscheidung des Bundesgerichts verdeutlicht, in welcher sich dieses mit der Frage der Verwertbarkeit von Dokumenten und Aussagen aus einem rein verwaltungsrechtlichen Nachsteuerverfahren in einem Steuerbetrugsverfahren auseinandersetzen musste. Von zentraler Bedeutung für international tätige Unternehmen, welche auch den schweizerischen Rechtsraum betreffen, ist eine Entscheidung der schweizerischen Bundesanwaltschaft, ergangen als Strafbefehl Ende des letzten Jahres gegen eine schweizerische Tochtergesellschaft eines ausländischen, weltweit tätigen Konzerns. Die Autoren sind der Ansicht, dass diese Strafverfügung gerade wegen ihrer internationalen Dimension auch für Leser aus Deutschland von Interesse ist, weshalb sie im Rahmen dieses Länderberichts in Bezug auf ausgewählte Fragestellungen ausführlicher erörtert wird.

II. Neue wirtschaftsrechtliche Gesetzesvorhaben

1) Bekämpfung der Geldwäscherei

Die Financial Action Task Force (FATF) ist eine internationale Organisation, deren Aufgabe darin besteht, nationale und internationale Grundsätze zur Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung zu entwickeln und zu verbreiten. Die dazu geschaffenen Empfehlungen (die sog. Recommendations) sollen gesetzgeberische und aufsichtsrechtliche Entwicklungen in den 36 Mitgliedsländern anstoßen. Zu den Mitgliedsländern der FATF gehört auch die Schweiz, welche die Empfehlungen regelmäßig sehr entschlossen umsetzt, um ihre hohen Standards zur Geldwäschereibekämpfung aufrechtzuerhalten.

Nach längeren Vorarbeiten hat die FATF am 16. Februar 2012 ihre neuesten Empfehlungen veröffentlicht.² Als eines der dort aufgeführten Hauptproblemfelder stellt sich die Frage

¹ Wehrenberg/Frank/Isenring/Götze, WiJ 2012, 47 ff; abrufbar unter: <http://www.wi-j.de/index.php/wij/aktuelle-ausgabe/item/58-länderbericht-schweiz> (zuletzt besucht am 8. Juni 2012).

² Abrufbar unter:

<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012%20approved%20February%202012%20reprint%20May%202012%20web%20version.pdf> (zuletzt besucht am 8. Juni 2012).