

- Frage 5: Sind insolvenzrechtliche Fahrlässigkeitstatbestände entbehrlich?
- Frage 6: Sind die geltenden insolvenzstrafrechtlichen Tatbestände sachgerecht gestaltet, wenn ja, welche, wenn nein, welche nicht, welche könnten entfallen oder sollten verändert werden, ggf. welche weiteren Verhaltensweisen sollten zivil- und/oder strafrechtlich sanktioniert werden?
- Frage 7: Ist ein auf (im Gegensatz zu den normativen Tatbestandsmerkmalen Überschuldung, drohender wie eingetretener Zahlungsunfähigkeit) sinnlich fassbares Verhalten beschränktes Insolvenzstrafrecht anzustreben, wenn ja, an welches Verhalten könnte es anknüpfen?
- Frage 8: Soll eine insolvenz(straf)rechtliche Selbstanzeige in Anlehnung an den Rechtsgedanken des § 371 AO eingeführt werden, wenn ja, in welcher Gestalt?
- Frage 9: Kann die Überschuldung als zwingender Insolvenzauslösetatbestand ganz entfallen oder ist sie als, wenn auch erst nachträglich wirkendes, aber absicherndes Kontrollinstrument auch strafrechtlich sinnvoll oder geboten?
- Frage 10: Wenn auf Überschuldung als zwingender Insolvenzauslösetatbestand verzichtet werden sollte, soll es sich um einen ersatzlosen Verzicht handeln, wenn nein, was soll an die Stelle der Überschuldung treten?
- Frage 11: Genügt ein anderes Verständnis, eine andere Definition der Überschuldung (zivilrechtlich, strafrechtlich)?

Tagungsbericht

LOStA Folker Bittmann, Dessau-Roßlau

Insolvenzrechtstagung in Leipzig

Der Arbeitskreis Insolvenzstrafrecht hatte am 1.10.2012, dieses Mal zum Thema *Funktion und Zukunft der Überschuldung als Insolvenzgrund*, nach 2011 zum zweiten Mal in die Räumlichkeiten des BGH nach Leipzig eingeladen. In seinem Grußwort drückte der Vorsitzende Richter des in Leipzig ansässigen 5. Strafsenats, Clemens Basdorf, seine Hoffnung auf den Beginn einer schönen Tradition aus. Er begrüßte den Abschied von der Interessentheorie sowohl inhaltlich als auch im Hinblick auf den dazu beschrittenen Weg (Anfrageverfahren ohne Erfordernis einer Entscheidung des Großen Senats) und zeigte großes Verständnis für die tastenden Versuche der Praxis, den vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Quantifizierungserfordernissen bei der Feststellung des Schadens/Nachteils in Betrugs- bzw. Untreuefällen gerecht werden zu wollen. Er kündigte überdies eine Entscheidung seines Senats zur Frage an, ob die Dokumentation der Ergebnisse des Selbstleseverfahrens in einem 4-Minuten-Termin ausreiche, um im Hinblick auf § 229 StPO keinen ‚Schiebetermin‘ anzunehmen. Dabei werde zu prüfen sein, ob der 5. Senat der Rechtsprechung des 3. Strafsenats, die dies verneint, folgen wolle.

Im ersten Referat gab die u.a. für das Insolvenzrecht zuständige Ministerialdirektorin im Bundesministerium der Justiz, Marie Luise Graf-Schlicker, einen Überblick sowohl über die in der laufenden Legislaturperiode bereits verabschiedeten als auch die erst begonnenen Reformvorhaben. Sie unterteilen sich in drei Schritte:

Bereits Gesetz geworden ist das im Wesentlichen am 1.3.2012 in Kraft getretene ESUG. Neben der Möglichkeit, einen vorläufigen Gläubigerausschuss bereits im Eröffnungsverfahren zu bestellen, sieht die Novelle ein sog. Schutzschirmverfahren vor, das es ermöglicht, einen Insolvenzplan im Falle noch nicht eingetretener Zahlungsunfähigkeit unter erleichterten Voraussetzungen zu erstellen. Zudem hat das Bundeskabinett kürzlich dem Entwurf der 2. Stufe, der Reform des Verbraucherinsolvenzverfahrens, zugestimmt. Dem Koalitionsvertrag folgend ermöglicht dieser Entwurf bei Vorliegen einer 25 %igen Deckungsquote die

Restschuldbefreiung bereits nach 3 Jahren. Kann der Schuldner dagegen nur Verfahrenskosten aufbringen, verkürzt sich die beibehaltene Frist von sechs Jahren auf immerhin fünf Jahre. Überdies stellt § 15a InsO-E. nunmehr ausdrücklich klar, dass die Bestimmung nicht für eingetragene Vereine und Stiftungen gilt. Frau Ministerialdirektorin Graf-Schlicker zeigte sich im Übrigen zuversichtlich, noch in im Jahr 2012 einen Referentenentwurf für ein Konzerninsolvenzrecht vorlegen zu können, das eine einheitliche örtliche Zuständigkeit normiert und die Möglichkeit eröffnet, einen einzigen Insolvenzverwalter zu bestellen.

Zum Hauptthema des Nachmittags, der Zukunft des Überschuldungsbegriffs und seiner Funktion als zwingender Insolvenzgrund für Schuldner ohne vollhaftende natürliche Personen skizzierte sie folgende Reformschritte:

Über eine Rückkehr zum nicht modifizierten zweistufigen Überschuldungsbegriff, wie er vom 1.1.1999, dem Inkrafttreten der InsO, bis zum 18.10.2008 gegolten habe, werde nicht mehr nachgedacht.

Das von Prof. Dr. Georg Bitter, Mannheim, im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz erstellte Gutachten biete Anlass zur Prüfung, den Überschuldungstatbestand als zwingenden Insolvenzantragsgrund abzuschaffen. Eine schnelle Lösung sei allerdings nicht zu erwarten. Zum einen müssten die Folgen breit diskutiert und intensiv geprüft werden. Zum anderen stellten mehr als 1.000 weitere Gesetze auf den Tatbestand der Überschuldung ab. Bedeutung und etwaige Folgen jeglicher Änderung müssten folglich in den Klärungsprozess einbezogen werden.

Weil die Fortbestehensprognose auf den Zeitraum bis zur übernächsten Bilanz abstellt, sei es angesichts des Auslaufens der bisherigen Übergangsregelung zum 31.12.2013 dringend geboten, noch in diesem Jahr (2012) Klarheit zu schaffen. Es sei deshalb geplant, im Wege eines Omnibusgesetzes das derzeit in der parlamentarischen Beratung befindliche Gesetz zur „Einführung der Pflicht zur Erteilung von Rechtsbehelfsbelehrungen in Zivilverfahren“ um einen Artikel zu ergänzen, der die derzeitige Rechtslage des § 19 Abs. 2 InsO festschreibe. Es sei allerdings noch nicht entschieden, ob die Befristung in toto gestrichen <mittlerweile so im BGBl. veröffentlicht> oder die bestehende Übergangsregelung um weitere fünf Jahre verlängert werde.

In der sich anschließenden Diskussion wurde das Schicksal der Überschuldung zwar nicht problematisiert, wohl aber auf ein Spannungsverhältnis zur Strafbarkeit wegen bedingt vorsätzlich begangenen Betrugs hingewiesen. Darüber hinaus erhob sich die Frage, ob Wertungswidersprüche zwischen dem Insolvenz- und dem Insolvenzstrafrecht vorlägen: Im Falle eines gescheiterten Schutzschirmverfahrens fehlt es zwar insoweit an einer Kollision mit § 15a InsO, als der Antrag ja bereits vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit gestellt worden sein muss. Das Schutzschirmverfahren erfasst allerdings auch die bereits eingetretene Überschuldung. Eine zivilrechtlich erfolgreiche Sanierung einerseits kann folglich mit einer Bestrafung wegen Insolvenzverschleppung andererseits zusammenfallen. Zudem hindert eine erfolgreiche Sanierung im Schutzschirmverfahren weder bei drohender Zahlungsunfähigkeit noch bei Überschuldung die Verurteilung des Schuldners wegen Bankrotts, § 283 StGB, ggf. im besonders schweren Fall, § 283a StGB, Verletzung der Buchführungspflicht, § 283b StGB, und/oder Gläubigerbegünstigung, § 283c StGB. Zivilrechtliche ‚Rettung‘ bedeutet demnach keineswegs auch strafrechtliche ‚Rettung‘. Hindert aber die erfolgreiche Sanierung im Insolvenzverfahren die Bestrafung wegen eines Insolvenzdelikts nicht, stellt sich die Frage, weswegen die Sanierung außerhalb des Insolvenzverfahrens die Bestrafung der Verantwortlichen auch dann ausschließt, wenn dies nur aufgrund von Leistungen Dritter, insbesondere wie in der Banken- und Finanzkrise geschehen, auf Kosten der Allgemeinheit, erfolgreich gewesen ist. Dies kumuliert in der weiteren Frage, ob man die Strafbarkeitsbedingung des § 283 Abs. 6 StGB modifizieren bzw. abschaffen muss. Frau Graf-Schlicker verwies zunächst darauf, dass Insolvenzrecht nicht Strafrecht sei. Die wirtschaftliche Sanierung mit all ihren Auswirkungen auch auf Dritte solle nicht von vorn herein die Verantwortliche für zuvor begangene Straftaten beseitigen. Im Übrigen sähe das im Entstehen befindliche neue Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften auch strafrechtliche Regelungen gegen verspätete Reaktionen auf krisenhafte Entwicklungen vor. Ob man auf diese Weise eine Harmonisierung mit § 283 Abs. 6 StGB erreicht, kann nur anhand des Gesetzestextes geprüft werden und musste daher in Leipzig offenbleiben.

Ministerialdirektorin Graf-Schlicker überraschte in diesem Zusammenhang mit der Information, dass die Tendenz dahin gehe, den vorliegenden Referentenentwurf zu einem Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften, das u.a. das bisherige Investmentgesetz ablösen solle, dahingehend zu ändern, die Insolvenzverschleppung auch für die unter das neue Gesetz fallenden Gesellschaften nicht mehr wie bisher als Ordnungswidrigkeit zu ahnden, sondern die einschlägige Bestimmung zu einem Straftatbestand „hochzuzonen“. Bemerkenswert für WisteV ist, daß diese Ungleichbehandlung im geltenden Recht Thema der ersten Veranstaltung beim BGH in Leipzig im Jahr 2011 und dort vom Konstanzer Habilitanden Dr. Christian Brand (abgedruckt in KTS 2012, 195 ff.) angeprangert worden war. Die Konsequenz daraus, entweder alle einschlägigen Bestimmungen als Straftaten ein-, oder aber sämtliche bisherigen Straftatbestände zu Ordnungswidrigkeiten herabzustufen, hatte er aus wissenschaftlicher Sicht offengelassen. Auf der Basis des geltenden Rechts kann unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung allerdings nicht die Festsetzung einer Buße, sondern nur die Bestrafung verfassungsrechtlich problematisch sein.

Im nach einer Pause folgenden zweiten Referat befasste sich der Wirtschaftsprüfer und Steuerberater Christoph Hillebrand, Köln, mit den Insolvenzauslösegründen *de lege lata* und kurz auch perspektivisch mit Alternativen wie dem *solvency-test* nach dem Vorbild des englischen Rechts. Die Materialien, auch soweit sie in Leipzig aus Zeitgründen nicht im Einzelnen behandelt werden konnten, sind unter www.morison-koeln.de im Internet frei zugänglich. Zunächst legte der Referent in tatsächlicher Hinsicht dar, dass in der insolvenzrechtlichen Praxis die Zahlungsunfähigkeit weit überwiegt. Zudem ist die Überschuldung als zwingender Insolvenzgrund umso unbekannter, je kleiner ein Unternehmen ist. Christoph Hillebrand bestätigte damit den Befund des Gutachters des Bundesjustizministeriums, Prof. Dr. Bitter: die Überschuldung hat nur selten eine das Handeln der Verantwortlichen in den Unternehmen beeinflussende Funktion tatsächlich inne. Im nächsten Schritt legte der Vortragende dar, dass dies kein Zufall ist, sondern gar nicht anders sein kann: Überschuldung lässt sich ohne Antworten auf Bewertungsfragen gar nicht feststellen. Den korrekten Wert festzustellen, kostet aber nicht nur regelmäßig mehr Zeit als in der krisenbedingten Entscheidungssituation vorhanden ist, sondern hängt auch von zahlreichen Umständen ab: Die Betriebswirtschaft könne zwar *alles* in Zahlen ausdrücken. Das jeweilige Ergebnis sei aber in eben dem Maße variabel wie die zu berücksichtigenden Umstände. Ein Grundstück im realistischen Buchwert von 3 Mio. € sei tatsächlich vielleicht nur 100 T€ wert, müsse man es binnen Wochenfrist verkaufen. Mangels ausreichender Beeinflussbarkeit der jeweils einschlägigen, aber variablen wertbildenden Faktoren taue die Überschuldung nicht als Entscheidungsinstrument.

Dieser Diagnose widersprach in der sich nahtlos anschließenden Diskussion niemand. Allerdings wurde im Dialog mit dem sehr aktiven Publikum schnell klar, dass sich die Feststellungsprobleme beim Schaden bzw. Nachteil bei Betrug und Untreue vielfach in ähnlicher Form auch bei den Insolvenzdelikten stellen. Dies führte zu einer gewissen Skepsis gegenüber dem hoffnungsvolleren Ausblick, den Vorsitzender Richter am BGH Basdorf im Zusammenhang mit seinen Ausführungen zur Überwindung der Interessentheorie in den Raum gestellt hatte, nämlich dass die Konzentration auf Insolvenzdelikte vielfach schneller zu einem rechtssicheren Ergebnis führe als das Abstellen auf die allgemeinen Vermögensdelikte.

Den eigentlichen Diskussionsblock eröffnete Rechtsanwalt Dr. Philipp Gehrman, Berlin, indem er die zivilrechtlichen Instrumente darstellte, die zur Verfügung stehen, um dem Insolvenzschuldner einen Anreiz zu geben, sich rechtmäßig zu verhalten. Der Schuldner riskiert nicht nur das Rückgängigmachen seines Handelns im Wege der Anfechtung, sondern auch, von Dritten oder der betroffenen Gesellschaft auf Schadenersatz in Anspruch genommen zu werden. Überdies droht die Amtsunfähigkeit: Für Gehrman ist daher aufgrund des *ultima-ratio*-Prinzips nicht recht einsehbar, welchem Zweck die zusätzlichen insolvenzstrafrechtlichen Tatbestände dienen. Anwesende wirtschaftliche wie rechtliche Berater verwiesen zudem auf als unvertretbar empfundene hohe strafrechtliche Risiken (auch für die Berater) mancher durchaus aussichtsreicher Szenarien im Falle ihres Scheiterns.

Im Gegensatz dazu verwiesen verschiedene Richter und Staatsanwälte darauf, dass die Inhabilität nach geltendem Recht eine strafrechtliche Verurteilung voraussetzt. Darüber hi-

nausgehend exemplifizierten sie anhand von variantenreichen Beispielen das häufige Leerlaufen der zivilrechtlichen Instrumente: Das Handeln unter nur kurz am Markt auftretender Firmierung, das Missachten von Dokumentationspflichten, das Beiseiteschaffen und schlicht die tatsächliche oder erfolgreich vorgespiegelte Vermögenslosigkeit verlangten zwingend die Ergänzung der zivilrechtlichen durch strafrechtliche Haftung. Diesen Stimmen gemäß steht zudem die Schadensträchtigkeit objektiv falschen Verhaltens einer Beschränkung auf Vorsatzdelikte nach dem Vorbild des allgemeinen Vermögensstrafrechts entgegen. Andernfalls würde bewusste oder unbewusste Ignoranz und Sorgfaltswidrigkeit zu Lasten Dritter ausgelebt. Allerdings konzedierten die Vertreter der Justiz, dass das geltende Recht nicht durchweg zielgenau wirkt. Damit wurde eine Notwendigkeit zum Nachjustieren ebenso deutlich wie eine Bereitschaft, daran mitzuwirken.

Eine Annäherung der auf Seiten insbesondere der Verteidiger, aber auch manchen Vertreters der Wissenschaft und der Insolvenzverwalter, vorhandenen generellen Strafrechts-skepsis einerseits und der vorwiegend justizseits betonten Unverzichtbarkeit (nicht notwendig auch aller derzeit vorhandener) insolvenzstrafrechtlicher Tatbestände andererseits konnte schon aus Zeitgründen nicht erreicht werden. Für die weitere Diskussion dürfte es hilfreich sein, sowohl das Bedürfnis anzuerkennen, auch in der Krise rechtssicher und ohne ständige Angst, bestraft zu werden, agieren zu können, als auch die Notwendigkeit, vorhandene zivilrechtlichen Instrumente strafrechtlich abzusichern. Aus dem Publikum wurde dazu der interessante Vorschlag in die Debatte geworfen, nach dem Vorbild des § 371 AO eine *insolvenz(straf)rechtliche Selbstanzeige* zu kreieren. Allerdings wird es dazu nötig sein, eine Gestaltung zu finden, die verhindert, dass überhaupt nur diejenigen, die über genügend Geld(quellen – ggf. auch unseriöse!) verfügen, die Chance haben, in den Genuss insolvenzstrafrechtlicher Selbstrehabilitation zu gelangen – schwierig, verfügen doch Insolvenzdelinquenten seltener als Steuerhinterzieher über ausreichend Liquidität. Für die weitere Debatte wäre viel gewonnen, könnte die Unterschiedlichkeit der Sachverhalte, die seriöse Berater und Verteidiger im Blick haben einerseits und der strafwürdigen Verhaltensweisen andererseits klar herausgearbeitet werden. Um einen noch dichteren Gesetzeswust zu vermeiden, wird es aber wohl kaum möglich sein, den grauen Übergangsbereich zwischen redlichem Bemühen und Rücksichtslosigkeit festzuhalten, damit jedoch unflexiblen und auf diese Weise wiederum mit der Gefahr ungerechter Anwendung verbundenen Regeln zu unterwerfen. Hier bleibt vielmehr erforderlich, im steten Dialog zwischen den verschiedenen an der Insolvenz und ihrer zivil- wie strafrechtlichen Aufarbeitung Beteiligten die Sensibilität für eine sachgerechte und nicht in zu kleiner Münze zu zahlende Ahndungspraxis zu schärfen – eine Aufgabe, welche die Existenzberechtigung der WisteV und ihres Arbeitskreises Insolvenzstrafrecht unterstreicht!

Rezensionen

Rechtsanwalt Sascha Kuhn, Düsseldorf

Rut Groneberg: Whistleblowing Eine rechtsvergleichende Untersuchung des US-amerikanischen, englischen und deutschen Rechts unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs eines neuen § 612a BGB

Duncker & Humblot, Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Passau 2011, 351 Seiten.