

verletzt hat, muss die Hauptversammlung einer Übernahme der Geldstrafe, Geldbuße oder Geldauflage durch die Gesellschaft zustimmen.

BGH, Urteil vom 08.07.2014 – II ZR 174/13, ZInsO 2014, 2009 = NZG 2014, 1058. S. zu der Entscheidung die Anmerkungen von Krebs, BB 2014, 2409, von Backhaus/Brand, jurisPR-HaGesR 10/2014 Anm. 3, Maier-Reimer, EWIR 2014, 609 sowie von Weyand, PStR 2014, 279.

### Insolvenzstrafrecht

Rechtsanwälte Dr. Henner Apfel, Düsseldorf und Norman Lenger, Köln

## Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 21.08.2013 - 1 StR 665/12

### I. Sachverhalt und Entscheidungsgründe

1. Der Angeklagte war Vorstand der Muttergesellschaft T und u.a. (faktischer) Geschäftsführer der Tochtergesellschaft C. Er konnte hoffen, für die Gesellschaften „im Fall extremer Liquiditätseingänge finanzielle Unterstützung der Hauptgesellschafterin A zu erlangen“, so die im Beschluss zitierten Ausführungen des Landgerichts. Eine Gewähr hierfür hatte er jedoch nicht. Der Angeklagte genehmigte im Mai und Juni 2009 verschiedene Bestellungen der C. Der ausführende Lieferant wurde im weiteren Verlauf nicht bezahlt, auch nicht, nachdem der Angeklagte dem Lieferanten Anfang Juli 2009 eine Ratenzahlung vorgeschlagen hatte. Mitte Juli 2009 wurden die von A gehaltenen Anteile an der Muttergesellschaft T an Investoren veräußert. Einen Insolvenzantrag stellte der Angeklagte für die C erst Anfang August 2009, zu einem Zeitpunkt, als Investoren nicht mehr bereit waren, der Muttergesellschaft Geld zur Verfügung zu stellen.

2. Das Landgericht verurteilte den Angeklagten wegen Insolvenzverschleppung gem. § 15a Abs. 4 InsO. Die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags des faktischen Geschäftsführers stützte es auf § 15a Abs. 1 und Abs. 3 InsO.

Die Zahlungsunfähigkeit - „spätestens ab Ende April 2009“ - stellte das Tatgericht wie folgt fest:

### Feststellung der Zahlungsunfähigkeit durch Tatgericht

„Da eine stichtagsbezogene Gegenüberstellung der fälligen Verpflichtungen und der zu ihrer Tilgung vorhandenen Mittel nicht möglich sei, weil die Buchhaltung nicht richtig sein könne, sei auf die wirtschaftskriminalistische Methode abzustellen. Da schon seit April „offene Verbindlichkeiten“ bestanden hätten, die bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht beglichen worden seien, sei „im Hinblick auf BGH, Az: IX ZR 228/03 vom 12.10.2006, von Zahlungsunfähigkeit der C auszugehen“. Ferner habe das Geld nicht ausgereicht, um alle Gläubiger zu bezahlen, hätten freie Kreditlinien nicht zur Verfügung gestanden und hätte sich der Schuldenstand kontinuierlich erhöht.“

3. Der 1. Strafsenat hob das Urteil auf die Sachrüge hin auf, weil das Landgericht einen falschen Maßstab angelegt hatte und davon ausgehend die Feststellungen lückenhaft und nicht nachvollziehbar waren.

Eingangs der Begründung des Beschlusses werden die (bekannten) Grundsätze zur Feststellung einer etwaigen Zahlungsunfähigkeit dargestellt: regelmäßig sind durch die sog. betriebswirtschaftliche Methode stichtagsbezogen die fälligen Verbindlichkeiten einerseits und die die zu ihrer Tilgung vorhandenen oder kurzfristig herbeizuschaffenden Mittel andererseits gegenüber zu stellen. Zur Abgrenzung von einer bloßen Zahlungsstockung ist die Methode um eine Prognose zu ergänzen, ob innerhalb von drei Wochen mit der Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit hinreichend sicher zu rechnen ist; dies erfordert eine Finanzplanrechnung. Alternativ zur betriebswirtschaftlichen kann auch die sog. wirtschaftskriminalistische Methode Anwendung finden, bei der anhand von Beweisanzeichen (u.a. Fremdanträge durch Gläubiger, Ignorieren von Rechnungen, gescheiterte Vollstreckungsversuche,

### Rückblick ungeeignet für Prognose

Nichtzahlung von Löhnen und Abgaben, Häufigkeit der Scheck- und Wechselproteste) die Zahlungsunfähigkeit belegt werden kann.<sup>204</sup>

Sodann seziert der Senat die vom Landgericht in den Blick genommenen Topoi: Bei der Anwendung der wirtschaftskriminalistischen Methode kann eine Darlehenskündigung grundsätzlich ein Krisenzeichen sein. Es muss dann aber auch festgestellt werden, dass das Darlehen nicht zurückgezahlt wurde, was im aufgehobenen Urteil offen geblieben war. Methodisch wird ein unzutreffender Maßstab zugrunde gelegt, wenn – rückblickend – aus dem Umstand, dass Verbindlichkeiten von April 2009 bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht beglichen wurden, auf die Zahlungsunfähigkeit geschlossen wird. Ein solcher Maßstab findet bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit durch den Richter bei der Insolvenzanfechtung Anwendung und ist für eine prognostische Beurteilung ungeeignet.

Im Rahmen der betriebswirtschaftlichen Methode ist deutlich zwischen dem bloßen Bestand und der Fälligkeit einer Verbindlichkeit zu differenzieren. Insoweit ist die Feststellung, dass nicht sämtliche Gläubiger befriedigt werden konnten, nicht aussagekräftig. Eine Anfrage durch den Sachverständigen bei den Gläubigern muss die Fälligkeit einer Verbindlichkeit zum Tatzeitraum – nicht zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens – zum Gegenstand haben. Stundungen sind zu berücksichtigen, da sie die Fälligkeit hinausschieben. Bei der Bestimmung der zur Verfügung stehenden Zahlungsmittel, die den fälligen Verbindlichkeiten gegenüber zu stellen sind, darf nicht nur auf etwaige „freie Kreditlinien“ abgestellt werden, sondern sind Bankguthaben und stichtagsbezogen hinreichend sicher zu erwartende Einnahmen aus dem Geschäftsbetrieb zu berücksichtigen. Zudem hätte aufgeklärt werden müssen, unter welchen Umständen („extreme Liquiditätsgpässe“, s.o.) die liquide Hauptaktionärin A bereit gewesen wäre, Finanzmittel zur Verfügung zu stellen.

## II. Anmerkung

Der Beschluss zeigt im Wesentlichen - darauf hat bereits *Kudlich* in seinem Praxiskommentar zu der Entscheidung hingewiesen<sup>205</sup> - die Feststellungs- und Darlegungsmängel des aufgehobenen Urteils auf. Wir wollen uns auf das Argument des Landgerichts, die Zahlungsunfähigkeit sei belegt, weil schon im April 2009 offene Verbindlichkeiten bestanden hätten, die bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht beglichen worden seien, konzentrieren (1.), um dann noch kurz die Frage der Insolvenzsakzessorietät in den Blick zu nehmen (2.).

1. Der Senat führt im Beschluss zum Nachweis der Zahlungsunfähigkeit aus:

*„Soweit die Strafkammer als ausschlaggebendes wirtschaftskriminalistisches Anzeichen für eine Zahlungsunfähigkeit wertet, dass im fraglichen Zeitraum Verbindlichkeiten bestanden, die bis zur Verfahrenseröffnung nicht mehr beglichen worden sind, liegt dem ein unzutreffender Maßstab zugrunde. Denn es handelt sich insoweit um die Grundsätze zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit durch den Richter bei Insolvenzanfechtung. Denn dies stellt ein Verfahren dar, welches auf eine rückblickende Betrachtung unter Berücksichtigung der weiteren wirtschaftlichen Entwicklung - etwa im Hinblick auf die Verbindlichkeiten - zurückgreifen kann, mithin auf eine prognostische Beurteilung gerade nicht angewiesen ist. Anders verhält es sich aber bei der Frage, ob eine Insolvenzantragspflicht gemäß § 15a InsO besteht, da nach den oben dargelegten Maßstäben insoweit eine prognostische Beurteilung erforderlich ist. Auf diesen Unterschied weist der Bundesgerichtshof in der vom Landgericht in Bezug genommenen Entscheidung ausdrücklich hin (BGH, Urteil vom 12. Oktober 2006 - IX ZR 228/03 Rn. 28).*

*Dass im Tatzeitraum „offene Verbindlichkeiten“ bestanden, die bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 1. Oktober 2009 noch nicht beglichen worden waren, ist daher kein tauglicher Anknüpfungspunkt für die Annahme des zeitlich vorgelagerten Eintritts der Zahlungsunfähigkeit.“*

In der Entscheidung des IX. Zivilsenats - zuständig u.a. für das Insolvenz(-anfechtungs-)recht -, auf die sich das Landgericht beruft, ist ausgeführt, dass im Insolvenzanfechtungsprozess – man will ergänzen: nur dort – die Möglichkeit besteht, auf eine Liquiditätsbilanz zum Nachweis der Zahlungsunfähigkeit zu verzichten und stattdessen eine retrospektive Betrachtung anzustellen.<sup>206</sup> Neben dem vom 3. Strafsenat verwendeten Argument der Unvereinbarkeit

### Unvereinbarkeit zivil- prozessualer Darle- gungs- und Beweislast- reduktionen mit dem Strafprozess

<sup>204</sup> Vgl. auch BGH NZI 2013, 970; NZI 2006, 591.

<sup>205</sup> BGH, NSTZ 2014, 107 (110) mit Praxiskommentar *Kudlich*.

<sup>206</sup> BGH, Urt. v. 12.10.2006 – IX 228/03.

von prognostischer Beurteilung einerseits und rückblickender Bewertung andererseits, lässt sich ein weiteres anführen: die grundsätzliche Unvereinbarkeit zivilprozessualer Darlegungs- und Beweislastreduktionen mit dem Strafprozess.

In der Entscheidung des IX. Zivilsenats wird die Darlegungs- und Beweislast zugunsten des Insolvenzverwalters in Bezug auf § 130 Abs. 1 InsO (Kongruente Deckung)<sup>207</sup> vereinfacht, indem die Zahlungsunfähigkeit regelmäßig vermutet wird, wenn eine zum Zeitpunkt der anfechtbaren Rechtshandlung bereits fällige wesentliche Forderung bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht beglichen wird.<sup>208</sup> Der Insolvenzverwalter muss eine zur Insolvenztabelle angemeldete Forderung prüfen, anerkennen, und sodann im Anfechtungsprozess diese nebst ihrer Fälligkeit zum Zeitpunkt der Vornahme der angefochtenen Rechtshandlung zum Gegenstand seines Sachvortrags machen und darlegen, dass die angefochtene Deckung eine im Verhältnis zu den übrigen Forderungen wesentliche war.<sup>209</sup> Zum Beweis der Zahlungsunfähigkeit bietet er schlicht die Vorlage der Insolvenztabelle und der Rechnung über die befriedigte Forderung an. Auf Grundlage dieses für den Insolvenzverwalter verhältnismäßig einfachen Vortrags und Beweisangebots darf der Tatrichter auf die Zahlungsunfähigkeit schließen. Im Ergebnis wird damit die dauerhafte Zahlungsunfähigkeit vermutet.<sup>210</sup> Dies ist im ersten Schritt auch nicht zu beanstanden. Insoweit ist allerdings bereits insolvenzrechtlich zu unterscheiden zwischen dem Anfechtungsprozess (retrograde Ermittlung) und der Antragspflicht (anterograde Betrachtung). Für die Verfahrenseröffnung und die Eigenprüfung eines antragspflichtigen Unternehmens hält der BGH eine Liquiditätsbilanz für erforderlich, wenn eine Prognose notwendig ist, auf die schon im Hinblick auf eine Entscheidung vom 24. 5. 2005<sup>211</sup> nicht verzichtet werden kann. Im Anfechtungsprozess ist hingegen mittels einer ex post-Analyse auf den Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung abzustellen. Der Insolvenzverwalter kann im Anfechtungsprozess anhand der zur Tabelle angemeldeten Forderungen darlegen, dass im anfechtungsrelevanten Zeitpunkt Verbindlichkeiten bestanden, die bis zur Eröffnung des Verfahrens nicht mehr beglichen worden sind. Ist dies der Fall, lässt sich auf eine dauernde Zahlungsunfähigkeit schließen.<sup>212</sup> Zulässig ist im Anfechtungsprozess auch die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit anhand wirtschaftskriminalistischer Beweiszeichen.<sup>213</sup> Das bedeutet, auch der BGH (in Zivilsachen) differenziert bezüglich der Nachweismöglichkeiten. Hintergrund der vom Landgericht in den Blick genommenen zivilrechtlichen Entscheidung war das Ziel, die tatrichterliche Feststellung der Zahlungsunfähigkeit im Anfechtungsprozess erheblich zu erleichtern, insbesondere für Sachverhalte, bei denen die anfechtbare Rechtshandlung mangels fehlender betriebswirtschaftlicher Unterlagen nicht möglich ist. Diese widerlegbare Vermutung der Zahlungsunfähigkeit kann im Zivilprozess durch den Nachweis besonderer Umstände vom Anfechtungsgegner ausgeräumt werden.

### Keine außerstrafrechtliche Beweisvermutung im Strafverfahren

Die - verfahrensrechtliche - Feststellung des Tatbestandsmerkmals der Zahlungsunfähigkeit zum Nachweis strafrechtlicher Schuld stellt in Abgrenzung dazu jedoch einen strafprozessualen Vorgang dar. Im Strafprozess finden außerstrafrechtliche Beweisvermutungen grundsätzlich keine Anwendung, wie es etwa der 3. Strafsenat bereits zu einer zollrechtlichen Beweisvermutung<sup>214</sup> und das Kammergericht zu einer artenschutzrechtlichen Vorschrift ausgeführt haben.<sup>215</sup> Auch ein Beweis des ersten Anscheins existiert im Strafprozess nicht.<sup>216</sup> Plakativ lässt sich zusammenfassen, dass die einzige Vermutung, die im Strafprozess gilt, die der Unschuld ist, Art. 6 Abs. 2 EMRK.<sup>217</sup>

<sup>207</sup> Das Anfechtungsrecht der InsO dient dazu, den Bestand des den Gläubigern haftenden Schuldnervermögens dadurch wiederherzustellen, dass bestimmte als ungerechtfertigt gewertete Vermögensverschiebungen rückgängig gemacht werden, die vor allem in der Zeit der Krise vor Verfahrenseröffnung zum Nachteil der Gläubiger vorgenommen wurden, vgl. BGHZ 128, 191.

<sup>208</sup> Dazu *Güther/Kohly*, ZIP 2007, 1349 (1352 f.); *Hölzle*, ZIP 2007, 613 ff.

<sup>209</sup> *Güther/Kohly*, ZIP 2007, 1349 (1352).

<sup>210</sup> *Hölzle*, ZIP 2007, 613 (616).

<sup>211</sup> BGHZ 163, 134.

<sup>212</sup> Vgl. auch *Pape*, WM 2008, 1949 (1951); *Staufenbiel/Hoffmann*, ZInsO 2008, 785 (790); *Hölzle*, ZIP 2007, 613 (616).

<sup>213</sup> BGH, NJW 2000, 154 (156); *Harz/Baumgartner/Conrad*, ZInsO 2005, 1304 (1308).

<sup>214</sup> BGH, wistra 1987, 292 = StV 1988, 239 f. zu § 17 Abs. 1 S. 2 ZollG (das Zollgesetz trat 1992 außer Kraft).

<sup>215</sup> KG, NStZ 1986, 560.

<sup>216</sup> BGH, StraFo 2003, 281.

<sup>217</sup> Innerstrafrechtliche Vermutungen wie die der Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen gem. § 69 Abs. 2 StGB außen vor gelassen. Auf die möglichen Kollisionen mit dem in-dubio-Grundsatz weisen u.a. *Radtke/Petermann* in: MüKo, StGB, Vorbemerkung zu den §§ 283 ff. Rn. 7, hin.

### Grenzen der Insolvenzrechtsakzessorietät

Eine Kontrollüberlegung zum Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB bestätigt die Qualifizierung der vom Landgericht herangezogenen Vermutung als strafrechtlich untauglich. Die Nichterfüllung einer fälligen Verbindlichkeit im zeitlichen Nachgang zum Vertragsschluss (allein) belegt nicht die konkludente Täuschung über die Zahlungsfähigkeit. Denn die Täuschung – z.B. über die Zahlungsfähigkeit – bildet den Ausgangspunkt der Kausalkette über den Irrtum, die Verfügung bis hin zum Vermögensschaden. Die umgekehrte Blickrichtung: es ist nicht gezahlt worden, dann war der Beschuldigte bereits bei Vertragsschluss zahlungsunfähig und hat insoweit getäuscht, steht im Widerspruch zu § 263 StGB und zu strafprozessualen Grundsätzen. Im Strafprozess müssen die Ermittlungsbehörden prüfen, ob zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Zahlungsunfähigkeit bestand. Die spätere Nichtzahlung kann nur als Beweisanzeichen dienen, um einen Anfangsverdacht zu begründen.<sup>218</sup> Sodann werden von den Ermittlungsbehörden und den Gerichten die finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses aufgeklärt, um die Liquidität festzustellen und / oder Beweisanzeichen wie eidesstattliche Versicherungen und weitere offene fällige Verbindlichkeiten zu finden. Erst dann kann ein hinreichender Tatverdacht und in letzter Konsequenz die sichere Überzeugung von strafrechtlicher Schuld gewonnen werden.

2. Die Frage der Anwendung zivilprozessualer Grundsätze im Strafprozess ist unseres Erachtens nicht die im Insolvenzstrafrecht häufig gestellte nach der Akzessorietät. Die Insolvenzrechtsakzessorietät, sei sie allgemein oder funktional,<sup>219</sup> streng oder gelockert, kann sich allein auf das auf das materielle (Insolvenz-)Strafrecht beziehen. Der Strafprozess ist unabhängig vom Insolvenzrechtsprozess geregelt.

Schwieriger wird die Trennung von materiellem zu Prozessrecht bei dem, was in der Literatur mit der Überschrift Feststellung der Zahlungsunfähigkeit o.ä. versehen ist, sprich: betriebswirtschaftliche Methode oder kriminalistische Beweisanzeichen. Durch die Anwendung dieser wird das Tatbestandsmerkmal der Zahlungsunfähigkeit ausgefüllt, sodass es sich insoweit um materielles Recht handelt. In Abgrenzung dazu befinden wir uns dort, wo der Maßstab der ermittelungsbehördlichen und / oder richterlichen Überzeugungsbildung betroffen ist, im Prozessrecht. Stehen materielles und Verfahrensrecht im Widerspruch zueinander, gilt der Vorrang des Prozessrechts vor dem materiellen Recht.<sup>220</sup>

In der Praxis laufen die Ermittlung des Sachverhalts als (ein) Hauptziel des Strafprozesses und die Subsumtion unter das materielle Recht parallel ab:<sup>221</sup> der Richter prüft, ob ein kriminalistisches Beweisanzeichen, z.B. ein Insolvenzantrag eines Gläubigers, vorgelegen hat. Er befindet sich damit im materiell-rechtlichen Vorgang der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit. Welche Beweismittel er dabei verwerten darf, ist eine prozessuale Frage. Hat er nach Ausschöpfung der Beweise Zweifel, ob ein solcher Insolvenzantrag tatsächlich gestellt wurde, greift der strafprozessuale Zweifelsatz als Entscheidungsregel.<sup>222</sup> zweifelt der Richter am Bestehen eines Fremdantrags, muss er zugunsten des Angeklagten davon ausgehen, ein solcher Antrag sei nicht gestellt worden. Das Beweisanzeichen ist nicht gegeben. Die Subsumtion unter das Tatbestandsmerkmal der Zahlungsunfähigkeit darf (insoweit) nicht erfolgen. Der Fehler des Landgerichts war es, den materiell-rechtlichen und insolvenzrechtsakzessorischen Vorgang der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit mit einer dem Strafrecht fremden insolvenzrechtlichen Vermutungsregelung zu kontaminieren, statt eine strikte Trennung vorzunehmen. Eine solche Trennung ist trotz der gleichzeitigen Anwendung von materiellem und Prozessrecht stets geboten.

<sup>218</sup> Dass in der forensischen Praxis die Gleichung Nichtzahlung = Betrug nicht selten gilt, ändert nichts daran, dass sie falsch ist.

<sup>219</sup> Ausführl. dazu *Achenbach*, Schlüchter-Festschrift, 257 ff.; *AnwK-StGB/Püschel*, Vor § 283-283d Rn. 11 ff.; *Radtke/Petermann* in: MüKo, StGB, Vorbemerkung zu den §§ 283 ff. Rn. 1 ff. und 78 ff.

<sup>220</sup> *Sieber*, Roxin-Festschrift, 1113 (1138); zustimmend *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, Einleitung Rn. 4.

<sup>221</sup> Zu den Zielen des Strafprozess *Kudlich* in: MüKo-StPO, Einleitung Rn. 4 ff.

<sup>222</sup> Zum Zweifelsatz *Ott* in: KK-StPO, § 261 Rn. 56.; *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, StPO, § 261 Rn. 48 ff.; *Velten* in: SK-StPO, § 261 Rn. 75 ff.