

## Rezensionen

### Insolvenzstrafrecht im Überblick

---

Dr.Christian Brand, Konstanz

## Insolvenzstrafrechtliche Literatur im Zeitraum Oktober bis Dezember 2014

### I. Aufsatzliteratur

#### 1. Raimund Weyand: Aufträge an Sachverständige und Strafrecht, ZInsO 40/2014, 1934-1939.

Der Beitrag beschäftigt sich zunächst mit der Frage, ob der Geschäftsleiter einer kriselnden Gesellschaft, der ein Wirtschaftlichkeits-, Sanierungs-, Restrukturierungs- oder Insolvenzgutachten in Auftrag gibt, strafrechtliche Konsequenzen befürchten muss. *Verf.* analysiert diese Fragestellung unter untreu- und bankrottstrafrechtlichen Vorzeichen und gelangt zu dem Ergebnis, dass von Ausnahmefällen wie der völligen Unbrauchbarkeit des Gutachtens abgesehen eine Strafbarkeit weder von Seiten des weiten Untreuetatbestandes noch von Seiten des § 283 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2, Nr. 8 StGB droht. Im zweiten Teil seines Beitrags untersucht *Verf.* die Strafbarkeitsrisiken, die ein Insolvenzverwalter eingeht, der sein Anfechtungsrecht gem. §§ 129 ff. InsO nicht umfassend ausübt. Da der Insolvenzverwalter gegenüber der Masse vermögensbetreuungspflichtig ist, steht eine Strafbarkeit wegen Untreue im Raum. Allerdings trifft den Insolvenzverwalter schon insolvenzrechtlich keine schrankenlose Anfechtungspflicht, sondern er hat abzuwägen, ob der intendierte Anfechtungsprozess für die Masse vorteilhaft ist oder ihr angesichts des Prozessrisikos bzw. der fehlenden Bonität des Anfechtungsgegners eher Nachteile bringt. Unterlässt der Insolvenzverwalter aufgrund solcher sachlicher Beweggründe die Insolvenzanfechtung, verneint *Verf.* völlig zu Recht eine Untreuestrafbarkeit des Insolvenzverwalters.

#### 2. Folker Bittmann: Insolvenzrecht und Rückgewinnungshilfe: Funktionelle Konkordanz, ZInsO 42/2014, 2024-2030.

*Verf.* plädiert dafür, dem Insolvenzrecht gegenüber der strafprozessualen Rückgewinnungshilfe im konkreten Fall dann den Vorzug zu geben, wenn die auf der Basis des Rückgewinnungshilferechts vollzogenen Maßnahmen die Ziele des Insolvenzverfahrens bzw. die Aufgaben des Insolvenzverwalters beeinträchtigen. Lässt sich ein konkreter Normenkonflikt zwischen Insolvenzrecht und Rückgewinnungsrecht hingegen nicht feststellen, soll es bei einem Nebeneinander der beiden Bereiche bleiben. Das hat insbesondere zur Folge, dass Anordnungen aufgrund des Rückgewinnungshilferechts nicht automatisch mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ihre Gültigkeit verlieren, sondern weiterhin – ggfls. relativ – wirksam bleiben und bspw. nach Einstellung des Insolvenzverfahrens wieder Relevanz entfalten können. Abschließend zeigt *Verf.* anhand einiger ausgewählter, aktueller oberlandesgerichtlicher Entscheidungen auf, welche Auswirkungen der von ihm eingenommene Standpunkt konsequent durchgeführt *in praxi* zeitigt.

#### 3. Thorsten Hunsalzer: Haftung für Sozialversicherungsbeiträge und deren Insolvenzanfechtung im Schutzschirmverfahren gem. § 270b InsO, ZInsO 36/2014, 1748-1753.

Neben der Frage, ob Sozialversicherungsbeiträge, die der Schuldner nach Eröffnung des Schutzschirmverfahrens abführt, der Insolvenzanfechtung unterliegen – eine Frage, die *Verf.*

mit guten Gründen bejaht – thematisiert der angezeigte Beitrag, ob der Schuldner, der nach Eröffnung des Schutzschirmverfahrens keine Sozialversicherungsbeiträge abführt, sich gem. § 266a StGB strafbar macht. *Verf.* verneint ein entsprechendes Strafbarkeitsrisiko wegen faktischer Unmöglichkeit und fehlender Zumutbarkeit. Zum einen verfüge der Schuldner *de facto* nicht über die freien Mittel, um die Sozialversicherungsbeiträge zu bezahlen, weil der Sachwalter diese regelmäßig auf das von ihm geführte Verfahrenskonto einziehe. Zum anderen drohe dem Schuldner, der gleichwohl die Sozialversicherungsbeiträge begleiche, dass das Insolvenzgericht das Schutzschirmverfahren aufhebt und stattdessen eine vorläufige Insolvenzverwaltung anordnet. Komme der Schuldner der Pflicht des § 266a Abs. 1 StGB gleichwohl nach, obschon er im Schutzschirmverfahren nach Ansicht des *Verf.* aufgrund Unzumutbarkeit und faktischer Unmöglichkeit hiervon dispensiert ist, mache er sich u.U. wegen Gläubigerbegünstigung gem. § 283c StGB strafbar.

## II. Kommentare/Handbücher

### 1. Eberhard Braun (Hrsg.), Insolvenzordnung, 6. Aufl. 2014, C. H. Beck Verlag, 119,00 €, ISBN 978-3-406-65755-9.

Da gründliche insolvenzrechtliche Kenntnisse für das Verständnis des Insolvenzstrafrechts unabdingbar sind, wird das in der letzten Ausgabe begonnene Unterfangen, neben insolvenzstrafrechtlicher auch insolvenzrechtliche Literatur zu besprechen, hier fortgesetzt. Den Beginn macht dabei der von *Eberhard Braun* herausgegebene und mittlerweile in der 6. Aufl. vorliegende Kommentar.

a) Seitdem das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) die in zahlreichen Einzelgesetzen verstreuten strafbewehrten Pflichten, bei Überschuldung bzw. eingetretener Zahlungsunfähigkeit unverzüglich, spätestens aber nach Ablauf von drei Wochen Insolvenzantrag zu stellen, in § 15a InsO zusammengeführt hat, enthält das Insolvenzrecht nach langer Abstinenz wieder einen Straftatbestand und schon allein deshalb stoßen Kommentare der InsO auf das Interesse auch des Wirtschaftsstrafrechtlers. Im von *Eberhard Braun* herausgegebenen Kommentar bearbeitet den § 15a InsO *Harald Bußhardt*. Folgende Aspekte seien hervorgehoben:

aa) Zu Recht stellt sich *Verf.* auf den Standpunkt, wonach die strafbewehrte Insolvenzantragspflicht des § 15a InsO aufgrund ihrer rechtsformneutralen Formulierung neben den Geschäftsleitern inländischer juristischer Personen und „haftungsbeschränkter Personen(handels)gesellschaften“ auch die Organe von juristischen Personen ausländischer Rechtsform adressiert, sofern sie ihren Interessenmittelpunkt i.S.v. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO im Inland haben (vgl. Rn. 10).

bb) Um dem Vorwurf zu entgehen, der Eröffnungsantrag sei „nicht richtig“ i.S.v. Abs. 4 gestellt worden, fordert *Verf.* das Stellen eines Antrags, der den Anforderungen des § 13 InsO genügt. Unterlasse es der Antragspflichtige, das Vorliegen eines Eröffnungsgrundes darzulegen oder verweigere er ausreichende Auskünfte zur finanziellen Situation der insolvenzreifen Gesellschaft, genüge er seiner Antragspflicht nicht (Rn. 17).

cc) Zutreffend verneint *Verf.* die Annahme von Führungslosigkeit, wenn das Vertretungsorgan nur unerreichbar ist. Ganz im Einklang mit der h.M. beschränkt *Verf.* das Institut der Führungslosigkeit auf Fälle der Amtsniederlegung bzw. Amtsenthebung oder des Todes des Geschäftsleiters bzw. des Verlusts der Organfähigkeit (Rn. 23). Unerwähnt bleibt leider die Frage, wie sich die Existenz eines faktischen Geschäftsführers auf den Zustand der Führungslosigkeit auswirkt.

dd) Dem *BGH* ausdrücklich zustimmend schließt sich *Verf.* der Ansicht an, wonach ein Gläubigerantrag die Insolvenzantragspflicht des antragspflichtigen Organwalters nicht entfallen lässt. Nur die auf den Gläubigerantrag hin ergangene Entscheidung des Insolvenzgerichts, entweder das Verfahren zu eröffnen oder aber seine Eröffnung mangels Masse abzulehnen, beende die Antragspflicht (Rn. 30).

ee) Unter den Rn. 35 ff. beschäftigt sich *Verf.* ausführlich mit dem durch das Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte zum 1.7.2014 neu eingefügten Abs. 6, dem zufolge § 15a Abs. 1-5 InsO auf Vereine und Stiftungen, deren Insolvenzantragspflicht sich nach § 42 Abs. 2 BGB richtet, keine Anwendung findet. Kritisch betrachtet *Verf.* die pauschale Herausnahme sämtlicher Vereine – also auch der

wirtschaftlich bedeutenden Großvereine – aus dem Anwendungsbereich des § 15a InsO (Rn. 38). *De lege ferenda* schlägt *Verf.* deshalb vor, den § 15a Abs. 6 InsO dem § 31a BGB anzugleichen und ausschließlich ehrenamtlich tätigen Vorstandsmitgliedern von Vereinen und Stiftungen das Haftungsprivileg des § 15a Abs. 6 InsO zu gewähren (Rn. 39).

ff) Schließlich wirft *Verf.* die spannende Frage auf, ob der director einer Limited, die ihren wirtschaftlichen Interessenmittelpunkt im Inland hat, seiner Insolvenzantragspflicht gem. § 15a Abs. 1 InsO auch dann genügt, wenn er den Insolvenzantrag bei einem englischen und damit bei einem nach deutschem Recht unzuständigen Gericht stellt (Rn. 47). Eine Antwort hierauf gibt er jedoch leider nicht. Mit Blick auf den Charakter des § 15a Abs. 4, 5 InsO als eines abstrakten Gefährdungsdelikts verdient die Ansicht den Vorzug, die den director, der den Insolvenzantrag bei dem unzuständigen ausländischen Gericht stellt, gem. § 15a Abs. 4, 5 InsO bestraft, weil bei Antragsstellung die Gefahr besteht, dass das angegangene Gericht sich für unzuständig erklärt und den Antrag zurückweist.

b) Besondere Bedeutung im Insolvenzstrafrecht haben die Insolvenzgründe der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung, die der Gesetzgeber für die InsO in den §§ 17 ff. InsO legaldefiniert hat. Bekanntlich macht sich gem. § 283 Abs. 1 StGB nur strafbar, wer eine Bankrotthandlung i.S.d. § 283 Abs. 1 Nrn. 1-8 StGB bei (drohender) Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung begangen hat und verwirklicht den § 283 Abs. 2 StGB nur, wer durch die Vornahme einer Bankrotthandlung seine Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung herbeiführt. Zwar folgen die Krisenmerkmale der §§ 283 ff. StGB – § 283c fordert das Vorliegen eingetretener Zahlungsunfähigkeit, während § 283d StGB unstreitig auch schon das Stadium der drohenden Zahlungsunfähigkeit erfasst – richtigerweise keiner streng insolvenzrechtsakzessorischen Interpretation. Jedoch ist das insolvenzrechtliche Verständnis bei der Auslegung der §§ 283 ff. StGB insoweit zugrunde zu legen, als dadurch strafrechtliche Befindlichkeiten wie bspw. der *in-dubio*-Grundsatz oder das Bestimmtheitsgebot nicht tangiert werden. Kommentiert hat die §§ 17 ff. InsO wie schon § 15a InsO *Harald Bußhardt*. Folgende Punkte verdienen besonders hervorgehoben zu werden:

aa) Im Rahmen seiner Kommentierung zu § 17 InsO zeichnet *Verf.* zunächst die Linie des *BGH* zur Abgrenzung von Zahlungsunfähigkeit und Zahlungsstockung nach und lässt dabei Sympathien für diesen Ansatz erkennen (Rn. 8 ff.). Bei der Frage, ob Anlagevermögen, das innerhalb kürzester Zeit veräußert werden kann, den vorhandenen Zahlungsmitteln hinzuzuschlagen ist, macht *Verf.* angesichts der von § 17 InsO gebotenen Stichtagsbetrachtung den Vorschlag, die Verwertbarkeit des Anlagevermögens in die Finanzplanung aufzunehmen und zu eruieren, ob die Unterdeckung, die die 10 %-Grenze überschreitet, aufgrund der Veräußerung des Anlagevermögens wieder ausgeglichen werden kann (Rn. 34). Einen restriktiven Standpunkt nimmt *Verf.* in der Diskussion ein, ob der Dreiwochenzeitraum, den der *BGH* gewährt, um eine Zahlungsstockung auszuräumen, der Dreiwochenfrist des § 15a Abs. 1 InsO hinzuzurechnen ist, ob also mit anderen Worten nach Ablauf des Dreiwochenzeitraums und des Umschlagens der Zahlungsstockung in Zahlungsunfähigkeit der insolvenzantragspflichtige Geschäftsleiter zusätzlich die Frist des § 15a Abs. 1 InsO ausschöpfen darf. Nach Ansicht des *Verf.* sind der Dreiwochenzeitraum zur Beseitigung der Zahlungsstockung und die Dreiwochenfrist des § 15a Abs. 1 InsO deckungsgleich und stehen dem antragspflichtigen Geschäftsleiter folglich nur einmal zur Verfügung (Rn. 51 f.). Schließlich erörtert *Verf.* – für den Wirtschaftsstrafrechtler besonders interessant – das Verhältnis von § 266a Abs. 1 StGB und § 64 Satz 1 GmbHG (Rn. 54 ff.).

bb) Zu Recht macht *Verf.* das Vorliegen von drohender Zahlungsunfähigkeit davon abhängig, dass eine über 50 %-ige Wahrscheinlichkeit für den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit spricht (Rn. 5). Den Prognosezeitraum will *Verf.* einzelfallabhängig bestimmen. Entscheidend für die Länge des Prognosezeitraums sei etwa, ob die drohende Zahlungsunfähigkeit eines Unternehmens mit kurz- oder langfristiger Produktion bzw. eines sog. „Saisonunternehmens“ zur Beurteilung anstehe (Rn. 8). Von den noch nicht begründeten, aber absehbaren Zahlungspflichten will *Verf.* im Rahmen des Zahlungsunfähigkeitspanoramas diejenigen berücksichtigen, die nach vernünftiger kaufmännischer Planung im Prognosezeitraum voraussichtlich zu bedienen sein werden (Rn. 10).

cc) Anschaulich hebt *Verf.* hervor, dass die Fortführungsprognose nach der Rückkehr des Gesetzgebers zum vor Inkrafttreten der InsO geltenden modifiziert zweistufigen Überschuldungsbegriff nicht mehr nur darüber entscheidet, ob das Schuldnervermögen nach Fortführungs- oder Zerschlagungswerten bewertet wird, sondern wieder eigenständigen Charakter

besitzt und bei positivem Ausgang der Annahme von Überschuldung entgegensteht, egal ob die Passiva die Aktiva rechnerisch überwiegen (Rn. 11 ff.). Gesellschafterdarlehen will *Verf.* unabhängig von der Erklärung eines Nachrangs i.S.v. § 39 Abs. 2 InsO von der Passivierungspflicht ausnehmen. Aufgrund des ohnehin schon bestehenden Nachrangs gem. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO ergebe es keinen Sinn, für die Ausnahme von der Passivierungspflicht zusätzlich einen Rangrücktritt zu fordern. Der Wortlaut des § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO gebiete ein solches Verständnis jedenfalls nicht (Rn. 18).

c) Will man eine kurze Bewertung des soeben besprochenen Kommentars aus insolvenzstrafrechtlicher Sicht abgeben, fällt diese eindeutig aus: Insbesondere der Praktiker, der sich mit dem Insolvenzstrafrecht und den damit zusammenhängenden insolvenzrechtlichen Aspekten beschäftigt, findet bei *Harald Bußhardt* klar verständliche und weiterführende Kommentierungen der für das Insolvenzstrafrecht besonders bedeutsamen Vorschriften der InsO.

## 2. Marie Luise Graf-Schlicker (Hrsg.): Insolvenzordnung, 4. Aufl. 2014, RWS-Verlag, 148,00 €, ISBN 978-3-8145-2004-9.

Ebenfalls 2014 ist der von *Graf-Schlicker* herausgegebene Insolvenzrechtskommentar erschienen, der nunmehr bereits in vierter Auflage vorliegt. Die für das Insolvenzstrafrecht besonders wichtigen §§ 15a, 17 ff. InsO kommentiert *Michael Bremen*. Folgende Punkte seien besonders hervorgehoben:

a) Im Rahmen seiner Kommentierung des § 15a InsO schließt sich *Verf.* zunächst der Ansicht an, die auch den Geschäftsleitungsorganen von Vor-Gesellschaften die Antragspflicht des § 15a Abs. 1 InsO auferlegt (Rn. 4). Während diesem Ergebnis insolvenz- und gesellschaftsrechtlich eine gewisse Überzeugungskraft nicht abzusprechen ist – angesichts der Verlustdeckungshaftung, die die Gesellschafter eines Vor-Verbandes gegenüber „ihrer“ Gesellschaft trifft, lassen sich aber auch durchaus Zweifel an einer Übertragung des § 15a Abs. 1 InsO auf diese Vor-Verbände anmelden – verstieße es strafrechtlich gegen das Analogieverbot, wollte man den Geschäftsleiter einer Vor-Gesellschaft, der nicht rechtzeitig den Insolvenzantrag gestellt hat, gem. § 15a Abs. 4, 5 InsO bestrafen. Denn § 15a Abs. 1 InsO spricht nur von juristischen Personen und Verbänden ohne Rechtspersönlichkeit. Der Vor-Verband einer juristischen Person gehört jedoch keiner der beiden Gruppen an (zum Ganzen freilich noch zu §§ 84 Abs. 1 Nr. 2, 64 Abs. 1 GmbHG a.F. s. auch schon *Büning*, Die strafrechtliche Verantwortung faktischer Geschäftsführer einer GmbH, 2004, S. 119 f.). Im Einklang mit der höchstrichterlichen Rspr. und der ganz h.M. vertritt auch *Verf.* die Auffassung, dass ein Gläubigerantrag aufgrund der Möglichkeit, ihn jederzeit zurückzunehmen (vgl. § 13 Abs. 2 InsO), die Antragspflicht gem. § 15a InsO nicht entfallen lässt (Rn. 5, 15). Was des Weiteren die Problematik der Führungslosigkeit (vgl. § 15a Abs. 3 InsO) anbelangt, schließt sich *Verf.* zu Recht der – auch vom Rezensenten geteilten – Ansicht an, wonach das Vorhandensein eines faktischen Geschäftsführers die Gesellschaft nicht führungslos macht (Rn. 12). Kurz gestreift wird schließlich die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Insolvenzantrag „nicht richtig“ i.S.v. § 15a Abs. 4 InsO ist. *Verf.* verweist insoweit auf § 13 InsO und subsumiert zumindest solche Anträge dem Merkmal „nicht richtig“, die den an sie gestellten Zulässigkeitsanforderungen nicht genügen (Rn. 15).

b) Ganz auf der Höhe der aktuellen Diskussion kommentiert *Verf.* die Insolvenzgründe der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung. So beinhaltet bspw. die Kommentierung des § 19 InsO eine äußerst hilfreiche und weiterführende Übersicht zu den Aktiva und Passiva, die in den Überschuldungsstatus einzustellen sind (Rn. 27 ff.), beschäftigt sich die Kommentierung des § 18 InsO knapp mit den schwierigen Fragen, die aufkommen, sobald man den Zustand drohender Zahlungsunfähigkeit ermitteln will (Rn. 8 ff.) und findet sich bei den Ausführungen zu § 17 InsO eine gelungene Zusammenfassung der aktuellen Rspr. zur Abgrenzung von Zahlungsstockung und Zahlungsunfähigkeit (Rn. 12 f.) sowie zu dem schwierigen Problem der sog. tatsächlichen Stundungen (Rn. 8).

c) Resümierend lässt sich somit festhalten: Der Insolvenzstrafrechtler, der sich einen schnellen, gleichzeitig aber auch fundierten Überblick über die insolvenzrechtlichen Bezüge des Insolvenzstrafrechts verschaffen will, ist mit dem von *Graf-Schlicker* herausgegebenen Werk gut beraten.

### 3. Gerhart Kreft (Hrsg.): Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 7. Aufl. 2014, C. F. Müller Verlag, 164,99 €, ISBN 978-3-8114-4310-5.

In siebter Auflage ist zwischenzeitlich auch der von *Gerhart Kreft* herausgegebene Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung erschienen. Die insolvenzstrafrechtlich wichtigen Insolvenzauslösetatbestände (§§ 17-19 InsO) kommentiert *Hans-Peter Kirchhof*, die Kommentierung des § 15a InsO teilen sich *Detlef Kleindiek* und *Andreas Ransiek*. Schon diese Konzeption, den insolvenzrechtlichen Teil des § 15a InsO von einem Insolvenz- und Gesellschaftsrechtler, den strafrechtlichen Teil hingegen von einem Strafrechtler kommentieren zu lassen, überzeugt und führt dazu – so viel sei hier schon vorweggenommen –, dass die strafrechtliche Seite des § 15a InsO im Heidelberger Kommentar nicht das Schattendasein fristet, zu dem sie in anderen insolvenzrechtlichen Kommentaren so oft verdammt ist.

a) Wie schon *Michael Bremen* in seiner Kommentierung des § 15a InsO im von *Graf-Schlicker* herausgegebenen Kommentar zur Insolvenzordnung (s.o. unter 2a)) vertritt auch *Detlef Kleindiek* die These, wonach neben Geschäftsleitern der juristischen Personen (mit Ausnahme des Vereins, für den es bei der Sonderregelung des § 42 Abs. 1 BGB bleibt) und der „haftungsbeschränkten Personengesellschaften“ auch die Geschäftsleiter der Vor-Kapitalgesellschaften die Antragspflicht des § 15a Abs. 1 InsO trifft (Rn. 4). Insolvenzrechtlich mag das überzeugen, strafrechtlich geht es allerdings nicht an, den Geschäftsführer bspw. einer Vor-GmbH, der der Pflicht des § 15a Abs. 1 InsO nicht nachkommt, gemäß § 15a Abs. 4, 5 InsO zu bestrafen (ausf. o. unter 2a)).

b) Ob die Geschäftsleiter sog. „Scheinauslandsgesellschaften“, also von Gesellschaften, die bspw. in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union gegründet wurden, ihren Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen jedoch in Deutschland haben, die Antragspflicht des § 15a Abs. 1 InsO trifft, lässt *Verf.* mit Blick auf das fehlende Plazet durch den *EuGH* offen (Rn. 6).

c) Nach Ansicht des *Verf.* trifft die Antragspflicht des § 15a Abs. 1 InsO auch die sog. faktischen Geschäftsführer (Rn. 10). Das überzeugt für die Konstellationen, in denen der faktische Geschäftsführer seine Position durch einen unwirksamen Bestellsakt erlangt hat, wirft aber – zumindest aus strafrechtlicher Perspektive etwa mit Blick auf § 14 Abs. 3 StGB – Zweifel auf, wenn auch solche Personen dem Kreis der Antragspflichtigen zugeschlagen werden, die ihre Stellung ohne einen (unwirksamen) Bestellsakt, lediglich mit Einverständnis der Gesellschafter erworben haben.

d) Was die – auch strafrechtlich – wichtige Frage anbelangt, ab wann die Dreiwochenfrist des § 15a InsO zu laufen beginnt, nimmt *Verf.* eine vermittelnde Position ein. Weder gehe es an, den Fristbeginn auf den objektiven Eintritt des Insolvenzgrundes zu legen, da dann der Zweck der Dreiwochenfrist – i.e. Sanierungschancen auszuloten – konterkariert würde, noch überzeuge es, die Frist erst mit Eintritt des Insolvenzgrundes und positiver Kenntnis des Antragspflichtigen hiervon laufen zu lassen, weil andernfalls der Lauf der Frist von der Aufmerksamkeit des Antragspflichtigen abhinge. Vor diesem Hintergrund schlägt *Verf.* vor, die Dreiwochenfrist ab dem Zeitpunkt laufen zu lassen, in dem eine pflichtgemäße Prüfung das Vorliegen eines Insolvenzgrundes zu Tage gefördert hätte (Rn. 13).

e) Einen „nicht richtigen Antrag“ i.S.d. § 15a Abs. 4 InsO will *Verf.* übereinstimmend mit zahlreichen Stimmen im Schrifttum nur annehmen, wenn das Insolvenzgericht den Antrag als unzulässig zurückweisen muss, weil es ihm entweder an der Schriftform (vgl. § 13 Abs. 1 Satz 1 InsO) mangelt oder er nicht über den nötigen Mindestinhalt verfügt, bspw. das Vorliegen eines Eröffnungsgrundes nicht substantiiert darlegt (Rn. 15). Bedenken hegt *Verf.* gegenüber dem Unternehmen, als „nicht richtig“ auch solche Anträge einzustufen, die zwar substantiiert zu einem Eröffnungsgrund – regelmäßig der drohenden Zahlungsunfähigkeit – vortragen, dabei aber verschleiern, dass sich der antragspflichtige Verband bereits im Zustand der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit befindet. Mit Blick auf das Schutzschirmverfahren des § 270b InsO, das nur einleiten kann, wer sich noch im Zustand der drohenden Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung befindet, überzeugen diese Bedenken jedoch nicht. Im Übrigen beraubte man der Tatvariante „nicht richtig“ nahezu jeglichen Anwendungsbereich, wollte man ihr nur unzulässige Anträge subsumieren, da solche Konstellationen regelmäßig als „nicht“ oder „nicht rechtzeitig“ gestellter Antrag bestraft werden können (ausf. dazu *Brand*, KTS 2014, 1, 14 f.).

g) Anders als der Rezensent (vgl. *Brand/Brand*, NZI 2010, 712, 714 f.) aber im Einklang mit einer weit verbreiteten Ansicht steht auch der *Verf.* auf dem Standpunkt, dass die Existenz ei-

nes faktischen Geschäftsführers an der Führungslosigkeit der Gesellschaft nichts ändert (Rn. 17, 20). Im Ergebnis wohl zu Recht verneint *Verf.* die Pflicht der Mitglieder eines GmbH-Aufsichtsrates, bei Führungslosigkeit den Insolvenzantrag zu stellen, weil zum einen der Wortlaut des § 15a Abs. 3 InsO dafür nichts hergibt (s. auch *Wälzholz*, GmbHR 2008, 841, 847) und zum anderen sonst Friktionen mit § 15a Abs. 4, 5 InsO drohten (Rn. 19; s. dazu auch *Brand*, WiJ 2014, 240, 245 sowie *Popp*, JURA 2012, 618, 625 f.). Ob zugunsten des ersatzverantwortlichen Gesellschafters bzw. Aufsichtsratsmitglieds eine neue Dreiwochenfrist zu laufen beginnt, sofern Führungslosigkeit erst im Anschluss an die materielle Insolvenzreife des Verbandes eintritt, lässt *Verf.* zwar offen, nennt aber instruktive Argumente für beide Sichtweisen: Gegen eine erneute Dreiwochenfrist spreche der Zweck des Abs. 3, der dahin gehe, den Ausfall von Verantwortlichkeiten zu bekämpfen, nicht aber eine weitere Insolvenzverschleppung zu ermöglichen, während für einen Neubeginn der Dreiwochenfrist spreche, dass die Ersatzverantwortlichen nicht kraft eigenen Entschlusses, sondern *ex lege* in die Antragspflicht einrückten (Rn. 22).

h) Wie schon einleitend erwähnt, kommentiert die strafrechtliche Seite des § 15a InsO *Andreas Ransiek*. Folgende Punkte verdienen besonders hervorgehoben zu werden: Zu Recht lehnt *Verf.* zunächst die Ansicht (der h.M.) ab, wonach taugliche Täter des § 15a Abs. 4, 5 InsO auch faktische Geschäftsleiter seien, die ohne einen (unwirksamen) Bestellungsakt in ihre Position gelangt sind (Rn. 40). Was den „nicht richtigen“ Antrag anbelangt, steht auch *Verf.* auf dem Standpunkt, wonach unter diese Tatmodalität grds. nur solche Anträge fallen, die das Gericht als unzulässig zurückweisen müsste (zu den Bedenken gegenüber dieser restriktiven Interpretation s.o. unter 3e)). Überzeugend plädiert *Verf.* schließlich dafür, die von § 15a Abs. 4, 5 InsO in Bezug genommenen Krisenmerkmale „Überschuldung“ und „Zahlungsunfähigkeit“ insolvenzrechtsakzessorisch auszulegen (Rn. 41).

i) Die Insolvenzeröffnungsgründe kommentiert – wie ebenfalls schon erwähnt – im „Heidelberger Kommentar“ *Hans-Peter Kirchhof*. Umfassend nimmt *Verf.* zu den (aktuell) diskutierten Fragen Stellung, sodass jedenfalls aus (insolvenz-)strafrechtlicher Perspektive keine Wünsche offen bleiben. So enthält die Kommentierung des § 17 InsO neben äußerst instruktiven Ausführungen zu den fälligen Zahlungspflichten, die bei der Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit zu berücksichtigen sind (Rn. 6 ff.), einen ausführlichen Abschnitt zur Abgrenzung von Zahlungsunfähigkeit und Zahlungsstockung (vgl. Rn. 19 ff.) sowie ein eigenes Kapitel, das sich ausschließlich mit dem Nachweis der Zahlungsunfähigkeit beschäftigt und dabei sämtliche Nuancen nachzeichnet (Rn. 23 ff.). Genauso gelungen wie die Kommentierung des § 17 InsO sind die Kommentierungen der §§ 18 f. InsO. Besonders positiv fällt dabei insbesondere auf, dass *Verf.* den Dialog zum Strafrecht nicht scheut und – was momentan fast noch Seltenheitswert hat – im Rahmen seiner Ausführungen auch die von Strafrechtlern zur Interpretation der Insolvenzgründe vorgetragenen Überlegungen berücksichtigt.

j) Aus (insolvenz-)strafrechtlicher Perspektive fällt das Urteil über den „Heidelberger Kommentar“ eindeutig aus: Er ist nicht nur für den Praktiker, sondern auch für den Wissenschaftler, der sich mit der schwierigen Materie des Insolvenzstrafrechts beschäftigt und dabei auch die insolvenzrechtlichen Grundlagen erfassen will, ein informatives und gut lesbares Nachschlagewerk, das noch weiter dadurch gewinnt, dass es zu sämtlichen behandelten Fragen eine große Fülle an Nachweisen aus Schrifttum und Rechtsprechung liefert, die es dem Leser erlauben, einzelne Aspekte weiter zu vertiefen.

#### 4. **Andres, Dirk/Leithaus, Rolf (Hrsg.): Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2014, C. H. Beck Verlag, 99,00 €, ISBN 978-3-406-64814-4.**

Im Berichtszeitraum neu erschienen ist schließlich in der orangenen Beck'schen Kommentarreihe die von *Andres/Leithaus* herausgegebene und weitgehend auch bearbeitete Kommentierung der Insolvenzordnung. Die für das Insolvenzstrafrecht besonders bedeutsamen Vorschriften der §§ 15a, 17-19 InsO bearbeitet *Rolf Leithaus*.

a) Knapp, gleichwohl aber äußerst instruktiv kommentiert *Rolf Leithaus* die Vorschrift des § 15a InsO. Insbesondere die umstrittene Frage, wie der Lauf der Dreiwochenfrist des § 15a Abs. 1 InsO zu berechnen ist, sowie die Problematik, welche strafrechtlichen Folgen ein unter Verstoß gegen § 13 InsO gestellter Insolvenzantrag zeitigt, werden ausführlich erörtert. Dem Verstoß gegen § 13 InsO will *Verf.* angesichts des Wortlauts („soll“) und mit Blick auf die fehlende Intention des Gesetzgebers, die Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung auszudehnen, keine Relevanz *sub specie* „nicht richtiger“ Antragsstellung beimessen (Rn. 13).

b) Auf gerade einmal neun Seiten gelingt es dem *Verf.*, die Insolvenzgründe „Zahlungsunfähigkeit“, „drohende Zahlungsunfähigkeit“ und „Überschuldung“ konzise und auf das Wesentliche beschränkt darzustellen. Dass bei solchem Vorgehen die Erörterung von Detailfragen gelegentlich auf der Strecke bleibt, mindert die Qualität dieser Kommentierung nicht, ermöglicht sie doch dem eiligen Leser bzw. dem, der sich erstmals mit dem Insolvenzrecht beschäftigt, einen ersten und fundierten Überblick über die Rechtslage. Aus Sicht des Insolvenzstrafrechtlers kann der Kommentar von *Andres/Leithaus* deshalb uneingeschränkt empfohlen werden.

### Kartellrecht

---

Rechtsanwalt Dr. Niklas Auffermann, Berlin

## Rafael Harnos: Geschäftsleiterhaftung bei unklarer Rechtslage

Eine Untersuchung am Beispiel des Kartellrechts

Duncker & Humblot, Berlin 2013, 374 Seiten

### I.

Die von Rafael Harnos verfasste und von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Konstanz im Jahr 2012 als Dissertation angenommene Abhandlung „Geschäftsleiterhaftung bei unklarer Rechtslage - Eine Untersuchung am Beispiel des Kartellrechts“ stellt eine Analyse am Beispiel des Kartellrechts dar, die sich an der Kernfrage orientiert, wie Leitungsorgane bußgeldrechtliche und zivilrechtliche Haftungsgefahren minimieren können, wenn ihr Verhalten an unbestimmten Rechtsbegriffen zu messen ist.

Während sich die herrschende Auffassung in der Literatur auf den Standpunkt stellt, dass Vorständen bei unklarer Rechtslage ein Beurteilungsspielraum zusteht, dessen Grenzen und Auswirkungen sich an der in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG kodifizierten Business Judgment Rule orientieren, verteidigt Harnos die Anwendung der ordnungsrechtlichen und zivilrechtlichen Irrtumsregeln. Harnos legt dar, dass auch im Rahmen der herkömmlichen Irrtumsdogmatik ein sachgerechter Ausgleich zwischen dem Interesse an einer wirksamen Sanktionierung von Rechtsverstößen einerseits und den Belangen des Vorstands andererseits möglich ist.

### II.

Harnos beginnt seine Arbeit mit dem Satz „Die Geschäftsleiterhaftung steht seit Jahren im Mittelpunkt der politischen und wissenschaftlichen Diskussion.“ Dass die Geschäftsleiterhaftung seit Jahren nicht nur in diesem, sondern auch im Fokus der Gerichte und der Strafverfolgungsbehörden steht, ist unbestritten.

Das Thema der zunehmenden Haftung von Organen hat es zuletzt mit der sog. Neubürger-Entscheidung des Landgericht München I vom 10.12.2013 zu bundesweiter Beachtung weit über die juristischen Gazetten hinaus geschafft. Das Landgericht verurteilte den ehemaligen Siemens-Finanzvorstand Neubürger wegen Verletzung von Organisationspflichten zu einer Zahlung von 15 Millionen Euro und stellte leitsatzmäßig fest: „Die Einhaltung des Legalitätsprinzips und demgemäß die Einrichtung eines funktionierenden Compliance-Systems gehört zur Gesamtverantwortung des Vorstands. [...] Der Beklagte hat bei seiner Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters als Maßstab, wie er in § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG normiert ist, verletzt, weshalb er dem Grunde nach haftet.“

Ohne Übertreibung darf behauptet werden, dass deutsche Vorstände Fragen der Haftung bzw. der Enthftung (durch Einholung fachlichen Rechtsrats) besonders plagen. Die Legalitätspflicht ist zentrales Thema: Auf dem Spiel stehen bußgeldrechtliche (Geldbußen), zivilrechtliche (Schadensersatzansprüche) und strafrechtliche Folgen (Geld- oder Freiheitsstrafe) neben Arbeitsplatzverlust und öffentlicher Ächtung.