

### 3. Verstoß gegen den Ultima-Ratio-Grundsatz

Schließlich verstößt es gegen den Ultima-Ratio-Grundsatz, ein Verhalten als Untreuehandlung im Sinne des § 266 StGB zu bewerten und strafrechtlich zu sanktionieren, das sich unterhalb der Schwelle einer groben Pflichtverletzung bewegt.<sup>21</sup>

Wie das *BVerfG*<sup>22</sup> wiederholt hervorgehoben hat, wird das Strafrecht als „ultima ratio“ des Rechtsgüterschutzes eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist. Wegen des in der Androhung, Verhängung und Vollziehung von Strafe zum Ausdruck kommenden sozialetischen Unwerturteils komme dem Übermaßverbot als Maßstab für die Überprüfung einer Strafnorm besondere Bedeutung zu.

Mit diesem Grundsatz ist es nicht vereinbar, ein Verhalten zu pönalisieren, das nicht dazu ausreicht, sämtliche Sanktionen nach dem Aktienrecht auszulösen. Die Sanktionen nach dem Strafrecht dürfen keine geringeren Anforderungen haben als die Sanktionen nach dem Aktienrecht.

<sup>21</sup> Vgl. auch *Brand*, Anm. zu *BGH*, Urteil vom 12.10.2016 – 5 StR 134/15, NJW 2017, 578, 582, der konstatiert, dass die zentrale These des Urteils, wonach jede aktienrechtliche Pflichtverletzung im Sinne des § 93 Abs. 1 AktG zugleich den Anforderungen an eine Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB genügt, mit Blick auf den Ultima-Ratio-Grundsatz nicht überzeuge.

<sup>22</sup> NJW 2008, 1137, 1138 m.w.N.

## Insolvenzstrafrecht

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

# Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht

## I. Strafprozessrecht

Akteneinsichtsrecht des Insolvenzverwalters - § 475 StPO

Dem Interesse eines Insolvenzverwalters auf Einsicht in Ermittlungsakten ist ein vergleichbares Interesse beizumessen wie dem Interesse einer Justizbehörde, da auch er nicht nur im individuellen Interesse, sondern auch im Interesse der Rechtspflege tätig ist. Dies gilt auch, wenn es um die Prüfung oder Geltendmachung insolvenzrechtlicher Anfechtungsansprüche gegen den Beschuldigten geht.

AG Bochum, Beschluss vom 22.11.2016 - 64 Gs-35 Js 206/05-3370/16, ZInsO 2016, 2442 = NZI 2017, 276 n. Anm. Köllner

Zur möglichen Verletzteneigenschaft des Insolvenzverwalters im Sinne des § 406e StPO, die ebenfalls Grundlage für die Gewährung von Akteneinsicht sein könnte, vgl. (verneinend) LG Mühlhausen, Beschluss vom 26.09.2005 – 9 Qs 21/05, wistra 2006, 76 m. Anm. Freye, wistra 2006, 78; ausdrücklich offen gelassen durch LG Hildesheim, Beschluss vom 26.03.2007 – 25 Qs 17/06, NJW 2008, 531. Zuletzt zum Akteneinsichtsrecht des Verletzten Quedenfeld, Festschrift für Jürgen Wessing zum 65. Geburtstag, 2015, 189.

Zum Akteneinsichtsrecht eines vom Insolvenzgericht bestellten Sachverständigen s. OLG Braunschweig, Beschluss vom 10.03.2016 – 1 Ws 56/16, ZInsO 2016, 1011 m. Anm. Köllner/Mück, NZI 2016, 598, und Anm. Schork, NJW 2016, 1835

## II. Materielles Strafrecht

### 1. Verantwortlichkeit des Strohmann-Geschäftsführers - § 14 StGB

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des bloß formell bestellten Geschäftsführers entfällt nicht dadurch, dass ihm rechtsgeschäftlich im Innenverhältnis keine bedeutsamen Kompe-

tenzen übertragen wurden, um auf die rechtliche und wirtschaftliche Entwicklung der Gesellschaft Einfluss zu nehmen.

BGH, Beschluss vom 13.10.2016 – 3 StR 352/16, ZInSO 2016, 2483

Zu der Entscheidung s. die Anm. von Heuking, BB 2016, 3089. S. überdies Köllner/Cyrus, NZI 2017, 15, 16.

## **2. Unmittelbares Ansetzen zum Betrug beim Versuch einer Krediterschleichung - § 263 StGB**

Bei einem Eingehungsbetrug ist für den Versuchsbeginn grundsätzlich ein ernst gemeintes, von einer Täuschungshandlung begleitetes Vertragsangebot ausreichend, das in der Vorstellung erfolgt, der andere Teil werde es möglicherweise annehmen.

OLG Hamm, Urteil vom 29.09.2016 – III-1 RVs 72/16, n.v.

## **3. Pflicht zur Offenbarung der wirtschaftlichen Verhältnisse bei Vertragsabschlüssen - § 263 StGB**

Im Allgemeinen ist ein Vertragspartner nicht ohne weiteres verpflichtet, bei Vertragsschluss unaufgefordert alle für den anderen Teil irgendwie erheblichen Tatsachen mitzuteilen. Eine Ausnahme gilt jedoch außer bei bestehenden Vertrauensverhältnissen auch für die Anbahnung besonderer, auf gegenseitigem Vertrauen beruhender Verbindungen, bei denen Treu und Glauben und die Verkehrssitte die Offenbarung der für die Entschließung des anderen Teils wichtigen Umstände gebieten. Eine Aufklärungspflicht besteht auch bei der Anbahnung besonderer Verbindungen. Eine solche besondere Verbindung, die auf einem gegenseitigen Vertrauensverhältnis beruht und auf langjährige Zusammenarbeit angelegt ist, liegt im Regelfall nahe unter den Gesellschaftern einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung und erst recht unter den Gesellschaftern einer Rechtsanwaltsgesellschaft, die sich in dieser Form zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden haben.

BGH, Urteil vom 04.08.2016 – 4 StR 523/15, NZI 2016, 934 m. Anm. Bauer = wistra 2016, 488 = ZInSO 2017, 216.

Zu der Entscheidung vgl. den Beitrag von Pauka/Link/Armenat, NZI 2016, 897. S. zudem Köllner/Cyrus, NZI 2017, 15.

## **4. Untreue durch Vorstände eines Kreditinstituts (HSH-Nordbank) - § 266 StGB**

Bei einem Verstoß gegen § 93 Abs. 1 AktG liegt stets eine gravierende und evidente Pflichtverletzung i.S.d. § 266 StGB vor. Von einem derartigen Verstoß ist nur dann auszugehen, wenn der Täter das dem Vorstand eingeräumte weite unternehmerische Interesse überschreitet. Zu diesem weiten Interesse gehört neben dem bewussten Eingehen geschäftlicher Risiken grundsätzlich auch die Inkaufnahme der Gefahr, bei der wirtschaftlichen Betätigung Fehlbeurteilungen und Fehleinschätzungen zu unterliegen. Eine Verletzung der durch § 93 Abs. 1 AktG begründeten Sorgfaltspflichten ist nur dann zu bejahen, wenn ein schlechthin unvertretbares Vorstandshandeln vorliegt, dessen Fehlerhaftigkeit sich auch einem Außenstehenden förmlich aufdrängt. § 266 StGB hat als Vermögensschädigungsdelikt nicht die Aufgabe, Recht und Moral in geschäftlichen Beziehungen zu garantieren, sondern soll das Individualvermögen vor Beeinträchtigungen schützen.

BGH, Urteil vom 12.10.2016 – 5 StR 134/15, ZInSO 2017, 25

## **5. Untreue bei Einwilligung des Inhabers des zu betreuenden Vermögens in Unter-Wert-Verkauf - § 266 StGB**

Die wirksame Einwilligung des Inhabers des zu betreuenden Vermögens schließt die Tatbestandsmäßigkeit der Untreue aus. Eine Sparkasse kann jedoch eine dergestalt wirksame Zustimmung zur Veräußerung sämtlicher Vermögensgegenstände des Schuldners durch den Insolvenzverwalter weit unter Wert auch dann nicht erklären, wenn sie Hauptgläubigerin ist. Das Kreditinstitut darf über das schuldnerische Vermögen nicht allein disponieren.

BGH, Beschluss vom 20.10.2016 – 2 StR 2/16, n.v.

Der Senat lässt in seinem kurzen obiter dictum dahinstehen, ob eine entsprechende wirksame Erklärung durch die Gläubigergesamtheit – sprich: die Gläubigerversammlung – abgegeben werden kann. Zu der Entscheidung vgl. Köllner/Cyrus, NZI 2017, 15, 17 f.

#### **6. Nachweis der Zahlungsunfähigkeit durch wirtschaftskriminalistische Beweisanzeichen - § 283 StGB**

Eine Feststellung der Zahlungsunfähigkeit auf der Grundlage der betriebswirtschaftlichen Methode ist nicht erforderlich, sofern dieses Tatbestandsmerkmal (auch) mit einer Vielzahl wirtschaftskriminalistischer Beweisanzeichen belegt wird.

BGH, Beschluss vom 11.08.2016 – 1 StR 63/16, wistra 2017, 30

S. hierzu auch BGH, Beschluss vom 21.08.2013 – 1 StR 665/12, ZInsO 2013, 2107 = wistra 2014, 28 m. Anm. Richter, NZWiSt 2014, 34 und Anm. Kudlich, NZSt 2014, 109.

#### **7. Unrichtige Darstellung der Verhältnisse einer AG (HSH-Nordbank) - § 400 Abs. 1 AktG**

§ 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG bedarf als abstraktes Gefährdungsdeldikt einer einschränkenden Auslegung. Nicht dem Schutzzweck der Bestimmung unterliegen insbesondere Erklärungen, die bei abstrakter Betrachtungsweise für eine Entscheidung der geschützten Personen, mit der Gesellschaft in rechtliche oder wirtschaftliche Beziehungen zu treten, nicht relevant sind. Hierzu ist eine Gesamtbetrachtung aller wirtschaftlichen Umstände vorzunehmen.

BGH, Urteil vom 12.10.2016 – 5 StR 134/15, ZInsO 2017, 25

### **III. Zivilrechtliche Entscheidung mit strafrechtlichem Bezug**

#### **1. Insolvenzantrag von Gesellschaftern einer „führungslosen“ GmbH - § 15a InsO**

Eine GmbH ist im Falle der Führungslosigkeit in einem gegen sie gerichteten Insolvenzeröffnungsverfahren nicht vertreten. Sie ist damit nicht prozessfähig. Hat die Gesellschaft keinen Geschäftsführer, ist ein Insolvenzverfahren über ihr Vermögen unzulässig, wenn sich die Gesellschafter weigern, ein neues Organ zu bestellen.

AG Oldenburg, Beschluss vom 24.06.2016 – 65 IN 9/16, ZInsO 2016, 1712 = NZI 2016, 925 m. Anm. Laroche

Zu der Entscheidung s. auch Merten, jurisPR-HaGesR 12/2016 Anm. 1

#### **2. Inhabilität eines GmbH-Geschäftsführers - § 6 Abs. 2 GmbHG**

Wird ein Geschäftsführeranwärter wegen mehreren Taten, von denen eine oder mehrere keine Katalogtaten sind, zu Freiheitsstrafen verurteilt, ist für die Anwendung der Inhabilitätsregelung des § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3e GmbHG die Summe der Einzelstrafen der in der Norm aufgeführten Tatbestände ausschlaggebend.

LG Leipzig, Beschluss vom 12.10.2016 – 15 Qs 148/16, ZInsO 2017, 41

Vgl. in diesem Zusammenhang zu möglichen Nebenfolgen eines Strafverfahrens auch Bellinghausen, ZWH 2013, 395

#### **3. Örtliche Zuständigkeit des Insolvenzgerichts bei Inhaftierung des Schuldners - § 3 Abs. 1 InsO**

Ein Verweisungsbeschluss an das örtlich für den Wohnsitz des Klägers vor Antritt seiner Straftat zuständige Gericht ist nicht deswegen willkürlich und ohne Bindungswirkung, weil das verweisende Gericht nicht geprüft hat, ob der bisherige Wohnsitz im Zuge des Haftantritts entfallen ist. Gibt ein Inhaftierter beim Haftantritt seine bisherige Wohnung auf und wird er am bisherigen Wohnort polizeilich abgemeldet, bedeutet dies nicht zwingend, dass auch sein Wohnsitz am bisherigen Wohnort aufgegeben werden soll und damit gem. § 7 Abs. 3 BGB als Wohnsitz entfällt.

OLG Hamm, Beschluss vom 18.08.2016 - - I-32 SA 38/16, 32 SA 38/16, ZInsO 2017, 163 = NZI 2017, 36

S. zu dieser Thematik auch OLG München, Beschluss vom 01.07.2016 – 34 AR 77/16, ZInsO 2016, 1702 = NZI 2016, 698

#### 4. Ausschluss des Zeugnisverweigerungsrechts eines Insolvenzschuldners bei faktischer Geschäftsführung

Das Zeugnisverweigerungsrecht des § 384 Nr.1 ZPO soll den Zeugen vor nachteiligen Folgen seiner wahrheitsgemäßen Aussage schützen. Er muss sich in wirtschaftlicher Hinsicht nicht selbst schaden, wenn seine wahrheitsgemäße Aussage unmittelbar zur Folge hätte, dass seinem Vermögen Schaden droht. Die Anwendung der Bestimmung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Zeuge als Insolvenzschuldner dem Insolvenzgericht, dem Insolvenzverwalter, dem Gläubigerausschuss sowie gegebenenfalls der Gläubigerversammlung gegenüber nach § 97 InsO auskunftspflichtig ist und er durch das Verwendungsverbot nach § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO ausreichend geschützt wird. Gleichwohl kann sich ein Zeuge im Insolvenzfall nicht auf § 384 Nr. 1 ZPO berufen, wenn die Ausnahmeregel des § 385 Abs. 1 Nr. 4 ZPO greift. In diesem Fall sind die Interessen der Partei an einer Aussage ihres Vertreters höher zu bewerten als mögliche Vermögensnachteile des Vertreters, die sich dieser letztlich selbst zugefügt hat. Dies gilt jedenfalls in den Fällen, in denen ein Zeuge für eine GmbH als faktischer Geschäftsführer rechtserheblich gehandelt hat.

AG Köln, Beschluss vom 002.01.2017 – 142 C 329/14, ZInsO 2017, 449

## Internationales

### Österreich

---

Rechtsanwältin Mag. Katrin Ehrbar, Rechtsanwalt Dr. Marcus Januschke, LL.M. und Rechtsanwältin Mag. Petra Laback, alle Wien

## Länderbericht Österreich

*Verletzungen des Arbeitszeitrechts müssen nicht nur verwaltungsstrafrechtliche Konsequenzen wie Geldstrafen zur Konsequenz haben, sondern können durchaus auch strafrechtliche Relevanz bekommen. Die Strafverfolgungsbehörden werden von Arbeitgebern oft nicht informiert, allerdings vermutlich auch, da es den wenigsten bewusst ist, dass die falsche Aufzeichnung von Arbeitszeiten ein Betrug im strafrechtlichen Sinn darstellen kann (§ 146f StGB).*

Arbeitnehmer sind für die Nichteinhaltung des Arbeitszeitgesetzes im Sinne des § 28 AZG verwaltungsstrafrechtlich nicht verantwortlich. Allerdings kann es unter Umständen zu einer Verantwortlichkeit von Arbeitnehmern im Rahmen des gerichtlichen Strafrechts gelangen. § 146 StGB bestimmt, dass wenn jemand mit dem Vorsatz sich durch das Verhalten des Getäuschten oder einen Dritten unrechtmäßig zu bereichern, jemanden durch Täuschung über Tatsachen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung verleitet, die diesen oder einen anderen am Vermögen schädigt, mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen ist.

Dies wird relevant, wenn die Auszeichnungspflicht der Arbeitszeiten vom Arbeitgeber im Wege der Vereinbarung gem § 26 Abs 2 AZG auf den Arbeitnehmer übertragen wird; insbesondere bei Gleitzeit ist dies relevant.

Wenn nun ein Arbeitnehmer seine Arbeitszeiten vorsätzlich – wobei auch der bedingte Vorsatz ausreicht (!) – unrichtig aufzeichnet, so entsprechen die Arbeitszeitaufzeichnungen nicht der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit und enthalten Mehrarbeitszeiten bzw Arbeitszeiten mit Überstundenzuschlägen. Durch Vorlage dieser Arbeitszeitaufzeichnungen täuscht der Arbeitnehmer den Arbeitgeber über das Ausmaß der erbrachten Arbeitszeiten und veranlasst den Arbeitgeber dem Arbeitnehmer entweder mehr Mehr- und/oder Überstunden samt Zuschlägen auszuzahlen, oder Mehrstunden samt Zuschlägen auf dem Zeitkonto gutzuschreiben.