

Kenntnissen verpflichtet und imstande ist, außer Acht lässt und infolgedessen die Tatbestandsverwirklichung nicht vorausieht (vgl. BGHSt 10 S. 369).<sup>8</sup>

Weiter heißt es: „Beim Abschluss des Vertrages wird der Hauptunternehmer seiner Sorgfaltspflicht regelmäßig dann nachkommen, wenn er sich von seinem Vertragspartner hat schriftlich zusichern lassen, dass dieser die Arbeitsbedingungen nach § 1 AEntG einhält und diese auch von eventuellen Nachunternehmern verlangen wird. Treten allerdings bei oder nach Vertragsschluss objektive Anhaltspunkte für Verstöße des Vertragspartners oder der von diesem eingesetzten Nachunternehmen auf, muss der Hauptunternehmer dem nachgehen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Kontrollmöglichkeiten des Hauptunternehmers in Bezug auf das Nachunternehmen und dessen Subunternehmen aus rechtlichen wie aus Wettbewerbsgesichtspunkten begrenzt sind und sich der organisatorische und bürokratische Mehraufwand der Unternehmen in vertretbaren Grenzen halten muss. Der Hauptunternehmer wird aber seinen Vertragspartner auffordern müssen, dass dieser den bestehenden Verdacht ausgeräumt und die Einhaltung der Arbeitsbedingungen nachweist.“<sup>9</sup>

2. Im Übrigen ist § 8 SchwarzArbG, also die Vorschrift über die Ordnungswidrigkeiten, unverändert geblieben.

Das bedeutet, dass in Zukunft der leichtfertige Verstoß gegen § 266a StGB als Ordnungswidrigkeit geahndet werden kann. Die Zollbehörden werden nach dem Willen des Gesetzgebers auch als „kleine Staatsanwaltschaft“ für die selbständige Ermittlung vermeintlich einfacher Fälle des § 266a StGB zuständig sein.

III. Die in der Ausgabe 2/2019 noch nicht vorgestellten Anpassungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) betreffen insbesondere die einzuhaltenden Anforderungen an die Unterkünfte entsandter Arbeitnehmer. Sie treten unverändert in Kraft. Also können Gegenstand eines Tarifvertrages i.S.d. § 3 AEntG gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 4 AEntG nunmehr „die Anforderungen an die Unterkünfte von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen, wenn sie vom Arbeitgeber für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, die von ihrem regelmäßigen Arbeitsplatz entfernt eingesetzt werden, zur Verfügung gestellt werden“ sein.

Diese Bedingungen zählen sodann zu den zwingenden Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen.

---

<sup>8</sup> BT-Drs. 13/8994, S. 72.

<sup>9</sup> BT-Drs. 13/8994, S. 72.

---

### Insolvenzstrafrecht

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

## Aktuelle Probleme des Insolvenzstrafrechts – Tagungsbericht zum 6. Kölner Insolvenzstrafrechtstag am 16.5.2019

Mittlerweile gehört der jährliche Kölner Insolvenzstrafrechtstag, der am 16.05.2019 erneut im Hotel Mondial am Dom stattfand, zu den eingeführten Veranstaltungen auf diesem Rechtsgebiet. Die Tagung wurde auch in diesem Jahr gemeinsam vom Arbeitskreis „Insolvenzstrafrecht“ der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung (WisteV), der ZInsO, dem Deutschen Institut für angewandtes Insolvenzrecht e.V. (DIAI) und dem Kölner Anwaltvereins e.V. veranstaltet. Etwa 80 Interessenten sahen sich einem abwechslungsreichen Tagungsprogramm gegenüber.

## I. Insolvenz(straf)recht – Was ich noch zu sagen hätte - Ministerialdirektorin a.D. Marie-Luise Graf-Schlicker, Berlin

Graf-Schlicker war seit Juli 2007 als Leiterin der Abteilung Rechtspflege im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz tätig und trat als ständige verdienstvolle Referentin bei den vorangegangenen Kölner Veranstaltungen auf. Zum Jahresende 2018 ist sie in den Ruhestand getreten.

Bekanntlich ist die InsO seit 20 Jahren in Kraft. Die Referentin nahm dies zum Anlass, zu Beginn ihrer Ausführungen die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und dessen Entwicklung nochmals ins Gedächtnis zu rufen.<sup>1</sup>

Anschließend wandte sie sich dem Schwerpunkt ihrer Darlegungen zu: der EU-Restrukturierungsrichtlinie.<sup>2</sup> Das Europäische Parlament hat diese Richtlinie am 28.03.2019 verabschiedet;<sup>3</sup> mit der Veröffentlichung im Abl. EU ist alsbald zu rechnen. Anschließend haben die Mitgliedstaaten zwei Jahre Zeit für die Umsetzung der Vorgaben in nationales Recht; diese Frist kann in Ausnahmefällen auf Antrag um ein Jahr verlängert werden.<sup>4</sup> Spätestens bis 2022 wird es in der Bundesrepublik mithin einen präventiven Restrukturierungsrahmen geben, wobei noch nicht klar ist, wo die neu zu schaffenden Gesetzesbestimmungen letztlich angesiedelt werden – etwa in der InsO, dem HGB oder doch als eigenständiges Gesetz. Die EU überlässt zudem viele wesentliche Detailfragen der nationalen Umsetzung.

Die neue Richtlinie sieht für kriselnde Unternehmen – nicht jedoch für Verbraucher – Restrukturierungspläne vor, in denen zahlreiche sanierungsbezogene Regelungen getroffen werden können. Die von diesen Maßnahmen betroffenen Gläubiger stimmen in Gruppen über die Restrukturierungspläne nach dem Mehrheitsprinzip ab, wobei bei der Einteilung dieser Klassen den wirtschaftlichen Interessen der Beteiligten Rechnung getragen wird. Werden einzelne Gläubiger überstimmt, muss der Restrukturierungsplan gerichtlich bestätigt werden.

Der laufende Geschäftsbetrieb des betroffenen Betriebs kann während der Erstellung und Behandlung eines Restrukturierungsplans vor Störungen durch ein Moratorium, das zwischen vier und zwölf Monaten betragen darf, geschützt werden; Zwangsvollstreckungsmaßnahmen einzelner Gläubiger sind währenddessen nicht möglich. Besonderen Schutz genießen Arbeitnehmer. Sie sollen möglichst frühzeitig über die wirtschaftliche Situation ihres Arbeitgebers sowie den allgemeinen Ablauf des Verfahrens sowie über die Einzelheiten des Plans informiert werden.

Die Mitgliedsstaaten werden überdies verpflichtet, Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Insolvenzverfahren zu schaffen. Hierzu zählen Mindestanforderungen an die Qualifikationen des Justizpersonals, das adäquat ausgebildet sein muss, und dem auch laufend obligatorische Fortbildungsmaßnahmen abzufordern sind. Einhergehen soll dies mit einer weitgehenden Konzentration der Insolvenzgerichte, mit einer Mindestqualifikation für Insolvenzverwalter sowie einer effizienten Aufsicht über diese Berufsgruppe, ohne dass hierzu bislang bereits – etwa in Gestalt eines künftigen eigenständigen Berufsrechts – konkrete nationale Vorstellungen erarbeitet worden sind.

Abschließend wandte sich Graf-Schlicker noch kurz dem soeben vorgestellten „Eckpunktepapier zur Modernisierung des Strafverfahrens“<sup>5</sup> zu. Mit den in dieser Kabinettsvorlage aufgeführten Gesetzesänderungen soll vor allem effizienter verhindert werden, dass Verteidigungsrechte zur Prozessverschleppung genutzt werden können, weshalb das Gericht einen Strafprozess auch nach einem Befangenheitsantrag trotz einer hierzu fehlenden Entscheidung bis zu zwei Wochen fortsetzen und Beweisanträge leichter wegen Verschleppungsabsicht ablehnen können soll. Geplant sind unter anderem weiterhin die Bündelung von Nebenklagen, zumal in „Masseverfahren“, die Ausweitung von DNA-Analysen, die Er-

<sup>1</sup> Ausführlich und krit. zur Entwicklung der InsO vgl. Pape, ZInsO 2019, 57.

<sup>2</sup> „Richtlinie über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie 2012/30/EU“. Der Entwurf ist abzurufen unter <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15556-2018-INIT/en/pdf>.

<sup>3</sup> Vgl. zu den Änderungen, welche das EU-Parlament an den Kommissionsvorschlägen vorgenommen hat, [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0269-AM-109-109\\_DE.pdf](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0269-AM-109-109_DE.pdf).

<sup>4</sup> Zu der Richtlinie vgl. Freitag, ZIP 2019, 541; Madaus, DB 2019, 592; Lange/Swierczok, BB 2019, 514.

<sup>5</sup> Abzurufen unter [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/051519\\_Kabinett\\_Modernisierung\\_Strafverfahren.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/051519_Kabinett_Modernisierung_Strafverfahren.pdf?__blob=publicationFile&v=1).

weiterung der Möglichkeiten, Videovernehmungen zu nutzen, und ein Vorabentscheidungsverfahren bei Besetzungsrügen. Außerdem soll die Möglichkeit geschaffen werden, Hauptverhandlungen zu unterbrechen, wenn Schutzfristen des vor- und nachgeburtlichen Mutterschutzes bzw. ein bis zu zwei Monaten andauernder Erziehungsurlaub die Fortsetzung des Prozesses verhindern.

## II. Der Eröffnungsantrag der Staatsanwaltschaft nach § 111i StPO - Oberstaatsanwalt Torsten Elschenbroich, Köln

Bekanntlich wurde das Recht der Einziehung im Jahre 2017 umfassend reformiert.<sup>6</sup> Die Materie ist im StGB (§§ 73 ff. StGB) und an mehreren Stellen verstreut in der StPO (§§ 111e, 111h f. bzw. §§ 421 ff. und §§ 459h ff. StPO) geregelt, was im Übrigen nicht unbedingt zu ihrer Übersichtlichkeit beiträgt.

Der Referent befasste sich mit der Frage, wie und ob überhaupt die Praxis der Ermittlungsbehörden von der neu geschaffenen Möglichkeit Gebrauch macht, selbst einen Insolvenzantrag über das Vermögen des Straftäters zu stellen.<sup>7</sup> Verlässliches statistisches Material liegt hierzu bislang nicht vor. Auch der Referent konnte nur berichten, dass seit Inkrafttreten des neuen Rechts in Nordrhein-Westfalen erst ein einziger derartiger Antrag vorgelegt worden ist; dies dürfte auch für die übrigen Bundesländer kennzeichnend sein.

Mögliche Ursachen für diese Feststellung sah der Referent zum einen in dem relativ kurzen Zeitraum seit der Gesetzesnovelle: Eine entsprechende Prüfung erfolgt in der Regel erst nach rechtskräftigem Verfahrensabschluss, der angesichts der möglichen Dauer von Strafverfahren vielfach noch nicht erreicht worden sein mag. Zum anderen ist die Masse der Verfahren nach Meinung von Elschenbroich kaum für einen Insolvenzantrag geeignet. Dies betrifft insbesondere Verfahren der leichten bis mittleren Kriminalität mit geringeren Schadenssummen. Überdies ist vor Antragstellung regelmäßig zu prüfen, ob überhaupt die Massekosten gedeckt sind. Ist dies – wie vielfach festzustellen – nicht der Fall, scheidet ein Insolvenzverfahren aus. Der Geschädigte wird dann lediglich nach §§459i, 459m Abs. 1 Satz 4 StPO informiert.<sup>8</sup>

Darüber hinaus können Einzelfallumstände Insolvenzanträge verhindern, so beispielsweise noch nicht abgeschlossene Großverfahren, das Verhalten verletzter Personen, die bereits im Ermittlungsverfahren oder im Zusammenhang mit der Anklageerhebung selbst Insolvenzanträge vorliegen, oder Verfahren gegen Täter, die keinen Wohnsitz im Inland unterhalten, weshalb schon eine insolvenzgerichtliche Zuständigkeit nicht zu ermitteln ist. Es bleibt abzuwarten, wie sich die Praxis weiter entwickelt, und ob diese ihre deutlich erkennbare Zurückhaltung bei der Antragstellung aufgibt.

## III. Konzerninsolvenzstrafrecht – terra incognita? - Privatdozent Dr. Christian Brand, Konstanz

Der Referent untersuchte einleitend die Frage, ob das „Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen“<sup>9</sup> für Unternehmensorgane besondere strafrechtliche Risiken geschaffen hat. Er verneinte sowohl die strafrechtliche Relevanz nach § 15a Abs. 4, Abs. 5 InsO von Insolvenzanträgen, die entgegen § 3a InsO nicht am Gruppengerichtsstand angebracht werden, als auch von Insolvenzanträgen, welche die von § 13a InsO geforderten Angaben nicht in zutreffender Weise enthalten.

Anschließend widmete Brand sich insolvenzstrafrechtlichen Risiken des Cash-Poolings, welches bislang primär unter dem Aspekt der Untreue (§ 266 StGB) gewürdigt wurde.<sup>10</sup> Er untersuchte hierbei die mögliche Strafbarkeit von Unternehmensorganen nach § 283 StGB (Bankrott) und nach § 283c StGB (Gläubigerbegünstigung). Nach seiner Ausfassung ist § 283 StGB verwirklicht, wenn der Geschäftsleiter einer poolzugehörigen Gesellschaft, der trotz einer von ihm erkannten Gesellschaftskrise der getroffenen Cash-Pool-Abrede nachkommt und freie Gesellschaftsmittel an das Pool-Konto überweist. Führt das Organ demgegenüber ein Darlehen, welches das Unternehmen aus dem Cash-Pool erhalten hat, trotz

<sup>6</sup> Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13.4.2017, BGBl I 2017, 872. Detailliert zur Gesetzesnovelle Bittmann/Tschakert, ZInsO 2017, 2656.

<sup>7</sup> S. dazu einleitend Bittmann/Tschakert, ZInsO 2017, 2656, 2663 ff.

<sup>8</sup> Vgl. weiter Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 62. Aufl. 2019, § 459m Rn. 5 ff.

<sup>9</sup> KonInsoErlG vom 13.4.2017, BGBl. I 2017, 866. S. hierzu etwa Mock, DB 2017, 951.

<sup>10</sup> S. hierzu etwa Arens, GmbHR 2010, 905; Gaede, NZWiSt 2018, 220.

bestehender Gesellschaftskrise wieder zurück, folgt eine Strafbarkeit nach § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB nur in den Fällen, in denen der Geschäftsführer ein mit einem qualifizierten Rangrücktritt versehenes Gesellschafterdarlehen ausgleicht; ansonsten ergibt eine strafrechtliche Haftung nur unter den Voraussetzungen des § 283c StGB.<sup>11</sup>

Das erweiterte Manuskript des Vortrags von Brand wird schon in einer der nächsten Ausgaben der ZInsO erscheinen, so dass wegen weiterer Einzelheiten der insgesamt sehr komplexen Argumentation auf diese Veröffentlichung verwiesen werden soll.

#### IV. Update Insolvenzstrafrecht - Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, Saarbrücken

Der Vortrag beschäftigte sich mit einigen ausgewählten gegenwärtigen Entwicklungen in der Rechtsprechung, die für den Bereich des Insolvenzstrafrechts besondere Bedeutung gewonnen haben.

Anfangsthema war die Frage, wer bei juristischen Personen Berufsheimnisträger von der Wahrung ihrer professionellen Schweigepflicht befreien kann.<sup>12</sup> Bekanntlich hat sich die aktuelle Rechtsprechung von der früher verbreitet vertretenen Auffassung<sup>13</sup> gelöst, es bedürfe hier einer kumulativen Entbindungserklärung sowohl des Insolvenzverwalters als auch des früheren Gesellschaftsorgans. Mit einer Ausnahme<sup>14</sup> gehen zahlreiche OLGs mittlerweile davon aus, dass hier die Genehmigung des Verwalters ausreicht.<sup>15</sup> Auch angesichts einer bislang kaum beachteten Entscheidung des BVerfG, nach der die Rechtsordnung gerade nicht von einem schützenswerten Interesse der juristischen Person an strafbaren Handlungen zu ihren Gunsten oder in ihrem Interesse ausgeht,<sup>16</sup> ist der jüngeren Rechtsprechung zu folgen. Indes ist ein Ende der „Sprengelentscheidungen“<sup>17</sup> nicht in Sicht, zumal OLG-Strafsenate nach Auffassung des Referenten teils auch zu eher erratischen Entscheidungen neigen.<sup>18</sup>

Der Vortrag widmete sich sodann anhand einer kürzlich ergangenen Entscheidung des BGH<sup>19</sup> den möglichen zivilrechtlichen Folgen von Insolvenzverwalterkriminalität, hier konkret der Entgegennahme von kick-backs. Der Senat bezieht sich hierbei auf den Rechtsgedanken des § 654 BGB: Wer verbotenerweise auf zwei Schultern trägt, soll hieraus nicht noch zusätzliche Vorteile ziehen.<sup>20</sup> Die Folge: Der ungetreue Verwalter verliert sämtliche Ansprüche auf seine Vergütung und auch auf die Auslagenpauschale nach § 8 Abs. 3 InsVV. Explizit offen gelassen hat der BGH, ob sich die Verwirkung gleichfalls auf die Einzelgeltendmachung nach § 4 Abs. 2 InsVV bezieht.<sup>21</sup> Es bleibt allerdings auch aus der Sicht des Strafverfolgers festzuhalten, dass zum einen eine spezifische Insolvenzverwalterkriminalität nicht nachgewiesen werden kann. Zum anderen lassen sich einzelne bekannt gewordene Fälle vielfach strafrechtlich kaum fassen.<sup>22</sup>

Anschließend befasste sich das Referat mit der Frage, ob die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens als Amtspflichtverletzung iSd. § 834 BGB angesehen werden kann mit der Folge einer entsprechenden Schadenersatzpflicht. Hierzu hat sich das OLG Frankfurt kürzlich um-

<sup>11</sup> Ausführlich zu dieser Problematik Brand, in Bittmann, Praxishandbuch Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 16; Brand, NZI 2017, 518, 520 f.

<sup>12</sup> Ausführlich und aktuell zu dieser Thematik vgl. Weyand, ZInsO 2018, 1889. S. auch Wick, ZWH 2017, 82.

<sup>13</sup> S. etwa OLG Schleswig, Beschluss vom 17.05.1980 - 1 Ws 160/80, NJW 1981, 294; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.12.1992 - 1 Ws 1155/92, wistra 1993, 120; LG Saarbrücken, Beschluss vom 26.05.1995 - 8 Qs 73/95, wistra 1995, 239 m. abl. Anm. Weyand; Weihrauch, JZ 1978, 300; Schmitt, wistra 1993, 9. Aktuell in gleicher Weise Pauka, NZI 2018, 502 und (wohl auch) Köllner/Mück, NZI 2018, 341.

<sup>14</sup> OLG Zweibrücken, Beschluss vom 08.12.2016 - 1 Ws 334/16, ZInsO 2017, 443.

<sup>15</sup> S. etwa OLG Oldenburg, Beschl. vom 24.05.2004 - 1 Ws 242/04, ZInsO 2004, 932; OLG Nürnberg, Beschluss vom 18.06.2009 - 1 Ws 289/09, ZInsO 2009, 2399; OLG Köln, Beschluss vom 01.09.2015 - 2 Ws 544/15, ZInsO 2016, 157; OLG Hamm, Beschluss vom 17.08.2017 - 4 Ws 130/17, ZInsO 2017, 2316. Vgl. auch LG Bonn, Beschluss vom 13.02.2012 - 27 Qs 21/11, ZInsO 2012, 1572, Tully/Kirch-Heim, NStZ 2012, 657, sowie Trück, in: Bittmann (Fn. 11), § 1 Rn 183.

<sup>16</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.10.2003 - 2 BvR 2211/00, NStZ-RR 2004, 83.

<sup>17</sup> So charakterisiert Priebe, ZIP 2011, 312, 316 die unübersichtliche und zerfaserte Situation zu Recht.

<sup>18</sup> S. dazu ausführlich Fischer, StraFo 2018, 133.

<sup>19</sup> BGH, Beschl. vom 22.11.2018 - IX ZB 14/18, ZInsO 2019, 91 m. Anm. Mock, EWIR 2019, 181, Anm. Keller, NZI 2019, 142, und Anm. Prierer, NZWiSt 2019, 190. S. zuvor BGH, Beschlüsse vom 06.05.2004 - IX ZB 349/02, ZInsO 2004, 669; vom 09.06.2011 - IX ZB 248/09, ZInsO 2011, 1520; vom 14.07.2016 - IX ZB 52/15, ZInsO 2016, 1656. Allgemein zu der Problematik Lissner, ZInsO 2017, 754.

<sup>20</sup> S. in diesem Zusammenhang auch aktuell BGH, Beschl. vom 18.12.2018 - 3 StR 270/18, n.v., zu Abrechnungen eines „Sachverständigen“ ohne entsprechende Ausbildung, welche trotz unstreitig erbrachter Gegenleistung zu einer Strafbarkeit wegen Betruges führen können.

<sup>21</sup> Verneinend Ahrens, NJW 2019, 890, 892.

<sup>22</sup> S. etwa die Vorgänge um das Bauunternehmen Bohlen & Doyen - LG Aurich, Beschluss vom 13.05.2013 - 15 Kls 1000 Js 55939/12 [2/13], ZInsO 2014, 343, und Urteil vom 25.04.2017 - 15 Kls 3/14, wistra 2018, 140.

fassend geäußert.<sup>23</sup> Die StA Frankfurt hatte gegen einen früheren DFB-Präsidenten wegen Steuerhinterziehung und andere Delikte im Zusammenhang mit der Fußball-WM 2006 ein Verfahren eingeleitet und verschiedene Maßnahmen vollzogen. Der Beschuldigte verlangte u.a. Schmerzensgeld, was ihm der Senat aber verweigerte. Denn in einem Amtshaftungsprozess unterliegen staatsanwaltschaftliche Maßnahmen, bei denen ein Beurteilungsspielraum des Entscheidungsträgers besteht, nur einer eingeschränkten richterlichen Kontrolle. Sie können nicht auf ihre Richtigkeit, sondern nur auf ihre Vertretbarkeit überprüft werden. Letztere darf nur verneint werden, wenn bei voller Würdigung auch der Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege das staatsanwaltschaftliche Verhalten nicht mehr verständlich erscheint.<sup>24</sup>

Abschließend wurde noch die „Schlecker-Kinder-Entscheidung“ des BGH<sup>25</sup> kurz angerissen. Der Senat hat hier – zum wiederholten Mal<sup>26</sup> – darauf hingewiesen, dass die Schuldnergemeinschaft bei § 283 StGB als besonderes strafbegründendes persönliches Merkmal iSd. § 28 Abs. 1 StGB gewertet werden muss. Zwingende gesetzliche Folge: Für einen Gehilfen – wie in der entschiedenen Sache die Kinder des gesondert verfolgten Firmenpatriarchen – müssen Sanktionen nach § 49 StGB gemildert werden, was – jedenfalls bislang – von den Gerichten häufig übersehen wurde.

## V. Vergleich und Täter-Opfer-Ausgleich im Insolvenz(straf)verfahren - Rechtsanwalt Dr. Philipp Gehrman, Berlin, Rechtsanwalt Dr. Jörg Gollnick, Köln

Auch der Vortrag der Rechtsanwälte Gehrman, Strafverteidiger aus Berlin, und Gollnick, Insolvenzverwalter aus Köln, betraf eine terra incognita. Der in § 46a StGB verankerte Täter-Opfer-Ausgleich (TOA),<sup>27</sup> welcher für den Täter erheblich strafmildernd auswirken kann, findet in der strafrechtlichen Praxis regelmäßig Anwendung bei Gewalt- oder Sexualdelikten; im wirtschaftsstrafrechtlichen Bereich fehlt es jedoch weitgehend an einer entsprechenden Resonanz.<sup>28</sup> Im Zusammenhang mit Insolvenzstrafverfahren wurde die Thematik – soweit ersichtlich – bis jetzt weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur überhaupt angesprochen

Gehrman widmete sich im ersten Teil des Vortrags den gesetzlichen Grundlagen und der praktischen Anwendung des § 46a StGB. Aus der Sicht des Verteidigers birgt ein von § 46a StGB erfasstes Vorgehen nicht unerhebliche Risiken. Denn eine Schadenswiedergutmachung schon im laufenden Ermittlungsverfahren kann – quasi als eine Art Geständnis – die allgemeine Unschuldsvermutung und auch das strafrechtliche Schuldprinzip aushebeln. Andererseits betonte der Referent auch mögliche Vorteile: So kann ein entsprechendes Vorgehen schon vor Tatendeckung und –verfolgung als präventive Verteidigung wirken. Nicht zu unterschätzen ist die strafmildernde Wirkung eines TOA, mit dem der Täter Verantwortung für sein Handeln übernimmt und einen materiellen Schadensausgleich verwirklicht; im Einzelfall kann das Gericht nach der gesetzlichen Regelung zudem ganz von Strafe absehen, wenn Fälle der geringen Kriminalität betroffen sind. Gerade in den letztgenannten Fällen kann ein frühzeitiger TOA sogar zur Einstellung eines Ermittlungsverfahrens vor Anklageerhebung bzw. im Zwischenverfahren – also nach Anklageerhebung, aber vor deren Zulassung durch das Gericht – führen, wie sich aus § 153b StPO ergibt. Gericht und Staatsanwaltschaft sollen nach § 155b StPO überdies in geeigneten Fällen aktiv auf einen TOA hinwirken. Gehrman verwies in diesem Kontext auf die im Zusammenhang mit der Neuregelung der Einziehung erstmalig geschaffene Bestimmung des § 73e StGB: Hernach scheiden Vermögensabschöpfungsmaßnahmen insgesamt aus, wenn die aus der Tat resultierenden Ansprüche des Verletzten erloschen sind. Dementsprechend kann die auf einen TOA gerichtete gestaltende Verteidigung entsprechende Aktivitäten der Ermittlungsbehörden bzw. Entscheidungen des Gerichts verhindern.

<sup>23</sup> OLG Frankfurt/Main, Urteil vom 08.02.2018 – 1 U 112/17, ZWH 2018, 268.

<sup>24</sup> S. bereits BGH, Urteil vom 21.04.1988 – III ZR 255/86, NJW 1989, 96, und BGH, Beschluss vom 27.09.1990 – III ZR 314/89, n.v. Jüngst ebenso OLG Saarbrücken, Ur. vom 21.03.2019 – 4 U 118/17, n.v.

<sup>25</sup> BGH, Beschluss vom 14.03.2019 – 1 StR 259/18, n.v.

<sup>26</sup> S. zuvor BGH, Beschluss vom 21.03.2018 – 1 StR 423/17, ZInsO 2018, 1147, m. Anm. Brammsen, EWIR 2018, 757.

<sup>27</sup> S. zu den Möglichkeiten des § 46a StGB aus Verteidigersicht umfassend Püschel, StraFo 2006, 261.

<sup>28</sup> Eine der wenigen Ausnahmen erörtert Waßmer, ZWH 2017, 20, in seiner zust. Anm. zu BGH, Urteil vom 09.08.2016 – 1 StR 121/16, wistra 2016, 486.

Im zweiten Teil beleuchtete Gollnick die Thematik aus der Sicht des Insolvenzverwalters. Er wies darauf hin, dass ein TOA in der Insolvenz des Täters selbst ausscheidet, weil der Verwalter weder Vertreter des Täters noch des Schuldners ist. Anders kann dies aber bei Unternehmensinsolvenzen zu beurteilen sein. Hier stehen regelmäßig mögliche Haftungsansprüche gegenüber dem unredlichen Geschäftsführer bzw. Geschäftsleiter nach den §§ 64 GmbHG, 130a Abs. 2 HGB im Raum. Unabhängig von grundlegenden Fragen der Regresspflicht, etwa dem Nachweis von Handeln trotz und während Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung, Problemen des Haftungsumfanges und der Durchsetzbarkeit von Ansprüchen, sah der Referent keine Probleme, Vergleiche mit potentiellen Tätern bzw. einen TOA mit dem ungetreuen Firmenverantwortlichen mit Sinn und Zweck des Insolvenzverfahrens zu vereinbaren. Er verwies in dem Zusammenhang zudem auf den Schutz, den das Verwendungsverbot des § 97 InsO<sup>29</sup> bei der Gestaltung des kommunikativen Prozesses zwischen Verwalter und betroffenem Unternehmensorgan begründet. Gollnick riet aber dazu, etwaige derartige Vereinbarungen jedenfalls der Gläubigerversammlung zu Genehmigung vorzulegen, schon um etwaige Untreuevorwürfe (§ 266 StGB) zu verhindern. Denn das Einverständnis der Gläubigergesamtheit schließt bereits den Tatbestand der Untreue aus.<sup>30</sup>

Beide Referenten wollten ihre Gedanken, die ebenfalls in Aufsatzform in einer der nächsten ZInsO-Hefte veröffentlicht werden sollen, als Anstoß gewertet sehen, die Frage des TOA im Insolvenzstrafrecht weiter zu erörtern, und dessen Anwendungsmöglichkeiten zu prüfen und verstärkt zu beachten.

## VI. Ausblick

Nach den einzelnen Vorträgen ergaben sich umfangreiche – teils durchaus auch kontroverse – Diskussionen zwischen den Anwesenden. Nach Tagungsende wurde die Gespräche bei Fingerfood und Kölsch bis in die Abendstunden fortgesetzt.

Die diesjährigen Organisatoren laden schon jetzt ein zum 6. Kölner Insolvenzstrafrechtstag, der – voraussichtlich – im Mai 2020 stattfinden wird. Ein gleichfalls interessantes und abwechslungsreiches aktuelles Programm ist auch bei dieser Veranstaltung zu erwarten.

<sup>29</sup> S. zum Verwendungsverbot des § 97 InsO Püschel, ZInsO 2016, 262, einerseits, Weyand, ZInsO 2015, 1948, andererseits.

<sup>30</sup> S. nur MünchKomm-StGB/Dierlamm, 3. Aufl. 2019, § 266 Rn. 143 m.w.N. S. zur „Entscheidungshoheit der Gläubigergemeinschaft“ schon Buchalik/Hiebert, ZInsO 2014, 109, 110.

## Rezensionen

### Geldwäsche

Oberstaatsanwalt Dr. Marcus Schmitt, Wien

## Johanna Grzywotz: Virtuelle Kryptowährungen und Geldwäsche (= Internetrecht und Digitale Gesellschaft Bd 15).

Duncker & Humboldt, Berlin 2019, 372 S., 79,90 €

Die gegenständliche Publikation wurde im Sommersemester 2018 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg als Dissertation angenommen.