

deutschen Strafrecht geworden. Sie durchbricht damit als einzige den Grundsatz, dass Geldmangel für sich nicht strafbar ist.

### 3. Aufspaltung an der Trennlinie zwischen Insolvenzvorfeld- und Schwarzarbeitsdelikt

Dieser Befund ist allerdings nicht gleichzusetzen mit dem Konstatieren der Überflüssigkeit von Schutzvorkehrungen. Es bleibt ein durchaus legitimes Anliegen der Rechtsgemeinschaft, das Beitragsaufkommen zur Gesamtsozialversicherung möglichst auch bei krisenhaften Entwicklungen des Arbeitgebers zu sichern. Es gibt inzwischen allerdings keinen wirklich überzeugenden Grund mehr dafür, dies mit Mitteln des Strafrechts sichern zu wollen.

#### a) Sozialrecht

Die Notwendigkeit einer Entkriminalisierung zeigt sich umso deutlicher, weil und wie es möglich ist, das Ziel der Beitragssicherung auch auf anderem Wege zu gewährleisten – und zwar ohne Einbußen an Effektivität. Wenn ein Arbeitgeber nicht mehr über die Mittel verfügt, die Sozialversicherungsbeiträge zu begleichen, so kann er bereits heute nicht dafür belangt werden: Unmögliches kann von ihm nicht verlangt werden. Die finanziellen Interessen der Sozialversicherungsträger können also nur dort geschützt werden, wo entweder der Arbeitgeber selbst oder das für ihn handelnde Organ noch über ausreichende finanzielle Mittel verfügen. Dies kann im Wege der Mithaftung sozialrechtlich genauso sichergestellt werden, wie es steuerrechtlich der Fall ist.

#### b) Ordnungswidrigkeit

Soweit der Gesetzgeber der Auffassung ist, trotzdem auch auf repressive Mittel nicht verzichten zu können, bietet das Ordnungswidrigkeitenrecht eine Palette an phantasievoll nutzbaren Möglichkeiten. Beußen ließen sich z.B., nicht rechtzeitige Mitteilungen an die Einzugsstelle, das vorrangige Bedienen anderer Verbindlichkeiten oder das Unterlassen möglicher Vorsorgemaßnahmen trotz ersichtlicher Gefahren für das Abführen der Arbeitnehmeranteile, denen jeweils Arbeitgeberanteile gleichgestellt werden könnten. Für die beiden zuletzt genannten Varianten ließe sich sogar die Möglichkeit zur Einziehung (des Werts) von Taterträgen erhalten, obwohl die Strafbarkeit der schlichten Beitragsvorenthaltung entfiel. Umgekehrt ließe sich aufgrund des Opportunitätsprinzips unverschuldeten Krisen flexibel Rechnung tragen und ggf. über § 47 OWiG auf Sanktionen verzichten.

#### c) § 266a StGB - neu

Die erforderlichen Änderungen in § 266a StGB ergäben sich aus der Konzentration auf das Schwarzarbeitsdelikt quasi von allein: Erhaltenbleiben würden lediglich die jetzigen Abs. 2 und 4, wobei Abs. 2 auf die Arbeitnehmeranteile erstreckt würde. Für die Rechtspraxis zeitigte das zudem den Vorteil, dass die lästige (und manchmal durchaus aufwändige) Aufteilung der Beitragsrückstände auf Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteile entfiel: Es könnte schlicht auf die rückständigen Gesamtsozialversicherungsbeiträge abgestellt werden.

## Insolvenzstrafrecht

---

Oberstaatsanwalt Raimund Weyand, St. Ingbert

# Entscheidungen zum Insolvenzstrafrecht

## I. Strafprozessrecht

### 1. Mündlicher Haftbefehlsantrag der Staatsanwaltschaft - §§ 125, 128 StPO

Ein telefonischer Haftbefehlsantrag der Staatsanwaltschaft ist unzulässig.

AG Borken, Beschluss vom 24.07.2019 – 26 Gs 211/19 (91 Js 1717/19), n.v.

Zu der Entscheidung s. die zu Recht abl. Anm. von Greier, jurisPR-StrafR 21/2019 Anm. 2.

## 2. Akteneinsicht an Dritte

Die Gewährung von Akteneinsicht im Strafverfahren an Dritte erfordert regelmäßig die vorherige Anhörung des Beschuldigten, weil sie mit einem Eingriff in Grundrechtspositionen des Beschuldigten, namentlich in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gemäß Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, verbunden ist.

LG Aachen, Beschluss vom 11.10.2019 - 60 KLs 12/19, 60 KLs - 806 Js 589/16 - 12/19, NJW-Spezial 2020, 26.

## 3. Rücknahme eines Strafbefehlsantrags - § 408 StPO

Die Staatsanwaltschaft kann dem aufgrund ihres Antrags erlassenen Strafbefehl nur im Falle der Einlegung eines Einspruchs des Angeklagten durch eine Klagerücknahme die Grundlage entziehen.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29.03.2019 – 3 Ws 66/19, Justiz 2019, 256.

Zu der Entscheidung s. die zust. Anm. von Kienzerle, FD-StrafR 2019, 422118. Anders noch OLG Karlsruhe (1. Strafsenat), Beschluss vom 03.05.1991 - 1 Ws 81/91, NSTz 1991, 602 mit abl. Anm. Mayer, NSTz 1992, 602. S. auch Staudinger, DRiZ 2019, 302.

# II. Materielles Strafrecht

## 1. Tatbestandsirrtum und Feststellung der Zahlungsunfähigkeit - § 16 StGB

Nimmt eine als Vertretungsorgan einer Kapitalgesellschaft handelnde Person unter Verken- nung des Begriffs der bei Prüfung des Insolvenzgrundes der Zahlungsunfähigkeit zum Aus- gleich der fälligen Verbindlichkeiten der Gesellschaft anzusetzenden „bereiten Mittel“ irr- tümlich an, eine Insolvenzantragspflicht sei wegen Nichtvorliegens eines Insolvenzgrundes nicht entstanden, so liegt in aller Regel betreffend das normative Tatbestandsmerkmal der Zahlungsunfähigkeit ein Tatbestandsirrtum vor, der gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 des Strafge- setzbuches den Vorsatz hinsichtlich der Strafvorschrift nach § 15a Abs. 4 der Insolvenzord- nung ausschließt.

AG Frankfurt/Oder, Urteil vom 20.11.2019 - 412 Ds 237 Js 28566/15 (136/17), BeckRS 2019, 29146.

## 2. Vermögensabschöpfung bei (teilweiser) Entschädigung der Opfer - §§ 73, 73e StGB

Entschädigt ein gutgläubiger Vermittler oder ein sonstiger Dritter die Opfer des Anlagebe- trügers, erlischt deren Schadensersatzanspruch nicht i.S.d. § 73e StGB, sondern geht auf den Dritten über. Er ist daher im Rahmen der Wertersatzeinziehung (weiter) zu berücksichtigen. Soweit aber ein doloser Tatbeteiligter Zahlungen an die Tatverletzten leistet, erlischt straf- rechtlich deren Anspruch aus der Tat. Es ist nicht Aufgabe der Strafjustiz, einen Gesamt- schuldnerausgleich zwischen Tatbeteiligten durchzuführen.

LG Hildesheim, Urteil vom 12.03.2018 – 22 KLs 5524 Js 44712/12, ZInsO 2019, 2632.

Zu der Entscheidung s. aus Verteidigersicht Köllner, NZI 2019, 925. Umfassend zum Erlö- schen des Anspruchs eines Verletzten nach § 73e StGB s. Köhler, in: Bittmann/Köhler/Seeger, Tschakert, Handbuch der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, Rn. 205 ff.

## 3. Einziehung des Wertersatzes von Taterträgen beim Täter - § 74c StGB

Handelt der Täter als Organ, Vertreter oder Beauftragter (§ 14 StGB) eines Unternehmens mit dem Ziel, dass infolge der Tat bei dem Unternehmen eine Vermögensmehrung eintritt, so ist eine Einziehung des Wertersatzes von Taterträgen beim Täter auch dann möglich, wenn nur ein Teil der betrügerisch erlangten Gelder nicht zeitnah bei dem Täter selbst an- kommt, und zwar für diesen Teil. Erfüllt der Täter einen eigenen Anspruch gegen ein Un- ternehmen mit Geld, das er für dieses Unternehmen betrügerisch erlangt hat, so unterliegt die

Erfüllung dieses Anspruchs der Einziehung des Wertersatzes, sofern das Unternehmen ohne die betrügerisch erlangten Gelder nicht in der Lage gewesen wäre, den Anspruch zu begleichen.

BayObLG, Urteil vom 08.11.2019 – 207 St RR 1839/19, ZInsO 2019, 2573.

#### 4. Betrug durch unerlaubtes Führen eines akademischen Grades - § 263 StGB

Führt der Täter unerlaubt einen akademischen Titel (hier: „Diplom-Psychologe“) kann trotz Leistungserbringung ein betrugsrelevanter Vermögensschaden vorliegen, wenn der Vergütungsanspruch analog § 654 BGB als verwirkt anzusehen ist.

BGH, Beschluss vom 18.12.2018 – 3 StR 270/18, wistra 2019, 456.

Der Angeklagte erstellte für Gerichte Gutachten in Kindschaftssachen. Der BGH sah in der Auszahlung der Honorare einen betrugsrelevanten Vermögensschaden: Der grundsätzlich bestehende Vergütungsanspruch sei verwirkt, weil der Angeklagte als Gehilfe des Richters eine zentrale Rolle übernommen und so auf die Entscheidungsfindung wesentlichen Einfluss gehabt hat. Deshalb sei nicht nur seine fachliche, sondern auch seine persönliche Eignung von entscheidender Bedeutung gewesen. Gegen diese Entscheidung zu Recht Bittmann, NSTZ 2019, 463.

#### 5. Untreue eines Oberbürgermeisters bei freihändiger Auftragsvergabe an eine Detektei - § 266 StGB

Ein Entscheidungsträger handelt im Bereich der öffentlichen Verwaltung nicht stets pflichtwidrig, wenn er nicht das sparsamste im Sinne des niedrigsten Angebots wählt. Beim Unterlassen eines Preisvergleichs oder einer Ausschreibung kommt eine Strafbarkeit nur bei evidenten und schwerwiegenden Pflichtverstößen in Betracht. Ein Vermögensnachteil kann bei der Haushaltsuntreue auch nach den Grundsätzen des persönlichen Schadenseintritts eintreten.

BGH, Beschluss vom 08.01.2020 – 5 StR 366/19, NZWiSt 2020, 195.

In der entschiedenen Sache hatte ein Oberbürgermeister ohne Einschaltung anderer Stellen freihändig ein Detektivbüro mit – letztendlich ergebnislosen – Ermittlungen beauftragt, um städtische Mitarbeiter verschiedener Straftaten zu überführen. Es entstanden Kosten in sechsstelliger Höhe. Zu der Entscheidung s. Brand, NJW 2020, 631.

#### 6. Untreue eines Rechtsanwalts bei fehlender Weiterleitung von Mandantengeldern - § 266 StGB

Ein Rechtsanwalt, der sich im Rahmen eines bestehenden Anwaltsvertrages zur Weiterleitung bestimmte Fremdgelder auf sein Geschäftskonto einzahlen lässt und weder uneingeschränkt bereit noch jederzeit fähig ist, einen entsprechenden Betrag aus eigenen flüssigen Mitteln vollständig auszukehren, macht sich der Untreue in der Variante des Treubruchtatbestandes strafbar. An einem Vermögensnachteil des Geschädigten fehlt es allerdings, wenn der Rechtsanwalt jederzeit fähig und uneingeschränkt bereit ist, mit den Fremdgeldern weisungsgemäß zu verfahren. Die fehlende Bereitschaft des Berufsangehörigen zur zweckentsprechenden Mittelverwendung kann auch aus seinem Verhalten nach Mandatsbeendigung geschlussfolgert werden. Dabei ist indes zu beachten, dass nach der Mandatskündigung nur noch eine schuldrechtliche Rückzahlungsverpflichtung existiert, deren Missachtung per se nicht strafbar ist.

OLG Köln, Beschluss vom 30.04.2019 – III-1 RVs 51/19, 85 Ss 1/19, StraFo 2019, 522.

#### 7. Notwendige Feststellungen bei Annahme von Zahlungsunfähigkeit; tatsächlicher Zusammenhang bei Verletzung der Buchführungspflicht; erforderliche Darstellung bei Beitragsvorenthaltung - §§ 17 InsO, §§ 266a, 283b StGB

Entscheidend für die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 Abs. 2 InsO), die entweder durch Anwendung der betriebswirtschaftlichen Methode oder durch Analyse wirtschaftskriminalistischer Beweisanzeichen erfolgen kann, ist allein der Zeitpunkt der Fälligkeit nicht

gestundeter Forderungen. Bestehen zusätzlich finanzielle Reserven in Form von Bargeldbeiträgen, sind diese indes zwingend in die Betrachtung miteinzubeziehen. Werden Jahresabschlüsse erst mehrere Jahre nach Ende des Bilanzierungszeitraumes erstellt, ist zu erörtern, ob der für die Annahme einer strafbaren Verletzung der Buchführungspflicht (§ 283b StGB) erforderliche tatsächliche Zusammenhang zwischen dem Bilanzierungsmangel und der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gegeben ist. Für die Verurteilung wegen Beitragsvorenthaltung (§ 266a StGB) sind die geschuldeten Beiträge – für die jeweiligen Fälligkeitszeitpunkte gesondert – nach Anzahl, Beschäftigungszeiten, Löhnen der Arbeitnehmer und der Höhe des Beitragssatzes der örtlich zuständigen Krankenkasse festzustellen; die bloße Feststellung der vorenthaltenen Arbeitnehmerbeiträge genügt nicht.

BGH, Beschluss vom 11.07.2019 – 1 StR 456/18, ZInSO 2019, 2461.

S. zu der Entscheidung die Anm. von Brand, GmbHR 2020, 96. Umfassend zur Frage des tatsächlichen Zusammenhangs zwischen Eröffnung des Insolvenzverfahrens und vorhandener Buchführungsmängel s. Windsberger, Über den „tatsächlichen Zusammenhang“ im Bankrottstrafrecht, 2017, passim. Zur Frage der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit s. zuletzt BGH, Beschluss vom 15.08.2019 – 5 StR 204/19, ZInSO 2019, 210, sowie AG Frankfurt/Oder, Beschluss vom 23.05.2019 – 412 Cs 237 Js 16150/17 (147/18), ZInSO 2019, 2124. Zur Frage der Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit vgl. Harz/Comtesse/Conrad, ZInSO 2019, 2241.

#### 8. Vermögensbetreuungspflicht von Organen einer Kapitalanlagegesellschaft - § 266 StGB

Sofern die zweckgebundene Verwendung der Valuta Vermögensinteressen der Darlehensgeber schützen soll und diese Pflicht im Mittelpunkt des Vertrages steht, kann auch ein Darlehensvertrag eine Vermögensbetreuungspflicht i.S.d. § 266 StGB begründen.

BGH, Beschluss vom 20.08.2019 – 2 StR 381/17, NSTZ 2020, 35.

Der BGH verneinte in der entschiedenen Sache eine solche explizite Obliegenheit und hob die vorangegangene Verurteilung des Vorstandes einer Investitionsgesellschaft auf. Zu der Entscheidung s. die Anm. von Strauß, GmbHR 2019, 1231, sowie von Tomat, GmbH-StB 2020, 17.

### III. Zivilrechtliche Entscheidung mit strafrechtlicher Relevanz

#### 1. Verwendungsverbot bei Schuldnerauskünften – § 97 InsO

Hat das Vertretungsorgan einer Kapitalgesellschaft einen zulässigen Insolvenzantrag gestellt, so sind in entsprechender Anwendung des § 20 Abs. 1 InsO unter anderem die Regelungen und Einschränkungen betreffend die Strafverfolgung nach § 97 Abs. 1 Satz 1 und 3, § 101 Abs. 1 Satz 1 InsO auch dann einschlägig, wenn durch das Organ für den Schuldner die erforderlichen Auskünfte nicht erst auf Anfrage des Insolvenzgerichts erteilt werden, sondern die zur Entscheidung über den Antrag erforderlichen Angaben bereits im Eigenantrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens enthalten sind.

AG Frankfurt/Oder, Beschluss vom 14.08.2019 - 412 Cs 237 Js 4412/18 (72/19), BeckRS 2019, 25463.

S. zu der Problematik auch AG Frankfurt/Oder, Beschluss vom 26.11.2018 – 412 Ds 237 Js 13913/17 (2/18), n.v., m. Anm. Buchholz, jurisPR-InsR 6/2019 Anm. 3. Umfassend zu der Problematik Bittmann, in: Bittmann, Praxishandbuch Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 1 Rn. 16 ff.

#### 2. Inhabilität bei Verurteilung als Teilnehmer einer Straftat - § 6 Abs. 2 Nr. 3 GmbHG

Das Registergericht hat die Eintragung eines Geschäftsführers einer GmbH von Amts wegen im Handelsregister zu löschen, wenn eine persönliche Voraussetzung für dieses Amt gemäß § 6 Abs. 2 GmbHG nach der Eintragung entfällt. Auch wer nicht als Täter (§ 25 StGB), sondern als Teilnehmer (§§ 26, 27 StGB) wegen einer vorsätzlich begangenen Straftat nach § 6

Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 GmbHG rechtskräftig verurteilt worden ist, kann nicht Geschäftsführer einer GmbH sein.

BGH, Beschluss vom 03.12.2019 – II ZB 18/19, ZInsO 2020, 150.

Zu der Entscheidung s. die zust. Anm. von Weyand, ZInsO 2020, 152, sowie die krit. Anm. von Oehmichen, FD-StrafR 2020, 424474, ferner Brand, GmbHR 2020, 204, Seulen/Heinrichs, DB 2020, 494, Wolfer/Weitzell, NZG 2020, 379, sowie Kunkel, jurisPR-StrafR 2/2020 Anm. 1. A. A. war bislang allein Ahlbrecht, wistra 2018, 241.

### 3. Insolvenzanfechtung bei Rückzahlung betrügerisch erlangten Kapitals - § 134 InsO

Der Insolvenzverwalter eines auf Anlagebetrug gerichteten Unternehmens kann Auszahlungen nur anfechten, wenn es sich um Erträge handelt, nicht jedoch bei Rückzahlungen von betrügerisch erlangtem Kapital.

LG Tübingen, Urteil vom 15.11.2019 - 5 O 154/19, NZI 2020, 30.

## Veranstaltungen und politische Diskussion

### Zoll- und Handelsrecht

---

Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M.

## Zoll und Handel in außergewöhnlichen Zeiten, Organisation von Zoll- und Handelsabläufen im Unternehmen im Ausnahmefall

### Ein webinar – Bericht

Am 03.04.2020 habe ich ein von der Bremer Außenwirtschafts- und Verkehrsseminare GmbH veranstaltetes Webinar besucht, dem immerhin – so die Veranstalter – 130 Teilnehmer zuhörten und -sahen. Passend zu den gegenwärtigen äußeren Umständen wurde das Webinar abgehalten zu dem Thema „Zoll und Handel in außergewöhnlichen Zeiten, Organisation von Zoll- und Handelsabläufen im Unternehmen im Ausnahmefall“.

Die Veranstaltung führte zunächst ein in die statistische Auswertung der Auswirkungen des Corona-Virus in Deutschland, aber auch in anderen europäischen Ländern, in Mitgliedstaaten der Europäischen Union.

Sodann wurden die Maßnahmen dargestellt, die sich aufgrund der rasanten Ausbreitung des Virus national wie supernational ergaben.

Nachdem Mitte/Ende Februar 2020 deutlich wurde, dass aufgrund rasant ansteigender Infektionszahlen in Italien aber auch in Deutschland in Kürze veränderte Verhältnisse herrschen würden, wurden unverzüglich folgende Maßnahmen installiert, worauf der Referent im Einzelnen eingegangen ist:

- Genehmigungsvorbehalt für den Export von medizinischer Schutzausrüstung in Deutschland;
- vorübergehende Einschränkung des grenzüberschreitenden Warenverkehrs in Deutschland;
- Maßnahmen der EU, z.B. betreffend Ausfuhren von persönlicher Schutzausrüstung aus der EU/Einführung von Genehmigungsvorbehalten durch die Mitgliedstaaten;