

Die Einziehung von Taterträge nach §§ 73, 73b StGB bedarf u.E. stets des Vorliegens von drei Voraussetzungen: Ein Vermögenswert muss erlangt worden sein und dieser Vermögenswert muss inkriminiert sein. Überdies bedarf der Zugriff auf das Vermögen einer personenbezogenen Legitimation: Dies ist in den Fällen des § 73 StGB die Beteiligung an einer rechtswidrigen Tat, in den Fällen des § 73b StGB die Beziehung des Dritten zum Beteiligten und eine verminderte Schutzbedürftigkeit.

Erlangt ein Dritter inkriminiertes Vermögen ohne rechtlichen Grund, weil ein Vertrag fehlerhaft ist oder nicht zustande kommt (etwa §§ 142, 125 BGB), ist § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. a Var. 2 StGB ggf. teleologisch zu reduzieren.

§ 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 lit. b StGB ist bei (einfacher) Alltagsfahrlässigkeit nicht einschlägig.

Bezieht jemand im Rahmen seiner an sich legalen Berufsausübung ein angemessenes Grundgehalt, ist dies selbst dann nicht stets für rechtswidrige Taten erlangt, wenn er im Rahmen seiner Tätigkeit teilweise oder überwiegend in kriminelle Aktivitäten verwickelt ist, § 73 Abs. 1 Var. 2 StGB.

Der bloße Zufluss von Vermögen bei einem Dritten begründet für sich genommen noch keine Erlangung von Vermögenswerten i.S.d. § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB. Wird Vermögen im Rahmen von Transferketten weitergeleitet, ist insbesondere bei gutgläubigen Dritten eine bloß transitorische Inhaberschaft möglich, die nicht zur Einziehung berechtigt. Die zivilrechtlichen Verhältnisse zwischen den Akteuren müssen, soweit sie auch in tatsächlicher Hinsicht Auswirkungen haben, Eingang in die Betrachtung finden.

Auch der einziehungsbeteiligte Dritte muss de lege lata tauglicher Adressat des Präventionszwecks der Einziehung sein. Ist er dies nicht, kommt die Einziehung aus teleologischen Erwägungen nicht in Betracht. Darüber hinaus sollte eine Einziehung nach § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB nur stattfinden, wo Tatbeteiligte im Einflussbereich des Dritten handeln.

Im Vertreterfall ist ein Handeln „für“ den Einziehungsbeteiligten erforderlich. Es handelt sich dabei nicht nur um ein reines Kausalitätserfordernis. Der Beteiligte muss subjektiv-final für den Dritten handeln und es muss objektiv in dessen Interesse geschehen.

Wer als Tatmittler i.S.d. § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB eingesetzt wird, kann nicht Vertretener nach § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB sein. Gleiches gilt grundsätzlich für juristische Personen, sofern ihre Angestellten als Tatmittler eingesetzt werden.

Insolvenzstrafrecht

Rechtsanwältin Dr. Ricarda Schelzke, Frankfurt a.M.

Die Unternehmenskrise während der COVID-19-Pandemie aus strafrechtlicher Sicht

I. Einführung*

Durch das COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz (COVInsAG) wurde die Insolvenzantragspflicht des § 15a InsO vorübergehend (zunächst bis zum 30. September 2020) suspendiert. Zweck dieser Regelung ist es, Unternehmen, die wegen der COVID-19-Pandemie in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten sind, zu ermöglichen, die notwendigen Vorkehrungen (Beantragung staatlicher Hilfen oder Finanzierungs- oder Sanierungsarrangements mit Gläubigern) zu treffen, um die Insolvenzreife zu beseitigen.¹

Vor diesem Hintergrund soll näher betrachtet werden, ob trotz der Suspendierung der Insolvenzantragspflicht Strafbarkeitsrisiken bei einer Unternehmenskrise während der COVID-19-Pandemie bestehen könnten.

* Dieser Beitrag basiert auf einer Präsentation der Verfasserin im Rahmen des WisteV-Webinars zu aktuellen Problemen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie am 2. Juli 2020.

¹ BT-Drucks. 19/18110, S. 17.

II. Verletzung der Insolvenzantragspflicht (§ 15a Abs. 4 – 6 InsO)

Gemäß § 1 S. 1 COVInsAG ist die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags nach § 15a InsO zunächst bis zum 30. September 2020 ausgesetzt.² Das gilt allerdings nicht, wenn die Insolvenzreife nicht auf den Folgen der Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus beruht oder wenn keine Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen (§ 1 S. 2 COVInsAG). Schließlich stellt § 1 S. 3 COVInsAG die Vermutung auf, dass wenn der Schuldner am 31. Dezember 2019 nicht zahlungsunfähig war, die Insolvenzreife auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht und Aussichten darauf bestehen, die Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. Zusammengefasst heißt das in einfachen Worten: Bei pandemie-bedingten Insolvenzen muss kein Insolvenzantrag gestellt werden, wenn die Zahlungsunfähigkeit voraussichtlich beseitigt werden kann.

Wenn nach dem COVInsAG keine Insolvenzantragspflicht besteht, scheidet auch eine Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung (§ 15a Abs. 4 – 6 InsO) aus.

1. Zeitlicher Rahmen

Das COVInsAG trat rückwirkend zum 1. März 2020 in Kraft.³ § 1 COVInsAG ist aufgrund der Meistbegünstigungsregel des § 2 Abs. 3 StGB aber auch auf pandemie-bedingte Insolvenzreifen vor dem 1. März 2020⁴ anzuwenden.⁵ Daran ändert auch § 2 Abs. 4 S. 1 StGB, der bei sog. Zeitgesetzen (also Gesetzen, die nur für eine bestimmte Zeit gelten sollen) eine Ausnahme von dieser Meistbegünstigungsregel vorsieht, nichts.⁶ Denn diese Ausnahme findet nur dann Anwendung, wenn eine Tat während der Geltung des Zeitgesetzes begangen wurde. Das ist bei Fällen vor Geltung des COVInsAG aber gerade nicht der Fall.

Sobald § 1 S. 1 COVInsAG nicht mehr gilt, also die Insolvenzantragspflicht nicht mehr ausgesetzt ist, besteht aber wieder das übliche Strafbarkeitsrisiko nach § 15a Abs. 4 – 6 InsO.

2. Keine Geltung der Gesetzesvermutung im Strafprozess

Nach der Gesetzesbegründung soll die gesetzliche Vermutung, den Antragspflichtigen von den Nachweis- und Prognoseschwierigkeiten effektiv entlasten und eine Widerlegung nur selten in Betracht kommen.⁷ Ein Strafgericht ist an die täterbegünstigende gesetzliche Vermutung des § 1 S. 3 COVInsAG allerdings nicht gebunden, da eine solche die freie richterliche Beweiswürdigung (§ 261 StPO) nicht einschränken kann.⁸ Ein Strafgericht kann also auch, wenn am 31. Dezember 2019 keine Zahlungsunfähigkeit vorlag, der Ansicht sein, dass die Insolvenzreife nicht auf den Folgen der COVID-19-Pandemie beruhte und/oder keine Aussichten auf Beseitigung der bestehenden Zahlungsunfähigkeit bestanden und daher die Insolvenzantragspflicht nicht suspendiert war.

Wenn man sich vor Augen führt, dass es nach höchstrichterlicher Rechtsprechung zulässig ist, die Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) auch nach kriminalistischen Beweisanzeichen wie Zahlungsrückständen und erfolglosen Pfändungsversuchen zu bestimmen,⁹ besteht das Risiko, dass auch an die Feststellung, dass keine pandemiebedingte Insolvenzreife vorliegt, nur geringe Beweisanforderungen gestellt werden könnten.

² Gemäß § 4 COVInsAG ist das Bundesjustizministerium aber ermächtigt, durch Rechtsverordnung die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach § 1 COVInsAG bis höchstens zum 31. März 2021 zu verlängern, wenn dies aufgrund fortbestehender Nachfrage nach verfügbaren öffentlichen Hilfen, andauernder Finanzierungsschwierigkeiten oder sonstiger Umstände geboten erscheint.

³ Art. 6 des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27. März 2020.

⁴ Solche kommen möglicherweise bei der Tourismusbranche in Betracht, weil schon vor dem 1. März 2020 weniger Menschen Reisen gebucht haben dürften als sonst.

⁵ So auch: *Brand*, BB 2020, 909, 912 und *Altenburg/Kremer*, Newsdienst Compliance 2020; vgl. zu dieser Frage beim Finanzmarktstabilisierungsgesetz: *Adick*, HRRS 2009, 155, 156.

⁶ So auch: *Brand*, BB 2020, 909, 912.

⁷ BT-Drucks. 19/18110, S. 22.

⁸ BGH, Beschluss vom 19. August 1993 – 4 StR 627/92, Rn. 16 = BGHSt 39, 291; BGH, Urteil vom 24. Juni 1987 – 3 StR 152/87 = BeckRS 1987, 31101436; BGH, Urteil vom 16. Januar 2020 – 1 StR 89/19, Rn. 40 (juris); Meyer-Goßner/Schmitt, 63. Auflage 2020, § 261 StPO Rn. 2a m.w.N.; MüKo-Miebach, 1. Auflage 2016, § 261 StPO Rn. 159 m.w.N.; KK-Ott, 8. Auflage 2019, § 261 StPO Rn. 151; *Brand*, BB 2020, 909, 910.

⁹ Wabnitz/Janovsky/Schmitt-Beck, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 5. Auflage 2020, Kapitel 8 Rn. 114 m.w.N.; MüKo-Hohmann, 3. Auflage 2019, § 15a InsO Rn. 40 m.w.N.; BGH, Urteil vom 26. Februar 1987 – 1 StR 5/87, Rn. 13 (juris) = BGHR StGB § 283 Abs. 1 Zahlungsunfähigkeit 1; BGH, Beschluss vom 2. August 1990 – 1 StR 373/90 = BGHR StGB § 283 Abs. 1 Zahlungsunfähigkeit 2; BGH, Urteil vom 20. Juli 1999 – 1 StR 668/98, Rn. 28 (juris) = BGH NJW 2000, 154.

Sollte ein Gericht – anders als der Beschuldigte – davon ausgehen, dass keine pandemiebedingte Insolvenz vorliegt, so könnte der Beschuldigte aber einem Tatumstandsirrtum im Sinne von § 16 StGB (bei unzutreffender Tatsachengrundlage) oder einem Verbotsirrtum im Sinne von § 17 StGB (bei falscher rechtlicher Würdigung) unterlegen haben.

Derjenige, der sich auf die Suspendierung der Insolvenzantragspflicht berufen möchte, sollte aber jedenfalls den Sachverhalt, von dem er ausgeht, und die Schlussfolgerung, warum aufgrund dieses Sachverhalts keine Insolvenzantragspflicht besteht, vorsorglich schriftlich festhalten.

III. Insolvenzdelikte (§§ 283 ff. StGB)

Das COVInsAG befreit grundsätzlich nicht von einer potentiellen Strafbarkeit wegen der Insolvenzdelikte (§§ 283 ff. StGB).

Das COVInsAG nimmt aber bestimmte Fälle von der Strafbarkeit wegen Gläubigerbegünstigung aus. Wegen Gläubigerbegünstigung kann sich gemäß § 283c StGB strafbar machen, wer in Kenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit einem Gläubiger eine Befriedigung gewährt, die dieser nicht zu beanspruchen hat (sog. inkongruente Deckung).

Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2, 1. HS COVInsAG gilt die bis zum 30. September 2023 erfolgende Rückgewähr eines im Aussetzungszeitraum gewährten neuen Kredits sowie die im Aussetzungszeitraum erfolgte Bestellung von Sicherheiten zur Absicherung solcher Kredite aber nicht als gläubigerbenachteiligend.¹⁰ Selbst wenn jemand einem Gläubiger eine diesem nicht zustehende Befriedigung gewährt, dann macht er sich also nicht strafbar, wenn die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 Nr. 2, 1. HS COVInsAG vorliegen, also dies vor dem 30. September 2023 geschieht und es sich um einen Kredit handelt, der während der suspendierten Insolvenzantragspflicht gewährt wurde. Eine ähnliche Regelung findet sich in § 2 Abs. 1 Nr. 2, 2. HS COVInsAG auch für Gesellschafterdarlehen.

Voraussetzung für die Anwendung dieser Ausnahmen von der Strafbarkeit wegen Gläubigerbegünstigung ist jedoch, dass die Insolvenzantragspflicht gemäß § 1 COVInsAG ausgesetzt ist, sodass auch hier das Restrisiko verbleibt, dass Strafgerichte, die Frage, ob dies der Fall war, letztlich anders bewerten könnten. Es gilt insoweit das im Rahmen soeben zu II. Ausgeführte.

IV. Betrug (§ 263 Abs. 1 StGB)

Es besteht das Risiko, dass wegen des Abschlusses von Verträgen mit Lieferanten oder Dienstleistern jedenfalls dann, wenn die Leistungen nicht bezahlt werden, Ermittlungsverfahren wegen Betrugs in Form des Eingehungsbetrugs eingeleitet werden könnten. Denn nach der Rechtsprechung erklärt der, der einen Vertrag schließt, in der Regel konkludent, dass er zahlungsfähig und -willig ist.¹¹

Bei der Verteidigung könnte man sich möglicherweise auf den Standpunkt stellen, dass der Beschuldigte beim Vertragsschluss ohne Täuschungsabsicht agierte, weil er darauf vertraute, die Forderungen später begleichen zu können.¹² Dabei könnte ggf. vorgebracht werden, dass dieses Vertrauen gerade deshalb nicht unbegründet war, weil der Gesetzgeber durch das COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz zum Ausdruck gebracht hat, dass auch er daran glaubt, dass sich die überwiegende Anzahl von Unternehmen von den wirtschaftlichen Folgen der Pandemie wieder erholen wird.

V. Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB)

Eine Strafbarkeit nach § 266a Abs. 1 StGB kommt in Betracht, wenn Sozialversicherungsbeiträge nicht abgeführt werden. Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG gelten Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (insb. § 64 S. 1 GmbHG und § 92 Abs. 2 S. 1 AktG) vereinbar.

¹⁰ So auch: *Altenburg/Kremer*, Newsdienst Compliance 2020, 120002.

¹¹ *Fischer*, 67. Auflage 2020, § 263 StGB Rn. 33 m.w.N.; BGH, Urteil vom 15. Juni 1954 – 1 StR 526/53 = BGHSt 6, 198; vgl. auch *Ruppert*, COVuR 2020, 130, 134.

¹² *Brand*, BB 2020, 909, 913.

Dazu dürften die Zahlungen von Sozialversicherungsbeiträgen gehören. Diese können daher trotz Insolvenzreife geleistet werden, ohne dass gegen die gesellschaftsrechtliche Masseerhaltungspflicht (insb. § 64 S. 1 GmbHG und § 92 Abs. 2 S. 1 AktG) verstoßen werden würde.

Der Geschäftsleiter befindet sich daher in keiner Pflichtenkollision dergestalt, dass er zwar in der Krise zum einen keine vermögensmindernden Zahlungen leisten darf (gesellschaftsrechtliche Masseerhaltungspflicht) und zum anderen aber die Zahlungen an die Sozialversicherungsträger zu leisten hat. Auf die Rechtsprechung, dass eine Strafbarkeit nach § 266a Abs. 1 StGB während der laufenden Insolvenzantragspflicht ausscheidet, weil eine Nichtzahlung der Sozialversicherungsbeiträge aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Zahlungsverbote zur Masseerhaltung gerechtfertigt ist,¹³ kann sich der Geschäftsleiter daher voraussichtlich nicht erfolgreich berufen.¹⁴

Sollten die Zahlungen nicht aufgebracht werden können, ist es daher vielmehr ratsam, mit den Sozialversicherungsträgern eine Stundungsabsprache zu vereinbaren.¹⁵

VI. Untreue (§ 266 StGB)

Es wird die Ansicht vertreten, dass Zahlungen entgegen gesellschaftsrechtlicher Zahlungsverbote zur Masseerhaltung (also insb. § 64 S. 1 GmbHG und § 92 Abs. 2 S. 1 AktG) eine Untreue begründen könnten.¹⁶ Wegen der soeben dargestellten Regelung des § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG, wonach Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind, dürfte eine Untreuestrafbarkeit insoweit zwar regelmäßig ausscheiden.¹⁷ Voraussetzung dafür ist jedoch, dass § 1 COVInsAG auch Anwendung findet. Es verbleibt daher auch hier die Gefahr, dass Strafgerichte diese Frage letztlich anders bewerten werden. Es gilt insoweit das im Rahmen zu 2. Ausgeführte.

Außerdem könnten unternehmerische (Fehl-)Entscheidungen gerade in der Krisensituation als unvertretbar und damit untreuerelevant betrachtet werden.¹⁸ In diesem Zusammenhang ist die (zu Recht vielfach kritisierte) Rechtsprechung zu berücksichtigen, dass auch wenn die Gesellschafter ihr Einverständnis erklärt haben, der Vermögensbetreuungspflichtige sich pflichtwidrig im Sinne der Untreue verhält, wenn durch sein Verhalten das Stammkapital beeinträchtigt oder die wirtschaftliche Existenz der Gesellschaft gefährdet wird.¹⁹ Das Einverständnis der Gesellschafter wird den Geschäftsleiter daher regelmäßig, wenn § 1 COVInsAG Anwendung findet, das Unternehmen also eigentlich insolvenzreif ist, nicht entlasten können.

VII. Zusammenfassung

Es besteht die Gefahr, dass Strafgerichte die Frage, ob die Insolvenzantragspflicht gemäß § 1 COVInsAG ausgesetzt ist, anders bewerten – insbesondere weil sie an die gesetzliche Vermutung des § 1 S. 3 COVInsAG nicht gebunden sind. Ist dies der Fall, hat das nicht nur Auswirkungen bei der Frage einer Insolvenzverschleppung (§ 15a Abs. 4 – 6 InsO), sondern ggf. auch bei der Gläubigerbegünstigung (§ 283c StGB) und der Untreue (§ 266 StGB).

Daneben muss man, auch wenn die Insolvenzantragspflicht gemäß § 1 COVInsAG suspendiert ist und somit eine Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung ausscheidet, die übrigen in der Unternehmenskrise üblichen Strafbarkeitsrisiken beachten. Es droht grundsätzlich eine Strafverfolgung wegen der Insolvenzdelikte, des Betrugs, des Vorenthaltens des Arbeitsentgelts und der Untreue.

¹³ BGH, Beschluss vom 30. Juli 2003 – 5 StR 221/03 = BGHSt 48, 307; Fischer, 67. Auflage 2020, § 266a StGB Rn. 17.

¹⁴ So auch Ruppert, COVuR 2020, 130, 133; vgl. auch Altenburg/Kremer, Newsdienst Compliance 2020, 120002; vgl. auch OLG Hamburg, Urteil vom 13. Oktober 2006 – 1 U 59/06 dazu, dass die Pflichtenkollision nach dem Ablauf der Insolvenzantragspflicht nicht mehr besteht.

¹⁵ Schmidt-Rau, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 1. Auflage 2020, § 18 Rn. 61.

¹⁶ Darstellung bei Brand, BB 2020, 909, 912 und ausführlich bei Brand/Strauß, GmbHR 2019, 214 ff.

¹⁷ So auch: Brand, BB 2020, 909, 912.

¹⁸ Zu den gesellschaftsrechtlichen Organpflichten in der Corona-Pandemie: Daghles/Haßler, BB 2020, 1032 ff.; vgl. auch Kubiciel, NJW 2020, 1249.

¹⁹ Dazu im Einzelnen: Fischer, 67. Auflage 2020, § 266 StGB Rn. 96 ff. m.w.N.