

herrscht, ob die mit der zuerst vorgenommenen Maßnahme eingetretene Sicherungsfunktion im Fall eines Wechsels des Sicherungsmittels erhalten bleibt oder nicht.

c) **Verstellter Rechtsweg zum Oberlandesgericht bei fälschlich angeordneter Beschlagnahme**

Die für die Praxis schwierige Handhabung ist unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit bereits für sich keine Zierde des Rechtsstaats. Weitere Klärungen aufgrund obergerichtlicher Entscheidungen sind bestenfalls partiell zu erwarten, weil sich die Oberlandesgerichte durchweg damit begnügen, die einmal getroffene Wahl eines Sicherungsinstruments zu akzeptieren und nur in Ausnahmefällen bereit sind, die Möglichkeit oder Notwendigkeit eines Wechsels auch nur zu thematisieren. Demgemäß liegt es faktisch in der Hand des Staatsanwalts oder bestenfalls des Ermittlungsrichters, mit welchem Sicherungsmittel der bejahte Sicherungsbedarf erfüllt wird.

Da die Praxis auch dann zur Beschlagnahme neigt, wenn ein Vermögensarrest näher liegt oder gar zwingend ist, führt dies zu einer partiellen Rechtsschutzverweigerung: Unter Hinweis auf die vorgenommene Beschlagnahme halten die Oberlandesgerichte die weitere Beschwerde selbst dann für unstatthaft, wenn zutreffenderweise anstatt einer Beschlagnahme ein Vermögensarrest hätte angeordnet werden müssen (und der Schwellenwert überschritten ist). Angesichts der der Rechtslage geschuldeten Unsicherheiten ist es daher ein Unding, dass die ursprünglich zu Unrecht angeordnete Beschlagnahme den bei zutreffend beschlossenen Vermögensarrest eröffneten Weg zum Oberlandesgericht faktisch endgültig sperrt.

d) **Notwendige Gleichstellung von Beschlagnahme und Vermögensarrest in § 310 Abs. 1 Nr. 3 StPO**

Abhilfe ist deshalb dringend geboten und kann nach Lage der Dinge nur darin bestehen, für § 310 Abs. 1 Nr. 3 StPO die Beschlagnahme dem Vermögensarrest gleichzustellen.

Insolvenzstrafrecht

Rechtsanwältin Dr. Christina Brosthaus und Rechtsanwalt Markus Gierok; beide Köln

Strafbarkeitsrisiken wegen Insolvenzverschleppung und Eingehungsbetrugs im Lichte des § 1 COVInsAG*

Die Corona-Pandemie hat die deutsche Wirtschaft ins Mark getroffen und zu einer schweren Rezession geführt. Zahlreiche Branchen mussten aufgrund der unmittelbaren und mittelbaren Auswirkungen der Pandemie ihre Geschäftstätigkeit einstellen oder aber zumindest stark zurückfahren. Infolgedessen brach das Bruttoinlandsprodukt 2020 gegenüber dem Vorjahr um etwa fünf Prozent ein. Unter normalen Umständen wäre damit zu rechnen gewesen, dass sich die drastischen Umsatzeinbußen der betroffenen Unternehmen in einem entsprechenden Anstieg der Insolvenzen widerspiegeln würde. Stattdessen ist das Gegenteil der Fall: Die Zahl der Unternehmensinsolvenzen ist in den ersten zehn Monaten des Jahres 2020 gegenüber dem Vorjahreszeitraum um rund 15 Prozent gesunken. Dieser beachtliche Rückgang geht sogar noch deutlich über das Maß hinaus, das angesichts des seit 2010 zu verzeichnenden Trends kontinuierlich rückläufiger Unternehmensinsolvenzen für ein pandemiefreies Jahr 2020 zu erwarten gewesen wäre.

I. Ursachen des Rückgangs an Insolvenzen

Diese auf den ersten Blick paradox anmutende Entwicklung ist unter anderem auf die gewaltigen Hilfspakete zurückzuführen, die der Staat zur Unterstützung der Unternehmen geschnürt

* Dieser Beitrag geht auf einen Vortrag zurück, den Rechtsanwalt Gierok im Rahmen der von der WisteV veranstalteten Reihe „Digital Thursday: Strafrecht in der Pandemie“ am 21.01.2021 gehalten hat.

hat. Hinzu kommt dem Vernehmen nach, dass zahlreiche angeschlagene Unternehmer ihre finanzielle Schieflage derzeit ignorieren. Ein massiver Faktor für den signifikanten Rückgang der Zahl der Unternehmensinsolvenzen ist zudem die Suspendierung der Insolvenzantragspflicht durch das COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz (COVInsAG). Hiermit verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, den infolge der COVID-19-Pandemie insolvent gewordenen Unternehmen Zeit zu verschaffen, um die notwendigen Vorkehrungen zur Beseitigung der Insolvenzreife zu treffen, insbesondere um zu diesem Zwecke staatliche Hilfen in Anspruch zu nehmen oder Finanzierungs- oder Sanierungsarrangements mit Gläubigern und Kapitalgebern zu treffen.¹ Die Wirkungen dieser Aussetzung beschränken sich indessen nicht auf das Insolvenzrecht, sondern greifen auf das Strafrecht über: Eine suspendierte Insolvenzantragspflicht kann nicht verletzt werden, sodass die Begehung einer Insolvenzverschleppung ausscheidet. Von zentraler Bedeutung ist daher sowohl aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden und Gerichte, aber auch der Verteidigung, unter welchen Voraussetzungen die Antragspflicht suspendiert ist.

II. Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung

Dies hängt maßgeblich davon ab, zu welchem Zeitpunkt die Insolvenzreife eingetreten ist: Der heutige § 1 Abs. 1 COVInsAG entspricht der Urform des § 1 COVInsAG, der mit dem Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie vom 27.03.2020² rückwirkend zum 01.03.2020 in Kraft trat.³ Im Nachgang modifizierte der Gesetzgeber diese Ursprungsregelung zunächst für die Zeit zwischen Oktober und Dezember (§ 1 Abs. 2 COVInsAG) und sodann ein weiteres Mal für den Januar 2021 (§ 1 Abs. 3 COVInsAG). Am 20.01.2021 hat die Bundesregierung eine vom Bundesjustizministerium vorgelegte Formulierungshilfe für einen Änderungsantrag der GroKo-Frakturen beschlossen, wonach die Corona-bedingte Aussetzung der Insolvenzantragspflicht bis zum 30.04.2021 verlängert werden soll.⁴

1. Erster Aussetzungszeitraum: 01.03.2020 bis 30.09.2020

Die ursprüngliche Fassung des § 1 COVInsAG folgte einer Regel-Ausnahme-Systematik⁵: Grundsätzlich wurde die Insolvenzantragspflicht sowohl bei Überschuldung als auch bei Zahlungsunfähigkeit ausgesetzt (§ 1 Abs. 1 S. 1 COVInsAG). Hiervon gab es allerdings zwei in Satz 2 kodifizierte Ausnahmen.

a) Insolvenzreife beruht nicht auf Corona-Pandemie

In der ersten Alternative blieb die Antragspflicht bestehen, wenn die Insolvenzreife nicht auf den Folgen der Ausbreitung der Corona-Pandemie beruhte. Von der Insolvenzantragspflicht wurden damit nur solche Unternehmen vorübergehend befreit, deren Insolvenz ihre Ursache in der Corona-Pandemie fand. Dieser – unmittelbare oder mittelbare⁶ – Kausalitätszusammenhang war etwa gegeben, wenn der Geschäftsbetrieb durch eine Corona-Schutzverordnung untersagt wurde und der damit verbundene Umsatzeinbruch zur Insolvenz führte, die Insolvenzreife die Folge virusbedingter Störungen von Lieferketten war oder Kunden aus Angst, sich im Ladenlokal bei Angestellten oder anderen Kunden anzustecken, die Leistungen des Schuldners gar nicht mehr oder nicht im selben Maß in Anspruch nehmen wollten.⁷ Hervorzuheben gilt, dass die Corona-Pandemie weder die einzige noch die maßgebliche Ursache der Insolvenzreife sein musste – Mitursächlichkeit genügte.⁸ Sofern sich in den vorbezeichneten Beispielfällen zusätzlich Managementfehler ausgewirkt haben sollten, so hätte die Insolvenzreife daher dennoch auf den Folgen der Corona-Pandemie beruht.

Der in der Regel nur schwer zu führende Nachweis⁹ der Nichtursächlichkeit der Corona-Pandemie obliegt den Strafverfolgungsbehörden und Gerichten. Dass es nicht der Beschuldigte

¹ BT-Drucks. 19/18110, S. 17. Ausführliche Kritik am COVInsAG übt Pape NJW 2020, 393.

² BGBl. I 2020, 569.

³ Nachfolgend wird stets die zum 31.01.2021 gültige Fassung des § 1 COVInsAG zitiert, um eine erleichterte Lektüre des Beitrags zu ermöglichen.

⁴ Voraussetzung soll grundsätzlich sein, dass die Anträge im Zeitraum vom 01.11.2020 bis zum 28.02.2021 gestellt wurden bzw. der Schuldner während dieses Zeitraums zu den Antragsberechtigten zählte und ihm die Antragstellung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht möglich war.

⁵ Diese bleibt auch für die folgenden Aussetzungszeiträume bedeutsam, da der Gesetzgeber den § 1 Abs. 1 COVInsAG mit den Absätzen 2 und 3 modifizierte.

⁶ Born NZG 2020, 521, 522; Schluck-Amend NZI 2020, 289, 290.

⁷ Born NZG 2020, 521, 522.

⁸ Schluck-Amend NZI 2020, 289, 290; Tsambikakis/Gierok in: Esser/Tsambikakis (Hrsg.), Pandemiestrafrecht, § 10 Rn. 7; vgl. auch Heinrich NZI 2021, 71, 72; Schülke DStR 2020, 929, 931.

⁹ Born NZG 2020, 521, 522; Schülke DStR 2020, 929, 930.

ist, der die Ursächlichkeit der Pandemie für die Insolvenz zu beweisen hat, folgt dabei nicht erst aus der in § 1 Abs. 1 S. 3 COVInsAG vorgesehenen Vermutung, sondern bereits aus den allgemeinen strafprozessualen Regeln.¹⁰ An den Nachweis, dass die Insolvenzreife nicht auf den Folgen der Pandemie beruht, sind „höchste Anforderungen“ zu stellen. Es darf kein Zweifel daran bestehen, dass die COVID-19-Pandemie nicht ursächlich für die Insolvenzreife war.¹¹ Vernünftige Zweifel werden sich nachträglich fast nie sicher ausschließen lassen, sodass der Nachweis fehlender Ursächlichkeit nur in seltenen Ausnahmefällen zu führen sein dürfte.¹²

Seit dem 01.01.2021 finden sich in § 5 Abs. 2 und Abs. 3 COVInsAG Fiktionen. Liegen die dortigen Voraussetzungen vor, so gilt die Insolvenzreife als auf die Corona-Pandemie zurückführbar – die Kausalität der Corona-Pandemie steht dann unwiderleglich fest. Zwar betrifft § 5 COVInsAG einen anderen Regelungsbereich als § 1 COVInsAG. Gründe, die in § 5 COVInsAG niedergelegten Fiktionstatbestände nicht auf den Ausnahmetatbestand des § 1 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 COVInsAG anzuwenden, sind jedoch nicht ersichtlich und ergeben sich insbesondere nicht daraus, dass in § 1 COVInsAG von „beruhen“, in § 5 COVInsAG hingegen von „zurückführbar sein“ die Rede ist: Beide Begriffe verwendet der Gesetzgeber synonym, wie sich aus den Gesetzgebungsmaterialien ergibt.¹³

b) Fehlende Beseitigungsaussicht

Konnte ein Beruhen der Insolvenzreife auf den Folgen der Corona-Pandemie nicht widerlegt werden, so galt die Antragspflicht gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 COVInsAG bei zahlungsunfähigen Unternehmen dennoch fort, wenn keine Aussicht darauf bestand, die Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. Unabhängig von den konkreten Auslegungsschwierigkeiten – auf die noch einzugehen ist – machte § 1 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 COVInsAG jedenfalls eine ständige Eigenprüfung erforderlich.¹⁴ Zerschlug sich eine ursprünglich positive Prognose zwischenzeitlich und wurde deutlich, dass die Zahlungsunfähigkeit nicht beseitigt werden konnte, so lebte die Antragspflicht wieder auf.¹⁵ Zwar obliegt es nach den allgemeinen strafprozessualen Regeln den Strafverfolgungsbehörden und Gerichten, den Nachweis dafür zu führen, dass keine Beseitigungsaussichten bestanden.¹⁶ Eine sorgfältige Dokumentation erleichtert aber die Verteidigung gegen den Vorwurf der Insolvenzverschleppung enorm.

Ob eine etwaig daneben eingetretene Überschuldung ebenfalls beseitigt werden kann, spielt nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift keine Rolle.¹⁷ An dieser Stelle endet indes bereits die Klarheit dieses zweiten Ausnahmetatbestandes, der gleich in mehrfacher Hinsicht Fragen aufwirft. Hierbei hat es der Gesetzgeber versäumt, dem Rechtsanwender Hinweise bzw. Auslegungshilfen zur Anwendung des § 1 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 COVInsAG mit auf den Weg zu geben.

aa) Zeitpunkt der Beseitigung

So bleibt etwa der zeitliche Bezugspunkt der Beseitigungsaussicht offen. § 1 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 COVInsAG legt nicht fest, bis wann der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit beseitigt haben muss. Fest steht lediglich, dass ein Zeitraum von drei Wochen zu kurz bemessen wäre, da eine Zahlungsunfähigkeit, die sich voraussichtlich in kurzer Zeit, nach höchstrichterlicher Rechtsprechung heißt das in drei Wochen,¹⁸ beheben lässt, keinen Insolvenzeröffnungsgrund, sondern eine bloße Zahlungsstockung darstellt. Stattdessen wird teilweise in Anlehnung an § 3 COVInsAG eine Beseitigungsfrist von grundsätzlich drei Monaten vorgeschlagen.¹⁹ Überwiegend wird die Beseitigungsfrist jedoch an den Aussetzungszeitraum geknüpft,²⁰ sodass es darauf ankommt, ob die Schuldner ihre Zahlungsfähigkeit voraussichtlich bis spätestens zum

¹⁰ *Tsambikakis/Gierok* in: Esser/Tsambikakis (Hrsg.), *Pandemiestrafrecht*, § 10 Rn. 6.

¹¹ Vgl. BT-Drucks. 19/18110, S. 22.

¹² *Born NZG* 2020, 521, 522 f.; *Schluck-Amend NZI* 2020, 289, 290; *Schülke DStR* 2020, 929, 931.

¹³ BT-Drucks. 19/25352, S. 15.

¹⁴ *Hirte* in: Uhlenbruck, *InsO*, 15. Aufl. 2019, § 1 COVInsAG Rn. 24; *Hölzle/Schulenberg ZIP* 2020, 633, 638; *Tsambikakis/Gierok* in: Esser/Tsambikakis (Hrsg.), *Pandemiestrafrecht*, § 10 Rn. 10. Ein ausgearbeitetes Sanierungskonzept war indes nicht erforderlich, *Heinrich NZI* 2021, 71, 72.

¹⁵ *Bitter ZIP* 2020, 685, 689; *Born NZG* 2020, 521, 523; *Hölzle/Schulenberg ZIP* 633, 638; *Thole ZIP* 2020, 650, 653;.

¹⁶ *Tsambikakis/Gierok* in: Esser/Tsambikakis (Hrsg.), *Pandemiestrafrecht*, § 10 Rn. 10.

¹⁷ *Tsambikakis/Gierok* in: Esser/Tsambikakis (Hrsg.), *Pandemiestrafrecht*, § 10 Rn. 9.

¹⁸ *BGH NZI* 2006, 591, 592; *BGH NZI* 2006, 693; *Mock* in: Uhlenbruck, *InsO*, 15. Aufl. 2019, § 17 Rn. 28 m.w.N.

¹⁹ *Gehrlein DB* 2020, 713, 714; vgl. auch *Schülke DStR* 2020, 929, 932.

²⁰ Dies lässt sich auf den dritten Aussetzungszeitraum übertragen, sodass der dort maßgebliche Zeitpunkt für die Beseitigung der 31.01.2021 bzw. nach der sich aktuell abzeichnenden Verlängerung der 30.04.2021 wäre.

30.09.2020 wiederherzustellen vermögen.²¹ Hat der Gesetzgeber es für angemessen erachtet, die Antragspflicht erst im Oktober wiederaufleben zu lassen, so deutet dies darauf hin, dass er den Unternehmen solange die Gelegenheit eröffnen wollte, staatliche Hilfen in Anspruch zu nehmen oder Finanzierungs- bzw. Sanierungsvereinbarungen zu treffen. Anhaltspunkte für abweichende zeitliche Vorgaben, insbesondere eine kürzere Beseitigungsfrist, lassen sich weder dem Gesetzestext noch dessen Begründung entnehmen.

aa) Anforderungen an die Beseitigung

Darüber hinaus sind die Anforderungen, die an eine Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit zu stellen sind, unklar. Während teilweise davon ausgegangen wird, dass eine punktuelle, d.h. eine nur vorübergehende Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit genügen soll,²² fordern andere Stimmen eine nachhaltige Wiederherstellung.²³ Hiernach soll nicht von einer Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit ausgegangen werden können, wenn sich der Schuldner der Mittel entäußert, die er zur Begleichung seiner künftigen, alsbald fällig werdenden Verbindlichkeiten benötigt.²⁴ Für eine derartige Auslegung spräche zwar, dass mit der Suspendierung der Antragspflicht bzw. der gebilligten Fortführung zahlungsunfähiger Unternehmen erhebliche Belastungen des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs verbunden sind, die sich mit dem Ziel einer bloß vorübergehenden „Rettung“ von Unternehmen nur schwer rechtfertigen ließen. Allerdings lässt sich das Erfordernis einer nachhaltigen Beseitigung dem Gesetzeswortlaut nicht entnehmen.²⁵ Das Attribut der „bestehenden“ Zahlungsunfähigkeit offenbart vielmehr, dass eine punktuelle Beseitigung genügt und der anschließende zeitnahe Wiedereintritt der Zahlungsunfähigkeit irrelevant ist. Selbst wenn man aber eine nachhaltige Beseitigung fordern wollte, so wäre – im Vorgriff auf den folgenden Punkt – zu betonen, dass die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit der Nachhaltigkeit der Beseitigung keinesfalls überstrapaziert werden dürfen.

bb) Anforderungen an die Aussicht

Abschließend bedarf der unbestimmte Rechtsbegriff der Aussicht näherer Betrachtung. Hierbei ist insbesondere der Frage nachzugehen, wie wahrscheinlich die Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit sein muss, damit die Antragspflicht suspendiert ist. Als sicher darf noch gelten, dass es keiner überwiegenden Wahrscheinlichkeit der Beseitigung bedarf.²⁶ Andernfalls wäre zu erwarten gewesen, dass der Gesetzgeber dieses Erfordernis – wie in § 19 Abs. 2 S. 1 InsO – im Gesetzestext verankert hätte. Stattdessen deutet die gewählte Formulierung „keine Aussichten“ auf denkbar niedrige Anforderungen hin. In der Literatur finden sich diverse Annäherungsversuche an den Bedeutungsgehalt des Begriffs: Es müssten „objektivierbare“²⁷, „konkrete und zeitlich fixierbare“ Aussichten sein; es bedürfe einer „realistischen Chance“;²⁸ die erforderliche Aussicht bestehe nur dann nicht, wenn die „Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit gänzlich unwahrscheinlich“²⁹ oder „offensichtlich aussichtslos“³⁰ ist. Teilweise wird eine Wahrscheinlichkeit im Bereich von „20 bis 30 %“ verlangt,³¹ was indessen als noch zu hoch erscheint. Auch bei einem Unternehmen, dessen „Überlebenschancen“ – sofern sich diese überhaupt konkret beziffern lassen – bei nur etwa zehn Prozent liegen, wird man schlecht sagen können, dass gar keine Beseitigungsaussichten bestehen. Hier lässt sich daher nicht von einer bloßen guten Hoffnung oder völlig unrealistischen Erwartung an die Überwindung der Krise³² sprechen, die für eine Beseitigungsaussicht jedenfalls nicht genügen. Letztlich ist die Antragspflicht also überall dort ausgesetzt, wo die Aussicht auf die (punktuelle) Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit nicht auf abwegigen Szenarien fußt.

²¹ Bitter ZIP 2020, 685, 690; Heinrich NZI 2021, 71, 72; Hirte in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 1 COVInsAG Rn. 24; Römermann NJW 2020, 1108, 1109; ders. COVID-19-Abmilderungsgesetze, § 1 COVInsAG Rn. 49; Schülke DStR 2020, 929, 933; Thole ZIP 2020, 650, 653; Tresselt/Kienast COVuR 2020, 21, 23.

²² Römermann COVID-19-Abmilderungsgesetze, § 1 COVInsAG Rn. 41.

²³ Hölzle/Schulenberg ZIP 2020, 633, 638; Tresselt/Kienast COVuR 2020, 21, 23; vgl. auch Schülke DStR 2020, 929, 932 f.; Weiterführend Löser in: Schmidt (Hrsg.), COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2. Aufl. 2020, § 15 Rn. 44.

²⁴ So – freilich in anderem Zusammenhang – BGH NZI 2012, 963, 964.

²⁵ Römermann COVID-19-Abmilderungsgesetze, § 1 COVInsAG Rn. 41. Vgl. aber Hölzle/Schulenberg ZIP 2020, 633, 637 f.

²⁶ Löser in: Schmidt (Hrsg.), COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2. Aufl. 2020, § 15 Rn. 45 m.w.N.

²⁷ Heinrich NZI 2021, 71, 72.

²⁸ Tresselt/Kienast COVuR 2020, 21, 23.

²⁹ Römermann COVID-19-Abmilderungsgesetze, § 1 COVInsAG Rn. 46.

³⁰ Löser in: Schmidt (Hrsg.), COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2. Aufl. 2020, § 15 Rn. 45; Schäfer HRRS 2020, 216, 218; Schluck-Amend NZI 2020, 289, 291.

³¹ Borries in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 2 COVInsAG Rn. 14.

³² Borries in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 2 COVInsAG Rn. 14; Thole ZIP 2020, 650, 653.

Der praktische Umgang mit den Ausnahmetatbeständen des § 1 Abs. 1 S. 2 COVInsAG seitens der Strafverfolgungsbehörden und Gerichte bleibt abzuwarten. Angesichts der zahlreichen Unklarheiten und der Erkenntnis, dass sich bei den durch die Corona-Pandemie ausgelösten Unsicherheiten schwer Prognosen treffen lassen,³³ bleibt anzunehmen, dass die Anforderungen im Zuge der nachträglichen Aufarbeitung nicht überspannt werden dürfen.

c) Subjektiver Tatbestand

Die beiden Ausnahmetatbestände des § 1 Abs. 1 S. 2 COVInsAG wirken sich ebenfalls auf Ebene des subjektiven Tatbestands des § 15a Abs. 4 InsO aus, da dessen Verwirklichung nunmehr auch den Vorsatz hinsichtlich der Tatsachen erfordert, aufgrund derer die Insolvenzantragspflicht fortbesteht.³⁴ Die irrige Annahme des Schuldners, seine Insolvenzreife beruhe (auch) auf den Auswirkungen der Corona-Pandemie, kann zu einem vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB führen. Ging der Schuldner etwa fälschlich davon aus, dass seine Kunden seinem Geschäft aus Angst vor einer Ansteckung mit Corona fernblieben, dies aber tatsächlich auf die Unzufriedenheit der Kunden mit den angebotenen Produkten zurückzuführen war, so handelte der Schuldner ohne Vorsatz. In Betracht käme lediglich die Begehung einer fahrlässigen Insolvenzverschleppung gemäß § 15a Abs. 5 InsO. Gleichmaßen sind Tatbestandsirrtümer des Schuldners in Bezug auf die Beseitigungsaussicht denkbar.

Kein Tatbestandsirrtum, sondern ein Verbotsirrtum i.S.d. § 17 S. 1 StGB liegt vor, wenn sich der Schuldner in der Fehlvorstellung befand, die Antragspflicht sei ausnahmslos ausgesetzt worden.³⁵ Obgleich dieser fälschliche Eindruck teils auch in den Medien vermittelt wurde, handelt es sich um einen vermeidbaren Irrtum, da jedermann ohne großen Aufwand – bspw. mit einer simplen Google-Suchanfrage – die beiden Ausnahmen von der Aussetzung der Antragspflicht in Erfahrung bringen konnte.

d) Strafbarkeit bei Insolvenzreife vor dem 01.03.2020

Das COVInsAG setzte die Antragspflicht rückwirkend zum 01.03.2020 aus. Bei der Bewertung von Insolvenzen, die vor dem 01.03.2020 eingetreten waren, sind dem Grunde nach zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden.

Die erste Konstellation umfasst Fälle, in denen die Insolvenzreife zwar vor dem 01.03.2020 eingetreten, aber die Antragsfrist zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgelaufen war. Mangels Ablaufs der Antragsfrist zu dem Zeitpunkt, als die Antragspflicht suspendiert wurde, wurde die Antragspflicht trotz fehlendem Eröffnungsantrag nicht verletzt, sodass sich der Schuldner nicht wegen Insolvenzverschleppung strafbar gemacht hat.³⁶ Wegen der ausdrücklich angeordneten Rückwirkung des COVInsAG gilt dies ohne Rückgriff auf den *lex-mitior*-Grundsatz des § 2 Abs. 3 StGB.

In der zweiten Konstellation traten sowohl der Eintritt der Insolvenzreife als auch der Ablauf der Antragsfrist vor dem 01.03.2020 ein, sodass der Tatbestand der Insolvenzverschleppung bereits verwirklicht wurde. Durch das später in Kraft getretene COVInsAG und die damit verbundene Suspendierung der Antragspflicht könnte die Strafbarkeit allerdings nachträglich entfallen sein. Dies hängt davon ab, ob § 1 Abs. 1 COVInsAG als Bezugsnorm der Blanketttatbestände der § 15 Abs. 4 und Abs. 5 InsO³⁷ als milderes Gesetz i.S.d. § 2 Abs. 3 StGB zu klassifizieren ist. Teilweise wird Zeitgesetzen – wie § 1 Abs. 1 COVInsAG³⁸ – generell die Anerkennung als milderes Gesetz i.S.d. *lex-mitior*-Grundsatzes versagt. Dies wird maßgeblich mit dem Regelungsgehalt des § 2 Abs. 4 StGB begründet. Hieraus solle sich ergeben, dass der Anwendungsbereich für Straftaten, die vor oder nach der Geltung des Zeitgesetzes begangen wurden, verschlossen sei.³⁹ Bei näherer Betrachtung stellt man indessen fest, dass sich § 2 Abs. 4 StGB lediglich auf Taten bezieht, die während der Geltung des Zeitgesetzes begangen wurden.⁴⁰ Zur sich in der zweiten Fallkonstellation stellenden Frage, welches Recht auf Taten anzuwenden ist, die vor der Geltung des Zeitgesetzes begangen wurden, verhält sich § 2 Abs. 4 StGB hingegen nicht. Wertungsgesichts-

³³ BT-Drucks. 19/18110, S. 22.

³⁴ *Tsambikakis/Gierok* in: Esser/Tsambikakis (Hrsg.), *Pandemiestrafrecht*, § 10 Rn. 12.

³⁵ *Tsambikakis/Gierok* in: Esser/Tsambikakis (Hrsg.), *Pandemiestrafrecht*, § 10 Rn. 12.

³⁶ *Ruppert* COVuR 2020, 130, 132.

³⁷ Zum milderen Gesetz bei Blanketttatbeständen *Fischer*, StGB, § 2 Rn. 8 m.w.N.

³⁸ *Schäfer* HRRS 2020, 216, 219 f.

³⁹ *Fromm/Gierthmühlen* NZI 2009, 665, 668 m.w.N.

⁴⁰ *Schelzke* WiJ 2020, 104, 105.

punkte sprechen dafür, § 1 Abs. 1 COVInsAG – jedenfalls im Strafrecht⁴¹ – auch dann anzuwenden, wenn die Antragsfrist schon vor dem 01.03.2020 abgelaufen war: Die wirtschaftlichen Folgen der Corona-Pandemie bekamen deutsche Unternehmen teilweise bereits vor dem Inkrafttreten des COVInsAG deutlich zu spüren, sodass die Corona-Pandemie schon vor dem 01.03.2020 zu Insolvenzen führen konnte. Hiervon ging auch der Gesetzgeber bei Erlass des COVInsAG aus.⁴² Liegt dem COVInsAG aber das Ansinnen zugrunde, die Fortführung von Unternehmen zu ermöglichen und zu erleichtern, die infolge der Corona-Pandemie insolvent geworden sind oder wirtschaftliche Schwierigkeiten haben,⁴³ erschiene es nicht überzeugend, die Frage der Strafbarkeit bzw. -freiheit ausschließlich dem oftmals zufälligen Zeitpunkt des Eintritts der Insolvenzreife zu überlassen.⁴⁴ Allein ausschlaggebend sollte vielmehr sein, ob die Insolvenzreife (auch) durch die Corona-Pandemie verursacht wurde. Wendet man § 1 Abs. 1 COVInsAG hiernach grundsätzlich auch auf Fälle an, in denen die Antragsfrist vor dem 01.03.2020 abgelaufen war,⁴⁵ so kommt den Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands des § 1 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 COVInsAG maßgebliche Bedeutung zu: Je früher die Insolvenzreife eingetreten war, desto leichter dürfte Strafverfolgungsbehörden und Gerichten der Nachweis fallen, dass diese nicht durch die Folgen der Corona-Pandemie bedingt wurde.

2. Zweiter Aussetzungszeitraum: 01.10.2020 bis 31.12.2020

Der erste Aussetzungszeitraum wurde nicht – wie ursprünglich in § 4 COVInsAG a.F. vorgesehen – uneingeschränkt, sondern durch die Einfügung des § 1 Abs. 2 COVInsAG⁴⁶ nur für überschuldete Unternehmen bis zum 31.12.2020 verlängert. Für diese änderte sich die Rechtslage daher nach dem 30.09.2020 (zunächst) nicht. Für zahlungsunfähige Unternehmen hingegen lebte die Antragspflicht ab dem 01.10.2020 wieder auf.⁴⁷ Umstritten ist dabei, ob mit der Wiedereinsetzung der Antragspflicht die dreiwöchige Höchstfrist des § 15a Abs. 1 InsO analog § 249 ZPO erneut zu laufen begann.⁴⁸ Dies ist zweifelhaft, da § 1 Abs. 1 COVInsAG die Antragsfrist nicht hemmt, sondern lediglich die Antragspflicht ausgesetzt hat. Trat die Zahlungsunfähigkeit bspw. am 01.07.2020 ein, so folgt hieraus, dass die dreiwöchige Höchstfrist spätestens am 22.07.2020 abgelaufen und der Insolvenzantrag daher zeitgleich mit der Wiedereinsetzung der Antragspflicht am 01.10.2020 zu stellen gewesen wäre. Überwiegend wird indessen die entsprechende Anwendung des § 249 ZPO befürwortet,⁴⁹ wobei sich die Antragsfrist allerdings in den meisten Fällen im Hinblick auf die bis dahin bereits erfolglos unternommenen Sanierungsbemühungen auf „unverzüglich“ reduzieren dürfte⁵⁰: Waren die Bemühungen bis zum 30.09.2020 nicht von Erfolg gekrönt, dürfte die Sanierung auch in den folgenden drei Wochen meist nicht durchführbar gewesen sein.⁵¹ Damit wirken sich die unterschiedlichen Ansichten jedenfalls im Ergebnis zumeist nicht aus.

3. Dritter Aussetzungszeitraum: 01.01.2021 bis 31.01.2021

Während des dritten Aussetzungszeitraums – der voraussichtlich bis zum 30.04.2021 verlängert werden wird – sind nunmehr wieder sowohl überschuldete als auch zahlungsunfähige Unternehmen von der Antragspflicht befreit.⁵² Allerdings knüpft § 1 Abs. 3 COVInsAG⁵³, der auf § 1 Abs. 1 COVInsAG Bezug nimmt, die Suspendierung an weitergehende Voraussetzungen. So

⁴¹ Die zivilrechtliche Haftung für einen unterlassenen, verspäteten oder unrichtigen Insolvenzantrag bleibt unberührt.

⁴² Vgl. hierzu Löser in: Schmidt (Hrsg.), COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2. Aufl. 2020, § 15 Rn. 65.

⁴³ BT-Drucks. 19/18110, S. 3.

⁴⁴ Vgl. auch Schäfer HRRS 2020, 216, 220.

⁴⁵ So auch Altenburg/Kremer Newsdienst Compliance 2020, 210002; Brand BB 2020, 909, 912; Schäfer HRRS 2020, 216, 220; Schelzke WiJ 2020, 104, 105; a.A. Klose NZWiSt 2020, 333, 335; Rau in: Schmidt (Hrsg.), COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 1. Aufl. 2020, § 18 Rn. 60.

⁴⁶ Eingefügt durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetzes vom 25.09.2020, BGBl. I 2020, 2016.

⁴⁷ Für die Geschäftsleiter von zahlungsunfähigen Unternehmen, die zwischen dem 01.11.2020 und 31.12.2020 einen Antrag i.S.d. § 1 Abs. 3 COVInsAG gestellt hatten bzw. bei Unmöglichkeit der Antragstellung zum Kreis der Antragsberechtigten gehörten, gilt § 1 Abs. 3 COVInsAG aufgrund des lex-mitior-Grundsatzes.

⁴⁸ Dagegen Bitter GmbH 2020, 797, 803; Born NZG 2020, 521, 522; Löser in: Schmidt (Hrsg.), COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2. Aufl. 2020, § 15 Rn. 73; Schülke DStR 2020, 929, 933.

⁴⁹ Born NZG 2020, 521, 522; Heinrich NZI 2021, 71, 73; Hölzle/Schulenberg ZIP 2020, 633, 638; Schülke DStR 2020, 929, 933; Tsambikakis/Gierok in: Esser/Tsambikakis (Hrsg.), Pandemiestrafrecht, § 10 Rn. 4. Die analoge Anwendung hatte der Gesetzgeber bei vorausgegangenen Aussetzungen der Antragspflicht explizit vorgesehen, BT-Drucks. 17/14078, S. 9.

⁵⁰ Born NZG 2020, 521, 522; vgl. auch Schülke DStR 2020, 929, 933.

⁵¹ Schülke DStR 2020, 929, 933.

⁵² Anders Jahn NZI 2021, 75.

⁵³ Eingefügt durch Art. 10 des Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (SanInsFoG) vom 22.12.2020, BGBl. I 2020, 3256.

muss der Schuldner im Zeitraum vom 01.11.2020 bis zum 31.12.2020 einen Antrag auf die Gewährung finanzieller Hilfeleistungen im Rahmen staatlicher Hilfsprogramme zur Abmilderung der Folgen der Corona-Pandemie gestellt haben. Hintergrund der weiteren Verlängerung der Antragsaussetzung waren die Schwierigkeiten bei der Bearbeitung der Anträge auf die sogenannten November- und Dezemberhilfen⁵⁴ und die hierdurch verzögerten Auszahlungen der Hilfen. Ihrem Wortlaut nach ist die Begünstigungsregelung indes nicht auf die Novemberhilfen oder Dezemberhilfen beschränkt, sondern sie bezieht sich auf die Beantragung aller staatlichen Hilfsprogramme zwischen November und Dezember 2020.⁵⁵ Denjenigen Schuldnern, die einen Antrag gestellt haben, stehen nach Satz 2 solche Schuldner gleich, die zwar nach den Bedingungen des staatlichen Hilfsprogramms in den Kreis der Antragsberechtigten fallen, denen aber eine Antragstellung aus rechtlichen oder tatsächlichen, insbesondere technischen⁵⁶ Gründen innerhalb des Zeitraums nicht möglich war.

Gemäß § 1 Abs. 3 S. 3 COVInsAG ist die Insolvenzantragspflicht jedoch nicht ausgesetzt, wenn offensichtlich, also ohne jeden vernünftigen Zweifel,⁵⁷ keine Aussicht auf Erlangung der Hilfeleistung besteht oder die erlangbare Hilfeleistung für die Beseitigung der Insolvenzreife unzureichend ist. Der Antragsteller muss seine Anspruchsberechtigung demnach sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach prüfen und das Ergebnis in seine Prognosen miteinbeziehen. Anders als bei § 1 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 COVInsAG reicht es dabei nicht, wenn lediglich die Zahlungsunfähigkeit beseitigt werden kann. Vielmehr muss die Insolvenzreife insgesamt und damit auch eine etwaig eingetretene Überschuldung beseitigt werden.

Hat der gestellte Antrag auf staatliche Hilfe offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg, besteht die Insolvenzantragspflicht infolge des § 1 Abs. 3 S. 3 Alt. 1 COVInsAG auch dann fort, wenn der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit innerhalb des dritten Aussetzungszeitraums durch den Zufluss anderer Finanzmittel beseitigen könnte.⁵⁸ Hat der gestellte Antrag indessen Aussicht auf Erfolg bzw. zählt das Unternehmen i.S.d. § 1 Abs. 3 S. 2 COVInsAG zu den Antragsberechtigten, so ist nicht erforderlich, dass die Insolvenzreife ausschließlich mittels der erlangbaren Hilfeleistung beseitigt werden kann. Es genügt ebenso, wenn die Insolvenzreife aufgrund einer Kumulation der Hilfeleistung und der dem Schuldner im Übrigen zufließenden liquiden Finanzmittel überwunden werden kann.⁵⁹

Darüber hinaus bleiben – wie schon bei der Auslegung des Ausnahmetatbestands des § 1 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 COVInsAG – zahlreiche Fragen offen, die im Rahmen der erwarteten Welle an Strafverfahren im Zusammenhang mit den lediglich aufgeschobenen Insolvenzen noch zu klären sein werden.

4. Zwischenfazit

Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht hat die Risiken für Geschäftsleiter, sich wegen Insolvenzverschleppung strafbar zu machen, weitgehend reduziert. Im ersten Aussetzungszeitraum dürfte der Tatnachweis den Strafverfolgungsbehörden dabei besonders schwerfallen. Leiten sie dennoch Ermittlungsverfahren ein, bieten die diversen Unklarheiten, die den Aussetzungstatbeständen des § 1 COVInsAG anhaften, zusätzliche und vielversprechende Verteidigungsansätze, sodass nur mit einer geringen Zahl an Verurteilungen wegen Insolvenzverschleppung zu rechnen ist.

III. Strafbarkeit wegen Eingehungsbetrugs

Nicht nur im Rahmen der Insolvenzverschleppung, sondern auch für den Eingehungsbetrug spielt die Zahlungsfähigkeit eine Rolle. Die Aussetzung der Antragspflicht führt dabei zu einem Dilemma. Denn die Phase, in der die Möglichkeit besteht, in Kenntnis der Krise Verträge abzuschließen, wird ausgedehnt.⁶⁰ In Zeiten behördlicher Schließungen stellt sich für zahlreiche Unternehmen daher die Frage, ob sie sich anlässlich neuer Warenbestellungen einem Strafbar-

⁵⁴ Jahn NZI 2021, 75. Ebenso Heinrich NZI 2021, 71, 74.

⁵⁵ BT-Drucks. 19/25353, S. 15.

⁵⁶ BT-Drucks. 19/25353, S. 15. Hierzu weitergehend Jahn NZI 2021, 75, 76.

⁵⁷ Heinrich NZI 2021, 71, 75.

⁵⁸ Dem kommt insbesondere für den absehbaren Fall der Verlängerung des Aussetzungszeitraums Relevanz zu.

⁵⁹ Heinrich NZI 2021, 71, 75.

⁶⁰ Altenburg/Kremer Newsdienst Compliance 2020, 210002; Ruppert COVuR 3/2020, 131, 134.

keitsrisiko wegen Eingehungsbetrugs aussetzen. Dies ist – entgegen des sich aus den ersten Literaturstimmen herauskristallisierenden Tenors⁶¹ – zu verneinen.

1. Täuschung über die Zahlungsfähigkeit

Bekanntermaßen enthält die Eingehung einer vertraglichen Verpflichtung im Allgemeinen die stillschweigende Erklärung des Schuldners, zur Vertragserfüllung willens und nach seiner Vorstellung bei Fälligkeit auch in der Lage zu sein.⁶² Hierbei täuscht der Schuldner über die eigene Leistungsfähigkeit grundsätzlich bereits dann, wenn er ernstlich zweifelt, die eingegangene Verpflichtung zum vereinbarten Zeitpunkt erfüllen zu können.⁶³ Als täuschungsrelevante Grundlage solcher Zweifel soll dabei die eigene gegenwärtige Einschätzung der Liquiditätentwicklung des Unternehmens gelten.⁶⁴ Die bloße Hoffnung auf zukünftige Zahlungsfähigkeit genügt wohl nicht.⁶⁵

Dies gilt jedoch nur im Regelfall. Als empfangsbedürftige Willenserklärung bemisst sich auch die Täuschung nach dem jeweiligen Empfängerhorizont.⁶⁶ Daher kommt es darauf an, welchen Erklärungswert die Verkehrsanschauung dem jeweiligen Verhalten beimisst.⁶⁷

a) Verkehrsanschauung „Krisengebeutelte Unternehmen sind nicht zahlungsfähig“

Es ließe sich die Frage aufwerfen, ob derzeit überhaupt noch eine Verkehrsanschauung unterstellt werden kann, welche ohne Weiteres von der Zahlungsfähigkeit des gewerblichen Gegenübers ausgeht. Dies erscheint angesichts vielfältiger Berichterstattung über unternehmerische Umsatzeinbrüche, insbesondere im Gastronomie- und Einzelhandelssektor keineswegs selbstverständlich. Anders als zu Normalzeiten hat das Erreichen der Insolvenzreife derzeit im Regelfall nicht mehr die Antragspflicht zur Folge, sodass zahlungsunfähige Unternehmen vorerst am Markt verbleiben können. Wegen der vorübergehenden Suspendierung der Insolvenzantragspflicht wäre deshalb daran zu denken, dass die Marktteilnehmer nicht zwangsläufig die Erwartungshaltung haben, mit einem liquiden Unternehmen zu kontrahieren.⁶⁸ Eine Erklärung könnte lauten, dass sie sich angesichts der Krise mit der vorhandenen Zahlungsunfähigkeit ihres Geschäftspartners abfinden.

Dass eine entsprechende Verkehrsanschauung nicht zwangsläufige Grundlage eines jeden Vertragsschlusses ist, ist kein neuer Gedanke. Entsprechendes wird etwa im Rahmen von ständigen Geschäftsbeziehungen thematisiert. Dort kann der übliche – stillschweigende – Erklärungsinhalt, mit anderen Worten die Überzeugung von der Zahlungsfähigkeit, etwa bei Zahlungsverzug aus früheren Geschäften entfallen.⁶⁹ Denn wer ungeachtet offen stehender Rechnungen weitere Warenbestellungen annimmt, geht möglicherweise nicht von der Leistungsfähigkeit seines Vertragspartners aus.

Eine Übertragung dieser Argumentation auf die vorliegende Konstellation greift jedoch zu kurz. Gerade in Krisenzeiten besteht für die Lieferanten ein gesteigertes Interesse an der Liquidität der Besteller.⁷⁰ Die Unterstellung, sie leisteten einzig aus anderweitigen Gründen wie etwa der Loyalität gegenüber einem langjährigen Geschäftspartner, erscheint realitätsfern. Dies träfe zudem nur auf einen Teil der Vertragsbeziehungen zu. Eine solche Auslegung führte zudem zu einer weitestgehenden Entwertung des zivilrechtlichen Grundsatzes *pacta sunt servanda* für Geschäfte in der Krise.⁷¹

⁶¹ Etwa *Altenburg/Kremer* Newsdienst Compliance 2020, 210002; *Klose* NZWiSt 2020, 16, 19 und 333, 338; *Ruppert* COVuR 3/2020, 131, 134.

⁶² BGHSt 15, 24; BGH wistra 1982, 66 f.; StV 1991, 419; wistra 1992, 145, 146.

⁶³ BGH wistra 1984, 223, 224.

⁶⁴ *Kindhäuser* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen StGB, 5. Auflage 2017, § 263 Rn. 125; *Schülke* DStR 2020, 929, 935.

⁶⁵ BGH JZ 1952, 282; GA 1965, 208; *Kindhäuser* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen StGB, § 263 Rn. 125.

⁶⁶ BGHSt 51, 165, 170; BGH NSTZ 2009, 506, 507.

⁶⁷ BGHSt 47, 1, 3; 48, 331, 334; 51, 165, 180.

⁶⁸ Im Erg. so auch *Schülke* DStR 2020, 929, 935.

⁶⁹ *Hebenstreit* in: Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Auflage 2015, § 48 Rn. 6b.

⁷⁰ *Tsamrikakis/Gierok* in: Esser/Tsamrikakis (Hrsg.), Pandemiestrafrecht, § 10 Rn. 28; *Ruppert* COVuR 3/2020, 131, 134.

⁷¹ *Ruppert* COVuR 3/2020, 131, 134.

b) Verkehrsanschauung „Krisengebeutelte Unternehmen werden zahlungsfähig sein“

Die oben genannte Auffassung übersieht die gesetzgeberische Wertung des § 1 Abs. 1 S. 3 COVInsAG. Danach wird bei allen Unternehmen, die bis zum 31. Dezember 2020 zahlungsfähig waren, vermutet, dass „Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen“. Ausgangspunkt dieser Vermutung ist die bereits seit den Anfängen der Krise gewährte, finanzkräftige Unterstützung pandemiebedingt ins Straucheln geratener Unternehmen. Bundesfinanz- und Bundeswirtschaftsministerium stellten Unternehmen im März ein Maßnahmenpaket in Aussicht, welches bis dato Garantien in Höhe von über 800 Milliarden Euro umfasst.⁷² Die damit verbundene Botschaft lautete: Eventuelle Liquiditätsengpässe würden lediglich vorübergehend sein; die Regierung sicherte der Wirtschaft zu, sie durch staatliche Unterstützungsleistungen aufzufangen. Nicht zuletzt angesichts hoch volatiler Aktienmärkte im Frühjahr und der Erfahrungen aus früheren Wirtschaftskrisen war hiermit das Ziel verbunden, das Vertrauen in die Stabilität der Märkte zu erhalten.

Im Lichte der gesetzgeberischen Vermutung ist davon auszugehen, dass die Marktteilnehmer in die staatlichen Finanzhilfen vertrauten bzw. vertrauen. Mit Blick auf die umfassenden Unterstützungsmaßnahmen dürften sie Geschäfte daher im Verlass darauf eingegangen sein, dass ihre Vertragspartner zum Fälligkeitszeitpunkt über die erforderliche Liquidität verfügen würden. Nur so lässt sich erklären, warum Lieferanten auch während der Krisenphase weiterhin Warenbestellungen jener gewerblichen Kunden entgegengenommen haben, die erkennbar unter behördlichen Maßnahmen litten.

Mit Blick auf § 1 COVInsAG dürfte das Vorliegen einer Täuschungshandlung daher in der Regel ausscheiden.⁷³

2. Kausalität der Täuschung bzw. des Irrtums

Die Rechtsprechung verortet die Problematik im Bereich der Kausalität. Danach kann der Umstand, dass ein Unternehmer ungeachtet offen stehender Rechnungen weitere Warenlieferungen ausführt, jedenfalls den Beruhenszusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum bzw. Vermögensverfügung entfallen lassen.⁷⁴ War den Firmen die schlechte Vermögenslage des Vertragspartners bekannt und haben sie gleichwohl geleistet, so ist für einen durch Täuschung hervorgerufenen Irrtum ihrerseits sowie eine dadurch bedingte Vermögensgefährdung kein Raum.⁷⁵

Auch nach dieser Lösung entfällt die Strafbarkeit wegen Eingehungsbetruges. Die geschilderte Konstellation ist vergleichbar mit der vorliegenden Situation einer für jedermann „offenkundigen Krisenlage“ der von behördlichen Schließungen betroffenen Unternehmen. Auch wenn man an dem Grundsatz der schlüssigen Miterklärung von Leistungswilligkeit und -fähigkeit festhalten möchte, so mangelt es an der Kausalität der Täuschung bzw. des Irrtums. Denn auch hier ist das Vertrauen des Marktes in die Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit angesichts der zugesicherten Finanzhilfen zu berücksichtigen. Der Entschluss des Geschäftspartners zur Eingehung einer Vertragsbeziehung wird – entsprechend der bereits ins Feld geführten Argumente – somit gerade nicht durch den (Irr)Glauben an die gegenwärtige Zahlungsfähigkeit des Gegenübers bedingt. Angesichts des in § 1 Abs. 1 S. 3 COVInsAG zum Ausdruck kommenden legislatorischen Vertrauensvorschlusses muss konsequenterweise davon ausgegangen werden, dass auch der Rechtsverkehr den Unternehmensleitungen dasselbe Vertrauen entgegenbringt. Insofern gilt das bereits unter 1. Gesagte.

3. Kein Vorsatz bezüglich Leistungsunfähigkeit zum Fälligkeitszeitpunkt

Selbst wenn man entgegen der hier vertretenen Auffassung die Erfüllung des objektiven Tatbestandes bejahte, dürfte eine Strafbarkeit wegen Eingehungsbetrugs dennoch in aller Regel ausscheiden. Denn in subjektiver Hinsicht setzt diese den Willen zur Tatbestandsverwirklichung voraus. Der Unternehmer müsste es mithin zum Zeitpunkt des Vertragschlusses jedenfalls billi-

⁷² Unter anderem gewährte der Bund ab März sog. Corona-Soforthilfen, hieran schlossen sich die Überbrückungshilfen I-III sowie die sog. November- und Dezemberhilfen an. Zudem setzte die Bundesregierung verschiedene Kreditprogramme für Unternehmen auf.

⁷³ Im Erg. so auch *Schülke* DStR 2020, 929, 935.

⁷⁴ BGH *wistra* 1992, 145, 146; BGH *NStZ* 1993, 440; *wistra* 1996, 262, 263 f.; 2005, 376, 377.

⁷⁵ BGH *wistra* 1992, 145, 146.

gend in Kauf genommen haben, dass er auch zum Fälligkeitszeitpunkt noch leistungsunfähig sein würde.

Ob eine solche billigende Inkaufnahme konstatiert werden kann, hängt maßgeblich von der Vorstellung des Unternehmers ab. Diese dürfte wesentlich geprägt worden sein durch die bereits geschilderte politische Zusage umfassender finanzieller Unterstützungsleistungen für die Wirtschaft. Unternehmen durften angesichts der in Aussicht gestellten Hilfspakete davon ausgehen, ihre Umsatzeinbrüche ausgleichen und die eingegangenen Verbindlichkeiten so bei Fälligkeit begleichen zu können.⁷⁶ Wer auf zukünftige Zahlungen vertraut, dem kann nicht unterstellt werden, er habe erkannt und billigend in Kauf genommen, zum Fälligkeitszeitpunkt nicht zahlen zu können. Folglich fehlt es am Täuschungsvorsatz.⁷⁷

Für eine solche Auslegung streitet die gesetzgeberische Wertung des COVInsAG. Mit der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht hat der Gesetzgeber seine Einschätzung zum Ausdruck gebracht, dass die überwiegende Zahl der Unternehmen die Krise unbeschadet überwinden wird.⁷⁸ Vor diesem Hintergrund durften und dürfen die Geschäftsleitungen unterstellen, dass von ihnen beantragte Fördermittel zur Deckung pandemiebedingter Zahlungsausfälle auch gewährt werden.⁷⁹ Die irrige Annahme des Schuldners, hinsichtlich der Gewährung etwaiger KfW-Kredite oder anderer Finanzhilfen anspruchsberechtigt zu sein, kann hierbei zu einem vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB führen. In diesem Fall ginge er irrtümlich davon aus, seine Zahlungsunfähigkeit bis zum Fälligkeitszeitpunkt beseitigen zu können. Abweichendes mag allenfalls dann gelten, wenn der Unternehmer schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses erkennen konnte, dass er mangels Anspruchsberechtigung nicht in den Genuss finanzieller Unterstützung kommen würde.⁸⁰

Nicht zuletzt wird eine solche Auslegung der wirtschaftlichen Zielrichtung der Maßnahmen gerecht. Diese dienen im Wesentlichen dem Zweck, die Weiterführung der von behördlichen Schließungen betroffenen Betrieben zu gewährleisten. Hierzu sind und waren jene darauf angewiesen, sich für die Zeit nach dem Lockdown mit den erforderlichen Waren einzudecken. Dass es dem legislatorischen Ziel entspricht, die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes zu gewährleisten, kommt auch in § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 COVInsAG zum Ausdruck. Danach gelten für die unter § 1 COVInsAG fallenden Unternehmen Zahlungen, die der Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes dienen, als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters⁸¹ auch dann vereinbar, wenn Insolvenzreife bereits besteht.

4. Zwischenfazit

Zwar wurde die Anwendbarkeit des klassischen Betrugstatbestandes nicht durch das COVInsAG suspendiert. Jedoch dürfte das Strafbarkeitsrisiko wegen Eingehungsbetrugs bei pandemiebedingter Zahlungsunfähigkeit gering sein. Es dürfte bereits an einer Täuschungshandlung bzw. der Kausalität, jedenfalls aber am erforderlichen Täuschungsvorsatz fehlen. Dies gilt jedenfalls für Geschäftsleiter all solcher Unternehmen, die davon ausgehen durften, hinsichtlich der staatlichen Unterstützungsleistungen anspruchsberechtigt zu sein.

IV. Zusammenfassung

Obleich das COVInsAG seiner Veranlagung nach kein Strafgesetz ist, strahlt es in vielerlei Hinsicht auf die Straftatbestände aus, die klassischerweise im Zusammenhang mit Insolvenzen eine Rolle spielen. Die Bedeutung des § 1 COVInsAG für den Tatbestand der Insolvenzverschleppung liegt auf der Hand: Dieser knüpft an den Bestand der Insolvenzantragspflicht an und wird deswegen von der Suspendierung derselben unmittelbar berührt. Hingegen sind die Konsequenzen des COVInsAG für die typischen Begleitdelikte, wie etwa den Eingehungsbetrug, weniger offensichtlich. Die nähere Betrachtung zeigt jedoch, dass sich die Parameter des Wirtschaftsver-

⁷⁶ Brand BB 2020, 909, 913; Schülke DStR 2020, 929, 935.

⁷⁷ So auch Brand BB 2020, 909, 913; Tsambikakis/Gierok in: Esser/Tsambikakis (Hrsg.), Pandemiestrafrecht, § 10 Rn. 30; Dannecker in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Auflage, 2017, § 263 Rn. 34 lässt die Strafbarkeit hingegen schon an der konkludenten Täuschung ausscheiden; abw. Klose NZWiSt 2020, 333, 338.

⁷⁸ Schelzke WiJ 04/2020, 104, 106.

⁷⁹ Hölzle/Schulenberg ZIP 2020, 633, 638.

⁸⁰ Unabhängig davon kann es unter betrugsstrafrechtlichen Gesichtspunkten relevant sein, wenn Unternehmen Kredite beantragen, deren Rückzahlung von vornherein aussichtslos ist, vgl. hierzu Flöther, FAZ v. 28. März 2020.

⁸¹ Die entsprechenden Pflichten sind seit dem 1. Januar 2021 im Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (StaRUG), eingeführt durch das Gesetz zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts vom 22. Dezember 2020, BGBl 2020 I S. 3256 ff., geregelt.

kehrt durch die Wirkungen und Wertungen des COVInsAG im Verbund mit den staatlichen Hilfspaketen – vorübergehend – gewandelt haben und hierdurch Sachverhalte, die für gewöhnlich eine Strafbarkeit nach sich gezogen hätten, in der Pandemie oftmals strafflos bleiben. Dies gilt nicht nur für den hier ausführlicher erörterten Eingehungsbetrug, sondern auch für Tatbestände wie § 266 StGB, § 266a StGB oder §§ 283 ff. StGB.⁸²

⁸² Vgl. zu diesen etwa Schelzke WiJ 2020, 104, 106 f.; Tsambikakis/Gierok in: Esser/Tsambikakis (Hrsg.), Pandemiestrafrecht, § 10 Rn. 14 ff.

Wettbewerbsrecht

Rechtsanwältin Antje Klötzer-Assion, Frankfurt a.M.

Auf der Zielgeraden? Zum Referentenentwurf der Verordnung über den Betrieb des Registers zum Schutz des Wettbewerbs um öffentliche Aufträge und Konzessionen (WRegVO-E)

I. Einführung

Den Entwurf eines Gesetzes zur Einrichtung und zum Betrieb eines Registers zum Schutz des Wettbewerbs um öffentliche Aufträge und Konzessionen (Wettbewerbsregistergesetz - WRegG)¹ hat die Verfasserin in der Ausgabe dieses Journals, WiJ 2/2017, 43, mit dem Beitrag „Haben Sie das schon registriert?!“ vorgestellt.² Seitdem tat sich wenig...

II. Aktuellste Gesetzesänderung

Das im Juli 2017 ausgefertigte Gesetz wurde zuletzt mit dem Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und andere Bestimmungen (GWB-Digitalisierung 26) vom 18.01.2021 geändert.³ Diese Anpassung erfolgt in Umsetzung der RL (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden⁴ und der Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union.⁵

Auswirkungen ergeben sich vor allem in Bezug auf die Prüfung der unten nochmals dargestellten Ausschlussgründe auch in Bezug auf „Unternehmen, deren Kapazitäten der Bieter in Bezug auf die geforderte wirtschaftliche und finanzielle sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit in Anspruch nehmen möchte“ (Eignungsleihe, § 47 Abs. 2 Satz 1 VgV, § 47 Abs. 2 Satz 1 SektVO, § 6d EU Abs. 1 Satz 4 VOB/A). Entsprechendes gilt für Nachunternehmer (§ 36 Abs. 5 Satz 1 VgV, § 34 Abs. 5 Satz 1 SektVO). Teilweise ist ein Bieter auch verpflichtet, ein Unternehmen, auf das er sich im Rahmen der Eignungsleihe beruft, bei Vorliegen zwingender bzw. fakultativer Ausschlussgründe auszutauschen (§ 47 Abs. 2 Satz 3 – 5 VgV, § 47 Abs. 2 Satz 2 - 4 SektVO, § 6e EU VOB/A Abs. 1 Satz 5, 6 VOB/A).

§ 6 Abs. 1 WRegG regelt bisher nur eine Abfragepflicht für den Bieter, der den Auftrag erhalten soll. Zwar dürfte davon auszugehen sein, dass damit auch Unternehmen im Fall der Eignungsleihe und Nachunternehmer erfasst sind. Es wird jedoch angeregt, § 6 Abs. 1 WRegG zur Klarstellung um Unternehmen im Falle der Eignungsleihe und Nachunternehmer zu erweitern.

¹ BGBl. I S. 2739.

² Abrufbar unter: www.wi-j.com.

³ Art. 10 G v. 18.1.2021 I 2, BGBl. I S. 2.

⁴ ABl. L 11 v. 14.1.2019, S. 3.

⁵ ABl. L 349 v. 5.12.2004, S. 1.