



## Vorwort

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser,

Krisen und Insolvenzen von Unternehmen sind leider Alltag im Ablauf einer funktionierenden Marktwirtschaft. Dabei sind weder große, renommierte Unternehmen – man denke nur an einen großen Drogeriemarktbetreiber – noch kleine, familiengeführte Unternehmen davor gefeit.

Der Unternehmer, der eine Schiefelage seines Unternehmens rechtzeitig erkennt, wird gegebenenfalls einen Krisenberater engagieren, um sein kriselndes Unternehmen retten zu können. Soweit eine solche Rettung, aus welchen Gründen auch immer, misslingt, tritt der Insolvenzverwalter auf den Plan. In allen diesen Stadien, von der Krise bis zur Insolvenz, drohen sowohl dem Unternehmer bzw. der Geschäftsführung des Unternehmens, als auch dem Krisenberater und dem Insolvenzverwalter enorme strafrechtliche Risiken. Mitunter setzen sich die Beteiligten ohne es zu wissen strafrechtlichen Konsequenzen aus. Dies ist nur allzu verständlich, da der Fokus in diesen Situationen vor allem beim Unternehmen darin liegt, dass Unternehmen zu retten. Die strafrechtlichen Fallstricke sind dabei oft nicht bekannt oder werden viel zu spät wahrgenommen.

Diese Broschüre soll praktische Hinweise zur Erkennung oder besser noch Vermeidung strafrechtlicher Risiken in Krise und Insolvenz liefern. Sollten Sie sich bereits in einem Strafverfahren befinden oder ein solches Strafverfahren gegen Sie befürchten, so stehen wir gerne für eine persönliche Beratung zur Verfügung.

**Alexander Littich und  
Dr. Janika Sievert**

Die Ausführungen in dieser Lektüre basieren auf einem Vortrag der von den Verfassern anlässlich des 1. Ostbayerischen Insolvenzrechtstages in Landshut gehalten wurde. Die Verfasser danken Herrn Rechtsanwalt und Insolvenzverwalter Matthias Dieckmann für die hervorragende Organisation und die Einladung.

### Über Ecovis

Das Beratungsunternehmen Ecovis unterstützt mittelständische Unternehmen. In Deutschland zählt es zu den Top 10 der Branche. Etwa 6.500 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter arbeiten in den mehr als 100 deutschen Büros sowie weltweit in Partnerkanzleien in über 70 Ländern. Ecovis betreut und berät Familienunternehmen, inhabergeführte Betriebe sowie Freiberufler und Privatpersonen. Um das wirtschaftliche Handeln seiner Mandanten nachhaltig zu sichern und zu fördern, bündelt Ecovis die nationale und internationale Fach- und Branchenexpertise aller Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte und Unternehmensberater. Jede Ecovis-Kanzlei kann auf diesen Wissenspool zurückgreifen.

Darüber hinaus steht die Ecovis Akademie für fundierte Ausbildung sowie für kontinuierliche und aktuelle Weiterbildung. All dies gewährleistet, dass die Beraterinnen und Berater ihre Mandanten vor Ort persönlich gut beraten.

[www.ecovis.com](http://www.ecovis.com)

Bildnachweis: Titel: © andyller/stock.adobe.com, Seite 4: Ecovis-Archivbilder, Seite 6: © vchalup/stock.adobe.com

Die Broschüre "Strafbarkeit von Beratern und Insolvenzverwaltern" ist sorgfältig recherchiert. Da sich die Gesetzeslage ständig ändert, übernehmen wir keine Haftung. Die Broschüre erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

Stand: Mai 2019.

# I. Strafbarkeit von Beratern und Insolvenzverwaltern

Krisenberater und Insolvenzverwalter, aber auch der Steuerberater eines sich in der Krise befindlichen Unternehmens setzen sich häufig strafrechtlichen Risiken aus, ohne sich dessen bewusst zu sein. Die Ermittlungsbehörden, die sich ansonsten eher auf die Geschäftsführung des Unternehmens oder den Inhaber konzentriert haben, scheuen heutzutage immer weniger vor Ermittlungsverfahren auch gegen die Berater und Insolvenzverwalter zurück.

Die Konsequenzen eines solchen Verfahrens können schwerwiegend sein. So droht im Falle einer Verurteilung allen Berufsgruppen gleichermaßen ein Berufsverbot. Dem Insolvenzverwalter droht z. B. aber auch zusätzlich die Kürzung oder vollständige Streichung seiner Insolvenzverwaltervergütung (vgl. zuletzt etwa BGH, 22.11.2018, IX ZB 14/18).

Steuerberater, Krisenberater und Insolvenzverwalter können sich im Rahmen ihrer Tätigkeit einer Vielzahl von strafrechtlichen Risiken aussetzen. Bislang hat sich aber kein eigenes Beraterstrafrecht herausgebildet, wie es sich z. B. im Arztstrafrecht entwickelt hat. Es ist jedoch natürlich eine eigene Strafbarkeit des Beraters oder Insolvenzverwalters möglich oder auch eine Bestrafung als Teilnehmer in Form von Anstiftung oder Beihilfe zu Delikten, die Seitens des Unternehmers oder der Geschäftsführung verwirklicht werden. Ein Insolvenzverwalter muss dabei immer beachten, dass seine amtsähnliche Tätigkeit strafschärfend wirken kann.



In der folgenden Kurzdarstellung werden die Berufsgruppen soweit als möglich gemeinsam hinsichtlich der strafrechtlichen Gefahren ihrer Tätigkeit behandelt. Da jedoch der Krisenberater als vorrangiges Ziel die Rettung des Unternehmens verfolgt und damit – so ist es zumindest zu erwarten – nur im Interesse des Unternehmens handelt, der Insolvenzverwalter hingegen aus einer staatlichen Legitimation heraus eine möglichst weitgehende Befriedigung aller Gläubiger erreichen sollte, werden die Berufsgruppen in den wichtigen Punkten getrennt abgehandelt.

## Anstiftung

Als Anstifter (§ 26 StGB) wird gleich einem Täter bestraft, wenn er vorsätzlich einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat bestimmt hat. Gerade ein Berater kann sich durch seine Tätigkeit leicht einer Anstiftung schuldig machen, da es ja gerade seine Aufgabe ist dem Unternehmen Wege aus der Krise aufzuzeigen. Dabei ist der Grad zwischen dem legalen Beraten und einer Anstiftung zu einer Straftat leider oft sehr schmal. Vielfach entscheiden nur geringe Änderungen in der Formulierung zwischen einer straflosen Beraterhandlung und einer Anstiftungshandlung. Aus diesem Grund empfiehlt es sich, über schwierige Gespräche Aktenvermerke für die Handakte zu verfassen.

### Beispiele für Anstiftungshandlungen:

- Eine Anstiftungshandlung ist möglich, wenn der Berater trotz Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung eine Empfehlung an das Vertretungsorgan abgibt, keinen Insolvenzantrag zu stellen. Dies kann eine Anstiftung zur Insolvenzverschleppung gem. § 15a InsO darstellen.
- Der Rat zur Bildung einer Auffanggesellschaft kann Anstiftung zur Untreue und/oder Begünstigung darstellen.
- Gleiches gilt für den Rat zur Rückdatierung von Sicherheiten oder auch der eindeutige Hinweis dass die Bilanz noch etwas verschönt oder aufgehübscht werden könnte.

## Beihilfe

Die wahrscheinlich häufigste Teilnahmeform an Straftaten durch Berater ist die Beihilfe (27 StGB) zu Straftaten von Unternehmer oder Geschäftsführung.

Beihilfe liegt dann vor, wenn zu einer vorsätzlich begangenen rechtswidrigen Tat eines Anderen Hilfe geleistet wird. Nach der Rechtsprechung reicht für dieses Hilfeleisten eine bloße Förderung der Tat aus.

Eine Mitverursachung ist nicht erforderlich. Die Beihilfehandlung kann in allen denkbaren Varianten sowohl physisch als auch psychisch begangen werden. Dadurch kann eine strafbare Tathandlung sehr schnell verwirklicht werden, obwohl der Berufsträger seiner beruflichen Tätigkeit nachgeht. Diese Tätigkeit für sich ist unverdächtig; sobald sie sich aber in der Straftat eines anderen wiederfindet, ist die Grenze zum Strafrecht auch für den Berater oft schon überschritten. Es gibt kein Verhalten, das so berufstypisch ist, dass es keine strafrechtliche Relevanz erlangen kann. Ein Krisenberater, der dem Unternehmen in einer schwierigen Situation bei Seite stehen muss, wird alle möglichen, legalen Mittel ausnutzen wollen, um dem Unternehmen zu helfen.

Der BGH (ständige Rechtsprechung, vgl. etwa BGH, 22.01.2014, 5 StR 468/12; BGH, 14.01.2015, 1 StR 93/14) hat zur Abgrenzung von strafbarer Beihilfe und berufstypischen, neutralen und damit straflosen Handlungen Kriterien entwickelt:

- Weiß der Berater, dass der Haupttäter (Mandant) nur darauf abzielt, eine strafbare Handlung zu begehen, so ist der Tatbeitrag des hilfeleistenden Beraters immer auch als strafbare Beihilfehandlung zu werten.
- Weiß der Berater dagegen **nicht**, dass seine Tätigkeit zur Begehung einer Straftat genutzt wird und hält er dies lediglich für möglich, ist vom Grundsatz her sein Tun nicht als Beihilfe zu werten. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz liegt dann vor, wenn das vom hilfeleistenden Berater erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des Mandanten derart hoch war, dass er sich mit seiner Hilfeleistung „die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein“ ließ.

Aus diesem Grunde müssen Berater und Insolvenzverwalter die Straftatbestände kennen, die von Schuldner in der Krise des Unternehmens regelmäßig begangen werden. Nur so kann einer Beihilfestrafbarkeit entgegengewirkt werden.

### Beispiele für Beihilfe zu Betrug oder Kreditbetrug durch Unternehmer oder Geschäftsführung:

- Geschönte Darstellungen gegenüber Gläubigerbanken
- Moratoriums-Angebote unter falscher Darstellung der Tatsachen

- Vertragserstellung in Kenntnis der Rückdatierungsabsicht
- Sammeln von Geld auf dem Anderkonto, um es nach Abschluss des Insolvenzverfahrens mangels Masse wieder an den Mandanten auszukehren

## Täterschaft durch die Übernahme spezifischer Pflichten

Wenn der eigentlich als externer Krisenberater eingeschaltete Berater in der Krise zu einem in dem Unternehmen verantwortlichen Tätigen wird, so erwächst hieraus ein sehr hohes strafrechtliches Risiko für den Berater. Hier sind vor allem die Regelungen in § 14 Abs. 2, Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB bedeutsam.

Nach Nr. 1 wird die strafrechtliche Verantwortlichkeit von juristischen Personen auf die Organe der juristischen Personen gelenkt. Durch Nr. 2 wird die Strafbarkeit von vertretungsberechtigten Gesellschaftern einer Personenhandelsgesellschaft festgestellt. Die wirksame Delegation von Pflichtenstellungen oder auch Einzelaufgaben durch den Unternehmer auf den Berater können eine strafrechtliche Haftung für die korrekte Erfüllung bzw. Durchführung dieser delegierten Aufgaben begründen. In der Praxis bedeutsam sind diese Vorschriften, wenn der Krisenberater Aufgaben, wie die laufende Führung der Geschäftsbücher, die Aufstellung der Jahresbilanzen oder die Erstellung von Steuererklärungen übernimmt. Dies ist eine originäre Aufgabe der Geschäftsherren und begründet bei Übernahme durch den Berater dessen strafrechtliche Verantwortlichkeit. Auch die Leitung einzelner Abteilungen, wie etwa des Controllings, kann einem Berater im Krisenfall übertragen werden. Der Berater muss hier sehr darauf achten, dass er sich der mit der Übernahme der Aufgaben verbundenen Risiken bewusst wird.

Die Übergabe muss dabei nicht mit einem formellen Akt geschehen, auch eine schleichende Übernahme von Kompetenzen kann für die strafrechtliche Verantwortung ausreichend sein. Hier muss der Berater eine gewisse Achtsamkeit an den Tag legen, um sich vor strafrechtlichen Risiken zu schützen.

## Aufsichtspflichtverletzung § 130 OWiG

Nach § 130 OWiG handelt ordnungswidrig, wer als Inhaber eines Betriebs oder Unternehmens seine Aufsichtspflichten verletzt. Dieser Auffangtatbestand kann bei Übernahme von Pflichten, die eigentlich den Betriebsinhaber treffen, auch den Berater treffen. In diesem Falle drohen sehr hohe Bußgelder.



### Strafbarkeit des Insolvenzverwalters

Grundsätzlich kann der Insolvenzverwalter als Vertreter des Unternehmens von Amts wegen alle Straftaten verirken, die „schuldertypisch“ sind (§ 14 StGB). Ein großes Problem dabei ist, dass Unerfahrenheit noch junger Insolvenzverwalter oder eine Unkenntnis aufgrund fehlender Branchenerfahrung nicht vor einer strafrechtlichen Haftung schützen. Der Insolvenzverwalter kommt bei Unternehmen aller Art oftmals in Kontakt zu erheblichen finanziellen Mitteln und muss oftmals schnell und im Interesse aller möglicher Beteiligten handeln. Die Versuchung, in dieser Situation einen eigenen Vorteil zu schaffen, mag manchmal groß sein.

### Untreue

Gerade der Insolvenzverwalter läuft oft Gefahr, sich wegen Untreue strafbar zu machen. So z. B. in einem Fall, den der BGH im Jahre 1988 zu entscheiden hatte (BGH, 27.01.1988, 3 StR 61/87). Der Insolvenzverwalter hatte in diesem Fall einen Teil der von ihm verwalteten Entgelte nicht auf das dafür vorgesehene Anderkonto überwiesen, sondern auf ein sonstiges Konto. Das auf diese Weise erwirtschaftete Geld verwendete er zur Begleichung eines von ihm aufgenommenen Kredites. Auch der Verkauf von Teilen der Insolvenzmasse zu einem zu niedrigen Preis im Verhältnis zum Marktpreis kann eine strafbare Untreuehandlung des Insolvenzverwalters darstellen. Da der Insolvenzverwalter damit betraut ist, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, ist bei Fehlverhalten die Grenze zur strafbaren Untreue schnell überschritten.

### Betrug

Der Insolvenzverwalter kann sich z. B. auch wegen Betrug gem. § 263 StGB strafbar machen, wenn er gegenüber dem Insolvenzgericht falsche Angaben bei der Festsetzung einer dem Regelsatz übersteigenden Vergütung macht. Auch wenn es der Insolvenzverwalter unterlässt, gegenüber dem Insolvenzgericht Angaben zu machen, welche möglicherweise einen Abschlag bei seiner Vergütung rechtfertigen würden, kann dies als Betrug durch Unterlassen oder auch als Untreue gewertet werden.

### Strafbarkeit von Mitarbeitern

Leider kann sich nicht nur der Insolvenzverwalter selbst strafbar machen. Auch seine Mitarbeiter können eigene Straftaten, eine Anstiftung zu Straftaten des Unternehmers oder eine Beihilfe begehen und sich damit einer eigenen strafrechtlichen Verurteilung/Verfolgung aussetzen. Daher sollte der Insolvenzverwalter im Rahmen seiner Fürsorgepflichten gegenüber den Mitarbeitern diese regelmäßig über die strafrechtlichen Risiken ihrer Tätigkeit aufklären und auch über neue Urteile informieren.

### Die Schweigepflicht

Da nach Einreichen des Insolvenzantrages oder auch bei einem sonstigen Anfangsverdacht die Ermittlungsbehörden ein Ermittlungsverfahren gegen die Geschäftsführung des insolventen Unternehmens einleiten, werden im Zuge dieser Ermittlungen auch der Steuerberater oder Krisenberater um Auskunft zu möglichen Insolvenzstraftaten gebeten.

Hier ist wichtig, dass der Steuerberater nicht Auskunft geben darf, ohne mindestens die Entbindung von seiner Verschwiegenheitspflicht durch den Insolvenzverwalter schriftlich vorliegen zu haben. Wenn die früheren oder faktischen Organe einer in Insolvenz geratenen juristischen Person ebenfalls persönliche Mandanten des Steuerberaters sind, muss auch von diesen die Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht unterzeichnet werden. Ohne das Vorliegen dieser Entbindungserklärungen hat der Steuerberater auch im Falle von Anfragen der Ermittlungsbehörden ein Zeugnisverweigerungsrecht. Setzt er sich darüber hinweg, droht eine eigene Strafbarkeit nach § 203 StGB.

## II. Nachwort

Diese Broschüre soll in aller Kürze deutlich machen, dass ohne strafrechtliche Grundkenntnisse eine vernünftige Krisenberatung oder Steuerberatung des Unternehmens genauso wie eine Insolvenzverwaltung eigentlich nicht mehr möglich ist. Die strafrechtliche Rechtsprechung hat in den letzten Jahren immer enger werdende Grenzen des zulässigen Beraterhandelns definiert.

### Ihre Experten im Insolvenzstrafrecht

Unsere Anwälte beraten bundesweit und international. Unter folgenden Kontaktdaten können Sie uns erreichen.



**Alexander Littich, LL.M.**  
Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für Strafrecht,  
Fachanwalt für Steuerrecht,  
Betriebswirt (FH) Controlling und Steuern



**Dr. Janika Sievert, LL.M. Eur.**  
Rechtsanwältin,  
Fachanwältin für Strafrecht,  
Fachanwältin für Steuerrecht,  
zertifizierter Compliance Officer  
(C.H.Beck)

Zum eigenen Schutze des Beraters, aber auch zum Schutze des Mandanten, müssen diese Grenzen genau gekannt und beachtet werden. Zudem sollte zu den Mandanten unbedingt eine gewisse persönliche Distanz eingehalten werden. Nur so kann eine Beratung strafrechtlich so risikofrei wie nur möglich durchgeführt werden.

#### Adressen:

**ECOVIS L + C  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Niederlassung Landshut**  
Podewilsstraße 3  
84028 Landshut  
Telefon: +49 871 96 216 25  
E-Mail: landshut-ra@ecovis.com  
[www.ecovis.com/landshut](http://www.ecovis.com/landshut)

**ECOVIS L + C  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Niederlassung Regensburg**  
Osterhofener Straße 10/III  
93055 Regensburg  
Telefon: +49 941 799 69 80  
E-Mail: regensburg-ra@ecovis.com  
[www.ecovis.com/regensburg](http://www.ecovis.com/regensburg)

**ECOVIS L + C  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Niederlassung München**  
Landsberger Straße 314  
80687 München  
Telefon: +49 89 217 516 70 0  
E-Mail: muenchen-elc@ecovis.com  
[www.ecovis.com/muenchen-elc](http://www.ecovis.com/muenchen-elc)

**ECOVIS L + C  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Niederlassung Leipzig**  
Kohlgartenstraße 31b  
04315 Leipzig  
Telefon: +49 341 46 37 99 40  
E-Mail: leipzig-ra@ecovis.com  
[www.ecovis.com/leipzig-ra](http://www.ecovis.com/leipzig-ra)

Wirtschaftsprüfung und Steuerberatung über unsere Partner in der Ecovis-Gruppe.

## III. Höchststrichterliche und weitere aktuelle Rechtsprechung zum Insolvenzstrafrecht

### Zur drohenden Zahlungsunfähigkeit

BGH: Urteil vom 05.12.2013 - IX ZR 93/11

**In die Prognose, die bei der Prüfung drohender Zahlungsunfähigkeit vorzunehmen ist, sind auch Zahlungspflichten einzubeziehen, deren Fälligkeit im Prognosezeitraum nicht sicher, aber überwiegend wahrscheinlich sind.**

Zitat aus den Gründen (Ziffer 10 des Urteils):

„Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit beurteilt sich im gesamten Insolvenzrecht und darum auch im Insolvenzanfechtungsrecht nach § 17 InsO. Zahlungsunfähig ist der Schuldner, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen (§ 17 Abs. 2 Satz 1 InsO). Zahlungsunfähigkeit droht, wenn der Schuldner voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit zu erfüllen (§ 18 Abs. 2 InsO). In die Prognose, die bei der Prüfung drohender Zahlungsunfähigkeit anzustellen ist, muss die gesamte Finanzlage des Schuldners bis zur Fälligkeit aller bestehenden Verbindlichkeiten einbezogen werden. Der vorhandenen Liquidität und den Einnahmen, die bis zu diesem Zeitpunkt zu erwarten sind, müssen die Verbindlichkeiten gegenüber gestellt werden, die bereits fällig sind oder die bis zu diesem Zeitpunkt voraussichtlich fällig werden. Ergibt die Prognose, dass der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit wahrscheinlicher ist als deren Vermeidung, droht Zahlungsunfähigkeit (Begründung zu § 22 RegE-InsO, BT-Drucks. 12/2443 S. 115; Jaeger/Müller, InsO, § 18 Rn. 8 ff). Die der Prognose innewohnende Ungewissheit kann sich dabei auf die künftig verfügbaren liquiden Mittel, ebenso aber auch auf den Umfang der künftig fällig werdenden Verbindlichkeiten beziehen. Verbindlichkeiten aus einem Darlehen können deshalb nicht nur dann drohende Zahlungsunfähigkeit begründen, wenn der Anspruch auf Rückzahlung durch eine bereits erfolgte Kündigung auf einen bestimmten in der Zukunft liegenden Zeitpunkt fällig gestellt ist (vgl. HK-InsO/Kirchhof, 6. Aufl., § 18 Rn. 6), sondern auch dann, wenn aufgrund gegebener Umstände überwiegend wahrscheinlich ist, dass eine Fälligkeit im Prognosezeitraum erfolgt (vgl. BGH, Urteil vom 22. November 2012 - IX ZR 62/10, WM 2013, 88 Rn. 15; K. Schmidt, InsO, 18. Aufl., § 18 Rn. 24; Pape in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 1998, § 18 Rn. 8).“

### Zur Zahlungsunfähigkeit

BGH: Beschluss vom 10.06.2018 - 1 StR 605/16

Leitsätze der Bearbeiter Christoph Henckel/Karsten Gaede HRRS-Nummer: HRRS 2018 Nr. 830

- **Der Schuldner ist im Sinne des § 17 Abs. 2 InsO zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Die prozessuale Feststellung der Zahlungsunfähigkeit erfolgt sowohl für das Insolvenzverfahren als auch im Insolvenzstraftaten betreffenden Strafverfahren in der Regel durch eine betriebswirtschaftliche Methode, die eine stichtagsbezogene Gegenüberstellung der fälligen Verbindlichkeiten einerseits und der zu ihrer Tilgung vorhandenen oder kurzfristig herbeizuschaffenden Mittel andererseits voraussetzt (vgl. BGH NSTZ-RR 2018, 216 f. mwN).**
- **Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann sich das Tatgericht im Strafprozess die Überzeugung (§ 261 StPO) vom Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 Abs. 2 InsO auch auf der Grundlage wirtschaftskriminologischer Beweisanzeichen bilden, zu denen etwa das Ignorieren von Rechnungen oder Mahnungen sowie gescheiterte Vollstreckungsversuche gehören (vgl. BGH NJW 2014, 164, 165). Die auf solche Weise feststellbare Zahlungsunfähigkeit ist allerdings von der bloßen, strafatbestandlich nicht genügenden Zahlungsstockung abzugrenzen (siehe nur BGH NSTZ-RR 2018, 216 f.). Dazu muss zusätzlich zur stichtagsbezogenen Gegenüberstellung eine Prognose erstellt werden, ob innerhalb einer Drei-Wochen-Frist mit der Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit sicher zu rechnen ist, etwa durch Kredite, Zuführung von Eigenkapital, Einnahmen aus dem normalen Geschäftsbetrieb oder Veräußerung von Vermögensgegenständen (vgl. BGH NJW 2014, 164, 165).**
- **Sind Forderungen rechtskräftig zuerkannt und kann deshalb aus ihnen sogleich vollstreckt werden, müssen sie bei der Bewertung der Zahlungsunfähigkeit berücksichtigt werden. Auf die materielle Richtigkeit der zugrunde liegenden Urteile kommt es dann im Hinblick auf das Krisenmerkmal nicht an.**

Zitat aus den Gründen (Ziffer 3 des Beschlusses):

„a) aa) Der Schuldner ist im Sinne der vorgenannten Vorschrift zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Die prozessuale Feststellung der Zahlungsunfähigkeit erfolgt sowohl für das Insolvenzverfahren (vgl. nur BGH, Urteil vom 12. Oktober 2017 - IX ZR 50/15, NJW 2018, 396, 398) als auch im Insolvenzstraftaten betreffenden Strafverfahren in der Regel durch eine betriebswirtschaftliche Methode, die eine stichtagsbezogene Gegenüberstellung der fälligen Verbindlichkeiten einerseits und der zu ihrer Tilgung vorhandenen oder kurzfristig herbeizuschaffenden Mittel andererseits voraussetzt (BGH, Beschlüsse vom 12. April 2018 - 5 StR 538/17, NSTZ-RR 2018, 216 f. mwN sowie vom 16. Mai 2017 - 2 StR 169/15, wistra 2017, 495, 498). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann sich das Tatgericht im Strafprozess die Überzeugung (§ 261 StPO) vom Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 Abs. 2 InsO auch auf der Grundlage wirtschaftskriminologischer Beweisanzeichen bilden, zu denen etwa das Ignorieren von Rechnungen oder Mahnungen sowie gescheiterte Vollstreckungsversuche gehören (BGH, Beschlüsse vom 21. August 2013 - 1 StR 665/12, NJW 2014, 164, 165; vom 23. Juli 2015 - 3 StR 518/14, NSTZ-RR 2015, 341, 342 und vom 12. April 2018 - 5 StR 538/17, NSTZ-RR 2018, 216 f. jeweils mwN). Die auf solche Weise feststellbare Zahlungsunfähigkeit ist allerdings von der bloßen, strafatbestandlich nicht genügenden Zahlungsstockung abzugrenzen (siehe nur BGH, Beschluss vom 12. April 2018 - 5 StR 538/17, NSTZ-RR 2018, 216 f.; näher Radtke/Petermann in Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl., Vor §§ 283 ff. Rn. 77 mwN). Dazu muss zusätzlich zur stichtagsbezogenen Gegenüberstellung eine Prognose erstellt werden, ob innerhalb einer Drei-Wochen-Frist mit der Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit sicher zu rechnen ist, etwa durch Kredite, Zuführung von Eigenkapital, Einnahmen aus dem normalen Geschäftsbetrieb oder Veräußerung von Vermögensgegenständen (BGH, Beschlüsse vom 21. August 2013 - 1 StR 665/12, NJW 2014, 164, 165 und vom 12. April 2018 - 5 StR 538/17, NSTZ-RR 2018, 216 f.).“

### Zur Zahlungseinstellung

BGH: Urteil vom 18.01.2018 - IX ZR 144/16

**Schweigt der Schuldner einer erheblichen, seit mehr als neun Monaten fälligen Forderung nach anwaltlicher Mahnung und Androhung gerichtlicher Maßnahmen bis zum Erlass eines Vollstreckungsbescheids und bietet er erst nach dessen Rechtskraft die Begleichung der Forderung in nicht näher bestimmten Teilbeträgen aus seinem laufenden Geschäftsbetrieb an, hat der Gläubiger die Zahlungseinstellung des Schuldners erkannt.**

Zitat aus den Gründen (Ziffern 18-20 des Urteils):

„2) Die Beklagte hatte ihre noch immer hohe Restforderung von mehr als 78.540 € über einen längeren Zeitraum von mehr als neun Monaten ab der ersten Rechnungsstellung vergeblich eingefordert. Ob es sich dabei um eine betriebsnotwendige oder fortlaufende Forderung handelte, ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ohne Bedeutung. Gleichwohl war die Schuldnerin ersichtlich außerstande, die Verbindlichkeit zu tilgen. Selbst die Einschaltung eines Rechtsanwalts und die Betreibung des Mahnverfahrens sowie der Antrag auf Erlass eines Vollstreckungsbescheids konnten die Schuldnerin nicht zur Zahlung bewegen. Angesichts der zeitlichen Gegebenheiten gestattete bereits die schlichte Nichtbegleichung der offenen Forderung, deren Berechtigung zu keinem Zeitpunkt im Zweifel stand, den Schluss auf eine Zahlungseinstellung (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Juli 2012 - IX ZB 264/11, ZInsO 2012, 1418 Rn. 9; Urteil vom 25. Februar 2016 - IX ZR 109/15, ZInsO 2016, 628 Rn. 18). Mit dem Fall, dass sich der Schuldner einer geringfügigen Forderung gegenüber dem Gerichtsvollzieher zum Abschluss einer Zahlungsvereinbarung bereiterklärt und diese dann auch einhält (vgl. BGH, Urteil vom 6. Juli 2017 - IX ZR 178/16, ZInsO 2017, 1881), ist dies nicht vergleichbar. Aus der mehr als einjährigen Zahlungsverzögerung konnte und musste die Beklagte entnehmen, dass die Schuldnerin nicht in der Lage war, ihre Verbindlichkeiten zurückzuführen (vgl. BGH, Urteil vom 20. Dezember 2007 - IX ZR 93/06, ZInsO 2008, 273 Rn. 35; vom 25. Februar 2016, aaO Rn. 18). Da die Beklagte mit weiteren Gläubigern der gewerblich tätigen Schuldnerin rechnen musste, war sie über deren Zahlungseinstellung unterrichtet (vgl. BGH, Urteil vom 25. Februar 2016, aaO Rn. 18). Dies folgt schon aus dem Umstand, dass ihr die Schuldnerin erklärt hatte, die Teilzahlungen nur aus den laufenden Einnahmen des Restaurantbetriebs in Berlin erbringen zu können. Hieraus musste die Beklagte entnehmen, dass die Schuldnerin, welche auch die

Kosten dieses Betriebes aus diesen Einnahmen bestreiten musste, am finanziellen Abgrund stand. Sie war entweder nicht in der Lage, ihre Miete, den Wareneinkauf und das Personal zu bezahlen, wenn sie die Forderung der Beklagten durch Einmalzahlung aus den Einnahmen beglich, oder sie konnte ihre laufenden Kosten decken und nur den verbleibenden Rest zur ratenweisen Rückführung der Maklerforderung einsetzen.

19 cc) Schließlich offenbarte sich in dem als alternativlos unterbreiteten Vorschlag der Schuldnerin, Teilzahlungen aus dem Restaurantbetrieb in Berlin zu erbringen, gegenüber der Beklagten ein zusätzliches Indiz einer Zahlungseinstellung.

20 (1) Die Bitte des Schuldners auf Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung ist, wenn sie sich im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs hält, als solche kein Indiz für eine Zahlungseinstellung oder Zahlungsunfähigkeit. Die Bitte um eine Ratenzahlungsvereinbarung kann auf den verschiedensten Gründen beruhen, die mit einer Zahlungseinstellung nichts zu tun haben, etwa der Erzielung von Zinsvorteilen oder der Vermeidung von Kosten und Mühen im Zusammenhang mit der Aufnahme eines ohne weiteres erlangbaren Darlehens (BGH, Beschluss vom 16. April 2015 - IX ZR 6/14, ZInsO 2015, 898 Rn. 3; Urteil vom 25. Februar 2016, aaO Rn. 20). Eine Bitte um Ratenzahlung ist jedoch ein Indiz für eine Zahlungseinstellung, wenn sie vom Schuldner mit der Erklärung verbunden wird, seine fälligen Verbindlichkeiten (anders) nicht begleichen zu können (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juni 2011 - IX ZR 134/10, ZInsO 2011, 1410 Rn. 17; Beschluss vom 16. April 2015, aaO Rn. 4 mwN).“

## Zur Überschuldung

**BGH: Urteil vom 11.10.2018 - IX ZR 217/17**

**Der einem Gläubiger zur Zeit der Insolvenzeröffnung zustehende Anspruch auf Abschluss eines Vertrages mit dem Schuldner stellt eine Insolvenzforderung dar. Diese kann nur mit dem geschätzten Wert des Anspruchs zur Tabelle angemeldet werden.**

Zitat aus den Gründen (Ziffern 14, 15 des Urteils):

„a) Gemäß § 181 InsO kann die Feststellung einer Forderung nach Grund, Betrag und Rang nur in der Weise begehrt werden, wie die Forderung in der Anmeldung oder im Prüftermin bezeichnet worden ist. Die Anmeldung zur Tabelle ist Sachurteilsvoraussetzung; eine Feststellungsklage ohne Anmeldung ist unzulässig. Der Grund für das Vorrangig zu

betreibende Anmeldungs- und Prüfungsverfahren liegt darin, dass das Feststellungsurteil gemäß § 183 InsO gegenüber dem Insolvenzverwalter und allen Gläubigern wirkt. Die Gläubiger müssen ebenso wie der Verwalter selbst zunächst Gelegenheit erhalten, die angemeldete Forderung zu prüfen und gegebenenfalls zu bestreiten. Maßgebend für diese Prüfung ist der Sachverhalt, der in der Anmeldung angegeben worden ist (§ 174 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 InsO). Dieser Sachverhalt, der Grund des Anspruchs, bestimmt, soweit die Forderung als anerkannt in die Tabelle eingetragen wird, den Umfang der Rechtskraft der Eintragung gegenüber den Gläubigern (§ 183 InsO) und, soweit die Forderung bestritten wird, den Umfang der Rechtskraft des im Feststellungsprozess ergehenden Urteils (BGH, Urteil vom 5. Juli 2018 - IX ZR 167/15, WM 2018, 1605 Rn. 9). Deswegen muss der Anspruchsgrund bei der Anmeldung zur Tabelle angegeben werden. Der Gläubiger hat bei der Anmeldung den Lebenssachverhalt darzulegen, der in Verbindung mit einem - nicht notwendig ebenfalls vorzutragenden - Rechtssatz die geltend gemachte Forderung als begründet erscheinen lässt. Die rechtliche Einordnung der Forderung ist nicht Gegenstand der Anmeldung (BGH, Beschluss vom 12. November 2015 - IX ZR 313/14, WM 2016, 46 Rn. 3).

15 b) Die Klägerin hat, soweit hier von Interesse, mit Schreiben vom 15. Dezember 2008 eine „abgetretene Forderung aus Mietbeitriffsvereinbarung“ zur Tabelle angemeldet, die sich aus den nicht streitgegenständlichen „offenen Mietforderungen für August, September, Oktober 2008“ in Höhe von 480.295,45 € und einem „Schadensersatzanspruch“ in Höhe von 21.654.697,41 € zusammensetzt. Mit Schreiben vom 3. Juni 2009 hat sie die Anmeldung dahingehend erläutert, dass sie so zu stellen sei, als hätte die Schuldnerin pflichtgemäß am 1. Februar 2009 den Mietvertrag geschlossen. Der angemeldete Anspruch setzt also das Zustandekommen eines Mietvertrages voraus. Im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin hatte die Klägerin jedoch allenfalls einen Anspruch auf Abschluss eines Mietvertrages, der als solcher nicht mehr durchsetzbar war. Die Klägerin hätte ihn gemäß § 45 Satz 1 InsO mit dem Wert zur Tabelle anmelden müssen, der für die Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschätzt werden kann. Das ist bisher nicht erfolgt.“

## Zum Vorwurf der Insolvenzverschleppung — § 15a InsO

**BGH: Beschluss vom 10.08.2017 - 3 StR 227/17**

**Leitsätze des Bearbeiters Christian Becker; HRRS-Nummer: HRRS 2017 Nr. 1110:**

- **§ 78c Abs. 1 Nr. 3 StGB kommt wie allen Regelungen über die Unterbrechung der Verjährung Ausnahmecharakter zu, weshalb nicht jede Inanspruchnahme eines Gutachters die Voraussetzungen einer „Beauftragung“ im Sinne dieser Norm erfüllt. Eine Einschränkung ist unter anderem in den Fällen der mehrfachen Einholung von Sachverständigengutachten geboten. Diese können jeweils nur dann verjährungsunterbrechende Wirkung entfalten, wenn entweder die Person des Sachverständigen ausgewechselt oder demselben Sachverständigen ein völlig neues Beweisthema aufgegeben wird.**
- **Eine die Verjährung unterbrechende Beauftragung setzt demnach voraus, dass der Sachverständige bei seiner erneuten Inanspruchnahme damit beauftragt wird, nunmehr zu einer weiteren Frage, die nicht bereits Gegenstand des ersten Auftrages war, gutachterlich Stellung zu nehmen. Die Bitte um Erläuterung oder Ergänzung eines bereits erstatteten Gutachtens genügt dagegen ebenso wenig wie Handlungen eines Richters oder Staatsanwalts, die der Erstattung eines schriftlichen Gutachtens nachfolgen und die auf die Präzisierung der Ausführungen des Sachverständigen oder die Beseitigung von Unklarheiten gerichtet sind. Auch Fragen an den Sachverständigen im Rahmen seiner Vernehmung über das Gutachten sind nicht als neue Aufträge anzusehen.**

Zitat aus den Gründen (Ziffern 3 - 5 des Urteils):

„Die Verjährungsfrist der fahrlässigen Insolvenzverschleppung, die gemäß § 15a Abs. 1, 4 und 5 InsO mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bedroht ist, beträgt drei Jahre (§ 78 Abs. 3 Nr. 5 StGB) und begann hier mit Beendigung der Tat durch den Beschluss des Amtsgerichts Nordhorn zur Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der F. GmbH mangels Masse am 18. Februar 2011 zu laufen (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Oktober 2008 - 5 StR 166/08, BGHSt 53, 24, 26). In der Folgezeit wurde die Verjährung mehrfach unterbrochen, zuletzt durch die Durchsuchungsanordnungen des Amtsgerichts Osnabrück vom 7. Oktober 2011 (§ 78c Abs. 1 Nr. 4 StGB). Eine weitere Unterbrechung innerhalb der hierdurch neu in Gang gesetzten Frist wurde nicht herbeigeführt.

4 Insbesondere war die in den betreffenden Zeitraum fallende Beauftragung des Sachverständigen Dr. H. durch die Staatsanwaltschaft Osnabrück am 4. Juli 2014 nicht geeignet, eine verjährungsunterbrechende Wirkung zu entfalten.

5 Zwar wird die Verjährung gemäß § 78c Abs. 1 Nr. 3 StGB durch die Beauftragung eines Sachverständigen durch einen Richter oder Staatsanwalt unterbrochen, wenn vorher der Beschuldigte vernommen oder ihm die Einleitung des Ermittlungsverfahrens bekannt gegeben worden ist. Jedoch gilt dies nicht ausnahmslos. Die Vorschriften über die Unterbrechung der Verjährung sind als Ausnahmevorschriften eng auszulegen (vgl. BGH, Urteil vom 10. April 1979 - 4 StR 127/79, BGHSt 28, 381, 382; Beschluss vom 22. Mai 2006 - 5 StR 578/05, BGHSt 51, 72, 79). Hieraus folgt für die Regelung des § 78c Abs. 1 Nr. 3 StGB, dass nicht jede Inanspruchnahme eines Gutachters die Voraussetzungen einer „Beauftragung“ im Sinne dieser Norm erfüllt (vgl. BGH, Urteil vom 10. April 1979 - 4 StR 127/79, BGHSt 28, 381, 382). Eine Einschränkung ist unter anderem in den Fällen der mehrfachen Einholung von Sachverständigengutachten geboten. Diese können jeweils nur dann verjährungsunterbrechende Wirkung entfalten, wenn entweder die Person des Sachverständigen ausgewechselt oder demselben Sachverständigen ein völlig neues Beweisthema aufgegeben wird (LK/Schmid, StGB, 12. Aufl., § 78c Rn. 27; S/S/Sternberg-Lieben/Bosch, StGB, 29. Aufl., § 78c Rn. 11). Letzteres setzt dabei voraus, dass der Sachverständige bei seiner erneuten Inanspruchnahme damit beauftragt wird, nunmehr zu einer weiteren Frage, die nicht bereits Gegenstand des ersten Auftrages war, gutachterlich Stellung zu nehmen (BayObLG, Beschluss vom 11. Oktober 1976 - 1 Ob OWi 291/76, BayObLGSt 1976, 114, 116). Demgegenüber reicht es nicht aus, wenn er lediglich um Erläuterung oder Ergänzung eines bereits erstatteten Gutachtens gebeten wird (BayObLG aaO; LK/Schmid aaO; S/S/Sternberg-Lieben/Bosch aaO). In diesem Sinne sind auch Handlungen eines Richters oder Staatsanwalts, die der Erstattung eines schriftlichen Gutachtens nachfolgen und die auf die Präzisierung der Ausführungen des Sachverständigen oder die Beseitigung von Unklarheiten gerichtet sind, ebenso wie Fragen an den Sachverständigen im Rahmen seiner Vernehmung über das Gutachten nicht als neue Aufträge anzusehen (BayObLG aaO).“

## Zum Vorwurf des Bankrotts – § 283 StGB

BGH: Urteil vom 08.02.2018 - IX ZR 103/17  
(Volltext: BB-ONLINE BBL2018-1601-1  
unter [www.betriebs-berater.de](http://www.betriebs-berater.de))

### Leitsatz

**1. Die insolvenzrechtlichen Voraussetzungen und Wirkungen einer Aufrechnung sowie die Anfechtbarkeit einer Aufrechnungslage sind grundsätzlich Gegenstand des allgemeinen Insolvenzstatuts und unterliegen daher der lex fori concursus.**

**2.a) Eine alternative Anknüpfung für das Aufrechnungsstatut ist nur eröffnet, wenn das nach der lex fori concursus anwendbare Insolvenzrecht die materiell-rechtlich bestehende Aufrechnungsmöglichkeit des Insolvenzgläubigers aus einem anderen Grund als dem einer Insolvenzanfechtung einschränkt.**

**b) In diesem Fall ist maßgeblich, ob der Insolvenzgläubiger nach dem Insolvenzrecht der lex causae zur Aufrechnung berechtigt wäre. Daran fehlt es, wenn die Aufrechnungslage nach dem Insolvenzrecht der lex causae anfechtbar ist.**

**3. a) Ist eine Aufrechnungslage nach der lex fori concursus anfechtbar, kann sich der Anfechtungsgegner im Hinblick auf die Anfechtung nur auf die alternative Anknüpfung für das Anfechtungsstatut berufen.**

**b) Ist eine Rechtshandlung nach der lex fori concursus anfechtbar, hat das Gericht die alternative Anknüpfung für das Anfechtungsstatut nur auf Einrede des Anfechtungsgegners zu prüfen.**

**c) Der Anfechtungsgegner trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die angefochtene Rechtshandlung nach dem anwendbaren Recht eines anderen Staats in keiner Weise angreifbar ist.**

**4. Auch in den Fällen, in denen ausländisches Insolvenzanfechtungsrecht anwendbar ist, kommt eine Haftung wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nur in Betracht, wenn der beanstandete Vorgang über einen bloßen Anfechtungsstatbestand im Sinne der §§ 130 ff InsO hinaus besondere Umstände aufweist, die den Vorwurf der Sittenwidrigkeit rechtfertigen.**

**5. Eine sogenannte Firmenbestattung kann eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung darstellen.**

Zitat aus den Gründen (Ziffern 27 - 33, 58 des Urteils):

„27 (1) § 338 InsO bestimmt, dass das Recht eines Insolvenzgläubigers zur Aufrechnung von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht berührt wird, wenn der Insolvenzgläubiger nach dem für die Forderung des Schuldners maßgebenden Recht zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Aufrechnung berechtigt ist. Anders als das Berufungsgericht meint, handelt es sich dabei nicht um eine umfassende Kollisionsregel für die Aufrechnung in der Insolvenz. Vielmehr richtet sich die insolvenzrechtliche Aufrechnungsbefugnis nach der lex fori concursus (§ 335 InsO). Diese allgemeine Regel betrifft auch die Auswirkungen des ausländischen Insolvenzverfahrens auf das Recht eines Insolvenzgläubigers zur Aufrechnung (BT-Drucks. 15/16, S. 18; allgemeine Meinung, vgl. nur MünchKomm-InsO/Reinhart, 3. Aufl., § 335 Rn. 85; Paulus in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2013, § 338 Rn. 5; HK-InsO/Swierczok, 9. Aufl., § 338 Rn. 2).

28 Die alternative Anknüpfung (vgl. von Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht, Band I, 2. Aufl., § 7 Rn. 103 ff) nach § 338 InsO greift ein, wenn die Aufrechnungsbefugnis nach der lex fori concursus eingeschränkt ist (MünchKomm-InsO/Reinhart, 3. Aufl., § 338 Rn. 6). Insoweit handelt es sich um eine Kollisionsnorm, nicht um eine Sachnorm (MünchKomm-InsO/Reinhart, aaO Rn. 3; HK-InsO/Swierczok, aaO § 338 Rn. 3; aA MünchKomm-BGB/Kindler, 7. Aufl., § 338 InsO Rn. 1; Paulus in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2013, § 338 Rn. 2; Liersch, NZI 2003, 302, 305). Denn § 338 InsO beruft das gemäß der lex causae der Passivforderung anwendbare Insolvenzrecht (BT-Drucks. 15/16, S. 18). Die Norm regelt damit nicht die Rechtsfolge selbst, sondern bestimmt, welche Rechtsordnung anzuwenden ist (vgl. von Bar/Mankowski, aaO § 4 Rn. 1 ff).

29(2) Mithin richtet sich die insolvenzrechtliche Aufrechnungsbefugnis im Streitfall gemäß § 335 InsO nach Schweizer Recht. Dabei handelt es sich um eine Gesamtverweisung (Art. 4 EGBGB; MünchKomm-InsO/Reinhart, 3. Aufl., Vor §§ 335 ff Rn. 38). Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen zum Schweizer Internationalen Konkursrecht und zum Umfang der Aufrechnungsbefugnis nach Schweizer Konkursrecht getroffen. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Parteien überhaupt zur Insolvenzfestigkeit einer Aufrechnung nach Schweizer Konkursrecht (etwa zur Reichweite von Art. 213 SchKG) Stellung genommen hätten. Die Revision zeigt keinen entsprechenden Vortrag auf.

30 bb) Der Inhalt des schweizerischen Konkursrechts zur Aufrechnungsbefugnis kann nicht deshalb dahinstehen, weil - wie das Berufungsgericht annimmt - die Anfechtbarkeit der Aufrechnungslage sich gemäß § 338 InsO nach deutschem Anfechtungsrecht richte und ein solcher Anfechtungsanspruch verjährt sei.

31 (1) § 338 InsO enthält nur eine alternative Anknüpfung für das insolvenzrechtliche Aufrechnungsstatut. Für die Frage, welchem Recht die Anfechtbarkeit einer Aufrechnungslage untersteht, sind jedoch die Anwendungsbereiche der §§ 335, 338, 339 InsO abzugrenzen. Maßgeblich ist, welchen rechtlichen Anknüpfungsgegenstand die jeweilige Kollisionsnorm erfassen will. Besteht zugunsten eines Sachbereiches eine besondere Kollisionsnorm, so ist diese Kollisionsnorm maßgeblich.

32 (a) Die Anfechtbarkeit einer Aufrechnungslage richtet sich nach der lex fori concursus. § 339 InsO enthält eine eigenständige Kollisionsnorm für das Anfechtungsrecht. Danach richtet sich die Anfechtung - im Einklang mit Art. 7 Abs. 2 Satz 2 lit. m der Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren (fortan EulnsVO 2015) - entsprechend der Regelanknüpfung des § 335 InsO nach dem Recht des Staats der Verfahrenseröffnung. Anknüpfungsgegenstand des § 339 InsO sind sämtliche Ansprüche und Rechtsbehelfe, die darauf abzielen, die Wirkungen gläubigerbenachteiligender Rechtshandlungen für die Zwecke des Insolvenzverfahrens rückgängig zu machen oder auszugleichen. § 339 InsO erfasst auch die Anfechtbarkeit einer Aufrechnungslage, so dass sich das auf die Anfechtbarkeit einer Aufrechnungslage anzuwendende Recht - im Einklang mit Art. 9 Abs. 2 EulnsVO 2015 - aus § 339 InsO ergibt (MünchKomm-InsO/Reinhart, 3. Aufl., § 338 Rn. 8; FK-InsO/Wenner/Schuster, 9. Aufl., § 338 Rn. 5, § 339 Rn. 7; Uhlenbruck/Lüer, InsO, 14. Aufl., § 339 Rn. 9; aA wohl Paulus in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2013, § 338 Rn. 5; MünchKomm-BGB/Kindler, 7. Aufl., § 338 InsO Rn. 5).

33 (b) Anknüpfungsgegenstand des § 338 InsO sind hingegen die eine Aufrechnung ermöglichenden oder beschränkenden insolvenzrechtlichen Regelungen. Die Norm betrifft allein die insolvenzrechtliche Zulässigkeit der Aufrechnung (MünchKomm-InsO/Reinhart, aaO Rn. 7). Hierzu beruft § 338 InsO nur im Rahmen der alternativen Anknüpfung das Insolvenzrecht der lex causae. Dieses kommt nur zum Tragen, wenn die lex fori concursus die Aufrechnungsmöglichkeit eines Insolvenzgläubigers aus anderen

Gründen als einer Insolvenzanfechtung beschränkt. Erst wenn deshalb zu entscheiden ist, ob der Insolvenzgläubiger nach der lex causae zur Aufrechnung berechtigt ist, sind sämtliche insolvenzrechtlichen Bestimmungen der lex causae zu prüfen, die Einfluss auf die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Aufrechnung haben. Insoweit führt die Anknüpfung an die lex causae zur hypothetischen Prüfung, ob die Aufrechnung - wäre ein Insolvenzverfahren nach der lex causae eröffnet worden - nach diesem Insolvenzrecht insolvenzfest ist oder nicht. In diesem Rahmen ist auch zu prüfen, ob die Aufrechnung deshalb insolvenzrechtlich unberechtigt ist, weil die Aufrechnungslage nach der lex causae anfechtbar wäre.“

„58 (a) Eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung liegt etwa im Fall einer sogenannten Firmenbestattung vor. Kennzeichnend ist ein Verhalten, bei dem sich die Verantwortlichen dazu entschließen, eine Gesellschaft verdeckt zu liquidieren, um ein Insolvenzverfahren zu vermeiden oder solange wie möglich hinauszuzögern. Regelmäßig werden dazu planmäßig die Vermögensgegenstände der Gesellschaft soweit wie möglich an nahestehende Personen, Nachfolgeunternehmen oder mit den Verantwortlichen verbundene Dritte übertragen, Forderungen der Gläubiger soweit möglich hingegen nicht mehr erfüllt. Für einen Anspruch aus einer vorsätzlich sittenwidrigen Schädigung gemäß § 826 BGB genügt es auch, wenn ein Fall planvollen und zielgerichteten Entzugs von Vermögen bei Insolvenzureife der Schuldnerin vorliegt, dieser im Vordergrund des Rechtsgeschäfts steht und aufgrund der persönlichen Beziehungen zwischen den Vertragsparteien der Sache nach einem Insihgeschäft nahesteht. Weiter kommt ein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB nach der Rechtsprechung des Senats in Betracht, wenn der Schuldner planmäßig mit eingeweihten Helfern zusammenwirkt, um sein wesentliches Vermögen dem Zugriff von Gläubigern zu entziehen (BGH, Urteil vom 13. Juli 1995 - IX ZR 81/94, BGHZ 130, 314, 331 mwN; vom 9. Mai 1996 - IX ZR 50/95, NJW 1996, 2231, 2232; vom 16. November 2007 - IX ZR 194/04, BGHZ 174, 228 Rn. 16).“

### Zum Vorwurf des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt — § 266a Abs. 1 StGB

BGH: Beschluss vom 12.04.2018 - 5 StR 538/17

Leitsätze des Bearbeiters Christian Becker;  
HRRS-Nummer: HRRS 2018 Nr. 491

- Nach § 17 Abs. 2 InsO ist der Schuldner zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit erfolgt in der Regel durch die betriebswirtschaftliche Methode. Sie setzt eine stichtagsbezogene Gegenüberstellung der fälligen Verbindlichkeiten einerseits und der zu ihrer Tilgung vorhandenen oder kurzfristig herbeizuschaffenden Mittel andererseits voraus. Zur Abgrenzung von der bloßen Zahlungsstockung ist diese Methode um eine Prognose darüber zu ergänzen, ob innerhalb der Drei-Wochen-Frist mit der Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit hinreichend sicher zu rechnen ist, etwa durch Kredite, Zuführung von Eigenkapital, Einnahmen aus dem normalen Geschäftsbetrieb oder der Veräußerung von Vermögensgegenständen.
- Daneben kann eine Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Abs. 2 InsO auch durch wirtschaftskriminalistische Beweisanzeichen belegt werden. Als solche Warnzeichen kommen beispielsweise in Betracht die ausdrückliche Erklärung, nicht zahlen zu können, das Ignorieren von Rechnungen und Mahnungen, gescheiterte Vollstreckungsversuche sowie die Nichtzahlung von Löhnen und Gehältern, der Sozialversicherungsabgaben oder der sonstigen Betriebskosten.
- Bei einer Anklage wegen Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 266a StGB) genügt es für die Erfüllung der Umgrenzungsfunktion der Anklage, wenn der Anklagesatz die Stellung des Angeklagten als Arbeitgeber, seinen Geschäftsort, die Einzugsstelle und die dieser gegenüber zu entrichtenden Sozialversicherungsbeiträge - aufgeschlüsselt nach Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteilen - zu konkret bezeichneten Beschäftigungs- und Beitragsmonaten mitteilt.
- Erforderlich sind mit Blick auf die Umgrenzungsfunktion der Anklage dagegen weder nähere Angaben zu den Einkünften der einzelnen Arbeitnehmer und zu dem jeweiligen Berechnungssatz für die Höhe der Sozialversicherungsbeiträge noch Differenzierungen nach einzelnen Personen bei der Auflistung der nach Beschäftigungsmonaten abgegrenzten Taten. Insoweit bestehende Mängel in der Informationsfunktion der Anklageschrift

lassen sich im weiteren Verfahren durch gerichtliche Hinweise zur Gewährung rechtlichen Gehörs beheben.

Zitat aus den Gründen (Ziffer 11 des Beschlusses):

„aa) Nach § 17 Abs. 2 InsO ist der Schuldner zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit erfolgt in der Regel durch die betriebswirtschaftliche Methode. Sie setzt eine stichtagsbezogene Gegenüberstellung der fälligen Verbindlichkeiten einerseits und der zu ihrer Tilgung vorhandenen oder kurzfristig herbeizuschaffenden Mittel andererseits voraus. Zur Abgrenzung von der bloßen Zahlungsstockung ist diese Methode um eine Prognose darüber zu ergänzen, ob innerhalb der Drei-Wochen-Frist mit der Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit hinreichend sicher zu rechnen ist, etwa durch Kredite, Zuführung von Eigenkapital, Einnahmen aus dem normalen Geschäftsbetrieb oder der Veräußerung von Vermögensgegenständen (BGH, Beschluss vom 21. August 2013 - 1 StR 665/12, NJW 2014, 164, 165 mwN). Daneben kann eine Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Abs. 2 InsO auch durch wirtschaftskriminalistische Beweisanzeichen belegt werden (vgl. BGH, Urteil vom 20. Juli 1999 - 1 StR 668/98, NJW 2000, 154, 156; Beschlüsse vom 21. August 2013 - 1 StR 665/12, aaO, und vom 23. Juli 2015 - 3 StR 518/14, NStZ-RR 2015, 341, 342). Als solche Warnzeichen kommen beispielsweise in Betracht die ausdrückliche Erklärung, nicht zahlen zu können, das Ignorieren von Rechnungen und Mahnungen, gescheiterte Vollstreckungsversuche sowie die Nichtzahlung von Löhnen und Gehältern, der Sozialversicherungsabgaben oder der sonstigen Betriebskosten.“

### Zum Vorwurf des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt — § 266a Abs. 1 StGB

BGH: Beschluss vom 26.07.2017 - 1 StR 180/17

Leitsatz der Bearbeiter: Karsten Gaede/Marc-Philipp Bittner; HRRS-Nummer: HRRS 2017 Nr. 1041

Taten nach § 266a Abs. 1, Abs. 2 StGB sind erst beendet, wenn die Beitragspflicht erloschen ist, sei es durch Beitragsentrichtung oder Wegfall des Beitragsschuldners.

### Zum Vorwurf des Betrugs — § 263 StGB

BGH: Beschluss vom 28.08.2017 - 5 StR 484/16

Leitsatz des Bearbeiters Christian Becker;  
HRRS-Nummer: HRRS 2017 Nr. 981

**Durch den Abschluss eines Gesamtdarlehensvertrages, der ein bereits vorhandenes Kreditengagement bündelt und teilweise auch erhöht, wird nicht automatisch ein Schaden auch hinsichtlich der zuvor bereits bestehenden - ausfallgefährdeten - Kreditlinien begründet. Das wäre nur dann der Fall, wenn gerade durch den Abschluss des Gesamtdarlehensvertrages die wirtschaftliche Werthaltigkeit der bisherigen Rückzahlungsansprüche der beteiligten Kreditinstitute nachteilig verändert worden ist.**

### Zum Vorwurf des Betrugs — § 263 StGB

OLG Köln: Beschluss vom 06.03.2014 - 19 U 157/13

**Abschluss eines Prozessvergleichs kann nur unter engen Voraussetzungen zu täuschungsbedingtem Vermögensschaden führen.**

Zitat aus den Gründen (Ziffer 9 des Urteils):

„Ein etwaiger Schaden des Klägers ist durch den Vergleich seiner Vermögenssituation mit und ohne die den Beklagten vorgeworfene Täuschungshandlung zu ermitteln, worauf das Landgericht zutreffend hingewiesen hat. Ein täuschungsbedingter Vermögensschaden bei Abschluss eines Prozessvergleichs liegt demnach nur dann vor, wenn sich nach einem Vergleich des Vermögens des Geschädigten vor und nach dem Abschluss des Prozessvergleichs eine Minderung des Vermögens ergibt. Dies kommt dann in Betracht, wenn die klageweise geltend gemachten Ansprüche wirtschaftlich werthaltig waren und durch den Abschluss des Vergleichs sich deren Realisierungsmöglichkeiten verschlechtert haben. Für den Vermögensschaden ist das zu berücksichtigen, was der Geschädigte zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung (Vergleichsabschluss) „aufgegeben“ und „erhalten“ hat. Bei von vornherein beabsichtigter Nichterfüllung der aus dem täuschungsbedingten Vergleich geschuldeten Leistung liegt, wenn diese nicht erbracht wird, kein weiterer (selbständiger) Vermögensschaden vor (BayObLG, Beschluss vom 29.01.2003, 5St RR 8/03, NStZ 2004, 503).“

### Zum Vorwurf des Betrugs — § 263 StGB

BGH: Beschluss vom 24.03.2015 - 4 StR 463/14

Zitat aus den Gründen (Ziffer 3 des Beschlusses):

„Denn bei einem Eingehungsbetrug ergibt sich der Schaden aus der Differenz zwischen dem wirtschaftlichen Wert der erlangten Sache und dem Wert der Gegenleistung, die hier schon auf Grund fehlender Leistungswilligkeit als wirtschaftlich wertlos anzusehen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 4. Juni 2013 - 2 StR 59/13; zum Schaden bei betrügerischen Miet- oder Leasingverträgen ferner: BGH, Beschlüsse vom 27. September 2007 - 5 StR 414/07, wistra 2007, 457; vom 18. Oktober 2011 - 4 StR 346/11, NStZ 2012, 276).“

### Zum Vorwurf des Betrugs — § 263 StGB

BGH: Beschluss vom 08.03.2017 - 1 StR 466/16

Bearbeiter: Karsten Gaede/Marc-Philipp Bittner;  
HRRS-Nummer: HRRS 2017 Nr. 513

Leitsätze:

1. Vorgegangenes gefährliches Tun (Ingerenz) kann eine Aufklärungspflicht nicht nur bei Vorverhalten mit objektivem Täuschungscharakter begründen. Werden durch das Vorverhalten diejenigen vermögensrelevanten Umstände verändert, deren Fortbestehen Grundlage weiterer Vermögensverfügungen des Getäuschten ist, kann dies ebenfalls eine Aufklärungspflicht begründen, die bei Nichterfüllung zu einer Täuschung durch Unterlassen führt. (BGHSt)
2. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann die Schädigung des Vermögens einer Kommanditgesellschaft lediglich zu einem strafatbestandsmäßigen Vermögensnachteil führen, wenn sie gleichzeitig das Vermögen der Gesellschafter „berührt“. Es bedarf hinsichtlich des Vermögensschadens aber dann keiner näheren Feststellungen zu der Anzahl der jeweils betroffenen Gesellschafter und dem Umfang ihrer jeweiligen Beteiligung an den Gesellschaftsvermögen, wenn für alle zur Verurteilung führenden Fälle ausgeschlossen ist, dass die jeweils nicht wertentsprechend ausgeglichenen Entnahmen aus dem Gesellschaftsvermögen sich nicht auch nachteilig auf die Vermögen der Gesellschafter ausgewirkt haben, weil nach dem Anlagekonzept der betroffenen Fondsgesellschaften der Wert der Beteiligung daran von der Höhe des Gesellschaftsvermögens abhing. (Bearbeiter)



3. Eine Strafbarkeit wegen Betrugs durch Unterlassen entweder als Täter oder als Teilnehmer kommt für alle Personen in Frage, die eine Pflicht zur Aufklärung anderer über vermögensrelevante Tatsachen haben. Unabhängig vom Entstehungsgrund muss die Pflicht stets darauf gerichtet sein, unrichtigen oder unvollständigen Vorstellungen des Getäuschten über Tatsachen, die zu einer Vermögensschädigung führen können, durch aktive Aufklärung entgegenzuwirken. (Bearbeiter)
4. Ein besonderes Vertrauensverhältnis, aus dem eine solche Aufklärungspflicht resultiert, kann zwischen an Fondsgesellschaften beteiligten Anlegern und den Gesellschaften bestehen, wenn diese auf dem Konzept des sog. blind pools beruhen. Dabei ist Anlegern weder bei Eingehen der Beteiligung noch während der Zeiträume der Erbringung der Anlagebeiträge bekannt, in welcher konkreten Weise die Anlagemittel durch die jeweils für die Fondsgesellschaften handelnden Personen eingesetzt werden. (Bearbeiter)
5. Den gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen der hier fraglichen Formen wohnt auch ein Beratungselement inne, bei dem der einzelne Anleger den Sachverstand der das Anlageprojekt auflegenden und verwaltenden (natürlichen) Personen in Anspruch nimmt. (Bearbeiter)
6. Die Vertretungsorgane von Fondsgesellschaften oder die Vertretungsorgane der die Gesellschaft vertretenden juristischen Person sind darum in eigener Person aufklärungspflichtig. Als natürliche Personen stehen sie zwar in keiner unmittelbaren (gesellschafts)vertraglichen Beziehung zu den Anlegern der Fondsgesellschaften. Ihre Garantstellung und ihre daraus folgende Aufklärungspflicht gegenüber den Anlegern findet ihre Grundlage aber in der tatsächlichen Übernahme der Stellung als Vertretungsorgan der Fondsgesellschaften selbst. Der Heranziehung von § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB bedarf es nicht. Die Vorschrift ist auf unechte Unterlassungsdelikte nicht anwendbar. (Bearbeiter)
7. Diese Aufklärungspflicht steht nicht in Widerspruch zu den Voraussetzungen der Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des Untreuetatbestandes, wenn die Angeklagten aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Stellung gegenüber den Vermögen der Anleger als an den Gesellschaften Beteiligte ohnehin betreuungspflichtig sind. (Bearbeiter)
8. Ist mit der Vornahme der rechtlich gebotenen Handlung die Gefahr der Aufdeckung eigener Straftaten des Garanten verbunden, steht dies der

Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens gerade wegen des eigenen rechtswidrigen Verhaltens im Vorfeld regelmäßig nicht entgegen. Im Rahmen der insoweit erforderlichen Abwägung können hier die Interessen der zahlreichen Anleger, nicht weiter „wertlose“ Einzahlungen in die Fondsgesellschaften zu leisten, höher gewichtet werden als die Interessen der Angeklagten daran, sich nicht der Gefahr eigener Strafverfolgung auszusetzen. Ob anderes zu gelten hätte, wenn die rechtlich gebotene Handlung während eines laufenden Strafverfahrens notwendig mit einem Geständnis einherginge, bedarf hier keiner Entscheidung. (Bearbeiter)

Zitat aus den Gründen (Ziffer 20 - 31 des Beschlusses):

„Der Bundesgerichtshof nimmt eine auf vertragliche Beziehungen gestützte Aufklärungspflicht bezüglich vermögensrelevanter Tatsachen sowohl bei bestehenden Vertrauensverhältnissen als auch bei der Anbahnung besonderer, auf gegenseitigem Vertrauen beruhender Verbindungen an, bei denen Treu und Glauben und die Verkehrssitte die Offenbarung der für die Entschließung des anderen Teils wichtiger Umstände gebieten (etwa BGH, Urteil vom 16. November 1993 - 4 StR 648/93, BGHSt 39, 392, 399; Beschlüsse vom 8. November 2000 - 5 StR 433/00, BGHSt 46, 196, 203 und vom 2. Februar 2010 - 4 StR 345/09, NStZ 2010, 502; Urteil vom 4. August 2016 - 4 StR 523/15, wistra 2016, 488 ff. mwN; siehe auch BGH, Urteil vom 9. Mai 2012 - IV ZR 19/11, VersR 2013, 1042 ff. und Hebenstreit in Müller/Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl., § 47 Rn. 25 mwN). In der Strafrechtswissenschaft sind aus vertraglichen Beziehungen resultierende Vertrauensbeziehungen ebenfalls weithin als Quelle einer Aufklärungs- bzw. Informationspflicht anerkannt (Hefendehl aaO § 263 Rn. 161-168, Rn. 190 f.; Perron aaO § 263 Rn. 19 und 22 jeweils mwN); insbesondere bei Gesellschaftsverhältnissen (einschließlich stiller Beteiligungen) und bei Verträgen über Vermögensangelegenheiten (Hefendehl aaO § 263 Rn. 190; Perron aaO § 263 Rn. 22; Satzger aaO § 263 Rn. 107 jeweils mwN; vgl. auch Hebenstreit aaO). Dementsprechend hat die Strafrechtsprechung bei der Begründung gesellschaftsrechtlicher Rechtsverhältnisse eine Aufklärungspflicht über dafür vermögensrelevante Umstände angenommen (RG, Urteil vom 30. Januar 1931 - I 1387/30, RGSt 65, 106, 107; BGH, Urteil vom 4. August 2016 - 4 StR 523/15, wistra 2016, 488 ff.).

21. Unter den vom Landgericht festgestellten Verhältnissen der Fondsgesellschaften bestand eine in den

gesellschaftsrechtlichen Beziehungen gründende Aufklärungspflicht über den erfolgten Entzug von Gesellschaftsvermögen für die Angeklagten S. und M. jeweils gegenüber den Anlegern der genannten Fondsgesellschaften. Das hier maßgebliche besondere Vertrauensverhältnis zwischen den Anlegern als an den Fondsgesellschaften Beteiligten und den Gesellschaften ergibt sich - wie das Landgericht rechtlich zutreffend angenommen hat - aus dem Konzept des sog. „blind pools“. Den Anlegern war weder bei Eingehen der Beteiligung noch während der Zeiträume der Erbringung der Anlagebeiträge bekannt, in welcher konkreten Weise die Anlagemittel durch die jeweils für die Fondsgesellschaften handelnden Personen eingesetzt werden würden. Sie waren daher in besonderer Weise darauf angewiesen und normativ berechtigt, darauf zu vertrauen, dass die für die Fondsgesellschaften Handelnden die angelegten Gelder lediglich im Rahmen der mit dem Beitritt zu den Gesellschaften verfolgten, in den Emissionsprospekten benannten Zwecke der Altersvorsorge und des langfristigen Vermögensaufbaus einsetzen würden. Insoweit wohnt den gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen der hier fraglichen Formen auch ein Beratungselement inne, bei dem der einzelne Anleger den Sachverstand der das Anlageprojekt auflegenden und verwaltenden (natürlichen) Personen in Anspruch nimmt. Verträge mit Beratungscharakter sind als Grundlage von betrugsstrafrechtlich bedeutsamen Aufklärungspflichten akzeptiert (siehe nur Hefendehl aaO § 263 Rn. 190; Satzger aaO § 263 Rn. 107).

22. Die Angeklagten S. und M. waren in eigener Person aufgrund ihrer Stellung als Vertretungsorgan der Fondsgesellschaft selbst (betreffend M. als Geschäftsführer der D.) oder als Vertretungsorgan der die Gesellschaft vertretenden juristischen Person (betreffend S. als Geschäftsführer der C. V. als Komplementärin von C. 4 und C. 5) aufklärungspflichtig. Als natürliche Personen standen sie zwar in keiner unmittelbaren (gesellschafts)vertraglichen Beziehung zu den Anlegern der Fondsgesellschaften. Ihre Garantstellung und ihre daraus folgende Aufklärungspflicht gegenüber den Anlegern findet ihre Grundlage aber in der tatsächlichen Übernahme der Stellung als Vertretungsorgan der Fondsgesellschaften selbst. In dieser Position waren sie für die Vornahme der Investitionsentscheidungen über das Fondsvermögen verantwortlich, auf die sich das berechnete Vertrauen der Anleger in eine den Gesellschaftszwecken entsprechende Mittelverwendung bezog. Der Heranziehung von § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB, auf den das Landgericht insoweit abstellt, bedarf es nicht. Die Vorschrift ist auf unechte

Unterlassungsdelikte nicht anwendbar (zu den Gründen siehe Radtke in Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl., § 14 Rn. 41 mwN). Die wie vorliegend begründete Aufklärungspflicht steht nicht in Widerspruch zu den Voraussetzungen der Vermögensbetreuungspflicht im Sinne von § 266 StGB (vgl. zum Problem Seelmann, NJW 1981, 2132; Perron aaO § 263 Rn. 19 jeweils mwN). Denn die Angeklagten waren aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Stellung gegenüber den Vermögen der Anleger als an den Gesellschaften Beteiligte ohnehin betreuungspflichtig.

23. Die Aufklärungspflicht bestand während des gesamten Zeitraums der gesellschaftsvertraglichen Bindung der Anleger als an den Fondsgesellschaften Beteiligte und nicht nur im Zeitpunkt der Anlageentscheidung. Jedenfalls unter den vorliegenden konkreten Verhältnissen von Fondskonzepten mit fortlaufenden Einzahlungen der Anleger in das Gesellschaftsvermögen blieb die im Gesellschaftsverhältnis wurzelnde Vertrauensbeziehung aufrechterhalten. Treten während des Zeitraums der Beteiligung Änderungen derjenigen tatsächlichen Umstände ein, die vermögensbezogen für die Anlageentscheidung maßgeblich waren, müssen die Anleger darüber informiert werden, um ihnen wegen der weiterhin periodisch erfolgenden Zahlungen auch zukünftig eine aufgeklärte Disposition über ihr Vermögen zu ermöglichen. Zu diesen Umständen gehören jedenfalls Schädigungen der Gesellschaftsvermögen, die - was das Landgericht rechtsfehlerfrei festgestellt hat - dazu führen, dass die Beteiligung an der Fondsgesellschaft nicht mehr die bei Aufnahme der Beteiligung versprochenen Zwecke des Vermögensaufbaus und der Altersvorsorge erreichen kann.

24. Für das besondere Vertrauensverhältnis zwischen einem Geldtransportunternehmen und seinen Geldtransporte beauftragenden Kunden hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs eine gemäß §§ 263, 13 Abs. 1 StGB strafbewehrte Aufklärungspflicht der für das Unternehmen Handelnden während laufender Geschäftsbeziehung begangener Veruntreuungen von transportierten Geldern angenommen (BGH, Urteil vom 9. Mai 2012 - IV ZR 19/11, VersR 2013, 1042 ff.). Das entspricht im rechtlichen Ausgangspunkt dem vorstehend Ausgeführten.

25. (bb) Soweit die Angeklagten S. und M. auch wegen Betrugs der Anleger solcher Fondsgesellschaften verurteilt worden sind, für die sie nicht oder nicht in allen verfahrensgegenständlichen Zeiträumen als Vertretungsorgan gehandelt haben, gründet sich ihre

Aufklärungspflicht vorliegend auf ihr vorangegangenes gefährdendes Tun (Ingerenz) in Gestalt der Begehung von Untreuetaten (§ 266 StGB) zum Nachteil der Fondsgesellschaften und ihrer Anleger bzw. der strafbaren Teilnahme an diesen Taten. Gleiches gilt für den Angeklagten T., der bei keiner der nachteilig betroffenen Gesellschaften gesetzlicher Vertreter oder Angehöriger des Vertretungsorgans war.

26  
Ein pflichtwidriges Vorverhalten führt allerdings nur dann zu einer Garantienstellung aus Ingerenz, wenn dadurch die naheliegende Gefahr des Eintritts eines konkreten tatbestandsmäßigen Erfolgs verursacht worden ist (BGH, Urteile vom 23. September 1997 - 1 StR 430/97, BGHR StGB § 13 Abs. 1 Garantienstellung 14 und vom 17. Juli 2009 - 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44, 47 Rn. 21; Beschluss vom 19. November 2013 - 4 StR 292/13, BGHSt 59, 68, 70 Rn. 7; siehe auch Dannecker/Dannecker JZ 2010, 981, 982). Der durch das Vorverhalten herbeigeführte Zustand muss so beschaffen sein, dass es zum Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs kommt oder ein bereits eingetretener Schaden vertieft wird (BGH, Urteil vom 3. Oktober 1989 - 1 StR 372/89, BGHSt 36, 255, 258; Beschluss vom 19. November 2013 - 4 StR 292/13, BGHSt 59, 68, 70 Rn. 7 mwN).

27  
Eine auf pflichtwidrigem Vorverhalten beruhende Pflicht zur Aufklärung über vermögensrelevante Umstände wird auch in Teilen der Strafrechtswissenschaft im Grundsatz akzeptiert (etwa Kindhäuser in Nomos Kommentar zum StGB, 4. Aufl., § 263 Rn. 155; Perron aaO § 263 Rn. 20; Satzger aaO § 263 Rn. 100 jeweils mwN), meist aber an über das Vorgenannte hinausgehende Voraussetzungen geknüpft (Hefendehl aaO § 263 Rn. 165; Satzger aaO § 263 Rn. 101-103). Eine aus Ingerenz herrührende Aufklärungspflicht erfordere eine zuvor geschaffene Irrtumsgefahr (Kindhäuser aaO § 263 Rn. 155; Satzger aaO § 263 Rn. 100 aE; Hefendehl aaO § 263 Rn. 165; Dannecker/Dannecker JZ 2010, 981, 985). Diese soll in Betracht kommen, wenn der Täter vorgehend unvorsätzlich eine unrichtige Tatsache behauptet hat, nach Erkennen der Unrichtigkeit aber die Richtigstellung unterbleibt oder er vorgehend vorsätzlich Unrichtiges noch ohne Schädigungsvorsatz behauptet hat, den dadurch bewirkten Irrtum beim Erklärungsempfänger aber später nunmehr mit Schädigungsvorsatz ausnutzt (Kindhäuser und Satzger jeweils aaO; vgl. auch Perron aaO § 263 Rn. 20). Die Aufklärungspflicht aufgrund Ingerenz soll, wie betrugsstrafrechtlich relevante Aufklärungspflichten überhaupt, auf ein Vertrauenselement zurückge-

führt werden. Das sei gegeben, wenn das pflichtbe gründende Vorverhalten „den Charakter einer objektiven Täuschung in sich trägt“ und die Aufklärungspflicht gerade dem Vermögensschutz der Opfer dient (Satzger aaO § 263 Rn. 102 mwN).

28  
Diese Voraussetzungen einer auf Ingerenz gestützten Aufklärungspflicht sind insoweit zu eng, als sie relevantes Vorverhalten ausschließlich auf solches beschränken, das selbst objektiv Täuschungscharakter aufweist. Jedenfalls für die hier vorliegende Fallgestaltung trägt eine solche Restriktion dem hinter den Aufklärungspflichten zugunsten eines Vermögensinhabers stehenden Vertrauensgedanken nicht ausreichend Rechnung. Die in der Strafrechtswissenschaft erörterten, im vorstehenden Absatz dargestellten Konstellationen sind dadurch gekennzeichnet, dass durch objektiv täuschendes Verhalten des (möglichen) Täters der deshalb irrende Verfügende zu einem unbewusst selbstschädigenden Verhalten veranlasst wird. Der Getäuschte soll durch die nachträgliche Aufklärung über die Unrichtigkeit der für seine Vermögensdisposition bedeutsamen Information in die Lage versetzt werden, nunmehr auf informierter Grundlage über die weitere Verwendung seines Vermögens entscheiden zu können. Die Verantwortung des Täters für die Aufklärung rührt aus der Veranlassung des vermögensrelevanten Irrtums her. Wegen dieser Verantwortung für die Entstehung des Irrtums darf der Vermögensinhaber auf eine nachträgliche Richtigstellung seitens des zunächst objektiv Täuschenden vertrauen.

29  
Jedenfalls in Fallgestaltungen wie den vorliegenden mit einer Entscheidung der betroffenen Vermögensinhaber für eine Geldanlage, bei der über einen langen Zeitraum periodisch wiederkehrend Einlagen in die Anlageform zu erbringen sind, werden die für die Anlageentscheidung maßgeblichen Umstände, wie etwa die Eignung zur Altersvorsorge und zum langfristigen Vermögensaufbau, aber nicht allein durch vorausgehendes objektiv täuschendes Verhalten beeinflusst. Vielmehr können sich die für eine Anlageentscheidung erheblichen tatsächlichen Umstände auch durch andere Verhaltensweisen in relevanter Weise verändern. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs täuschen die Betreiber eines Anlagemodells die (späteren) Anleger, wenn in den Emissionsprospekten eine sichere Anlage mit erheblichen Renditen in Aussicht gestellt wird, die Betreiber aber von Anfang an nicht vorhaben, diese Ziele zu erreichen, sondern stattdessen entschlossen sind, dem jeweiligen Fondsvermögen eigennützig Kapital in erheblichem Umfang zu

entziehen (siehe etwa BGH, Urteil vom 7. März 2006 - 1 StR 379/05, BGHSt 51, 10 ff.; Beschluss vom 18. Februar 2009 - 1 StR 731/08, BGHSt 53, 199 ff.; vgl. auch Dannecker in G/J/W, 2. Aufl., § 263 Rn. 305). Es liegt in solchen Konstellationen eine Täuschung der Anleger über die Art, den Zweck und die Qualität der Anlageform schlechthin vor (BGH aaO BGHSt 51, 10, 14 Rn. 14).

30  
Erfolgt eine solche Täuschung durch die Betreiber des Anlagemodells nicht bereits vor der Anlageentscheidung, sondern entschließen sich diese erst nach dem Zeichnen der Beteiligung durch die Anleger dazu, dem Fondsvermögen Kapital in erheblichem Umfang zu eigenen Zwecken zu entziehen und heben damit die bisherigen Zwecke der Anlageform auf, stellt sich für die betroffenen Anleger jedenfalls dann keine andere Situation als vor der ursprünglichen Anlageentscheidung dar, wenn sie durch die ratenweise Erbringung immer wieder auf der Grundlage vermeintlich unveränderter, für das Verbleiben in der Anlage relevanter Umstände Vermögensverfügungen treffen. Die Pflicht zur Erteilung von Informationen über die in den Veruntreuungen zu Lasten des Fondsvermögens liegenden, veränderten Umständen trifft zumindest bei der hier vorliegenden Fallgestaltung diejenigen, die die Veränderung in ihnen zurechenbarer Weise herbeigeführt haben. Dies entspricht der dargestellten Wertung bei der Verantwortlichkeit für eine Garantienpflicht aus Ingerenz aufgrund objektiv täuschenden Vorverhaltens.

31  
(b) Die so ausgelöste Garantienpflicht zur Aufklärung der Anleger trifft alle drei Angeklagten als an den Untreuetaten strafbar Beteiligte, soweit sie nicht ohnehin als Vertretungsorgane der betroffenen Fondsgesellschaften einer Aufklärungspflicht unterlagen.“

### Besondere persönliche Merkmale als Strafbarkeitsvoraussetzung

BGH: Beschluss vom 21.03.2018 - 1 StR 423/17

Leitsatz der Bearbeiter: Christoph Henckel/Karsten Gaede; HRRS-Nummer: HRRS 2018 Nr. 380

Bei der nach § 15a Abs. 1 InsO und nach § 283 Abs. 1 StGB erforderlichen Pflichtenstellung handelt es sich jeweils um ein besonderes persönliches Merkmal gemäß § 28 Abs. 1 StGB (vgl. BGHSt 58, 115, 117 f. Rn. 9).

Zitat aus den Gründen (Ziffern 5, 6 des Beschlusses):

„a) Die Vorschrift des § 15a Abs. 4, Abs. 1 Satz 1 InsO enthält ein echtes Sonderdelikt. Täter, Mittäter oder mittelbarer Täter kann daher nur die Person sein, die die Sondereigenschaft als Mitglied eines Vertretungsorgans einer juristischen Person oder als deren Abwickler besitzt (BGH, Urteile vom 6. Mai 1960 - 2 StR 65/60, BGHSt 14, 280, 281 f. zu § 84 Abs. 1 GmbHG aF und vom 10. Mai 2000 - 3 StR 101/00, BGHSt 46, 62, 64 zu § 82 Abs. 1 Nr. 1 und 3 GmbHG; Hohmann in Münchener Kommentar, StGB, 2. Aufl., § 15a InsO Rn. 96 f.). Bei dieser Pflichtenstellung handelt es sich um ein besonderes persönliches Merkmal gemäß § 28 Abs. 1 StGB (Reinhart in Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl., § 15a InsO Rn. 8; Klöhn in Münchener Kommentar, InsO, 3. Aufl., § 15a Rn. 337; siehe auch BGH aaO, BGHSt 46, 62, 64 zu § 82 Abs. 1 Nr. 1 und 3 GmbHG).

6  
b) Auch bei der gemäß § 283 Abs. 1 StGB für die täterschaftliche Begehung erforderlichen Pflichtenstellung als Schuldner handelt es sich um ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne von § 28 Abs. 1 StGB (vgl. BGH, Beschlüsse vom 22. Januar 2013 - 1 StR 234/12, BGHSt 58, 115, 117 f. Rn. 9 und vom 8. September 1994 - 1 StR 169/94 Rn. 11; Radtke/Petermann in Münchener Kommentar, StGB, 2. Aufl., § 283 Rn. 80; Reinhart in Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl., § 283 StGB Rn. 75; Fischer, StGB, 65. Aufl., § 283 Rn. 38; a.A. Heger in Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl., § 283 Rn. 25 mwN).“

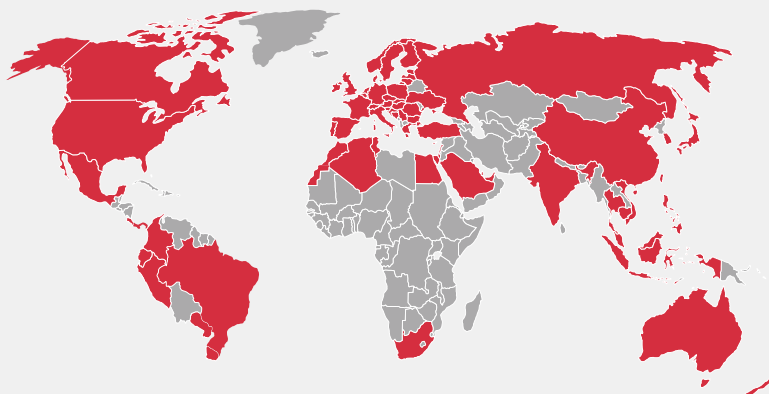
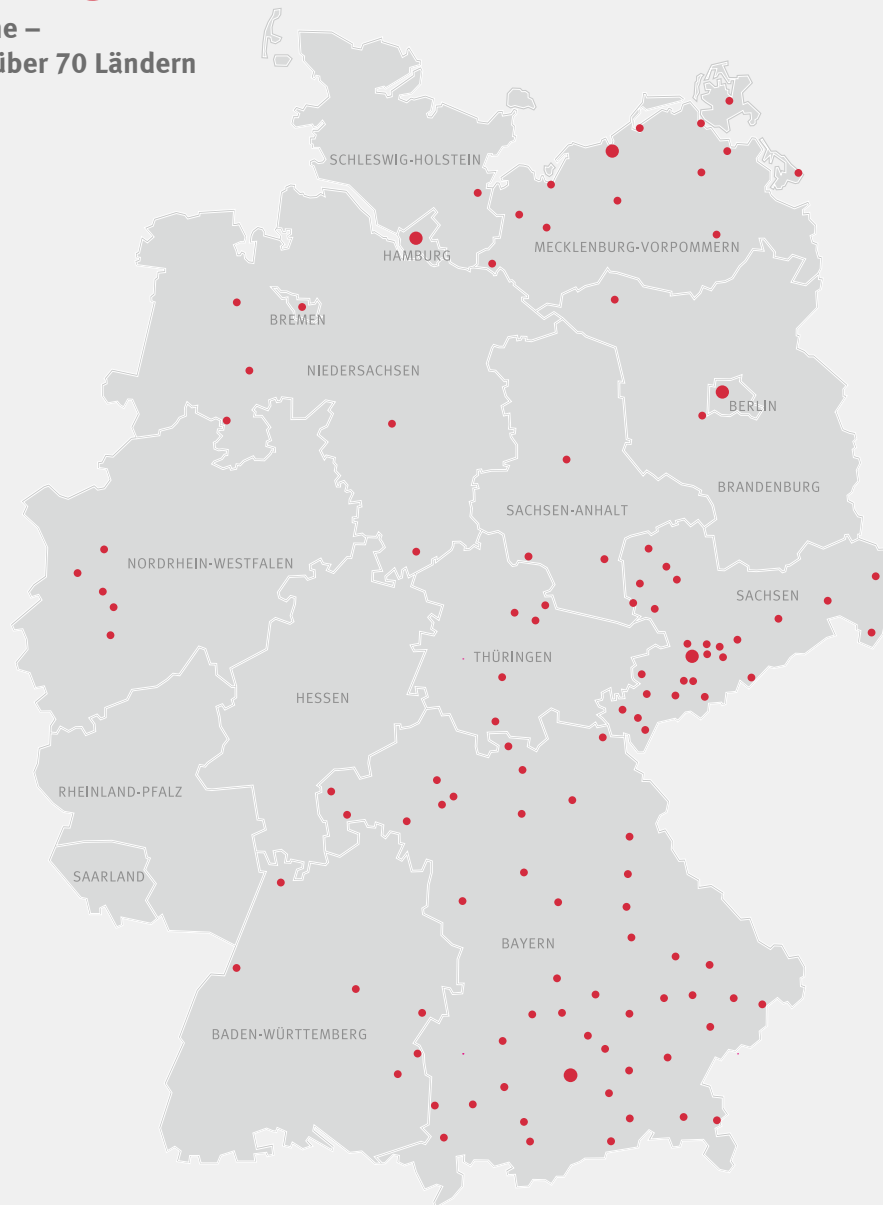
Aktuelle Veröffentlichungen zu diesem Thema finden Sie auch unter:

[www.ecovis.com/wirtschaftsstrafrecht](http://www.ecovis.com/wirtschaftsstrafrecht)



## Persönlich gut beraten

Ganz in Ihrer Nähe –  
und weltweit in über 70 Ländern



[www.ecovis.com/standorte](http://www.ecovis.com/standorte)  
[www.ecovis.com/en/worldwide](http://www.ecovis.com/en/worldwide)