

Abendsymposium des ZIS – Zentrum für Insolvenz und  
Sanierung an der Universität Mannheim –  
6. März 2012

INSOLVENZVERSCHLEPPUNG BEI JURISTISCHEN  
PERSONEN AUS STRAFRECHTLICHER SICHT

Prof. Dr. Roland Schmitz

– Institut für Wirtschaftsstrafrecht der Universität Osnabrück –



● **VORTRAGSGLIEDERUNG**

- ▶ Hintergründe zur Einführung des § 15a InsO durch das „MoMiG“ (mit Wirkung zum 1.11.2008)
- ▶ Gesetzliche Ausgestaltung der Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags – Überblick
- ▶ Zulässige Einbeziehung von „Auslandsgesellschaften“?
- ▶ Vorsätzlicher oder fahrlässiger Verstoß gegen die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags als Straftat
- ▶ Mögliche, in § 15a InsO genannte Täter einer Insolvenzverschleppung
- ▶ Weitere, nicht ausdrücklich genannte Täter einer Insolvenzverschleppung?
- ▶ Zusammenfassung

● **HINTERGRÜNDE ZUR EINFÜHRUNG DES § 15A INSO DURCH DAS „MOMIG“ (M.W.Z. I. I I. 2008)**

- ▶ Zuvor nur spezialgesetzlich geregelte Pflichten zur Stellung eines Insolvenzantrags
- ▶ Die Rechtsprechung des EuGH zur Anerkennung von „Auslandsgesellschaften“ („Gründungstheorie“ statt „Sitztheorie“)
- ▶ Die zunehmende Beliebtheit ausländischer Gesellschaftsrechtsformen
  - ➡ Uneinheitliche bzw. fehlende Pflichten zur Insolvenzantragsstellung und ihrer Sanktionierung
- ▶ „Bekämpfung von Missbräuchen“ durch sog. Firmenbestattungen
  - ➡ Sekundäre Inpflichtnahme von (insbes.) GmbH-Gesellschaftern bei Führungslosigkeit der Ges.

● **GESETZLICHE AUSGESTALTUNG DER PFLICHT ZUR STELLUNG EINES INSOLVENZANTRAGS – ÜBERBLICK**

▶ **Zeitpunkt:** Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung

➡ Verweist auf § 17 Abs. 2, § 19 Abs. 2 InsO

▶ **§ 15a Abs. 1 – 3 InsO:** Inpflichtnahme bestimmter Personen

➡ Primär die Organmitglieder/Abwickler, sekundär GmbH-Gesellschafter und Aufsichtsratsmitglieder

➡ Auch die Vertretungsorgane des eingetragenen Vereins?

➡ Keine Insolvenzantragspflicht bei Kreditinstituten (§ 46b Abs. 1 S. 2 KWG)

|||➡ Pflicht zur Anzeige ggü. der BaFin (§ 46b Abs. 1 S. 1 KWG) ist sanktioniert über § 55 KWG

- ▶ **§ 15a Abs. 4, 5 InsO:** Strafrechtliche Sanktionierung eines vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstoßes gegen die Pflicht nach Abs. 1 – 3
  - ➔ „Zivilrechtsakzessorietät“ der Strafnormen
    - ▮▮▮➔ Voraussetzungen einer Straftat grundsätzlich abhängig von den zivilrechtlichen Vorgaben/ihrer Auslegung
  - ➔ Verweise in Abs. 1 auf § 17 Abs. 2, § 19 Abs. 2 InsO sind Blanketttatbestandsmerkmale
    - ▮▮▮➔ Ihre Änderung hat unmittelbare Auswirkung auf das Strafrecht

- **ZULÄSSIGE EINBEZIEHUNG VON „AUSLANDS-GESELLSCHAFTEN“ IN § 15A INSO?**

- ▶ Insolvenzantragspflicht als Teil des Insolvenzrechts

- ➡ dann: Insolvenzstatut der EUInsVO

- ➡➡➡ Einbeziehung zulässig

- ▶ oder des Gesellschaftsrechts

- ➡ dann: der ausländischen Gesetzeslage

- ▶ (Jedenfalls) Keine unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV durch strafrechtliche Sanktionierung

- **VORSÄTZLICHER ODER FAHRLÄSSIGER VERSTOß GEGEN DIE PFLICHT ZUR STELLUNG EINES INSOLVENZANTRAGS ALS STRAFTAT**

- ▶ **Die Handlungspflicht** (in der „Krise“):  
Antragstellung ohne schuldhaftes Zögern, *spätestens* drei Wochen nach Eintritt der Krise
- ➡ Entfällt erst mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder mit Rechtskraft des ablehnenden Beschlusses (mangels Masse)
- ➡➡ Also nicht schon bei Antragstellung durch Gläubiger!
  - \* Vgl. dazu BGH v. 28.10.2008 – 5 StR 166/08, wistra 2009, 117 [119] – (noch zu §§ 84 Abs. 1 Nr. 2, § 64 Abs. 1 GmbHG a.F.)

▶ **Pflichtverletzung**, sofern Antrag

➔ „nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig“ gestellt wird

▮➔ „Nicht richtig“ verweist auf §§ 13, 15 Abs. 2 InsO

▮➔ Nach Wortlaut auch Formfehler strafrechtlich sanktioniert

\* Sinnvoll ist Einschränkung auf Fälle unzureichender bzw. unzutreffender Begründung (Verletzung der Wahrheit des Antrags)

\* Nicht: offensichtlich unzulässiger Antrag (dann aber evtl. „nicht“/„nicht rechtzeitig“)



## ▶ **Vorsätzliches Handeln/Unterlassen**

- ➔ Setzt Kenntnis aller Voraussetzungen der Antragspflicht voraus (Eintritt der „Krise“, Stellung als Handlungspflichtiger)
  - ▮▮▮➔ Irrtum, etwa über Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, schließt den Vorsatz aus
  - ▮▮▮➔ Irrtum über die Stellung als Organ etc. schließt Vorsatz aus
- ➔ Bloßer Irrtum über die Handlungspflicht berührt den Vorsatz nicht!
- ➔ Es gelten die Beweisregeln des Strafverfahrensrechts (keine Beweislast des Beschuldigten)

## ▶ **Fahrlässiges Handeln/Unterlassen**

- ➔ Fahrlässige Unkenntnis der Voraussetzungen einer Antragspflicht ausreichend
  - ▮➔ Fahrlässigkeit allein bzgl. der Pflicht zur Antragstellung (bei Kenntnis der Voraussetzungen einer Antragspflicht) schließt nicht den Vorsatz aus! (s. Folie 9)
  - ▮➔ Besonderheiten für nach Abs. 3 sekundär Verpflichtete
    - \* Kenntnis der Krise und Führungslosigkeit ist Voraussetzung der Antragspflicht
    - \* Dazu sogleich Näheres im Zusammenhang mit den möglichen Tätern

- **MÖGLICHE, IN § 15A INSO GENANNT TÄTER EINER INSOLVENZVERSCHLEPPUNG**

- ▶ **Mitglied eines Vertretungsorgans**, Abs. I S. I, z.B.

- ➡ GmbH-Geschäftsführer

- ➡ AG-Vorstandsmitglied

- ➡ „Director“ einer „Limited“ u.a.

- ➡ Unabhängig von einer inneren Aufgabenverteilung (vgl. § 15 InsO)

- ▶ **Abwickler** einer Gesellschaft in Liquidation, Abs. I S. I

- ▶ *Organschaftliche Vertreter einer vertretungsberechtigten Gesellschaft bzw. deren Abwickler bei einer Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit (insbes. GmbH & Co. KG), Abs. 1 S. 2*
  - ➔ *Sofern daneben keine natürliche Person als persönlich haftender Gesellschafter existiert*
  - ➔ *Sofern daneben kein Gesellschafter eine andere Gesellschaft mit persönlich haftendem Gesellschafter ist*
  - ➔ *Es besteht die gleiche Verpflichtung wie nach Abs. 1 S. 1*
  
- ▶ *Organschaftliche Vertreter/Abwickler bei einer „mehrstöckigen“ GmbH & Co. KG (oder ähnlicher Gesellschaftskonstruktionen), Abs. 2*
  - ➔ *Regeln des Abs. 1 S. 2 gelten entsprechend*

▶ **GmbH-Gesellschafter** und **Mitglieder des Aufsichtsrates** einer AG oder Genossenschaft

➡ Nur sekundäre Verpflichtung

➡ Rechtsformabhängige Regelung nicht erweiterungs-/analogiefähig

➡ Insbes. nicht auf „Auslandsgesellschaften“

➡ **Nur bei „Führungslosigkeit“ der Gesellschaft**

➡ Setzt fehlenden Geschäftsführer/Vorstand voraus

\* Bloße Untätigkeit/Unerreichbarkeit genügt nicht (vgl. § 35 GmbHG, § 78 AktG, § 24 GenG – jeweils Abs. 1 S. 2; BT-Drs. 16/6140 S. 55)

➡ (Wirksame) Einsetzung eines „Strohmanns“ als Geschäftsführer schließt Führungslosigkeit aus

➔ **Pflicht der Gesellschafter/Aufsichtsratsmitglieder entsteht nur bei Kenntnis von Krise und Führungslosigkeit**

▣➔ Kenntnis ist konstitutiv für die Pflichtenstellung

✳ Bei Unkenntnis daher auch keine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit

▣➔ Problematischer Wortlaut des Ausschlusses wegen fehlender Kenntnis von „Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung“

▣➔ Zivilrechtlich strittig, ob Kenntnis (nur) der Krise zur Kenntnisverschaffung (auch) über Führungslosigkeit verpflichtet (und umgekehrt)

✳ Strafrechtlich unerheblich (Wortlautgrenze)

- **WEITERE, NICHT AUSDRÜCKLICH GENANNT TÄTER EINER INSOLVENZVERSCHLEPPUNG?**

- ▶ **Faktischer Geschäftsführer**

- ➔ Die umstrittene Problematik der Einbeziehung „faktischer“ Geschäftsführer
- ➔ Die „rigorose“ Rechtsprechung
  - ▮➔ Möglichst weit reichende Strafbarkeit
- ➔ Bei Anerkennung der Einbeziehung:
  - ▮➔ Strittig, ob vorhandener faktischer Geschäftsführer die „Führungslosigkeit“ ausschließt
  - ▮➔ Übertragbar auf den „shadow director“/ „de facto director“ einer „Limited“ o. ä. Personen

## ► **Berater der Geschäftsführung**

➡ Keine Täterschaft, da § 15a InsO ein „Sonderdelikt“

|||➡ Keine Erweiterung des Täterkreises über die ausdrücklich Genannten hinaus

➡ Sonderdeliktscharakter schließt **strafbare Teilnahme** nicht aus

|||➡ Berater (und andere Personen) kommen als Anstifter oder Gehilfen in Betracht (§§ 26, 27 StGB)

|||➡ Beihilfe als Straftat ist abzugrenzen von bloßer berufstypischer Beratung

\* Dazu OLG Köln v. 3.12.2010 – I Ws 146/10, DStRE 2011, 1109 (mit Besprechung v. *Kudlich* JA 2011, 472)



## ● ZUSAMMENFASSUNG

- ▶ Die Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung ist „zivilrechtsakzessorisch“ ausgestaltet
- ▶ Rechtsformunabhängige Insolvenzantragspflicht trifft auch Organmitglieder von „Auslandsgesellschaften“
- ▶ Rechtsformabhängige sekundäre Pflicht nach § 15 Abs. 3 InsO ist nicht erweiterungsfähig
- ▶ Eine Vorsatztat setzt Kenntnis der Voraussetzungen der Antragspflicht voraus, nicht der Pflicht selbst
- ▶ Eine fahrlässige Straftat kommt nur bei primär zur Stellung eines Insolvenzantrags Verpflichteten (§ 15 Abs. 1, 2 InsO) in Betracht
- ▶ Täter kann nach der Rechtsprechung auch ein „faktischer Geschäftsführer“ sein
- ▶ Andere Personen können Anstifter/Gehilfen sein