

Dr. Felix Ruppert\*

## Strafrechtliche Risiken und Nebenwirkungen der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht

*Der Beitrag widmet sich der jüngsten, durch die wirtschaftlichen Folgen der Corona-Pandemie bedingten Aussetzung der Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages nach § 15 a InsO und § 42 Abs. 2 BGB, welche mittels des COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz (COVInsAG) auf den Weg gebracht wurde. Ziel dieser Aussetzung ist es, die Fortführung von infolge der Corona-Krise in wirtschaftliche Schieflage geratenen Unternehmen nicht nur zu ermöglichen, sondern auch zu erleichtern. Doch während derart eine drohende Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung ausgeschlossen ist und potenzielle Täter sich in Sicherheit wiegen, scheint das Strafrechtsrisiko für weitere Insolvenzdelikte demgegenüber mitunter gar zu steigen. Der Beitrag soll daher strafrechtliche Risiken und Nebenwirkungen der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht beleuchten, welche dem Ziel der erfolgreichen Unternehmensfortführung im Weg stehen können.*

### I. Aussetzung der Insolvenzantragspflicht

Die Corona-Pandemie hält die Welt weiter fest in ihrem Griff.<sup>1</sup> In Deutschland brachte sie unter anderem neuartig weitreichende staatliche Eingriffe in das Privat- und Wirtschaftsleben mit sich,<sup>2</sup> deren Folgen für die Ökonomie mitunter als existenzbedrohend beschrieben werden.<sup>3</sup> Um die

---

\* Dr. Felix Ruppert, Wirtschaftsjurist (Univ. Bayreuth), ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Medizinstrafrecht von Prof. Dr. Brian Valerius in Bayreuth.

1 Von einer „Naturkatastrophe in Zeitlupe“ sprechen nicht nur der Chefvirologe der Charité Drost, Zitat nach Tagesspiegel vom 13.3.2020, sondern auch Weller/Lieberknecht/Habrich NJW 2020, 1017 (1017).

2 Dazu im Einzelnen etwa BVerfG COVuR 2020, 31; BayVerfGH COVuR 2020, 32; VGH München COVuR 2020, 35; Rixen NJW 2020, 1097.

3 Dazu Tresselt/Kienast COVuR 2020, 21.

wirtschaftlichen Konsequenzen nicht zuletzt angesichts des Prinzips der unbegrenzten Vermögenshaftung<sup>4</sup> abzumildern, hat der Gesetzgeber daher in großer Eile das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht beschlossen.<sup>5</sup>

Aus insolvenzrechtlicher Warte findet sich mit der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach § 15 a InsO bzw. § 42 Abs. 2 BGB das Kernstück des Maßnahmenpakets in § 1 COVInsAG wieder.<sup>6</sup> Dieses soll die Fortführung von Unternehmen ermöglichen, welche infolge der Corona-Pandemie insolvent geworden oder in wirtschaftliche Schieflage geraten sind.<sup>7</sup> Insbesondere soll diesen so die Gelegenheit gegeben werden, die Zahlungsfähigkeit durch die Inanspruchnahme staatlicher Hilfe oder die Vereinbarung anderweitiger Finanzierungen wiederherzustellen.<sup>8</sup> Dementsprechend gering sind auch die Voraussetzungen einer Suspendierung der Antragspflicht: nach § 1 S. 2 COVInsAG ist die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags für sämtliche dem jeweiligen Anwendungsbereich unterfallende Schuldner zunächst bis zum 30. September 2020<sup>9</sup> ausgesetzt, was lediglich dann nicht gilt, wenn (1.) die Insolvenzreife eines Unternehmens nicht auf den Folgen der COVID-19-Pandemie beruht oder (2.) generell keine Aussicht auf eine Behebung der Zahlungsunfähigkeit besteht. Dabei kommt dem Betroffenen nicht nur aufgrund der negativen Formulierung des § 1 S. 2 COVInsAG die Vermutung des Nichtvorliegens einer der Ausnahmen zugute. Vielmehr wird diese Vermutung nach § 1 S. 3 COVInsAG noch besonders betont, insofern der Schuldner am 31.12. 2019 noch nicht zahlungsunfähig war.<sup>10</sup> An die Widerlegung dieser demnach doppelt strukturierten Vermutung sind nach der Gesetzesbegründung und ersten Stimmen in der Literatur höchste Anforderungen zu stellen,<sup>11</sup> sodass bezüglich des Beruhens der Insolvenzreife der Nachweis zu fordern sein dürfte, dass die Pandemie nicht ursächlich war.<sup>12</sup> Dem Betroffenen kommt darüber hinaus zu Gute, dass die mangelnde Aussicht auf eine Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit weder bezüglich des erforderlichen Grades an Konkretisierung, noch an Dauerhaftigkeit spezifiziert wird und so – insbesondere im Vergleich mit den insofern enger formulierten Krisenvorschriften anlässlich der Hochwasserkatastrophe im Jahr 2016<sup>13</sup> – weit gefasst ist, sodass auch insofern strenge Anforderungen an eine Widerlegung zu stellen sind.<sup>14</sup> Im Ergebnis wird so der Weg zu einer umfassenden Suspendierung der Pflicht zur Stellung des Insolvenzantrags geebnet.

## II. Strafrechtliche Risiken und Nebenwirkungen

Wird dem Schuldner dergestalt mehr Zeit eingeräumt, das in wirtschaftliche Schieflage geratene Unternehmen fortzuführen und die Zahlungsfähigkeit wiederherzustellen, so mag dies aus rein insolvenzrechtlicher Warte zunächst erfreulich sein. Doch in der Aussetzung der Antragspflicht ein Allheilmittel zu erblicken, welches unbeschwerte Rettungsversuche ermögliche, lässt die resultierenden strafrechtlichen Risiken und Nebenwirkungen der Maßnahme außer Acht. Denn im Gefilde einer Insolvenz droht im Hinblick auf strafrechtliche Konsequenzen nicht nur eine Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung. Vielmehr lauern weitere, durch die Suspendierung der Insolvenzantragspflicht mitunter erhöhte Strafbarkeitsrisiken.

### 1. Insolvenzverschleppung, § 15 a InsO

Im Rahmen der Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung nach § 15 a Abs. 4, Abs. 5 InsO kommt der Sinn und Zweck

des COVInsAG jedoch vollumfänglich zum Tragen: Üblicherweise macht sich nach diesem echten Unterlassungsdelikt<sup>15</sup> strafbar, wer unter Verletzung seiner Insolvenzantragspflicht gemäß § 15 a Abs. 1-3 InsO einen Insolvenzantrag nicht, nicht rechtzeitig oder nicht richtig stellt.<sup>16</sup> Dabei ist der Eröffnungsantrag ohne schuldhaftes Zögern, spätestens jedoch vor Ablauf der in § 15 a Abs. 1 S. 1 InsO statuierten Höchstpflicht von drei Wochen ab Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung zu stellen, wobei die Frist mit dem objektiven Eintritt der Insolvenzlage zu laufen beginnt.<sup>17</sup> Suspendiert § 1 COVInsAG nunmehr die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags, so ist mangels Handlungspflicht eine Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung bis zum Ablauf der Aussetzungsfrist ausgeschlossen.<sup>18</sup>

### a) Zeitliche Dimension

Wird während der Aussetzung der Antragspflicht eine gegebene Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung derart behoben, dass sie zum 30. September 2020<sup>19</sup> nicht mehr besteht, so erlischt die Insolvenzantragspflicht endgültig und ein Antrag ist nicht mehr zu stellen.<sup>20</sup> Selbiges gilt trotz der Rückwirkung des COVInsAG zum 1. März 2020 bezüglich Altfällen, deren Antragsfrist zum 1. März 2020 noch nicht abgelaufen war. Insbesondere ist diesbezüglich keine Beendigung der Tat aufgrund des Wegfalls der Pflichtenstellung anzunehmen, welche sodann aufgrund des lex mitior-Grund-

4 In Form des Grundsatzes „Geld hat man zu haben“, grundlegend *Medicus AcP* 188 (1988), 489 (489 ff.); zu daher erlassenen vertragsrechtlichen Sonderregeln *Schmidt-Kessel/Möllnitz NJW* 2020, 1103.

5 Am 25.3.2020 vom Bundestag, am 27.3.2020 durch den Bundesrat beschlossen, BGBl. 2020 I 569, BT-Drucks. 19/18110.

6 Eingehend zu einem daraus resultierenden Corona Krisen Compliance Programm *Tresselt/Kienast COVuR* 2020, 21; zu weiteren Regelungen ferner *Schluck-Amend NZI* 2020, 289.

7 BT-Drucks. 19/18110, 2 f.; dazu *Schülke DStR* 2020, 929 (929).

8 BT-Drucks. 19/18110, 21 f.; Nerlich/Römermann/Römermann, *InsO*, 40. EL März 2020, COVInsAG § 1 Rn. 6 f., 22.

9 Wobei die Regelung zur Aussetzung der Insolvenzantragspflicht gemäß § 4 COVInsAG durch Rechtsverordnung des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz bis zum 31. März 2020 ausgedehnt werden kann.

10 Zur Struktur *Hözle/Schulenberg ZIP* 2020, 633 (634 ff.) und *Thole ZIP* 2020, 650 (651 ff.).

11 BT-Drucks. 19/18110, 22; *Gehrlein DB* 2020, 713 (715); *Schluck-Amend NZI* 2020, 289 (291). Zur Struktur auch *BeckOK InsO/Wolfer*, 18. Ed. 1.4.2020, § 15 a Rn. 28 a ff.

12 So eben *BeckOK InsO/Wolfer*, 18. Ed. 1.4.2020, § 15 a Rn. 28 b; *Gehrlein DB* 2020, 713 (715); *Schluck-Amend NZI* 2020, 289 (291); ähnlich *Tresselt/Kienast COVuR* 2020, 21 (22 f.).

13 Die etwa das Kriterium ernsthafter Verhandlungen aufwiesen, welche zu begründeten Sanierungsaussichten führen, vgl. Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht bei hochwasser- und starkregenfallbedingter Insolvenz, BGBl. 2016 I 1824 (1838); ebenso die Forderung im Aufbauhilfegesetz anlässlich der Hochwasserkatastrophe 2013, welche eine aus Sicht eines ordentlichen Kaufmanns begründete Aussicht auf Erfolg verlangte, BGBl. I 2013 2401, dazu *Müller/Rautmann DStR* 2013, 1551 (1552 f.).

14 *BeckOK InsO/Wolfer*, 18. Ed. 1.4.2020, § 15 a Rn. 28 c; gleichwohl bleibt der Empfehlung bei *Tresselt/Kienast*, COVuR 2020, 21 (23) zuzustimmen, die fortlaufenden Aussichten und Bestrebungen zur Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit zu dokumentieren.

15 BGHSt 28, 371 (380); *MükoStGB/Hobmann*, 3. Aufl. 2019, *InsO* § 15 a Rn. 3; *Mitsch NStZ* 2018, 87 (88).

16 Eingehend *MÜKOInsO/Klöhn*, 4. Aufl. 2019, § 15 a Rn. 322; *Hefendehl ZIP* 2011, 601.

17 BGHZ 143, 184 (185 f.); BGHSt 48, 307 (309 f.); *MükoStGB/Hobmann*, 3. Aufl. 2019, *InsO* § 15 a Rn. 80 f.

18 *Altenburg/Kremer*, *Newsdienst Compliance* 2020, 21002; so bereits bezüglich der Aussetzung der Antragspflicht aufgrund der Hochwasserkatastrophe im Jahr 2013 *Müller/Raumann DStR* 2013, 1551 (1553).

19 Bzw. im Falle des Gebrauchs der Verlängerungsmöglichkeit zum 31. März 2020.

20 Vgl. zum Erlöschen der Antragspflicht mit der Beseitigung des Insolvenzgrundes BGHSt 15, 306 (310); BGH NJW 2007, 3131.

satzes zu einer Straflosigkeit führe.<sup>21</sup> Denn eine solche Beendigung der Tat würde ihrerseits deren vorherige Vollendung voraussetzen.<sup>22</sup> Die Annahme einer solchen Beendigung durch den Wegfall der Pflichtenstellung in Form der Suspendierung der Antragsfrist würde also letztlich den Vollendungszeitpunkt der Tat nach vorne verlagern und so nicht – wie intendiert – die Antragspflicht effektiv suspendieren, sondern vielmehr die Strafbarkeit selbst vorverlagern. Dies gilt umso mehr, da § 2 Abs. 3 StGB eine anschließende Straflosigkeit nicht begründen könnte, wurde doch lediglich die § 15 a InsO zugrunde liegende Pflicht zeitlich limitiert suspendiert, sodass der Gesetzeskern der Strafnorm der Insolvenzverschleppung unangetastet sowie dessen Wesen unberührt geblieben ist, sodass der Unrechtstypus fortbesteht.<sup>23</sup> Auch diese Fälle sind daher nicht zwingend straflos gestellt. Demnach erlischt die Insolvenzantragspflicht in sämtlichen Fällen erst, wenn bis zum 30. September 2020 die Zahlungsfähigkeit und bzw. oder Überschuldung behoben ist.

Etwas Anderes gilt aufgrund des Charakters der Insolvenzverschleppung als Dauerdelikt<sup>24</sup> jedoch, wenn der Insolvenzgrund über den Ablauf der Aussetzungsfrist hinaus fortbesteht, sodass in derartigen Fällen nunmehr ein Antrag zu stellen ist, um der Strafandrohung des § 15 a Abs. 4, 5 InsO dauerhaft zu entgehen. Dies deckt sich mit dem Ziel der Suspendierung, da so ausreichend Zeit bleibt, um den Insolvenzgrund zu beseitigen und das Unternehmen gesund aufzustellen, ohne auf der anderen Seite die gesamte Strafbarkeit nach § 15 a Abs. 4, 5 InsO zu beseitigen, wenn erkennbar ist, dass die Krise fortbesteht.

### b) Effektive Suspendierung der Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung

In der Zusammenschau wird das COVInsAG so seinem Ansinnen gerecht, dem Betroffenen die Fortführung seines Unternehmens zu erleichtern und ihm so einen Weg aus der Krise aufzuzeigen. Denn ein solcher Weg aus der Krise lässt sich nur gänzlich finden, wenn das Insolvenzstrafrecht hier seinen Strafanspruch zurückfährt, um nicht mit dem Schwert des Strafrechts einzureißen, was im Sinne des Insolvenzrechts ermöglicht werden soll. Eben dies geschieht, wird doch mit der Suspendierung der Insolvenzantragspflicht auch eine Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung faktisch suspendiert.

## 2. Insolvenzstrafrecht im engeren Sinne

Dennoch vermag sich der in der Unternehmenskrise handelnde Akteur entgegen der medialen Darstellung kaum in Sicherheit zu wiegen. Denn während eine Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung zunächst nicht in Betracht kommt, greifen die Schranken der Insolvenzstraftaten des Strafgesetzbuchs der §§ 283 ff. StGB mit nahezu unverminderter Kraft.

### a) Ausgangslage, §§ 283, 283 b, 283 d StGB

Dies gilt zuvorderst für die Speerspitze der Insolvenzstraftaten,<sup>25</sup> den Bankrott im Sinne des § 283 StGB, aber ebenso für die Verletzung der Buchführungspflicht des § 283 b StGB und die Schuldnerbegünstigung des § 283 d StGB.

Diesen Delikten ist gemein, dass die jeweilige Tat nur und erst dann strafbar ist, wenn (zumindest in gesetzlich angeordneter entsprechender Anwendung des § 283 Abs. 6 StGB) die objektive Strafbarkeitsbedingung in Gestalt der Einstellung der Zahlungen, der Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder dessen Ablehnung mangels Masse eingetreten ist.<sup>26</sup> Nachdem aber insbesondere die Zahlungseinstellung unabhängig von der Stellung eines Insolvenzantrages ist und angenommen wird, wenn der Schuldner wegen eines voraussichtlich dauer-

den Mangels an Zahlungsmitteln nach außen erkennbar aufgehört hat, seine fälligen Verbindlichkeiten zu begleichen,<sup>27</sup> tritt die Strafbarkeit in dieser Variante wie üblich ein.<sup>28</sup>

### b) Ausweg zur Suspendierung der Strafbarkeit

Ein Ausweg bestünde lediglich in der Übertragung des Grundgedankens einer insolvenzrechtsorientierten Auslegung im Insolvenzstrafrecht.<sup>29</sup> Im Hinblick auf die im Insolvenzstrafrecht notwendige Abgrenzung einer bloßen Zahlungsstockung von der letztlich strafbegründenden Zahlungseinstellung ist weithin anerkannt, dass letztere erst anzunehmen ist, sofern der Schuldner binnen drei Wochen die zu einem bestimmten Stichtag fälligen Forderungen nicht bedienen kann.<sup>30</sup> Diese Abgrenzungsfrist könnte nunmehr im Sinne des COVInsAG und in großzügiger Anlehnung an die zeitliche Suspendierung der Antragspflicht ausgedehnt werden. Der gestalt würde die generöse Ermöglichung einer Unternehmensfortführung auch im Rahmen der in Rede stehenden Delikte übernommen. Dies ist allerdings mit dem COVInsAG nicht unmittelbar intendiert und findet daher auch keinerlei Erwähnung in den Materialien, sodass die Strafbarkeit faktisch letztlich unvermindert droht. Dies gilt freilich nur umso mehr vor dem Hintergrund, dass die objektive Strafbarkeitsbedingung auch eintritt,<sup>31</sup> wenn es nach der Corona-Krise zu einem Insolvenzverfahren kommt, sodass die Entscheidungen während der Krise dennoch strafrechtlich zu würdigen blieben.<sup>32</sup> Einen Ausweg ließe insofern lediglich der für den Eintritt der Strafbarkeitsbedingung geforderte zeitliche und tatsächliche Zusammenhang zwischen Bankrothandlung und Zahlungseinstellung bzw. Insolvenzeröffnung,<sup>33</sup> der dann aber wiederum mit den Wertungen des COVInsAG aufgeladen werden müsste, obwohl dies so nicht vorgesehen ist.

Auch im Rahmen des besonders praxisrelevanten § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB könnte, indem § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgte, insbeson-

21 So aber *Altenburg/Kremer* Newsdienst Compliance 2020, 21002, welche eine Tat nach § 15 a Abs. 4 InsO gerade als durch den Wegfall der Pflichtenstellung beendet ansehen wollen, sodass sich eine endgültige Straflosigkeit unter Heranziehung der Meistbegünstigungsklausel des § 2 Abs. 3 StGB ergeben könne, nach welcher bei täterbegünstigenden materiellen Gesetzesänderungen zwischen Beendigung der Tat und der Entscheidung des Gerichts das jeweils mildeste Gesetz anzuwenden ist, vgl. zu diesem Grundsatz BGHSt 37, 320 (322); BGH NStZ-RR 2008, 342.

22 Vgl. BGHSt 14, 280 (281); 28, 371 (379 f.).

23 Vgl. zur herrschenden Ansicht von der Kontinuität des Unrechtstyps BGHSt 26, 167 (172); BGH JZ 1975, 702 (703 f.); Schönlke/Schröder/Hecker, 30. Aufl. 2019, StGB § 2 Rn. 22; Tiedemann FS Peters, 1974, 193 (202 ff.); Loos JR 1975, 248 (249 f.).

24 Misch NStZ 2018, 87 (88); vgl. ferner BGHSt 14, 280 (281); 28, 371 (379 f.).

25 Dazu LK/Tiedemann, 12. Aufl. 2009, StGB § 283 Rn. 14; Weyand/Diversy, Insolvenzdelikte, 10. Aufl. 2016, Rn. 61.

26 Dazu BGH NStZ 2007, 643 (644); BeckOK StGB/Beukelmann, 45. Ed. 1.11.2019, § 283 Rn. 30 ff.

27 BGH ZIP 2003, 410; was auch anzunehmen sein soll, wenn der Schuldner über einen Zeitraum von einem Monat mehr als 50 % der Verbindlichkeiten selbst eines einzelnen Gläubigers nicht begleicht, BGH NJW 2002, 515 (517).

28 Ebenso *Altenburg/Kremer* Newsdienst Compliance 2020, 21002; Thole, ZIP 2020, 650 (651).

29 Dazu MikoStGB/Petermann, 3. Aufl. 2019, Vor § 283 Rn. 5 f.; 81.

30 BGH NStZ 2007, 643 (644); NJW 2009, 2225; BeckOK StGB/Beukelmann, 45. Ed. 1.11.2019, § 283 Rn. 19; MikoStGB/Petermann, 3. Aufl. 2019, StGB Vor § 283 Rn. 81; Bork ZIP 2008, 1749 (1750); Natalie/Bader wistra 2008, 413 (414 f.).

31 Und zwar wie üblich außerhalb der Vorsatz- oder Fahrlässigkeitszurechnung, BT-Drucks. 7/3441, S. 33; RGSt 45, 88 (91 ff.); BGHSt 1, 186 (191); Satzger/Schluckebier/Widmaier/Bosch, 4. Aufl. 2019, StGB Vor §§ 283 ff. Rn. 15.

32 Vgl. zur weitreichenden zeitlichen Komponente auch BGHSt 1, 186 (191).

33 BGHSt 1, 186 (191); 28, 231 (234); eingehend Trüg/Habetha wistra 2007, 365 und Galneder/Ruppert KTS 79 (2018), 133 (149 f.).

dere der Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes oder der Umsetzung des Sanierungskonzeptes dienende Zahlungen als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar erachtet, eine Strafbarkeit im Einzelfall bezüglich derartiger Zahlungen zurückzunehmen sein. Dies gilt umso mehr für die Ansicht, welche einen Verstoß gegen die Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft entgegen dem Wortlaut nicht nur auf die Bankrott-handlungen des Zerstörens, Beschädigens oder Unbrauchbarmachens, sondern auch auf das Beiseiteschaffen fordert.<sup>34</sup> Gleichwohl müsste dazu die Anforderung an die Sorgfalt des Geschäftsleiters als jene an eine ordnungsgemäße Wirtschaft entsprechend betrachtet werden, was aufgrund der unterschiedlichen Zielrichtung fernliegend erscheint.<sup>35</sup>

### c) Zwischenfazit

In der Zusammenschau bestehen so zwar mehrere jeweils definitorisch oder konstruktiv mögliche Auswege aus der drohenden Strafbarkeit. Aufgrund der gänzlichen Enthaltung des Gesetzgebers im Hinblick auf derartige Einschränkungen bieten diese allerdings keine hinreichende Grundlage, um sich als Betroffener angesichts eines besonderen Verfolgungseifers der Staatsanwaltschaften darauf verlassen zu können. Den Akteuren kommen durch die Suspendierung der Insolvenzantragspflicht keine unmittelbaren Vorteile im Hinblick auf das Insolvenzstrafrecht im engeren Sinne zu Gute, sodass bei allen Sanierungsversuchen unabhängig der Antragspflicht die Liquiditätsslage zu prüfen bleibt.

### d) Schutzschild Gläubigerbegünstigung, § 283 c StGB

Sofern bisweilen eine Limitierung der Strafbarkeit wegen Gläubigerbegünstigung im Sinne des § 283 c StGB angedacht wird, da schließlich § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG bestimmte Handlungen als nicht gläubigerbenachteiligend definiert,<sup>36</sup> so bleibt auf die systematische Stellung des § 283 c StGB im Vergleich zu § 283 StGB hinzuweisen. Schließlich stellt § 283 c in diesem Verhältnis einen Privilegierungstatbestand dar,<sup>37</sup> dessen Strafraum gegenüber § 283 StGB deutlich gesenkt ist. Dies begründet sich vor dem Hintergrund, dass die Insolvenzmasse zwar geschmälert wird, der Empfänger der Vermögensmasse jedoch ein Gläubiger ist.<sup>38</sup> Soll nun also die Reichweite des Privilegierungstatbestands eingeschränkt werden, das Grunddelikt aber insofern unangetastet bleiben, so würde der Schutz des Privilegierungstatbestandes zugunsten des Grundtatbestandes genommen und so das Risiko einer hohen Strafe für den Betroffenen signifikant erhöht. Eine Straffreistellung im Lichte des § 283 c StGB vermag daher ausschließlich dann zu erfolgen, wenn die Handlung nicht zugleich § 283 StGB unterfällt, da ansonsten das Ansinnen des COVInsAG über das Insolvenzstrafrecht torpediert würde und es gar eine höhere Strafe herbeiführen würde. Eine solche würde ohne jedweden Niederschlag in den Materialien die strafrechtliche Haftung in der Corona-Krise ungewollt verschärfen und bleibt daher abzulehnen.

## 3. Insolvenzstrafrecht im weiteren Sinne

Doch auch im Insolvenzstrafrecht im weiteren Sinne lauern Stolpersteine für den handelnden Akteur, welche im Zuge der Aussetzung der Antragspflicht seitens des Gesetzgebers nicht bedacht worden sind.

### a) Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt, § 266 a StGB

Eine ungewollte Verschärfung der strafrechtlichen Ahndung durch die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht könnte

sich in besonderem Maße im Rahmen des Vorenthaltes und Veruntreuens von Arbeitsentgelt nach § 266 a StGB ergeben. Insbesondere in der Unternehmenskrise kommt es bisweilen dazu, dass Sozialabgaben nicht oder nicht mehr rechtzeitig abgeführt werden, mitunter um die Arbeitskraft der Belegschaft durch die als vorrangig empfundene Auszahlung des Nettolohns zu sichern. Doch selbst wenn kein Entgelt an den Arbeitnehmer mehr ausbezahlt wird, bleibt die Vorenthaltung der Beiträge gegenüber der Einzugsstelle im Lichte des § 266 a grundsätzlich strafbewehrt.<sup>39</sup>

Eine potenzielle Verschärfung dieses Strafbarkeitsrisikos erwächst dem handelnden Akteur nunmehr durch die in § 1 S. 1 COVInsAG angeordnete Aussetzung der Antragspflicht. Denn in der Rechtsprechung ist jedenfalls anerkannt, dass sich der Verantwortliche während der laufenden Insolvenzantragspflicht des § 15 a Abs. 1 InsO nicht wegen Vorenthaltes von Arbeitsentgelt strafbar macht, da ihn sodann aufgrund des besonderen Zwecks der Schutzvorschriften der §§ 64 Abs. 2 GmbHG, 92 Abs. 2 AktG eine besondere Masseicherungspflicht trifft, welche in einem grundsätzlichen Zahlungsverbot resultiert, sodass insofern eine Rechtfertigung gegenüber der Strafbarkeit aus § 266 a StGB gegeben ist.<sup>40</sup>

Wird nunmehr jedoch die Insolvenzantragspflicht suspendiert, so profitiert der Betroffene nicht mehr von dem aus der Masseerhaltungspflicht resultierenden Rechtfertigungsgrund, sodass eine zeitlich vorverlagerte Strafbarkeit droht. Die derweil bis Ende Mai auf Antrag und als ultima ratio eingeräumte Stundungsmöglichkeit bezüglich der fälligen Beiträge seitens der Sozialversicherungsträger<sup>41</sup> deckt den Aussetzungszeitraum nicht ab und ist mit zu vielen Variablen versehen, als dass insofern von einem ausreichenden Schutz zu sprechen sein könnte.

Besonders bedenklich scheint in diesem Kontext darüber hinaus die Regelung des § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG, wonach Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters im Sinne der § 64 Abs. 2 GmbHG, § 92 Abs. 2 AktG vereinbar sind. Denn dadurch wird klargestellt, dass der gesetzliche Anknüpfungspunkt der Rechtfertigungslage – eben die aus diesen Vorschriften der § 62 Abs. 2 GmbHG und des § 92 Abs. 2 AktG resultierende Masseerhaltungspflicht – während der laufenden Insolvenzantragspflicht in Zeiten der Corona-Pandemie dem Betroffenen nicht zur Verfügung stehen dürfte, sodass die Grundlage der Rechtfertigungslösung rechtskonstruktiv in weite Ferne rückt.

Intendiert war diese Folge, welche dem die Rettung des Unternehmens im Rahmen der neuen Möglichkeiten des In-

34 So RGSt 62, 277 (278); BGHSt 34, 309 (310); MükStGB/Petermann, 3. Aufl. 2019, § 283 Rn. 14; NK-StGB/Kindhäuser, 5. Aufl. 2017, § 283 Rn. 15; Schönte/Schröder/Heine/Schuster, 30. Aufl. 2019, StGB § 283 Rn. 4.

35 In diesem Sinne daher auch das Fazit bei Uhlenbruck/Hirte, InsO, 15. Aufl. 2020, COVInsAG § 1 Rn. 20.

36 So Altenburg/Kremer, Newsdienst Compliance 2020, 21002.

37 BGHSt 34, 221 (225); MükStGB/Petermann, 3. Aufl. 2019, StGB § 283 c Rn. 1; NK-StGB/Kindhäuser, 5. Aufl. 2017, § 283 c Rn. 1; Bittmann/Brand, Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl. 2017, 826.

38 BGHSt 34, 221 (224 f.); 35, 357 (361 f.); Bittmann/Brand, Insolvenzstrafrecht, 2. Aufl. 2017, 826 f.

39 Schönte/Schröder/Perron, 30. Aufl. 2019, StGB § 266 a Rn. 9; Ignor/Rixen NStZ 2002, 510 (512) mwN zum vorangegangenen Streit.

40 BGH NJW 2003, 3787 (3788 f.); MükStGB/Radtke, 3. Aufl. 2019, StGB § 266 Rn. 68; Radtke NStZ 2004, 562 (563); Gross/Schork NZI 2004, 358 (361); Rönna JZ 2008, 46; eingehend Brand GmbHHR 2010, 237 (238 ff.).

41 GKV-Spitzenverband, Pressemitteilung vom 25.3.2020.

solvenzrechts ersuchenden Akteur schutzlos die Wirkungen des erweiterten Insolvenzstrafrechts auferlegt, sicher nicht. Als Ausweg bliebe zwar die Möglichkeit, die Rechtfertigung während der laufenden Insolvenzantragsfrist auch auf den Zeitraum der Suspendierung der Antragsfrist zu übertragen.<sup>42</sup> Dies wäre auch der Sache nach wünschenswert und dem Ziele nach ein gangbarer Weg aus der strafrechtlichen Schlaufe, erscheint auf Grundlage des durch § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG entzogenen gesetzlichen Anknüpfungspunkts allerdings alles andere als sicher, sodass der Gesetzgeber insofern dringend nachbessern sollte.

### b) Betrug, § 263 StGB

In unverminderter Art und Weise bleibt auch das materielle Strafbarkeitsrisiko wegen eines Eingehungsbetruges bestehen.<sup>43</sup> Diesbezüglich ist bereits seit langem anerkannt, dass die konkludente Täuschung über die eigene Zahlungsfähigkeit einen Betrug zu begründen vermag.<sup>44</sup> Weist der um die Rettung seines Unternehmens bestrebte Akteur bei nicht auf die finanzielle Schieflage hin, so versteht der Rechtsverkehr beispielsweise unter einer getätigten Bestellung auch die Erklärung, der Besteller sei fähig, die resultierende Zahlungsverpflichtung zum Fälligkeitszeitpunkt zu bedienen,<sup>45</sup> wird doch die gegenwärtige Liquidität bei Geschäften mit alsbaldigem Leistungsaustausch stillschweigend zugesichert.<sup>46</sup> Eine Täuschung darüber oder über die Einschätzung der Liquiditätsentwicklung wird bereits angenommen, wenn ernsthafte Zweifel bestehen, die eingegangene Verpflichtung zum vereinbarten Zeitpunkt erfüllen zu können<sup>47</sup> oder wenn der Schuldner lediglich darauf hofft, leistungsfähig zu sein.<sup>48</sup> Dies gilt mitunter nicht nur für neu abgeschlossene Verträge, sondern auch im Rahmen der Fortführung eines bestehenden Vertragsverhältnisses für lediglich neu in Auftrag gegebene Bestellungen.<sup>49</sup>

In Zeiten der Krise birgt somit jeder neue Vertragsschluss ebenso wie jede neue Bestellung das Risiko, durch die Täuschung über die eigene Liquidität einen Betrug zu begehen. Angesichts der Corona-Krise von den bekannten Maßstäben hinsichtlich der konkludenten Täuschung abzuweichen und den Lieferanten die berechtigte Erwartung abzuspüren, auf eine Schieflage des Bestellers aufmerksam gemacht zu werden,<sup>50</sup> überzeugt dagegen nicht, da gerade in Krisenzeiten auch die Lieferanten ein gesteigertes Interesse an der Liquidität der Besteller haben. Ferner würde ein derart generalisiertes Misstrauen nicht nur das Vertrauen in den Grundsatz *pacta sunt servanda*<sup>51</sup> entwerten, sondern darüber hinaus den strafrechtlichen Schutz der Lieferanten zuhauf entfallen lassen und diese demnach schutzlos stellen.

Vermag demzufolge jeder Vertragsschluss eine Betrugsstrafbarkeit zu begründen, so erhöht die Suspendierung der Antragspflicht das bestehende Strafbarkeitsrisiko, indem sie die zeitliche Phase ausdehnt, in der Verantwortliche angesichts und in Kenntnis der eigenen Krise Verhandlungen führen und Verträge abschließen dürfen, um das Unternehmen zu sanieren. Wiegt sich der Akteur nunmehr durch die Suspendierung der Antragspflicht in Sicherheit und versucht im Angesicht der Krise (sowie ganz im Sinne des COVInsAG) durch neue Geschäftsbeziehungen und Vertragsschlüsse sein Unternehmen zu sanieren, so ist das Strafbarkeitsrisiko enorm. Aufgrund der verlängerten Zeitspanne erweitert die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht das Strafbarkeitsrisiko eines Eingehungsbetrugs somit erheblich.

Angesichts dieses Risikos scheint es auch trotz der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht als sinnvoll, die Beantragung eines Insolvenzverfahrens als Eigenverwaltungsverfahren

(§ 270 a InsO) und in Verbindung mit einem Schutzschirm (§ 270 b InsO) in Betracht zu ziehen.

### III. Notwendigkeit eines Regelungskonzeptes

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die erfolgte Suspendierung der Insolvenzantragspflicht isoliert betrachtet ein sinnvoller Schritt sein mag, um dem Unternehmen aus der Krise zu helfen und eine Fortführung zu ermöglichen.

Die mangelnde Harmonisierung dieses Schritts mit dem Insolvenzstrafrecht lässt aber befürchten, dass anstelle des Unternehmens der handelnde Akteur aufgrund einer Strafbarkeit in seine persönliche Krise gestürzt werden könnte.

### 1. Insolvenzstrafrecht als Limitierung der Rettungsbemühungen

Dies gilt nicht nur für die unbeschränkte Strafbarkeit wegen §§ 283, 283 b, 283 d StGB, sondern aufgrund der nunmehr zurückgenommenen rechtfertigenden Wirkung der Antragspflicht auch für die gar in erhöhtem Maße drohende Strafbarkeit nach § 266 a StGB. Bedauerlich ist ferner, dass der Verantwortliche durch den Wegfall der Antragspflicht zwar sein Unternehmen über eine lange Zeitspanne retten können soll, in diesem erweiterten Zeitraum aber dem Strafbarkeitsrisiko eines Eingehungsbetrugs unterliegt, sodass über seinen Restrukturierungsbemühungen das Damoklesschwert des Eingehungsbetruges schwebt.

De lege lata bestehen zwar Möglichkeiten zur Umgehung dieser Strafbarkeitsrisiken im Wege der Auslegung. Diese finden jedoch keinerlei Niederschlag im Willen des Gesetzgebers und können daher keineswegs als gesicherter Ausweg gelten, sodass sie die bestehende Gefahr einer Strafbarkeit nicht zufriedenstellend lindern. Aus strafrechtlicher Warte ist daher bisweilen dennoch eine Antragstellung zu eruieren, um dem drohenden Strafbarkeitsrisiko (und der bisweilen damit einhergehenden Haftung über § 823 Abs. 2 BGB) zu entgehen.

### 2. Forderungen an ein Regelungskonzept

Da die gegenwärtige Situation um das Insolvenzstrafrecht dem Ansinnen des Gesetzgebers, eine Unternehmensfortführung gerade zu erleichtern, somit diametral zuwiderläuft, bleibt zu fordern, dass die Aussetzung der Antragspflicht nur der erste Teil eines Regelungskonzeptes darstellt, in dessen Fortgang die Auswirkungen auf das Insolvenzstrafrecht behandelt und auch insofern mildere Saiten aufgezogen werden, um dem Corona-Blues sinnvoll entgegenzutreten.

42 So im Ergebnis begrüßenswert *Altenburg/Kremer* Newsdienst Compliance 2020, 21002.

43 Dazu *Altenburg/Kremer* Newsdienst Compliance 2020, 21002; *Tresselt/Kienast* COVur 2020, 21 (24).

44 Statt vieler BGH wistra 1982, 66 (67); MükStGB/Hefendehl, 3. Aufl. 2019, StGB § 263 Rn. 159.

45 BGH NJW 1954, 1414 (1415); Schönke/Schröder/Perron, 30. Aufl. 2019, StGB § 263 Rn. 27; *Schülke* DStR 2020, 929 (935).

46 BGH GA 1972, 209 (209 f.); NSZ 1983, 505 (506); 2009, 694.

47 BGH wistra 1984, 223 (224); MükStGB/Hefendehl, 3. Aufl. 2019, StGB § 263 Rn. 159 ff mwN.

48 BGH JZ 1952, 282; GA 1965, 208; NK-StGB/Kindhäuser, 5. Aufl. 2017, § 263 Rn. 125 mwN.

49 BGH NSZ 1998, 568 (569).

50 So *Brand* BB 2020, 909 (913); *Schülke* DStR 2020, 929 (935); aA *Altenburg/Kremer* Newsdienst Compliance 2020, 21002; *Amendi* NZI 2020, 289 (292).

51 Zu diesem Grundsatz im deutschen Recht sowie Insolvenzrecht eingehend *Arnold* NZI 2019, 49.

Daher ist der Gesetzgeber aufgerufen, hinsichtlich strafrechtlicher Risiken und Nebenwirkungen Klarheit zu schaffen. Dies betrifft namentlich

- das Verhältnis der Aussetzung der Antragspflicht zu den Insolvenzstraftaten im engeren Sinne, welche dem Betroffenen faktisch unvermindert drohen,
- die negative Wechselwirkung mit der durch die Suspension der Antragspflicht wegfallenden Rechtfertigungslage und somit drohenden Strafbarkeit im Zuge des § 266 a StGB sowie
- die durch die Aussetzung der Antragspflicht sehr breite Zeitspanne, in der dem Handelnden die Strafbarkeit we-

gen eines Eingehungsbetruges gerade im Rahmen der für eine Unternehmenssanierung so wichtigen Vertragsschlüsse droht.

Nur so vermag der mit der Aussetzung der Antragspflicht eröffnete Weg fortgesetzt sowie Rechtssicherheit geschaffen zu werden, ohne Schuldner dem Verfolgungseifer der Staatsanwaltschaft auszusetzen.

Denn wo das Insolvenzrecht Auswege aus der Krise schaffen soll, diese aber durch das Strafrecht versperrt bleiben, wird die Rettung des Unternehmens zum Drahtseilakt und das eigentliche Ansinnen, die Fortführung des Unternehmens zu ermöglichen, verfehlt. ■