

Aktuelle strafrechtliche Fragen in Krise und Insolvenz

Juni bis Dezember 2018

Rechtsanwalt Rolf E. Köllner und Rechtsanwältin Vera Cyrus, LL. M., Köln

I. BVerfG: Durchsuchung einer Anwaltskanzlei im Zuge des „Diesel-Skandals“ – Jones-Day

1. Sachverhalt

Am 15.3.2017 wurden im Zuge der Ermittlungen der Staatsanwaltschaft München II wegen des „Diesel-Skandals“ die Münchener Kanzleiräume der US-amerikanischen Rechtsanwaltskanzlei Jones Day durchsucht, die von der VW AG mit der Sachaufklärung beauftragt worden waren. Es wurden zahlreiche Aktenordner sowie ein umfangreicher elektronischer Datenbestand mit den Ergebnissen der internen Ermittlungen sichergestellt. Die 3. Kammer des 2. Senats des BVerfG hat mit Beschlüssen vom 26.6.2018 entschieden, dass die Anordnung der Durchsuchung und die Bestätigung der Sicherstellung der dort aufgefundenen Unterlagen zum Zwecke der Durchsicht verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sind. Zwei Verfassungsbeschwerden der VW AG, zwei Verfassungsbeschwerden der Kanzlei und eine Verfassungsbeschwerde der dort tätigen Rechtsanwälte wurden nicht zur Entscheidung angenommen (2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17, NJW 2018, 2385 [VW-AG]; 2 BvR 1287/17, 2 BvR 1583/17, NJW 2018, 2392 [Jones Day]; 2 BvR 1562/17, NJW 2018, 2395 [RAe]). Die VW AG sei durch die Sicherstellung weder in ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung noch in ihrem Recht auf ein faires Verfahren verletzt. Bezüglich der Durchsuchung fehle das Rechtsschutzbedürfnis. Die Kanzlei sei nicht grundrechts- und daher auch nicht beschwerdeberechtigt. Die Rechtsanwälte seien nicht beschwerdebefugt (vgl. BVerfG, PM Nr. 57/2018 vom 6.7.2018, s. www.bundesverfassungsgericht.de; detaillierte Zusammenfassung mit Anm. s. Köllner, NZI 2018, 833)

2. Praxishinweis

Die im Berichtszeitraum von der Literatur wohl am meisten beachteten Entscheidungen sind für Sanierer und Insolvenzverwalter relevant, weil beide in der Praxis häufig mit dem Verdacht von Fehlverhalten früherer oder aktueller Mitarbeiter konfrontiert sind. Die Sachverhalte sind zu ermitteln und zum Zwecke der Geltendmachung möglicher zivilrechtlicher Schadenersatzansprüche und zur persönlichen Haftungsvermeidung (§ 60 InsO) aufzuarbeiten. Gleichzeitig ist auch eine mögliche Unternehmenshaftung nach den §§ 30, 130 OWiG im Blick zu behalten. Die Aufarbeitung von Regelverstößen und anschließende Implementierung von Maßnahmen zur zukünftigen Vermeidung derselben ist bei der Festsetzung von Geldbußen mindernd zu berücksichtigen (vgl. BGH, NZWiSt 2018, 379 m. Anm. Adick/Pasewaldt = BeckRS 2017, 114578). Nicht zuletzt führen potenzielle Investoren immer häufiger auch eine *criminal due diligence* durch.

Wenn mit der Durchführung externe Rechtsanwälte beauftragt werden, unterliegen die Ergebnisse gegebenenfalls einer Beschlagnahme durch die staatlichen Ermittler. Zu Beginn derartiger Aufträge sollte daher der Auftrag klar definiert werden. In vielen Fällen ist es zur Vermeidung eben solcher

überraschenden Zwangsmaßnahmen wie im hiesigen Fall ratsam und aus anwaltlicher Vorsicht geboten, frühzeitig eine Kooperation und Kommunikation mit den Ermittlungsbehörden aufzunehmen (s. auch *Köllner*, NZI 2018, 833; *Momsen*, NJW 2018, 2362; *Lilie-Hutz/Ihwas*, NZWiSt 2018, 349; *Gerhold*, DStR 2018, 1943; *Baur*, NZG 2018, 1092; *Pelz*, CCZ 2018, 211).

II. BGH: Bankrottstrafbarkeit gem. § 283 StGB – Krisenmerkmal der Zahlungsunfähigkeit

Der *BGH* hat mit Beschluss vom 10.7.2018 entschieden, dass die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit im Strafverfahren anhand wirtschaftskriminalistischer Beweisanzeichen (zB erfolglose Vollstreckungen) festgestellt werden kann, dann aber von einer bloßen Zahlungsstockung abzugrenzen ist. Hierzu bedarf es zusätzlich zur stichtagsbezogenen Gegenüberstellung einer Prognose, ob innerhalb einer Drei-Wochen-Frist mit der Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit sicher zu rechnen ist (zB durch Kredite, Zuführung von Eigenkapital ua) (1 StR 605/16, NZI 2018, 764 m. Anm. *Brand*, NZI 2018, 766).

1. Sachverhalt

Der Angeklagte hat veranlasst, dass ihm vertraglich zustehende Provisionszahlungen nicht mehr wie bisher auf unter seinem Namen geführte Konten, sondern auf Konten seiner von ihm getrenntlebenden Ehefrau bzw. einer GmbH zu zahlen. Das *LG* wertete dieses Verhalten als „Beiseiteschaffen“ von zur Insolvenzmasse gehörender Gegenstände nach Eintritt des Krisenmerkmals der Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 II InsO. Er wurde wegen vorsätzlichen Bankrotts in zwei Fällen sowie wegen falscher Versicherung an Eides statt zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt.

2. Entscheidung

Der *1. Strafsenat* des *BGH* bestätigte die Entscheidung mit Beschluss vom 10.7.2018. Zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit iSd § 17 II InsO heißt es unter anderem, der Schuldner sei zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen. Die prozessuale Feststellung der Zahlungsunfähigkeit erfolge sowohl für das Insolvenzverfahren (vgl. nur *BGH*, NZI 2018, 34 m. Anm. *Frystatzki*, NZI 2018, 36) als auch im Insolvenzstraftaten betreffenden Strafverfahren idR durch eine betriebswirtschaftliche Methode, die eine stichtagsbezogene Gegenüberstellung der fälligen Verbindlichkeiten einerseits und der zu ihrer Tilgung vorhanden oder kurzfristig herbeizuschaffenden Mittel andererseits voraussetzt (*BGH*, NStZ-RR 2018, 216 mwN, sowie *wistra* 2017, 495 [498] = BeckRS 2017, 112307). Nach st. Rspr. des *BGH* könne sich das Tatgericht im Strafprozess die Überzeugung (§ 261 StPO) vom Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 II InsO auch auf der Grundlage wirtschaftskriminalistischer Beweisanzeichen bilden, wobei die so festgestellte Zahlungsunfähigkeit von einer strafatbestandlich nicht ausreichenden Zahlungsstockung abzugrenzen sei (Rn. 3).

Bei der Gegenüberstellung der Verbindlichkeiten einerseits und der liquiden Mittel andererseits sind – entgegen der

Auffassung des revidierenden Angeklagten – rechtskräftig titulierte Schadenersatzforderungen von Gläubigern als fällige Forderungen mit einzubeziehen. Zwar setze die Fälligkeit von Forderungen voraus, dass – über die Fälligkeit iSv § 271 BGB hinaus – die geschuldete Leistung „ernsthaft eingefordert“ wird. Dies sei der Fall, wenn eine Handlung des Gläubigers gegeben ist, aus der sich der Wille ergibt, die Erfüllung möglicher Zahlungsansprüche zu verlangen (*BGHZ* 173, 286 [293] = *NZI* 2007, 579; *wistra* 2017, 495 [498] = *BeckRS* 2017, 112307). Dieses Einfordern ergebe sich bereits aus dem Umstand des jeweils erfolgreichen Einklagens der Forderungen, das zu rechtskräftigen Entscheidungen darüber geführt hat. Werde eine geltend gemachte rechtskräftige Forderung rechtskräftig zugesprochen, bestehe diese von Anfang an und sei deshalb bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit zu berücksichtigen. Die materielle Berechtigung entsprechend titulierter Forderungen sei zwar grundsätzlich nicht im Insolvenzverfahren zu prüfen, sondern außerhalb dessen geltend zu machen. Seien solche Forderungen, wie die hier fraglichen Schadenersatzansprüche aber rechtskräftig zuerkannt und könne deshalb aus ihnen sogleich vollstreckt werden, müssten sie bei der Bewertung der Zahlungsunfähigkeit berücksichtigt werden. Auf die materielle Richtigkeit der zugrunde liegenden Urteile komme es dann im Hinblick auf das Krisenmerkmal nicht an (*BGH*, *NZI* 2018, 764 Rn. 6).

3. Praxishinweis

Die Entscheidung bereitet Schwierigkeiten in den Fällen, in denen die rechtskräftige Titulierung zeitlich erst nach dem maßgeblichen Stichtag für die Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit erfolgt. Nach der Entscheidung des *1. Strafsenats* ist die Forderung – als von Anfang an bestehend – in die Gegenüberstellung einzubeziehen. Diese Folge wurde kritisiert, da der (nachträgliche) Titel bereits vor seinem Erlass eine die Prüfung der materiellen Berechtigung „ersetzende“ Wirkung zukommt, die keine Grundlage im Gesetz finde (vgl. *Floeth*, *EWiR* 2018, 691 [692]).

Ebenso wurde kritisiert, dass der *1. Strafsenat* die Frage (weiterhin) offen ließ, ob nicht rechtskräftig festgestellte, vom Gläubiger zwar geltend gemachte, aber vom Schuldner bestrittene Forderungen in die Gegenüberstellung einzubeziehen sind. Dies sei zu bejahen, wenn der Strafrichter zu dem Ergebnis komme, dass die Forderung besteht (*Brand*, *NZI* 2018, 766 [767]). In der Literatur wird teils vertreten, dass substantiiert bestrittene Forderungen generell unberücksichtigt bleiben oder nur ein objektives Prozessverlustrisiko anzusetzen ist, vgl. *Brand*, *NZI* 2018, 766 (767) mwN.

In der Beratungspraxis ist der sicherste Weg zu wählen und im Zweifel eine Berücksichtigung der strittigen Forderung vorzunehmen. In Fällen, in denen es zur Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit auf eine einzige solche (vom Schuldner) bestrittene Forderung ankommt, ist besondere Sorgfalt geboten. Der Sanierer bzw. insolvenzrechtliche Berater sollte – um sich nicht womöglich mit dem Tatvorwurf der Beihilfe zu Insolvenzstraftaten konfrontiert zu sehen – eine valide Dokumentation seiner Erwägungen und Beratung vornehmen.

III. KG: Ungeeignetheit für das Geschäftsführeramt wegen eines Strafbefehls

Das KG hat mit Beschluss vom 17.7.2018 (22 W 34/28) die Löschung der Eintragung eines Geschäftsführers durch das Registergericht bestätigt.

1. Sachverhalt

Gegen den GmbH-Geschäftsführer war unter anderem wegen Insolvenzverschleppung, Vorenthaltens von Arbeitsentgelt in 34 Fällen und Bankrotts in drei Fällen ein Strafbefehl ergangen. Die Staatsanwaltschaft teilte dies dem Registergericht mit. Das Registergericht kündigte dem Geschäftsführer die Löschung seiner Eintragung aus dem Handelsregister wegen des Fehlens einer wesentlichen Voraussetzung gem. § 395 I 1 FamFG an. Sein dagegen gerichteter Widerspruch blieb erfolglos. Nach § 410 III StPO steht der rechtskräftige Strafbefehl einem Urteil gleich. Nach der Auffassung des KG gilt diese Gleichstellung nicht nur im Strafverfahrensrecht, sondern auch im Gesellschaftsrecht und ein einschlägiger Strafbefehl stellt eine Verurteilung iSv § 6 II Nr. 3 GmbHG dar, die zur Ungeeignetheit des Geschäftsführers führt.

2. Praxishinweis:

Nach § 6 II Nr. 3 a-d GmbHG führt jede Verurteilung wegen vorsätzlicher Insolvenzverschleppung, §§ 283 bis 283 d StGB (Bankrott/Insolvenzstraftaten), falscher Angaben nach § 82 GmbHG, § 399 AktG sowie unrichtiger Darstellung (§ 400 AktG, § 331 HGB, § 313 UmwG, § 17 PubliG) zum Verlust der Eignungsvoraussetzung als Geschäftsführer.

Erfolgt eine Verurteilung ausschließlich wegen Betrugs, Untreue oder des Vorenthaltens von Arbeitsentgelt (§§ 263 bis 264 a, 265 b bis 266 a StGB), so führt erst eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr zur Ungeeignetheit, § 6 II Nr. 3 e GmbHG.

Diese manchmal auch Staatsanwaltschaften und Gerichten nicht präsente Differenzierung bietet die Chance, im Falle einer unvermeidbaren Sanktionierung darauf hinzuwirken, dass eine Verurteilung „nur“ wegen der Straftaten nach Buchst. e erfolgt und dadurch gegebenenfalls die Organstellung und damit oftmals die wirtschaftliche Existenzgrundlage des Betroffenen erhalten bleiben kann. Begünstigt wird diese Möglichkeit dadurch, dass der Nachweis von Insolvenzstraftaten in der Praxis äußerst kompliziert ist, da der genaue Zeitpunkt der Insolvenzreife bestimmt werden muss, was idR nur durch aufwändige Gutachten möglich ist. Hingegen ist der Nachweis des Vorenthaltens von Arbeitsentgelt für die Ermittlungsbehörden durch einfache Nachfrage bei den Krankenkassen unkompliziert, kostengünstig und schnell möglich.

IV. Compliance-Update

1. AML (anti money laundering): 5. EU Geldwäscherichtlinie in Kraft

Am 9.7.2018 trat die Richtlinie 2018/843 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinien 2009/138/EG und 2013/36/EU – auch bekannt als 5. Geldwäscherichtlinie – in Kraft. Die Richtlinie ist von den Mitgliedsstaaten bis zum 10.1.2020 in nationales Recht umzusetzen.

Während die erste europäische Geldwäscherichtlinie aus dem Jahre 1991 vor allem der Bekämpfung des Drogenhandels galt und hauptsächlich Banken und Finanzdienstleister verpflichtete (Richtlinie 91/308/EWG), richteten sich die nachfolgenden Versionen an immer mehr Dienstleister und umfasste eine steigende Zahl von Transaktionen. Die zweite Richtlinie vom 4.12.2001 verpflichtete auch Bereiche außerhalb des Finanzsektors. Die Sorgfaltspflichten wurden kontinuierlich verschärft und von Deutschland unter anderem

im Jahr 2008 mit dem Geldwäschegesetz durch die Einführung einer Zentralstelle für Verdachtsanzeigen umgesetzt (Richtlinie 2005/60/EG). Mit der vierten Geldwäscherichtlinie (2015/849) sollten im Wesentlichen hohe Barzahlungen bekämpft werden, die im Verdacht des Missbrauchs zum Zwecke der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung stehen.

Die 5. Geldwäscherichtlinie setzt diesen Trend fort: Sie modernisiert die vorherige Version, indem sie virtuelle Währungen (Bitcoin usw.) einbezieht. Neben den Steuerberatern, die bereits jetzt verpflichtet sind, werden in den sachlichen Anwendungsbereich alle anderen Personen und Gesellschaften aufgenommen, die materielle Hilfe oder Unterstützung in Steuerfragen leisten (zB Abschlussprüfer, externe Buchprüfer). Es muss sich um ein wesentliches Geschäft oder um eine gewerbliche Tätigkeit handeln, sodass interne Steuerabteilungen von Unternehmen nicht erfasst werden, da diese nicht gewerblich tätig sind. Weiter erfasst werden Immobilienmakler, die privat oder gewerblich Immobilien vermieten, und zwar ab Transaktionen, bei denen die monatliche Miete (ohne Nebenkosten) 10.000 Euro oder mehr beträgt.

Auch die Sorgfaltspflichten werden verschärft. Beispielhaft zu nennen sind: Zu Beginn einer neuen Geschäftsbeziehung müssen Verpflichtete zukünftig Einsicht in das Transparenzregister nehmen (Art. 14 I 2 EU-GWRL nF). Zudem werden die Mitgliedsstaaten verpflichtet, eine Liste von politisch exponierten Personen (PEP) zu erstellen und aktuell zu halten, die auch von der EU veröffentlicht werden kann (Art. 20 a EU-GWRL nF). In Bezug auf Immobilieneigentum werden die Mitgliedsstaaten verpflichtet, den FIUs (financial intelligence units) und sonstigen zuständigen Behörden in der EU einen Informationszugang zu verschaffen, der eine zeitnahe Identifizierung aller natürlichen und juristischen Personen ermöglicht, die Eigentümer von Immobilien in dem jeweiligen Hoheitsgebiet sind (Art. 32 b I EU-GWRL nF). Trustees von Trusts oder Personen vergleichbaren Rechtsvereinbarungen sind zukünftig dort meldepflichtig zum Transparenzregister, wo sie ansässig oder niedergelassen sind. Wenn dies außerhalb der EU ist, ist in dem Mitgliedsstaat zu melden, in dem eine Geschäftsbeziehung aufgenommen wird oder wo Immobilieneigentum erworben wird (Art. 31 a EU-GWRL nF).

Der deutsche Gesetzgeber hat bereits viele der Neuerungen im Rahmen der Umsetzung der vierten Geldwäscherichtlinie übernommen. Noch erforderliche Neuerungen sind beispielsweise die Jedermann-Freigabe über die im Transparenzregister eingetragenen Daten über die wirtschaftlichen Eigentümer von juristischen Personen und Personengesellschaften; die Verpflichtung von Selbstverwaltungseinrichtungen, die Aufsichtsaufgaben wahrnehmen, zur Veröffentlichung ausführlicher Jahresberichte über ihre Aktivitäten einschließlich erhaltener Whistleblower-Hinweise (Überblick über die Änderungen im Detail zB *Krais*, NZWiSt 2018, 321). Sanierungsberater, die Organverantwortung (qua Bestellung oder faktisch) übernehmen und Insolvenzverwalter sollten die Anforderungen im Blick behalten und sich rechtzeitig auf die Neuerungen einrichten und die (oftmals auch nicht) vorhandenen Präventionsmaßnahmen überprüfen und dies auch dokumentieren.

2. Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen – Schutz für Whistleblower?

Die Richtlinie (EU) 2016/943 vom 8.6.2016 verpflichtet die Mitgliedsstaaten zum zivilrechtlichen Schutz von Geschäftsgeheimnissen, die einen erheblichen wirtschaftlichen Wert darstellen können. Die Geschäftsgeheimnisse werden in Deutschland bisher über die §§ 17 bis 19 UWG, §§ 823, 826 BGB gegebenenfalls iVm § 1004 BGB analog geschützt. Dieser Schutz ist nach hM für die Umsetzung der Richtlinie unzureichend. Nach dem jüngsten Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 4.10.2018 (BT-Drs. 19/4724) soll ein „in sich stimmiger Schutz“ von Geschäftsgeheimnissen „vor rechtswidriger Erlangung, rechtswidriger Nutzung und rechtswidriger Offenlegung“ durch ein Stammgesetz (GeschGehG-E) erreicht werden. Nach den allgemeinen Regelungen zum Anwendungsbereich (§ 1) und der Definition des Geschäftsgeheimnisses (§ 2) wird in den §§ 3 und 4 erläutert, wie man ein Geschäftsgeheimnis erlangen darf und auf welche Art und Weise dies nicht erlaubt ist. § 5 enthält Gründe, bei deren Vorliegen im Einzelfall ein Verstoß gegen die Handlungsverbote des § 4 gerechtfertigt sein kann. Nr. 2 bezweckt den Schutz von so genannten Whistleblowern: Die Erlangung, die Nutzung oder die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses soll gerechtfertigt sein „zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens, wenn die das Geschäftsgeheimnis erlangende, nutzende oder offenlegende Person in der Absicht handelt, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen“. Das aufzudeckende „Fehlverhalten“ muss nicht notwendig in einem Verstoß gegen Rechtsvorschriften liegen, sondern nach der Begründung kann auch „unethisches“ Verhalten (zB Auslandsaktivitäten eines Unternehmens, die in den betreffenden Ländern nicht rechtswidrig sind, aber dennoch von der Allgemeinheit als Fehlverhalten angesehen werden, zB Kinderarbeit, umweltschädliche Produktionsbedingungen). Auch die systematische und unredliche Umgehung von Steuertatbeständen werde in der öffentlichen Diskussion häufig als unethisches Verhalten angesehen.

§ 23 GeschGehG-E enthält eine Strafvorschrift, die für diverse Verstöße gegen die Handlungsverbote des § 4 GeschGehG-E einen Strafrahmen bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe vorsieht. Insgesamt werden die Straftaten nur auf Antrag verfolgt, vgl. § 23 VII GeschGehG-E. Es bleibt abzuwarten, ob der Entwurf geltendes Recht wird. Gespannt darf man erwarten, wie der unbestimmte Rechtsbegriff des „sonstigen Fehlverhaltens“ ausgelegt wird, wer also die Maßstäbe für ethisches Verhalten setzt. Da § 5 einen Rechtfertigungsgrund darstellt, hat dies unmittelbare Auswirkung auf die Strafbarkeit. Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit von Strafgesetzen sind im Rahmen der Rechtsprechung zur Blankettgesetzgebung deutlich gemacht worden: Art. 103 II GG enthält die Verpflichtung des Gesetzgebers, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen. Zum einen soll jedermann vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist. Andererseits soll sichergestellt werden, dass der Gesetzgeber selbst abstrakt-generell über die Strafbarkeit entscheidet. Insoweit enthält Art. 103 II GG einen strengen Gesetzesvorbehalt, der es der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt verwehrt, die normativen Voraussetzungen einer Bestrafung festzulegen (*BVerfG*, Beschl. v. 21.7.1992 – BvR 858/92, NJW 1993, 1909 [1910]). Diesen Anforderungen genügt der Entwurf nach hiesiger Auffassung derzeit nicht.