

Schriften zum Strafrecht

Band 272

Die insolvenzstrafrechtlichen Krisenbegriffe und bestrittene Verbindlichkeiten

Von

Thomas Ressmann



Duncker & Humblot · Berlin

THOMAS RESSMANN

Die insolvenzstrafrechtlichen Krisenbegriffe
und bestrittene Verbindlichkeiten

Schriften zum Strafrecht

Band 272

Die insolvenzstrafrechtlichen Krisenbegriffe und bestrittene Verbindlichkeiten

Von

Thomas Ressmann



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München
hat diese Arbeit im Jahre 2014 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2015 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany
ISSN 0558-9126
ISBN 978-3-428-14497-6 (Print)
ISBN 978-3-428-54497-4 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84497-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Mai 2014 von der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im Oktober 2013 abgeschlossen. Stand der Rechtsprechung und Literatur ist der 15. Oktober 2013. Die Arbeit beschäftigt sich mit der praktisch relevanten Frage, wie bestrittene Verbindlichkeiten im Rahmen der Überprüfung der strafrechtlichen Krisenbegriffe zu behandeln sind. Für die Beantwortung dieser Frage war es unerlässlich, zunächst die Auslegung der strafrechtlichen Krisenbegriffe und ihr Verhältnis zu den zivilrechtlichen Insolvenzgründen zu klären.

Mein Dank gilt zunächst all jenen, die mich bei der Arbeit an dieser Dissertation unterstützt haben, sei es durch Anregungen, Tipps oder Kritik oder einfach durch die richtige Ablenkung zur richtigen Zeit. Mein Dank gilt in besonderem Maße den folgenden Personen:

Großer Dank gebührt zunächst meiner Doktormutter, Frau Prof. Dr. Petra Wittig, für die hervorragende Betreuung bei der Erstellung dieser Arbeit, das persönliche Engagement hierbei und natürlich das umfangreiche Gutachten. Ebenfalls bedanken möchte ich bei Herrn Prof. Dr. Matthias Krüger für die äußerst zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie bei Herrn Prof. Dr. Helmut Satzger für die freundliche Mitwirkung in der Prüfungskommission. Herzlich danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Heinz Schöch für jegliche Anregung und für die abendlichen wissenschaftlichen Diskussionen.

Mein herzlicher Dank gebührt darüber hinaus meinen guten Freunden. Ohne ihre seelische Unterstützung, die nötige Abwechslung und die unzähligen großartigen Erlebnisse wäre nicht nur diese Arbeit, sondern auch der Weg bis hierher nicht möglich gewesen.

Mein besonderer und zutiefst empfundener Dank gilt meiner Freundin Ann-Kristin für ihre tägliche liebevolle Unterstützung, ihre endlose Geduld und unermüdlige moralische Aufbauarbeit nicht nur, aber auch bei der Erstellung dieser Arbeit.

Mein größter Dank gilt meinen Eltern für ihre beispiellose Unterstützung. Nicht nur bei dieser Arbeit, sondern meiner gesamten bisherigen Laufbahn wurde ich in jeder erdenklichen Weise gefördert. Durch ihren steten Rückhalt und Zuspruch haben sie im wesentlichen Maße zum Gelingen der Arbeit beigetragen. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Zudem möchte ich mich bei den Korrekturlesern dieser Arbeit, Silke Römer, meiner Mutter und Ann-Kristin herzlich bedanken.

München, im Oktober 2014

Thomas Ressmann

Inhaltsübersicht

A. Problemdarstellung und Gang der Untersuchung	25
I. Problemdarstellung	25
II. Gang der Untersuchung	27
B. Das Insolvenzstrafrecht – Eine kurze Einführung	30
I. Das Insolvenzstrafrecht im kriminologischen Kontext	30
II. Das Insolvenzstrafrecht im engeren Sinne	32
III. Begriffsbestimmungen	40
C. Die Krisenbegriffe im Allgemeinen	41
I. Die Krise als Ausgangspunkt strafrechtlich relevanten Verhaltens	41
II. Die drei Gruppen der Krisenverwendung bei den Insolvenzstraftaten (§§ 283 ff. StGB)	43
D. Die Akzessorietät	47
I. Der Begriff der Akzessorietät	47
II. Das Strafrecht als zivilrechtsakzessorisches Rechtsgebiet?	48
E. Zahlungsunfähigkeit und bestrittene Verbindlichkeiten	56
I. Der zivilrechtliche Zahlungsunfähigkeitsbegriff	56
II. Die Behandlung bestrittener Verbindlichkeiten im Zivilrecht	72
III. Die Ansichten zum strafrechtlichen Zahlungsunfähigkeitsbegriff	85
IV. Die Lösung der Auslegungsfrage im Strafrecht	114
V. Erkenntnisse für die Behandlung bestrittener Verbindlichkeiten im Straf- recht	169
F. Überschuldung und bestrittene Verbindlichkeiten	190
I. Der zivilrechtliche Überschuldungsbegriff	190
II. Die Behandlung bestrittener Verbindlichkeiten im Zivilrecht	219
III. Die Ansichten zum strafrechtlichen Überschuldungsbegriff	224
IV. Die Lösung der Auslegungsfrage im Strafrecht	241
V. Erkenntnisse für die Behandlung bestrittener Verbindlichkeiten im Straf- recht	271
G. Drohende Zahlungsunfähigkeit und bestrittene Verbindlichkeiten	276
I. Die drohende Zahlungsunfähigkeit im Zivilrecht	277
II. Die Behandlung bestrittener Verbindlichkeiten im Zivilrecht	281
III. Die Ansichten zur drohenden Zahlungsunfähigkeit im Strafrecht	282
IV. Die Lösung der Auslegungsfrage im Strafrecht	290

V. Erkenntnisse für die Behandlung bestrittener Verbindlichkeiten im Strafrecht	296
H. Wesentliche Ergebnisse der Arbeit	299
Literaturverzeichnis	304
Stichwortverzeichnis	327

Inhaltsverzeichnis

A. Problemdarstellung und Gang der Untersuchung	25
I. Problemdarstellung	25
II. Gang der Untersuchung:	27
1. Die Akzessorietät der Krisenbegriffe	27
2. Die Behandlung bestrittener Verbindlichkeiten	28
B. Das Insolvenzstrafrecht – Eine kurze Einführung	30
I. Das Insolvenzstrafrecht im kriminologischen Kontext	30
II. Das Insolvenzstrafrecht im engeren Sinne	32
1. Erläuterung	32
2. Systematik der Insolvenzdelikte im engeren Sinne	34
a) Systematik der Insolvenzstraftaten	34
b) Deliktsnatur	35
c) Täterkreis	35
3. Schutzgut	36
a) Schutzgut der Insolvenzstraftaten	36
b) Schutzgut der Insolvenzverschleppung	39
III. Begriffsbestimmungen	40
C. Die Krisenbegriffe im Allgemeinen	41
I. Die Krise als Ausgangspunkt strafrechtlich relevanten Verhaltens	41
1. Allgemein	41
2. Abgrenzung zu den objektiven Strafbarkeitsbedingungen des § 283 Abs. 6 StGB	42
3. Die strafrechtlichen Krisenbegriffe	42
II. Die drei Gruppen der Krisenverwendung bei den Insolvenzstraftaten (§§ 283 ff. StGB)	43
1. Gruppe 1: Handeln während der eingetretenen Krise	45
2. Gruppe 2: Hervorrufen der Krise	46
3. Gruppe 3: Völliger Verzicht auf das Merkmal der Krise	46
D. Die Akzessorietät	47
I. Der Begriff der Akzessorietät	47
II. Das Strafrecht als zivilrechtsakzessorisches Rechtsgebiet?	48
1. Die „faktische“ Betrachtungsweise	49
2. Die generelle Akzessorietät	50
3. Stellungnahme	51

E. Zahlungsunfähigkeit und bestrittene Verbindlichkeiten	56
I. Der zivilrechtliche Zahlungsunfähigkeitsbegriff	56
1. Rechtslage vor der Insolvenzordnung 1999: „Dauer“, „Wesentlichkeit“ und „ernsthaftes Einfordern“	57
2. Rechtslage seit der Insolvenzordnung 1999	59
a) Bis 2005 Streit um Wegfall der Merkmale „Dauer“ und „Wesent- lichkeit“	60
b) Seit der Grundsatzentscheidung des BGH vom 24.05.2005	61
c) Das Merkmal des „ernsthaften Einforderns“ – Modifizierung des Fälligkeitsbegriffs	63
d) Feststellung der Zahlungsunfähigkeit	64
aa) Zeitraum- oder Zeitpunktliquidität?	64
bb) Feststellungsmethode	65
cc) Zu berücksichtigende Posten	68
dd) Zahlungseinstellung als widerlegliche Vermutung der Zah- lungsunfähigkeit, § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO	70
ee) Zahlungsunwilligkeit als Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungs- einstellung	71
e) Wegfall und Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit/Zahlungseinstel- lung	71
f) Keine Zahlungsunfähigkeit bei positiver Fortführungsprognose	72
II. Die Behandlung bestrittener Verbindlichkeiten im Zivilrecht	72
1. Insolvenzeröffnungsverfahren und Selbstprüfung durch den Schuldner	73
2. Anteilige Ansetzung nach Wahrscheinlichkeit	75
3. Keine bzw. volle Berücksichtigung streitiger Verbindlichkeiten	77
4. Stellungnahme: Anteilige Berücksichtigung am geeignetsten	78
a) Abwägung im Einzelfall nach objektiven Kriterien	80
b) Keine Antragspflicht, solange Bestehen nicht zu mindestens 50% wahrscheinlich	81
c) Mindestens 50% Ansetzung bei vorläufig vollstreckbaren Zah- lungstiteln	83
5. Zwischenergebnis	84
III. Die Ansichten zum strafrechtlichen Zahlungsunfähigkeitsbegriff	85
1. Diskussion vor und nach Inkrafttreten der Insolvenzordnung 1999	85
2. Ermittlungsmethoden	86
3. Die strafgerichtliche Rechtsprechung	87
a) Vor Inkrafttreten der InsO 1999	87
b) Nach Inkrafttreten der InsO 1999	88
aa) Die Entscheidung des 5. Strafsenats vom 19.04.2007	88
bb) Die Entscheidung des 1. Strafsenats vom 23.05.2007	89
c) Einigung der Senate?	90

d)	Bezieht sich die Rechtsprechung der Strafsenate nur auf die Insolvenzverschleppung oder auch auf die Insolvenzstraftaten?	91
e)	Verstößt die strafgerichtliche Rechtsprechung gegen den Ultima-Ratio-Grundsatz?	92
4.	Strenge Akzessorietät	93
a)	Tatsächlich „harte“ zivilrechtsakzessorische Lösung	93
b)	Grundsätzlich strenge Zivilrechtsakzessorietät mit Abweichung aus rechtsstaatlichen Gründen	96
aa)	Abweichung zur zivilgerichtlichen Rechtsprechung seit dem Urteil des IX. Zivilsenats	98
bb)	Keine Anwendung der gesetzlichen Vermutungsregel des § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO	99
cc)	Zahlungsunwilligkeit als Zahlungsunfähigkeit nur im Strafrecht	100
c)	Zusammenfassung der Argumente	100
5.	Grundsätzlich zwar Akzessorietät, ausnahmsweise keine Akzessorietät: Die Ansicht von Penzlin u. a.	101
a)	Kritik am zivilrechtlichen Zahlungsunfähigkeitsbegriff	101
b)	Änderung der Ansicht aufgrund des Urteils des BGH vom 24.05.2005?	102
c)	Auseinandersetzung mit dieser Ansicht im Vorhinein	103
6.	Funktionale Akzessorietät	105
a)	Insolvenzrechtlicher Ausgangspunkt	106
b)	Insolvenzrechtsorientierte Auslegung	109
c)	Zusammenfassung der Argumente	110
7.	Eigenständige Auslegung	110
a)	Vereinzelte Vertreter der Autonomie	110
b)	Zusammenfassung der Argumente	113
8.	Ausblick	113
a)	Erledigung des Streits durch die Rechtsprechung?	113
b)	Die vorgeschlagene Auslegung der zivilgerichtlichen Rechtsprechung	114
IV.	Die Lösung der Auslegungsfrage im Strafrecht	114
1.	Lösungsmethode	114
a)	Akzessorietät als Vorfrage der Auslegung?	114
b)	Der Bestimmtheitsgrundsatz und der Ultima-Ratio-Grundsatz als Argument für oder gegen die Akzessorietät	116
2.	Historische Erkenntnisse	116
a)	Historie der Krisenbegriffe der Insolvenzstraftaten ab dem 1. WiKG 1976	117
b)	Die Historie der Krisenbegriffe im Rahmen der Insolvenzverschleppung	119

c)	Erkenntnisse für die Insolvenzstraftaten	121
d)	Erkenntnisse für die Insolvenzverschleppung	124
e)	Zwischenergebnis	124
3.	Wortlautvergleich	124
a)	Insolvenzstraftaten	124
b)	Insolvenzverschleppung	126
4.	Systematischer Vergleich	126
a)	Insolvenzstraftaten	126
b)	Insolvenzverschleppung	128
5.	Teleologischer Vergleich: Funktionale und strukturelle Ähnlichkeiten zwischen den strafrechtlichen und zivilrechtlichen Krisenbegriffen? ...	128
a)	Schutzzweck und Funktion der Eröffnungsgründe und der Antrags- pflicht nach der Insolvenzordnung	128
aa)	Eröffnungsgründe nach den §§ 17 ff. InsO	128
bb)	Antragspflicht nach § 15a Abs. 1–3 InsO	130
b)	Schutzzweck und Funktion der Insolvenzstraftaten und der Insol- venzverschleppung	131
aa)	Bankrott	131
bb)	Insolvenzverschleppung	131
c)	Übereinstimmung der Schutzzwecke und Funktionen	131
aa)	Eröffnungsgründe und Bankrott	131
bb)	Eröffnungsgründe und Insolvenzverschleppung	132
d)	Funktionsähnlichkeit zu den Anfechtungstatbeständen	133
6.	§ 15 Abs. 4 und 5 InsO als Blankettnorm	134
7.	Das Prinzip der „Einheit der Rechtsordnung“	137
8.	Lösung durch Eingliederung der Norm in primäres oder sekundäres Strafrecht	141
9.	Keine Akzessorietät wegen Vorverlagerung der Strafbarkeit	142
10.	Zwischenergebnis: Zivilrechtsakzessorietät der Insolvenzverschlep- pung und Plädoyer für die insolvenzrechtsorientierte Auslegung bei den Insolvenzstraftaten	143
a)	Kein Akzessorietätswang für die Insolvenzstraftaten, aber für die Insolvenzverschleppung	143
b)	Plädoyer für die insolvenzrechtsorientierte Auslegung (funktionale Akzessorietät) innerhalb der Insolvenzstraftaten	143
c)	Die funktionale Akzessorietät als gemeinsamer Konsens	150
11.	Die Ausgestaltung der strafrechtlichen Zahlungsunfähigkeit	151
a)	Zahlungseinstellung als gesetzliche Vermutung auch im Strafrecht ..	151
aa)	Anwendung von gesetzlichen Vermutungen im Strafrecht?	151
bb)	Gesetzliche Vermutung im Tatbestand der Insolvenzverschlep- pung	153
cc)	Übertragung des Ergebnisses auf die Insolvenzstraftaten	154

b)	Zahlungsunwilligkeit als Zahlungsunfähigkeit?	155
c)	Bestimmtheitsgrundsatz nach Art. 103 Abs. 2 GG	155
aa)	Insolvenzstraftaten	157
(1)	„Geringfügige Liquiditätslücken“ und „Zahlungsstockungen“	158
(a)	Die Grenze von 10% als Abgrenzung zur „geringfügigen Liquiditätslücke“	158
(b)	10% Deckungslücke als Beweislastregel?	161
(c)	Drei-Wochen-Frist als Abgrenzung zur „Zahlungsstockung“	162
(2)	Das Merkmal des „ernsthaften Einforderns“	162
(3)	Innerhalb der nächsten drei Wochen fällig werdende Verbindlichkeiten und Forderungen	163
bb)	Verfassungsmäßigkeit des § 15a Abs. 4, 5 InsO als Blankett ..	163
d)	Der Grundsatz „in dubio pro reo“ bzw. müssen alle Feststellungsmethoden angewandt werden?	164
12.	Die ultima ratio und das fehlende Strafbedürfnis des Insolvenzstrafrechts i. e. S.	164
a)	Insolvenzstraftaten	165
b)	Strafbedürftigkeit der Insolvenzverschleppung?	166
13.	Zwischenergebnis	168
a)	Zu den Insolvenzstraftaten	168
b)	Zur Insolvenzverschleppung	169
V.	Erkenntnisse für die Behandlung bestrittener Verbindlichkeiten im Strafrecht	169
1.	Problemaufriss	169
2.	Lösung auf objektiver oder subjektiver Ebene	170
a)	Kein Beginn der Antragsfrist vor Kenntnis des Schuldners von der Krise bei der Insolvenzverschleppung?	170
b)	Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit „ex ante“?	171
c)	Nicht beglichene streitige Verbindlichkeit als kriminalistisches Beweisanzeichen?	174
3.	Der Irrtum über die Ansetzung	175
4.	Lösung zwischen Strafwürdigkeit, Bestimmtheit und Gläubigerschutz	177
a)	Keine Berücksichtigung wegen fehlender Prüfungskompetenz der Strafgerichte?	178
b)	Voraussetzungen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bei der Insolvenzverschleppung: Eine Abstufung von Vorsatz, Fahrlässigkeit und Straflosigkeit	180
aa)	Erlaubtes Risiko	180
bb)	Voraussetzungen sorgfaltspflichtigen Handelns im konkreten Fall	182

(1) Übersicht über die Vermögenslage als Grundvoraussetzung	182
(2) Abstufung der Erkennbarkeit	183
cc) Subjektive Sorgfaltspflichtverletzung?	185
c) Übertragung des Ergebnisses auf die Insolvenzstraftaten?	185
d) Auslösen der Krise durch eine weitere Handlung, § 283 Abs. 2 StGB	188
e) Anderes Ergebnis bei „echter“ objektiver ex-ante-Betrachtung?	188
5. Zwischenergebnis	188
F. Überschuldung und bestrittene Verbindlichkeiten	190
I. Der zivilrechtliche Überschuldungsbegriff	190
1. Rechtslage vor der Insolvenzordnung 1999	191
a) Einstufige Überschuldungsmodelle	191
b) Zweistufige Überschuldungsmodelle	194
aa) Traditionell zweistufiges Überschuldungsmodell	195
bb) Modifiziert zweistufiges Überschuldungsmodell	196
c) Die Überschuldungsbilanz bei den zweistufigen Modellen	198
aa) Liquidationswerte beim modifiziert zweistufigen Modell oder bei negativer Fortführungsprognose beim traditionell zweistufigen Modell	199
bb) Fortführungswerte bei positiver Fortführungsprognose beim traditionell zweistufigen Modell: Ertragswert oder Substanzwert	202
(1) Die einzelnen Bewertungsverfahren	202
(2) Kritik an den einzelnen Verfahren	205
d) Die Fortführungsprognose	207
2. Rechtslage seit der Insolvenzordnung 1999	210
a) Vor Inkrafttreten des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes in 2008: traditionell zweistufiges Überschuldungsmodell	210
b) Nach Inkrafttreten des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes in 2008: modifiziert zweistufiges Überschuldungsmodell	211
c) Kritik am modifiziert zweistufigen Überschuldungsmodell	212
d) Kernpunkt des Streits über die Überschuldungsmodelle	214
e) Verhältnis zwischen Überschuldung und drohender Zahlungsunfähigkeit	216
f) Abschaffung der Überschuldung als Insolvenzeröffnungsgrund	216
g) Exkurs: Gesellschafterdarlehen § 19 Abs. 2 Satz 2 bzw. (vor Gültigkeit des FMStG) Satz 3 i.V.m. § 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4, 5 InsO nach MoMiG	218
II. Die Behandlung bestrittener Verbindlichkeiten im Zivilrecht	219
1. Bestrittene Verbindlichkeiten in der Überschuldungsbilanz	219
a) Voller Ansatz bei negativer Fortführungsprognose beim traditionell zweistufigen Überschuldungsmodell	219

b) Ansetzung nach Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme oder keine Ansetzung bei Abhängigkeit der Insolvenzreife	220
c) Stellungnahme	221
2. Bestrittene Verbindlichkeiten innerhalb der Fortführungsprognose	222
3. Unterschiede bei traditionell und modifiziert zweistufigem Überschuldungsmodell	223
III. Die Ansichten zum strafrechtlichen Überschuldungsbegriff	224
1. Allgemeines	224
2. Ermittlungsmethoden	225
3. Anwendungsbereich	227
4. Die Neuausrichtung des Überschuldungsbegriffs und die Einteilung der unterschiedlichen Ansichten	228
5. Die strafgerichtliche Rechtsprechung	229
6. Strenge Akzessorietät	230
a) Tatsächlich „harte“ zivilrechtsakzessorische Lösung	230
b) Grundsätzlich strenge Zivilrechtsakzessorietät mit Abweichung aus rechtsstaatlichen Gründen	230
aa) Abweichungen vom personellen Anwendungsbereich	231
bb) Modifikationen innerhalb der Fortführungsprognose	231
(1) Umkehrung des Wahrscheinlichkeitsgrades oder Berechnung nach Liquidations- und Fortführungswerten beim traditionell zweistufigen Modell.	231
(2) Beachtlichkeit von ex-post Erkenntnissen	232
(3) Modifikationen bei der Ausgestaltung der Prognose	233
cc) Modifikationen innerhalb der Überschuldungsbilanz	233
(1) Anwendung aller Bewertungsmethoden, einer bestimmten Methode oder der „im Einzelfall tätergünstigsten Lösung“	233
(2) Voraussetzung einer „qualifizierten Überschuldung“	235
(3) Behandlung von Gesellschafterdarlehen	235
(4) Zerschlagungsgeschwindigkeit und -intensität	236
7. Keine Anwendung des traditionell zweistufigen Modells vor FMStG ..	237
8. Funktionale Akzessorietät	238
9. Eigenständige Auslegung	239
10. Zusammenfassung der Argumente	240
IV. Die Lösung der Auslegungsfrage im Strafrecht	241
1. Historische Auslegung, Wortlaut, Systematik, teleologischer Vergleich und das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung	241
a) Streichung eigenständiger Überschuldungsbegriffe	241
b) Persönlicher Anwendungsbereich	242
c) Der Wille des Gesetzgebers bei Einführung des modifiziert zweistufigen Überschuldungsbegriffs nach FMStG	242

d)	Zwischenergebnis: Wiederholt keine zwingende Akzessorietät der Insolvenzstraftaten/Vorzug der funktionalen Akzessorietät	243
2.	Exkurs: Unvereinbarkeit der einstufigen Modelle mit den heutigen Grundprinzipien der Überschuldung	243
3.	Probleme des traditionell zweistufigen Überschuldungsmodells aufgrund der Fortführungsbewertung: Bestimmtheitsgrundsatz, „in dubio pro reo“ und ultima ratio	244
a)	Probleme bei der Fortführungsbewertung im Rahmen des traditionell zweistufigen Überschuldungsmodells	244
aa)	Immer Liquidations- oder immer Fortführungswerte?	244
bb)	Substanzwerte, Ertragswerte oder DCF-Methode bei der Fortführungsprognose? Anwendung aller bekannten Feststellungsmethoden oder der geeignetsten Methode?	245
(1)	„In dubio pro reo“	246
(2)	Bestimmtheitsgrundsatz, Art. 103 Abs. 2 GG	247
(3)	Lösung durch Anwendung einer einheitlichen Feststellungsmethode	250
b)	Fehlende Strafwürdigkeit und erlaubtes Risiko	251
c)	Fazit	252
4.	Die strafrechtliche Ausgestaltung der Überschuldung: Modifikationen beim modifiziert zweistufigen Überschuldungsmodell	252
a)	Umkehrung des Wahrscheinlichkeitsgrades bei der Fortführungsprognose und Relevanz nach FMStG	253
aa)	„In dubio pro reo“ als Rechtfertigung der Wahrscheinlichkeitsmodifikation	253
bb)	Herleitung aus dem Bestimmtheitsgrundsatz und dem ultima ratio Grundsatz	254
(1)	Insolvenzverschleppung	254
(2)	Insolvenzstraftaten	255
cc)	„In dubio pro reo“ bei Zweifeln an der fehlenden Fortführungswahrscheinlichkeit?	256
(1)	Allgemeine Anwendung auf Prognosen	256
(2)	§ 19 Abs. 2 Satz 1 InsO als Beweislastregel?	257
(3)	Keine Vorgabe für Zweifelsfälle durch die Norm selbst	259
b)	Aufstellen der Fortführungsprognose	260
c)	Anwendung aller betriebswirtschaftlich anerkannten Methoden bei der Überschuldungsbilanz und Relevanz nach FMStG	262
d)	Nur „qualifizierte“ Überschuldung	263
e)	Überholung der Erkenntnis „ex ante“	263
f)	Bestmögliche Zerschlagungsgeschwindigkeit und Zerschlagungsintensität im Rahmen der Überschuldungsbilanz	264
g)	Nichtanwendung wegen Unbestimmtheit und wegen Rechtsunsicherheit bei der Insolvenzverschleppung	264

h)	Problem der Überschneidung des modifiziert zweistufigen Überschuldungsmodells und der drohenden Zahlungsunfähigkeit	266
5.	Ultima ratio und Subsidiarität der Überschuldung an sich	266
6.	Sonderfall Verbraucherinsolvenz	267
7.	Rückwirkung des FMStG	268
a)	Direkte Rückwirkung nur für die Insolvenzverschleppung	268
b)	Lösung der Rückwirkung bei der Insolvenzverschleppung	268
c)	Lösung der Rückwirkung bei den Insolvenzstraftaten	270
8.	Zwischenergebnis	270
V.	Erkenntnisse für die Behandlung bestrittener Verbindlichkeiten im Strafrecht	271
1.	Insolvenzverschleppung: Bestrittene Verbindlichkeiten und Überschuldungsbilanz	271
a)	Lösung parallel zur Zahlungsunfähigkeit	271
b)	Anderes Ergebnis wegen ex ante Modifikation?	272
2.	Insolvenzverschleppung: Bestrittene Verbindlichkeiten und Fortführungsprognose	272
a)	Nur rechnerische Überschuldung?	272
b)	Erneut: Ist die Prognose „ex ante“ zu prüfen?	272
c)	Maßstab und erlaubtes Risiko bei der Fortführungsprognose	273
3.	Insolvenzstraftatanten	274
4.	Zwischenergebnis	274
G.	Drohende Zahlungsunfähigkeit und bestrittene Verbindlichkeiten	276
I.	Die drohende Zahlungsunfähigkeit im Zivilrecht	277
1.	Finanzplan	277
a)	Art der Aufstellung	277
b)	Noch nicht begründete Zahlungspflichten	278
2.	„Drohende“ Zahlungsunfähigkeit und Prognose	279
a)	Prognosezeitraum	279
b)	Wahrscheinlichkeitsanforderungen	280
3.	Feststellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit	281
II.	Die Behandlung bestrittener Verbindlichkeiten im Zivilrecht	281
III.	Die Ansichten zur drohenden Zahlungsunfähigkeit im Strafrecht	282
1.	Definition bis zur Insolvenzordnung 1999	282
2.	Ermittlungsmethode	283
3.	Die strafgerichtliche Rechtsprechung	283
4.	Die einzelnen Ansichten	284
a)	Konflikt der Funktion der drohenden Zahlungsunfähigkeit mit § 283 Abs. 6 StGB	284
b)	Lösungsvorschläge im Schrifttum	285

aa)	Herausnahme der drohenden Zahlungsunfähigkeit aus den objektiven Strafbarkeitsbedingungen (§ 283 Abs. 6 StGB)	286
bb)	Zeitliche Beschränkung des Prognosezeitraums	286
cc)	Steigerung der Wahrscheinlichkeit nach Länge des Prognosezeitraums	287
dd)	Besondere Voraussetzungen bei der Feststellung	288
IV.	Die Lösung der Auslegungsfrage im Strafrecht	290
1.	Historische Aspekte und entgegenstehende Funktionen: Sonderstellung der drohenden Zahlungsunfähigkeit	290
2.	Konflikt zwischen Schuldnerrecht und Erhöhung des Strafbarkeitsrisikos wegen § 283 Abs. 6 StGB bei den Insolvenzstraftaten?	291
3.	Restriktion zwingend?	292
4.	Zeitraumbegrenzung wegen Prognoseunsicherheiten (Art. 103 Abs. 2 GG)?	293
5.	Miteinbeziehung „noch nicht begründeter“ Zahlungsverpflichtungen? ..	294
6.	Prognosewahrscheinlichkeit	295
7.	Zwischenergebnis	296
V.	Erkenntnisse für die Behandlung bestrittener Verbindlichkeiten im Strafrecht	296
1.	Übertragbarkeit des Ergebnisses der bisherigen Feststellungen?	296
2.	Prüfung der drohenden Zahlungsunfähigkeit	297
3.	Zwischenergebnis	298
H.	Wesentliche Ergebnisse der Arbeit	299
Literaturverzeichnis		304
Stichwortverzeichnis		327

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht, Aktiengesellschaft, Die Aktiengesellschaft
AHB	Anwaltshandbuch
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BB	Betriebs Berater
Beck-OK	Beck'scher Onlinekommentar
BeckRS	Beck Rechtsprechung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des BGH in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BKA	Bundeskriminalamt
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BReg	Bundesregierung
BT	Besonderer Teil
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des BVerfG
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
DCF	Discounted Cash Flow
ders.	derselbe Autor

d.h.	das heißt
dies.	dieselbe Autorin
diff.	differenzierend
D/K/H	Dannecker/Knierim/Hagemeier
DStR	Deutsches Steuerrecht
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch
ESUG	Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
etc.	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FAS	Fachausschuss
FAStR	Handbuch des Fachanwalts Strafrecht
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FK	Frankfurter Kommentar zur InsO
FMStG	Finanzmarktstabilisierungsgesetz
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GK	Grundkurs
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend der Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH Rundschau
GS	Gedächtnisschrift
GWR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HambKomm.	Hamburger Kommentar
HFR	Humboldt Forum Recht
HGB	Handelsgesetzbuch
HK	Heidelberger Kommentar zur InsO
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
hrrs	Online-Zeitschrift zur höchstrichterlichen Rechtsprechung im Strafrecht
HWiStR	Handbuch Wirtschafts- (und Steuer-)Strafrecht
HWW	Hess/Weis/Wienberg
IASB	International Accounting Standards Board
i. d. R.	in der Regel
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer

i. e. S.	im engeren Sinne
IFRS	International Financial Reporting Standards
InsBüro	Zeitschrift für Insolvenzsachbearbeitung und Entschuldungsverfahren
InsO	Insolvenzordnung
i. w. S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter
jew.	jeweils
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
jurisPR	juris Praxis Report
JZ	Juristen Zeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht, Kommanditgesellschaft
KO	Konkursordnung
K/P/B	Küber/Prütting/Bork
KritV	Kritische Vierteljahresschrift
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
lit	Litera (Buchstabe)
Lit.	Literatur
LK	Leipziger Kommentar
LSZ	Leonhardt/Smid/Zeuner
MAH	Münchener Anwaltshandbuch
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
m. E.	meines Erachtens
Mio.	Million(en)
MiZi	Verpflichtung über die Mitteilungen in Zivilsachen
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
Mrd.	Milliarde(n)
MüKo	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
OHG	offene Handelsgesellschaft

OLG	Oberlandesgericht
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
s. a.	siehe auch
SK	Systematischer Kommentar
Slg.	Sammlung
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannt(e)
SSW	Satzger/Schmitt/Widmaier
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
str.	strittig
StV	Strafverteidiger
s. u.	siehe unten
u. a.	unter anderem
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
WiJ	Zeitschrift der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung e. V. (WisteV)
WiKG	Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität
WiStP	Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WM	Wertpapier Mitteilungen
WuB	Kommentierende Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
z. B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZinsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZPO	Zivilprozessordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
z. T.	zum Teil
ZWH	Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht und Haftung im Unternehmen

A. Problemdarstellung und Gang der Untersuchung

I. Problemdarstellung

Die Einschätzung ungewisser Ereignisse führt im Rahmen von Unternehmensinsolvenzen zu erheblichen Unsicherheiten. In jüngster Zeit sorgt die Klage des Insolvenzverwalters eines Solarzellenherstellers (fortan: „Q“) gegen die ehemalige rechtliche Beraterin der Q für Aufsehen¹. Nach Ansicht des Insolvenzverwalters hätten die Mitglieder des Vertretungsorgans der Q einen Eröffnungsantrag² gemäß § 15a InsO stellen müssen, weil aufgrund eines fehlenden Forderungsverzichts Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung vorlag(en). Ein Gericht erster Instanz hatte in einem identischen Fall entschieden, dass für einen Forderungsverzicht für Schuldverschreibungen von vor 2009 nach dem Schuldverschreibungsgesetz 75% Gläubigerzustimmung nicht ausreichen. Es sei eine Zustimmung aller Gläubiger nötig, da noch das alte Recht anzuwenden sei. Eine Zustimmung aller Gläubiger erhielt die Q – was absehbar war – nicht, weshalb die Berater zur Antragsstellung hätten raten müssen. Das OLG bestätigte die Entscheidung erster Instanz³. Der Insolvenzverwalter fordert deshalb das ab dem Zeitpunkt des Urteils der ersten Instanz gezahlte Honorar zurück. Die ehemaligen rechtlichen Berater stehen auf dem Standpunkt, es müsse möglich sein, zumindest das Ergebnis der zweiten Instanz abzuwarten, bevor ein Eröffnungsantrag gestellt werden müsse.

Ein paralleles Problem hierzu ist die Bewertung bestrittener Verbindlichkeiten. Ist zwischen zwei Parteien streitig, ob eine Forderung besteht und würde das Bestehen der Forderungen zu einem insolvenzrechtlichen Antragsgrund nach den §§ 17 ff. InsO ((drohende) Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung) und damit zur Eröffnungsantragspflicht nach § 15a InsO führen, ergeben sich erhebliche Interessenkollisionen. Der Forderungsgegner wird keinen Eröffnungsantrag stellen wollen, solange keine endgültige Klärung vorliegt. Dies ist einerseits verständlich, andererseits soll dem Forderungsgegner auch nicht durch Bestreiten der Forderungen ein Instrument in die Hand gegeben werden, mit dem er über mehrere Instanzen die Pflicht zur Stellung eines Eröffnungsantrages herauszögern kann

¹ Zum Ganzen <http://www.wiwo.de/unternehmen/industrie/insolvenzverfahren-q-cells-insolvenzverwalter-verklagt-hengeler-mueller/8738208.html> (zuletzt aufgerufen am 09.10.2013).

² Durch Art. 1 ESUG vom 07.12.2011, das am 01.03.2012 in Kraft trat, wurde der Begriff „Insolvenzantrag“ in den §§ 13 ff. InsO in „Eröffnungsantrag“ geändert.

³ OLG Frankfurt a. M. vom 27.03.2012 – 5 AktG 3/11, NZI 2012, 477, 478.

und damit Gläubigerrechte und -ansprüche in Gefahr bringt. Die Bewertung ungewisser Passiva stellt demnach schon zivilrechtlich ein komplexes und bisher ungeklärtes Problem dar. Dieses Problem überträgt sich unmittelbar auf das Insolvenzstrafrecht. Auch dieses verlangt in vielen Delikten das Vorliegen von (drohender) Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung und verwendet damit dieselben Begrifflichkeiten wie das Insolvenzrecht. Soweit für das Insolvenzrecht bereits eine Klärung dieses Problems nicht nur wünschenswert, sondern auch nötig ist, ist eine Lösungsfindung für das Strafrecht zwingend. Schon aus dem Grundsatz der Bestimmtheit nach Art. 103 GG ergibt sich, dass der Normadressat wissen muss, wann er sich strafbar macht. Auch für Rechts- und Steuerberater ist diese Frage von nicht zu unterschätzender Relevanz, weil diese sich bei der Beratung nach Eintritt der Krise in erhebliche Haftungs- und Strafbarkeitsgefahren begeben⁴.

Um zu erörtern, wie bestrittene Verbindlichkeiten innerhalb der strafrechtlichen Krisenbegriffe behandelt werden, ist zunächst zu klären, wie die strafrechtlichen Krisenbegriffe überhaupt ausgelegt werden. Hierfür ist eine umfangreiche Darstellung jedes einzelnen Krisenbegriffs im Zivilrecht und im Strafrecht notwendig. Zwingende Vorfrage für die Lösung des Problems ist, ob im Insolvenzstrafrecht Zivilrechtsakzessorietät zu den gleichlautenden Eröffnungsgründen (§§ 17 ff. InsO) besteht und wenn nicht, wie die einzelnen Krisenbegriffe dann auszulegen sind. Auf dieser Frage soll ein Schwerpunkt dieser Arbeit liegen. Nach der Klärung dieser Vorfrage soll jeweils das Problem der Behandlung bestrittener Verbindlichkeiten einer Lösung zugeführt werden.

Man könnte davon ausgehen, dass aufgrund der zahlreichen Veröffentlichungen⁵ die Frage, ob die Legaldefinitionen der §§ 17 Abs. 2, 18 Abs. 2 und 19 Abs. 2 InsO unverändert auf das Strafrecht übertragbar sind, bereits ausgeforscht ist. Das ist aber mitnichten der Fall. Dies liegt zum einen daran, dass es keine zwingende Antwort auf diese Frage zu geben scheint, mithin nur Meinungen begründet wurden, die in alle Richtungen tendieren. Zum anderen unterliegen die Krisenbegriffe im Zivilrecht ständiger Wandlung, so dass die Akzessorietätsfrage immer neu gestellt werden muss. Bestes Beispiel hierfür ist die Änderung des Überschuldungsbegriffs durch das Finanzmarktstabilisierungsgesetz, deren Befristung nach einer Verschiebung nun letztendlich aufgehoben wurde, so dass das neue „alte“ modifizierte zweistufige Überschuldungsmodell auf unabsehbare Zeit

⁴ Vgl. exemplarisch zur Problematik der Haftung von Steuer- und Rechtsberatern in der Krise des Mandanten: *Oetjen* DStR 2011, 2488 ff. und *Müller*, in: FS-Widmaier (2008), S. 681 ff.

⁵ Vgl. allein an Monographien hierzu u. a. *Stockburger*, Unternehmenskrise (2011); *Pfaff*, Fortführungsbewertung (2009) (allein zur Überschuldung und Insolvenzverschleppung); *Erdmann*, Krisenbegriffe (2007); *Stracke*, Überschuldungsbegriff (2007) (allein zur Überschuldung); *Röhm*, Abhängigkeit (2002); *Plathner*, Bankrottatbestand (2002); *Penzlin*, Auswirkungen (2000); *Moosmayer*, Einfluß (1997).

anzuwenden ist⁶. Der BGH hatte sich bislang nur mit der – in der Praxis weitaus wichtigeren – Auslegung des Zahlungsunfähigkeitsbegriffs zu beschäftigen und entschied sich hier für die Zivilrechtsakzessorietät⁷, was aber zum Teil in der Literatur heftig kritisiert wird⁸.

II. Gang der Untersuchung

1. Die Akzessorietät der Krisenbegriffe

Für jeden Krisenbegriff wird zunächst in gebotener Kürze das zivilrechtliche Pendant, also der gleichlautende Insolvenzeröffnungsgrund, dargestellt. Bei dieser Darstellung liegt der Fokus auf den Punkten, die auch bei der Akzessorietätsfrage wieder relevant werden. Eine Wiedergabe aller in der zivilrechtlichen Literatur und Rechtsprechung diskutierten Punkte würde den Rahmen der Arbeit sprengen. Vielmehr sollen in der kurzen Darstellung der einzelnen Eröffnungsgründe die Problematiken aufgezeigt werden, die sich auch oder sogar nur auf das Strafrecht auswirken. Eine kleine Rundführung um den gesamten Eröffnungsgrund ist allerdings aus Verständlichkeitsgründen unumgänglich. Außer Betracht gelassen werden tiefgehende Bewertungs- und Ermittlungsfragen. Hier wird auf die umfangreiche betriebswirtschaftliche und rechtswissenschaftliche Literatur zur Unternehmensbewertung und Bilanzerstellung verwiesen.

Nach den jeweiligen zivilrechtlichen Ausführungen erfolgen jeweils die Darstellung des Meinungsstandes in der Rechtsprechung und anschließend die Darstellung der unterschiedlichen Ansichten im Schrifttum. Dabei werden – soweit möglich – alle relevanten Veröffentlichungen zur Frage der Zivilrechtsakzessorietät berücksichtigt. Hiernach wird jeder Krisenbegriff einzeln darauf untersucht, ob zwingende Gründe für oder gegen die Zivilrechtsakzessorietät des jeweiligen Krisenbegriffs sprechen, wobei vor allem die Gründe untersucht werden, die von den jeweiligen Vertretern einer Ansicht ins Feld geführt wurden. Es werden bereits untersuchte Gründe erneut auf Grundlage der heutigen Rechtsprechung und Gesetzeslage beleuchtet, z.B. der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung. Zudem werden – soweit ersichtlich – unerforschte Gründe, z.B. die Rückwirkungsproblematik im Rahmen der Überschuldung durch das FMStG und die daraus folgende Rechtsunsicherheit, einer umfänglichen Prüfung unterzogen.

Hiernach erfolgt die konkrete Auslegung des jeweiligen Krisenbegriffs. Um Lücken zu vermeiden, wird der jeweilige Krisenbegriff vollständig auf alle Pro-

⁶ Zum Ganzen unten F. I. 2.

⁷ BGH vom 23.05.2007 – I StR 88/07, wistra 2007, 312; BGH vom 19.04.2007 – 5 StR 505/06, wistra 2007, 308.

⁸ Z. B. D/K/H-Dannecker/Hagemeyer, Insolvenzstrafrecht (2012), Rn. 87; Schönke/Schröder/Heine, StGB (2010), § 283 Rn. 52 m.w.N.; Wegner, wistra 2007, 386 ff.