

# Pandemiestrafrecht

Esser / Tsambikakis

2020

ISBN 978-3-406-76142-3

C.H.BECK

## § 10 Insolvenzstrafrecht

Michael Tsambikakis/Markus Gierok

### A. Insolvenzrecht

Bereits zu Beginn der Corona-Pandemie 2020 wurden einschneidende Folgen für die 1  
Wirtschaft bis hin zu massenhaften Unternehmensinsolvenzen befürchtet. Der Gesetz-  
geber reagierte frühzeitig mit dem COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz (COVIns-  
AG),<sup>1</sup> mit dem u. a. die Fortführung von Unternehmen ermöglicht und erleichtert wer-  
den sollte, die infolge der Pandemie insolvent geworden sind oder wirtschaftliche  
Schwierigkeiten haben.<sup>2</sup> Kern des Gesetzes ist die Aussetzung der Insolvenzantrags-  
pflicht in § 1 COVInsAG. Unternehmen sollen die Gelegenheit erhalten, eine Corona-  
bedingte Insolvenz, insbesondere unter Inanspruchnahme staatlicher Hilfen, gezeben-  
denfalls aber auch im Zuge von Sanierungs- oder Finanzierungsvereinbarungen zu be-  
seitigen.<sup>3</sup>

Die Aussetzung der Antragspflicht und alle weiteren Anpassungen des Insolvenz- 2  
rechts durch § 2 COVInsAG beeinflussen sowohl die Tatbestände des Insolvenzstraf-  
rechts im engeren Sinn (§ 15a Abs. 4, Abs. 5 InsO, §§ 283 ff. StGB) als auch des Insol-  
venzstrafrechts im weiteren Sinn (§§ 263, 266a StGB).

### B. Insolvenzverschleppung, § 15a Abs. 4, Abs. 5 InsO

#### I. Grundsatz: Keine Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung

Die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags setzt § 1 S. 1 COVInsAG vom 3  
1.3.2020 bis zum 30.9.2020<sup>4</sup> grundsätzlich aus, sodass eine Strafbarkeit wegen Insol-  
venzverschleppung innerhalb dieses Zeitraums entfällt. Dies gilt trotz der nur bis zum  
1.3.2020 angeordneten Rückwirkung ebenso für Fälle, deren Antragsfrist zum  
1.3.2020 noch nicht abgelaufen war.<sup>5</sup> Aufgrund des *lex-mitior*-Grundsatzes<sup>6</sup> kann dar-  
über hinaus Straffreiheit in solchen Altfällen eintreten, in denen die Antragsfrist bereits  
vor dem 1.3.2020 verstrichen war.<sup>7</sup>

Mit Ablauf des 30.9.2020<sup>8</sup> beginnt die Antragsfrist erneut zu laufen.<sup>9</sup> Konnte der 4  
Schuldner die Insolvenzreife während des Suspendierungszeitraums nicht beseitigen, so

<sup>1</sup> BGBl. 2020 I 569.

<sup>2</sup> BT-Drs. 19/18110, 3.

<sup>3</sup> BT-Drs. 19/18110, 22. Zu den strafrechtlichen Risiken bei der Inanspruchnahme dieser Unterstüt-  
zungsleistungen → § 9.

<sup>4</sup> Nach § 4 COVInsAG kann die Aussetzung durch Verordnung bis zum 31.3.2021 verlängert wer-  
den.

<sup>5</sup> Hierzu *Ruppert COVuR 2020*, 130 (131); *Altenburg/Kremer* Newsdienst Compliance 2020,  
210002.

<sup>6</sup> Ausführlich hierzu *Schäfer HRRS 2020*, 216 (219 f.); aA *Schmidt Covid 19/Rau* § 18 Rn. 60.

<sup>7</sup> Es wird allerdings zumindest in der Regel an dem erforderlichen Kausalitätszusammenhang zwi-  
schen Pandemie und Insolvenzreife fehlen (→ Rn. 6).

<sup>8</sup> Bzw. des 31.3.2021, vgl. § 4 COVInsAG.

<sup>9</sup> *Born NZG 2020*, 521 (522); *Hölzle/Schulenberg ZIP 2020*, 633 (638).

muss er im Anschluss rechtzeitig den Eröffnungsantrag stellen, um eine Strafbarkeit zu vermeiden. Den Zeitpunkt<sup>10</sup> der Insolvenzreife präzise festzustellen, ist damit noch wichtiger als für gewöhnlich.

## II. Ausnahme: Fortbestand des Strafbarkeitsrisikos

- 5 Allerdings enthält § 1 S. 2 COVInsAG zwei Ausnahmen von der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht. Liegen die Voraussetzungen einer der beiden Ausnahmen vor, besteht weiterhin das Risiko einer Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung. Den Ausnahmetatbeständen kommt damit ausschlaggebende Bedeutung für die strafrechtliche Bewertung zu.

### 1. Insolvenzreife beruht nicht auf Pandemie-Auswirkungen

- 6 Der Schuldner ist nach § 1 S. 2 Alt. 1 COVInsAG nicht von der Insolvenzantragspflicht befreit, wenn die Insolvenzreife nicht auf den Folgen der Ausbreitung der Corona-Pandemie beruht. Der Fortbestand der Antragspflicht nach dieser Alternative setzt also den – quasi negativen – Nachweis voraus, dass die Corona-Pandemie nicht kausal für die Überschuldung bzw. Zahlungsunfähigkeit war. Dabei ist hervorzuheben, dass nach den allgemeinen Regeln des Strafprozesses (*in dubio pro reo*) nicht der Schuldner, sondern die Strafverfolgungsbehörden für den Fortbestand der Antragspflicht „beweisbelastet“ sind. Dies wird durch die Systematik des § 1 COVInsAG unterstrichen: Der Gesetzgeber hat die Antragspflicht in § 1 S. 1 COVInsAG generell ausgesetzt und nur für den Ausnahmefall aufrechterhalten. Ein Rückgriff auf die in § 1 S. 3 COVInsAG vorgesehene, dem Schuldner weiter entgegenkommende Vermutungsregel ist für das Straf- und Strafprozessrecht aus den genannten Gründen nicht einmal notwendig.
- 7 Die Insolvenzreife beruht auf den Folgen der Ausbreitung der Corona-Pandemie, wenn zwischen beiden ein unmittelbarer oder auch nur mittelbarer<sup>11</sup> Kausalzusammenhang besteht.<sup>12</sup> Dabei genügt Mitursächlichkeit, sodass andere ebenfalls kausale Managementfehler<sup>13</sup> in der Krise das Beruhen ebenso wenig ausschließen wie der Pandemie vorausgegangene wirtschaftliche Schwierigkeiten.<sup>14</sup> Ein Beruhen ist bspw.<sup>15</sup> gegeben, wenn
- einem Unternehmen der Geschäftsbetrieb durch eine Corona-Schutzverordnung untersagt wurde und der damit verbundene Umsatzwegfall zur Insolvenz geführt hat;
  - die Insolvenzreife die Folge virusbedingter Störungen von Lieferketten oder Absatzrückgängen ist;<sup>16</sup>
  - Kunden aus Angst vor Ansteckung Leistungen gar nicht mehr oder nicht im selben Maß in Anspruch nehmen können oder wollen;<sup>17</sup>

<sup>10</sup> Schäfer HRRS 2020, 216, beschäftigt sich in seinem Beitrag ausführlich mit der zeitlichen Dimension der Auswirkungen des COVInsAG.

<sup>11</sup> Dies gebietet der Zweck des COVInsAG, vgl. hierzu Born NZG 2020, 521 (522); Schluck-Amend NZI 2020, 289 (290).

<sup>12</sup> Die nicht stets trennscharfe Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Ursachen erübrigt sich daher.

<sup>13</sup> Schluck-Amend NZI 2020, 289 (290); vgl. auch Schülke DStR 2020, 929 (931).

<sup>14</sup> Schäfer HRRS 2020, 216, 217 f.

<sup>15</sup> Vgl. auch die Beispiele bei Schülke DStR 2020, 929 (931).

<sup>16</sup> Born NZG 2020, 521 (522).

<sup>17</sup> Born NZG 2020, 521 (522).

- Mitarbeiter des Unternehmens aufgrund behördlicher Anordnung, auf Weisung des Arbeitgebers, aufgrund eigener Krankheit oder vor dem Hintergrund der schulschließungsbedingt notwendigen Betreuung der eigenen Kinder an der Arbeit verhindert sind.<sup>18</sup>

Da unklar sein kann, ob die Insolvenz auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht, dürfen diese Unsicherheiten und Schwierigkeiten in keiner Weise zu lasten des Antragspflichtigen aufgelöst werden. An den Nachweis, dass die Insolvenzreife nicht auf den Folgen der Pandemie beruht, sind daher „höchste Anforderungen“ zu stellen. Es dürfe kein Zweifel daran bestehen, dass die COVID-19-Pandemie nicht ursächlich für die Insolvenzreife war.<sup>19</sup> Da sich vernünftige Zweifel nachträglich fast nie ausschließen lassen, dürfte der Nachweis fehlender Ursächlichkeit nur in seltenen Ausnahmefällen zu führen sein. Er wird regelmäßig allenfalls gelingen, wenn die Insolvenzreife bereits vor dem 1.3.2020 eingetreten war.<sup>20</sup> Dabei wird zur Feststellung der Insolvenzreife in der strafrechtlichen Praxis ganz überwiegend auf die Zahlungsunfähigkeit abgestellt.<sup>21</sup>

## 2. Fehlende Beseitigungsaussicht

Beruht die Insolvenzreife zwar (auch) auf der Corona-Pandemie, so gilt die Antragspflicht nach § 1 S. 2 Alt. 2 COVInsAG dennoch fort, wenn keine Aussicht darauf besteht, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. Ob sich eine mit der Zahlungsunfähigkeit regelmäßig einhergehende Überschuldung voraussichtlich ebenfalls beseitigen lassen wird, spielt nach dem eindeutigen Wortlaut keine Rolle.

Welche abstrakten Anforderungen an die erforderliche Beseitigungsaussicht zu stellen sind, geht weder aus dem Gesetzestext noch dessen Begründung hervor.<sup>22</sup> Historisch betrachtet ist die Ausnahmeregelung erheblich weiter formuliert als bspw. die vergleichbare Vorschrift zur Zeit der Hochwasserkatastrophe 2016.<sup>23</sup> Die Antragspflicht besteht daher nur dann fort, wenn die **Aussicht auf eine Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit** offensichtlich aussichtslos ist.<sup>24</sup> Während bloße Hoffnungen – etwa auf einen Lottogewinn<sup>25</sup> – zwar noch nicht genügen, dürfte die Forderung eines „Vertrauen-Dürfens“ angesichts des Wortlauts des § 1 S. 2 Alt. 2 COVInsAG zu weit gehen.<sup>26</sup> Besteht eine Beseitigungsaussicht, ist die Beseitigung auch dann nicht ausgeschlossen, wenn die Aussicht sehr gering ist. Solange es sich nicht lediglich um eine bloße denktheoretische Möglichkeit handelt, bleibt es bei dem Regelfall des § 1 S. 1 COVInsAG.<sup>27</sup> Zwar gelten für den von den Ermittlungsbehörden zu führenden Nachweis einer fehlenden Beseitigungsaussicht wiederum „höchste Anforderungen“; Zweifel dürfen nicht zu lasten des Schuldners gehen.<sup>28</sup> Um in der Praxis aber gar nicht erst Gefahr zu laufen,

<sup>18</sup> Hölzle/Schulenberg ZIP 2020, 633 (636); Born NZG 2020, 521 (522).

<sup>19</sup> BT-Drs. 19/18110, 22.

<sup>20</sup> Schluck-Amend NZI 2020, 289 (290); Born NZG 2020, 521 (522 f.); Schülke DStR 2020, 929 (931). Die vor dem 1.3.2020 eingetretene Insolvenzreife lässt den Kausalzusammenhang jedoch keinesfalls zwingend entfallen.

<sup>21</sup> HambKomm/Borchard InsO § 15a Rn. 7 mwN.

<sup>22</sup> Zu den Unterschieden zur Fortführungsprognose iSd § 19 Abs. 2 S. 1 InsO vgl. Römermann NJW 2020, 1108 (1109).

<sup>23</sup> Ruppert COVuR 2020, 130 (131); Schluck-Amend NZI 2020, 289 (291).

<sup>24</sup> Vgl. Schluck-Amend NZI 2020, 289 (291).

<sup>25</sup> Thole ZIP 2020, 650 (653).

<sup>26</sup> So aber Born NZG 2020, 521 (523).

<sup>27</sup> Ähnlich Römermann NJW 2020, 1108 (1109).

<sup>28</sup> BT-Drs. 19/18110, 22.

in Schwierigkeiten zu kommen, sollten Unternehmen die Beseitigungsaussichten fortlaufend prüfen<sup>29</sup> und dokumentieren.<sup>30</sup>

- 11 Bei der anzustellenden Prognose ist in zeitlicher Hinsicht danach zu fragen, ob die Zahlungsunfähigkeit bis zum 30.9.2020 beseitigt werden kann, da die Antragspflicht hiernach wiederauflebt.<sup>31</sup> Die Gegenansicht, nach der ein kürzerer Prognosezeitraum von drei Monaten maßgeblich sein soll,<sup>32</sup> findet im Gesetz keine Stütze. Eine Ausrichtung der Prognose auf den 31.3.2021 ist erst dann zulässig, wenn die in § 4 COVInsAG vorgesehene Verlängerung umgesetzt wurde. Zerschlägt sich die zunächst positive Prognose innerhalb des maßgeblichen Zeitraums – etwa weil staatliche Unterstützungsmassnahmen abgelehnt wurden –, lebt die Insolvenzantragspflicht wieder auf.<sup>33</sup>

### III. Auswirkungen auf den subjektiven Tatbestand

- 12 Die Aussetzung der Antragspflicht nach § 1 COVInsAG verändert nicht nur den objektiven, sondern auch den subjektiven Tatbestand der Insolvenzverschleppung: Die Verwirklichung des § 15a Abs. 4 InsO erfordert zusätzlich den Vorsatz in Bezug auf die Tatsachen, aufgrund derer die Antragspflicht fortbesteht. Nimmt der Täter irrig an, die Insolvenzreife sei zumindest auch auf die Corona-Pandemie zurückzuführen, unterliegt er einem Tatbestandsirrtum iSd § 16 Abs. 1 S. 1 StGB. Ebenso liegt ein Tatbestandsirrtum vor, wenn der Täter fälschlich davon ausgeht, einen Kredit zu erhalten und hiermit die Zahlungsunfähigkeit innerhalb des Prognosezeitraums beseitigen zu können. In beiden Fällen käme nur die Verwirklichung des Fahrlässigkeitstatbestands, § 15a Abs. 5 InsO, in Betracht. Die Fehlvorstellung, mit dem COVInsAG sei die Antragspflicht ausnahmslos aufgehoben worden, begründet hingegen einen – in aller Regel vermeidbaren – Verbotsirrtum iSd § 17 S. 1 StGB.
- 13 Insgesamt führt die weitreichende Aussetzung der Antragspflicht durch das COVInsAG dazu, dass eine Strafbarkeit nach § 15a Abs. 4, Abs. 5 InsO nur in Ausnahmekonstellationen in Betracht kommt.

## C. Insolvenzdelikte des Kernstrafrechts, §§ 283 ff. StGB

- 14 Weitere strafrechtliche Risiken resultieren aus den Insolvenzdelikten des Strafgesetzbuchs, mithin den §§ 283 ff. StGB. Deren Verwirklichung hängt weder von der Stellung eines Insolvenzantrags noch von der Verpflichtung hierzu ab. Maßgeblich ist vielmehr in erster Linie die Erfüllung der – unmittelbar oder entsprechend anzuwendenden – **objektiven Bedingung der Strafbarkeit**<sup>34</sup> aus § 283 Abs. 6 StGB. Dies ist der Fall, wenn der Täter seine Zahlungen eingestellt hat, über sein Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet oder der Eröffnungsantrag mangels Masse abgewiesen wurde.

<sup>29</sup> Diesbezüglich ist mit *Schülke* DStR 2020, 929 (932) eine dem jeweiligen Unternehmen angemessene Liquiditätsplanung zu fordern.

<sup>30</sup> BeckOK InsO/Wolfer InsO § 15a Rn. 28a; *Tresselt/Kienast* COVuR 2020, 21 (22 f.).

<sup>31</sup> *Römermann* NJW 2020, 1108 (1109); *Thole* ZIP 2020, 650 (653); *Bitter* ZIP 2020, 685 (690); vgl. auch *Tresselt/Kienast* COVuR 2020, 21 (23).

<sup>32</sup> *Gehrlein* DB 2020, 713 (714).

<sup>33</sup> *Born* NZG 2020, 521 (523).

<sup>34</sup> Vgl. *Fischer* StGB § 283 Rn. 32 mwN.

Während der Corona-Pandemie 2020 kommt dabei der Variante der Zahlungseinstellung wesentliche Relevanz zu,<sup>35</sup> da mit der Zahlungsunfähigkeit in der Praxis regelmäßig die Zahlungseinstellung einhergeht. § 1 S. 1 COVInsAG suspendiert also zwar regelmäßig die Insolvenzantragspflicht, nicht aber per se das mit Strafandrohung bewehrte Verbotprogramm der §§ 283 ff. StGB.<sup>36</sup> Wer trotz Zahlungsunfähigkeit weiter mit Unternehmensvermögen wirtschaftet, könnte sich demnach dem Risiko aussetzen, sich wegen Bankrotts (§§ 283 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3, Nr. 8 Alt. 1 StGB) oder Gläubigerbegünstigung (§ 283c Abs. 1 StGB) strafbar zu machen. Dies stünde allerdings im Widerspruch zum Ziel des COVInsAG, den Unternehmen die Gelegenheit einzuräumen, die Insolvenz unter Inanspruchnahme staatlicher Hilfen oder im Zuge von Sanierungs- oder Finanzierungsvereinbarungen zu beseitigen<sup>37</sup> und das Unternehmen fortzuführen.<sup>38</sup>

### I. Bankrott, § 283 StGB

Bei näherer Betrachtung könnte der Widerspruch zwischen dem Zweck des COVInsAG und den bestehenden Strafbarkeitsrisiken jedoch begrenzter sein, als es auf den ersten Blick scheint. Dies sei am Beispiel des Beiseiteschaffens gemäß § 283 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB – der ohnehin nur anwendbar ist, soweit nicht § 283c StGB einschlägig ist<sup>39</sup> veranschaulicht, das nach der Rechtsprechung des BGH einer „*ordnungsgemäßen Wirtschaft*“ widersprechen muss.<sup>40</sup> Veräußerungen oder Zahlungen, die im Einklang mit einer **ordnungsgemäßen Wirtschaft** stehen, sind nicht strafbar. Der Maßstab ordnungsgemäßer Wirtschaft ergibt sich dabei für kaufmännisch handelnde Personen aus den handelsrechtlichen Anforderungen an ein ordentliches kaufmännisches Verhalten.<sup>41</sup> An dieser Stelle greift die Privilegierung<sup>42</sup> des § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG: Hiernach gelten Zahlungen, die im ordnungsgemäßen Geschäftsgang erfolgen, insbesondere solche Zahlungen, die der Aufrechterhaltung oder Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebes oder der Umsetzung eines Sanierungskonzepts dienen<sup>43</sup>, als mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar, wenn die Antragspflicht nach § 1 COVInsAG ausgesetzt ist.

Zulässig sind nach der Gesetzesbegründung auch Maßnahmen im Zuge der **Neuausrichtung des Geschäfts**.<sup>44</sup> Die Wirkung der Fiktion ist jedoch zumindest dem Wortlaut nach auf die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters im Sinne bestimmter Vorschriften, bspw. des § 64 S. 2 GmbHG, begrenzt. Hieraus könnte man schließen, dass die Privilegierung sich auf die in Bezug genommenen Regelungen beschränkt, nicht aber auf weitere Vorschriften wie etwa § 283 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB

<sup>35</sup> Daneben reduziert sich aufgrund der Aussetzung der Antragspflicht durch das COVInsAG zwar die Bedeutung der zweiten und dritten Variante. Hierdurch geht sie aber nicht vollständig verloren: Weiterhin zulässige Eigenanträge können jederzeit zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens führen, Fremdanträge nach § 3 COVInsAG ab dem 29.6.2020 ebenfalls.

<sup>36</sup> Ebenso Uhlenbruck/*Hirte* COVInsAG § 1 Rn. 20.

<sup>37</sup> Vgl. BT-Drs. 19/18110, 22.

<sup>38</sup> Vgl. BT-Drs. 19/18110, 3.

<sup>39</sup> MüKoStGB/*Petermann* § 283 Rn. 88.

<sup>40</sup> BGHSt 34, 309 (310) = NJW 1987, 2242; zum Meinungsstand in der Literatur MüKoStGB/*Petermann* § 283 Rn. 14 f.

<sup>41</sup> So zu § 283 StGB *Fischer* StGB § 283 Rn. 6 mwN.

<sup>42</sup> Zu den sich hieraus gegenüber dem Normalfall ergebenden Unterschieden *Born* NZG 2020, 521 (527).

<sup>43</sup> Hieraus folgt, dass nicht der Erfolg, sondern die Zielsetzung der Zahlung entscheidend ist, *Nerlich/Römermann/Römermann* COVInsAG § 2 Rn. 16.

<sup>44</sup> BT-Drs. 19/18110, 23.

durchschlägt.<sup>45</sup> Diese enge Lesart, die keineswegs zwingend ist, stünde jedoch im Widerspruch zum explizit erklärten Ziel des § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG, wonach Geschäftsleiter die erforderlichen Maßnahmen ergreifen können sollen, um das Unternehmen im ordentlichen Geschäftsgang fortzuführen.<sup>46</sup>

- 18 Was nützte es, den Geschäftsleitern die zivilrechtlichen Fesseln der explizit in Bezug genommenen Vorschriften abzunehmen, wenn über ihrem Haupt weiterhin das Damoklesschwert des Strafrechts schwebte? Um Geschäftsleitern den beabsichtigten und notwendigen Handlungsspielraum zu verschaffen, sind die Wertungen des § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG daher auf § 283 Abs. 1 StGB zu übertragen. Der unbestimmte Rechtsbegriff der „*ordnungsgemäßen Wirtschaft*“<sup>47</sup> zeigt sich für die Berücksichtigung des geäußerten Gesetzgeberwillens im Wege der Auslegung hinreichend weit und somit offen. Liegen die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG vor, bewegt sich die Geschäftsleitung also im Rahmen ordnungsgemäßer Wirtschaft, sodass eine Strafbarkeit wegen Bankrotts gemäß § 283 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB ausscheidet.<sup>48</sup>
- 19 Die Einzelheiten der Auslegung des § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG sind derzeit noch unklar. Über die ohnehin bislang schon zulässigen<sup>49</sup> Zahlungen hinaus dürften jedoch nunmehr etwa die Begleichung von Lieferantenrechnungen in laufender Geschäftsbeziehung und bei bestehender Abhängigkeit genauso erlaubt sein wie bestimmte Investitionen<sup>50</sup>. Weiterhin nicht privilegiert – und damit potenziell strafbar – sind bspw. Zahlungen an Gesellschafter jenseits von fortführungsbezogenen Austauschgeschäften, Vermögensverschiebungen und Selbstbegünstigungen.<sup>51</sup>
- 20 Die Wirkungen des § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG treten nur ein, wenn die Antragspflicht nach § 1 COVInsAG ausgesetzt ist. Die Ausführungen zu Irrtümern über die Suspendierung der Insolvenzantragspflicht<sup>52</sup> gelten deswegen uneingeschränkt für die Straftatbestände der §§ 283 ff. StGB, die das Tatbestandsmerkmal der ordnungsgemäßen Wirtschaft aufweisen.
- 21 Insgesamt bleibt festzuhalten, dass die Suspendierung der Antragspflicht eine Strafbarkeit nach den §§ 283 ff. StGB zwar nicht unmittelbar suspendiert, im **Gleichlauf mit § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG** aber reduziert. Ist der Straftatbestand dennoch verwirklicht, ist stets zu prüfen, ob ein besonders schwerer Fall nach § 283a StGB vorliegt.

## II. Verletzung einer Buchführungspflicht, § 283b StGB

- 22 Die Strafbarkeit wegen Verletzung einer Buchführungspflicht gemäß § 283b StGB bleibt von den Regelungen des COVInsAG gänzlich unberührt. Verstöße gegen Buchführungs- und Bilanzierungspflichten können folglich unverändert geahndet werden.

<sup>45</sup> So iErg *Ruppert* COVuR 2020, 130 (132 f.).

<sup>46</sup> BT-Drs. 19/18110, 23.

<sup>47</sup> Dasselbe gilt für den Begriff der „*unwirtschaftlichen*“ Ausgaben iSd § 283 Abs. 1 Nr. 2 StGB, da dieser ebenfalls einen Widerspruch zur ordnungsgemäßen Wirtschaft fordert, vgl. *Fischer* StGB § 283 Rn. 9; *Schönke/Schröder/Heine/Schuster* StGB § 283 Rn. 12.

<sup>48</sup> Der Begriff der „*ordnungsgemäßen Wirtschaft*“ ist in weiteren Tathandlungen der §§ 283 ff. StGB enthalten, die ebenfalls ausscheiden, wenn die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG erfüllt sind.

<sup>49</sup> Bspw. Zahlungen, die mit der Abwicklung des bisherigen Geschäftsbetriebs zu tun haben, vgl. *Uhlenbruck/Hirte* COVInsAG § 2 Rn. 9. Zu weiteren Beispielen zulässiger und unzulässiger Zahlungen *Nerlich/Römermann/Römermann* COVInsAG § 2 Rn. 10 ff.

<sup>50</sup> *Schluck-Amend* NZI 2020, 289 (292).

<sup>51</sup> *Born* NZG 2020, 521 (528); vgl. auch *Uhlenbruck/Hirte* COVInsAG § 2 Rn. 9.

<sup>52</sup> → Rn. 12.

### III. Gläubigerbegünstigung, § 283c StGB

Hingegen setzt die Gläubigerbegünstigung gemäß § 283c StGB der Unternehmensfortführung Grenzen. Hiernach darf der Schuldner einzelnen Gläubigern in Kenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit keine inkongruenten Sicherheiten und Befriedigungen gewähren, durch die er diese Gläubiger wissentlich vor den übrigen Gläubigern begünstigt. Hierzu zählt etwa die – in der Krise naheliegende – nachträgliche Gewährung einer Sicherung für einen ursprünglich ungesicherten Anspruch, da es hierfür einer eigenen, wirksamen Sicherungsabrede bedarf.<sup>53</sup> § 283c StGB hindert den Schuldner jedoch nicht daran, neue Verträge einzugehen und diese zu erfüllen. Dies gilt nicht nur für Bestellungen, die für die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs notwendig sind, sondern auch für Anschaffungen im Zuge einer Neuausrichtung des Unternehmens. Entscheidet sich der insolvente Schuldner bspw., künftig Schutzmasken herzustellen, kann er die hierfür benötigten Nähmaschinen und Stoffe kaufen und bezahlen. Die etwaig mögliche insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit des Kaufvertrags führt nicht zur Inkongruenz der gewährten Befriedigung.<sup>54</sup>

Des Weiteren bieten insbesondere § 2 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 4 COVInsAG weitere Ansatzpunkte, um die Strafbarkeitsrisiken aus § 283c StGB zu minimieren: 24

#### 1. Keine Gläubigerbegünstigung bei Kreditrückgewähr bzw. Kreditsicherung

Zunächst setzt die in § 283c Abs. 1 StGB geforderte Begünstigung eines Gläubigers voraus, dass die übrigen Gläubiger komplementär benachteiligt werden<sup>55</sup> – eine Begünstigung des einen ohne gleichzeitige Benachteiligung des anderen ist undenkbar. Unter den Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG ist eine Gläubigerbenachteiligung jedoch ausgeschlossen: Ist die Insolvenzantragspflicht ausgesetzt, gilt die bis zum 30.9.2023 erfolgende Rückgewähr eines im Aussetzungszeitraum gewährten neuen Kredits sowie die im Aussetzungszeitraum erfolgte Bestellung von Sicherheiten zur Absicherung solcher Kredite unwiderleglich<sup>56</sup> als „nicht gläubigerbenachteiligend“. Eine Strafbarkeit nach § 283c StGB scheidet damit an der fehlenden Gläubigerbegünstigung.<sup>57</sup> 25

#### 2. Keine Strafbarkeit nicht anfechtbarer inkongruenter Rechtshandlungen

Ferner erklärt § 2 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 COVInsAG bestimmte inkongruente Rechtshandlungen grundsätzlich für insolvenzrechtlich unanfechtbar.<sup>58</sup> Hiermit entfällt der Anknüpfungspunkt für eine Sanktionierung wegen Gläubigerbegünstigung: § 283c StGB schützt das Interesse der Gläubiger an einer größtmöglichen gleichmäßigen Befriedigung ihrer geldwerten Ansprüche aus dem Schuldnervermögen.<sup>59</sup> Indem der Gesetzgeber den übrigen Gläubigern bewusst die Möglichkeit der insolvenzrechtlichen Anfechtung genommen hat, hat er zu erkennen gegeben, dass er ihre Interessen in den von § 2 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 COVInsAG geregelten Fällen nicht als schutzwürdig erachtet. Sie können da- 26

<sup>53</sup> MüKoStGB/Petermann § 283c Rn. 14 mwN.

<sup>54</sup> BGHSt 8, 56; GJW/Reinhardt § 283c StGB Rn. 8 mwN.

<sup>55</sup> Vgl. GJW/Reinhardt StGB § 283c Rn. 13.

<sup>56</sup> Uhlenbruck/Borries COVInsAG § 2 Rn. 32.

<sup>57</sup> AA Schäfer HRRS 2020, 216 (222), der die Fälle des § 2 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 4 COVInsAG stattdessen strafmildernd berücksichtigen will.

<sup>58</sup> Vgl. hierzu im Einzelnen Schluck-Amend NZI 2020, 289 (293).

<sup>59</sup> MüKoStGB/Petermann § 283c Rn. 4 mwN.



her erst recht nicht dem strafrechtlichen Schutz des § 283c StGB unterfallen,<sup>60</sup> sondern sind im Wege einer teleologischen Reduktion vom Straftatbestand auszunehmen.

### 3. Subjektiver Tatbestand

- 27 Die Wirkungen der § 2 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 4 COVInsAG treten nur ein, wenn die Antragspflicht nach § 1 COVInsAG suspendiert ist. Die Ausführungen zu potenziellen Irrtümern über die Voraussetzungen der Suspendierung der Antragspflicht im Rahmen der Insolvenzverschleppung<sup>61</sup> gelten daher ebenso für die Gläubigerbegünstigung.

## D. Betrug, § 263 StGB

- 28 Weitere Strafbarkeitsrisiken hält der Betrug gemäß § 263 Abs. 1 StGB bereit. Nach ständiger Rechtsprechung erklären die Vertragspartner bei Abschluss eines Austauschgeschäfts grundsätzlich konkludent, zur Erfüllung der übernommenen Verpflichtung fähig und bereit zu sein.<sup>62</sup> Bestellt der Schuldner in Kenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit neue Waren für seinen Betrieb, täuscht er seinen Vertragspartner also regelmäßig.<sup>63</sup> Der Eingehung eines Vertrags während der Pandemie einen geänderten Erklärungsgelhalt zuzuschreiben,<sup>64</sup> überzeugt nicht, da Vertragspartner des Schuldners gerade in Krisenzeiten ein gesteigertes Interesse an seiner Liquidität hegen.<sup>65</sup> Das dem Schuldner damit latent drohende Strafbarkeitsrisiko erschwert zwar die mit dem COVInsAG intendierte Unternehmensfortführung. Letztere darf jedoch nicht zu dem Preis erfolgen, dass das Insolvenzrisiko stillschweigend auf die Vertragspartner des Schuldners verschoben wird, die durch die Zahlungsausfälle ebenfalls in die Insolvenz abrutschen könnten. Der Schuldner muss seine Vertragspartner daher auf die Insolvenzureife hinweisen<sup>66</sup> und ihnen so die Chance geben, selbst darüber zu entscheiden, ob und unter welchen Bedingungen<sup>67</sup> sie mit dem Schuldner Geschäfte machen wollen.
- 29 Erfolgt kein Hinweis auf die finanziellen Schwierigkeiten, gewährt der Schuldner aber dennoch hinreichende Sicherheiten, scheidet ein Vermögensschaden und damit eine Betrugsstrafbarkeit aus.<sup>68</sup> Ohne solche Sicherheiten tritt mit Eingehung des Vertrags eine schadensgleiche Vermögensgefährdung ein<sup>69</sup> und der Betrug ist vollendet.<sup>70</sup> Gelingt die Unternehmenssanierung und erfüllt der Schuldner seine Zahlungsverpflichtung, liegt hierin daher kein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch, sondern eine – bei der Strafzumessung zu berücksichtigende<sup>71</sup> – Schadenswiedergutmachung.

<sup>60</sup> Ähnlich, aber wiederum für eine Berücksichtigung auf Strafzumessungsebene *Schäfer* HRRS 2020, 216 (222).

<sup>61</sup> → Rn. 12.

<sup>62</sup> BGH NStZ 1982, 70; vgl. auch Schönke/Schröder/*Perron* StGB § 263 Rn. 16a mwN.

<sup>63</sup> Ausführlich *Klose* NZWiSt 2020, 16 (19). Eine Täuschung kann im Einzelfall jedoch ausscheiden, wenn eine positive Fortführungsprognose vorliegt, vgl. *Tresselt/Kienast* COVuR 2020, 21 (24).

<sup>64</sup> So *Brand* BB 2020, 909 (913).

<sup>65</sup> *Ruppert* COVuR 2020, 130; iErg ebenso *Schäfer* HRRS 2020, 216 (222).

<sup>66</sup> Angesichts der Strafbarkeitsrisiken kann die Beantragung eines Insolvenzverfahrens in Eigenverwaltung sinnvoll sein, *Ruppert* COVuR 2020, 130.

<sup>67</sup> Vertragspartnern dürfte insbesondere daran gelegen sein, Voraussetzungen von entsprechenden Sicherheiten abhängig zu machen.

<sup>68</sup> BGH NStZ 1999, 353 (354); AnwK-StGB/*Gaede* § 263 Rn. 126; *Fischer* StGB § 263 Rn. 174 mwN.

<sup>69</sup> Schönke/Schröder/*Perron* StGB § 263 Rn. 132.

<sup>70</sup> Vgl. *Fischer* StGB § 263 Rn. 200.

<sup>71</sup> *Schäfer/Sander/Gemmeren* Praxis der Strafzumessung Rn. 1687.